

Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland

Dritte Auflage



Duncker & Humblot · Berlin

Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland

Band 1

Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland

Herausgegeben von

Dietrich Pirson, Wolfgang Rübner,
Michael Germann und Stefan Muckel

Dritte, grundlegend neubearbeitete Auflage

Band 1



Duncker & Humblot · Berlin

Für die Zitierung des Handbuchs
des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland
wird die Abkürzung HSKR empfohlen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Michael Germann/Claus Gienke
Druck: Das Druckteam Berlin
Printed in Germany

ISBN 978-3-428-18135-3 (Print)
ISBN 978-3-428-58135-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort zur dritten Auflage

Ein Vierteljahrhundert ist vergangen, seit das Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland in zweiter Auflage erschienen ist. Nach der ersten, von Ernst Friesenhahn und Ulrich Scheuner in Verbindung mit Joseph Listl in zwei Bänden (1974 und 1975) herausgegebenen Auflage brachte die zweite, von Joseph Listl und Dietrich Pirson herausgegebene Auflage (1994 und 1995) die Materie auf den Stand der Gesetzgebung, Rechtsprechung und wissenschaftlichen Diskussion der ersten Jahre nach der Wiedervereinigung Deutschlands. Die damals entscheidenden Gründe für eine grundlegende Neubearbeitung sind im Lauf der Zeit wieder aktuell geworden: Gesetzgebung, Rechtsprechung und wissenschaftliche Diskussion haben sich über den Stand der zweiten Auflage des Handbuchs hinaus weiterentwickelt. Mindestens ebenso bedeutend ist die Veränderung der gesellschaftlichen Bedingungen, für die das geltende Staatskirchenrecht seine Wirkung entfaltet, und auch die darauf reagierende gesellschafts- und rechtspolitische Diskussion verlangt eine auf die Gegenwart bezogene Bearbeitung. Sie blickt zurück auf jetzt gut einhundert Jahre der – durch zwei Weltanschauungsdiktaturen durchbrochenen – Geltung der staatskirchenrechtlichen Entscheidungen der Weimarer Reichsverfassung und sieben Jahrzehnte ihrer Erneuerung und Entwicklung unter dem Grundgesetz, davon inzwischen drei im wiedervereinigten Deutschland. Zugleich blickt sie voraus auf die sich abzeichnenden Bewährungsproben für eine auf Freiheit, Gleichheit und demokratische Legitimation gestützte und gerichtete Ordnung. Die Verhältnisse der Religion und Weltanschauung mit ihren individuellen und korporativen Entfaltungsbedingungen und Wirkkräften werden dabei weiterhin ein Kennzeichen dieser Ordnung sein und der rechtswissenschaftlichen wie rechtspraktischen Pflege und Aushandlung bedürfen. Ihr soll das Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland auch in dritter Auflage dienen.

Dazu nimmt diese dritte Auflage den Ansatz der Voraufgabe auf und schreibt ihn mit Blick auf die neueren Entwicklungen fort. Die Gliederung und der Zuschnitt der Beiträge sind dazu überarbeitet

worden. Insbesondere berücksichtigen sie die seit der zweiten Auflage deutlich gewachsene Bedeutung der religiösen Vielfalt in Deutschland. Sie spiegeln auch den fortschreitenden Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention und des Rechts der Europäischen Union auf die staatskirchenrechtlichen Verhältnisse und Diskurse.

Den titelgebenden Begriff des „Staatskirchenrechts“ halten die Herausgeber offen für die Diskussion darüber, ob der Begriff des „Religionsverfassungsrechts“ oder andere Bezeichnungen Synonyme oder Neubewertungen darstellen. Diese Frage und die möglichen Antworten darauf bleiben den Beiträgen dieses Handbuchs überlassen, die insoweit auch eine Varietät der Meinungen hierzu abbilden sollen. Die Eignung des Handbuchtitels dazu, verschiedenen Ansätzen Raum zu geben, finden die Herausgeber jedenfalls durch die darunter versammelten Beiträge bestätigt.

Die Beiträge bieten gegenüber der Voraufgabe vollständige Neubearbeitungen ihres Themas. Die Beiträge der ersten und der zweiten Auflage behalten ihre Bedeutung als wissenschaftliche Referenzen auf dem Stand ihrer Zeit. Auch die Neubearbeitungen reflektieren naturgemäß ihre Gegenwart, die angesichts der Dauer der Arbeiten an dieser Auflage eine gewisse Zeitspanne umfasst. Sie sind aber grundsätzlich darauf angelegt, über den Tag hinaus zur Erkenntnis über ein sachgerechtes Verständnis des Staatskirchenrechts beizutragen, bis dereinst vielleicht eine vierte Auflage zu wünschen sein mag.

Die wissenschaftliche Verantwortung für den Inhalt der einzelnen Beiträge liegt allein bei ihren Autoren. Zu zitieren sind sie demnach mit dem Autorennamen und der Paragraphennummer des Beitrags sowie nach den Randnummern, mit denen der gesamte Text zur präzisen Angabe der einzelnen Sinnabschnitte versehen worden ist. Die Verweise, die aus den Beiträgen auf einen anderen Beitrag dieses Handbuchs führen, sind am Schema „*Dietrich Pirson*, → § 1, Rn. 1“ zu erkennen.

Alle in den Fußnoten angegebenen Internet-Adressen sind einheitlich auf dem Stand des letzten Abrufs am 1. 8. 2020.

Wir Herausgeber haben zu danken: In erster Linie sind es die Autoren der einzelnen Beiträge, die mit ihrer fachlichen Expertise, ihrer Arbeitskraft, ihren Ideen und ihrer Geduld das Handbuch als ein Gemeinschaftswerk haben entstehen lassen. Der finanzielle Aufwand des Vorhabens konnte – unter vollständiger Wahrung der institutionellen und wissenschaftlichen Unabhängigkeit – durch Zuschüsse des Verbands der Diözesen Deutschlands und der Evangelischen

Kirche in Deutschland getragen werden. Am Institut für Religionsrecht der Universität zu Köln haben *Stefanie Fort*, Dr. *Julia Hauk* und *Leana Loewke* insbesondere wesentliche Vorarbeiten zum Register erbracht. Am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Staatskirchenrecht und Kirchenrecht der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg hat ein Redaktionsstab mit über die verschiedenen Phasen des Entstehungsprozesses verteilten Beiträgen von *Tim Dornblüth*, *Johannes Gallon*, *Claus Gienke*, *Jonas Göbel*, *Romy Hartmann*, *Maciej Jeziak*, *Kerstin Köhler*, *Ivonne Kühne* geb. *Schott*, *Tim Landwehrs*, *Tabea Merkel*, *Franziska Müller* geb. *Kelle*, *Eric Schymalla*, *Alina Vogelsang* und *Alexandra Warnecke* die Arbeit an der redaktionellen und typographischen Abstimmung der Texte geleistet; die satztechnische Gestaltung bis hin zur Vorlage für die digitale Druckplattenbelichtung hat *Claus Gienke* gemeinsam mit Michael Germann bewerkstelligt. Dem Verlag Duncker & Humblot und seinem Leiter, Herrn Dr. *Florian Simon*, danken wir für das unkomplizierte und effektive Zusammenwirken zu dem Zweck, der akademischen und rechtspraktischen Öffentlichkeit das Handbuch in dieser dritten Auflage zur Verfügung zu stellen.

München / Meckenheim / Halle / Köln, 7. August 2020

<i>Dietrich Pirson</i>	<i>Wolfgang Rüfner</i>
<i>Michael Germann</i>	<i>Stefan Muckel</i>

Inhaltsverzeichnis

Band 1

I.

Grundlagen des Staatskirchenrechts in Deutschland

§ 1	Geschichtliche Grundlagen des Staatskirchenrechts in Deutschland. Von <i>Dietrich Pirson</i>	3–66
§ 2	Die gesellschaftlichen Grundlagen des deutschen Staatskirchenrechts. Von <i>Karl Gabriel</i>	67–115
§ 3	Das Verhältnis von Staat und Kirche nach der Lehre der katholischen Kirche. Von <i>Ansgar Hense</i>	117–168
§ 4	Das Verhältnis von Staat und Kirche nach evangelischem Verständnis. Von <i>Heinrich de Wall</i>	169–214
§ 5	Das Verhältnis von Staat und Religion im Verständnis des Judentums. Von <i>Ronen Reichman</i>	215–232
§ 6	Das Verhältnis von Staat und Religion im islamischen Verständnis. Von <i>Mathias Rohe</i>	233–259
§ 7	Das System des Staatskirchenrechts in Deutschland. Von <i>Michael Germann</i>	261–329

II.

Rechtsquellen

§ 8	Das Staatskirchenrecht als Gegenstand des Verfassungsrechts – Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts. Von <i>Peter Badura</i>	333–392
§ 9	Gesetzesrecht als Rechtsquelle des Staatskirchenrechts. Von <i>Dirk Ehlers</i>	393–432
§ 10	Verträge zwischen Staat und Kirchen sowie anderen Religionsgemeinschaften. Von <i>Stefan Mückl</i>	433–481
§ 11	Europarecht und Staatskirchenrecht. Von <i>Claus Dieter Classen</i>	483–511
§ 12	Völkerrecht und Staatskirchenrecht. Von <i>Christian Hillgruber</i>	513–541
§ 13	Das Gewohnheitsrecht im Staatskirchenrecht. Von <i>Peter Landau</i> †	543–555

III.

Freiheit und Gleichheit im Staatskirchenrecht

§ 14	Religions- und Weltanschauungsfreiheit. Von <i>Hans Michael Heinig</i>	559–613
§ 15	Gewissensfreiheit. Von <i>Hans Michael Heinig</i> und <i>Tobias Schieder</i>	615–649
§ 16	Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften. Von <i>Stefan Koriath</i>	651–705
§ 17	Das Gleichbehandlungsgebot im Hinblick auf Religion. Von <i>Kyrrill-A. Schwarz</i>	707–726
§ 18	Die religiöse und weltanschauliche Neutralität des Staates. Von <i>Christian Walter</i>	727–760
§ 19	Kirchen und andere Religionsgemeinschaften als Träger und Adressaten der Grundrechte. Von <i>Hermann Weber</i> ..	761–789

IV.

Die Rechtsgestalt der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften

§ 20	Die Organisation der katholischen Kirche in Deutschland. Von <i>Stephan Haering</i>	793–834
§ 21	Die Organisation der evangelischen Kirche in Deutsch- land. Von <i>Hans Ulrich Anke</i> und <i>Burkhard Guntau</i>	835–893
§ 22	Die Organisation der orthodoxen Kirchen in Deutschland. Von <i>Anargyros Anapliotis</i>	895–909
§ 23	Die Organisation der kleineren christlichen Kirchen in Deutschland. Von <i>Michael Germann</i> und <i>Claus Gienke</i> ..	911–952
§ 24	Die Organisation der jüdischen Gemeinden in Deutschland. Von <i>Michael Demel</i>	953–984
§ 25	Die Organisation muslimischer Gemeinschaften in Deutschland. Von <i>Katharina Pabel</i>	985–1018
§ 26	Der allgemeine Rechtsstatus der Religionsgemein- schaften. Von <i>Emanuel V. Towfigh</i>	1019–1043
§ 27	Kirchen und andere Religionsgemeinschaften als Körper- schaften des öffentlichen Rechts. Von <i>Stefan Magen</i>	1045–1101
§ 28	Religiöse Vereine und Gesellschaften. Von <i>Stefan Muckel</i> und <i>Thomas Traub</i>	1103–1130
§ 29	Die Ordensgemeinschaften und die Rechtsstellung ihrer Angehörigen. Von <i>Andreas Sailer</i>	1131–1165

Band 2

V.

Personenrecht, Datenschutz, Archivwesen

§ 30	Die Mitgliedschaft in Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften. Von <i>Michael Germann</i> und <i>Wolfgang Rüfner</i>	1169–1254
§ 31	Staatliches und kirchliches Eherecht. Von <i>Arnd Uhle</i>	1255–1330
§ 32	Personenstandswesen und Meldewesen. Von <i>Arne Ziekow</i>	1331–1355
§ 33	Datenschutzrecht. Von <i>Arne Ziekow</i>	1357–1389
§ 34	Kirchliches Archivwesen. Von <i>Anne-Ruth Wellert</i>	1391–1403

VI.

Das öffentliche Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften

§ 35	Das Recht der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften zum öffentlichen Wirken. Von <i>Martin Morlok</i>	1407–1468
§ 36	Verbindungsstellen zwischen Staat und evangelischen Kirchen. Von <i>Joachim Gaertner</i> † und <i>Katrin Hatzinger</i> ..	1469–1488
§ 37	Verbindungsstellen zwischen Staat und katholischer Kirche. Von <i>Karl Jüsten</i>	1489–1514
§ 38	Präsenz und Mitwirkung der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften in den Massenmedien. Von <i>Claus Dieter Classen</i>	1515–1568
§ 39	Kirchliches Sammlungswesen. Von <i>Otto Luchterhandt</i> ..	1569–1598
§ 40	Der Schutz des Sonntags und der religiösen Feiertage. Von <i>Karl-Hermann Kästner</i>	1599–1645
§ 41	Religiöse Symbole im öffentlichen Raum. Von <i>Janbernd Oebbecke</i>	1647–1667

VII. Religion im Bildungswesen

§ 42	Das Recht der Eltern zur religiösen Erziehung. Von <i>Matthias Jestaedt</i>	1671–1749
§ 43	Das Verhältnis des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages zur Religion. Von <i>Jörg Ennuschat</i>	1751–1797
§ 44	Religionsunterricht. Von <i>Markus Ogorek</i>	1799–1862
§ 45	Bekenntnisschulen. Von <i>Hinnerk Wißmann</i>	1863–1890
§ 46	Theologie an staatlichen Hochschulen. Von <i>Christian Waldhoff</i>	1891–1977
§ 47	Kirchliche Hochschulen. Von <i>Manfred Baldus</i>	1979–2033
§ 48	Kirchliche Erwachsenenbildung und Akademien. Von <i>Wolfgang Bock</i>	2035–2065

VIII. Karitas und Diakonie

§ 49	Das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften im Verfassungsstaat. Von <i>Peter Unruh</i>	2069–2143
§ 50	Karitative Einrichtungen und Verbände in der katholischen Kirche. Von <i>Gernot Sydow</i>	2145–2187
§ 51	Die diakonischen Werke und Einrichtungen der evangelischen Kirche. Von <i>Jörg Winter</i>	2189–2212
§ 52	Krankenhäuser in kirchlicher Trägerschaft. Von <i>Winfried Kluth</i>	2213–2246
§ 53	Kindertageseinrichtungen in kirchlicher Trägerschaft. Von <i>Renate Penßel</i>	2247–2292

IX. Seelsorge in staatlichen Einrichtungen

§ 54	Seelsorge in der Bundeswehr. Von <i>Jörg Ennuschat</i>	2295–2327
§ 55	Polizeiseelsorge. Von <i>Markus Heintzen</i>	2329–2341
§ 56	Krankenhauseelsorge, Seelsorge im Strafvollzug und anderen Anstalten. Von <i>Arno Schilberg</i>	2343–2371

Band 3

X.

Kirchliches Dienst- und Arbeitsrecht

- § 57 Die Anwendung des staatlichen Arbeitsrechts auf
Arbeitsverhältnisse zu Kirchen und anderen Religions-
gemeinschaften. Von *Jacob Jousen* 2375–2448
- § 58 Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse zu Kirchen und
anderen Religionsgemeinschaften.
Von *Hendrik Munsonius* 2449–2482
- § 59 Das kollektive kirchliche Dienst- und Arbeitsrecht.
Von *Gregor Thüsing* 2483–2532

XI.

Die auf Gebäude, Friedhöfe und sonstige Gegenstände bezogenen Rechtsverhältnisse der Religionsgemeinschaften

- § 60 Recht der kirchlichen Sachen (res sacrae).
Von *Peter Axer* 2535–2565
- § 61 Bestattungswesen und Friedhöfe.
Von *Heidrun Schnell* † 2567–2593
- § 62 Simultankirchen. Von *Michael Frisch* 2595–2608
- § 63 Patronatswesen. Von *Andreas Thier* 2609–2637
- § 64 Baulasten an kirchlichen Gebäuden.
Von *Michael Droege* 2639–2670
- § 65 Die Wirkungen des Bau- und Immissionsschutzrechts für
Kirchen und andere Religionsgemeinschaften.
Von *Ansgar Hense* 2671–2709
- § 66 Denkmalschutz im staatlichen und kirchlichen Recht.
Von *Felix Hammer* 2711–2743
- § 67 Die Wirkungen des Urheber-, Marken- und Namensrechts
für Kirchen und andere Religionsgemeinschaften.
Von *Reiner Tillmanns* 2745–2764

XII.**Die finanziellen Angelegenheiten der Kirchen
und anderen Religionsgemeinschaften**

§ 68	Förderung von Kirchen und anderen Religionsgemein- schaften durch den Staat. Von <i>Ute Mager</i>	2767–2798
§ 69	Der verfassungsrechtliche Schutz des Vermögens von Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften. Von <i>Karl-Hermann Kästner</i>	2799–2817
§ 70	Die Selbstbestimmung der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften über ihr Vermögen. Von <i>Burkhard Kämper</i> und <i>Markus Schulten</i>	2819–2887
§ 71	Kirchliche Stiftungen. Von <i>Wilhelm-Albrecht Achilles</i>	2889–2946
§ 72	Die Kirchensteuer und das Besteuerungsrecht anderer Religionsgemeinschaften. Von <i>Felix Hammer</i>	2947–3016
§ 73	Staatsleistungen an die Kirchen und andere Religionsgemeinschaften. Von <i>Werner Heun</i> †	3017–3071
§ 74	Förderung der Kirchen und anderen Religionsgemein- schaften im Abgabenrecht. Von <i>Michael Droege</i>	3073–3127

XIII.**Die Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften im staatlichen
Rechtsschutzsystem**

§ 75	Der Schutz von Religion und Kirchen im Strafrecht. Von <i>Henning Radtke</i>	3131–3171
§ 76	Der Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses. Von <i>Henning Radtke</i>	3173–3201
§ 77	Rechtsschutz der Religionsgemeinschaften durch staatliche Gerichte. Von <i>Fabian Wittreck</i>	3203–3266
§ 78	Staatlicher Rechtsschutz gegen Kirchen und kirchliches Selbstbestimmungsrecht. Von <i>Wolfgang Rübner</i>	3267–3314
§ 79	Rechts- und Amtshilfe. Von <i>Dirk Ehlers</i>	3315–3346
Register		3347–3412
Verzeichnis der Mitarbeiter		3413–3417

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
a. M.	anderer Meinung
AAS	Acta Apostolicae Sedis
Abg.	Abgeordneter
abgedr.	abgedruckt
Abh.	Abhandlung
abl.	ablehnend
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
abw.	abweichend
ACK	Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen
AcP	Archiv für die civilistische Praxis [Z]
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. 11. 1948 (A/RES/217 A [III])
AEntG	Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz) vom 20.4.2009 (BGBl. I S. 799), zuletzt geändert am 22.11.2019 (BGBl. I S. 1756)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union i. d. F. d. B. v. 9. 5. 2008 (ABl. EU Nr. C 115 S. 47), zuletzt i. d. F. d. B. v. 7. 6. 2016 (ABl. EU Nr. C 202 S. 47; ber. Nr. C 400 S. 1)
AfkKR	Archiv für katholisches Kirchenrecht [Z]
AfP	Zeitschrift für das gesamte Medienrecht. Archiv für Presserecht [Z]
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen

AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14.8.2006 (BGBl. I S. 1897), zuletzt geändert am 3.4.2013 (BGBl. I S. 610, 615)
AL	Ad Legendum [Z]
AlevV Hmb.	Vertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Alevitischen Gemeinde Deutschland e.V. vom 13. 11. 2012 (HmbGVBl. II 2013 S. 1001)
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 5.2.1794 (Publikationspatent) / 1.6.1794 (Inkrafttreten)
Alt.	Alternative
AMG	Arbeitsgemeinschaft Mennonitischer Gemeinden in Deutschland
AmrhKG	Archiv für mittelrheinische Kirchengeschichte [Z]
Anh.	Anhang
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt [Z]
AO	Abgabenordnung i. d. F. d. B. v. 1.10.2002 (BGBl. I S. 3866; 2003 I S. 61), zuletzt geändert am 21.12.2019 (BGBl. I S. 2875)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts [Z]
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (Arbeitsrechtliche Praxis)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz i. d. F. d. B. v. 2.7.1979 (BGBl. I S. 853, 1036), zuletzt geändert am 12.12.2019 (BGBl. I S. 2633, 2636)
ArbZG	Arbeitszeitgesetz vom 6.6.1994 (BGBl. I S. 1170, 1171), zuletzt geändert am 27.3.2020 (BGBl. I S. 575, 578)
ARD	Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie [Z]
Art.	Artikel
AufenthG	Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz) i. d. F. d. B. v. 25.2.2008 (BGBl. I S. 162), zuletzt geändert am 17.2.2020 (BGBl. I S. 166, 193)
Aufl.	Auflage

AuK	Arbeitsrecht und Kirche [Z]
AuR	Arbeit und Recht [Z]
AVR	Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes; Archiv des Völkerrechts [Z]
b.	bei
B.	Beschluss
B.A.	Bachelor of Arts
BadK	Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhle und dem Freistaate Baden vom 12.10.1932 (GVBl. 1933 S. 20)
BadKV	Vertrag zwischen dem Freistaat Baden und der Vereinigten Evangelisch-protestantischen Landeskirche Badens vom 14.11.1932 (GVBl. 1933 S. 32)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, hg. von Mitgliedern des Gerichtshofes
BAnz.	Bundesanzeiger
BauGB	Baugesetzbuch i. d. F. d. B. v. 3.11.2017 (BGBl. I S. 3634), zuletzt geändert am 27.3.2020 (BGBl. I S. 587, 591)
BauNVO	Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (Baunutzungsverordnung) i. d. F. d. B. v. 21.11.2017 (BGBl. I S. 3786)
BauR	Baurecht [Z]
Bay.	Bayern; bayerisch
BayEUG	Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen i. d. F. d. B. v. 31.5.2000 (GVBl. S. 414, 632), zuletzt geändert am 23.12.2019 (GVBl. S. 737, 742)
BayK	Konkordat zwischen Seiner Heiligkeit Papst Pius XI. und dem Staate Bayern vom 29.3.1924 (BayRS IV S. 190)
BayKV	Vertrag zwischen dem Bayerischen Staate und der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern rechts des Rheins vom 15.11.1924 (BayRS IV S. 190)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen, hg. von Mitgliedern des Gerichts
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen, hg. von den Zivilsenaten des Gerichts

BayRS	Bayerische Rechtssammlung
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter [Z]
BayVerf.	Verfassung des Freistaates Bayern i. d. F. d. B. v. 15.12.1998 (GVBl. S. 991), zuletzt geändert am 11.11.2013 (GVBl. S. 638, 639, 640, 641, 642)
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerfGHE	s. BayVGHE
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVGHE	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs und des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, hg. vom BayVGH (n.F.1 von 1947/48 = Bd. 64 der Gesamtfolge)
BB	Der Betriebs-Berater [Z]
BBG	Bundesbeamten-gesetz vom 5.2.2009 (BGBl. I S. 160), zuletzt geändert am 20.11.2019 (BGBl. I S. 1626, 1632)
Bbg.	Brandenburg; brandenburgisch
Bd.; Bde.	Band; Bände
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz vom 30.6.2017 (BGBl. I S. 2097), zuletzt geändert am 20.11.2019 (BGBl. I S. 1626, 1633)
bearb.	bearbeitet
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung [elektronische Entscheidungsdatenbank]
BEFG	Bund Evangelisch-Freikirchlicher Gemeinden
Begr.; begr.	Begründung; Begründer; begründet
Beih.	Beiheft
Beil.	Beilage
BEK	Bremische Evangelische Kirche
ber.	berichtigt
bes.	besonders
betr.	betreffend
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz i. d. F. d. B. v. 25.9.2001 (BGBl. I S. 2518), zuletzt geändert am 18.12.2018 (BGBl. I S. 2651, 2656)
BFeG	Bund Freier evangelischer Gemeinden in Deutschland
BFH	Bundesfinanzhof

BFH/NV	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs (mit allen amtlich und nicht amtlich veröffentlichten Entscheidungen) [Z]
BFHE	Sammlungen der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs, hg. von den Mitgliedern des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch i. d. F. d. B. v. 2. 1. 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert am 19. 3. 2020 (BGBl. I S. 541)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, hg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwaltschaft
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, hg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwaltschaft
BImSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz) i. d. F. d. B. v. 17. 5. 2013 (BGBl. I S. 1274), zuletzt geändert am 8. 4. 2019 (BGBl. I S. 432)
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter, Losebl.
Bl.	Blatt
BMF	Bundesminister(-ium) der Finanzen
BMG	Bundesmeldegesetz vom 3. 5. 2013 (BGBl. I S. 1084), zuletzt geändert am 17. 2. 2020 (BGBl. I S. 166, 192)
BPatG	Bundespatentgericht
BPatGE	Entscheidungen des Bundespatentgerichts, hg. von Mitgliedern des Bundespatentgerichts
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz vom 15. 3. 1974 (BGBl. I S. 693), zuletzt geändert am 17. 7. 2017 (BGBl. I S. 2581, 2612)
BR-Drs.	Drucksache des Bundesrates
BReg.	Bundesregierung
Brem.	Bremer; bremisch
BremStGH	Entscheidungen des Staatsgerichtshofes der Freien Hansestadt Bremen, hg. von dem Präsidenten des Staatsgerichtshofs

BRRG	Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrahmenrechtsgesetz) i. d. F. d. B. v. 31. 3. 1999 (BGBl. I S. 654), zuletzt geändert am 23. 5. 2017 (BGBl. I S. 1228, 1241)
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts, hg. von Richterinnen und Richtern des Bundessozialgerichts
bspw.	beispielsweise
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT	Deutscher Bundestag
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfG (K)	Bundesverfassungsgericht (Kammer)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, hg. von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz i. d. F. d. B. v. 11. 8. 1993 (BGBl. I S. 1473), zuletzt geändert am 20. 11. 2019 (BGBl. I S. 1724, 1731)
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, hg. vom Verein der Richter des BVerfG e. V.
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, hg. von Mitgliedern des Gerichts
BW	Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
c.	canon
CA	Confessio Augustana; Central-Ausschuss
ca.	circa
can.	canon
cap.	capitulum
cc.	canones
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CIC	Codex Iuris Canonici [vom 25. 1. 1983]
CIC/1917	Codex Iuris Canonici vom 27. 5. 1917
CIC/1983	Codex Iuris Canonici vom 25. 1. 1983

Cod.	Codex
COMECE	Commissio Episcopatum Communitatis Europaeensis [Kommission der europäischen Bischofskonferenzen]
Const. Ap.	Constitutio Apostolica
CSU	Christlich-Soziale Union
CVJM	Christlicher Verein Junger Menschen
d.	der, die, das
d. h.	das heißt
dass.	dasselbe
DB	Der Betrieb [Z]
DBK	Deutsche Bischofskonferenz
DCV	Deutscher Caritasverband
DDP	Deutsche Demokratische Partei
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DEK	Deutsche Evangelische Kirche [1933–1945]
dems.	demselben
dens.	denselben
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Dig.	Digesten
Diss.	Dissertation
DİTİB	Diyanet İşleri Türk-İslam Birliği (Türkisch-Islamische Union der Anstalt für Religion e.V.)
DJT	Deutscher Juristentag
DNVP	Deutschnationale Volkspartei
Doc.	Document
DOK	Deutsche Ordensobernkonzferenz
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung [Z]
DP	Deutsche Partei
Dr.	Doktor
Drs.	Drucksache
DSG	Datenschutzgesetz
DStR	Deutsches Steuerrecht [Z]

DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung [Z]
dt.	deutsch
DuD	Datenschutz und Datensicherheit [Z]
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt [Z]
E.	Entscheidung; Entscheid
e. V.	eingetragener Verein
EAK	Evangelisch-altreformierte Kirche in Niedersachsen
ebd.	ebenda
Ed.	Editio(n)
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte, hg. unter Mitwirkung der Richter an den Finanzgerichten in der Bundesrepublik Deutschland
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche i. d. F. d. B. v. 21. 9. 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), zuletzt geändert am 27. 3. 2020 (BGBl. I S. 569, 572)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. 3. 1957 (BGBl. II S. 766) i. d. F. d. Vertrages über die Europäische Union vom 7. 2. 1992 (BGBl. II S. 1253, 1255)
EKBO	Evangelische Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz
EKD	Evangelische Kirche in Deutschland
EKHN	Evangelische Kirche in Hessen und Nassau
EKiR	Evangelische Kirche im Rheinland
EKKPS	Evangelische Kirche der Kirchenprovinz Sachsen
EKKW	Evangelische Kirche von Kurhessen-Waldeck
EKL ³	Evangelisches Kirchenlexikon. Internationale theologische Enzyklopädie, 3. Aufl., hg. von Erwin Fahlbusch / Jan Milič Lochman / John Mbiti / Jaroslav Pelikan / Lukas Vischer, 4 Bde., 1986–1996
EKM	Evangelische Kirche in Mitteldeutschland
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EKU	Evangelische Kirche der Union
EKvW	Evangelische Kirche von Westfalen

ELKB	Evangelisch-Lutherische Kirche in Bayern
ELKS	Evangelisch-Lutherische Landeskirche Sachsens
EmK	Evangelisch-methodistische Kirche
EMRK	[Europäische] Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 i. d. F. d. B. v. 22.10.2010 (BGBl. II S. 1198)
epd	Evangelischer Pressedienst
ErbStG	Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz i. d. F. d. B. v. 27.2.1997 (BGBl. I S. 378), zuletzt geändert am 26.11.2019 (BGBl. I S. 1794, 1812)
erg.	ergänzend
Erg.-Lfg.	Ergänzungslieferung
Erl.	Erläuterung
EssGespr.	Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche
EStG	Einkommensteuergesetz i. d. F. d. B. v. 8.10.2009 (BGBl. I S. 3366, 3862), zuletzt geändert am 21.12.2019 (BGBl. I S. 2886, 2887)
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EU-DSGVO	Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) vom 27.4.2016 (ABl. EU Nr. L 119 S. 1)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EU-GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12.12.2007 (ABl. EU Nr. C 303 S. 1), zuletzt i. d. F. d. B. v. 7.6.2016 (ABl. EU Nr. C 202 S. 2)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift [Z]
EuR	Europarecht [Z]
EUV	Vertrag über die Europäische Union i. d. F. d. B. v. 9.5.2008 (ABl. EU Nr. C 115 S. 13), zuletzt i. d. F. d. B. v. 7.6.2016 (ABl. EU Nr. C 202 S. 13)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht [Z]
EV	Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands (Einigungsvertrag) vom 31.8.1990 (BGBl. II S. 889)

ev.	evangelisch
EVG	Europäische Verteidigungsgemeinschaft
EvKV Bbg.	Vertrag zwischen dem Land Brandenburg und den evangelischen Landeskirchen in Brandenburg (Evangelischer Kirchenvertrag Brandenburg) vom 8.11.1996 (GVBl. S. 4, 13)
EvKV Berlin	Vertrag des Landes Berlin mit der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz (Evangelischer Kirchenvertrag Berlin) vom 20.2.2006 (GVBl. S. 715)
EvKV Bremen	Vertrag der Freien Hansestadt Bremen mit den Evangelischen Kirchen in Bremen vom 31.10.2001 (GBl. S. 15)
EvKV BW	Vertrag des Landes Baden-Württemberg mit der Evangelischen Landeskirche in Baden und mit der Evangelischen Landeskirche in Württemberg (Evangelischer Kirchenvertrag Baden-Württemberg) vom 17.10.2007 (GBl. 2008 S. 1, ber. 56)
EvKV Hessen	Vertrag des Landes Hessen mit den Evangelischen Landeskirchen in Hessen vom 18.2.1960 (GVBl. S. 54)
EvKV Hmb.	Vertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Nordelbischen Evangelisch-Lutherischen Kirche vom 29.11.2005 (GVBl. 2006 S. 429)
EvKV Lippe	Vertrag des Landes Nordrhein-Westfalen mit der Lippischen Landeskirche vom 6.3.1958 (GVBl. S. 205)
EvKV LSA	Vertrag des Landes Sachsen-Anhalt mit den Evangelischen Landeskirchen in Sachsen-Anhalt (Evangelischer Kirchenvertrag Sachsen-Anhalt) vom 15.9.1993 (GVBl. 1994 S. 173)
EvKV MV	Vertrag zwischen dem Land Mecklenburg-Vorpommern und der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Mecklenburgs und der Pommerschen Evangelischen Kirche vom 20.1.1994 (GVBl. S. 559)
EvKV NRW 1957	Vertrag des Landes Nordrhein-Westfalen mit der Evangelischen Kirche im Rheinland und der Evangelischen Kirche von Westfalen vom 9.9.1957 (GVBl. S. 249, 265)
EvKV NRW 1984	Vertrag zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und der Evangelischen Kirche im Rheinland, der Evangelischen Kirche von Westfalen und der Lippischen Landeskirche vom 29.3.1984 (GVBl. S. 592)

EvKV Pfalz	Vertrag zwischen dem Bayerischen Staate und der Vereinigten protestantisch-evangelisch-christlichen Kirche der Pfalz (Pfälzischen Landeskirche) vom 15. 11. 1924 (BayRS IV S. 190)
EvKV Preußen	Vertrag des Freistaates Preußen mit den Evangelischen Landeskirchen vom 11. 5. 1931 (PrGS S. 107)
EvKV RP	Vertrag des Landes Rheinland-Pfalz mit den Evangelischen Landeskirchen in Rheinland-Pfalz vom 31. 3. 1962 (GVBl. S. 173)
EvKV Sachsen	Vertrag des Freistaates Sachsen mit den evangelischen Landeskirchen im Freistaat Sachsen (Evangelischer Kirchenvertrag Sachsen) vom 24. 3. 1994 (GVBl. S. 1253)
EvKV SH	Vertrag zwischen dem Land Schleswig-Holstein und den evangelischen Landeskirchen in Schleswig-Holstein vom 23. 4. 1957 (GVBl. S. 73)
EvKV Thür.	Vertrag des Freistaats Thüringen mit den Evangelischen Kirchen in Thüringen vom 15. 3. 1994 (GVBl. S. 509)
EvKVErgV Nds.	Ergänzungsvertrag zum Vertrag der Evangelischen Landeskirchen in Niedersachsen vom 19. 3. 1955 vom 4. 3. 1965 (GVBl. 1966 S. 3)
EvStL	Evangelisches Staatslexikon, 3. Aufl., hg. von Roman Herzog/Hermann Kunst/Klaus Schlaich/Wilhelm Schneemelcher, 2 Bde., 1987 (EvStL ³); 4. Aufl. (Neuauflage), hg. von Werner Heun/Martin Honecker/Martin Morlok/Joachim Wieland, 2006 (EvStL ⁴)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht, begr. von Eugen Stahlhacke, hg. von Burghard Kreft, Losebl.
EZAR NF	Entscheidungssammlung zum Zuwanderungs-, Asyl- und Freizügigkeitsrecht
EZW	Evangelische Zentralstelle für Weltanschauungsfragen
f.	folgende [z. B. Seite]; für
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. 12. 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), zuletzt geändert am 19. 3. 2020 (BGBl. I S. 541)
FamFR	Familienrecht und Familienverfahrensrecht [Z]
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht [Z]
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung

FDP	Freie Demokratische Partei
ff.	folgende [z. B. Seiten]
FFP	Forum Freikirchlicher Pfingstgemeinden
FG	Finanzgericht
FGO	Finanzgerichtsordnung i. d. F. d. B. v. 28.3.2001 (BGBl. I S. 442, 2262; 2002 I S. 679), zuletzt geändert am 12.12.2019 (BGBl. I S. 2633, 2636)
FH	Fachhochschule
Fn.	Fußnote
FR	Finanz-Rundschau [Z]
Frhr.	Freiherr
FS	Festschrift
G.	Gesetz
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht [Z]
GBL.	Gesetzblatt
gem.	gemäß; gemeinsam
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
ges.	gesammelt
GewArch	Gewerbearchiv [Z]
GewO	Gewerbeordnung i. d. F. d. B. v. 22.2.1999 (BGBl. I S. 202), zuletzt geändert am 22.11.2019 (BGBl. I S. 1746, 1751)
GewStG	Gewerbesteuergesetz i. d. F. d. B. v. 15.10.2002 (BGBl. I S. 4167), zuletzt geändert am 12.12.2019 (BGBl. I S. 2451, 2467)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im BGBl. III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert am 15.11.2019 (BGBl. I S. 1546)
ggf.	gegebenenfalls
gGmbH	gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GK	Große Kammer
GKG	Gerichtskostengesetz i. d. F. d. B. v. 27.2.2014 (BGBl. I S. 154), zuletzt geändert am 9.12.2019 (BGBl. I S. 2146, 2151)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GO	Grundordnung
GO EKD	Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland vom 13.7.1948 (ABl. EKD S. 233) i. d. F. d. B. v. 1.1.2020 (ABl. EKD S. 2, 25)
GO UEK	Grundordnung der Union Evangelischer Kirchen in der Evangelischen Kirche in Deutschland i. d. F. v. 3.12.2008 (ABl. EKD 2009 S. 45), zuletzt geändert am 11.11.2017 (ABl. EKD S. 383)
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz i. d. F. d. B. v. 26.2.1997 (BGBl. I S. 418, 1804), zuletzt geändert am 25.3.2019 (BGBl. I S. 357, 359)
GrO	Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse, beschlossen von der katholischen Deutschen Bischofskonferenz am 22.9.1993 (ABl. DBK S. 132), i. d. F. des Beschlusses der Vollversammlung des Verbandes der Diözesen Deutschlands vom 27.4.2015 (ABl. DBK S. 74)
GrS	Großer Senat
GrStG	Grundsteuergesetz vom 7.8.1973 (BGBl. I S. 965), zuletzt geändert am 30.11.2019 (BGBl. I S. 1875)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [Z]
GS	Gesetzessammlung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz i. d. F. d. B. v. 9.5.1975 (BGBl. I S. 1077), zuletzt geändert am 12.12.2019 (BGBl. I S. 2633, 2634)
GVM	Gesetze, Verordnungen u. Mitteilungen [landeskirchliches Amtsblatt der Bremischen Evangelischen Kirche]
H.	Heft
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hb.	Handbuch
Hbd.	Halbband
HDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hg. von Gerhard Anschütz /Richard Thoma, 2 Bde., 1930–1932
HEKR	Handbuch des evangelischen Kirchenrechts, hg. von Hans Ulrich Anke/Heinrich de Wall/Hans Michael Heinig 2016
hess.	hessisch
HessStGH	Staatsgerichtshof des Landes Hessen

HessVerf.	Verfassung des Landes Hessen vom 1. 12. 1946 (GVBl. I S. 229; 1947 I S. 106; 1948 I S. 68), zuletzt geändert am 12. 12. 2018 (GVBl. I S. 752)
HessVGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
HFR	Höchststrichterliche Finanzrechtsprechung [Z]
Hg.; hg.	Herausgeber; herausgegeben
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, hg. von Detlef Merten/Hans Jürgen Papier, 12 Bde., 2004–2018
Hist. Jb.	Historisches Jahrbuch [Z]
HK	Herder-Korrespondenz [Z]
HKKR	Handbuch des katholischen Kirchenrechts, 1. Aufl., hg. von Joseph Listl/Hubert Müller/Heribert Schmitz, 1983 (HKKR ¹); 2. Aufl., hg. von Joseph Listl/Heribert Schmitz, 1999 (HKKR ²); 3. Aufl., hg. von Stephan Haering/Wilhelm Rees/Heribert Schmitz, 2015 (HKKR ³)
hl.	heilig
Hmb.	Hamburg; hamburgisch
HmbGVBl.	Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt
hr	Hessischer Rundfunk
HRG	Hochschulrahmengesetz i. d. F. d. B. v. 19. 1. 1999 (BGBl. I S. 18), zuletzt geändert am 15. 11. 2019 (BGBl. I S. 1622)
HRG ¹	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 1. Aufl., hg. von Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann/Dieter Werkmüller, mitbegründet von Wolfgang Stammler, unter philologischer Mitarbeit von Ruth Schmidt-Wiegand, 5 Bde., 1971–1998
HRG ²	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl., hg. von Albrecht Cordes/Hans-Peter Haferkamp (ab 17. Lieferung, 2013, Bd. 3, 2016)/Bernd Kannowski (ab 28. Lieferung, 2020)/Heiner Lück/Heinrich de Wall (ab 28. Lieferung, 2020)/Dieter Werkmüller/Ruth Schmidt-Wiegand (Bd. 1, 2008, als philologische Beraterin)/Christa Bertelsmeier-Kierst (ab 9. Lieferung, 2009, Bd. 2, 2012, als philologische Beraterin), in Lieferungen 2004 ff., 6 Bde., 2008 ff.
Hs.	Halbsatz

HSKR	Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl., hg. von Ernst Friesenhahn / Ulrich Scheuner i.V.m. Joseph Listl, 2 Bde., 1974–1975 (HSKR ¹); 2. Aufl., hg. von Joseph Listl / Dietrich Pirson, 2 Bde., 1994–1995 (HSKR ²)
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hg. von Josef Isensee / Paul Kirchhof, 1. Aufl., 9 Bde. und Registerband, 1987–2000 (HStR ¹); 2., unveränderte Aufl., 6 Bde., 1995–2001; 3. Aufl., 12 Bde. und Registerband, 2003–2015 (HStR ³)
i. d. F. (d. B. / d. G.) v.	in der Fassung (der Bekanntmachung / des Gesetzes) vom
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
i. e.	id est
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S. (d. / v.)	im Sinne (des / von)
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
ILO	International Labour Organization
insbes.	insbesondere
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. 12. 1966 (BGBl. 1973 II S. 1533, 1534)
IPO	Instrumentum Pacis Osnabrugense
IPwskR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. 12. 1966 (BGBl. 1973 II S. 1569, 1570)
IslamV Bremen	Vertrag zwischen der Freien Hansestadt Bremen und den Islamischen Religionsgemeinschaften im Lande Bremen [der Schura – Islamischen Religionsgemeinschaft Bremen e.V., dem DITIB-Landesverband der Islamischen Religionsgemeinschaften Niedersachsen und Bremen e.V. und dem Verband der Islamischen Kulturzentren e.V.] vom 15. 1. 2013; dazu die Mitteilung des Senats vom 15. 1. 2013, Bremische Bürgerschaft – Landtag –, Drs. 18/727, sowie das Plenarprotokoll 18/34 vom 24. 1. 2013, S. 2311–2329
IslamV Hmb.	Vertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg, dem DITIB-Landesverband Hamburg, SCHURA – Rat der Islamischen Gemeinschaften in Hamburg und dem Verband der Islamischen Kulturzentren vom 13. 11. 2012 (HmbGVBl. II 2013 S. 997)

iStR	Internationales Steuerrecht [Z]
JA	Juristische Arbeitsblätter [Z]
JArbSchG	Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz) vom 12.4.1976 (BGBl. I S. 965), zuletzt geändert am 12.12.2019 (BGBl. I S. 2522, 2540)
JCSW	Jahrbuch für Christliche Sozialwissenschaften [Z]
Jh.	Jahrhundert
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart [Z]
JR	Juristische Rundschau [Z]
JüdV Bay.	Vertrag zwischen dem Freistaat Bayern und dem Landesverband der Israelitischen Kultusgemeinden in Bayern vom 14.8.1997 (GVBl. 1998 S. 30), zuletzt geändert durch Vertrag vom 10.11.2015 (GVBl. 2016 S. 16)
JüdV Bbg.	Vertrag zwischen dem Land Brandenburg und der Jüdischen Gemeinde – Land Brandenburg vom 11.1.2005 (GVBl. I S. 158)
JüdV Berlin	Staatsvertrag über die Beziehungen des Landes Berlin zur Jüdischen Gemeinde zu Berlin vom 19.11.1993 (GVBl. 1994 S. 68)
JüdV Bremen	Vertrag zwischen der Freien Hansestadt Bremen und der Jüdischen Gemeinde im Lande Bremen vom 11.10.2001 (GBL. S. 473)
JüdV BW	Vertrag des Landes Baden-Württemberg mit der Israelitischen Religionsgemeinschaft Baden und der Israelitischen Religionsgemeinschaft Württembergs vom 18.1.2010 (GBL. S. 302)
JüdV Hessen	Vertrag zwischen dem Land Hessen und dem Landesverband der Jüdischen Gemeinden in Hessen – Körperschaft des öffentlichen Rechts – vom 11.11.1986 (GVBl. I S. 395)
JüdV Hmb.	Vertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Jüdischen Gemeinde in Hamburg vom 20.6.2007 (GVBl. S. 408)
JüdV LSA	Vertrag des Landes Sachsen-Anhalt mit der Jüdischen Gemeinschaft in Sachsen-Anhalt vom 20.3.2006 (GVBl. S. 468)
JüdV MV	Vertrag zwischen dem Land Mecklenburg-Vorpommern mit dem Landesverband der Jüdischen Gemeinden in Mecklenburg-Vorpommern vom 14.6.1996 (GVBl. S. 557)

JüdV Nds.	Vertrag zwischen dem Land Niedersachsen und dem Landesverband der Jüdischen Gemeinden von Niedersachsen – Körperschaft des öffentlichen Rechts – vom 8. 1. 2013 (GVBl. S. 234)
JüdV NRW	Vertrag zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und dem Landesverband der Jüdischen Gemeinden von Nordrhein, Körperschaft des öffentlichen Rechts, dem Landesverband der Jüdischen Kultusgemeinden von Westfalen, Körperschaft des öffentlichen Rechts, und der Synagogen-Gemeinde Köln, Körperschaft des öffentlichen Rechts, vom 1. 12. 1992 (GVBl. 1993 S. 314), zuletzt geändert durch Vertrag vom 7. 4. 2017 (GVBl. S. 449)
JüdV RP	Vertrag zwischen dem Land Rheinland-Pfalz und dem Landesverband der Jüdischen Gemeinden von Rheinland-Pfalz – Körperschaft des öffentlichen Rechts – vom 26. 4. 2012 (GVBl. S. 158)
JüdV Saarl.	Vertrag zwischen dem Saarland und der Synagogengemeinde Saar – Körperschaft des öffentlichen Rechts – vom 14. 11. 2001 (ABl. S. 527)
JüdV Sachsen	Vertrag des Freistaates Sachsen mit dem Landesverband der Jüdischen Gemeinden vom 7. 6. 1994 (GVBl. S. 1346), zuletzt geändert durch Vertrag vom 5. 3. 2019 (GVBl. S. 311)
JüdV SH	Vertrag zwischen dem Landesverband der Jüdischen Gemeinden von Schleswig-Holstein e.V., der Jüdischen Gemeinschaft Schleswig-Holstein und dem Land Schleswig-Holstein über die Förderung jüdischen Lebens in Schleswig-Holstein vom 25. 1. 2005 (ABl. S. 162)
JüdV Thür.	Vertrag zwischen dem Freistaat Thüringen und der Jüdischen Landesgemeinde Thüringen vom 1. 11. 1993 (GVBl. S. 758), zuletzt geändert durch Vertrag vom 12. 10. 2011 (GVBl. S. 478)
jur.	juristisch
JURA	Juristische Ausbildung [Z]
jurisPR	juris PraxisReport
JuS	Juristische Schulung [Z]
JuSchG	Jugendschutzgesetz vom 23. 7. 2002 (BGBl. I S. 2730), zuletzt geändert am 10. 3. 2017 (BGBl. I S. 420, 422)
JW	Juristische Wochenschrift [Z]
JZ	Juristenzeitung [Z]
KABl.	Kirchliches Amtsblatt

KAGH	Kirchlicher Arbeitsgerichtshof [kath.]
KAGO	Kirchliche Arbeitsgerichtsordnung i. d. F. d. Beschlusses der Vollversammlung der DBK vom 25.2.2010 [kath.]
KAmtsAnz.	Kirchlicher Amtsanzeiger
Kap.	Kapitel
kath.	katholisch
KathKV Bbg.	Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Brandenburg vom 12.11.2003 (GVBl. 2004 S. 224)
KathKV Bremen	Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und der Freien Hansestadt Bremen vom 21.11.2003 (GBI. 2004 S. 152)
KathKV BW	Vereinbarung des Landes Baden-Württemberg mit der Erzdiözese Freiburg und mit der Diözese Rottenburg-Stuttgart (Römisch-katholische Kirchenvereinbarung Baden-Württemberg) vom 31.10.2007 (GBI. 2008 S. 10)
KathKV Hessen	Vertrag des Landes Hessen mit den Katholischen Bistümern in Hessen vom 9.3.1963 (GVBl. I S. 102)
KathKV Hmb.	Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und der Freien Hansestadt Hamburg vom 29.11.2005 (GVBl. 2006 S. 435)
KathKV LSA	Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Sachsen-Anhalt vom 15.1.1998 (GVBl. S. 161)
KathKV MV	Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Mecklenburg-Vorpommern vom 15.9.1997 (GVBl. 1998 S. 2)
KathKV NRW 1984	Vertrag zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und dem Heiligen Stuhl vom 26.3.1984 (GVBl. S. 582)
KathKV Preußen	Vertrag des Freistaates Preußen mit dem Heiligen Stuhle vom 14.6.1929 (PrGS S. 152)
KathKV RP	Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Rheinland-Pfalz zur Ergänzung und Änderung der konkordatären Bestimmungen im Land Rheinland-Pfalz vom 29.4.1969 (GVBl. S. 165)
KathKV Sachsen	Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Sachsen vom 2.7.1996 (GVBl. 1997 S. 18)
KathKV SH	Vertrag zwischen dem Land Schleswig-Holstein und dem Heiligen Stuhl vom 12.1.2009 (GVBl. S. 265)
KathKV Thür.	Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Thüringen vom 11.6.1997 (GVBl. S. 266)

KathKVErgV Hessen	Vertrag zur Ergänzung des Vertrages des Landes Hessen mit den Katholischen Bistümern in Hessen vom 9.3.1963 vom 29.3.1974 (GVBl. I S. 388)
KEK	Konferenz Europäischer Kirchen
KG	Kammergericht; Kirchengesetz
KGO	Kirchengemeindeordnung [ev.]
KHG	Krankenhausfinanzierungsgesetz i. d. F. d. B. v. 10.4.1991 (BGBl. I S. 886), zuletzt geändert am 10.12.2015 (BGBl. I S. 2229)
KirchE	Entscheidungen in Kirchensachen, begr. von Carl J. Hering/Hubert Lentz, hg. von Stefan Muckel/Manfred Baldus
kirchl.	kirchlich
KiStG	Kirchensteuergesetz
KJ	Kritische Justiz [Z]
KNA	Katholische Nachrichten-Agentur
KO	Kirchenordnung
KODA	Kommission zur Ordnung des Diözesanen Arbeitsvertragsrechts
KöR	Körperschaft des öffentlichen Rechts
KPD	Kommunistische Partei Deutschlands
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft [Z]
KStG	Körperschaftsteuergesetz i. d. F. d. B. v. 15.10.2002 (BGBl. I S. 4144), zuletzt geändert am 21.12.2019 (BGBl. I S. 2875, 2884)
KStZ	Kommunale Steuer-Zeitschrift [Z]
KuR	Kirche und Recht [Z]
KV	Kirchenvertrag
KVerf.	Kirchenverfassung
KZG	Kirchliche Zeitgeschichte [Z]
LAG	Landesarbeitsgericht
LexMA	Lexikon des Mittelalters, hg. von Robert Auty/Robert-Henri Bautier/Norbert Angermann, 9 Bde. und Registerband, 1980–1999; Studienausgabe 1999; Taschenbuchausgabe 2002

LG	Landgericht; Lumen gentium (Dogmatische Konstitution über die Kirche vom 21. 11. 1964)
LHG	Landeshochschulgesetz
Lit.	Literatur
LKABl.	Landeskirchliches Amtsblatt
LKL VELKD	Leitlinien kirchlichen Lebens der VELKD
LKRZ	Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht Hessen Rheinland-Pfalz Saarland [Z]
LKStKR	Lexikon für Kirchen- und Staatskirchenrecht, hg. von Axel Freiherr v. Campenhausen / Ilona Riedel-Spangenberger / Reinhold Sebott, 3 Bde., 2000–2004
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung [Z]
Losebl.	Loseblatt-Sammlung
Ls.	Leitsatz
LSA	Land Sachsen-Anhalt
LSG	Landessozialgericht
LT	Landtag
lt.	laut
LT-Drs.	Drucksache des Landtages
LThK ³	Lexikon für Theologie und Kirche, 3. Aufl., hg. von Walter Kasper, 10 Bde. und Registerband, 1993–2001; Sonderausgabe 2009; Sonderausgabe 2017
luth.	lutherisch
LVerfG	Landesverfassungsgericht
LVerfGE	Entscheidungen der Verfassungsgerichte der Länder, hg. von den Mitgliedern der Gerichte
m.	mit
M. A.	Master of Arts
m. a. W.	mit anderen Worten
m. N.	mit Nachweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MAVO	Mitarbeitervertretungsordnung [kath.]
MBI.	Ministerialblatt
MDR	Mitteldeutscher Rundfunk
MedR	Medizinrecht [Z]

Mio.	Million
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz vom 4. 5. 1976 (BGBl. I S. 1153), zuletzt geändert am 24. 4. 2015 (BGBl. I S. 642, 657)
Mrd.	Milliarde
MV	Mecklenburg-Vorpommern
MwStR	Mehrwertsteuerrecht [Z]
n.	numero
N.	Nachweis
n. Chr.	nach Christus
n. F.	neue Fassung; neue Folge
Nachdr.	Nachdruck
NAK	Neuapostolische Kirche
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NDR	Norddeutscher Rundfunk
Nds.	Niedersachsen; niedersächsisch
NdsK	Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhle und dem Lande Niedersachsen vom 26. 2. 1965 (GVBl. S. 191), zuletzt geändert durch Vertrag vom 8. 5. 2012 (GVBl. S. 244, 346)
NdsKV	Vertrag des Landes Niedersachsen mit den Evangelischen Landeskirchen in Niedersachsen vom 19. 3. 1955 (GVBl. S. 159) [sog. Loeccumer Vertrag]
NdsVBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter [Z]
NdsVerf.	Niedersächsische Verfassung vom 19. 5. 1993 (GVBl. S. 107), zuletzt geändert am 23. 10. 2019 (GVBl. S. 288)
NJ	Neue Justiz [Z]
NJOZ	Neue juristische Online-Zeitschrift [Z]
NJW	Neue Juristische Wochenschrift [Z]
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report [Z]
NordÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland [Z]
npoR	Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen [Z]
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen

NS	Nationalsozialismus; nationalsozialistisch
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht [Z]
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht [Z]
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht [Z]
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter [Z]
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (früher: Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht) [Z]
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht [Z]
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht [Z]
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht [Z]
o.	oben
o. a.	oder andere
o. ä.	oder ähnlich
o. g.	oben genannt
o. J.	ohne Jahr
ÖAKR	Österreichisches Archiv für Kirchenrecht [Z]
öarr	österreichisches Archiv für recht & religion [Z]
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht [Z]
öff.	öffentlich
OK	Ordenskorrespondenz [Z]
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
OSB	Ordo Sancti Benedicti
OVB	Oberhirtliches Verordnungsblatt
OVG	Oberverwaltungsgericht

OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster und für das Land Niedersachsen in Lüneburg. Mit Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes Nordrhein-Westfalen und des Niedersächsischen Staatsgerichtshofes [bis Bd. 42 (1995): Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg]
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten i. d. F. d. B. v. 19. 2. 1987 (BGBl. I S. 602), zuletzt geändert am 9. 12. 2019 (BGBl. I S. 2146, 2152)
p.	pagina / page
PEK	Pommersche Evangelische Kirche
PfDG EKD	Pfarrdienstgesetz der EKD vom 10.11.2010 (ABl. S. 307), zuletzt geändert am 13.11.2019 (ABl. EKD S. 322; 2020 S. 10)
phil.	philosophisch
PreußVU	Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat vom 31. 1. 1850
PrGS	Preußische Gesetzsammlung
Prot.	Protokoll
ProVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, hg. von Mitgliedern des Gerichtshofs
PrVbl.	Preußisches Verwaltungsblatt [Z]
PStG	Personenstandsgesetz vom 19. 2. 2007 (BGBl. I S. 122), zuletzt geändert am 20. 11. 2019 (BGBl. I S. 1626, 1641)
PStV	Personenstandsverordnung vom 22. 11. 2008 (BGBl. I S. 2263), zuletzt geändert am 18. 12. 2018 (BGBl. I S. 2639, 2641)
R.	Rabbi
RBB	Rundfunk Berlin-Brandenburg
rd.	rund
RdA	Recht der Arbeit [Z]
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens [Z]
rechtl.	rechtlich
ref.	reformiert
Res.	Resolution
RFH	Reichsfinanzhof

RFHE	Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs, hg. vom Reichsfinanzhof
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGG	Die Religion in Geschichte und Gegenwart, 3. Aufl., hg. von Kurt Galling, 6 Bde. und Registerband, 1957–1962 (RGG ³); 4. Aufl., hg. von Hans Dieter Betz/D. S. Browning/Bernd Janowski/Eberhard Jüngel, 8 Bde. und Registerband, 1998–2007 (RGG ⁴)
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, hg. von von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, hg. von von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft
RK	Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Deutschen Reich vom 20. 7. 1933 (RGBl. II S. 679) [sog. Reichskonkordat]
RKEG	Gesetz über die religiöse Kindererziehung in der im BGBl. III, Gliederungsnummer 404-9, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert am 17.12.2008 (BGBl. I S. 2586, 2728)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
röm.	römisch
RP	Rheinland-Pfalz
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger [Z]
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RStBl.	Reichssteuerblatt
RStGB	Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich
RuP	Recht und Politik [Z]
RuPrVBl.	Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt [Z]
RVO	Reichsversicherungsordnung in der im BGBl. III, Gliederungsnummer 820-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert am 23.10.2012 (BGBl. I S. 2246, 2262)
S.	Satz; Seite

s. (ss.)	siehe; sequens (sequentes)
s. a.	siehe auch
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
Saarl.	Saarland; saarländisch
sächs.	sächsisch
SächsGVBl.	Sächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt
SächsOVG	Sächsisches Oberverwaltungsgericht
SächsVBl.	Sächsische Verwaltungsblätter [Z]
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen, hg. von der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
sc.	scilicet
SchKG	Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten (Schwangerschaftskonfliktgesetz) vom 27.7.1992 (BGBl. I S. 1398), zuletzt geändert am 14.12.2019 (BGBl. I S. 2789. 2816)
Schlussprot.	Schlussprotokoll
SchulG	Schulgesetz
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands
SELK	Selbständige Evangelisch-Lutherische Kirche in Deutschland
SG	Sozialgericht; Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten (Soldatengesetz) i. d. F. d. B. v. 30.5.2005 (BGBl. I S. 1482), zuletzt geändert am 20.11.2019 (BGBl. I S. 1626, 1664)
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit. Zeitschrift für das aktuelle Sozialrecht [Z]
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz i. d. F. d. B. v. 23.9.1975 (BGBl. I S. 2535), zuletzt geändert am 22.3.2020 (BGBl. I S. 604, 605)
SH	Schleswig-Holstein
SJ	Societas Jesu
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte

SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
St.	Sankt
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
STA	Siebenten-Tags-Adventisten
staatl.	staatlich
StAZ	Zeitschrift für das Standesamtswesen [Z]
StGB	Strafgesetzbuch i. d. F. d. B. v. 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert am 3.3.2020 (BGBl. I S. 431)
StGH	Staatsgerichtshof
StL	Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hg. von der Görres-Gesellschaft, 6. Aufl., 11 Bde., 1957–1970 (StL ⁶); 7. Aufl., 7 Bde., 1985–1993 (StL ⁷); 8. Aufl., 6 Bde., 2017 ff. (StL ⁸)
StPO	Strafprozessordnung i. d. F. d. B. v. 7.4.1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), zuletzt geändert am 3.3.2020 (BGBl. I S. 431)
StuW	Steuer und Wirtschaft [Z]
StV	Staatsvertrag
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung vom 6.3.2013 (BGBl. I S. 367), zuletzt geändert am 6.6.2019 (BGBl. I S. 756, 769)
SWR	Südwestrundfunk
SWR-StV	Staatsvertrag über den Südwestrundfunk vom 3.7.2013 (GBl. BW S. 315), geändert durch Staatsvertrag vom 1./9.4.2015 (GBl. BW S. 332)
T.	Teil
Teilbd.	Teilband
theol.	theologisch
ThGl	Theologie und Glaube [Z]
ThPQ	Theologisch-praktische Quartalschrift [Z]
ThQ	Theologische Quartalschrift [Z]
Thür.	Thüringen; Thüringer; thüringisch
ThürVBl.	Thüringer Verwaltungsblätter [Z]
ThürVerf.	Verfassung des Freistaats Thüringen vom 25.10.1993 (GVBl. S. 625), zuletzt geändert am 11.10.2004 (GVBl. S. 745)

TRE	Theologische Realenzyklopädie, hg. von Gerhard Krause und Gerhard Müller, 36 Bde., 1976–2004
TThZ	Trierer Theologische Zeitschrift [Z]
Tz.	Textzahl; Textziffer
u.	und; unten
U.	Urteil
u. a.	und andere; unter anderem
u. ä.	und ähnlich
u. a. m.	und anderes mehr
u. ö.	und öfter
U. S.	United States [of America]
u. s. f.	und so fort
u. s. w.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
u. v. a. m.	und vieles andere mehr
u. v. m.	und vieles mehr
UAbs.	Unterabsatz
Übers.; übers.	Übersetzung; übersetzt
UEK	Union Evangelischer Kirchen in der EKD
UN	United Nations
UN-Charta	Charta der Vereinten Nationen vom 26.6.1945 (BGBl. 1973 II S. 430)
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization [Organisation der Vereinten Nationen für Bildung, Wissenschaft und Kultur]
unv.	unveröffentlicht
USA	United States of America
UStG	Umsatzsteuergesetz i. d. F. d. B. v. 21.2.2005 (BGBl. I S. 386), zuletzt geändert am 21.12.2019 (BGBl. I S. 2886, 2888)
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb i. d. F. d. B. v. 3.3.2010 (BGBl. I S. 254), zuletzt geändert am 18.4.2019 (BGBl. I S. 466, 472)
v.	vom, von; versus
v. a.	vor allem
VBlBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg [Z]

VDD	Verband der Diözesen Deutschlands
VEF	Vereinigung Evangelischer Freikirchen
VELKD	Vereinigte Evangelisch-Lutherische Kirche Deutschlands
VereinsG	Vereinsgesetz vom 5.8.1964 (BGBl. I S. 593), zuletzt geändert am 10.3.2017 (BGBl. I S. 419)
Verf.	Verfasser; Verfassung
Verf. Bbg.	Verfassung des Landes Brandenburg vom 20.8.1992 (GVBl. I S. 298), zuletzt geändert am 16.5.2019 (GVBl. I Nr. 16 S. 1)
Verf. Berlin	Verfassung von Berlin vom 23.11.1995 (GVBl. S. 779), zuletzt geändert am 22.3.2016 (GVBl. S. 114)
Verf. Bremen	Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen i. d. F. d. B. v. 12.8.2019 (GBl. S. 524)
Verf. BW	Verfassung des Landes Baden-Württemberg vom 11.11.1953 (GBl. S. 173), zuletzt geändert am 1.12.2015 (GBl. S. 1032)
Verf. Hmb.	Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg vom 6.6.1952 (GVBl. I 100-a), zuletzt geändert am 20.2.2020 (GVBl. S. 145)
Verf. LSA	Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt vom 16.7.1992 (GVBl. S. 600), zuletzt geändert am 5.12.2014 (GVBl. S. 494)
Verf. MV	Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern vom 23.5.1993 (GVBl. S. 372), zuletzt geändert am 14.7.2016 (GVBl. S. 573)
Verf. NRW	Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 28.6.1950 (GVBl. S. 127/GS S. 3), zuletzt geändert am 11.4.2019 (GVBl. S. 202)
Verf. RP	Verfassung für Rheinland-Pfalz vom 18.5.1947 (GVBl. S. 209), zuletzt geändert am 8.5.2015 (GVBl. S. 35)
Verf. Saarl.	Verfassung des Saarlandes vom 15.12.1947 (ABl. S. 1077), zuletzt geändert am 10.4.2019 (ABl. I S. 446)
Verf. Sachsen	Verfassung des Freistaates Sachsen vom 27.5.1992 (GVBl. S. 243), zuletzt geändert am 11.7.2013 (GVBl. S. 502)
Verf. SH	Verfassung des Landes Schleswig-Holstein i. d. F. d. B. v. 2.12.2014 (GVBl. S. 344; 2015 S. 41), zuletzt geändert am 19.12.2016 (GVBl. S. 1008)
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
veröff.	veröffentlicht

VerwArch	Verwaltungsarchiv. Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik [Z]
VG	Verwaltungsgericht; Verwertungsgesellschaft
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VIKZ	Verband der Islamischen Kulturzentren
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VR	Verwaltungsrundschau. Zeitschrift für Verwaltung in Praxis und Wissenschaft [Z]
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung i. d. F. d. B. v. 19.3.1991 (BGBl. I S. 686), zuletzt geändert am 12.12.2019 (BGBl. I S. 2652, 2721)
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz i. d. F. d. B. v. 23.1.2003 (BGBl. I S. 102), zuletzt geändert am 21.6.2019 (BGBl. I S. 846, 854)
WCRC	World Communion of Reformed Churches [Weltgemeinschaft Reformierter Kirchen]
WDR	Westdeutscher Rundfunk
WissR	Wissenschaftsrecht. Zeitschrift für deutsches und europäisches Wissenschaftsrecht [Z]
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung (Beilage zur Zeitschrift Gewerbearchiv) [Z]
WPflG	Wehrpflichtgesetz i. d. F. d. B. v. 15.8.2011 (BGBl. I S. 1730), zuletzt geändert am 4.8.2019 (BGBl. I S. 1147, 1149)
WRV	Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.8.1919 [Weimarer Reichsverfassung]
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht [Z]
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik [Z]
ZAT	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Tarifpolitik in Kirche und Caritas [Z]
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht [Z]

ZDF	Zweites Deutsches Fernsehen
ZDG	Gesetz über den Zivildienst der Kriegsdienstverweigerer (Zivildienstgesetz) vom 17. 5. 2005 (BGBl. I S. 1346), zuletzt geändert am 12. 12. 2019 (BGBl. I S. 2652, 2692)
ZdK	Zentralkomitee der deutschen Katholiken
ZEE	Zeitschrift für evangelische Ethik [Z]
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht [Z]
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht [Z]
ZfJ	Zentralblatt für Jugendrecht [Z]
ZfP	Zeitschrift für Politik [Z]
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung [Z]
Ziff.	Ziffer
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium [Z]
ZMV	Die Mitarbeitervertretung. Zeitschrift für die Praxis der Mitarbeitervertretung in den Einrichtungen der katholischen und evangelischen Kirche [Z]
ZP	Zusatzprotokoll
ZPO	Zivilprozessordnung i. d. F. d. B. v. 5. 12. 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), zuletzt geändert am 12. 12. 2019 (BGBl. I S. 2633)
ZRG	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (GA: Germanistische Abteilung; KA: Kanonistische Abteilung) [Z]
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik [Z]
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft [Z]
ZThK	Zeitschrift für Theologie und Kirche [Z]
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht [Z]
zust.	zuständig; zustimmend
zw.	zwischen

Die Abkürzungen stehen jeweils für alle Flexionsformen, soweit nicht anders angegeben.

Abkürzungen für Zeitschriftentitel sind mit [Z] gekennzeichnet.

Die Abkürzungen für die Bücher der Bibel folgen einheitlich den Loccumer Richtlinien (z. B. in: Ökumenisches Verzeichnis der biblischen Eigennamen nach den Loccumer Richtlinien, hg. von den katholischen Bischöfen Deutschlands, dem Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland und der Deutschen Bibelgesellschaft, 2. Aufl., im Auftrag der Ökumenischen Revisi-

onskommission neu bearbeitet von Joachim Lange, 1981), zu finden u.a. unter <https://www.die-bibel.de/fileadmin/user_upload/Downloads/Abkuerzungen_der_biblischen_Buecher_in_alphabetischer_Reihenfolge.pdf> und daher hier nicht aufgeführt.

Nicht hier aufgeführt sind auch Abkürzungen und Rechtsquellen, die ausschließlich in einem einzelnen Beitrag dieses Handbuchs verwendet und dort angegeben werden.

I.

Grundlagen des Staatskirchenrechts in Deutschland

§ 1

Geschichtliche Grundlagen des Staatskirchenrechts in Deutschland

Von Dietrich Pirson

I. Historische Vorformen des Staatskirchenrechts in vorreformatorischer Zeit	1–17
1. Die Rechtsbeziehungen zwischen weltlicher Macht und Kirche vor der Neuzeit	2–12
2. Neue Impulse von Seiten der Staatslehre zu Beginn der Neuzeit	13–17
II. Die Beziehungen zwischen Staat und Kirchen im nachreformatorischen Deutschland	18–57
1. Die rechtliche Reaktion der Organe des Deutschen Reiches auf die Glaubensspaltung	18
2. Die Anfänge des Staatskirchenrechts in den deutschen Territorialstaaten	19–57
a) Evangelische Staaten	20–34
b) Katholische Territorien	35–36
c) Konfessionalismus als Element territorialstaatlicher Politik	37–39
d) Besetzung der kirchlichen Ämter	40–45
e) Staatliche Aktivitäten auf herkömmlich kirchlichen Handlungsfeldern	46–51
f) Staatliche Normierung im Bereich kirchlicher Finanzen	52–54
g) Rechtsformen staatlicher Normierung	55–57
III. Das Verhältnis von Staat und Kirche in der Anfangszeit des Verfassungsstaates	58–107
1. Die Kirchen in der Rechtsordnung der Gliedstaaten des Deutschen Bundes	59–65
2. Rechtspersönlichkeit der Kirchen im staatlichen Recht	66–68
3. Kirchenaufsicht. Verhältnis von staatlichem und kirchlichem Recht	69–77

4. Kirchenfinanzierung	78–80
5. Selbstverwaltungsrecht der Kirchen	81–86
6. Individuelles Recht auf Religionsausübung	87–90
7. Politische Konflikte zwischen Staat und Kirche im 19. Jahrhundert	91–107
a) Konflikte in Bezug auf die Gesetzgebungskompetenz	92–98
b) Trennung von Staat und Kirche	99–107
IV. Rückblick und Ausblick	108–112

I. Historische Vorformen des Staatskirchenrechts in vorreformatorischer Zeit

- 1 Staatskirchenrecht nennt man heute den Teil der staatlichen Rechtsordnung, der die Normen umfaßt, welche die Rechtsqualität und die Handlungsmöglichkeiten von Religionsgesellschaften festlegen und die religiöse Betätigung der einzelnen Staatsbürger gewährleisten oder begrenzen.¹ Deutlich davon unterschieden sind das interne Recht der Kirchen (Kirchenrecht) und das anderer Religionsgemeinschaften, welches die Verfassungen der einzelnen Religionsgemeinschaften enthält und die Rechte und Pflichten, die diese ihren Mitgliedern zubilligen oder auferlegen. Staatskirchenrecht beruht

¹ Vgl. die Definitionen bei *Klaus Schlaich*, Staatskirchenrecht, in: *EvStL*³, Sp. 3426 ff.; *Axel von Campenhausen / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 39 f. – Der Begriff „Staatskirchenrecht“, der im Verlauf des 19. Jahrhunderts üblich geworden ist, wird heute gelegentlich als unpassend empfunden, weil die einschlägigen Normierungen nicht nur die Kirchen betreffen, sondern auch religiöse Betätigungen und Gruppierungen jedweder Art. Die alternativ vorgeschlagenen Begriffe sind jedoch in noch stärkerem Maße mißverständlich. Der Begriff „Religionsrecht“ erfaßt auch Vorschriften und Grundsätze, die ihre normative Geltung nicht auf das staatliche Rechtsetzungsmonopol zurückführen, sondern von religiösen Autoritäten ableiten, wie etwa das kanonische Recht oder die Scharia. Der Begriff „Religionsverfassungsrecht“ trägt nicht dem Umstand Rechnung, daß das Staatskirchenrecht über den Bestand des in Deutschland durch seine Vorrangigkeit klar abgegrenzten Verfassungsrechts hinausgeht. – Vgl. zur Begriffsfrage: *Michael Heinig / Christian Walter* (Hg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, 2007; *Ino Augsberg*, Vom Staatskirchenrecht zum Religionsverfassungsrecht, in: *Entwicklungstendenzen des Staatskirchen- und Religionsverfassungsrechts*, hg. von Thomas Holzner / Hannes Ludyga, 2013, S. 73–92; *Christian Waldhoff*, Staatskirchenrecht – eine Begriffsbestimmung, ebd., S. 13–27. Wer unüberwindbare Aversionen gegen den Begriff Staatskirchenrecht hat, mag sich der lateinischen Sprache als der klassischen Wissenschaftssprache bedienen und das Rechtsgebiet „*ius circa sacra*“ nennen.

auf der Rechtshoheit des jeweiligen Staates und ist, wie das übrige staatliche Recht, durch die dem Staat als Monopol vorbehaltene Rechtsetzungsgewalt autorisiert.

1. Die Rechtsbeziehungen zwischen weltlicher Macht und Kirche vor der Neuzeit

Das Entstehen eines Staatskirchenrechts im bezeichneten Sinne hängt eng mit dem Aufkommen eines neuartigen Denkens über Zweck und Eigenart weltlicher Herrschaft zusammen, das im Rahmen der Epochenwende vom Mittelalter zur Neuzeit in Erscheinung getreten ist. Es hat freilich auch in der vorausgegangenen Phase der abendländischen Geschichte rechtlich gestaltete Beziehungen zwischen den Inhabern der weltlichen Gewalt und der Kirche und ihren Repräsentanten gegeben. Die dabei zugrunde liegenden Ordnungsvorstellungen waren deutlich von einem genuin christlichen Weltbild geprägt. Hiernach waren Ordnungsaufgabe und Ordnungsmacht generell aufgeteilt in eine geistliche und eine weltliche Sphäre. Jene funktionale Aufteilung der öffentlichen Autorität wird meist mit der Gedankenführung des Papstes *Gelasius* (492–496) veranschaulicht, der die sogenannte Zweischwertertheorie entwickelt hatte, nach welcher die weltliche und geistliche Gewalt und die entsprechenden Hierarchien beide auf göttliche Einsetzung zurückzuführen und auf diese Weise aufeinander bezogen sind.² Das Bild von den zwei Schwertern, die die beiden Erscheinungsformen der von Gott autorisierten „potestas“ symbolisieren, wird freilich nur verständlich, wenn als Voraussetzung feststeht, daß die geordnete menschliche Gemeinschaft religiöse Homogenität aufweist. Die Religionspolitik in der Spätphase des römischen Imperiums hatte die religiöse Einheitlichkeit der Bevölkerung angestrebt. Ein deutliches Zeugnis hiervon ist das von Kaiser *Theodosius I.* initiierte Dreikaiseredikt „*Cunctos populos*“ aus dem Jahr 380, das später dem *Codex Justiniani* gewissermaßen als Präambel des kaiserlichen Rechts vorangestellt worden ist.³ Auch in den in der Übergangszeit zum frühen Mittelalter neu

2

² Zur Entstehungsgeschichte der Zweischwerterlehre vgl. *Walter Ullmann*, *Gelasius I. (492–496) (Päpste und Papsttum, hg. von Georg Denzler, Bd. 18), 1981, S. 182 ff.*; *Jean Gaudemet*, *La formation du droit séculier et du droit de l'église aux IVE et Ve siècles*, 2. édition 1979, p. 209 ff.

³ *Codex Justinianus I. 1. 1.*: *Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit temperamentum, in tali volumus religione versari, quam divinum Petrum apostolum tradidisse Romanis religio usque ad nunc ab ipso insinuata*

entstandenen Herrschaftsbereichen ist jener religionsverfassungsrechtliche Ausgangspunkt, die religiöse Homogenität, überwiegend akzeptiert worden, so daß man während des gesamten Mittelalters die weltliche Rechtsgemeinschaft als eine durch gemeinsamen Glauben geprägte Gemeinschaft wahrgenommen hat. Das in jener Gemeinschaft geltende Recht hat man im einzelnen aus unterschiedlichen Traditionen, in erster Linie aus dem Römischen Recht, aber auch aus kirchlichen Kanones als verpflichtenden Rechtsquellen entnommen.⁴ Dabei sind auch einzelne Sätze des Alten Testaments als die Kirche bindende Aussagen bewertet worden.⁵

- 3 Mit der Theorie von der prinzipiellen Aufteilung der hoheitlichen Gewalt nach zwei Funktionen hat *Gelasius* wohl auch eine verdeckte Polemik gegen die im oströmischen Reich praktizierte Suprematie des Kaisers über die Kirche beabsichtigt. Der römische Bischof, der sich als Sachwalter der Christenheit empfand, mußte darauf bedacht sein, Eingriffe des weltlichen Herrschers in den kirchlichen Wirkungsbereich als mißbräuchlich zu diskreditieren.
- 4 Die Zweischwerterlehre hat die Frage, welcher der beiden Gewalten ein Vorrang zukommt, nicht ausdrücklich berührt, hat aber wegen der Herleitung beider Formen von obrigkeitlicher Gewalt aus göttlicher Einsetzung eine gewisse Prävalenz der geistlichen Gewalt insinuiert. Das Bild von den beiden Schwertern hat während des gesamten Mittelalters beiden Seiten zur Veranschaulichung ihrer von Gott autorisierten Vollmacht gedient⁶ und ist im Rahmen der Auseinandersetzung zwischen Kaiser und Papst von beiden Konfliktparteien herangezogen worden, um die mit der Übergabe der Schwerter zum Ausdruck gebrachte Symbolik jeweils für ihre Position in Anspruch zu nehmen⁷.

declarat quamque pontificem Damasum sequi claret et Petrum Alexandriae episcopum virum apostolicae sanctitatis, hoc est ut secundum apostolicam disciplinam evangelicamque doctrinam patris et filii et spiritus sancti unam deitatem sub pari maiestate et sub pia trinitate credamus. – Zur Bedeutung dieses Edikts vgl. *Ullmann*, *Gelasius I.* (o. Fn. 2), S. 3 ff.

⁴ Vgl. *Michael Stolleis*, *Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 1, 1988, S. 63 ff.

⁵ Vgl. *Peter Erdö*, *Geschichte der Wissenschaft vom kanonischen Recht*, 2006, S. 29 ff.

⁶ Zur Wirkung der Zweischwerterlehre im Mittelalter vgl. *Paul Mikat*, *Zweischwerterlehre*, in: *HRG*¹, Bd. 5, 1998, Sp. 1848 ff.

⁷ Nach der Darstellung, die der Sachsenspiegel (Landrecht I 1, z.B. nach: *Monumenta Germaniae Historica. Fontes Iuris Germanici Antiqui, nova series*, Bd. 1/1, hg. von Karl August Eckhardt, 3. Ausgabe 1973) von der Über-

Trotz der gemeinhin anerkannten Aufteilung der hoheitlichen Gewalt nach den Kriterien geistlich und weltlich haben sich in den einzelnen Herrschaftsbereichen des Mittelalters die Beziehungen von weltlichen Herrschern und kirchlichen Amtsträgern nicht ohne Dissonanzen gestaltet. Es ergaben sich Konfliktslagen, wenn kirchliches Handeln in seiner Wirkung vitale Belange der Herrscher bei der Wahrnehmung ihrer weltlichen Aufgaben tatsächlich oder vermeintlich berührte, so daß diese bemüht waren, das kirchliche Handeln zu beeinflussen oder zu kontrollieren. Auch im Abendland haben sich zeitweise Machtslagen entwickelt, die dem in der Ostkirche praktiziertem Cäsaropapismus ähnelten, so daß gelegentlich die im Frankenreich *Karls des Großen* unverkennbare Bevormundung der Kirche als „Karolingische Theokratie“ bezeichnet wird.⁸

In den Beziehungen zwischen den weltlichen Herrschern und der kirchlichen Hierarchie ist es in Deutschland nach der Auflösung des karolingischen Reiches in der Zeit der ottonischen Könige zu einer markanten Weiterentwicklung gekommen. Zwei charakteristische Merkmale der sogenannten „Ottonischen Kirchenpolitik“ haben wegen ihrer Folgewirkung das besondere Interesse der historischen Forschung gefunden, nämlich die Heranziehung von Bischöfen zur Wahrnehmung von weltlichen Herrschaftsaufgaben und die Herstellung einer im Ansatz institutionellen Verbindung zwischen deutschem Königtum und Papsttum durch die Erneuerung der Kaiservürde, die mit der Krönung *Ottos I.* zum Römischen Kaiser im Jahre 962 erfolgt ist. Der Rückgriff auf Angehörige der kirchlichen Hierarchie findet nach einer neueren Auffassung eine Erklärung vor allem in dem Umstand, daß damals für den deutschen König keine ausreichende aristokratische Führungsschicht greifbar war, von der Loyalität zu den Belangen des Königs erwartet werden konnte. Die Bevölkerung des ostfränkischen Teils des früheren karolingischen Reiches

gab der Schwerter durch Gott an Papst und Kaiser gibt, erhält jeder der beiden das Schwert unmittelbar von Gott, nach der Darstellung des Schwabenspiegels (Kurzform, Landrecht Vorwort d, z. B. nach: *Monumenta Germaniae Historica, Fontes Iuris Germanici Antiqui, nova series*, Bd. 5, hg. von Rudolf Grosse, 1964) erhält der Papst beide Schwerter, das geistliche Schwert zu eigenem Gebrauch, das weltliche Schwert zur Aushändigung an den Kaiser.

⁸ So *Hans Erich Feine*, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, 4. Aufl. 1964, S. 238 f.; *Christoph Link*, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, 3. Aufl. 2017, § 5, Rn. 6 f. – Von Theokratie im eigentlichen Sinne kann freilich nur gesprochen werden, wenn ein Herrschaftssystem nach Zweck und Organisation darauf angelegt ist, die durch göttliche Offenbarung übermittelten Regeln des Gemeinschaftslebens zu befolgen.

hatte keine einheitliche stammesmäßige Herkunft, auch nicht die feudale Oberschicht. Der kirchlichen Hierarchie mußte eine erhebliche Bedeutung zufallen, weil es den Angehörigen des Klerus oblag, die noch unzureichende Mission zu vertiefen. Denn sie allein waren befähigt, der Bevölkerung die Erfordernisse und die Eigenart des noch jungen christlichen Glaubens nahe zu bringen. Die Bischöfe als die Repräsentanten der neuen Religion waren unter solchen Umständen für die Bewältigung der Aufgaben des Reiches unverzichtbar. Neben die Treupflichten, die bisher durch familiäre und lehnsrechtliche Bindungen vermittelt wurden, trat jetzt eine religiöse Loyalität, weil die gemeinschaftsstiftende und legitimierende Wirkung der christlichen Religion angesichts einer fortschreitenden Christianisierung stärker zur Geltung kam.⁹ Die prinzipielle Selbständigkeit der kirchlichen Amtsträger in geistlichen Angelegenheiten blieb auch damals respektiert.

7 Die Folgen der Ottonischen Kirchenpolitik waren vielfältig, vor allem weil sie in einer doppelten Funktion der Bischöfe in Erscheinung trat. In der späteren verfassungsrechtlichen Entwicklung hat sich hieraus die Praxis ergeben, den Bischöfen weltliche Hoheitsrechte zu übertragen, einzelnen von ihnen auch das Recht der Beteiligung an der Wahl des Königs. Den residierenden Bischöfen ist darum auch die Reichsstandschaft zuerkannt worden. Die Entstehung einer Territorialhoheit der Bischöfe und folglich auch die „Geistlichen Fürstentümer“ wurden auf diese Weise zu einer Eigenart des deutschen Reichsverfassungsrechts.

8 Im Hinblick auf die Wirkung der Zweischwerterlehre bis in die frühe Neuzeit hinein kann freilich in Frage gestellt werden, ob nicht durch die Verwendung des Begriffs „potestas“ eine problematische Gleichordnung von geistlichem und weltlichem Amtshandeln nahe gelegt wird, so daß die kirchliche Amtsausübung nach Form und Wirkung mit weltlicher hoheitlicher Tätigkeit auf eine Ebene gestellt wird. Ihre spirituelle Qualität kann auf diese Weise undeutlich werden. Für das kanonische Recht wurde das Verständnis von „potestas“ im kirchlichen Bereich ein bleibendes Thema, das seinen Niederschlag vornehmlich in unterschiedlichen Konzepten einer Aufteilung jener Vollmacht gefunden hat.¹⁰ Von grundsätzlicher Bedeutung war die Erkenntnis, daß die der Kirche zur Wahrnehmung übertragene

⁹ Zu dieser Ausgangslage des deutschen Königtums im 10. Jahrhundert vgl. *Hagen Keller*, *Ottotonische Königsherrschaft*, 2002, S. 22 ff., 57 ff., 77 ff.

¹⁰ Vgl. *Ilona Riedel-Spangenberg*, *Vollmacht*, in: *LKStKR*, Bd. 3, 2004, S. 843 ff.

Vollmacht sowohl das Element der „potestas ordinis“ (Weihevollmacht) wie auch das Element einer „potestas iurisdictionis“ umfaßt. Das II. Vatikanische Konzil hat die gemeinsame Ausrichtung der kirchlichen „potestas“ durch den Begriff „sacra potestas“ hervorgehoben, der die besondere und einzigartige spirituelle Qualität der kirchlichen „potestas“ in den Vordergrund stellt.¹¹

Auseinandersetzungen zwischen den Repräsentanten der geistlichen und der weltlichen Gewalt waren in der Folgezeit trotz des beiderseitigen Bewußtseins der unterschiedlichen Funktionen freilich nicht zu vermeiden. Konfliktsträchtige Themen waren vor allem das Eherecht, die beiderseitige Gerichtsbarkeit, die Besetzung kirchlicher Ämter und die Rechtsverhältnisse am kirchlichen Vermögen.

Das Nebeneinander der geistlichen und der weltlichen Gewalt und das Verhältnis beider zueinander waren im Verlauf des Mittelalters auch Gegenstand vieler theoretischer Überlegungen und Kontroversen gewesen. Das von *Thomas von Aquin* entwickelte hierarchische System der Güter und Werte, das in Gott als dem „summum bonum“ gipfelt, hat allen partikularen Zwecken eine universale Ausrichtung vermittelt und auf diese Weise die Bindung aller innerweltlichen Organe und Institutionen an göttliches Recht begründet.¹² Auf der Basis einer derartigen Erklärung erscheint die Annahme eines Vorrangs der geistlichen Gewalt nahe zu liegen. Doch hat sich hiergegen im späteren Mittelalter eine oppositionelle Auffassung gebildet, vornehmlich durch *Marsilius von Padua* und die nominalistische Lehrtradition, die die kanonistische Unterscheidung von temporalia und spiritualia aktiviert hat, um der weltlichen Gewalt einen relativ selbständigen Bereich zur Gestaltung gemäß säkularer Zweckmäßigkeit zu belassen.¹³ Auch diese Seite mittelalterlicher Philosophie hat auf die Entwicklung des Staatskirchenrechts in der Neuzeit Einfluß genommen.

Da in der Spätphase des Mittelalters die Unzulänglichkeiten in der Verfassung der Christenheit deutlich zu Tage traten – vornehmlich im

¹¹ Vgl. Konstitution *Lumen Gentium*, cap. 19 ff. – Zum nachkonziliaren Verständnis von „potestas“ und zur Diskussion über die Aufgliederung der kirchlichen „potestas“ vgl. *Winfried Aymans / Klaus Mörsdorf*, *Kanonisches Recht*, 13. Aufl., Bd. 1, 1991, S. 485–406.

¹² Zur Bedeutung des Thomas von Aquin für die mittelalterliche Philosophie vgl. *Ulrich Matz*, in: *Klassiker des politischen Denkens*, hg. von Hans Maier / Heinz Rausch / Horst Denzer, 6. Aufl., Bd. 1, 1986, S. 110 ff.

¹³ Zum politischen Denken des Marsilius von Padua vgl. *Rausch*, in: *Klassiker des politischen Denkens* (o. Fn. 12), S. 150 ff.

Zusammenhang mit dem Schisma im Papstamt –, war es folgerichtig, ein allgemeines Konzil als ein Organ zu etablieren, dessen Entscheidung sowohl in geistlichen wie auch in weltlichen Angelegenheiten für die gesamte Christenheit verpflichtend sein sollte.

- 12 Entsprechende Bemühungen haben zu keinem Ergebnis geführt. Das Scheitern des Konziliarismus und der Verlauf der Reformationsgeschichte haben dazu beigetragen, daß das Vorhandensein einer universalen Spitze, die Legitimität vermitteln kann, nicht mehr als vorrangiges Ziel in Erscheinung trat und nicht mehr energisch verfolgt wurde. Die regionalen weltlichen Fürsten empfanden ihr hoheitliches Handeln nicht mehr in erster Linie als Wahrnehmung einer von einer übergeordneten Autorität übertragenen Befugnis. Es wurde üblich, die obrigkeitliche Stellung eines Landesherrn unmittelbar aus dessen fürstlicher Qualität abzuleiten.¹⁴ Sobald aber die weltliche Gewalt nicht mehr als Bestandteil einer harmonischen universalen Ordnung im Sinne der Zweischwerterlehre empfunden wurde, war der Wirkungsbereich der geistlichen Gewalt keine unzugängliche Zone für die Initiativen des Inhabers der weltlichen Gewalt.

2. Neue Impulse von Seiten der Staatslehre zu Beginn der Neuzeit

- 13 Die schon in der frühen Neuzeit einsetzende Abkehr vom bisherigen Verständnis von weltlicher Gewalt als Element einer universalen göttlichen Weltordnung wurde von neuen Ideen inspiriert, die in zwei viel beachteten literarischen Beiträgen entfaltet worden waren. Besondere Wirkung hat die Schrift „Il principe“ von *Machiavelli*¹⁵ erzielt. Die Absicht des Autors war es nicht, die fürstliche Herrschaft mit Hilfe rechtlicher Begriffe oder ihrem Inhalt nach zu beschreiben und zu erklären oder nach Art der Fürstenspiegel die idealen fürstlichen Tugenden zu thematisieren.¹⁶ Er propagiert als konsequente Zielsetzung des weltlichen Herrschers die Sicherung und Behauptung der eigenen Macht. Damit polemisiert er nicht gegen die her-

¹⁴ Zur Entwicklung der Territorialhoheit aus unterschiedlichen Einzelrechten vgl. *Dietmar Willoweit*, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt, 1975, S. 171–273; vgl. ferner *Bernd Christian Schneider*, Ius reformandi, 2001, S. 11–49.

¹⁵ *Niccolo Machiavelli*, Il principe, 1513 (hier zugrunde gelegte Ausgabe und Übersetzung von *Rudolf Zorn*, 6. Aufl. 1978).

¹⁶ Zum Literaturtypus „Fürstenspiegel“ vgl. *Stolleis*, Geschichte (o. Fn. 4), Bd. 1, S. 113 ff., 201 f.

kömmlichen Tugenden an sich. Aber er rät, der Fürst müsse sein Handeln, damit es effektiv sein könne, an betont säkularen Zwecken, nicht an Moralvorstellungen, orientieren. Das Verständnis der weltlichen Gewalt als einer in die universale Ordnung einbezogenen Funktion lag außerhalb seines Blickfelds. Wegen der offensichtlich amoralischen Komponente seines Herrscherideals ist *Machiavelli* nicht überall auf eine positive Resonanz gestoßen. Seine Schrift ist zu Recht nicht als Beitrag zur staatsrechtlichen Diskussion gewürdigt worden.¹⁷ Doch hat das von ihm propagierte prinzipielle Handlungsziel, für das der Begriff „ratio status“ gebräuchlich wurde, als Maßstab fürstlicher Herrschaft weithin Anerkennung gefunden.

Für die rechtliche Qualifizierung staatlicher Herrschaft hat das bahnbrechende staatsrechtliche Werk von *Jean Bodin*¹⁸ einen neuartigen gedanklichen Ausgangspunkt zur Verfügung gestellt, indem es den Begriff der Souveränität und dessen Verständnis im Staatsdenken der Neuzeit heimisch gemacht hat. Hiernach setzt eine geordnete und effektive Herrschaft voraus, daß ein einziger Träger die Fülle obrigkeitlicher Gewalt in seiner Hand vereint. Der Besitz einer solchen komplexen und ungeteilten Befugnis (*summa potestas in temporalibus*) und nicht die Summe einzelner Rechtstitel, die durch unterschiedliche Rechtsakte erworben worden sind, ist das entscheidende Merkmal der Souveränität.¹⁹

Der Gedanke einer ungeteilten „*potestas*“ für den Inhaber der Souveränität scheint mit der Vorstellung einer Funktionsteilung zwischen geistlicher und weltlicher Gewalt, wie sie die Zweischwerterlehre nahe legt, kaum in Einklang zu bringen sein, ebenso wenig mit der Annahme einer gegenseitigen Zuordnung jener Gewalten. Doch besagt die „*summa potestas in temporalibus*“ nicht ohne weiteres, daß neben ihr kein Raum für eine „*potestas*“ im spirituellen Bereich sein könne. Die mit der Souveränität verbundene Unabhängigkeit von Konkurrenten oder Mitwirkenden an der hoheitlichen Gestaltung ist nicht gleichbedeutend mit einer Freiheit von jedweden sonstigen Handlungsgrenzen, die sich aus anderen Umständen ergeben. Mit der Bezeichnung der Handlungsbefugnis des Souveräns als „*summa potestas in temporalibus*“ ist die Frage einer möglichen Rücksichtnahme auf religiöse Bindungen oder kirchliche Belange gar nicht angeschnitten. Die religiöse Sphäre selbst ist herrscherlicher

¹⁷ Vgl. *Stolleis*, ebd., S. 90 ff.

¹⁸ *Jean Bodin*, *Les six livres de la République*, 1576.

¹⁹ Vgl. die Darstellung von Begriff und Vorstellung der Souveränität bei *Helmut Quaritsch*, *Staat und Souveränität*, 1970, S. 243 ff.

Einwirkung unzugänglich, nicht aber kirchliche und religiöse Aktivitäten, die in der Welt infolge spiritueller Vorstellungen oder Verpflichtungen erfolgen.

16 Die Souveränität eröffnet andererseits keinen Weg zur Willkürherrschaft. Die dem Römischen Recht entnommene Formulierung „*princeps legibus solutus est*“²⁰ schließt zwar die Bindung des Souveräns an die bestehenden Gesetze aus, stellt ihn aber nicht von der Respektierung aller Ordnungsprinzipien der sozialen Gemeinschaft frei, auch nicht von denen, die sich aus dem Wesen einer anerkannten Religion ergeben und von denen, die als Ausdruck des *Jus Divinum* gelten.²¹ Die Souveränitätslehre ist zunächst eine Absage an einen unübersichtlichen Pluralismus von Ordnungskräften mit unterschiedlichen Berechtigungen. Sie soll den Herrscher unabhängig machen von der Mitwirkung anderer Potentaten, damit er die Handlungsvollmacht zur Bewältigung gegenwärtiger und künftiger Aufgaben erhält.

17 Die Einsicht, daß geistliche und weltliche Gewalt zwei Funktionen einer übergreifenden Rechtsordnung sind, ist mit der Anerkennung der herrscherlichen Souveränität nicht dezidiert preisgegeben worden. Probleme mußten sich freilich ergeben, sobald sich Situationen einstellten, in denen sich sowohl Träger der geistlichen wie auch der weltlichen Gewalt zu funktionsgemäßem Handeln veranlaßt sahen. Konflikte zwischen weltlicher und geistlicher Gewalt bei Ausübung ihrer funktionsgemäßen Tätigkeiten waren nicht auszuschließen, wenn sich beide Seiten auf ihre spezifischen Aufgaben glaubten berufen zu können. Dem weltlichen Herrscher, dem schon im Mittelalter der Rechtsvollzug und die Rechtswahrung oblag, ist in der Neuzeit durch die Inanspruchnahme der Souveränität ein Vorsprung im Blick auf die Fähigkeit zur Durchsetzung seiner Ziele in den für beide Seiten für die Rechtsgestaltung in Betracht kommenden Sachgebieten zugewachsen. Jener Komplex von Angelegenheiten des beiderseitigen Interesses hat sich in der Neuzeit erheblich erweitert.²² Infolgedessen hat sich das Bedürfnis nach einem brauchbaren Kriterium für die Aufteilung der Kompetenzen zwischen geistlicher und weltlicher Gewalt ergeben. Als begriffliche Kennzeichnung der begrenzten Befugnis des weltlichen Gesetzgebers in religionsbezogenen

²⁰ Dig. 1. 3. 31.

²¹ Vgl. *Christoph Link*, Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit, 1979, S. 89 ff., 202 ff., 223 ff.

²² Siehe unten II. 2. e.

Angelegenheiten hat schließlich die Formulierung „ius circa sacra“²³ weitgehende Anerkennung gefunden.

II. Die Beziehungen zwischen Staat und Kirchen im nachreformatorischen Deutschland

1. Die rechtliche Reaktion der Organe des Deutschen Reiches auf die Glaubensspaltung

Im 16. Jahrhundert ist die Lage der Kirche im Deutschen Reich durch die teilweise turbulenten Vorgänge im Zusammenhang mit der Reformation in Bewegung geraten. Die Kontroversen über den wahren und zentralen Gehalt der christlichen Botschaft, über das Amt und die Verfassung der Kirche, sowie über die gottesdienstliche Praxis haben zu massiven Konfrontationen unter den Gläubigen und Theologen geführt, die den Organen des Reiches Anlaß geben mußten, sich mit der Glaubensspaltung als einer die öffentliche Ordnung bedrohenden Gefahr zu befassen. Auf dem herkömmlichen Wege, nämlich durch Exkommunikation gemäß dem Ketzerrecht und nachfolgendem weltlichen Vollzug, ließ sich die durch die reformatorischen Lehren und kultischen Neuerungen hervorgerufene Krise nicht bewältigen. Es hatte sich auch abgezeichnet, daß ein in Aussicht genommenes Konzil eine Befriedung nicht werde herbeiführen können. Doch gelang es auf dem Augsburger Reichstag des Jahres 1555, eine Streitbeilegung zu vermitteln, welche freilich von der Entscheidung in den umstrittenen Bekenntnisfragen absah und deshalb als vorläufig gekennzeichnet wurde, um die Möglichkeit einer späteren konsensfähigen Lösung durch ein allgemein anerkanntes Konzil offen zu halten. Den diesbezüglichen Reichsabschied, der die Bezeichnung „Augsburger Religionsfriede“ erhielt, kleidete man in die Rechtsform einer Erweiterung des im Jahre 1495 errichteten „Ewigen Landfriedens“, der nunmehr auf Konflikte „der streitigen Religion halber“ ausgedehnt wurde. Die Konsequenz dieses die Religionsfrage ausklammernden Kompromisses war, daß die Verantwortung für die Religion des Landes dem jeweiligen Reichsstand für sein Territorium überlassen werden mußte. Das Reich hat durch jene Verlegenheitslösung seine historisch gewachsene Verflechtung mit der christlichen Religion nicht aufgegeben. Es hat lediglich die Wahl zwischen den beiden einander gegenüberstehenden Positionen, den „Altgläubigen“

18

²³ Siehe unten II. 2. a.

und den Anhängern des Augsburger Bekenntnisses von 1530, den einzelnen Reichsständen anheimgegeben. Diesen wuchs dadurch eine neuartige Kompetenz zu, die für die Weiterentwicklung der Rechtsverhältnisse im Deutschen Reich von folgenreicher Bedeutung geworden ist. Um dem Religionsfrieden trotz des Fortbestands des Religionskonflikts die erwünschte Wirkung zu verschaffen, mußte die grundsätzlich den Reichsständen überlassene Aufgabe, unter den beiden konfessionellen Alternativen zu entscheiden, durch einzelne Sonderregelungen modifiziert werden²⁴, von denen das „*reservatum ecclesiasticum*“ ganz wesentlich zum Fortbestand der römisch-katholischen Kirche in Deutschland beigetragen hat. Später ist man im Westfälischen Frieden bei den Bestimmungen zur Religionsfrage vom Modell des Augsburger Friedens ausgegangen, hat aber durch weitere Zugeständnisse speziellen Besonderheiten in einzelnen Territorien Rechnung getragen, wodurch unter bestimmten Umständen auch konfessionelle Minderheiten legalisiert werden konnten.²⁵ Der Zustand, daß die öffentliche Ordnung eines Landes im Normalfall von einer gemeinsamen Religion der Bewohner ausgehen konnte, blieb für die territoriale Ebene bestehen. Für die Verfassung des Reiches mußte man eine Änderung von prinzipieller Qualität in Kauf nehmen. Da die konfessionelle Spaltung der Reichsstände die Funktionsfähigkeit des Reichstags in Frage gestellt hätte, hat man es für notwendig gehalten, ein besonderes Entscheidungsverfahren für religionsbezogene Angelegenheiten einzuführen, die „*itio in partes*“, wonach Entscheidungen in religionsbezogenen Angelegenheiten nur dann wirksam sein sollten, wenn jeweils eine Mehrheit in den beiden konfessionellen Teilen des Reichstages zustande gekommen war. Jenes Arrangement, das den Friedensregelungen von 1555 und 1648 zugrunde lag, hat die Etablierung eines bikonfessionellen Systems ermöglicht, wobei freilich die bisherige Reichsverfassung mehr oder weniger ignoriert worden ist, so daß die Gestaltung der rechtlichen Beziehungen von Staat und Kirche der territorialen Herrschaft anheimgegeben worden ist.²⁶

²⁴ Vgl. die Zusammenstellung bei *Schneider*, *Ius reformandi* (o. Fn. 14), S. 66 ff.

²⁵ Vgl. *Schneider*, ebd., S. 403 ff.

²⁶ Die Auswirkungen, die die Verlagerung der religionspolitischen Verantwortung vom Reich auf die Reichsstände für die Qualität der Reichsverfassung hatte, hat *Martin Heckel* in seiner Publikation „Vom Religionskonflikt zur Ausgleichsordnung“, 2007, eingehend beurteilt. Er betont dort, daß die friedenssichernden Maßgaben des Augsburger Religionsfriedens nicht als bewußte Abkehr von der überkommenen Bezugnahme des Reiches auf die christliche Religion und als Beginn einer Entwicklung zu Säkularisierung

2. Die Anfänge des Staatskirchenrechts in den deutschen Territorialstaaten

In der Zeit nach dem Dreißigjährigen Krieg kam die staatsrechtliche Zielsetzung des fürstlichen Absolutismus deutlich zur Geltung, namentlich in den größeren Flächenstaaten. Das Ideal der alleinigen und umfassenden Beherrschung eines Territoriums auch in kirchlichen Angelegenheiten war in den Ländern leichter zu verwirklichen, in denen sich der Landesherr für die reformatorische Alternative entschieden hatte, als in katholisch gebliebenen Gebieten, in denen die kirchlichen Ämter und Institutionen unversehrt geblieben waren.

19

a) Evangelische Staaten

Für die Ausdehnung der Territorialhoheit auf die religiösen Angelegenheiten ergab sich infolge der Suspendierung der bischöflichen Gewalt in den evangelisch gewordenen Ländern eine besonders günstige Ausgangslage. Denn die dortigen Herrscher konnten kraft der ihnen zugefallenen Stellung als *summus episcopus* auch als die obersten Repräsentanten der Kirche ihres Landes handeln. Zur rechtlichen Begründung für die Stellung des Landesherrn als „*summus episcopus*“ tauchen in der Folgezeit freilich unterschiedliche Gesichtspunkte auf.

20

So hat sich anfänglich eine als „Episkopalismus“ bezeichnete Theorie nahegelegt. Sie sah in der Übernahme der frei gewordenen bischöflichen Stellung die Erweiterung der bisher schon dem Landesherrn in der Kirche zukommenden Aufgabe eines Schutzherrn der Kirche. Denn die Befugnis zur Entscheidung über die im Lande geltende Konfession ließ sich als die Verpflichtung interpretieren, über die konfessionsgemäße Verkündigung und gottesdienstliche Praxis zu wachen.²⁷

21

gedeutet werden könne (S. 15 ff.). Das säkulare Verständnis des für die Kirchen maßgeblichen Rechts als Religionsgesellschaftsrecht sei freilich eine Spätfolge des Verzichts des Reiches auf eine religionspolitische Kompetenz zu bewerten, der dann in den Vorgängen der Jahre 1803 und 1806 sichtbar geworden sei.

²⁷ Zur Entwicklung der episkopalistischen Theorie im Einzelnen vgl. *Martin Heckel*, Staat und Kirche nach den Lehren der evangelischen Juristen in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts, 1958, S. 71 f.

- 22** Die später bevorzugte Erklärung für den aus dem Augsburger Religionsfrieden abgeleiteten landesherrlichen Summepiskopat wird als territorialistisch bezeichnet. Denn sie bedient sich einer rein säkularen Argumentation, indem sie den Hinweis auf die übernommene bischöfliche Funktion unterläßt und mit der fürstlichen Souveränität ein umfassendes Herrschaftsrecht über ein bestimmtes Territorium verbindet, das ein ausschließliches Gestaltungs- und Kontrollrecht hinsichtlich aller Vorgänge und Rechtsverhältnisse im Territorium enthält, welches sich folglich auch auf die Kirche in ihren verschiedenen Erscheinungsformen erstreckt.
- 23** Das Staatskirchenrecht, das sich im evangelisch gewordenen Deutschland auf der Basis des Augsburger Religionsfriedens und des Westfälischen Friedens entwickelt hat, war nicht allein durch Vorgaben der reformatorischen Theologie und durch die religionspolitischen Entscheidungen des Reichs geprägt. Für das Handeln der territorialen Herrscher, die nunmehr die kirchlichen Angelegenheiten maßgeblich beeinflussen konnten, wurden seit dem 17. Jahrhundert zusehends neue Denkweisen leitend, die der Rationalität und der Übereinstimmung mit den natürlichen Umständen maßgebliche Bedeutung zumaßen. Daraus ergaben sich nicht von vornherein detaillierte Folgen für die Gestaltung der Rechtsverhältnisse und auch nicht eine markante Abkehr von bisher als verpflichtend geltenden Grundsätzen, die aus der Offenbarung abgeleitet wurden. Aber es trat neben die gewohnte Weltsicht jetzt auch die Orientierung an der einer Sache innewohnenden Natur, die mit Hilfe der Vernunft erkennbar erschien. Das scholastische Naturrecht, das aus der göttlichen Schöpfung zentrale Verhaltenspflichten entwickelt hat, fand jetzt gewissermaßen eine Konkurrenz in einem säkularen und die Zweckhaftigkeit berücksichtigenden Naturrecht, das die Bestimmung konkreter Zwecke innerweltlicher Beurteilung anheim gab.
- 24** Es liegt darum im Rahmen der für die frühe Aufklärung charakteristischen Tendenz, daß auch in den protestantischen Ländern nach der wahren Natur der Kirchen gefragt wurde, um einen Ausgangspunkt für die rechtliche Qualifizierung jener aus der universalen Kirche herausgelösten Kirchen zu gewinnen. Dabei hat man an die wahrnehmbare Erscheinung der Kirchen angeknüpft, die im Herrschaftsbereich eines souveränen Fürsten zu Tage getreten ist, nämlich an die Mehrheit von Personen, die durch ein gemeinsames Bekenntnis miteinander verbunden sind. Für das Kirchenverständnis, das von der in der Welt sichtbaren Eigenschaft der Kirche als Personenverband seinen Ausgang nimmt, ist die Bezeichnung „Kollegialismus“

üblich geworden. In der künftigen Verfassungsentwicklung der evangelischen Kirchen in Deutschland wie auch in der einschlägigen staatskirchenrechtlichen Gesetzgebung, ist jene körperschaftliche Qualität der Kirchen als sachliches Substrat akzeptiert worden.

Nun steht die begriffliche Kennzeichnung der Kirchen als Mehrheit von Personen, die durch ihren gemeinsamen Glauben verbunden sind, sehr wohl im Einklang mit der reformatorischen Tradition. Artikel 7 der *Confessio Augustana*²⁸, der das gemeinsame Hören auf die Predigt des Evangeliums als körperschaftsbildenden Vorgang benennt, hat gewissermaßen die klassische Formulierung des personal bestimmten Kirchenbegriffs geliefert. Vor allem die antihierarchische Vorstellung der reformatorischen Theologie kommt deutlich zum Ausdruck. Es hat sich aber gezeigt, daß die Betonung des körperschaftlichen Charakters mit durchaus unterschiedlichen Akzentuierungen verbunden werden kann.²⁹ Das kollegialistische Verständnis sieht den entscheidenden Vorgang beim Entstehen der Kirche im Zusammentreten der Gläubigen, die durch die Verkündigung des Evangeliums zum Glauben berufen worden sind. Frühe Vertreter des Kollegialismus haben darum die Kirchenbildung als Wirkung des Heiligen Geistes verstanden, der die Predigt des Evangeliums inspiriert und die Hörer im gemeinsamen Glauben zusammengeführt habe. Demgegenüber hat sich später eine der Vernunft zugängliche Sicht des körperschaftlichen Charakters durchgesetzt, wonach das menschliche Handeln bei der Bildung jener Körperschaft der Bekenntnisanhänger die maßgebliche Ursache für die Kirchenbildung gewesen sei.

Eine solche den Heiligen Geist außer Betracht lassende Sicht liegt auch dem Kirchenverständnis zugrunde, das *Samuel Pufendorf* entwickelt hat, womit er in der Staats- und Kirchenrechtslehre des 18. Jahrhunderts weitgehend Anklang gefunden hat.³⁰ Die Körperschaftsqualität wird hiernach als eine der innerweltlichen Dimension der Kirche zuzuordnende Eigenschaft angesehen. Die Kirchenbildung wird als Vorgang verstanden, der sich innerhalb eines Territoriums vollzieht. Die Kirche eines Landes erscheint als Bestandteil der

²⁸ CA Art. 7: „Est autem ecclesia congregatio sanctorum, in qua evangelium pure docetur et recte administrantur sacramenta.“

²⁹ Vgl. *Klaus Schlaich*, Kollegialtheorie, Kirche, Recht und Staat in der Aufklärung, 1969, S. 185 ff., 191 ff., 222 ff.

³⁰ Zur Rolle *Pufendorfs* für das Verständnis der Kirchen als Korporationen innerhalb des Territorialstaats vgl. *Thomas Hahn*, Staat und Kirche im deutschen Naturrecht, 2012, S. 34 ff.; *Stolleis*, Geschichte (o. Fn. 4), Bd. 1, S. 282 ff.

Verfassungsordnung eines souveränen Staates, die vom Landesherrn erlassen oder sanktioniert wird. Das individuelle Bekenntnis bewertet man als die Erklärung der Zustimmung, die die Zugehörigkeit zur Körperschaft entstehen läßt. Die spirituelle Qualität der Kirchenbildung und die universale Komponente der Kirche bleiben bei dieser Sicht gänzlich ausgeklammert. Die Kirche des Landes ist vollständig in das territorialstaatliche Hoheitssystem eingegliedert. Auf solche Weise ist angesichts der Bedingungen des absoluten Fürstenstaates ein ekklesiologisches Defizit bewirkt worden. Die heilsgeschichtliche Zuordnung der Territorialkirche zur Kirche überall in der Welt wurde zwar nicht geleugnet, konnte aber in dem auf das säkulare Korporationsrecht ausgerichteten Kirchenbegriff nicht zur Geltung kommen.³¹

- 27 Die Protagonisten der Kollegialtheorie haben nicht etwa die Umgestaltung des bestehenden kirchenverfassungsrechtlichen Zustands und der kirchlichen Ordnung intendiert. Die Stellung des Landesherrn als Oberhaupt der Kirche wurde nicht in Frage gestellt. Vielmehr hat sich aus dem Grundgedanken des Kollegialismus eine den naturrechtlichen Prämissen angemessen erscheinende Erklärung des landesherrlichen Summepiskopats ergeben. Man bediente sich einer fiktiven Übertragungstheorie, nach welcher die dem reformatorischen Bekenntnis zugetanen Gläubigen dem Landesherrn als Sachwalter der reformatorischen Belange die Stellung des Oberhauptes der Kirche des Landes zugebilligt haben.³² Es mag naheliegen, die Konstruktion eines derartigen Übertragungsvorgangs als Nachahmung entsprechender Theorien für das Entstehen der souveränen Herrschergewalt durch einen Unterwerfungsakt der einzelnen Bürger zu empfinden. Doch sollte nicht außer Betracht bleiben, daß im Hinblick auf die Leitungsbefugnis in der Kirche eine andere Ausgangslage besteht als bei der Etablierung staatlicher Hoheitsgewalt. Die Rechte der einzelnen Gläubigen in der Kirche werden nicht „veräußert“, um den Landesherrn zum alleinigen Rechtsinhaber zu machen. Bei der Verfassung der Kirche geht es nicht um eine der Staatsgewalt entsprechende „Kirchengewalt“, die durch Freiheitsverzicht Einzelner zustande gekommen ist, sondern nur darum, wer unter den prinzipiell gleichberechtigten Kirchengliedern die spezifischen Leitungsfunktionen auszuüben habe. Das konnte nach der gegebenen Verfas-

³¹ Vgl. hierzu *Dietrich Pirson*, Universalität und Partikularität der Kirche, 1965, S. 242 ff.

³² Zur Problematik der Konstruktion einer derartigen Übertragung siehe *Schlaich*, Kollegialtheorie (o. Fn. 29), S. 235 ff.

sungslage nur der Landesherr sein, der hierfür die notwendigen Handlungsmöglichkeiten besaß. Die dem Herrscher als Oberhaupt der Kirche überlassenen Befugnisse sind in der Wurzel unabhängig von dessen weltlichen Handlungsbefugnissen. Sie bleiben ihrer Art nach originär kirchliche Rechte und werden nicht Bestandteil der landesherrlichen Hoheitsgewalt.

Bei der Würdigung des Kollegialismus für die kirchenverfassungsrechtliche Entwicklung sollte nicht allein die neugewonnene Erkenntnis der körperschaftlichen Struktur der einzelnen Landeskirche hervorgehoben werden. Folgenreich für die künftige Entwicklung des Verhältnisses von staatlichem und kirchlichem Recht ist die prinzipielle Unterscheidung zwischen kirchlichem Handeln, das originär kirchlichen Aufgaben dient und keine Relevanz für die weltliche Rechtsordnung hat, und kirchlichem Handeln, das Auswirkung auf die weltliche Rechtsordnung hat oder haben kann. Die damals gewonnene Einsicht wurde zur Voraussetzung des später erhobenen Postulats einer kirchlichen Selbstverwaltung und weist den Weg für die Erkenntnis der prinzipiellen Eigenständigkeit des kirchlichen Rechts.³³

In der Epoche, in der naturrechtliches und vernunftrechtliches Denken zur Geltung gekommen ist, ist auch das Thema einer notwendigen und sachlich begründeten Abgrenzung von geistlicher und weltlicher Gewalt in den das kirchliche Handeln berührenden Sachkomplexen einer Weiterentwicklung zugeführt worden. Das Postulat der umfassenden und ausschließlichen Kompetenz des Inhabers der Souveränität in allen Sachgebieten ist zwar begrenzt auf die „temporalia“. Aber die herkömmliche Aufteilung der Rechtsordnung auf die Sphären der temporalia und spiritualia gemäß der Zweischwerertheorie ist als Kriterium für die Benennung von Grenzen der staatlichen Ordnungsaufgabe nicht geeignet, weil sie eher die unterschiedlichen Aspekte einer Normierung kennzeichnet, nicht aber die jeweiligen gegenständlichen Materien der Normierung voneinander abgrenzt. Die intensive staatliche Gesetzgebung in der Neuzeit hat deutlich werden lassen, daß der herkömmliche Wirkungsbereich kirchlicher Amtsträger, auch wenn er geistlichen Zwecken dient, die weltliche Ordnungskompetenz berühren kann, wodurch im gleichen Sachkomplex Konkurrenzen von weltlichen und geistlichen Zwecken und Bedürfnissen entstehen können. Mit der Souveränitätsidee wäre ein völliger Ausschluß der weltlichen Gesetzgebung von

³³ Vgl. hierzu *Schlaich*, ebd., S. 170 ff.

Materien, die auch der kirchlichen Seite Anlaß zu Normierungen gegeben hatte, nicht in Einklang zu bringen. In diesem Zusammenhang hat der Begriff „ius circa sacra“ zentrale Bedeutung für das künftige Staatskirchenrecht gewonnen. Er besagt, daß dem weltlichen Gesetzgeber durchaus auch Materien mit Bezug zur Kirche für eine normative Regelung offen stehen, sofern sie sich auf Gegenstände „circa sacra“ beschränken und nicht beabsichtigen oder bewirken, daß ein „sacrum“ selbst eine normative Gestaltung von weltlicher Seite her erfährt.³⁴

30 Zur Anerkennung und Verbreitung eines „ius circa sacra“ hat ganz wesentlich *Hugo Grotius* durch seine Schrift „De imperio summarum potestatum circa sacra“ (1647)³⁵ beigetragen. Das „ius circa sacra“ hat gewissermaßen die Bedeutung eines Schlüsselbegriffs für das absolutistische Staatskirchenrecht gewonnen und bis in die konstitutionelle Epoche behalten. Neben der Wirkung dieser Formel als positive Kompetenzbeschreibung des Staates ist später auch die ihr immanente Grenze der zulässigen staatlichen Einwirkung auf das kirchliche Handeln hervorgetreten, die normative Eingriffe auf „sacra“ ausschließt. Als ein Problem erwies es sich in der Folgezeit freilich, wie die Qualität einer weltlichen Rechtsnorm nach jenen Kriterien festgestellt wird, ob sie überhaupt im Umfeld des „sacrum“ liegt und wenn ja, ob sie in unzulässiger Weise auf die Vorstellung vom „sacrum“ oder auf das sakrale Handeln gestaltend einwirkt. In dem Begriff des „ius circa sacra“ hatte man eine Formel zur Verfügung, die es dem Staat später erlaubte, ein gewisses Maß an kirchlicher Selbständigkeit zuzulassen, ohne dadurch den Souveränitätsanspruch preiszugeben. Die Einsicht, daß trotz der Ausdehnung der staatlichen Kompetenz auf die Religion ein Bereich originärer kirchlicher Ordnungsgewalt verbleibe, hat zu der bekannten und im 19. Jahrhundert allgemein gebräuchlichen Unterscheidung von „ius circa sacra“ und „ius in sacra“ Anlaß gegeben. Die begriffliche Differenzierung zwischen Normenkomplexen, die unmittelbar die kirchlichen Interna betreffen, und solchen, die einem säkularen Zweck im Umfeld des kirchlichen Handelns dienen, hat freilich staatliche Eingriffe in zentrale Gegenstände kirchlicher Aktivitäten nicht immer wirksam ausgeschlossen.³⁶

³⁴ Zur Geschichte von Gedanke und Begriff des „ius circa sacra“ vgl. *Johannes Heckel*, *Cura religionis, ius in sacra, ius circa sacra*, in: Festschrift Ulrich Stutz zum 70. Geburtstag, 1938, S. 224–297.

³⁵ Vgl. cap. I 2 und 3 des im Text genannten Werkes.

³⁶ Siehe hierzu die unter III. 7. a. erwähnten Konflikte im 19. Jahrhundert.

Neue Gesichtspunkte treten im Verlauf der Neuzeit auch im Hinblick auf die Annahme einer generellen Verpflichtung des Herrschers gegenüber der Kirche seines Landes auf, die jetzt vielfach als „cura religionis“ bezeichnet wurde.³⁷ Dabei mag die Erinnerung an das aus dem Mittelalter vertraute „ius advocatiae“ leitend gewesen sein. Schon die von Kaiser *Friedrich II.* bestätigte Verpflichtung, weltliche Mittel einzusetzen, wenn die Kirche ihre Rechtsakte um ihrer geistlichen Qualität willen nicht mit eigenen Mitteln zu vollstrecken vermochte,³⁸ hat zu der Annahme beigetragen, daß ein kirchlicher Anspruch auf das „bracchium saeculare“ bestehe. Auf solche Weise wurde veranschaulicht, daß den weltlichen Herrschaftsrechten in der Kirche des Landes eine Verpflichtung gegenüberstehe. Die „cura religionis“ entspricht dem Idealbild eines Herrschers, das von der Fürstenspiegelliteratur gezeichnet wird.³⁹ Noch in dem vom frühen Rationalismus geprägten und für die absolutistische Staatspraxis einflußreichen Werk des *Veit Ludwig von Seckendorff* „Der Teutsche Fürstenstaat“ wird der Verpflichtung des Fürsten zu umfassender Sorge für die Belange der Kirche und auch für das Seelenheil der Untertanen eine zentrale Bedeutung beigemessen.⁴⁰ Der Gedanke einer herrscherlichen „cura religionis“ steht in Konformität zu der verbreiteten durch *Thomas von Aquin* entfalteten Vorstellung einer Weltordnung, nach welcher alle Ordnungsprinzipien auf Gott als oberste Ordnungsmacht zulaufen.

31

Die reformatorische Theologie hatte eine „cura religionis“ des Landesherrn nicht in Frage gestellt. Sie erschien als ein Bestandteil der biblisch fundierten „custodia utriusque tabulae“ – eine Formulierung, mit der vielfach die Stellung des Landesherrn in der Kirche veranschaulicht wurde.⁴¹ Auch das aus dem Reichsrecht abgeleitete „ius reformandi“ schloß die Verpflichtung des Herrschers zum Schutz der Kirche in sich, so daß „ius reformandi“ und „cura religionis“ von ihren Wirkungen her kaum zu unterscheiden waren.⁴²

32

³⁷ Vgl. *Martin Heckel*, Cura Religionis, in: EvStL³, Sp. 425 f.

³⁸ Vgl. *Werner Goetz*, Fürstenprivilegien Friedrichs II., in: HRG¹, Bd. 1, 1971, Sp. 1358; *Carl Gerold Fürst*, Brachium saeculare, in: LexMA, Bd. II, 1983, Sp. 537.

³⁹ *Stolleis*, Geschichte (o. Fn. 4), Bd. 1, S. 307 ff.

⁴⁰ Vgl. *Veit Ludwig von Seckendorff*, Der Teutsche Fürstenstaat, 1655 (hier zitiert nach der Ausgabe 1737), Anderer Theil, cap. VIII., S. 280 ff.

⁴¹ Zum Verhältnis von der „cura religionis“ zu der „custodia utriusque tabulae“ vgl. *Martin Honecker*, Cura religionis magistratus christiani, 1968, S. 110 ff.

⁴² Vgl. *Schneider*, Ius reformandi (o. Fn. 14), S. 307 ff.

Die „cura religionis“ wurde nicht mehr als ein besonderer Rechtstitel verstanden, sondern als Ausdruck der allgemeinen Herrschaftsbefugnis des Landesherrn. Die gegenüber mittelalterlicher Denkweise deutlichen Unterschiede in der Beurteilung des Verhältnisses von weltlicher und geistlicher Gewalt traten jetzt deutlich zu Tage. Die weltliche Macht war jetzt nicht mehr auf äußere Hilfeleistungen für die Kirche bei Gefahren aller Art beschränkt. Indem man dem Fürsten die Entscheidung für die Konfession des Landes aufgebürdet hatte, mußte dieser es auch als seine Pflicht empfinden, die konfessionelle Eigenart zu gewährleisten. Ihm fiel jetzt die Verantwortung für Entscheidungen zu, die eindeutig dem Bereich der geistlichen Gewalt zuzurechnen waren und über die herkömmliche Schutz- und Garantiepflicht weit hinausgingen. Schon indem er sich der Aufgabe nicht entziehen konnte, für sein Territorium Kirchenordnungen zu erlassen, nahm er eine Ausweitung der Religionskompetenz vor.⁴³ Es war deshalb folgerichtig, daß man es dem Landesherrn überließ, durch seine Billigung, die meist durch Unterschrift bekundet wurde, den reformatorischen Bekenntnisdokumenten Geltung für seine Landeskirche zu verschaffen.⁴⁴

33 Das reformatorische Bekenntnis ist infolgedessen neben seiner Bedeutung für die religionsrechtliche Ordnung auf der Ebene des Reiches auch innerhalb der einzelnen Territorialstaaten relevant geworden. Es hat zu mannigfachen Auseinandersetzungen Anlaß gegeben und gleichzeitig als Maßstab für die Beurteilung bekenntnisbezogener Konflikte gewirkt. Auch die Frage nach der Normativität einzelner Bekenntnisaussagen wurde zum Problem.⁴⁵

34 Einen ganz andersartigen Ansatz für die Beurteilung der Herrscherpflicht gegenüber der Religion des Landes hat dann das Vernunftrecht der Aufklärung genommen. Die „cura religionis“ als Pflicht des Landesherrn wurde säkular uminterpretiert oder sogar verneint, seitdem man dazu übergegangen war, die Staatszwecke bewußt als mit Gründen der Vernunft darstellbare Ziele zu definie-

⁴³ Vgl. *Ernst Walter Zeeden*, Die Entstehung der Konfessionen, 1965, S. 34.

⁴⁴ Vgl. *Bernard Vogler*, Die lutherischen Kirchen, in: Die Geschichte des Christentums. Deutsche Ausgabe, Bd. 8: Die Zeit der Konfessionen (1530–1620/30), hg. von Heribert Smolinsky, 1992, S. 3 (17 ff.).

⁴⁵ Zu den unterschiedlichen Komponenten des Bekenntnisbegriffs im Reichsrecht und in den territorialstaatlichen Rechtsordnungen vgl. die eingehenden Untersuchungen von *Martin Heckel*, Die reichsrechtliche Bedeutung des Bekenntnisses, in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. II, 1989, S. 737–722; ders., *Reichsrecht und „Zweite Reformation“: Theologisch-juristische Probleme der reformierten Konfessionalisierung*, ebd., S. 999–1032.

ren, wie es in eindeutiger Weise durch *Pufendorf* geschehen ist⁴⁶. Dieser hat betont, daß das „*bonum commune*“ als Staatsziel von religiösen Elementen frei zu halten sei, weil das Seelenheil der Untertanen nicht als Zweck weltlicher Obrigkeit gelten könne, wie es noch *Seckendorff* ausdrücklich für geboten erklärt hatte⁴⁷. Man sieht jetzt, daß sich staatliches Handeln und kirchliches Handeln nicht ohne weiteres einem gemeinsamen Zweck zuordnen lassen, weil dem staatlichen Handeln eine letztlich heilsgeschichtliche Funktion nicht unterlegt werden könne. Trotz der Abkehr vom bisherigen vorwiegend biblisch fundierten Herrscherbild ist das Thema Staat und Religion nicht in jeder Hinsicht aus dem Problemfeld staatstheoretischer Überlegungen ausgeschieden. Die Philosophie der Aufklärung hat den Gedanken einer „natürlichen Religion“ entwickelt und kultiviert, indem sie den Staatszweck in einer Weise bestimmt hat, die einer vernunftgemäßen Erklärung zugänglich ist. Seinen terminologischen Ausdruck findet ein solches Bestreben in dem Begriff der „Glückseligkeit“, der einerseits das Staatsziel innerweltlich orientiert, andererseits eine religiöse Interpretation nicht ausschließt und damit den Weg für eine religiöse Interpretation von Staatszwecken offen läßt. Die religiösen Belange der Menschen bleiben jedenfalls insoweit der Fürsorge einer säkularen Obrigkeit anheim gegeben, als die Möglichkeit zur Erfüllung religiöser Bedürfnisse ein wesentliches Element irdischer Zufriedenheit und damit der „Glückseligkeit“ sein kann. In einer solcherart indirekten Weise ist ein religiöser Bezug und damit auch eine „*cura religionis*“ mit einem säkularen Staatszweck kompatibel. Denn der aufgeklärte Staat hat durchaus mit der Realität von rational nicht faßbaren religiösen Empfindungen gerechnet und darum die Aufsicht über die Kirchen nicht als staatsfremde Aufgabe aufgegeben oder vernachlässigt, sondern bisweilen sogar intensiviert.⁴⁸

b) Katholische Territorien

In den Gebieten der katholisch gebliebenen Reichsstände bestanden für die Weiterentwicklung der Beziehungen der Kirche zum neuzeitlichen Staat vielfach andere Ausgangsbedingungen als in den Gebieten, deren Herrscher sich für die Sache der Reformation ent-

35

⁴⁶ Vgl. *Link*, Herrschaftsordnung (o. Fn. 21), S. 294.

⁴⁷ Vgl. v. *Seckendorff*, Fürstenstaat (o. Fn. 40), S. 281 f.

⁴⁸ Vgl. *Hahn*, Staat und Kirche (o. Fn. 30), S. 186 ff.

schieden hatten. Die Frage einer grundsätzlichen Neugestaltung des kirchlichen Rechts stellte sich nicht, weil das kanonische Recht als Basis der kirchlichen Verfassung unangefochten in Geltung geblieben war und auch die gottesdienstlichen Formen und die sakramentale Praxis keiner Änderung unterzogen werden mußten. Obwohl den weltlichen katholischen Fürsten keine dem „*summus episcopus*“ vergleichbare Stellung zugefallen war, haben sie die für den Absolutismus charakteristische Konzentration der hoheitlichen Befugnisse beim souveränen Herrscher angestrebt und – insbesondere in den habsburgischen Ländern und im Kurfürstentum Bayern – zu einer fast perfekten Einbeziehung der kirchlichen Agenden in die Ziele der absolutistischen Politik zu nutzen gewußt⁴⁹. In den Territorien der geistlichen Fürsten traten die Erscheinungsformen des fürstlichen Absolutismus bei der Wahrnehmung der weltlichen Aufgaben weniger deutlich in Erscheinung, zumal die unvermeidbare Rücksichtnahme auf das Domkapitel der Möglichkeit der Fürstbischöfe zu Anpassungen an den Zeitgeist Grenzen setzte.

- 36 Freilich erwies sich eine Anpassung des Eherechts an die Änderungen als unvermeidlich, die das Konzil von Trient für dieses Rechtsgebiet beschlossen hatte, insbesondere hinsichtlich der Voraussetzungen der Ehe und der Eheschließungsform. In diesem Zusammenhang gewann die Frage Bedeutsamkeit, ob Änderungen des kanonischen Rechts, das jedenfalls im Deutschen Reich als Bestandteil des Gemeinen Rechts galt, einer Billigung von Seiten des weltlichen Herrschers bedurften. Ein derartiges „*Placet regium*“ hatten seit dem hohen Mittelalter einige Herrscher für sich in Anspruch genommen. Die Verweigerung des *Placet* wurde mehrfach in der Weise kundgetan, daß die Publikation des betreffenden Gesetzes verboten oder unterbunden wurde. In den katholischen Ländern des Deutschen Reiches ist das Eherecht des Tridentinums durch Beschluß der Reichsstände im *Corpus Catholicorum* wirksam geworden.⁵⁰ Der französische König hat das *Placet* niemals erteilt. Doch haben die wesentlichen Regeln durch einzelne dem kirchlichen Recht inhaltsgleiche königliche Gesetze Geltung erhalten und sind später in den *Code Napoleon* übernommen worden.⁵¹

⁴⁹ Zur Entwicklung in Bayern vgl. *Hans Rall*, Kurbayern in der letzten Epoche der alten Reichsverfassung, 1952, S. 255–313.

⁵⁰ Vgl. *Link*, Kirchliche Rechtsgeschichte (o. Fn. 8), § 14, Rn. 4.

⁵¹ Vgl. die Zusammenstellung über die Rezeption der Konzilsdekrete in den einzelnen europäischen Ländern bei *Jean Bernhard / Charles Lefebvre /*

c) *Konfessionalismus als Element territorialstaatlicher Politik*

Die Verfassungsentwicklung in Deutschland in der Zeit zwischen Augsburger Religionsfrieden und Westfälischem Frieden ist von der jüngeren Geschichtswissenschaft mehrfach als das „Konfessionelle Zeitalter“ gekennzeichnet worden, weil in jener Zeit die landesherrliche Politik darauf abzielte, die gesamte Ordnung des Landes der religionspolitischen Grundentscheidung anzupassen, die in Vollzug des „*ius reformandi*“ getroffen worden war.⁵² Die Ursache für die spezifisch konfessionelle Prägung der Territorien des späten Deutschen Reiches ist freilich nicht allein in der durch den Augsburger Religionsfrieden begründeten Verpflichtung der Reichsstände zu sehen, eine Entscheidung in der Alternative hinsichtlich der Konfession des einzelnen Territoriums zu treffen. Vielmehr trifft sich jene Verpflichtung hinsichtlich der Landeskonfession mit der säkularen Tendenz zur Ausweitung der Staatsaufgaben, um das Herrschaftsgebiet in jeder Hinsicht zu nutzen und zu gestalten. Jene Tendenz hat sich aber nicht darauf gerichtet, die Religion als konkurrierende Autorität beiseite zu schieben. Vielmehr ging es dem einzelnen Landesherrn darum, die religiöse Bindung der Bevölkerung seinem Ziel einer umfassenden Beherrschung des Landes dienstbar zu machen. Hierfür war die Fortdauer der religiösen Homogenität auf der Ebene des Territoriums eine wesentliche Voraussetzung. Sie konnte Konflikte zwischen Landesherrn und Geistlichkeit und auch Streitigkeiten zwischen religiös unterschiedlichen Gruppierungen weitgehend vermeiden.

Konfessionelle Solidarität wurde auch zu einem maßgeblichen Faktor der Personalpolitik. Selbst die mit weltlichen Funktionen betrauten Landesbediensteten wurden außer zur Treue gegenüber dem Landesherrn auch zur Treue gegenüber dem Bekenntnis des Landes

Francis Rapp, *L'Époque de la Réforme et du Concile de Trente (Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident XIV)*, 1990, p. 408 ff.

⁵² Vgl. *Zeeden*, Entstehung der Konfessionen (o. Fn. 43), S. 32 ff.; *Martin Heckel*, Deutschland im konfessionellen Zeitalter, 1983; *Thomas Kaufmann*, Konfessionelles Zeitalter, in: RGG⁴, Bd. 4, 2001, Sp. 1550 f.; *Wolfgang Reinhard*, Glaube und Macht. Kirche und Politik im Zeitalter der Konfessionalisierung, 2004; *Helmut Neuhaus*, Konfessionalismus und Territorialstaat, in: *Handbuch der Geschichte der evangelischen Kirche in Bayern*, hg. von Gerhard Müller / Horst Weigelt / Wolfgang Zorn, Bd. I, 2002, S. 343–361; *Anton Schindling / Walter Ziegler* (Hg.), *Die Territorien des Reichs im Zeitalter der Reformation und Konfessionalisierung*, Bd. 7, 1997.

verpflichtet⁵³. Die Kirchengaufsicht durch Visitation gewann Bedeutung als Mittel zur Einhaltung konfessionell bedingter Anforderungen an die Lebensführung und an das gottesdienstliche Verhalten.⁵⁴ Auch persönliche religiöse Impulse des Fürsten mögen für Art und Ausmaß der Maßnahmen zur Konfessionalisierung eine Rolle gespielt haben, in den einzelnen Ländern freilich in unterschiedlicher Intensität. Im Verlaufe der Zeit hat sich freilich bei manchen Herrschern das Engagement für ihre eigene Kirche und die Anliegen ihrer Konfession gemindert. Man hat im Rückblick deutliche Unterschiede festgestellt zwischen Gebieten, in denen die fürstlichen Herrscher den Typus des „Betfürsten“ repräsentierten und anderen Gebieten, deren Herrscher sich vorwiegend an den säkularen Zielen des Absolutismus orientierten.⁵⁵

- 39** Eine konfessionelle Prägung erhielten in der nachreformatorischen Zeit auch die Bildungsstätten.⁵⁶ Das jetzt entstehende Schulwesen verblieb in kirchlicher Trägerschaft. Durch die konfessionelle Bindung der Lehrer und durch die Auswahl der Unterrichtsthematik wurden die Schulen zu einem wichtigen Medium für die Vermittlung konfessioneller Standpunkte. Eine ähnliche Bedeutung als Instrument der Konfessionalisierung kam der wachsenden Zahl von Universitäten zu⁵⁷. Die bereits im späten Mittelalter entstandenen Universitäten hatten schon wegen ihrer Entstehung auf der Grundlage päpstlicher Privilegien von je her eine gefestigte Beziehung zur Kirche. Auch die nach der Reformation gegründeten Universitäten haben ihre Ausrichtung auf die Konfession ihres Landes zu erkennen gegeben, schon allein durch die konfessionelle Prägung ihrer theolo-

⁵³ Vgl. *Dietmar Willoweit*, Allgemeine Merkmale der Verwaltungsorganisation in den Territorien, in: *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, hg. von Kurt G. A. Jeserich/Hans Pohl/Georg-Christoph von Unruh, Bd. I, 1983, S. 289 (350 f.).

⁵⁴ Vgl. *Reinhard*, Glaube und Macht (o. Fn. 52), S. 25.

⁵⁵ Vgl. hierzu *Manfred Rudersdorf*, Die Generation der lutherischen Landesfürsten, in: *Die Territorien des Reiches im Zeitalter der Reformation und Konfessionalisierung*, hg. von Anton Schilling/Walter Ziegler, Bd. 7, 1997, S. 137–170.

⁵⁶ *Ernst Walter Zeeden*, Das Zeitalter der Glaubenskämpfe, 9. Aufl. 1999, S. 186 ff.

⁵⁷ Vgl. *Willoweit*, Verwaltungsorganisation (o. Fn. 53), S. 371 ff.; *Notker Hammerstein*, Die Hochschulträger, in: *Geschichte der Universität in Europa*, hg. von Walter Rüegg, Bd. II, 1996, S. 107 ff.; vgl. hierzu auch *Reinhard*, Glaube und Macht (o. Fn. 52), S. 22 ff.

gischen Fakultäten.⁵⁸ In ähnlicher Weise wurde für die konfessionelle Loyalität der bestehenden Universitäten des Landes Sorge getragen.

d) Besetzung der kirchlichen Ämter

Der absolute Fürstenstaat ist geleitet von der Idee einer vollständigen Beherrschung aller Rechtsverhältnisse durch den Souverän. Dieses Ziel ist in perfekter Weise nur zu erreichen, wenn der Herrscher auch maßgeblichen Einfluß auf die Auswahl der Personen hat, die Ämter in seinem Lande ausüben sollen. Ein entsprechendes Bedürfnis entstand gerade auch im Hinblick auf die kirchlichen Amtsträger, deren Amtsausübung in mancher Hinsicht über den Bereich des rein Religiösen hinaus Wirksamkeit entfaltete.

Die christliche Kirche hatte freilich bereits in ihrer Frühphase, bevor sie als erlaubte Religion anerkannt war, unabhängig von staatlicher Einwirkung die Ansätze einer Amtsverfassung und zwingende Grundsätze für die Ämterbesetzung entwickelt. Dabei hat sich das monarchische Bischofsamt als Organ der Repräsentation und Leitung durchgesetzt. Ihm oblag die Verantwortung für die Wahrnehmung des Auftrags zur Verkündigung des Evangeliums.⁵⁹ Im Vorgang der Auswahl der Amtsinhaber und im Akt der Übertragung standen spirituelle Elemente im Vordergrund, die die universalkirchliche Beziehung des Amts bewußt machen und die Legitimation des Amtsinhabers durch den Heiligen Geist glaubhaft machen sollten. Jene ursprüngliche Form der Stellenbesetzung ist auch beibehalten worden, als die christliche Religion von der weltlichen Macht anerkannt worden und zu einem wesentlichen Faktor des öffentlichen Lebens im spätrömischen Reich geworden war. Das Nebeneinander einer geistlichen und einer weltlichen Hierarchie wurde seit der Spätantike charakteristisch für die Verfassungsentwicklung im Abendland. Die ursprüngliche Selbständigkeit der frühzeitlichen Kirche in der Auswahl ihrer Amtsträger geriet in ein Spannungsverhältnis zum Bestreben der christlichen Kaiser, vor allem in der östlichen Reichshälfte, auf jene personelle Entscheidung Einfluß zu nehmen.

⁵⁸ Vgl. Zeeden, Zeitalter der Glaubenskämpfe (o. Fn. 56), S. 186 ff.

⁵⁹ Zur Entwicklung der anfänglich differenzierten Formen der Gemeindeleitung vgl. die Darstellung bei Othmar Heggelbacher, Die Geschichte des frühchristlichen Kirchenrechts, 1974, S. 46 ff.

42 Ein vitales Bedürfnis nach Loyalität der Bischöfe entstand für die weltlichen Herrscher auch in den sich formierenden Staaten des frühen Mittelalters. Die enge Kooperation von Königtum und Klerus, vor allem im Reich der Karolinger, war vorteilhaft für die Herstellung stabiler Herrschaftsverhältnisse. Die Maßnahmen zur Christianisierung standen vielfach in engem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Verfestigung der Herrschaftsorganisation. Im 10. Jahrhundert hat dann die sogenannte Ottonische Kirchenpolitik den Bischöfen eine notwendige Funktion für die Wahrnehmung der Belange des Reichs eingetragen.⁶⁰ Der Investiturstreit im 11. Jahrhundert hat seinen Ursprung in dem von beiden Streitparteien verfolgtem Interesse, die Bestellung der Bischöfe zur eigenen Sache zu machen. Die schließlich durch das Wormser Konkordat im Jahre 1122 besiegelte Beilegung des Konflikts beruhte auf der Einsicht, daß der strittige Gegenstand sowohl die Sphäre der temporalia wie die der spiritualia berührt. Man hat daher die unterschiedlichen Akte bei der Besetzung der Bischofsstühle entsprechend ihrer geistlichen oder weltlichen Qualität der Kompetenz des Papstes oder des deutschen Königs zugewiesen.⁶¹ Für die Folgezeit richtungweisend war die damals gewonnene Erkenntnis, daß eine Befriedung von Konflikten, die sowohl weltliche wie geistliche Belange betreffen, nicht durch einseitige Hoheitsakte der Beteiligten zu erreichen sei, sondern nur durch einen Konsens mit vertraglicher Bindung.⁶²

43 Die Besetzung von kirchlichen Ämtern auf örtlicher Ebene ist erst seit dem frühen Mittelalter und unter anderen Gesichtspunkten zum Gegenstand kontroverser Auffassungen von kirchlicher und weltlicher Seite geworden. Die ursprüngliche Kompetenz des Bischofs zur Bestellung von Priestern im Bereich seiner Diözese ist mit überkommenen volksrechtlichen Vorstellungen in Konflikt geraten, die dem Recht des Eigentümers am Kirchengebäude eine Auswirkung für die Besetzung einer Priesterstelle beigemessen haben. Man ging von der Annahme aus, daß ein Grundherr, der auf seinem Grund eine Kirche erbaut oder die Errichtung einer Kirche veranlaßt hat, durch die Widmung der Kirche seine dingliche Rechtsstellung nicht eingebüßt

⁶⁰ Vgl. oben Rn. 6 f.

⁶¹ Im Herrschaftsbereich des deutschen Königs sollten die weltlichen Akte vorangehen und erst dann die Bischofsweihe erfolgen. Daraus ergab sich für diesen die Möglichkeit, eine unliebsame Besetzung des Bischofsstuhles zu verhindern.

⁶² Die eigentliche Epoche der Konkordate ist freilich erst angebrochen, als sich der Gedanke eines universalen und die geistliche wie weltliche Gewalt bindenden Entscheidungsorgans als unrealistisch erwiesen hatte.

habe, sondern aufgrund seines ihm verbliebenen Eigentums berechtigt sei, die Person zu bestimmen, der die Wahrnehmung der gottesdienstlichen Funktion obliegt. Die auf solche Weise konstruierte Figur einer „Eigenkirche“ hat angesichts ihrer weiten Verbreitung in der frühmittelalterlichen Christenheit die kirchliche Rechtsgeschichte ausgiebig beschäftigt.⁶³ Die Kirche konnte sich mit jener Entwicklung nicht ohne weiteres abfinden, weil sie der kanonischen Form der Priesterbestellung nicht entsprach. Die Besonderheit des Priesteramts als eines Amtes, das spezifisch geistlichen Funktionen dient und vom Heiligen Geist legitimiert ist, würde verdunkelt, wenn weltliche Rechtsverhältnisse den Ausschlag für die Besetzung der Priesterstellen gäben. Die kirchliche Skepsis gegenüber dem Prinzip der Eigenkirche gehört darum in den Zusammenhang der Abwehrhaltung der Kirche gegen den als bedrohlich empfundenen Einfluß von unzulänglich christianisierten Laien auf das kirchliche Handeln.

In der Epoche, in der sich das kanonische Recht auf der Grundlage des Dekrets *Gratians* entwickelt hat, hat sich eine Handhabung durchgesetzt, die den beiderseitigen Interessen einigermaßen Rechnung getragen hat und als „ius patronatus“ in die kirchliche Rechtsgeschichte eingegangen ist.⁶⁴ Dieses begründet für den Grundherrn, der auf seinem Eigentum eine Kirche errichtet hat, das Recht, für die Besetzung der dortigen Pfarrstelle einen Kandidaten zu benennen, dem der Bischof die Stelle übertragen muß, sofern der Benannte die kanonischen Voraussetzungen für das Priesteramt besitzt. Mit der Widmung des Gebäudes für gottesdienstliche Zwecke kann das Eigentum nicht mehr den kirchlichen Maßnahmen und Handlungen zur widmungsgemäßen Nutzung entgegengesetzt werden.⁶⁵ Die Kirche hat mit der Anerkennung des Patronatsrechts keine unverzichtbaren Positionen im Hinblick auf die spirituelle Qualität des geistlichen Amtes preisgegeben. Die spirituelle Qualität der Amtsübertragung bleibt gewahrt, solange nicht kirchliche Belange weltlichen Wünschen aufgeopfert werden, wie es für Erscheinungsformen der Simonie typisch ist – ein Vorwurf, der vielfach erhoben worden ist, wenn der Eindruck entstanden war, daß finanzielle Interessen oder Lei-

44

⁶³ Vgl. *Ulrich Stutz*, Die Geschichte des kirchlichen Benefizialwesens, 2. Aufl. 1961; vgl. auch *Feine*, Rechtsgeschichte (o. Fn. 8), S. 160 ff.

⁶⁴ Vgl. die detaillierte Darstellung der Entwicklungsgeschichte bei *Peter Landau*, Ius patronatus. Studien zur Entwicklung des Patronats im Dekretalenrecht und in der Kanonistik des 12. und 13. Jahrhunderts, 1975; Überblick: *Andreas Thier*, → § 63, Rn. 3–11.

⁶⁵ Zu den Überlegungen, wie sich das dem Kirchenstifter verbleibende Recht zum Eigentumsrecht verhält, vgl. *Landau*, ebd., S. 8 ff.

stungen für die Auswahl des Amtsinhabers ursächlich waren. Die Konzession der Kirche an die grundbesitzende Schicht begründete nur weltliche Rechtsbeziehungen, indem sie eine Sonderform eines dinglichen Rechts hervorbrachte. Eine Änderung hinsichtlich des Rechts des geistlichen Amtes war damit nicht verbunden. Die Stellung des Patrons wurde deshalb in der Folgezeit als ein Recht behandelt, das wie andere dingliche Rechte übertragbar und vererbbar ist. Es stand darum zum Erwerb anderen Personen offen, insbesondere auch juristischen Personen, wie Klöstern und Stiftern, Domkapiteln oder auch weltlichen Kommunen.

- 45 Der Begriff des Patronats hat auch in den Zeiten des fürstlichen Absolutismus eine Rolle gespielt, zunächst deshalb, weil auch die Landesherrn Patronate erwerben konnten, um Einfluß auf die Besetzung einzelner Stellen zu gewinnen. Freilich haben es die Herrscher vielfach vermocht, allein aus ihrer Eigenschaft als Souverän die Personalhoheit über die Kirche abzuleiten. Auch die umfassende Kirchenaufsicht bot die Möglichkeit, mißliebige Personen von bestimmten geistlichen Ämtern fernzuhalten. In manchen Ländern hat man den Begriff „Landesherrliches Patronat“ verwendet, um die generelle Möglichkeit fürstlicher Einflußnahme zu kennzeichnen, ohne einen diesbezüglichen besonderen Rechtstitel zu benennen⁶⁶.

*e) Staatliche Aktivitäten auf herkömmlich
kirchlichen Handlungsfeldern*

- 46 In der Epoche des Absolutismus vollzieht sich eine erhebliche Ausweitung der staatlichen Agenden.⁶⁷ Der Grund für diese Entwicklung ist vielschichtig. Sobald man die Souveränität des Herrschers gewissermaßen als staatstheoretisches Dogma hingenommen hat, begann man damit, neben dem geläufigen Schutz- und Sicherheitszweck dem gegenständlich weit offeneren Wohlfahrtszweck Aufmerksamkeit zu schenken, um die Berechtigung hoheitlicher Aktivitäten zu begründen. Dabei hat die Tendenz zu einem säkularen Verständnis

⁶⁶ Zum Begriff „Landesherrliches Patronat“ in der evangelischen Kirchenrechtswissenschaft vgl. *Hartmut Böttcher*, Patronat, in: *EvStL*³, Sp. 2453 (2455 f.).

⁶⁷ Zu dieser schon seit Beginn der Neuzeit einsetzenden Entwicklung vgl. *Hans Maier*, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, 2. Aufl. 1980, S. 103 ff.; *Peter Preu*, *Polizeibegriff und Staatszwecklehre*, 1983, S. 231 ff., S. 257 ff.

des „*bonum commune*“ den Blick auf die notwendigen und angemessenen Lebensverhältnisse gelenkt. Die begriffliche Nähe des vertrauten Ziels der „Seligkeit“ zum aufkommenden Ideal der „Glückseligkeit“ hat die Umorientierung auf die vorwiegend irdischen Belange hoheitlichen Handelns erleichtert.⁶⁸ Auch die nunmehr von staatlicher Seite betriebene Wirtschaftspolitik in Gestalt des Merkantilismus fügt sich als Sorge für das „Aufnehmen“ (so der zeitgenössische Begriff für die wirtschaftlich vorteilhafte Entwicklung) des Landes in das Bemühen um eine innerweltliche Ausrichtung hoheitlicher Zielsetzung ein. Staatliche Aufgabe ist nicht mehr nur der Schutz der Bevölkerung vor Gefahren aller Art und Unglücksfällen, sondern auch die Vorsorge für die Gesamtheit der Lebensbedingungen und deren Verbesserung. Angesichts einer solchen Prämisse treten neuartige Themen in das Blickfeld des Staates wie gesunde Lebensweise, Verbesserung der landwirtschaftlichen Methoden und Qualität der gewerblichen Tätigkeit.

Von kirchlicher Seite konnte jene neuartige Zielbestimmung des Staates nicht ignoriert werden. Die dementsprechende Ausdehnung der staatlichen Agenden mußte nicht notwendig einen Konflikt zwischen Staat und Kirche auslösen. Es ist aber nicht zu verkennen, daß seither eine zweite Autorität in Erscheinung tritt, die sich berufen fühlt, auf die Lebensgestaltung und Lebensweise der einzelnen Menschen Einfluß zu nehmen. Es entsteht eine gewisse Rivalität zwischen staatlicher und kirchlicher Sicht, welcher der beiden Seiten die verbindliche Kompetenz in sittlichen Fragen zukommt. Das gemeinsame Interesse des absoluten Staates und der Kirche an der hoheitlichen Erfassung bisher nicht ausdrücklich geregelter Lebensbereiche bot der staatlichen Seite die Gelegenheit, ihren normativen Willen in den für ihre Belange wesentlichen Materien zur Geltung zu bringen, ohne auf grundsätzliche kirchliche Bedenken zu stoßen.⁶⁹ Die später viel erörterte Erscheinung der *res mixtae* wurde unter diesen Umständen damals schon sichtbar.

In verschiedenen normierungsbedürftigen Bereichen ist es zu einem Nebeneinander von staatlicher und kirchlicher Aktivität gekommen. Auf dem Gebiete des seit Beginn der Neuzeit stärker in den Vordergrund tretenden Polizeirechts waren freilich ausgesprochene Kollisionen von staatlichen und kirchlichen Anforderungen selten.

⁶⁸ Vgl. *Preu*, ebd., S. 113 ff.

⁶⁹ Zu der für den fürstlichen Absolutismus charakteristischen Verquickung von staatlichen und kirchlichen Belangen vgl. auch *Herbert Raab*, in: *Handbuch der Kirchengeschichte*, hg. von Hubert Jedin, Bd. V, 1970, S. 511 ff.

Die polizeilichen Vorschriften betreffend die Sittlichkeit, wie Bekämpfung der Trunksucht, Verschwendung oder auch Gotteslästerung wurden nicht als Eingriff in einen kirchlicher Normierung vorbehaltenen Bereich empfunden, zumal sie kaum über die Themen der Reichspolizeiordnung von 1530 hinausgingen.⁷⁰

- 49 Deutlicher tritt die Konkurrenz auf dem Gebiet der damals so genannten Armenpolizei in Erscheinung. Die Fürsorge für Arme und auch für aus anderen Gründen Notleidende galt seit den frühesten Zeiten des Christentums als spezifische Folgerung aus dem christlichen Glauben. Die Pflege von Armen war schon während des Mittelalters weitgehend den Ordensgemeinschaften überlassen, in den Städten teilweise auch einzelnen von städtischer oder privater Seite betriebenen Anstalten. Auf diese Seite des Soziallebens hat der absolute Staat sein Augenmerk gerichtet, so daß die Aktivitäten kirchlicher und säkularer Einrichtungen nebeneinander standen. Die Unterschiede in der Zwecksetzung wurden bald recht deutlich bewußt. Ziel staatlicher Armenpolizei war es, die Schicht der armen Bevölkerung möglichst zu vermindern, die armen Leute am Betteln zu hindern und ihre Arbeitskraft für eine produktive Tätigkeit, die dem Wohlstand des Landes diene, nutzbar zu machen. Armenpolizeiliche Maßnahmen waren sowohl Bettelverbote und Ausweisung aller unnützen Personen aus dem jeweiligen Lande. Die kirchliche Armenpflege, die vornehmlich in den Klöstern geleistet wurde, hat das Vorhandensein von Armen mehr oder weniger hingenommen. Die Armenpflege hatte karitativen Charakter und erfolgte in Form von regelmäßiger Unterstützung mit Nahrung und Unterkunft. Auf diesem Gebiete kam es angesichts der deutlich unterschiedlichen Zielsetzung gelegentlich zu Konflikten zwischen staatlicher und kirchlicher Seite, weil die ständig verfügbare Hilfe in kirchlichen Einrichtungen die Empfänger der karitativen Leistungen von eigenen Anstrengungen zur Änderung ihrer Notlage abhalten konnte. Von staatlicher Seite wurde darum die Art kirchlicher Hilfeleistung skeptisch beurteilt und auch tatsächlich behindert oder den staatlichen Zwecken dienstbar gemacht.⁷¹ In spätabolutistischer Zeit hat die Kritik an der kirchlichen Armenpflege eine wesentliche Rolle gespielt und die Neigung gefördert, die Klöster als Faktoren des Soziallebens auszuschalten.

⁷⁰ Vgl. *Preu*, Polizeibegriff (o. Fn. 67), S. 16 ff.

⁷¹ Vgl. *Willibald Plöchl*, Kirchliche Rechtsgeschichte, Bd. V, 1969, S. 257 ff.

Infolge der Ausweitung der staatlichen Aktivitäten konnte es zu Konkurrenzen zwischen weltlichen und kirchlichen Belangen auch im Hinblick auf die Praxis der Bestattungen kommen. Das Konfliktpotential beruhte nicht auf einem unvereinbaren Gegensatz der beiderseitigen Interessen. Die entsprechenden Normierungen waren jeweils durch Unterschiede in der Zielsetzung bestimmt. Der Kirche oblag die Sorge für eine christlichen Vorstellungen entsprechende gottesdienstliche Handlung, die anlässlich eines Todesfalls geboten ist. Sie muß auch eine dem christlichen Glauben angemessene Erinnerungskultur durch Lage und Ausstattung der Friedhöfe gewährleisten. Das staatliche Interesse erwuchs aus der Verantwortung, für Hygiene und Seuchenvermeidung beim Umgang mit einem Leichnam Sorge zu tragen. Die Obrigkeit konnte darum jene Materie nicht in vollem Umfang den örtlichen Kirchen überlassen. Die Zwecksetzung der beiderseitigen Normierungen ist darum unterschiedlich. Aber die staatlichen Vorschriften kommen trotz der Beschränkung auf den gesundheitspolitischen Aspekt nicht umhin, auch kirchliche Belange zu berühren.⁷² Die herkömmliche Lage des Friedhofs im Umkreis der örtlichen Kirche kann zu mannigfachen kommunalpolitischen oder gesundheitspolitischen Notwendigkeiten in Gegensatz geraten. Sofern mit der stetigen oder auch vorübergehenden Anwesenheit von konfessionsfremden Bewohnern zu rechnen war, bestand für die weltliche Seite der Zwang, für einen kirchlichen Friedhof mit örtlichem Monopol die Benutzung durch jeweils Andersgläubige anzuordnen. In späterer Zeit ergab sich dann die Frage, ob auch die Freiheit gewährt werden müsse, unübliche oder für fremde Konfessionen typische Gestaltungen zuzulassen.

50

Eine Beeinträchtigung kirchlicher Selbständigkeit ergab sich im Zusammenhang mit dem Entstehen eines staatlichen Personenstandswesens, das als notwendige Aufgabe weltlicher Obrigkeit erkannt worden war. Die Führung der Kirchenbücher wurde darum staatlicher Kontrolle unterworfen. Bevor es zu einer einheitlichen reichsgesetzlichen Regelung des Personenstandsrechts gekommen ist⁷³, haben längere Zeit die Pfarrer bei der Führung der Kirchenbücher neben ihrer kirchlichen Verpflichtung die Funktion eines staatlicher Weisung unterworfenen Standesbeamten ausgeübt. Die Übernahme

51

⁷² Zur historischen Entwicklung des Friedhofsrechts im Spannungsfeld von kirchlicher Tradition und weltlichen Belangen vgl. *Hanns Engelhardt*, Bestattungswesen und Friedhofsrecht (§ 43), in: HSKR², Bd. II, 1995, S. 105 ff.

⁷³ Dies geschah im Rahmen der Kulturkampfgesetzgebung durch das Reichspersonenstandsgesetz vom 6. 2. 1875.

dieser Aufgabe in die unmittelbare staatliche Verantwortung erschien auch deshalb geboten, um kirchenunabhängigen Bürgern einen notwendigen Kontakt mit einem kirchlichen Organ zu ersparen.

f) Staatliche Normierung im Bereich kirchlicher Finanzen

52 Die Einnahmequellen der Kirchen und Klöster wie auch des Klerus hatten schon während des Mittelalters die Aufmerksamkeit der weltlichen Herrschaft gefunden. Auch in der Phase des Absolutismus haben die Inhaber der weltlichen Gewalt Einfluß und Einwirkungsmöglichkeiten auf das kirchliche Vermögen zu gewinnen versucht, um die erstrebte Herrschaft über ihr Territorium vollkommen zu machen. Kirchliche und weltliche Finanzen waren auf unterschiedliche Weise miteinander verflochten. Die klassische kirchliche Einnahme, der Kirchenzehnte, war vielfach auf weltliche Träger gegen Begründung einzelner Leistungspflichten übertragen worden.⁷⁴ Das Interesse der Fürsten an der Kontrolle der kirchlichen Finanzen war von einer mehrfachen Zwecksetzung bestimmt: Zum einen erwächst dem Fürsten im Rahmen seiner generellen Aufgabe, die Ausübung der Religion seines Landes zu gewährleisten, unter anderem die Verpflichtung, die geistlichen Amtsträger wirtschaftlich zu sichern. Dieser Gesichtspunkt mußte namentlich in protestantischen Ländern Beachtung finden, in denen die Säkularisation von Klöstern die wirtschaftliche Basis der Seelsorge gemindert hatte. Zum anderen hat man in der Epoche des fürstlichen Absolutismus mit einer planmäßigen Finanzpolitik begonnen, die die Gesamtheit der staatlichen Einnahmen und Ausgaben ins Blickfeld nahm. Dabei haben die staatlichen Maßnahmen nicht darauf abgezielt, eine prinzipielle Umgestaltung des kirchlichen Finanzwesens herbeizuführen und neue Formen der Einnahmeerzielung und neue Einkommensarten zu entwickeln. Bisweilen gab es Versuche, die Erhebung kirchlicher Abgaben zu behindern oder von Bedingungen abhängig zu machen. Die im kanonischen Recht vorgesehene Freistellung des Klerus von den allgemeinen Steuern wurde kritisch beurteilt und nicht überall ohne weiteres anerkannt. Man hat auch eine besondere Steuer für Geistliche ins Auge gefaßt.

53 Von grundsätzlicher Bedeutung waren die Bestrebungen, die sich gegen die Ansammlung von Vermögensmassen bei den Kirchen oder

⁷⁴ Vgl. Jörg Müller, Kirchenzehnt, in: HRG², Bd. 2, 2012, Sp. 1834 ff.

sonstigen kirchlichen Trägern richteten. Wenigstens das weitere Anwachsen des kirchlichen Vermögens, insbesondere des Grundvermögens, sollte verhindert werden. Diesem Ziel diene das gelegentlich schon vor der Neuzeit angewandte Mittel der sogenannten Amortisation, das weitere Schenkungen von Grundbesitz an kirchliche Träger untersagte.⁷⁵ Man sah in den häufigen Schenkungen an die Kirchen eine Beeinträchtigung des wirtschaftspolitischen Strebens nach vollständiger und wirtschaftlicher Nutzung des Grundvermögens, weil der kirchliche Grundbesitz vielfach brachlag und auch nicht dem Eigentumswechsel aus Anlaß eines Erbfalls ausgesetzt war.⁷⁶

Unabhängig von jener begrenzten Zielsetzung war die Masse des schon bestehenden kirchlichen Grundvermögens in den Augen der Fürsten, die das Land in vollem Umfang ihren Herrschaftszielen dienstbar machen wollten, ein besonderes Ärgernis. Deshalb entstand schon im 18. Jahrhundert der Wunsch, über die Amortisationsgesetzgebung hinauszugehen und am Bestand des kirchlichen Vermögens regelrechte Korrekturen anzubringen. Das Mittel der Säkularisation in Form der Überführung von kirchlichem Vermögen in das Staatsvermögen mußte unter diesen Umständen in das Blickfeld treten. Ein entsprechendes Vorgehen war damals nicht von vornherein mit dem Odium eines Zugriffs auf fremdes Eigentum behaftet. Die jeweilige Kirche galt als Bestandteil der öffentlichen Ordnung, zu deren Wahrung sich die weltliche Obrigkeit berufen hielt. Bei dieser Prämisse ist der kirchliche Zweck, dem ein Gegenstand dient, ein öffentlicher Zweck neben anderen. Die Inanspruchnahme kirchlichen Vermögens für staatliche Zwecke kann als hoheitlich verfügte Änderung der Zweckbestimmung ausgegeben werden – eine Maßnahme, die vor allem dann mit dem Schein des Rechts umgeben werden konnte, wenn der ursprüngliche kirchliche Zweck nicht mehr realisierbar erschien. Unter diesem Aspekt waren in protestantischer Sicht die Säkularisationen im Gefolge der Reformation und in Vollzug des Westfälischen Friedens als unvermeidliche Maßnahmen hinzunehmen. Die von aufklärerischen Ideen bestimmten Säkularisationen des 18. Jahrhunderts in Österreich und in Bayern und vor allem in Frank-

54

⁷⁵ Vgl. *Wilhelm Kahl*, Die deutschen Amortisationsgesetze, 1879; *Friedrich Merzbacher*, Amortisationsgesetzgebung, in: HRG¹, Bd. 1, 1971, Sp. 148–150; *Michael Germann*, Amortisationsgesetzgebung, in: HRG², Bd. I, 2008, Sp. 204–207.

⁷⁶ Vgl. *Feine*, Rechtsgeschichte (o. Fn. 8), S. 493; *Emil Friedberg*, Grenzen zwischen Staat und Kirche, 1892, S. 110 ff., passim, 793; *Rall*, Kurbayern (o. Fn. 49), S. 318 f.

reich im Verlaufe der Französischen Revolution⁷⁷ ließen sich ebenfalls als staatliche Fürsorge für eine zweckgerechte Verwendung von funktionslos gewordenem kirchlichen Vermögen interpretieren, wenn man zugrunde legt, daß ein utilitaristischer Zeitgeist die herkömmlichen kirchlichen Zwecke als nicht mehr im Rahmen des Gemeinwohls liegend diskreditiert hat. Man ging dabei vielfach von der Vorstellung aus, daß dem Landesherrn ein Obereigentum an allem Gütern des Landes zukomme, das seine Wirkung entfalte, sobald eine Nutzung zum bisherigem Zweck schlechthin nicht mehr möglich war.⁷⁸ Dem Landesherrn fiel in einem solchen Falle die Aufgabe zu, eine ähnliche Nutzung zu veranlassen.

g) Rechtsformen staatlicher Normierung

55 Der sich über Jahrhunderte hinziehende Prozeß einer Entstehung von Staatskirchenrecht konnte nicht in einer überterritorial verbindlichen Kodifikation seinen Niederschlag finden. Ungeachtet der Fortgeltung des kanonischen Rechts in katholisch gebliebenen Territorien und in einem gewissen Umfang auch in evangelisch gewordenen Territorien ist es zu einer Fülle von Normierungen gekommen, die von Inhabern weltlicher Gewalt im Rahmen ihrer weltlichen Gesetzgebung ausgingen, aber gelegentlich auch kirchliche Rechtsverhältnisse oder religionsbezogenes Handeln und Verhalten berührten. Eine derartige staatskirchenrechtliche Annexwirkung ging etwa von allgemeinen Landesordnungen aus, aber auch von Polizeiordnungen, Armenordnungen, Steuerordnungen. Gleiches gilt von mannigfachen sonstigen obrigkeitlichen Verlautbarungen wie Reskripten, Ausschreiben oder fürstlichen Mandaten.

56 Spezielle Kirchenordnungen haben die Landesherren evangelisch gewordener Territorien unmittelbar in der an die Reformation anschließenden Epoche erlassen, weitgehend unter beratender Beiziehung profilierter Theologen.⁷⁹ In ihnen ergingen Anordnungen und

⁷⁷ Zu den besonderen Bedingungen und Vorgängen im Rahmen der Säkularisationen in Frankreich nach 1789 vgl. unten Rn. 106.

⁷⁸ Vgl. *Hans Liermann*, Handbuch des Stiftungsrechts, 1963, S. 173 ff., insbesondere hinsichtlich der Folgerungen für die staatliche Stiftungsaufsicht in der Epoche der Aufklärung.

⁷⁹ Die von *Emil Sehling* 1902–1913 begonnene Textsammlung „Evangelische Kirchenordnungen des 16. Jahrhunderts“, fortgeführt 1955–1980 vom Kirchenrechtlichen Institut der EKD und 2004–2017 von der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, weist 24 Bände auf (5 davon in zwei Teilbän-

Vorschriften, die die Form des Gottesdienstes und die Verpflichtungen der kirchlichen Amtsträger betrafen oder das religionsbezogene Verhalten der Gläubigen regulierten.

Ansätze einer Kodifikation staatlichen Rechts in kirchlichen Angelegenheiten sind im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1784 enthalten, dessen Regelungen in manchen Punkten Nachwirkungen hervorgerufen haben, die bis in die Gegenwart hinein anzutreffen sind.⁸⁰ Dieses Gesetz hat zum ersten Mal den örtlichen Kirchen die Qualität von handlungsfähigen Rechtspersonen zugebilligt, aber nicht der Kirche des Landes insgesamt.⁸¹ Man hat aus Anlaß dieser Gesetzgebung auch den Versuch gemacht, die Stellung der Kirchen in der staatlichen Gemeinschaft zu definieren durch die Zuweisung einer Verpflichtung, die der Kirche in ihrer Gesamtheit galt und dem spätabolutistischen Zeitgeist entsprach.⁸² Gleichzeitig hat der Gesetzgeber die Grenze staatlicher Herrschaft in religiösen Angelegenheiten artikuliert, indem er die Glaubensangelegenheiten der Kompetenz des staatlichen Gesetzgebers ausdrücklich entzogen hat.⁸³

57

III. Das Verhältnis von Staat und Kirche in der Anfangszeit des Verfassungsstaates

Seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts haben sich in Deutschland die Ausgangsbedingungen für die Beziehungen zwischen den Staaten und den Kirchen in den einzelnen Ländern weitgehend verändert. Das Deutsche Reich als staatsrechtliche Realität war weggefallen, wie auch die geistlichen Fürstentümer als Besonderheit des deut-

58

den erschienen). Zum Inhalt und den unterschiedlichen Typen von Kirchenordnungen vgl. *Gertrud Schwanhäuffer*, Das Gesetzgebungsrecht der evangelischen Kirche unter dem Einfluß des landesherrlichen Kirchenregiments, 1967.

⁸⁰ Zur Entstehung und Nachwirkung des Preußischen Allgemeinen Landrechts vgl. *Peter Landau*, Das Kirchenrecht des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten, in: ders., Grundlagen und Geschichte des evangelischen Kirchenrechts und des Staatskirchenrechts, 2010, S.175–210.

⁸¹ § 17–19 II 11 ALR.

⁸² § 13 II 11 ALR: „Jede Kirchengesellschaft ist verpflichtet, ihren Mitgliedern Ehrfurcht gegen die Gottheit, Gehorsam gegen die Gesetze, Treue gegen den Staat und sittlich gute Gesinnungen gegen ihre Mitmenschen einzuflößen.“

⁸³ § 1 II 11 ALR „Der Begriff der Einwohner des Staates von Gott und göttlichen Dingen, der Glaube und der innere Gottesdienst können keine Gegenstände von Zwangsgesetzen sein.“

schen Reichsrechts. Die jetzt in vollem Umfang souveränen Fürsten herrschten über meist größer gewordene und in ihren Grenzen öfters stark veränderte Gebiete mit vielfach konfessionell gemischter Bevölkerung.

1. Die Kirchen in der Rechtsordnung der Gliedstaaten des Deutschen Bundes

59 Nach dem Ende des Deutschen Reiches und nach der Bildung des Deutschen Bundes standen die deutschen Länder nicht unmittelbar vor der Notwendigkeit, grundsätzliche Entscheidungen religionspolitischer Art zu treffen. Für die Beziehungen der Gliedstaaten zur katholischen Kirche war weiterhin das kanonische Recht verbindlich, so daß die episkopale Verfassung unangetastet blieb. Auch für die evangelischen Kirchen hat sich die bestehende Basis der Kirchenverfassung in Gestalt des landesherrlichen Summepiskopats nicht verändert.⁸⁴ Die Folge war freilich, daß evangelische Gläubige und Kirchengemeinden wegen Veränderung der territorialen Grenzen in den Herrschaftsbereich katholischer Landesherren gelangten. Ihre bisherige Konfessionszugehörigkeit wurde nicht in Frage gestellt. Die Position eines konfessionsfremden Herrschers als *summus episcopus* des neu gewonnenen evangelischen Bevölkerungsteils wurde als unvermeidbar hingenommen. Die irreguläre Situation, die sich hieraus ergab, suchte man vereinzelt dadurch abzuschwächen, daß man die Kirchenhoheit über die andersgläubige Bevölkerung zur Ausübung einem Regierungsorgan übertragen hat, das für die Berücksichtigung der Belange der betroffenen Konfession geeignet und offen war.⁸⁵

60 Im Hinblick auf katholische Minderheiten in Gebieten evangelischer Fürsten entstand das Bedürfnis, dort das geistliche Wirken katholischer Bischöfe zuzulassen. Eine akzeptable Lösung ergab sich weitgehend im Zusammenhang mit der im 19. Jahrhundert im Wege der gegenseitigen Vereinbarung zustande gekommenen Neuregelung der Diözesanzirkumskription. Vereinbarungen zwischen dem Heiligen Stuhl und den Gliedstaaten des Deutschen Bundes waren vorbe-

⁸⁴ Zur vielfältigen Kritik hieran siehe unten III. 7. b.

⁸⁵ Vgl. zur diesbezüglichen Problematik auch *Heinrich de Wall*, Die Selbstständigkeit der evangelischen Konsistorien in Preußen und Bayern, in: Staat und Kirche in Westeuropa in verwaltungshistorischer Perspektive (19. / 20. Jh.), hg. von Jos C. N. Raadschelders (Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte, Bd. 14), 2002, S. 151 (164 ff.).

haltlos möglich geworden, seitdem diese die volle Souveränität erlangt hatten.

Abgesehen vom Fortbestand des landesherrlichen Summepiskopats haben die Verfassungen aus der Zeit des Frühkonstitutionalismus (1815–1848) keine institutionellen Verflechtungen von kirchlichen Ämtern und staatlichen Organen vorgesehen. Ausnahmen gab es lediglich in einzelnen Staaten, die für die Parlamente auf das Zweikammersystem zurückgegriffen haben. Dort gehörten zur ersten Kammer neben Mitgliedern der Herrscherdynastie und einzelnen vom Herrscher bestimmten Personen meist auch einzelne Bischöfe oder Repräsentanten der evangelischen Kirche kraft ihres Amtes⁸⁶. Wo Volksvertretungen nach dem Zweikammersystem gebildet wurden, waren für die zweite Kammer eine bestimmte Anzahl von Geistlichen aus ihrer Mitte zu wählen.

61

Eine markante Zäsur in der staatskirchenrechtlichen Entwicklung ist im Zusammenhang mit der Bildung des Deutschen Bundes im Jahre 1815 sichtbar geworden, indem die Deutsche Bundesakte den Gliedstaaten verpflichtend vorgeschrieben hat, das Prinzip der Parität für die Rechte der drei bisher schon alternativ zugelassenen Konfessionen in der staatlichen Ordnung zugrunde zu legen.⁸⁷ Doch liegt der Parität gemäß Artikel 16 der Bundesakte nicht mehr derselbe Zweck und der besondere Gehalt der reichsrechtlichen Entscheidung von 1555 zugrunde, welche die Kompetenz für die Zulassung der konfessionellen Form der christlichen Religion den gliedstaatlichen Herrschern überlassen hatte. Die seinerzeit eröffnete Möglichkeit unterschiedlicher Konfessionen diente der Friedenssicherung angesichts des nicht lösbaren religiösen Konfliktes. Die bis dahin selbstverständliche Zuordnung des Reiches zur institutionellen Erscheinung der von alters her anerkannten christlichen Religion war damit nicht preisgegeben, sondern den Reichsständen zur Wahl eines der alternativ zugelassenen Bekenntnisse anheim gegeben worden. Die Parität, die der Deutsche Bund verlangt, bezieht sich auf die mittlerweile durch Bekenntnistraditionen profilierten Erscheinungsformen der Kirche in katholischer, lutherischer und reformierter Prägung,

62

⁸⁶ Titel VI § 2 Verf. Königreich Bayern von 1818; § 27 Ziff. 3 Verf. Großherzogtum Baden von 1818; § 129 Verf. Königreich Württemberg von 1819 (abgedruckt bei *Ernst Rudolf Huber*, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, 3. Aufl., Bd. 1, 1978, S. 155 ff., 172 ff., 187 ff.).

⁸⁷ Deutsche Bundesakte, Art. 15: „Die Verschiedenheit der christlichen Religionsparteyen kann in den Ländern und Gebiethen des Deutschen Bundes keinen Unterschied in dem Genuß der bürgerlichen und politischen Rechte begründen.“

wie sie in den Gliedstaaten sichtbar geworden war. Das Recht des Landesherrn, mit Wirkung für seinen gesamten Herrschaftsbereich die Konfession festzulegen, ist mit dem Wegfall des Reiches und des Reichsrechts hinfällig geworden. Die Bindung der einzelnen Kirchen selbst an die bisherige Konfession blieb freilich bestehen. Doch konnten Gläubige einer anderen Konfession, die in das Land zuzogen oder durch Grenzverschiebungen einverleibt wurden, nicht zur Annahme der dortigen Konfession gezwungen werden. Im Rahmen des jeweiligen Landesverfassungsrechts durften sie ihre Gottesdienste in privater Form in Gemeinschaft mit ihren Konfessionsgenossen abhalten. Die seit den Zeiten der Antike übliche und auch in der Neuzeit angestrebte konfessionelle Homogenität eines Landes war damit preisgegeben, wenn auch die jeweilige konfessionelle Prägung durch die bisherige Mehrheitsreligion weitgehend erhalten geblieben ist. Die universalkirchliche Zuordnung und Zusammengehörigkeit der territorial begrenzten Kirchen fanden im Recht der reformatorischen Kirchen keinen Niederschlag.

- 63** Mit der religionsverfassungsrechtlichen Regelung des Deutschen Bundes beginnt die Phase des Staatskirchenrechts, das sich jeweils allein auf die Partikularkirchen des eigenen Territoriums bezieht. Diese stellen sich bei religionsneutraler Betrachtung als körperchaftliche Verbände dar, so daß deren spirituelle Komponenten für das Staatskirchenrecht irrelevant geworden und allein der theologischen Reflexion anheim gegeben waren. Den einzelnen Gliedstaaten verblieb durchaus die Freiheit, ihre Beziehungen zu den Kirchen mehr oder weniger positiv zu gestalten, aber nur im Rahmen ihres politischen Ermessens, das unter anderem auch durch das Paritätsgebot begrenzt worden war.
- 64** Nach der Formulierung der Bundesakte stellt sich die Parität als eine objektivrechtliche Verpflichtung der Bundesglieder dar. Doch ist wenig später die individualrechtliche Komponente der Parität hervorgetreten, nachdem in den frühkonstitutionellen Verfassungen die Parität mit der dort gewährleisteten Gewissensfreiheit in Verbindung gebracht worden ist.⁸⁸
- 65** Soweit die Parität als Ausdruck der Gewissensfreiheit verstanden wurde, mußte sie in ihrer Konsequenz über die Freiheit der Landesherren, zwischen den nachreformatorischen Erscheinungsformen der

⁸⁸ Vgl. § 9 Abs. 1 und 2 Verf. Königreich Bayern von 1818; § 27 Verf. Königreich Württemberg von 1819; § II 18 Verf. Großherzogtum Baden von 1818 (o. Fn. 86).

christlichen Religion zu wählen, hinausgehen. Die Affinität zwischen der Parität und individueller Gewissensfreiheit mußte auf die Dauer auch die Einsicht fördern, daß auch nichtchristliche Religionsgemeinschaften wie auch religionsähnliche Gemeinschaften an entsprechenden Freiheitsrechten partizipieren müssen. Die Parität der drei Konfessionen ist auch in die nach der Julirevolution von 1830 entstandenen Verfassungen aufgenommen worden⁸⁹, ebenso in die 1850 in Kraft getretene Preußische Verfassung.⁹⁰ Ein Gesetz des Norddeutschen Bundes⁹¹, das später in das Reichsrecht übernommen worden⁹² ist, hat auch das Problem einer verfassungsgerechten Einordnung der Anhänger außerchristlicher Religionen, insbesondere der jüdischen Religion, zum Bewußtsein gebracht. Auch die Möglichkeit einer Abkehr von jeder der überkommenen Religionen bedurfte einer rechtlichen Bewertung.

2. Rechtspersönlichkeit der Kirchen im staatlichen Recht

Die Verpflichtung der Gliedstaaten des Deutschen Bundes, den drei aus der Reformation hervorgegangenen Konfessionen eine paritätische Behandlung zukommen zu lassen, stellte den gliedstaatlichen Gesetzgeber vor die Aufgabe, Rechtsklarheit darüber herzustellen, welches die Berechtigten oder Verpflichteten aus dem Paritätsgebot sind. Es mußte also erkennbar gemacht werden, welche kirchlichen Einheiten Rechtspersönlichkeit gemäß staatlichem Recht besitzen. Im Hinblick auf die katholische Kirche war es naheliegend, auf die Rechtslage nach kanonischem Recht Bezug zu nehmen, nach welchem jedenfalls die Diözesen Rechtspersönlichkeit besaßen. Die Kirche evangelischer Konfession innerhalb eines Gliedstaates war nicht als rechtlich abgegrenzte Einheit aus der Reformation hervorgegangen. Sie war innerhalb der evangelisch gewordenen Territorien präsent als der Teil der Christenheit, der den reformatorischen Be-

66

⁸⁹ § 29 Verf. Kurhessen von 1831; § 33 Verf. Sachsen von 1831 (abgedruckt bei *Huber*, Dokumente [o. Fn. 86], S. 238 ff., 263 ff.).

⁹⁰ Art. 12 Verf. Preußen von 1850.

⁹¹ Gesetz betreffend die Gleichberechtigung der Konfessionen in bürgerlicher und staatsbürgerlicher Hinsicht vom 3.7.1869, abgedruckt bei *Ernst Rudolf Huber / Wolfgang Huber*, Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert, Bd. 2, 1976, S. 428.

⁹² Zur Weitergeltung der Gesetzgebung des Deutschen Bundes im Reichsrecht siehe *Ernst Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 3, 3. Aufl. 1988, S. 764 f.

kenntnissen des Landes verpflichtet war. Ihre rechtliche Repräsentation hatte sie durch den jeweiligen Landesherrn. Angesichts dessen bestand keine Notwendigkeit – und wohl auch keine Möglichkeit –, besondere organisatorische Vorkehrungen zu treffen oder Kompetenzen zu begründen, um rechtliche Belange des evangelischen Bevölkerungsanteils im Lande zu wahren. Um die Sachgerechtigkeit bei der Wahrnehmung kirchlicher Agenden zu sichern, schien es zu genügen, dem Beratungsorgan des summus episcopus theologisch ausgebildete Mitglieder beizuordnen.

- 67 Weitere Fragen ergaben sich im Zusammenhang mit der rechtlichen Qualifikation der örtlichen Erscheinungsformen der Kirche des Landes. Unter dem Einfluß der Korporationslehre der Aufklärung hat man diesen, zunächst in Preußen durch das Allgemeine Landrecht, die Rechtsform einer rechtsfähigen Korporation zuerkannt, eine Bezeichnung, die sich im Verlauf des 19. Jahrhunderts im staatlichen Recht allgemein durchgesetzt hat und als „Körperschaft des öffentlichen Rechts“ im deutschen Verfassungsrecht der Gegenwart gebräuchlich geworden ist.⁹³ Jene im staatlichen Recht vorgenommene und vom kanonischen Recht abweichende Qualifikation konnte zwar als solche die katholische Kirche nicht beeinträchtigen. Doch sobald von staatlicher Seite verlangt wurde, daß ein die rechtliche Handlungsfähigkeit vermittelndes Organ vorhanden sein müsse, ist jene Folgerung aus der Korporationsqualität von katholischer Seite als Überfremdung empfunden worden. Denn diese verstand sich nicht als „societas aequalis“, als Gemeinschaft von rechtlich gleichgestellten Gliedern, sondern wie der Staat als eine „societas inaequalis“, die durch die Überordnung der Inhaber besonderer Amtsgewalt geprägt ist.⁹⁴ Als aus jener nach katholischer Auffassung verfehlten Qualifikation rechtliche Folgerungen gezogen wurden, etwa indem von staatlicher Seite die Etablierung von Organen der örtlichen Kirchengemeinden gefordert wurde, die die rechtliche Handlungsfähigkeit vermitteln sollte, wie es durch die preußische

⁹³ Dieser Qualifikation liegt eine differenzierte Begriffsgeschichte zugrunde, die mit dem Werk von *Samuel Pufendorf* „De jure naturae et gentium“ ihren Anfang nahm und schließlich für die Kirchen auf örtlicher Ebene und später auch für die protestantischen Partikularkirchen und auch der katholischen Diözesankirchen Verwendung fand, vgl. *Alfred Endrös*, Entstehung und Entwicklung des Begriffs „Körperschaft des öffentlichen Rechts“, 1985, S. 12 ff.; *Hermann Weber*, Die Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts, 1966, S. 46 ff., 51 ff.

⁹⁴ Vgl. *Schlaich*, Kollegialtheorie (o. Fn. 29), S. 85 ff.

Gesetzgebung im Kulturkampf geschah⁹⁵ – und später auch in anderen Ländern⁹⁶ –, mußte dies Widerspruch von Seiten der Kirche hervorrufen.

Ungeachtet der Qualifikation der örtlichen Kirchen blieben die herkömmlichen Träger kirchlicher Belange auf örtlicher Ebene, die Pfarrstiftungen und Pfründenstiftungen, als juristische Personen bestehen. Da diese, wie sämtliche kirchlichen oder weltlichen Zwecken dienende Stiftungen der staatlichen Stiftungsaufsicht unterlagen, ist das Handeln der Kirchen auf örtlicher Ebene in gewissem Umfang staatlicher Beaufsichtigung unterworfen geblieben, was für manche kirchlichen Stiftungen bewirkte, daß das Verfolgen religionsbezogener Zwecke staatlicher Beurteilung ausgesetzt und insoweit von staatlicher Entscheidung abhängig war.

68

3. Kirchengewalt. Verhältnis von staatlichem und kirchlichem Recht

Der neuzeitliche Staat, der seine Hoheitsgewalt aus der Souveränität des Herrschers ableitet, muß dafür Sorge tragen, daß er die Einhaltung des im Lande geltenden Rechts zu kontrollieren und zu überwachen vermag, auch gegenüber dem Klerus und kirchlichen Einrichtungen. Diesem Zweck dient das seit dem späten Mittelalter anerkannte „ius inspectionis“, das in der Epoche des fürstlichen Absolutismus als Ausdruck der Territorialhoheit⁹⁷, bisweilen aber auch als Bestandteil der Gesellschaftsaufsicht des Herrschers⁹⁸ verstanden wurde. Im Einzelnen war der Gehalt jenes Aufsichtsrechts nicht festgelegt. Maßstab war die gesamte öffentliche Ordnung im Lande, so daß auch die Einhaltung kirchlicher Rechtsvorschriften im Wege der Aufsicht überprüft werden konnte. Die Landesherren haben im Zuge ihres Bestrebens, eine lückenlose Beherrschung ihres Territoriums

69

⁹⁵ Preußisches Gesetz über die Vermögensverwaltung in den katholischen Kirchengemeinden vom 20. 6. 1875, abgedruckt bei *Huber / Huber*, Staat und Kirche (o. Fn. 91), Bd. 2, S. 662.

⁹⁶ Württembergisches Katholisches Pfarrgemeindegesezt vom 22. 7. 1906, abgedruckt bei *Huber / Huber*, Staat und Kirche (o. Fn. 91), Bd. 3, 1983, 2. Aufl. 1990, S. 91; Bay. Kirchengemeindeordnung vom 24. 9. 1912, abgedruckt bei *Huber / Huber*, ebd., S. 65. – Zu den diesbezüglichen kirchenpolitischen Auseinandersetzungen in Bayern vgl. *Egon Greipel*, in: Handbuch der Bayerischen Kirchengeschichte, hg. von Walter Brandmüller, Bd. III, 1991, S. 295.

⁹⁷ Vgl. *Schlaich*, Kollegialtheorie (o. Fn. 29), S. 250 ff.

⁹⁸ Vgl. *Schlaich*, ebd., S. 252 ff.

sicherzustellen, das Mittel der Aufsicht genutzt, um auf den Klerus des Landes Einfluß zu gewinnen. Die Kirchengaufsicht ist auf diese Weise ein wesentlicher Faktor für die Entwicklung geworden, die man als frühe Erscheinung des Landeskirchentums gekennzeichnet hat.⁹⁹ Gelegentlich hat man die Kirchengaufsicht mit dem „ius circa sacra“ in Verbindung gebracht. Jedenfalls waren Kirchengaufsicht und staatliche Rechtsetzung im Rahmen des „ius circa sacra“ kennzeichnend für den gesamten Komplex der gegenüber der Kirche geltend gemachten staatlichen Hoheit, von der lediglich die ausschließlich spirituellen Aktivitäten nicht erfaßt waren.

- 70** In den Ländern, in denen wegen des Übergangs zur Reformation die kirchlichen Verhältnisse einer Neuordnung unterworfen werden mußten, erfuhr die landesherrliche Aufsicht begreiflicherweise eine erhebliche Ausweitung. Die Ausübung von Kirchengaufsicht war aber nicht auf die protestantischen Länder beschränkt. Die Fürsten der katholisch gebliebenen Länder haben in dem Bestreben nach Vervollkommen ihrer Herrschaft auf ihre aufsichtlichen Befugnisse zurückgegriffen, um ihre landeshoheitlichen Eingriffsbefugnisse zu stärken, vor allem gegenüber den Klöstern.¹⁰⁰
- 71** Die Wahrnehmung der Kirchengaufsicht erfolgte in der frühen Neuzeit vornehmlich im Wege der Visitation. Die rechtlichen Maßnahmen die im Rahmen der Aufsicht ergriffen werden konnten, waren nicht strikt festgelegt. Doch wurden schließlich zwei spezielle Erscheinungsformen der Kirchengaufsicht üblich:
- 72** Der „recursus ab abusu“ eröffnete die Möglichkeit, den Landesherrn mit dem Vorbringen anzurufen, eine kirchliche Maßnahme verstoße gegen das geltende Recht, sei es weltliches oder auch kirchliches Recht. Im „recursus ab abusu“ sah man ein Mittel, durch das der weltliche Herrscher die Einwohner vor kirchlicher Willkür schützen konnte. Noch in der Phase des Frühkonstitutionalismus war der „recursus ab abusu“ in einigen gliedstaatlichen Verfassungen des Deutschen Bundes ausdrücklich vorgesehen worden. Mit der Anwendung war man aber zögerlich, weil sich zusehends die Einsicht Bahn brach, daß angesichts des angenommenen Vorrangs das staatliche Recht gegen widerstreitendes kirchliches Recht auch ohne ein besonderes Aufsichtsmittel durchgesetzt werden könne, während ein Streit

⁹⁹ Vgl. *Feine*, Rechtsgeschichte (o. Fn. 8), S. 489 ff.

¹⁰⁰ Zu den intensiven landesherrlichen Aufsichtsmaßnahmen in Österreich und Bayern, die vielfach durch päpstliche Privilegien gedeckt waren, vgl. die Darstellung bei *Friedberg*, Gränzen (o. Fn. 76), S. 110 ff., 185 ff.

über ein ausschließlich geistliches Handeln nicht als geeigneter Gegenstand staatlicher Aufsicht angesehen wurde.

Das „*placet regium*“ ist die vom Herrscher erteilte Erlaubnis, daß eine kirchliche Rechtsvorschrift im Herrschaftsgebiet angewendet werden darf. Es ist gewissermaßen Mittel einer vorbeugenden Aufsicht. Das Erfordernis eines *Placet* bedeutet also, daß eine kirchliche Rechtsvorschrift ohne Erteilung jenes *Placet* keine Geltung entfaltet.¹⁰¹ Es erweist sich damit als ein Verfahren mit dem Ziel, staatliches Recht und kirchliches Recht zu harmonisieren, wobei allerdings die Harmonie staatlicherseits erzwungen wird. Bereiche von Kollision, in denen sowohl von kirchlicher Seite wie von staatlicher Seite eine Regelungskompetenz in Anspruch genommen wurde, hat es in der Neuzeit in unterschiedlichen Materien gegeben, vor allem im Eherecht, im Feiertagsrecht, im Hinblick auf kirchliche Abgaben und Sammlungen, hinsichtlich der Wehrpflicht von Geistlichen, im Schulrecht, im Ordensrecht, im Bestattungsrecht, im Recht der Juristischen Personen, im Recht der geistlichen Sachen und hinsichtlich religiöser Handlungen außerhalb von Kirchengebäuden. An der Vorstellung eines das staatliche wie das kirchliche Recht erfassenden „*ius utrumque*“ hat man durchaus festgehalten, ist aber auf staatlicher Seite davon ausgegangen, daß in den Materien des „*ius circa sacra*“ die Rechtslage nach den staatlichen Vorschriften zu beurteilen sei.

Die Frage, ob ein Widerspruch zwischen dem Inhalt einer kirchlichen mit dem einer staatlichen Vorschrift ohne Reaktion hingenommen werden könne, oder ob ein Akt der Rechtsvernichtung erfolgen müsse, ist als Problem in Erscheinung getreten, hat aber keine eindeutige Beantwortung erfahren. Man hat vereinzelt eine ausdrückliche Erklärung der Ungültigkeit einer als rechtswidrig erachteten kirchlichen Vorschrift von staatlicher Seite für erforderlich gehalten. Es hat sich aber auch die Einsicht eingestellt, daß Gegenstand staatlicher Aufsicht allenfalls tatsächliches Handeln in Vollzug kirchlichen Rechts sein könne, das staatlichem Recht zuwiderläuft. So ist es zu erklären, daß im Verlauf des 19. Jahrhunderts in den deutschen Territorialstaaten die Tendenz festzustellen ist, die Praxis der Aufsicht gegenüber den Kirchen zu reduzieren und vom Gebrauch der klassischen Aufsichtsmittel des *Placet* und des „*recursus ab abusu*“ Abstand zu nehmen.¹⁰² Auch in Preußen hat man durch die Verfas-

¹⁰¹ Vgl. oben Rn. 36.

¹⁰² Vgl. im einzelnen *Godehard Josef Ebers*, Staat und Kirche im neuen Deutschland, 1930, S. 72 ff.

sung von 1850 ausdrücklich auf das Placet verzichtet.¹⁰³ Es ist aber auch verständlich, daß im Zusammenhang mit Konfliktsituation zwischen Staat und katholischer Kirche der Rückgriff auf jene klassischen Aufsichtsmittel wieder in Erwägung gezogen wurde und daß es auch zu staatlichen Reaktionen auf die Nichtbeachtung staatlichen Rechts gekommen ist, etwa bei der staatlichen Ämterbesetzung, und auch zu entsprechenden Akten wie Amtsenthebungen.¹⁰⁴

75 Freilich sind kirchliche Rechtsvorschriften auch dann Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung, wenn sie aufgrund einer staatlichen Ermächtigung erlassen oder im Wege der Rezeption in jene übernommen worden sind.

76 Die Tendenz zur Ausklammerung der Kirchengaufsicht aus dem staatlichen Aufgabenkreis im 20. Jahrhundert wurde durch die späteren Bemühungen um eine systematische Klärung von Begriff und Erscheinung der Staatsaufsicht gefördert. Gegenüber dem früheren, wenig spezifischen Verständnis von Staatsaufsicht setzte sich ein prägnantes Verständnis durch, nach welchem sich der Begriff Aufsicht in der hoheitlichen Organisation allein auf die Einhaltung eines von staatlicher Seite gesetzten normativen Maßstabs richtet¹⁰⁵, wobei sowohl die Aufhebung der rechtswidrigen Gestaltung wie auch positive Anordnungen zur Herstellung rechtmäßiger Zustände als Mittel der Aufsicht in Betracht kommen.

77 Als ein Zeichen einer Konzession von staatlicher Seite an eine vom staatlichen Recht abweichende kirchliche Rechtsgestaltung kann in der Formulierung des § 1588 BGB gesehen werden, der die Klarstellung enthält, daß die im staatlichen Recht enthaltenen vollständigen Voraussetzungen einer wirksamen Eheschließung nicht die Erfüllung etwaiger weiterer Bedingungen beeinträchtigt, die das kirchliche Recht enthält. Damit ist immerhin ausgesprochen, daß kirchliche Anforderungen im Hinblick auf die Eheschließung trotz der vom Staat in Anspruch genommenen Kompetenz zur Regelung des Eheschließungsrechts für diesen kein Anlaß zu kassatorischen Maßnahmen sein können. Das Verbot, den kirchlichen Akt der Eheschließung zeitlich vor dem entsprechenden staatlichen Akt vorzunehmen, hat

¹⁰³ Art. 16 II – Diese Entscheidung ist teilweise auf erhebliche Kritik gestoßen, insbesondere durch *Friedberg*, Gräzen (o. Fn. 76), S. 799 ff.

¹⁰⁴ Zu entsprechenden Maßnahmen der preußischen Regierung im Zusammenhang mit dem Kölner Kirchenstreit und im Kulturkampf vgl. unten Rn. 92–98.

¹⁰⁵ Bahnbrechend wirkte die Darstellung bei *Heinrich Triepel*, Die Reichsaufsicht, 1917, S. 120 ff.

man lediglich als Modalität im Hinblick auf den Zeitpunkt der kirchlichen Trauung verstanden. Es ist erst im Jahr 2009 entfallen.¹⁰⁶ Damit stehen der Akt der kirchlichen und der Akt der staatlichen Eheschließung, obwohl beide den gleichen Lebensvorgang betreffen, beziehungslos nebeneinander. Die Vornahme einer kirchlichen Eheschließung hat für die staatliche Rechtsordnung keine Relevanz.

4. Kirchenfinanzierung

In der Epoche, in der sich die prägenden Elemente und Postulate des Verfassungsstaates allmählich Geltung verschafft haben, ist auch die Finanzierung der Kirchen als ein Thema des Staatskirchenrechts stärker in den Vordergrund getreten. Die Säkularisationen zu Ende des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts hatten sich regional unterschiedlich ausgewirkt. Sie haben nicht unmittelbar zu einer prinzipiellen Veränderung der kirchlichen Einnahmequellen geführt, haben aber den Hintergrund und das Motiv für vertragliche Vereinbarungen abgegeben, die staatliche Leistungen an Kirchen vorsahen, vornehmlich an die katholische Kirche, soweit einem Staat Gewinne durch die Säkularisation entstanden sind. Solche Leistungen waren zweckbestimmt und dienten vor allem zur Bestreitung kirchenleitender Aufgaben. Unverändert war das Vermögen der ortskirchlichen Stiftungen erhalten geblieben, das die herkömmliche Finanzierungsquelle für die ortskirchlichen Bedürfnisse war, einschließlich des Aufwands von Geistlichen und Hilfspersonen.

Für die Weiterentwicklung der finanziellen Beziehungen von Staat und Kirchen war die Einsicht wesentlich, daß das Streben nach erneuten Säkularisationen nicht mehr ernsthaft in Betracht zu ziehen war, weil die Säkularisation in Form einer zwangsweisen Beseitigung der bisherigen kirchlichen Zweckbestimmung ihrer Art nach für jeden Vermögensgegenstand nur ein einziges Mal zu realisieren ist. Die Abkehr von der Politik, Vermögensmassen, die vorgeblich nicht ver-

¹⁰⁶ Durch das Gesetz zur Änderung des Personenstandsgesetzes vom 1.1.2009 wurden die §§ 67, 67a, die die sogenannte Voraustrauung pönalisierte, aufgehoben. Es ist daher den Kirchen frei gestellt, Trauungen ohne vorherige standesamtliche Eheschließung vorzunehmen. Diese können freilich durch entsprechende kirchliche Vorschriften ihren Amtsträgern Trauungshandlungen ohne vorherige weltliche Eheschließung untersagen. Vgl. hierzu *Hans Michael Heinig*, Neuere Entwicklungen im Eherecht an der Schnittfläche von staatlicher und kirchlicher Rechtsordnung, in: ZevKR 55 (2010), S. 20 (23 ff., 36 ff.).

nunftgerechten Zwecken dienen, dem Staatsvermögen zuzuschlagen, wird in verschiedenen konstitutionellen Verfassungen eindeutig bekundet durch ausdrückliche Verbote künftiger Säkularisationen.¹⁰⁷ Es ist aber erkennbar geworden, daß die den Kirchen verbliebenen Einnahmequellen wenig ertragreich und kaum ausreichend sein würden, um diese auf die Dauer zur Wahrnehmung der ihrem Wesen entsprechenden Aufgaben zu befähigen. Eine staatliche Gewährleistungspflicht für den kirchlichen Finanzbedarf wurde auch mit dem durch die Reformation bedingten Anfall kirchlichen Vermögens an die Territorialstaaten begründet. Es mußte darum der Gedanke aufkommen, die Kirchen mit einem gewissen Prozentsatz an den Steuerquellen zu beteiligen, die dem Staat als Inhaber des Steuermonopols zu alleiniger Nutzung zur Verfügung standen.¹⁰⁸ Auf diese Weise konnte es der Staat den Kirchen ersparen, auf die typisch privatrechtlichen Formen einer Beitragserhebung zurückzugreifen. Mit der vom staatlichen Gesetzgeber autorisierten und vom Verfassungsgeber gedeckten Besteuerung im Interesse der Kirchen gibt der Staat zu erkennen, daß die wirtschaftliche Existenzmöglichkeit von Religionsgemeinschaften nicht als für das Gemeinwohl irrelevanter Umstand ignoriert werden kann.

- 80 Die Einführung einer Kirchensteuer mit dem Ziele, den Kirchen eine den gewandelten Verhältnissen entsprechende Einnahmequelle zu verschaffen, hat sich als Entscheidung von erheblicher Tragweite erwiesen, nicht nur wegen ihrer Bedeutung für die Entwicklung des kirchlichen Finanzwesens. Sie hat auch das Staatskirchenrecht um einen Sektor besonders gestalteter Beziehungen bereichert und gleichzeitig kompliziert, indem es dem kirchlichen Handeln im Bereich der Abgabenerhebung den Charakter eines Handelns in Vollzug staatlicher Gesetze und kraft der vom Staat ausgehenden Hoheitsgewalt vermittelt hat. Die Kirchensteuererhebung ist infolgedessen in Deutschland ein Rechtsakt, der sowohl die staatliche Rechtsordnung wie auch die kirchliche Rechtsordnung berührt, weil er einen Akt staatlicher Gesetzgebung voraussetzt, aber auch eine kirchliche Entscheidung erforderlich macht, damit die Verpflichtung zur Leistung

¹⁰⁷ Titel IV § 10 Verf. Königreich Bayern von 1818; § 20 Verf. Großherzogtum Baden von 1818; § 70 Verf. Königreich Württemberg von 1819 (o. Fn. 86); § 138 Verf. Kurhessen von 1831 (o. Fn. 88).

¹⁰⁸ Zur Motivierung der Kirchensteuer in der Zeit ihrer allmählichen Entstehung vgl. *v. Campenhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 108), S. 226 ff.; *Wolfgang Huber*, Die Kirchensteuer als „Wirtschaftliches Grundrecht“, in: *Die Finanzen der Kirche*, hg. von Wolfgang Lienemann, 1989, S. 130–154.

der Kirchensteuer ausgesprochen werden kann.¹⁰⁹ Der Akt der Kirchensteuererhebung ist darum vor staatlichen Gerichten anfechtbar.

5. Selbstverwaltungsrecht der Kirchen

Zu den Themen staatskirchenrechtlicher Art, die im 19. Jahrhundert in die Staatsverfassungen Eingang fanden, ist die Garantie der Selbstverwaltung der Kirchen getreten. Ein Recht der Kirche zur Selbstverwaltung ist das erste Mal ausdrücklich in der von der Frankfurter Nationalversammlung beschlossenen Reichsverfassung formuliert worden. Zwar ist diese Verfassung nicht in Kraft getreten. Doch ist der entscheidende Satz „Jede Religionsgesellschaft verwaltet ihre eigenen Angelegenheiten selbständig“ wenig später in die Preußische Verfassung von 1850 übernommen worden¹¹⁰ – eine Formulierung, auf die man später bei der Fassung des Artikels über die Selbstverwaltung in der Weimarer Reichsverfassung zurückgegriffen hat, die dann in das Grundgesetz der Bundesrepublik übernommen worden ist.¹¹¹

Das Postulat einer rechtlich gesicherten Unabhängigkeit der Kirchen gegenüber den jeweiligen Repräsentanten der weltlichen Gewalt ist freilich älter und auch in der Zeit der Staatskirchenhoheit nicht in jeder Hinsicht ignoriert worden. Insbesondere die katholische Kirche war in einem gewissen Umfang gegen einen Zugriff auf ihre Entscheidungsfreiheit in ihrem spezifischen Handlungsbereich durch den Umstand geschützt, daß sie auf die Kodifikation ihres Rechts im Corpus Iuris Canonici verweisen konnte, welches als Bestandteil des Gemeinen Rechts innerhalb des Reiches Geltung besaß. Das Bedürfnis nach Sicherung ihrer Freiheit zur Wahrnehmung ihrer spezifischen Aufgaben entstand daher nicht im Hinblick auf die institutionelle Seite der Kirche, aber umso mehr im Hinblick auf die

¹⁰⁹ Zur Konstruktion der Kirchensteuererhebung vgl. *Felix Hammer*, → § 72; vgl. ferner *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 108), S. 229 ff. – Zur gegenwärtigen Ausgestaltung der Kirchensteuer im staatlichen Recht vgl. *Heiner Marré*, Die Kirchenfinanzierung in Kirchen und Staat der Gegenwart, 4. Aufl. 2006, S. 74, S. 81; *Christian Meyer*, Das geltende Kirchensteuerrecht im Bereich der evangelischen Kirche in Deutschland, in: Die Finanzen der Kirche (o. Fn. 108), S. 174–249.

¹¹⁰ § 147 Reichsverfassung von 1848; Art. 15 Preußische Verfassung von 1850. Dort wurde das Selbstverwaltungsrecht ausdrücklich auf die evangelische und katholische Kirche beschränkt.

¹¹¹ Art. 140 GG / Art. 137 Abs. 3 WRV.

hergebrachte kirchliche Tätigkeit. Denn in der Phase des fürstlichen Absolutismus hatte der staatliche Gesetzgeber seine Kompetenz auf wesentliche Teile des kirchlichen Handlungsfelds erstreckt und unter Berufung auf sein „*ius circa sacra*“ vorrangige Geltung beansprucht.

83 In den protestantischen Ländern ist angesichts des niemals rechtlich eindeutig bestimmten Gehalts der Befugnis des Landesherrn als *summus episcopus* eine Ungewißheit geblieben, inwieweit dieser wilens und in der Lage sein werde, die spirituelle Seite seines kirchenleitenden Amts im Sinne des reformatorischen Bekenntnisses wahrzunehmen. Das organisatorische Mittel, um eine dem geistlichen Auftrag gerecht werdende Ausübung zu gewährleisten, bestand darin, entsprechende sachkundige Mitglieder für die Bewältigung kirchlicher Belange heranzuziehen. Es wurde üblich, für die landesherrlichen Kollegialbehörden, die mit den unmittelbar geistlichen Angelegenheiten befaßt waren, meist Konsistorien genannt, stets auch einzelne Theologen als ständige Mitglieder vorzusehen.¹¹² Die Zusammensetzung und die Kompetenzen der Konsistorien waren vielgestaltig und häufigem Wechsel unterworfen. Auch die Aufteilung der kirchlichen Angelegenheiten in solche des „*ius circa sacra*“ und solche des „*ius in sacra*“ hat gelegentlich als Maßstab gedient. Man kann die „geistliche Bank“ in den Konsistorien durchaus als Ansatz eines rechtlichen Schutzes der „*spiritualia*“ vor der Überfremdung durch eine einseitig säkulare Zwecksetzung bewerten.¹¹³ Die wesentliche Voraussetzung für die Sicherung der geistlichen Belange blieb freilich die Einsicht und die sittliche Qualität des jeweiligen Landesherrn.

84 Eine Vorstufe zu einem staatlicherseits zugestandenem Recht auf Selbständigkeit bei der Wahrnehmung der kirchlichen Agenden kann man auch im Entstehen des Synodalwesens im 19. Jahrhundert sehen. Die Realisierung der entsprechenden Ideen und Postulate war freilich in Deutschland von Komplikationen erschwert. Die damals entstandenen Synoden haben zwei unterschiedliche geschichtliche Wurzeln. In Süddeutschland sind die Synoden aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts mehr oder weniger deutlich vom Vorbild des Konstitutionalismus im staatlichen Bereich beeinflusst. Sie hatten nicht

¹¹² Einen Überblick über die mannigfache Gestaltung der Konsistorien vermittelt *Johannes Victor Bredt*, *Neues evangelisches Kirchenrecht in Preußen*, Bd. 1, 1921, S. 23, S. 322 ff.

¹¹³ Zum Prozeß einer sich verstärkenden Selbstverwaltung siehe den Beitrag von *Heinrich de Wall*, *Die Verselbständigung der evangelischen Konsistorien* (o. Fn. 85), S. 151–169.

die Eigenschaft von Organen der Kirche als solcher und waren nicht in die Kirchenleitung einbezogen, die beim Landesherrn und dem Konsistorium verblieben ist. Doch trugen sie dazu bei, daß die evangelischen Kirchen des Landes als personale Gemeinschaften der evangelischen Gläubigen wahrnehmbar geworden sind. Sie konnten die Belange des evangelischen Bevölkerungsteils außerhalb der Verkündigung und des Bekenntnisses gegenüber der Öffentlichkeit und auch gegenüber der Kirchenleitung artikulieren. Sie waren aber nicht zu Entscheidungen mit Außenwirkung befähigt.¹¹⁴ Es war naheliegend, an die vorhandene Institution der Synoden anzuknüpfen, als nach dem Wegfall des landesherrlichen Summepiskopats eine kirchliche Verfassungsgebung notwendig wurde.¹¹⁵

Im westlichen Teil Preußens ist eine Synodaltradition anderer Art in Erscheinung getreten. Dort hatte es in einzelnen Landesteilen einen *summus episcopus* nicht gegeben, aber in Gebieten ohne einen protestantischen Landesherrn war das calvinistische Konzept einer auf dem Presbyteramt beruhenden Ämtersynode geläufig. Dieses wurde im Rahmen der Diskussion um die einzurichtende Synode wiederbelebt. Es war deshalb in Preußen unvermeidlich, für die östlichen und westlichen Landesteile jeweils unterschiedliche Modelle zum Ausgangspunkt zu nehmen. In der Rheinisch-Westfälischen Kirchenordnung von 1835 folgte man dem Prinzip einer Ämtersynode, während man für die Synodalverfassung der östlichen Landesteile Geistliche und Laien gewissermaßen als die zwei Stände der Kirche aufgefaßt hat und daher die Synoden als Repräsentation von Geistlichkeit und Laien konzipiert hat und nicht als Organ der Kirchenleitung. Unberührt von der Etablierung der Synoden blieb der landesherrliche Summepiskopat. Alle Entscheidungen der Synoden bedurften für ihre Wirksamkeit der Entscheidung des Landesherrn als Kirchenoberhaupt.¹¹⁶ Weil in Preußen die Verfassung aus dem Jahr 1850 – wie auch in anderen Ländern – das Selbstverwaltungsrecht der Kirchen in eigenen Angelegenheiten ausdrücklich gewährleistete, mußten die Genehmigung der Kirchenverfassung und spätere kirchenleitende Entscheidungen als Handeln der Kirche durch den

85

¹¹⁴ Zum Entstehen der evangelischen Synoden in der Epoche des Konstitutionalismus vgl. *Klaus Schlaich*, Synode, in: *EvStL*³, Sp. 3571 (3574).

¹¹⁵ Zum Synodalwesen in der evangelischen Kirche im rechtsrheinischen Bayern vgl. *Harmut Böttcher*, Die Entstehung der evangelischen Landeskirche in Bayern (1806–1918), in: *Die Geschichte der evangelischen Kirche in Bayern*, hg. von Gerhard Müller / Horst Weigelt / Wolfgang Zorn, Bd. II, 2000, S. 1–29.

¹¹⁶ Vgl. *Link*, *Kirchliche Rechtsgeschichte* (o. Fn. 8), § 21, Rn. 8 ff.

summus episcopus eingeordnet werden, nicht aber als Handeln eines Staatsorgans gegenüber der Kirche.

- 86 Das Postulat einer eigentlichen Selbstverwaltung der Kirchen ließ sich in den deutschen Gliedstaaten in der Epoche der konstitutionellen Monarchie infolge der Stellung des souveränen Fürsten als Kirchenoberhaupt im Grunde genommen überhaupt nicht glaubhaft realisieren. Eine wirkliche Unabhängigkeit der Kirche vom Staat setzt bei Wahrnehmung ihres spezifischen Auftrags voraus, daß Staat und Kirche zwei voneinander gesonderte Rechtspersonen sind. Eine kirchliche Entscheidung, die ihre Wirksamkeit erst durch die Sanktion von Seiten des Landesherrn erhält, ist im Grund genommen keine rechtsgestaltende Handlung, sondern nur ein innerkirchlicher Vorgang. Eine Selbstverwaltung mit Sanktionsvorbehalt beeinträchtigt von vornherein die freie Entscheidungsbildung und die Eigenverantwortung der handelnden Behörde.¹¹⁷

6. Individuelles Recht auf Religionsausübung

- 87 Zu Beginn der Neuzeit blieb das Staatskirchenrecht auf Gegenstände beschränkt, die das Handeln und die Rechtsverhältnisse der Kirchen und Konfessionen samt deren Amtsträger betrafen. Seit dem 18. Jahrhundert hat man in verstärktem Maße auch der Religiosität des einzelnen Menschen Aufmerksamkeit geschenkt. Die einschlägige Sachproblematik wurde in der staatstheoretischen Literatur und später auch in Gesetzestexten durch den Begriff „Gewissensfreiheit“ angesprochen. Der Begriff Gewissen ist schon in philosophischen Traktaten aus antiker Zeit geläufig zur Bezeichnung einer unkörperlichen Sphäre der Menschen, die ein wesentliches Merkmal für die individuelle Identität ist.¹¹⁸ *Martin Luther* hat die Bedeutung bewußt gemacht, die dem Gewissen bei einer Konfrontation des einzelnen Menschen mit hoheitlicher Macht zukommt. Für die rechtliche Bewältigung der durch die Reformation ausgelösten Probleme stand die Sicherung der Gewissensfreiheit des Einzelnen noch nicht im Vordergrund, sondern eher die freie Predigt des Evangeliums, die das

¹¹⁷ Vgl. die fundamentale Kritik an der Theorie einer doppelten Funktion des Landesherrn im fortbestehenden System des landesherrlichen Kirchenregiments durch *Karl Rieker*, Die rechtliche Stellung der evangelischen Kirche Deutschlands, 1893, S. 468 ff.

¹¹⁸ Zu den unterschiedlichen Aspekten und Konnotationen des Begriffs Gewissen vgl. *Wilfried Härle*, Gewissen, in: *EvStl*³, Sp. 1144 ff.

Gewissen des Einzelnen gegenüber Gott von Belastungen frei machen konnte. In den reichsrechtlichen Entscheidungen aus den Jahren 1555 und 1648 ist die individuelle Freiheit nur indirekt in Erscheinung getreten. Das Prinzip der konfessionellen Geschlossenheit hat man nicht zugunsten konfessioneller Vielfalt gemäß persönlicher Entscheidung der Einzelnen preisgegeben. Man konnte freilich nicht umhin, entsprechend den realen Umständen konfessionell dissidenten Gruppen ein Auswanderungsrecht zuzubilligen, das aber nicht als Individualrecht konzipiert war. Das später gewährte Recht konfessioneller Minderheiten auf Verbleiben im Lande, vornehmlich durch die Festlegung eines Normaljahres, war keine Konzession an individuelle Religiosität, sondern eine Berechtigung zur Wahrung des einmal gewonnenen Status.¹¹⁹ Es traten gewissermaßen zwei gegensätzliche Zielsetzungen miteinander in Konkurrenz, nämlich auf der einen Seite das Streben, die konfessionelle Homogenität zu wahren, auf der anderen Seite der Wunsch, das Konfliktpotential zu vermeiden, das mit einer im Lande vorhandenen, aber nicht legalisierten konfessionellen Minderheit verbunden gewesen wäre.

Demgegenüber ist es mit dem Aufkommen und dem Anwachsen einer naturrechtlichen Argumentation für die Erklärung staatlicher Ordnung zu einer grundsätzlich anderen und positiven Bewertung des individuellen religiösen Empfindens gekommen, für das der Begriff Gewissen gebräuchlich geworden ist. In der Staatslehre steht der Begriff Gewissen für die gesamte geistige Sphäre des Menschen, die ihrer Art nach als staatsfrei garantiert sein muß und daher jeder Gemeinschaftsbildung vorausliegt. Angesichts der noch zu Beginn der Aufklärungsphase vorwaltenden Vorstellung von einer umfassenden und unbegrenzten Vollmacht des Souveräns gewann die Gewissensfreiheit zunächst die Bedeutung eines Postulats, das die entscheidende Grenze jeder Staatsmacht bezeichnet und das die früheren Hinweise auf „leges fundamentales“ und religiös abgeleitete Herrscherpflichten weitgehend in den Hintergrund treten ließ.¹²⁰ Sobald die Gewissensfreiheit Eingang in die Reflexionen über die Staatsgewalt gefunden hatte, ist auch ihre Eigenschaft als vorstaatliches Menschenrecht bewußt geworden und hat mit dem Postulat der Denkfreiheit, Religionsfreiheit und Meinungsfreiheit eine ideelle Einheit gebildet, so daß sie sich gewissermaßen als die immaterielle Komponente der Menschenrechte darstellte.

88

¹¹⁹ Zur mittelbar individualrechtlichen Wirkung jener reichsrechtlichen Entscheidungen vgl. *Heckel*, Staat und Kirche (o. Fn. 27), S. 167 ff.

¹²⁰ *Hahn*, Staat und Kirche (o. Fn. 30), S. 221 ff.

89 Das Verdienst, den Gewissensbereich als Schutzgut positivrechtlich thematisiert zu haben, gebührt den Verfassern des Preußischen Allgemeinen Landrechts. Dieses hat mit seinem grundlegenden Verbot, den „Glauben und inneren Gottesdienst zum Gegenstand von Zwangsgesetzen zu machen“¹²¹, unausgesprochen dem qualitativen Unterschied von staatlichem Recht und kirchlichem Recht Ausdruck verliehen, der durch die Vorstellung eines „ius utrumque“ partiell verdeckt gewesen war.

90 Die Vorstellung, daß die elementaren Grundrechte unverzichtbare Bestandteile einer fortschrittlichen Rechtsordnung sind, hat sich in Deutschland in der Phase des Konstitutionalismus weithin durchgesetzt. In den damals entstehenden Verfassungen einzelner Gliedstaaten aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts findet sich jeweils ein Abschnitt über die Rechte der Bürger.¹²² Die Gewissensfreiheit wird ausdrücklich neben der Glaubensfreiheit benannt und sichert die Existenzmöglichkeit von Religionen außerhalb der bisherigen Konfessionskirchen. In den in einer etwas späteren Phase, nach der Pariser Julirevolution von 1830, entstandenen Verfassungen wird auch die Frage nach den Grenzen der Gewissensfreiheit thematisiert, indem ausdrücklich hervorgehoben wird, daß die Glaubens- oder Gewissensfreiheit keine Berechtigung gibt, sich den rechtlich angeordneten Verpflichtungen zu entziehen.¹²³ Das Rangverhältnis von verfassungsmäßig garantierten Grundrechten und Gesetzgebung wird nicht zum Gegenstand von grundsätzlichen Überlegungen gemacht. Die Funktion der Grundrechte als einer geschützten individuellen Sphäre wird zwar vorausgesetzt. Im Vordergrund stand aber die Bedeutung der Grundrechte als eines von der Staatsmacht selbst gewährten Schutzes gegen Willkürherrschaft. Doch waren die rechtliche Wirkung und die Funktion der Grundrechte in der Zeit der konstitutionellen Monarchie noch weithin offene Fragen.¹²⁴

¹²¹ § 1 II 11 ALR: „Der Begriff der Einwohner des Staates von Gott und göttlichen Dingen, der Glaube und der innere Gottesdienst können kein Gegenstand von Zwangsgesetzen sein.“; § 2 II 11: „Jedem Einwohner muß eine volle Glaubens- und Gewissensfreiheit gestattet sein.“

¹²² Vgl. die Texte der Verfassungen für das Königreich Bayern von 1818, für das Großherzogtum Baden von 1818, für das Königreich Württemberg von 1819 (o. Fn. 86).

¹²³ So die Verfassung für Kurhessen von 1831 (o. Fn. 88) und die von Braunschweig von 1832.

¹²⁴ Vgl. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 100 ff.; Rainer Wahl, in: HStR³, Bd. I, 2003, § 2, Rn. 36, 39 ff.

7. Politische Konflikte zwischen Staat und Kirche im 19. Jahrhundert

Gerade im 19. Jahrhundert haben sich im Hinblick auf die Beziehungen zwischen Staat und Kirche gravierende Konflikte ergeben, vor allem zu Themen, für die in der Vergangenheit keine eindeutigen und konsensualen Lösungen gefunden werden konnten. Das latente Konfliktpotential trat in Erscheinung, indem der staatliche Gesetzgeber sich des Umfangs seiner aus der Souveränität abgeleiteten Gestaltungsfähigkeit bewußt wurde und dabei in den bisher den Kirchen, vornehmlich der katholischen Kirche, überlassenen Regelungsbereich eingegriffen hat.

91

a) Konflikte in Bezug auf die Gesetzgebungskompetenz

Seit dem Mittelalter hat die Kirche verbindliche Regeln für sämtliche Bereiche der Ehe entwickelt. Einzelne Staaten haben in der Neuzeit ein selbständiges Eherecht kodifiziert, teilweise unter weitgehender Übernahme der Regelungen des katholischen Eherechts, teilweise in sachlicher Unabhängigkeit hiervon, insbesondere hinsichtlich der Eheschließungsform und der zur Vornahme der Eheschließung zuständigen Behörde. Eine neuartige Situation stellte sich seit Ende des 18. Jahrhunderts ein, weil für einzelne Staaten durch Veränderung der Landesgrenzen vermehrt Gebiete mit konfessionell gemischter Bevölkerung entstanden sind. Es kam infolgedessen auch zu Ehen zwischen Partnern unterschiedlicher Konfession. Sogenannte Mischehen waren unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, auch gemäß katholischem Kirchenrecht. Einer Klärung bedurfte freilich die Frage, welcher Konfession die Kinder aus solchen Ehen angehören. In diesem Zusammenhang trat ein Kompetenzkonflikt zwischen staatlichem und kirchlichem Gesetzgeber zutage. Das tridentinische Kirchenrecht enthielt die Regelung, daß Kinder aus Mischehen zu taufen und katholisch zu erziehen seien. In evangelischen Staaten war man weitgehend der Auffassung, daß diese Frage vom weltlichen Gesetzgeber zu regeln sei. Das preußische Allgemeine Landrecht hatte eine vom kanonischen Recht deutlich abweichende, inhaltlich freilich recht problematische Regelung getroffen.¹²⁵ Die

92

¹²⁵ § 76 II 2 ALR: „Sind die Aeltern verschiedenen Glaubensbekenntnissen zugethan, so müssen bis nach zurückgelegten vierzehnten Jahre die Söhne in der Religion des Vaters, die Töchter aber in dem Glaubensbekenntnis

Auseinandersetzung über jenen Gegenstande zog sich über einen längeren Zeitraum hin, seitdem durch den preußischen Gebietszuwachs infolge des Wiener Kongresses im Jahre 1815 zahlreiche Gebiete mit katholischer Bevölkerung, insbesondere in der Rheinprovinz und in Westfalen, in das preußische Staatsgebiet einverleibt worden waren.¹²⁶ Die Konfrontation verschärfte sich trotz verschiedener Ausgleichsversuche zwischen Staat und Episkopat so sehr, daß schließlich von staatlicher Seite die Amtsenthebung des Kölner Erzbischofs und dessen Verhaftung verfügt worden ist.

- 93 Zu einer bis heute noch nachwirkenden Konfrontation zwischen dem neu entstandenen deutschen Nationalstaat und der katholischen Kirche kam es in den Jahren nach der Reichsgründung von 1871 in Gestalt des sogenannten Kulturkampfes. Dieser Begriff hat sich zur Bezeichnung des Bündels an staatlichen Maßnahmen eingebürgert, die das Reich und in geringerem Umfang auch das Land Preußen und einzelne Gliedstaaten in der Absicht ergriffen haben, die Handlungsmöglichkeiten und den Einfluß der katholischen Kirche zu beschneiden.¹²⁷ Der Grund eines derart zielgerichteten Vorgehens war nicht eigentlich eine religions- oder konfessionsfeindliche Haltung, sondern die Annahme, die katholische Kirche könne kraft ihrer Autorität bei einigen Teilen der Bevölkerung die Loyalität gegenüber dem Reich untergraben und auf solche Weise die eben erzielte Verbindung der Länder zu einem Nationalstaat gefährden. Eine Sorge dieser Art wurde zusätzlich genährt durch das im Jahre 1871 vom Vatikanischen Konzil beschlossene Dekret über die Unfehlbarkeit des Papstes in Fragen des Glaubens und der Sittenlehre. Man hat in Verkennung des wirklichen Gehalts jener dem Papst zuerkannten Position eines Inhabers des obersten Lehramts die Befürchtung gehabt, dieser könne die Gläubigen zum Ungehorsam gegen die staatliche Autorität animieren.

der Mutter unterrichtet werden.“ Ebenso für den Fall einer fehlenden Eini-
gung der Ehegatten: Bayerisches Religionsedikt vom 26. 3. 1818 Art. 12–14.

¹²⁶ Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung des sogenannten Mischehenstreites bei *Huber*, Verfassungsgeschichte (o. Fn. 92), Bd. 2, 3. Aufl. 1988, S. 185–268 (mit Literaturangaben); speziell zu den „Kölner Wirren“ der Jahre 1836–1841: *Heinrich Schrörs*, Die Kölner Wirren (1837), 1927; *Friedrich Keinemann*, Das Kölner Ereignis, sein Widerhall in der Rheinprovinz und in Westfalen, 2 Bde., 1974.

¹²⁷ Zum Kulturkampf und seinen einzelnen Stadien und unterschiedlichen Maßnahmen vgl. unter den zahlreichen Darstellungen insbesondere *Huber*, Verfassungsgeschichte (o. Fn. 92), Bd. 4, 2. Aufl. 1982, S. 645–831; *Johannes B. Kißling*, Geschichte des Kulturkampfes im Deutschen Reich, Bd. 3, 1911–1916.

Die getroffenen Maßnahmen bestanden in Eingriffen in die kirchliche Ämterhoheit, indem die Stellenbesetzung staatlicher Genehmigung unterworfen wurde, auf die qualitativen Voraussetzungen für die Übertragung eines kirchlichen Amtes Einfluß genommen wurde, einzelne Amtsträger wegen Nichtbefolgung dienstlicher Anordnungen ihrer Ämter enthoben und in verschiedenen Fällen auch strafrechtlich belangt wurden. Die Beteiligung des Klerus an der Schulaufsicht wurde beendet. Auch staatsfeindliche Äußerungen in der Predigt wurden mit Strafe bedroht. Die Staatsleistungen wurden beschnitten, die Temporalien Sperre gegen Kleriker verhängt, die sich weigerten, eine Loyalitätserklärung gegenüber der staatlichen Rechtsordnung abzugeben. Der Jesuitenorden wurde aufgehoben, wenig später sämtlichen Orden jegliche Wirksamkeit untersagt. Der Kirchenaustritt durch Erklärung gegenüber einer staatlichen Behörde wurde zunächst in Preußen, später in den meisten Gliedstaaten eingeführt. Durch Reichsgesetz aus dem Jahre 1875 wurde die obligatorische Zivilehe als die einzige für die staatliche Rechtsordnung verbindliche Eheschließungsform vorgeschrieben, wie es schon in der Paulskirchenverfassung vorgesehen war. Damit war die seit dem Mittelalter umstrittene Kompetenz für die Regelung der Eheschließung zugunsten des staatlichen Monopols entschieden.

94

Jene Maßnahmen erfolgten durch Reichsgesetze oder auch durch preußische Landesgesetze oder vereinzelt durch Gesetze anderer Gliedstaaten und durch entsprechende Vollzugsakte. Insgesamt war das staatliche Vorgehen ungeachtet der Frage, ob es den Einfluß der katholischen Kirche wirklich wesentlich gemindert hat, eine Demonstration des Staates, daß seine Allzuständigkeit trotz der anerkannten Begrenzung des „*ius circa sacra*“ auch in herkömmlichen kirchlichen Handlungsfeldern vorrangige Geltung beansprucht, was namentlich Bereiche wie das Schulwesen, die kirchlichen Finanzen, die Ausbildung der Kleriker, die Besetzung kirchlicher Ämter und die kirchliche Korporationsbildung betraf.

95

Bei Beurteilung von Art und Ausmaß der damals von staatlicher Seite vorgenommenen Belastungen hat man wegen der in den Gliedstaaten gewährleisteten Grundrechte und Garantien keine Bedenken gesehen. Eine gefestigte Auffassung darüber, ob die Grundrechte auch der gesetzgebenden Gewalt Grenzen setzen, bestand im 19. Jahrhundert noch nicht. Von katholischer Seite hat man freilich auf solche Grenzen hingewiesen. In Preußen hat man gleichwohl zur rechtlichen Sicherung das Grundrecht der Religionsfreiheit und das Recht der Kirchen auf Selbstverwaltung durch einen Akt des Gesetz-

96

gebers aufgehoben¹²⁸, um etwaigen rechtlichen Bedenken entgegenzuwirken.

- 97 Ein wesentlicher Teil der im Rahmen des Kulturkampfes getroffenen Maßnahmen ist sukzessive ganz oder teilweise aufgehoben worden, nachdem die Spannungen zwischen preußischem Staat und katholischer Kirche infolge des Wechsels im Pontifikat von *Pius IX.* zu *Leo XIII.* an Schärfe verloren hatten und sich auch die Gefahr, die von katholischer Seite der Reichseinheit drohte, als wenig ernsthaft erwiesen hatte.¹²⁹ Gleichwohl hat der Kulturkampf Nachwirkungen gezeitigt, die sich in der Beurteilung des Verhältnisses von Staat und Kirche in der öffentlichen Meinung niedergeschlagen haben.
- 98 Einzelne der im Rahmen des Kulturkampfes veranlaßten gesetzlichen Maßnahmen haben sich als bleibend erwiesen, so die Einführung der obligatorischen Zivilehe, die Kirchenaustrittserklärung gegenüber einer staatlichen Behörde, der Kanzelparagraph (bis 1952), und das Verbot des Jesuitenordens (bis 1917).

b) Trennung von Staat und Kirche

- 99 Seit dem 19. Jahrhundert ist in unterschiedlichen Zusammenhang die Idee einer generellen Trennung des Staates von der Kirche Gegenstand staatskirchenrechtlicher Erörterungen und Initiativen gewesen. Die staatsrechtliche Argumentation, weshalb Recht und Verfassung eines souveränen Staates unabhängig von Voraussetzungen und Bedingungen bleiben müsse, die dem religiösen Bereich entstammen, ist freilich schon im naturrechtlichen Denken der Aufklärung angelegt¹³⁰, aber kaum als kirchenpolitisches Programm formuliert worden.¹³¹
- 100 Nach dem Ende des Reiches im Jahre 1806 hat man in den deutschen Territorialstaaten trotz der weitgehend erfolgten Einführung von Verfassungen nach dem konstitutionellen Modell keine Veranlas-

¹²⁸ Preußische Gesetze vom 5.4.1873 und vom 18.6.1875; *Huber / Huber*, Staat und Kirche (o. Fn. 91), Bd. 2, S. 593 und S. 661.

¹²⁹ Zu den Vorgängen im einzelnen vgl. *Huber*, Verfassungsgeschichte, Bd. 4 (o. Fn. 127), §§ 48 ff.

¹³⁰ Siehe oben II. 2.; vgl. auch *Hahn*, Staat und Kirche (o. Fn. 30), S. 41 ff.

¹³¹ Eine Ausnahme macht in der kontinentalen Staatstheorie allerdings der Enzyklopädist *Antoine Condorcet*, der ein Tätigwerden des Staates im Bereich der Religion für prinzipiell unzulässig hielt, vgl. über ihn *Karl Rothenbücher*, Die Trennung von Staat und Kirche, 1908, S. 69 ff.

sung gesehen, die kirchenverfassungsrechtlichen Zustände prinzipiell zu verändern. Eine vollständige Unabhängigkeit der kirchlichen von der staatlichen Organisation und des kirchlichen Handelns gegenüber dem staatlichen Handeln hätte die Aufhebung des landesherrlichen Summepiskopats notwendig gemacht, was damals nicht ins Auge gefaßt wurde. Man ließ sowohl die kirchliche Funktion des Herrschers als Oberhaupt der jeweiligen evangelischen Kirche wie auch die Konsistorien als landesherrliche Kollegialbehörden für die Kirchenangelegenheiten unberührt. Es entstand der Eindruck, man wolle von kirchlicher Seite nicht zu einer markanten Minderung der monarchischen Autorität beitragen. Freilich wurde auch deutliche Kritik an der Beibehaltung der Staatskirchenhoheit in Verfassung und Staatspraxis, insbesondere des Summepiskopats, geübt. Diese kam sowohl aus den Kirchen selbst, wie auch von Seiten der politischen Kräfte, die mit den dominierenden restaurativen Tendenzen und dem Verzicht auf eine nationalstaatliche Verfassung nicht einverstanden waren. Große Beachtung fand die profunde kritische Beurteilung des gesamten Systems der Staatskirchenhoheit durch den Theologen *Friedrich Daniel Schleiermacher*. Dieser hat die merkwürdige Konstruktion einer Personalunion von weltlichem Herrscher und Kirchenoberhaupt vom Ansatz her als verfehlt bezeichnet. Das, was die Gläubigen zur Gemeinschaft in der Kirche zusammenführe, sei kein intellektueller Impuls, sondern ein gemeinsam empfundener seelischer Zustand, den *Schleiermacher* „Gefühl der schlechthinigen Abhängigkeit“ nannte. Wo die gemeinschaftsbildende Kraft in solcher Weise der Sensibilität zugerechnet wird, hat die Zugehörigkeit zum Hoheitsbereich eines Herrschers mit der Kirchenbildung nichts zu tun.¹³² Jener theologische Ausgangspunkt *Schleiermachers* hat in weiten Kreisen des Protestantismus viel Anklang gefunden und das hergebrachte System der reformatorischen Kirchenverfassung in Frage gestellt. Der Gedanke einer Trennung von staatlicher und kirchlicher Verfassung hat dadurch auch bei evangelischen Gläubigen und Theologen Resonanz gefunden.

Die katholische Kirche war im 19. Jahrhundert vom Verlangen nach einer Trennung von Staat und Kirche nicht in gleicher Weise betroffen wie die deutschen evangelischen Kirchen. Die signifikante

101

¹³² *Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher*, Über die Religion. Reden an die Gebildeten unter ihren Verächtern, 4. Rede, in: ders., Kritische Gesamtausgabe, Erste Abteilung, Bd. 12, hg. von Günter Meckenstock, 1995, S. 181 ff.; vgl. auch die zusammenfassende Würdigung der Bedeutung *Schleiermachers* für die protestantische Kirchenverfassung (mit Literatur) durch *Georg Ris*, Der kirchliche Konstitutionalismus, 1988, S. 117 ff.

Erscheinungsform einer Verflechtung von weltlicher und geistlicher Obrigkeit, die Existenz geistlicher Fürstentümer im Rahmen der Verfassung des Reiches, gehörte bereits der Vergangenheit an. Andererseits entsprach ein bestimmter Aspekt der Distanz zwischen geistlicher und weltlicher Herrschaft durchaus der katholischen Tradition, sobald es um die Abwehr von weltlicher Einflußnahme auf die geistlicher Sphäre ging. Vor allem Papst *Gregor VII.* hat im Rahmen des Investiturstreits die „*libertas ecclesiae*“ zum kämpferischen Programmpunkt erhoben. Dabei war das Ziel nicht so sehr eine bestimmte Gestaltung der Beziehungen zwischen der weltlichen und geistlichen Hierarchie, sondern die Ausschaltung jeder Einwirkung von Laien, namentlich der weltlichen Herrscher, auf geistliche Belange und Ämter.¹³³ Die gegenseitige Zuordnung von weltlicher Herrschaft und Kirche wurde nicht in Frage gestellt und die gemeinsame Bindung an eine christliche Weltordnung vorausgesetzt. Von katholischer Seite wurde deshalb darauf hingewiesen, daß eine organisatorische Verflechtung in den Ämtern an der Spitze der beiden Gewalten für die katholische Kirche kein Thema mehr sei. Man hatte aber in katholischen Kreisen den Argwohn gehegt, daß die moderne Forderung einer Trennung von Staat und Kirche nicht auf ein organisationsrechtliches Ordnungsprinzip beschränkt bleibe, sondern auf eine Ausschaltung der Kirche aus ihren überkommenen Handlungsmöglichkeiten hinauslaufe, die schon durch das Ausgreifen der staatlichen Gesetzgebung auf vom kirchlichen Recht erfaßte Gebiete in der Zeit des Absolutismus eingeleitet worden ist. Vor allem die ausnahmslose Einbeziehung der schulischen Erziehung in die staatliche Kompetenz und die erstrebte Beseitigung kirchlicher Mitwirkung an der Schulaufsicht wurde von katholischer Seite als nicht akzeptabel empfunden.

- 102 Das Postulat einer Trennung von Staat und Kirche und in diesem Zusammenhang auch die Kritik am landesherrlichen Summepiskopat sind in Deutschland während des 19. Jahrhunderts nicht verstummt und in die weitverbreitete Unzufriedenheit mit den Verfassungszuständen in der Zeit des Deutschen Bundes einbezogen worden, die von restaurativer Politik und dem Ausbleiben einer nationalen Einheit bestimmt war. Auch die Hoffnung auf eine prinzipielle Änderung durch die Wahl und das Zusammentreten der Frankfurter Nationalversammlung wurde enttäuscht. Dort wurde zwar eine Verfassung im Sinne der liberalen Zielsetzung beschlossen, die sich

¹³³ Vgl. *Brigitte Szabo-Bechstein*, *Libertas ecclesiae*, in: *LexMA*, 1991, Bd. V, Sp. 1950 ff.

weitgehend an der Verfassung des Königreichs Belgien von 1831 orientiert hatte. Die Abkehr vom System der Staatskirchenhoheit entsprach der damaligen parlamentarischen Mehrheit. Die Formulierung, die schließlich Aufnahme in den Verfassungstext fand, hat freilich keine eindeutige Aussage zur Trennung von Staat und Kirche auf nationalstaatlicher Ebene enthalten.¹³⁴ Da die Paulskirchenverfassung nicht in Kraft getreten ist, blieb die gliedstaatliche Kompetenz für das Staatskirchenrecht und damit der landesherrliche Summepiskopat bestehen. Doch ist eine gewisse Weiterentwicklung auf dem Weg über den Deutschen Bund erfolgt. In der Preußischen Verfassung von 1850 wurde jetzt das für die konstitutionellen Verfassungen charakteristische Grundrecht der Gewissens- und Religionsfreiheit anerkannt. Wenig später hat ein Gesetz des Deutschen Bundes das Paritätsgebot aus Artikel 16 der Bundesakte verallgemeinert und als Recht jedes einzelnen ausgeformt, welches die Unabhängigkeit der staatsbürgerlichen Rechte vom religiösen Bekenntnis garantierte. Jenes Gesetz ist später vom Norddeutschen Bund und nach der Gründung des Deutschen Reiches als Reichsgesetz übernommen worden.¹³⁵

Die mit einer Trennung von Staat und Kirche verbundene Problematik wurde in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in stärkerem Maße Gegenstand einer öffentlichen Diskussion, vor allem deshalb, weil das Thema von den sich bildenden politischen Parteien aufgegriffen wurde, insbesondere von den sozialistischen Parteien, die die Trennung von Staat und Kirche zu einem ihrer Programmpunkte machten. Dabei wird die Forderung nach Trennung von Staat und Kirche mit speziellen Forderungen oder mit Erläuterungen verbunden. So wird das Verlangen nach Trennung von Staat und Kirche und die Trennung von Kirche und Schule gleichzeitig als notwendige Maßnahme genannt.¹³⁶ Man sah in der Jahrhunderte währenden kirchlichen Aktivität zur Vermittlung von Schulbildung eine wesentliche Quelle für den bisherigen Einfluß der Kirche auf Denken und Handeln der Bevölkerung. Die organisatorische Trennung von Kirche und Schule und der Ausschluß kirchlicher Beauftragter aus der staatlichen Schulaufsicht sollten dazu dienen, die schulische Erzie-

103

¹³⁴ Man hat sich mit der die Problematik nur unvollständig erfassenden Formulierung begnügt „es besteht fernerhin keine Staatskirche“ (Art. 147 S. 2).

¹³⁵ Vgl. o. Fn. 91 und 92.

¹³⁶ Siehe Eisenacher Programm der *Sozialdemokratischen Partei* aus dem Jahr 1869, abgedruckt in: *Deutsche Parteiprogramme*, hg. von Wilhelm Mommsen, 3. Aufl. 1960, S. 311 f.

hung allein auf die den Staatszwecken entsprechenden Ziele auszurichten. Oder es wurde die Notwendigkeit der Trennung von Staat und Kirche mit dem Hinweis versehen „Religion ist Privatsache“¹³⁷. Die ausdrückliche Qualifizierung der Religion als eine private Angelegenheit bietet freilich Raum zu unterschiedlichen Konsequenzen. Sie könnte lediglich als Bekundung dessen verstanden werden, daß die staatliche Rechtsordnung, die von der Unterscheidung zwischen privaten und öffentlichen Rechtsbeziehungen ausgeht, die Kirchen nicht mehr als hoheitliche Angelegenheit begreifen dürfe, weswegen alle kirchlichen Institutionen und Handlungen als Ausdruck privater Initiative der privaten Sphäre zuzuweisen seien. Doch werden auch weitergehende Folgerungen aus der Erklärung der Religion zur Privatsache gezogen, die aus dem Prinzip der Trennung von Staat und Kirche das Gebot machen, alle Elemente von Religion der öffentlichen Wahrnehmbarkeit zu entziehen oder alle Bezugnahmen auf religionsbezogene Sachverhalte im hoheitlichen Bereich zu unterlassen.

- 104** Die Diskussion zum Thema Trennung von Staat und Kirche ist in Deutschland sehr stark von Vorgängen im außerdeutschen Bereich beeinflußt worden. Aufmerksamkeit hat vor allem die Entwicklung in Ländern gefunden, in denen eine bewußte, bisweilen revolutionäre Abkehr von einer Symbiose von weltlicher und geistlicher Ordnung erfolgt ist. Das bekannteste Beispiel einer rational gesteuerten Trennung ist die in der nordamerikanischen Unionsverfassung aufgenommene „no-establishment-clause“¹³⁸, durch die eine Einbeziehung religiöser Verhältnisse in die staatliche Rechtsordnung für unzulässig erklärt wurde. Die damals getroffene Entscheidung ist nicht Ausdruck einer religionsindifferenten oder gar religionsfeindlichen Haltung, sondern eine Reaktion auf die unterschiedliche konfessionelle Zusammensetzung der Bevölkerung, die aus den verschiedensten religiösen Traditionen stammte. Das Freihalten der Bundesverfassung von Rivalitäten unter den mannigfachen Erscheinungsformen des christlichen Glaubens ist die ursprüngliche Intention des nordamerikanischen Modells der Trennung von Staat und Kirche.

¹³⁷ Siehe Erfurter Programm aus dem Jahr 1891, abgedruckt ebd., S. 349 (351 ff.).

¹³⁸ Die einschlägigen Verfassungsbestimmungen sind Art. VI Abs. [3] der 1787 verabschiedeten Unionsverfassung und 1. Amendment. Vgl. *Rothenbücher*, Trennung von Staat und Kirche (o. Fn. 131), S. 127 ff.

Ein anderes Bild bietet sich beim Blick auf die lateinamerikanischen Staaten, die nach Ende der spanischen Kolonialherrschaft die dominante Stellung der katholischen Kirche beenden wollten.¹³⁹

Die Französische Revolution hat im Hinblick auf die Trennung von Staat und Kirche keine eindeutige und einheitliche Zielsetzung erkennen lassen. Auch im 19. Jahrhundert war die Haltung der staatlichen Organe gegenüber der katholischen Kirche nicht geradlinig. Das Ziel der revolutionären Kräfte in der ersten Phase der Revolution war es vornehmlich, die überkommene Stellung des Klerus, die als Ausdruck freiheitsfeindlicher und gleichheitswidriger Verhältnisse empfunden wurde, zu beseitigen. Aber schon in der Nationalversammlung, die an die Stelle der Versammlung der drei Stände getreten war, wurden erhebliche Gegensätze zwischen radikalen religionsfeindlichen und gemäßigten Kräften laut. Die schließlich beschlossene „Zivilkonstitution des Klerus“ hat die Weiterführung einer priesterlichen Tätigkeit grundsätzlich ermöglicht, aber von einer Leistung eines Loyalitätseides durch jeden einzelnen Priester abhängig gemacht.¹⁴⁰ Der Unterhalt der loyalen Priester wurde durch eine Besoldung aus dem Staatshaushalt gesichert, die dem Erfordernis der Gleichheit einigermaßen entsprach. Zur Finanzierung einer derartigen Klerikerbesoldung diente der Revolutionsregierung das verstaatlichte Pfründevermögen, dessen bisherige Zweckbestimmung auf diese Weise in gewissem Umfang bewahrt worden ist. Gegen Ende der turbulenten Phase der Revolution wurde ein Ausgleich mit dem Papst angestrebt, der im Jahre 1801 mit dem Abschluß eines Konkordats unter dem Konsul *Bonaparte* zustande gekommen ist. In diesem ist die gallikanische Tradition einer weitgehend unabhängigen französischen Kirche deutlich zur Geltung gekommen. Die staatskirchenhoheitlichen Elemente wurden in besonderer Weise sichtbar durch die Ergänzung der konkordatären Bestimmungen im Wege eines gleichzeitigen Akts einseitiger staatlicher Gesetzgebung in Gestalt der „Organischen Artikel“, die die Möglichkeiten der Staatsaufsicht durch Konkretisierung deutlich verstärkten. In der Zeit des Zweiten Kaisertums und insbesondere während der Dritten Republik sind die antiklerikalen Tendenzen neu belebt worden. Man hat dem Klerus eine Nähe zum Royalismus nachgesagt, was freilich nur für einzelne Teile des höheren Klerus berechtigt war. Daneben trat ein

¹³⁹ Vgl. *Rothenbücher*, ebd., S. 354 ff.

¹⁴⁰ Vgl. *Ulrike M. Dahl-Keller*, Die Treueide der Bischöfe gegenüber dem Staat, 1994, S. 67 ff., zu den Amtseiden der Geistlichen im Verlauf der Französischen Revolution.

verfassungspolitisches Argument in Erscheinung. Es wurde als Widerspruch empfunden, daß ein Staat mit einem betont säkularen Staatszweck, der für Maßnahmen einer Religionspflege nicht offen sein kann, dessen ungeachtet den Klerus durch Leistung von Unterhalt absichert. Das gesetzgeberische Projekt einer Trennung von Staat und Kirche hat eine lebhafte und kontroverse Diskussion ausgelöst. Auch innerhalb der katholischen Kirche war die Haltung nicht einheitlich. Schließlich haben es die parlamentarischen Mehrheitsverhältnisse erlaubt, daß die Ziele der laizistischen Kräfte durch das Trennungsgesetz von 1905 realisiert werden konnten.¹⁴¹ Dieses hat ein über die Republik Frankreich hinausreichendes Aufsehen erregt. Im Vordergrund des weithin kritischen Echos standen die zwei für laizistisches politisches Denken charakteristischen Punkte: Einmal war es begreiflicherweise die Beseitigung der bisherigen regelmäßigen Klerikerbesoldung als Basis für den Unterhalt der Geistlichen. Zum anderen war es der Wegfall des bedingungslosen Nutzungsrechts an den bestehenden kirchlichen Gebäuden und die Bedingung, daß die örtlichen Kirchen sich als Kultgemeinschaften (*consociations cultuelles*) konstituieren mußten, um erfolgreich einen Antrag auf gottesdienstliche Nutzung der bisherigen Kirchengebäude stellen zu können, wobei mit der Konkurrenz beliebiger anderer Kultgemeinschaften gerechnet werden mußte. Mit der Wahl jenes indifferenten Begriffs „Kultgemeinschaft“ trug man dem ideologischen Postulat Rechnung, daß staatliches Handeln nur an säkular wahrnehmbare Umstände geknüpft werden könne, nicht an religiös geprägte Begriffe. Im Zusammenhang mit dem Trennungsgesetz hat auch das Konkordat vom 1801 seine Geltung verloren.¹⁴²

107 Die ursprünglich verabschiedete rigorose Fassung des Trennungsgesetzes hat später Abmilderungen erfahren, so daß die pastorale Betreuung der Gläubigen in gewohnten Formen weiter geführt wer-

¹⁴¹ Zum politischen Umfeld und zu den Vorgängen, die schließlich für die parlamentarische Entscheidung zugunsten des Trennungsgesetzes ausschlaggebend waren vgl. die Darstellung bei *André Encrevé/Jacques Gadille/Jean-Marie Mayeur*, in: *Die Geschichte des Christentums. Deutsche Ausgabe*, Bd. 11: *Liberalismus, Industrialisierung, Expansion Europas (1830–1914)*, hg. von Martin Greschat, 2010, S. 506 ff. – Zum Verlauf der innenpolitischen Diskussion in Frankreich vgl. *Édouard Lecanuet, L'Église de France sous la troisième République, Tome I–IV, 1907–1930*, speziell zur Haltung des Klerus gegenüber dem Royalismus, *Tome II*, 1910, p. 182–186.

¹⁴² Beide Vertragspartner haben sich gegenseitig den Bruch des Konkordats vorgeworfen. Die organischen Artikel, die dem Konkordat in der staatlichen Rechtsordnung Geltung verschafft hatten, sind damals durch ein staatliches Gesetz aufgehoben worden.

den konnte.¹⁴³ Eine gravierende Auswirkung hatte die laizistische Ausrichtung, die mit der Trennungsgesetzgebung signalisiert wurde, für die Kulturpolitik auch im Bereich des Schulwesens und der Universitäten.

IV. Rückblick und Ausblick

Die abendländische Geschichte stellt sich seit der Spätantike als ein Nebeneinander von geistlicher und weltlicher Gewalt dar. Beide Gewalten unterscheiden sich durch ihre spezifischen Funktionen und werden durch jeweils eigene Amtsträger repräsentiert. Sie sind beide gewissermaßen überwölbt durch ihre Einbeziehung in den göttlichen Heilsplan und auf diese Weise einander zugeordnet. Ein Rangverhältnis in dem Sinne, daß eine Gewalt der anderen prinzipiell übergeordnet wäre, besteht gemäß dem Wesen einer Funktionsteilung nicht. Die theoretische Qualifizierung des gegenseitigen Verhältnisses war freilich vielfach umstrittenen, die faktischen Beziehungen waren unterschiedlich. Machtpolitisch gesehen, hatten die Inhaber der weltlichen Gewalt einen Vorsprung.

108

Im Bereich der weltlichen Gewalt hat im Verlauf des Mittelalters kein Machthaber die Stellung eines Oberhaupts des gesamten Abendlands erlangt. Die Bemühungen um eine Erneuerung des römischen Kaisertums blieben unvollendet. Die weltliche Gewalt hat sich in territorial begrenzten Herrschaftsbereichen entfaltet, vielfach als Herrschaft über eine der sich formierenden Nationen. Die geistliche Gewalt hat dagegen im Verlauf des Mittelalters eine universale Spitze ausgebildet, die freilich nicht vorbehaltlos anerkannt worden ist und nicht stets und überall als solche wirksam werden konnte.

109

Neue Vorstellungen von den Prinzipien weltlicher Herrschaft kamen zur Geltung, als sich die Souveränitätslehre durchzusetzen begann. Es kam zu einer Konzentration der Herrschaftsbefugnisse bei den territorialen Herrschern, wovon auch der Handlungsspielraum der kirchlichen Amtsträger betroffen war. Die Glaubensspaltung hat bewirkt, daß die Einheitlichkeit der kirchlichen Hierarchie und ihr universaler Verbund verloren gingen. Die unterschiedliche Entwicklung in den einzelnen territorialen Herrschaftsbereichen wurde durch die jeweilige konfessionelle Prägung noch verstärkt.

110

¹⁴³ Vgl. *Axel v. Campenhausen*, Staat und Kirche in Frankreich, 1962, S. 3–20.

- 111** Die im Rahmen der neuzeitlichen Entwicklung entstandenen modernen Staaten haben ihre Beziehung zur christlichen Religion nicht abrupt preisgegeben. Das herkömmliche Bild einer heilsgeschichtlich begründeten Zuordnung ließ sich nicht wieder beleben. Denn es hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, daß die gesamte weltliche Rechtsordnung und damit auch die Beziehungen zwischen weltlicher Herrschaft und Kirche einer rationalen Erklärung zugänglich und von einem säkularen Zweck bestimmt sein müssen. Zudem wurde es unvermeidlich, religiösem Pluralismus Raum zu geben. Die Annahme einer für Kirche und Staat gemeinsam verpflichtenden göttlichen Ordnung kann für die weltliche Verfassung nicht mehr unmittelbar als Maxime dienen.
- 112** Religiöse Deutungen der innerweltlichen Verhältnisse und religiös motivierte Verhaltensweisen bleiben der individuellen Beurteilung oder Entscheidung überlassen und genießen als solche grundrechtlichen Schutz. Insoweit ist die christliche Religion ein wesentlicher Faktor der kulturellen und sozialen Tradition geblieben. Darum muß der gemäß seiner Verfassung notwendig säkulare Staat entsprechende religiöse Bezüge und Belange der Menschen als Realität wahrnehmen, in sein Kalkül einbeziehen und in ihren sozialen und kulturellen Auswirkungen berücksichtigen. Es bleibt seinem pflichtgemäßen Ermessen überlassen, religiöse Aktivitäten unter Umständen zu fördern, soweit die von einer rechtsstaatlichen Verfassung gezogenen Grenzen, speziell die Gebote der Parität und der Nichtidentifikation, respektiert werden.

§ 2

Die gesellschaftlichen Grundlagen des deutschen Staatskirchenrechts

Von Karl Gabriel

I. Einleitung: Die Entwicklung im Überblick	1–2
II. Soziologisch-theoretischer Rahmen	3
III. Ausdifferenzierung der Religion als Konfessionalisierung in Deutschland	4–7
IV. Funktionale Differenzierung und Religionsentwicklung im („langen“) 19. Jahrhundert	8–17
1. Das 19. Jahrhundert: Säkularisierung oder neuerliche Konfessionalisierung?	8–9
2. Die Dialektik von Differenzierung und Entdifferenzierung des Staates und der Kampf um die Grenzen der Religion	10–12
3. Religion unter den Bedingungen funktionaler Differenzierung	13
4. Religiöse Vitalisierung am Beispiel der katholischen Milieubildung	14
5. Die Gleichzeitigkeit von Prozessen der Freisetzung (Entkirchlichung) und Einbindung (Verkirchlichung)	15–17
V. Die vielen Gesichter des („kurzen“) 20. Jahrhunderts: 1914–1989	18–31
1. Asymmetrische Entkirchlichung in Deutschland	18–23
2. Die Entwicklung von Religion und Kirche in Westdeutschland 1949–1989	24–28
3. Die Entwicklung von Religion und Kirche in der DDR	29–31
VI. Religion und Kirchen in Deutschland heute	32–61
1. Rückgang expliziter Kirchlichkeit	32–40
2. Anhaltende Präsenz der Kirchen in der Gesellschaft	41–44
3. Der wachsende religiöse Pluralismus in Deutschland	45–49

4. Das Religiöse im Spannungsfeld von Individualisierung und Rückkehr in die Öffentlichkeit	50–56
5. Zur Deutung der Religionsentwicklung: Von der Säkularisierungstheorie zum Konzept multipler Modernen und Säkularitäten	57–61
VII. Konsequenzen für das Staat-Kirche-Verhältnis und die Religionspolitik in Deutschland	62

I. Einleitung: Die Entwicklung im Überblick

- 1 Das deutsche Staatskirchenrecht fußt auf Grundlagen, die bis in das Reformationszeitalter zurückreichen. Wie überall in Europa waren es zentrale historische Ereignisse, in denen sich der deutsche Pfad der Religionsentwicklung schrittweise herausbildete.¹ Die Reformation hatte zum Ergebnis, dass mit Luthertum, Calvinismus und Katholizismus eine Pluralität von Konfessionen nebeneinander ihre Existenz behaupteten. Zum Unterschied von anderen europäischen Ländern wie Frankreich und Italien entwickelten die Aufklärung und die bürgerlichen Revolutionen keine spezifisch antikirchliche oder antiklerikale Stoßrichtung. Die deutsche Gesellschaft nahm entsprechend keine zwischen laizistischen und kirchlichen Kräften polarisierte Struktur an, sondern bildete seit dem 19. Jahrhundert konfessionelle Säulen und Milieus mit Ausstrahlung bis in das sich konstituierende Parteiensystem hinein aus.² Die Grundlegung des deutschen Staatskirchenrechts in der Weimarer Reichsverfassung ist Ausdruck eines weltanschaulich-religiösen und konfessionellen Kompromisses zwischen säkularen Kräften einerseits und den konfessionellen Säulen andererseits. Nach dem Zweiten Weltkrieg und dem Ende der nationalsozialistischen Herrschaft knüpfte das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland an diesen religionspolitischen historischen Kompromiss an. Waren zunächst die zum ersten Mal in ihrer Geschichte in die Parität aufgerückten Katholiken dominierend und die säkularen Kräfte in der Defensive, so setzte seit Mitte der 1960er Jahre ein mehrdimensionaler Prozess der Ent-

¹ David Martin, *A General Theory of Secularization*, 1978, S. 12–99.

² Hugh McLeod, *Separation of Church and State: an Elusive (Illusive?) Ideal*, in: *Umstrittene Säkularisierung. Soziologische und historische Analysen zur Differenzierung von Religion und Politik*, hg. von Karl Gabriel / Christel Gärtner / Detlef Pollack, 2. Aufl. 2014, S. 460 (475); Detlef Pollack / Gergely Rosta, *Religion in der Moderne. Ein internationaler Vergleich*, 2015, S. 10–14.

kirchlichung ein. Zusammen mit der Entkonfessionalisierung der deutschen Gesellschaft und einer Stärkung des säkular geprägten Teils der Bevölkerung veränderten sich seit den 1970er Jahren die gesellschaftlichen Grundlagen des deutschen Staatskirchenrechts nachhaltig. Einen weiteren Einschnitt bedeutete der Beitritt der DDR zum Geltungsbereich des Grundgesetzes im Jahr 1990 und die Realisierung der staatlichen Einheit Deutschlands. In Ostdeutschland führte das Ende der kirchenfeindlichen SED-Diktatur nicht zu einer Wiederannäherung der Mehrheit der Bevölkerung an die Kirchen, sondern zu einer weiteren Verschärfung des Entkirchlichungsprozesses. Für Gesamtdeutschland gilt seit der Wende zum 21. Jahrhundert, dass den beiden großen Konfessionen noch jeweils ca. ein Drittel der Bevölkerung angehört, während die sehr heterogene Gruppe der Konfessionslosen ebenfalls ein Drittel der Bevölkerung ausmacht. Neben der forcierten Entkirchlichung macht sich in der deutschen Gesellschaft zunehmend bemerkbar, dass insbesondere durch die Arbeitsmigration aus der Türkei der Anteil der muslimischen Bevölkerung stark angewachsen ist. Die globalen Bevölkerungsbewegungen haben darüber hinaus das religiöse Feld in Deutschland in die Richtung eines stärkeren religiösen Pluralismus verändert.

Was hier in groben Linien skizziert wurde, gibt auch die Struktur des folgenden Beitrags vor. Nach einer Einleitung (I.) macht den Beginn die Skizze eines soziologisch-theoretischen Rahmens, der die Religionsentwicklung in Deutschland jenseits des in der Soziologie lange herrschenden Säkularisierungsparadigmas verortet (II.). Das dritte Kapitel widmet sich der Grundkonstellation des deutschen religiösen Felds, das seine entscheidenden Koordinaten durch das Ergebnis der Reformation und die Konfessionalisierung in Deutschland erhielt (III.). Das lange 19. Jahrhundert – darum wird es im vierten Kapitel gehen – stellt sich bei näherer Betrachtung nicht nur als ein Jahrhundert der Säkularisierung, sondern auch als Jahrhundert einer (zweiten) Konfessionalisierung in Deutschland dar (IV.). Das kurze 20. Jahrhundert – wenn man es 1914 beginnen und 1989 enden lässt – weist tiefe Zäsuren in der Religionsentwicklung auf. Als Folge der sowjetischen Herrschaft in Ostdeutschland kommt es ab 1949 zum historisch einmaligen Experiment eines säkularistischen, kirchenfeindlichen Regimes auf deutschem Boden. In Kapitel fünf geht es deshalb in zwei getrennten Abschnitten um die Religionsentwicklung in der Bundesrepublik einerseits und in der DDR andererseits (V.). Die gegenwärtigen gesellschaftlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts sind – dies ist Thema des sechsten Kapitels – durch eine Vielfalt unterschiedlicher und widersprüchlicher Entwicklungen

2

geprägt (VI.). Am Schluss wird die These entwickelt, dass der spezifisch deutsche Pfad der Religionsentwicklung es nahe legt, das Staatskirchenrecht den neueren Entwicklungen des religiösen Felds anzupassen, seine Grundstruktur der kooperativen Trennung aber beizubehalten (VII.).

II. Soziologisch-theoretischer Rahmen

3 Für eine Analyse der gesellschaftlichen Grundlagen des deutschen Staatskirchenrechts reicht heute die in der Soziologie lange Zeit dominierende Perspektive der Säkularisierung nicht mehr aus. Die Säkularisierungsthese behauptete einen zwingend negativen Zusammenhang von moderner Gesellschaftsentwicklung und Religion. Je moderner eine Gesellschaft sei, desto geringere Bedeutung komme der Religion in dieser Gesellschaft zu.³ Die gegenwärtige Kritik an der Säkularisierungsthese betrifft insbesondere die Vorstellung eines linearen Prozesses des Verschwindens der Religion in der Moderne, die Deklaration der Religion allein als abhängiger Faktor in der Gesellschaftsentwicklung und den behaupteten Determinismus der Zurückdrängung der Religion je nach dem Modernisierungsgrad der Gesellschaft. In Soziologie und Geschichtswissenschaft hat inzwischen eine Historisierung der Säkularisierungsthese eingesetzt, die den spezifischen gesellschaftlichen Konfliktlagen und Bedingungen nachgeht, unter denen am Ende des 19. Jahrhunderts die „große Erzählung“ der Säkularisierung entstanden ist und ihre Wirksamkeit über die Soziologie hinaus in vielen Geisteswissenschaften bis in die Theologie hinein entfalten konnte.⁴ In der soziologischen Deutung *Niklas Luhmanns* wird der Säkularisierungsbegriff in die Semantik eingeordnet, mit der das Religionssystem auf die funktionale Differenzierung der Gesellschaft reagiert und seine veränderte säkulare Umwelt definiert.⁵ Die Ausdifferenzierung relativ autonomer Funkti-

³ *Detlef Pollack*, Historische Analyse statt Ideologiekritik. Eine historisch-kritische Diskussion über die Gültigkeit der Säkularisierungstheorie, in: *Geschichte und Gesellschaft* 37 (2011), S. 481 (487–495); *Detlef Pollack / Gergely Rosta*, Religion in der Moderne. Ein internationaler Vergleich, 2015, S. 10–14.

⁴ *Manuel Borutta*, Antikatholizismus. Deutschland und Italien im Zeitalter europäischer Kulturkämpfe, 2010, S. 352–389; *Karl Gabriel*, Jenseits von Säkularisierung und Wiederkehr der Götter, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* 52 (2008), S. 9 (11–12).

⁵ *Niklas Luhmann*, Funktion der Religion, 1977, S. 225–271.

onssysteme und differierender Zentralperspektiven auf die Gesellschaft als Ganzes lässt sich entsprechend als Fundamentalprozess der modernen Gesellschaftsentwicklung begreifen. Weder ist damit zwingend verbunden, dass die Religiosität der Menschen an Kraft verliert, noch dass die Religion aus der modernen Öffentlichkeit verschwindet. Dort, wo solche Zusammenhänge zu beobachten sind – wie insbesondere in Teilen des westlichen Europas – sind sie historisch kontingent und hätten, wie andere Teile der Welt zeigen, auch anders ausfallen können.⁶ Für die spezifische Religionsentwicklung eines Landes gibt der Fundamentalprozess der funktionalen Differenzierung nur den Rahmen vor. Welchen Pfad die Religion eines Landes im modernen Ausdifferenzierungsprozess einschlägt, hängt davon ab, so die These von *David Martin*, zu welchem Ergebnis historische Zentralereignisse wie die Reformation und die bürgerlichen Revolutionen führten, welches Verhältnis zwischen Religion und Aufklärung sich entwickelte und welches Muster im Verhältnis von Religion und Politik bzw. zwischen Kirche und Staat sich herausbildete.⁷ Den theoretischen Rahmen für die folgenden Ausführungen bildet entsprechend eine historisch gefüllte Theorie funktionaler Ausdifferenzierung der Religion, die von unterschiedlichen Ausprägungen der Moderne insbesondere im Hinblick auf die Religion ausgeht und die deterministischen Annahmen der soziologischen Säkularisierungstheorie hinter sich lässt.⁸

III. Ausdifferenzierung der Religion als Konfessionalisierung in Deutschland

Auf *Ernst-Wolfgang Böckenförde* geht die Annahme zurück, die schroffe Behauptung eines eigenständigen geistlichen Bereichs unter päpstlicher Führung durch die Kirchenreformer des 11. Jahrhunderts um *Gregor VII.* im Investiturstreit habe den Samen für die Ausdifferenzierung eines eigenständigen weltlichen Herrschaftsbereichs im westlichen Europa gelegt.⁹ Wenn auch die gegenwärtige historische

4

⁶ *José Casanova*, *Public Religions in the Modern World*, 1994, S. 11–39.

⁷ *Martin*, *A General Theory* (o. Fn. 1), S. 1–11.

⁸ *José Casanova*, *Europas Angst vor der Religion*, 2009, S. 7–30; *Hans Joas*, *Glaube als Option*, 2011, S. 34–42.

⁹ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in: *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien*. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, 1967, S. 75–94.

Forschung nachweisen kann, dass die Reformpäpste beim Kampf um die Errichtung eines päpstlichen Gottesstaats auch vor religiös legitimierter Gewalt nicht zurückschreckten und alles andere als eine Freisetzung der Politik ins Weltliche intendierten,¹⁰ so wird doch die Perspektive *Böckenfördes* davon nicht entscheidend getroffen. Der Gedanke einer Welt zweier getrennter Herrschaftsbereiche unter der selbstverständlichen Führung der höheren, geistlichen Gewalt ließ sich unter historisch veränderten Bedingungen auch umkehren. Wenn schon die konfessionell gespaltene Religion keinen Ausweg aus dem Zwang zur gewaltsamen Durchsetzung der jeweiligen religiösen Wahrheitsansprüche zu finden vermochte, lag es nahe, sich der Scheidung der beiden Sphären zu erinnern und sie unter Führung der weltlichen Herrschaft wirksam werden zu lassen.

- 5 Der nachreformatorische Prozess der Konfessionalisierung war allerdings viel mehr als nur eine frühmoderne Ausdifferenzierung der politischen Herrschaft auf Kosten der Religion. Vielmehr handelte es sich um „einen gesellschaftlichen Fundamentaltvorgang, der das öffentliche und private Leben in Europa tiefgreifend umpflügte, und zwar in meist gleichlaufender, bisweilen auch gegenläufiger Verzahnung mit der Herausbildung des frühmodernen Staates mit der Formierung einer neuzeitlichen disziplinierten Untertanengesellschaft, die anders als die mittelalterliche Gesellschaft nicht personal und fragmentiert, sondern institutionell und flächenmäßig organisiert war“.¹¹
- 6 Im Jahrhundert zwischen dem Augsburger Religionsfrieden (1555) und dem Westfälischen Frieden (1648) wurden die Grundlagen des deutschen Religionssystems gelegt. Das Christentum nahm seine moderne, konfessionell und kirchlich geprägte Gestalt an. Die drei Versionen der Konfessionalisierung, die katholische, die lutherische und die reformiert-calvinistische lassen trotz der dogmatischen Differenzen eine Reihe von gemeinsamen Merkmalen erkennen.¹² So kam es mit den Definitionen des Trienter Konzils und den protestantischen Katechismen und Konkordienformeln zu klar formulierten und vereinheitlichten Glaubensbekenntnissen. Diese wurden zum ersten Mal

¹⁰ *Gerd Althoff*, „Selig sind, die Verfolgung ausüben“. Päpste und Gewalt im Hochmittelalter, 2013, S. 215–230.

¹¹ *Heinz Schilling*, Die Konfessionalisierung im Reich. Religiöser und gesellschaftlicher Wandel in Deutschland zwischen 1555 und 1620, in: *Historische Zeitschrift* 246 (1988), S. 1 (6).

¹² *Wolfgang Reinhard*, Was ist katholische Konfessionalisierung?, in: *Die katholische Konfessionalisierung*, hg. von dems./Heinz Schilling, 1995, S. 419 (426–427).

in der Geschichte durch Multiplikatoren und Propaganda systematisch im Volk verbreitet. Die Konfessionen organisierten und monopolisierten religiöse Bildungsprozesse und vereinheitlichten sie durch den Ausschluss von Dissidenten. Nicht nur im klar definierten Glaubensbekenntnis, sondern auch in der rituellen Dimension des Glaubens war die Intensivierung mit der verstärkten Darstellung der Unterschiede verbunden. Bis in die Grundlegung der Kirchenorganisation hinein stabilisierten sich die drei Kirchentümer in Abgrenzung und Konkurrenz zueinander. Zur Konfessionalisierung trugen der Aufbau von Bildungseinrichtungen wie auch die Einrichtung von konfessionellen Kontroll- und Repressionseinrichtungen bei. Mit einigem Recht lässt sich also sagen, dass in Deutschland das Christentum erst in je konfessionsspezifischer Gestalt seine die Gesellschaft prägende Verankerung gefunden hat. In soziologischer Betrachtung handelt es sich um einen Ausdifferenzierungs- und Konstitutionsprozess des modernen, konfessionell geprägten und kirchlich organisierten Christentums zugleich. Diese Entwicklung vollzog sich in enger Symbiose mit der Staatsgewalt. Einerseits nutzten die Territorialherren die vitalisierte Religion zur Einrichtung und Stabilisierung der frühmodernen staatlichen Herrschaft. So war die Konfessionalisierung untrennbar verbunden mit dem Prozess der Disziplinierung im Sinne der Durchsetzung vereinheitlichter Normen und Handlungsstandards in der Gesellschaft. Andererseits gilt, dass die konfessionalisierte Religion ihrerseits sich der im Entstehen begriffenen modernen staatlichen Religion bediente, um verselbständigte institutionelle Formen auszubilden und zu stabilisieren. Insofern handelte es sich um die Gleichzeitigkeit funktionaler Ausdifferenzierung von Religion und politischer Herrschaft. Beide stützten sich wechselseitig und waren insofern auch mit einer Entdifferenzierung verbunden. Diese Verschränkung von Differenzierung und Entdifferenzierung setzte sich im 19. Jahrhundert nun unter veränderten gesellschaftlichen Bedingungen fort. Die politische Revolution beendete die als Ergebnis der Konfessionalisierung etablierte wechselseitige Stabilisierung von politischer Herrschaft und Religion im Rahmen der absolutistischen Fürstenstaaten und führte zu einem neuen Grad der Verselbständigung von Religion und Politik mit tiefgreifenden Veränderungen beider.

Im konfessionell gespaltenen Deutschland im Unterschied zu Frankreich als katholischem Monopolland nahm die Aufklärung eine spezifische Gestalt an. Mit weitreichenden historischen Folgen hat sich die Aufklärung „nicht gegen die Theologie und Kirche, sondern

7

mit ihr und durch sie vollzogen“.¹³ Die konfessionelle Spaltung begünstigte ein Klima in Deutschland, das Religion nicht in einem schroffen Gegensatz zur Aufklärung sah, sondern eine positive Verbindung beider möglich machte. In Brandenburg-Preußen als der aufstrebenden Macht in Deutschland nahm die Aufklärung nicht wie in Österreich den Weg über den aufgeklärten Absolutismus, sondern über die Gestalt einer überkonfessionellen Untertanengesellschaft, denn Herrscherhaus und Untertanen gehörten lange Zeit verschiedenen Konfessionen an.¹⁴ So trug der Pietismus mit seiner Betonung einer überkonfessionellen Herzensfrömmigkeit zur spezifischen Verbindung von Religion und Aufklärung in Preußen bei. Zu den Zentren des preußischen Pietismus gehörten die Universität Halle und die von *August Hermann Francke* gegründeten Franckeschen Anstalten. Auch die katholische Aufklärung im Deutschen Reich vollzog sich nicht gegen die Religion, sondern mit ihr.¹⁵ Beeinflusst durch den Jansenismus und die protestantische Aufklärung verfolgten die absolutistischen katholischen Fürsten die Reform der Seelsorge und die Rationalisierung der Frömmigkeitsformen. Mit dem Josephinismus in Österreich und den habsburgischen Territorien kulminierten die verschiedenen Strömungen der katholischen Aufklärung in einem aufgeklärten absolutistischen System, das die Religion für die staatlichen Reformziele unmittelbar in Anspruch nahm.

¹³ *Klaus Scholder*, Grundzüge der theologischen Aufklärung in Deutschland, in: *Geist und Geschichte der Reformation*. FS f. Hans Rückert, hg. von Heinz Liebing/Klaus Scholder, 1966, S. 460 (462); *Michael Hofmann/Carsten Zelle*, Einleitung. Aufklärung und Religion – Neue Perspektiven, in: *Aufklärung und Religion*. Neue Perspektiven, hg. von Michael Hofmann/Carsten Zelle, 2010, S. 7 (7).

¹⁴ *Heinz Schilling*, Reformation und Konfessionalisierung in Deutschland und die neue deutsche Geschichte, in: *Religion, Kirchen und Gesellschaft in Deutschland*, hg. von Franz-Xaver Kaufmann/Bernhard Schäfers, 1988, S. 11 (28–29).

¹⁵ *Dieter Breuer*, Katholische Aufklärung und Theologie, in: *Rottenburger Jahrbuch für Kirchengeschichte* 23 (2004), S. 75–90.

IV. Funktionale Differenzierung und Religionsentwicklung im (,langen‘) 19. Jahrhundert

1. Das 19. Jahrhundert: Säkularisierung oder neuerliche Konfessionalisierung?

Innerhalb der Soziologie wie der Geschichtswissenschaft gehen heute die Deutungen des 19. Jahrhunderts in Sachen Religion deutlich auseinander.¹⁶ Für die einen ist das 19. Jahrhundert nach wie vor das Jahrhundert der Säkularisierung. Für diese soziologische Analyse stehen folgende Phänomene im Zentrum der Entwicklung von Religion und Gesellschaft: Religion und Kirche werden entscheidend aus den sich ausdifferenzierenden Sphären und Teilsystemen der Gesellschaft verdrängt. Die Wissenschaft übernimmt endgültig die gesellschaftlich relevanten Funktionen der Weltdeutung, die religiösen Deutungen gelten seitdem als schlicht falsch oder erhalten bestenfalls den Status privater Meinungsäußerungen. Die staatlich-politische Sphäre wehrt sich erfolgreich gegen kirchliche Übergriffe und weist die kirchlichen Ansprüche insbesondere im Bereich der Erziehung, der Schule, der Universitäten, der Eheschließung und in allen Bereichen des öffentlichen Lebens erfolgreich zurück. Wie der Staat so löst sich auch die kapital- bzw. marktgesteuerte Wirtschaft endgültig aus allen religiös-kirchlichen Prärogativen und wird autonom. Der Siegeszug der verselbständigten Institutionen von Staat, Wirtschaft und Wissenschaft hat einen großen Schub der Effizienzsteigerung zur Folge, für die das Wachstum des Bruttoinlandsprodukts (BIP) pro Person ein überzeugendes Zeugnis ablegt. Es gilt zunehmend als selbstverständlich, dass sich der Einflussverlust der religiös-kirchlichen Sphäre auch auf der Ebene der individuellen Deutungen und Verhaltensweisen widerspiegelt: Die Menschen glauben der Wissenschaft mehr als den Weltdeutungen der Religion, die religiös-kirchlich angesonnenen Verhaltensnormen finden kein Gehör mehr und religiös-kirchliche Praktiken werden immer seltener vollzogen. Auf Seiten der Soziologie sieht man sich durch die historische Forschung im Großen und Ganzen bestätigt: Das 19. Jahrhundert bringt den endgültigen Durchbruch einer funktional differenzierten, säkularisierten und entkirchlichten Gesellschaft.

8

¹⁶ Hier und im Folgenden werden Gedanken und Formulierungen aufgenommen aus: *Karl Gabriel*, Das 19. Jahrhundert: Zeitalter der Säkularisierung oder widersprüchlicher Entwicklungen, in: *Umstrittene Säkularisierung* (o. Fn. 2), S. 417 (417–420).

- 9 Dem steht eine andere Sichtweise auf das 19. Jahrhundert gegenüber. Sie gewinnt gegenwärtig an Konturen und stellt alte Selbstverständlichkeiten und Sicherheiten in der soziologischen wie historischen Forschung in Frage. *Olaf Blaschke* hat in diesem Zusammenhang provokativ von einem „Zweiten Konfessionellen Zeitalter“ gesprochen.¹⁷ Spätestens in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts erlebt insbesondere die katholische Kirche einen überraschenden (Wieder-)Aufstieg. Überall in Europa wehrt sie sich nicht ohne Erfolg gegen die Durchsetzung von Vorstellungen und Programmen liberaler Politik zur Zurückdrängung von Religion und Kirche. Kulturkämpfe zwischen Liberalen und der katholischen Kirche durchziehen die europäischen Staaten und geben der Epoche ihr Gepräge. Es gelingt der katholischen Kirche, sich strukturell wie ideologisch neu zu organisieren, wobei das römische Zentrum eine zentrale Rolle spielt. Die Volksreligion erhält eine neue kirchliche Formierung und erobert mit spektakulären Wallfahrten und Wundererscheinungen auch den öffentlichen Raum. Weite Teile der Bevölkerung bleiben kirchlich bzw. nähern sich wie nie zuvor der Kirche an. Insbesondere in den gemischtkonfessionellen Ländern wie Deutschland, den Niederlanden und der Schweiz entstehen katholisch geprägte Milieus mit einer Ausstrahlung auf die gesamte Lebensführung. Ihr Einfluss reicht bis in die in Entstehung begriffene Welt der europäischen politischen Parteien hinein. Möglicherweise sind die angesprochenen Phänomene deswegen so wenig ins Blickfeld von Historikern und Soziologen geraten, weil von einer asymmetrisch verteilten Artikulationsfähigkeit gesellschaftlicher Gruppen ausgegangen werden muss. Die Schwerpunkte der neuen Kirchlichkeit finden sich unter den Frauen, der Landbevölkerung, einem Teil der Arbeiterschaft wie insgesamt unter den weniger Gebildeten und damit zur öffentlichen Artikulation weniger Befähigten.¹⁸

¹⁷ *Olaf Blaschke*, Das 19. Jahrhundert als Zweites Konfessionelles Zeitalter, in: *Geschichte und Gesellschaft* 26 (2000), 38–75; früher schon hatte *Ernst Schnabel* vom 19. Jahrhundert als einem konfessionellen Zeitalter gesprochen: *Ernst Schnabel*, Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert, Bd. 4: Die religiösen Kräfte, 1987, S. 271.

¹⁸ *Borutta*, Antikatholizismus (o. Fn. 4), S. 357–386.

2. Die Dialektik von Differenzierung und Entdifferenzierung des Staates und der Kampf um die Grenzen der Religion

Aus dem Fürstenstaat wird durch die politische Revolution des Bürgertums allmählich der bürgerliche Rechtsstaat. Dabei übernimmt das Bürgertum das durch Machtkonzentration und Machtmopolisierung in der Hand des Fürsten entstandene strukturelle Gebilde des modernen Zentralstaats, löst ihn aus den Fesseln feudaler Restriktionen und gibt ihm nationalstaatliche Konturen. Für die Entwicklung des Staates im 19. Jahrhundert gelten folgende Punkte als charakteristisch:¹⁹ Die entstehenden Industriestaaten entwickeln militärische Apparate mit neuen Fähigkeiten der Machtkonzentration. Sie bilden auf der Grundlage älterer Vorbilder bürokratische Strukturen aus. Durch die systematische finanzielle Abschöpfung der Gesellschaft mittels eines effektiven Steuersystems erhöht der Staat seine ökonomische Stabilität. Vom absolutistischen Staatsgebilde unterscheidet sich der Staat des 19. Jahrhunderts der Idee und teilweise der Realität nach durch seine Ausprägung als Rechts- und Verfassungsstaat. Die Rolle des Staatsbürgers und autonomen Individuums wird institutionalisiert. Sie dient der Wahrung von Privatinteressen und der Organisation von Ansprüchen der Mitgestaltung des politischen Lebens. Die Herrschaftslegitimation durch Geburt wird nachhaltig delegitimiert und durch die Idee des Vertrags als Legitimationsgrund ersetzt. Herausgefordert durch die Sozialbewegungen des 19. Jahrhunderts und vorangetrieben durch seine inneren Widersprüche entwickelt sich dieser bürgerliche Typus des Staates auf unterschiedlichen Pfaden im späten 19. Jahrhundert in die Richtung des modernen Sozialstaats. Als Fazit ergibt sich: Im Laufe des 19. Jahrhunderts setzt sich eine eigenständige, rechtsstaatlich legitimierte Sphäre des Politischen mit einer hohen Eigenkomplexität durch.

Der Diskurs über die Staatsaufgaben wandelt sich im 19. Jahrhundert von der im Begriff der „guten Polizey“ beschriebenen Legitimation staatlicher Herrschaft und der Staatszwecke Sicherheit, Wohlfahrt, Nützlichkeit und Glückseligkeit hin zum Begriff des Rechtsstaats.²⁰ Das öffentliche Heil wird nun im Anschluss an *Kant* in derjenigen gesetzlichen Verfassung gesehen, die jedem seine Freiheit

¹⁹ Jürgen Osterhammel, *Die Verwandlung der Welt. Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts*, 2009, S. 820.

²⁰ Franz-Xaver Kaufmann, *Diskurse über Staatsaufgaben*, in: *Staatsaufgaben*, hg. von Dieter Grimm, 1996, 15 (41).

durch Gesetze sichert. Im Zentrum der Staatstätigkeit soll der Schutz der privaten Rechte stehen. Entsprechend wird alle Staatstätigkeit an das Recht und die richterliche Nachprüfbarkeit gebunden. Staat und Recht erhalten im liberalen Diskurs die Aufgabe, die Freiheit der bürgerlichen Verkehrsbeziehungen zu sichern und dadurch den gesellschaftlichen Fortschritt zu ermöglichen.

- 12 Es gibt gewichtige empirische Anhaltspunkte dafür, die Entwicklung des Staates im 19. Jahrhundert nicht nur als Ausdifferenzierung, sondern gleichzeitig auch als einen Prozess der Entdifferenzierung zu interpretieren.²¹ So ist es der moderne Staat, der in seiner kurzen Entstehungs- und Transformationsgeschichte eine Funktion nach der anderen an sich zieht. Das sich ausbildende Erziehungssystem gerät im 19. Jahrhundert unter die Regie des Nationalstaats. Die Verstaatlichung der Universitäten schreitet voran und die wissenschaftliche Forschung wird eine Angelegenheit nationalstaatlicher Interessen. Insofern lässt sich die Entwicklung des Staates mit einer gewissen Berechtigung als typischer Vorgang der Entdifferenzierung interpretieren. Auf der Akteursebene freilich handelt es sich um einen scharfen Kampf um die Grenzen und Zuständigkeiten von Staat und Religion. Diese Auseinandersetzung wird im 19. Jahrhundert in der Hauptsache zwischen Liberalen auf der einen Seite und katholischen Ultramontanen auf der anderen Seite ausgefochten. In den europäischen Kulturkämpfen stoßen zwei „universalistische Missionsprogramme“²² mit konträren Gesellschaftsentwürfen aufeinander. Bestrebungen und Zielsetzungen des Verschwindens und der Vernichtung von Religion und Kirche oder deren Zurückdrängung in die neu entstehende Sphäre des Privaten werden von liberalen Eliten bereits in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts entwickelt. Im liberalen Zeitalter avancieren die unterschiedlichen Varianten von liberalen Säkularisierungstheorien zu Programmen nationalstaatlicher Politik. In Deutschland übernimmt *Bismarck* ab 1871 die kirchen- und bildungspolitischen Zielsetzungen der Liberalen. Die mit einiger Gewaltbarkeit vorgetragenen Angriffe auf Kleriker, Klöster und kirchliche Einrichtungen bereiten wiederum den Boden für die Mobilisierung religiöser Gegenbewegungen. Angesichts des liberalen Drucks gelingt es den Akteuren der reorganisierten und wiedererstarkten katholischen Kirche, die Volksreligion zu verkirchlichen und zugleich zu politisieren und relativ geschlossene Milieus unterschiedlicher

²¹ *Dietrich Rüchemeyer*, Über Entdifferenzierung, in: *Die Modernisierung moderner Gesellschaften*, hg. von Wolfgang Glatzer, 1991, S. 378–381.

²² *Borutta*, Antikatholizismus (o. Fn. 4), S. 392.

Prägung aufzubauen. Die Kombination der Faktoren Außendruck, eine kirchlich-dogmatisch kontrollierte Weltanschauung, gemeinsame Alltagsrituale und die Bestrebung, deutungsrelevante Alltagsbedürfnisse möglichst umfassend im Deutungsraum der eigenen Institutionen abzudecken, bilden die Elemente des Milieus. Wo das Wahlrecht demokratisiert wird, entwickelt eben dieser Milieuzusammenhang eine eigene Dynamik und wird in Fragen insbesondere von Kultur-, Schul- und beginnender Sozialpolitik zu einem relevanten politischen Akteur und Machtfaktor. Folgt man dieser Deutung, so stehen sich im 19. Jahrhundert nicht ein um Autonomie kämpfender, ausdifferenzierter Staat mit seinen liberalen Akteuren einerseits und eine sich der Differenzierung und dem gesellschaftlichen Fortschritt widersetzen Kirche andererseits gegenüber. Vielmehr sind es zwei Mächte, die beide rivalisierende, umfassende Ordnungsprogramme besitzen und durchzusetzen suchen. In den europäischen Kulturkämpfen werden in harten Auseinandersetzungen national unterschiedliche Varianten der Grenzziehung zwischen den Einflussphären von Religion und Politik ausgehandelt. Ihrer Genealogie nach erscheint die Säkularisierungstheorie viel zu stark in die Kämpfe zweier Mächte mit umfassenden Ansprüchen verstrickt, als dass sie ohne weiteres zur Erklärung dieser Entwicklung herangezogen werden könnte.²³

3. Religion unter den Bedingungen funktionaler Differenzierung

Negative Rückwirkungen der funktionalen Differenzierung – so die soziologische Perspektive – treffen vornehmlich Religion und Kirche. Nachdem sich die in Konfessionen gespaltene Religion als unfähig zur gesellschaftlichen Integration und Friedenserhaltung erwiesen hat, sieht sich der Staat gezwungen, selbst für Ordnung und Frieden zu sorgen und der Religion im Rahmen seiner Ansprüche unbegrenzter Souveränität eine untergeordnete, pazifizierte Stellung zuzuweisen.²⁴ Mit der Aufhebung des Zinsverbots durch *Pius VIII.* im Jahr 1830 schüttelt die sich formierende kapitalistische Wirtschaft letzte Reste wirksamer kirchlicher Einsprüche in das wirtschaftliche Leben ab. Als Erzeugerin und Vermittlerin des für alle Bürger relevanten Weltwissens verdrängt die Wissenschaft die Religion und weist dieser einen kognitiv prekären Status zu. Entsprechend verliert

13

²³ Borutta, ebd., S. 415.

²⁴ Böckenförde, Die Entstehung des Staates, (o. Fn. 9), S. 75–94.

die Religion ihren traditionell privilegierten Einfluss auf das öffentliche Erziehungssystem, das unter staatlicher Regie expandiert und alle Bevölkerungsschichten inkludiert. Religion und Kirche sehen sich auf die durch die großen Institutionen freigegebene Sphäre des Privaten verwiesen. Als Kerninstitution des Privaten gilt aber die Familie, so dass es fraglich erscheint, welcher genuine Ort Religion und Kirche in der ausdifferenzierten modernen Gesellschaft eigentlich bleiben sollte. Deshalb ist es nur konsequent, wenn seit den Ursprüngen der Soziologie im Umbruch zum 20. Jahrhundert der Religion möglicherweise zwar noch eine Rolle für die Genese der ausdifferenzierten, modernen Welt zugedacht wird, wie explizit bei *Max Weber*, sie aber in einen tragischen Prozess der Selbstdepotenzierung verstrickt erscheint.²⁵ Auf dieser Linie konstatieren die Vertreter der Säkularisierungstheorie bis heute eine prinzipielle Spannung und Fremdheit der Religion in der modernen Welt, die ihre Schwächung und Zurückdrängung überall dort wahrscheinlich und erwartbar macht, wo diese in ihren ausdifferenzierten und verselbständigten Strukturen zur Durchsetzung gelangt.²⁶ Die sich schon im 18. Jahrhundert aus der Kirchenzucht befreienden Individuen gehen im 19. Jahrhundert vermehrt in Distanz zu Religion und Kirche. Die städtischen, männlichen Eliten, die Lebensschwerpunkte in den Sphären von Wissenschaft, Wirtschaft und staatlicher Politik aufweisen, bilden die Avantgarde der im 19. Jahrhundert einsetzenden Entkirchlichung. In den Dimensionen des regelmäßigen Kirchgangs, der Teilnahme am Kommunionempfang, des Bezeugens eines persönlichen Glaubens und der Befolgung kirchlicher Verhaltensnormen lassen sich seitdem langfristige Prozesse der Entkirchlichung beobachten.²⁷

4. Religiöse Vitalisierung am Beispiel der katholischen Milieubildung

- 14** Die Schwächung der christlichen Religion im Zusammenhang der nachhaltigen Durchsetzung funktionaler Differenzierung im 19. Jahrhundert stellt aber nur eine Seite des Gesamtprozesses dar.

²⁵ *Hartmann Tyrell*, Potenz und Depotenzierung der Religion – Religion und Rationalisierung bei Max Weber, *Saeculum* 44 (1993), S. 300–347.

²⁶ *Detlef Pollack*, Rückkehr des Religiösen?, 2009, S. 1–104.

²⁷ *Antonius Liedhegener*, Säkularisierung als Entkirchlichung. Trends und Konjunkturen in Deutschland von der Mitte des 19. Jahrhunderts bis zur Gegenwart, in: *Umstrittene Säkularisierung* (o. Fn. 2), S. 481 (506–523).

Die Perspektive muss um einen Blick auf religiöse Vitalisierungsprozesse ergänzt werden. Der Katholizismus des 19. Jahrhunderts stellt das markanteste Beispiel für eine religiöse Gegenbewegung gegenüber den Folgen funktionaler Differenzierung dar. Spätestens seit Mitte des Jahrhunderts kam es zu einer neuartigen Vitalisierung der katholischen Religionspraxis, in deren Zentrum die von allen Seiten bedrohte und herausgeforderte Kirche stand.²⁸ Die Impulse für die kirchliche Erneuerung kamen nicht primär von der Kirche und ihrer Hierarchie selbst, sondern entwickelten ihre Virulenz vornehmlich innerhalb der katholischen Bevölkerungsteile. Die Wurzeln lagen in den Protestbewegungen gegen den Durchbruch funktionaler Differenzierung im 19. Jahrhundert. Das Erstarken eines neuartigen Katholizismus war ein gesamteuropäisches Phänomen, wenn die Formierungsprozesse auch in den gemischtkonfessionellen Ländern Deutschland, Niederlande und Schweiz besonders ausgeprägt ausfielen. Auf der weltanschaulichen Ebene waren es die antikatholischen Ideen der französischen Aufklärung und der Französischen Revolution, gegen die sich die katholische Bewegung formierte. Gegen die Verselbständigung des Staates und deren Legitimation über die Idee der Volkssouveränität hielt die katholische Welt am göttlichen Ursprung aller Staatsgewalt fest. Entsprechend behauptete sie ein Recht der Kirche zur Gestaltung der öffentlichen Ordnung. Gegen den sich durchsetzenden Kapitalismus setzte sie eine um Kontinuität mit vormodernen Strukturen bemühte kapitalismuskritische, ständestaatliche Ordnung. Gegen die moderne Wissenschaft griff sie auf ein Wissenschaftskonzept zurück, das die Konflikte zwischen Wissenschaft und Glaube in einer zeitlosen Hierarchie der Wahrheiten zugunsten des Glaubens immer schon aufgehoben sah. Ihre soziale Basis fanden die Ideen in wiedererweckten alten und neuen Vergesell-

²⁸ *Thomas Nipperdey*, Religion im Umbruch. Deutschland 1870 bis 1918, 1988, S. 9–66; *Wilfried Loth*, Soziale Bewegungen im Katholizismus des Kaiserreichs, in: *Geschichte und Gesellschaft* 17 (1991), S. 289–310; *Antonius Liedhegener*, Der deutsche Katholizismus um die Jahrhundertwende (1890–1914). Ein Literaturbericht, in: *Jahrbuch für christliche Sozialwissenschaften* 32 (1991), S. 361–392; *Arbeitskreis für kirchliche Zeitgeschichte (AKKZZG)*, Katholiken zwischen Tradition und Moderne. Das katholische Milieu als Forschungsaufgabe, in: *Westfälische Zeitschrift* 43 (1993), 588–654; *Josef Mooser*, Das katholische Milieu in der bürgerlichen Gesellschaft. Zum Vereinswesen des Katholizismus im späten Deutschen Kaiserreich, in: *Religion im Kaiserreich. Milieus – Mentalitäten – Krisen. Religiöse Kulturen der Moderne*, Bd. 2, hg. von Olaf Blaschke / Frank-Michael Kuhlemann, 1996, S. 59 (89–92); *Karl Gabriel*, Religiöses Milieu, in: *Handbuch Religionssoziologie*, hg. von Detlef Pollack / Volkhard Krech / Olaf Müller, 2018, S. 611, 621–623.

schaftungsformen. Der Protest gegen die gesellschaftlichen Ausdifferenzierungsprozesse machte sich Luft in demonstrativen Massenbewegungen eines aufblühenden Wallfahrtswesens. Der Glaube an Wundererscheinungen nahm auch die Form eines politischen Protests an. Forciert und befeuert wurde die katholische Bewegung durch einen militanten Antikatholizismus. Der sah in der katholischen Religion das größte Hindernis auf dem Weg in eine fortschrittliche Zukunft und schreckte auch vor physischer Gewalt nicht zurück.²⁹ Die religiösen, politischen, sozialen und caritativen Motive und Interessen der katholischen Bevölkerungen organisierten sich in den modernen Formen des Vereins und schlagkräftigen Massenorganisationen. Insofern griff der katholische Antimodernismus des 19. Jahrhunderts zugleich auf moderne Formen und Mittel zurück. Die dichteste Ausprägung nahm das Vereinswesen im sozialen, politischen und caritativen Katholizismus an. Die vom niederen Klerus tatkräftig unterstützte Gründung von Arbeitervereinen wurde gegen Ende des Jahrhunderts ergänzt durch christliche Gewerkschaften und die Gründung des „Volksvereins für das katholische Deutschland“ als Massenorganisation des sozialen Katholizismus. Aus spontanen Hilfeaktionen katholischer Bürger entwickelte sich ab der Mitte des Jahrhunderts ein weitverzweigtes caritatives Vereinswesen, das gegen Ende des Jahrhunderts eine organisatorische Zusammenfassung in caritativen Diözesanverbänden und im Deutschen Caritasverband fand. Aus dem losen Zusammenschluss katholischer Abgeordneter entwickelte sich die Zentrumsparterie als parteipolitischer Flügel des katholischen Milieuzusammenhangs. Das katholische Vereins- und Organisationswesen machte im 19. Jahrhundert eine eigene Parteiorganisation des Zentrums weitgehend unnötig. Zu den Konstellationen, die in Deutschland die Formierung des katholischen Milieus in besonderer Weise befördert haben, gehört die Zuspitzung des liberalen Antikatholizismus im Kulturkampf *Bismarcks*. Kulturkämpfe waren aber in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ein gesamteuropäisches Phänomen. Unter dem scharfen Druck, den der aggressive Antikatholizismus ausübte, hatten die Ansätze eines liberalen Katholizismus keine Chance. Die Formierung des Katholizismus erfolgte unter dem Vorzeichen des Ultramontanismus, der von sich aus eine enge Verbindung zum römischen Zentrum suchte. Von Rom aus erfuhr die zunächst primär vom niederen Klerus getragene katholische Bewegung dadurch eine Festigung und theologische Legitimation, dass die Ansätze einer liberalen, auf Ausgleich mit der modernen Welt

²⁹ *Borutta*, Antikatholizismus (o. Fn. 4), S. 218–265.

bedachten theologischen Richtung bekämpft und ausgeschaltet wurden. Gleichzeitig setzte man von Rom aus unter dem Einsatz repräsentativer Mittel die Neuscholastik als kirchliche Einheitslehre in Philosophie und Theologie durch. Zum ersten Mal in der Geschichte nahm die Kirchenorganisation eine zentralistische Struktur an, obwohl die begrenzten Organisationsmittel des römischen Zentrums nicht verhindern konnten, dass die Struktur angesichts der Vielfalt von Aktivitäten und Organisationsformen – etwa im Bereich der Orden – weitgehend eine Fiktion blieb. Dem antikatholisch geprägten Blick *Max Webers* entging nicht, dass mit den auf dem 1. Vatikanum von den Ultramontanen durchgesetzten Universalepiskopat und der Infallibilität des Papstes der Schlussstein einer – von *Weber* als „Kaplanokratie“ karikierten – neuen zentralistisch-bürokratischen Kirchenstruktur etabliert wurde.³⁰ Die Charismatisierung der Päpste und insbesondere die Sakralisierung der neu gewonnenen zentralistischen Kirchenorganisation bewirkten, dass für die Gläubigen die von Rom aus geleitete Kirche und ihre Organisation nicht als Bürokratie, sondern als sakraler Garant eines angefochtenen Glaubens erschienen.³¹

5. Die Gleichzeitigkeit von Prozessen der Freisetzung (Entkirchlichung) und Einbindung (Verkirchlichung)

Es erscheint vielleicht paradox, dass das 19. Jahrhundert mit demselben Recht, mit dem es als Epoche der Entkirchlichung gekennzeichnet werden kann, sich auch als Zeitalter der Verkirchlichung begreifen lässt.³² Zum Umbau der Gesellschaft im 19. Jahrhundert gehört auch eine neue Sozialgestalt des Christentums. Die im Hochmittelalter eröffnete Trennung des Geistlichen vom Weltlichen erhielt nun die Ausdrucksgestalt einer eigenständigen Lebenssphäre des

15

³⁰ *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*. Grundriss der verstehenden Soziologie. Studienausgabe, hg. von Johannes Winckelmann, Hbd. 1, 1956, S. 163, 1047, 1066.

³¹ *Michael N. Ebertz*, *Herrschaft in der Kirche*. Hierarchie, Tradition und Charisma im 19. Jahrhundert, in: *Zur Soziologie des Katholizismus*, hg. von Karl Gabriel / Franz-Xaver Kaufmann, 1980, S. 89–111; *ders.*, *Die Bürokratisierung der katholischen „Priesterkirche“*, in: *Priesterkirche*, hg. von Paul Hoffmann, 1989, S. 132–163.

³² *Franz-Xaver Kaufmann*, *Kirche begreifen*. Analysen und Thesen zur gesellschaftlichen Verfassung des Christentums, 1979, S. 100–104; *ders.*, *Kirchenkrise*. Wie überlebt das Christentum?, 3. Aufl. 2011, S. 82–97.

Kirchlich-Religiösen im Unterschied von allen anderen Lebensbereichen. Die religiös legitimierte, durch Kirchenzucht in Form gehaltene und alle Lebensbereiche normierende ständische Lebensführung zerbrach. So kam die Differenzierung des sozialen Lebens – durch die Herkunft der modernen Gesellschaft erzwungen – als Emanzipation vom kirchlich verfassten Christentum auf den Weg. Allerdings nahm der Umbauprozess dabei die doppelte Gestalt eines Verkirchlichungsprozesses und eines Entkirchlichungsprozesses zugleich an. Auf der einen Seite konzentrierten sich nun die Sinngehalte und Ausdrucksgestalten der christlichen Tradition in ihrer sozialen Verankerung auf einen von den übrigen Lebensbereichen sich absondernden Sonderbereich des „Kirchlichen“. Dies begann mit der Trennung der Bürgergemeinde von der Kirchengemeinde. Es setzte sich mit der Absonderung der Sozialisation und Lebensführung der Geistlichen von der übrigen Bevölkerung fort und fand seinen Ausdruck in der Verfestigung eines kirchlich-dogmatischen Christentums auf der Ebene von Kirchenlehre und kirchlicher Theologie. Im Katholizismus schon im 19. Jahrhundert, im Protestantismus erst im 20. Jahrhundert entwickelte sich daraus eine eigene, kirchlich-organisatorisch gefassete Sozialgestalt des Christentums, die ihrerseits mehr oder weniger erfolgreich um die Emanzipation von den Omnipotenzansprüchen des modernen Staates kämpfte. Wenn auch die Entwicklung im deutschen Mehrheitsprotestantismus deutlich anders verlief als im Katholizismus, so bringt *Lucian Hölscher* die Frömmigkeitsentwicklung im deutschen Protestantismus des 19. Jahrhunderts doch unter die Überschrift „Das Zeitalter der Kirche“³³. Parallele Entwicklungen im Katholizismus und Protestantismus des 19. Jahrhunderts lassen sich insbesondere im caritativ-diakonischen Bereich beobachten.³⁴

- 16 Mit dieser neuartigen Verkirchlichung des Christentums ist eine gleichzeitige Freisetzung von Sphären des gesellschaftlichen Lebens, von sozialen Zonen und Regionen und von sozialen Schichten und Lebensmilieus verbunden. Der kirchliche Einfluss auf Politik, Wirtschaft und Familienleben reduziert sich, die Verstädterung verbindet sich mit einem hohen Grad der Entkirchlichung und das neu entstehende Bildungs- und Wirtschaftsbürgertum auf der einen Seite und weite Teile des Proletariats auf der anderen Seite lösen sich von der

³³ *Lucian Hölscher*, Geschichte der protestantischen Frömmigkeit in Deutschland, 2005, S. 175–400.

³⁴ *Karl Gabriel*, Religionen und Soziale Arbeit, in: Handbuch Soziale Arbeit, hg. von Hans-Uwe Otto/Hans Thiersch, 6. Aufl. 2018, S. 1287 (1290–1293).

sich verkirchlichenden Variante des Christentums. Gleichzeitig aber suchen traditionell geprägte Bevölkerungsgruppen und Sozialbewegungen, die sich dem Umbau der Gesellschaft entgegenzustellen trachten, die Nähe und den Schutz der kirchlichen Strukturen.

Jene Bevölkerungsgruppen, die sich dem Verkirchlichungsprozess entzogen haben, werden freilich weder religionslos, noch lassen sie sich ohne weiteres als entchristlicht charakterisieren. Im Bürgertum entwickelt sich vielmehr eine neue Sozialform der Religion, die weder die christliche Tradition gänzlich hinter sich lässt, noch alle Verbindungen zum kirchlichen Christentum abbricht.³⁵ Ihr Charakteristikum ist die Transformation der Religion in Religiosität. Sie realisiert die unmittelbare Zugänglichkeit des Religiösen für den einzelnen und die damit verbundene Subjektivierung der objektiven religiösen Gehalte der christlichen Tradition. In sie gehen auf der Folie der vom Christentum mitgeprägten bürgerlichen Reflexionskultur die neuen Erfahrungen des Bürgertums ein und geben ihr aus der Sicht des kirchlich verfassten Christentums einen synkretistischen Charakter. Auch im Fall der Religion lässt sich vom Bürgertum ausgehend eine stärkere Verallgemeinerung der neuen Sozialform der Religion beobachten. Mit der bürgerlichen Gesellschaft wird die Religion insofern zur Privatsache, als die Form der Teilhabe an der religiös-kirchlichen Sphäre prinzipiell der freien Entscheidung des einzelnen anheimgestellt ist.³⁶ Die Religionsfreiheit soll dabei sowohl den freien Zugang zur Religion als auch die freie Entscheidung gegenüber den Totalitätsansprüchen der Religion sichern.

17

V. Die vielen Gesichter des (kurzen) 20. Jahrhunderts: 1914–1989

1. Asymmetrische Entkirchlichung in Deutschland

Auch für das 20. Jahrhundert gilt, dass die gesellschaftliche Transformation in Richtung einer stärkeren funktionalen Differenzierung der Gesellschaft den Rahmen für die Entwicklung von Religion und

18

³⁵ Lucian Hölscher, Die Religion des Bürgers. Bürgerliche Frömmigkeit und protestantische Kirche im 19. Jahrhundert, in: Historische Zeitschrift 250 (1990), S. 595–630.

³⁶ Luhmann, Funktion der Religion (o. Fn. 5), S. 232; Monika Wohlrab-Sahr, Säkularisierte Gesellschaft, in: Klassische Gesellschaftsbegriffe der Soziologie, hg. von Georg Kneer/Armin Nassehi/Markus Schroer, 2001, S. 308 (323–326).

Kirche in Deutschland bildet. Erst wenn man aber auch die vielfachen historischen Brechungen des Differenzierungsprozesses in den Blick nimmt, lässt sich der spezifische Pfad der Religionsentwicklung in Deutschland rekonstruieren. Zu den weiterhin wirksamen Konstellationen gehört die konfessionelle Spaltung des Landes mit einer großen katholischen Minderheit, die einen hohen Grad der Selbstorganisation aufweist. Als Konsequenz einer durch die konfessionelle Spaltung begünstigten religionsfreundlichen Aufklärung wird in Deutschland – anders als in Frankreich – die Religion als solche nicht zum Problem und zur Konfliktlinie gegenüber dem Staat.³⁷ Zum Schicksal Deutschlands in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts gehört aber auch, dass die gesellschaftliche Verunsicherung, die durch die wirtschaftliche Öffnung und gesellschaftliche Transformation hervorgerufen wird, in die Katastrophe der nationalsozialistischen Herrschaft und des Krieges führt.³⁸ Religionsgeschichtlich betrachtet kommt mit dem Nationalsozialismus ein freireligiöses, nationalistisches Regime zur Macht, das von den Entkirchungsprozessen insbesondere innerhalb der protestantischen Bevölkerung profitiert. In der Krise der Weimarer Republik und im Zuge der nationalsozialistischen Machtergreifung versagen aber auch die katholische kirchliche Hierarchie ebenso wie der verfasste Katholizismus in Deutschland.³⁹

- 19 Die Entkirchlichungsprozesse im protestantischen Deutschland reichen bis in das 19. Jahrhundert zurück. So zeigt die Statistik der Abendmahlsbeteiligung schon seit 1880 eine stark rückläufige Tendenz.⁴⁰ Von 1880 bis 1940 sinkt sie zum Beispiel von 45 auf 17 Prozent. Die Kirchengaustrittszahlen weisen in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts große Schwankungen auf.⁴¹ Im deutschen Kaiserreich gab es vereinzelt Kampagnen der sozialdemokratischen Arbeiterschaft zum Kirchengaustritt. Eine erste signifikante Austrittswelle aus den evangelischen Landeskirchen verzeichnen die frühen Jahre der Weimarer Republik. Mit der verfassungsmäßig anerkannten negativen wie positiven Religionsfreiheit in der Weimarer Reichsverfas-

³⁷ *Martin*, A General Theory (o. Fn. 1), S. 50.

³⁸ *Karl Polanyi*, The Great Transformation. Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen, 1978 (zuerst 1944); *Jürgen Habermas*, Die postnationale Konstellation. Politische Essays, 1998, S. 129.

³⁹ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Christlicher Glaube in den Herausforderungen der Zeit. Beiträge zur politisch-theologischen Verfassungsgeschichte 1957–2002, 2003, S. 274.

⁴⁰ *Liedhegener*, Säkularisierung (o. Fn. 27), S. 507.

⁴¹ *Liedhegener*, ebd., S. 513–516.

sung fallen auch die administrativen Hindernisse für den Kirchenaustritt weg, die für das Kaiserreich kennzeichnend waren. Gleichzeitig wird flächendeckend die Kirchensteuer eingeführt. Einen zweiten Höhepunkt der Kirchenaustritte weisen die Jahre 1937 bis 1939 auf, in denen die Nationalsozialisten ihre Anhänger zum Kirchenaustritt auffordern. Schon in den 1920er Jahren sind die Kirchenaustritte als Hinweise auf die Formierung säkularer Milieus zu werten, die sich insbesondere in protestantisch geprägten Großstädten bilden.⁴² Zentren der Konfessionslosigkeit sind 1925 neben Berlin auch Braunschweig mit 11 Prozent und Leipzig mit 10 Prozent konfessionsloser Bevölkerung. Was zentrale statistische Indikatoren wie die Abendmahlsbeteiligung, der Gottesdienstbesuch und die Kirchenaustritte angeht, so verweisen sie für die evangelischen Landeskirchen auf einen insgesamt kontinuierlich verlaufenden Loslösungs- und Auswanderungsprozess, der nur in Zeiten nationaler Hochstimmung im Jahr 1914 und 1933 unterbrochen wird.⁴³

Bis zum Jahr 1935 verläuft dagegen die Entwicklung im deutschen Katholizismus deutlich gegenläufig, sodass mit Blick auf die beiden Konfessionen von einer asymmetrischen Religionsentwicklung gesprochen werden muss.⁴⁴ Die Zahl der Osterkommunionen in der katholischen Bevölkerung steigt in der Weimarer Republik noch an und erreicht im Jahr 1935 mit 62 Prozent den höchsten Wert. Eine ähnliche Entwicklung zeigen die Daten zum sonntäglichen Messbesuch: von 52 Prozent im Jahr 1928 steigen sie auf den Spitzenwert von 56 Prozent im Jahr 1935. Die Wellen des Kirchenaustritts spielen sich in der Weimarer Zeit und auch im Nationalsozialismus weitgehend außerhalb der katholischen Bevölkerungsteile ab. Allerdings folgen dann auf wesentlich geringerem Niveau auch die katholischen Austritte den protestantischen Konjunkturen. Bis zum Jahr 1935 – darauf verweisen die statistischen Daten – bleibt das im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts gebildete katholische Milieu nicht nur intakt, sondern lässt sogar eine gewisse Tendenz zur Verfestigung erkennen. Mit dem Höhepunkt im Jahr 1935 ist allerdings auch ein erster Wendepunkt in der Dynamik der katholischen Ver- und Entkirchlichung in Deutschland erreicht. Vorbereitet wird die Entwicklung nach 1935 durch Tendenzen einer stärkeren religiösen Plurali-

20

⁴² Benjamin Ziemann, Zur Entwicklung christlicher Religiosität in Deutschland und Westeuropa, 1900–1960, in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 65 (2013), S. 99 (111).

⁴³ Vgl. auch Andreas Feige, Kirchenentfremdung / Kirchenaustritte, in: TRE, Bd. 28, S. 530–535.

⁴⁴ Liedhegener, Säkularisierung (o. Fn. 27), S. 510.

sierung und eines Rückgangs der konfessionellen Homogenität, die sich zum Beispiel für das Land Baden zwischen 1825 und 1925 gut nachweisen lässt.⁴⁵ So sinkt in diesem Zeitraum die Zahl der ausschließlich von Katholiken bewohnten Gemeinden rapide und es wächst die Zahl der ‚sonstigen‘ Bekenntnisse, „d. h. die Zahl derer, die weder katholisch noch Mitglied der evangelischen Landeskirchen noch jüdischen Glaubens sind“.⁴⁶ Die lokale konfessionelle Durchmischung führt auch dazu, dass in Baden die Zahl der Mischehen kontinuierlich ansteigt und im Jahr 1924/1925 den Wert von 17,7 Prozent erreicht.

21 Strittig unter den Religions- und Sozialhistorikern ist bis heute die Frage, welche Wirkung die Erfahrungen der beiden Weltkriege auf Kirchlichkeit und Kirchenbindung in Deutschland gehabt hat. Während *Wilhelm Damberg* und *Patrick Pasture* keinen nennenswerten Einfluss der Weltkriegserfahrungen auf die Entwicklung der Kirchenbindung erkennen können⁴⁷, vertritt *Benjamin Ziemann* explizit eine gegenteilige Position. „Beide Weltkriege warfen in aller Schärfe das Problem der Theodizee auf, ohne dass dieses von den christlichen Kirchen hinreichend beantwortet werden konnte.“⁴⁸

22 In den Jahren 1945 bis 1949 ist von derartigen Defiziterfahrungen allerdings wenig zu spüren. Im Gegenteil: In der Krise der deutschen Zusammenbruchsgesellschaft erhält ein Interpretationsmodell Bedeutung, das auf spezifische Weise Vorstellungen von ‚Säkularisierung‘ und ‚Rechristianisierung‘ miteinander verbindet.⁴⁹ Darin wird die nationalsozialistische Herrschaft als End- und Höhepunkt eines lang anhaltenden Säkularisierungsprozesses gedeutet, der zu einem Abfall vom Christentum geführt habe. Deshalb sei im Zusammen-

⁴⁵ *Marc Breuer*, Religiöser Wandel als Säkularisierungsfolge. Differenzierungs- und Individualisierungsdiskurse im Katholizismus, 2012, S. 213.

⁴⁶ *Breuer*, ebd., S. 213.

⁴⁷ *Wilhelm Damberg / Patrick Pasture*, Restoration and Erosion of Pillarised Catholicism in Western Europe, in: *The Transformation of the Christian Churches in Western Europe 1945–2000*, hg. von Leo Kenis/Jaak Billiet/Patrick Pasture, 2010, S. 55 (61–63).

⁴⁸ *Ziemann*, Zur Entwicklung (o. Fn. 42), S. 118.

⁴⁹ *Martin Greschat*, „Rechristianisierung“ und „Säkularisierung“. Anmerkungen zu einem europäischen interkonfessionellen Interpretationsmodell, in: *Christentum und politische Verantwortung. Kirchen im Nachkriegsdeutschland*, hg. von Jochen-Christoph Kaiser/Anselm Doering-Manteuffel, 1990, S. 1 (7); *Wolfgang Löhr*, Rechristianisierungsvorstellungen im deutschen Katholizismus 1945–1948, ebd., S. 25 (31).

bruch des Nationalsozialismus die „Stunde der Kirche“⁵⁰ gekommen. Beide Kirchen rufen entsprechend zu einer Rechristianisierung Deutschlands und ganz Europas auf. Tatsächlich kommt es nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Regimes zu einer gewissen Rückwendung zu den Kirchen. *Benjamin Ziemann* verweist freilich darauf, dass in beiden Konfessionen die Kirchlichkeitswerte der Zeit vor 1935 dennoch nicht mehr erreicht werden und spricht von einer religiösen „Scheinblüte“.⁵¹ Die Kirchen können aber – insbesondere die katholische – ein hohes Maß an institutioneller Kontinuität realisieren und werden im Zusammenbruch der gesellschaftlichen Institutionen als Hort der Stabilität wahrgenommen. Angesichts der sozialen Not sind es Caritas und Innere Mission, die weitgehend an die Stelle staatlicher sozialer Hilfen treten.⁵²

1949 beginnt die vierzig Jahre währende Phase deutscher Zweistaatlichkeit, die zwei Systeme mit gegensätzlichen Pfaden im Verhältnis von Religion, Kirche und Staat hervorbringt. Im Westen Deutschlands setzt sich mit der Übernahme der Kirchenartikel der Weimarer Reichsverfassung das auf den Grundlagen einer religionsfreundlichen Aufklärung gewachsene Modell der Kooperation fort. Im Osten Deutschlands kommt es unter dem Einfluss der Sowjetunion zum historisch einmaligen Experiment eines säkularistischen, kirchenfeindlichen Regimes auf deutschem Boden.

23

2. Die Entwicklung von Religion und Kirche in Westdeutschland 1949–1989

Wirft man einen Blick auf die Entwicklung von Religion und Kirche in der Nachkriegsgeschichte Westdeutschlands, so lassen sich drei Phasen mit deutlich unterschiedlicher Prägung unterscheiden.⁵³ Eine erste Phase bilden die ‚langen‘ 1950er Jahre, die sich als das Jahrzehnt der Kirchen in Westdeutschland charakterisieren lassen.

24

⁵⁰ So *Hans Asmussen*, Leiter der Kirchenkanzlei der EKD im August 1945, siehe: *Greschat*, Rechristianisierung (o. Fn. 49), S. 1.

⁵¹ *Ziemann*, Zur Entwicklung (o. Fn. 42), S. 113.

⁵² *Ewald Frie*, Zwischen Katholizismus und Wohlfahrtsstaat, in: *Jahrbuch für Christliche Sozialwissenschaften* 38 (1997), S. 21 (35).

⁵³ *Karl Gabriel*, Christentum zwischen Tradition und Postmodernen, 7. Aufl. 2000, S. 43–52; *ders.*, Kirchen im gesellschaftlichen Wandel, in: *Theologie und Glaube* 100 (2010), S. 260–263; *Michael N. Ebertz*, Kirche im Gegenwind. Zum Umbruch der religiösen Landschaft, 1997, S. 34–39; *Thomas Großbölting*, Der verlorene Himmel. Glaube in Deutschland seit 1945, S. 21–94.

Von der Staatsgründung der Bundesrepublik 1949 bis etwa Mitte der 1960er Jahre nehmen die beiden großen Kirchen, die evangelischen Landeskirchen und die katholische Kirche, eine für die Geschichte der Kirchen in Deutschland geradezu einmalige Stellung ein. Beinahe die Gesamtbevölkerung – 1950 waren es 96 Prozent – bezeichnet sich als Christen und besitzt eine Kirchenmitgliedschaft. Die Kirchenaustrittszahlen befinden sich auf einem historisch niedrigen Niveau. Die Kirchenbesucherzahlen steigen in beiden Kirchen leicht an, zwischen 1952 und 1963 für die Katholiken von 51 auf 55 Prozent und für die Protestanten von 13 auf 15 Prozent. Die starke Präsenz der Kirchen in der politischen und kulturellen Öffentlichkeit sowie die Zahlen über das Beteiligungsverhalten sind in die spezifische gesellschaftlich-kulturelle Situation der Nachkriegszeit eingebettet. Die Kirchen gehen aus dem Zusammenbruch des Nationalsozialismus zunächst organisatorisch wie geistig gestärkt hervor. Durch die Flüchtlingsströme wird zudem die konfessionelle Landschaft in Deutschland wie seit dem 17. Jahrhundert nicht mehr durcheinander gewirbelt. Die für Migrationsbewegungen typische religiöse Mobilisierung ist in beiden Konfessionen spürbar und etablierte die christlichen Kirchen der 1950er Jahre als „monopolartige Repräsentanten“ von Religion in der Bundesrepublik.⁵⁴ Das Wertklima in der Gesellschaft ist durch eine Dominanz bürgerlich-christlicher „Pflicht- und Akzeptanzwerte“ geprägt, zu deren Geltung die Kirchen einen erheblichen Beitrag leisten.⁵⁵ Der Einfluss der Kirchen beschränkt sich dabei nicht auf den kulturellen Bereich, er schlägt sich insbesondere auch in der Sozialstaatsentwicklung der 1950er Jahre nieder. Wie sich an der Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für die Etablierung einer „dualen“, durch den Vorrang der „freien“ Träger geprägten Wohlfahrtspflege in Westdeutschland zeigen lässt, kommt den kirchlichen Soziallehren, insbesondere der katholischen, eine hohe Bedeutung zu.⁵⁶ Die nachkriegszeitbedingte Sondersituation der 1950er

⁵⁴ *Karl-Fritz Daiber*, Religiöse Orientierungen und Kirchenmitgliedschaft in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Religion, Kirchen und Gesellschaft in Deutschland* (o. Fn. 14), S. 61 (73).

⁵⁵ *Helmut Klages*, Wertorientierungen im Wandel. Rückblick, Gegenwartsanalyse, Prognosen, 2. Aufl. 1985, S. 17–19.

⁵⁶ *Christoph Sachße*, Verein, Verband und Wohlfahrtsstaat: Entstehung und Entwicklung der „dualen“ Wohlfahrtspflege, in: *Von der Wertgemeinschaft zum Dienstleistungsunternehmen. Jugend- und Wohlfahrtsverbände im Umbruch*, hg. von Thomas Rauschenbach / Christoph Sachße / Thomas Olk, 1995, S. 136; *Karl Gabriel*, Wohlfahrtsregime und Religion: Der Beitrag des Katholizismus zur dualen Wohlfahrtspflege in Deutschland, in: *Religion – Staat – Politik. Zur Rolle der Religion in der nationalen und internationalen Politik*, hg. von Manfred Brocker / Hartmut Behr / Mathias Hildebrandt, 2003,

Jahre für die Kirchen in der Bundesrepublik trägt dazu bei, dass die weitere Entwicklung vornehmlich als Prozess der Entkirchlichung in den Blick kommt. Verstärkte Prozesse der Ablösung setzen bereits Mitte der 1960er Jahre ein und prägen die weitere Entwicklung von Religion und Kirchen in Westdeutschland.

In den Jahren 1965 bis 1975 kommt es zu einem tiefgreifenden Umbruch der religiösen Landschaft in Westdeutschland.⁵⁷ Die Austrittszahlen aus beiden Kirchen schnellen auf ein Vielfaches nach oben. Innerhalb der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) treten zwischen 1968 und 1969 nicht mehr wie zuvor nur ca. 0,15 Prozent ihrer Mitglieder aus, sondern jetzt reichen die Austrittszahlen eines Jahres beinahe an 1 Prozent heran. Im Spitzenjahr für die katholische Kirche 1974 sind es 83.000 Personen, die ihr den Rücken zukehren, während es 1966 lediglich 22.000 gewesen sind. Zudem verliert zwischen den Jahren 1967 und 1973 die katholische Kirche knapp ein Drittel ihrer regelmäßigen Gottesdienstteilnehmer.⁵⁸ Unter den Jüngeren nimmt der Umbruch besonders drastische Ausmaße an. Besuchten 1963 noch 52 Prozent der katholischen Christen zwischen 16–29 Jahren regelmäßig den Gottesdienst, so sind es 10 Jahre später nur noch 24 Prozent. Besuchten 1963 noch 15 Prozent der Protestanten regelmäßig den Gottesdienst, so sinkt die Zahl im Jahr 1973 auf 7 Prozent.⁵⁹ Der Wertwandelsschub der Jahre zwischen 1965 und 1975, der sich in vielen Feldern der Gesellschaft bemerkbar macht, trifft die Kirchen in besonders scharfer Ausprägung. Sie gelten als die zentralen Träger der herrschenden Pflicht- und Akzeptanzwerte, von denen zunehmend mehr Menschen sich im Namen von Selbstentfaltungswerten zu emanzipieren suchen. Viele Christen geraten in einen Konflikt zwischen kirchlichem und gesellschaftlichem Wertesystem,

25

S. 187 (197); *Karl Gabriel*, Subsidiarität als Leitsemantik und Strukturmerkmal des deutschen Wohlfahrtsstaats, in: *Religion und Wohlfahrtsstaatlichkeit in Deutschland*, hg. von *dems./Hans-Richard Reuter*, 2017, S. 363–395.

⁵⁷ *Gabriel*, Christentum (o. Fn. 53), S. 52–60; *Ebertz*, Kirche im Gegenwind (o. Fn. 53), S. 39–47; *Großbölting*, Der verlorene Himmel (o. Fn. 53), S. 95–179; *Pollack / Rosta*, Religion (o. Fn. 2), S. 101–149; zur europäischen Dimension des religiösen Umbruchs siehe: *Hugh McLeod*, The Religious Crisis of the 1960s, 2007, S. 141–160; *Callum C. Brown*, What was the Religious Crisis of the 1960s?, in: *Journal of Religious History* 7 (2010), S. 1 (4).

⁵⁸ *Renate Köcher*, Religiös in einer säkularisierten Welt, in: *Elisabeth Noelle-Neumann / Renate Köcher*, Die verletzte Nation, 1987, S. 164 (175).

⁵⁹ *Renate Köcher*, ebd., S. 175; *Pollack / Rosta*, Religion (o. Fn. 2), S. 121.

der sie in eine stärkere Distanz zur institutionellen Ausprägung des Christentums bringt.⁶⁰

- 26 In den 1980er Jahren schwächt sich das Tempo des Entkirchlichungsprozesses deutlich ab. Die Austrittszahlen verharren auf einem Niveau, das klar über dem der 1950er Jahre liegt, aber die hohen Werte der ersten Hälfte der 1970er Jahre nicht mehr erreicht. Zugleich geht zwischen 1980 und 1992 der regelmäßige Kirchenbesuch unter den Katholiken Westdeutschlands von 29 auf 20 Prozent zurück, wobei unter den Protestanten die Zahl auf dem niedrigen Niveau von 6 Prozent stabil bleibt. Gleichwohl behalten in den 1980er Jahren die volkskirchlichen Elemente von Taufe, Trauung und kirchlicher Beerdigung hohe Akzeptanz in der westdeutschen Bevölkerung. So belegen die Daten der „Allgemeinen Bevölkerungsumfrage der Sozialwissenschaften“, dass in 1982 noch 92 Prozent der Bevölkerung einer der christlichen Religionsgemeinschaften angehören, nur 2 Prozent von diesen keine kirchliche Beerdigung wünschen, 85 Prozent der Gesamtbevölkerung kirchlich getraut werden und lediglich 3 bis 4 Prozent der Bevölkerung ihre Kinder nicht zu taufen beabsichtigten.⁶¹ Die 1980er Jahre lassen sich insgesamt unter den Stichworten von Pluralisierung und Individualisierung zusammenfassen. In beiden Kirchen zeigt die Kirchenmitgliedschaft eine wachsende innere Differenzierung zwischen einem kleiner werdenden kirchennahen Kern und einem wachsenden Kreis allgemeiner Christlichkeit. So belegen Forschungen zum Verhältnis von Jugend und protestantischer Kirche Ende der 1970er Jahre, dass der kirchengemeindenahen Kern unter den Jugendlichen einerseits auf 6 Prozent geschrumpft ist, zugleich 87 Prozent die christlichen Glaubensaussagen zwar nicht für fraglos gültig halten, aber ihnen im Prinzipiellen zustimmen und das Christentum als solches für unverzichtbar halten.⁶²

- 27 Zusammenfassend ergibt sich folgendes Bild: Die Kirchen in Westdeutschland befinden sich in einer ambivalenten Lage. Wie andere gesellschaftliche Großorganisationen wie etwa die Gewerkschaften und die Parteien auch gelten sie seit längerem als typische Verlierer der gesellschaftlichen Modernisierung: Sie sehen sich mit Höhepunkten in den 1970er Jahren mit steigenden Austrittszahlen konfrontiert, der regelmäßige Gottesdienstbesuch ist seit den 1960er Jahren rück-

⁶⁰ Gerhard Schmidtchen, Protestanten und Katholiken. Soziologische Analyse konfessioneller Kultur, 1973, S. 57.

⁶¹ ALLBUS – Allgemeine Bevölkerungsumfrage der Sozialwissenschaften 1982. Zentralarchiv für empirische Sozialforschung Köln, 1982, S. 52.

⁶² Andeas Feige, Erfahrungen mit Kirche, 2. Aufl. 1982, S. 412, 418.

läufig, die Bindung an die Kirchen hat sich gelockert und die Zustimmung zu ihren zentralen Glaubenssätzen und Normen ist gesunken.

Zugleich haben, so muss man angesichts auch anders denkbarer Verläufe konstatieren, die Kirchen in Westdeutschland – vergleicht man ihre Lage mit der in Ostdeutschland – im gesellschaftlichen Struktur- und Mentalitätsumbruch der letzten 50 Jahre eine erstaunliche Stabilität gezeigt. Eine Mehrheit der Bevölkerung Westdeutschlands hat an der Kirchenmitgliedschaft festgehalten, die Kirchen verantworten Sonntag für Sonntag, mit wachsenden Zahlen an den Hochfesten von Weihnachten und Ostern, insbesondere aber bei Großereignissen wie Kirchentagen und Papstbesuchen, die öffentlichen Veranstaltungen mit den höchsten Teilnehmerzahlen in der Republik. Im Bereich sozialer Dienste, Schule, entwicklungspolitischer Verantwortung und Grenzfragen der medizinischen Ethik, haben die Kirchen einen erkennbaren Einfluss auf die Formulierung der Perspektiven und strittigen Punkte der Debatten. Der Kirchensoziologe *Karl-Fritz Daiber* hat vor einigen Jahren die Kirchen in Westdeutschland als Volkskirchen im Übergang bezeichnet, die erfolgreich typische Elemente der Sekte in sich integriert hätten.⁶³

28

3. Die Entwicklung von Religion und Kirche in der DDR

Blickt man auf die religiös-kirchliche Entwicklung in der DDR zwischen 1949 und 1989, so ergibt sich folgendes Bild: Bestimmend für die Lage von Religion und Kirchen in der DDR werden – als Kontinuitätslinie durch die vierzigjährige Geschichte der DDR sich hindurchziehend – die mit allen Mitteln staatlicher Macht betriebene Zurückdrängung und Verbannung der Kirchen aus der gesellschaftlichen Öffentlichkeit und die stetigen Versuche der Spaltung zwischen Kirchenleitungen und Kirchenvolk einerseits und zwischen – im Sinne der Staatsmacht – „fortschrittlichen“ und „rückschrittlichen“ Kräften in den Kirchen andererseits.⁶⁴ Dem staatlich-ideologischen

29

⁶³ *Karl-Fritz Daiber*, Religion unter den Bedingungen der Moderne. Die Situation in der Bundesrepublik Deutschland, 1995, S. 181.

⁶⁴ *Detlef Pollack*, Kirche in der Organisationsgesellschaft. Zum Wandel der gesellschaftlichen Lage der evangelischen Kirchen in der DDR, 1994, S. 78; *Helmut Geller / Karl Gabriel / Hans-Werner Eichelberger*, Die Kirchen in der DDR vor und nach der Wende, in: *Karl Gabriel / Josef Pilvousek / Milklos Tomka / Andrea Wilke / Andreas Wollbold*, Religion und Kirchen in Ost(Mittel)europa. Deutschland Ost. Gott nach dem Kommunismus, hg. von

Homogenisierungsdruck erweist sich die traditionell geprägte Kirchlichkeit weiter Teile insbesondere der protestantischen Mehrheitsbevölkerung als nicht gewachsen. Der Rückgang der Kirchenmitgliedschaft aus der evangelischen Kirche erfolgte nicht kontinuierlich, sondern weist zwei Höhepunkte auf: die zweite Hälfte der 1950er Jahre und in den Jahren zwischen 1967 und 1975.⁶⁵ Im Kampf um die Jugendweihe unterliegt die evangelische Kirche der Staatsmacht eindeutig. Als in der zweiten Hälfte der 1950er Jahre die Hoffnung auf eine schnelle Wiedervereinigung schwindet, bricht unter massivem staatlichem Druck binnen weniger Jahre die volkskirchliche Konfirmationspraxis faktisch zusammen. Zur gleichen Zeit sinkt die Taufbereitschaft evangelischer Eltern rapide. Während 1950 noch ca. 90 Prozent der Kinder evangelischer Eltern getauft wurden, fällt die Tauftrate – der Anteil der evangelisch Getauften an der Zahl der Geburten – bis 1965 auf knapp 30 Prozent ab. Nicht nur der Austritt, sondern auch in starkem Maße der unterlassene Eintritt reduzieren die Zahl der Kirchenmitglieder bis in die 1980er Jahre hinein. Soweit Daten zum Kirchenbesuch zur Verfügung stehen, zeigen sie schon für Mitte der 1950er Jahre einen nur geringen Anteil von 3,8 Prozent, der für die 1960er und 1970er Jahre um etwa einen Prozentpunkt absinkt, in den 1980er Jahren dagegen zunimmt. Dabei fällt auf, dass – anders als in der Bundesrepublik seit den späten 1960er Jahren – es die Jugendlichen und jungen Erwachsenen sind, die überproportional zu den regelmäßigen Kirchenbesuchern zählen. Es war eine Strategie der Schadensbegrenzung, die die evangelischen Kirchenleitungen – geschockt durch die Austrittswellen der 1950er und 1970er Jahre – den Ausgleich mit der staatlichen Macht suchen ließ. Wie an der kirchlichen Entwicklung ablesbar ist, hatten die Kirchenleitungen mit dieser Strategie einen gewissen Erfolg. Es kam seit den 1980er Jahren zu einer Stabilisierung auf geringem Niveau und mit einer insgesamt marginalen gesellschaftlichen Stellung.

- 30** Von Anfang an hat sich die katholische Kirche in der DDR in einer minoritären Randstellung eingerichtet. Ihre relativen Verlustzahlen an Mitgliedern sind etwas geringer als die der evangelischen Kirche. Von Beginn an ziehen sich die Katholiken stärker aus dem gesellschaftlichen und politischen Leben zurück und zeigen sich insgesamt in höherem Maße immun gegenüber der staatlichen Repression. Sie

Paul M. Zulehner/Miklós Tomka/Niko Tos in Zusammenarbeit mit dem Pastoralen Forum Wien, 2003, S. 195 (328–330).

⁶⁵ Pollack, Kirche (o. Fn. 64), S. 383.

bezahlen ihre höhere Stabilität mit einer noch ausgeprägteren gesellschaftlichen Randstellung als die evangelische Kirche.

Die binnen weniger Jahrzehnte von einem Mitgliederbestand von über 90 auf 30 Prozent der Gesamtbevölkerung geschrumpften Kirchen erhalten seit Mitte der 1980er Jahre eine neue Rolle. Die Veränderung geht nicht darauf zurück, dass nun aus einer trägen Volkskirche ‚gesundgeschrumpfte Entscheidungskirchen‘ geworden wären. Die verbliebenen Kirchenmitglieder verhalten sich nicht viel anders als jene im Westen Deutschlands. Die neue Relevanz der Kirchen in der DDR geht vielmehr hauptsächlich auf die schnell wachsenden Widersprüche zurück, in die die DDR-Gesellschaft in den 1980er Jahren unter Modernisierungsdruck gerät. Die Gratwanderung zwischen Verweigerung und Anpassung macht die Kirchen nun zum (gegen-)institutionellen Sammelpunkt einer sich neu herausbildenden (Neben- bzw. Gegen-) Öffentlichkeit. Hier können gesellschaftliche Widersprüche artikuliert, aus der Verdrängung in die privatisierte Nischen-Gesellschaft heraus gelöst und in einem halb-öffentlichen Raum zur Sprache gebracht werden. Die Kirchen werden in die Rolle einer intermediären Kraft gedrängt und können sich daraus neue, begrenzte und konfliktreiche Handlungsspielräume eröffnen. In der historisch einmaligen Situation des Umbruchs 1989 kommt den Christen und den Kirchen schließlich dann eine gewisse, in ihrer Randlage begründete katalysatorische Wirkung für den durch Außen- wie Innenfaktoren zugleich bedingten Zusammenbruch des DDR-Systems zu.⁶⁶

31

VI. Religion und Kirchen in Deutschland heute

1. Rückgang expliziter Kirchlichkeit

Hinsichtlich der Indikatoren für das komplexe Phänomen ‚Kirchlichkeit‘ lassen sich drei Dimensionen unterscheiden: Die Dimension der Zugehörigkeit zur Kirche, die Dimension kirchlich-ritueller Teilnahmepaxis und die individuelle Glaubensdimension.⁶⁷ Für die Jahre nach der Wiedervereinigung hatte man für den Osten wie den Westen Deutschlands mit einer Bewegung zurück zu Religion und Kirche gerechnet. Die Entwicklung in den 1990er Jahren nahm aber einen

32

⁶⁶ Pollack, ebd., S. 446.

⁶⁷ Pollack / Rosta, Religion (o. Fn. 2), S. 101–149.

gegenteiligen Verlauf. „Das auffälligste Phänomen der kirchlichen Entwicklung nach 1989“ – so *Detlef Pollack* – „ist die außerordentlich hohe Austrittswelle, zu der es unmittelbar nach der Wiedervereinigung sowohl bei den Evangelischen als auch bei den Katholiken in Ost- und Westdeutschland gekommen ist“⁶⁸. In den 1990er Jahren überschritten die Austrittszahlen in beiden Kirchen selbst die Spitzen der frühen 1970er Jahre. Erst seit 2004 ist bei den Katholiken die Zahl der Ausgetretenen wieder unter die Marke von 100.000 gesunken, im Jahr 2006 waren es 84.400.⁶⁹ Am Ende des ersten Jahrzehnts im 21. Jahrhundert schnellten die Austrittszahlen wieder auf die Rekordhöhen von 181.193 (2010) und 178.805 (2013) nach oben.⁷⁰ Auslöser waren Skandale wie der öffentlich gewordene amtskirchliche Umgang mit Missbrauchsoptionen von Priestern oder die umstrittene Bautätigkeit des Limburger Bischofs, die die Glaubwürdigkeit der Kirche nachhaltig in Frage stellten. 2010 überstiegen dabei zum ersten Mal in der Geschichte die Austrittszahlen aus der katholischen Kirche diejenigen aus der evangelischen Kirche. Mit 145.250 lagen sie im Jahr 2010 deutlich unter dem Wert für die katholische Kirche.⁷¹

33 Gestiegen sind aber nicht nur die Austrittszahlen. Gestiegen sind zugleich auch Eintritte und Wiederaufnahmen in die Kirchen. Innerhalb der katholischen Kirche kamen im Jahr 2017 auf 167.504 Austritte 9.332 Eintritte und Wiederaufnahmen.⁷² In der evangelischen Kirche sind die Zahlen der Wiederaufnahmen und Eintritte noch deutlich höher als die der katholischen Kirche. Im Jahr 2017 kamen auf 190.284 Austritte 16.128 Wiederaufnahmen.⁷³ Für die Jahre nach 1989 sind die Konfessionslosen die ‚statistischen Gewinner‘, die allerdings eine sehr heterogene Gruppe darstellen. Ihr Anteil ist in Westdeutschland in den Jahren 1991 bis 2008 von 11 auf 16,5 Pro-

⁶⁸ *Detlef Pollack*, Säkularisierung – ein moderner Mythos?, 2003, S. 92.

⁶⁹ *Gerd Pickel*, Atheistischer Osten und gläubiger Westen? Pfade der Konfessionslosigkeit im innerdeutschen Vergleich, in: Religion und Religiosität im vereinigten Deutschland. Zwanzig Jahre nach dem Umbruch, hg. von dems./Kornelia Sammet, 2011, S. 43 (50).

⁷⁰ *Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz* (Hg.), Katholische Kirche in Deutschland. Zahlen und Fakten 2012/13 (Arbeitshilfen 263), S. 20; 2013/14 (Arbeitshilfen 269), S. 20.

⁷¹ *Kirchenamt der EKD* (Hg.), Evangelische Kirche in Deutschland. Zahlen und Fakten zum kirchlichen Leben 2012, S. 12.

⁷² *Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz* (Hg.), Katholische Kirche in Deutschland. Zahlen und Fakten 2017/18 (Arbeitshilfen 299), S. 47.

⁷³ *Kirchenamt der EKD* (Hg.), Gezählt 2018. Zahlen und Fakten zum kirchlichen Leben, 2018, S. 12.

zent, in Ostdeutschland von 71 auf 74 Prozent gestiegen.⁷⁴ Von der Gesamtbevölkerung von 82,5 Mio. waren im Jahr 2017 21,5 Mio. Mitglieder der EKD und 23,3 Mio. Mitglieder der römisch-katholischen Kirche.⁷⁵

Am sonntäglichen Gottesdienst nehmen heute ca. 3 Mio Gläubige aus den beiden großen Kirchen teil. Wenn auch keine andere regelmäßige Veranstaltung in Deutschland annähernd so viele Teilnehmerzahlen aufzuweisen hat, so sind die Teilnahmequoten der Kirchenmitglieder heute doch mit 9,8 Prozent aller katholischen und 3,6 Prozent aller evangelischen Mitglieder relativ gering.⁷⁶ In beiden Kirchen ging auch nach 1989 die Zahl der Gottesdienstbesucher kontinuierlich zurück.⁷⁷ Entsprechend dem deutlich höheren Ausgangsniveau – in Westdeutschland besuchten 1990 noch 21 Prozent der Katholiken wöchentlich den Gottesdienst – ist der Rückgang bei den Katholiken deutlich höher als bei den Protestanten. Wenn es auch die ostdeutschen Diözesen Görlitz, Dresden-Meißen und Erfurt waren, die 2017 die höchste Quote der katholischen Gottesdienstteilnehmer aufwiesen, so gleichen sich dennoch die Zahlen in beiden Konfessionen zwischen West und Ost langsam an. Allerdings tendieren die Teilnehmerzahlen an den Gottesdiensten zu den Festtagen immer stärker nach oben. So besuchten zum Beispiel 2017 8,1 Mio. Personen die evangelischen Gottesdienste zu Heiligabend.⁷⁸ Gerade in Ostdeutschland sind darunter auch viele Konfessionslose.

Wählt man die Aussagen zum Gottesglauben als zentralen Indikator für die Glaubensdimension der Kirchlichkeit, so zeigen die Werte nach 1989 eine deutlich fallende Tendenz. Für Ostdeutschland ergibt sich folgendes Bild:

⁷⁴ *Pickel*, Atheistischer Osten (o. Fn. 69), S. 46.

⁷⁵ Gezählt 2018 (o. Fn. 73), S. 4.

⁷⁶ Ebd., S. 14; Katholische Kirche in Deutschland 2017/18 (o. Fn. 72), S. 46.

⁷⁷ *Antonius Liedhegener*, Macht, Moral und Mehrheiten: Der politische Katholizismus in der Bundesrepublik Deutschland und in den USA seit 1960, 2006, Anhang A2, Grunddaten zur Kirchenbindung unter Katholiken.

⁷⁸ Gezählt 2018 (o. Fn. 73), S. 15.

Tabelle 1

Glaube an Gott in Ostdeutschland 1991 bis 2008⁷⁹

Glaube an Gott	1991	1998	2008
Nie geglaubt	51,00 %	58,00 %	65,30 %
Jetzt nein, vorher ja	25,00 %	17,00 %	13,90 %
Jetzt ja, vorher nein	5,00 %	7,00 %	6,30 %
Immer geglaubt	20,00 %	18,00 %	14,50 %

36 Für Westdeutschland fallen die Befragungsergebnisse weniger eindeutig aus:

Tabelle 2

Glaube an Gott in Westdeutschland 1991 bis 2008⁸⁰

Glaube an Gott	1991	1998	2008
Nie geglaubt	10,00 %	13,00 %	10,90 %
Jetzt nein, vorher ja	23,00 %	25,00 %	15,90 %
Jetzt ja, vorher nein	9,00 %	11,00 %	9,60 %
Immer geglaubt	58,00 %	52,00 %	63,80 %

37 Insgesamt sprechen die Daten dafür, dass sich die Bedeutung der kirchlich verfassten Religion für die Menschen in Ostdeutschland seit 1990 weiter reduziert hat. So ist der Anteil derjenigen, für die Religion „sehr wichtig“ oder „ziemlich wichtig“ ist, deutlich gesunken:

Tabelle 3

**Bedeutung der Religion als wichtiger Teil des Lebens
in West- und Ostdeutschland⁸¹**

	Westdeutschland	Ostdeutschland
1990	36,00 %	30,00 %
2008	38,00 %	14,00 %

⁷⁹ Detlef Pollack / Olaf Müller, Die religiöse Entwicklung in Ostdeutschland nach 1989, in: Religion und Religiosität (o. Fn. 69), S. 125 (136).

⁸⁰ Pollack / Müller, ebd.

⁸¹ Pollack / Müller, ebd., S. 141.

Für die im Grunde seit 1935 sinkende Kirchlichkeit in Deutschland – darauf weisen die Daten hin – ist zu konstatieren, dass eine Trendwende auch für das 21. Jahrhundert nicht in Sicht ist. Für Deutschland wie für alle Länder Westeuropas konstatiert die Religionsforschung einen lang anhaltenden, schrittweise forcierten Rückgang der kirchlich institutionalisierten Religion. Er kommt sowohl im Verblassen des für die christlichen Glaubensüberzeugungen konstitutiven Glaubens an einen persönlichen Gott wie im Abrücken vom kirchlich formulierten Glauben an ein ‚Leben nach dem Tod‘ zum Ausdruck. Ebenso schwächt sich empirisch nachweisbar die persönliche Bindung an die Institution Kirche ab. Denselben Trend zeigt die Dimension kirchlich-ritueller Praxis an: Der regelmäßige Gottesdienstbesuch ist rückläufig, eine regelmäßige Gebetspraxis wird seltener und kirchliche Verhaltensnormen finden signifikant weniger Gehorsam. Der kontinuierliche Rückgang kirchlich verfasseter Religion wurde durch Phasen beschleunigter Ablösung von kirchlichen Vorgaben zwischen Mitte der 1960er und 1970er Jahre und in den 1990er Jahren überlagert. Der deutliche Rückgang des regelmäßigen Gottesdienstbesuchs kontrastiert dabei mit der relativen Stabilität der Inanspruchnahme des kirchlich-rituellen Angebots der Kirchen an den Lebenswenden von Geburt und Tod.⁸²

38

Mit Blick auf die religiös-kirchliche Landschaft Europas ist zu konstatieren, dass sich die Gesellschaft Deutschlands in einer besonderen Lage befindet. Sie reicht in zwei europäische Kulturregionen mit deutlich unterschiedlich geprägten religiösen Landschaften hinein: Zum einen gehört der Westen Deutschlands zu den hochindustrialisierten, gemischtkonfessionellen Staaten Mitteleuropas mit einer im europäischen Vergleich mittleren kirchlichen Bindungskraft. Der Osten Deutschlands gehört dagegen zu einer nord-osteuropäischen Region, die eindeutig die geringste kirchliche Integration ihrer Bürger aufweist.

39

Insgesamt lässt sich resümieren, dass die kirchlich verfasste Religion seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts einen Verlust an Selbstverständlichkeit und Normalität erlebt. Trotz ihrer weiter quantitativ vorrangigen Stellung besitzt sie kein Monopol mehr auf Religion. Die sozial gestützte Motivation zur Übernahme kirchlicher Glaubensvorstellungen und Normvorschriften sinkt und das Netz

40

⁸² Wolfgang Jagodzinski / Karel Dobelaere, Der Wandel kirchlicher Religion in Westeuropa, in: Religion und Kultur. Sonderheft 33 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie (1993), hg. von Jörg Bergmann / Alois Hahn / Thomas Luckmann, S. 68 (88–89).

sozialer Kontrolle verliert an Wirksamkeit. Die kirchliche Religion hat ihren Charakter als zwingende Primärinstitution verloren und ist zu einer (ab-)wählbaren Sekundärinstitution geworden. Auf der Rückseite dieses Prozesses steigt der religiöse Pluralismus in Deutschland und bildet sich eine stärker individualisierte Sozialform des Religiösen heraus. Dem Rückgang der Kirchlichkeit korrespondiert nicht in gleicher Weise eine Zurückdrängung oder ein Rückzug der Kirchen und der christlichen Religion aus der Gesellschaft. Kirchen und Christen bleiben gesellschaftlich relevante Akteure.

2. Anhaltende Präsenz der Kirchen in der Gesellschaft

- 41** Wie zu konstatieren ist, befinden sich die Kirchen spätestens seit Mitte der 1960er Jahre in einem Prozess, der ihre Stellung in der Gesellschaft verändert und ihren unmittelbaren Einfluss auf das Verhalten und Denken der Individuen reduziert. Dies darf aber den Blick auf Phänomene und Wirkkräfte nicht verstellen, die auf eine weiter anhaltende Bedeutung der Kirchen und der Christen in unterschiedlichen Feldern der Gesellschaft hinweisen.⁸³ So gehört zu den überraschenden Phänomenen, dass der konfessionell-religiöse Einfluss auf das Wahlverhalten der Bundesbürger bis in die Gegenwart hinein spürbar bleibt.⁸⁴ Die bis auf gesellschaftliche Spannungslinien des Kaiserreichs im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts zurückgehende Wahlpräferenz der Katholiken für die CDU/CSU überstand zu einem gewissen Anteil die Erosion des katholischen Milieus und den Umbruch in der Kirchenbindung der Katholiken. So sank zwar zwischen 1953 und 1982 der Anteil der regelmäßigen Kirchgänger unter den Katholiken von 61 auf 31 Prozent und stieg der Anteil der Selten/Nie-Kirchgänger von 8 auf 34 Prozent an. Im gleichen Zeitraum nahm die Wahlpräferenz der Katholiken für die CDU insgesamt um 3 Prozentpunkte – von 57 auf 60 Prozent – zu. Offensichtlich kam es im

⁸³ *Karl Gabriel*, Zur Bedeutung der Religion für Gesellschaft und Lebensführung in Deutschland, in: Koordinaten der deutschen Geschichte in der Epoche des Ost-West-Konflikts, hg. von Hans Günther Hockerts, 2004, S. 261 (266–269).

⁸⁴ *Karl Schmitt*, Religiöse Bestimmungsfaktoren des Wahlverhaltens: Entkonfessionalisierung mit Verspätung?, in: Wirtschaftlicher Wandel, religiöser Wandel und Wertwandel: Folgen für das politische Verhalten in der Bundesrepublik Deutschland, hg. von Dieter Oberndörfer/Hans Rattinger/Karl Schmitt, 1985, S. 291 (292).

Generationenwechsel zu einer zeitlich verzögerten und nur teilweisen Entkonfessionalisierung des Wählerverhaltens der Katholiken.

Vor allem: Die Kirchen sind in der Bundesrepublik bis in die Gegenwart hinein auf dem Feld der Wohlfahrtspflege und der personenbezogenen Dienstleistungen in besonderer Weise präsent.⁸⁵ So verzeichnete der Deutsche Caritasverband von 1960 bis 1970 – im Gegensatz zu den sonstigen Entkirchlichungsprozessen – eine Zuwachsrates seines Personals um 39 Prozent, von 1970 bis 1980 sogar um 46 Prozent. Es gelang den Kirchen und ihren Verbänden, in der Jugend- und Sozialhilfegesetzgebung der frühen 1960er Jahre unter Berufung auf das Subsidiaritätsprinzip die eigene Stellung zu stärken und den weiteren Ausbau des Wohlfahrtsstaats mitzugestalten. Bis in die Gegenwart hinein gehören Caritas und Diakonie mit über 1 Mio. Mitarbeitern zu den größten Arbeitgebern in Deutschland. Auch der Rückgang des Anteils der Kirchenmitglieder im wiedervereinigten Deutschland hat die Stellung der kirchlichen Wohlfahrtsverbände kaum tangiert.

Der Einfluss des religiösen bzw. christlichen Faktors in der Entwicklung der Bundesrepublik spiegelt sich auch in typischen Konfliktkonstellationen wider, die der Bundesrepublik ihr Gepräge gegeben haben. In den frühen Jahren waren es die Auseinandersetzungen um den Wehrdienst, die Militärseelsorge und die atomare Aufrüstung der Bundeswehr. In der Schulpolitik verloren die katholischen Bischöfe seit den 1960er Jahren zwar in ihrem Kampf um die Erhaltung des konfessionellen Charakters des öffentlichen Schulwesens den Rückhalt bei den Gläubigen. Aber der kirchlich verantwortete Religionsunterricht als ordentliches Schulfach in allen öffentlichen Schulformen überstand die weitgehende Entkonfessionalisierung des öffentlichen Schulwesens. Wenn auch, in regelmäßigen Abständen, öffentliche Debatten um die Stellung der christlichen Kirchen im Schulbereich, auf dem Feld der Wohlfahrtspflege und hinsichtlich des staatlichen Einzugs der Kirchensteuer sowie der Finanzierung der Kirchen über öffentliche Mittel aufbrechen, so sind grundlegende Änderungen zumindest bis heute nicht in Sicht.⁸⁶

Für die gesellschaftliche und politische Debattenkultur in Deutschland spielen die Evangelischen und Katholischen Akademien

⁸⁵ Karl Gabriel / Hans-Richard Reuter, Religion und Wohlfahrtsstaatlichkeit in Deutschland, in: Religion und Wohlfahrtsstaatlichkeit in Europa. Konstellationen – Kulturen – Konflikte, hg. von Karl Gabriel / Hans-Richard Reuter / Andreas Kurschat / Stefan Leibold, 2013, S. 93 (127).

⁸⁶ Großbölting, Der verlorene Himmel (o. Fn. 53), S. 267.

bis heute eine wichtige Rolle.⁸⁷ Im Protestantismus initiiert und vom Katholizismus früh übernommen wurden die kirchlichen Akademien nicht nur zum Raum einer neuen, dauerreflexiven Sozialform des Glaubens,⁸⁸ sondern auch zur wirksamen Drehscheibe wechselseitiger Einflussprozesse zwischen christlichen Kirchen und Gesellschaft. Akademiediskurse begründeten auch eine besondere Nähe und Verantwortung der Kirchen für die bundesrepublikanische Wirtschaftsordnung der sozialen Marktwirtschaft mit einem starken Sozialstaat. Die Diskussionskultur der Akademien und der Kirchen- und Katholikentage beeinflusste auch die Öffnung der deutschen Politik für Europa, die Aussöhnung mit den östlichen Nachbarn, das Eintreten für Menschenrechtsfragen und die entwicklungspolitischen Positionen der deutschen Politik. Die Tendenzen der Entkirchlichung wie auch die Kontinuität im Einfluss der Kirchen und der Christen in der deutschen Gesellschaft sehen sich heute der Realität wie dem Bewusstwerden eines neuen religiösen Pluralismus gegenüber.

3. Der wachsende religiöse Pluralismus in Deutschland

45 In den 60 Jahren zwischen 1950 und 2010 hat sich die religiöse Landschaft in Deutschland massiv verändert.⁸⁹ Auf den ersten Blick wird erkennbar, dass sie pluraler geworden ist: 1950 waren 95 Prozent der Deutschen Mitglieder einer der beiden großen Kirchen, knapp 59 Prozent der evangelischen und 36 Prozent der katholischen Kirche. Sonstige Religionsgemeinschaften und die Konfessionslosen machten 4,4 Prozent aus. Ein ganz anderes Bild zeigt sich für das Jahr 2010: Die Mitglieder der katholischen Kirche, der evangelischen Landeskirchen und die Menschen ohne Kirchenmitgliedschaft sind etwa zu gleichen Teilen – mit ca. je 30 Prozent – in der deutschen Bevölkerung vertreten. Im Osten Deutschlands hat sich dabei der Anteil

⁸⁷ *Thomas Mittmann*, Moderne Formen der Kommunikation zwischen „Kirche“ und „Welt“. Der Wandel kirchlicher Selbstentwürfe in der Bundesrepublik in evangelischen und katholischen Akademien, in: *Kirchen – Medien – Öffentlichkeit*, hg. von Frank Bösch/Lucian Hölscher (Hg.), 2009, S. 216 (246).

⁸⁸ *Helmut Schelsky*, Ist die Dauerreflexion institutionalisierbar? Zum Thema einer modernen Religionssoziologie, in: *ZEE* 1 (1957), S. 153–174.

⁸⁹ *Volkhard Krech*, Die religiöse Lage in Deutschland als Hintergrund gegenwärtiger Pluralisierungsprozesse. Versuch einer statistischen Bestandsaufnahme, in: *Modelle des religiösen Pluralismus. Historische, religionssoziologische und religionspolitische Perspektiven*, hg. von Karl Gabriel/Christi-an Spieß/Katja Winkler, 2012, S. 207 (222).

der Konfessionslosen in diesem Zeitraum von etwa 7 auf 70 Prozent verzehnfacht. Neben der sehr heterogenen Gruppe derer, die keiner Religionsgemeinschaft angehören, ist die Zahl der Mitglieder in den übrigen Religionsgemeinschaften von 2,2 auf 10,1 Prozent gestiegen. Von den nicht-christlichen Weltreligionen sind in Deutschland die Muslime mit 4 Prozent bei weitem am stärksten vertreten. Mit kleinen Minderheiten sind aber auch jüdische, buddhistische und hinduistische Religionsgruppierungen präsent. Auch christlich-orthodoxe Kirchen sowie protestantische Freikirchen sind in den letzten Jahren zumeist gewachsen. Mit 0,8 Prozent wird die Zahl der kategorial schwer erfassbaren ‚neureligiösen Esoteriker‘ angegeben.

Tabelle 4

Religionsgemeinschaften in Deutschland⁹⁰

Römisch-katholische Kirche	31,50 %
Evangelische Kirche Deutschlands	30,80 %
Ohne Zugehörigkeit	29,04 %
Orthodoxe Kirchen	1,80 %
Kleinere christliche Religionsgemeinschaften	1,42 %
Judentum	0,22 %
Islam	4,00 %
Buddhismus	0,30 %
Hindu-Religionen	0,12 %
Neue Religionen und Esoterik	0,80 %

Volkhard Krech zieht an dieser Stelle Daten aus dem Jahr 2006 heran. Inzwischen hat sich die Religionszugehörigkeit in Deutschland weiter verschoben. So machten im Jahr 2017 die katholischen Christen noch 28,3 Prozent und die evangelischen Christen noch 26,1 Prozent der Gesamtbevölkerung aus. Die Zahl der Konfessionslosen und Andersgläubigen ist auf 42,7 Prozent gestiegen.⁹¹ Um die Pluralität auf dem Feld des Religiösen breiter in den Blick zu bekommen, wird man auch den christlich-innerkirchlichen Pluralismus berücks-

46

⁹⁰ *Krech*, ebd., S. 208.

⁹¹ Gezählt 2018 (Fn. 73), S. 5.

sichtigen müssen. Er macht sich in den beiden großen Kirchen durch eine Differenzierung und Auseinanderentwicklung der Muster bemerkbar, in denen jeweils die Kirchenmitgliedschaft praktiziert wird.⁹² Die Mehrheit in beiden Kirchen bilden die ihre Kirchensteuer zahlenden und sich auf symbolische Unterstützung beschränkenden Mitglieder, von denen sich die kleiner werdenden Gruppen der regelmäßigen Kirchgänger und Aktiven in beiden Konfessionen in vielen Einstellungen schärfer denn je abheben. Die beiden großen Gruppen werden in beiden Konfessionen komplettiert durch zu fundamentalistischen Orientierungen neigende Gruppierungen einerseits wie auch durch Gruppen, die sich dem Feld der sozialen Bewegungen zuordnen lassen andererseits.⁹³

47 Versucht man gegenwärtige Typen der Mitgliedschaft zu unterscheiden, so erhält man für die evangelische Kirche folgendes Bild:

Tabelle 5

Typen der Kirchenmitgliedschaft in der evangelischen Kirche⁹⁴

Christlich-religiös und kirchennah	16,00 %
Christlich-religiös und kirchenfern	6,00 %
Schwach christlich-religiös und kirchennah	9,00 %
Mittlerer Typ	49,00 %
Weder christlich-religiös noch kirchennah	20,00 %

48 Der religiöse Pluralismus spiegelt sich auch in einer veränderten Zusammensetzung der sozialen Netzwerke wieder. So hat sich etwa für die Stadt Köln gezeigt, dass das Verwandtschaftssystem noch am ehesten konfessionelle Geschlossenheit aufweist, dass die Jüngeren deutlich seltener einen Ehepartner gleicher Konfession haben und dass auch die sozialen Beziehungen zu Freunden, Kollegen, Nachbarn

⁹² Gabriel, Christentum (o. Fn. 53), S. 177–192.

⁹³ Siehe dazu im Blick auf unterschiedliche Formen der Mitgliedschaftspraxis der Kirchenmitglieder für den Bereich der EKD: EKD (Hg.), Engagement und Indifferenz. Kirchenmitgliedschaft als soziale Praxis. Die V. EKD-Erhebung über Kirchenmitgliedschaft, 2014, S. 43–49. Neuere Untersuchungen zu Typen der Mitgliedschaft innerhalb der katholischen Kirche liegen nicht vor.

⁹⁴ Krech, Die religiöse Lage (o. Fn. 89), S. 213.

und anderen nicht-verwandten Personen einen religiös-konfessionell gemischten Charakter angenommen haben.⁹⁵

Der gewachsene religiöse Pluralismus in der deutschen Gesellschaft betrifft – so lässt sich zusammenfassen – sowohl die institutionell-organisatorische Ebene als auch das Feld innerhalb der Religionsgemeinschaften wie auch die Zusammensetzung der sozialen Netzwerke. Die Prozesse religiöser Pluralisierung werden aller Voraussicht nach in den kommenden Jahren nicht zum Stillstand kommen. Sie stehen in einem engen Zusammenhang mit Prozessen der religiösen Individualisierung.

49

4. Das Religiöse im Spannungsfeld von Individualisierung und Rückkehr in die Öffentlichkeit

Für einen wissenschaftlichen Zugang, der die gemessene Kirchlichkeit umstandslos mit Religiosität gleichsetzt und der mit dem Rückgang der Mitgliedschaft in Kirchen und Religionsgemeinschaften auch das Religiöse im Verschwinden begriffen sieht, könnte die Analyse an dieser Stelle enden. Damit verlöre man aber aus dem Blick, dass sich die Sozialform bzw. der Aggregatzustand der Religion insgesamt verändert hat. Seit *Thomas Luckmann* werden die Veränderungen in der Sozialform der Religion unter dem Begriff der Individualisierung thematisiert. Um diesen Aspekt der Religionsentwicklung soll es in einem ersten Schritt dieses Abschnitts gehen. Gleichzeitig – und bis zu einem gewissen Grad gegenläufig – haben sich in den letzten Jahren die Diskurse über Religion deutlich verändert. Religion ist in die Diskurse und die Selbstwahrnehmung der Öffentlichkeit zurückgekehrt. Dies soll im Folgenden in einem zweiten Schritt zum Thema werden.

50

Die Individualisierung verändert heute das Phänomen des Religiösen innerhalb wie außerhalb der Kirchen. Der wichtigste Parameter der Veränderung besteht in einer folgenreichen Verschiebung der Macht- und Geltungsbalance zugunsten der Individuen im Verhältnis zur Institution. An die Stelle des traditionellen Modells klar definierter Religion mit organisierter Repräsentanz ist bisher kein ähnlich strukturiertes, alternatives Modell getreten. Es ist auch kein Symbol-

51

⁹⁵ *Christof Wolf*, Religiöse Pluralisierung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Soziale Integration, Sonderheft 39 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie (1999), hg. von Jürgen Friedrichs/Wolfgang Jagodzinski, S. 320 (345–348).

und Ritualkomplex geschweige denn eine Instanz in Sicht, die die Leerstelle des alten füllen könnte.⁹⁶ Vielmehr wandelt sich das einst von einem Duopol beherrschte religiöse Feld hin zu einer Struktur, in der sich die Einzelnen bis zu einem gewissen Grad die Elemente ihrer Religion als Ausdruck ihrer persönlichen Religiosität und Authentizität selbst auswählen.

- 52 Je nach Alter, Milieueinbindung und Beeinflussung durch modernisierte Lebensstile variiert das Muster der Auswahl. Der moderne religiöse ‚Flickenteppich‘ der Älteren – das Bild stammt von *Thomas Luckmann* – zeigt nach wie vor eine große Nähe zum traditionellen religiösen Modell. Mit einer deutlichen Grenze um das 50. Lebensjahr herum nehmen zu den jüngeren Jahrgängen hin die eigengewirkten Anteile des ‚religiösen Teppichs‘ zu. Den Extrempol in dieser Richtung bilden Jugendliche mit einer ausgeprägten ‚Sinn-Bastelei‘ und der Suche nach einer hohen Erlebnisintensität.⁹⁷ Neben dem Alter ist als beeinflussender Faktor für das jeweilige Muster der Auswahl die Nähe und Ferne zu den kirchlich-konfessionellen Milieus von Bedeutung. In ihrer Nähe nimmt die Auswahl die Form einer persönlichen Hierarchisierung der Glaubenswahrheiten und des synkretistischen Einbaus neuer Elemente an. So scheint es heute einer Vielzahl von Kirchgängern keine Schwierigkeiten zu bereiten, Vorstellungen asiatischen Typs von Reinkarnation in ihr kirchlich geprägtes individuelles Glaubenssystem zu integrieren.⁹⁸ Lebenslange Auswahl und häufig wechselnde Lösungswege in der Sinnsuche mit hohen reflexiven Anteilen finden wir insbesondere in der neureligiösen Szene des New Age.⁹⁹ Auch in den ländlich geprägten Regionen hat in den letzten Jahren mit dem Nachlassen der kollektiven Kontrollen und unter dem Einfluss der Massenmedien die Tendenz zur Auswahl zugenommen. In dieser Dimension bildet die auf schnellen Umschlag und Verbrauch hin angelegte „City-Religion“¹⁰⁰ der jungen Gutverdienenden in den großstädtischen Ballungszentren einen Extremfall hoch flüchtiger Ausdrucksgestalten des Religiösen.

⁹⁶ *Thomas Luckmann*, Die unsichtbare Religion, 1991, S. 178–183.

⁹⁷ *Werner Helsper*, Okkultismus. Die neue Jugendreligion?, 1992, S. 355.

⁹⁸ *Michael Krüggeler*, Inseln der Seligen: Religiöse Orientierungen in der Schweiz, in: Jede(r) ein Sonderfall? Religion in der Schweiz, hg. von Alfred Dubach / Roland J. Campiche, 1993, S. 93 (123).

⁹⁹ *Horst Stenger*, Die soziale Konstruktion okkultur Wirklichkeit. Eine Soziologie des „New Age“, 1992, S. 230.

¹⁰⁰ *Hans-Joachim Höhn*, Gegen-Mythen. Religionsproduktive Tendenzen der Gegenwart, 1994, S. 118.

Das neue Feld des Religiösen hat die Tendenz, den Raum des Religiösen eher zu erweitern, als zu verengen. Die Gestaltungskraft zur formierenden Eingrenzung des Religiösen können die Kirchen nur noch in spezifischen Fällen von als sozial schädlich definierbaren religiösen Praktiken aufrechterhalten. In diesen Zusammenhang gehören auch Phänomene der Wiederkehr des Okkulten in den Alltag hochmodernisierter Gesellschaften, wie auch die Tendenz zur Sakralisierung von Intimität und Liebesbeziehungen.¹⁰¹ Das neue religiöse Feld verändert aber auch die Qualität der Religion. Sie öffnet sich hin zu einer stärker persönlich-subjektiven, erlebnis- und erfahrungsbezogenen Form. Damit sinkt die Transzendenzspannweite, d. h. der Allgemeinheitsgrad der Jenseitsorientierung des Religiösen. Ein starker, in konkreten Erzählfiguren präsenter Jenseitsbezug ohne Nähe zur tatsächlichen Erfahrungs- und Erlebnisswelt des einzelnen lässt sich nur noch schwer und unter besonderen Vorkehrungen tradieren. Er ist zu seiner Plausibilisierung auf – mit einem Begriff von *Thomas Luckmann* formuliert – „mittlere und kleine Transendenzen“ angewiesen, die der Formulierung von eigenen Erfahrungen zugänglich sein müssen.¹⁰² Symptomatisch erscheint die Tendenz zur ‚Sakralisierung des Selbst‘ als Ausdruck individualisierter Religiosität. Dabei ist unverkennbar: Die Phänomene einer Individualisierung des Religiösen sind in der modernen Christentumsgeschichte selbst angelegt – insbesondere in der protestantischen Tradition, aber nicht nur in dieser. Daran mag es liegen, dass die tiefgreifenden Veränderungen des religiösen Feldes bis heute nicht zu einem revolutionären Umbruch im Religionssystem insgesamt geführt haben. Denn durch vielfältige, auch konfliktreiche Inkulturationsprozesse in die Kultur der Individualisierung und der Authentizität ist es den Kirchen bis heute gelungen, dem Wandel des Religiösen so weit zu folgen, dass die in den Entwicklungen angelegte Sprengkraft die Kirchen zwar geschwächt hat, sie aber in ihrer Existenz nicht grundsätzlich zu gefährden vermochte.¹⁰³

Gleichzeitig mehren sich die Stimmen, die von einem Paradigmenwechsel hinsichtlich der Frage nach der Privatisierung der Religion sprechen.¹⁰⁴ Den letzten Anstoß zum Umbau der Wahrneh-

¹⁰¹ *Luckmann*, Die unsichtbare Religion (o. Fn. 96), S. 157.

¹⁰² *Luckmann*, ebd., S. 166–171.

¹⁰³ *Großbölting*, Der verlorene Himmel (o. Fn. 53), S. 250.

¹⁰⁴ *Casanova*, Public Religions (o. Fn. 6), S. 222; *ders.*, Chancen und Gefahren öffentlicher Religion. Ost- und Westeuropa im Vergleich, in: *Das Europa der Religionen*, hg. von Otto Kallscheuer, 1996, S. 181 (192); *Klaus Eder*, Europäische Säkularisierung – ein Sonderweg in die postsäkulare Gesellschaft?,

mungs- und Denkmuster sowie der Diskurse über die Religion scheinen die Terror-Anschläge des 11. September 2001 gegeben zu haben. Die ausdrückliche Berufung auf ‚göttliche Missionen‘ sowohl auf Seiten der sich zum Islam bekennenden Terroristen als auch auf Seiten der einzig verbliebenen Weltmacht im Kampf gegen den Terrorismus hat die religiöse Semantik in das Zentrum der weltpolitischen Öffentlichkeit gerückt. Der spektakuläre Riss des Wahrnehmungsschleiers in Sachen Religion hat unvermittelt das Scheinwerferlicht der Weltöffentlichkeit auf die vielen erbitterten Konflikte in der Welt gerichtet, in denen die jeweiligen Kombattanten sich als Legitimationsquelle auf eine religiöse Semantik berufen.

- 55 So ist bewusst geworden, dass sich die Religionen – gerade auch die herkömmlichen religiösen Traditionen – weltweit eher auf dem Vormarsch als auf dem Rückzug befinden. Es wurde deutlich, dass Christentum und Islam weltweit ein erhebliches Wachstum zu verzeichnen haben. Das katholische Christentum nimmt insbesondere in Afrika und Asien zu, der Protestantismus in Lateinamerika und Teilen Afrikas und Asiens, in Gebieten also, in denen er bisher eine geringe Verbreitung hatte. Der Islam expandiert in Afrika, Asien und in einigen europäischen Gesellschaften. Weltweit formieren sich fundamentalistische und konservativ-religiöse Bewegungen. Insgesamt lässt sich eine Verstärkung des öffentlichen Engagements von Kirchen und Religionsgemeinschaften beobachten. Pfingstlerische und charismatische Bewegungen breiten sich in vielen Teilen der Erde aus. In Europa wachsen die Konfliktmaterien an den Schnittstellen von Religion und Politik. In den Geistes- und Sozialwissenschaften hat ein fast hektisches, in einer Vielzahl von Publikationen sich niederschlagendes Unterfangen begonnen, die neue Situation in Sachen Religion auf den Begriff und in den Rahmen einer angemessenen wissenschaftlichen Deutung zu bringen. Für Europa im Verhältnis zur übrigen Welt lässt sich dabei eine gewisse Umkehr der bisherigen Fragerichtung beobachten. War man bisher gewohnt, den europäischen Weg einer weitgehenden Privatisierung der Religion als die zu erwartende Regel für alle modernen Gesellschaften anzunehmen und alles andere als die Ausnahme zu betrachten, so geht es jetzt um die Frage, wie die europäische Ausnahme ‚privatisierter Religion‘ von

in: Berliner Journal für Soziologie 3 (2002), S. 331 (343); Karl Gabriel, Säkularisierung und öffentliche Religion. Religionssoziologische Anmerkungen mit Blick auf den europäischen Kontext, in: Jahrbuch für Christliche Sozialwissenschaften Bd. 44: Religionen im öffentlichen Raum. Perspektiven in Europa, 2003, S. 13 (34).

der Regel der weltweit öffentlich sichtbaren und kollektiv wirksamen Religionskulturen zu erklären sei.¹⁰⁵

Wie besonders *Roland Robertson* hervorhebt, tangiert der gegenwärtige Globalisierungsprozess den ‚Faktor Religion‘ auf vielfältige Weise.¹⁰⁶ Die „telischen“ Fragen, in denen es um grundlegende Entscheidungen und letzte Zwecke geht, nehmen innerhalb der Nationalstaaten, aber auch weltweit, zu. Der Prozess der Globalisierung scheint insgesamt den ‚Faktor Religion‘ zu begünstigen. Religiös-kulturelle Ressourcen erhalten bei der Suche nach und der Bestimmung von individuellen wie kollektiven Identitäten eine wachsende Bedeutung. Gleichzeitig haben jene religiösen Organisationen und Bewegungen Konjunktur, „deren Führungen sich mit den konkreten globalen menschlichen Verhältnissen an sich beschäftigen“¹⁰⁷, so *Roland Robertson*. Unter diese zählt *Robertson* die römisch-katholische Kirche, aber auch die Vereinigungskirche sowie die theokratischen Kräfte im Islam. Für *Robertson* stellt sich die Frage nach einer globalen Zivilreligion, die – nach amerikanischem Vorbild – unbeschadet der Differenzen der religiösen Traditionen – gemeinsame religiöse Glaubenselemente, Werte, Symbole und Rituale zum Ausdruck zu bringen vermöchte.¹⁰⁸ Das Modell der Zivilgesellschaft – so im Anschluss an Überlegungen *José Casanovas* –, zu der die Religionen unverzichtbare Beiträge zu leisten haben, dürfte allerdings die überzeugendere Konzeption sein.¹⁰⁹ Beide Modelle gehen jedenfalls von der Vorstellung aus, dass eine Bewegung zurück vom privatisierten und individualisierten Religiösen zur Religion in den öffentlichen Arenen der Gegenwart im Gange ist. Für die Religionsentwicklung des Westens bedeutet dies, dass parallel zur zunehmenden Tendenz zur Individualisierung und Privatisierung das Religiöse zugleich auch in den öffentlichen Raum zurückzukehren beginnt.

56

¹⁰⁵ *David Martin*, Europa und Amerika. Säkularisierung und Vervielfältigung der Christenheit – zwei Ausnahmen und keine Regel, in: *Das Europa der Religionen* (o. Fn. 104), S. 161 (164).

¹⁰⁶ *Roland Robertson*, Religion und Politik im globalen Kontext der Gegenwart, in: *Politik und Religion*, Politische Vierteljahresschrift Sonderheft 33 (2002), hg. von Michael Minkenberg / Ulrich Willems, S. 582.

¹⁰⁷ *Robertson*, ebd., S. 588.

¹⁰⁸ *Robertson*, ebd., S. 592.

¹⁰⁹ *Casanova*, Chancen und Gefahren (o. Fn. 104), S. 209.

5. Zur Deutung der Religionsentwicklung: Von der Säkularisierungstheorie zum Konzept multipler Modernen und Säkularitäten

- 57** Unter dem Eindruck der weltweiten Phänomene einer Rückkehr der Religionen in den öffentlichen Raum sind in den letzten Jahren die Zweifel an der lange dominierenden soziologischen ‚Meistererzählung‘ der Säkularisierung gewachsen. Die Säkularisierungstheorie war lange Zeit ein fester Bestandteil der Modernisierungstheorien. Die These, je moderner eine Gesellschaft sei, desto weniger Religion habe sie notwendigerweise, lässt sich heute aber empirisch nicht mehr aufrecht erhalten. In dem alternativen Theorie-Konzept der „multiplen Modernen“ laufen im Augenblick Argumentationen in der religionssoziologischen Kritik der Säkularisierungstheorie und der Modernisierungstheorie zusammen. Sie erlauben es, eine alternative Perspektive zur Säkularisierungstheorie auf das Verhältnis von Religion, Säkularität und Moderne zu entwickeln.¹¹⁰ Der auf die Arbeiten von *Shmuel N. Eisenstadt* zurückgehende Ansatz bestreitet, dass es nur ein einziges Modell einer ausgereiften, vollständigen Moderne gibt, auf die hin unterschiedliche Prozesse schrittweise konvergieren. Vielmehr geht er davon aus, dass Modernisierung als Arena möglicher Optionen und Wege zu betrachten sei und nicht als ein einlinig gerichteter Prozess. *Eisenstadt* versucht zu begründen, dass von unterschiedlichen, eigenständigen Ausprägungen der Moderne auszugehen ist.¹¹¹ Im Unterschied zu einem kulturneutralen Konzept der Moderne rückt der Ansatz kulturelle Aspekte in den Fokus des Interesses. Strukturelle Ausprägungen der Moderne wie die Differenzierung der Funktionssysteme, die Industrialisierung und Urbanisierung etc. bedingen nicht einfach kulturelle Entwicklungen wie zum

¹¹⁰ *Wilfried Spohn*, Europeanization, Multiple Modernities and Religion – The Reconstruction of Collective Identities in Postcommunist Central and Eastern Europe, in: *Transformations of Religiosity. Religion and Religiosity in Eastern Europe 1989–2010*, hg. von Gert Pickel/Kornelia Sammet, 2012, S. 29 (31).

¹¹¹ *Shmuel N. Eisenstadt*, Multiple Modernen im Zeitalter der Globalisierung, in: *Die Vielfalt und Einheit der Moderne. Kultur- und strukturvergleichende Analysen*, hg. von Thomas Schwinn, 2006, S. 37 (44); *Thomas Schwinn*, Die Vielfalt und die Einheit der Moderne – Perspektiven und Probleme eines Forschungsprogramms, in: a.a.O., S. 7 (11–13); *ders.*, Multiple Modernities: Konkurrierende Thesen und offene Fragen, in: *Zeitschrift für Soziologie* 38 (2009), S. 454–476; *Boris Krause*, Religion und die Vielfalt der Moderne. Erkundungen im Zeichen neuer Sichtbarkeit von Kontingenz, 2012, S. 273–332.

Beispiel die Säkularisierung. Der Ansatz erlaubt es damit, im Unterschied zur Säkularisierungstheorie Religion auch als unabhängige Variable und nicht schon vorgängig nur als abhängige Variable gesellschaftlicher Faktoren und Entwicklungen ins Spiel zu bringen. Die Annahme konfliktiver Beziehungen zwischen unterschiedlichen, auf Autonomie bedachten Wertsphären wie Religion, Politik und Wirtschaft stellt ein zentrales Element des Ansatzes dar. Konflikte führen in den unterschiedlichen Modernen zu differierenden Mustern der Ausdifferenzierung von Religion, Politik, Wirtschaft, Wissenschaft mit unterschiedlichen Graden ihrer Verselbständigung.

Im Rahmen des ‚Multiple-Modernen‘-Ansatzes lässt sich auch von „multiplen Säkularitäten“ sprechen. *Monika Wohlrab-Sahr* hat einen entsprechenden Ansatz entwickelt, um die religiöse Entwicklung in Ostdeutschland besser begreifbar zu machen.¹¹² In Bezugnahme auf *Eisenstadts* Theorie der „multiplen Modernen“ nimmt sie Abstand zu den Grundannahmen der klassischen Modernisierungstheorie wie der Säkularisierungstheorie. In ihrer Konzeption der „multiplen Säkularitäten“ besitzt der Konflikt eine zentrale Dimension. Mit Blick auf den ostdeutschen Säkularisierungsprozess fragt sie nach den Konfliktfeldern und -akteuren, in denen und durch die sich die Religionspolitik des DDR-Regimes durchsetzen konnte. Weder reiche der Hinweis auf die politische Repression zur Erklärung des Erfolgs der SED-Religionspolitik aus, noch die alleinige Bezugnahme auf Modernisierungsprozesse. Man müsse davon ausgehen, dass auch genuine Aneignungs- und Überzeugungsprozesse bei der Durchsetzung des Atheismus am Werk waren. Nur so lasse sich erklären, dass die politische Wende in Ostdeutschland nicht von einer religiösen Wende begleitet war. In einer qualitativen empirischen Studie wurden 24 Familien in einer Drei-Generationen-Konstellation interviewt.¹¹³ Dabei zeigte sich, dass es drei Konfliktfelder waren, in denen sich die politisch „forcierte Säkularität“ in Ostdeutschland durchsetzte: Kirchenmitgliedschaft stand gegen Parteimitgliedschaft, religiöse Weltdeutung gegen „wissenschaftliche Weltanschauung“ und christliche Ethik und Moral gegen eine sozialistische Hypermoral. Anknüpfend an das historische Erbe der religionskritischen Aufklärung, insbesondere in der sozialistischen Arbeiterbewegung, und

58

¹¹² *Monika Wohlrab-Sahr*, Forcierte Säkularität oder Logiken der Aneignung repressiver Säkularisierung, in: Religion und Religiosität (o. Fn. 69), S. 145 (160–162); *dies./Uta Karstein/Thomas Schmidt-Lux*, Forcierte Säkularität. Religiöser Wandel und Generationendynamik im Osten Deutschlands, 2009, S. 13–28.

¹¹³ *Wohlrab-Sahr / Karstein / Schmidt-Lux*, ebd., S. 29–348.

an eigene Erfahrungen in der Kriegs- und Nachkriegszeit, fand der als Alternative zur als gestrig, überholt und moralisch diskreditiert dargestellten Religion konstruierte Atheismus seine Anhängerschaft. In den beiden älteren Generationen übertrug sich das verbreitete Misstrauen gegenüber der Parteiideologie der SED – so die Ergebnisse von *Wohlrab-Sahr* und anderen – nicht ohne weiteres auf den Atheismus. Erst mit Blick auf die dritte Generation könne man nicht mehr von einer dergestalt „forcierten Säkularität“ sprechen. Sie weiche einer neuen Offenheit und Neugier gegenüber überzeugenden Sinnangeboten, die allerdings nicht ohne weiteres zu einer Rückkehr zu Religion oder gar Kirche führe. Als „mittlere Transzendenzen“ hätten sich in Ostdeutschland „Gemeinschaft, Arbeit und Ehrlichkeit“ zu Identitätssemantiken der Selbstbeschreibung wie der idealisierenden Beschreibung der Vergangenheit entwickelt.¹¹⁴

59 Wo liegen die wichtigsten Vorteile der Perspektive der multiplen Modernen gegenüber der Säkularisierungstheorie? Das aus den Kulturkämpfen des 19. Jahrhunderts stammende Stereotyp, die Religion gehöre irgendwie nicht zur Moderne, sie sei generell negativ von der modernen Gesellschaftsentwicklung affiziert, verliert seine Grundlage. An dessen Stelle tritt eine Perspektive, die sich offen hält für alternative Möglichkeiten: Religion kann unter modernen Bedingungen geschwächt und zurückgedrängt werden, sie kann aber auch aufblühen und eine neue Vitalität entwickeln. Keines von beiden ist theoretisch vorentschieden. Damit wird der Tendenz ein Riegel vorgeschoben, dass die Säkularisierungstheorie als ‚sich selbst erfüllende Prophezeiung‘ ihre Wirksamkeit entfaltet. Über den Glauben großer Teile der europäischen Intellektuellen an die Säkularisierung habe sie erst ihre durchschlagende historische Wirksamkeit entfalten können, so die nicht unplausible These von *José Casanova*.¹¹⁵

60 In der Perspektive der multiplen Modernen lassen sich – so ein weiterer Aspekt – auch Modernisierungsprozesse in den Religionen angemessener wahrnehmen. Unter dem Einfluss der Säkularisierungstheorie konnten die Religionen bestenfalls mehr oder weniger erfolgreiche Abwehrkämpfe führen. Genuine Modernisierungsprozesse aus den eigenen religiösen Ressourcen heraus waren ausgeschlossen. Erst vom Konzept multipler Modernen her lassen sich die weitreichenden Veränderungen innerhalb der religiösen Traditionen in

¹¹⁴ *Wohlrab-Sahr / Karstein / Schmidt-Lux*, ebd., S. 162.

¹¹⁵ *José Casanova*, Die religiöse Lage in Europa, in: *Säkularisierung und die Weltreligionen*, hg. von Hans Joas / Klaus Wiegandt, S. 322 (338).

der Moderne unvoreingenommen in den Blick nehmen.¹¹⁶ So lässt sich für den Katholizismus gut zeigen, wie er im Laufe des 19. Jahrhunderts bei aller Kontinuität eine neue Gestalt annimmt, die heute erneut grundlegend im Wandel begriffen ist.¹¹⁷ Erst unter den Prämissen des Ansatzes multipler Modernen wird die Frage formulierbar, ob es etwa spezifische Ausprägungen einer katholischen Moderne geben könne.¹¹⁸

Für eine Erklärung der religiös-kirchlichen Lage in Ostdeutschland lenkt der Ansatz die Aufmerksamkeit auch auf ein Erbe, das bis in die spezifisch gewaltförmigen Umstände der ersten Christianisierung in Teilen Deutschlands zurückreicht.¹¹⁹ Wo es aus historisch rekonstruierbaren Gründen nie zu einer Verankerung des Glaubens im Volk gekommen ist, hat der strukturelle und kulturelle Umbruch zur Moderne einen anderen Pfad eingeschlagen als dort, wo der Glaube in einer Volkskultur seinen Ausdruck gefunden hat. Was *Charles Taylor* als „exklusiven Humanismus“¹²⁰ rekonstruiert hat, besaß in den heute zu Ostdeutschland gehörenden Regionen früh einen spezifischen Nährboden nicht nur unter den intellektuellen Eliten, sondern auch im Volk. In den sozialen und politischen Kämpfen des 19. Jahrhunderts konnte sich ein Volksatheismus mit regional spezifischen Kernen stabilisieren. Die Nationalsozialisten in ihrer antichristlichen Phase und nach dem 2. Weltkrieg schließlich die Kommunisten konnten an diesen Pfad anknüpfen. So wird erklärbar, dass die SED mit ihrer mit allen Mitteln des staatlichen Machtapparats vorangetriebenen Religionspolitik eine solch durchschlagende und nachhaltige Wirkung erzielen konnte. Es wird auch verständlich, warum es in Ostdeutschland im Unterschied zu anderen Regionen ehemals kommunistischer Herrschaft nicht zu einer Rückkehr zu Religion und Kirchen gekommen ist.

61

¹¹⁶ *Staf Hellemans*, Das Zeitalter der Weltreligionen. Religionen in agrarischen Zivilisationen und in modernen Gesellschaften, 2010, S. 36 f.

¹¹⁷ *Franz-Xaver Kaufmann*, Kirche in der ambivalenten Moderne, 2012, S. 87–104.

¹¹⁸ *Charles Taylor*, A Catholic Modernity?, in: ders., Dilemmas and Connections. Selected Essays, S. 167–187.

¹¹⁹ *Franz Höllinger*, Volksreligion und Herrschaftskirche. Die Wurzeln religiösen Verhaltens in westlichen Gesellschaften, 1996, S. 117–189.

¹²⁰ *Charles Taylor*, Ein säkulares Zeitalter, 2009, S. 11–50.

VII. Konsequenzen für das Staat-Kirche-Verhältnis und die Religionspolitik in Deutschland

62 Am Schluss sollen Überlegungen stehen, die Konsequenzen aus dem Ansatz multipler Modernen und der hier entwickelten Rekonstruktion der deutschen Religionsentwicklung für die Religionspolitik und das spezifische Verhältnis von Staat und Kirche in Deutschland ziehen. Wie in der Einleitung schon angesprochen, hat *David Martin* schon sehr früh darauf hingewiesen, dass es je nachdem, wie die Reformation und die bürgerlichen Revolutionen in einem Land verliefen, es zu sehr unterschiedlichen religionskulturellen und religionspolitischen Entwicklungen gekommen ist.¹²¹ Wie sich über die unterschiedlichen Phasen der Religionsentwicklung zeigen ließ, ist das Modell der kooperativen Trennung zwischen Staat und Religionsgemeinschaften in Deutschland eingebettet in einen besonderen historischen Pfad. Im Unterschied zu den katholischen Monopolen in Frankreich und Südeuropa führte die Reformation in Deutschland zu einem gemischtkonfessionellen Land mit einer protestantischen Mehrheitsbevölkerung und einer relativ großen katholischen Minderheit. In den katholischen Monopolländern schlugen die bürgerlichen Revolutionen eine scharf antikatholische und antireligiöse Richtung ein und spalteten die Länder in antikirchliche Säkularisten und katholische Integralisten. In Deutschland hat die Aufklärung keine explizit antireligiöse Stoßrichtung angenommen, sondern ist eine Verbindung insbesondere mit protestantischen Strömungen eingegangen. Der Minderheitenkatholizismus in Deutschland hat zur Verteidigung seiner Interessen starke Kräfte der Selbstorganisation entwickelt und sich politisch mehrheitlich nicht nach rechts, sondern nach mitte-links orientiert.¹²² Unter diesen Bedingungen ist es in Deutschland nicht zu einer dauerhaften Spaltung der Gesellschaft in säkularistische Bewegungen auf der einen Seite und religiös-klerikale Kräfte auf der anderen Seite gekommen. Lediglich im Machtbereich der Sowjetunion kam nach dem Zweiten Weltkrieg in der DDR ein staatlich durchgesetzter Säkularismus marxistischer Prägung zur Geltung. In der Bundesrepublik erhielt das Modell der kooperativen Trennung zwischen Staat und Kirche gewissermaßen als Gegenmodell zur nationalsozialistischen und marxistischen Religionspolitik eine besonders kirchenfreundliche Ausprägung. Vor dem Hintergrund dieser religionspolitischen Entwicklung muss das deutsche Modell

¹²¹ *Martin*, A General Theory (o. Fn. 1), S. 1–11.

¹²² *Martin*, ebd., S. 50.

kooperativer Trennung mit einem säkularen, aber bewusst nicht säkularistischen bzw. laizistischen Staat gesehen werden. Es ließ sich zeigen, dass bei allen Veränderungen der religiösen Lage diese religionspolitische Konstellation bis heute weiter besteht. Viele Argumente sprechen dafür, den deutschen religionspolitischen Pfad der kooperativen Trennung von Staat und Religionsgemeinschaften auch in Zukunft nicht in Richtung eines strikt laizistischen Trennungsmodells zu verlassen.¹²³ Auf der anderen Seite bedarf das deutsche Religionsrecht einer Öffnung, die der neuen Pluralität der Religionsgemeinschaften gerecht wird. Eine zentrale Herausforderung stellt die volle Integration der Muslime in das deutsche Religionsrecht dar.¹²⁴ Dabei gilt, dass nur ein Staat, der konsequent zu seiner religionsneutralen Säkularität steht, die Probleme des angewachsenen religiösen Pluralismus angemessen wird lösen können.¹²⁵ Der Rückgriff auf eine wie auch immer geartete Zivilreligion christlicher Prägung wäre hier in seiner Wirkung eher dysfunktional. Dabei bedarf die Materie der Religionspolitik bei allen Akteuren einer hohen Sensibilität und der Bereitschaft, sich auf diskursive Prozesse der Verständigung und der Aushandlung einzulassen. Dies geht am besten, wenn ein selbstbewusster säkularer Staat und selbstbewusste, zivilgesellschaftlich verortete christliche Kirchen und Religionsgemeinschaften miteinander kooperieren. Die Kirchen und die Christen in Deutschland würden ihre Lage – so hat sich gezeigt – in wesentlichen Aspekten missverstehen, wenn sie sich als eine zunehmend marginalisierte Randgruppe begreifen würden. Vielmehr haben sie es mit einem wachsenden religiösen Pluralismus nicht nur der Weltreligionen, sondern auch innerhalb der Kirchen und des Christentums, sowie mit spirituellen außerchristlichen Gruppierungen und Menschen ohne Kirchenbindung zu tun, die im Rahmen eines säkularen Staates und einer plural geprägten Gesellschaft ein friedliches Zusammenleben organisieren müssen. Es obliegt dem Staatskirchenrecht, dafür den angemessenen rechtlichen Rahmen bereit zu stellen.

¹²³ *Christian Walter*, Religiöser Pluralismus in Deutschland. Ein rechtswissenschaftlicher Kommentar, in: Modelle des religiösen Pluralismus (o. Fn. 89), S. 223 (237).

¹²⁴ *Großbölting*, Der verlorene Himmel (o. Fn. 53), S. 269.

¹²⁵ *Hermann-Josef Große Kracht*, Solide Säkularität. Diskursdemokratische Reflexionen zum Verhältnis von Religion und Republik im Zeitalter postmetaphysischer Politik, in: Modelle des religiösen Pluralismus (o. Fn. 89), S. 243 (281).

§ 3

Das Verhältnis von Staat und Kirche nach der Lehre der katholischen Kirche

Von Ansgar Hense

I. Das Problem der Verhältnisbestimmung aus katholischer Perspektive	1–8
II. Konzeptionelle Ankerpunkte für katholische Ordnungsvorstellungen: Die Heilige Schrift und der Beginn der Traditionsbildung	9–16
1. Politische Herrschaft in biblischer Perspektive	9–13
2. Frühkirchliches Verständnis	14–16
III. Das katholische Staatsdenken zwischen Antike und Neuzeit	17
IV. Entwicklungsschritte des Kirche–Staatsverständnisses und –verhältnisses von der Antike bis zum Ende des Mittelalters	18–27
1. Eine erste Weichenstellung: Die „neue“ Religionspolitik Kaiser Konstantins	18
2. Von der Zwei-Reiche-Lehre zur Zweigewaltenlehre	19–23
a) Augustinische „Zwei-Reiche-Lehre“	20
b) Kirche und weltliche Herrschaft als „zwei Gewalten“ – Papst Gelasius I.	21–22
c) Realgeschichtliche Herausforderungen und Anfragen an Regnum und Sacerdotium	23
3. Der Investiturstreit als fundamentale Weggabelung und elementare Zäsur	24–27
a) Die „Papstrevolution“ Gregors VII.	24
b) Der Investiturstreit als Differenzierungssprung?	25–26
c) Thomas von Aquin	27
V. An der Schwelle zwischen Mittelalter und Neuzeit: kirchliche Oberhoheit und res publica christiana	28

VI. Das Kirche-Staat-Verhältnis unter den Bedingungen moderner Staatlichkeit bis ins 19. Jahrhundert	29–33
1. Situation verstärkter Abgrenzung und selbstthematisierender Positionierung	29
2. Moderne Freiheitsidee und katholisches Kirche-Staat-Verständnis im 19. Jahrhundert	30–31
3. Die Grundlinien der Staatsanschauung von Leo XIII.	32
4. Staatsaussagen des CIC/1917	33
VII. Das Zweite Vatikanische Konzil als „kopernikanische Wende“ in der Zuordnung von Staat und Kirche	34–46
1. Kirchliche Grundsituation angesichts der Moderne	34–35
2. Wesentliche Konzilsaussagen über das Verhältnis von Kirche und Welt – Kirche und Staat und ihre bestätigende Rezeption	36–45
a) Genaue Unterscheidung von Kirche und Staat	37–38
b) Religionsfreiheit	39–43
c) Die institutionelle Seite von Kirche und Staat: Eigenständigkeit und Kooperation	44–45
3. Das Gegenüber von Kirche und Staat im Lichte des CIC/1983	46
VIII. Schwebende Grundstruktur katholischen Staatsdenkens	47

I. Das Problem der Verhältnisbestimmung aus katholischer Perspektive

- 1 Die Bestimmung des Verhältnisses von Kirche und Staat betrifft aus kirchlich-theologischer Perspektive nur einen „Ausschnitt aus dem umfassenderen Beziehungskomplex ‚Kirche und Welt‘“.¹ Die diesem Komplex zugemessene Bedeutung lässt sich exemplarisch an den deutschsprachigen Publikationen seit dem 19. Jahrhundert bis in die jüngste Zeit ablesen.² Die Diskussion um „Verweltlichung“ der

¹ So die Feststellung in den Voraufagen von *Paul Mikat*, Das Verhältnis von Staat und Kirche nach der Lehre der katholischen Kirche, in: HSKR¹, Bd. I, 1974, S. 143 f., und in: HSKR², Bd. I, 1994, S. 111 f., jeweils m. w. N. Siehe auch *Wilhelm Schneemelcher*, Kirche und Staat im Neuen Testament, in: Kirche und Staat. Festschrift für Hermann Kunst, hg. von Kurt Aland/Wilhelm Schneemelcher, 1967, S. 1.

² *Joseph Hergenröther*, Katholische Kirche und christlicher Staat in ihrer geschichtlichen Entwicklung und in Beziehung auf die Fragen der Gegenwart, 2 Abteilungen, 1872 (Neudruck 1968); *Karl Böckenhoff/Albert M. Koeniger*, Katholische Kirche und moderner Staat, 2. Aufl. 1919; *Konrad*

Kirche und der Notwendigkeit ihrer „Entweltlichung“ – nicht zuletzt befördert durch die Freiburger Rede Papst *Benedikts XVI.*³ – zielt zentral auf den Sendungsauftrag der Kirche in der Welt ab. „Kirche und Staat“ könnten dabei leicht als Pole eines kategorialen Gegensatzpaares aufgefasst werden, das die oppositionelle Stellung beider Lebenssphären zueinander markiert und damit ein Verhältnis von – vielleicht feindlichem – Antagonismus unterstellt. Dass eine solche Auffassung nicht nur die sich aus dem historisch-genetischen Kontext ergebende Relationalität oder Komplementarität der Sphären von Kirche und Staat unberücksichtigt lässt, sondern religiös-theologische Grundannahmen vernachlässigt, hat *Paul Mikat* in den Voraufagen zu Recht klargestellt. *Mikat* verwies darauf, dass die Kirche als eschatologisch-heilsgeschichtliche Größe zwar in der Welt sei, aber gleichwohl in einem „Gegenüber“ zur Welt existiere.⁴ Es mag zwar heute Gemeingut sein, dass Kirche und Welt, Kirche und Staat wesensverschiedene Größen sind, doch beschreibt dies lediglich deren Unterscheidung und sagt nichts über die verhältnismäßige Zuordnung dieser beiden Lebenssphären aus. Die das Christentum von Anbeginn prägende Selbstthematisierung in der Polarität von Weltdistanz und Weltverantwortung⁵ bleibt bei dieser Kategorisierung ebenso ausgespart wie eine Arrondierung des Verständnisses darüber, wie eine wohlverstandene Ordnungskonfiguration aus Sicht der Kirche aussehen müsste. Eine bloße Unterscheidung zwischen kirchlich und weltlich lässt offen, ob es sich um ein Subordinations-

Schön, Das Verhältnis der Kirche zur politischen Macht, in: Handbuch der Pastoraltheologie, hg. von Franz Xaver Arnold u. a., Bd. II/2, 1966, S. 337–377; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Staat – Gesellschaft – Kirche, in: ders., Religionsfreiheit. Die Kirche in der modernen Welt. Schriften zu Staat, Gesellschaft, Kirche, Bd. III, 1990, S. 113–211. Siehe weiter *Hubertus Zilkens*, Christentum und Verfassungsstaat. Eine Verhältnisbestimmung aus der Sicht der Katholischen Soziallehre, 2011. Sowie *Martin Rhonheimer*, Christentum und säkularer Staat: Geschichte – Gegenwart – Zukunft, 2012. Allein die Buchtitel sind bemerkenswert und deuten Wandlungen in Wahrnehmung und Argumentation an.

³ *Jürgen Erbacher* (Hg.), Entweltlichung der Kirche? Die Freiburger Rede des Papstes, 2012. Ferner *Stefan Mückl*, In der Welt, nicht von der Welt. (Staats-)Kirchenrechtliche Implikationen einer Entweltlichung der Kirche, in: *Theologia Iuris Canonici*. Festschrift für Ludger Müller, hg. von Christoph Ohly u. a., 2017, S. 115–125.

⁴ *Mikat*, in: HSKR¹ (o. Fn. 1), S. 144, bzw. in: HSKR² (o. Fn. 1), S. 112. Ebenso *Andreas Kowatsch*, Freiheit in Gemeinschaft – Freiheit der Gemeinschaft. Das geltende Kirchenrecht und die alte Lehre von der „libertas Ecclesiae“, 2015, passim.

⁵ *Franz Dünzl*, Fremd in dieser Welt? Das frühe Christentum zwischen Weltdistanz und Weltverantwortung, 2015.

oder Koordinationsverhältnis handelt; beides ist theoretisch denkbar. Eine Verhältnisbestimmung zwischen Kirche und Staat mag dann die Frage klären, ob der Kirche oder dem Staat die Suprematie gebührt oder beide gleichberechtigt einander gegenüberstehen. Eine Aussage über das Verhältnis zur jeweiligen Staatsform (z.B. Monarchie oder Demokratie) und eine mögliche Präferenz ist damit noch nicht getroffen; es ist auch eine Frage, ob dies unter den Vorzeichen einer Ausdifferenzierung zwischen beiden Größen noch Thema sein kann.⁶

- 2 Bei den gegenwärtigen Diskussionen über das Säkularisierungsparadigma⁷ stößt die Fundamentaldifferenzierung zwischen Kirche und Staat – oder allgemeiner: zwischen Religion und Politik – ebenfalls auf große Beachtung.⁸ Das Neben- und Ineinander dieser beiden Lebenssphären ist – vor allem – ein okzidentales Fundamentalproblem, dessen Ordnungskonfigurationen ein beständiges, auf Dauer gestelltes Wechselspiel von gedachter und real-existierender Ordnung ist.⁹ Der ständige Entwicklungs- und Wandlungsprozess von Ordnungsvorstellungen, Ordnungsmechanismen und Ordnungsgestaltungen stellt sich als Verkettung unterschiedlichster Faktoren dar, die einerseits als diffus erscheinen, andererseits in ihrer – „plurifaktorellen“ – Mannigfaltigkeit Wandlungsdynamiken freisetzen, die sich rückblickend als – möglicherweise konfliktreiche – Lerngeschichten lesen lassen oder Ausdruck „multipler Modernen“ sind.¹⁰ Der Aggregatzustand zwischen Wandel und Dauer lässt die Momente der Stabilität ebenso zum Vorschein gelangen wie die Momente der Veränderung. Das Aufspüren von Traditionslinien dient der besonderen Bedeutung von Tradition im katholischen Denken.¹¹ Es besteht

⁶ Eine gewisse katholische „Gleichgültigkeit“ gegenüber solchen Fragen konstatierte *Carl Schmitt*, *Römischer Katholizismus und politische Form*, 2. Aufl. 1925 (Neudruck 1984), insbes. S. 41, 50.

⁷ *Thomas M. Schmidt / Anette Pitschmann* (Hg.), *Religion und Säkularisierung. Ein interdisziplinäres Handbuch*, 2014.

⁸ Repräsentativ *Karl Gabriel / Christel Gärtner / Detlef Pollack* (Hg.), *Umstrittene Säkularisierung. Soziologische und historische Analysen zur Differenzierung von Religion und Politik*, 2012.

⁹ Vgl. dazu und zum Folgenden *Bernd Schneidmüller / Stefan Weinfurter*, *Ordnungskonfigurationen: Die Erprobung eines Forschungsdesigns*, in: *Ordnungskonfigurationen im Hohen Mittelalter*, hg. von dens., 2006, S. 7 (8 f.).

¹⁰ Siehe *Ansgar Hense*, Shmuel N. Eisenstadts Konzept der „multiple modernities“ und die Ordnungskonfiguration(en) von Staat und Religion. Anmerkungen aus europäisch-rechtswissenschaftlicher Perspektive, in: *Politik, Religion und Recht*, hg. von Martin Schulte, 2017, S.115–163.

¹¹ Stabil ist vor allem der Wandel – eingehend dazu *Michael Seewald*, *Dogma im Wandel. Wie Glaubenslehren sich entwickeln*, 2018.

eine lebendige Relation von Gegenwart und Geschichte, bei der Altes nicht einfach abgeräumt, sondern durch das Neue überlagert wird, es dabei aber auch weiterhin „durchdringt“. *Josef Isensee* hat dies sehr plastisch als „Kompostierungseffekt“ beschrieben.¹²

Bereits diese Andeutungen lassen erahnen, wie voraussetzungsreich und komplex eine Annäherung an das Kirche-Staat-Verhältnis ist. Dabei ist die Perspektive entscheidend. Es geht nicht darum, ob kirchliches Rechtsdenken sich im weltlichen Recht ausgeprägt hat.¹³ Behandelt wird auch nicht das Themenfeld „politische Theologie“.¹⁴ Ebenso wenig sind andere Narrative etwa aus der Perspektive des (modernen) Verfassungsstaates nachzuerzählen, die den modernen Verfassungsstaat als „Derivat“ des Christentums ansehen.¹⁵ Solche „Meistererzählungen“, die selbstvergewissernde Kontinuitäts- und Entwicklungslinien konstruieren, sind nicht selten.¹⁶ Sie lassen sich

3

¹² *Josef Isensee*, Keine Freiheit für den Irrtum. Die Kritik der katholischen Kirche des 19. Jahrhunderts an den Menschenrechten als staatsphilosophisches Paradigma, in: ZRG 104 KA 73 (1987), S. 296 (305 f., 307 f.); *ders.*, Der lange Weg zu ‚Dignitatis humanae‘ – Konvergenzen und Divergenzen von kirchlichem Wahrheitsanspruch und verfassungsstaatlichem Freiheitsverständnis, in: Das Christentum und der Staat. Annäherungen an eine komplexe Beziehung und ihre Geschichte, hg. von Christian Hillgruber, 2014, S. 51 (55).

¹³ Vgl. dazu – auch im Kontext des Römischen Rechts – etwa *Karl-Heinz Ladeur*, Der Anfang des westlichen Rechts, 2018. Zur Dualität von kanonischem und weltlichem Recht eingehend *Simon Hecke/Hartmann Tyrell*, Religion, Politik und Recht: Die ‚päpstliche Revolution‘ und ihre ‚dualistischen‘ Rechtsfolgen, in: Politik, Religion und Recht (o. Fn. 10), S. 9–65. Bemerkenswert zum Verhältnis zwischen ‚Juridifizierung der Theologie‘ und ‚Theologisierung der Jurisprudenz‘ in einer bestimmten Phase: *Kurt Seelmann*, Theologie und Jurisprudenz an der Schwelle zur Moderne. Die Geburt des neuzeitlichen Naturrechts in der iberischen Spätscholastik, 1997.

¹⁴ Die Literatur zu dem Topos oder Denkfigur „Politische Theologie“ ist unüberschaubar. Aufschlussreich die Beiträge in: Politische Theologie(n) der Demokratie. Das religiöse Erbe des Säkularen, hg. von Ino Augsberg/Karl-Heinz Ladeur, 2018.

¹⁵ Sehr kritisch dazu *Horst Dreier*, Säkularisierung und Sakralität, 2013; *ders.*, Staat ohne Gott. Religion in der säkularen Moderne, 2018.

¹⁶ Zum Problem *Frank Rexroth*, Meistererzählungen und die Praxis der Geschichtsschreibung. Eine Skizze zur Einführung, in: Meistererzählungen vom Mittelalter, hg. von *dems.*, 2007, S. 1–22. Zur ambivalenten Rolle der Kirche plastisch *Isensee*, Der lange Weg (o. Fn. 12), S. 66: „Sie hat den Entwicklungsprozess der Menschenrechte behindert, und sie hat ihn gefördert“. Eine kritische Perspektive einnehmend *Georg Essen*, Harmonische Erbschaftsverhältnisse? Theologisch-philosophische Grenzreflexionen zur Erinnerungskultur des säkularen Verfassungsstaates, in: Verfassung ohne Grund, hg. von *dems.*, 2012, S. 179–203.

mit dem Investiturstreit¹⁷ ebenso verbinden wie mit dem Topos vom christlichen Abendland¹⁸ oder anderen rechtskulturellen Erzählzusammenhängen.¹⁹ Es geht vielmehr um den konfessionsspezifischen Blick von der Kirche auf den Staat und wie sich dabei dieses Verhältnis aus kirchlicher Sicht gestaltet und gestalten sollte.

- 4 Eine Darstellung der Wahrnehmungs- und Deutungsmuster des Verhältnisses von Kirche und Staat aus katholischer Perspektive steht vor der schwierigen Herausforderung, dass diesen beiden Wortreferenzen etwas Anachronistisches anhaftet, vor allem wenn es um die vormoderne Genese geht.²⁰ Kirche und Staat lassen sich nicht von Anfang an als moderne Großorganisationen beschreiben.²¹ Das Papsttum wie die Kirche als „hoch organisierte Religionsgemeinschaft“ institutionalisierten sich – grosso modo – im (späteren) Mittelalter.²² Weder der Staat als weltliche Herrschaftsorganisation noch

¹⁷ Aufschlussreich *Ludger Körntgen*, Der Investiturstreit und das Verhältnis von Religion und Politik im Frühmittelalter, in: *Religion and Politics in the Middle Ages*, hg. von dems./Dominik Waßenhoven, 2013, S. 89–115 (insbes. S. 94 und passim).

¹⁸ Zur Kritik an der Abendlandssemantik etwa *Georg Essen*, Politik und Religion in der Moderne, in: *Kirche und Staat. Geschichte und Gegenwart eines spannungsreichen Verhältnisses*, hg. von Josef Rist / Christof Breitsamer, 2015, S. 95 (99 ff. und passim).

¹⁹ Ob große Würfe wie *Harold J. Berman*, Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition, 1995, oder *Paolo Prodi*, Eine Geschichte der Gerechtigkeit. Vom Recht Gottes zum modernen Rechtsstaat, 2003, Meistererzählungen generieren oder nicht, sei dahingestellt. Sie werden in jedem Fall kontrovers diskutiert. Zu *Berman* etwa die Beiträge in: *Rechtsgeschichte* 21 (2013), siehe auch *Rudolf Schieffer*, „The Papal Revolution in Law“? Rückfragen an Harold J. Berman, in: *Bulletin on Mediaeval Canon Law* 22 (1998), S. 19–30. Positiv *Berman* und *Prodi* rezipierend *Udo Di Fabio*, Christentum und Rechtskultur als Grundlage des Staatskirchenrechts, in: *EssGespr.* 42 (2008), S. 129–144 (= *ders.*, Gewissen, Glaube, Religion. Wandelt sich die Religionsfreiheit?, 2. Aufl. 2009, S. 79–104).

²⁰ Vgl. *Wolfgang Reinhard*, Glaube und Macht. Kirche und Politik im Zeitalter der Konfessionalisierung, 2004, S. 84 f. Siehe auch *Jürgen Miethke*, Der Gegenstand in der Forschung. Eine Einführung, in: *Kaiser und Papst im Konflikt. Zum Verhältnis von Staat und Kirche im späten Mittelalter*, hg. von dems./Arnold Bühler, 1988, S. 13 (16–18); ferner *Schneemelcher*, *Kirche und Staat* (o. Fn. 1), S. 1 ff.

²¹ Zur Problematik siehe etwa *Hartmann Tyrell*, Religion – Organisationen und Institutionen, in: *Kultur und Religion, Institutionen und Charisma im Zivilisationsprozeß. Festschrift für Wolfgang Lipp*, hg. von Bernhard Schäfers / Justin Stagl, 2005, S. 25–56.

²² So *Michael Mitterauer*, Warum Europa? Mittelalterliche Grundlagen eines Sonderwegs, 3. Aufl. 2004, S. 151–198. Zur institutionellen Seite sehr aufschlußreich *Peter von Moos*, Krise und Kritik der Institutionalität. Die

die Kirche als *ecclesia romana* waren aus heutiger Organisationsperspektive über mehrere Jahrhunderte hinweg wirklich „fertig“.²³ Die Schwierigkeit resultiert daraus, dass heutige Begrifflichkeiten auf andere historische Konstellationen und Entwicklungsgänge projiziert werden. Eine weitere terminologische Problematik zeigt sich darin, dass die katholische Sozialverkündigung bis in die Gegenwart hinein nicht immer genau zwischen „Staat“ und „Gesellschaft“ unterscheidet.

Eine weitere Herausforderung liegt zudem darin, dass eine katholische Lehre rekonstruiert werden soll. Dies setzt zum einen eine konfessionelle Referenz voraus und zum anderen ein Gedankengebäude, aus dem sich zumindest die Umrisse einer Architektur konstruieren lassen, die als katholisches Gedankengut identifiziert und beschrieben werden kann. Es ist bemerkenswert, dass gerade die rechtskulturellen Narrative, die eine besondere Wirkkraft des Kirchlich-Religiösen für die weltliche Ordnung hervorheben, weitgehend nicht konfessionsspezifisch argumentieren, sondern allgemein und in der Regel unter dem Label „Christentum“.

Es stellt sich überhaupt die Frage, ob es ein umfassendes, durch definitorische Gesamtaussagen kondensiertes katholisches Lehrgebäude zum Verhältnis von Kirche und Staat geben kann oder muss. Eine Rekonstruktion der verschiedensten Aussagen zur Verhältnisbestimmung zu den unterschiedlichen Zeiten wird die Erwartungshaltung nach zeitlos bleibenden Wahrheiten vielleicht enttäuschen müssen, da das Verhältnis von Kirche und Staat je situativ geprägt ist. Theoretisch-konzeptionelle Problemverarbeitungen dürften nicht selten zeitbedingt sein sowie auf konkrete Ordnungserfordernisse und -konstellationen reagieren. Darüber hinaus können die ideengeschichtlich relevanten konzeptionellen Verhältnisbestimmungen von unterschiedlichen Urhebern stammen, so dass sich die Frage stellt, ob sie repräsentativ katholisch sind oder nicht doch besser von christlicher Rechts- und Staatsphilosophie gesprochen werden sollte.²⁴ Die Bestimmung dessen, was katholische Lehre ist, wird sicherlich im und seit dem 19. Jahrhundert durch die doktrinaire Feststellung vom

mittelalterliche Kirche als ‚Anstalt‘ und ‚Himmelreich auf Erden‘, in: *Institutionalität und Symbolisierung*, hg. von Gert Melville, 2001, S. 293–340.

²³ Exemplarische, systemtheoretische Studie zur Herausbildung eines kirchlichen Eigenrechtskreises *Simon Hecke*, *Kanonisches Recht. Zur Rechtsbildung und Rechtsstruktur des römisch-katholischen Kirchenrechts*, 2017.

²⁴ Vgl. auch *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, 2. Aufl. 2006, S. 177–191.

„doppelten Lehramt“²⁵ und einer stark anwachsenden Zahl an lehramtlichen Äußerungen des Papstes u.a. in der Form von Enzykliken erleichtert, die eine textliche Referenz gerade auch für das Kirche-Staat-Verhältnis darstellen.²⁶ Gilt für die lange Zeit bis zum 19. Jahrhundert, dass Schrift und Tradition weitgehend originär und direkt auszulegen sind, bewirken die lehramtlichen Verdichtungen seit dem 19. Jahrhundert, dass nunmehr die Auslegungen des Lehramts selbst Auslegungsreferenz sind.²⁷ Zwar war die katholische Positionierung schon vorher nicht ungewichtet, da es einen Unterschied macht, ob es sich um biblische Inhalte, Äußerungen eines Bischofs – insbesondere des Bischofs von Rom – oder um eine Stellungnahme eines Kirchenvaters oder anderen probati auctores²⁸ handelt. Doch ist mit der seit dem 19. Jahrhundert eingetretenen lehramtlichen Zentralisierung und Verdichtung ein großer Sprung in Richtung Universalität verbunden, der die Kirche auch in Sachen lehrmäßiger Verhältnisbestimmung Kirche-Staat als aktiv-gestaltender „global player“ in Erscheinung treten lässt.²⁹ Der lange, vor allem nach dem Schisma von 1054 dominierende Weg eines „Christenheitseuropas“ (*Heinz Schilling*) wurde damit endgültig verlassen. Flankiert wurden diese Tendenzen zudem durch die ebenfalls im 19. Jahrhundert forcierte wissenschaftliche Vorspurung eines *Ius Publicum Ecclesiasticum* als

²⁵ Bemerkenswert *Hubert Wolf*, ‚Wahr ist, was gelehrt wird‘ statt ‚gelehrt wird, was wahr ist?‘ Zur „Erfindung“ des ‚ordentlichen‘ Lehramts, in: Neutestamentliche Ämtermodelle im Kontext, hg. von Thomas Schmeller / Martin Ebner / Rudolf Hoppe, 2010, S. 236–259.

²⁶ Dazu die serielle Übersicht päpstlicher Verlautbarungen seit dem 19. Jahrhundert bis in die Gegenwart bei *Zilkens*, Christentum (o. Fn. 2), S. 63–141. Zum kirchlichen Lehramt allgemein *Christoph Böttigheimer*, in: Neues Lexikon der katholischen Dogmatik, hg. von Wolfgang Beinert / Bertram Stubenrauch, 2012, S. 402–408. Zum Problem der Geschichtlichkeit des kirchlichen Lehramts insbes. *Seewald*, Dogma (o. Fn. 11).

²⁷ *Wolf*, ‚Wahr ist ...‘ (o. Fn. 25), S. 255. Zu staats-theoretischen Interpretations- und Rezeptionsvorgängen neben *Zilkens*, Christentum (o. Fn. 2), exemplarisch *Margarete Demmer*, Der Staat im Neothomismus. Von den Anfängen bis zum Ende der Weimarer Republik, 2013.

²⁸ Zu diesem Autorentypus und dessen römisch-rechtliche Vorläufer vgl. *Ulrich Mosiek*, Die probati auctores in den Ehenichtigkeitsprozessen der S. R. Romana, 1959, S. 1–4. Sowie eingehend *Christoph H. F. Meyer*, Probiati auctores. Ursprünge und Funktionen einer wenig beachteten Quelle kanonistischer Tradition und Argumentation, in: Rechtsgeschichte 20 (2012), S. 138–154.

²⁹ Dazu, dass diese Entwicklungs herausforderung dann im 20. Jahrhundert mit dem Konzil eingelöst wurde, *Stefan Nacke*, Die Kirche der Weltgesellschaft. Das II. Vatikanische Konzil und die Globalisierung des Katholizismus, 2010.

selbständiger Teildisziplin der katholischen Kirchenrechtswissenschaft, die explizit auch das Kirche-Staat-Verhältnis zum Gegenstand einer rechtstheoretischen kanonistischen Konzeptionalisierung macht.³⁰ All dies bedeutet aber nicht, dass lehramtliche Vorgaben ungefragt und unkritisch rezipiert worden wären.³¹

Katholisches Staatsdenken speist sich demnach aus unterschiedlichen Quellen und erweist sich als facettenreich: Neben die Bibel als maßgeblicher schriftlicher Zentralreferenz für die „Selbstthematisierung“³² treten weitere Schriftquellen und andere Gestaltungsakteure, die für eine verdichtende, identitätsbeschreibende Selbstdefinition von entscheidender Bedeutung sind, weil ihnen für die Ausbildung und Pflege der Lehrtradition konstitutive Bedeutung zukommt.³³ Relevant sind nicht nur normative Festlegungen durch Gesetze,

7

³⁰ Grundlegend *Joseph Listl*, Kirche und Staat in der neueren katholischen Kirchenrechtswissenschaft, 1978; siehe auch *ders.*, Aufgabe und Bedeutung der kanonischen Teildisziplin des *Ius Publicum Ecclesiasticum*: Die Lehre der katholischen Kirche zum Verhältnis von Kirche und Staat seit dem Zweiten Vatikanischen Konzil, in: Kirche im freiheitlichen Staat. Schriften zum Staatskirchenrecht und Kirchenrecht, hg. von Josef Isensee / Wolfgang Rübner, 2. Hbd., 1996, S. 989–1031. Ferner als neuere Reflexion *Kowatsch*, Freiheit (o. Fn. 4).

³¹ Zu der Reflektion katholischen Staatsdenkens gerade in Deutschland grundlegend *Rudolf Uertz*, Vom Gottesrecht zum Menschenrecht: Das katholische Staatsdenken in Deutschland von der Französischen Revolution bis zum II. Vatikanischen Konzil (1962–1965), 2005; weiterhin *ders.*, Katholizismus und Demokratie, in: Aus Politik und Zeitgeschichte 7 (2005), S. 15–22; *ders.*, Zur Entwicklung des katholischen Staatsdenkens, in: Handbuch der katholischen Soziallehre, hg. von Anton Rauscher, 2008, S. 775–786; *ders.*, Die Katholische Kirche und ihre Kompatibilität mit dem Verfassungsstaat, in: Staat und Religion. Neue Anfragen an eine vermeintlich eingespielte Beziehung, hg. von Katharina Ebner u. a., 2014, S. 49–65. Ferner die Beiträge in dem Sammelband *John Witte / Frank S. Alexander* (Hg.), The Teachings of Modern Roman Catholicism on Law, Politics and Human Nature, 2007.

³² Aufschlussreich hierzu allgemein *Alois Hahn*, Glaube und Schrift – oder die Selbstthematisierung von Hochreligionen, in: *ders.*, Konstruktionen des Selbst, der Welt und der Geschichte, 2000, S. 237–260.

³³ Selbst eine voluminöse Textdokumentation wie *Peter Denzinger / Heinrich Hünermann* (Hg.), Kompendium der Glaubensbekenntnisse und kirchlichen Lehrentscheidungen, 40. Aufl. 2005, ist keine abschließende, vollständige Dokumentation. Als authentische Selbstvergewisserungen sind für den gegenwärtigen Stand vor allem weiterhin heranzuziehen: Katechismus der Katholischen Kirche: Neuübersetzung aufgrund der Editio Typica Latina, 2005; weiterhin Päpstlicher Rat für Gerechtigkeit und Frieden (Hg.), Kompendium der Soziallehre der Kirche, 2006. Wichtig ebenfalls das Sammelwerk *Arthur Utz / Brigitta von Galen* (Hg.), Die katholische Sozialdoktrin in ihrer geschichtlichen Entfaltung. Eine Sammlung päpstlicher Dokumente vom 15. Jahrhundert bis in die Gegenwart, Bd. I–IV, 1976.

wenngleich sich natürlich die Frage ergibt, welches Kirche-Staatsverständnis in universalkirchenrechtlichen Vorgaben enthalten ist. Neben Einzelakteuren – wie etwa den Kirchenvätern oder anderen, einzelnen katholischen Denkern – formte und prägte das Papsttum und damit die einzelnen Päpste das katholische Staatsdenken aus.³⁴ Für das 20. Jahrhundert nahm schließlich das Zweite Vatikanische Konzil richtungsweisende Weichenstellungen vor.³⁵

- 8 Die Überschrift dieses Handbuchbeitrags insinuiert, dass es gleichsam als Pendant zur Allgemeinen Staatslehre im weltlichen Sinn eine „Katholische Staatslehre“ gibt. Es lässt sich aber feststellen, dass die Existenz einer elaborierten, eigenständigen kirchlichen Lehre durchaus angezweifelt wird. Leit- oder Elementarideen katholischen Staatsdenkens haftet durchaus etwas Ambivalentes und Unscharfes an.³⁶ Teilweise werden die katholischen Positionen zum Kirche-Staat-Verhältnis disziplinär bloß in die Katholische Soziallehre „verschoben“,³⁷ während andere eine durchaus eigenständige katholische Staatslehre identifizieren und konzeptionalisieren wollen.³⁸ Letztlich wird wohl nur in einem „bedingten“ Sinn von einer systematisch beschreibbaren, in sich geschlossenen katholischen Lehre zum Kirche-Staat-Verhältnis ausgegangen werden können.³⁹

³⁴ Siehe etwa die Textsammlung *Helmut Schnatz* (Hg.), *Päpstliche Verlautbarungen zu Staat und Gesellschaft*, 1973.

³⁵ Näher untersucht wurden die Kontinuitätslinien und Diskontinuitäten etwa von *Kowatsch*, *Freiheit* (o. Fn. 4), insbes. S. 67 ff. und passim.

³⁶ Statt vieler *Rhonheimer*, *Christentum* (o. Fn. 2), S. 45 ff.

³⁷ Vgl. *Stefan Muckel*, *Die Lehre der Kirche über das Verhältnis von Kirche und Staat*, in: HKKR³, S. 1769 (1770 f.). Siehe auch *Oswald von Nell-Breuning*, *Gerechtigkeit und Freiheit. Grundzüge katholischer Soziallehre*, 2. Aufl. 1985, S. 101 ff.

³⁸ So etwa die Annahme des „korrekten Kanonisten“ *Hans Barion*. Ausführlich zu dieser Differenzierung und Entfaltung bei *Barion Wolfgang Spindler*, „Humanistisches Appeasement“? Hans Barions Kritik an der Staats- und Soziallehre des Zweiten Vatikanischen Konzils, 2011, S. 186–317. Tendenziell mit der Bezeichnung „katholische Staatslehre“ operierend *Uertz*, *Entwicklung* (o. Fn. 31), S. 775–786, wobei *Uertz* selbst davon ausgeht, dass sich die katholische Position als „Staatslehre“ bzw. „Staatsdoktrin“ nicht zuletzt infolge des Zweiten Vatikanischen Konzils zu einer politischen Ethik gewandelt habe. Grundlegend in diesem Sinn *ders.*, *Gottesrecht* (o. Fn. 31), insbes. S. 363–482. Grundsätzlich auch *Dieter Grimm*, *Die Staatslehre der katholischen Kirche nach dem Zweiten Vatikanischen Konzil*, in: *Civitas. Jahrbuch für Sozialwissenschaften* 8 (1969), S. 11–30.

³⁹ *Mikat*, in: HSKR² (o. Fn. 1), S. 115. Bemerkenswert ambivalent die Feststellung bei *Philipp Hergenröther* / *Joseph Hollweck*, *Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts*, 2. Aufl. 1905, S. 57, die davon ausgehen, dass sich „feste und sichere Schlüsse auf das prinzipielle Verhältnis zwischen Kirche und

II. Konzeptionelle Ankerpunkte für katholische Ordnungsvorstellungen: Die Heilige Schrift und der Beginn der Traditionsbildung

1. Politische Herrschaft in biblischer Perspektive

Die Bibel als Offenbarungsschrift des Wortes Gottes ist nicht nur „die“ Referenz für Glaubensaussagen, sondern gilt auch als maßgeblicher Ausgangspunkt für Aussagen über die Verhältnisbestimmung zur weltlichen Macht.⁴⁰ Die biblischen Aussagen über dieses Verhältnis sind weder lehrsatzartig konzentriert, sondern über die Schriften des Alten und Neuen Testaments verstreut, noch lassen sich die einzelnen Textstellen wie ein systematisches „Handbuch der Staatslehre“ lesen und interpretieren.⁴¹ Die Heilige Schrift erweist sich auch in der Frage des Kirche-Staat-Verhältnisses als hermetische religiöse Grundschrift, die durchaus gegenläufige Aussagen unter dem Dach eines kanonisierten Textkorpus vereinigt und keine eindeutige Ideal-konzeption von Kirche und Staat verfolgt.⁴² Einzelne Textpassagen sind entweder als staatsfreundliche oder als staatskritische Aussagen interpretierbar und bisweilen oszillieren verschiedene über die Heilige Schrift verstreute Textstellen zwischen diesen beiden Polen.⁴³

9

Staat ziehen [lassen], um so leichter und sicherer, als die Kirche in ihrem tatsächlichen Verhalten als auch in lehramtlichen Akten mehr als einmal sich klar genug über dieses Verhältnis ausgesprochen hat, so dass man sagen darf, es gebe eine Reihe von Wahrheiten hinsichtlich dieses Verhältnisses, welche der Katholik ohne Vermessenheit nicht verneinen kann.“

⁴⁰ Instruktiv zu den „politischen Lehren“ des Neuen Testaments *Henning Ottmann*, Geschichte des politischen Denkens, Bd. 2/1, 2002, S. 202–227.

⁴¹ In Anlehnung an *Heinrich Schlier*, Der Staat nach dem Neuen Testament, in: ders., Besinnung auf das Neue Testament. Exegetische Aufsätze und Vorträge II, 1964, S. 193 (203). Aus dem unüberschaubaren Schrifttum siehe vor allem *Oscar Cullmann*, Der Staat im Neuen Testament, 2. Aufl. 1960. Als Überblick und Orientierung unentbehrlich *Kurt Aland*, Das Verhältnis von Kirche und Staat in der Frühzeit, in: Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt, hg. von Hildegard Temporini / Wolfgang Haase, Teil II, 23. Bd., 1. Hbd., 1979, S. 60–246.

⁴² Vgl. nur *Ottmann*, Geschichte (o. Fn. 40), S. 202, 224. Dazu, dass keine einheitliche Staatslehre erwartbar ist, siehe *Schneemelcher*, Kirche und Staat (o. Fn. 1), S. 6; vgl. auch *Heinz Robert Schlette*, Die Aussagen des Neuen Testaments über „den Staat“, in: ders., Der Anspruch der Freiheit. Vorfragen politischer Existenz, 1963, S. 19–52. Anders wohl *Cullmann*, Staat (o. Fn. 41), S. 62, der als Schlussresultat seiner Untersuchungen eine „fundamentale Einheit in der Wertung des Staates“ annimmt.

⁴³ *Gerda Riedl*, „So gebt dem Kaiser, was dem Kaiser gehört, und Gott, was Gott gehört“ (Mk 12, 17). Staatsmacht und Glaubensgemeinschaft –

Zwar ist es weder ausgeschlossen, dass etwa das Neue Testament Sätze Heiligen Rechts enthält,⁴⁴ noch dass andere biblische Aussagen für die Ordnung der Kirche im Innen- wie Außenverhältnis maßgebliche Richtschnur gewesen sind, doch von einer elaborierten, durch konzentrierte Lehraussagen festgefügteten Verhältnisbestimmung von „Kirche und Staat“ kann kaum die Rede sein.⁴⁵ Die Schwierigkeit, aus den biblischen Aussagen ein systematisch geschlossenes Lehrgebäude zu kondensieren, darf aber nicht übersehen lassen, dass sich aus dem Text des Alten und Neuen Testaments „Wegweiser und Warnschilder“ über das Verhältnis von nicht-christlicher politischer Macht und christlichen Gemeinschaften herauslesen lassen. Wenn auch die Botschaft Jesu Christi keine „abstrakte Staatstheorie“ formuliert,⁴⁶ so lassen sich aus ihr doch exemplarische wie paradigmatische Aussagen über die Ordnungsvorstellung, wie das Verhältnis zwischen „Kirche und Staat“, geistlicher und weltlicher Macht beschaffen sein soll, entnehmen. Die biblischen Grundaussagen bleiben, selbst wenn sie durch Gegensätzlichkeit geprägt sind, von „bleibender Aktualität“,⁴⁷ vielleicht gerade weil sich in ihnen eine Spannungsgeladenheit zeigt, die immer wieder neu zu bedenken ist.

- 10 Als zwei der maßgeblichen Marker der biblischen „Staatsstellen“ (*Paul Mikat*) werden zum einen die Zinsgroschen-Parabel in den synoptischen Evangelien (Mk 12, 17; Mt 22, 21; Lk 20, 25) und zum anderen aus dem Brief des Apostel *Paulus* an die Römer das Gehorsamspostulat gegenüber der weltlichen Obrigkeit (Röm 13, 1–11) genannt.⁴⁸ Diesen beiden Zentraltexen lassen sich weitere Texte aus dem Neuen Testament an die Seite stellen, wobei gerade Passagen in der Offenbarung des Johannes (Offb 13) mögliche Konfliktsituatio-

Exemplarische Überlegungen zum Verständnishorizont frühchristlichen Rechtsdenkens, in: Dem Staate, was des Staates ist – der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag, hg. von Josef Isensee / Wilhelm Rees / Wolfgang Rübner, 1999, S. 3 (5).

⁴⁴ *Ernst Käsemann*, Sätze heiligen Rechtes im Neuen Testament, in: ders., Exegetische Versuche und Besinnungen. Auswahl, 1986, S. 96–109.

⁴⁵ So für die Zeit des Urchristentums allgemein *Josef Blank*, Kirche und Staat im Urchristentum, in: ders., Vom Urchristentum zur Kirche, 1982, S. 60–85. Siehe auch *Zilkens*, Christentum (o. Fn. 2), S. 19.

⁴⁶ *Schneemelcher*, Kirche und Staat (o. Fn. 1), S. 10.

⁴⁷ *Mikat*, in: HSKR² (o. Fn. 1), S. 125.

⁴⁸ Zu diesen Stellen und deren Kontext grundsätzlich *Rudolf Schnackenburg*, Die sittliche Botschaft des Neuen Testaments, Bd. 1, 1986, S. 132–135, 253, insbes. S. 256 ff.; vgl. ferner *Schneemelcher*, Kirche und Staat (o. Fn. 1), S. 6–16.

nen mit politischen Ordnungsmächten betreffen.⁴⁹ Grundsätzlich darf nicht übersehen werden, dass das biblische Denken vor allem ein geschichtlich-konkretes Denken ist. Die Interpretation der Texte als überzeitliche, wesensmäßige Aussagen stimmt nicht mit der biblischen Vorstellungswelt und der ihr zugrundeliegenden Wahrnehmungs- und Deutungsmuster überein.⁵⁰ Mehr als Richtungsaussagen sollte ihnen nicht entnommen werden. Ebenso wenig wie die biblischen Texte sich zu einer einheitlichen Staatstheorie kondensieren lassen, handelt es sich um einen Aufruf Jesu zur Auflösung der Staatsordnung oder gar zu revolutionärem Handeln.⁵¹ Bemerkenswert ist auch, dass die jesuanische Positionierung zur staatlichen Autorität „exakt die pharisäisch-rabbinische Haltung wiedergibt“.⁵²

Die Zinsgroschenperikope unterscheidet zwar zwischen der Steuerzahlungsverpflichtung und der Forderung Gottes, trifft aber keine wirklich abschichtende Abgrenzung zwischen Weltreich und Gottesreich im Sinn einer Zwei-Reiche-Lehre.⁵³ Sie bricht aber den „ursprünglich ganzheitlich vorgestellten ‚Heils-Bereich‘ des Staates [...] durch die Dimension des neuen Heils in Christus“ auf und relativiert damit den weltlichen Ordnungsanspruch.⁵⁴ Vor dem Hintergrund der eschatologischen Botschaft werden die irdischen politischen Ordnungsverhältnisse „in das Licht einer letzten Vorläufigkeit gerückt und jedes göttlich-metaphysischen Strahlenglanzes entkleidet“.⁵⁵ Im Reich Gottes wird es keine menschlich-irdischen Herrschaftsverhältnisse mehr geben (Mk 10, 35–45; par). Das Reich Gottes und die Botschaft von ihm haben Vorrang. Alle irdischen Dinge einschließlich der Ordnungsverhältnisse unterfallen einem eschatologischen Vorbehalt und können nur jeweils Vorletztes betreffen. Selbst wenn dies keine umfassende politisch-theologische Theorie zur Folge hat, so begründet es doch eine „distanzierte Praxis“ des frühen Christentums gegenüber Herrschaftsverhältnissen.⁵⁶

11

⁴⁹ *Schnackenburg*, Botschaft (o. Fn. 48), S. 262 f.

⁵⁰ *Paul Mikat*, Bemerkungen zur neutestamentlichen Sicht der politischen Herrschaft, in: ders., *Geschichte, Recht, Religion, Politik*, Bd. 2, 1984, S. 533 (534). Aus dem exegetischen Schrifttum siehe *Schnackenburg*, Botschaft (o. Fn. 48), S. 133.

⁵¹ *Schnackenburg*, ebd., S. 253 f.

⁵² So *Peter Fiedler*, *Das Matthäusevangelium*, 2006, S. 336 mit Fn. 98.

⁵³ *Schneemelcher*, *Kirche und Staat* (o. Fn. 1), S. 10.

⁵⁴ *Schön*, *Verhältnis* (o. Fn. 2), S. 347.

⁵⁵ *Blank*, *Kirche und Staat* (o. Fn. 45), S. 68.

⁵⁶ *Blank*, ebd., S. 70 f.

- 12 Die Positionierung des Apostels *Paulus*, in Röm 13, 1 und dem Postulat, Gehorsam gegenüber der weltlichen Obrigkeit walten zu lassen, muss demgegenüber befremdlich wirken, zumal gerade *Paulus* ansonsten nur zum Gehorsam gegenüber dem Evangelium oder Christus aufruft.⁵⁷ Demzufolge sind weltliche Obrigkeiten gottgewollt und ihre Gewalt lässt sich auf Gott als den Urquell aller Macht zurückführen.⁵⁸ Der Exeget *Rudolf Schnackenburg* weist nach, dass hinter dieser Annahme, die unter Umständen jede noch so unzulängliche weltliche Ordnungsmacht als von Gott gegeben hinnimmt, durchaus eine theologische Konzeption verborgen ist, deren „Wurzelgrund“ in einer schon lange vorher herausgearbeiteten jüdischen Theologie steckt. Auch im babylonischen Exil existierte bereits das Problem, dass eine Glaubensgemeinde mit einem heidnischen Staat konfrontiert war und sich mit dieser Situation arrangieren musste.⁵⁹
- 13 Zwischen Zinsgroschenperikope, den Staatsbezügen in der Apokalypse (Offb 13) und Röm 13 besteht kein zwingender Widerspruch, wenngleich eine spannungsreiche Balance nicht zu leugnen ist. Diese Spannung lässt sich forschungsgeschichtlich an der Exegese von Röm 13, 1–7 belegen⁶⁰ und zeigt, dass gerade diese Bibelstelle für die Kirche-Staat-Verhältnisbestimmung sehr sinnvariabel ausgelegt und interpretiert wurde.⁶¹ Während einige dem Apostels *Paulus* übertriebene Staatskonformität attestieren, arbeiten andere den antiimperialen, sogar subversiven Grundzug von Röm 13 heraus oder wollen durch Hinweis auf eine unterstellte starke Zeitgebundenheit und Bezogenheit auf die paulinische Lebenswelt diese Textstelle nicht unerheblich relativieren. Ungeachtet dieser Diskussionen und der lange verbreiteten katholisch naturrechtlichen Auslegungen von

⁵⁷ *Schnackenburg*, Botschaft (o. Fn. 48), S. 256 f.

⁵⁸ *Schnackenburg*, ebd., S. 258.

⁵⁹ Näher *Schnackenburg*, Botschaft (o. Fn. 48), S. 259. Grundlegend *Josef Blank*, Die Glaubensgemeinde im heidnischen Staat. Zur Vorgeschichte von Röm 13, 1–7, in: ders., Schriftauslegung in Theorie und Praxis, 1969, S. 174–186; ders., Kirche und Staat (o. Fn. 45), S. 73 f.

⁶⁰ Dazu eingehend *Stefan Krauter*, Studien zu Röm 13, 1–7. Paulus und der politische Diskurs der neronischen Zeit, 2009, S. 4–50. Exegetisch grundlegend *Helmut Merklein*, Sinn und Zweck von Röm 13, 1–7. Zur semantischen und pragmatischen Struktur eines umstrittenen Textes, in: ders., Neues Testament und Ethik, 1989, S. 238–270.

⁶¹ *Schneemelcher*, Kirche und Staat (o. Fn. 1), S. 1 (11): „Es ist wirklich erstaunlich, was man alles aus dem Text herausgelesen hat“. Aufschlussreich die Darstellung der Wirkungsgeschichte bei *Ulrich Wilckens*, Der Brief an die Römer, Evangelisch-Katholischer Kommentar zum Neuen Testament (EKK), Bd. VI/3, 1982, S. 43–66, sowie *Krauter*, Studien (o. Fn. 60), passim.

Röm 13⁶² lässt sich angesichts der Gesamtkomposition der Paraklese Röm 12, 1–13; 14 des Apostels *Paulus* feststellen, dass es sich bei aller Anerkennung der weltlichen Macht implizit auch um eine Grenzformel handelt,⁶³ die sich mit Blick auf Apg 5, 29 auf die Aussage verdichten lässt: „Man muss Gott mehr gehorchen als den Menschen“. Dafür muss jeder Christ prüfen und erkennen, was der Wille Gottes ist (Röm 12, 2). Anerkennungsfähig sind weltlich-politische Autoritäten nur insoweit, als sie keinen absoluten Gehorsam verlangen und selbst keinen göttlichen Anspruch erheben.⁶⁴ Dies lässt sich aus heutiger Sicht als „klare Abweisung jeder totalitären politischen Gewalt und die Verwerfung jedes Staatskultes“ verstehen.⁶⁵

2. Frühkirchliches Verständnis

Prinzipiell erscheint in der jungen Kirche das Bedürfnis nach institutionellen Vergewisserungen des Kirche-Staat-Verhältnisses eher sekundär gewesen zu sein; das Institutionelle wurde noch überlagert durch die vorrangige ethische Verpflichtung des Einzelnen innerhalb des Ordnungszusammenhangs. Die Situation der christlichen Gemeinden bis zur Mitte des 2. Jahrhunderts verlangte vielleicht auch noch nicht grundsätzlich danach.⁶⁶ Das Bedürfnis und die Tendenz zur distinkten Selbstdefinition nahmen aber im Laufe der Zeit und angesichts ausbleibender Erfüllung der Parusie-Erwartung zu.⁶⁷

Der das Verhältnis zwischen Christengemeinde und römischem Imperium reflektierende 1 Petr 2, 13–17 aus der Zeit um 100–110 n. Chr. – wie auch andere Pastoralbriefe (Tit 3, 1, 1 Tim 2, 1 f.) – aner-

⁶² Näher *Krauter*, ebd., S. 5 ff. Gegen solche naturrechtlichen Vereinnahmungen kritisch *Schlette*, Aussagen (o. Fn. 42), S. 24, 36.

⁶³ *Blank*, Kirche und Staat (o. Fn. 45), S. 75 f. Siehe auch *Schneemelcher*, Kirche und Staat (o. Fn. 1), S. 15 f.

⁶⁴ *Peter Dschulnigg*, Das Markusevangelium, 2007, S. 316.

⁶⁵ So mit Bezug auf Offb 13 auch *Mikat*, in: HSKR² (o. Fn. 1), S. 125.

⁶⁶ Dies schließt aber nicht aus, dass sich eine Reihe von Texten finden lassen, die in den frühchristlichen Jahrhunderten auf je eigene Art über die Beziehung von „Kirche und Staat“ nachdachten und Stellung nahmen. Siehe dazu die Textdokumentation: *Adolf Martin Ritter* (Hg.), „Kirche und Staat“ im Denken des frühen Christentums. Texte und Kommentare zum Thema Religion und Politik in der Antike, 2005. Zeitlich weiter gespannt der „Klassiker“ *Hugo Rahner* (Hg.), Kirche und Staat im Frühen Christentum. Dokumente aus acht Jahrhunderten und ihre Deutung, 1961.

⁶⁷ Umfassend dazu *Dünzl*, Fremd (o. Fn. 5).

kennen prinzipiell die weltlichen Machthaber und sprechen die Mahnung aus, dass auch die Christen diesen unterworfen sind und ihnen gegenüber grundsätzlich Wohlverhalten zu zeigen haben.⁶⁸ Das vom Suchen nach dem Reich Gottes geleitete und geprägte Verhalten der Christen (vgl. Lk 12, 31) und das eschatologische Selbstverständnis lassen einen distanzierten Grundzug jeder Verhältnisbestimmung zwischen Kirche (Christengemeinde) und Staat (politischer Macht) zutage treten.⁶⁹ Da keine Staatslehre intendiert ist, sondern nur eine prinzipielle Sicht des christlichen Verhaltens gegenüber der jeweils vorhandenen politischen Herrschaft, wahrt die biblische Positionierung einerseits eine Mittellage und meidet Extrema. Dies schließt bei aller Loyalität, die sich insbesondere im fürbittenden Gebet für die Obrigkeit manifestiert (1 Tim 2, 1),⁷⁰ Konflikte nicht aus.⁷¹ Denn andererseits enthält die vordergründige, abstrakte Versöhnlichkeit gegenüber der weltlichen Obrigkeit eine gewisse Sprengkraft, weil der christliche Zugang vom Eschatologischen die „Konfliktpotentialität“ steigert. Dadurch, dass die obrigkeitliche Gewalt von Gott stammt, verschoben sich mögliche Konflikte aus dem konkret-politischen Sektor in die „Sphäre der Metaphysik des Staates“.⁷² In diesem Grundlagenwechsel steckt nicht nur der Ansatz zu einem fundamentalen Dualismus zwischen Christentum und weltlicher Macht,⁷³ son-

⁶⁸ Vgl. nur *Schnackenburg*, Botschaft (o. Fn. 48), S. 260 f.

⁶⁹ *Mikat*, Bemerkungen (o. Fn. 50), S. 537 f. und passim.

⁷⁰ Zur Bedeutung des Gebets für die politische Ordnung siehe *Schön*, Verhältnis (o. Fn. 2), S. 346 f.

⁷¹ Zu diesem Spannungsfeld und den „Konfliktpotentialitäten“ eindringlich *Paul Mikat*, Konflikt und Loyalität. Bedingungen für die Begegnung von früher Kirche und römischem Imperium, 2007.

⁷² *Erik Peterson*, Ausgewählte Schriften, hg. von Barbara Nichtweis, Bd. 6: Der Brief an die Römer, 1997, S. 342.

⁷³ Die demnach in Röm 13 enthaltene Dualitätskonzeption und die darin liegende Problematik beschreibt *Peterson* plastisch folgendermaßen: „Die Kirche kann keine Politik betreiben, sie kann immer nur in die Politik eingreifen. Vom Standpunkt einer Politik, die den Staat und das politische Handeln nur von der immanenten Seite her betrachtet, ist das Handeln der Kirche immer nur ein Eingriff in einen fremden Bereich. Aber gerade darin bekundet sich nun die eigentliche Würde der Kirche, denn damit drückt sie ja aus, dass ihr politisches Handeln nicht vom alten, sondern vom neuen Äon her bestimmt ist. Gerade in solchen Wendungen wie ‚Eingriff‘, ‚Übergriff‘ kommt der transzendental-eschatologische Sinn der Kirchenpolitik zum Ausdruck“ (*Peterson*, Der Brief an die Römer [o. Fn. 72], S. 344). *Peterson* räumt ein, dass er nur ein „ontologisches Wesensgesetz“ formuliert habe, dem nicht entgegensteht, dass ihm in realgeschichtlicher Perspektive zuwidergehandelt wurde.

dern in ihm zeigt sich vielleicht sogar etwas „Revolutionäres“.⁷⁴ In der frühchristlichen elliptischen Zuordnung von Weltstanz und Weltverantwortung manifestiert sich die Kraft des Anfangs, die bis heute Wirkmacht entfaltet, aber immer auch Fragen aufwirft.⁷⁵

Während die für die christliche Selbstdefinition zentrale Weichenstellung im 2. Jahrhundert erfolgte, die Glaubensregeln einföhrte, um die Essenz des Glaubens festzusetzen und das unterscheidend Christliche festzuhalten (und fortzuentwickeln),⁷⁶ zeigte das frühe Christentum eine bemerkenswerte „Gleichgültigkeit“ gegenüber der Form der weltlichen Herrschaft.⁷⁷ Christen fühlten sich eher nicht dazu aufgerufen, eine christliche Gesellschafts- oder Staatsordnung oder ein christliches Kaisertum zu entwerfen und eine Transformation der *res publica* zu einer *res publica christiana* einzuleiten.⁷⁸ Die Christen beteten für den Staat, auch wenn er ihnen gegenüber feindlich gesinnt war und als dämonisch angesehen wurde.⁷⁹ Das in 1 Tim 2, 1 f. postulierte und zur Zeit der ersten Christenverfolgungen gegen Ende des 1. Jahrhunderts im Ersten Clemensbrief formulierte Gebet für Kaiser und Reich wurde auch in Zeiten von Bedrängung und An-

16

⁷⁴ Der Staatsdenker *Carl Schmitt* konstatiert in seinem Aufsatz „Die Sichtbarkeit der Kirche“ (in: *Summa*, 1. Jahrgang 1917/18, S. 71–80): „Das ist die einzige Revolution der Weltgeschichte, die das Prädikat einer großen verdient: das Christentum hat der weltlichen Obrigkeit durch seine Anerkennung eine neue Grundlage unterschoben“ (ebd., S. 74). Ähnlich *Peterson*, Der Brief an die Römer (o. Fn. 72), S. 342 f. Der „ungewöhnliche Exeget“ *Peterson* schreibt, wenn die Obrigkeit „auf den Gott der Christen zurückgeht, dann muss die Revolution im Himmel, die den Christengott an die Stelle von Zeus bringt, auch eine Revolution im Politisch-Staatlichen korrespondieren“ (ebd., S. 342). *Peterson* führt weiter aus, das Zugang Eschatologischen „das Politische als etwas Absolutes innerhalb der natürlichen und historischen Ordnung zerstört“ (ebd., S. 343).

⁷⁵ Eindrucksvoll resümiert bei *Dünzl*, Fremd (o. Fn. 5), S. 493–506.

⁷⁶ Grundlegend *Johann Ev. Hafner*, Selbstdefinition des Christentums. Ein systemtheoretischer Zugang zur frühchristlichen Ausgrenzung der Gnosis, 2003. Siehe allgemein auch *Karl-Heinz Menke*, Das unterscheidend Christliche. Beiträge zur Bestimmung seiner Einzigkeit, 2015.

⁷⁷ Zu dem Topos „Gleichgültigkeit“ etwa *Peterson*, Der Brief an die Römer (o. Fn. 72), S. 344.

⁷⁸ Vgl. *Johannes Straub*, Des christlichen Kaisers ‚secunda maiestas‘. Tertullian und die Konstantinische Wende, in: ders., *Regeneratio imperii*. Aufsätze über Roms Kaisertum und Reich im Spiegel der heidnischen und christlichen Publizistik, Bd. 2, 1986, S. 63 (69 f.). Siehe auch *Riedl*, „So gebt dem Kaiser, ...“ (o. Fn. 43), S. 25 f.

⁷⁹ *Kurt Aland*, Kirche und Staat in der alten Christenheit, in: FS Kunst (o. Fn. 1), S. 19 (33).

feindung⁸⁰ nicht völlig in Frage gestellt.⁸¹ In diesem Gebet manifestiert sich aber eine grundsätzliche Distinktion: Es wird für den Staat und das Oberhaupt gebetet, aber nicht zu ihm.⁸² Diese Versagung der Anbetung war die Fundamentalabsage an den Kaiserkult und den römisch-hellenistischen Polytheismus. Die Christen entdivinisierten den Kaiser, wenngleich sie die Ordnungsfunktion des Gemeinwesens und seiner Obrigkeit prinzipiell anerkannten und auch würdigten.

III. Das katholische Staatsdenken zwischen Antike und Neuzeit

- 17 Selbst wenn sich die biblische Botschaft hinsichtlich des Verhältnisses von „Kirche und Staat“ in keine „absolute Theorie“ umwandeln lässt, weil sie Ausdruck und Ausprägung einer historischen Situation und Konstellation ist, hat sie mit der Botschaft vom Reich Gottes und den diversen Staatsstellen den Grund für eine Spannungseinheit von Transzendenz und Immanenz in politischen Angelegenheiten gelegt, der die Politik einerseits entlastet, weil es nicht um letzte, sondern immer nur um vorletzte Ziele und Zwecke geht,⁸³ andererseits aber auch belastet, weil eine Grunddifferenz in die Welt und ins Werk gesetzt worden war, die Spannungen und Konflikte geradezu notwendigerweise nach sich ziehen musste. Dies auch deshalb, weil der eschatologische Vorbehalt den politischen Bereich einem religiös-kirchlichen Fokus aussetzt. Die Leitdifferenz von weltlich-geistlich u. a. begründet nicht bloß eine Unterscheidung, sondern stellt das Verhältnis zwischen diesen beiden Sphären als Problem auf Dauer, weil nicht von vornherein entschieden ist, ob sich das Verhältnis zwischen Politik und Religion im Stadium der Trennung befindet

⁸⁰ Zu den unterschiedlichen Phasen der Christenverfolgungen und deren – bisweilen überschätztes Ausmaß, ohne die historischen Vorgänge bagatellisieren zu wollen – abgewogen informierend *Ernst Dassmann*, Kirchengeschichte I, 2. Aufl. 2000, S. 95–113, und *Karl Suso Frank*, Lehrbuch der Geschichte der Alten Kirche, 2. Aufl. 1997, S. 82–94.

⁸¹ Zu diesem Gebet siehe *Aland*, Kirche und Staat (o. Fn. 79), S. 33 ff.; ferner *Paul Mikat*, Zur Fürbitte der Christen für Kaiser und Reich im Gebet des 1. Clemensbriefes, in: ders., Religionsrechtliche Schriften, Bd. 2, 1974, S. 829–844. Eine sehr eigenständige Verortung dieses Briefes bei *Tassilo Schmitt*, Paroike und Oikoumene. Sozial- und mentalitätsgeschichtliche Untersuchungen zum 1. Clemensbrief, 2002.

⁸² *Rahner*, Kirche und Staat (o. Fn. 66), S. 43.

⁸³ *Ottmann*, Geschichte (o. Fn. 40), S. 224. Ottmann charakterisiert dies – unter Bezugnahme auf *Carl Schmitt* – als „complexio oppositorum“.

oder nicht und wie sich dann ggf. der Modus des Entsprechens oder Widersprechens⁸⁴ institutionell-organisatorisch gestaltet. Ideale wie reale Modelle dieser Verhältnisbestimmung von Kirche und Staat waren vielfältig und facettenreich.⁸⁵ Phasen der Annäherungen, der nahezu perichoretischen Durchdringung, stehen Phasen der differenzierenden Entfernung gegenüber, ohne dass dies zu einer vollständigen Trennung geführt hätte. Aus der Sicht der Moderne, der es als nahezu unumgänglich vorkommen mag, nicht religiös zu sein, erscheint die lange prägende Vorstellung, dass es praktisch unmöglich sei, nicht an Gott zu glauben, und in der die religiöse Prägung des öffentlichen Lebens selbstverständlich war, befremdlich.⁸⁶ Antikes und mittelalterliches Leben und Denken fanden demgegenüber ein nachhaltiges, durchaus „vereinheitlicht“ wirkendes ideelles Bezugssystem gerade im Religiösen. So sehr dabei die bipolare Einheit von Kirche und Staat in das „Blut des lateinischen Katholizismus“ (*Hans Lietzmann*) übergegangen ist,⁸⁷ so wenig intendierte die lateinische Kirche – und sich damit von der späteren ostkirchlichen Entwicklung unterscheidend – ein symphonisches Zusammendenken dieser beiden Pole, wenngleich das Gegenüber von Kirche und Staat nicht in einer klaren Trennung wurzelte, „sondern in einer dialektischen Verschränkung bis zum Paradox“ bestand.⁸⁸

⁸⁴ Unter Verwendung einer Differenzierung von *Eberhard Jüngel*, *Zwei Schwerter – Zwei Reiche. Die Trennung der Mächte in der Reformation*, in: ders., *Ganz werden. Theologische Erörterungen V*, 2003, S. 137 (147, 149).

⁸⁵ Eine konzeptionelle Erfassung etwa bei *Hans Maier*, *Christentum und Staat: Modelle des Rechts, Entwicklungsphasen der Geschichte*, in: *Das Christentum und der Staat* (o. Fn. 12), S. 31–49.

⁸⁶ Vgl. *Charles Taylor*, *Ein säkulares Zeitalter*, 2009, S. 51.

⁸⁷ Vgl. *Hans Erich Feine*, *Kirchliche Rechtsgeschichte: Die katholische Kirche*, 5. Aufl. 1972, S. 77.

⁸⁸ *Wolfgang Reinhard*, *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, 1999, S. 262.

IV. Entwicklungsschritte des Kirche-Staatsverständnisses und -verhältnisses von der Antike bis zum Ende des Mittelalters

1. Eine erste Weichenstellung:

Die „neue“ Religionspolitik Kaiser Konstantins

18 Den Anstoß zu einer neuen Verhältnisbestimmung von Religion und Politik ging von Kaiser *Konstantin* aus, durch dessen Religionspolitik sich das religiös-politische Einheitsdenken unter christlichen Vorzeichen intensivierte⁸⁹ und dabei durchaus den Charakter eines Experiments besaß, auf das dann die Nachfolger später rekurrierten.⁹⁰ Aus einer „avantgardistischen Sekte“⁹¹, die bis zu Beginn des 4. Jahrhunderts eher als eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung wahrgenommen worden war, wurde eine Staatsreligion. Damit begann das „tausendjährige Problem der Beziehungen zwischen Thron und Altar, welches das Heidentum nicht gekannt hatte“.⁹² Die konstantinische Wende, die durch das Toleranzedikt von 311 n. Chr. und die Mailänder Vereinbarung (313 n. Chr.) mehr symbolisiert denn konzeptionalisiert wird, ermöglichte den Aufstieg des Christentums,⁹³ ließ dabei aber das Verhältnis zwischen religiöser und geistlicher Macht „in ein neues und schicksalsschweres Stadium treten“.⁹⁴ Für die Christen war es „eher ein neuer Anfang als die Fortsetzung eines seit langem begangenen Weges“.⁹⁵ Selbst wenn Konstantins Religionspolitik eine „universalistische Christianisierungsidee“ verfolgte,

⁸⁹ Umfassend *Klaus Martin Girardet*, *Der Kaiser und sein Gott. Das Christentum im Denken und in der Religionspolitik Konstantin des Großen*, 2010. Siehe ebenfalls *Ernst Dassmann*, *Kirchengeschichte II/1. Konstantinische Wende und spätantike Reichskirche*, 1996.

⁹⁰ Instruktiv hierzu und zum christlichen Staatsdenken in der Antike *Josef Rist*, *Konstantin – Gelasius – Justinian. Überlegungen zum Verhältnis von Staat und Kirche in der Spätantike*, in: *Kirche und Staat* (o. Fn. 18), S. 29 (und passim).

⁹¹ *Paul Veyne*, *Als unsere Welt christlich wurde (312–394). Aufstieg einer Sekte zur Weltmacht*, 2008.

⁹² So *Veyne*, ebd., S. 77.

⁹³ Dazu abwägend *Dassmann*, *Kirchengeschichte II/1* (o. Fn. 89), S. 18 f.

⁹⁴ *Dassmann*, *Kirchengeschichte II/1* (o. Fn. 89), S. 51; *Rist*, *Konstantin – Gelasius – Justinian* (o. Fn. 90), S. 34, charakterisiert den Wendepunkt folgendermaßen: Es wird ein Prozess in Gang gesetzt, „der den Staat zunächst noch als neutralen Akteur im Gleichgewicht zwischen Christentum und paganer Religion situiert, gleichzeitig aber die Grundlagen für den rasanten Aufstieg des Christentums zur späteren Staatsreligion schafft“.

⁹⁵ *Jochen Bleicken*, *Verfassungs- und Sozialgeschichte des Römischen Kaiserreichs*, Bd. 2, 3. Aufl. 1994, S. 178.

die das Christentum zur alleinigen Reichs- und Menschheitsreligion machen wollte,⁹⁶ vermied er pragmatisch eine allzu weitgehende Zurückdrängung anderer Kulte.⁹⁷ Erst seine Nachfolger machten das Christentum zur alleinigen Staatsreligion. Die konstantinische Religionspolitik erklärte das Christentum aber nicht einfach bloß zu einer „erlaubten Religion“, sondern der weltliche Herrscher, der dieser Religion bis kurz vor seinem Tod nicht angehörte, machte die Verbreitung des Christentums und „seine innere Geschlossenheit zu seiner eigenen Sache“.⁹⁸ Der Kaiser beanspruchte theologische Mitwirkungs- und Entscheidungskompetenzen und dominierte Konzilien.⁹⁹ Glaubensangelegenheiten wurden dem Grunde nach auch Staatsangelegenheiten. Die prinzipielle, biblisch grundgelegte Leitdifferenz zwischen geistlich und weltlich, Kirche und Staat wurde durch Konstantin in Form eines von ihm ausgehenden besonderen Nahverhältnisses unterlaufen. Auf die Konstellation eines christlichen Kaisers wie *Konstantin* war die Kirche nach einem Diktum des Historikers *Johannes Straub* schlicht nicht vorbereitet.¹⁰⁰

2. Von der Zwei-Reiche-Lehre zur Zweigewaltenlehre

Das durch die konstantinische Wende herbeigeführte neue Bündnis von Thron und Altar und der damit eröffnete Weg zur Reichskirche hatte die überraschte junge Kirche theoretisch und praktisch zu verarbeiten. Zwischen West- und Ostkirche kam es dabei bereits vor dem Schisma 1054 zu einem ideellen, theoretischen Graben.¹⁰¹ Während die Ostkirche durch das Leitbild der Symphonia geprägt und

19

⁹⁶ Näher *Girardet*, Kaiser (o. Fn. 89), S. 158 ff. Zu den Fördermaßnahmen näher *Dassmann*, Kirchengeschichte II/1 (o. Fn. 89), S. 46 ff.

⁹⁷ Vgl. *Dassmann*, ebd., S. 26; siehe auch *Girardet*, Kaiser (o. Fn. 89), S. 138 f.

⁹⁸ *Franz-Xaver Kaufmann*, Kirchenkrise. Wie überlebt das Christentum?, 2011, S. 43.

⁹⁹ Im Einzelnen lässt sich nicht abschließend feststellen, ob dem Kaiser auch das Präsidieren oblag. Zu dem Konzil von Nizäa etwa *Klaus Schatz*, Allgemeine Konzilien – Brennpunkte der Kirchengeschichte, 2. Aufl. 2008, S. 30 ff. Das von Konstantin vorgefundene Institut des Konzils nutzte es im Interesse der Reichseinheit und ermöglichte damit „Ökumene“ (*Schatz*, ebd., S. 23 f.). Instrukтив zur Rolle Konstantins im Donatistenstreit und dem Konzil von Nizäa *Rist*, Konstantin – Gelasius – Justinian (o. Fn. 90), S. 34–44.

¹⁰⁰ Vgl. *Rist*, Konstantin – Gelasius – Justinian (o. Fn. 90), S. 44 mit Fn. 61.

¹⁰¹ Vgl. *Christoph Link*, Kirchliche Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 2017, § 3, Rn. 6 ff.

determiniert wurde, bildeten sich im westkirchlichen Denken differenzierende Weichenstellungen aus, für die Handeln und Denken des *Heiligen Ambrosius von Mailand* (339–397) und das Werk „De civitate Dei“ des *Heiligen Augustinus* (354–430) repräsentativ stehen. Hochsensibilisiert gegenüber Eingriffen weltlicher Autoritäten verhielt sich *Ambrosius*. Die theodosianische Proklamation des Christentums zur Staatsreligion im Jahr 380 hielt den Mailänder Bischof nicht davon ab, mit diesem einen Konflikt zu suchen und Gegenpositionen zu vertreten, die für die nähere Ausbildung und Konturierung eines dualistischen Konzepts des Kirche-Staat-Verhältnisses nicht unterschätzt werden dürfen.¹⁰² *Ambrosius* postulierte als Grundsatz: der Kaiser steht in der Kirche, aber nicht über der Kirche; der Kaiser ist ein Sohn der Kirche, aber nicht einer ihrer Bischöfe. *Ambrosius* ging es – im Unterschied zu späteren Auseinandersetzungen zwischen Kirche und Staat – nicht um weltliche Macht.¹⁰³ Selbst wenn er natürlich keinen säkularen Staat kannte, so setzt er doch die prinzipielle Existenz eines religiösen Eigenbereichs gegenüber der weltlichen Gewalt voraus und beanspruchte einen Vorrang der Kirche in religiösen Angelegenheiten.¹⁰⁴ In diesem Punkt kommt ihm wegweisende Bedeutung zu,¹⁰⁵ ohne dass hieraus etwa – wie bisweilen von Historikern angenommen – eine ununterbrochene Linie von Mailand nach Canossa gefolgert werden sollte.¹⁰⁶

a) Augustinische „Zwei-Reiche-Lehre“

20

Das Denken und die Schrift „De civitate Dei“ (413–426) des *Heiligen Augustinus* als einem der bedeutendsten Denker an der Schwelle von Antike und Mittelalter beeinflusste die Verhältnisbestimmung zwischen Kirche und Staat nachhaltig.¹⁰⁷ Die Schrift ist bis heute ein

¹⁰² Vgl. näher *Ernst Dassmann*, *Ambrosius von Mailand. Leben und Werk*, 2004, S. 90, 98 ff., 106 ff.

¹⁰³ *Dassmann*, ebd., S. 191.

¹⁰⁴ Vgl. *Dassmann*, ebd., S. 89 ff., 191 f., 266.

¹⁰⁵ *Dassmann*, ebd., S. 280.

¹⁰⁶ Zu einer solchen Kontinuitätslinie aber *Feine*, *Rechtsgeschichte* (o. Fn. 87), S. 77.

¹⁰⁷ Zu Leben und Werk Augustins siehe etwa *Henning Ottmann*, *Geschichte des Politischen Denkens*, Bd. 2/2, 2004, S. 14–42; *Böckenförde*, *Geschichte* (o. Fn. 24), S. 192–221.

Klassikertext politischen Denkens.¹⁰⁸ *Augustins* Ansatz ist eine Dekonstruktion der religiös-politischen Einheitskonzeption des Römischen Reiches, indem er die Unterscheidung zwischen einer *civitas divina* und einer *civitas terrena* einführt.¹⁰⁹ Mit diesem „wirkmächtigen Interpretationsmodell“¹¹⁰ zweier Bürgerschaften intendierte *Augustinus* nicht eine Subordination der weltlichen Gewalt unter die kirchliche, wenngleich sein Ansatz später durchaus in diesem Sinne interpretiert worden ist.¹¹¹ Vielmehr zielte er auf einen Bruch mit dem Imperium Romanum und einer stärkeren Scheidung von Religion und Politik überhaupt. Zu diesem Zweck betonte *Augustinus* das bereits in der Bibel grundgelegte eschatologische Motiv. *Augustinus* forderte demnach kein hierokratisches System, sondern formulierte in gewissem Sinn eine eigenständige „Zwei-Reiche-Lehre“, bei der der Staat wieder mehr auf das „Vorletzte“ konzentriert wurde: „Das große Problem des Mittelalters, ob das sacerdotium das imperium beherrscht oder die weltliche Gewalt die geistliche, ist nicht die Frage, die Augustinus Zwei-Reiche-Lehre beantworten will“.¹¹² *Augustins* Werk „*De civitate Dei*“ ist – nicht zuletzt wegen seines Charakters als geschichtsphilosophischer Entwurf¹¹³ – keine geschlossene theologisch-philosophische Konzeption der politischen Ordnung sowie Zuordnung von geistlicher und weltlicher Macht.¹¹⁴ Die Begründung und Begrenzung der irdischen Ordnung fundiert Augustinus nicht nur theologisch-heilsgeschichtlich, sondern unterlegt Sinn und Zweck des menschlichen Zusammenlebens als Ausdruck eines *ordo naturalis* mit einer Art naturrechtlichen Argumentation,¹¹⁵ die darauf

¹⁰⁸ Kurze Werkanalyse bei *Christoph Horn*, in: Geschichte des politischen Denkens, hg. von Manfred Brocker, 2007, S. 62–77.

¹⁰⁹ Zu diesem Werk und all den damit verbundenen Implikationen siehe neben den in Fn. 107 genannten Werken noch *Henry Chadwick*, Augustin, 1987, S. 102–113; *Ernst Dassmann*, Augustinus. Heiliger und Kirchenlehrer, 1993, S. 152–156; *Wilhelm Geerlings*, Augustinus, o. J., S. 69–77.

¹¹⁰ Uertz, Entwicklung (o. Fn. 31), S. 776.

¹¹¹ Ottmann, Geschichte (o. Fn. 107), S. 26 f.

¹¹² Ottmann, ebd., S. 37.

¹¹³ Böckenförde, Geschichte (o. Fn. 24), S. 196.

¹¹⁴ Vgl. Böckenförde, Geschichte (o. Fn. 24), S. 210 und passim. Siehe auch *Chadwick*, Augustin (o. Fn. 109), S. 113.

¹¹⁵ Eine solches weniger auf Offenbarungswahrheit denn auf Vernunftwahrheit abstellendes Deutungsmuster für die politische Herrschaft hat bereits der Kirchenvater *Johannes Chrysostomus* (344–407) vertreten. Uertz, Entwicklung (o. Fn. 31), S. 776.

abzielt, Chaos auf Erden zu verhindern.¹¹⁶ „Die Begrenzung der politischen Ordnung auf den irdischen Frieden und die Güter des sterblichen Lebens, die überall hervortritt, ist bei Augustinus mitgetragen vom Vorhandensein der Kirche als religiös-geistiger ‚neuer Polis‘ in der Zeit; insofern wirkt die theologisch-heilsgeschichtliche Argumentation auf die naturrechtliche Gedankenführung ein und sind beide miteinander verknüpft“.¹¹⁷ Zwar unterscheidet *Augustinus* die horizontale wie vertikale Verknüpfung der Ordnungsbereiche – einerseits des Zusammenlebens der Menschen untereinander, andererseits des Lebens im Verhältnis zu Gott –, aber eine strikte Scheidung von weltlich und geistlich oder von Kirche und Staat wäre ihm als solche sicherlich fremd gewesen.¹¹⁸

*b) Kirche und weltliche Herrschaft als „zwei Gewalten“ –
Papst Gelasius I.*

- 21** Nachdem bereits Papst *Leo der Große* (440–461) die päpstliche Vollgewalt für sich reklamierte¹¹⁹ und dabei in seiner Petrinologie zwischen den dem Kaiser vorbehaltenen Externa und den in die kirchliche Zuständigkeit fallenden Interna unterschied, formulierte Papst *Gelasius* (492–496) in einem trotz seiner Kürze wohl wirkmächtigsten Pontifikate der Kirchengeschichte eine Zwei-Gewalten-Lehre, die – nach dem Wort *Hugo Rahners* – „alle Tore des kommenden Mittelalters auf[stößt]“.¹²⁰ Das gelasianische Konzept sollte mit unterschiedlichen Brechungen für das Mittelalter und die frühe Neu-

¹¹⁶ *Wilfried Nippel*, Politische Theorien der griechisch-römischen Antike, in: Politische Theorien von der Antike bis zur Gegenwart, hg. von Hans-Joachim Lieber, 2. Aufl. 1993, S. 17 (43).

¹¹⁷ *Böckenförde*, Geschichte (o. Fn. 24), S. 219.

¹¹⁸ *Böckenförde*, ebd., S. 220. Unter Berufung auf *Joseph Ratzinger* etwas anders akzentuierend *Zilkens*, Christentum (o. Fn. 2), S. 31 f.

¹¹⁹ *Horst Fuhrmann*, Die Päpste, 3. Aufl. 2005, S. 85.

¹²⁰ *Rahner*, Kirche und Staat (o. Fn. 66), S. 227 und weiter heißt es dort: Der Brief des Gelasius „ist aber zugleich auch schon die prophetische Absage an den kirchlichen Osten, der sich solcher Weisheit auch jetzt widersetzt“. Grundlegend zu diesem Papst die Monographie *Walter Ullmann*, Gelasius I. (492–496). Das Papsttum an der Wende der Spätantike zum Mittelalter, 1981; *Erich Caspar*, Geschichte des Papsttums. Von den Anfängen bis zur Höhe der Weltherrschaft, Bd. II, 1933, S. 44–81; *Rist*, Konstantin – Gelasius – Justinian (o. Fn. 90), S. 44–52.

zeit von großer Bedeutung bleiben.¹²¹ Angesichts des sich gerade in kirchenpolitischen Angelegenheiten autoritär gerierenden oströmischen Kaisers in Byzanz war Gelasius in einer historisch kritischen Situation gehalten, um der kirchlichen Eigenständigkeit willen grundsätzliche Überlegungen über die Rolle des Kaisers im Raum der Kirche anzustellen. Der Rechtshistoriker *Walter Ullmann* apostrophiert die „gelasianische Offensive“ als Krönung der leoninischen These und der letzten Ausformung ambrosianischer Gedanken.¹²² *Gelasius* betritt mit seiner Konzeption „nicht vollständiges Neuland“, sondern verdichtet vorher entwickelte Vorstellungen zur päpstlichen Primatialgewalt, die den Papst als „juristischen Erben des Petrus“ ausweisen.¹²³ In dem berühmten Brief an den oströmischen Kaiser *Anastasius* aus dem Jahr 494 finden sich die wegweisenden Formulierungen, die über Jahrhunderte hinweg den Ankerpunkt kirchlichen Denkens darstellten und auch den Differenzierungsprozess beförderten, an dessen „Ende der griechischen Hälfte des Reiches das lateinisch-römische Europa gegenüberstand“.¹²⁴ *Gelasius* verortet zwei Institutionen, die für das Regiment von Kirche und Welt zuständig und befugt sind: die Autorität der Bischöfe (*auctoritas sacrata pontificum*) und die königliche Gewalt (*regalis potestas*). Die Existenz dieser beiden voneinander geschiedenen Institutionen bedarf der verhältnisbestimmenden Zuordnung. *Gelasius* nimmt eine Arbeitsteilung an,¹²⁵ bei der sich die beiden Akteure zwar einerseits gegenüberstehen, aber nicht in kämpferischer Absicht, sondern in dem Modus eines Ergänzungsverhältnisses. Hierbei kommt es für *Gelasius*, weshalb etwa *Walter Ullmann* in seinem Ansatz auch keine dualistische Verhältnisbestimmung von Kirche und Staat sieht, zu einer klaren Subordination der königlichen, also nicht nur der kaiserlichen Gewalt unter die Oberaufsicht des Papstes, zumal der weltliche Herrscher seine Machtbefugnis von Gott erhalten hat und Sohn der Kirche ist, die dem Papst Gehorsam schuldet. Wenn *Gelasius* in seiner Zwei-Gewalten-Lehre auch keinen Neuansatz bietet, so ist seine kondensierende Konzeption der Verhältnisbestim-

¹²¹ *Rist*, ebd., S. 45. Eindrücklich differenzierend *Georg Essen*, Autonomer Geltungssinn und religiöser Begründungszusammenhang. Papst Gelasius I. († 496) als Fallstudie zur religionspolitischen Differenzsemantik, in: ARSP 99 (2013), S. 1–10.

¹²² *Ullmann*, Gelasius (o. Fn. 120), S. 178 ff.

¹²³ So *Rist*, Konstantin – Gelasius – Justinian (o. Fn. 90), S. 46.

¹²⁴ So *Ullmann*, Gelasius (o. Fn. 120), S. 87.

¹²⁵ Grundlegend *Ullmann*, ebd., S. 207 f. und passim. Siehe auch *Rist*, Konstantin – Gelasius – Justinian (o. Fn. 90), S. 50 f.

mung von Kirche und Staat doch repräsentativ für den mittelalterlichen Ganzheitsgrundsatz¹²⁶ und das mittelalterliche Einheitsideal, bei dem „geistliche und weltliche Gewalt in einer umgreifenden metaphysisch begründeten Sicht zusammengefügt und miteinander verflochten waren“.¹²⁷ Das Wertigkeitsverhältnis zwischen kirchlicher und weltlicher Gemeinschaft innerhalb des *Corpus christianum* wurde nicht zuletzt durch Metaphern wie Sonne und Mond, Seele und Leib umschrieben, die bereits bei den Kirchenvätern vorkamen.¹²⁸ In einem organologischen Sinne wurden die beiden zu unterscheidenden Gewalten als Bestandteile ein und desselben Leibes verstanden, der als *ecclesia*, *orbis christianus* oder *christianitas* umschrieben wurde.¹²⁹ Das Verhältnis war dabei dem theologischen Verständnis nach hierarchischer strukturiert, als dies etwa in dem Bild von den Gewalten ein und desselben Leibes zum Ausdruck kommen konnte.¹³⁰

22 Letzten Endes war die mittelalterliche Welt zwar wesentlich sakral und ekklesial geprägt und vom religiösen Selbstverständnis her kirchlich dominiert, jedoch dürfte diese Welt von heute aus betrachtet „widersprüchlicher und zerklüfteter“ und damit pluraler gewesen sein, als der Einheitsmythos vermuten lässt; dies muss die Bedeutung der Kirche und kirchlicher Ordnungsvorstellungen aber keineswegs mindern.¹³¹ Zusammengekommen gemahnt all dies zur Vorsicht, die theologischen Motive Papst *Gelasius' I.*, seine Argumente, Begründungsfiguren und Legitimationsmuster gradlinig zu verlängern, um Kontinuitätslinien zu konstruieren. *Georg Essen* weist darauf hin, dass sich „altkirchliche Differenzsemantik“ gerade nicht dazu anbietet, „harmonische Erbschaftsverhältnisse“ zu unterstellen.¹³²

¹²⁶ Dazu *Ullmann*, *Gelasius* (o. Fn. 120), passim. Konzentriert *Ernst H. Kantorowicz*, *Das Problem mittelalterlicher Welteinheit*, in: *Götter in Uniform. Studien zur Entwicklung des abendländischen Königtums*, hg. von *Eckhart Grünewald / Ulrich Raulff*, 1998, S. 148–154.

¹²⁷ *Mikat*, in: *HSKR*² (o. Fn. 1), S. 127.

¹²⁸ Vgl. nur *Wolfgang Weber*, *Das Sonne-Mond-Gleichnis in der mittelalterlichen Auseinandersetzung zwischen Sacerdotium und Regnum*, in: *Rechtsgeschichte als Kulturgeschichte. Festschrift für Adalbert Erler zum 70. Geburtstag*, hg. von *Hans-Jürgen Becker u. a.*, 1976, S. 147–175.

¹²⁹ Hierzu und zu anderem *Tim Geelhaar*, *Christianitas. Eine Wortgeschichte von der Spätantike bis zum Mittelalter*, 2015.

¹³⁰ Vgl. *Yves Congar*, *Heilige Kirche*, 1966, S. 409 (412).

¹³¹ *Michael Borgolte*, „Europa ein christliches Land“ – Religion als Weltstifterin im Mittelalter?, in: *Mittelalter in der größeren Welt. Essays zur Geschichtsschreibung und Beiträge zur Forschung*, hg. von *Tillmann Lohse / Benjamin Scheller*, 2014, S. 135–155.

¹³² *Essen*, *Autonomer Geltungssinn* (o. Fn. 121), S. 6 und passim.

c) *Realgeschichtliche Herausforderungen und Anfragen
an Regnum und Sacerdotium*

All die harmonisierenden Verhältnisbestimmungen von Regnum und Sacerdotium wurden durch reale Entwicklungen unterlaufen oder in Konflikten aufgehoben, so dass das theoretische Postulat kirchlicher Suprematie immer wieder schon vor dem Investiturstreit angefragt war. Das Verhältnis zwischen geistlicher Macht und weltlichen Mächten verwischte sich real nicht unerheblich: sei es, dass kirchliche Autoritäten auch als weltlicher Herrscher fungierten, sei es, dass es gerade die weltlichen Akteure waren, die die kirchlichen Verhältnisse dominierten. Kennzeichnend war bei alledem, dass eine klare Abgrenzung zwischen geistlich und weltlich gerade unterblieb. Ein Bewusstsein von der Verschiedenheit und Notwendigkeit einer Unterscheidung in spiritualia und temporalia bildete sich erst langsam heraus.¹³³ Die theoretisch konzipierte Zentralstellung des Papstes war keineswegs anerkannt.¹³⁴ Die Bischofsherrschaften, „Landeskirchen“ in den einzelnen Territorien im „Christenheitseuropa“ (Heinz Schilling), führten zu einer engen, nicht immer konfliktfreien Verbindung von Königtum und Episkopat.¹³⁵ Die realen Verhältnisse waren letztlich Ausdruck einer allgemeinen Verhältnisunbestimmtheit. Beide Seiten hatten noch keinen hinreichend sicheren Stand selbstthematisierender theoretischer und handlungsanleitender Beschreibung erreicht, der es ermöglichte, die Verhältnisse zu bestimmen. Für sich genommen besagt die Antinomie von Regnum und Sacerdotium oder das Postulat universalherrschaftlicher Suprematie des Papstes wenig über den institutionellen Selbststand der Kirche und einer damit verbundenen Vorstellung einer von Laien unbeeinflussten Kirchenfreiheit (libertas ecclesiae) aus.¹³⁶ Ebenso unbe-

23

¹³³ Hans-Werner Goetz, Handbuch der Geschichte Europas, Bd. 2: Europa im frühen Mittelalter 500–1050, 2003, S. 29.

¹³⁴ Goetz, ebd., S. 227. Ein anderer Akzent bei Michael Borgolte, Christen, Juden, Muselmanen. Die Erben der Antike und der Aufstieg des Abendlandes 300 bis 1400 n. Chr., 2006, S. 429 ff., der eher von begrenzter Wirkkraft ausgeht (ebd., S. 436).

¹³⁵ Näher Arnold Angenendt, Das Frühmittelalter: Die abendländische Christenheit von 400 bis 900, 3. Aufl. 2001, S. 177 ff. und passim. Ferner Rudolf Schieffer, Christianisierung und Reichsbildungen. Europa 700–1200, 2013.

¹³⁶ Vgl. dazu näher Rudolf Schieffer, Freiheit der Kirche: Vom 9. zum 11. Jahrhundert, in: Die abendländische Freiheit vom 10. zum 14. Jahrhundert. Der Wirkungszusammenhang von Idee und Wirklichkeit im europäischen Vergleich, hg. von Johannes Fried, 1991, S. 49–66. Klassisch Gerd Tel-

stimmt blieb aber auch der Sektor politisch-weltlicher Herrschaft; eine Konstituierung und Konturierung als autonomer Sach- und Lebensbereich ließ auch bei ihm noch auf sich warten. Der der gelasianischen Zwei-Gewalten-Lehre zugrundeliegende Idealzustand¹³⁷ konnte letztlich nur eine Weggabelung in der Abfolge weiterer Zäsuren sein. Die ebenso verwickelte wie heterogene Fortentwicklung zu einer Zwei-Schwerter-Lehre belegt, dass die Schärfe machtpolitischer Konfrontationen „ihren Niederschlag auch in der Schärfe theoretischer Konzeptionen findet“.¹³⁸ Über lange Zeit wird die kirchliche Lehre sich vorrangig der Formulierung des eigenen Suprematieanspruchs zuwenden und die Begegnung von Kirche und Staat ein Ringen um die rechte Ordnung in der christlichen Welt sein,¹³⁹ da es um die „zeitliche Verwirklichung des Ewigen“ geht.¹⁴⁰

3. Der Investiturstreit als fundamentale Weggabelung und elementare Zäsur

a) Die „Papstrevolution“ Gregors VII.

- 24** Eine für die Verhältnisbestimmung von Kirche und Staat wesentliche Zäsur wird in dem Pontifikat Papst *Gregors VII.* (1073–1085) gesehen, dessen theoretisches Denken an die Kirchenreformbewegungen des 10. und 11. Jahrhunderts anknüpft.¹⁴¹ Die Papstrevolution *Gregors VII.* intendiert im Zeichen der *libertas ecclesiae* eine größere Selbstabgrenzung und Selbstdefinition der Kirche.¹⁴² Sein knapper

Tellenbach, *Libertas. Kirche und Weltordnung im Zeitalter des Investiturstreits*, 1. Aufl. 1936 (Neudruck 1996).

¹³⁷ *Rudolf Schieffer*, Art. „Zweigewaltenlehre“, in: *LexMA*, Bd. IX, 1998, Sp. 720, spricht von einem Gleichgewichtsideal.

¹³⁸ *Paul Mikat*, Art. „Zweischwerterlehre“, in: *HRG*¹, Bd. V, 1998, Sp. 1848 (1857).

¹³⁹ In diesem Sinn *Tellenbach*, *Libertas* (o. Fn. 136), S. 151 ff.

¹⁴⁰ *Johannes Spörl*, *Grundformen hochmittelalterlicher Geschichtsanschauung. Studien zum Weltbild der Geschichtsschreiber des 12. Jahrhunderts*, 2. Aufl. 1962, S. 19. *Tellenbach*, *Libertas* (o. Fn. 136), S. 185: die Welt ist nur ein „Bewährungsgebiet der Religion“.

¹⁴¹ Zu seiner Person und seinem Werk vor allem *Rudolf Schieffer*, *Papst Gregor VII. Kirchenreform und Investiturstreit*, 2010.

¹⁴² Dazu, dass dies nicht unbedingt als Beginn einer Säkularisierung verstanden werden muss, näher *Wilfried Hartmann*, *Gregor VII. und die Könige: auf dem Weg zur Hierokratie?*, in: *Gabriel/Gärtner/Pollack* (o. Fn. 8), S. 101–133.

Text „*Dictatus papae*“ aus dem Jahr 1075 ist dabei durch die bemerkenswerte Tendenz gekennzeichnet, dass der überwiegende Teil der Vorrechte des Bischofs von Rom seine Kompetenzen innerhalb der Kirche betrifft, während er das Verhältnis zur weltlichen Obrigkeit nur in Teilaspekten anspricht, im Übrigen aber in der Schwebe hält.¹⁴³ Ungeachtet der ambivalenten Schwebelage hinsichtlich einer „Vergeistlichung“ der weltlichen Herrschaft enthält das Lehren und Wirken *Gregors VII.* aber durchaus eine Anfangszäsur, die einer nach innen gerichteten normativen Verortung Vorschub leistet,¹⁴⁴ die auch nach außen hin nicht ohne Auswirkung bleiben konnte. Er profiliert das Verhältnis von Kirche und Welt weiter und im Ansatz stärker als dies bis dahin der Fall gewesen ist. Dies ist bereits zu *Gregors* Lebzeiten als ein Kampf um die Freiheit der Kirche aufgefasst worden, wobei der „Primatsgedanke von einem Mittel der Erneuerung zum Selbstzweck und damit auch zum Maßstab von *libertas* geworden ist“.¹⁴⁵ Damit verbunden ist auch eine Klerikalisierung, die der Kirche „einen neuen Sinn als in sich geschlossene geistlich-hierarchische Gestalt“ ermöglichte und sie damit von der „christianitas“ als irdischem Phänomen unterscheidbar machte.¹⁴⁶ Eine solche Ausgliederung der hierarchisch-sakramentalen Kleruskirche aus dem *Orbis christianus* führte nicht nur zu einer institutionellen „Verkernung“, sondern „entheiligte“ auch den weltlichen Herrscher und „verweltlichte“ dem Grunde nach seine Aufgaben.¹⁴⁷

b) *Der Investiturstreit als Differenzierungssprung?*

Der durch die Papstrevolution eingeleitete „Sprung“ der Kirche zu einem Organisationsverständnis als „Heilsanstalt“ und die Verschärfung des päpstlichen Suprematieanspruchs kulminierten im Investiturstreit.¹⁴⁸ Der Investiturstreit wird als geschichtlicher Durchbruch zu einem neuen Modell des Kirche-Staat-Verhältnisses angesehen.¹⁴⁹

25

¹⁴³ Instruktiv *Miethke*, Einführung (o. Fn. 20), S. 19–21.

¹⁴⁴ Vgl. nur *Tellenbach*, *Libertas* (o. Fn. 136), S. 168 f.

¹⁴⁵ So *Schieffer*, *Freiheit der Kirche* (o. Fn. 136), S. 66.

¹⁴⁶ Differenziert-abgewogen zu der Problematik *Gerd Tellenbach*, *Die westliche Kirche vom 10. bis zum frühen 12. Jahrhundert*, 1988, S. 270 f.

¹⁴⁷ Vgl. *Böckenförde*, *Geschichte* (o. Fn. 24), S. 224.

¹⁴⁸ Orientierend durch das Dickicht der Ereignisse und Literatur *Wilfried Hartmann*, *Der Investiturstreit*, 3. Aufl. 2007.

¹⁴⁹ *Maier*, *Modelle* (o. Fn. 85), S. 36.

Das den Investiturstreit beendende Wormser Konkordat von 1122 wird als etwas nie Dagewesenes qualifiziert, weil „die institutionelle Differenzierung zweier gleichberechtigter, unabhängiger Gewalten auf ein und demselben Territorium“ gelang.¹⁵⁰ Unter dem Fokus von Säkularisierung oder einer allgemeinen Differenzierung von Religion und Politik wird aber gerade über eine derartige Interpretation und Bedeutungsverortung des Investiturstreits wissenschaftlich höchst kontrovers diskutiert.¹⁵¹ Ist damit der immer wieder assoziierte „Trennungsschub“ (*Hartmann Tyrell*) verbunden gewesen, der diesem Ereignis unterstellt wird? Dem Problem kann hier nicht nachgegangen werden. Mit Blick auf das kirchliche Lehrgebäude bleibt – letzten Endes vereinfachend – zu konstatieren, dass prinzipiell der päpstliche Anspruch darauf, die Welt zu leiten, die Konstante ist, dass aber das, was unter Leitung zu verstehen ist, nicht unerheblichen Wandlungen und Differenzierungsprozessen ausgesetzt ist.¹⁵²

- 26 Der mit Papst *Gregor VII.* einsetzende Weg der Kirche führte mit unterschiedlichen Akzenten über Papst *Innozenz III.* (1198–1216) zu Papst *Bonifaz VIII.* (1294–1303) und seiner Bulle „Unam sanctam“ (1302), die wohl den Höhepunkt päpstlicher Suprematie darstellt.¹⁵³ Die Modi päpstlicher Leitungsgewalt gegenüber weltlichen Herrschern wurden als *potestas directa* (in temporalibus) oder *potestas indirecta* beschrieben, worunter aber durchaus recht unterschiedliche Ordnungsvorstellungen und -mechanismen verstanden wurden,¹⁵⁴ bevor in der päpstlichen Sozialverkündigung im 19. Jahrhundert eine Umwertung zu einer *potestas directiva* vorgenommen wurde.¹⁵⁵ Für das politische Denken Papst *Innozenz' III.*, der von einer

¹⁵⁰ So der Soziologe *Kaufmann*, *Kirchenkrise* (o. Fn. 98), S. 63.

¹⁵¹ *Detlef Pollack*, Die Genese der westlichen Moderne. Religiöse Bedingungen der Emergenz funktionaler Differenzierung im Mittelalter, in: *Frühmittelalterliche Studien* 47 (2013), S. 273–305; siehe weiter *Hartmann Tyrell*, Investiturstreit und gesellschaftliche Differenzierung – Überlegungen aus soziologischer Sicht, in: *Gabriel / Gärtner / Pollack* (o. Fn. 8), S. 39–77; *Gerd Althoff*, *Libertas ecclesiae* oder die Anfänge der Säkularisierung im Investiturstreit?, ebd., S. 78–100. Siehe auch *Körntgen*, *Investiturstreit* (o. Fn. 17).

¹⁵² Bemerkenswert dazu *Congar*, *Heilige Kirche* (o. Fn. 130), S. 409–427.

¹⁵³ *Ottmann*, *Geschichte* (o. Fn. 107), S. 225–227. Aus dem älteren Schrifttum *Gerhard Frotscher*, Die Anschauungen von Papst Johann XXII. (1316–1334) über Kirche und Staat, 1933.

¹⁵⁴ Zur Urheberschaft *Franz Gillmann*, Von wem stammen die Ausdrücke ‚potestas directa‘ und ‚potestas indirecta‘ papae in temporalia?, in: *AfkKR* 98 (1918), S. 407–409.

¹⁵⁵ Diese Wandlung wird neuerdings bestritten von *Thomas Neumann*, Dem Kaiser, was des Kaisers ist? Papst Leo XIII. (1878–1903) und die Lehre von der potestas papae in temporalibus, 2018, insbes. S. 288 ff.

Papstoberhoheit ausging, die aber eine „Autonomie“ des weltlichen Herrschers nicht ausschließt, hält *Friedrich Kempf* fest, dass dessen Kennzeichnung als hierokratisch oder dualistisch nicht adäquat sei. *Kempf* beschreibt dessen Haltung als „echte Polarität“, die durch eine Spannungseinheit geprägt sei.¹⁵⁶ Mit diesem Papst erreichte das Papsttum „den Höhepunkt seiner Macht, zugleich aber auch den Wendepunkt, der anzeigt, dass diese Macht auf die Dauer nur spezifisch im kirchlichen, nicht aber im weltlichen Bereich behauptet werden konnte, ja selbst längst nicht alle kirchlichen Ziele zu erreichen imstande war“.¹⁵⁷ Die prinzipiellen Formulierungen zum Verhältnis von Kirche und Staat durch die kuriale Position der Zwei-Schwerter-Lehre vertrat eine hierokratische Auffassung, die letztlich die Unterscheidung zwischen geistlich und weltlich unterlief, weil dem Papst die Kompetenz-Kompetenz zukam, seine politischen Interventionen nach eigenem Verständnis mit der Formel „ratione peccati“ zu rechtfertigen.¹⁵⁸

c) *Thomas von Aquin*

Das Kirche-Staat-Verhältnis war – wie auch die Philosophie der politischen Ordnung überhaupt – kein zentrales Thema für *Thomas von Aquin* (1225–1274).¹⁵⁹ Die Bedeutung seines politischen Denkens wird vor allem darin erblickt, dass er in Anknüpfung an Aristoteles eine „philosophisch vertiefte Begründung des Seinsstatus der politischen Gemeinschaft“ leistet,¹⁶⁰ die nicht ohne Konsequenzen für die Beschreibung des Kirche-Staat-Verhältnisses bleibt.¹⁶¹ *Thomas* knüpft einerseits an den 800 Jahre vor ihm lebenden *Augustinus* an,

27

¹⁵⁶ *Friedrich Kempf*, Innozenz III., in: *Gestalten der Kirchengeschichte*, hg. von Martin Greschat, Bd. 11: Das Papsttum I, 1985, S. 196 (200).

¹⁵⁷ *Kempf*, ebd., S. 207.

¹⁵⁸ *Mikat*, in: HSKR² (o. Fn. 1), S. 129.

¹⁵⁹ *Böckenförde*, *Geschichte* (o. Fn. 24), S. 261. Speziell zum rechtlich-politischen Denken von *Thomas* siehe auch *Ottmann*, *Geschichte* (o. Fn. 107), S. 203–223. Sowie allgemein *Wolfgang Kluxen*, *Thomas von Aquin*, in: *Aspekte und Stationen der mittelalterlichen Philosophie*, hg. von Ludger Honnefelder / Hannes Möhle, 2012, S. 17–53.

¹⁶⁰ So *Böckenförde*, *Geschichte* (o. Fn. 24), S. 263. Siehe auch *Peter Tischleder*, *Ursprung und Träger der Staatsgewalt nach der Lehre des hl. Thomas und seiner Schule*, 1923, S. 13 ff. und passim.

¹⁶¹ Dazu auch *Martin Grabmann*, *Studien über den Einfluß der aristotelischen Philosophie auf die mittelalterlichen Theorien über das Verhältnis von Kirche und Staat*, 1934, S. 13–15.

andererseits steht er aber durchaus auch in Opposition zu diesem. Das Verhältnis von Gott und Welt begreift *Thomas* im Sinn einer doppelten Ordnung (*duplex ordo*), wonach es eine eigenständige natürliche Ordnung gibt, selbst wenn Gott *prima causa* ist.¹⁶² Anders als für *Augustinus* folgt für *Thomas* die politische Gemeinschaftlichkeit aus der Naturanlage des Menschen, deren Vielheit unter einer Ordnung zusammengefasst wird.¹⁶³ Der Staat ist demnach eine Institution der Naturordnung, während die Kirche institutionelle Ausprägung der Offenbarungs- und Gnadenordnung ist.¹⁶⁴ Diese „Relativierung und heilsgeschichtliche Entmächtigung“¹⁶⁵ gegenüber dem Kirche-Staat-Verständnis von *Augustinus* würdigte den irdischen Staat in einer „Eigenzweckhaftigkeit“ positiv und adelte dessen „grundsätzliche Selbständigkeit“ schöpfungstheologisch-naturrechtlich.¹⁶⁶ Das Verhältnis zwischen geistlicher Macht und weltlicher Ordnung bestimmte *Thomas* im Sinn eines direktiven Vorrangs, der aber ein begrenzter ist, so dass *Thomas* nicht als Vertreter einer strengen Hierokratie gilt.¹⁶⁷ Vor dem Hintergrund eines funktionsbezogenen Vorrangs, was Heil und Sünde anbelangt, geht *Thomas von Aquin* in anderen als übernatürlichen Zusammenhängen von der Gleichordnung beider Sozialmächte aus. Dies lässt *Thomas von Aquin* als Vertreter einer „gemäßigten“ Richtung eines „Hierokratismus“ erscheinen, der für spätere Neuformulierungen der *potestas indirecta* – insbesondere durch Kardinal *Bellarmin* – einen Grund legt.¹⁶⁸

V. An der Schwelle zwischen Mittelalter und Neuzeit: kirchliche Oberhoheit und *res publica christiana*

28

Die im Mittelalter begründeten und umschriebenen oberhoheitlichen Herrschaftsansprüche des Papstes, die vom 11. bis 13. Jahrhundert partiell erfolgreich waren, wurden noch bis weit in die Neuzeit aufrechterhalten.¹⁶⁹ Das Werden des Staates als souveräne Hand-

¹⁶² Ottmann, Geschichte (o. Fn. 40), S. 204.

¹⁶³ Böckenförde, Geschichte (o. Fn. 24), S. 263, 267.

¹⁶⁴ Mikat, in: HSKR² (o. Fn. 1), S. 129.

¹⁶⁵ Böckenförde, Geschichte (o. Fn. 24), S. 268.

¹⁶⁶ Vgl. Tischleder, Ursprung (o. Fn. 160), S. 45 ff.

¹⁶⁷ Hierzu und zum Folgenden Böckenförde, Geschichte (o. Fn. 24), S. 269–271.

¹⁶⁸ Grabmann, Studien (o. Fn. 161), S. 130–133.

¹⁶⁹ Reinhard, Glaube und Macht (o. Fn. 20), S. 92.

lungs- und Wirkungseinheit musste diese kirchliche Haltung zurückdrängen und relativieren. Die Konfessionalisierung und der polyzentrische europäische Staatsbildungsprozess ließen das mittelalterliche Corpus Christianum zerfallen. In der Formulierung des Historikers *Wolfgang Reinhard* „wurde aus der Kirche als machtvoller Seniorpartnerin der werdenden Staatsgewalt zwischen dem 14. und 16. Jahrhundert eine schwächere Juniorpartnerin der entwickelten Staatsgewalt“.¹⁷⁰ Die latente Dualität des Mittelalters bildete sich zu einer genauer umschreibbaren Entgegensetzung aus. Auch die Kirche formte sich weiter als eine eigenständige Organisation aus. Aus der zunehmenden Ordnungspolarität resultierte eine verstärkte Notwendigkeit, die je eigenen Rechtsordnungen zu fundieren. Der Prozess normativer Selbstthematisierung ging von der Kirche und dem Kanonischen Recht aus. Als ein erstes geschlossenes Rechtssystem diente das Kanonische Recht dem werdenden Staat nicht selten als Vorbild. Damit war aber auch der normative Grund abgesteckt, der die „Duplizität und Polarität der Ordnung Staat und Kirche“ (*Adolf Merkel*) prägen und determinieren sollte. Dieser Prozess wirkte nicht nur differenzierend, sondern war auch der Anfang für die stärkere Profilierung der Eigenrechtsmacht der Kirche und für ihr Interesse an Autonomie von Bedeutung. Damit war auch ein Grund für eine Lehre der Kirche als *societas perfecta*, die sich aber erst im 19. Jahrhundert wirklich entfaltete, gelegt, die Kirche und Staat als eigenständige Institutionen parallelisierte. Theoretisch war dies aber nur möglich, weil die prinzipielle Dualität von geistlicher und weltlicher Macht unterschieden werden konnte. Die beiden Pole glichen sich bei aller Unterscheidung doch darin, dass sie je für sich vollkommene, letzte Zwecke formulieren konnten.¹⁷¹ Diese Situation brachte die lehrmäßige Annahme von der Überordnung der Kirche über den Staat aber nicht zum Fortfall. Repräsentativ für die klassische Lehre der kirchlichen *potestas indirecta in temporalibus* war das Werk des Kardinals *Bellarmin* (1542–1621).¹⁷² *Bellarmin* anerkannte zwar die Eigenständigkeit der weltlich-politischen Macht, verfocht aber als Annex zur geistlichen Aufgabe des Papstes dessen „echte *potestas*“ auch in zeitlichen Dingen, sofern dies zur Erreichung des geistlichen Zweckes – *sub specie salutatis animarum* –

¹⁷⁰ *Reinhard*, ebd., S. 92, 103.

¹⁷¹ Vgl. *Böckenförde*, Staat – Gesellschaft – Kirche (o. Fn. 2), S. 120.

¹⁷² *Franz Xaver Arnold*, Die Staatslehre des Kardinal Bellarmin, 1934. Zur kritischen Würdigung *Bellarmins* durch *Hobbes* näher *Uertz*, Gottesrecht (o. Fn. 31), S. 266 ff.

notwendig war.¹⁷³ *Bellarmin* hält damit an einer kirchlichen Oberhoheit im Bereich des Weltlichen fest und war einer Idealkonstellation einer einheitlichen *res publica christiana* verhaftet, deren Fundament in *re* durch die weitere historische Entwicklung letztlich der reale und normative Boden entzogen wurde, da die souveränen Ordnungsansprüche des vernunftrechtlich grundierten Staates dem zunehmend entgegenliefen, ohne dass dies zwangsläufig mit dessen Religionslosigkeit verbunden sein musste.

VI. Das Kirche-Staat-Verhältnis unter den Bedingungen moderner Staatlichkeit bis ins 19. Jahrhundert

1. Situation verstärkter Abgrenzung und selbstthematisierender Positionierung

29 Das Band zu den religiösen Legitimationsgrundlagen des Staates wurde durch die Aufklärung und die modernen Revolutionen endgültig zerschnitten. Der moderne säkulare Staat übernahm immer mehr Aufgaben, die ehemals im kirchlichen Bereich verankert waren. Die durch den Investiturstreit besonders beförderte Diastase von Kirche und Staat führte im 19. Jahrhundert – in den Worten *Paul Mikats* – zu einer „Institutionen-Rivalität“.¹⁷⁴ Eigenständigkeit und Unabhängigkeit beider Institutionen stießen auch eine kirchlich-theoretische Neuverortung des Kirche-Staat-Verhältnisses an. Säkularisierung und Säkularisationen entwandten der Kirche nicht nur Rechtspositionen und Aufgaben, sondern befreiten sie auch von „mannigfachen Bürden“, die Verweltlichung bedeuteten. Die Kirche wurde auf ihr geistliches Wesen zurückgeworfen, ohne dass sie ihres öffentlichen Wirkens völlig beraubt worden wäre. Gleichzeitig musste die katholische Kirche sich aber zunehmender staatlicher Ingerenzen und Eingriffe erwehren, für die Theorie und Praxis etwa des Josephinismus repräsentativ stehen, der die Kirche zu einer „Staatsanstalt“ degradieren wollte. Um theoretisch, konzeptionell adäquat reagieren zu können, ist zu diesem Zweck als kircheneigene Komplementärordnung zum staatlichen Religionsrecht seit dem 19. Jahrhundert ein *Ius Publicum Ecclesiasticum* entwickelt worden,¹⁷⁵ das eng verbunden ist

¹⁷³ Böckenförde, Staat – Gesellschaft – Kirche (o. Fn. 2), S. 121 f.

¹⁷⁴ Mikat, in: HSKR² (o. Fn. 1), S. 131.

¹⁷⁵ Grundlegend sind die Arbeiten von Listl, Kirche und Staat (o. Fn. 30); ders., Aufgabe (o. Fn. 30).

mit der Lehre von der Kirche als *societas perfecta*¹⁷⁶ und Fragestellungen der deutschen Kanonistik des Aufklärungszeitalters rezipierte.¹⁷⁷ Die Lehre von der *societas perfecta* war ein „Gegenschlag“ römischer Theologen und Kanonisten, der auf die staatlichen Übergriffe in kirchliche Angelegenheiten reagierte. Ziel war es, zum Schutze kirchlicher Eigenständigkeit und Eigenrechtsmacht ein theoretisches Gegenkonzept zur staatlichen Souveränität zu entwickeln. Diese Lehre ist in gewisser Weise die Adaption des staatlichen Souveränitätskonzepts auf die Kirche, um die „Letztinstanzlichkeit der Kirche auf ihrem Lebensgebiet zu sichern“.¹⁷⁸ Der Syllabus errorum machte in seiner These 19 die Lehre von der Kirche als *societas perfecta* amtlich,¹⁷⁹ das spätere päpstliche Lehramt bestätigte sie.

2. Moderne Freiheitsidee und katholisches Kirche-Staat-Verständnis im 19. Jahrhundert

Die antiliberale Haltung des kirchlichen Lehramts trat in prinzipielle Spannung zum Verfassungsstaat.¹⁸⁰ Der antimoderne Affekt kulminiert in der dezidierten Absage der Päpste an moderne Entwicklungen wie die Trennung von Staat und Kirche, die Garantie von Menschenrechten, insbesondere von Glaubens- und Gewissensfreiheit als Reaktion auf das Zeitalter der Aufklärung und den Idealen der Französischen Revolution oder die über lange Zeit praktizierte Parteinahme für das monarchische Prinzip. Zahlreiche päpstliche Stellungnahmen des 18. und 19. Jahrhunderts belegen, welch große Schwierigkeiten es der Kirche bereitete, die Sachlogik des modernen freiheitlichen, säkularen Verfassungsstaats anzuerkennen. Die Kette reicht vom Breve „Quod aliquantum“ *Pius* VI. (1775–1799) aus dem Jahr 1791, in der dieser die Zivilkonstitution ebenso ablehnte wie das

30

¹⁷⁶ Siehe dazu nunmehr *Kowatsch*, Freiheit (o. Fn. 4), S. 19 ff. und passim. Ferner *Knut Walf*, Die katholische Kirche – eine ‚societas perfecta‘?, in: *ThQ* 157 (1977), S. 107–118; *Patrick Granfield*, Aufkommen und Verschwinden des Begriffs ‚societas perfecta‘, in: *Concilium* 18 (1982), S. 460–464.

¹⁷⁷ Zur „Würzburger Schule“ und der deutschen „Aufklärungskanonistik“ überhaupt *Listl*, Kirche und Staat (o. Fn. 30), S. 13 ff.

¹⁷⁸ *Bernhard Panzram*, Der Kirchenbegriff des kanonischen Rechts. Versuch einer methodologischen Begründung, in: *Münchener Theologische Zeitschrift* 4 (1953), S. 187 (210).

¹⁷⁹ Näher *Listl*, Kirche und Staat (o. Fn. 30), S. 142 ff.

¹⁸⁰ Statt vieler *Isensee*, Der lange Weg (o. Fn. 12), S. 73 ff.

Gedankengut der Französischen Revolution¹⁸¹ über *Pius IX.* (1846–1878), dessen Enzyklika „*Quanta cura*“ von 1864 eine Kampfansage an die „freigeisterischen Irrlehren“ enthielt und in dem berühmten Anhang „*Syllabus errorum*“ die Trennung von Staat und Kirche (Nr. 92) ebenso als Irrlehre brandmarkte wie die Religionsfreiheit (Nr. 77–80).¹⁸² Die Kirche verwarf die Säkularität des Staates, weil sie in ihr eine Abwendung von der Wahrheit erblickte. Die – letztlich gar nicht so homogene – christliche Einheitswelt des Mittelalters wurde hypostasiert und als Idealtypus einer gottgewollten, wahrhaften Ordnung angenommen.¹⁸³ Die Inanspruchnahme von Freiheitsrechten erschien Papst *Gregor XVI.* (1831–1846) geradezu als apokalyptisch und kam einem Höllensturz der Gesellschaft gleich.¹⁸⁴ Was aus heutiger Sicht fremd und befremdlich anmutet, war aus der Perspektive des katholischen Lehramts nicht unstimmt.¹⁸⁵ Freiheit war für die katholische Kirche nicht der liberal-säkulare Freiheitsentwurf, sondern die Fähigkeit des Menschen, dem Willen Gottes zu entsprechen. Freiheit ist insofern auf die Erfüllung von Wahrheit gerichtet und erhält aus dieser Intention ihre Berechtigung. Die Kirche ist Hüterin der Wahrheit und weil sich die Wahrheit für den Einzelnen unter den Bedingungen der Freiheit nicht leicht finden lässt, zumal wegen der Erbsündhaftigkeit des Menschen, bedarf der Einzelne der Führung. Deshalb ist es notwendig, dass die staatliche Autorität mit der kirchlichen in Verbindung steht, damit zur Wahrheit Kontakt gehalten wird. Durch liberale Freiheitsrechte – so die damalige katholische Auffassung – reißt die Wahrheitsverbindung zwischen staatlicher und kirchlicher Sphäre.

- 31** Eine behutsame Neujustierung katholischer Ordnungsvorstellungen unternahm Papst *Leo XIII.* (1878–1903), so dass ihm das Verdienst zukommt, „die Kirche ein Stück weit an die veränderten Lebensverhältnisse in Staat und Gesellschaft herangeführt zu haben“, ¹⁸⁶ ein wirklicher Neuansatz war seine Lehre aber nicht. Viel-

¹⁸¹ *Pius VI.*, Enzyklika „*Quod aliquantum*“, abgedr. in: Utz / von Galen (o. Fn. 33), Bd. 3 (1976), S. 2652 ff.

¹⁸² Beides abgedruckt in: *Denzinger / Hünermann*, Kompendium (o. Fn. 33), Tz. 2890–1896, 2901–2980; *Schnatz*, Verlautbarungen (o. Fn. 34), S. 1–19, 22–45.

¹⁸³ *Isensee*, Keine Freiheit (o. Fn. 12), S. 327.

¹⁸⁴ *Gregor XVI.*, Enzyklika „*Mirari vos*“, abgedr. in: Utz / von Galen (o. Fn. 33), Bd. 1 (1976), S. 148 f. (Rn. 14).

¹⁸⁵ Näher zum Folgenden *Isensee*, Keine Freiheit (o. Fn. 12), S. 310 ff.

¹⁸⁶ *Uertz*, Entwicklung (o. Fn. 31), S. 778.

mehr handelte es sich um eine pfadabhängige Neuformulierung traditioneller Vorgegebenheiten.¹⁸⁷

3. Die Grundlinien der Staatsanschauung von Leo XIII.

Sein Staatsdenken hat Papst *Leo XIII.* in zahlreichen Enzykliken niedergelegt.¹⁸⁸ Damit wird die katholische Position der Verhältnisbestimmung von Kirche und Staat wesentlich formaler als in der langen Zeit davor kirchenamtlich fixiert, was aber angesichts der Textgattung nicht zwangsläufig ein höheres Maß an juridischer Präzision bedeuten muss. Als wegweisende Texte der päpstlichen Lehrverkündigung *Leos XIII.* gelten vor allem seine Enzykliken „*Diuturnum illud*“ vom 29. 6. 1881¹⁸⁹, die Enzyklika „*Immortale Dei*“ vom 1. 11. 1885¹⁹⁰, die Enzyklika „*Libertas Praestantissimum*“ vom 20. 6. 1888¹⁹¹ sowie die Enzyklika „*Sapientiae christianae*“ vom 10. 1. 1890¹⁹². *Leo XIII.* akzeptiert den weltlichen Staat des 19. Jahrhunderts nicht bloß in seinem So-Sein als reale existierende Größe, sondern integriert ihn von vornherein in eine „christliche, aus Naturrecht und göttlichem Recht begründete Weltordnung“.¹⁹³ Insofern bleibt er vorneuzeitlichen Einheitsidealen verhaftet.¹⁹⁴ Auch das Freiheitsthema wird von *Leo XIII.* weniger im Sinn eines modernen (weltlichen) Freiheitsverständnisses aufgefasst, sondern als inhaltlich determinierte, nicht autonom gesetzte Befähigung des Menschen interpretiert, den Anfor-

32

¹⁸⁷ Böckenförde, Staat – Gesellschaft – Kirche (o. Fn. 2), S. 125. Die modernisierende Tendenz der leoninischen Staatslehre wird dezidiert in Abrede gestellt von Neumann, Dem Kaiser (o. Fn. 155), S. 228 ff.

¹⁸⁸ Grundlegend dazu Peter Tischleder, Die Staatslehre Leos XIII., 1925, insbes. S. 262 ff. Aus neuerer Zeit insbesondere Gerald Göbel, Das Verhältnis von Kirche und Staat nach dem Codex Iuris Canonici des Jahres 1983, 1993, S. 40–48, und nunmehr Uertz, Gottesrecht (o. Fn. 31), S. 236 ff. Siehe auch Isensee, Der lange Weg (o. Fn. 12), S. 83 ff.

¹⁸⁹ Denzinger / Hünermann, Kompendium (o. Fn. 33), Tz. 3150–3152; siehe auch Schnatz, Verlautbarungen (o. Fn. 34), S. 69–95.

¹⁹⁰ Denzinger / Hünermann, Kompendium (o. Fn. 33), Tz. 3165–3179; siehe auch Schnatz, Verlautbarungen (o. Fn. 34), S. 97–139.

¹⁹¹ Denzinger / Hünermann, Kompendium (o. Fn. 33), Tz. 3245–3255; siehe auch Schnatz, Verlautbarungen (o. Fn. 34), S. 141–187.

¹⁹² Schnatz, ebd., S. 189–231.

¹⁹³ Böckenförde, Staat – Gesellschaft – Kirche (o. Fn. 2), S. 126. Siehe Denzinger / Hünermann, Kompendium (o. Fn. 33), Tz. 3165 (mit Textreferenz auf Röm 13, 1).

¹⁹⁴ Göbel, Verhältnis (o. Fn. 188), S. 47.

derungen der *lex aeterna Dei* zu genügen und auf diese Weise dem eigenen menschlichen Wesen zu entsprechen und dieses zu vollenden.¹⁹⁵ In allen Bereichen steht für *Leo XIII.* das Recht der Wahrheit über dem Recht der Freiheit.¹⁹⁶ Kernpunkt der leoninischen Staatslehre ist die Annahme, dass Kirche und Staat je eigene *societates perfectae* sind.¹⁹⁷ Beiden „*duo ordines*“ kommt für ihren je eigenen Bereich die höchste Gewalt zu.¹⁹⁸ *Leo XIII.* geht davon aus, dass die Angelegenheiten, die „irgendwie heilig“ sind, „ganz in der Vollmacht und Entscheidungsbefugnis der Kirche stehen“.¹⁹⁹ Darin wird aber eher ein prohibitives Einspruchsrecht der Kirche gegenüber dem Staat postuliert, als eine auf einer Vorrangrelation beruhende Jurisdiktionsoption gesehen.²⁰⁰ Die Souveränität des modernen Staates bricht die direkte kirchliche Jurisdiktionsgewalt, weshalb sie in der kirchlichen Lehre zu einer *potestas directiva* gegenüber dem Staat herabgestuft wird.²⁰¹ Nicht zuletzt vor dem Hintergrund des leoninischen Freiheitsverständnisses rücken die kirchlichen Befugnisse gegenüber ihren Gläubigen in den Vordergrund, die damit zu einer Art „innerstaatlichem Vollstreckungsorgan“ der Kirche mutieren.²⁰² Die Modifikation zur *potestas directiva* macht sich zunutze, dass der einzelne Gläubige beiden Ordnungssphären angehört (idem *civis et christianus*) und damit idealer Adressat kirchlicher, auf Staat und Gesellschaft abzielender Ordnungsansprüche ist. Im Übrigen zielt *Leo* auf eine „gewisse geordnete Verbindung“ zwischen Kirche und Staat ab,²⁰³ die darauf gerichtet ist, dass beide trotz ihrer unterschiedlichen Zielrichtungen miteinander kooperieren und ausgleichende Ordnungen (etwa durch vertragliche Abmachungen) schaffen. Gegenüber den unterschiedlichen Staatsformen verhält sich die leoninische Staatslehre neutraler, eine aktive Befürwortung der Demokratie ist damit nicht verbunden, aber ebenso unterblieb eine strikte

¹⁹⁵ Vgl. Göbel, ebd., S. 42 f.

¹⁹⁶ Näher Uertz, *Gottesrecht* (o. Fn. 31), S. 264 ff.; Isensee, *Der lange Weg* (o. Fn. 12), S. 83.

¹⁹⁷ Denzinger / Hünermann, *Kompendium* (o. Fn. 33), Tz. 3166 f., 3171. Siehe auch Göbel, *Verhältnis* (o. Fn. 188), S. 46 mit Fn. 188.

¹⁹⁸ Denzinger / Hünermann, *Kompendium* (o. Fn. 33), Tz. 3168.

¹⁹⁹ Denzinger / Hünermann, ebd., Tz. 3168.

²⁰⁰ Vgl. Göbel, *Verhältnis* (o. Fn. 188), S. 47.

²⁰¹ Böckenförde, *Staat – Gesellschaft – Kirche* (o. Fn. 2), S. 127.

²⁰² Böckenförde, ebd.

²⁰³ Denzinger / Hünermann, *Kompendium* (o. Fn. 33), Tz. 3168.

Verwerfung.²⁰⁴ Vielmehr betrachtete *Leo XIII.* die Duldung demokratisch-rechtsstaatlicher Ordnung unter dem Aspekt Toleranz.²⁰⁵ Überhaupt sollte *Leos* spezifisches Toleranzverständnis, das auf einer Differenzierung von These und Hypothese basierte,²⁰⁶ das katholische Staatsdenken bis zu *Pius XII.* prägen.²⁰⁷

4. Staatsaussagen des CIC/1917

Der pio-benediktinische Kodex von 1917 enthält weder einen systematischen Abschnitt über das Verhältnis von Kirche und Staat noch wird man ihm eine elaborierte katholische Staatslehre entnehmen können.²⁰⁸ Stärker als irgendwo sonst kommt aber im CIC/1917 zum Ausdruck, „dass das oberste Ziel der Kirche in ihrem Verhältnis zum Staat die Sicherung ihrer völligen Freiheit und Eigenständigkeit war und ist“.²⁰⁹ Der Topos *societas perfecta* wurde zwar im CIC/1917 nicht ausdrücklich verwendet, indirekt kommt aber in der Annahme, dass die Kirche eine sog. moralische Person sei (c. 100 § 1 CIC/1917) zum Ausdruck, dass ihr nach ihrem Selbstverständnis und aufgrund ihrer „souveränen“ Stellung verschiedene „angeborene Rechte“ zustehen.²¹⁰ Im Übrigen lässt sich an unterschiedlichen Regelungszusammenhängen ablesen, dass seitens der katholischen Kirche weiterhin ein privilegierter Einfluss auf den Staat mittels einer *potestas indirecta* oder *directiva* beansprucht wurde.²¹¹

33

²⁰⁴ Siehe *Uertz*, Entwicklung (o. Fn. 31), S. 778 f.; siehe auch *Grimm*, Staatslehre (o. Fn. 38), S. 19 ff.

²⁰⁵ *Uertz*, Katholische Kirche (o. Fn. 31), S. 57.

²⁰⁶ Die These war, dass prinzipiell und für sich betrachtet nur die Wahrheit und niemals der Irrtum Recht beanspruchen könne. Die Hypothese lautete demgegenüber, dass unter besonderen geschichtlichen Voraussetzungen der Irrtum aber um eines höheren Gutes willen geduldet werden kann oder muss. Vgl. *Walter Kasper*, Wahrheit und Freiheit: ‚Die Erklärung über die Religionsfreiheit‘ des II. Vatikanischen Konzils, 1988, S. 12 f.

²⁰⁷ *Pius XII.*, Rede über Völkergemeinschaft und Toleranz vom 6. Dezember 1953, abgedr. in: *Schnatz*, Verlautbarungen (o. Fn. 34), S. 381: „Was nicht der Wahrheit und dem Sittengesetz entspricht, hat objektiv kein Recht auf Dasein, Propaganda und Aktion.“ Und weiter: „Nicht durch staatliche Gesetze und Zwangsmaßnahmen einzugreifen, kann trotzdem im Interesse eines höheren und umfassenden Gutes gerechtfertigt sein.“

²⁰⁸ *Mikat*, in: HSKR¹ (o. Fn. 1), S. 164.

²⁰⁹ *Mikat*, ebd., S. 165.

²¹⁰ Siehe nur *Listl*, Kirche und Staat (o. Fn. 30), S. 191 ff.

²¹¹ Näher *Göbel*, Verhältnis (o. Fn. 188), S. 48 ff., 192.

VII. Das Zweite Vatikanische Konzil als „kopernikanische Wende“ in der Zuordnung von Staat und Kirche

1. Kirchliche Grundsituation angesichts der Moderne

34 Eine lehramtliche Neuorientierung des katholischen Staatsdenkens ist mit dem Zweiten Vatikanischen Konzil (1962–1965) verbunden. In ihm wird ein Paradigmenwechsel gesehen,²¹² dem durchaus etwas Revolutionäres anhaftet. In diesem Konzil sehen Betrachter einen Akt „nachholender Selbstmodernisierung“.²¹³ Erste Anzeichen dieser Wende zeigten sich durchaus schon in der Sozialverkündigung *Pius' XII.* (1939–1958).²¹⁴ Manifest wurde die Abkehr von neuscholastisch-naturrechtlichen Denkweisen in der personaethischen Argumentation Papst *Johannes' XXIII.* (1958–1963), der freiheitsorientierten, menschenrechtlichen Ansätzen gegenüber aufgeschlossener war als seine Vorgänger. In einer Situation, in der kirchliche Positionen mitnichten ungefragt übernommen wurden, thematisierte sich die katholische Kirche als Weltkirche in zweifachem Sinne: Zum einen war dieses Konzil eine wirkliche Weltversammlung eines global players,²¹⁵ zum anderen war in einem zunehmend säkularen Umfeld das Verhältnis von Kirche und Welt neu zu verorten und zu positionieren. Dies betraf die Aktion der Institution ebenso wie Handlungsmöglichkeiten und Verantwortlichkeiten der einzelnen Gläubigen als Staatsbürger und Mitglieder der Gesellschaften. Eine Beanspruchung autoritativer Weisungsbefugnisse – sei es gegenüber dem Staat, sei es gegenüber den einzelnen Gläubigen – und ihre Qualifikation als potestas war zunehmend fragwürdig und ein Gutteil obsolet geworden, da sie nicht mehr zum geistlichen Wesen der Kirche und ihrem Sendungsauftrag passten.²¹⁶ Als „Ernstfall des religiösen Weltverhältnisses“ wird die Haltung der katholischen Kirche zur

²¹² Uertz, *Katholische Kirche* (o. Fn. 31), S. 57 und passim. Siehe auch Isensee, *Der lange Weg* (o. Fn. 12), S. 85 ff. Als „zeitnahe“ Grundsatz-Analyse Grimm, *Staatslehre* (o. Fn. 38).

²¹³ Friedrich Wilhelm Graf, *Die nachholende Selbstmodernisierung des Katholizismus? Kritische Anmerkungen zu Karl Gabriels Vorschlag einer interdisziplinären Hermeneutik des II. Vatikanums*, in: *Das II. Vatikanum – Christlicher Glaube im Horizont globaler Modernisierung*, hg. von Peter Hünermann, 1998, S. 49–65.

²¹⁴ Näher Uertz, *Gottesrecht* (o. Fn. 31), S. 364 ff.

²¹⁵ Dazu Nacke, *Kirche* (o. Fn. 29).

²¹⁶ Vgl. Congar, *Heilige Kirche* (o. Fn. 130), S. 425 f.; ihm folgend Mikat, in: HSKR² (o. Fn. 1), S. 130 und passim.

Religionsfreiheit verstanden,²¹⁷ über die bereits vor dem Konzil heftig diskutiert wurde, da sich das Diktum „Keine Freiheit dem Irrtum“ auch theologisch als nicht mehr adäquat erwies.

Fünzig Jahre nach dem Ende des Konzils wird immer noch über dessen Einordnung als neuer Anfang oder „kirchengeschichtlicher Betriebsunfall“, der der Revision bedarf, gestritten, wenngleich der zeitliche Abstand zu diesem kirchlichen Ereignis einiges relativiert und das Konzil mittlerweile schon selbst historisiert wird. Ungeachtet dessen werden die wesentlichen Aussagen des Konzils durch die nachfolgende Sozialverkündigung – neben den Enzykliken sind hier der Katechismus für die katholische Kirche (1997/2003) oder das Kompendium der Soziallehre der Kirche (2004) zu nennen – bestätigt und fortgeschrieben. Der Fokus gilt dabei vor allem dem Recht auf Religionsfreiheit und den Grundkoordinaten von Autonomie und Eigenständigkeit der katholischen Kirche einerseits und dem Grundsatz der Kooperation im Gegenüber von Kirche und Staat andererseits.²¹⁸

35

2. Wesentliche Konzilsaussagen über das Verhältnis von Kirche und Welt – Kirche und Staat und ihre bestätigende Rezeption

Neben der Konzilserklärung über die Religionsfreiheit „*Dignitatis humanae*“ (DiH) vom 7.12.1965 sind die Pastoralkonstitution „*Gaudium et spes*“ (GS) vom gleichen Tag sowie die Dogmatische Konstitution über die Kirche „*Lumen gentium*“ (LG) vom 21.11.1964 als Aussagen des authentischen Lehramts von zentraler Bedeutung.²¹⁹

36

²¹⁷ *Marianne Heimbach-Steins*, Religionsfreiheit – ein Menschenrecht unter Druck, 2012, S. 51 f.

²¹⁸ Diese Gliederung liegt etwa dem *Denzinger/Hünemann*, Kompendium (o. Fn. 33), Tz. 421 ff. zugrunde. Vgl. auch *Muckel*, Lehre der Kirche (o. Fn. 37), S. 1783 ff.

²¹⁹ Die maßgeblichen Sammlungen der Konzilstexte sind: *Karl Rahner/Herbert Vorgrimler*, Kleines Konzilskompendium, 3. Aufl. 1966, und *Peter Hünemann* (Hg.), Die Dokumente des Zweiten Vatikanischen Konzils. Zweisprachige Studienausgabe, 3. Aufl. 2012.

a) *Genaue Unterscheidung von Kirche und Staat*

37 Während die dualistischen Konzeptionen des bisherigen katholischen Staatsdenkens immer einen Restzweifel an ihrer Dualität aufkommen ließen, weil beide Bereiche in einem Gegenüber gleichgesetzt wurden oder ihr Verhältnis kirchliche und staatliche Aufgaben zumindest sehr weitgehend vermischte, trifft das Zweite Vatikanische Konzil hier eine Grundsatzaussage, die sich von früheren „Zwei-Gewalten-Lehren“ in deutlicher Schärfe unterscheidet.²²⁰ Kirche und bürgerliche Gesellschaft bzw. Staat sind hinsichtlich ihrer Aufgabenstellung und ihren Zuständigkeiten wie Befugnissen nicht miteinander zu verwechseln (GS Art. 76 Abs. 2). Kirche und Staat sind wesensmäßig verschieden. „Die politische Gemeinschaft und die Kirche sind auf ihrem eigentümlichen Feld voneinander unabhängig und autonom“ (GS Art. 76 Abs. 3).²²¹ Dies wird verankert in der „Autonomie der Sachbereiche“ (GS Art. 36), die das Konzil als theologisches Strukturprinzip einer „relativen Autonomie der irdischen Wirklichkeiten“ konstruiert.²²² Das Ideal einer christlichen Gesamtlebensordnung wird aufgegeben, ebenso werden „die innerweltlichen Bindungen des Menschen von dessen unverlierbarer Gotteskindschaft und heilsgeschichtlicher Einordnung in die Kirche Jesu Christi unterschieden“.²²³ Dies bedeutet aber nicht weltfremde Zäsur, sondern wechselseitige Verwiesenheit von Kirche und Welt bei wesenhafter Verschiedenheit, gleichsam eine Dialektik von Identität und Differenz.²²⁴ Die Kirche verzichtet auf die Indienstnahme des Staates für die Erfüllung des kirchlichen Sendungsauftrags, verhält sich deshalb aber nicht indifferent gegenüber politischen Fragen. Als sichtbare Vereinigung ist sie zwar wesentlich geistliche Gemeinschaft, nimmt aber doch für sich in Anspruch, „mit wahrer Freiheit den Glauben zu predigen, ihre Soziallehre zu lehren, ihre Aufgabe unter den Menschen ungehindert auszuüben sowie ein sittliches Urteil auch über die Dinge zu fällen, die die politische Ordnung betreffen, wenn

²²⁰ Mikat, in: HSKR² (o. Fn. 1), S. 138 f.

²²¹ Hünemann, Dokumente (o. Fn. 219), S. 721.

²²² Dazu etwa die Analyse von Anton Losinger, „Iusta autonomia“. Studien zu einem Schlüsselbegriff des II. Vatikanischen Konzils, 1989, insbes. S. 90 ff., 127 ff.

²²³ Mikat, in: HSKR² (o. Fn. 1), S. 137.

²²⁴ Losinger, „Iusta autonomia“ (o. Fn. 222), S. 147 und passim. Zur darin liegenden mehr dialogischen Verhältnisbestimmung seither nur Herbert Schambeck, Zur Demokratie in der Soziallehre Papst Johannes Pauls II., in: FS Listl (o. Fn. 43), S. 1003 (1018).

grundlegende Rechte der Person oder das Heil der Seelen dies erfordern sollten“ (GS Art. 76 Abs. 5).²²⁵ Der kirchliche Auftrag gegenüber der weltlichen Ordnung wird damit seiner potestas entkleidet und mutiert zu einer „*facultas directiva*“,²²⁶ die gleichwohl prononcierte Stellungnahmen nicht ausschließt.

Die katholische Kirche will Sauerteig bei der Prägung der staatlichen Rechtsordnung sein und ihren Anteil an der „Koproduktion“ von Staatlichkeit im Sinne einer Mitprägung wahrnehmen.²²⁷ Dies bedeutet keine Wiederherstellung eines katholischen Glaubensstaates: alten organischen Vorstellungen von einem Leib-Seele-Verhältnis als Funktion der Staat-Kirche-Bestimmung ist der Boden entzogen. Die Pastoralkonstitution schärft ein, dass die Kirche ihre Hoffnung nicht auf Sonderrechte, die ihr die staatliche Autorität eingeräumt habe, setzen dürfe. Vielmehr wird der Kirche sogar auferlegt, auf die Ausübung bestimmter rechtmäßig erworbener Rechte zu verzichten, „wo feststeht, dass durch ihren Gebrauch die Aufrichtigkeit ihres Zeugnisses in Zweifel gezogen wird oder neue Lebensbedingungen eine andere Ordnung erfordern“ (GS Art. 76 Abs. 5).²²⁸

38

b) Religionsfreiheit

Die Konzilerklärung über die religiöse Freiheit (Religionsfreiheit) ist das Ergebnis einer langen kirchlichen Lerngeschichte²²⁹ und die gültige gesamtkirchliche Selbstpositionierung zum Recht der Person und religiöser Gemeinschaften auf gesellschaftliche und bürgerliche

39

²²⁵ Hünemann, Dokumente (o. Fn. 219), S. 722.

²²⁶ Böckenförde, Staat – Gesellschaft – Kirche (o. Fn. 2), S. 134.

²²⁷ Zu einer solchen Rolle grundlegend Gunnar Folke Schuppert, When Governance meets Religion. Governancestrukturen und Governanceakteure im Bereich des Religiösen, 2012, S. 40 ff. und passim. Vorher schon allgemeiner ders., Staat als Prozess. Eine staatstheoretische Skizze in sieben Aufzügen, 2010, S. 38, 168 ff.

²²⁸ Hünemann, Dokumente (o. Fn. 219), S. 722.

²²⁹ Hervorhebung des lerngeschichtlichen Aspektes bei Marianne Heimbach-Steins, Menschenrechte in Gesellschaft und Kirche: Lernprozesse, Konfliktfelder, Zukunftschancen, 2001, S. 26 ff.; dies., Religionsfreiheit (o. Fn. 217), passim. Siehe auch Uertz, Gottesrecht (o. Fn. 31), S. 496. Hilfreich die Sammlung: Karl Gabriel/Christian Spieß/Katja Winkler (Hg.), Die Anerkennung der Religionsfreiheit auf dem Zweiten Vatikanischen Konzil. Texte zur Interpretation eines Lernprozesses, 2013. Grundlegend auch die Beiträge in: dies. (Hg.), Religionsfreiheit und Pluralismus. Entwicklungslinien eines katholischen Lernprozesses, 2010.

Freiheit in religiösen Dingen, wie es im Untertitel der Erklärung heißt.²³⁰ Gerade um diese Konzilserklärung ist heftig gerungen worden.²³¹ Dem bisherigen katholischen Staatsdenken, das in einem Religionsfreiheit gewährenden, säkular-neutralen Staat eine „Apostasie“ sah,²³² da der Staat „irrige Religionen“ nur tolerieren könne, wurde eine ausdrückliche Absage erteilt. „Dignitatis humanae“ ist gleichermaßen „an end and a beginning“.²³³ Diese Konzilserklärung geht letztlich von der Möglichkeit aus, dass eine Gesellschaft religiös differenziert sein kann. Die religiöse Pluralität innerhalb eines Gemeinwesens wird demnach akzeptiert und nicht bloß aus Gemeinwohlgründen toleriert. *Alexander Hollerbach* weist zu Recht darauf hin, dass die mit „Dignitatis humanae“ verbundene Absage an den katholischen Glaubensstaat eine Versöhnung der katholischen Kirche mit dem modernen, liberalen Verfassungsstaat sei.²³⁴ Die Konzilserklärung über die Religionsfreiheit relativiert aber nicht den Wahrheitsanspruch (vgl. DiH Art. 9–15): „Der systematische Ort der Religionsfreiheit ist die Soziallehre, nicht hingegen die Metaphysik oder

²³⁰ Aus dem umfangreichen Schrifttum siehe nur *Jérôme Hamer / Yves Congar* (Hg.), *Die Konzilserklärung über die Religionsfreiheit*, 1967. Als Dokumentation *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Einleitung, in: Zweites Vatikanisches Ökumenisches Konzil, Erklärung über die Religionsfreiheit. Authentischer lateinischer Text der Acta Apostolica Sedis. Deutsche Übersetzung im Auftrage der deutschen Bischöfe, 1968, S. 5 ff.; *Kasper*, Wahrheit und Freiheit (o. Fn. 206); siehe auch *Roman A. Siebenrock*, Theologischer Kommentar zur Erklärung über die religiöse Freiheit Dignitatis humanae, in: Herders Theologischer Kommentar zum Zweiten Vatikanischen Konzil, hg. von Peter Hünermann / Bernd Jochen Hilberath, Bd. 4, 2005, S. 166–218.

²³¹ Vgl. *Thomas A. Weitz*, Religionsfreiheit auf dem Zweiten Vatikanischen Konzil, 1997. Konzise hierzu auch *Mariano Delgado*, Vierzig Jahre Dignitatis humanae oder: Die Religionsfreiheit als Bedingung für Mission und interreligiösen Dialog, in: *Zeitschrift für Missionswissenschaft und Religionswissenschaft* 89 (2005), S. 297 (298 ff.).

²³² So *Klaus Mörsdorf*, Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts, Bd. 1, 11. Aufl. 1964, S. 51.

²³³ So der treffende Untertitel von *John Courtney Murray* (Hg.), *Religious Liberty: An End and a Beginning*, 1966. *Murray* war einer der maßgeblichen Vordenker und Wegbereiter der theologisch-juridischen Aufarbeitung der Religionsfreiheit. Zu ihm und seinem Werk die Längs- und Querschnittanalyse von *Reinhold Sebott*, Religionsfreiheit und Verhältnis von Kirche und Staat: der Beitrag John Courtney Murrays zu einer modernen Frage, 1977.

²³⁴ *Alexander Hollerbach*, Art. „Dignitatis humanae“, in: LThK³, Bd. III, 1995, Sp. 229. Letztlich wird den Kirchen sogar eine anwaltliche Verpflichtung auferlegt, sich auch für die Religionsfreiheit anderer Religionen einzusetzen (DiH Art. 6).

die Dogmatik“²³⁵. Insgesamt spricht sich das Konzil, ohne diesen Begriff ausdrücklich zu verwenden, für den religiös-weltanschaulich neutralen Staat aus²³⁶ und distanziert sich von einer staatlichen Ordnung, die sich laizistisch-atheistisch geriert.²³⁷

Religionsfreiheit im Sinn von „*Dignitatis humanae*“ betrifft nicht den innerkirchlichen Bereich und soll auch kein innerkirchliches Grundrecht fundieren, sondern bezieht sich ausschließlich auf den staatlich-gesellschaftlichen Sektor. Die Konzilerklärung über die Religionsfreiheit ist eine Zäsur und ein Bruch mit überkommenen katholischen Positionen, sie ist ein historisches Novum.²³⁸ Darin liegt die Bedeutung dieser Erklärung,²³⁹ die für die theologische Verhältnisbestimmung von Kirche und Staat ein – vorläufiger – Schlusspunkt ist.

„*Dignitatis humanae*“ behandelt die Religionsfreiheit in einem umfassenden Sinne, die nicht nur die in einem guten Sinne „fundamentale“ individuell-menschenrechtliche Seite in den Blick nimmt, sondern ebenso die korporativ-institutionelle Seite nicht vernachlässigt.

²³⁵ So die treffende Formulierung bei *Stefan Mückl*, Die Gewissens-, Glaubens- und Religionsfreiheit als zentrales Menschenrecht, in: Handbuch der katholischen Soziallehre (o. Fn. 31), S. 77 (82).

²³⁶ *Siebenrock*, Kommentar (o. Fn. 230), S. 176.

²³⁷ *Listl*, Kirche und Staat (o. Fn. 30), S. 216 f. Terminologisch könnte es deshalb Verwirrung stiften, wenn in katholischen Diskussionszusammenhängen oder kirchlichem Kontext von einer „gesunden Laizität“ o. ä. die Rede ist, selbst wenn dies ein Topos aus päpstlichen Verlautbarungen seit Papst Pius XII. ist. Die „Lehrmäßige Note zu einigen Fragen über den Einsatz und das Verhalten der Katholiken im politischen Leben“ vom 24.11.2002 der Kongregation für die Glaubenslehre verwendet den Begriff Laizität relativ unbefangen (Tz. 5–6), ebenso das Schreiben von Papst *Johannes Paul II.* an den Vorsitzenden der französischen Bischofskonferenz vom 11.2.2005 (Tz. 3, 6 und 8). Nicht zuletzt, weil der ehemalige französische Staatspräsident *Sarkozy* 2004 den Topos „positiver Laizität“ (*laïcité positive*) in die Diskussion einführte (vgl. *ders.*, Der Staat und die Religionen, 2008, S. 16) ist darauf zu verweisen, dass sehr genau auf die begrifflichen Kontexte und Verwendungszusammenhänge zu achten ist. Wenn etwa *Rhonheimer*, Christentum (o. Fn. 2), S. 195 ff. und passim, für Laizität plädiert, spricht er sich nicht für ein laizistisches Staatssystem aus. Die Sinnvariabilität des Topos und dessen Verwechslungsgefahr oder voreilige Identifikation mit einem bestimmten Sinngehalt gemahnen zur Vorsicht. Siehe auch die bemerkenswerte Schrift *Jocelyn Maclure / Charles Taylor*, Laizität und Gewissensfreiheit, 2011.

²³⁸ *Heimbach-Steins*, Religionsfreiheit (o. Fn. 217), S. 63.

²³⁹ Zu einer Relecture siehe neben *Heimbach-Steins*, Religionsfreiheit (o. Fn. 217), S. 53–77, auch *Ansgar Hense*, *Dignitatis humanae* – Skizze einer religionsverfassungsrechtlichen Relecture, in: Orientierung und Innovation, hg. von Bernhard Nacke, 2009, S. 679–701.

sigt (vgl. DiH Art. 4) und insgesamt die Gemeinschaftsbezogenheit und -gebundenheit religiöser Freiheit herausstellt. Die Eigenständigkeit und Eigenrechtsmacht jeder Religionsgesellschaft wie der katholischen Kirche werden durch die Konzilerklärung impliziert. Die Religionsfreiheit wird ausdrücklich auch als Verbandsgrundrecht konzeptionalisiert.²⁴⁰

- 42 Ein anderes Spannungsverhältnis berührt die innerkirchliche Balance zwischen Individualität und Institutionalität. Der Katechismus konstatiert: „Das Recht auf Religionsfreiheit bedeutet weder die moralische Erlaubnis, einem Irrtum anzuhängen, noch ein angebliches Recht auf Irrtum“.²⁴¹ Hier zeigt sich die nunmehr „scharfe“ Trennung zwischen geistlich und weltlich deutlich, weil die Religionsfreiheit vor allem die „bürgerliche Freiheit“, das „Außenverhältnis“ betrifft, aber nicht den binnenkirchlichen Bereich und dessen (moral-) theologische Implikationen. Damit stellt sich das Problem, welche Bedeutung bei aller Verpflichtung zur Wahrheitssuche der „Gewissensfreiheit“ des einzelnen Gläubigen zugebilligt werden kann und welche Rolle bei der Gewissensbildung dem Lehramt zukommt. Da die Kirche durch die Laien in der Welt ist und ihnen bei der „gottgemäßen Regelung der zeitlichen Dinge“ (LG Art. 31) eine eigenständige Funktion zukommt, die sie den Klerikern nicht nach-, sondern beordnet, kommt diesem Aspekt grundsätzliche – auch ekklesiologische – Bedeutung zu.²⁴² Insofern nimmt es nicht Wunder, dass sich an diesem Punkt gerade moraltheologische und sozialetische Diskussionen entzünden. Diese legen nicht nur Konfliktpotential offen, sondern zeigen, wie anspruchsvoll und schwierig es ist, auch in modernen Situationen „Spannungseinheiten“ auszutarieren, um sowohl der Wahrheitsverpflichtung als auch der Freiheitlichkeit gerecht zu werden.²⁴³

²⁴⁰ Vgl. Listl, Kirche und Staat (o. Fn. 30), S. 215.

²⁴¹ Katechismus (o. Fn. 33), Tz. 2108; siehe auch Denzinger / Hünermann, Compendium (o. Fn. 33), Tz. 421.

²⁴² Zu dieser hier und nachfolgend nur andeutbaren Problematik näher Böckenförde, Staat – Gesellschaft – Kirche (o. Fn. 2), S. 192 ff. Instrukтив auch Ilona Riedel-Spangenberg, Theologische Prinzipien und kirchenrechtliche Bestimmungen zum sozial-politischen Engagement der Kirche, in: Kann Kirche Politik möglich machen? Wissenschaftliche Studententagung 1./2. Oktober 1998, hg. vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, S. 163–194. Weiterhin zur Stellung der Laien in diesem Zusammenhang Schambeck, Demokratie (o. Fn. 224), S. 1009, 1016.

²⁴³ Als deutliche Positionierung seien hier vermerkt: Heimbach-Steins, Religionsfreiheit (o. Fn. 217), S. 78–101; Stephan Goertz, Von der Religionsfreiheit zur Gewissensfreiheit. Erwägungen im Anschluss an Dignitatis huma-

Das päpstliche Lehramt bestätigt seit 1965 immer die Lehre von der Religionsfreiheit, ohne aber auf die Wahrheitsverpflichtung gegenüber dem einzelnen Gläubigen und seinem Gewissen zu verzichten. Papst *Johannes Paul II.* (1979–2005), der wesentlich an der Konzilserklärung „*Dignitatis humanae*“ mitgewirkt hat,²⁴⁴ sieht in der Religionsfreiheit das Recht „in der Wahrheit des eigenen Glaubens und in Übereinstimmung mit der transzendenten Würde der eigenen Person zu leben“, so dass er in diesem Recht gleichsam Quelle und Synthese der Menschenrechte erblickt.²⁴⁵ Das Freiheitspathos *Johannes Pauls II.* erfuhr in dem Pontifikat *Benedikts XVI.* (2005–2013) nach dem Eindruck einiger Theologen „eine gewisse Akzentverschiebung“.²⁴⁶ Es wird eine Tendenz ausgemacht, die die Bedeutung der Religionsfreiheit stärker auf Wahrheitssuche hin fokussiert²⁴⁷ und damit eine Differenzierung zwischen den Religionen nach ihrer Gemeinwohldienlichkeit verbindet.²⁴⁸ Diese stärkere Akzentuie-

nae, in: TThZ 119 (2010), 235–249. Zu den lehrrechtlichen Aspekten näher *Norbert Lüdecke*, Die Grundnormen des katholischen Lehrrechts, 1997, S. 210 ff. und passim.

²⁴⁴ Zur Bedeutung der Religionsfreiheit in seiner Zeit als Erzbischof von Krakau: *Jan Roß*, Johannes Paul II. Der Jahrhundertpapst, 2005, S. 71 f., weist darauf hin, dass für Kardinal *Wojtyła* gerade diese Konzilserklärung ein Schlüsseltext im Kampf gegen das kommunistisch-atheistische Regime gewesen sei, und schreibt: „*Dignitatis humanae*, für nicht wenige Katholiken im Westen eine Wunde, war für *Wojtyła* eine Waffe“.

²⁴⁵ *Johannes Paul II.*, Enzyklika „*Centesimus annus*“, Tz. 47. Zu anderen Charakterisierungen als „Eckstein“, „Herz“, „Wurzel“ u. a. *Delgado*, Vierzig Jahre *Dignitatis humanae* (o. Fn. 231), S. 300. Zur prinzipiellen Demokratieaffinität aufgrund des positiven Menschenbildes nur *Schambeck*, Demokratie (o. Fn. 224).

²⁴⁶ *Heimbach-Steins*, Religionsfreiheit (o. Fn. 217), S. 72; vorher schon *Delgado*, Vierzig Jahre *Dignitatis humanae* (o. Fn. 231), S. 300 f. Der Aspekt ‚Wahrheit und Freiheit‘ ist mit theologischen Grundsatzen verbunden, die in der theologischen, aber auch juristischen Diskussion gerade wieder sehr kontrovers erörtert werden: *Karl-Heinz Menke*, Macht die Wahrheit frei oder die Freiheit wahr? Eine Streitschrift, 2017; Gegenposition dazu *Magnus Striet*, Ernstfall Freiheit. Arbeiten an der Schleifung der Bastionen, 2018. Neuere juristische Würdigung: *Adrian Loretan*, Wahrheitsansprüche im Kontext der Freiheitsrechte. Religionsrechtliche Studien 3, 2017.

²⁴⁷ In der Enzyklika *Benedikts XVI.*, „*Caritas in Veritate*“ vom 29. 6. 2009, Tz. 29, wird die Religionsfreiheit vor allem als ein „Instrument gegen einen religiösen und weltanschaulichen Relativismus gedeutet“. Zu diesem Aspekt *Heimbach-Steins*, Religionsfreiheit (o. Fn. 217), S. 73.

²⁴⁸ Wenn dies religionspolitisch dazu führt, dass zwischen den Religionen Unterschiede hinsichtlich ihres Gemeinwohlbeitrags gemacht werden sollen, wie man aus „*Caritas in Veritate*“ (o. Fn. 247), Tz. 55 entnehmen kann, stellt sich für *Heimbach-Steins* (Religionsfreiheit [o. Fn. 217], S. 72–74) sozial-ethisch die Frage, ob die Interpretation der Religionsfreiheit als eine Frei-

nung wird (oder wurde) nicht zuletzt unter dem Label einer Auseinandersetzung mit einer Kultur des Relativismus geführt. Stellungnahmen des seit 2013 amtierenden Papstes *Franziskus* lassen sich zwar gegenwärtig vereinzelt ausmachen, ein Gesamteindruck zum jetzigen Zeitpunkt lässt sich aber nur erahnen. In seiner Enzyklika „*Evangelii gaudium*“ betont *Franziskus* die Bedeutung der Religionsfreiheit als ein fundamentales Menschenrecht und plädiert für einen „gesunden Pluralismus, der die anderen und die Werte als solche wirklich respektiert“.²⁴⁹ Bemerkenswert ist, dass Papst *Franziskus* in dieser Enzyklika die Toleranz gegenüber dem Irrtum auch als einen möglichen Weg zur Wahrheit ansieht.²⁵⁰ Auch in seiner Ansprache am 26. 9. 2015 in Philadelphia betont Papst *Franziskus* seine pluralitätsaffine Haltung. Die Bedeutung der religiösen Traditionen erblickt er gerade darin, die „relationale Identität“ zu offenbaren, die allen Bestrebungen, „Uniformität“ durchzusetzen, Einhalt gebietet.

c) *Die institutionelle Seite von Kirche und Staat:
Eigenständigkeit und Kooperation*

- 44** Indem das Konzil die Unabhängigkeit und Autonomie beider Sphären postuliert, wird die Notwendigkeit eingeschärft, dass sich beide Bereiche, die sich in je eigenen Organisationsstrukturen ausbilden, in dieser Hinsicht auch unterscheiden dürfen. Die Kirche reklamiert für sich den „notwendigen Handlungsspielraum“, beansprucht hinsichtlich der politischen Ordnung des Gemeinwesens aber keinen spezifischen Zuständigkeitsbereich.²⁵¹ Der kircheneigene

heitsoption gegen den Relativismus nicht zu einer Relativierung der Religionsfreiheit führe. Die Position *Benedikts XVI.* findet in ihrer Tendenz prominente Unterstützer in der deutschen Staatsrechtslehre (*Josef Isensee, Paul Kirchhof, Arnd Uhle* u. a.). Ungeachtet dessen wird religiöse Pluralisierung die Frage nach Unterscheidungsnotwendigkeiten zunehmen lassen und sich das Problem stellen, ob und wie der religiös-weltanschaulich neutrale Staat zwischen Religionen und zwischen Religionsgesellschaften rechtskonform differenzieren darf. Siehe dazu *Jost-Benjamin Schrooten*, Gleichheitssatz und Religionsgemeinschaften, 2015.

²⁴⁹ Papst *Franziskus*, *Evangelii gaudium*, Tz. 255.

²⁵⁰ Papst *Franziskus*, ebd., Tz. 246. Zur Diskussion siehe auch *Thomas Schüller*, Religionsfreiheit und Kirchenrecht – offene Fragen und ungelöste Probleme, in: *Jahrbuch für christliche Sozialwissenschaften* 55 (2014), S. 155–178.

²⁵¹ *Pars pro toto Denzinger / Hünermann*, Kompendium (o. Fn. 33), Tz. 424 und Hinweis auf *Johannes Paul II.*, *Centesimus annus* (o. Fn. 245), Tz. 47.

Handlungsspielraum bedeutet institutionentheoretisch, dass die Kirche sowohl eigene organisatorische Ordnungsmuster schaffen kann als auch überhaupt eigene Leitbilder ausbilden darf, die immer als Leitdifferenzen gegenüber der sie umgebenden Gesellschaft und dem Staat fungieren.²⁵² Diese müssen sich im Rahmen der demokratischen, verfassungsmäßigen Ordnung grundsätzlich auch realisieren lassen, damit sich die kirchliche Identität verwirklichen kann. Eine staatliche Rechtsordnung, die die kirchliche Eigenrechtsmacht etwa nicht anerkennen würde oder sie übermäßig beschränkte, ist für die Kirche nicht akzeptabel.

Die beiderseitige Autonomie von Kirche und Staat führt nicht zu einem beziehungslosen Nebeneinander.²⁵³ Vielmehr ist eine Zusammenarbeit angezeigt, die Konflikte verhindert. Es bestehen dafür verschiedenste Mittel, „die geeignet sind, harmonische Beziehungen zu gewährleisten“.²⁵⁴ Für die Form des Miteinanders stehen exemplarisch die katholischen Staatskirchenverträge (Konkordate).²⁵⁵

45

3. Das Gegenüber von Kirche und Staat im Lichte des CIC/1983

Das universalkirchliche Gesetzbuch von 1983 ist Ausdruck und Ausfluss kirchlicher Eigenrechtsmacht und ekklesiologischen Selbstverständnisses. Ob es sich bei diesem Gesetzbuch um Krönung und Abschluss des Konzils handelt, sei dahingestellt.²⁵⁶ Ungeachtet der durch das Konzil begründeten *Communio*-Ekklesiologie steht der CIC/1983 durchaus in einer *societas-perfecta*-Tradition,²⁵⁷ aus der

46

²⁵² Zum institutionentheoretischen Zusammenhang grundlegend *Karl-Siegbert Rehberg*, Stabilisierende Fiktionalität von Präsenz und Dauer. Institutionelle Analyse und historische Forschung, in: *Symbolische Ordnungen. Beiträge zu einer soziologischen Theorie der Institutionen*, hg. von Hans Vorländer, 2014, S. 147 (insbes. 151 ff.).

²⁵³ *Denzinger / Hünermann*, Kompendium (o. Fn. 33), Tz. 425.

²⁵⁴ *Denzinger / Hünermann*, ebd., Tz. 427.

²⁵⁵ Dazu *Stefan Mückl*, → § 10.

²⁵⁶ Hinweise dazu bei *Ansgar Hense*, Katholizismus und Rechtsordnung, in: *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, hg. von Horst Dreier / Eric Hilgendorf, 2008, S. 69 (86 f., 101 ff.).

²⁵⁷ Hierzu grundlegend *Listl*, Aufgabe (o. Fn. 30), S. 1014–1031. Eingehende Erörterung des Topos *societas perfecta* als „multifunktionalen Schlüsselbegriff“ katholischen Staatsdenkens durch *Kowatsch*, Freiheit (o. Fn. 4), insbes. S. 144 ff., 149 ff., 223 ff. Ferner *Matthias Pulte*, Von der *Societas-perfecta* Lehre zur wechselseitigen Anerkennung der Autonomie von Kirche und Staat. Das Verhältnis von Kirche und Staat aus katholischer Sicht im 19.

ersichtlich wird, dass die Kirche für sich in Anspruch nimmt, eine vom Staat unabhängige Rechtsordnung zu generieren, wenngleich die *societas-perfecta*-Lehre alten Zuschnitts verabschiedet worden ist.²⁵⁸ Die Regelungskomplexe umfassen vor allem folgendes: die bereits im Vorrechtlichen wurzelnde Rechtspersönlichkeit der katholischen Kirche (c. 113 § 1 CIC/1983), das kirchliche Gesandtschaftsrecht (c. 362 CIC/1983), der Verkündigungsauftrag der Kirche (c. 747 § 1 CIC/1983), das kirchliche Vermögensrecht (c. 1254 § 1 CIC/1983), der kirchliche Strafanspruch (c. 1311 CIC/1983), die kirchliche Gerichtskompetenz etwa in Straf- und Ehesachen (c. 1401, c. 1671 CIC/1983).²⁵⁹ Wie aber bereits für den CIC/1917 lässt sich auch für den neuen Kodex festhalten, dass sich in ihm zwar Grundlinien des katholischen Kirche-Staat-Verhältnisses spiegeln, ohne dass dies kirchenverfassungsrechtlich vollständig fixiert worden wäre, zumal das Unternehmen „*Lex fundamentalis*“ fallen gelassen wurde.²⁶⁰

VIII. Schwebende Grundstruktur katholischen Staatsdenkens

- 47 Eine synthetisierende Reflexion von historischer Genese und Stand des katholischen Staatsdenkens wird, zielte man auf eine systematisch geschlossene absolute Theorie ab, enttäuscht werden müssen. Die Grundfarben katholischen Staatsdenkens sind, allen Differenzierungsansätzen zum Trotz, bei genauem Hinsehen nicht Schwarz und Weiß, das Grundmuster der theoretischen Ordnungsvorstellungen nicht von schachbrettartiger Struktur.²⁶¹ Wenn die Grundfarbe demnach eher einem Grau in unendlichen Schattierungen gleicht, liegt darin nicht bloß eine Unmöglichkeit von Systematisierung oder analytischer Beschreibbarkeit. Vielmehr lassen sich viel-

und 20. Jahrhundert, in: *Entwicklungstendenzen des Staatskirchen- und Religionsverfassungsrechts*, hg. von Thomas Holzner/Hannes Ludyga, 2013, S. 143–260.

²⁵⁸ Dazu neben *Kowatsch*, *Freiheit* (o. Fn. 4), S. 223 ff. auch *Muckel*, *Lehre der Kirche* (o. Fn. 37), S. 1782.

²⁵⁹ *Göbel*, *Verhältnis* (o. Fn. 188), S. 97 f. und passim. Konzentriert *Muckel*, *Lehre der Kirche* (o. Fn. 37), S. 1788–1790. Siehe auch *Listl*, *Aufgabe* (o. Fn. 30), S. 1002–1014.

²⁶⁰ Zu dem Verhältnis der Kirche *ad extra* in dem Projekt einer *Lex Ecclesiae Fundamentalis* ausführlich *Göbel*, *Verhältnis* (o. Fn. 188), S. 78 ff.

²⁶¹ Dass hier *Thomas Nipperdey*, *Deutsche Geschichte 1866–1918*, Bd. II, 1993, S. 905, auf kirchliche Zusammenhänge übertragen wird, sei der Redlichkeit halber gesagt.

leicht auch „Grenzen der Ausdifferenzierung“²⁶² ausmachen. Die Eigenlogik der kirchlichen Verhältnisbestimmung liegt darin, dass Kirche und Staat komplementäre Größen sind.²⁶³ Ihre Komplementarität führt dann dazu, dass beide nicht nur über elaborierte Rechtsordnungen verfügen, sondern sich auch komplementär gegenüber stehen und wechselseitig aufeinander bezogen sind. Der Staat erweist sich als offen gegenüber religiösen Ansichten und hält deren argumentative Präsenz und Artikulation für die „Produktion von Staatlichkeit“²⁶⁴ für wünschenswert, wobei er sie durchaus hinsichtlich seiner Ordnungszusammenhänge filtern darf. Die Kirche geriert sich nicht als eine rein introvertierte soziale Größe, sondern fühlt sich aufgrund ihres religiös-theologischen Sendungsauftrags berechtigt und verpflichtet, Stellung zu nehmen, indem sie – gelegen oder ungelegen – in Treue zu sich selbst²⁶⁵ ihre religiöse Position artikuliert; darin kommt nicht nur die dem Christentum von Anfang an inhärente „Spannungseinheit“ zum Ausdruck, sondern auch die Erwartung des religiös-weltanschaulichen neutralen Staates. „Sinnstiftende Unruhe“ ist in der freiheitlichen Rechtsordnung inkludiert.²⁶⁶ Dass sowohl die Kirche als auch das kirchliche Recht – ungeachtet aller spannungsreichen Ambivalenzen – einen ko-evolutiven Beitrag zur weltlichen Rechtsordnung leisten konnten, kann nicht apriorisch geleugnet werden.²⁶⁷ Einen solchen Beitrag kann die katholische Kirche auch heute noch leisten.²⁶⁸ Die Kirche vertritt dabei nicht nur Eigeninter-

²⁶² Christoph Möllers, Grenzen der Ausdifferenzierung. Zur Verfassungstheorie der Religion in der Demokratie, in: ZevKR 59 (2014), S. 115–140.

²⁶³ In diesem Sinn Isensee, Der lange Weg (o. Fn. 12), S. 89.

²⁶⁴ Dazu die beiden Publikationen von Schuppert (o. Fn. 227).

²⁶⁵ Zu diesem wichtigen Aspekt philosophisch Hermann Krings: „Der Preis der Freiheit – in welcher Bedeutung auch immer man nun das Wort ‚Preis‘ nehmen mag – der Preis der Freiheit ist die Treue. Wer frei sein will muss, treu sein. Der Freie steht zu der von ihm autonom gesetzten Verbindlichkeit, und eben in dieser Standhaftigkeit bewährt sich die Freiheit. Damit ist das Wort vom Preis der Freiheit umkehrbar: der Preis, den die Treue gewinnt, ist die Freiheit“. So Hermann Krings, Der Preis der Freiheit, in: ders., System und Freiheit. Gesammelte Aufsätze, 1980, S. 209 (229 f.).

²⁶⁶ Georg Essén, Sinnstiftende Unruhe im System des Rechts. Religion im Beziehungsgeflecht von modernem Verfassungsstaat und säkularer Zivilgesellschaft, 2004.

²⁶⁷ Pars pro toto Di Fabio, Christentum und Rechtskultur (o. Fn. 19), S. 142 ff.; ders., Religion: Fundament oder Belastung der Demokratie?, in: Gewissen (o. Fn. 19), S. 121 (142).

²⁶⁸ Zu dem Modell Ko-Evolution sozialer Funktionssysteme näher Martin Schulte, Eine soziologische Theorie des Rechts, 2011, S. 96 ff.; sowie grundlegend ders., Recht und Religion. Zur Evolution von staatlichem und kirchlichem Recht, 2020. Dass dies kein Selbstläufer ist, zeigt die Diskussion um die

essen, sondern sieht sich kraft ihres Sendungsauftrags auch in anderen Fragen zum Dialog mit der politischen Gemeinschaft herausgefordert und insofern – bei allem Respekt vor der Autonomie der Sachbereiche – zur Positionierung verpflichtet.²⁶⁹ Insgesamt bleibt aber zu konstatieren, dass die wissenschaftliche Beschreibung katholischer Positionierungen über das Kirche-Staat-Verhältnis rechtstheologisch immer nur etwas Vorläufiges und Vorletztes sein kann. Die Botschaft vom Reich Gottes ist demgegenüber etwas immer Aufgegebenes, das des Zeugnisses und der dialogischen Übersetzung bedarf.²⁷⁰

Rede Papst *Benedikts XVI.* vor dem Deutschen Bundestag exemplarisch. Dazu die Beiträge in: *Verfassung ohne Grund* (o. Fn. 16). Zum Problem auch *Andreas Lob-Hüdepohl*, Zwischen Prophetie und Schweigen. Zum Geltungsanspruch ‚religiöser‘ Argumente im Raum politischer Öffentlichkeit, in: *Stimmen der Zeit* 2015, S. 173–184; siehe ferner eingehend auch *Ansgar Hense*, Katholisches und Rechtsordnung – zwischen religiöser Fundamentierung und ‚Scheidung in der Wurzel‘?, in: *Recht und Konfession – Konfessionalität im Recht?*, hg. von Christian Waldhoff, 2016, S. 73–139.

²⁶⁹ Dazu näher anhand der Einrichtung „Katholischer Büros“ *Karl Jüsten*, → § 37. Instrukтив zur Geschichte der Verbindungsstellen von Kirche und Staat *Kristian Buchna*, Ein klerikales Jahrzehnt? Kirche, Konfession und Politik in der Bundesrepublik Deutschland während der 1950er Jahre, 2014. Allgemein in diesem Sinne *Schambeck*, Demokratie (o. Fn. 224), S. 1018, 1020; *Grimm*, Staatslehre (o. Fn. 38), S. 27 ff.

²⁷⁰ Dazu der Klassiker *Rudolf Schnackenburg*, Gottes Herrschaft und Reich., 3. Aufl. 1963, sowie weiterhin: *Helmut Merklein*, Die Gottesherrschaft als Handlungsprinzip: Untersuchung zur Ethik Jesu, 3. Aufl. 1984; *ders.*, Jesu Botschaft von der Gottesherrschaft, 2. Aufl. 1989.

§ 4

Das Verhältnis von Staat und Kirche nach evangelischem Verständnis

Von Heinrich de Wall

I. Grundlagen	1–6
II. Theologische Grundlegungen – die Zwei-Reiche- / Zwei-Regimente-Lehre	7–16
III. Historische und politische Entwicklungen	17–63
1. Obrigkeitliche Religionsfürsorge und landesherrliches Kirchenregiment	17–21
2. Evangelische Rechts- und Staatslehren der Frühen Neuzeit	22–25
a) Vielfalt der Positionen	22
b) Kirchengewalt und Staatsgewalt: Episkopal-, Territorial- und Kollegialsystem als Begründungsvarianten des landesherrlichen Kirchenregiments	23–25
3. Staat und Kirche im 19. Jahrhundert	26–36
a) Umbrüche und Kontinuitäten	26–28
b) Positionen – das Bündnis von Thron und Altar	29–36
4. Das 20. Jahrhundert	37–63
a) Weimarer Republik	37–45
b) Nationalsozialismus und Kirchenkampf	46–48
c) Die Barmer Theologische Erklärung	49–50
d) Die Nachkriegszeit: Aneignung von Demokratie und Menschenrechten	51–53
e) Evangelische Kirche und sozialistischer Staat	54–55
f) Politisierung der Kirchen und Säkularisierung ihrer Stellungnahmen	56–63

IV. Evangelische Positionen in heutiger Staatlichkeit	64–85
1. Staatliche Souveränität und evangelische Kirche	66
2. Demokratischer Rechtsstaat, Menschenrechte und Menschenwürde, pluralistische Gesellschaft	67–76
3. Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirche	77–82
4. Kirche und europäische Einigung	83–84
5. Die paradoxen Folgen des Pluralismus	85

I. Grundlagen

- 1 Ein „evangelisches Verständnis“ des Staates und seines Verhältnisses zur Kirche in Deutschland zu formulieren, ist angesichts des Fehlens einer Lehrinstanz, die eine solche Lehre autoritativ festlegen könnte, ein unmögliches Unterfangen. Auch Positionsbestimmungen mit amtskirchlicher Legitimation, wie die „Demokratie-Denkschrift“ der EKD von 1985¹, haben keinen verbindlichen, lehramtlichen Charakter. Sie sind Stellungnahmen und Diskussionsanregungen, die freilich von dafür von der Kirche gebildeten, sachkundigen Arbeitsgruppen ausgearbeitet und von kirchlichen Organen approbiert wurden und daher eine gewisse Authentizität und Autorität als „evangelische“ Positionsbestimmung haben. Dennoch müssen auch sie sich in den Pluralismus der Anschauungen evangelischer Christen zum Verhältnis von Staat und Kirche einfügen. Im besten Fall formulieren sie einen Konsens oder zumindest eine von einer Mehrheit derjenigen evangelischen Christen in Deutschland, die sich mit derlei Fragen

¹ Evangelische Kirche und freiheitliche Demokratie: Der Staat des Grundgesetzes als Angebot und Aufgabe. Eine Denkschrift der Evangelischen Kirche in Deutschland, hg. vom Kirchenamt der EKD im Auftrag des Rates der EKD, 1985; dazu jetzt insbes. *Hans Michael Heinig* (Hg.), Aneignung des Gegebenen. Entstehung und Wirkung der Demokratie-Denkschrift der EKD, 2017. Die Grundaussagen dieser Denkschrift sind durch die Erklärung des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland: „Christentum und politische Kultur. Über das Verhältnis des demokratischen Rechtsstaates zum Christentum“ (EKD-Texte 63, 1997), im Wesentlichen bestätigt und z.T. konkretisiert worden. Ergänzungen zum gesellschaftlichen Pluralismus innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung und zur Position der Kirche dazu finden sich in: Das rechte Wort zur rechten Zeit. Eine Denkschrift des Rates der EKD zum Öffentlichkeitsauftrag der Kirche, 2008, und in: Konsens und Konflikt: Politik braucht Auseinandersetzung. Zehn Impulse der Kammer für Öffentliche Verantwortung der EKD zu aktuellen Herausforderungen der Demokratie in Deutschland, 2017. Die Texte sind im Internet abrufbar unter <<https://www.ekd.de>>.

beschäftigen, geteilte Auffassung – wie man dies von der Demokratie-Denkschrift wohl konstatieren kann.

In Anlehnung an sie lässt sich ein solcher, von vielen geteilter Konsens in wenigen Sätzen zusammenfassen: Es gibt keine abstrakte, allgemeine Staatslehre der evangelischen Kirche. Dementsprechend ist auch die freiheitliche Demokratie des Grundgesetzes aus evangelischer Sicht keine „christliche“ Staatsform. Dessen ungeachtet wird sie – auch aus theologischer und ethischer Überzeugung – bejaht. Die Grundgedanken, aus denen heraus ein demokratischer Staat seinen Auftrag wahrnimmt, weisen nämlich eine Nähe zum christlichen Menschenbild auf. Diese Grundgedanken sind: die Anerkennung der Freiheit und der Gleichheit der Menschen, das daraus folgende Gebot politischer und sozialer Gerechtigkeit, insbesondere aber die Achtung der Würde des Menschen, die inhaltlich eine Konsequenz der biblischen Lehre von der Gottesebenbildlichkeit des Menschen ist. Die Zustimmung zur Demokratie soll sich in der Bereitschaft der Christen zur Wahrnehmung der Mitwirkungschancen erweisen, die sie bietet. Die Unterscheidung zwischen Kirche und Staat und ihrem je eigenen, geistlichen beziehungsweise weltlichen, Auftrag ist die Voraussetzung für ein positives Verhältnis von Kirche und Staat.²

Dass sich evangelische Christen und evangelische Kirchen in Vergangenheit und Gegenwart mit dem Verhältnis von Staat und Kirche beschäftigt haben und weiter beschäftigen, ist nicht allein der Tatsache zu verdanken, dass sie in der staatlichen Ordnung existieren. Vielmehr kommt das Thema in den Offenbarungstexten der Christenheit selbst vor. In der Kirche des Evangeliums mussten – ebenso wie in anderen Konfessionskirchen – die einschlägigen biblischen, insbesondere die neutestamentlichen Aussagen zu diesem Verhältnis³ Ausgangspunkte des Nachdenkens sein. Auch wenn die betreffenden Bibelstellen an Zahl überschaubar sind, haben sich an ihnen intensive und umfangreiche Bemühungen um Verständnis, Auslegung und Aktualisierung entzündet.

Auch in den für die evangelischen Kirchen grundlegenden Bekenntnistexten, in denen ihr Verständnis des Evangeliums entfaltet wird, befinden sich, freilich nicht sehr zahlreiche, Aussagen mit unmittelbarer Relevanz für unser Thema.⁴ Sie sind für die Bestimmung

² Evangelische Kirche und freiheitliche Demokratie (o. Fn. 1), S. 12–15.

³ Mt 5–7; Mt 22, 21; Apg 5, 29; Röm 13, 1–7, 1 Tim 2, 2; 1 Petr 2, 13; Offb 13.

⁴ Insbes. in der Confessio Augustana von 1530, Art. XVI, XXVIII, abgedruckt in: Die Bekenntnisschriften der evangelisch-lutherischen Kirche (BSLK), 12. Aufl. 1998, S. 70 f., 120 ff.

der spezifischen evangelischen Prägung des Denkens über Staat und Kirche aber naturgemäß von besonderer Bedeutung. Gerade die bekannteste der für die Verhältnisbestimmung von Staat und Kirche einschlägigen evangelischen Lehren, die sogenannte „Zwei-Reiche-Lehre“, ist zwar nicht in den Bekenntnisschriften entfaltet worden, hat dort aber durchaus Niederschlag gefunden.

5 Wie die Bibeltexte selbst, sind auch diese Aussagen in einen historischen Kontext hinein getroffen worden und vor diesem Hintergrund zu verstehen. Das ist zwar eine Banalität, aber gerade für die Verhältnisbestimmung von Staat und Kirche deshalb wichtig, weil es Bedeutung nicht nur für das Verständnis der Texte, sondern auch für die Frage hat, welche Schriften zu welchen Fragestellungen einzubeziehen sind: Der Blickwinkel der für das Thema einschlägigen Schriften ist nämlich nicht notwendig auf das Verhältnis von Staat und Kirche als Institutionen gerichtet. Den anstattlichen Flächenstaat mit souveräner Staatsgewalt, den die Verhältnisbestimmung von Staat und Kirche und den das Staatskirchenrecht heute im Blick haben, kennt das Jahrhundert der Reformation allenfalls in Ansätzen. Die Reformatoren sprechen, wie die biblischen Quellen, über „Obrigkeit“ und haben dabei meist „Staats“formen im Blick, in denen persönliche Herrschaft im Vordergrund stand. Die weltliche Obrigkeit des beginnenden 16. Jahrhunderts, mit der sich grundlegende reformatorische Schriften auseinandersetzen, ist in den Kategorien der modernen Staatslehre nur schwer darzustellen.⁵ Die Fragen, mit denen sich die einschlägigen Texte beschäftigen, sind nicht die nach dem Verhältnis des „Staates“ als Institution zur Kirche als Organisation der Christenheit. Es geht ihnen vielmehr um Fragen des rechten Verhaltens des Christen gegenüber der Obrigkeit bzw. der Person des Herrschers oder um dessen rechte Art des Regierens. Ihre Bedeutung für das Verhältnis von Staat und Kirche als Institutionen in heutiger Sicht zu bestimmen, bedarf vielfältiger Übersetzungsleistungen.

6 Ebenso zu berücksichtigen ist die Vielfalt der professionellen Herkunft der Autoren von „evangelischen“ Stellungnahmen zum Verhältnis von Staat und Kirche. Es sind nicht nur Theologen, sondern auch – in heutigem Verständnis der Disziplinen und Berufe – Juristen,

⁵ Die Bedeutung der jeweiligen historischen und politischen Verhältnisse für das evangelische Verständnis wird bereits beim ersten Blick auf die Titel grundlegender reformatorischer Schriften namentlich *Luthers* deutlich, die für das Verhältnis von „Staat“ und „Kirche“ von Bedeutung sind: Eine Schrift „An den christlichen Adel deutscher Nation“ zu richten oder „Von weltlicher Obrigkeit, wie weit man ihr Gehorsam schuldig sei“ zu schreiben, wäre heute anachronistisch.

Politikwissenschaftler, Historiker, Politiker, die mit ihren je unterschiedlichen Blickwinkeln und mit ihren je unterschiedlichen protestantischen Prägungen zur Diskussion beitragen. Die Betrachtungen in diesem Handbuch beschränken sich auf die „deutsche“ Diskussion. Das unterschiedliche politische Umfeld des Protestantismus in anderen Ländern und Regionen prägt natürlich auch das jeweilige „evangelische“ Staatsverständnis.

II. Theologische Grundlegungen – die Zwei-Reiche- / Zwei-Regimente-Lehre

Die biblischen, insbesondere die wenigen neutestamentlichen Aussagen zur Obrigkeit und zum Verhältnis der Menschen zur Obrigkeit sind von einer Spannung geprägt. Der „staats“bejahenden Tendenz im Brief des Apostels Paulus an die Römer (Röm 13, 1):

7

„Jedermann sei untertan der Obrigkeit, die Gewalt über ihn hat. Denn es ist keine Obrigkeit außer von Gott; wo aber Obrigkeit ist, die ist von Gott angeordnet“,

und im an die Pharisäer gerichteten Wort Jesu in Mt 22, 21:

„So gebt dem Kaiser, was des Kaisers ist, und Gott, was Gottes ist“,

steht das Wort der Apostel vor dem Rat der Hohenpriester (Apg 5, 29) gegenüber:

„Man muss Gott mehr gehorchen als den Menschen“.

In der Zwei-Reiche- / Zwei-Regimente-Lehre *Martin Luthers* wird dieses spannungsreiche Verhältnis verarbeitet und zu klären versucht, in welcher Beziehung Obrigkeit und Gläubige, Evangelium und Recht zueinander stehen. Sie wird in einigen zentralen reformatorischen Schriften *Luthers* der frühen 20er Jahre des 16. Jahrhunderts ausformuliert, insbesondere in der Schrift „Von weltlicher Obrigkeit, wie weit man ihr Gehorsam schuldig sei“ von 1523.⁶ In der wegen ihrer rechtsrechtlichen Bedeutung zentralen Be-

8

⁶ *Martin Luther*, Von weltlicher Obrigkeit, wie weit man ihr Gehorsam schuldig sei, in: *Luther Deutsch*, hg. von Kurt Aland, Bd. 7, 1967, S. 7 ff. (= WA 11, 246 ff.). Die Literatur zur Zwei-Reiche- / Zwei-Regimenten-Lehre ist umfangreich. S. dazu nur den Überblick bei *Reiner Anselm / Wilfried Härle*, Zweireichelehre, in: *TRE*, Bd. 36, 2004, S. 776 ff.; *John Witte*, Law and Protestantism, 2002, S. 87 ff.; dt. unter dem Titel Recht und Protestantismus, 2014; *Ulrich Duchrow*, Christenheit und Weltverantwortung, 1983. S. aus juristischer und rechtshistorischer Sicht insbes. *Martin Heckel*, *Martin Luthers Reformation und das Recht*, 2016, insbes. S. 583 ff., *ders.*, *Luthers Hal-*

kenntnisschrift der lutherischen Reformation, der von *Philipp Melanchthon* verfassten *Confessio Augustana* (CA) von 1530,⁷ sind ihre grundlegenden Unterscheidungen aufgenommen worden, namentlich in Artikel 28 CA über die Gewalt der Bischöfe. Die Bezeichnung als „Zwei-Reiche-Lehre“ ist allerdings keine zeitgenössische, sondern entstammt dem 20. Jahrhundert. Auch die intensive Diskussion über die „Zwei-Reiche-Lehre“, die zur Vermeidung von Missverständnissen und Simplifizierungen besser als „Zwei-Reiche- / Zwei-Regimente-Lehre“ bezeichnet wird, ist daher keine Diskussion der Reformationszeit. In der Sache hat aber die Verhältnisbestimmung von weltlicher Obrigkeit und geistlichem Regiment, bürgerlichem Gehorsam und Freiheit des Christenmenschen in der „Zwei-Reiche- / Zwei-Regimente-Lehre“ für das evangelische Verständnis des Verhältnisses von Staat und Kirche seit der Reformation prägend gewirkt.

9 Weil sie leicht missverstanden wird, insbesondere wenn „Staat“ und „Kirche“ in ihrer heutigen Erscheinungsform als die beiden Reiche identifiziert werden, sollen ihre Grundaussagen zusammenfassend wiedergegeben werden:

10 Gott hat die Menschen, so *Luther* in der „Obrigkeitsschrift“, in zwei Reiche geteilt.⁸ Dem einen gehören die wahrhaft Glaubenden an, dem anderen – dem Reich der (sündigen) Welt – alle anderen. Diese Reiche sind also personal, nach den zu ihnen gehörenden Menschen unterschieden. *Luther* lässt auch keinen Zweifel daran, dass nur wenige zum Reich der wahrhaft Glaubenden gehören. Beiden Reichen sind nun unterschiedliche Regierweisen (Regimente) zugeordnet. Das Reich der wahrhaft Glaubenden wird allein durch das Wort Gottes regiert. Darüber hinaus bedarf es keiner Regeln, erst recht ist Zwang nicht erforderlich. Denn die wahren Christen bedürfen des Zwangs nicht, um Frieden zu halten. Ganz anders ist es im

tung zur Obrigkeit, in: JZ 2017, S. 1129 ff.; *ders.*, Rechtstheologie Luthers, in: *ders.*, *Gesammelte Schriften*, hg. von Klaus Schlaich, Bd. I, 1989, S. 324 (S. 351 ff.); zu weiteren einschlägigen Schriften *Luthers Martin Heckel*, *Von Luthers Reformation zum ius reformandi des Reichskirchenrechts. Rechtliche Perspektiven der Adelschrift Luthers 1520*, in: *ders.*, *Gesammelte Schriften*, Bd. VI, 2013, S. 26; *ders.*, *Luthers Traktat „Von der Freiheit eines Christenmenschen“ als Markstein des Kirchen- und Staatskirchenrechts*, ebd., S. 48; zum spätmittelalterlichen Hintergrund *Volker Mantey*, *Zwei Schwerter – Zwei Reiche*, 2005.

⁷ S. o. Fn. 4. Zum Staats- und Rechtsverständnis *Philipp Melanchthons* grundlegend *Guido Kisch*, *Melanchthons Rechts- und Soziallehre*, 1967, insbes. S. 91 ff.; s. auch *Isabelle Deflers*, *Lex und ordo*, 2005, insbes. S. 174. ff.

⁸ *Luther*, *Von weltlicher Obrigkeit* (o. Fn. 6), S. 13 (= WA 11, 249).

Reich der Welt, in dem Neid und Missgunst herrschen. Hier bedarf es der Obrigkeit und des Rechts, um zwischen den Menschen Frieden zu stiften und die Grundlagen des menschlichen Zusammenlebens zu ordnen.

Dabei ist *Luther*, anders als bisweilen behauptet wird, gegenüber dem weltlichen Regiment und dem Recht als seinem Mittel keinesfalls negativ eingestellt. Das Recht ist notwendig, um das Zusammenleben der Menschen zu ordnen und damit die Voraussetzung für ein friedliches Zusammenleben zu schaffen. Eben weil die Menschen nicht alle wahre Christen sind, die ihr eigenes Interesse dem Wohl des Nächsten opfern und es daher zu durch Zwang zu entscheidenden Streitigkeiten gar nicht kommen lassen, bedarf es der weltlichen Obrigkeit, um Ordnung zu schaffen. Beide Regimente sind also – erstens – Gottes Verordnung. Zweitens sind beide, sowohl geistliches als auch weltliches Regiment, aufeinander angewiesen.⁹ In einem Zustand der Gewalt unter den Bürgern ist auch die Ausbreitung des Wortes mit den Mitteln des geistlichen Regiments nicht möglich. Das weltliche Regiment und mit ihm das Recht ist auch eine Voraussetzung für die Ausbreitung des Evangeliums unter den Menschen.

Wenn nun dieser Unterscheidung der beiden Regimente die Unterscheidung der beiden Reiche korrespondiert, welche Rolle hat dann der Christ gegenüber seinen Mitmenschen? Steht er als Angehöriger des Reiches der wahrhaft Glaubenden nicht unter dem weltlichen Regiment und dem Recht – nimmt also der Christ eine Sonderrolle für sich in Anspruch als jemand, für den das Recht nicht gilt? Das ist keineswegs der Fall. Zwar verhält der wahre Christ sich stets so, dass es zu Konflikt und Streit nicht kommt. Ihm gegenüber bedarf es des Zwanges nicht. Aber er weiß auch um die Notwendigkeit der weltlichen Ordnung und des Rechts. Er befolgt daher das Recht freiwillig und aus Einsicht, weil er so auch dem, der es nötig hat, ein Beispiel gibt. Er steht dem weltlichen Regiment auch nicht in einer passiv-duldenden oder nur abwehrenden Position gegenüber. Vielmehr stellt er sich in dessen Dienst und übt auch selbst die Funktion der Obrigkeit aus.

⁹ *Luther*, Von weltlicher Obrigkeit (o. Fn. 6), S. 15 f. (= WA 11, 251 f.): „Deshalb hat Gott die zwei Regimente verordnet: das geistliche, welches durch den heiligen Geist Christen und fromme Leute macht, unter Christus, und das weltliche, welches den Unchristen und Bösen wehrt, dass sie gegen ihren Willen äußerlich Friede halten und still sein müssen.“ Schließlich ebd., S. 16 (= WA 11, 252): „Deshalb muss man diese beiden Regimente mit Fleiß voneinander scheiden und beides bleiben lassen: eines, das fromm macht, das andere, das äußerlich Frieden schaffe und bösen Werken wehret. Keines ist ohne das andere genug in der Welt.“

keit aus, eben weil diese Obrigkeit dem Nächsten notwendig ist.¹⁰ Insofern beinhaltet die Zwei-Reiche- / Zwei-Regimente-Lehre die Aufforderung an den Christen, sich selbst, in modernen Worten gesprochen, an der Gestaltung der sozialen Ordnung in Gesellschaft und Staat zu beteiligen. Das wird in Art. 16 CA so verdeutlicht:

„Von Polizei und weltlichem Regiment wird gelehret, daß alle Obrigkeit in der Welt und geordnete Regiment und Gesetze gut Ordnung, von Gott geschaffen und eingesetzt seind, und daß Christen mögen in Oberkeit-, Fürsten- und Richter-Amt ohn Sunde sein, nach kaiserlichen und anderen ublichen Rechten Urteil und Recht sprechen, Ubeltäter mit dem Schwert strafen, rechte Kriege fuhren, streiten, kaufen und verkaufen, aufgelegte Eide tun, Eigens haben, ehelich sein etc.“¹¹

- 13 Wie nun diese weltliche Ordnung beschaffen ist, ist keineswegs beliebig. Zwar impliziert die Zwei-Reiche- / Zwei-Regimente-Lehre die Anerkennung der Ordnungsfunktion grundsätzlich jeder Rechtsordnung. Obrigkeit und Recht sind indes durch ihre Aufgabe, äußerlich Frieden zu schaffen und bösen Werken zu wehren, allein in ihrer Funktion, nicht aber inhaltlich hinreichend legitimiert. Wie sie ausgeübt werden, ist daher keineswegs gleichgültig. Sie stehen unter Gottes Rechtsgebot. Die Obrigkeit als Rechtssetzerin ist durchaus an höhere Normen gebunden, nämlich an Vernunft und „natürlich Recht“. Auch dieses „Naturrecht“ liegt in Gottes Rechtswillen begründet, es ist das Gebot Gottes. Es hat u. a. Ausdruck im Dekalog (den Zehn Geboten) gefunden, der in den Geboten der zweiten Tafel Maßstäbe für das Zusammenleben der Menschen setzt.¹² Aber der göttliche Rechtswille wirkt in unterschiedlicher Weise, als Erkenntnis vollkommener Gottes- und Nächstenliebe gegenüber den wahrhaft Glaubenden und als äußerlicher Befehl gegenüber den Angehörigen des Reichs der Welt.¹³

- 14 Schon in den reformatorischen Schriften wird auch deutlich, dass die Aufgabe der weltlichen Obrigkeit keineswegs bloß auf – mit modernen Worten gesprochen – die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bzw. den inneren und äußeren Frieden be-

¹⁰ *Luther*, ebd., S. 19 ff. (= WA 11, 253 ff.).

¹¹ BSLK (o. Fn. 4), S. 70 f.

¹² Seine verschiedenen Funktionen sind in der Lehre von den *usus legis* beschrieben, die hier nicht näher beleuchtet werden soll. Dazu *Heckel*, *Martin Luthers Reformation* (o. Fn. 6), S. 406 ff.; *Rudolf Mau*, *Gesetz. V. Reformationszeit*, in: TRE, Bd. 13, 1984, S. 82 f.; *Friedrich Wilhelm Graf*, *Gesetz. VI. Neuzeit*, a. a. O., S. 90 ff.; *Hans-Martin Barth / Yoshiro Ishida*, *Gesetz und Evangelium*, a. a. O., S. 126 ff.; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, 2006, S. 412 f.

¹³ *Heckel*, *Rechtstheologie Luthers* (o. Fn. 6), S. 345.

schränkt ist. In der Schrift „An den christlichen Adel deutscher Nation von des christlichen Standes Besserung“ von 1520 stellt *Luther* den Fürsten die Aufgabe, die Erziehung in Schule und Universität zu verbessern, das heißt für ein ordentliches Bildungswesen zu sorgen.¹⁴ In der Leisniger Kastenordnung von 1523¹⁵ – und nachfolgend in vielen anderen derartigen Ordnungen – erscheint die Pflege der Armen, Kranken und Gebrechlichen als Sorge der städtischen Gemeinschaft. In moderner Sprache ausgedrückt geht es um Sozialstaatlichkeit bzw. soziales Recht.

Die Zwei-Reiche- / Zwei-Regimente-Lehre setzt sich gegen zwei grundverschiedene Ansätze ab: Sowohl gegenüber den „Schwärmern“ des gegen die weltliche Autorität gerichteten „linken Flügels“ der Reformation, als auch gegenüber Herrschaftsansprüchen des Papsttums betont sie die Ordnungs- und Friedensfunktion der weltlichen Obrigkeit und ihre Eigenständigkeit, die in der fundamentalen Unterscheidung zwischen geistlicher und weltlicher Gewalt und zwischen Gesetz und Evangelium als deren jeweiligen „Herrschaftsmitteln“ gegründet ist, ohne dabei ihre Gebundenheit an das göttliche Gebot und ihre Verwurzelung im göttlichen Heilsplan zu negieren.

Die Zwei-Reiche- / Zwei-Regimente-Lehre ist keineswegs allein lutherisches Hausgut. Auch *Calvin* geht von einer grundlegenden Unterscheidung von weltlichem und geistlichem Regiment aus und nimmt sie zum Ausgangspunkt für seine Erwägungen zum bürgerlichen Regiment.¹⁶ Für das Verhältnis von Staat und Kirche ist aber bedeutend, dass in der calvinischen Lehre die Bedeutung und Aufgabe der Obrigkeit betont wird, für die Frömmigkeit der Bürger und des öffentlichen Lebens zu sorgen. Dabei dürfte auch die Prägung der calvinischen Reformation durch die städtischen Strukturen Genfs und der „reformierten“ Städte Oberdeutschlands mit einer engeren Verflochtenheit von kirchlichen und bürgerschaftlichen Strukturen

¹⁴ *Martin Luther*, An den christlichen Adel deutscher Nation von des christlichen Standes Besserung, in: *Luther Deutsch* (o. Fn. 6), Bd. 2, 1962, S. 157 ff. (= WA 6, 405 ff.).

¹⁵ Text in: *Emil Sehling* (Hg.), *Die Kirchenordnungen des 16. und 17. Jahrhunderts*, Bd. 1, 1902, 596 ff. (= WA 12, 16 ff.).

¹⁶ *S. Johannes Calvin*, Unterricht in der Christlichen Religion (Institutio Christianae Religionis), 3. Aufl. 2012, 4. Buch, 20. Kap. (S. 838 ff.), 3. Buch, 19. Kap., S. 15 (S. 467 ff.); zu Staat und Kirche bei *Calvin* grundlegend *Josef Bohatec*, *Calvins Lehre von Staat und Kirche*, 1937. Zur reformierten Rechtslehre s. insbes. *Christoph Strohm*, *Calvinismus und Recht*, 2008, S. 441 ff.; *John C. Witte*, *The Reformation of Rights*, 2007; *Rochus Leonhardt*, *Religion und Politik im Christentum*, 2017, S. 181 ff.

als in den von fürstlicher Obrigkeit geprägten Territorien der lutherischen Reformation eine Rolle gespielt haben.

III. Historische und politische Entwicklungen

1. Obrigkeitliche Religionsfürsorge und landesherrliches Kirchenregiment

17 Die Zwei-Reiche- / Zwei-Regimente-Lehre beinhaltet mit der Gegenüberstellung von weltlicher Obrigkeit und Regiment mit den Mitteln des Rechts und des Zwangs einerseits und der geistlichen Leitung allein durch das Wort andererseits Ansatzpunkte für eine Trennung der Kirche vom Staat. Dass nicht diese Möglichkeit, sondern eine intensive Verbindung mit der weltlichen Obrigkeit unter dem bald sich ausbildenden landesherrlichen Kirchenregiment das Verhältnis der evangelischen Kirche zum Staat geprägt hat, ist Ergebnis historischer Gegebenheiten und Entwicklungen, die hier nicht zu diskutieren sind.¹⁷ Sie haben bewirkt, dass die rechtliche Leitung der evangelischen Kirchen in den evangelischen Territorien des Heiligen Römischen Reichs als Aufgabe der jeweiligen Reichsstände, also der weltlichen Obrigkeit, begriffen wurde und demgemäß die rechtliche Ordnung der Kirche eine landesherrliche Angelegenheit wurde. Das steht zwar in einer Spannung zu den grundlegenden Aussagen der Reformation zum Verhältnis der geistlichen Gewalt zur weltlichen Obrigkeit, lässt sich aber doch damit harmonisieren.¹⁸

18 Die beiden Reiche sind nämlich, wie erwähnt, nicht mit Staat und Kirche gleichzusetzen, jedenfalls nicht mit der Kirche in ihrer organisatorischen, weltlichen Gestalt. Zwar ist das Reich der wahrhaft Glaubenden die universale Gemeinschaft der Gläubigen im Sinne des Glaubensbekenntnisses, also die „wahre“ Kirche. Mit ihr ist die in der Welt agierende Kirche in ihrer organisatorischen Gestalt aber

¹⁷ S. dazu im Überblick *Christoph Link*, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, 3. Aufl. 2017, S. 88 ff., 107 ff. m.N.; zur Entwicklung des Staat-Kirche-Verhältnisses nach der Reformation magisterial die zahlreichen einschlägigen Schriften *Martin Heckels*, in: ders., *Gesammelte Schriften*, 6 Bde., 1989–2013; *ders.*, *Martin Luthers Reformation* (o. Fn. 6), insbes. S. 341 ff., 757 ff.; zusammenfassend *ders.*, *Vom Religionskonflikt zur Ausgleichsordnung*, 2007.

¹⁸ Insoweit sind die Ausführungen *Martin Heckels*, das landesherrliche Kirchenregiment stehe im Widerspruch zu reformatorischen Lehren, zu relativieren. *Martin Heckel*, *Das Verhältnis von Kirche und Staat nach evangelischem Verständnis*, in: HSKR², Bd. 1, S. 186.

nicht deckungsgleich. Dieser gehören wahrhaft Glaubende und bloße Scheinchristen an. Auch in ihr bedarf es der rechtlichen Regeln, auch sie unterliegt dem weltlichen Regiment, ja auch in ihr findet in Form des Kirchenrechts „weltliches Regiment“ statt. Die rechtliche Kirchenleitung ist von der geistlichen Kirchenleitung durch Wort und Sakrament streng zu unterscheiden und sie ist auch nicht den Inhabern des geistlichen Amts vorbehalten. Dementsprechend haben die Landesherrn, städtische oder sonstige weltliche Obrigkeiten zwar Aufgaben der rechtlichen Kirchenleitung wahrgenommen, nicht aber unmittelbar geistliche Leitungsfunktionen, die dem geistlichen Amt vorbehalten sind, also öffentliche Wortverkündigung und Sakramentsverwaltung.

Gerechtfertigt wurde die besondere Rolle des Landesherrn bei der Organisation der Kirche zum einen damit, dass es sich um ein Notamt in der Bedrängnis der Kirche (gegen die der Reformation nicht folgenden Bischöfe) handele, bei dem es dem Landesherrn als hervorragendem Glied dieser Kirche (*Praecipuum membrum ecclesiae*), der die Mittel dazu hat, zukomme, für die organisatorische Gestalt der Kirche zu sorgen. Zum anderen konnte darauf verwiesen werden, dass der weltlichen Obrigkeit die Aufgabe der Sorge für die Religion, die *cura religionis*, obliege, die nicht nur die Einhaltung der zweiten Tafel des Dekalogs umfasst, die die Gebote für das Leben der Menschen untereinander enthält, sondern auch die erste Tafel des Dekalogs, die das Verhältnis des Menschen zu Gott betrifft. Die Obrigkeit hat also zwar nicht selbst das kirchliche Amt auszuüben, aber für die Pflege der Religion, und zwar der rechten – evangelischen – Religion, zu sorgen.¹⁹ Der Grundsatz des „*cuius regio, eius religio*“ als Folge des Augsburger Religionsfriedens, der die Koexistenz zweier Konfessionen im Reichsverband mit der Konfessionalität der einzelnen Territorien verband, ist auch eine Konsequenz der obrigkeitlichen Religionsfürsorge.

Die enge Verbindung mit der weltlichen Obrigkeit im landesherrlichen Kirchenregiment hat jedenfalls die evangelische Position zum Verhältnis zwischen Staat und Kirche ebenso nachhaltig geprägt wie die innere Struktur der evangelischen Kirche als landesherrliche Organisation. Allerdings wurden auch unter dem landesherrlichen Kirchenregiment mit den Konsistorien besondere Behörden für die kirchliche Organisation gebildet. Freilich gerieten diese immer stärker in das Gravitationsfeld der staatlichen Organisation bis hin zur

¹⁹ S. zur *cura religionis* *Johannes Heckel*, *Cura religionis, ius in sacra, ius circa sacra*, in: Festschrift für Ulrich Stutz, 1938, S. 224.

Eingliederung in die staatliche Verwaltung, so etwa in Preußen zu Beginn des 19. Jahrhunderts (s. u. Rn. 28).

- 21 Anders stellte sich die Situation freilich dort dar, wo die evangelische Kirche als Minderheitenorganisation unter fremdkonfessioneller Landesherrschaft stand, wie es bei den sog. „Kirchen unter dem Kreuz“ am Niederrhein der Fall war. Hier entwickelten sich Gemeinden und Kirchen mit viel größerer Eigenständigkeit gegenüber dem Staat und mit einer auf der Gemeinde aufbauenden, presbyterial-synodalen Struktur. Auch dies ist ein Beispiel für die Vielfalt möglicher Formen des Verhältnisses zum Staat im Protestantismus.

2. Evangelische Rechts- und Staatslehren der Frühen Neuzeit

a) Vielfalt der Positionen

- 22 Die evangelischen Rechts- und Staatslehren, oder besser: die Rechts- und Staatslehren evangelischer Theoretiker der Frühen Neuzeit, decken ein erhebliches Spektrum der jeweiligen zeitgenössischen Meinungen ab.²⁰ Sie bildeten ja ohnehin einen erheblichen Teil der Teilnehmer am staats-theoretischen Diskurs. Das Spektrum reicht von Fürstenspiegeln zu durchkomponierten Theoriegebäuden, von Lehren einer unmittelbaren Ableitung weltlicher Herrschaftsgewalt von Gott zu rational-naturrechtlichen Vertragskonstruktionen, von streng auf fürstlicher Souveränität aufbauenden Modellen zu Lehren, die den Staat als Ergebnis eines föderalen bzw. konsozialen Prozesses betrachten und die Bedeutung der niederen Obrigkeiten betonen.²¹

²⁰ Überblick bei *Arnulf v. Scheliha*, *Protestantische Ethik des Politischen*, 2013, S. 51 ff.; *Leonhardt*, *Religion und Politik* (o. Fn. 16), S. 209 ff. Nicht in erster Linie unter konfessionellen Aspekten, aber umfassendere Überblicke zur frühneuzeitlichen Staatslehre bei *Christoph Link*, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit*, 1979; *Michael Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. I, 1988; *Horst Dreitzel*, in: *Grundriss der Geschichte der Philosophie*, begründet von Friedrich Ueberweg, [Abt. 4:] *Die Philosophie des 17. Jahrhunderts*, hg. von Helmut Holzhey, Bd. 4/1, 2001, S. 607 ff.; Bd. 4/2, 2001, S. 749 ff.

²¹ Beispiele für verschiedene theoretische Ansätze, die freilich nicht trennscharf voneinander abzugrenzen sind: Für Fürstenspiegel *Georg Lauterbeck*; für den Christlichen Fürstenstaat: *Dietrich Reinking* und *Veit Ludwig v. Seckendorf*; für unmittelbar theokratische Herleitungen *Johann Friedrich Horn* und *Theodor Graswinckel*; für konsoziale, den Bundesgedanken aufnehmende Lehren *Johannes Althusius*; für rational-naturrechtliche Vertragskonstruktionen: *Hugo Grotius*, *Samuel Pufendorf*, *Christian Thomasius*, *Justus Henning Böhm*. S. dazu die o. Fn. 20 genannten.

Konfessionelle Zuschreibungen sind in diesem Bereich nicht einfach. Das gilt insbesondere für das Verhältnis der evangelischen Konfessionen – lutherisch oder reformiert – untereinander.²² Ungeachtet heutiger, aber auch zeitgenössischer Zuschreibungen „monarchomachischer“ Lehren (also solcher Lehren, die das Recht auf Widerstand und Absetzung einer Obrigkeit postulierten, die gegen ihre Verpflichtungen aus göttlichem Recht oder Herrschaftsvereinbarungen verstößt) zum reformierten Protestantismus, kennen auch lutherische Lehren ein Recht auf Widerstand gegen die Obrigkeit, die den wahren Glauben unterdrückt, häufig allerdings kanalisiert als Recht auf Notwehr niederer Obrigkeiten gegen obere.²³ Und in der Unterscheidungen *Luthers* aufnehmenden „Drei-Stände-Lehre“, wonach die Obrigkeit in kirchlichen Angelegenheiten das Votum des geistlichen Standes zu berücksichtigen hatte, hat man sogar ein erstes „System einer Gewaltenteilung und Gewaltenverbindung im deutschen Raum“ gesehen.²⁴ Die Gegenüberstellung von „obrigkeitshörigem“ Luthertum und „demokratischem“ Calvinismus ist ein Klischee.²⁵

*b) Kirchengewalt und Staatsgewalt:
Episkopal-, Territorial- und Kollegialsystem als
Begründungsvarianten des landesherrlichen Kirchenregiments*

So oder so war aber eine organisatorische Trennung von Staat und Kirche im heutigen Sinne den Lehren der Frühen Neuzeit fern. Das gilt auch etwa für die konsoziale Theorie des *Johannes Althusius*, die insbesondere seit der Wiederentdeckung *Althusius'* durch *Otto*

23

²² S. *Christoph Stroh*m, Calvinismus (o. Fn. 16), S. 439 ff.; *Christoph Stroh*m / *Heinrich de Wall* (Hg.), Konfessionalität und Jurisprudenz in der frühen Neuzeit, 2009; *Heinrich de Wall* (Hg.), Reformierte Staatslehre in der frühen Neuzeit, 2014.

²³ S. etwa zusammenfassend *Luise Schorn-Schütte*, Beanspruchte Freiheit: die politica christiana, in: Kollektive Freiheitsvorstellungen im frühneuzeitlichen Europa, hg. von Georg Schmidt / Martin van Gelderen / Christopher Snigula, 2006, S. 329 ff. m. N.; *Robert von Friedeburg*, Widerstandsrecht und Konfessionskonflikt, 1999.

²⁴ *Martin Heckel*, Staat und Kirche nach den Lehren der evangelischen Juristen Deutschlands in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts, 1968, S. 149; vgl. auch *Schorn-Schütte*, Beanspruchte Freiheit (o. Fn. 23), S. 337; allgemein zur Drei-Stände-Lehre S. 139 ff.; s. ferner *Martin Honecker*, Cura religionis, 1968.

²⁵ *Schorn-Schütte*, Beanspruchte Freiheit (o. Fn. 23), S. 337 ff.; *Link*, Rechtsgeschichte (o. Fn. 17), S. 87.

v. *Gierke* als Prototyp reformierter, auf der Idee des religiösen Bundes beruhender und demokratische Tendenzen vorwegnehmender Staatslehre gilt. Auch bei *Althusius* wird die Verantwortlichkeit der weltlichen Obrigkeit für die Verbreitung der christlichen Botschaft und für die kirchliche Organisation betont.²⁶

24 Charakteristisch für den engen Zusammenhang zwischen Staat und Kirche sind die Begründungsvarianten für das landesherrliche Kirchenregiment in der evangelischen Rechtslehre des 16. bis 18. Jahrhunderts: Episkopalismus, Territorialismus und Kollegialismus.²⁷ Während der Episkopalismus an das ältere Reichsrecht anknüpft und die Landesherren als diejenigen ansieht, auf die nach der Suspension der geistlichen Gerichtsbarkeit der Bischöfe im Augsburger Religionsfrieden die bischöflichen Rechte über das evangelische Kirchenwesen übergegangen seien, leitet der Territorialismus die kirchlichen Befugnisse der Landesherren aus deren Territorialgewalt ab, sieht sie also als Bestandteil der weltlichen Herrschaftsmacht. Die Befugnis zur rechtlichen Leitung der Kirche erscheint damit als Teil der Staatsgewalt. Dagegen sieht der Kollegialismus die innere Kirchengewalt als Proprium der Kirche als Gemeinschaft, Kollegium, der Lehrenden und Hörenden. Dies bedeutet nun aber keineswegs die Unabhängigkeit der Kirche von der landesherrlichen Obrigkeit; vielmehr wird dabei lediglich herausgearbeitet, dass deren Staatsgewalt und Kirchengewalt gewissermaßen aus unterschiedlichen Quellen fließen. Immerhin liegt hierin ein Ansatz für eine Verselbständigung der Kirchen gegenüber dem Staat, die freilich erst im 19. Jahrhundert mit der Unterscheidung von inneren und äußeren Kirchenangelegenheiten (*jura in sacra* und *jura circa sacra*) bzw. staatlicher Kirchenhoheit und Kirchenregiment Bedeutung erlangt hat.

25 Sowohl Territorialismus als auch Kollegialismus sind Begründungsvarianten des landesherrlichen Kirchenregiments aus der Zeit der Aufklärung und von Theoretikern, die der Aufklärung zugerechnet werden. Das gilt nicht nur für das kollegialistische Verständnis der Kirche als Religionsgesellschaft, das in der Terminologie des All-

²⁶ *Johannes Althusius*, *Politica Methodice Digesta*, 3. Aufl. 1614, insbes. im 28. Kap., s. dazu *Heinrich de Wall*, *Pactum religiosum und kirchliche Verwaltung in der Politica des Althusius*, in: *Recht, Konfession und Verfassung im 17. Jahrhundert*, hg. von Robert v. Friedeburg / Mathias Schmoeckel, 2015, S. 53 ff.

²⁷ *Klaus Schlaich*, *Kollegialtheorie. Kirche, Recht und Staat in der Aufklärung*, 1969; *ders.*, *Der rationale Territorialismus*, in: ZRG 85 KA 54 (1968), S. 269 ff.; *Martin Heckel*, *Staat und Kirche* (o. Fn. 24), 1968; *Christoph Link*, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit* (o. Fn. 20), S. 292 ff.

gemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten Niederschlag gefunden hat, sondern das gilt gerade auch für die etatistische, territorialistische Begründung, die auch in den Einzelheiten eine denkbar umfangreiche Ingerenz der staatlichen Obrigkeit in kirchliche Angelegenheiten kennt und rechtfertigt. Es mag heutigem Denken als widersprüchlich erscheinen, dass mit *Samuel v. Pufendorf*, *Christian Thomasius* oder *Justus Henning Böhm* Rechtsdenker der Frühaufklärung, die für Toleranz und Säkularisierung der Staatszwecke steht, Grundlagen der Theorie für ein klassisches Staatskirchentum entwickelt haben. Hintergrund dafür ist aber nicht etwa der Versuch einer religiösen Überhöhung des Staates, sondern die Sorge um Frieden und religiöse Toleranz im Staat, die man eher durch theologische Streitbarkeit gefährdet sah, als durch Eingriffe des Staates. Toleranz, Säkularität und Staatskirchentum vertragen sich in protestantischen Lehren des 18. Jahrhunderts durchaus.²⁸ Und auch die politische Praxis des „aufgeklärten Absolutismus“ war weit entfernt davon, den evangelischen Kirchen Autonomie einzuräumen.

3. Staat und Kirche im 19. Jahrhundert

a) Umbrüche und Kontinuitäten

Die politischen Umbrüche zu Beginn des 19. Jahrhunderts haben auch das Staat-Kirche-Verhältnis in Deutschland grundlegend umgestaltet.²⁹ Davon war freilich die evangelische Kirche viel geringer unmittelbar betroffen als die katholische, die mit der Säkularisation der geistlichen Fürstentümer ihre unmittelbare Repräsentanz auf der politischen Bühne ebenso verlor wie durch die Säkularisation von Kirchengut große Teile ihres Vermögens. Auch wenn demgegenüber die grundsätzliche Stellung der evangelischen Kirche unter dem fortbestehenden landesherrlichen Kirchenregiment nicht angetastet wurde, haben doch der Fortfall einer großen Zahl ehemals selbständiger Territorien und ihre Einverleibung in die nunmehr souveränen Mitgliedstaaten des Deutschen Bundes eine Neuorganisation auch

26

²⁸ Dazu *Christoph Link*, Souveränität – Toleranz – evangelische Freiheit. Staatsrechtliche und theologische Aspekte in der „territorialistischen“ Begründung staatlicher Kirchenhoheit, in: ZRG 117 KA 86 (2000), S. 414 ff.; *Heinrich de Wall*, Spannungen und Paradoxien im rationalen Territorialismus, in: ZRG 123 KA 92 (2006), S. 554 ff.

²⁹ Dazu im Überblick *Link*, Rechtsgeschichte (o. Fn. 17), S. 150 ff.; *ders.*, Staat und Kirche in der neueren deutschen Geschichte, 2000, S. 49 ff.

des evangelischen Kirchenwesens erforderlich gemacht. Zudem sind die indirekten und längerfristigen Folgen dieser Entwicklung ebenso wenig zu unterschätzen wie die der abnehmenden konfessionellen Homogenität der Staaten: Durch die territoriale Neuordnung sind eben zunehmend fremdkonfessionelle Gegenden in die vergrößerten Gebiete der neuen Staaten gelangt, Bayern mit seinen protestantischen fränkischen Landesteilen ist dafür nur ein markantes Beispiel. Diese Entwicklungen haben die Bedeutung religiöser Gleichheit und Freiheit, die Säkularität des Staates und auch eine grundlegende Neubestimmung des Verhältnisses von Staat und Kirche begünstigt: Die Kirchen traten nunmehr als Religionsgesellschaften dem Staat gegenüber, nicht mehr wurden religiöse Aspekte auf der politischen Bühne durch die Territorialherren, weltliche oder geistliche Fürsten, mediatisiert.³⁰ Auch die zunehmende konfessionelle Pluralität – es gab nun eben mehrere grundsätzlich gleichberechtigte Kirchen im Staat – führte langfristig dazu, dass Staat und Kirche auseinander und einander gegenüber treten.

- 27 Mit der neuen Bedeutung von Säkularität, Bürgerrechten und Religionsfreiheit und dem Verständnis der Kirchen als Religionsgemeinschaften sind Tendenzen begünstigt worden, für die in der evangelischen Staats- und Rechtslehre an sich Ansätze und theoretische Grundlegungen entwickelt worden waren. Sie hätten eine grundlegende Neuorientierung auch im Verhältnis von Staat und Kirche nahegelegt. Allerdings blieb die Forderung nach einer Trennung von Staat und Kirche durch *Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher*³¹ vereinzelt. Sie ist bei ihm in eine theologische Lehre des Staates eingebettet, die diesen als eine Sphäre des sittlichen Lebens neben anderen – wie Kirche und Religion oder Wissenschaft und Schule – versteht. Überwiegend blieb die protestantische Lehre des 19. Jahrhunderts monarchisch konservativ und, was das Verhältnis von Staat und

³⁰ *Martin Heckel*, Von der „Religionspartei“ zur „Religionsgesellschaft“, in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. VI, 2013, S. 263 ff.

³¹ *S. Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher*, *Der Christliche Glaube nach den Grundsätzen der evangelischen Kirche im Zusammenhange dargestellt* (Glaubenslehre), 1821/22, Kritische Gesamtausgabe, hg. von Hermann Fischer u. a., Abteilung I, Bd. 7/1–2, hg. von Hermann Peiter, 1980, § 105; zu *Schleiermachers* Verhältnisbestimmung von Staat und Kirche *Martin Daur*, *Die eine Kirche und das zweifache Recht*, 1970, S. 147 ff.; *Christoph Link*, *Die Grundlagen der Kirchenverfassung im lutherischen Konfessionalismus des 19. Jahrhunderts*, insbesondere bei Theodosius Harnack, 1966, S. 52 ff.; *v. Scheliha*, *Protestantische Ethik* (o. Fn. 20), S. 101 ff.; *Leonhardt*, *Religion und Politik* (o. Fn. 16), S. 249 ff.; *Miriam Rose*, *Schleiermachers Staatslehre*, 2011.

Kirche angeht, am fortbestehenden landesherrlichen Kirchenregiment orientiert.³² Dabei hat die evangelische Lehre häufig eine deutlich antiaufklärerische Tendenz. Dies dürfte wiederum als „Reaktion auf die religionsfeindlichen Tendenzen der Aufklärung und der französischen Revolution“ zu verstehen sein.³³

Das landesherrliche Kirchenregiment blieb im 19. Jahrhundert nicht nur bestehen, vielmehr erlebt die Verstaatlichung der evangelischen Kirchen zu Beginn des 19. Jahrhunderts ihren Höhepunkt. So wurden in Preußen die Konsistorien zunächst sogar in das staatliche Innenministerium integriert, bevor später dann immerhin ein eigenes Kultusministerium errichtet wurde.³⁴ Auch tiefreichende Eingriffe in den kirchlichen Innenbereich seitens der Monarchen sind im 19. Jahrhundert zu verzeichnen. Als Beispiel kann wiederum Preußen dienen, wo *Friedrich Wilhelm III.* eine Zusammenführung der getrennten evangelischen Konfessionen in der Union von 1817 sowie einen Versuch unternahm, eine durch ihn selbst entwickelte neue Agenda einzuführen. Beides hat freilich erheblichen Widerstand hervorgerufen. Dies ist gleichzeitig ein Beispiel dafür, dass das Bewusstsein und das Streben nach kirchlicher Eigenständigkeit auch unter dem Dach des landesherrlichen Kirchenregiments bestand. Andere Beispiele sind die Auseinandersetzung um die Kirchenverfassung im Rheinland und in Westfalen, wo der Versuch, den dort vorhandenen, ehemals *selbständigen*, presbyterial-synodal organisierten Kirchen eine konsistoriale Verfassung nach preußischem Vorbild überzustülpen, keinen Erfolg hatte und als Kompromiss eine Mischverfassung mit synodalen und konsistorialen Elementen eingeführt wurde. Dieser ist auch in anderen Staaten für die weitere Entwicklung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zum Modell geworden.³⁵ Auch Übergriffe einer fremdkonfessionellen Obrigkeit (Kniebeugestreit in Bayern)³⁶ haben ein Streben nach Eigenständigkeit der

28

³² S. v. *Scheliha*, ebd., S. 98 ff.; *Heckel*, Das Verhältnis (o. Fn. 18), S. 178.

³³ *Heckel*, ebd., S. 178.

³⁴ Dazu zusammenfassend *Heinrich de Wall*, Die Verselbständigung der evangelischen Konsistorien in Preußen und Bayern im 19. Jahrhundert als Schritt zu kirchlicher Unabhängigkeit, in: Staat und Kirchen in Westeuropa in verwaltungshistorischer Perspektive, hg. von Joos C. N. Raadschelders, Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte, hg. von Erk Volkmar Heyen, Bd. 14 (2002), S. 151 (154 ff.).

³⁵ *Georg Ris*, Der Kirchliche Konstitutionalismus, 1988; *Link*, Kirchliche Rechtsgeschichte (o. Fn. 17), S. 164 ff.

³⁶ Dazu *Ernst Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 2, 3. Aufl. 1988, S. 437.

evangelischen Kirchen gefördert. Gleichwohl blieb, wie erwähnt, die Theorie konservativ und die Forderung nach einer Trennung von Staat und Kirche vereinzelt.

b) Positionen – das Bündnis von Thron und Altar

29 Man würde aber stark vereinfachen, wenn man für das evangelische Verständnis des Verhältnisses von Staat und Kirche³⁷ lediglich die Alternativen „Staatskirche“ und „Trennung von Staat und Kirche“ gegenüber stellt und alle Lehre an dieser Alternative misst.³⁸ Auch dezidierte Vertreter eines „christlichen Staates“ können keinesfalls auf die Seite der Vertreter eines uneingeschränkten Staatskirchentums gestellt werden. So tritt etwa *Friedrich Julius Stahl*, Rechtsphilosoph, Mitglied des preußischen Herrenhauses und später des evangelischen Oberkirchenrats, trotz seiner tiefgründenden Lehre vom „christlichen Staat“ durchaus nicht für eine institutionelle Verbindung von Staat und Kirche ein, sondern sieht die Leitung der Kirche als deren eigene Aufgabe, nicht als die des Staates.³⁹ Gleichwohl wird man seine Lehre aus heutiger Sicht kaum als eine Theorie der Trennung von Staat und Kirche bezeichnen können.

30 *Stahl* ist auch ein Beispiel dafür, dass in der evangelischen Staatslehre des 19. Jahrhunderts Theologie und Rechtslehre z.T. eng verwoben waren bzw. dass Staat und Recht religiöse Funktion und Legitimation zugewiesen wurden. Dabei treffen sich diese Tendenzen vielfach mit organologischen Vorstellungen, die den Staat nicht als zweckrationale Vereinigung von Individuen, sondern als vorgegebene, organische Größe verstehen. Hinzu treten idealistische, in der Hegelschen Tradition stehende Ansätze – wie etwa bei *Richard Rothe*, der die Einheit von Staat und Kirche gleichsam auf die idealistische Spitze treibt, indem die Kirche bei ihm lediglich eine transitorische Gemeinschaft ist, die in einer vom Christentum geprägten staatlichen

³⁷ Einen Überblick über protestantische politische Lehren des 19. Jahrhunderts bei *v. Scheliha*, *Protestantische Ethik* (o. Fn. 20), S. 98 ff.

³⁸ Zum Zusammenhang von *Schleiermachers* Forderung nach einer Trennung von Staat und Kirche mit seinem spezifischen Kirchenverständnis s. *Christoph Link*, *Die Grundlagen der Kirchenverfassung* (o. Fn. 31), S. 52 ff.; *Martin Daur*, *Die eine Kirche* (o. Fn. 31), S. 149 ff.

³⁹ *Christoph Link*, *Friedrich Julius Stahl*, in: *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, hg. von Helmut Heinrichs u. a., 1993, S. 79; *Leonhardt*, *Religion und Politik* (o. Fn. 16), S. 263 ff.

Gemeinschaft aufgehen soll.⁴⁰ *Rothe* ist im übrigen Repräsentant eines theologischen Liberalismus, der für bürgerliche Mitwirkung in einem Verfassungsstaat warb, ohne dabei, und damit typisch für den gemäßigten Liberalismus des 19. Jahrhunderts, die „constitutionelle“ Monarchie durch eine republikanische Staatsform ersetzen zu wollen.

Der konservative, am landesherrlichen Kirchenregiment orientierte Grundzug der protestantischen Lehre kommt unter anderem darin zum Ausdruck, dass in den Diskussionen um die Vorschriften über das Staat-Kirche-Verhältnis in der Frankfurter Nationalversammlung in der Paulskirche 1848 Protestanten nicht zu den Wortführern gehörten. Die Paulskirchenverfassung von 1848 enthielt mit ihrem § 147 Abs. 1, der das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften statuierte, ebenso wie mit Abs. 2, der Absage an eine Staatskirche, zukunftsweisende Regelungen zum Verhältnis von Staat und Kirche, die auch das derzeit geltende Staatskirchenrecht mitgeprägt haben. Ungeachtet des Scheiterns der Paulskirchenverfassung ist das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften in Art. 15 der revidierten Verfassung Preußens von 1850 aufgenommen worden.

Die Verfassungsrealität der evangelischen Kirchen unter dem fortbestehenden landesherrlichen Kirchenregiment entsprach diesen Regelungen aber nicht. Trotz der zunehmenden Verselbständigung der Kirchen durch die Bildung von Synoden und die Herauslösung der Konsistorien aus der staatlichen Verwaltung und ihre Konstituierung als eigenständige Kirchenbehörden standen sie nach wie vor unter landesherrlichem Regiment sowie unter der staatlichen Kirchenaufsicht, wobei die staatlichen Kirchenhoheitsrechte erhebliche Einwirkungen in den, nach heutigem Verständnis, inneren Bereich ermöglichten. Treffend hat *Martin Heckel* dazu formuliert, dass die „staatskirchenrechtlichen Garantien für die evangelische Kirche weithin nur ein Theorem“ blieben.⁴¹

In den Regelungen der preußischen revidierten Verfassung, die vor die Gewährleistung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts in Artikel 15 den berühmten Artikel 14 setzt, wonach „bei denjenigen Einrichtungen des Staats, welche mit der Religionsübung im Zusammenhang stehen, die christliche Religion zum Grunde gelegt wird“,

⁴⁰ *Richard Rothe*, Theologische Ethik, Bd. 2, 2. Aufl. 1869, S. 411; zu *Rothe* siehe v. *Scheliha*, Protestantische Ethik (o. Fn. 20), S. 141.

⁴¹ *Martin Heckel*, Die Neubestimmung des Verhältnisses von Staat und Kirche im 19. Jahrhundert, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. III, 1997, S. 441 ff. (452 f.).

kommt die Ambivalenz des Staat-Kirche-Verhältnisses der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts plastisch zum Ausdruck: Einerseits die (langsame) Abkehr vom Staatskirchentum und von konfessioneller Einseitigkeit sowie die Anerkennung der Selbstbestimmung der Religionsgemeinschaften, andererseits aber die innere Verbindung von Staat und Religion, das „Bündnis von Thron und Altar“, wie es im wilhelminischen Deutschland propagandistisch überhöht wurde.

34 In der Zeit der Restauration nach dem Scheitern der Paulskirche bis zur grundlegenden Umwälzung nach dem Ersten Weltkrieg ist auch die evangelische Lehre wiederum von der Orientierung am Staat in seiner monarchischen Verfasstheit und seiner Hoheit über die Kirchen geprägt. Dass auch die drängenden sozialen Fragen der Zeit theologisch reflektiert wurden, steht dem nicht entgegen.⁴² Auch fallen in diese Zeit wichtige Schritte der Konstitutionalisierung der evangelischen Kirchen, die auch Elemente ihrer Verselbständigung waren⁴³. Dennoch ist es bezeichnend für den protestantischen Etatismus, dass gerade protestantische Staatskirchenrechtler an der Ausarbeitung und Durchführung der Maßnahmen des Staates gegen die katholische Kirche im Kulturkampf an maßgeblicher Stelle beteiligt waren.⁴⁴ Insofern sah man die evangelischen Kirchen nicht etwa als Mitbetroffene einer Beschneidung kirchlicher Autonomie und kirchlicher Rechte.

35 Die enge Verbindung von evangelischer Kirche und Staat wurde von manchen in eigentümlicher Weise gerade als Konsequenz des Gegensatzes von Geistlichem und Weltlichem herausgearbeitet.⁴⁵ Gerade weil die Kirche als geistliche Größe zum weltlichen Recht in

⁴² Zum „Sozialprotestantismus“ und zum 1890 gegründeten „Evangelisch-Sozialen Kongress“ s. v. *Scheliha*, *Protestantische Ethik* (o. Fn. 20), S. 144 ff.

⁴³ S. dazu *Link*, *Rechtsgeschichte* (o. Fn. 17), S. 167 ff.; *de Wall*, *Verselbständigung* (o. Fn. 34).

⁴⁴ S. dazu *Stefan Ruppert*, *Kirchenrecht und Kulturkampf*, 2002.

⁴⁵ *Karl Rieker*, *Die rechtliche Stellung der evangelischen Kirche Deutschlands in ihrer geschichtlichen Entwicklung bis zur Gegenwart*, 1893, S. 480 ff.; s. auch a. a. O., S. 474: „[...] je mehr sich die Kirche vom Staat losmacht, je mehr sie sich organisiert in äußeren Rechtsformen, umso mehr verweltlicht sie und wird dem Staate ähnlich.“ Dazu s. *Heinrich de Wall / Michael Germann*, *Kirchenrecht und Staatskirchenrecht in Erlangen 1889–1986*, in: *Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link*, hg. von Heinrich de Wall / Michael Germann, 2003, S. 19 ff. (24); siehe auch *Daur*, *Die eine Kirche* (o. Fn. 31), S. 159.

Widerspruch steht, sollte ihre institutionelle Verfassung als rechtliche Organisation Sache des Staates sein.⁴⁶

Man kann damit die evangelische Haltung zum Staat am Ende des 19. Jahrhunderts und bis zum Ersten Weltkrieg als eine überwiegend konservativ monarchische beschreiben, die an der Verbindung der evangelischen Kirche mit dem Staat bzw. vor allem mit der Krone festhielt. Sie hat das sprichwörtliche Bündnis von Thron und Altar mitgetragen und nicht in Frage gestellt. Das schloss eine maßvolle Verselbständigung der Kirche gegenüber den staatlichen Institutionen, namentlich den Ministerien, nicht aus. Insofern kann man von einer gewissen Emanzipation der Kirche vom Staat unter dem fortbestehenden landesherrlichen Kirchenregiment sprechen. Im Monarchen hatten aber beide, Kirche und Staat, ein gemeinsames Oberhaupt.

36

4. Das 20. Jahrhundert⁴⁷

a) Weimarer Republik

Der Ausbruch des Ersten Weltkriegs wurde – neben skeptischen Stimmen – auch von evangelischer Seite gefeiert und dabei zum Teil als nicht nur nationale, sondern sogar religiöse Erhebung überhöht.⁴⁸ Umso grundlegender traf die Kriegsniederlage und das damit einhergehende Ende der Monarchie in Deutschland die evangelische Kirche. In evangelischen Kreisen wurde beides als tiefe Verwundung empfunden. Dabei markierte das Ende der Monarchie auch das Ende

37

⁴⁶ So etwa bei *Rudolf Sohm*, Das Verhältnis von Staat und Kirche, aus dem Begriff von Staat und Kirche entwickelt, 1873, S. 43; siehe *v. Scheliha*, Protestantische Ethik (o. Fn. 20), S. 132.

⁴⁷ Zusammenfassend zur Haltung der ev. Theologie zum Staat im 20. Jh. *Martin Honecker*, Staat / Staatsphilosophie, IV. Kirchengeschichte, in: TRE, Bd. 32, 2001, S. 22 (36 ff.) m. N.; *v. Scheliha*, Protestantische Ethik (o. Fn. 20), S. 154 ff.; *Leonhardt*, Religion und Politik (o. Fn. 16), S. 326 ff.; *Reiner Anselm*, Politische Ethik, in: Handbuch der Evangelischen Ethik, hg. von Wolfgang Huber / Thorsten Meireis / Hans-Richard Reuter, 2015, S. 195 (211 ff.).

⁴⁸ *v. Scheliha*, ebd., S. 152 f.; *Günter Brakelmann*, Protestantische Kriegstheologie im Ersten Weltkrieg, 1974. *Gerhard Besier*, Die protestantischen Kirchen Europas im Ersten Weltkrieg, 1984; *Uwe Rieske-Braun*, Zwei-Bereiche-Lehre und christlicher Staat, 1993.

des landesherrlichen Kirchenregiments. Dies machte auch eine Neuordnung der evangelischen Kirchen erforderlich.⁴⁹

38 Die Weimarer Reichsverfassung mit ihren Grundsätzen des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften und des Endes der Staatskirche schuf dabei eine völlig neue Ausgangsbasis, die die Möglichkeit einer Konstituierung der Kirche nach eigenen, vom Staat unabhängigen Grundsätzen ermöglichte. Der sog. „Weimarer Kompromiss“, einerseits Trennung von Staat und Kirche und Selbstbestimmung sowie Gleichheit der Religionsgemeinschaften, zum anderen Beibehaltung eines besonderen Status der Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts, des konfessionellen Religionsunterrichts etc., wurde in der Weimarer Nationalversammlung neben den Katholiken *Konrad Beyerle*, *Joseph Mausbach* und *Ludwig Kaas* maßgeblich auch durch den protestantischen Kirchenrechtslehrer *Wilhelm Kahl* und den evangelischen Pfarrer *Friedrich Naumann* mit entwickelt.⁵⁰

39 Trotz der Chancen, die dieser „Weimarer Kompromiss“ für eine selbstbestimmte Kirche bot, war die Haltung vieler Protestanten zur Weimarer Republik zunächst vor allem von Skepsis geprägt.⁵¹ Dies ist nicht nur dadurch erklärbar, dass die monarchisch-konservative Einstellung vielfach auch das Kriegsende überdauerte. Darüber hinaus spielen auch kirchenfeindliche Maßnahmen der revolutionären Regierungen im Übergang und dann in der Frühzeit der Weimarer

⁴⁹ Dazu *Link*, Rechtsgeschichte (o. Fn. 17), S. 205 ff.

⁵⁰ Zur Entstehung der Weimarer Kirchenartikel *Karl Israel*, Geschichte des Reichskirchenrechts, 1922; *Ludwig Richter*, Kirche und Schule in den Beratungen der Weimarer Nationalversammlung, 1996; *Hans Michael Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003, S. 94 ff.; *Folkart Wittekind*, Welche Religionsgemeinschaften sollen Körperschaften des Öffentlichen Rechts sein. Die Entstehung des modernen Staatskirchenrechts in den Verhandlungen der Weimarer Reichsverfassung, in: Auf dem Weg zum Grundgesetz. Beiträge zum Verfassungsverständnis des neuzeitlichen Protestantismus, hg. von Günter Brakelmann/Norbert Friedrich/Traugott Jähnichen, 1999, S. 77 ff. Zu *Kahl* s. insbes. *Peter Landau*, Die Entstehung des neueren Staatskirchenrechts in der deutschen Rechtswissenschaft der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, 1993, in: ders., Grundlagen und Geschichte des evangelischen Kirchenrechts und des Staatskirchenrechts, 2010, S. 382 (409 ff.).

⁵¹ S. zur Haltung der evangelischen Theologie, *Friedrich Wilhelm Graf*, Der heilige Zeitgeist, 2008; *v. Scheliha*, Protestantische Ethik (o. Fn. 20), S. 154 ff.; *Leonhardt*, Religion und Politik (o. Fn. 16), S. 326 ff.; *Klaus Tanner*, Die fromme Verstaatlichung des Gewissens, 1989; s. zum Protestantismus in der Weimarer Republik allgemein *Kurt Nowak*, Evangelische Kirche und Weimarer Republik, 2. Aufl. 1988.

Republik eine Rolle. Zu nennen sind hier beispielsweise der Versuch, die Kontrolle über die Kirchen zu gewinnen, wie er etwa in Preußen stattfand, und die Auseinandersetzungen um die konfessionelle Ausrichtung der Schulen.⁵²

Die in ihrem Selbstverständnis durch den Fortfall des landesherrlichen Kirchenregiments und das damit zusammenhängende Erfordernis der Neuorganisation verunsicherte und herausgeforderte evangelische Kirche fand sich in ihrer Identitätsbildung in einem Gegensatz zum Staat, den man als „religionslosen Staat“ empfand,⁵³ unter anderem weil die Weimarer Reichsverfassung die dezidiert christlichen Bezüge vorheriger Verfassungen nicht übernahm und die Verbindung von Staat und Kirche beendete. Dieser „religionslose“ Charakter des Staates wurde nun eng mit der Sozialdemokratie in Verbindung gebracht. Die in der Bundesrepublik seit den siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts vielfach konstatierte Nähe kirchlicher protestantischer Kreise zur Sozialdemokratie war in Weimar keineswegs aktuell. Das parteipolitische Engagement prominenter Protestanten in der Weimarer Zeit konzentrierte sich demgemäß nicht auf die Sozialdemokratie, auch das Zentrum als dezidiert katholische Partei kam dafür natürlich nicht in Betracht. Vielmehr finden sich prominente protestantische Theologen in der deutschnationalen, republikfeindlichen DNVP, aber auch in den liberalen und liberal konservativen Parteien DDP und DVP, in denen beispielsweise die Theologen *Ernst Troeltsch*, *Friedrich Naumann*, *Martin Rade* und *Otto Baumgarten* oder der Kirchenrechtler *Wilhelm Kahl* organisiert waren.⁵⁴

Das politische Engagement in der DDP zeigt aber auch, dass nicht der gesamte Protestantismus von einer Gegnerschaft zur Republik oder einer Republiksepsis geprägt war, sondern dass daneben auch Beispiele für politisches Engagement im Sinne der Weimarer Republik zu finden sind. Neben Republikseptiker traten Vernunftrepublikaner, zu denen etwa *Ernst Troeltsch*, aber auch *Rudolf Smend*

⁵² *Link*, Rechtsgeschichte (o. Fn. 17), S. 196 ff.

⁵³ *Nowak*, Evangelische Kirche (o. Fn. 51), S. 72 ff.; *Helmut Geck*, Zwischen Distanz und Loyalität – Der deutsche Protestantismus und die Weimarer Republik, in: *Auf dem Weg zum Grundgesetz* (o. Fn. 50), S. 140 ff.

⁵⁴ *S. Graf*, *Zeitgeist* (o. Fn. 51), S. 8; *v. Scheliha*, *Protestantische Ethik* (o. Fn. 20), S. 152, 157.

gezählt wurden.⁵⁵ Aber auch Vertreter eines religiösen Sozialismus waren unter protestantischen Theologen zu finden.⁵⁶

42 In der Mitte der zwanziger Jahre wurden auch Stimmen vernehmbar, die die neue Verhältnisbestimmung von Staat und Kirche in der Weimarer Reichsverfassung positiv bewerteten. Zu nennen ist insbesondere die Schrift „Das Jahrhundert der Kirche“ von *Otto Dibelius* aus dem Jahr 1927.⁵⁷ Sie zeigte eine gewisse Abkehr von republik-skeptischen Tendenzen hin zur Loyalität gegenüber der Weimarer Republik. Ein weiteres äußeres Zeichen für die Entspannung des Verhältnisses sind auch die seit der Mitte der zwanziger Jahre abgeschlossenen Verträge zwischen Staat und evangelischer Kirche in Baden, Bayern und Preußen.⁵⁸

43 Die evangelischen Vertreter der Wissenschaft vom Staatskirchenrecht haben die Weimarer Regelungen kommentiert und ausgelegt, ohne dass eine besondere Gegnerschaft dazu erkennbar wäre.⁵⁹ Das ist nicht nur dadurch zu erklären, dass sie im Falle *Wilhelm Kahls* an der Erarbeitung der Regelungen selbst beteiligt waren. Es entspricht vielmehr dem Selbstverständnis der Rechtswissenschaft, die es als ihre Aufgabe versteht, einen vorgegebenen Normenbestand auszulegen. Eine gewisse konservative und an vorkonstitutionellen Zuständen festhaltende Tendenz wird allerdings darin deutlich, dass die historische Kontinuität der Vorschriften der Weimarer Verfassung betont wurde, insbesondere derjenigen, die eine Sonderstellung der Kirchen bzw. Religionsgemeinschaften konservierten. Zudem wurde, in einer gewissen Spannung zum der Weimarer Reichsverfassung zugrundeliegenden Grundsatz der Trennung von Staat und Kirche und zum Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften, die staatliche Kirchenhoheit betont und an einer besonderen staatlichen Aufsicht über diejenigen Religionsgemeinschaften festgehalten, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind (sogenannte Korre-

⁵⁵ *v. Scheliha*, ebd., S. 155 ff.; *Rudolf Smend*, *Protestantismus und Demokratie* (1932), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3. Aufl. 1994, S. 297 ff.

⁵⁶ Zu *Paul Tillich* und anderen *v. Scheliha*, *Protestantische Ethik* (o. Fn. 20), S. 160 ff.

⁵⁷ *Otto Dibelius*, *Das Jahrhundert der Kirche*, 1927; s. dazu *Geck*, *Zwischen Distanz und Loyalität* (o. Fn. 53), S. 146 f.

⁵⁸ S. zum preußischen Kirchenvertrag in diesem Zusammenhang *Nowak*, *Evangelische Kirche* (o. Fn. 51), S. 179 ff.

⁵⁹ *Sandra Könemann*, *Das Staatskirchenrecht in der wissenschaftlichen Diskussion der Weimarer Zeit*, 2011.

latenttheorie).⁶⁰ So zeigt sich auch in der Auslegung der Weimarer Reichsverfassung noch eine gewisse evangelische Anhänglichkeit an das vorausgehende Staatskirchentum.

Für das Selbstverständnis der Kirche war der Fortfall ihres Charakters als Staatskirche und des Bündnisses von Thron und Altar von einschneidender Bedeutung. Daher stellten sich auch die Fragen nach einem Ersatz für die besondere Legitimation der Kirche und ihre Verankerung in der staatlichen Gemeinschaft. Von daher ist es erklärbar, dass nunmehr der bereits bei *Schleiermacher* geprägte Begriff der Volkskirchlichkeit aufgegriffen wurde und neue Bedeutung erlangte. Insofern ist das Konzept der Volkskirche eine Verlängerung des christlichen Staates in die Weimarer Zeit.⁶¹ Im Zusammenhang solcher Lehren ist aber auch der Begriff des Volkes zu einem wesentlichen Element der Kirchlichkeit geworden. Man hat die Haltung der Kirche als Position „zwischen Staatsloyalität und Dienst am Volkstum“ bezeichnet.⁶²

Die Orientierung am Begriff des Volkes wird in einer Richtung der evangelischen Theologie bedeutend, aus der am Ende der Weimarer Zeit besonders dezidierte Skeptiker der Weimarer Republik erwachsen. Es ist dies die Theologie der sogenannten „Schöpfungsordnungen“, die eben auch das Volk als Ordnung der Schöpfung gesehen und ihm damit eine theologische Legitimation verliehen hat.⁶³ Damit wurden, ohne dass dies den Anhängern dieser Theologie als Absicht unterstellt werden kann, jedenfalls Grundlagen und Anknüpfungspunkte für das Einfließen völkischer Vorstellungen im Sinne des Nationalsozialismus in die Theologie geschaffen. Als Vertreter dieser Richtung sind *Paul Althaus*, *Friedrich Gogarten* und *Emanuel Hirsch*

⁶⁰ Diese Auffassung ist bezeichnenderweise nicht von evangelischer Seite, sondern zuerst von katholischer Seite in Frage gestellt worden, *Josef Schmitt*, Kirchliche Selbstverwaltung im Rahmen der Reichsverfassung, Veröffentlichungen der Sektion für Rechts- und Sozialwissenschaft der Görres-Gesellschaft, 1926, S. 120 f. und dort beigelegt *Josef Mausbach*, Über die öffentliche Rechtsstellung der Kirche im Deutschen Reich, S. 133 (143 ff.); *Godehard Josef Ebers*, Staat und Kirche im neuen Deutschland, 1930, S. 299 ff. mit ausführlicher Darstellung des zeitgenössischen Meinungsstandes.

⁶¹ *Nowak*, Evangelische Kirche (o. Fn. 51), S. 14.

⁶² *Geck*, Zwischen Distanz und Loyalität (o. Fn. 53), S. 149.

⁶³ *Nowak*, Evangelische Kirche (o. Fn. 51), S. 227 ff.; v. *Scheliha*, Protestantische Ethik (o. Fn. 20), S. 167 ff.

zu nennen. Im sogenannten „Ansbacher Ratschlag“ vom 11.6.1934⁶⁴ haben *Paul Althaus* und *Werner Elert* den Brückenschlag zum nationalsozialistischen Staat gesucht, freilich noch in der Frühzeit der nationalsozialistischen Herrschaft vor deren unsäglichen Verbrechen.

*b) Nationalsozialismus und Kirchenkampf*⁶⁵

46 Die Zeit des Nationalsozialismus hat das evangelische Verständnis des Verhältnisses von Staat und Kirche grundlegend geprägt, aber im Ergebnis – natürlich – nicht durch nachhaltige eigene Einflüsse, sondern als Frage und Mahnung an die überkommene Staats- und Obrigkeitsfixierung. Für den Protestantismus in Deutschland neu war die Erfahrung, mit einer weltanschaulichen Diktatur konfrontiert zu sein, die eine quasi religiös verbrämte Führerverehrung mit einer den Grundlagen des Christentums zutiefst widersprechenden Ideologie verband.

47 Trotz der an sich nicht verhüllten, antichristlichen Grundlinie des Nationalsozialismus ist die Machtergreifung 1933 in weiten Teilen des Protestantismus positiv aufgenommen worden, nicht nur durch einzelne Gläubige, sondern auch durch die Amtskirche⁶⁶. Dafür hat nicht nur die Redeweise vom „positiven Christentum“ im Parteipro-

⁶⁴ Dazu *Axel Töllner*, Eine Frage der Rasse? Die Evangelisch-Lutherische Kirche in Bayern, der Arierparagraf und die bayerischen Pfarrfamilien mit jüdischen Vorfahren im „Dritten Reich“, 2007, S. 102 ff.

⁶⁵ Die Literatur zur Geschichte der Evangelischen Kirchen im Nationalsozialismus und zum Verhältnis des Protestantismus zum NS-Staat ist äußerst umfangreich. S. insofern nur *Klaus Scholder*, Die Kirche und das Dritte Reich, 2 Bde., 1977, 1985; *Gerhard Besier*, Die Kirchen und das Dritte Reich, 2001; *Kurt Meier*, Der evangelische Kirchenkampf, 3 Bde., 1976–1984; *ders.*, Kreuz und Hakenkreuz, 1992; *Christoph Strohm*, Die Kirchen im Dritten Reich, 2011, *Joachim Mehlhausen*, Nationalsozialismus und Kirchen, in: TRE, Bd. 24, 1994, S. 43 ff.; *Carsten Nicolaisen / Friedrich Wilhelm Graf*, Nationalsozialismus, in: RGG⁴, Bd. 6, 2003, Sp. 79–95; aus kirchenrechtshistorischer Sicht zusammenfassend *Link*, Rechtsgeschichte (o. Fn. 17), S. 224 ff.; *ders.*, Staat und Kirche (o. Fn. 29), S. 135 ff., jeweils m. w. N.; zur Wissenschaft des Staatskirchenrechts *Jörg Winter*, Die Wissenschaft vom Staatskirchenrecht im Dritten Reich, 1979; zur ev. Theologie v. *Scheliha*, Protestantische Ethik (o. Fn. 20), S. 175 ff.

⁶⁶ Ansprache des Preußischen Evangelischen Oberkirchenrats vom 11.4.1933, *Günther van Norden*, Der deutsche Protestantismus im Jahr der nationalsozialistischen Machtergreifung, 1979, S. 60 f.; *Günter Brakelmann*, Barmen V – ein Meilenstein auf dem Weg zu neuen Ethik des Politischen, in: Auf dem Weg zum Grundgesetz (o. Fn. 50), S. 154 ff. (163).

gramm der NSDAP eine Rolle gespielt. Vielmehr ist das Regime als Ablösung des als schwach empfundenen Staates der Weimarer Republik, als Beendigung der krisenhaften Jahre der Republik nach 1930 begrüßt worden. Auch die unter dem neuen Regime rasch bewerkstelligte Bildung der „Deutschen Evangelischen Kirche“ (DEK) als Schritt zur organisatorischen Einigung des deutschen Protestantismus hat dabei eine Rolle gespielt. Schon in den Ereignissen um die Bildung der DEK sind aber im Vorfeld der Wahl des Reichsbischofs die Spannungen zum Ausdruck gekommen, die zwischen der nationalsozialistischen Ideologie und dem Christentum auch evangelischer Prägung unüberbrückbar sind. Dass die nationalsozialistische „Kirchenpartei“ der „Deutschen Christen“ in den Synodalwahlen 1933 Mehrheiten erringen konnte und dass es ihr darüber und auf anderem Wege gelang, nationalsozialistisch geprägte Kirchenleitungen in den meisten Landeskirchen zu etablieren, steht für die Ideologiefähigkeit, mangelnde Widerstandskraft und Obrigkeitsfixierung weiter Teile des Protestantismus – die Auffassung, dass auch die nationalsozialistische Führung legitime Obrigkeit im Sinne von Röm 13, 1 sei, hat vielen die Augen vor den nationalsozialistischen Verbrechen verschlossen oder als Entschuldigung für das Wegsehen gedient.

Doch erhob sich Widerspruch auch aus dem Protestantismus und der evangelischen Pfarrerschaft. Durch offensichtliche theologische Verirrungen, durch die Übertragung von Führerprinzip und gar Arierparagraph in den Bereich der Kirche, sahen sich die Anhänger der sich gegen die nationalsozialistisch unterwanderten Kirchenleitungen bildenden Bekennenden Kirche veranlasst, theologische Grundeinsichten gegen das neue, nationalsozialistische Kirchenregiment zu formulieren. Der sogenannte „Kirchenkampf“ zwischen beiden Seiten blieb unentschieden⁶⁷. Mit der „Barmer Theologischen Erklärung“ (BTE) von 1934 und anderen Dokumenten hat aber die Bekennende Kirche Wegmarken für die Diskussion um das Wesen des Rechts in der Kirche ebenso wie um das Verhältnis zwischen Kirche und Staat mit nachhaltiger Wirkung auch für die Nachkriegszeit gesetzt. Deshalb wird sie hier hervorgehoben. Dagegen soll nicht behauptet werden, dass sie repräsentativ für die Haltung evangelischer Christen gegenüber dem „Dritten Reich“ gewesen ist – diese ist vielmehr von mangelndem Widerstand, von Anpassung, Wegschauen, Mitmachen, insgesamt also von Verstrickung und eigener Schuld geprägt.

48

⁶⁷ Zum Kirchenkampf s. die Nachweise o. in Fn. 65.

c) Die Barmer Theologische Erklärung

49 Die Barmer Theologische Erklärung, die im Protestantismus zum Teil mit den grundlegenden reformatorischen Bekenntnisschriften des 16. Jahrhunderts in Rang und Funktion gleichgesetzt wird, war kein umfassender Protest gegen das nationalsozialistische Regime, seine Politik und seine ideologischen Grundlagen. Vielmehr nimmt sie allein zu kirchlichen Fragen Stellung und wendet sich gegen Übergriffe der Politik in den kirchlichen Bereich. Dennoch sind namentlich ihre Thesen zwei und fünf grundlegende Explikationen des Verhältnisses von Staat bzw. Obrigkeit und Kirche.⁶⁸ Dabei werden zwei in der Diskussion häufig einander entgegengestellte Lehren des Protestantismus aufgenommen. Zum einen die Zwei-Reiche-Lehre, die die These fünf⁶⁹ prägt, zum anderen die Lehre von der Königsherrschaft Christi, die Grundlage der These zwei⁷⁰ ist. In der Synthese dieser bisweilen zu Unrecht als Gegensätze behandelten Theologumena wird im Grunde Gedankengut der Reformation neu zur Entfaltung gebracht, indem weltliche Obrigkeit und geistliches Regiment einerseits unterschieden und auf die jeweiligen Aufgaben beschränkt werden und damit namentlich das weltliche Regiment in seine Schranken gewiesen wird, andererseits aber verdeutlicht wird, dass dies nicht eine Freistellung des weltlichen Regiments von Gottes Gebot bedeutet.⁷¹

⁶⁸ Zur BTE *Martin Heimbucher* (Hg.), *Die Barmer Theologische Erklärung – Einführung und Dokumentation*, 7. Aufl. 2009; *Eberhard Busch*, *Die Barmer Thesen: 1934–2004*, 2004; *Brakelmann*, *Barmen V* (o. Fn. 66); *Martin Honecker*, *Die Barmer Theologische Erklärung und ihre Wirkungsgeschichte*, 1995; *Link*, *Rechtsgeschichte* (o. Fn. 17), S. 224 ff.; *v. Scheliha*, *Protestantische Ethik* (o. Fn. 20), S. 178 ff., dort S. 188 ff. auch zur Lehre *Dietrich Bonhoeffer*s, die als Weiterentwicklung der BTE gedeutet wird.

⁶⁹ „[...] Wir verwerfen die falsche Lehre, als solle und könne der Staat über seinen besonderen Auftrag hinaus die einzige und totale Ordnung menschlichen Lebens werden und also auch die Bestimmung der Kirche erfüllen. Wir verwerfen die falsche Lehre, als solle und könne sich die Kirche über ihren besonderen Auftrag hinaus staatliche Art, staatliche Aufgaben und staatliche Würde aneignen und damit selbst zu einem Organ des Staates werden.“

⁷⁰ „[...] Wir verwerfen die falsche Lehre, als gebe es Bereiche unseres Lebens, in denen wir nicht Jesus Christus, sondern anderen Herren zu eigen wären, Bereiche, in denen wir nicht der Rechtfertigung und Heiligung durch ihn bedürften.“

⁷¹ S. a. *Heckel*, *Das Verhältnis* (o. Fn. 18), S. 184 f.; *Axel v. Campenhausen*, *Wandel des Staatsverständnisses aus evangelischer Sicht*, in: ders., *Kirchenrecht und Kirchenpolitik*, 1996, S. 111 (120 ff.).

An der Barmer Theologischen Erklärung haben Theologen der großen protestantischen Konfessionen mitgewirkt – Reformierte, Unierte und Lutheraner. Sie wird allerdings häufig vor allem reformierter und unierter Theologie zugeschrieben. Das dürfte vor allem der großen Bedeutung *Karl Barths* für die Barmer Erklärung zuzuschreiben sein, der in weiteren Schriften das Verständnis des Protestantismus von Politik und Staat auch in der Nachkriegszeit nachhaltig geprägt hat. Mit seinem christologischen Ansatz, der die Bedeutung des göttlichen Gebotes auch für den Staat nach evangelischem Verständnis hervorhebt, ist er unter anderem als Überwinder der Theologie von den Schöpfungsordnungen bezeichnet worden.⁷²

50

d) Die Nachkriegszeit:

Aneignung von Demokratie und Menschenrechten

Karl Barth war es auch, der in seinen Schriften, namentlich in der vielbeachteten Nachkriegsschrift „Christengemeinde und Bürgergemeinde“ (1945), von einer Affinität des Christentums zur Demokratie sprach und diese Verwandtschaft theologisch zu begründen versuchte.⁷³ Erhebliches christliches Selbstbewusstsein spricht dabei daraus, dass er Christengemeinde und Bürgergemeinde als konzentrische Kreise darstellt: die engere Gemeinschaft der Christengemeinde und der weitere Kreis der Bürgergemeinde. Auch wenn über Einzelheiten des Barth'schen Konzeptes viel diskutiert worden ist, so markiert es doch eine grundlegende Tendenz des evangelischen Nachdenkens über den Staat seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges, die schließlich in eine weitgehende Identifizierung mit den Grundlagen des Verfassungsmodells der Bundesrepublik mündet: Demokratie, Menschenrechte, Rechts- und Sozialstaatlichkeit in einem pluralistischen Gesellschaftsmodell. Treffend hat man diesen Prozess als „die protestantische Aneignung des Grundgesetzes“⁷⁴ bezeichnet. Dass *Barth* mit seiner positiven Aufnahme der Demokratie auch in der unmittelbaren Nachkriegszeit nicht allein stand, zeigt das Beispiel *Martin Niemöller*, der auf der Kirchenkonferenz in Treysa im August 1945

51

⁷² *Heckel*, Das Verhältnis (o. Fn. 18), S. 181; zusammenfassend zur politischen Theologie *Barths v. Scheliha*, Protestantische Ethik (o. Fn. 20), S. 182 ff.

⁷³ *Karl Barth*, Christengemeinde und Bürgergemeinde, in: ders., Rechtfertigung und Recht. Christengemeinde und Bürgergemeinde. Evangelium und Gesetz, 1998, S. 47 (74).

⁷⁴ *v. Scheliha*, Protestantische Ethik (o. Fn. 20), S. 197.

konstatiert, dass „die Demokratie, wie sie in der abendländischen Welt seit dem Antritt des Christentums in die Geschichte gewachsen ist, nun einmal mehr mit dem Christentum zu tun [hat] als irgend eine autoritäre Form der Staatsführung“⁷⁵.

52 Auch in der evangelischen Theologie nach dem Zweiten Weltkrieg gab es gewisse Tendenzen zu einer Erneuerung der Vorstellung von einem christlichen Staat. Sie hatten aber angesichts der Realitäten der zunehmenden weltanschaulichen und religiösen Pluralisierung, die sich in den 70er Jahren erheblich verstärkte, letztlich keine realistische Durchsetzungschance. Die Tendenz zur Hinwendung zu Demokratie und Pluralismus entsprach den gesellschaftlichen Realitäten der sich etablierenden Bundesrepublik.⁷⁶

53 Dass die Kirchen vergleichsweise unbeschädigt über die Zeit des Nationalsozialismus hinaus bestehen blieben, dass sie dank ihrer ökumenischen Verbindungen und ihrer Bekenntnisse zur Schuld des nationalsozialistischen Deutschland und zu ihrer eigenen Verwicklung darin von erheblicher Bedeutung für die Wiedereingliederung Deutschlands in den Kreis der Nationen und die Versöhnung mit dem Ausland waren und dass sie dem Bedürfnis nach moralischer Orientierung nach der Katastrophe des Nationalsozialismus einen Rahmen geben konnten, hat ihnen in der Nachkriegszeit eine vergleichsweise starke Stellung verschafft. Sie kam auch in der Phase der Verfassunggebung des Grundgesetzes zum Ausdruck, wo zwar Wünsche nach einer ausgeprägten Stärkung christlicher Positionen keinen Erfolg

⁷⁵ Wiedergegeben bei v. Scheliha, ebd., S. 199, Fn. 200.

⁷⁶ Zu den evangelischen Kirchen in der Regelung des Staat-Kirche-Verhältnisses in der Nachkriegszeit zusammenfassend Link, Rechtsgeschichte (o. Fn. 17), S. 234 ff.; ders., Staat und Kirche (o. Fn. 29), S. 157 ff.; zu Positionen der evangelischen Theologie Reiner Anselm, Verfasste Grundwerte – letztlich wertlos? Zur Haltung des Protestantismus in der Rechts- und Verfassungsdiskussion zwischen 1943 und 1949, in: Mitteilungen der Evangelischen Arbeitsgemeinschaft für Kirchliche Zeitgeschichte 9 (1989), S. 34 ff.; v. Scheliha, Protestantische Ethik (o. Fn. 20), S. 197 ff.; Leonhardt, Religion und Politik (o. Fn. 16), S. 363 ff.; Georg Kalinina, Die ‚Obrigkeitsdebatte‘ als Bewährungsprobe protestantischer Tradition. Das evangelische Staatsverständnis in der Bundesrepublik der 1950er und 1960er Jahre zwischen Wandel und Beharrung, in: Teilnehmende Zeitgenossenschaft. Studien zum Protestantismus in den ethischen Debatten der Bundesrepublik Deutschland 1949–1989 (RBRD 1), hg. von Christian Albrecht / Reiner Anselm, 2015, S. 369 ff.; Stefan Koriath, Evangelisch-theologische Staatsethik und die juristische Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik und der frühen Bundesrepublik, in: Konfession im Recht, hg. von Pascale Cancik u.a., 2009, S. 121 ff.; Hans Michael Heinig, Protestantismus und Demokratie, in: ZevKR 60 (2015), S. 227 ff.

hatten, wo aber bei der Übernahme der staatskirchenrechtlichen Artikel der Weimarer Reichsverfassung die dort angelegte, günstige und ihrem Selbstverständnis entgegenkommende Stellung der Kirchen bekräftigt wurde⁷⁷. Auch wenn die frühe Bonner Republik insbesondere vom rheinischen Katholizismus mitgeprägt war, ist doch auch ein erheblicher Einfluss protestantischer Politiker in der frühen Bundesrepublik unverkennbar, für den namentlich die Person des ersten Bundespräsidenten *Theodor Heuss*, aber auch *Eugen Gersentmaier*, *Hermann Ehlers* oder der spätere Bundespräsident *Gustav Heinemann*⁷⁸ stehen. Dass in der Geschichte der Bundesrepublik auch weiterhin evangelische Christen eine erhebliche Rolle in der Politik gespielt haben und spielen, zeigen beispielhaft die Namen der Bundespräsidenten *Johannes Rau*, *Roman Herzog*, *Richard von Weizsäcker*, *Horst Köhler* und *Joachim Gauck*.

e) Evangelische Kirche und sozialistischer Staat

Eine Besonderheit der Nachkriegspolitik wie des protestantischen Nachdenkens über die Rolle des Christen und der Kirche gegenüber dem Staat war die Notwendigkeit einer Positionierung gegenüber dem abweichenden Staats- und Gesellschaftsmodell in der sozialistischen Deutschen Demokratischen Republik.⁷⁹ Trotz erheblicher Sympathien für sozialistische Grundpositionen bei manchen (auch pro-

54

⁷⁷ Zu den kirchlichen Einwirkungsversuchen zusammenfassend, allerdings mit z.T. einseitigen Bewertungen, *Gerhard Besier*, Die Rolle der Kirchen im Gründungsprozeß der Bundesrepublik Deutschland, Lüneburger Universitätsreden 2, 2000, S. 23 ff., <<http://opus.uni-lueneburg.de/opus/volltexte/2001/69/pdf/unired2.pdf>>.

⁷⁸ S. a. *Axel v. Campenhausen*, Staat, Kirche und Gesellschaft bei Gustav W. Heinemann, in: Kirchenrecht und Kirchenpolitik (o. Fn. 71), S. 204 ff.

⁷⁹ Auch ist die Literatur reichhaltig, s. nur *Gerhard Besier*, Der SED-Staat und die Kirche, 3 Bde., 1993–1995; zum Staatskirchenrecht in der DDR *Thomas Boese*, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts in der DDR von 1945–1989, 1994; *Axel v. Campenhausen*, Staatskirchenrecht in den neuen Ländern, in: HStR², Bd. IX, 1997, § 207; *ders.*, Kirche im zweiten Jahrzehnt der DDR, in: Kirchenrecht und Kirchenpolitik (o. Fn. 71), 1996, S. 307 ff.; *Martin Heckel*, Die Vereinigung der evangelischen Kirchen in Deutschland, 1990; *Holger Kremser*, Der Rechtsstatus der evangelischen Kirchen in der DDR und die neue Einheit der EKD, 1993; *Otto Luchterhandt*, Die Gegenwartslage der Evangelischen Kirche in der DDR, 1982; *Martin Richter*, Kirchenrecht im Sozialismus, 2010; *Martin Otto*, Gefühls Staatskirchenrecht, in: ZevKR 56 (2011), S. 430 ff.; *Link*, Rechtsgeschichte (o. Fn. 17), S. 270 ff.; zur evangelischen Theologie *v. Scheliha*, Protestantische Ethik (o. Fn. 20), S. 192 ff.

minenten) Mitgliedern der evangelischen Kirche konnte das politische Modell einer sozialistischen Parteiendiktatur in einem dezidiert ideologisierten und ebenso dezidiert antikirchlichen Staat wenig Sympathien gewinnen und konnte dem Trend zu einer Bejahung von Pluralismus, parlamentarischer Demokratie und Rechtsstaatlichkeit nichts entgegensetzen.

- 55 In den Kirchen auf dem Gebiet der DDR, die über erhebliche Zeit mit den westlichen Kirchen unter dem gemeinsamen organisatorischen Dach der 1946 gegründeten Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) existierten, bis die Politik der DDR die Trennung von dieser erzwang, stellte sich dagegen die Aufgabe, ihre Position in einer ganz anders gearteten Staats- und Gesellschaftsordnung zu definieren. Die seit den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts sich etablierende Formel von der „Kirche im Sozialismus“⁸⁰ war dabei ihrerseits offen und deckte ein Spektrum zwischen einer bloßen Zustandsbeschreibung bis zu einer positiven Bewertung der sozialistischen Gesellschaftsordnung ab. Die Verhandlung dieser und anderer Fragen hat den evangelischen Kirchen in der DDR die Rolle einer Art Gegenöffentlichkeit verschafft oder zumindest die Funktion eines Forums der Diskussion. Die dabei gewonnenen Positionen und Erfahrungen haben dann dazu geführt, dass gerade Kirchen und Pfarrer eine besondere Rolle bei der politischen Wende spielten. Im Rückblick haben die Kontroversen über die Rolle von Christentum und Kirche in der DDR nach der politischen Wende 1989 und der Wiedervereinigung wenig Spuren hinterlassen, wenn man von einer gewissen anfänglichen Skepsis gegenüber dem Staat-Kirche-Verhältnis in der Bundesrepublik und aus den Erfahrungen der DDR gespeisten Forderungen und Tendenzen nach einer stärkeren Abgrenzung vom Staat in den östlichen Gliedkirchen der EKD absieht. Allerdings hat die Wiedervereinigung die Stellung des Protestantismus in Deutschland im Ergebnis nicht verstärkt, sondern vielmehr die Tendenz der Entkirchlichung der Gesellschaft verfestigt.

*f) Politisierung der Kirchen und Säkularisierung
ihrer Stellungnahmen*

- 56 In der Bundesrepublik waren die theologischen Stellungnahmen zum Verhältnis von Kirche und Staat, wie sie auch unter Inanspruch-

⁸⁰ Wolfgang Thumser, *Kirche im Sozialismus – Geschichte, Bedeutung und Funktion einer ekklesiologischen Formel*, 1996.

nahme des Öffentlichkeitsauftrags der Kirche vorgebracht wurden (s. Rn. 77), von einer erheblichen Pluralität geprägt. Dabei standen Positionen, die eher die Ordnungsfunktion des Staates und seine „Eigengesetzlichkeit“ betonten, solche gegenüber, die die Kirche als kritisches „Gegenüber von Staat und Politik“ etablieren wollten. Für letztere steht etwa *Helmut Gollwitzer*.⁸¹ In der grundsätzlich positiven Aufnahme von Demokratie und Pluralismus war man sich allerdings im Wesentlichen – bei aller Kritik gegen die jeweilige Politik und das „kapitalistische“ Gesellschaftssystem – einig. Dennoch zeigen von prominenten evangelischen Theologen vertretene Thesen von der Legitimität gewissensbegründeten zivilen Ungehorsams gegen Entscheidungen, die nach den Regeln der Verfassung einwandfrei zustande gekommen sind, auch deutliche Vorbehalte gegen die Funktionsweisen der repräsentativen Demokratie, insbesondere wenn darauf hingewiesen wird, dass sie nur formal legal, nicht aber inhaltlich legitim seien⁸².

Wie das Erfordernis einer Positionierung im politischen Ost-West-Systemkonflikt sind sie im Grunde nur Beispiele für eine zunehmende Politisierung der Kirche und ihres Personals, insbesondere auch der Pfarrerschaft und der Synoden.⁸³ Im Rückblick erscheint aber auch die Zeit der großen Politisierung in den 70er bis 90er Jahren des 20. Jahrhunderts eine vorübergehende Phase. Die erhebliche politische Neuorientierung des Protestantismus nach dem Zweiten Weltkrieg wird dabei daran deutlich, dass, anders als der Katholizismus, evangelische Kirche und Protestantismus in der öffentlichen Diskussion eher auf der Seite der Sozialdemokratie verortet wurden und dass auch die evangelischen Christen in ihrem Wahlverhalten dieser Tendenz entsprachen. Allerdings sind insofern nur ganz grobe Tendenzen erkennbar, hinter denen sich eine große Vielfalt politischer Positionen verbirgt.

Die Politisierung der Kirche und ihrer Stellungnahmen ist dabei keine nationale deutsche Eigenart gewesen. Vielmehr haben sich die evangelischen Kirchen Deutschlands hier in einer breiten ökumeni-

⁸¹ *Helmut Gollwitzer*, Bürger und Untertan (1962), in: Politik und Ethik, hg. von Heinz-Dietrich Wendland/Theodor Strohm, 1969, S. 151 ff. Zu *Gollwitzer* s. v. *Scheliha*, Protestantische Ethik (o. Fn. 20), S. 211 f.

⁸² S. *Wolfgang Huber*, Protestantismus und Protest, 1987, S. 97 f.; dazu *Heinig*, Protestantismus und Demokratie (o. Fn. 76), S. 259 f.

⁸³ Eine erhebliche Skepsis gegenüber politischen Stellungnahmen aus diesen Kreisen prägt den Vorgänger dieses Versuchs einer Zusammenfassung der evangelischen Stellung zu Staat und Kirche in der Voraufgabe dieses Handbuchs: *Heckel*, Das Verhältnis (o. Fn. 18), S. 157 ff.

schen Bewegung gefunden. Dies steht für einen allgemeinen Trend der Internationalisierung der Politik, aber auch der Kirche und der Ökumene, die die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg insgesamt prägt. Für die politischen Diskussionen seit den 60er Jahren spielen dabei namentlich der Kampf gegen Rassendiskriminierung und -trennung, insbesondere die Apartheid in Südafrika, die Friedensbewegung der 80er Jahre, die den Widerstand gegen die Wiederbewaffnung und gegen Atomwaffen aus den 50er und 60er Jahren fortsetzt, aber auch der Kampf gegen die Nutzung der Atomkraft eine große Rolle. Letztere mündet ein in die Umweltbewegung, die ebenfalls im Protestantismus erhebliche Anhängerschaft gefunden hat. Die Verankerung dieser Diskussionen in der weltweiten Ökumene wird verdeutlicht durch den konziliaren Prozess „Frieden, Gerechtigkeit, Bewahrung der Schöpfung“, an dem die evangelischen Kirchen in Deutschland maßgeblich beteiligt waren. Für die Kirchen Deutschlands war dabei von besonderer Bedeutung, dass das Friedens-, aber auch das Umweltthema gemeinsam sowohl von den Kirchen auf dem Gebiet der Bundesrepublik als auch denjenigen auf dem Gebiet der DDR getragen wurden, so dass sie auch ein Element der inhaltlichen Zusammenarbeit und des Zusammenhalts zwischen den Kirchen bilden konnten.

59 Indes wurden die Positionen in der innerkirchlichen Diskussion durchaus mit „harten Bandagen“ ausgefochten. Dafür ist insbesondere charakteristisch, dass etwa im Zusammenhang mit der Apartheid oder mit Fragen der Rüstungspolitik mit dem evangelischen Bekenntnis argumentiert und damit implizit die Behauptung aufgestellt wurde, dass derjenige, der eine abweichende Position vertritt, nicht mehr auf dem Boden des evangelischen Bekenntnisses steht. Auch dies kennzeichnet die große Politisierung der Kirchen in diesen Jahren.⁸⁴

60 Als ein Element der Politisierung der Kirchen kann auch die überragende Bedeutung verstanden werden, die die Menschenrechte und die Menschenwürde für die Stellungnahmen von Kirchen und Theo-

⁸⁴ Der ethische Rigorismus vieler Stellungnahmen hat etwa *Trutz Rendtorff*, Demokratieunfähigkeit des Protestantismus? Über die Renaissance eines alten Problems, in: ZEE 27 (1983), S. 253 ff. veranlasst, die Befürchtung einer „Demokratieunfähigkeit“ des Protestantismus zu formulieren, die er in die Tradition der Demokratieskepsis der Weimarer Zeit stellt. Diese Befürchtung hat sich seither jedenfalls nicht bewahrheitet. Kritisch dazu bereits *Wolfgang Huber*, Protestantismus und Demokratie, in: *Protestanten in der Demokratie*, hg. von dems., 1990, S. 11 (13).

logen zu Staat und Politik gewonnen haben.⁸⁵ Menschenrechte und Menschenwürde und damit Kategorien, die in der „weltlichen“ Verfassung ihren Ursprung haben, sind zu den grundlegenden Kriterien für die Würdigung von Staat und Politik durch die Kirche geworden. Dabei gilt für die evangelische Kirche, nicht anders als für die römisch-katholische, dass weder die Verankerung der Menschenwürde in der Rechtsordnung seit ihrer prominenten Aufnahme in die UN-Charta 1946 und als Grundlage der bundesdeutschen Verfassungsordnung in Art. 1 Abs. 1 GG, noch die Idee der Menschenrechte und ihrer Gewährleistung durch die Verfassung dezidiert als Forderungen der Kirchen gestellt worden sind. Vielmehr standen die Kirchen selbst zunächst nicht auf der Seite der Menschenrechtsbewegung. Insofern kann die positive Aufnahme und die überragende Bedeutung von Menschenrechten und Menschenwürde in neueren kirchlichen Stellungnahmen ebenfalls als Ergebnis einer „Aneignung“ bezeichnet werden.⁸⁶ Das schließt freilich nicht aus, dass christliches Gedankengut den Grund für Menschenrechte und Menschenwürde gelegt und dass diese damit aus christlicher Tradition erwachsen sind.⁸⁷ Insbesondere wird für die Begründung der Menschenwürde auf die Tradition des Gedankens der Gottesebenbildlichkeit des Menschen verwiesen.

Mit der Politisierung der Kirche und ihrer Stellungnahmen und mit der politischen Rolle, die die evangelischen Kirchen dabei einnehmen, geht eine Säkularisierung ihrer Positionen Hand in Hand. Es sind nicht Fragen von Schrift und Bekenntnis, die im Mittelpunkt ihrer Äußerungen stehen, sondern es sind politische Themen, jedenfalls in der öffentlichen Wahrnehmung. Dabei werden zwar durchaus theologische Orientierungen und Fundierungen geliefert, aber nicht diese bilden das Zentrum der Stellungnahmen, sondern Fragen der aktuellen Politik. Darin spiegelt sich die gewandelte Rolle der Kirche in einer pluralistischen Staats- und Gesellschaftsordnung wider. Die Kirche ist eben eine Stimme unter vielen und steht insofern in Konkurrenz zu anderen Vereinigungen. Innerhalb des Konzerts der Orga-

61

⁸⁵ S. etwa: Evangelische Kirche und freiheitliche Demokratie (o. Fn. 1), S. 19; Christentum und politische Kultur (o. Fn. 1), These 3; Jörg Dierken / Arnulf von Scheliha (Hg.), Freiheit und Menschenwürde. Studien zum Beitrag des Protestantismus, 2005; Wilfried Härle (Hg.), Begründung von Menschenwürde und Menschenrechten, 2007; v. Scheliha, Protestantische Ethik (o. Fn. 20), S. 215.

⁸⁶ S. o. Fn. 74.

⁸⁷ S. Fabian Wittreck, Christentum und Menschenrechte. Schöpfungs- oder Lernprozess?, 2013.

nisationen und Meinungen ist die kirchliche Stellungnahme dabei durchaus gefragt. Das gilt ungeachtet sinkender Mitgliederzahlen, sinkender Anteile an der Gesamtbevölkerung und des Nachlassens kirchlicher Bindungskraft.⁸⁸ Dass die Kirche aber eben nur noch eine Stimme unter vielen ist, dass ihre Stellungnahme zwar gefragt, die Themen aber anderweitig und von anderen gesetzt werden, hat eine säkularisierende Tendenz ihrer Stellungnahmen zur Folge. Daher ist die Redeweise von der „Selbst“säkularisierung der Kirchen nur die halbe Wahrheit.

62 Für beides, sowohl dafür, dass kirchliche Stellungnahmen nach wie vor eine Rolle spielen und erwünscht sind, wie auch für die Politisierung und Säkularisierung der Themen und der kirchlichen Argumentation, sind die zahlreichen „offiziellen“ Stellungnahmen der Kirchen in Form von Denkschriften, Orientierungshilfen, Studien oder gemeinsamen Stellungnahmen des Rates der EKD und der Deutschen Bischofskonferenz Beispiele. Insofern sei nur auf die Texte und Studien zum Krieg in Afghanistan oder zur nachhaltigen Entwicklung verwiesen, letztere charakteristischerweise unter der Überschrift „Auf dem Wege der Gerechtigkeit ist Leben, nachhaltige Entwicklung braucht Global Governance“⁸⁹ – von der Schöpfung Gottes und seiner Gnade ist in den Überschriften nicht die Rede.

63 Ein Versuch, diese durch die Rolle der Kirche in der pluralistischen Gesellschaft hervorgerufene Tendenz positiv aufzunehmen und zu verarbeiten und dabei sowohl dem Bedürfnis nach kirchlicher Stellungnahme zu allgemeinen gesellschaftlichen und politischen Fragen Raum zu geben, als auch diese Fragen theologisch zu verorten und zu verarbeiten, ist das Konzept der „öffentlichen Theologie“, wie es unter anderem vom früheren Vorsitzenden des Rates der EKD *Wolfgang Huber* und seinem Schüler und Nachfolger *Heinrich Bedford-Strohm* etabliert wurde.⁹⁰

⁸⁸ Dazu *Karl Gabriel*, → § 2.

⁸⁹ „Selig sind die Friedfertigen“. Der Einsatz in Afghanistan: Aufgaben evangelischer Friedensethik. Eine Stellungnahme der Kammer für Öffentliche Verantwortung der EKD (EKD-Texte 116), 2013; Auf dem Wege der Gerechtigkeit ist Leben. Nachhaltige Entwicklung braucht Global Governance. Eine Studie der Kammer der EKD für nachhaltige Entwicklung (EKD-Texte 117), 2014, im Internet abrufbar unter <<https://www.ekd.de/EKD-Texte-288.htm>>.

⁹⁰ *Wolfgang Huber*, Kirche und Öffentlichkeit, 2. Aufl. 1991; *ders.*, Gerechtigkeit und Recht, 3. Aufl. 2006; *Heinrich Bedford-Strohm*, Positionen beziehen. Perspektiven einer öffentlichen Theologie, 4. Aufl. 2013.

IV. Evangelische Positionen in heutiger Staatlichkeit

Auch aktuell sind die Positionen evangelischer Christen zum Staat und seinem Verhältnis zur Kirche vielfältig. Angesichts vieldiskutierter aktueller Fragen, etwa zum Verständnis der Menschenwürde und ihrer Konsequenzen in konkreten Problemfällen der Bioethik, zur Integration Behinderter, zur Frage der Legitimität militärischer Einsätze, der Entwicklungshilfepolitik, der Wirtschaftsordnung, der Energiepolitik u.s.w. kann das auch gar nicht anders sein. Auch speziell zum Staat-Kirche-Verhältnis gibt es neben Zustimmung zu den freiheitlichen und religionsfreundlichen Regelungen der grundgesetzlichen Ordnung auch immer wieder – z.T. aus Missverständnissen gespeiste – Kritik an Institutionen wie den Kirchensteuern oder den Staatsleistungen gerade auch aus Kreisen der evangelischen Kirchen, auch aus der Pfarrerschaft. Ungeachtet dieser unvermeidlichen und legitimen Vielfalt soll nachfolgend dennoch der Versuch gemacht werden, Grundlagen eines evangelischen Verständnisses zur staatlichen Ordnung und zum Verhältnis von Staat und Kirche zu formulieren, wie sie insbesondere aus den einschlägigen Stellungnahmen der EKD zu entnehmen sind.

64

Die heutigen evangelischen Stellungnahmen zur staatlichen Ordnung, zur Verortung des Christen in ihr und zum Verhältnis der Kirche zu ihr, sind zum einen von einer Kontinuität mit den reformatorischen Grundaussagen in ihrer durch die Erfahrungen des 20. Jahrhunderts, namentlich durch die Barmer Theologische Erklärung geprägten Form gekennzeichnet. Zum anderen wird sie durch die Zustimmung zu den wesentlichen Merkmalen des Modells freiheitlicher, rechts- und sozialstaatlicher Demokratie geprägt, wie sie im Grundgesetz umgesetzt werden. Beides wird insbesondere in der bereits eingangs erwähnten „Demokratie-Denkschrift“ der EKD von 1985 und ihren Aktualisierungen deutlich.⁹¹ Im Selbstverständnis der jeweiligen Äußerungen ist das freilich nicht als bloße Fortsetzung der Staatsnähe und -treue der evangelischen Kirchen vergangener Epochen – insbesondere unter dem landesherrlichen Kirchenregiment –

65

⁹¹ S. o. bei Fn. 1; *Heinig* Aneignung des Gegebenen (o. Fn. 1); s. auch *v. Campenhausen*, Wandel (o. Fn. 71), S. 122 ff.; *Klaus Schlaich*, Der Staat des Grundgesetzes als Angebot und Aufgabe – Einführung in die Denkschrift der EKD (1986), in: ders., Gesammelte Aufsätze, 1997, S. 405 ff.; *Leonhardt*, Religion und Politik (o. Fn. 16), S. 385 ff. Die „Demokratie-Denkschrift“ war bei ihrer Vorlage durchaus umstritten, ist aber rasch weitgehend akzeptiert worden, s. *Heinig*, Protestantismus und Demokratie (o. Fn. 76), S. 255 ff.

zu verstehen, sondern als Konsequenz eben der theologischen Grundaussagen.

1. Staatliche Souveränität und evangelische Kirche

66 Nach wie vor wird dabei die Zwei-Reiche- bzw. Zwei-Regimente-Lehre gerade in kirchlichen Stellungnahmen ausdrücklich als Grundlage für die Verhältnisbestimmung von Staat und Kirche bekräftigt.⁹² Die dabei hervorgehobene Unterscheidung der Aufgaben von Staat und Kirche und der den beiden Größen je zur Verfügung stehenden Mittel verdeutlicht, dass die evangelische Lehre die Kirche nicht als dem Staat gleichgeordnete, mit gleicher souveräner Rechtsmacht ausgestattete Größe sieht. Dass die Kirche in ihrer Rechtsgestalt ebenso wie ihre Mitglieder in der allgemeinen Rechtsordnung lebt und ihr rechtlich ein- und untergeordnet ist, ist für das evangelische Verständnis wenig problematisch, solange die Aufgabe der Kirche, das Evangelium zu verkünden und zu verbreiten, nicht behindert wird. Für diese Aufgabe bedarf es keiner Rechtsmacht. Ansätze zu einer Lehre von der Kirche als „societas perfecta“, wie sie für römisch-katholisches Denken vom 18. bis weit ins 20. Jahrhundert geläufig waren, sind evangelischen Vorstellungen fremd. Das schließt nicht aus, dass die evangelische Kirche auch für sich Freiheit der Gestaltung ihrer eigenen Angelegenheiten, ein Recht auf Selbstbestimmung befürwortet und auch dem Staat gegenüber ein Kooperations- und Koordinationsverhältnis für angemessen erachtet, wie es im Institut der Staatskirchenverträge zum Ausdruck kommt. Dabei bleibt aber der Staat „Herr der Rechtsordnung“.

2. Demokratischer Rechtsstaat, Menschenrechte und Menschenwürde, pluralistische Gesellschaft

67 Das bedeutet aber nicht, dass nach evangelischem Verständnis jede Form der staatlichen Ordnung gleichwertig ist. Für die derzeitigen Stellungnahmen der theologischen Wissenschaft, der Organe und Gremien der evangelischen Kirche und der kirchlichen Öffentlichkeit charakteristisch ist vielmehr eine große Zustimmung zu den Wesens-

⁹² Das rechte Wort zur rechten Zeit (o. Fn. 1), S. 21 f.; Christentum und politische Kultur (o. Fn. 1), S. 70.

elementen des demokratischen und sozialen Rechtsstaats, wie er durch das Grundgesetz statuiert wird.⁹³ Dabei wird dieser Staat zwar nicht als der aus evangelischer Sicht einzig richtige, als ein „christlicher“ verstanden. Gleichwohl ist unübersehbar, dass namentlich die kirchlichen Stellungnahmen die Vorzüge dieses Staates auch theologisch zu begründen und gleichzeitig den Beitrag des Christentums zu seiner Entwicklung hervorzuheben suchen.⁹⁴

Unter den Wesenselementen des demokratischen Rechtsstaats werden dabei die Grundrechte und die Menschenwürde hervorgehoben. Beides spielt in den evangelischen Stellungnahmen zu Staat und Recht eine überragende Rolle. Dieser Zusammenhang wird immer wieder betont und auch dabei auf die geschichtliche und geistige Bedeutung des Christentums hingewiesen.⁹⁵ Diese prägende Kraft des Christentums wird hervorgehoben, obwohl durchaus gesehen wird, dass die Grundrechte auch gegen die Kirchen verwirklicht worden sind.

Die Idee der Grund- und Menschenrechte hat eine solche Anziehungskraft entwickelt, dass sie immer wieder auf den Innenbereich der Kirche übertragen wird und entweder die Geltung der (staatlichen) Grundrechte in der Kirche postuliert oder eine Rezeption der Grundrechtsidee für das Kirchenrecht vorgeschlagen wird. Ersteres verkennt, dass die Grundrechte sachlich und historisch der Einhegung der Staatsgewalt dienen, deren fundamentalen Unterschied zu Aufgabe und Mittel der Kirche man doch andererseits betont. Auch wenn natürlich die Kirche als rechtliche Organisation nach evangelischem Verständnis nicht identisch mit der Kirche als Gemeinschaft der Glaubenden ist, wird der Gegensatz zwischen der den äußeren Frieden mit weltlichen Zwangsmitteln schützenden,

⁹³ Dabei haben sich die Akzente seit 1985 naturgemäß verschoben: In „Konsens und Konflikt“ (o. Fn. 1), Abschnitt 1, wird darauf hingewiesen, dass „die Demokratie-Denkschrift die Demokratie vorrangig als Verfahren (thematisierte), um Konsens in politischen Fragen zu erreichen. Heute stellt sich die Lage anders dar: Die Demokratie wird mit bleibenden Konflikten rechnen müssen. Sie steht vor der Herausforderung, erheblich vielfältigeren Lebensformen gerecht zu werden und gleichzeitig den gesellschaftlichen Zusammenhalt im Blick zu behalten. Zu dieser veränderten Demokratie müssen sich die evangelischen Kirchen verhalten und sich deren weiterentwickelte Strukturen und Prozesse neu aneignen. Dazu gehört insbesondere die Einsicht, dass der Konflikt nicht per se bereits eine Krise, sondern eher den Normalfall der Demokratie darstellt. Daher ist es auch kein realistisches Ziel, jeglichen Konflikt in Konsens zu überführen.“

⁹⁴ Christentum und politische Kultur (o. Fn. 1), These 3.

⁹⁵ Ebd., These 3.

dabei aber auch individuelle Freiheit gefährdenden Staatsgewalt und der Verkündigung des Evangeliums allein durch das Wort als Aufgabe der Kirche verdeckt: Vor der Verkündigung des Evangeliums *sine vi sed verbo* muss das Individuum nicht durch die Kirche geschützt werden. Die Rezeption der Menschenrechtsidee in den kirchlichen Bereich auf eigenständiger kirchlicher Grundlage wiederum bedarf solcher Modifikationen, dass der eigentliche Sinn der Grundrechte – Schutz des Individuums und seiner Freiheit vor obrigkeitlicher Zwangsgewalt – in den Hintergrund tritt.

70 Aber auch die Rolle der Grundrechte gegenüber dem Staat hat solche Bedeutung für Christen und Kirchen nicht nur evangelischer Konfession gewonnen, dass bereits von einer „Überidentifikation“ gesprochen worden ist.⁹⁶ Dieser Vorwurf liegt dann nahe, wenn nicht das Evangelium, sondern die Grundrechte des Individuums zum Gegenstand der Verkündigung werden. Das scheint aber – trotz aller Grundrechtsaffinität – eher eine Ausnahme zu sein. Vielmehr geht es doch vielfach um die Herstellung eines Ableitungszusammenhangs zwischen der christlichen Botschaft und der Menschenrechtsidee.

71 Besondere Bedeutung hat in den evangelischen Stellungnahmen die Menschenwürde als Grundlage der Menschenrechte gewonnen. Auch dieser durch Art. 1 Abs. 2 GG selbst betonte Zusammenhang wird in protestantischen Äußerungen nachvollzogen. Die Menschenwürde ist die Schnittstelle, an der theologische Grundlegungen für die säkularen Garantien der Menschenrechte, der Rechtsstaatlichkeit und der Sozialstaatlichkeit anschließen können. In den evangelischen Stellungnahmen wird dabei naheliegenderweise die Gottesebenbildlichkeit des Menschen als Grundlage der Menschenwürde hervorgehoben. Ebenso wird betont, dass dieser Gedanke die geistesgeschichtliche Grundlage für die Idee der Menschenwürde ist und auch insofern die „prägende Kraft des Christentums“ für den demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes unterstrichen.⁹⁷

72 Die christliche Begründung aus der Geschöpflichkeit und Gottesebenbildlichkeit des Menschen steht dabei der Interpretation der Menschenwürde als menschlicher Zuschreibung, als abhängig von bestimmten Mindestbedingungen menschlicher Selbsterkenntnis im

⁹⁶ S. *Christian Waldhoff*, Die Kirchen und das Grundgesetz nach 60 Jahren, in: 60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine geglückte Verfassung?, hg. von Christian Hillgruber / Christian Waldhoff, 2010, S. 151 (169) spricht (sogar) von einer „Überidentifikation“ der Kirchen mit dem Grundgesetz überhaupt, bezieht sich dabei aber auch auf die Rolle von Menschenrechten.

⁹⁷ Christentum und politische Kultur (o. Fn. 1), S. 38.

Sinne der sogenannten „Leistungstheorie“ entgegen. Die Menschenwürde ist nach christlichem Verständnis „Mitgift“ des Herrn für sein Geschöpf.⁹⁸

Die evangelischen Stellungnahmen befürworten nicht nur die grundlegenden Elemente der Rechts- und Sozialstaatlichkeit, sondern auch eine pluralistische Gesellschaftsordnung. Dafür wird zwar ebenfalls auf die Grundrechte verwiesen, für den religiösen Aspekt auf die Religionsfreiheit. Sie wird aber gleichsam nur indirekt in Bezug genommen – die entscheidende theologische Begründung für (religiösen) Pluralismus ist eine andere:

73

„Das entscheidende *theologische* Argument für die Bejahung des Pluralismus liegt in der für das evangelische Christentum grundlegenden Erkenntnis, dass Menschen nicht über das verfügen, was bzw. woran sie glauben, sondern dass ihnen ihr Glaube durch das zuteil wird, was ihnen als glaubwürdig begegnet. Deshalb muss die religiöse Überzeugung jedes Menschen respektiert werden, soweit diese den Respekt gegenüber anderen Glaubensüberzeugungen ebenfalls einschließt.“⁹⁹

Betont wird aber auch, dass Pluralismus im Sinne der Konkurrenz miteinander unvereinbarer Standpunkte nicht der Ordnung der Kirche selbst zugrundeliegt – gesellschaftlicher Pluralismus einerseits und Pluralität in Kirche und Theologie sind danach deutlich voneinander zu unterscheiden:

74

„Die legitime, sachgemäße *Pluralität* in Kirche und Theologie gründet in der Vielfalt, wie sie im biblischen Zeugnis als einer Mehrzahl von Perspektiven auf das Heilshandeln Gottes angelegt ist. Dabei handelt es sich nicht um einen religiösen oder weltanschaulichen *Pluralismus*, im Sinne eines Nebeneinanders *unvereinbarer* Positionen, die nicht aus einer höheren Gemeinsamkeit abgeleitet oder in ihr aufgehoben werden können. Deshalb wäre die Rede von einem legitimen *Pluralismus innerhalb* der evangelischen Kirche und auch der evangelischen Theologie ganz unangemessen, weil damit die durch den gemeinsamen Glaubensinhalt gegebene Einheit der evangelischen Kirche und Theologie in Frage gestellt würde.“¹⁰⁰

Die Bejahung des Pluralismus der Religionen und der Religionsgemeinschaften geht einher mit dem (Selbst-)Bewusstsein von der prägenden Rolle des Christentums für die Gesellschafts- und Rechtsordnung. Dies hat Konsequenzen für die Rolle, die für die Kirche in

75

⁹⁸ Das rechte Wort zur rechten Zeit (o. Fn. 1), S. 36.

⁹⁹ Ebd., S. 44; s. jetzt auch Christlicher Glaube und religiöse Vielfalt in evangelischer Perspektive. Ein Grundlagentext des Rates der EKD, 2015, Abschnitt II, <<https://www.ekd.de/567.htm>>.

¹⁰⁰ Das rechte Wort zur rechten Zeit (o. Fn. 1), S. 45.

Staat und Gesellschaft postuliert wird. Zwar wird darauf hingewiesen, dass die Bereitschaft vorauszusetzen sei, den

„[...] Diskurs über gesellschaftliche und politische Probleme und Lösungsoptionen nicht (nur) als Interessenabgleich zwischen den Größen ‚Staat‘ und ‚Kirche‘ zu führen, sondern als Teil einer gesellschaftlich breit angelegten Kommunikation, in der die jeweiligen Kompetenzen und Erfahrungen aus politischen, ökonomischen, zivilgesellschaftlichen und religiös-kulturellen Bereichen Berücksichtigung finden.“¹⁰¹

- 76 Auch wird die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates als Voraussetzung einer pluralen Ordnung grundsätzlich befürwortet¹⁰². Allerdings wird dann doch ein kultureller Vorrang des Christentums eben wegen seiner Prägekraft postuliert.¹⁰³

3. Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirche

- 77 Die Rolle der Kirche innerhalb des gesellschaftlichen Pluralismus und ihre Beziehung zum Staat werden durch den schon seit den 1950er Jahren betonten „Öffentlichkeitsauftrag“ der Kirche gekennzeichnet.¹⁰⁴ Damit werden Aufgabe und Anspruch der Kirche bezeichnet, „zu Grundfragen des politischen und gesellschaftlichen Lebens Stellung zu nehmen“¹⁰⁵. Dieser Öffentlichkeitsauftrag wird aus dem Verkündigungsauftrag der Kirche abgeleitet und dieser damit auf politisch-öffentliche Fragen ausgedehnt. Der Öffentlichkeitsauftrag ist Hintergrund der zahlreichen Äußerungen der Kirche zu politischen und sozialen Fragen, wie sie insbesondere in Form der Denkschriften der EKD seit den 1960er Jahren veröffentlicht wurden. Er ist im Loccumer Vertrag des Landes Niedersachsen mit den evangelischen Kirchen in Niedersachsen von 1955 erstmalig vom Staat zur Kenntnis genommen und insofern anerkannt worden. Dies kennzeichnet die Selbstverortung der Kirche als einerseits eine Stimme im Konzert des Pluralismus der verschiedenen gesellschaftlichen Positionen, andererseits aber als eine durch die kulturelle Prägekraft besonders hervorgehobene Stimme, wie sie in der ausdrückli-

¹⁰¹ Ebd., S. 23.

¹⁰² Deutlich auch jetzt in: Christlicher Glaube und religiöse Vielfalt in evangelischer Perspektive (o. Fn. 99), Abschnitt III.

¹⁰³ Christentum und politische Kultur (o. Fn. 1), S. 41.

¹⁰⁴ Dazu die „Denkschriften-Denkschrift“: Das rechte Wort zur rechten Zeit (o. Fn. 1), 2008, sowie Götz Klostermann, Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen, 2000.

¹⁰⁵ Das rechte Wort zur rechten Zeit (o. Fn. 1), S. 19.

chen staatlichen Anerkennung des „Öffentlichkeitsauftrags“ zum Ausdruck kommt.

Die Berufung der Kirche auf ihren Öffentlichkeitsauftrag und dessen Anerkennung dient auch dazu, die Redeweise von der „Religion als Privatsache“ zurückzuweisen. Dabei wird namentlich die öffentliche Funktion und Verantwortung des Christentums für das Erziehungs- und Bildungswesen betont.¹⁰⁶ **78**

Für die Bestimmung des Verhältnisses der evangelischen Kirche zu Staat und Gesellschaft kann also zusammengefasst werden, dass **79**

„[d]ie evangelische Kirche [...] sowohl die Unterscheidung von Politik und Religion, Staat und Kirche, als auch gesellschaftliche Pluralität und Pluralismus als Merkmale der Freiheit und als Voraussetzungen demokratischen Zusammenlebens [bejaht].“¹⁰⁷

Dass hier nicht von der „Trennung“ von Staat und Kirche gesprochen wird, ist wohl auf die Befürchtung zurückzuführen, dass damit falsche – kirchenfeindliche – Zungenschläge übernommen würden, die bisweilen mit der Forderung nach einer „Trennung von Staat und Kirche“ verbunden werden. Die organisatorische Trennung von Staat und Kirche als Voraussetzung und Ausdruck der kirchlichen Selbstbestimmung wird von der Kirche nicht in Frage gestellt, sondern vielmehr die Zuordnung von Staat und Kirche im Grundgesetz ebenso wie das politische System des Grundgesetzes weithin befürwortet. **80**

Innerhalb dieses Rahmens nimmt die Kirche dann ihren Öffentlichkeitsauftrag durch eine Fülle von Äußerungen zu politischen, gesellschaftlichen und auch wirtschaftlichen bzw. wirtschaftspolitischen Themen wahr, bisweilen auch im Zusammenwirken mit der römisch-katholischen Kirche. Besondere Aufmerksamkeit genießen kirchliche Stellungnahmen zu sozialen Fragen und zu den sozialen Aspekten der Wirtschaft. Die Kirchen, die neben den anderen Merkmalen der Verfassungsordnung des Grundgesetzes die Sozialstaatlichkeit betonen und in sozialen Bereichen ja auch selbst durch die Diakonie wichtige Akteure sind, übernehmen hier z.T. die Funktion eines Mahners. Kirchliche Positionierung und Profilierung führen dazu, dass den Kirchen eine erhebliche Rolle auch im Vorfeld politischer Willensbildung zugestanden wird, etwa in Form der Berufung kirchlicher Vertreter in Gremien wie den nationalen Ethikrat. Dies geschieht auch außerhalb genuin kirchlicher Arbeitsfelder, wie die **81**

¹⁰⁶ Christentum und politische Kultur (o. Fn. 1), S. 6.

¹⁰⁷ Das rechte Wort zur rechten Zeit (o. Fn. 1), S. 22.

Zusammensetzung der Ethikkommission zum Ausstieg aus der Atomenergie zeigt.

- 82** Dass die dahinter stehende Wahrnehmung der Kirche als Repräsentantin ethischer Positionen aus der Perspektive des eigentlichen Auftrags der Kirche, der Verkündigung des Evangeliums, nicht unproblematisch ist, darauf wurde bereits hingewiesen: Die Kirchen werden allzu leicht als Lieferanten von Ethik funktionalisiert, nicht in ihrer Aufgabe der Verkündigung des Evangeliums wahrgenommen, aus der ihre ethische Positionen abgeleitet sind. Dass die Kirche gleichwohl im Rahmen ihres Öffentlichkeitsauftrags auch diese Rolle annimmt und ausfüllt, kann dennoch nicht – oder jedenfalls nicht nur – als „Selbstsäkularisierung“ bezeichnet oder diskreditiert werden. Es ist auch Reaktion auf nicht von der Kirche verursachte, sondern von Außen herangetragene Bedingungen des öffentlichen Diskurses und ist als Versuch zu verstehen, den kirchlichen Auftrag unter diesen Bedingungen zu erfüllen und das Evangelium der ganzen Welt – und nicht nur der kleiner werdenden Kirchengemeinde – zu verkündigen.

4. Kirche und europäische Einigung

- 83** Ihren Öffentlichkeitsauftrag erfüllt die Kirche nicht allein auf der nationalen Ebene. Auf die Herausforderung durch Europäisierung und Globalisierung und die wachsende Bedeutung der internationalen Ökumene wurde bereits hingewiesen. Besondere Bedeutung für die Kirchen in Deutschland hat die Europäische Union, deren Politik und deren Rechtsordnung die Kirchen in vielfältiger Hinsicht beeinflussen und berühren. Die evangelischen Kirchen in Deutschland stehen dem Prozess der Europäisierung und der Konsolidierung der EU – wie die römisch-katholische Kirche – mit Wohlwollen gegenüber.¹⁰⁸ Sie sehen es als Teil ihres Öffentlichkeitsauftrages, ihre Positionen auch in diesen Einigungsprozess einzubringen. Durch die Einrichtung einer ständigen Repräsentanz in Brüssel versuchen sie dabei, den kirchlichen Standpunkt und kirchliche Interessen frühzeitig

¹⁰⁸ S. die Gemeinsame Stellungnahme des Rates der EKD und der Deutschen Bischofskonferenz „Zum Verhältnis von Staat und Kirche im Blick auf die Europäische Union“, Gemeinsame Texte 4, hg. vom Kirchenamt der EKD und vom Sekretariat der Dt. Bischofskonferenz, 1994, und Christlicher Glaube und religiöse Vielfalt in evangelischer Perspektive (o. Fn. 99), Abschnitt III.

auch in die Meinungsbildung der Unionsorgane einzubringen und sind dabei auch bereits vielfältig erfolgreich gewesen. Was das Staat-Kirche-Verhältnis angeht, betonen die evangelischen Kirchen dabei die Bedeutung der jeweiligen nationalen Traditionen. Daher begrüßen sie, dass die

„erklärte Bereitschaft der Europäischen Union, ‚den Status, den Kirchen [...] in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen‘, zu achten und ihn nicht zu beeinträchtigen, [...] ein wachsendes Verständnis der Gemeinschaft dafür [zeigt], daß die verfassungsrechtliche Stellung der Religionsgemeinschaften als Ausdruck der Identität der Mitgliedsstaaten und ihrer Kulturen sowie als Teil des gemeinsamen kulturellen Erbes Achtung verdienen.“¹⁰⁹

Diese positive Würdigung lässt das Bedauern über den mangelnden Erfolg der Initiativen aus beiden Kirchen, einen religiösen Bezug in die Präambel der europäischen Grundrechtecharta aufzunehmen, zurücktreten.

84

5. Die paradoxen Folgen des Pluralismus

Insgesamt sehen sich die evangelischen Kirchen in Deutschland gegenüber Staat und Gesellschaft in einer neuen Position, deren Konsequenzen sie in ihrem Selbstverständnis tief berühren und die insofern noch nicht vollständig verarbeitet sind. Dieses ist nach wie vor vom Bewusstsein einer Sonderrolle gegenüber den anderen gesellschaftlichen Kräften geprägt, die auch in ihrer Geschichte als ehemalige Staatskirchen wurzelt. Andererseits befürworten die evangelischen Kirchen nicht nur die Merkmale des Verfassungsmodells der Bundesrepublik Deutschland: Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Sozialstaatlichkeit und vor allem Schutz der Menschenwürde und der Menschenrechte. Vielmehr wird auch das damit verbundene Modell einer pluralistischen Gesellschaft positiv gewürdigt. Umgekehrt wird das kirchliche Votum durchaus wohlwollend wahrgenommen und diskutiert. Der Pluralismus der gesellschaftlichen Kräfte führt aber dazu, dass die Kirche gerade nicht in ihrer Besonderheit, sondern als eine Stimme unter vielen anderen Akteuren wahrgenommen wird. Das prägt den Inhalt kirchlicher Stellungnahmen, die größere Chancen haben, wahrgenommen zu werden, wenn sie sich nicht mit spezifisch religiösen Themen, sondern mit Gegenständen der allgemeinen, politischen, sozialen u. s. w. Diskussion beschäftigen.

85

¹⁰⁹ Christentum und politische Kultur (o. Fn. 1), S. 29.

Diese sind dann aber eben auch nur Stellungnahmen neben anderen. Diese „Säkularisierung“ kirchlicher Stellungnahmen ist nicht allein eine „Selbst“-Säkularisierung, sondern paradoxerweise der Pluralisierung geschuldet, die das Religiöse als einen Aspekt neben vielen anderen verortet und damit nivelliert. Diese Verortung der Kirchen in der Vielfalt gesellschaftlicher Gruppen lässt aber in der Öffentlichkeit auch das Verständnis für besondere, „maßgeschneiderte“ rechtliche Arrangements wie die staatskirchenrechtlichen Regelungen des Grundgesetzes schwinden. Der Pluralismus der Gesellschaft scheint zu einer inhaltlichen Säkularisierung der kirchlichen Stimme und zur Forderung nach einer Nivellierung ihrer Rechtsposition zu führen, die Staat und Kirchen vor die Aufgabe stellt, die verfassungsrechtliche Position der Kirchen immer wieder neu überzeugend zu begründen.

§ 5

Das Verhältnis von Staat und Religion im Verständnis des Judentums

Von Ronen Reichman

I. Vorbemerkungen zu einem systematischen Zugang zur Erschließung des Verhältnisses zwischen Staat und Religion auf Grundlage der jüdisch-rabbinischen Rechtskultur	1–19
1. Das Problem der Theokratie	1–3
2. Grundlagen rabbinischer Rechtsmethodologie im Horizont der politisch-theoretischen Frage nach dem theokratischen Gedanken	4–19
a) Das rabbinische Selbstverständnis: Gott und seine „Stellvertreter“	4–6
b) Das Traditionsdogma und das Ethos der Argumentation: Diskursive Fortschreibung des tradierten Rechts	7–8
c) Entwicklung des Rechts durch Rechtssetzung	9–12
d) Institutioneller Dualismus: Formelles Recht versus informelles Recht	13–19
II. Staatstheoretische Folgerungen	20–24
1. Dyarchie anstelle von Theokratie	20–21
2. Das Königsgesetz	22–24
III. Fazit: Verlagerung des theokratischen Gedankens auf die messianische Zeit	25

I. Vorbemerkungen zu einem systematischen Zugang zur Erschließung des Verhältnisses zwischen Staat und Religion auf Grundlage der jüdisch-rabbinischen Rechtskultur

1. Das Problem der Theokratie

- 1 Mit der „großen“ Frage nach dem Verhältnis von Staat und Religion haben sich die Rabbinen¹ nicht in einer Art und Weise auseinandergesetzt, dass daraus eine einheitliche, systematisch herausgearbeitete Theorie entwickelt worden ist. Auch die staatstheoretischen Ansätze, die mittelalterliche jüdische Gelehrte wie *Moses Maimonides*, *Nisim Gerondi* und *Don Isaak Abravanel* entworfen haben, bieten keine ausgereiften Modelle, auf deren Grundlage sich eine Theorie des jüdischen Staates bilden könnte.² Aufgrund der diasporischen Erfahrung der Juden bestand diesbezüglich keine Notwendigkeit. In der jüdisch-politischen Tradition wurden eher im akademischen Sinn Fragen nach dem biblischen Königsgesetz thematisiert, denen aber

¹ In den folgenden Ausführungen werden Aspekte politischen Denkens des rabbinischen Judentums erläutert, so wie sie sich in den klassisch-rabbinischen Quellen darstellen. Auf Stellen aus der Mishna, Tosefta und dem babylonischen Talmud wird in der judaistisch standardisierten Form zusätzlich mit Angaben der jeweiligen Stelle in den deutschen bzw. englischen Ausgaben verwiesen: dt. Ausgabe d. Mishna: *Mischnajot* [...] Hebräischer Text mit Punktation, deutscher Übersetzung und Erklärung, 6 Bde., 1887–1933, 3. Aufl. 1968; englische Ausgabe der Tosefta: *Jacob Neusner*, *The Tosefta. Translated from the Hebrew with a new Introduction*, 2 Bde., 2002; dt. Ausgabe d. babylonischen Talmud: *Lazarus Goldschmidt*, *Der babylonische Talmud*, 12 Bde., 1929–1936 (Nachdr. 1996). Zum Überblick über diese und andere einschlägige Werke des klassisch-rabbinischen Judentums vgl. *Günter Stemberger*, *Einleitung in Talmud und Midrasch*, 9. Aufl. 2011.

² Zu den verschiedenen Positionierungen im mittelalterlichen jüdisch-politischen Diskurs vgl. *Gerald J. Blidstein*, *On Political Structures: Four Medieval Comments*, in: *The Jewish Journal of Sociology* 22 (1980), S. 47–58, und *Amos Funkenstein*, *The Image of the Ruler in Jewish Sources*, in: *Perceptions of Jewish History*, hg. von dems., 1993, S. 155–168. Ausführlich zu *Maimonides* und *Nisim Gerondi* vgl. *Menachem Lorberbaum*, *Politics and the Limits of Law. Secularizing the Political in Medieval Jewish Thought*, 2001. Gegenüber R. *Shelomo ben Adret* und *Nisim Gerondi* vertritt *Isaak Abravanel* eine theokratisch-republikanische Gegenposition. Vgl. dazu *Herbert Finkelscherer*, *Quellen und Motive der Staats- und Gesellschaftsauffassung des Don Isaak Abravanel*, in: *Monatsschrift für Geschichte und Wissenschaft des Judentums* (MGWJ) 81 (1937), S. 496–508, und *Aviezer Ravitzky*, *Political Philosophy: Nissim of Gerona versus Isaac Abravanel*, in: *History and Faith. Studies in Jewish Philosophy*, hg. von dems., 1996, S. 46–72.

ein marginaler Stellenwert in der Mishna zukommt.³ Aus aktuellem Anlass befassten sich die Rabbinen mit Fragen des Gehorsams gegenüber den Gesetzen der Fremdherrschaft.⁴ Ebenso finden sich aus einem praktischen Erkenntnisinteresse Reflexionen über die rechtlichen Kompetenzen der „Gemeinde“ als juristischer Person.⁵ Die Frage nach der Macht wurde aber weniger im staatspolitischen Sinn gestellt, sie wurde vielmehr im Zusammenhang mit der eigenen in Anspruch genommenen Autorität wie auch bei der Auseinandersetzung mit theologisch begründeten Positionen, die der Entfaltung einer an vernünftigen Gesichtspunkten orientierten Argumentation zuwider laufen, thematisiert.

³ Gemäß dem umfassenden Charakter des jüdischen Religionsgesetzes (= Halacha) könnte man erwarten, dass staatspolitische Fragen in der Mishna (als erste maßgebliche Kodifikation des jüdischen Rechts, entstanden in Galiläa zu Beginn des 3. Jh. n. d. Z.) stärker thematisiert würden, was nicht der Fall ist. Der Mishna-Traktat „Sanhedrin“ (vgl. o. Fn. 1, Bd. I, S. 145–198) behandelt Aspekte jüdischer Gerichtsbarkeit, ohne auf deren staatspolitische Verortung einzugehen. Lediglich ein Kapitel darin (das zweite) befasst sich mit Vorschriften bezüglich des Königs.

⁴ Zwei Aspekte sind in dieser Hinsicht besonders hervorzuheben: (1.) Es gilt der im Namen von *Shemuel* (bedeutender talmudischer Gelehrter des 3. Jh. n. d. Z. in Babylonien) überlieferte Grundsatz: *Dina de-Malchuta Dina* („das Recht des Königreichs ist [bindendes] Recht“). Dieser besagt, dass Lücken im jüdischen Recht grundsätzlich durch Rekurs auf entsprechende Regelungen der Fremdherrschaft zu füllen sind und dass man sich auch aus Gründen der Konstituierung eines *modus vivendi* mit dem nichtjüdischen Souverän am Recht der Fremdherrschaft zu orientieren hat, wenn es mit dem jüdischen Recht kollidiert. Bindend ist dieser Grundsatz nicht, wenn das fremde Gesetz der Legitimation ermangelt. Der Grundsatz betrifft auch nicht den rituellen Bereich der Halacha. D. h. es lässt sich durch Rekurs darauf keine Bindungswirkung für gesetzliche Regelungen herleiten, wie etwa ein Verbot der Beschneidung. Vgl. *Shmuel Shilo*, *Dina de-Malkhuta Dina*, in: *The Principles of Jewish Law*, hg. von Menachem Elon, 1975, S. 710–715. (2.) Es gilt das Verbot der Hinwendung an nicht-jüdische Gerichte. Das Verbot bezweckt die Wahrung einer Gemeindeautonomie wie auch die Sicherstellung der rabbinischen Autorität. Diese halachische Grundforderung, dass jedes Problem, welches auf dem Rechtsweg zu lösen ist, vor einem Gericht verhandelt wird, das nach jüdischem Recht urteilt, gilt nur dann, wenn das Staatsgesetz eine solche rabbinische Gerichtsbarkeit zulässt. Dies trifft im Staat Israel auf den privatrechtlichen Bereich zu. Jüdisch-orthodoxe Bürger nutzen diese Möglichkeit und wenden sich an solche Schiedsgerichte, an denen sich die rabbinischen Schiedsrichter an der Halacha orientieren.

⁵ Vgl. *Menachem Elon*, *Jewish Law. History, Sources, Principles*, Vol. 1–4, 1994, Vol. 2, S. 678–779 (Communal Enactments). Vgl. auch *ders.*, *Power and Authority. Halachic Stance of the Traditional Community and its Contemporary Implications*, in: *Jewish Law and Legal Theory*, hg. von Martin P. Golding, 1993, S. 399–429.

- 2 Will man sich bei der Fülle dieser unterschiedlichen Ansätze in systematischer Weise Zugang zur Erschließung des Verhältnisses zwischen Staat und Religion verschaffen, ist eine Klärung in zweierlei Hinsicht erforderlich: (1.) ob und wie einerseits auf der rechtlichen Ebene zwischen beiden „Systemen“ (Religion und Staat) zu differenzieren ist, und (2.) wie sich auf theologischer Ebene andererseits jüdische Religiosität und politische Machtausübung zueinander verhalten.

- 3 In institutioneller, rechtlicher (= halachischer) Hinsicht ist eine scharfe und prinzipielle Trennung zwischen Politik und Religion ausgeschlossen. Besteht die jüdische Religion aus einem System göttlicher Gesetze, die die Grundlage eines Staates bilden, so muss eine wie auch immer geartete theokratische Verfassung die Grundlage für diesen Staat bilden. Das Konzept eines dem Gedanken der Theokratie verpflichteten Staates wurde aber, wie noch zu zeigen sein wird, im rabbinischen Rechtsdiskurs stark relativiert. Das rechtstheoretische Interesse der Rabbinen, die Grenzen des theokratischen Paradigmas aufzuzeigen, hängt mit dem theologischen Problem zusammen, das aus einer Verpflichtung zur Wahrung bestimmter Ideale jüdischer Religiosität herrührt. Mit der Idee der Offenbarung des (göttlichen) Gesetzes artikuliert sich das theologische Dogma von Gott als Herrscher eines jüdischen Staates. Von seiner Herrschaft gilt jedoch, dass sie immer auch dann transzendent bleiben soll, wenn Gott seine Herrschaft an ausgewählte Repräsentanten delegiert. Dies darum, weil nach der im Judentum vorherrschenden Überzeugung der Mensch, obwohl er im Ebenbild Gottes geschaffen ist und sich Gott durch sein Handeln nähert, immer Mensch bleibt. Eine Anmaßung, die darüber hinausgeht, ist grundsätzlich verwerflich. Wie lässt sich aber unter dieser Voraussetzung der in den Gesetzen der Tora manifestierte göttliche Wille in politisch pragmatischer Weise dergestalt übersetzen, dass das Postulat der Transzendenz Gottes erhalten bleibt? Nimmt man die Metapher Gottes als alleinigen Herrscher im Staat seines auserwählten Volkes ernst, so ergibt sich daraus, wenn man die politisch-realistische Prämisse der Vergegenwärtigung der Idee Gottes durch eine entsprechende Repräsentation im Diesseits ins Spiel bringt, eine Dialektik der Selbstaufhebung der Transzendenz Gottes. Die Metapher der Herrschaft Gottes, ausgedrückt in pragmatischen Parametern, bedeutet freilich die Inanspruchnahme der politischen Macht durch eine Person oder eine Gruppe von Menschen, die sich als Repräsentanten oder Stellvertreter zur Realisierung des göttlichen politischen Planes bzw. dessen politischen Willens verstehen. Da aber die Gruppe dieser Stellvertreter in besonderer Weise eine

Vorbildfunktion im Volk innehat, die darin besteht, die Idee einer göttlichen transzendenten Instanz zu verbreiten, muss diese Gruppe ihre eigene politische Macht, die sie in Wirklichkeit beansprucht, gleichzeitig negieren. Die Idee der Gottesherrschaft scheint in eine Aporie zu münden, die sich im selbstwidersprüchlichen Paradigma der Stellvertretung äußert: Der Stellvertreter oder der Beauftragte Gottes soll eine politische Instanz vertreten und verkörpern, die er aufgrund der Gefahr der Aufhebung der Grunddifferenz zwischen Gott und Mensch nicht vertreten und verkörpern darf.

2. Grundlagen rabbinischer Rechtsmethodologie im Horizont der politisch-theoretischen Frage nach dem theokratischen Gedanken

a) *Das rabbinische Selbstverständnis: Gott und seine „Stellvertreter“*

Eine Lösung für diese Aporie besteht darin, Korrektive für das Stellvertretungsparadigma einzubauen, d.h. die Frage nach der Verhältnisbestimmung zwischen Gott und seinem Stellvertreter bzw. seinen Stellvertretern zu modifizieren. Selbstredend verstanden sich die Rabbinen dazu berufen, das offenbarte Gesetz für sich und für die jüdische Gemeinschaft im Allgemeinen verbindlich zu formieren und zu implementieren. Aber verstanden sie sich selbst dadurch als die Repräsentanten Gottes auf Erden, die dazu verpflichtet sind, das Wort Gottes auf eine wie auch immer geartete prophetische Weise zu verkünden? Dass die Antwort negativ ausfällt, bezeugt anschaulich eine talmudische Erzählung einer Debatte, welche die rabbinischen Gelehrten in der Gründungszeit ihrer Elite nach der Zerstörung des Tempels 70 n. d. Z. geführt haben.⁶ Demgemäß haben die Rabbinen an einem für ihre kollektive Erinnerung politisch bedeutenden Tag, an dem viele Reformen im rabbinischen Lehrhaus in Jabne (= Jamnia) eingeführt wurden,⁷ auch ein prägendes Machtwort gegen den ranghohen Rabbi *Elieser*, Sohn des *Hyrkanos*, gesprochen, der seine

4

⁶ Über die Anfänge der rabbinischen Bewegung vgl. *Stemberger*, Einleitung in Talmud und Midrasch (o. Fn. 1), S. 11–15 und die darin enthaltenen Literaturangaben (S. 11). Vgl. auch *Hayim Lapin*, *Rabbis as Romans. The Rabbinic Movement in Palestine, 100–400 CE*, 2012, S. 49–52.

⁷ Über die Reformen an diesem Tag erzählt der Talmud im Traktat *Berahot* 27b–28a (o. Fn. 1), Bd. I, S. 119–122. Vgl. dazu *Menachem Fisch*, *Rational Rabbis: Science and Talmudic Culture*, 1997, S. 63–110.

Rechtsansicht in charismatischer und unzulässiger Art durchsetzen wollte. Es wird berichtet⁸:

- 5 „[...] An jenem Tage machte R. Elieser alle Einwendungen der Welt, man nahm sie aber von ihm nicht an. Hierauf sprach er: Wenn sich die Halacha nach mir richtet, so mag es dieser Johannisbrotbaum beweisen! Da rückte der Johannisbrotbaum hundert Ellen von seinem Orte fort; manche sagen: vierhundert Ellen. Sie aber erwiderten: Man bringt keinen Beweis von einem Johannisbrotbaume. Hierauf sprach er: Wenn sich die Halacha nach mir richtet, so mag dies dieser Wasserarm beweisen! Da trat der Wasserarm zurück. Sie aber erwiderten: man bringt keinen Beweis von einem Wasserarm. Hierauf sprach er: Wenn sich die Halacha nach mir richtet, so mögen dies die Wände des Lehrhauses beweisen! Da neigten sich die Wände des Lehrhauses [und drohten] einzustürzen. Da schrie sie R. Jehoshua an und sprach zu ihnen: Wenn die Gelehrten einander in der Halacha bekämpfen, was geht dies euch an! Sie stürzten hierauf nicht ein wegen der Ehre R. Jehoshuas und richteten sich auch nicht gerade auf wegen der Ehre R. Eliesers; sie stehen jetzt noch geneigt. Hierauf sprach er: Wenn sich die Halacha nach mir richtet, so mögen sie dies aus dem Himmel beweisen! Da erscholl eine Himmelsstimme und sprach: Was habt ihr gegen R. Elieser; die Halacha ist stets wie er. Da stand R. Jehoshua auf [seine Füße] und sprach: Sie ist nicht im Himmel [Dtn 30, 12]. Was heißt: sie ist nicht im Himmel? R. Jirmeja erwiderte: Die Tora ist bereits vom Berge Sinai her verliehen worden. Wir achten nicht auf die Himmelsstimme, denn bereits hast Du am Berge Sinai in die Tora geschrieben: nach der Mehrheit zu entscheiden [Ex 23, 2]. R. Nathan traf Elijahu und fragte ihn, was der Heilige, gepriesen sei er, in dieser Stunde tat. Dieser erwiderte: Er schmunzelte und sprach: meine Kinder haben mich besiegt, meine Kinder haben mich besiegt.“

- 6 Zwischen Gott und den Rabbinen besteht demnach kein einfaches Verhältnis der Stellvertretung. Die Rabbinen begreifen ihre Rechtsarbeit gerade so, als konkurrierte sie mit jenen Vorstellungen der Verbreitung des Gesetzes Gottes, welche vom Paradigma der Stellvertretung ausgehen. Die Rabbinen verstehen sich als Rechtsgelehrte, deren Arbeit auf Grundlage einer Methodologie basiert, die keinen Platz für göttliche Inspiration bzw. für unbegründete Intuition in der Rechtsfortbildung lässt. Ein direkter Zugang zur Erkenntnis des göttlichen Willens wird versagt. Die Macht, die den Rabbinen nach ihrem Verständnis zusteht, ist lediglich die Kraft der Entscheidung über Rechtsfragen, die sich im Kontext der *traditio* der göttlichen Rechtstradition stellen. Diese Entscheidungsbefugnis wird aber nicht willkürlich realisiert; sie hat sich an einer Argumentation und Verfahrensregel (hier das Mehrheitsprinzip) zu orientieren.

⁸ Vgl. Babylonischer Talmud, Baba Metzia 59b (o. Fn. 1), Bd. VII, S. 637–638.

b) *Das Traditionsdogma und das Ethos der Argumentation:
Diskursive Fortschreibung des tradierten Rechts*

Eine religiöse Rechtskultur wie die rabbinische, die sich in ausgeprägter Weise als Argumentationskultur entwickelt hat, stellt ein Korrektiv für eine rechtspolitisch theokratische Ideologie dar. Das Argumentationsparadigma sprengt den Rahmen einer strengen hermeneutischen Methodologie, aus der – gemäß ihrer konservativen Grundhaltung – lediglich eine auf die Rekonstruktion des göttlich Offenbarten abgestellte Leistung in der Rechtsarbeit erfolgen soll. Ein solcher reduktionistischer Ansatz, der auf der rechtsmethodologischen Ebene mit der theokratischen Idee korreliert und Rechtsarbeit so vorsieht, als erschöpfe sie sich in der Erschließung einer schon gegebenen göttlichen Wahrheit, liegt zunächst dem rabbinischen Dogma von den zwei Torot zugrunde. Gemäß diesem beinhaltet die sinnaitische Offenbarung mit ihrer doppelten Erscheinung, einer schriftlichen Tora mit einer übermittelten mündlichen Erklärung, das Gesetz in vollendeter Weise. Insofern steht den Gelehrten nichts anderes zu, als das zu explizieren (bzw. in Erinnerung zu rufen), was immer schon vorgegeben war. Dieses Dogma hat fraglos theokratische politisch-theoretische Implikationen für eine Regierungsform, die sich auf derartig verstandener Rezeption des Gottesrechts gründet. Aber die dogmatische Lehre von der Herkunft aller mündlichen Traditionen aus einer Quelle vergangener Offenbarung haben die Rabbinen ironisiert. Sie erzählen, wie *Moses* dem Hin und Her der Argumentation im Lehrhaus von Rabbi *Aqiva* nicht folgen konnte⁹, und sind sich dessen bewusst, dass eine bestimmte Form des Umgangs mit der Schrift, die sie als *Derash* bezeichnen, weit über das hinaus geht, was dem Schriftsinn gemäß seinem ursprünglichen Äußerungssinn unterstellt werden kann.¹⁰

Das Traditionsdogma, das alle Beiträge der Gelehrten zur Rechtsbildung auf die einmalige Offenbarung des Gesetzes am Sinai zurückführt, wertet die Dynamik der Überlieferung so aus, als existiere sie nicht. Dabei wird gerade dadurch, dass man die Existenz von Er-

⁹ Vgl. Babylonischer Talmud, Traktat Menachot 29b (o. Fn. 1), Bd. X, S. 486–487.

¹⁰ Die Rabbinen unterscheiden grundsätzlich zwischen dem einfachen Sinn des biblischen Textes (*Peshat* = einfach) und dem darüber hinausgehenden, oft weit hergeholten, keinen syntaktischen Regeln folgenden *Derash* (von der Wurzel *d-r-sh* = suchen, forschen, auslegen). Vgl. dazu *David Weiss Halivni*, *Peshat and Derash. Plain and Applied Meaning in Rabbinic Exegesis*, 1991, S. 3–22.

neuerungsprozessen verneint, auf diese verwiesen. Die Seele des talmudischen Intellektuellen sehnt sich jedoch nach *Chidush* (Erneuerung). Die hermeneutischen Ergebnisse der rabbinischen Auseinandersetzung mit der heiligen Schrift geben nicht wieder, was die Absicht des Autors war. Die Orientierung an der *intentio operis* ermöglicht es, die Midrash-Methode so anzuwenden, dass bei der Schriftanalyse im hermeneutischen Spiel Wertvorstellungen mit berücksichtigt werden können.¹¹ Verbindliche Texte werden durch die Rabbinen zuweilen so kommentiert, dass der Kommentar die Form eines Diskurses (im habermasschen Sinn) annimmt.¹² Aus einer handlungstheoretischen Perspektive lässt sich zeigen, wie rabbinische Kommentare, in denen die Frage nach dem Geltungsanspruch des Tradierten thematisiert wird, als kommunikative Leistungen zu werten sind. Geschieht das, so wird der Kommentar auf die Ebene des Diskurses überführt, in dessen Rahmen die Auseinandersetzungen mit dem Sinn des Tradierten als kommunikative Leistungen zu werten sind, die als intersubjektive Verständigungen über den Sinn des schriftlich oder mündlich Tradierten gesehen werden. Im Diskurs werden Geltungsansprüche thematisiert. Die in der Tradition fixierten „Texte“ werden mittels darin artikulierter Geltungsansprüche einer normativen Überprüfung unterzogen. Soweit das geschieht, lassen sich die Fragen nach dem Verstehen der Texte von Fragen nach dem Einverständnis nicht ganz trennen. Die Verknüpfung des exegetischen Anliegens mit dem diskursiven hat besonders im Talmud seinen ausgeprägten Ausdruck gefunden.¹³

c) *Entwicklung des Rechts durch Rechtssetzung*

- 9 Die starke Orientierung am überlieferten Text in der rabbinischen Rechtskultur bedeutet freilich nicht, dass in der rabbinischen Rechtsdogmatik allein die Interpretation verbindlicher Texte als die einzig zulässige Quelle für die Rechtsfortbildung vorgesehen ist. Für die Vervollständigung der Gesetzeslage bzw. deren Korrektur und

¹¹ Vgl. *Moshe Halbertal*, *Interpretative Revolutions in the Making. Values as Interpretative Considerations in Midrashei Halakhah* (Heb.), 1999.

¹² In einem Aufsatz habe ich diesen Aspekt ausführlich besprochen. Vgl. *Ronen Reichman*, *Kommentare als diskursive Einheiten in der rabbinischen Literatur. Beispiele aus Midrash, Mishna und Talmud*, in: *Kommentare in Recht und Religion*, hg. von David Kästle / Nils Jansen, 2014, S. 99–124.

¹³ Zu dieser Problematik vgl. *Ronen Reichman*, *Abduktives Denken und talmudische Argumentation*, 2006, insbesondere § 22, S. 106–113.

Modifizierung bieten sich auch Ergänzungen durch Gewohnheitsrecht¹⁴, Präjudizien¹⁵, vernünftige Überlegungen¹⁶ und Rechtssetzung¹⁷ an. Die Orientierung am Gewohnheitsrecht (*Minhag*) ist in der jüdischen Rechtstradition tief verwurzelt. Die Anerkennung, die dem Brauch zugesprochen wird, kommt in der zugespitzten Formulierung „Brauch hebt die Halacha auf“ zum Ausdruck.¹⁸ Mit solchen Akzentuierungen wird die soziale Geltung betont, die den lebensweltlichen Praktiken in der jüdischen Gemeinde zukommen. Damit wird ein Potenzial eines demokratisch strukturierten Entscheidungsfindungsprozesses freigelegt.

Für den politischen Zusammenhang des Religionsgesetzes ist insbesondere der Hinweis auf die von den Rabbinen häufig in Anspruch genommene Kompetenz wichtig, rechtssetzend (gleichsam legislativ) in das Programm göttlicher Gesetzgebung mittels Verordnungen (*Taqqanot*) und Dekreten (*Gezerot*) einzugreifen, die vom Beginn der Formation der rabbinischen Bewegung bis heute zur Rechtsfortbildung maßgeblich beigetragen haben.¹⁹ Die rabbinische Rechtsdogmatik geht von der Grundunterscheidung zwischen biblisch begründeten Normen (*deOraita*) und rabbinisch begründeten Normen (*deRabbanan*) aus. Für letztere dienen die Worte in Dtn 17, 11 als Legitimationsgrundlage: „An die Weisung, die sie dir geben, und an das Urteil, das sie dir sagen, sollst du dich halten, so dass du davon nicht abweichst weder zur Rechten noch zur Linken.“ Diese in der Tora an das oberste Gericht in Jerusalem verliehenen Weisungsbefugnisse konstituieren die rabbinische Autorität. Die Rabbinen sehen im biblischen Gesetz in Dtn 17, 8–13 eine Ermächtigung, die an sie die Kompetenzen delegiert, das Gesetz fortzuschreiben. Die Gehorsamsforderung „Du sollst nicht abweichen“ (לא תסור = *lo tasur*) wird zu einer quasi verfassungsrechtlichen Delegationsklausel von legalen Machtkompetenzen, von denen die Rabbinen nebst ihrer diskursiv-hermeneutischen Leistungen Gebrauch machen. Die so artikuliert juristisch-formalistische Begründung löst das charismatische Modell

10

¹⁴ Vgl. *Elon*, Jewish Law (o. Fn. 5), S. 880 ff.

¹⁵ *Elon*, ebd., S. 945 ff.

¹⁶ *Elon*, ebd., S. 987 ff.

¹⁷ *Elon*, ebd., S. 477.

¹⁸ Vgl. Jerusalemer Talmud, Baba Metzia 7, 1 (27b). Vgl. dazu in der englischen Ausgabe: *The Talmud of the Land of Israel*. Translated by Jacob Neusner, Vol. 29, 1984, S. 155. Zur Bedeutung dieser Regel vgl. *Elon*, Jewish Law (o. Fn. 5), S. 905–909.

¹⁹ Dies ist etwa mit dem Konsens (*Idschma* = Konsensentscheidung) im islamischen Recht vergleichbar.

der Autorität ab. Nicht ein Ausfluss göttlicher Wahrheit verbürgt die Autorität der Weisen, sondern ein verfassungsrechtlicher Setzungsakt.²⁰

- 11 Zum Teil greifen die Rabbinen auf diese Kompetenz zurück, um im Sinne des teleologischen Prinzips „einen Zaun um die Tora“²¹ zu ziehen und damit erschwerende Schutzmaßnahmen zu treffen, die dem Erhalt des biblischen Rechts dienen. Die Rabbinen machen von diesen legislativen Kompetenzen Gebrauch, um sogar biblische Normen zu unterwandern. In solchen Fällen, in denen eine rabbinische Rechtsentscheidung direkt oder indirekt gegen die göttliche Vorschrift verstößt, genügt die so genannte Kompetenzklausel in der Tora nicht. Für solche Problemfälle haben die Rabbinen ihre Autorität weiter ausgedehnt. Es gilt die Kompetenzregel בית דין מתנין לעקור דבר („Das Gericht darf eine Anordnung treffen und dabei eine biblische Vorschrift aufheben“),²² welche im Diskurs unter folgenden Einschränkungen akzeptiert wurde: Die Aufhebung einer biblischen Vorschrift durch das Gericht ist grundsätzlich dann möglich, wenn sie passiv geschieht, d.h. wenn die rabbinische Verordnung zur Unterlassung einer biblischen Vorschrift führt.²³ Im aktiven Sinn dürfen die Rabbinen eine Verordnung, die direkt gegen biblisches Recht verstößt, nur dann erlassen, wenn ihre Anwendung zeitlich begrenzt ist.²⁴ Als exemplarisches Beispiel für eine derartige Maßnahme dient die Darbringung von Opfern durch den Propheten *Elija* auf dem Berg Karmel im Kampf gegen den Götzendienst zu einem Zeitpunkt, zu dem die Opferung auf Bühnen verboten war.²⁵ Weitere Differenzierungen finden sich auf der Ebene der Beschränkung dieser Regel im privatrechtlichen Teil der Halacha.

²⁰ Über diesen Aspekt der Legitimierung rabbinischer Autorität vgl. *Ronen Reichman*, Aspekte institutioneller Autorität in der rabbinischen Literatur, in: *Der Odem des Menschen ist eine Leuchte des Herrn*, hg. von dems., 2006, S. 27–43.

²¹ Vgl. Mishna, Traktat Avot 1, 1 (o. Fn. 1), Bd. IV, S. 327.

²² Vgl. Babylonischer Talmud, Jevamot 90b (o. Fn. 1), Bd. IV, S. 634.

²³ So beispielsweise im Fall der rabbinischen Verordnung, dass das biblisch obligatorische Blasen des Schofar an einem Neujahrstag, welches auf Shabbat fällt, deshalb zu unterlassen sei, weil man befürchtet, dass die Einhaltung dieser Praktik zum Verstoß gegen das Verbot führen kann, Gegenstände am Shabbat zu transportieren.

²⁴ Dafür verwenden die Rabbinen den Begriff *hora'at sha'a* (eine zeitlich begrenzte Verfügung).

²⁵ Vgl. die biblische Erzählung in 1 Kön 18.

Solche Differenzierungen führten zu keiner endgültigen Lösung der Frage, inwieweit es den Rabbinen erlaubt ist, dem göttlichen Gesetz zuwiderlaufende Entscheidungen in das System der Halacha einzugliedern. Die dem rabbinischen Rechtsdiskurs inhärente Spannung zwischen dem biblischen Recht und den rabbinischen Korrekturen offenbart zumindest, in welcher Weise die Prämissen theokratischen Selbstverständnisses hinterfragt wurden.

12

*d) Institutioneller Dualismus:
Formelles Recht versus informelles Recht*

In Fällen, in denen die Rabbinen dem biblischen Recht zuwiderlaufende rechtsfortbildende Maßnahmen treffen, sei es durch Gesetzgebung, sei es durch richterliche Tätigkeit, agieren sie rechtspolitisch: Sie treffen Rechtsentscheidungen entsprechend situativen Erfordernissen ohne Rücksichtnahme auf den Geltungsanspruch des tradierten Rechts. Mit dieser Art rechtlichen Handelns setzen sie sich über das Postulat der Gesetzesbindung hinweg, handeln und urteilen mehr oder weniger unabhängig davon. Die gerichtliche Praxis, die im Talmud zum Teil dokumentiert ist, zeugt von dieser Weise der Rechtsanwendung.

13

Soweit die Rabbinen von ihren legislativen Kompetenzen Gebrauch machen oder als Richter rechtssetzend handeln, indem sie jenseits der Gesetzeslinie Urteile fällen, verkörpern sie mit ihrem Tun eine politische Instanz, der ein eigenständiger Entscheidungsspielraum zuerkannt wird. Damit wird ein grundlegendes Strukturmerkmal rechtspolitischen Denkens in der Halacha ersichtlich, demgemäß die Halacha nebst dem eigentlichen Din Tora (dem biblischen Recht) einen Spielraum für informelles Recht zulässt – und zwar mit der polit-theoretischen Implikation, dass eine Anerkennung dieses informellen Rechts die Anerkennung einer politischen Macht nach sich zieht, deren Träger auch nichtrabbinische Rechtsgelehrte sein können. Mittelalterliche Rechtsgelehrte wie R. *Shelomo ben Adret* und sein Schüler R. *Nisim Gerondi* haben solche Ansätze in ihren Schriften expliziert. Exemplarisch realisiert sich der Rekurs auf das informelle Recht in Fällen, in denen dem Prozessrecht in seiner formellen Gestalt die Verfolgung von Unrecht so eingeschränkt ist, dass eine Zuhilfenahme nur über Abweichung davon möglich ist.

14

Als sich die Gemeindevorsteher einer spanischen Gemeinde im 13. Jahrhundert mit der grundsätzlichen Frage an R. *Shelomo ben*

15

*Adret (RaShBa)*²⁶ gewandt haben, ob ihnen die bekannten Restriktionen, die das jüdische Strafprozessrecht bei der Beweisführung im Zuge der Strafverfolgung vorsieht, obliegen, äußert er sich dazu in klaren Worten:

- 16 „Solche Angelegenheiten scheinen mir einfach zu beantworten; ihr dürft tun, was ihr für richtig haltet, denn alle von euch genannten Einschränkungen gelten nur für einen Gerichtshof, der nach den Bestimmungen der Tora verfährt, wie der Sanhedrin und ähnliche [Gremien], aber derjenige, der für die staatliche Ordnung zuständig ist, verfährt nicht strikt nach den in der Tora geschriebenen Gesetzen, sondern gemäß dem, was er tun soll, wie es die Zeit erfordert und nach der Autorisation der Regierung.“²⁷
- 17 R. *Shelomo* unterscheidet zwei Verfahrensweisen der gerichtlichen Verhandlung. Nur für den Gerichtshof, der nach den Bestimmungen der Tora verfährt, gilt das Gesetzesbindungspostulat samt allen genannten prozessrechtlichen Einschränkungen. Dabei ist die Formulierung „ein Gerichtshof, der nach dem Tora-Gesetz strikt verfährt“ nicht so zu verstehen, als handle es sich um ein bestimmtes Gremium, das sich durch seine besondere Zusammensetzung von anderen gerichtlichen Versammlungen im Hinblick auf die ihm zugewiesenen Kompetenzen unterscheidet. Vielmehr wird damit – wie dies aus dem Gesamtzusammenhang des Responsums hervorgeht – auf ein bestimmtes Verfahren der Rechtsgewinnung verwiesen. Dieses ist für das rabbinische Gericht, sollten keine besonderen Gründe für eine Abweichung von der Norm vorliegen, bindend. Dass die Rabbinen selbst befugt waren, solche vom *ius strictum* abweichenden Entscheidung zu treffen, kann R. *Shelomo* mit dem Verweis auf eine bekannte talmudische Stelle begründen:
- 18 „Ebenso wurde gesagt: ‚man ist befugt, Geißelung und [Todes-]Strafe zu verhängen, auch abweichend von dem, was rechtens ist, nicht um die Worte der Tora zu übertreten, sondern um einen Zaun um die Tora zu errichten. Einst ritt jemand zur Zeit der griechischen [Oberherrschaft] auf einem Pferde am Shabbat; da brachte man ihn vor das Gericht und man steinigte ihn. Nicht etwa, weil die Halacha es vorsieht, sondern weil es die Zeit erforderte.“²⁸
- 19 Ähnlich wie hier im Fall der Rechtsanwendung räumen die Rabbinen der Gemeinde weitgehende Befugnisse für eine nichtrabbinische

²⁶ Rabbi *Shelomo ben Adret* lebte und wirkte in Barcelona im 13. Jh. und zählte zu den größten rabbinischen Autoritäten seiner Zeit.

²⁷ Vgl. seine Responsen-Sammlung: *She'elot weTeshuvot haRashba* (Heb.), 4. Teil, 1960, Nr. 311.

²⁸ Vgl. ebd. und Babylonischer Talmud, *Jevamot* 90b (o. Fn. 1), Bd. IV, S. 634.

Legislative ein. Viele Gemeindeverordnungen von höherem Rang (d. h. solche, deren Verbindlichkeit sich über die Grenze lokaler Gemeinden erstreckte) fanden Eingang in den Korpus des materiellen Normsystems der Halacha.

II. Staatstheoretische Folgerungen

1. Dyarchie anstelle von Theokratie

Das Pendeln zwischen rechtskonformen Entscheidungstätigkeiten und darüberhinausgehendem, politisch begründetem Handeln schafft die Grundlage für eine politische Theoriebildung. Ihre Grundprämisse besteht darin, der Domäne politischen Handelns gegenüber dem Wirkungsbereich des Religionsgesetzes Eigenständigkeit zuzuweisen, was einem theokratischen Verständnis von einem symbiotischen Verhältnis zwischen Politik und Religion gänzlich zuwider läuft. Die Dichotomie zwischen der hermeneutisch-diskursiven Möglichkeit, das Recht fortzubilden, und der rechtspolitischen Handhabung, dies in rechtssetzender Weise zu realisieren, konstituiert ein duales System des Rechts, das auf der staatstheoretischen Ebene mit einer relativen Trennung zwischen Staat und Religion einhergeht.

20

Nach diesem rechtspolitischen Ansatz wird der „jüdische Staat“ als eine Art Dyarchie konzipiert, in dem zwei Instanzen nebeneinander die Macht teilen. Demnach verkörpert die eine von der rabbinischen Trägerschaft repräsentierte Instanz die Domäne religiöser Autorität, während die andere Instanz in der Gestalt eines Königs den Bereich staatlich-weltlicher Macht darstellt. Diese Dualität gilt analog zu Selbstorganisationen jüdischen Lebens in der Diaspora. Die Funktion, die dem König im jüdischen Staat zukommt, hat der Patriarch (*Nasi*) in Palästina während der Herausbildung der rabbinischen Bewegung nach der Zerstörung des Zweiten Tempels 70 n. d. Z. eingenommen; in Babylonien fungierte in den folgenden Jahrhunderten der Exilarch als Verkörperung der weltlichen Herrschaft für die jüdische Gemeinde. In der nachtalmudischen Zeit organisiert sich jüdisches Leben um lokale Gemeinden, deren Vorsteher unter den gegebenen historischen Konstellationen die Führung übernehmen. Auch eine demokratisch gewählte Regierung wie im Staat Israel kann grundsätzlich diese zweite anerkannte weltliche Funktion verkörpern. Gemäß diesem doppelherrschaftlichen Modell besteht zwischen beiden Machträgern keine Arbeitsteilung, welche die judikati-

21

ve Gewalt in die Hände der religiösen Machttträger legen würde, während die andere Staatstätigkeit der weltlichen Instanz überlassen wird. Es geht vielmehr um eine Verdoppelung der Funktionen: Ein religiöses Gericht neben einem staatlichen, eine mit gesetzgebenden Befugnissen ausgestattete Versammlung von im göttlichen Gesetz ausgebildeten Gelehrten und ein königliches oder anders strukturiertes Regiment, das stärker für die aktuellen Belange des gesellschaftlichen Lebens zuständig ist.

2. Das Königsgesetz

22 Das dyarchische Herrschaftsmodell findet seine Bestätigung in der „positiven“ Rezeption des Königsgesetzes in Dtn 17, 14–20. Das biblische Gesetz erkennt zwar die Möglichkeit einer Monarchie an, es handelt sich jedoch um eine optionale Norm, die sich realisieren lässt, wenn das Volk – was aber nicht (unbedingt) wünschenswert ist – nach einem König verlangt.²⁹ Im rabbinischen Judentum hat sich zur Frage der Monarchie eine andere politische Auffassung herausgebildet und eine andere Leseweise von Dtn 17, 14–15 eingebürgert: Ein König soll eingesetzt werden.³⁰ Die Auffassung, es sei eine

²⁹ Das Königsgesetz in Dtn 17 ist im Zusammenhang mit 1 Sam 8 zu lesen. Dort äußert das Volk den Wunsch nach einem König. Gott und sein Prophet, Samuel, lassen das unwillig zu. Damit beginnt die Geschichte der Monarchie in Israel. Dtn 17, 14–20 scheint auf diesem Zugeständnis aufgebaut.

³⁰ Die Rabbinen gehen bei der Interpretation der Worte in Dtn 17, 14–15 von mehreren unterschiedlichen Leseweisen aus. Der Bedingungssatz in Dtn 17, 14 kann einmal wie folgt gelesen werden: „Wenn du in das Land kommst, das dir Gott, dein Gott, geben wird, und es einnimmst und darin wohnst und dann sagst: ‚Ich will einen König über mich setzen, wie ihn alle Völker um mich her haben‘, so sollst du den zum König über dich setzen [...]“. In diesem Sinne gilt das Gesetz über den König lediglich für den Fall, wenn das Volk die Errichtung eines Königtums begehrt. Die Worte „und [wenn du] dann sagst: ‚Ich will einen König über mich setzen.‘“ lassen sich jedoch auch so lesen: „und dann sollst du sagen: ‚Ich will einen König über mich setzen.‘“ Demnach wird die Einsetzung des Königs beim Eintreten der Bedingung der Landnahme zur Pflicht. Hervorgehoben werden zur Begründung dieser Leseweise auch die Worte im anschließenden Vers: „Setzen sollst du über dich einen König“ (שָׂם מֶלֶךְ עָלֶיךָ מֶלֶךְ). Mit der *figura etymologia* שָׂם מֶלֶךְ wird der Pflichtcharakter der Anweisung – so nach Richtlinien rabbinischer Hermeneutik – unterstrichen. Zur rabbinischen Diskussion über die Verbindlichkeit des Königsgesetzes vgl. Sifre Deuteronomium § 156 (vgl. in der deutschen Übersetzung von Hans Bietenhard, Der tannaitische Midrasch Sifre Deuteronomium, 1984, S. 413) und Babylonischer Talmud, Sanhedrin 20b (o. Fn. 1, Bd. VIII, S. 534). Rabbi *Nehorai* vertrat bei dieser Debatte im Unterschied zur Ansicht der bekannten rabbinischen Autoritäten Rabbi *Jehuda* und Rabbi

Pflicht, einen König einzusetzen, hat sich in pharisäisch-rabbinischen Kreisen trotz einer monarchie-kritischen Tradition, die in den Zeiten des Zweiten Tempels (entstanden unter persischer Herrschaft um 515 v.d.Z.) nicht selten war, mitunter auch aus pragmatischen Gründen durchgesetzt.³¹ Wie ihre Vorfahren, die Phariseer, mussten sich die Rabbinen mit einer politischen Realität abfinden, in der ihre eigene Machtstellung unter der Fremdherrschaft von vornherein beschränkt war. Eine partielle Anerkennung politischer, von religiöser Autorität unabhängiger Macht war eine pragmatisch orientierte Strategie, die es den Rabbinen ermöglichte, ihre Machtstellung als legitime Vertreter des für die Juden als verbindlich angesehenen Gesetzes in der jeweiligen politischen Konstellation zu behaupten. Derartige Kompromisse mit der Realität, sei es unter hasmonäischer, herodianischer, römischer oder sassanidischer Herrschaft, fanden Eingang in die halachische Tradition und führten zur Modifizierung der Vorstellung über den König und dessen Rolle im idealen Gottesstaat, wie es in den Vorschriften der Bibel skizziert wird. Mit der Anerkennung der Monarchie verbanden die Rabbinen die Idee, dass Religion und Politik trotz der engen Verschränkung nicht in jeder Hinsicht zu verschmelzen sind. Zwar ist der politische Machthaber nach rabbinischer Sicht wie jeder in Israel dem biblischen Gesetz

Jose die monarchiekritische Minderheitsmeinung. Zum Überblick über diese Diskussion vgl. *Heinrich Heinemann*, Das Königtum nach biblisch-talmudischer Rechtsauffassung, in: *Jahrbuch der Jüdisch-Literarischen Gesellschaft* XI (1916), S. 115–140.

³¹ Eine deutliche monarchiekritische Position hat *Josephus Flavius* formuliert, der den Begriff der Theokratie eingeführt hat. In *Antiquitates* IV, 8, 17 (§§ 223–224) paraphrasiert er das biblische Königsgesetz und schreibt wie folgt: „Die beste Herrschaft und Regierungsweise ist die, welche die Edelsten des Volkes ausüben. Ihr sollt also keine andere Staatsverfassung begehren, sondern mit derjenigen zufrieden sein, in der ihr nur die Gesetze über euch habt und nach Vorschrift derselben all euer Thun einrichtet. Als alleiniger Herrscher soll euch Gott genügen. Sollte euch aber das Verlangen nach einem Könige ankommen, so soll derselbe mit euch stammverwandt sein und sich stets die Gerechtigkeit und alle anderen Tugenden angelegen sein lassen. Er soll den Gesetzen und Gott den Vorrang in der Weisheit einräumen und nichts ohne des Hohenpriesters und der Ältesten Rat unternehmen. Er soll auch nicht viele Weiber haben, noch sich an Geldreichtum und großem Pferdebesitz ergötzen, wodurch er leicht die Gesetze als überflüssig zu betrachten und zu verachten verleitet werden könnte. Wenn er aber etwas derartiges beabsichtigt, so sollt ihr ihn hindern, mächtiger zu werden, als es euren Interessen frommt.“ Zitiert aus *Flavius Josephus*, *Jüdische Altertümer*, 4. Buch, 8. Kapitel, Abschnitt 17 in der Textausgabe: *Des Flavius Josephus Jüdische Altertümer*, übersetzt und mit Einleitung und Anmerkungen versehen von *Heinrich Clementz*, I. Bd., Buch I–X, 5. Aufl. 1983, S. 232 f.

unterworfen,³² jedoch gehen schon die alten Quellen von einem Königsrecht aus, das vom biblischen Recht abweicht. Wichtig ist dabei die folgende Quelle: „Besitz, der Personen gehört, die auf Veranlassung des Gerichtshofs hingerichtet wurden, fällt an deren Erben. Besitz, der Personen gehört, die aus Veranlassung des Königs hingerichtet wurden, fällt dem König zu.“³³ Obgleich die Quellen kein eindeutiges Bild vermitteln, wie sich dieses Königsrecht zum biblischen Gesetz verhält, scheint zumindest darüber Klarheit zu herrschen, dass der König sein eigenes Gerichtsbarkeitssystem mit besonderen Normen der Strafverfolgung³⁴ hat. In ähnlichem Sinn explizieren spätere Quellen die eigenen Jurisdiktionskompetenzen des Königs, die darin bestehen, Strafmaßnahmen zu verhängen, die von der Halacha nach strikter Fassung verboten sind.³⁵

23 Die Verfügung über seine eigene Jurisdiktion unterstreicht die Mishna, wenn sie zu Beginn der Ausführungen des Königsgesetzes im zweiten Kapitel des Traktates Sanhedrin festsetzt: „Der König richtet nicht und wird nicht gerichtet; er legt kein Zeugnis ab und man kann wider ihn nicht zeugen.“³⁶

24 Die Gewährung politischer Immunität, von der dieser mishnische Satz spricht, erklärt der Talmud als Folge der großen Beschämung der Institution des Synhedrions, als es unter dem Vorsitz von *Shimon*

³² Vgl. die Rezeption des biblischen Königsgesetzes in Mishna, Sanhedrin 4, 4 (o. Fn. 1), Bd. IV, S. 152. Fordert das Königsgesetz in Dtn 17, 18–19 vom künftigen König, sich eine Torarolle anfertigen zu lassen und stets darin zu lesen, wird dies in der Mishna hervorgehoben. Anschaulich wird in der Mishna, Sota 7, 5 (o. Fn. 1), Bd. III, S. 335–336, die Zeremonie der Lesung aus der Tora durch den König zur Tempelzeit geschildert: „Am Ausgang des ersten Tages des Laubhüttenfestes, im achten Jahr, am Ausgang des siebenten, macht man für ihn [= den König] eine Bühne aus Holz in der Halle. Und er sitzt darauf. Denn es heißt: ‚Am Ende von sieben Jahren zur Festzeit [...]‘ (Dtn 31, 10). Der Synagogendiener nimmt eine Torarolle und gibt sie dem Synagogenverwalter, und der Synagogenverwalter gibt sie dem Vorsteher, und der Vorsteher gibt sie dem Hohepriester und der Hohepriester gibt sie dem König. Der König erhebt sich, nimmt sie in Empfang und liest daraus sitzend. Der König Agrippa erhob sich, nahm sie in Empfang und las stehend: Da lobten ihn die Weisen, und als er zu den Worten gelangte: ‚Du darfst nicht einen Fremden über dich setzen‘ (Dtn 17, 15), da flossen Tränen aus seinen Augen. Da sagten sie zu ihm: Fürchte dich nicht, Agrippa! Unser Bruder bist du, unser Bruder bist du, unser Bruder bist du!“

³³ Vgl. Tosefta, Sanhedrin 4, 6 (o. Fn. 1), Bd. 2, S. 1158.

³⁴ Vgl. auch die Diskussion dazu im Babylonischen Talmud, Sanhedrin 48b (o. Fn. 1), Bd. VIII, S. 654–655.

³⁵ Vgl. *Maimonides*, Mishne Tora, Hilchot Melachim 3, 10.

³⁶ Mishna, Sanhedrin 2, 2 (o. Fn. 1), Bd. IV, S. 150.

ben Shatach den König *Alexander Jannai* (*Jannäus*) als Verantwortlichen für eine Straftat seines Sklaven vorgeladen hat.³⁷ Das Synhedrion zeigte sich – so die Erzählung – als viel zu schwach, um vom König die Einhaltung vorgesehener Verfahrensregeln (stehen, nicht sitzen) zu fordern. Dies führte zum Abbruch des Gerichtsverfahrens und das Synhedrion sah sich gezwungen, sich mit der Realität der Machtverhältnisse abzufinden und in Zukunft von Vorladungen abzusehen.³⁸

III. Fazit: Verlagerung des theokratischen Gedankens auf die messianische Zeit

Die erwähnte Abgrenzung zwischen der königlichen (weltlichen) Instanz und der rabbinischen (religiösen) Gerichtsbarkeit beschränkt der talmudische Kommentar interessanterweise auf nicht-davidische Könige.³⁹ Für Könige aus dem Hause David gilt diese Trennung nicht. Das Königreich David gehört in eine nach rabbinischer Erinnerung glorreiche Vergangenheit, in der in Konformität mit der Tora gerecht regiert wurde. König *David* unterwarf sich dem göttlichen Gesetz und regierte in einem auf dem Fundament der Theokratie gegründeten Staat. Die alten Zeiten sind zwar längst vorbei; doch die Rabbinen hoffen auf ihr Wiederkommen. Die messianische Zeit wird sich vor allem durch eine politische Änderung auszeichnen, bei der die diasporische Zeit an ihr Ende gelangt, Israel wieder politische Souveränität gewinnt und ein messianischer König aus dem Haus David die Regierung übernimmt. In dieser Zeit kehrt auch die Theokratie wieder. Alle bisherigen Erörterungen über die Doppelherrschaft gelten für dieses Leben, in dem Macht missbraucht werden kann. In der real-politischen Arena ist es aus politischen und theologischen Gründen besser, sich von der Theokratie zu distanzieren. Die Hoff-

25

³⁷ Vgl. Babylonischer Talmud, Sanhedrin 19a/b (o. Fn. 1), Bd. VIII, S. 529.

³⁸ Interessant ist, dass *Josephus Flavius* über einen ähnlichen Fall berichtet (Antiquitates, XIV, 9, 4 [§§ 172–177]), nämlich über den gescheiterten Versuch des Synhedrions, den jungen Herodes vorzuladen, um sich für seine in Galiläa verübten Gewalttaten (die Hinrichtung von Räubern [= Rebellen, archelestes]) vor Gericht zu verantworten. Auch bei dieser Machtprobe scheiterte das Synhedrion. Zu dieser Geschichte vgl. *Abraham Shalit*, König Herodes. Der Mann und sein Werk, 2001, S. 42 ff. Die Ähnlichkeiten zwischen beiden Berichten sind weitgehend. Man kann deshalb damit rechnen, dass die Rabbinen bei der Erzählung dieser Geschichte davon ausgingen, dass sie über eine realgeschichtliche Begebenheit berichten.

³⁹ Babylonischer Talmud, Sanhedrin 19a (o. Fn. 1), Bd. VIII, S. 528–529.

nung auf die Tage des Messias können aber als Inspirationsquelle dienen, damit nicht in Vergessenheit gerät, was bei jedem vernünftigen Ausdifferenzierungsprozess vergessen zu werden droht: Die Erinnerung an die Einheit. Mit einer gedanklichen Antizipation einer Zeit, in der ein König aus Fleisch und Blut in der Weise regieren wird, wie es heißt „Und sie [die Gesetzesrolle] sei mit ihm und er lese darin alle Tage seines Lebens [...]“ (Dtn 17, 19), kann man für die politische Gegenwart, für die man die heilsame Differenz zwischen Staat und Religion eingeführt hat, auf eine vernünftige Verknüpfung zwischen diesen beiden Sphären realistisch hoffen.

§ 6

Das Verhältnis von Staat und Religion im islamischen Verständnis

Von Mathias Rohe

I. Einführung	1–6
II. Historische Entwicklung	7–23
1. Die machtpolitische Lage	7–11
2. Rechtliche Festlegungen der Herrschaft	12–18
3. Religion und Recht	19–23
III. Staat und Religion in der islamischen Welt der Gegenwart	24–52
1. Rahmenbedingungen	24–27
2. Islam und demokratischer Rechtsstaat	28–38
3. Die Verfassungslage seit dem 20. Jahrhundert	39–46
4. Gegenwärtige Debatten	47–51
5. Zusammenfassung	52
IV. Das Verhältnis von Staat und Religion außerhalb islamischer Staaten nach islamischem Verständnis	53–54

I. Einführung

„Der Islam ist Staat und Religion zugleich“ – so sehen viele Nicht-Muslime und manche Muslime das Verhältnis von Staat und Religion im Islam. Tatsächlich ist diese Aussage erst neuzeitlich und stellt nur eine unter mehreren Grundhaltungen des Islam dar. Zugleich ist sie vor allem eine zeitgenössische muslimische Reaktion auf vom Westen initiierte staatsrechtliche und gesellschaftliche Entwicklungen.

Ein europäisches Publikum wird leicht geneigt sein, die Entwicklungen in der islamischen Welt mit denjenigen in Europa zu vergleichen und sie am europäischen Standard zu messen. Letzteres wird

problematisch, wenn die spezifische Genese des Verhältnisses zwischen Staat und Religion in Europa als allein gültiger Maßstab angelegt wird: Manche dieser Entwicklungen sind im Islam schon deshalb nicht vorzufinden, weil ihre Ursachen alleine im speziellen Verhältnis zwischen Kirche und Staat liegen. Insbesondere hat der Islam weit weniger intensiv religiöse Institutionen gebildet als das Christentum, so dass die Balance von rechtlicher und gesellschaftlicher Machtverteilung zwischen Staat und Religion nur spezifisch aus der historischen Entwicklung der islamischen Welt heraus zu verstehen ist.

- 3 Zudem wurden bis ins 20. Jahrhundert hinein staatsrechtliche Fragen in der juristischen und sonstigen wissenschaftlichen Literatur in der islamischen Welt nur in vergleichsweise sehr geringem Umfang thematisiert.¹ Alltagspragmatismus dominierte weitgehend den nur theoretischen Geltungsanspruch der Gesetze Gottes als Grundlage der Herrschaftsorganisation. Schon deshalb müssen gegenwärtige Versuche scheitern, aus den Quellen der Vergangenheit ein kohärentes islamisches Herrschaftssystem zu konstruieren. Faktisch lag die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Staat und Religion weitestgehend in der Hand der jeweiligen Herrscher, auch dann, wenn sie nicht Muslime waren. Deshalb wird im Folgenden nicht nur auf die einschlägigen Rechtswerke eingegangen,² die ohne Berücksichtigung der historischen Entwicklung nicht verständlich würden. Die Beschränkung auf die Texte von Rechtsgelehrten griffe auch deshalb zu kurz, weil damit unreflektiert deren Inanspruchnahme der Definiti-

¹ Das fast völlige Fehlen eines funktionsfähigen Staatsrechts moniert z. B. *Abdelmajid Charfi*, *L'islam entre le message et l'histoire*, 2004 (Übers. aus dem Arabischen von André Ferré), S. 168 ff.

² Auf das Zitat arabischsprachiger Originalquellen wird hier verzichtet. Sie sind in den staatsrechtlichen Kapiteln bei *Mathias Rohe*, *Das islamische Recht*, 3. Aufl. 2011, S. 140 ff., 243 ff. nachgewiesen. Als einschlägige Grundlagenwerke sind *Emile Tyan*, *Institutions du droit public musulman*, Nachdruck 1999, insbes. S. 668 ff., 748 ff. und *Rainer Grote / Tilmann Röder* (Hg.), *Constitutionalism in Islamic Countries*, 2012 zu empfehlen. Einen beachtlichen Fundus an übersetztem Quellenmaterial bietet *Tilman Nagel*, *Staat und Glaubensgemeinschaft im Islam*, 1981. Die analytische Systematisierung bleibt allerdings weitgehend dem Leser überlassen; auch leidet der Text an einer essentialisierenden Grundtendenz (z. B. Bd. 1, S. 16), wobei der Autor zu wissen meint, welche Haltung der „gläubige Muslim“ einzunehmen hat. Konzise hingegen auch *Patricia Crone*, *Medieval Islamic Political Thought*, 2005.

Die Transliteration des Arabischen und Persischen erfolgt im Wesentlichen nach den Regeln der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft (DMG). Autor und Titel zitierter Werke werden jedoch in der dort verwendeten Transliteration wiedergegeben. Einige Fachbegriffe sind eingedeutscht, ebenso manche Eigennamen im Fließtext.

onshoheit über die „Islamität“ von Vorschriften akzeptiert würde, obgleich dies keineswegs der Pluralität der Auffassungen im muslimischen Spektrum gerecht würde.

Zudem haben sich einige Staaten mit muslimischer Mehrheitsbevölkerung im 20. Jahrhundert schon grundsätzlich von jeglichem Herrschaftsanspruch islamischer Provenienz gelöst. Dies gilt für Albanien und die Türkische Republik ebenso wie für die ehemals sowjetischen Staaten Zentralasiens und des Kaukasus. Der türkische Laizismus trat mit dem Anspruch an, den „Islam des Koran“ freizulegen und die Türkei von abergläubischem Volksislam und dem legalistischen Gelehrtenislam zu befreien.³ Indonesien⁴ als bevölkerungsstärkstes muslimisches Land oder auch Senegal verzichteten auf vom Islam geprägte Verfassungen.

Schließlich war und ist das Verhältnis von Staat und Religion auch in den Teilen der islamischen Welt, die explizit am islamischen Recht festhalten, in großem Umfang von örtlichen und regionalen kulturellen Gewohnheiten geprägt, die inhaltlich oft weit von der klassischen Lehre abweichen. Das gilt insbesondere in denjenigen Regionen, in denen weiterhin nur schwache staatliche Strukturen bestehen, wie z. B. in den islamischen Staaten des subsaharischen Afrika, im Jemen, in Afghanistan und in Teilen Zentralasiens.⁵

Die folgende Darstellung behandelt zunächst die historische Entwicklung bis ins 19. Jahrhundert, sodann im Schwerpunkt die weiteren Entwicklungen bis in die Gegenwart.

II. Historische Entwicklung

1. Die machtpolitische Lage

Anders als das Christentum war der Islam seit seiner Entstehungszeit auch eine politische Erfolgsgeschichte.⁶ Nach den ersten Offen-

³ Vgl. *Reinhard Schulze*, Geschichte der islamischen Welt im 20. Jahrhundert, 1994, S. 92 m. w. N.

⁴ Vgl. zur dortigen Debatte *Hosen Nadirsyah*, Indonesia, in: Grote/Röder (o. Fn. 2), S. 461 (462 ff. m. w. N.).

⁵ Vgl. nur *N. J. Coulson*, A History of Islamic Law, 1964, S. 135 ff.; *Rohe* (o. Fn. 2), S. 68 ff. m. w. N.

⁶ Zur Geschichte der islamischen Welt vgl. nur die konzisen Darstellungen von *Heinz Halm*, Der Islam: Geschichte und Gegenwart, 11. Aufl. 2018 und *Gudrun Krämer*, Geschichte des Islam, 3. Aufl. 2013 sowie den von *Ulrich*

barungen an den Propheten des Islam *Muhammad* im Jahre 610 geriet die sich in Mekka formierende Gemeinschaft zwar zunächst unter Druck, der gegen 615 zur zeitweiligen Flucht einer Gruppe ins christliche Abessinien führte. Jedoch etablierte sich mit der Auswanderung der jungen islamischen Gemeinde von Mekka nach Medina (Hidschra) im Jahre 622 dort ein politisches Gemeinwesen unter der Herrschaft *Muhammads*.

- 8 Aus dieser Zeit rührt die so genannte „Charta von Medina“, die einige grundlegende rechtliche Regelungen des dortigen Zusammenlebens enthält. Deutlich wird die Oberherrschaft der islamischen Gemeinde, aber auch die Einräumung von bedeutsamen Rechten an Andersgläubige.⁷ Manche Muslime deuten diese Charta als erste Verfassung der Weltgeschichte. Wohl eher wird man von einem Dokument sprechen müssen, das geistige Grundlagen enthält, auf denen sich Verfassungen aufbauen lassen. Zum einen war es auf einen regionalen Geltungsbereich beschränkt; zum anderen lässt sich eine breitere Rezeption bei der modernen Ausarbeitung von Verfassungen nicht nachweisen.⁸
- 9 Bis zum Tode *Muhammads* im Jahre 632 hatte sich fast die gesamte arabische Halbinsel dem neuen Glauben angeschlossen oder wurde seiner Herrschaft unterworfen. In den folgenden Jahrzehnten breitete sich die Herrschaft des islamischen Reichs vom Atlantik bis zum Indus aus. Die nicht-muslimische Mehrheitsbevölkerung konnte in aller Regel an ihrem Glauben festhalten und wurde nicht verfolgt, genoss jedoch weit weniger Rechte als die Muslime. Dies ist trotz mancher Reformen dort so geblieben, wo man sich nicht in Gänze von der Scharia (der islamischen Normenlehre; hierzu ausführlicher in Rn. 19) als Rechtsgrundlage abgewandt hat.⁹

Haarmann herausgegebenen Sammelband zur Geschichte der arabischen Welt, 1987.

⁷ Wiedergegeben in der Muhammadbiographie von *Ibn Ishaq / Ibn Hisham*, Von Mohammed's Geburt bis zum Feldzug gegen die Benu Suleim (Übersetzung von Gustav Weil), 1864, S. 250 ff.

⁸ Vgl. *Grote / Röder* (o. Fn. 2), Introduction, S. 4; *Anver Emon*, Reflections on the "Constitution of Medinah", in: UCLA (University of California, Los Angeles) Journal of Islamic and Near Eastern Law 1 (2001), S. 103 (133). Eine Übersetzung und Kommentierung bietet *S. A. Arjomand*, The Constitution of Medina: A Sociolegal Interpretation of Muhammad's Acts of Foundation of the Umma, in: International Journal of Middle Eastern Studies 41 (2009), S. 555 (562–570).

⁹ Vgl. das Standardwerk von *Antoine Fattal*, Le statut légal des non-musulmans en pays d'Islam, 1958, sowie *Rohe* (o. Fn. 2), S. 153 ff., 257 ff. m. w. N.

Nur zu Lebzeiten *Muhammads* standen weltliche und religiöse Staats- und Gemeindeleitung in Personalunion.¹⁰ Die Auseinandersetzung um die Nachfolge *Muhammads* führte zum bis heute fortbestehenden traumatischen Schisma zwischen Sunniten und Schiiten. Wer sollte Nachfolger (vom arabischen *ḫalifa*, „Kalif“) werden und damit die politische Leitung des sich herausbildenden islamischen Staatswesens übernehmen?¹¹ In den Islamwissenschaften ist es zudem bis heute streitig geblieben, ob das Kalifat neben der unbestrittenen politischen auch eine wie immer geartete religiöse Autorität hatte.¹² Die Entwicklung im 9. Jahrhundert endete mit dem (theoretischen) Sieg der Gelehrten über den kalifalen Anspruch. Im 11. Jahrhundert forderte *al-Dschuwaini* gar, die Kalifen sollten die Rechtsgelehrten wie den Propheten behandeln, weil diese den Mantel des Prophetentums geerbt hätten.¹³ Andererseits wurde dem Kalifen die Kompetenz zugesprochen, die Staatsgeschäfte zu verwalten (Siyasa-Kompetenz). Sie schloss die häufig genutzte Möglichkeit ein, aus der Vielzahl von Scharia-Interpretationen die als geeignet Erscheinende für verbindlich zu erklären, oder auch den möglichen Appell gegen Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen zum Herrscher.¹⁴

Ab der Mitte des 9. Jahrhunderts geriet das Kalifat der Abbasiden-dynastie mehr und mehr in die Hand militärischer Machthaber. Dem Kalifen verblieb nur die nominelle Oberhoheit, die durch zeitweilig zwei Gegenkalifate in Cordoba und Kairo zusätzlich herausgefordert wurde und die mit dem Sturz der abbasidischen Dynastie durch die Mongolen 1258 endete. Parallel zu solchen Entwicklungen bildete sich der Begriff des Sultan (arabisch „Macht, Herrschaft“) heraus,

¹⁰ *Tyan* (o. Fn. 2), S. 111 ff. Vgl. zu historischen und gegenwärtigen Entwicklungen einer Zivilgesellschaft im Islam *Georges Tamer*, Islam und Zivilgesellschaft, in: FS für Hartmut Bobzin zum 60. Geburtstag, hg. von Otto Jastrow / Shabo Talay / Herta Hafenrichter, 2008, S. 403 ff. m. w. N. *Tamer*, ebd. (S. 414) kommt zu dem Schluss: „Die Trennung zwischen dem Religiösen und dem Politischen im Islam setzt also mit dem Ende der prophetischen Epoche ein und wird im späteren Verlauf der Geschichte verstärkt fortgesetzt. Die Behauptung, beide Sphären würden eine Einheit bilden, ist ideologisch motiviert und verkennt die historische Entwicklung des islamischen Staates [...]“

¹¹ Vgl. *Wilferd Madelung*, The succession to Muhammad, 1997; zur Entwicklung der Schia *Heinz Halm*, Die Schiiten, 2. Aufl. 2015; *Rohe* (o. Fn. 2), S. 24 ff. m. w. N.

¹² Vgl. zur Kontroverse *Patricia Crone / Martin Hinds*, God's Caliph. Religious authority in the first centuries of Islam, 1986 m. w. N.

¹³ Nachweise bei *Rohe* (o. Fn. 2), S. 32.

¹⁴ Vgl. *Rohe* (o. Fn. 2), S. 33, 37 m. w. N.

welcher die Position des faktischen und im Gegensatz zum Kalifen alleine weltlichen Machthabers beschreibt. Auch der Begriff des „Amir“ taucht im selben Zusammenhang wie derjenige des „Sultan“ auf.¹⁵ Nach 1258 existierte nur noch ein umstrittenes „Schattenkalifat“ im mamlukischen Ägypten. Erst ab der Neuzeit erlangte das Kalifat in den Händen der Osmanen wieder Herrschaftsgewalt, bis es 1924 endgültig abgeschafft wurde.

2. Rechtliche Festlegungen der Herrschaft

12 Zunächst wurden in den vom oströmischen Reich eroberten Gebieten sowie im vollständig eroberten persischen Sassanidenreich vorislamische Herrschaftsstrukturen in erheblichem Umfang übernommen, einschließlich der weitgehend nicht-muslimischen Bürokratie. Eine Neuorientierung¹⁶ wird erst gegen Ende des 7. Jahrhunderts mit der Münzreform des Kalifen *ʿAbd al-Malik* (regierte 685–705) sichtbar. Nun tragen die Münzen des Reiches die Parole „Es gibt keinen Gott außer Gott, und Muhammad ist der Gesandte Gottes“. Erste staatsrechtliche Literatur begegnet uns erst ab der Mitte des 8. Jahrhunderts. Bis ins 11. Jahrhundert hinein liegen insgesamt nur spärliche Quellen vor. Der Begriff des „Staates“ erscheint erst in der Moderne. Über viele Jahrhunderte bezeichnete der einschlägige arabische Terminus „*daula*“ die „Dynastie“ der Herrscher und allenfalls mittelbar das von ihnen geführte Staatswesen.

13 Die Funktion *Muhammads* als Leiter der Gemeinde sollten seine Nachfolger/Stellvertreter (arabisch Kalif) übernehmen. In der staatsrechtlichen Literatur wird für diese Funktion meist nicht der Begriff „Kalif“ verwendet, sondern derjenige des „Imam“, wobei hier nicht der Vorbeter in der Moschee gemeint ist, sondern das Oberhaupt der muslimischen Gemeinde. Ihm müsse man gehorchen; nicht nur die Vernunft gebiete dies, sondern auch das Recht selbst. Hierfür wird oft Sure 4, 59 zitiert: „Gehorcht Gott, und gehorcht dem Gesandten und denen unter euch, die Befehlsgewalt besitzen!“¹⁷ Es

¹⁵ Nur in der Formulierung „*amīr al-muʾminīn*“ (Beherrscher der Gläubigen) wird er auf den Kalifen bezogen.

¹⁶ Vgl. nur *Aziz Al-Azmeh*, *The Emergence of Islam in Late Antiquity*, 2013, S. 428 ff.

¹⁷ Übersetzung von *Hartmut Bobzin*, *Der Koran*, 2010. Vgl. nur *Abū al-Ḥasan al-Māwardī*, *The Ordinances of Government*, 2006 (ins Englische übersetzt von *Wafaa H. Wahba*), S. 3 ff.

bleibt aber unklar, wer die Letztgenannten sind. In der klassischen Kommentarliteratur werden hier die weltlichen Herrscher (arabisch Amir [amīr], Sultan [sultān]) ebenso genannt wie die Religionsgelehrten oder die Rechtsgelehrten.¹⁸

Unstreitig dürfte auch die religiöse Komponente der mittelalterlichen Herrschaftstheorie sein, allerdings weitestgehend auf der Ebene der Theorie verbleibend. Meinungsverschiedenheiten entstanden vor allem über die Frage, in welcher Person und in welchen Institutionen diese Aufgaben zu erfüllen sind. Der Kalif wurde keineswegs als absoluter Herrscher gesehen; vielmehr erhielt er seine Legitimation primär aus der Erfüllung seiner Aufgaben. Einige Gelehrte nannten ihn explizit den Sachwalter und Stellvertreter der muslimischen Gemeinschaft.¹⁹ Überdies war er zur Beratung (Schura) gehalten.²⁰

In der staatsrechtlichen Literatur des 11. Jahrhunderts wurden die bestehenden Machtverhältnisse nur teilweise reflektiert. Der bedeutende Staatsrechtstheoretiker und oberste Richter von Bagdad *al-Mawardi*²¹ (994–1058) schrieb in seinem Standardwerk „Die Grundlagen der Herrschaft“: „Das Imamatum ist gesetzt zur Nachfolge des Prophetentums im Schutz der Religion und der Verwaltung der weltlichen Angelegenheiten.“ Zu seinen Aufgaben zählten die Erhaltung und Durchsetzung der Religion, die Durchsetzung des Rechts, der Schutz des Rechtsfriedens im Land, die Ausführung des koranischen Strafrechts, die Befestigung der Außengrenzen, der Dschihad gegen diejenigen, die sich hartnäckig gegen den Islam stellen, das Eintreiben von Beuteanteilen und der Almosensteuer, die Veranschlagung der Staatszuwendungen und -zahlungen, die Organisation der Verwaltung und deren höchstpersönliche Beaufsichtigung.²²

Nach dem Sturz der Abbasiden wurde die Legitimität staatlicher Herrschaft immer großzügiger beurteilt. *Ibn Taimiya*, ein bis heute anerkannter Gelehrter des 14. Jahrhunderts (gestorben 1328), vertrat die Ansicht, der Muslim schulde ohnehin nur Gott und seinem Gesandten Gehorsam; die Gläubigen müssten sich in ihren jeweiligen Bereichen untereinander beraten. Damit konnte *Ibn Taimiya* sein

¹⁸ Nachweise bei *Rohe* (o. Fn. 2), S. 141.

¹⁹ Nachweise bei *Tyan* (o. Fn. 2), S. 709.

²⁰ Vgl. zu diesem schillernden Konzept *Roswitha Badry*, Die zeitgenössische Diskussion um den islamischen Beratungsgedanken (šūrā) unter dem besonderen Aspekt ideengeschichtlicher Kontinuitäten und Diskontinuitäten, 1998.

²¹ *Al-Mawardi* (o. Fn. 17), S. 3.

²² *Al-Mawardi* (o. Fn. 17), S. 16.

zentrales Anliegen, die Durchsetzung der Scharia-Normen, von einer bestimmten Herrschaftsstruktur lösen. Ibn Dschama‘a, ein Gelehrter und Oberrichter des 14. Jahrhunderts (gestorben 1333), argumentierte ähnlich.²³ Seine Imamatstheorie spiegelt den Lauf der Zeiten, indem er zwischen einem Wahlimamat und einem erzwungenen Imamat differenzierte.²⁴ Auch das durch bloße militärische Macht usurpierte Imamat sollte gültig sein, „damit die Einheit der Muslime und ihre Einmütigkeit gewahrt bleibt“; Unwissenheit und Sündhaftigkeit des Herrschers änderten daran nichts.²⁵ Auch wenn der Imam oder der Sultan in Sündhaftigkeit verfielen, sei es besser, sie nicht abzusetzen, um Störungen zu vermeiden. Befehlshaber im Sinne von Sure 4, 59 seien nicht mehr nur die Kalifen, sondern auch deren „Vertreter“, also eben die Usurpatoren. Deswegen konnte auch ein Herrschaftsapparat als legitim angesehen werden, der in seinen Formen von den überkommenen juristischen Idealvorstellungen abwich.²⁶ Letztlich entwickelte sich das Staatsrecht hin zu der pragmatischen Erkenntnis, dass das Unrecht gegenüber der Anarchie das geringere Übel sei. So findet sich denn oft die Aussage, sechzig Jahre unter einem ungerechten Imam seien besser als eine Nacht ohne Sultan.²⁷ Versuche, religiös anstößige Herrscher abzusetzen, waren ausgesprochen selten.²⁸

- 17 Dennoch wurde die erwünschte Art der Herrschaft nicht gänzlich vergessen. So brandmarkte der Korankommentator *Ibn Kathir* bestimmte Regeln des mongolischen Gesetzes, wie zum Beispiel die Todesstrafe für diejenigen, die lügen, zaubern, Gefangene mit Lebensmitteln versorgen oder in stehende Gewässer urinieren, als Verstöße gegen die Scharia. Diesen Regeln zu folgen sei nach muslimischem Konsens Unglaube.²⁹

²³ Vgl. zu seinen und *Ibn Taimiyas* Lehren Ann K. S. Lambton, *State and Government in Medieval Islam*, Nachdruck 1991, S. 138 ff.

²⁴ Handbuch des islamischen Staats- und Verwaltungsrechtes von *Badr al-Dīn ibn Gamā‘a*, hg., übersetzt und mit Anmerkungen versehen von Hans Kofler, *Islamica* 6 (1934), S. 349 (356).

²⁵ Handbuch des islamischen Staats- und Verwaltungsrechtes (o. Fn. 24), S. 357.

²⁶ So *Baber Johansen*, *Contingency in a Sacred Law*, 1999, S. 281 f.; vgl. auch *Lambton* (o. Fn. 23), S. 138 ff.

²⁷ Nachweis bei *Rohe* (o. Fn. 2), S. 144.

²⁸ Für einen Fall aus dem Samarqand des 11. Jahrhunderts vgl. *Crone* (o. Fn. 2), S. 283.

²⁹ Nachweis bei *Rohe* (o. Fn. 2), S. 145.

Ungeachtet religiöser Ansprüche hat sich die weltliche Herrschaft jedoch oft wenig von konsentierten Scharia-Normen leiten lassen. Deutlich wird dies etwa im Abgabenwesen, das oft schariawidrige Einkünfte erzielte, bis hin zur Besteuerung von Bordellen.³⁰ Widerstand scheint zwecklos gewesen zu sein: Nach einem Bericht aus dem Jahre 1720 weigerte sich ein Richter in der osmanischen Unterprovinz Bolu, nach seiner Auffassung ungesetzliche Steuern einzutreiben; daraufhin wurde er sofort verbannt. Der Bericht charakterisiert ihn bezeichnenderweise als Romantiker.³¹

18

3. Religion und Recht

Verbindung wie auch Trennung von Staat und Religion im Islam schlagen sich gleichermaßen in der islamischen Normenlehre (Scharia) nieder. Die Scharia umfasst nach traditionellem Verständnis das religiöse und rechtliche Normensystem des Islam, einschließlich der Methoden der Auffindung und Interpretation der normativen Quellen. Sie wird als Rahmen letztlich von Gott als oberstem Normengeber abgeleitet, während die Auslegung und Anwendung der einzelnen Normen als menschliches Konstrukt gilt, das als ‚Fiqh‘ bezeichnet wird. Schon seit der Frühzeit des Islam wird dabei zwischen religiösen und rechtlichen Normen unterschieden. Erstere, die sog. ‚Ibādāt‘, regeln das vorwiegend jenseitsbezogene Verhältnis zwischen Mensch und Gott, beispielsweise im Hinblick auf Ritual- oder Speisevorschriften. Wer sie nicht einhält, muss dafür am Tag des Jüngsten Gerichts Rechenschaft ablegen. Jedoch drohen in der Regel keine diesseitigen Sanktionen. Letztere, die sog. ‚Mu‘āmalāt‘, betreffen hingegen das Verhältnis zwischen Menschen in einer vorwiegend diesseitigen, mit staatlichen Durchsetzungsinstrumenten versehenen Dimension.

19

Diese Unterscheidung, in welcher strukturell eine zumindest weitreichende Trennung von Staat und Religion angelegt ist, setzt sich in der Bewertungsskala menschlichen Handelns fort. Die Scharia kennt

20

³⁰ Vgl. *Adel Theodor Khoury / Ludwig Hagemann / Peter Heine*, Islam-Lexikon, 1991, unter dem Stichwort „Abgabe“, S. 31.

³¹ Nachweis bei *Boğaç Ergene*, On Ottoman Justice, in: *Islamic Law and Society* 8 (2001), S. 52 (83); vgl. auch die eindrucksvolle Auflistung „willkürlicher“ Abgaben in osmanischen Dokumenten bei *Joseph v. Hammer*, Staatsverfassung und Staatsverwaltung des Osmanischen Reichs, Bd. 1, Nachdruck 1977, S. 214 ff.

eine fünfteilige Untergliederung der Bewertung in geboten, erwünscht, erlaubt, missbilligt und verboten. Das Erwünschte beschränkt sich hierbei auf die jenseitsorientierte religiöse Dimension, ebenso weitgehend das Missbilligte, während den anderen drei Kategorien auch Rechtscharakter zukommt, soweit zwischenmenschliche Handlungen betroffen sind. Die Unterscheidung zeigt sich beispielsweise bei der Behandlung von Vertragsschlüssen zur Zeit des obligatorischen Gebets am Freitagmittag: Solches Verhalten gilt als sündhaft, bewirkt jedoch nach Auffassung der meisten Gelehrten nicht die Unwirksamkeit des Vertragsschlusses.³²

- 21** Für das Verhältnis zwischen Staat und Religion ist die Unterscheidung zwischen religiösen und rechtlichen Normen auch deshalb von geradezu entscheidender Bedeutung, weil die Rechtsnormen in der Tradition des Islam als interpretationsbedürftig angesehen werden, wobei die Interpretation nach Ort, Zeit und erfassten Personen wandelbar ist. Konsens besteht auch darüber, dass die Interpretation und Anwendung von Rechtsnormen auf dem fehlbaren und endlichen menschlichen Denk- und Erkenntnisvermögen beruhen.³³ All dies macht deutlich, dass die in jüngerer Zeit populär gewordene strukturelle Gegensatzbildung zwischen Scharia und rechtsstaatlichen Prinzipien schlicht unzutreffend ist. Die religiösen Normen der Scharia unterliegen grundsätzlich der Religionsfreiheit. Manche Rechtsnormen, etwa im Vertragsrecht, entsprechen weitgehend europäischen Rechtsvorstellungen. Andere, etwa solche des traditionellen Strafrechts oder Familienrechts, stehen in der Tat im Gegensatz zum gegenwärtigen deutschen Recht. Sie sind aber wie soeben erwähnt keineswegs zwingend als ewiggültig zu interpretieren.³⁴

- 22** Eine Verbindung zwischen Recht und Religion des Islam ergab sich aus dem Umstand, dass das Recht Muslime gegenüber Nicht-Muslimen grundsätzlich bevorzugte, aus der (selten praktizierten) Todesstrafe für Apostasie (beschränkt auf den Abfall vom Islam) sowie aus der (häufig nicht ausgeführten) Aufgabe des Herrschers, das vom Islam beherrschte Territorium nötigenfalls auch mit militärischer

³² Näheres bei *Rohe* (o. Fn. 2), S. 10 und öfter.

³³ Vgl. *Rohe* (o. Fn. 2), S. 17 m. w. N. und öfter.

³⁴ Ausführlicher hierzu *Mathias Rohe*, Scharia und deutsches Recht, in: Handbuch Christentum und Islam in Deutschland, hg. von dems./Mouhanad Khorchide/Havva Engin/Hansjörg Schmid/Ömer Özsoy, 2. Aufl. 2017, S. 272–303.

Gewalt zu erweitern, entsprechend der traditionellen Interpretation des so genannten Dschihad.³⁵

Charakteristisch für die Entwicklungen bis zur Gegenwart sind nach alledem drei Elemente: Im Vordergrund stand der Anspruch, die – meist recht vagen und weitestgehend interpretationsbedürftigen – Normen der Scharia durchzusetzen. Demgegenüber trat in den Hintergrund, wer im Einzelnen dazu berufen war. Auch der ungerechte Herrscher verdiente grundsätzlich Loyalität, solange er wesentliche Staatsfunktionen erfüllte. Zudem kam dem jeweiligen Herrscher ein weiter Einschätzungsspielraum zu, welche unter den vielerlei Interpretationen von Scharia-Normen er für verbindlich erklärte.

23

III. Staat und Religion in der islamischen Welt der Gegenwart

1. Rahmenbedingungen

Das 19. und 20. Jahrhundert markieren in staatsrechtlicher und machtpolitischer Hinsicht eine bis heute fortwirkende Wende. Die Umwälzungen sind teils Ergebnis innerer Entwicklungen, teils Folgen der kolonialen Unterwerfung weiter Teile der islamischen Welt. Angesichts dieser Mischung wäre es verfehlt, sie umstandslos als Abkehr vom „eigentlichen“ Islam zu deuten, der zwar als Idealvorstellung von Gläubigen – in sehr unterschiedlicher Ausprägung – entworfen wird, der aber angesichts der Vielfalt der empirischen Erscheinungsformen so nie existiert hat. Jedenfalls die wissenschaftliche Außensicht verbietet eine Essentialisierung des Islam und seines Verhältnisses zum Staat.³⁶

24

Seit dem 19. Jahrhundert entwickelten sich deutlich straffere staatliche Strukturen, welche auch die Religionsausübung unter ihre Kontrolle brachten. Die staatliche Kontrolle über die immens reichen religiösen Stiftungen führte zu einer massiven Machtverlagerung weg von den Religionsgelehrten. Vergleichbares gilt für die Ausbildung in religiösen Angelegenheiten, welche nun in erheblichem Umfang innerhalb staatlicher Institutionen erfolgte. Generell wurden in vielen Bereichen erstmals gesetzliche Regelungen geschaffen, welche der

25

³⁵ Vgl. nur *Rudolph Peters*, *Jihad in Classical and Modern Islam*, 1996; *Rohe* (o. Fn. 2), S. 149 ff. m. w. N.

³⁶ Vgl. nur die Beiträge in *Grote / Röder* (o. Fn. 2), welche die Vielfalt muslimischer Positionen deutlich machen.

bislang bestehenden Meinungsvielfalt und der Ungewissheit, wem das Letztentscheidungsrecht zusteht, ein Ende bereiteten. Jedoch wurde die Binnenpluralität des islamischen Rechts in Teilen beibehalten und sogar noch weiterentwickelt, indem die Gesetzgeber bestehende Regelungsdefizite durch Rückgriff auf ihnen geeignete Schulmeinungen ausglich, auch wenn die jeweilige Schule nicht die regional dominierende war.³⁷ Entsprechende gesetzgeberische Maßnahmen konnten sich auf die dem Herrscher seit alters zuerkannte *Siyasa*-Kompetenz (s. o. Rn. 10) stützen.³⁸

26 Durch weitgehende kolonialistische Unterwerfung im 19. Jahrhundert und als Ergebnis des Ersten Weltkriegs brach die zuvor bestehende Staatenordnung in weiten Teilen der islamischen Welt zusammen. 1924 wurde das osmanische Kalifat abgeschafft. Versuche zur Übernahme durch den Herrscher des Hidschas und zur Wiederbelebung im Kairiner Kalifatskongress im Jahre 1926 scheiterten.³⁹ Diese Erfahrung wurde teils als traumatisch empfunden, teils jedoch als Befreiung.

27 In den Außenbeziehungen zur nicht-islamischen Welt ist zumindest seit 200 Jahren ein grundlegender normativer Wandel zu beobachten. Heute sind die Staaten der islamischen Welt in vielfältiger Weise in internationale Verträge und Institutionen eingebunden. Nur noch einzelne Extremisten fordern die gewaltsame Erweiterung des islamisch geprägten Herrschaftsterritoriums. Die Interpretation des *Dschihad* als nötigenfalls gewaltsame Eroberung nicht-islamisch beherrschter Territorien wurde weitestgehend durch Neuinterpretationen abgelöst: So wird der *Dschihad* heutzutage als bloßes Recht zur Verteidigung gegen militärische Angriffe interpretiert⁴⁰, oder aber auf eine religiös-moralische Ebene transferiert – der *Dschihad* als Kampf gegen das eigene Schlechte. „Bildungs-*Dschihad*“ oder „Gender-*Dschihad*“ treten als plakative neue Stichworte hinzu.

³⁷ Vgl. *Norman Anderson*, *Law Reform in the Muslim World*, 1976, S. 47 ff.; *Birgit Krawietz*, *Cut and paste in legal rules: designing Islamic norms with talfiq*, in: *Die Welt des Islams* 42/1 (2002), S. 3–40.

³⁸ Vgl. *Rohe* (o. Fn. 2), S. 182 ff. m. w. N.

³⁹ Vgl. nur *Helmut Mejcher*, *Der arabische Osten im zwanzigsten Jahrhundert 1914–1985*, in: *Haarmann* (o. Fn. 6), S. 432 (456 f.).

⁴⁰ So etwa die höchste Kommission von Rechtsgelehrten an der Al Azhar-Universität im Jahre 2001 mit Billigung auch durch die ägyptischen Muslimbrüder; Nachweise bei *Rohe* (o. Fn. 2), S. 260 ff. Bisweilen finden sich schillernde Aussagen, wenn die „Verteidigung“ sehr breit definiert wird (vgl. z.B. *Ramadan Al-Bouti*, *Le jihad en Islam*, [Übers. von Mohamed Nabil al-Khatat], 1996, S. 243 f.).

2. Islam und demokratischer Rechtsstaat

Säkulare (wenngleich nicht so benannte) demokratische Staatsrechtsansätze finden seit dem Ende des Kalifats in der gesamten islamischen Welt Anhänger auch unter den Gelehrten. Das einschlägige, zunächst höchst umstrittene Grundlagenwerk war die Schrift „Der Islam und die Grundlagen der Herrschaft“ (al-Islām wa uṣūl al-ḥukm) des Azhar-Scheichs *Alī ‘Abd ar-Rāziq* aus dem Jahre 1925.⁴¹ Darin entwickelte er die Idee, dass der Islam nur eine Religion und die Sendung des Propheten *Muhammad* geistlicher Natur sei. Aus dessen Stellung als Staatsoberhaupt sei nicht abzuleiten, dass der Islam fordere, einen Staat zu gründen und die Lehren des Islam auf diese Weise durchzusetzen; weder Koran noch Sunna forderten ein Kalifat.⁴² *Muhammads* politisches Wirken sei zeitgebunden zu verstehen und habe nichts mit dem Wesen des Islam zu tun.⁴³ *Abdou Filaly-Ansary* berichtet von einer Umfrage unter arabischen Schriftstellern, nach der fast alle Befragten dieses Buch als das die Gegenwart am meisten prägende Werk bezeichneten.⁴⁴ Allerdings verlor *ar-Rāziq* seinerzeit sein Richteramt im Proteststurm gegen seine Thesen, wurde indes später rehabilitiert.⁴⁵

Die Debatte über die islamgemäße Herrschaftsform ist seither nicht zur Ruhe gekommen. Während in traditionalistischen Schriften ohne erkennbaren Gegenwartsbezug die alten Fragen nach der Person des Kalifen, den Voraussetzungen seiner Designation u. s. w. gestellt werden, suchen andere Autoren die Verbindung zur Gegenwart.⁴⁶ Die muslimische Gemeinschaft kann nach ihnen mangels verbindlicher Festlegungen zu jeder Zeit selbst bestimmen, wem das Recht zur passenden gerechten Herrschaft zukommen solle. Eine islam-rechtliche Legitimation der Demokratie lässt sich in dem kora-

⁴¹ Übersetzung ins Deutsche mit Kommentierung von *Hans-Georg Ebert / Assem Hefny*, *Der Islam und die Grundlagen der Herrschaft: Übersetzung und Kommentar des Werkes von Alī Abd ar-Rāziq*, 2010.

⁴² *Ebert / Hefny* (o. Fn. 41), S. 37 ff., 86 ff.

⁴³ Vgl. *Rudolph Peters*, Erneuerungsbewegungen im Islam vom 18. bis zum 20. Jahrhundert, in: *Der Islam in der Gegenwart*, hg. von Werner Ende / Udo Steinbach, 5. Aufl. 2005, S. 90 (124).

⁴⁴ *Abdou Filaly-Ansary*, Vorwort, in: *Alī Abderraziq, L’Islam et les fondements du pouvoir*, 1994, S. 7 ff.

⁴⁵ Vgl. *Ebert / Hefny* (o. Fn. 41), S. 10; zur Kritik z. B. *A. Sanhoury*, *Le califat – son evolution vers une société des nations orientale*, 1926, S. 37 ff.

⁴⁶ Vgl. etwa *Mohamed El-Awa*, *On the Political System of the Islamic State* (Übers. von Ahmed Naji al-Imam), 1980, S. 117 ff. und öfter.

nischen Gebot der Schura („Beratung“) finden.⁴⁷ Streitig ist, ob die Schura nur empfehlenden oder aber – zum Beispiel bei der Mehrheitsempfehlung – bindenden Charakter hat.⁴⁸

30 Der ägyptische Reformdenker *Raschid Rida* entwickelte ein institutionenbezogenes Konzept der Konsensfindung, das allerdings bei einer nur konsultativen Einschaltung eines gewählten Gremiums stehen blieb.⁴⁹ Doch finden sich unter modernen Theologen und Gelehrten anderer Richtungen vor allem in der Türkei, aber auch im Iran und nicht zuletzt im Westen viele, die meinen, dass in heutiger Zeit alleine das Modell demokratischer Herrschaft islamgemäß sei. So definiert der Dekan der Theologischen Fakultät der Universität Istanbul, *Yaşar Nuri Öztürk*, die Schura mit heutigen Begriffen als System der Republik und der Demokratie.⁵⁰ Nach alledem wird die Schura teils als echtes Parlament, teils nur als eine durchaus undemokratische Ratsversammlung von Notabeln gesehen, wie sie etwa in Saudi-Arabien anzutreffen ist. Insofern bleibt dieses Modell vage. Es beschreibt im Grunde nur eine Prozedur der Entscheidungsfindung, sagt aber nichts über die Legitimation derer aus, die entscheiden.⁵¹ So können Islamisten auch zu dem Schluss gelangen, Schura bedeute das Gegenteil von Demokratie.⁵²

31 Allen gängigen Demokratiekonzepten steht jedoch das Konzept der alleinigen „Souveränität Gottes“ (*Hākimiyyat Allāh*⁵³) entgegen,

⁴⁷ Hierzu ausführlich *Badry* (o. Fn. 20); vgl. auch die luzide Studie von *Gudrun Krämer*, *Gottes Staat als Republik*, 1999, S. 121 ff.

⁴⁸ Vgl. etwa *El-Awa* (o. Fn. 46), S. 92 ff. m. w. N.; *Lorenz Müller*, *Islam und Menschenrechte. Sunnitische Muslime zwischen Islamismus, Säkularismus und Modernismus*, 1996, S. 127 ff. m. w. N.

⁴⁹ Vgl. *Muhammad Qasim Zaman*, *Consensus and Religious Authority in Modern Islam*, in: *Speaking for Islam. Religious Authorities in Muslim Societies*, hg. von *Gudrun Krämer / Sabine Schmidtke*, 2006, S. 153 (158 f.); ausführlich zu seinem Konzept *Henri Laoust*, *Le califat dans la doctrine de Rašīd Ridā*, 1986.

⁵⁰ *Yaşar Nuri Öztürk*, *400 Fragen zum Islam – 400 Antworten* (Übers. aus dem Türkischen von *Nevfel Cumart*), 2000, S. 63, 200.

⁵¹ Vgl. auch *Abdelwahab El-Affendi*, *Democracy and Its (Muslim) Critics: An Islamic Alternative to Democracy?*, in: *Islamic Democratic Discourse*, hg. von *M. A. Muqtedar Khan*, 2006, S. 227 (232 ff. m. w. N.).

⁵² Vgl. *Hayder Ibrahim Ali*, *Civil Society and Democratization in Arab Countries with Special Reference to the Sudan*, in: *Islamic Area Studies Working Paper Series 12*, 1999, S. 2 f. m. w. N.

⁵³ Vgl. hierzu nur *Krämer* (o. Fn. 47), S. 88 ff. m. w. N.; kritisch etwa *Yaşar Nuri Öztürk*, *Der verfälschte Islam* (Übers. von *Nevfel Cumart*), 2007, S. 76 ff.

wie es islamistische Vordenker wie *Abul A'la Maududi*⁵⁴ seit Mitte des 20. Jahrhunderts entwickelt haben. Frauen wird nach traditioneller Geschlechterrollenverteilung der Platz in Haus und Familie zugewiesen, in Politik und Verwaltung kommt ihnen allenfalls eine untergeordnete Stellung zu. Nicht-Muslime haben in solcherart entworfenen Staatstheorien nur einen Status der Duldung, der von staatsbürgerlicher Gleichberechtigung denkbar weit entfernt ist. *Maududi* begründet dies damit, dass der islamische Staat auf der Ideologie des Islam aufbaue und deshalb niemand, der sich nicht dazu bekenne, eine bedeutende Position im staatlichen Geschehen einnehmen dürfe.⁵⁵ Auch Vertreter eines politischen Islam verlangen übrigens nicht zwingend die Wiederherstellung einer Kalifatsherrschaft. Allerdings kommen nach *Maududi* als Abgeordnete nur Männer in Betracht, die hinreichend der Auslegung der göttlichen Vorschriften kundig sind.⁵⁶ Extremistische Gruppierungen wie die weltweit agierende *Hizb al-Tahrir* propagieren hingegen das Kalifat als einzige legitime Herrschaftsform.

Auf anderer, im Ergebnis jedoch durchaus ähnlicher Linie liegen die Ausführungen des ebenfalls wirkungsstarken Ägypters *Yusuf al-Qaradawi*, der feststellt, Islam und Demokratie seien nicht etwa gleichzusetzen. Der Islam sei keinem bestimmten System oder (Herrschafts-)Prinzip zugeordnet. Jedoch habe er nur in Freiheit und Demokratie florieren können, während er in diktatorischen, totalitären Systemen gelitten habe. Gegen Vorbehalte von Islamisten wendet *al-Qaradawi* ein, dieses Konzept sei auf eine muslimische Mehrheitsbevölkerung gemünzt, welche sicherlich keine dem Islam widersprechenden Gesetze passieren ließe. Es sei das Recht der muslimischen Gemeinschaft, sich nach den Bedürfnissen des sich ständig ändernden Lebens in weltlichen Dingen Regeln zu geben. Die alleinige Gesetzgeberstellung Gottes werde damit nicht angetastet. Bindende eindeutige Texte gebe es in der Scharia jedoch nur wenige, so dass weiter Raum für gesetzgeberische Aktivität bleibe. Die Grenzen dieses Demokratiekonzepts zeigen sich allerdings bei der Positionierung nicht-muslimischer Minderheiten. Hier will *al-Qaradawi* unter sehr eindimensionaler Anwendung des Mehrheitsprinzips nicht über den

32

⁵⁴ Auszug aus seinem Werk, *Islam: Its Meaning and Message*, abgedruckt in: *Islam in Transition. Muslim Perspectives*, hg. von John J. Donohue / John L. Esposito, 2. Aufl. 2007, S. 262 (263 f.).

⁵⁵ *Abul A'la Maududi*, *The Islamic Law and Constitution*, 2. Aufl. 1960, S. 295 ff.; vgl. in seiner Folge etwa die für das Genre typisch dürftige Schrift von *Fateh M. Sandeela*, *The Islamic Constitution*, 1993.

⁵⁶ *Maududi* (o. Fn. 55), S. 34.

Status von Bewohnern zweiter Klasse mit einiger Autonomie in Religions- und Familienfragen hinausgehen.⁵⁷

- 33 Die Gegner solcher Auffassungen⁵⁸ verweisen darauf, dass der Gehalt der Religion entwertet werde, wenn sie nach der Islamistenparole „Der Islam ist Religion und Staat“ mit dem Staat gleichgesetzt wird.⁵⁹ Oft heißt es auch, der Koran sei nicht in erster Linie Gesetz, sondern religiöse Leitlinie. Dabei wird unterstrichen, dass zwischen Gott als „Gesetzgeber“ und denen zu unterscheiden sei, die sich anmaßen, alleine darüber befinden zu können, wie Gottes Wort auszulegen sei.⁶⁰ *Muhammad Sa‘id al-Aschmawi*, vormaliges Mitglied des ägyptischen Staatsrats und Vorsitzender des Staatssicherheitsgerichts, formulierte: „Gott will den Islam als Religion, aber Menschen wollen aus ihm Politik machen.“⁶¹ Der erwähnte Dekan der Theologischen Fakultät der Universität Istanbul *Öztürk* erklärte, der Koran interpretiere sich aus sich selbst; niemand dürfe sich als Interpret an die Stelle Gottes setzen und absolute Lehrautorität beanspruchen.⁶² *Abdelwahab El-Affendi* betont, dass solche Systeme auch aus islamischer Sicht nicht zu rechtfertigen seien, wiesen sie doch dem angeblich unwissenden Volk die Wahl derer zu, die dann zur Entscheidung berufen seien. Wer absolute Autorität beanspruche, maße sich göttliche Autorität an und verstoße damit gegen das Polytheismusverbot, die Basisregel des Islam schlechthin.⁶³ *Muqtedar Khan* merkt an, dass die Rede von der göttlichen Souveränität dazu führe, die auf solcher Basis Regierenden von ihrer Verantwortlichkeit gegenüber den Beherrschten zu befreien.⁶⁴

⁵⁷ *Yusuf Al-Qaradawi*, *Priorities of the Islamic Movement in the Coming Phase*, 2000 (überarbeitet u. hg. von S. M. Hassan al-Banna), S. 186 ff., 192 ff.

⁵⁸ Vgl. den vorzüglich zusammengestellten Sammelband von *Carles Kurzman* (Hg.), *Liberal Islam*, 1998; vgl. auch die einschlägigen Beiträge in *Donohue / Esposito* (o. Fn. 54).

⁵⁹ Vgl. *Abdallah Laroui*, *Islamisme, Modernisme, Liberalisme*, 1997, S. 188 f.

⁶⁰ Vgl. insbesondere *Fouad Zakariya*, *laïcité ou islamisme*, 1991, S. 112 ff; *Abdullahi An-Na‘im*, *Toward an Islamic Reformation*, 1996, S. 185 ff.; *Khaled Abou El Fadl*, *Speaking in God’s Name*, 2001, S. 132 und öfter.

⁶¹ *Muhammad Saïd al-Ashmawy*, *L’islamisme contre l’islam*, 1989, S. 11 (Namensschreibweise des Autors in französischer Transliteration).

⁶² „Der etwas weiß, soll sprechen“, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 23. 6. 2000, S. 53; vergleichbar der Rektor der Großen Moschee von Paris *Dalil Boubakeur*, *Les Défis de L’Islam*, 2002, S. 22 f.

⁶³ *El-Affendi* (o. Fn. 51), S. 227 (244 f.).

⁶⁴ *M. A. Muqtedar Khan*, *The Politics, Theory and Philosophy of Islamic Democracy*, in: ders. (o. Fn. 51), S. 149 (156).

All dies macht deutlich, dass das potentielle Spannungsverhältnis zwischen Religion und Staat weniger auf der Ebene der Repräsentation bzw. der Prozeduren der Entscheidungsfindung angesiedelt ist, sondern vor allem bei den Inhalten bzw. Grenzen der Gesetzgebung, welche durch die Scharia gezogen werden. Dies betrifft vor allem den Bereich des Rechts. Was die Religionspraxis angeht, so wird sie weitgehend staatlich anerkannt und teilweise unterstützt, aber bis auf Religionsdiktaturen wie Saudi-Arabien oder Iran (Stand 2019) nicht zwangsweise durchgesetzt. Allerdings hat sich nach Jahrzehnten von massiver saudisch-wahhabitischer Propaganda ein starker sozialer Druck gegen die früher häufig freizügig gehandhabte Religionspraxis aufgebaut. In manchen Staaten folgten entsprechende repressive Regelungen, z. B. das Verbot des Konsums von Nahrungsmitteln im öffentlichen Raum im Fastenmonat Ramadan.

34

Im Recht ergeben sich sehr unterschiedliche Spielräume in Abhängigkeit davon, ob hochrangige Rechtsquellen wie der Koran oder die Prophetenüberlieferung präzise Aussagen treffen. Im öffentlichen Recht und in weiten Teilen des Strafrechts wie auch im zivilen Delikts-, Vertrags- oder Wirtschaftsrecht ist dies weitgehend nicht der Fall. Hier bestehen also weitreichende Gestaltungsspielräume, die rechtsstaatliche Regelungen ermöglichen; aber auch das im Koran teils geregelte Körperstrafrecht wurde in den meisten islamischen Staaten schlicht abgeschafft. Am stärksten sind die Beharrungskräfte im patriarchalisch grundierten und nicht religionsneutralen Ehe-, Familien- und Erbrecht, für das sich im Koran einige Regelungen finden. Manche messen diesen Bereichen auch religiöse Bedeutung zu; zudem verleiht die Deutungshoheit darüber erhebliche soziale Macht. Dennoch lassen sich auch hier mit Hilfe des durchaus etablierten Interpretationsinstrumentariums neue Lösungen finden, welche zur Gleichberechtigung der Geschlechter und Religionen führen oder ihr jedenfalls nahekommen, wie etwa in Tunesien. Allerdings sind der Begründungsaufwand und das Politisierungspotential vergleichsweise groß.⁶⁵

35

Der sudanesische, in den USA lehrende Jurist *Abdullahi al-Na'im* vertritt die Ansicht, die Scharia könne nicht in Gesetze umgeformt werden, sondern sei ein allein religiös sanktioniertes Normensystem; staatliche Durchsetzung sei geradezu die Negation ihrer religiösen Verbindlichkeit. Die Scharia, wie immer man sie verstehe, bleibe

36

⁶⁵ Vgl. hierzu *Mathias Rohe*, Islam und Menschenrechte, in: Interkultureller Dialog und Menschenrechte, hg. von Thomas Nawrath/Philipp Hildmann, 2010, S. 141 ff.

stets eine historisch bedingte menschliche Interpretation von Koran und Tradition des Propheten. Ihre Auslegung und Handhabung hängt demzufolge ganz maßgeblich von ihren Interpreten ab. Andererseits führe jeder Versuch, die Scharia durch staatliche Mittel durchzusetzen, zur notwendig säkularen Ausübung von Zwang, nicht von islamischer Autorität. Die Vorstellung eines islamischen Staates sei eine postkoloniale, auf europäischen Staatsmodellen basierende Idee und eine totalitäre Sicht von Recht und öffentlicher Ordnung.⁶⁶ Vergleichbar problematisch sieht der pakistanische Jurist *Muhammad Khalid Masud*⁶⁷ die Übertragung einer als gottgegeben verstandenen, auf personelle Zugehörigkeit (Status) ausgerichteten religiösen Rechtsordnung auf ein Territorialkonzept: Die traditionelle Jurisprudenz wende sich zwar gegen Diskriminierung aus Gründen der ethnischen Zugehörigkeit oder des Sozialstatus, erkenne sie aber im Hinblick auf Geschlecht, Glauben und Freiheit an.

- 37 Die muslimischen Reformdenker sind sich nicht einig darüber, ob Demokratie und Menschenrechte „zusätzlich“ mit einer Neuinterpretation religiöser Quellen untermauert werden sollten. Manche lehnen eine solche Argumentation aus religiös-rechtlichen Quellen ab: Dem Koran sei nichts zum politischen System zu entnehmen. Dieses sei alleine nach seinen Eigengesetzlichkeiten zu bestimmen. Wer versuche, das System der Demokratie aus dem Glauben abzuleiten, öffne eine Diskussionsplattform auch für die religiös motivierten Gegner dieses Konzepts.⁶⁸ Andererseits finden sich zahlreiche Vertreter innerislamischer Neansätze, die den Weg zur freiheitlichen, den Menschenrechten verpflichteten Demokratie ebnen möchten.⁶⁹ *Nasr Hamid Abu Zaid* etwa hielt die Menschenrechte heutzutage für selbstverständlichen internationalen Standard, plädierte aber dafür, sie in eine verständliche kulturbezogene Begrifflichkeit umzusetzen.⁷⁰

⁶⁶ *Abdullahi An-Na'im*, Shari'a and Positive Legislation, in: Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law 5 (1998–1999), S. 29 (36 f.); ders., Islam and the Secular State, 2008, S. 7.

⁶⁷ *Muhammad Khalid Masud*, Teaching of Islamic Law and Sharf'ah, in: Islamic Studies 44/2 (2005), S. 165 (179).

⁶⁸ So sinngemäß *Ghaleb Bencheikh* bei einer Konferenz zum Thema „Muslime als Staatsbürger“ am 9.2.2007 in Berlin.

⁶⁹ Vgl. z.B. die vorzügliche Aufarbeitung bei *Heiner Bielefeldt*, Muslime im säkularen Rechtsstaat, 2003, insbes. S. 59 ff.; *Mohamed Charfi*, Islam and Liberty (Übers. von Patrick Camiller), 2005, insbes. S. 38 ff.; sowie die bei *Felix Körner*, Alter Text – neuer Kontext: Koranhermeneutik in der Türkei heute, 2006, gesammelten Texte moderner türkischer Koranhermeneutik, insbes. Öztürks Ausführungen, S. 223 ff.

⁷⁰ *N. H. Abu Zaid*, Ein Leben mit dem Islam, 2001, S. 68.

Amina Wadud lehnt es ab, die Definition des Islam den neo-konservativen Extremisten zu überlassen.⁷¹

Insgesamt gesehen können sich Befürworter wie Gegner demokratischer rechtsstaatlicher Strukturen auf Argumente aus dem komplexen Geflecht von Normen und Interpretationsregeln des Islam stützen. In scharfem Kontrast hierzu stehen Schriften traditionalistischer oder extremistischer Ausrichtung, die sich in meist höchst schlichter Gedankenführung auf „eindeutige“ religiöse Normen und Aussagen stützen, denen man „zweifelloso“ zu folgen habe.

38

3. Die Verfassungslage seit dem 20. Jahrhundert

In den meisten Staaten der islamischen Welt wurden in der Folgezeit Verfassungen eingeführt, die sich in ihrer Struktur weitestgehend an europäische Modelle anlehnten. Das insgesamt wenig ausgeprägte und höchst vage islamische Staatsrecht der Vergangenheit gab insofern kaum Anhaltspunkte, an die man hätte anknüpfen können oder auch wollen. Die Verfassungen weisen bei aller Unterschiedlichkeit in vielen Fragen wesentliche gemeinsame Elemente auf: Fast überall wird darin das Volk als Souverän ausgewiesen. Nur in den Verfassungen des Iran und Pakistans findet sich das Konzept der Souveränität Gottes; faktisch ist auch Saudi-Arabien hinzuzurechnen. Schon eingangs wurde andererseits auf diejenigen Staaten verwiesen, die eine strukturelle Trennung zwischen Staat und Religion eingeführt haben.

39

Der Islam erscheint häufig als Staatsreligion, auch muss das Staatsoberhaupt in der Regel Muslim sein. Nur 10 von 46 Staaten mit muslimischer Bevölkerungsmehrheit definieren sich aber als islamische Staaten.⁷² Ungeachtet der Form der Staatsorganisation finden sich in vielen Verfassungen Regelungen, welche die Scharia als eine oder die (Haupt-)Quelle der Gesetzgebung festlegen. In den Monarchien von Marokko bis zur Arabischen Halbinsel verstehen sich die Herrscher auch als Verteidiger des Glaubens, wobei den auf *Muhammad* zurückgehenden Dynastien in Marokko und Jordanien oft besondere Achtung erwiesen wird.

40

⁷¹ *Amina Wadud*, *Inside the Gender Jihad*, 2006, S. 191 m.w.N. zu den kontroversen Auffassungen.

⁷² *Grote / Röder* (o. Fn. 2), Introduction, S. 10: Es sind dies Afghanistan, Bahrain, Brunei, Iran, der Jemen, die Malediven, Mauretanien, Oman, Pakistan und Saudi-Arabien.

- 41 Die Religionsverwaltung obliegt in aller Regel staatlichen Institutionen. Der Staat fördert den Islam und führt meist in Kooperation mit breiten Teilen der Gelehrten Aufsicht über seine Umsetzung.⁷³ Den Buchreligionen (vor allem Juden und etablierten christlichen Denominationen) wird Religionsfreiheit eingeräumt, allerdings bei allen Unterschieden im Einzelnen keine Gleichberechtigung mit Muslimen. Weitgehend rechtlos bleiben Angehörige anderer Konfessionen, Religionen und Weltanschauungen. Damit wird die traditionelle Idee der Vorherrschaft des Islam innerhalb des Staatsgefüges grundsätzlich fortgeführt.
- 42 Nach Erlangung der Unabhängigkeit erlebten viele Staaten der islamischen Welt politische Experimente mit sozialistischen, (schein-) liberal-republikanischen, meist aber (militär-)diktatorischen Herrschaftsmodellen, die aus verschiedensten Gründen breitflächig scheiterten.⁷⁴ Auch als Reaktion hierauf gewannen andere Modelle an Anziehungskraft, die sich auf eine Politisierung des Islam gründen. Entsprechende Entwicklungen sind zunächst in Pakistan zu beobachten, 1947 als islamischer Staat gegründet, jedoch zunächst weitgehend unter Rückgriff auf säkulare Vorbilder.
- 43 Der genannte pakistanische Vordenker *Maududi* entwickelte ein Konzept islamischer Herrschaft, das mit den Ideen des Ägypters *Sayyid Qutb* (hingerichtet 1966) die geistige Grundlage für den erstarkenden Islamismus (politischen Islam) bildete. Der Militärdiktator *Zia ul Haq* machte sich seit 1979 daran, Pakistan in solchem Sinne umzugestalten.⁷⁵ Pakistan steht insoweit paradigmatisch für sozialpolitisch und ökonomisch scheiternde Regierungen, die versuchen, neue Legitimität aus einer formalen Hinwendung zu traditionalistischen Ausprägungen der Religion zu gewinnen.
- 44 Mit dem Scheitern des ägyptischen politischen Modells unter *Nasser* und dem Erstarken Saudi-Arabiens seit der Ölkrise 1974 wird zudem das dortige, neo-wahhabitische religionsdiktatorische Herrschaftsmodell weltweit propagiert. Bis 1992 galten dort Koran und

⁷³ Weiterhin aktuell die einschlägigen Untersuchungen von *Hans-Georg Ebert*, *Die Interdependenz von Staat, Verfassung und Islam im Nahen und Mittleren Osten in der Gegenwart*, 1991, S. 97 ff., 204 f.

⁷⁴ *Nader Hashemi*, *Islam, Secularism, and Liberal Democracy*, 2009, S. 133 ff., formuliert plakativ, dass die Modernisierungspolitik, die dem Westen Demokratie, Menschenrechte und Pluralismus gebracht habe, in muslimischen Gesellschaften mit wenigen Ausnahmen synonym für Diktatur, Unterdrückung und Korruption stehe.

⁷⁵ Zur Entwicklung der Rechtslage vgl. *Martin Lau*, *The Role of Islam in the Legal System of Pakistan*, 2006.

Prophetenüberlieferung (Sunna) als Verfassung, seit 1992 ergänzt um eine Grundlagenregelung verfassungsähnlichen Charakters, die an der völligen religiösen Durchdringung des Rechtssystems festhält. Die Machtausübung verbleibt im Unterschied zur islamischen Republik Iran weitestgehend in der Hand der Königsfamilie. Die Durchdringung mit der islamischen Religion wird dort beispielsweise daran erkennbar, dass eine „Gehorsamsbehörde“ Menschen zur Einhaltung der Religionspraxis zwingen kann⁷⁶, und dass selbst die Angehörigen der im Islam anerkannten Buchreligionen noch nicht einmal privat ihre Religion ausüben dürfen. Auch in anderen Teilen der islamischen Welt schlug sich das Vordringen des Islam im öffentlichen Raum in Verfassungsänderungen nieder. Auf Druck von Islamisten hin wurde etwa in Ägypten in der Verfassung von 1971 in Art. 2 die Scharia als eine Hauptquelle der Gesetzgebung ausgewiesen, 1980 dann zu „der“ Hauptquelle aufgewertet. Seither wiederholten sich weitgehend vergebliche Versuche vor dem Obersten Verfassungsgerichtshof, Reformvorschriften zum Beispiel zugunsten von Frauen als Verstöße gegen die Scharia und damit als verfassungswidrig erklären zu lassen. Das Gericht belässt dem Gesetzgeber grundsätzlich einen weiten Beurteilungsspielraum bei all den Normen, die der Interpretation zugänglich sind. Unverrückbarer Maßstab sind danach nur diejenigen Aussagen, „die sowohl im Hinblick auf die Quelle, aus der sie abgeleitet werden, als auch auf deren Inhalt definitiv feststehen [...]“. Im Gegensatz zu den obengenannten Regeln stehen diejenigen, über die unterschiedliche Auffassungen im Hinblick auf ihre Verlässlichkeit oder ihren Inhalt entstanden sind. Nur diese sind eigenständiger Interpretation unterworfen und können mit Ort und Zeit wechseln, um ihre Flexibilität und Geltungskraft zu sichern.“⁷⁷

Der Verfassungsgerichtshof sprach sich dabei deutlich gegen eine Kanonisierung früherer Gelehrtenmeinungen aus. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1994 wurde ausgeführt, „dass die Meinung eines der herausragenden Gelehrten in Dingen, die unterschiedlichen Interpretationen zugänglich sind, nicht heilig ist und ergänzt oder ersetzt werden kann, und dass die islamische Scharia deshalb nicht starr ist, sondern auch in ihren Grundlagen der Entwicklung unterliegt.“⁷⁸ Auf dieser Grundlage hat das Gericht zum Beispiel eine Be-

45

⁷⁶ In jüngster Zeit sind gewisse Lockerungen erfolgt, nicht zuletzt zur Imageverbesserung des nach wie vor extrem repressiven Königshauses.

⁷⁷ U. v. 26.3.1994, in: Yearbook of Islamic and Arabic Law 3 (1996), S. 128 f.

⁷⁸ U. v. 18.5.1996, in: Yearbook of Islamic and Arabic Law 3 (1996), S. 178, 179.

stimmung für verfassungsgemäß erklärt, die für alle Schülerinnen Schuluniformen vorsieht. Sie räumt den Erziehungsberechtigten nur das Recht ein, das Tragen eines Kopftuchs zu verlangen, dies jedoch unter der Bedingung, das Gesicht dabei nicht zu verhüllen. Dem Gesetzgeber komme im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung das Recht zu, Vorschriften zur Förderung des öffentlichen Wohls zu erlassen. Hier spiegelt sich die bereits klassische *Siyasa*-Kompetenz des Herrschers wider. Für das konkrete Problem, wie die weibliche Kleidung auszusehen habe, böten weder Koran noch Sunna exakte Vorschriften. Die Zielrichtung der Bekleidungsvorschriften sei es, den Stellenwert der Frau zu heben, aber nicht, sie am Lernen, am Ausgang und an der Kommunikation mit der Außenwelt zu hindern. „Es ist nicht zu begreifen, dass Frauen, während das Leben um sie herum pulsiert, schwarzgekleidete Gespenster sein sollen.“⁷⁹

- 46 Der frühere Präsident des obersten pakistanischen Scharia-Gerichts, *Justice Aftab Hussain*, führte aus, dass die kritiklose Übernahme früherer Festlegungen nur in Fragen der kultischen Praxis und vielleicht noch im Erbrecht Raum habe⁸⁰ und dass in allen übrigen Fällen nach Gutdünken (*Istihsān*) und dem Allgemeinwohl (*Maṣlaḥa*) zu entscheiden sei.⁸¹ Der international anerkannte Gelehrte *Mohammad Hashim Kamali* ordnete die Organisation von Staat und Regierung ebenfalls explizit dem Bereich des weltlichen Rechts in Abgrenzung zu religiösen Angelegenheiten zu. Sie sei demnach Erwägungen der Vernunft und des Allgemeinwohls auf der Basis eigenständiger *Raisonnements* zu unterwerfen, welches das Wohl des Volkes je nach Zeitläufen verwirklichen müsse.⁸² Diese Beispiele machen deutlich, welches Maß an Flexibilität der verfassungsmäßige Scharia-Bezug erlaubt. Deshalb sind die Vorverständnisse und Überzeugungen der jeweiligen Interpreten von zentraler Bedeutung.

⁷⁹ Ebd., S. 180.

⁸⁰ Anders dezidiert *Abdullah Saeed*, *Interpreting the Qur'ān*, 2006, S. 120 ff.

⁸¹ *Aftab Hussain*, *Status of Women in Islam*, 1987, S. 13; vgl. zur Rechtsquellenlehre *Birgit Krawietz*, *Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam*, 2002; *Rohe* (o. Fn. 2), S. 43 ff. m. w. N.

⁸² *Mohammad Hashim Kamali*, *Constitutionalism in Islamic Countries: A Contemporary Perspective of Islamic Law*, in: *Grote/Röder* (o. Fn. 2), S. 19 (27).

4. Gegenwärtige Debatten

In der Gegenwart sind modellhaft drei unterschiedliche Haltungen in der rechtspolitischen Debatte erkennbar. Zum einen sind in manchen islamischen Staaten Strömungen stark geworden, die meist in frappierender intellektueller Schlichtheit eine vollständige Durchdringung des Staates mit dem Islam fordern, wie sie ihn (exklusiv) verstehen. Meist geht es dann um die Rückkehr zu streng patriarchalischen Rollenverteilungen, das Hinausdrängen von Frauen aus der Öffentlichkeit, tugenddiktatorische Maßnahmen gegen Musikdarbietungen, Alkoholkonsum, Künste und Ähnliches sowie um die Wiedereinführung des drakonischen koranischen Körperstrafrechts. Als Gegenpol finden sich säkulare oder laizistische Richtungen, welche sich für eine völlige Trennung des Staates von einer religiösen Ausrichtung aussprechen. In vielen Staaten finden strikt säkulare oder laizistische Konzepte aber nur in einer zahlenmäßig kleinen städtischen Elite und in Teilen der religiösen Minderheiten Zustimmung.

47

Vermittelnd wird häufig gefordert, am jeweiligen verfassungsrechtlichen Status quo festzuhalten und Einzelheiten der Alltagspraxis zu überlassen. Damit verbliebe es bei den Formelkompromissen zwischen dem Einfluss der Scharia auf die Gesetzgebung und Gesetzesauslegung einerseits und deren oft restriktiver Handhabung durch staatliche Institutionen andererseits. Diese Haltung scheinen große Teile einer ganz überwiegend gemäßigt-religiösen Bevölkerung zu vertreten. Reformdebatten dürften sich daher weitgehend unter den Vorzeichen einer Neuinterpretation religiöser oder religiös konnotierter Normen abspielen. Hierbei wird meist auf das Konzept des „Zivilstaats“ (daula madaniya) zurückgegriffen.⁸³ Dieses Konzept ist im Wesentlichen eine terminologische Reaktion auf den weitgehend abgelehnten Begriff der Säkularität, welcher in der islamischen Welt meist als Religionsfeindlichkeit missverstanden wird. Das Konzept des „Zivilstaats“ wird inhaltlich unterschiedlich ausgefüllt. Der verbleibende religiöse Rahmen – am wenigsten ausgeprägt in Tunesien⁸⁴ – spiegelt die immer noch tiefe Religiosität weiter Bevölkerungskreise vor allem jenseits der urbanen Eliten wider. Das Zivilstaatskonzept hat insofern im Gegensatz zu laizistischen Ansätzen realistische

48

⁸³ Vgl. z. B. *Kamali*, ebd., S. 19 (27).

⁸⁴ Zur neuen Verfassung vgl. *Mathias Rohe*, Verfassungsrechtliche Entwicklungen in der arabischen Welt: Das Verhältnis von Staat und Religion am Beispiel Ägyptens und Tunesiens, in: *Arabischer Aufbruch*, hg. von Georges Tamer / Hanna Röbbelen / Peter Lintl, 2014, S. 131–166.

Chancen, breite Bevölkerungskreise anzusprechen, die zwar religiös sind, die jedoch den weitreichenden Machtanspruch islamisch-religiöser Institutionen oder Gruppierungen ablehnen.

49 Ein solcher Ansatz findet sich in Versuchen, die Scharia (als verfassungsrechtlich verankerte Quelle der Gesetzgebung) mit konkreten Inhalten zu füllen. So enthält das Parteiprogramm der ägyptischen Partei für Freiheit und Gerechtigkeit, die in den Wahlen von 2011 nur knapp die absolute Mehrheit verfehlte, die Aussagen, wonach die Scharia Gewaltenteilung und Demokratie im Gegensatz zu Theokratie und Militärherrschaft fordere, weiterhin rechtsstaatliche Garantien wie insbesondere den Schutz gegen staatliche Willkür.⁸⁵ Durch den Militärputsch im Juli 2013 wurde die Debatte allerdings einsteilen. Nicht zuletzt Saudi-Arabien scheint massive Bemühungen gegen Pläne zu entwickeln, demokratische und rechtsstaatliche Strukturen mit islamischer Orientierung zu verbinden. Sollten derartige Konzepte sich jedoch durchsetzen, wären sie ein kategorialer Schritt weg von Dokumenten wie der Kairiner Menschenrechtserklärung der OIC von 1990, die zwar Menschenrechte in Anlehnung an die UN-Charta postuliert, sie jedoch unter einen nicht näher ausgeführten Scharia-Vorbehalt stellt, welcher sie weitgehend entwertet.⁸⁶ Allerdings sehen auch diese neuen Ansätze oft Restriktionen vor, die insbesondere an der Ungleichbehandlung der Religionen unter dem Primat des Islam, an der Nichtanerkennung neuer Religionsgemeinschaften und an massiven Einschränkungen der Meinungs- und Kunstfreiheit in religiösen Angelegenheiten festhalten.

50 Als schiitisches Sondermodell schließlich wurde im Jahre 1979 durch *Chomeini* im Iran die umstrittene „Herrschaft des Rechtsgelehrten“ (*Welayat-e faqih*)⁸⁷ etabliert, welche das bestehende parlamentarische System einer engen Kontrolle durch nicht demokratisch legitimierte religiöse Kontrollinstanzen unterwirft. Nach dieser Doktrin ist die Errichtung einer islamischen Herrschaft bis zur erwarteten Wiederkehr des im 9. Jahrhundert entrückten legitimen

⁸⁵ Ausführlicher hierzu *Rohe* (o. Fn. 84) m. w. N.

⁸⁶ Hierzu näher *Mathias Rohe*, On the Foundations of Human Rights. Religious and Secular Approaches in the West and in Islam, in: *Empirical Research in Religion and Human Rights*, hg. von Johannes A. van der Ven / Hans-Georg Ziebertz, 2012, S. 67–93.

⁸⁷ Vgl. statt vieler *Katajun Amirpur*, A Doctrine in the Making?, in: *Speaking for Islam* (o. Fn. 49), S. 218 ff.; *Forough Jahanbakhsh*, Islam, Democracy and Religious Modernism in Iran (1953–2000), 2001, S. 130 ff. m. w. N.

Herrschers (Mahdi) notwendig und dafür die Einsetzung eines Führers als Leitungsinstanz erforderlich. Dabei finden sich durchaus schiitische Stimmen, die eine republikanische Verfassung mit parlamentarischen Elementen für geeignet halten, solange sie „islamisch“ ist. Mit dem Postulat einer Gottesherrschaft (Hakimiyat Allah) erweist sich diese Verfassung allerdings als pseudo-republikanische Herrschaft einer nicht vom Volk legitimierten Gelehrtengruppe. *Chomeini* seinerseits geißelte die Trennung zwischen Religion und Staat als „Erfindung der Kolonialisten und ihrer politischen Handlanger“.⁸⁸

Innerhalb der Schia ist die Auseinandersetzung darüber, ob man sich bis zur Wiederkehr des Mahdi überhaupt politisch betätigen solle, indes keineswegs abgeschlossen. Die einen halten eine Kooperation der Religionsvertreter mit staatlichen Institutionen für schlicht erforderlich zur geordneten Aufrechterhaltung des gesellschaftlichen Lebens. Andere halten sich an die ursprüngliche schiitische Doktrin, wonach während der langen Abwesenheit des Imams (seit dem 10. Jahrhundert) keine legitime Herrschaft ausgeübt werden könne, oder lassen sich von dem ebenfalls klassischen Gedanken leiten, dass die Nähe zur Macht korrumpiere und gerade die Unabhängigkeit von staatlicher Einbindung Einfluss garantieren könne.⁸⁹ Auch einige der interessantesten Ansätze einer Vereinigung von Islam mit demokratischer Rechtsstaatlichkeit finden sich bei zeitgenössischen iranischen Gelehrten wie *Abdolkarim Soroush*⁹⁰, *Mohammed Schabestari*⁹¹ oder *Mohsen Kadivar*.⁹²

51

⁸⁸ *Ruholla Musawi Chomeini*, Der islamische Staat, aus dem Persischen übers. und hg. von Nader Hassan / Ilse Itscherenska, 1983, S. 29.

⁸⁹ Vgl. zu diesen Auseinandersetzungen z. B. *Halm* (o. Fn. 11), S. 57–63 und öfter.

⁹⁰ Vgl. zu ihm, zu seiner Methodik und Wirkung *Katajun Amirpur*, Die Entpolitisierung des Islam, 2003; *Jahanbakhsh* (o. Fn. 87), S. 140 ff.

⁹¹ Vgl. zu ihm und seiner Methodik *Amirpur* (o. Fn. 90), S. 179 ff.; ein Text *Schabestari* in deutscher Sprache zur Frage der Demokratie ist abrufbar unter <<http://www.islam.de/2387.php>>.

⁹² Vgl. zu ihm *Jahanbakhsh* (o. Fn. 87), S. 181 ff.

5. Zusammenfassung

- 52 Die Forderung nach der Umsetzung grundlegender inhaltlicher Postulate des Islam prägt das Verhältnis zwischen Staat und Religion in vielen, aber nicht in allen Staaten mit muslimischer Mehrheitsbevölkerung. Dies spiegelt bis heute die Gläubigkeit weiter Bevölkerungskreise in der islamischen Welt. Weit weniger bedeutsam sind das Herrschaftssystem beziehungsweise die Person des Herrschers. Ausschlaggebend ist, ob der Schwerpunkt eher auf die generellen Leitlinien der Scharia und die Methodenvielfalt bei ihrer Handhabung gelegt wird, oder aber auf eine mehr oder weniger wörtliche Umsetzung einzelner traditionell geformter Rechtsnormen.⁹³ Dies wiederum hängt maßgeblich vom Vorverständnis der Interpreten und den jeweiligen gesellschaftlichen und institutionellen Rahmenbedingungen ab. Sie erfordern in vielen Fällen Formelkompromisse,⁹⁴ welche in der Alltagspraxis für einen geordneten Interessenausgleich sorgen können, allerdings auf Kosten der Rechtssicherheit.

IV. Das Verhältnis von Staat und Religion außerhalb islamischer Staaten nach islamischem Verständnis

- 53 Ein erheblicher Teil der Musliminnen und Muslime leben heute außerhalb von Staaten mit muslimischer Mehrheitsbevölkerung. Modellhaft lassen sich hierzu vier muslimische Positionen ausmachen. Der wohl ganz überwiegende Teil muslimischer Minderheiten bejaht ähnlich selbstverständlich und unreflektiert wie die Mehrheitsbevölkerung die bestehende Ordnung. Eine kleine, teils gefährliche Minderheit lehnt Demokratie und Rechtsstaat als unislamisch ab. Traditionell Argumentierende stützen sich häufig auf die im Mittelalter entwickelte Doktrin vom „Haus des Friedensvertrags / Waffenstillstandes“. Dort existiert zwar keine islamische Herrschaft, Muslime können aber in Sicherheit leben und ihre Religion praktizieren. Sie sind deshalb auch aus religiösen Gründen verpflichtet, die dort gel-

⁹³ Vgl. *Khaled Abou El Fadl*, The Centrality of Sharī'ah to Government and Constitutionalism in Islam, in: Grote / Röder (o. Fn. 2), S. 35 (39 f.).

⁹⁴ Vgl. beispielhaft für die afghanische Verfassung *Rohe*, Islamisches Recht im islamischen Staat, in: FS Bobzin (o. Fn. 10), S. 341 ff.

tenden Gesetze einzuhalten. Sollten sie mit dem Maß an religiöser Entfaltungsfreiheit unzufrieden sein, müssen sie auswandern.⁹⁵

Diese Lehre wurde, basierend auf einer grundsätzlichen Dichotomie von islamisch beherrschtem Territorium und Feindesland, in Zeiten militärischer Konfrontation mit dem christlichen Europa entwickelt und wird deshalb von vielen als historisch erledigt betrachtet. Auch nimmt die Zahl derjenigen zu, welche die „Islamität“ des Staates nicht an der Religion des Staatsoberhauptes oder den Quellen der Gesetzgebung festmachen, sondern an deren Inhalten. „Gerechtigkeit ist die Religion des Staates, Ungerechtigkeit sein Unglaube“ lautet die Aufgabenbeschreibung. So finden sich Publikationen, die zum Beispiel Frankreich als islamischen Staat bezeichnen, weil dort eben Religionsfreiheit herrscht. Zudem entwickelt sich eine Debatte der Entrechtlichung der Scharia, die mehr und mehr als religiös-ethische Leitlinie gesehen wird und nicht als starre Normenordnung. Insofern kommt dem Islam im Westen, wo Derartiges anders als in weiten Teilen der islamischen Mehrheitsgesellschaften offen diskutiert werden kann, eine Bedeutung und ein Innovationspotential zu, das die weitere Entwicklung insgesamt prägen könnte.⁹⁶

54

⁹⁵ Vgl. hierzu *Rohe* (o. Fn. 2), S. 148 ff. m. w. N.

⁹⁶ Vgl. *Rohe*, Sharia in the Diaspora, in: The Ashgate Research Companion to Islamic Law, hg. von Rudolph Peters/Peri Bearman, 2014, S. 261–276 m. w. N; *ders.*, Islamic Law in Western Europe, in: The Oxford Handbook of Islamic Law, hg. von Anver E. Emon/Rumee Ahmed, 2018, S. 725–751 m. w. N.

§ 7

Das System des Staatskirchenrechts in Deutschland

Von Michael Germann

I. Staatskirchenrecht zwischen Kontingenz und Systemzwang	1–8
II. Orientierungswert staatskirchenrechtlicher ‚Modelle‘	9–30
1. Abgrenzende Bezugnahmen auf Gegenmodelle	10–11
2. Vergleichende Bezugnahmen auf Modelle der Verbindung und Trennung von Staat und Religion	12–15
3. Trennung von Staat und Religion in den USA	16
4. Trennung von Staat und Religion in Frankreich	17–22
5. Grenzen der Modellierung nach Verbindung und Trennung von Staat und Religion	23–24
6. Religiöse Freiheit und Gleichheit als Koordinate des Modellvergleichs. Konvergenz?	25–30
III. Funktion und Autorität der Verfassung im Staatskirchenrecht	31–47
1. Positivität des Staatskirchenrechts	31–32
2. Geltungsanspruch des Staatskirchenrechts unter dem Recht der Europäischen Union	33
3. Prinzip und Kompromiß im deutschen Staatskirchenrecht	34–35
4. Staatskirchenrecht in der Methode der Verfassungsauslegung	36–39
5. Vorverständnis und Methode im Staatskirchenrecht	40–43
6. Staatskirchenrecht des Grundgesetzes als „ausfüllungsbedürftige Rahmenordnung“	44–47

IV. Deutungstheorien zum Staatskirchenrecht	48–71
1. Verfassungswandel, Bedeutungswandel und Deutungswandel	48–54
2. Korrelatentheorie	55
3. Koordinationstheorie	56
4. Einfügung des Staatskirchenrechts in den freiheitlichen Verfassungsstaat	57–60
5. Staatskirchenrecht jenseits der Religionsfreiheit?	61–69
6. Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht	70–71
V. Die Bestimmung des staatskirchenrechtlichen Systems durch religiöse Freiheit und Gleichheit	72–97
1. Die Trennung von Staat und Kirche hinkt nicht	72–73
2. Die Gewährleistung religiöser Freiheit und Gleichheit als staatskirchenrechtliche Systementscheidung	74–77
3. Die freiheitsrechtliche Struktur des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften	78–82
4. Die freiheitliche ratio der religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates	83–90
5. Die freiheitliche ratio der Kooperation im Staatskirchenrecht	91–95
6. „Trennung und Koordinierung im Dienste der Religionsfreiheit“	96–97

I. Staatskirchenrecht zwischen Kontingenz und Systemzwang

„Der Jurist liebt bekanntlich Systeme – hier aber will die Bildung eines solchen nicht ohne Widerspruch gelingen.“ Diese Mahnung scheint die im Schlußkapitel des prominentesten Lehrbuchs zum deutschen Staatskirchenrecht gestellte Frage nach einem „System des Religionsverfassungsrechts?“¹ abschlägig zu beantworten. Gleichwohl ist das Lehrbuch selbst auf „eine systematische Darstellung des Religionsverfassungsrechts“² angelegt und charakterisiert es zusammenfassend als „Ordnung der Freiheit“.³ In der ersten Auflage dieses Handbuchs versprach der Grundlagenbeitrag von Ulrich Scheuner ein „System der Beziehungen von Staat und Kirchen im Grundgesetz“;⁴ in der zweiten Auflage betonte Axel Frhr. v. Campenhausen etwas zurückhaltender die Notwendigkeit, die „in verschiedene Richtung weisenden und aus unterschiedlichen Epochen stammenden Elemente des Staatskirchenrechts“ immerhin „durch ihre Ausdeutung in Rechtsprechung und Lehre ihre systematische Einheit“ finden zu lassen.⁵ Der Anspruch systematischer Schlüssigkeit klingt auch in der gängigen Rede vom „Modell“ an, als das das deutsche Staatskirchenrecht in den Wettstreit der religionsverfassungsrechtlichen Systeme oder Modelle gestellt wird.⁶

1

¹ *Axel Frhr. v. Campenhausen / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht. Eine systematische Darstellung des Religionsverfassungsrechts in Deutschland und Europa. Ein Studienbuch, 4. Aufl. 2006, S. 368–373 (§ 41), der zitierte Satz findet sich auf S. 372.

² So der Untertitel ebd. (o. Fn. 1).

³ Ebd. (o. Fn. 1), S. 373, ebenso zum Beispiel S. 96: „freiheitliche Ordnung des Verhältnisses des freien Staates zu den freien Kirchen und Religionsgemeinschaften“, in Schutz zu nehmen gegen „klassische Mißverständnisse“ in Gestalt „einer laizistischen oder klerikalen Interpretation der Verfassung“. Die Skepsis gegenüber einem Systemzwang hindert auch nicht daran, „das staatskirchenrechtliche System mit charakteristischen Grundsätzen zu umschreiben“, S. 370.

⁴ *Ulrich Scheuner*, Das System der Beziehungen von Staat und Kirchen im Grundgesetz. Zur Entwicklung des Staatskirchenrechts (§ 1), in: HSKR¹, Bd. 1, S. 5–86.

⁵ *Axel Frhr. v. Campenhausen*, Der heutige Verfassungsstaat und die Religion (§ 2), in: HSKR², Bd. 1, S. 47–84 (47), auch in: ders., *Gesammelte Schriften II*, hg. von Hans Michael Heinig / Hendrik Munsonius, 2014, S. 3–36.

⁶ Siehe etwa *Axel Frhr. v. Campenhausen*, Das bundesdeutsche Modell des Verhältnisses von Staat und Kirche – Trennung und Kooperation, in: ZevKR 42 (1997), S. 169–182, auch in: *Gesammelte Schriften II* (o. Fn. 5), S. 37–50; *Christoph Link*, Ein Dreivierteljahrhundert Trennung von Kirche und Staat in Deutschland. Geschichte, Grundlagen und Freiheitschancen

eines staatskirchenrechtlichen Modells, in: Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, hg. von Bernd Becker/Hans Peter Bull/Otfried See-
wald, 1993, S. 95–122, auch in: ders., *Gesammelte Abhandlungen zu Ge-
schichte und Gegenwart des Rechts in Staat und Kirche*, hg. von Heinrich de
Wall/Michael Germann, 2020, S. 717–743; *Martin Heckel*, Kontinuität und
Wandlung des deutschen Staatskirchenrechts unter den Herausforderungen
der Moderne, ZevKR 44 (1999), S. 340–384, auch in: ders., *Gesammelte
Schriften. Staat Kirche Recht Geschichte*, Bd. V, 2004, S. 243–286 (350). –
Gesamtdarstellungen des geltenden Systems: v. *Campenhausen/de Wall*,
Staatskirchenrecht (o. Fn. 1); *Claus Dieter Classen*, Religionsrecht, 2. Aufl.
2015; *Bernd Jeand'Heur/Stefan Koriath*, Grundzüge des Staatskirchen-
rechts, 2000; *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2018; *Jörg Win-
ter*, Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland. Eine Einführung
mit kirchenrechtlichen Exkursen, 2001; *Ansgar Hense*, Kirche und Staat in
Deutschland (§ 120), in: HKKR³, S. 1830–1865; *Alexander Hollerbach*,
Grundlagen des Staatskirchenrechts (§ 138), in: HStR², Bd. VI: Freiheitsrech-
te, 2001, S. 471–555; ders., Der verfassungsrechtliche Schutz kirchlicher Or-
ganisation (§ 139), ebd., S. 557–593; ders., Freiheit kirchlichen Wirkens
(§ 140), ebd., S. 595–633; *Stefan Mückl*, Grundlagen des Staatskirchenrechts
(§ 159), in: HStR³, Bd. VII: Freiheitsrechte, 2009, S. 711–789; ders., Kirchliche
Organisation (§ 160), ebd., S. 791–830; ders., Freiheit kirchlichen Wirkens
(§ 161), ebd., S. 831–873; *Claudio Fuchs*, Das Staatskirchenrecht der neuen
Bundesländer, 1999; hauptsächlich an vermeintlichen Unzulänglichkeiten
orientiert: *Gerhard Czermak/Eric Hilgendorf*, Religions- und Weltan-
schauungsrecht. Eine Einführung, 2. Aufl. 2018; *Gerhard Czermak*, Weltan-
schauung in Grundgesetz und Verfassungswirklichkeit. Eine kritische Ein-
führung auch für Nichtjuristen, 2016. – Zur Bewertung von Entwicklung,
Zustand und Aussichten des geltenden Staatskirchenrechts in Theorie und
Praxis *Josef Isensee*, Die Zukunftsfähigkeit des deutschen Staatskirchen-
rechts. Gegenwärtige Legitimationsprobleme, in: Dem Staate, was des Staa-
tes – der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl zum
70. Geburtstag, hg. von Josef Isensee/Wilhelm Rees/Wolfgang Rübner, 1999,
S. 67–90; *Axel Frhr. v. Campenhausen*, Offene Fragen im Verhältnis von Staat
und Kirche am Ende des 20. Jahrhunderts, in: Das Staat-Kirche-Verhältnis
in Deutschland an der Schwelle zum 21. Jahrhundert. Essener Gespräche
zum Thema Staat und Kirche, Bd. 34, hg. von Heiner Marré/Dieter
Schümmelfeder/Burkhard Kämper, 2000, S. 105–145 mit Diskussion S. 146–
167, auch in: *Gesammelte Schriften II* (o. Fn. 5), S. 51–90; *Michael Brenner*,
Staat und Religion, in: VVDStRL 59 (2000), S. 264–300, und *Gerhard Rob-
bers*, Staat und Religion, ebd., S. 231–263, mit Aussprache S. 301–365; *Stefan
Mückl*, Trennung und Kooperation – das gegenwärtige Staat-Kirche-
Verhältnis in der Bundesrepublik Deutschland, in: Die Trennung von Staat
und Kirche – Modelle und Wirklichkeit in Europa. Essener Gespräche zum
Thema Staat und Kirche, Bd. 40, hg. von Burkhard Kämper/Hans-Werner
Thönnies, 2007, S. 41–83 mit Aussprache S. 84–106; *Christian Waldhoff*, Die
Zukunft des Staatskirchenrechts, in: Die Verfassungsordnung für Religion
und Kirche in Anfechtung und Bewährung. Essener Gespräche zum Thema
Staat und Kirche, Bd. 42, hg. von Burkhard Kämper/Hans-Werner Thönnies,
2008, S. 55–106 mit Aussprache S. 107–127; *Hans Michael Heinig*, „Säkula-
rismus“ und „Laizismus“ als Anfragen an das säkulare Religionsrecht in
Deutschland, in: Islam – Säkularismus – Religionsrecht, hg. von Lothar Hä-
berle/Johannes Hattler, 2012, S. 79–93, auch in: ders., *Die Verfassung der*

Skepsis gegenüber der Systembildung im Staatskirchenrecht gilt in erster Linie der Abgrenzung von einer Methode, die die Auslegung des geltenden Rechts einer abstrakten, dem positiven Recht vorangestellten Ordnungsidee unterwerfe.⁷ Die staatskirchenrechtlichen Bestimmungen des Grundgesetzes sollen nicht auf den Leisten eines „Systems“ der Trennung oder Symbiose von Staat und Kirche gespannt oder gar – zur Ausscheidung „prinzipienwidrigen“ Verfassungsrechts – daran gemessen werden⁸, sondern umgekehrt soll sich der Systemehrgeiz des Interpreten mit der Summe der Einzelregelungen begnügen und deren „Unausgeglichenheit unter systematischem Gesichtspunkt“ als ein „Zeichen von Leben und Lebendigkeit“⁹ lesen. Wer die Gründe staatskirchenrechtlicher Normen verstehen will, kann das dann weniger von der Frage nach einem Sinnzusammenhang mit dem Ganzen erhoffen als von der Frage nach den in der

Religion. Beiträge zum Religionsverfassungsrecht, 2014, S. 146–161; *Christian Hillgruber*, Hat das deutsche Staatskirchenrecht Bestand?, in: KuR 24 (2018), S. 1–20. – Besonders zur Bewährung des Systems in der Anwendung auf den Islam: *Stefan Muckel* (Hg.), Der Islam im öffentlichen Recht des säkularen Verfassungsstaates, 2008. – Zur rechtspolitischen Diskussion siehe die Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages 2010 auf der Grundlage des Gutachtens von *Christian Waldhoff*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität. Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates?, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, hg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. I, 2010, Gutachten D; hierzu *Hans Michael Heinig*, Zukunftstauglich und doch in Frage gestellt? Das deutsche Religionsrecht angesichts gegenwärtiger Herausforderungen, in: AnwBl 2010, S. 579–583; *Stefan Korioth/Ino Augsberg*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität – Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates?, in: JZ 2010, S. 828–834; *Christian Walter*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität – Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates?, in: DVBl. 2010, S. 993–1000; *Hermann Weber*, Änderungsbedarf im deutschen Religionsrecht?, in: NJW 2010, S. 2475–2480. – Für eine umfassende Auseinandersetzung mit der Frage nach der Legitimität des deutschen Staatskirchenrechts und ihren Voraussetzungen siehe *Martin Heckel*, Zur Zukunftsfähigkeit des deutschen „Staatskirchenrechts“ oder „Religionsverfassungsrechts“?, in: AöR 134 (2009), S. 309–390, auch in: Gesammelte Schriften, a. a. O., Bd. VI, 2013, S. 507–589.

⁷ *v. Campenhausen*, Verfassungsstaat und Religion (o. Fn. 5), S. 57; *Dietrich Pison*, Kirchengut – Religionsfreiheit – Selbstbestimmung, in: Festschrift für Joseph Listl (o. Fn. 6), S. 611–622, auch in: ders., Gesammelte Beiträge zum Kirchenrecht und Staatskirchenrecht, 2008, S. 1048–1060 (1050): Es „kann das Streben nach Systemkonformität nicht am Anfang der Interpretationsbemühungen stehen“.

⁸ Gegen verschiedene Spielarten dieser Denkfigur mit Nachweisen *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 368 f.; *v. Campenhausen*, Verfassungsstaat und Religion (o. Fn. 5), S. 58, Fn. 27.

⁹ *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 372.

konkreten Rechtsgestaltung aufbewahrten und verarbeiteten historischen Gegebenheiten, Konflikten und Erfahrungen.

- 3 Nur über die Kenntnis seiner besonderen Geschichte erschliessen sich so Sinn und Legitimität des deutschen Staatskirchenrechts.¹⁰ Seine Merkmale sind demnach ‚Besonderheiten‘, einem ‚Sonderweg‘ des deutschen Verhältnisses von Staat und Kirche geschuldet. Sie erscheinen notwendig in dem Sinn, daß sie sich nicht aus ihrer Geschichte herauslösen lassen; sie erscheinen kontingent in dem Sinn, daß sie sich nicht aus einem theoretischen Prinzip ableiten lassen. Je nach ‚konservativer‘ oder ‚progressiver‘ Haltung zur Geschichte wirkt der Hinweis auf ihr Gewordensein affirmativ, indem er jedem ihr fremden ‚System‘ die Inkompatibilität bescheinigt, oder er appelliert an ihre Überwindung, indem er ihre Irregularität, Willkürlichkeit und Unvernunft belegt. Er würzt die juristische Arbeit mit dem wechselseitigen Vorwurf der Fortschrittsverweigerung auf der einen Seite, der Geschichtsvergessenheit auf der anderen. Die Diagnose eines Sonderwegs hat für deutsche Verhältnisse wohl immer einen eigenen Reiz. Im Staatskirchenrecht freilich lehrt der vergleichende Blick rasch, daß das europäische und globale Bild der Rechtsverhältnisse des Staates zur Religion auch keine universal gültigen Systeme nachzeichnet, sondern ein Panoptikum von Sonderwegen ist (s.u. Rn. 12–24).
- 4 Eine Methode zum Verständnis des geltenden Staatskirchenrechts, die auf die Auslegung des positiven Rechts ausgerichtet ist, wird solche Gegensätze zwischen historischer Kontingenz und systematischer Konstruktion nicht überhöhen, sondern beide Zugänge miteinander aufnehmen. Auch die systematische Konstruktion findet ihr Material, ihre Modelle und ihren eigenen Ort¹¹ in der Geschichte, und die Würdigung der historischen Gegebenheiten schließt die darin wirksamen Systemvorstellungen ein.
- 5 Dabei war in der deutschen Staatskirchenrechtsgeschichte¹² das positive Recht in seiner Gesamtheit nicht die Verwirklichung jeweils

¹⁰ v. Campenhausen, Verfassungsstaat und Religion (o. Fn. 5), S. 47–49. Die historische Prägung des Staatskirchenrechts betonen auch Isensee, Zukunftsfähigkeit (o. Fn. 6), S. 70 f.; Waldhoff, Zukunft des Staatskirchenrechts (o. Fn. 6), S. 59 f.

¹¹ Beispielhaft ausgedrückt in der Beobachtung, es sei „das Modell der kooperativen Trennung zwischen Staat und Religionsgemeinschaften in Deutschland eingebettet in einen besonderen historischen Pfad“: Karl Gabriel, → § 2, Rn. 62.

¹² Gesamtdarstellungen der Entwicklung, aus der die folgenden Beobachtungen herausgegriffen sind: Dietrich Pirson, → § 1; Christoph Link, Kirchli-

eines bestimmten Prinzips, sondern das Ergebnis eines Kompromisses aus konkurrierenden Prinzipien, eine Notlösung zur pragmatischen Überbrückung mehr oder weniger unversöhnlicher Gegensätze. Im Augsburger Religionsfrieden 1555 wollten die Reichsstände nur vorübergehend darauf verzichten, die Glaubenseinheit gegeneinander durchzusetzen; im Westfälischen Frieden 1648 rangen sich die ausgebluteten Kriegsparteien einen *modus vivendi* für das konfessionell gesplante Reich ab. Die darin getroffenen Regelungen entstanden am Verhandlungstisch, nicht auf dem Reißbrett eines Konzepts von der konfessionell-paritätischen Koexistenz, als deren Ordnung sie in der Folge ihre lange bestimmende Wirkung entfalteten und begriffen werden konnten. Unterhalb dieser Ordnung konnten die Territorien ihr Staatskirchenrecht aus einem systematischen Guß gestalten, in später Höchstform das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794.¹³ Selbst für das darin konzeptionell eingebaute landesherrliche Kirchenregiment in den Territorien ist bezeichnend, daß sich auch dieses Systemmerkmal ursprünglich aus der pragmatischen Bewältigung der Kirchenleitungsaufgaben nach der Reformation ergeben hatte. Seine systematische Begründung wurde erst nachfolgend an es herangetragen; sie spiegelt das Bedürfnis nach theoretischer Rechtfertigung vor den Ansprüchen an die historische und rationale Konsistenz der rechtlichen Verhältnisse, und ihre rückblickende Typisierung betont dies in der Bezeichnung als Episkopal-, Territorial- und Kollegial-„System“, –„Theorie“ und –„ismus“.¹⁴ Die

che Rechtsgeschichte. Kirche, Staat und Recht in der europäischen Geschichte von den Anfängen bis ins 21. Jahrhundert, 3. Aufl. 2017, jeweils mit weiterführenden Nachweisen; *Martin Heckel*, Vom Religionskonflikt zur Ausgleichsordnung. Der Sonderweg des deutschen Staatskirchenrechts vom Augsburger Religionsfrieden 1555 bis zur Gegenwart, 2007.

¹³ *Peter Landau*, Das Kirchenrecht des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten im 19. Jahrhundert, in: 200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext, hg. von Barbara Dölemeyer/Heinz Mohnhaupt, 1995, S. 145–185, auch in: ders., Grundlagen und Geschichte des evangelischen Kirchenrechts und des Staatskirchenrechts, 2010, S. 175–210; *Hans-Wolfgang Strätz*, Das staatskirchliche System des preußischen Allgemeinen Landrechts, in: *Civitas* 1972, S. 156–183.

¹⁴ Geprägt von *Daniel Nettelblatt*, *De tribus systematibus doctrinae de iure sacrorum dirigendorum domini territorialis euangelici quoad ecclesias euangelicas sui territorii* (Observatio VI.), in: ders., *Observationes juris Ecclesiastici*, 1783, p. 105–168, p. 105–168, dort § 1, p. 107: „De huius iuris sacrorum dirigendorum vera natura et indole non idem sentire Doctores, indeque varia excogitata esse sic dicta Systemata de eius natura et indole, notissimum est. Inter talia systemata potissimum tria obueniunt, quae dici possunt systema *episcopale*, *territoriale* et *collegiale*“. Zu dieser Systemati-

Paulskirchenverfassung von 1848 wiederum suchte zwischen den Fronten liberaler und konservativer Religionspolitik einen Mittelweg, in dem sich „keine der Extrempositionen durchgesetzt“ hatte und der sich erst nachfolgend als „ein spezifisch deutsches Modell einer freiheitlichen Religionsverfassung“ von „traditionsbildender“ Wirkung erwies.¹⁵

6 In dieser Tradition steht das heute geltende Recht nicht dank einem Konsens in den Verfassungsberatungen 1919 in Weimar und 1949 in Bonn darüber, so ein Modell einer freiheitlichen Religionsverfassung zu verwirklichen, sondern dank der wiederholten Überformung des Dissenses: Auch die Kirchenartikel in der Reichsverfassung von 1919 schienen nur einen „dilatorischen Formelkompromiß“¹⁶ zwischen staatskirchentumsnahen und laizistischen Entwürfen aufnehmen zu können, und 1949 entkam der Parlamentarische Rat dem wiederaufgelegten staatskirchenrechtspolitischen Dissens¹⁷ nur durch die lakonische Inkorporation jener Vorgängerlösung in Art. 140 GG.

7 Die Labilität dieses „Verlegenheitsergebnisses“¹⁸ ist seitdem durch seine praktische Bewährung aufgefangen worden. Jedenfalls sind die staatskirchenrechtlichen Normen des Grundgesetzes über die Veränderungen der verfassungspolitischen Lagen und der gesellschaftlichen Wirklichkeit hinweg stabil. Sie gehören zu den Textteilen, die

sierung der Theorien zum landesherrlichen Kirchenregiment zusammenfassend *Klaus Schlaich*, Der rationale Territorialismus. Die Kirche unter dem staatsrechtlichen Absolutismus um die Wende vom 17. zum 18. Jahrhundert, ZRG 85 KA 54 (1968), S. 269–340 (270 f.), auch in: ders., Gesammelte Aufsätze. Kirche und Staat von der Reformation bis zum Grundgesetz, hg. von Martin Heckel/Werner Heun, 1997, S. 204–266. Die Theorien selbst, ihre Kontext und Wirkungen sind skizziert bei *Dietrich Pirson*, → § 1, Rn. 20–28; *Heinrich de Wall*, → § 4, Rn. 23–25.

¹⁵ *Link*, Kirchliche Rechtsgeschichte (o. Fn. 12), § 20, Rn. 3 f.

¹⁶ *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, 11. Aufl. 2017, S. 31–34. Dazu noch unten Rn. 34.

¹⁷ Die Verfassungsberatungen sind zusammengefaßt bei *Peter Badura*, → § 8, Rn. 36–39, 46–52.

¹⁸ So – zur entsprechenden Fortschreibung des *Schmittschen* Diktums (eben Fn. 16) – *Rudolf Smend*, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, in: ZevKR 1 (1951), S. 4–14 (11), auch in: ders., Abhandlungen zum Kirchen- und Staatskirchenrecht, hg. von Hans Michael Heinig/Hendrik Munsonius/Jens Reisgies, 2019, S. 3–12: „Der Artikel 140 ist nicht das Ergebnis einer klar bewußten grundsätzlichen staatskirchenpolitischen Entscheidung des Parlamentarischen Rats, sondern gehört mehr unter die Verlegenheitsergebnisse verfassungsgebender Parlamentsarbeit, er ist nicht weit entfernt vom Typus der sogenannten Formelkompromisse.“

bei den mehr als 60 Änderungen des Grundgesetzes bisher unangetastet geblieben sind. Selbst die Verfassungsänderungen im Gefolge der Wiedervereinigung Deutschlands 1990, die die deutlich unterschiedlichen religionssoziologischen Verhältnisse in der alten Bundesrepublik und in der DDR¹⁹ zusammengeführt hat, haben sie nicht angeührt. In der Verfassungskommission zur vereinigungsbedingten Grundgesetzrevision fanden die von einzelnen Mitgliedern durchaus erhobenen Forderungen nach grundsätzlichen Eingriffen in das Religionsverfassungsrecht keine nennenswerte Unterstützung.²⁰ Das muß nicht als Perpetuierung des verfassungspolitischen Dissenses gedeutet werden, der den Regelungen ursprünglich zugrundelag – auch wenn die Ideen, die sich in Unzufriedenheit mit ihnen artikulieren, ungefähr so statisch sind wie der Normtext. Die Kontinuität des mit der Weimarer Verfassung geschaffenen und ins Grundgesetz übernommenen Arrangements läßt sich vielmehr mit seiner Fähigkeit erklären, auch unter sich wandelnden gesellschaftlichen Gegebenheiten und Umständen ein jeweils zeitgemäßes und sachgerechtes Verhältnis des Staates zur Religion und zu den Religionsgemeinschaften zu regeln.²¹

¹⁹ *Karl Gabriel*, → § 2, Rn. 24–31. Zum Verhältnis von Staat und Kirche in der DDR zum Beispiel *Martin Otto*, Staatskirchenrecht in der DDR, in: Entwicklungstendenzen des Staatskirchen- und Religionsverfassungsrechts. Ausgewählte begrifflich-systematische, historische, gegenwartsbezogene und biographische Beiträge, hg. von Thomas Holzner/Hannes Ludyga, 2013, S. 269–302 m. w. N.; *Viola Vogel*, Abgestorben? Religionsrecht der DDR und der Volksrepublik Polen, 2015; im Überblick *Link*, Kirchliche Rechtsgeschichte (o. Fn. 12), § 33, Rn. 1–14, m. w. N. (vor Rn. 1). Zu den daraus mitgebrachten Vorbehalten *Detlef Bald/Karl Martin* (Hg.), Aufbruch nach der Wende. Militärseelsorge, Kultursteuern und das Staat-Kirche-Verhältnis, 1997.

²⁰ Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, Deutscher Bundestag, 12. Wahlperiode, Drs. 12/6000 vom 5. 11. 1993, S. 106 f. Für eine Empfehlung wäre eine Zweidrittelmehrheit erforderlich gewesen, nur 2 bis 5 von 63 Kommissionsmitgliedern stimmten dafür. Selbst eine bloß redaktionelle Änderung wurde ebenso deutlich abgelehnt.

²¹ *v. Campenhausen*, Verfassungsstaat und Religion (o. Fn. 5), S. 53. Eingehend *Markus Ogorek*, Pfadabhängigkeit und strukturelle Flexibilität des Staatskirchenrechts, in: DÖV 2017, S. 575–584, der der soziologischen Beobachtung einer „institutionellen Persistenz“ aufgrund autonomer „Mechanismen institutioneller Reproduktion“ – *Matthias Koenig*, Pfadabhängigkeit und institutioneller Wandel im deutschen Religionsrecht, in: Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? Ein begriffspolitischer Grundsatzstreit, hg. von Hans Michael Heinig/Christian Walter, 2007, S. 91–103; s. a. oben in und bei Fn. 11 – die Verarbeitung externer Anpassungsbedürfnisse durch die Rechtsdogmatik gegenüberstellt.

- 8 Dies vermag ein Verfassungstext zu leisten, wenn er nicht lediglich als kontingente Momentaufnahme einer historischen Lage begründet und verstanden, sondern als normativer Träger eines in systematischen Zusammenhängen zu erschließenden Sinns verarbeitet wird. Hierin liegt die *raison d'être* der Staatskirchenrechtswissenschaft wie der Rechtswissenschaft insgesamt.²²

II. Orientierungswert staatskirchenrechtlicher ‚Modelle‘

- 9 Der rechtswissenschaftliche wie der rechtspolitische Diskurs über das deutsche Staatskirchenrecht bespricht dessen Eigenarten, Vorzüge oder Mängel vielfach im typisierenden Vergleich mit den Verhältnissen, wie sie früher in Deutschland herrschten oder heute in anderen Ländern anzutreffen sind. Er faßt die Merkmale, an denen sich Gemeinsamkeiten und Unterschiede zeigen lassen, als Ausprägungen eines Typus auf, sieht darin eine religionspolitische Leitidee verwirklicht und stellt ihn in seiner potentiellen Vorbildwirkung als Modell oder Gegenmodell vor.

1. Abgrenzende Bezugnahmen auf Gegenmodelle

- 10 Eines Gegenmodells bedient sich der Text des Art. 137 Abs. 1 WRV, indem er den Grundsatz, den er für das Verhältnis zwischen Staat und Religionsgemeinschaften anordnet, in der Absage an eine „Staatskirche“ ausdrückt. Damit ist ein Bündel von institutionellen Merkmalen aufgenommen, die die Auslegung dieser Verfassungsbestimmung den aus ihrer Vorgeschichte und aus dem Rechtsvergleich bekannten Formen der Verbindung von Staat und Kirche abzulesen hat.²³ Die Weimarer Nationalversammlung konnte sich für ihre Auseinandersetzung darüber die zeitgenössischen Beispiele einer kulturkämpferischen oder religions- und kirchenfeindlichen Trennung von

²² *Hans Julius Wolff*, Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, in: *Studium Generale* 5 (1952), S. 195–205 (205): „Rechtswissenschaft zumindest ist systematisch oder sie ist nicht!“

²³ Zur zeitgenössischen ratio dieser Bestimmung, bei deren Erlaß 1919 schon von der eigentlichen Staatskirche früherer Zeiten nurmehr Restbestände geblieben waren, v. *Campenhause*n, Verfassungsstaat und Religion (o. Fn. 5), S. 64 f.; eingehend *Bernd Jeand'Heur*, Der Begriff der „Staatskirche“ in seiner historischen Entwicklung, in: *Der Staat* 30 (1991), S. 442–467.

Staat und Kirche in Frankreich (1905)²⁴ und in Rußland nach der Oktoberrevolution (1917/1918) vor Augen halten.²⁵ Diese historischen Referenzen markieren damit modellhaft Lesarten des Trennungsprinzips, von denen sich die „Weimarer Kirchenartikel“ absetzen und die daher auch bei deren Interpretation auszugrenzen sind.

Die späteren Erfahrungen mit der Religionspolitik des nationalsozialistischen Staates²⁶ und nachfolgend mit der der DDR²⁷ fügen dann auf der Kontrastfolie für das Staatskirchenrecht unter dem Grundgesetz weitere maßgebliche Anschauung vom Typus eines Weltanschauungsstaates hinzu.

11

2. Vergleichende Bezugnahmen auf Modelle der Verbindung und Trennung von Staat und Religion

Die rechtsvergleichende Einstufung und Bewertung staatskirchenrechtlicher Ordnungen²⁸ orientiert sich meist an einer Skala der Verbindung oder Trennung zwischen dem Staat und der Religion oder den Religionsgemeinschaften.²⁹ Diese Skala reicht dann von theokratischen über staatskirchliche bis hin zu laizistischen Modellen.

12

²⁴ Dazu noch unten Rn. 17–22.

²⁵ *Dietrich Pirson*, → § 1, Rn. 104–107; *Link*, Trennung (o. Fn. 6), S. 103–106; *ders.*, Kirchliche Rechtsgeschichte (o. Fn. 12), § 25.

²⁶ *Link*, Kirchliche Rechtsgeschichte (o. Fn. 12), § 29 m. w. N.

²⁷ Siehe oben in Fn. 19. In den Zusammenhang gehört auch die sowjetische Religionspolitik; dazu *Otto Luchterhandt*, Der Sowjetstaat und die Russisch-Orthodoxe Kirche. Eine rechtshistorische und rechtssystematische Untersuchung, 1976.

²⁸ *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 338–357 (§ 39); *Stefan Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts, 2005; *ders.*, Grundmodelle einer möglichen Zuordnung von Kirche und Staat (§ 117), in: HKKR³, S. 1791–1802. Für den europäischen Vergleich siehe die Länderberichte bei: *Gerhard Robbers* (Hg.), Staat und Kirche in der Europäischen Union, 2. Aufl. 2005; *Wilhelm Rees / María Roca / Balázs Schanda* (Hg.), Neuere Entwicklungen im Religionsrecht europäischer Staaten, 2013; *Wolfgang Lienemann / Hans Richard Reuter* (Hg.), Das Recht der Religionsgemeinschaften in Mittel-, Ost- und Südosteuropa, 2005; sowie in den Referaten auf den Internationalen Symposien der VELKD, in: ZevKR 45 (2000), S. 1–339; ZevKR 50 (2005), S. 277–568; ZevKR 52 (2007), S. 253–592.

²⁹ So dezidiert etwa *Winfried Brugger*, Varianten der Unterscheidung von Staat und Kirche. Von strikter Trennung und Distanz über gegenseitiges Entgegenkommen bis zu Nähe, Unterstützung und Kooperation, in: AöR 132 (2007), S. 4–43.

- 13 Eine *theokratische* Identifikation des staatlichen Rechts mit dem Recht einer Religion gilt heute – also abgesehen von ihrer historischen Bedeutung – als Eigenart islamischer Staaten.³⁰ Wie weit diese sie tatsächlich verwirklichen, hängt von vielschichtigen politischen und kulturellen Bedingungen ab. Sie spiegelt ein Unterscheidungsmerkmal zur Selbstvergewisserung eines modernen, aufgeklärten, „westlichen“ Staatsverständnisses.³¹ An einer Absage an theokratische Rechtsvorstellungen wird denn auch die Integrationsbereitschaft von Muslimen in Deutschland oft gemessen; etwas vergröbernd wird dann von ihnen erwartet, sich zur „Trennung von Recht und Religion“ zu bekennen.
- 14 Für das *Staatskirchentum* oder eine staatskirchentumsnahe Sonderstellung etablierter Kirchen stehen in Europa heute insbesondere England, Schottland, einige skandinavische Länder,³² einige Kantone der Schweiz³³ und Griechenland. Die staatskirchenrechtlichen Verhältnisse dort können verdeutlichen, was eine ‚Verbindung‘ des Staates mit einzelnen Kirchen ausmacht. Der Vergleich damit lehrt, die mit Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 1 WRV vereinbaren Beziehungen des Staats zu Religionsgemeinschaften von einer solchen ‚Verbindung‘, als die sie manchmal dargestellt werden, zu unterscheiden.

³⁰ Die durchaus heterogenen Erwartungen der islamischen Welt an das Verhältnis von Staat und Religion und ihre Praxis beschreibt *Mathias Rohe*, → § 6, Rn. 1–5, 39–52.

³¹ Zu christlichen Motiven der Differenzierung zwischen Politik und Religion: *Ansgar Hense*, → § 3, Rn. 17, 37–43 und passim; *Heinrich de Wall*, → § 4, Rn. 66 und passim. Zum Umgang der jüdisch-rabbinischen Rechtskultur mit dem „Problem der Theokratie“ *Ronen Reichman*, → § 5, Rn. 3, 20–25 und passim. Zu muslimischen Ansätzen für eine Trennung von Staat und Religion *Mathias Rohe*, → § 6, Rn. 19–21, 28–38, 53 f.

³² *Kjell Å Modéer*, Das Verhältnis zwischen Staat und Kirche in den skandinavischen Ländern, in: *ZevKR* 47 (2002), S. 339–357. Schweden hat zum 1. Januar 2000 das bis dahin bestehende Staatskirchentum aufgehoben; *Sofia Hjertsonsson*, Neue Beziehungen zwischen Kirche und Staat in Schweden, in: *öarr* 2004, S. 24–40; zur Vorgeschichte und zum Übergang *Sven-Åke Selander*, Evangelisch-lutherisch – demokratisch – landesumfassend – über die Schwedische Kirche damals und heute, in: *ZevKR* 45 (2000), S. 293–318; zu den fortbestehenden Besonderheiten *Per Pettersson*, State and religion in Sweden: Ambiguity Between Disestablishment and Religious Control, in: *Nordic Journal of Religion and Society* 2011, p. 119–135. Norwegen hat ab 2012 die Staatskirche aufgehoben; *Øystein Lund*, New Developments in the Relationship between State and Religious Communities in Norway, in: *Neuere Entwicklungen* (o. Fn. 28), S. 355–371.

³³ *Dieter Kraus*, Schweizerisches Staatskirchenrecht. Hauptlinien des Verhältnisses von Staat und Kirche auf eidgenössischer und kantonaler Ebene, 1993: „Kirchgemeindeprinzip“ (S. 368), dem „Staatskirchentum“ freilich nicht ohne weiteres zuzurechnen (S. 420).

Als Vorbilder für eine Trennung von Staat und Kirche gelten die Vereinigten Staaten von Amerika und Frankreich. 15

3. Trennung von Staat und Religion in den USA

In den USA³⁴ ist der verfassungsrechtliche Ansatz dafür der erste Zusatzartikel zur Verfassung von 1791: „Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof [...]“. Die „Establishment Clause“ beschränkt in ihrer ursprünglichen Bedeutung die föderale Kompetenz des Bundes zugunsten des Staatskirchenrechts der Einzelstaaten. Als deren Bindung an ein bundesverfassungsrechtliches Verbot der Religionsförderung im Sinne einer „wall of separation“ zwischen Kirche und Staat wurde es erst seit einer Leitentscheidung des U.S. Supreme Court vom 10. 2. 1947 ausgelegt.³⁵ Die juristischen Bemühungen um die weitere Auslegung und Anwendung dieser Trennungsdoktrin sind von den Schwierigkeiten geprägt, sie mit religiöser Freiheit und Gleichheit verträglich zu machen.³⁶ Zugleich nehmen viele Facetten des 16

³⁴ Thomas Gerrith Funke, Die Religionsfreiheit im Verfassungsrecht der USA: Historische Entwicklung und Stand der Verfassungsrechtsprechung, 2006; Christian Walter, Religionsverfassungsrecht, 2006, S. 76–95, 128–161; Günter Krings, Von strikter Trennung zu wohlwollender Neutralität. Staat und Kirche in den Vereinigten Staaten und die gewandelte Auslegung der religious clauses in der US-Verfassung, in: ZevKR 45 (2000), S. 505–537; Werner Heun, Die Trennung von Kirche und Staat in den Vereinigten Staaten von Amerika, in: Festschrift für Martin Heckel, hg. von Karl-Hermann Kästner / Knut Wolfgang Nörr / Klaus Schlaich, 1999, S. 341–357.

³⁵ U.S. Supreme Court, *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947): „The ‘establishment of religion’ clause of the First Amendment means at least this: Neither a state nor the Federal Government can set up a church. Neither can pass laws which aid one religion, aid all religions, or prefer one religion over another. [...] No tax in any amount, large or small, can be levied to support any religious activities or institutions, whatever they may be called, or whatever from they may adopt to teach or practice religion. Neither a state nor the Federal Government can, openly or secretly, participate in the affairs of any religious organizations or groups and vice versa. In the words of Jefferson, the clause against establishment of religion by law was intended to erect ‘a wall of separation between Church and State.’“ (p. 15–16). Die Grenzen des Verfassungswortlauts hat diese Entscheidung überwunden, indem sie die anerkannte Inkorporation von Bürgerrechten aus der Bundesverfassung in das für die Einzelstaaten verbindliche Recht auf „due process of law“ aus dem 14. Zusatzartikel von 1868 auch auf die Establishment Clause anwandte (p. 15).

³⁶ Dazu *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 349 f.; in einer ausführlichen Analyse Walter, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 34),

öffentlichen Lebens so unbefangenen Motive und Praktiken religiöser Provenienz auf, wie man es von einem Trennungssystem unter dem Leitsatz einer „wall of separation“ nicht erwarten muß. Das reicht von der selbstverständlichen Präsenz der Religionsausübung in der Öffentlichkeit und der Anerkennung religiöser Zwecke unter den steuerrechtlichen Gemeinnützigkeitstatbeständen³⁷ über Gottesbezüge im nationalen und staatlichen Zeremoniell³⁸ bis hin zur militärischen Organisation der Seelsorge in den Streitkräften und zur traditionellen Anstellung von Geistlichen für das Parlament³⁹. So gibt die Trennung von Staat und Kirche in den USA ein Bild ab, das zwischen zivilreligiöser Selbstdarstellung kollektiven Bürgersinns, am Rand aufflackerndem ikonoklastischem Purismus⁴⁰ und der Suche nach einer freiheits- und gleichheitsfreundlichen Neutralität des Staates⁴¹ schillert.

4. Trennung von Staat und Religion in Frankreich

17 In Frankreich⁴² ist die normative Grundlage für die Trennung von Staat und Kirche dichter als das auf kreatives Case Law angewiesene

S. 131–159, 232–234, 300–305; *Krings*, Von strikter Trennung zu wohlwollen- der Neutralität (o. Fn. 34).

³⁷ Dazu *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 34), S. 281–285.

³⁸ Eine Reihe von Beispielen dafür – u. a. die Verwendung des nationalen Mottos „In God We Trust“ auf Münzen und Geldscheinen sowie die Einfügung der Worte „One nation under God“ in das alltäglich insbesondere in den Schulen zelebrierte Bürgergelöbnis (Pledge of Allegiance) – hat der U.S. Supreme Court herangezogen, um zu begründen, daß eine Stadtverwaltung nicht gegen die Establishment Clause verstößt, wenn sie im Rahmen einer Weihnachtsdekoration auf einem öffentlichen Platz eine Krippe aufstellt: *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984). Auch die Eröffnung von Stadtratssitzungen mit einem Gebet hat der U.S. Supreme Court für verfassungsmäßig erklärt: *Town of Greece v. Galloway*, 12–696, 572 U.S. (2014).

³⁹ Mit der Establishment Clause für vereinbar erklärt vom U.S. Supreme Court, *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983); dazu *Funke*, Die Religionsfreiheit im Verfassungsrecht der USA (o. Fn. 34), S. 90–92; historisch näher beleuchtet von *Christopher C. Lund*, The Congressional Chaplaincies, in: *William & Mary Bill of Rights Journal*, volume 17 (2009), p. 1171–1214.

⁴⁰ Zu den Auseinandersetzungen über Krippen und Kreuze *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 34), S. 300–305.

⁴¹ Rechtsvergleichend zu diesem Topos speziell *Christian Walter*, → § 18, Rn. 35–37.

⁴² *Claus Dieter Classen*, Laizität und Religionsfreiheit in Frankreich, in: *ZevKR* 62 (2017), S. 111–151; *Brigitte Basdevant-Gaudemet*, Kirche und Staat in Frankreich (§ 126), in: *HKKR*³, S. 1966–1986; *Jean Lessi*, Religions-

amerikanische Staatskirchenrecht. Die französische Verfassung von 1958 verfügt in ihrem ersten Artikel programmatisch: „La France est une République [...] laïque [...]“. Seit über einem Jahrhundert bestimmend ist das Trennungsgesetz von 1905.⁴³

Das ihm vorausgehende Jahrhundert seit der Französischen Revolution war geprägt von einer wechselhaften Abfolge „staatskirchenrechtlicher Experimente und Radikalkuren“⁴⁴. In der Auseinandersetzung mit der dabei zunächst revolutionär umdefinierten, später vorübergehend restaurierten und dann zunehmend angegriffenen öffentlichen Stellung der römisch-katholischen Kirche wirkte ein „republikanischer“ Antiklerikalismus mit der Forderung nach „laïcité“⁴⁵ (Laizität, Weltlichkeit) des öffentlichen Lebens darauf hin, die Religionsausübung ins Private zurückzudrängen und unter staatliche Kontrolle zu stellen. Die französische Kulturkampfgesetzgebung der 1880er Jahre setzte hierfür unter anderem bei der öffentlichen Schule an, aus der sie erst den Religionsunterricht und dann das kirchliche Personal ausschloß („école laïque“).

Das Trennungsgesetz von 1905 verspricht die Freiheit des Gewissens und der Religionsausübung, um sie sogleich aber einem dichten Geflecht aus einschränkendem Sonderrecht zu unterstellen. Den Staat bindet es vor allem mit einem Anerkennungs- und Subventi-

freiheit und das Verhältnis von Staat und Kirche, in: NVwZ 2015, S. 860–871; Axel Frhr. v. Campenhausen, Die Entstehung des französischen Modells der laïcité und seine Modifikationen, in: Kirche und Staat in Deutschland, Frankreich und den USA. Geschichte und Gegenwart einer spannungsreichen Beziehung, 2012, S. 65–87, auch in: Gesammelte Schriften II (o. Fn. 5), S. 398–419; ders., Staat und Kirche in Frankreich, 1962; Volker Wick, Die Trennung von Staat und Kirche. Jüngere Entwicklungen in Frankreich im Vergleich zum deutschen Kooperationsmodell, 2007; Mückl, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 28), S. 143–219; Werner Heun, Die Religionsfreiheit in Frankreich, in: ZevKR 49 (2004), S. 273–284; Robbers, Staat und Religion (o. Fn. 6), S. 238–245; René Metz, Églises et État en France. Situation juridique actuelle, 1977.

⁴³ „Loi concernant la séparation des Églises et de l'État“ vom 9.12.1905 (Journal Officiel de la République Française, 11.12.1905, S. 7205), zuletzt geändert am 10.8.2018.

⁴⁴ v. Campenhausen, Verfassungsstaat und Religion (o. Fn. 5), S. 66. Einen Abriss von den vorrevolutionären Bedingungen über das „Erbe der Aufklärung“ bis zum Ausgang des Kulturkampfes bringt Walter, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 34), S. 47–65, 69–76, 162–167. Überblick: Dietrich Pirson, → § 1, Rn. 106 f.

⁴⁵ Konzise Skizze der Begriffsgeschichte: Sylvie Toscer-Angot, Zur Genealogie der Begriffe „Säkularisierung“ und „Laizität“, in: Religionskontroversen in Frankreich und Deutschland, hg. von Matthias Koenig / Jean-Paul Willaime, 2008, S. 39–57.

onsverbot: „La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte.“ Indem es die Anbringung religiöser Zeichen an jedweden öffentlichen Ort (außer Kirchengebäuden, Friedhöfen und Museen) untersagt, will es über den Staat hinaus auch die gesellschaftliche Öffentlichkeit von solcher religiöser Kommunikation fernhalten. Die etatistische Bestimmung der Laizität zeigt sich weiter in einer tiefgreifenden Umgestaltung und Kontrolle der organisatorischen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Religionsgemeinschaften. Deren Eigentums- und Nutzungsrechte an dem ihren Zwecken gewidmeten Vermögen bindet das Trennungsgesetz an die Sonderrechtsform der „association cultuelle“ (Kultusverein). Darin ist die Organisation religiöser Freiheit dem staatlichen Vereinsrecht und der staatlichen Vereinsaufsicht unterworfen, zu denen spezifische Regelungen insbesondere über die finanziellen Bedingungen der Religionsausübung und ihre staatliche Kontrolle hinzutreten.⁴⁶ Kultusvereine sind von der Verfolgung anderer als gottesdienstlicher und gottesdienstunterhaltender Zwecke ausgeschlossen. Religionsgemeinschaften, die etwa ihre karitative Tätigkeit organisieren möchten, müssen dafür ins allgemeine Vereinsrecht ausweichen, wo sie von ihren im Trennungsgesetz reglementierten Ressourcen keinen Gebrauch machen können. Religionsgemeinschaften mit einer hierarchischen Verfassung finden eine geeignete Rechtsform weder im allgemeinen noch im besonderen Vereinsrecht. Die römisch-katholische Kirche war deshalb – nachdem sie sich anfangs gar nicht auf die Vorgaben des Trennungsgesetzes eingelassen hatte – genötigt, besondere Diözesanvereine („associations diocésaines“) als Vermögensträger zu bilden, deren Statuten die kirchlichen Organisationsbedürfnisse in eine Spezialform von Kultusvereinen mit beschränkten Aufgaben und einer an die kirchliche Hierarchie gebundenen Verwaltungsstruktur zwängen.⁴⁷

- 20 Die Anwendung des Trennungsgesetzes von 1905 ist von den Schwierigkeiten geprägt, die darin vorgesehenen staatlichen Eingriffe in die Organisation und das Vermögen der Religionsgemeinschaften

⁴⁶ Einen Überblick über die Einordnung in das französische Recht der Vereinigungen bietet *Heun*, Religionsfreiheit in Frankreich (o. Fn. 42), S. 279–282.

⁴⁷ *Wick*, Trennung von Staat und Kirche (o. Fn. 42), S. 48 f. Zu dem hierüber in einem diplomatischen Briefwechsel zwischen dem Heiligen Stuhl und der französischen Regierung 1924 gefundenen Einvernehmen *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 34), S. 222 f. m. N.

ten mit religiöser Freiheit und Gleichheit verträglich zu machen.⁴⁸ Auf das Bedürfnis nach Seelsorge im Militär und in staatlichen Einrichtungen nimmt das Trennungsgesetz selbst Rücksicht, indem es deren Finanzierung vom Subventionsverbot ausnimmt. Dieser Vorbehalt zugunsten eines selektiven Religionsbelangs hat sich auch als aufnahmefähig für eine muslimische Seelsorge erwiesen, die hundert Jahre später anstand.⁴⁹ Schon 1908 mußte der Gesetzgeber sodann klarstellen, daß – ungeachtet des Subventionsverbots – der Staat den Bauunterhalt für die aus dem kirchlichen in staatliches Eigentum überführten, aber weiterhin der gottesdienstlichen Nutzung gewidmeten Gebäude tragen darf. Um in der Folge für einen Moschee-Neubau eine finanzielle Gleichbehandlung zu ermöglichen, war die Durchbrechung des Subventionsverbots durch ein Maßnahmegesetz nötig.⁵⁰

Überhaupt von der Geltung des Trennungsgesetzes ausgenommen sind die drei das Elsaß und Lothringen umfassenden Départements, weil diese Gebiete zur Zeit seines Inkrafttretens 1905 zum Deutschen Reich gehörten und der Gesetzgeber es nach ihrer Wiedereingliederung in die Französische Republik mit Rücksicht auf den Widerstand in der Bevölkerung gegen das Trennungsgesetz bei der vorgefundenen Rechtslage beließ. Insoweit erträgt das französische Trennungsregime – auch unter dem Laizitätsgebot der Verfassung von 1958 – die partikuläre Weitergeltung napoleonischen Staatskirchenrechts mit einem öffentlich-rechtlichen Status der altkorporierten Religionsgemeinschaften, deren öffentlicher Förderung, Religionsunterricht an öffentlichen Schulen und weiteren Abweichungen vom Trennungsgesetz.⁵¹

Die Durchführung der französischen Laizität wird in dem Maße in den Bann der Religionsfreiheit gezogen, wie diese in den letzten Jahrzehnten über die Interpretation der französischen Verfassung und die Wirkung der Europäischen Menschenrechtskonvention an rechtlicher Kontur gewonnen hat. Ihre Anforderungen an die Ein-

⁴⁸ Einzelheiten in Stichpunkten referiert *Jean-Paul Durand*, Das französische Trennungsgesetz von 1905 und seine Folgen, in: Essener Gespräche 40 (o. Fn. 6), S. 5–11.

⁴⁹ *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 34), S. 324 f.

⁵⁰ Dazu und zu weiteren Umgehungen des Subventionsverbots zur Förderung von Bauvorhaben *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 34), S. 182 f.

⁵¹ Darstellung und Nachweise bei *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 34), S. 218 f.; *Metz*, Églises et État en France (o. Fn. 42), S. 20 f., 92, 93–126, 127–130; *Basdevant-Gaudemet*, Kirche und Staat in Frankreich (o. Fn. 42), S. 1981–1984.

griffsrechtfertigung stehen einer laizistischen Steuerung und Verdrängung religiöser Interessen entgegen. Das Konzept der Laizität „schillert“ zwischen einem „offenen“, „toleranten“, „integrierenden“ Verständnis⁵² als „Schleusenbegriff“ für grundrechtliche Abwägungen auf der einen Seite und einer „Ideologie des Laizismus“, die „jederzeit reaktiviert werden kann“, auf der anderen Seite.⁵³ Spannungen zeigen sich, wenn die Republik der gesellschaftspolitischen Brisanz religiöser Pluralität, wie etwa der zugewanderte Islam sie ihr vor Augen führt, mit einer verschärften Affirmation der „valeurs républicaines“ begegnet⁵⁴, die Kopfbedeckung von Schülerinnen reglementiert⁵⁵, die religiös motivierte Vollverschleierung in der Öffentlichkeit mit Bußgeld und Pflichtstunden in Staatsbürgerkunde sanktioniert⁵⁶, beinahe sogar (wie es einzelne Gemeinden unternommen

⁵² Siehe Alois Müller, Laizität und Zivilreligion in Frankreich. Zur Debatte über die „laïcité ouverte“, in: Religionspolitik und Zivilreligion, hg. von Rolf Schieder, 2001, S. 142–171; Wick, Trennung von Staat und Kirche (o. Fn. 42), S. 199 f.

⁵³ Walter, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 34), S. 174 f.; ähnlich Robbers, Staat und Religion (o. Fn. 6), S. 243–245; v. Campenhausen, Die Entstehung des französischen Modells (o. Fn. 42), S. 83–85; rechtsvergleichend mit Bezug auf die entsprechende Diskussion um das Neutralitätsprinzip: Christian Walter, → § 18, Rn. 38 f.; Classen, Laizität und Religionsfreiheit in Frankreich (o. Fn. 42). – Für eine Momentaufnahme, die vorwiegend eine Öffnung zur Religionsfreiheit beobachtet, siehe Durand, Trennungsgesetz (o. Fn. 48), S. 11.

⁵⁴ Siehe etwa die „Charte de la laïcité à l'École“, durch Runderlaß des französischen Bildungsministeriums vom 6.9.2013 (circulaire n° 2013-144, in: Bulletin officiel 33 vom 12.9.2013, <http://www.education.gouv.fr/pid285/bulletin_officiel.html?cid_bo=73659>) für den Unterricht in allen Schulen verbindlich gemacht.

⁵⁵ Zur Entwicklung der Rechtsprechung und Gesetzgebung Walter, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 34), S. 169–176.

⁵⁶ „Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public“, Nr. 2010-1192, vom 11.10.2010 (Journal Officiel de la République Française, 12.10.2010, S. 18344). Dazu EGMR, U. vom 1.7.2014 – 43835/11 – S.A.S. gegen Frankreich, der dieses „Burkaverbot“ mit Rücksicht auf den Einschätzungsspielraum des nationalen Gesetzgebers, aber unter Zurückweisung seiner laizistischen Motive, für mit Art. 9 EMRK vereinbar erklärt hat. Dagegen: Christoph Grabenwarter/Katharina Struth, Das französische Verbot der Vollverschleierung – Absolutes Verbot der Gesichtshüllung zur Wahrnehmung der „Minimalanforderungen des Lebens in einer Gesellschaft“? Besprechung des Urteils der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 1. Juli 2014 – S.A.S. gegen Frankreich, in: EuGRZ 2015, S. 1–8; Beate Sündhofer, Konventionskonformität des Gesichtsverdeckungsverbots in der Öffentlichkeit, in: Austrian Law Journal 2015, S. 88–98.

haben) eine Mindest-Entkleidung am Strand vorschreibt⁵⁷, oder wenn die Regierung die Gründung eines Vereins zur Interessenvertretung und politischen Ansprechbarkeit der muslimischen Religion organisiert⁵⁸.

5. Grenzen der Modellierung nach Verbindung und Trennung von Staat und Religion

Die Verhältnisse in den USA und in Frankreich fügen sich schlecht auf die eindimensionale Skala, an deren Ende sie als Modelle einer irgendwie „strikten“ Trennung von Staat und Kirche gewöhnlich gestellt werden. Eine solche Skala institutioneller Nähe und Distanz ist auch nicht geeignet, um Unterschiede in ihrer Wirkung zu erfassen.⁵⁹ Nähe zum Staat kann Religionsgemeinschaften „etablieren“ und ihre Wirkungsmöglichkeiten mit denen des Staates verbinden, aber auch der Lenkung durch den Staat ausliefern. Distanz vom Staat kann die Exklusion von Religionsgemeinschaften aus dem gesellschaftlichen Leben bedeuten, stattdessen aber auch Entfaltungsräume darin öffnen. Sowohl Nähe als auch Distanz können alle Religionsgemeinschaften auf einen gemeinsamen Nenner der Gleichbehandlung bringen, beide können aber auch privilegieren und diskriminieren.

So führt die *Türkei* den „Laizismus“ in ihrer Verfassung unter den unabänderlichen Merkmalen der Republik, steuert und betreibt aber die Angelegenheiten der muslimischen Religion in staatskirchenähnlichen Organisations- und Handlungsformen unter einer staatlichen Sonderbehörde und schließt andere Religionsgemeinschaften weitge-

⁵⁷ Zur Korrektur durch den Conseil d'État *Classen*, Laizität und Religionsfreiheit in Frankreich (o. Fn. 42), S. 123 f.

⁵⁸ Zu diesem „Conseil français du culte musulman“ siehe etwa *Matthias Koenig*, Repräsentanzmodelle des Islam in europäischen Staaten, in: Islam einbürgern – Auf dem Weg zur Anerkennung muslimischer Vertretungen in Deutschland. Dokumentation der Fachtagung der Beauftragten der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration am 25. April 2005, hg. von ders., 2005, S. 19–32 (26–28 mit Nachweisen); *Malika Zeghal*, La constitution du Conseil Français du Culte Musulman: reconnaissance politique d'un Islam français?, in: *Archives de sciences sociales des religions* 129 (2005), p. 97–113; s. a. *Classen*, Laizität und Religionsfreiheit in Frankreich (o. Fn. 42), S. 129 f.

⁵⁹ Zum Beispiel auch im Hinblick auf die Finanzierung von Religionsgemeinschaften, siehe *Ute Mager*, → § 68, Rn. 39–43; *Werner Heun*, → § 73, Rn. 10–12.

hend vom Rechtsleben aus.⁶⁰ Die Volksrepublik *China* unterwirft das religiöse wie alles gesellschaftliche Leben dem weltanschaulichen Führungsanspruch der kommunistischen Partei und hält es auf Distanz von der mit ihm imprägnierten Öffentlichkeit; zugleich beanspruchen die staatlichen Gesetze es in fünf definierten Religionen als Buddhismus, Daoismus, Islam, Katholizismus und Protestantismus zusammenzufassen und offiziell anzuerkennen, deren Organisation und Betätigung in „Patriotischen Vereinigungen“ von Staat und Partei gelenkt und vereinnahmt werden, während davon abständige Gruppen dieser und aller weiteren Religionen in den Halbschatten manchmal geduldeter Illegalität verbannt sind.⁶¹ In *Rußland* folgt auf die Befreiung von der repressiven Religionspolitik des sowjetischen kommunistischen Weltanschauungsstaates eine vergleichsweise dichte politische Nähe zwischen dem Staat und der russischen Orthodoxen Kirche unter einer Rechtslage, die neben der Religionsfreiheit die Säkularität des Staates und seine Trennung von den Religionsgemeinschaften postuliert, zugleich aber die Rolle der zum „historischen Erbe“ in Rußland gehörenden Religionen, allen ausdrücklich vorangestellt eben die Orthodoxie, betont und über ein selektiv wirkendes Registrierungsverfahren wesentliche Merkmale der korporativen Religionsfreiheit einem entsprechend etablierten Kreis von Religionsgemeinschaften vorzubehalten ermöglicht.⁶²

⁶⁰ *Müjgan Perçin*, Die Kompatibilität des säkulären Staates mit dem Islam. Am Beispiel der Türkei unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Religionverfassungsrechts, 2013.

⁶¹ [U.S.] Congressional-Executive Commission on China, Annual Report 2018, p. 121–136; *Liu Peng / Brett G. Scharffs / Carl Hollan*, Constitutional, Legislative and Regulatory Change Regarding Religion in China, in: Law, Religion, Constitution. Freedom of Religion, Equal Treatment, and the Law, hg. von Cristiana Cianitto / W. Cole Durham, Jr. / Silvio Ferrari / Donlu Thayer, 2013, p. 247–266.

⁶² *Erich Bryner*, Das Recht der Religionsgemeinschaften in Russland, in: Das Recht der Religionsgemeinschaften in Mittel-, Ost- und Südosteuropa (o. Fn. 28), S. 393–418; *Rudolf Prokschi*, Zum Verhältnis von Staat und Kirche im heutigen Russland. Die Richtlinien der Kirche im Spannungsverhältnis mit ihrer gelebten Verwirklichung, in: Recht – Religion – Kultur. Festschrift für Richard Potz, hg. von Brigitte Schinkele / René Kuppe / Stefan Schima / Eva M. Synek / Jürgen Wallner / Wolfgang Wieshaider, 2014, S. 679–695. Hinweise zu den Wirkungen des Registrierungsverfahrens geben die der Parlamentarischen Versammlung des Europarats erstatteten Berichte des Monitoring-Ausschusses vom 26.3.2002 (Dokument 9396), Abs. 94–108, vom 3.6.2005 (Dokument 10568), Abs. 349–378, und vom 14.9.2012 (Dokument 13018), Abs. 492–508; für die Wirkung in Einzelfällen EGMR, U. vom 5.10.2006 – 72881/01 – Heilsarmee Moskau; U. vom 5.4.2007 – 18147/02 – Scientology Moskau; U. vom 1.10.2009 – 76836/01 und 32782/03 – Kimlya

6. Religiöse Freiheit und Gleichheit als Koordinate des Modellvergleichs. Konvergenz?

Die Forderung nach religiöser Freiheit und Gleichheit gibt den als Trennung oder Verbindung zwischen dem Staat und religiösen Institutionen ausweisbaren Verhältnissen eine zusätzliche Koordinate bei. Als kritischer Maßstab ist sie geeignet, um die Kosten religionspolitischer Programme zu markieren, die um eines freiheits- und gleichheitsexternen Prinzips willen durchgeführt werden wollen. Insbesondere vermag sie die Trennung an deren Motiv zurückzubinden: Die wechselseitige Unabhängigkeit der staatlichen und der religiösen Institutionen gilt als eine unter den Gegebenheiten religiöser Pluralität notwendige, wenn auch nicht hinreichende Bedingung für religiöse Freiheit und Gleichheit. Deshalb wirken deren Anforderungen auch auf die Ausgestaltung der institutionellen Verhältnisse zurück.

25

Von daher hat die Erwartung einiges für sich, daß die internationale Anerkennung und Gewährleistung der Religionsfreiheit als Menschenrecht eine Konvergenz der historisch unterschiedlich entwickelten staatskirchenrechtlichen Ordnungen bewirken müsse.⁶³ Die Religionsfreiheit treibe Staatskirchensysteme dazu, staatliche und religiöse Zuständigkeiten stärker zu differenzieren, und Trennungssysteme dazu, sich für geordnete Beziehungen zwischen ihnen zu öffnen.

26

Potential hierzu hat vor allem die Europäische Menschenrechtskonvention, deren Freiheitsgarantien durch den Europäischen Ge-

27

u. a.; U. vom 10. 6. 2010 – 302/02 – Zeugen Jehovas Moskau; U. vom 12. 6. 2014 – 33203/08 – Bibelzentrum Tschuwaschien (Biblical Centre of the Chuvash Republic); U. vom 2. 10. 2014 – 47191/06 – Scientology Sankt Petersburg.

⁶³ So *Gerhard Robbers*, Das Verhältnis von Staat und Kirche in Europa, in: ZevKR 42 (1997), S. 122–129 (127); *ders.*, Staat und Religion (o. Fn. 6), S. 257 f.; *ders.*, in: Staat und Kirche in der Europäischen Union (o. Fn. 28), S. 631 f.; dazu *Wick*, Trennung von Staat und Kirche (o. Fn. 42), S. 203 f.: „erwiesen“. Merkmale der Konvergenz in der Vielfalt der religionsverfassungsrechtlichen Ordnungen ausgewählter Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Vereinigtes Königreich, Frankreich, Spanien und Deutschland) und ihr Verhältnis zum Europarecht untersuchen: *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 28); *Lasia Bloss*, Cuius religio [...] Komparative Betrachtung europäischer staatskirchenrechtlicher Systeme, status quo und Perspektiven eines europäischen Religionsverfassungsrechts, 2008. Zum grund- und menschenrechtlichen Schutz selbst *Antje von Ungern-Sternberg*, Religionsfreiheit in Europa. Die Freiheit individueller Religionsausübung in Großbritannien, Frankreich und Deutschland – ein Vergleich, 2008.

richtshof für Menschenrechte zur Wirkung gebracht werden.⁶⁴ Allerdings beruht ihre Verbindlichkeit und Leistungsfähigkeit gerade darauf, daß sie die Religionsfreiheit nicht an ein bestimmtes Modell für das institutionelle Verhältnis der Mitgliedstaaten zu den Religionsgemeinschaften bindet. Sie ist insofern systemneutral. Deshalb muß sie so ausgelegt werden, daß die verschiedenen religionsverfassungsrechtlichen Systeme Europas darin Platz finden. Rechtstechnisch leistet dies der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, indem er den Mitgliedstaaten eine „marge d'appréciation“ („margin of appreciation“) zuerkennt⁶⁵, innerhalb derer sie ihre religionsverfassungsrechtlichen Systeme gestalten dürfen, wie es ihren eigenen historischen Erfahrungen mit der Religion und ihren verfassungsrechtlichen Dezisionen für das eine oder andere Verhältnis zwischen Staat und Religion entspricht.⁶⁶ Damit setzt die Vielfalt der staatskirchenrechtlichen Systeme den Rahmen für die Reichweite der Religionsfreiheit aus Art. 9 EMRK.

28 Entsprechend verhalten ist der Konvergenzdruck, den sie auf die Systeme ausüben kann. Er erfaßt deren Merkmale nur mittelbar, sofern ihr Verständnis⁶⁷ oder ihre Wirkungen⁶⁸ mit den Mindestbedin-

⁶⁴ Claus Dieter Classen, → § 11, Rn. 7–20; Christian Hillgruber, → § 12, Rn. 26–50.

⁶⁵ Claus Dieter Classen, → § 11, Rn. 11; Christian Hillgruber, → § 12, Rn. 46–48. Allgemein Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch, 6. Aufl. 2016, § 18, Rn. 20–22, bezogen auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Speziell Christian Walter, Nationales, europäisches und internationales Religionsrecht in der Wechselwirkung, in: Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder, hg. von Hans Michael Heinig/Christian Walter, 2015, S. 189–199 (194–198). Die Systemneutralität des Art. 9 EMRK wurde verletzt durch EGMR, U. vom 3. 11. 2009 – 30814/06 – Lautsi gegen Italien – hiergegen Ino Augsberg/Kai Engelbrecht, Staatlicher Gebrauch religiöser Symbole im Licht der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: JZ 2010, S. 450–458; in derselben Sache korrigiert durch EGMR (Große Kammer), U. vom 18. 3. 2011; dazu Christian Walter, Religiöse Symbole in der öffentlichen Schule. Bemerkungen zum Urteil der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall Lautsi, in: EuGRZ 2011, S. 673–677; s. a. Richard Wiedemann, Der Streit um das Schulkreuz in Deutschland und Italien: Weltanschaulich-religiöse Neutralität und laicità des Staates im Vergleich, 2012.

⁶⁶ Mit Blick auf Anforderungen aus Art. 9 EMRK an die religiöse Neutralität der Konventionsstaaten Christian Walter, → § 18, Rn. 41–47.

⁶⁷ So im Fall des Burkaverbots in Frankreich, für das der EGMR das im Gesetzgebungsverfahren und vor den Gerichten gegen die Öffentlichkeit der Religion in Stellung gebrachte laizistische Arsenal aus der marge d'appréciation ausgeschlossen und nur allgemeine Motive einer Kleiderordnung im öffentlichen Raum zugestanden hat; EGMR (Große Kammer), U. vom 1. 7. 2014 – 43835/11, Abs. 106–159; gegen dieses Zugeständnis Grabenwar-

gungen religiöser Freiheit und Gleichheit unverträglich sind.⁶⁹ Die Aufhebung des Staatskirchentums in Schweden und Norwegen⁷⁰, auch wenn sie innenpolitisch durch die Religionsfreiheit motiviert ist, war nicht den Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention geschuldet, und diese stehen auch nicht der Beibehaltung von Resten des Staatskirchentums⁷¹ entgegen. Die Schweiz bewahrt die Spannbreite der staatskirchenrechtlichen Ordnungen in den Kantonsverfassungen von einer engen Verbindung zwischen Staat und Kirche bis zu ihrer Trennung unter der einheitlichen Garantie der Religionsfreiheit nicht nur aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, sondern auch aus der schweizerischen Bundesverfassung.⁷²

Auf staatskirchenrechtliche Systemneutralität zielt schließlich die in Art. 17 Abs. 1–2 AEUV garantierte Achtung der Europäischen Union gegenüber dem Status, den Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften in den Mitgliedstaaten genießen.⁷³ Sie sollte einem Handeln der EU-Organen entgegenstehen, das um der einheitlichen Durchsetzung ihrer Politik willen die Einmischung des Staates in die Angelegenheiten der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu fordern geneigt ist. Wenn die europäische Integration eine Konvergenz der staatskirchenrechtlichen Verhältnisse bewirkt oder gar die Präferenz für bestimmte „Modelle“ zu befördern scheint, dann

29

ter/Struth, Das französische Verbot der Vollverschleierung (o. Fn. 56); *Sündhofer*, Gesichtsverdeckungsverbot (o. Fn. 56).

⁶⁸ So im Fall der Benachteiligung von Religionsgemeinschaften gegenüber der staatskirchenähnlichen Sonderstellung der griechisch-orthodoxen Kirche in Griechenland: EGMR, U. vom 26.9.1996 – 18748/91 – Manoussakis u. a. gegen Griechenland. Auch im Fall einer anderen als der „vorherrschenden“ orthodoxen Religion konnte eine für eine staatskirchenähnliche Sonderstellung typische Einmischung des Staates vor der Religionsfreiheit nicht bestehen, weil sie zur Bestrafung eines abweichend von der staatlichen Regelung gewählten Muftis wegen Amtsanmaßung führte: EGMR, U. vom 17.10.2002 – 50776/99, 52912/99 – Agga gegen Griechenland.

⁶⁹ Näher *Antje von Ungern-Sternberg*, Zwischen Sicherheitsnetz und Wertegemeinschaft. Nationale religionsrechtliche Ordnungen unter dem Einfluss der EMRK, in: Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder (o. Fn. 65), S. 171–188.

⁷⁰ Siehe oben in Fn. 32.

⁷¹ Benannt bei *Pettersson*, State and religion in Sweden (o. Fn. 32).

⁷² Siehe vor allem *Kraus*, Schweizerisches Staatskirchenrecht (o. Fn. 33); zur Kompatibilität mit Art. 9 EMRK besonders S. 108 mit Fn. 155, S. 119, 142, 424.

⁷³ Dazu *Claus Dieter Classen*, → § 11, Rn. 27–29; mit Blick auf das deutsche Staatskirchenrecht unten Rn. 33.

weil die EU-Institutionen ihre primärrechtlichen Bindungen – auch die an primärrechtseigene Gewährleistungen der Religionsfreiheit per Art. 6 EUV – ihren Uniformitätszielen nachordnen.

- 30 Somit beschreibt die systemübergreifende Gewährleistung der Religionsfreiheit weniger eine Konvergenzlinie für die staatskirchenrechtlichen Systeme als einen gemeinsamen Nenner.⁷⁴ Sie bewirkt eine Annäherung der Erwartungen, an denen sie sich zu messen haben, läßt aber Raum für ihre Varianz. Die Paßfähigkeit eines Systems erscheint dabei umso größer, je freier es von den Zwängen freiheits- und gleichheitsexterner religionspolitischer Modellvorstellungen gestaltet ist. Dazu tritt die staatskirchenrechtliche „Systemfrage“ hinter die rechtsdogmatische Arbeit an der religiösen Freiheit und Gleichheit zurück.⁷⁵ In dieser findet der staatskirchenrechtliche Rechtsvergleich seinen Gegenstand. Durch sie ist der Orientierungswert staatskirchenrechtlicher ‚Modelle‘ bedingt.

III. Funktion und Autorität der Verfassung im Staatskirchenrecht

1. Positivität des Staatskirchenrechts

- 31 So sehr das geltende deutsche Staatskirchenrecht das Ergebnis seiner eigenen Vorgeschichte ist, seine juristische Geltung beruht auf Rechtsetzungsakten, allen voran der Inkraftsetzung des Grundgesetzes gemäß dem Beschluß des Parlamentarischen Rates mit Wirkung ab 23.5.1949 für den Westen Deutschlands, gemäß dem Einigungsvertrag mit Wirkung ab 3.10.1990 auch für das Gebiet der ehemaligen DDR. Mit dem Text des Grundgesetzes, vor allem der Art. 4, 7 und 140 GG, hat der Verfassungsgeber über Dichte und Inhalt der bundesverfassungsrechtlichen Determinierung des Staatskirchenrechts entschieden. Insoweit hat das Staatskirchenrecht am Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Gesetzesrecht in Bund und Ländern teil, ebenso am Vorrang des Bundesrechts vor den Landesverfassungen mit deren teils ähnlich ambitionierten staatskirchenrechtli-

⁷⁴ Keinen gemeinsamen Nenner, sondern im Gegenteil höchst divergente Freiheitsverständnisse modelliert jedoch – mit erheblichen Überhöhungen – *Oliver Lepsius*, Die Religionsfreiheit als Minderheitenrecht in Deutschland, Frankreich und den USA, in: *Leviathan* 34 (2006), S. 321–349.

⁷⁵ *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 34), S. 608; in diese Richtung auch *Robbers*, Staat und Kirche in Europa (o. Fn. 63), S. 125–127; *ders.*, Staat und Religion (o. Fn. 6), S. 232.

chen Bestimmungen⁷⁶. Im Umfang der verfassungsrechtlichen Festlegungen nimmt es die unmittelbare Legitimation durch die verfassungsgebende Gewalt des deutschen Volkes in Anspruch. Es ist kein Schicksal, sondern souveräner demokratischer Wille.

Als positives Verfassungsrecht steht es dem verfassungsändernden Gesetzgeber nach Maßgabe des Art. 79 GG zur Disposition. Nur äußerst elementare Voraussetzungen des staatskirchenrechtlichen Systems sind ihm durch die „Ewigkeitsklausel“ in Art. 79 Abs. 3 GG entzogen, so etwa die prinzipielle Achtung des Staates vor inneren Glaubenshaltungen als eine jede weltanschauungsstaatliche Indoktrination verbietende Forderung der in Art. 1 Abs. 1 GG niedergelegten Garantie der Menschenwürde, ein Residuum der Religionsfreiheit im Sinne der Unverletzlichkeit und Unveräußerlichkeit der Menschenrechte gemäß Art. 1 Abs. 2 GG, die in der Grundrechtsbindung der Staatsgewalt nach Art. 1 Abs. 3 GG inbegriffene Autonomie und Unvertretbarkeit religiöser Selbstverständnisse, die mit dem Republik- und Demokratieprinzip in Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GG festgeschriebene Freiheit der politischen Willensbildung von theokratischen oder klerikalischen Prärogativen.

32

2. Geltungsanspruch des Staatskirchenrechts unter dem Recht der Europäischen Union

Gegenüber dem Anwendungsvorrang des Rechts der Europäischen Union sichert Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG das Staatskirchenrecht des Grundgesetzes vor Eingriffen, die die Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG überschreiten. Über die elementaren materiell-rechtlichen Anforderungen an das Staatskirchenrecht (eben Rn. 32) hinaus folgt aus der Unantastbarkeit des Demokratieprinzips, daß das Unionsrecht die auf die Legitimation durch das deutsche Volk spezifisch angewiesenen wesentlichen Entscheidungen über den Umgang mit Religion und Weltanschauung nicht unwirksam machen darf.⁷⁷ Dem entspricht im Primärrecht der Europäischen Union allgemein die Garantie der Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten in Art. 4 Abs. 2 EUV und besonders das in Art. 17 Abs. 1–2 AEUV festgeschriebene Gebot, den Status, den Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen,

33

⁷⁶ *Peter Badura*, → § 8, Rn. 66–75.

⁷⁷ BVerfG, U. vom 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u. a. (Vertrag von Lissabon), Abs. 249, 252, 260.

zu achten und nicht zu beeinträchtigen. Dies wirkt nicht als Bereichsausnahme⁷⁸, sondern als Sperre gegen den Anwendungsvorrang unionsrechtlicher Vorschriften, deren Rechtsfolgen eine nach deutschem Verfassungsrecht statusprägende Rechtsposition einer Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft minderten, ohne daß dies nach den Maßstäben des deutschen Verfassungsrechts gerechtfertigt wäre.⁷⁹

3. Prinzip und Kompromiß im deutschen Staatskirchenrecht

34 Die Feststellung, daß der Text der staatskirchenrechtlichen Verfassungsartikel von 1919 sowie deren Inkorporation in das Grundgesetz von 1949 Kompromisse zwischen gegensätzlichen Prinzipien dokumentieren (s. o. Rn. 6), provoziert Schlüsse auf die Haltbarkeit oder Brüchigkeit des so geschaffenen Staatskirchenrechts. Die Rede vom „dilatorischen Formelkompromiß“⁸⁰ ficht seine Legitimität und Autorität an: Der Kompromiß verschleierte mit einer leeren „Formel“ die Unvereinbarkeit der Prinzipien, um der nötigen Entscheidung zwischen ihnen „dilatorisch“ auszuweichen. Die Normativität des Verfassungstextes erscheint in dieser Sicht unvollendet und uneingelöst, auf halber Strecke stehengeblieben, in sich widersprüchlich, irrational, letztlich nicht ernstzunehmen. Eine entgegengesetzte Sicht könnte die Kompromißenatur der Verfassungsnorm apologetisch in Stellung bringen, um sie gegen jede teleologische Besinnung abzuschirmen, damit die in ihr schlummernde Unversöhnlichkeit der Motive nicht geweckt werde. – Doch ein Verständnis des Kompromisses als Resultante eines kreativen politischen Ausgleichs zwischen divergenten Positionen sieht darin einen Ausdruck prozeduraler Gerechtigkeit, der im methodischen Rahmen der Normauslegung die weitere Entwicklung des Regelungsgegenstandes, der im geregelten Lebensbereich verfolgten Interessen, der darin wirksamen Anschauungen, der darüber geführten Auseinandersetzungen sowie des

⁷⁸ Claus Dieter Classen, → § 11, Rn. 27–29.

⁷⁹ Zur kontroversen Auslegung, auch durch den EuGH: Claus Dieter Classen, → § 11, Rn. 27–29; Stefan Koriath, → § 16, Rn. 56–59. Zur Wirkung im Datenschutzrecht Arne Ziekow, → § 33, Rn. 15 f., 39–52; im Arbeitsrecht Jacob Joussen, → § 57, Rn. 84–89; im Verhältnis zum Kirchensteuerrecht Felix Hammer, → § 72, Rn. 30.

⁸⁰ Siehe oben Fn. 16 und 18. Dagegen Heckel, Kontinuität und Wandlung (o. Fn. 6), S. 350; Hollerbach, Grundlagen des Staatskirchenrechts (o. Fn. 6), Rn. 27 f.

rechtsdogmatischen Instrumentariums aufzunehmen in der Lage ist.⁸¹

Über die politischen Umstände, die die staatskirchenrechtlichen Verfassungsartikel als Kompromiß kennzeichnen, legt der zunehmende zeitliche Abstand eine eigene Auslegungs- und Anwendungsgeschichte der Normen. Deren Rationalität darf die Klugheit des historischen Kompromisses überbieten. Sie kann sich als ein darin anfangs verborgener, erst später ans Licht getretener Sinn darstellen oder einen mit der historischen Ausgangslage nicht vermittelten, erst für die nachfolgend entwickelten Verhältnisse begründbaren Sinn erschließen. Maßstab und Grenze für die Emanzipation der Norm aus ihrer historischen Kompromißfunktion wie für die Kritik an so gewonnenen Deutungen ist die juristische Methode als Mittel und zugleich Gegenstand des Diskurses.

35

4. Staatskirchenrecht in der Methode der Verfassungsauslegung

Die Auslegung der staatskirchenrechtlichen Bestimmungen des Grundgesetzes folgt derselben Methode wie die Verfassungsinterpretation im allgemeinen. Wo der Wortlaut auf historische Bedeutungskontexte anspielt, wie zum Beispiel mit dem Begriff der „Staatskirche“ in Art. 137 Abs. 1 WRV oder mit dem der „bekenntnisfreien Schulen“ in Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG⁸², setzt seine Interpretation die Kenntnis und Beachtung der staatskirchenrechtlichen Begriffs- und Institutionengeschichte voraus. Damit ist keine normative Kraft des Herkommens allein verbunden.⁸³ Auch die *Entstehungs- und Wirkungsgeschichte* der staatskirchenrechtlichen Normen und die darin verfolgten Absichten der an ihrer Entstehung und Wirkung Beteiligten sind nicht mehr – freilich auch nicht weniger – als hermeneuti-

36

⁸¹ In diese Richtung v. Campenhausen, Verfassungsstaat und Religion (o. Fn. 5), S. 53.

⁸² Dazu beispielhaft Christoph Link, „Bekenntnisfreie“ Schulen, in: Staat – Kirche – Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer, hg. von Max-Emanuel Geis/Dieter Lorenz, 2001, S. 397–407, auch in: Gesammelte Abhandlungen (o. Fn. 6), S. 1390–1402; Markus Ogorek, → § 44, Rn. 37.

⁸³ Zur Frage, inwieweit es als Verfassungsgewohnheitsrecht normativ werden kann, weitergehend Peter Landau, → § 13, Rn. 10–16.

sche Zugänge zu dem, was es als objektiven Normsinn zu erarbeiten gilt.⁸⁴

- 37 Die *systematische* Auslegung hat es im ersten Schritt mit der eigentümlichen Regelungstechnik des Art. 140 GG zu tun, der die Art. 136–139 und 141 WRV zum „Bestandteil dieses Grundgesetzes“ erklärt. Die so in den Text des Grundgesetzes inkorporierten Vorschriften „sind vollgültiges Verfassungsrecht und von gleicher Normqualität wie die sonstigen Verfassungsbestimmungen“.⁸⁵ Ungeachtet der Stellung des Art. 140 GG unter den „Übergangs- und Schlußbestimmungen“ gehören sie in den systematischen Zusammenhang mit der Garantie der Religionsfreiheit in Art. 4 Abs. 1–2 GG. Im Vergleich mit ihrem ursprünglichen Regelungskontext in der Reichsverfassung von 1919 verschiebt ihre Einbettung in die Grundrechtsordnung des Grundgesetzes von 1949⁸⁶, die entschiedener einen dem Staat vorgängigen Freiheitsanspruch in die Mitte stellt, ihr systematisches Verhältnis zu der hier vorbehaltlos gewährleisteten Religionsfreiheit: Diese bildet darin „den leitenden Bezugspunkt des deutschen staatskirchenrechtlichen Systems“.⁸⁷ Schon wegen dieses veränderten grundrechtlichen Zusammenhangs müssen die inkorporierten Artikel im Grundgesetz „nicht dasselbe“ sagen⁸⁸ wie in der Weimarer Reichsverfassung. Ungeachtet ihrer uneinheitlichen Genese sind sie und die übrigen Bestimmungen des Grundgesetzes nach dem Prinzip der

⁸⁴ Daß die Verfassungsmaterialien für die Auslegung des Grundgesetzes von nachrangiger Bedeutung sind, betont BVerfGE 1, 117 (127–139); 6, 389 (431); 41, 291 (309); 45, 187 (227); 62, 1 (45). – In historisch-genetischen Auslegungsgesichtspunkten mag man das Phänomen einer „Pfadabhängigkeit“ des Staatskirchenrechts (s.o. Fn. 21) am Werk sehen können, solange man diese nicht umgekehrt als methodische Vorgabe versteht; klärungsbedürftig insoweit *Waldhoff*, Zukunft des Staatskirchenrechts (o. Fn. 6), S. 59 f.

⁸⁵ Zusammenfassend BVerfG, B. vom 30. 6. 2015 – 2 BvR 1282/11, E 139, 321 (349, Abs. 89), mit Verweis auf die st. Rspr.: BVerfGE 19, 206 (219); 111, 10 (50); 137, 273 (303, Abs. 83).

⁸⁶ Dazu *Peter Badura*, → § 8, Rn. 11–15; *Hans Michael Heinig*, → § 14, Rn. 15 f.

⁸⁷ BVerfG, B. vom 30. 6. 2015 – 2 BvR 1282/11, E 139, 321 (349, Abs. 89), im Anschluß an BVerfGE 102, 370 (393); 137, 273 (303, Abs. 83). Für ein entsprechendes „höheres interpretatives Gewicht“ des Art. 4 Abs. 1–2 GG *Martin Borowski*, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, 2006, S. 340–353.

⁸⁸ So der Ansatz für das vielzitierte weitergehende, auf die Änderung metajuristischer Kontexte blickende Postulat eines Verfassungswandels bei *Smend*, Staat und Kirche (o. Fn. 18), S. 4: „Aber wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, so ist es nicht dasselbe.“ Dazu unten Rn. 49–53.

Einheit der Verfassung als ein „organisches Ganzes“ auszulegen.⁸⁹ Keine seiner Einzelnormen und auch kein aus ihnen abgeleiteter Teilaspekt des Systems, erst recht keine metakonstitutionelle Idee darf verselbständigt, absolut gesetzt und dem Verständnis der anderen Normen vorgeordnet werden.⁹⁰ So stehen gerade die Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1–2 GG und die von Art. 140 GG inkorporierten Bestimmungen in einer „interpretatorischen Wechselwirkung“.⁹¹ Sofern die Normprogramme verschiedener staatskirchenrechtlicher Bestimmungen allgemein oder im Einzelfall miteinander in Konflikt geraten, sind sie im Wege „praktischer Konkordanz“ so zu einem verträglichen Ausgleich zu bringen, daß sie jeweils möglichst weitgehend verwirklicht werden können.⁹² Die systematische Auslegung zielt somit nicht darauf, alle staatskirchenrechtlichen Normen auseinander oder aus einer übergeordneten Systemidee abzuleiten, sondern auf die Synthese eines Gesamtgefüges⁹³, das sie schlüssig einander zuzuordnen erlaubt.

Die *teleologische* Auslegung findet an erster Stelle für die Religionsfreiheit den Zweck aller Freiheitsrechte, nämlich die selbstbestimmte Verwirklichung von Freiheitsinteressen der Grundrechtsträger. Für die auf Religion bezogenen Gleichheitsrechte zeigt sich ihr derselbe Zweck: gleiche Freiheit. Für die weiteren staatskirchenrechtlichen Bestimmungen, deren Rechtsfolgen nicht schon unmittelbar aus der Religionsfreiheit ableitbar sind und die deshalb wie ein „institutioneller Überhang“⁹⁴ weitere Interessen zu beschirmen scheinen, diskutiert sie das Verhältnis solcher weiterer Interessen zur Religionsfreiheit: nämlich inwieweit jene Bestimmungen „funktional auf die Inanspruchnahme und Verwirklichung des Grundrechts der

38

⁸⁹ BVerfGE 19, 206 (220); 19, 226 (236); 53, 366 (400); 70, 138 (167); 99, 100 (119 f.); 139, 321 (349, Abs. 89).

⁹⁰ v. Campenhausen, Verfassungsstaat und Religion (o. Fn. 5), S. 54 f., 57, mit Blick auf die Prinzipien der Trennung von Staat und Kirche, Neutralität, Parität und negative Religionsfreiheit. Zu der damit berührten Diskussion über die normative Grundlage, Funktion und Reichweite des Neutralitätsprinzips Christian Walter, → § 18, Rn. 2 f., 15 f., 27.

⁹¹ BVerfGE 137, 273 (303 f., Abs. 84); 139, 321 (349, Abs. 90). Siehe dazu näher unten Rn. 75.

⁹² Zu diesem Prinzip der Verfassungsinterpretation siehe Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Neudruck 1999, Rn. 71 f.

⁹³ Hollerbach, Grundlagen des Staatskirchenrechts (o. Fn. 6), Rn. 86–91, 92–107.

⁹⁴ Zu diesem Ausdruck s. u. Rn. 61.

Religionsfreiheit angelegt“ sind⁹⁵ oder auf öffentliche Interessen an einem gemeinwohldienlichen Status von Religion jenseits grundrechtlicher Freiheit.⁹⁶

- 39 Die Auslegung staatskirchenrechtlicher – wie aller – Normen bedient sich zur Darstellung von Tatbeständen und Rechtsfolgen der *Rechtsdogmatik*⁹⁷. In deren Formen hat sich die Rationalität, Konsistenz und Kontinuität der Rechtsanwendung auszuweisen. Rechtsdogmatik vermittelt so die Rechtsanwendung mit der Allgemeinheit der Norm. Das Staatskirchenrecht partizipiert an der allgemeinen Grundrechtsdogmatik, die ihrerseits wesentliche Impulse gerade aus der Auslegung des Art. 4 Abs. 1–2 GG empfangen hat, freiheitsrechtlich in den Formen der Eingriffsabwehr über die Definition von Schutzbereichen und verfassungsrechtlichen Bedingungen für die Rechtfertigung ihrer Beschränkung, gleichheitsrechtlich in den Formen des Diskriminierungsverbots über die Bindung von Ungleichbehandlungen an die Rechtfertigung durch einen sachlichen Grund, jeweils mit ihren Ansatzpunkten für die Abgrenzung von Definitionskompetenzen und Beurteilungsprärogativen, die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips und die Abwägung konfligierender Interessen. Die Staatskirchenrechtsdogmatik spricht auch sonst die Sprache der Verfassungsrechtsdogmatik mit ihren juristischen Kategorien wie objektives und subjektives Recht, Hoheit und Freiheit, Ermächtigung und Bindung, Determinierung und Ermessen, Legitimation und Kontrolle, Normenhierarchie und Verfassungsstaatlichkeit.

5. Vorverständnis und Methode im Staatskirchenrecht

- 40 Zum Vorverständnis des Rechtsinterpreten verhält sich die juristische Methode im Staatskirchenrecht wie im Recht allgemein. Daß sie sich nicht auf partikulare religiöse oder weltanschauliche Prämissen

⁹⁵ So BVerfGE 102, 370 (387); ansatzweise bereits BVerfGE 42, 312 (322); aufgenommen in BVerfGE 125, 39 (74 f., 80); 137, 273 (303 f., Abs. 84); 139, 321 (349, Abs. 90).

⁹⁶ Dazu unten Rn. 63–66.

⁹⁷ Zu Aufgaben, Leistungen und Versuchungen der Rechtsdogmatik siehe Gregor Kirchhof / Stefan Magen / Karsten Schneider (Hg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, 2012; zu ihrer Stellung in der Verfassungsrechtswissenschaft Paul Kirchhof, Verfassung, Theorie und Dogmatik (§ 273), in: HStR³, Bd. XII: Normativität und Schutz der Verfassung, 2014, S. 693–759 m. w. N.

stellen kann, versteht sich für das Recht des säkularen, auf religiöse und weltanschauliche Neutralität verpflichteten Staates von selbst. Voraussetzungslos ist die Methode freilich ebensowenig wie Recht und Verfassung. Schon die Erwartung, daß Rechtsgemeinschaft über religiöse und weltanschauliche Differenzen hinweg möglich ist und sich durch die juristische Methode kommunizieren und vermitteln läßt, ist historisch jung, an einen Basiskonsens gebunden und enttäuschbar.

Über solche Voraussetzungen muß sich die Methode klar sein, von den innerhalb des so gesetzten Rahmens voneinander differierenden, partikularen Positionen muß sie abstrahieren. Das fordert vom Rechtsanwender, von seinen persönlichen Ansichten über Religion und Weltanschauung abzusehen.⁹⁸ Nicht Desinteresse qualifiziert ihn dazu⁹⁹ – der religiös desinteressierte Jurist ist nicht weniger anfällig für Vorurteile als der religiös interessierte –, sondern der Respekt vor der Vielfalt und Kontingenz religiöser und weltanschaulicher Interessen.

Ein methodischer Schlüssel dafür ist die Prärogative des religiösen oder weltanschaulichen Selbstverständnisses der Rechtssubjekte von ihren eigenen Interessen, die als Gegenstand der staatskirchenrechtlichen Rechtssatzes jeweils zur Kenntnis zu nehmen sind.¹⁰⁰ Die sorgfältige Wahrnehmung und Verarbeitung von Vorstellungen, die dem Rechtsanwender befremdlich, nichtig, fehlgeleitet oder wahnhaft vorkommen können, ist die empfindlichste unter den Voraussetzungen dafür, daß das Staatskirchenrecht seine Funktion für das rechtlich geordnete Zusammenleben von Menschen in einer religiös und weltanschaulich pluralen gesellschaftlichen Wirklichkeit erfüllt.

⁹⁸ Vielleicht bedürfte das keiner besonderen Erwähnung. Daß es aber auch schon früher für erwähnenswert gehalten wurde, belegt beispielhaft ein Fundstück aus der Zeit der Aufklärung: „Die erste Sorgfalt, die ein academischer Lehrer bei dem Vortrage des Kirchen-Staats-Rechts zu beobachten [hat], ist ohne Zweifel diese, daß er ohnparteyisch seine Lehrsätze vortrage. Er muß in gewisse[m] Verstande kein Vaterland, keine Religion, keine Leidenschaften haben.“ So *Just Carl Wiesenhauern* 1749, zitiert nach *Ansgar Hense*, Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht: mehr als ein Streit um Begriffe?, in: Religion und Weltanschauung im säkularen Staat, 41. Tagung der Wissenschaftlichen [...] Mitarbeiter der Fachrichtung „Öffentliches Recht“ Potsdam 2001, hg. von Andreas Haratsch / Norbert Janz / Sonja Rademacher / Stefanie Schmah / Norman Weiß, 2001, S. 9–47 (47).

⁹⁹ Nicht so sollte die *Maxime Wiesenhauerns* (eben Fn. 98) also gelesen werden.

¹⁰⁰ *Hans Michael Heinig*, → § 14, Rn. 44 f., 50; *Stefan Koriath*, → § 16, Rn. 17 f.

- 43** Die juristische Methode im Staatskirchenrecht hat mit divergenten Vorverständnissen zu rechnen, sie gegebenenfalls offenzulegen und das Recht zu ihrer Vermittlung einzusetzen. Eine Befangenheit in Vorverständnissen kann sich äußern in einer unreflektierten Fremddeutung von Interessen, aber auch in Lagerdenken und Lagerbildung, in einer „Hermeneutik des Verdachts“, in autoritärer Fortschrittsrhetorik wie in larmoyantem Kulturpessimismus, in Stereotypen von der Ohnmacht oder der zersetzenden Präponderanz des Individuums gegenüber der Institution, von „Privilegien“, „Amtskirchen“, „Sekten“, „Freidenkertum“, „Ideologie“, „Säkularisierung“, „kultureller Identität“, „Moderne“ oder „Tradition“, schließlich in einer apodiktischen Gleichsetzung der eigenen partikularen Vorstellungen mit Objektivität, Rationalität und Methode. Der gebotene Bezug auf die juristische Methode macht die Auslegung und Anwendung des Staatskirchenrechts nicht immun gegen Vorverständnisse, sondern erst angreifbar für die methodische Kritik. Dem genügt nicht der einfache Vorwurf, im Staatskirchenrecht schotte sich eine herrschende Meinung mit einer Sondermethode gegen den übrigen juristischen Diskurs ab. Methode und Kritik verweisen auch im Staatskirchenrecht auf die gemeinsamen, verbindenden Voraussetzungen für die Verständigung über das Recht.

6. Staatskirchenrecht des Grundgesetzes als „ausfüllungsbedürftige Rahmenordnung“

- 44** Wie die Verfassung im allgemeinen, so verlangen ihre staatskirchenrechtlichen Bestimmungen im besonderen nach normativer Ausgestaltung durch das einfache Gesetz¹⁰¹. Neben der Gesetzgebung ist es die Rechtsprechung, die die verfassungsrechtlichen Vorgaben durch Auslegung und Anwendung in die Entscheidung von Konflikten unter Beteiligung religiöser und weltanschaulicher Interessen übersetzt.
- 45** Wie im Verfassungsdiskurs unter dem Grundgesetz allgemein, so spielt auch in der Auslegung seiner staatskirchenrechtlichen Bestimmungen das *Bundesverfassungsgericht* eine dominante Rolle. Seine Rechtsprechung hat das Grundrecht der Religionsfreiheit in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und die Inkorporationsbestimmung des Art. 140 GG mit den darin zum Bestandteil des Grundgesetzes er-

¹⁰¹ Dazu *Dirk Ehlers*, → § 9.

klärten Artikeln der Weimarer Verfassung kontinuierlich rechtsdogmatisch ausgearbeitet.¹⁰² Ihre praktische Relevanz für die religionspolitischen Erwartungen an das Staatskirchenrecht kann dazu verleiten, sie als deren Vehikel zu lesen, zu diskutieren und einzusetzen. Es ist die Aufgabe rechtswissenschaftlicher Kritik, sie stattdessen als Arbeit am Verständnis des verfassungsrechtlichen Systems zu diskutieren, die sowohl in der Entscheidung des einzelnen Falles als auch in ihrer Wechselwirkung mit den religionspolitischen Gegenwartsforderungen den Sinn der Verfassung zu reformulieren hat. Dieser Anspruch steht einem Verfassungsgerichts-Positivismus entgegen, der die fallbezogene Autorität der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ohne weiteres mit der normativen Autorität der Verfassung gleichsetzt. Auch einem Rechtsprechungspositivismus, der sich in Konflikten um das Staatskirchenrecht affirmativ an die Anwendung des Unionsrechts durch den Europäischen Gerichtshof hängt, hat der Diskurs über ein konsistentes Verständnis des Staatskirchenrechts nach dem Grundgesetz eine kritische Gegenfolie zu bieten.

¹⁰² Mit grundsätzlichen Ausführungen besonders prägend für die Entwicklung: BVerfGE 12, 1 („Tabak“: Schranken der Religionsfreiheit); 18, 385 (Gemeindeteilung: Art. 137 Abs. 3 WRV, eigene Angelegenheiten); 19, 129 (Umsatzsteuer); 19, 206 (Kirchenbausteuer); 19, 226 (Kirchenlohnsteuer); 24, 236 („Lumpensammler“: Schutzbereich der Religionsfreiheit); 30, 415 (Taufe und Kirchenmitgliedschaft); 32, 98 („Gesundbeter“: Schutzbereich und Schranken der Religionsfreiheit); 33, 23 („Eid“: Schutzbereich der Religionsfreiheit); 41, 29 (badische Gemeinschaftsschule); 41, 65 (bayerische Gemeinschaftsschule); 42, 312 („Bremer Mandatsklausel“: Reichweite des Selbstbestimmungsrechts aus Art. 137 Abs. 3 WRV); 44, 37 („Kirchenaustritt“: negative Religionsfreiheit und Kirchensteuerrecht); 46, 73 („Goch“: Einrichtungen einer Religionsgemeinschaft als Träger des Selbstbestimmungsrechts); 52, 223 (Schulgebet: Reichweite der negativen Religionsfreiheit); 53, 366 („St. Marien“: Selbstbestimmungsrecht in der Organisation kirchlicher Krankenhäuser); 70, 138 („Rommelfanger“: Selbstbestimmungsrecht im kirchlichen Arbeitsrecht); 83, 341 („Bahá'í“: Vereinsrecht als für alle geltendes Gesetz); 93, 1 („Kreuz in der Schule“: Neutralität); 102, 370 („Zeugen Jehovas“: Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV); 108, 282 („Kopftuch I“: Schranken der Religionsfreiheit); 125, 39 („Berliner Ladenöffnung“: Art. 139 WRV); 137, 273 („Chefarzt“: Selbstbestimmungsrecht im kirchlichen Arbeitsrecht); 138, 296 („Kopftuch II“: Schranken der Religionsfreiheit); B. vom 14. 1. 2020 – 2 BvR 1333/17 („Kopftuch III“: Schranken der Religionsfreiheit einer Rechtsreferendarin). Analysen der Entwicklung auf ihrem jeweiligen Stand: *Alexander Hollerbach*, Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 92 (1967), S. 99–127; *ders.*, Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (II), in: AöR 106 (1981), S. 218–283; *Martin Heckel*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, hg. von Peter Badura/Horst Dreier, Bd. II, 2001, S. 379–420, auch in: *Gesammelte Schriften V* (o. Fn. 6), S. 303–346.

46 In seiner Konkretisierung durch den Gesetzgeber und in seiner Auslegung und Anwendung durch die Gerichte muß das Staatskirchenrecht des religiös und weltanschaulich neutralen Staates offen für die religiöse und weltanschauliche *Pluralität* und *Diversität* seines Gegenstands bleiben. Unter dieser Maßgabe sind viele seiner Tatbestandsmerkmale – wie „Glauben“, „Religion“, „Bekenntnis“, „Religionsausübung“ in Art. 4 Abs. 1–2 GG, „Grundsätze“ der Religionsgemeinschaften in Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG, „ihre Angelegenheiten“ in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV und so weiter – als Verweise auf religiöse und weltanschauliche Selbstverständnisse zu begreifen, die ihrer Anwendung im konkreten Fall zugrunde zu legen sind.¹⁰³ Die Zuständigkeit der staatlichen Rechtsanwendungsorgane, letztlich der staatlichen Gerichte, zur verbindlichen Rechtserkenntnis bleibt davon unberührt; diese muß aber vor einer Bewertung religiöser und weltanschaulicher Motive haltmachen und sich deshalb auf eine Prüfung nach Plausibilität und Konsistenz ihrer Darstellung beschränken.¹⁰⁴

47 Die spezifische Verwiesenheit des Staatskirchenrechts auf die plurielle Wirklichkeit von Religion und Weltanschauung ist gemeint, wenn es als „ausfüllungsbedürftige Rahmenordnung“¹⁰⁵ und seine Rechts-

¹⁰³ BVerfGE 24, 236 (247 f.); 108, 282 (298 f.); BVerfG, in: DÖV 2007, S. 202–204; aus der Literatur: grundlegend *Axel Isak*, Das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften und seine Bedeutung für die Auslegung staatlichen Rechts, 1994; *Martin Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993; ferner *Borowski*, Glaubens- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 87), S. 251–291; *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 56; *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz – Kommentar, 3. Aufl., Bd. I, 2013, Art. 4, Rn. 60; kritisch, eine Differenzierung nach verschiedenen Gewährleistungsinhalten fordernd *Stefan Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung. Die verfassungsrechtlichen Garantien religiöser Freiheit unter veränderten gesellschaftlichen Verhältnissen, 1997; *ders.*, Schutz von Religion und Weltanschauung (§ 96), in: HGR, Bd. IV: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I, 2011, Rn. 54; ähnlich *Stefan Huster*, Die ethische Neutralität des Staates. Eine liberale Interpretation der Verfassung, 2002, S. 382–385; klärend gegen eine überhöhte Alternative „objektiver“ oder „subjektiver“ Grundrechtsauslegung *Martin Heckel*, Religionsfreiheit. Eine säkulare Verfassungsgarantie, in: *Gesammelte Schriften* (o. Fn. 6), Bd. IV, hg. von Klaus Schlaich, 1997, S. 647–859 (680–691); *ders.*, Kontinuität und Wandlung (o. Fn. 6), S. 354–364; *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 34), S. 506 f.

¹⁰⁴ Etwa bei der Subsumtion unter den Begriff der „Religionsgemeinschaft“; dazu *Emanuel V. Towfigh*, → § 26, Rn. 16 f.

¹⁰⁵ *v. Campenhausen*, Verfassungsstaat und Religion (o. Fn. 5), S. 49–52. Zur Einbettung in die Ideengeschichte des säkularen Staates *Martin Heckel*, Staatskirchenrecht als säkulare Rahmenordnung im Spiegel von Luthers

begriffe als „Mantelbegriffe“ gekennzeichnet werden.¹⁰⁶ Den Staat ihrer selbstverständnisgerechten Ausfüllung zu vergewissern, macht seine Kooperation mit den Religionsgemeinschaften notwendig und ist eine wichtige Funktion des Vertragsstaatskirchenrechts (s.u. Rn. 94).

IV. Deutungstheorien zum Staatskirchenrecht

1. Verfassungswandel, Bedeutungswandel und Deutungswandel

In den nun hundert Jahren seit ihrem ersten Inkrafttreten haben die staatskirchenrechtlichen Artikel der Weimarer Verfassung unterschiedliche Deutungen für das System des Staatskirchenrechts erfahren.

Der hierzu programmatische Satz *Rudolf Smends* von den „zwei Grundgesetzen“, die „nicht dasselbe“ sagen,¹⁰⁷ postulierte einen Bedeutungswandel als Ausdruck eines in geschichtliche „Wachstumsperioden“ des Verhältnisses von Staat und Kirche eingeflochtenen, von Staat und Kirche als politischen Akteuren metakonstitutionell bewirkten und dadurch objektiv „gegebenen Strukturwandels“, von dem „jeder Versuch des Verständnisses der heutigen staatskirchenrechtlichen Lage auszugehen“ habe.¹⁰⁸

Doch eine juristische Methode, die ihre Argumentation dem normativen Geltungsanspruch der Verfassung unterstellt, kann Bedeutung nicht von Deutung, einen Bedeutungswandel nicht vom Deu-

Lehren über Kirche und Welt, Weltlichkeit und Verweltlichung, in: ZThK 117 (2020), S. 70–139.

¹⁰⁶ *Heckel*, Zukunftsfähigkeit (o. Fn. 6), S. 369, s.a. S. 366, 376 f. mit Fn. 159, S. 379 Fn. 166, S. 381; siehe ferner: *dens.*, Zur Ordnungsproblematik des Staatskirchenrechts im säkularen Kultur- und Sozialstaat, in: JZ 1994, S. 425–431 (427, 429–431), auch in: *Gesammelte Schriften IV* (o. Fn. 103), S. 1053–1068; *dens.*, Religionsfreiheit (o. Fn. 103), S. 676–691; *dens.*, Kontinuität und Wandlung (o. Fn. 6), S. 357–361; *dens.*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (o. Fn. 102), S. 383, 400–403; *dens.*, Staatskirchenrecht als säkulare Rahmenordnung (o. Fn. 105), S. 90–92.

¹⁰⁷ Siehe oben Fn. 88.

¹⁰⁸ *Smend*, Staat und Kirche (o. Fn. 18), S. 4 f., aufgegriffen auf S. 11, wonach „angesichts der veränderten Lage der Dinge die wörtlich übernommenen Sätze der Weimarer Verfassung in der Welt der wirklichen Geltung unbeabsichtigt, aber unvermeidlich, etwas anderes besagen, als früher im Zusammenhang der Weimarer Verfassung“.

tungswandel lösen. Ein „Verfassungswandel“¹⁰⁹ ist daher nicht unvermittelt aus veränderten Verhältnissen in der gesellschaftlichen Wirklichkeit zu begründen, im Fall des Staatskirchenrechts also etwa nicht aus religionssoziologischen Entwicklungen¹¹⁰. Es verengt die Abstraktionsleistung der Verfassungsnorm unzulässig, wenn man ihre Bedeutung so mit den bei ihrer Setzung gegebenen Verhältnissen auflädt, daß sie mit deren Veränderung einen anderen Sinn annehmen müßte oder ihren Sinn verlöre. Eine Erzählung davon, daß das Staatskirchenrecht des Grundgesetzes auf die großen Volkskirchen zugeschnitten sei oder daß es mit der Religionsfreiheit vornehmlich dem Schutz religiöser Minderheiten diene, mag das eine oder andere historische Motiv aufnehmen, bleibt aber für die Bedeutung der Norm rechtsmethodisch unausgewiesen.

- 51 Die allgemeinen verfassungsrechtlichen Rahmen- und Mantelbegriffe (s. o. Rn. 47) des Staatskirchenrechts sind selbst aufnahmefähig für Veränderungen, ebenso seine Gestaltungsformen, selbst über hi-

¹⁰⁹ Hierzu allgemein *Peter Badura*, Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht (§ 160), HStR¹, Bd. VII: Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, 1992, S. 57–77, Rn. 13–15; *Brun-Otto Bryde*, Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1982; *Wilfried Fiedler*, Sozialer Wandel, Verfassungswandel, Rechtsprechung, 1972; *Konrad Hesse*, Grenzen der Verfassungswandlung, in: Festschrift für Ulrich Scheuner, hg. von Horst Ehmke / Joseph H. Kaiser / Wilhelm A. Kewenig / Karl Matthias Meessen / Wolfgang Rüfner, 1973, S. 123–141; *Peter Lerche*, Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: Festgabe für Theodor Maunz, 1971, S. 285–300; *Johannes Masing*, Zwischen Kontinuität und Diskontinuität: Die Verfassungsänderung, in: Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation, hg. von Rainer Wahl, 2008, S. 131–146 (142–146); *Helmut Schulze-Fielitz*, Verfassung als Prozeß von Verfassungsänderungen ohne Verfassungstextänderungen, ebd., S. 219–232 (223 f.), 227 f., 229–232; *Christian Walter*, Hüter oder Wandler der Verfassung? Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Prozeß des Verfassungswandels, in: AöR 125 (2000), S. 517–550; kritisch *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche, hg. von Peter Badura / Rupert Scholz, 1993, S. 3–14; *Christian Hillgruber*, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, in: Die Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts, VVDStRL 67 (2008), S. 7–56 (8–20, 45–51), mit Aussprache S. 94–128; *Matthias Jestaedt*, Verfassungsgerichtspositivismus. Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat, in: Nomos und Ethos. Hommage an Josef Isensee, hg. von Otto Depenheuer / Markus Heintzen / Matthias Jestaedt / Peter Axer, 2002, S. 185–228 (188–203); *Andreas Voßkuhle*, Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?, in: Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation, a. a. O., S. 201–216.

¹¹⁰ Zu ihnen *Karl Gabriel*, → § 2, Rn. 32–62.

storische Veränderungen des Systems hinweg.¹¹¹ Ein Beispiel dafür ist die Garantie des Religionsunterrichts in Art. 7 Abs. 3 GG, die weder eine vorkonstitutionelle staatskirchliche Indienstnahme noch eine Beschränkung auf die ursprünglich dominanten christlichen Kirchen noch die Bindung an einen überkommenen Stand der Religionsdidaktik noch eine Kongruenz zwischen der Teilnahme eines Schülers und seiner Religionszugehörigkeit fortschreibt.¹¹² Daß die Einrichtung von Religionsunterricht auf institutionelle Mindestbedingungen auf der Seite der Religionsgemeinschaft angewiesen ist, die nicht unbedingt alle Religionsgemeinschaften erfüllen wollen, fordert eine dem Sinn der Norm gerechte Bestimmung solcher Mindestbedingungen heraus, aber keinen Verfassungswandel.

Die Bedeutung der Verfassung wird auch nicht unmittelbar durch so etwas wie das gesellschaftliche Bewußtsein normiert. Für den Fall einer Veränderung der Präferenzen in der Gesellschaft, die ihr das geltende Staatskirchenrecht nicht mehr als passend erscheinen ließe, verweist die Verfassung selbst auf den Weg der demokratischen Willensbildung bis zur Verfassungsänderung unter den formellen und materiellen Maßgaben des Art. 79 GG (s.o. Rn. 32). Diese dürfen nicht auf dem kurzen Abzweig über die Konstruktion eines Verfassungswandels unterlaufen werden.

Die Entwicklung der Anschauungen vom deutschen Staatskirchenrecht seit 1919 reflektiert also keinen anderen Wandel als den seiner Deutung.¹¹³ Wissenschaft und Praxis etablieren ihre Überzeu-

52

53

¹¹¹ Zu dem mit der Säkularisierung des Staates bewirkten „tiefen Sinn- und Funktionswandel“ staatskirchenrechtlicher Institutionen sowie der Religionsfreiheit selbst *Heckel*, Staatskirchenrecht als säkulare Rahmenordnung (o. Fn. 105), S. 94 f., 96 f.; *ders.*, Vom alten Reich zum neuen Staat. Entwicklungslinien des deutschen Staatskirchenrechts in der Neuzeit, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (ZNR) 28 (2006), S. 235–278, auch in: Gesammelte Schriften VI (o. Fn. 6), S. 300–354 (273).

¹¹² Zu einzelnen Gesichtspunkten *Markus Ogorek*, → § 44, Rn. 42, 47–51, 60, 66 f., 103–106.

¹¹³ *v. Campenhausen*, Verfassungsstaat und Religion (o. Fn. 5), S. 57: „nicht [...] Bedeutungswandel, sondern [...] Interpretationswandel“. Mit Bezug auf die Umdeutung des Staatskirchenrechts im Sinne der Koordinationslehre (s.u. Rn. 56) *Friedrich Gerhard Schwegmann*, Der Bedeutungswandel als juristisches Argument in der staatskirchenrechtlichen Literatur nach 1949, Diss. jur. Münster 1974; mit Bezug auf diese und die weitere Entwicklung des Staatskirchenrechts (s.u. Rn. 56–58) *Ogorek*, Pfadabhängigkeit (o. Fn. 21). Siehe auch *Dirk Ehlers*, Der Bedeutungswandel im Staatskirchenrecht, in: Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, hg. von Bodo Pieroth, 2000, S. 85–112. Näher an der Auffassung, „daß, wie andere Normen, auch solche des Staatskirchenrechts unter gewandelten Umständen und bei

gungen vom Sinn derselben Verfassung, methodisch begründungsbedürftig und begründet, anfechtbar und angefochten, auf allgemeine Einsichtigkeit angelegt und, soweit sie einen hinreichend allgemeinen Konsens gewinnen, als das der Auslegung zugrundezulegende Verständnis anerkannt. Neue Einsichten stellen den Konsens in Frage und können an die Stelle der alten Überzeugungen treten. Sie müssen sich als methodisch ermitteltes¹¹⁴ besseres, berichtigtes, vervollständigtes Verständnis des geltenden Rechts vorstellen, hierfür einen ihm von Anfang an eingeschriebenen, nur eben bisher insoweit verborgen gebliebenen Sinn in Anspruch nehmen und die alten Anschauungen entweder als zeitgebundene Zuschnitte der Rechtserkenntnis in das neue Konzept integrieren oder als Irrtümer ablegen. Jedes solche Verständnis des Staatskirchenrechts steht dabei in seinem historischen Kontext, verarbeitet also Erfahrungen, Interessen, Konflikte, rechtliche Rahmenbedingungen und Denkfiguren, die vorher noch nicht da waren und später wieder anderen weichen.

- 54 Die Abfolge der Deutungstheorien zum Staatskirchenrecht nach 1919 läßt sich typisierend mit der Korrelatentheorie in der Weimarer Republik, der Koordinationstheorie in den ersten zwei Jahrzehnten der Bundesrepublik und einer seitdem zum Bezugspunkt der Diskussion gewordenen grundrechtlich bestimmten Theorie beschreiben. – Das Staat-Kirche-Verhältnis unter der nationalsozialistischen und das unter der sozialistischen Weltanschauungsdiktatur war und ist als Kontrastfolie für das Staatskirchenrecht der Bundesrepublik wirksam,¹¹⁵ reiht sich aber nicht in die Geschichte der Auslegung der dafür geltenden Normen ein.

2. Korrelatentheorie

- 55 Die Korrelatentheorie verstand das Staatskirchenrecht unter der Weimarer Verfassung in seinen wesentlichen Zügen von Art. 137

Wechsel der prägenden Grundanschauungen Sinnänderungen unterliegen können“, aber *Scheuner*, System (o. Fn. 4), S. 43. – Die Konstanz des Normgehalts, unter dessen Geltung der Wandel der Verhältnisse nur die Normwirkungen verändert, betont hingegen *Heckel*, Kontinuität und Wandlung (o. Fn. 6), S. 348–351; *ders.*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (o. Fn. 102), S. 387–393.

¹¹⁴ v. *Campenhhausen*, Verfassungsstaat und Religion (o. Fn. 5), S. 56 f.

¹¹⁵ Siehe oben Rn. 11.

Abs. 5 WRV her.¹¹⁶ Sie faßte den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts als partielle Fortsetzung staatskirchlicher Sonderbeziehungen zwischen Staat und Kirche in veränderter Gestalt auf. Die besondere öffentlich-rechtliche Rechtsstellung mit den daraus folgenden Sonderrechten bedinge als „Korrelat“ die von der Staatskirchenhoheit gewohnte¹¹⁷ Unterstellung der Kirchen unter die Sonderaufsicht des Staates.¹¹⁸ Darauf wurden teilweise umfangreiche staatliche Befugnisse und Vorbehalte gegenüber der kirchlichen Organisation und insbesondere der kirchlichen Vermögensverwaltung gestützt.¹¹⁹ Ihre Unverträglichkeit mit der kirchlichen Selbstbestimmung wurde spätestens offenbar, als sich die nationalsozialistische Kirchenpolitik ihrer bediente¹²⁰. Das Denkmuster der Korrelatentheorie kann heute noch von ferne durchscheinen, wenn der Gebrauch öffentlich-rechtlicher Organisations- und Handlungsformen durch eine Religionsgemeinschaft mit einer Staatsnähe in Verbindung

¹¹⁶ Zur zeitgenössischen Diskussion eingehend *Heinrich de Wall*, Auf der Suche nach dem kirchenpolitischen System der Reichsverfassung – Die Wissenschaft vom Staatskirchenrecht der Weimarer Zeit, in: ZRG KA 106 (2020), i. E.; außerdem *Anja-Isabel Bohnen*, Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgesellschaften gemäß Artikel 137 Absatz 3 Satz 1 der Weimarer Reichsverfassung. Eine Untersuchung der staatskirchenrechtlichen Systematik in der Zeit der Weimarer Republik, 2010; *Sandra Könemann*, Das Staatskirchenrecht in der wissenschaftlichen Diskussion der Weimarer Zeit, 2011; *Thomas Holzner*, Das Staatskirchenrecht in der Weimarer Zeit – der ungeliebte Kompromiss zwischen Anspruch und Verfassungswirklichkeit, in: Entwicklungstendenzen (o. Fn. 19), S. 207–241.

¹¹⁷ Zu diesem historischen Kontext siehe *Dietrich Pirson*, → § 1, Rn. 69–77.

¹¹⁸ *Paul Schoen*, Der Staat und die Religionsgesellschaften in der Gegenwart, in: Verwaltungsarchiv 29 (1922), S. 1–30 (20 f.): „Weil die Kirchen Korporationen des öff. Rechts bleiben, deshalb muß auch fortbestehen die besonders geartete Staatsaufsicht über die Kirchen, die Kirchenhoheit [...] Die über die allgemeine Vereinsaufsicht hinausgehende Kirchenhoheit ist ein notwendiges Korrelat der den Kirchen staatlicherseits gewährten öffentlich-rechtlich gehobenen Stellung.“ Im gleichen Sinn *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, Nachdruck 1960, Art. 137, Anm. 5 (S. 636–639) mit umfassenden Nachweisen. Zusammenfassend *Holzner*, Staatskirchenrecht in der Weimarer Zeit (o. Fn. 116), S. 222 f.; *Jeand’Heur*, Der Begriff der „Staatskirche“ (o. Fn. 23), S. 458–462.

¹¹⁹ *Link*, Kirchliche Rechtsgeschichte (o. Fn. 12), § 26, Rn. 15, 17, § 28, Rn. 11. Zu den Nachwirkungen *Wolfgang Busch*, Die Vermögensverwaltung und das Stiftungsrecht im Bereich der katholischen Kirche (§ 34), in: HSKR², Bd. 1, S. 947–1008 (970–985), 1002, 1003 f., 1005.

¹²⁰ *Heinz Brunotte*, Die Entwicklung der staatlichen Finanzaufsicht über die Deutsche Evangelische Kirche von 1935–1945, in: ZevKR 3 (1953/54), S. 29–55.

gebracht wird, der besondere Erwartungen an grundrechtliche Bindung, rechtsstaatliche Ordnung, finanzielle Rechenschaft oder demokratische Legitimation zu folgen hätten.

3. Koordinationstheorie

- 56 Als das Grundgesetz 1949 die Normen der Weimarer Reichsverfassung wiederaufnahm, hatte die Erfahrung der nationalsozialistischen Repression den zuvor unbekümmerten Rückgriff auf die Vorstellungen einer staatlichen Kirchenhoheit umso gründlicher kompromittiert. Die neue Sicht auf den übernommenen Text wollte darin anstelle einer Unterordnung der Kirche unter die Hoheit des Staates nunmehr eine metakonstitutionelle Gleichordnung von Staat und Kirche als zweier gleichursprünglicher, ebenbürtiger und damit je souveräner Gewalten abgebildet sehen. Wurzeln dieses Gedankens kann man schon im Dualismus von Kaiser und Papst suchen, seine moderne Gestalt fand er in der römisch-katholischen Theorie des 19. Jahrhunderts, verbunden mit der *societas-perfecta*-Lehre.¹²¹ Für die Stellung der Kirche nach dem Grundgesetz verband die Koordinationstheorie (Koordinationslehre)¹²² die kirchliche Unabhängigkeit vom Staat mit dem Postulat einer eigenen, originären, nicht vom Staat abgeleiteten

¹²¹ Zu ihrer Vorgeschichte und Entwicklung näher *Ansgar Hense*, → § 3, Rn. 21–29, 32 f., 46.

¹²² *Alfred Albrecht*, Koordination von Staat und Kirche in der Demokratie. Eine juristische Untersuchung über die allgemeinen Rechtsprobleme der Konkordate zwischen der katholischen Kirche und einem freiheitlich-demokratischen Staat, 1965, S. 41; *Konrad Hesse*, Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich. Zugleich ein Beitrag zur Frage des rechtlichen Verhältnisses von Staat und Kirche in der Gegenwart, 1956, S. 52–82; *Heiner Marré*, Zur Koordination von Staat und Kirche, in: DVBl. 1966, S. 10–15 (11); *Paul Mikat*, Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Karl August Bittermann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner (Hg.), Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. IV/1, 1960, S. 111–243, auch in: ders., Religionsrechtliche Schriften. Abhandlungen zum Staatskirchenrecht und Ehe recht, hg. von Joseph Listl, 1974, S. 29–161 (63 f.); *Hans Peters*, Die Gegenwarts Lage des Staatskirchenrechts, in: VVDStRL 11 (1954), S. 177–214, mit Aussprache S. 215–260, auch in: Helmut Quaritsch/Hermann Weber (Hg.), Staat und Kirchen in der Bundesrepublik. Staatskirchenrechtliche Aufsätze 1950–1967, 1967, S. 88–120; mit kritischem Unterton beschreibend *Werner Weber*, Die Gegenwarts Lage des Staatskirchenrechts, in: VVDStRL 11 (1954), S. 153–176 (173–176). Gründliche weitere Nachweise bei *Schwegmann*, Bedeutungswandel (o. Fn. 113), S. 1–6, 13–29.

öffentlichen¹²³ Gewalt der Kirche. Den öffentlich-rechtlichen Status nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV deutete sie als deklaratorische Anerkennung dieses metakonstitutionellen Gegenübers, das Selbstbestimmungsrecht nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV als Anerkennung einer der staatlichen Hoheit prinzipiell enthobenen Domäne. Nicht die staatliche Verfassung, erst recht nicht der staatliche Gesetzgeber sollten das Rechtsverhältnis zur Kirche einseitig regeln können. Als das einzige Medium der rechtlichen Kommunikation zwischen Staat und Kirche galt der Vertrag.¹²⁴ Für den Fall, daß Staat und Kirche sich nicht einig würden über die gegenseitige Abgrenzung ihrer Bereiche und so das Verhältnis von Staat und Kirche zum Gegenstand des Konflikts würde, beantwortete die

¹²³ Aufschlußreich für den hier eingesetzten Begriff des „Öffentlichen“ *Smend*, Staat und Kirche (o. Fn. 18), S. 13: „Öffentlich ist das, was in die den modernen Staat rechtfertigende Fülle seines Sinns [...] und damit zugleich in den Bereich irgendwelchen bestimmenden oder doch billigenden Anteils des Volks an diesem Sinngehalt gehört, damit auch von Rechts wegen einen bestimmten Geltungsanspruch hat. In dieser tieferen Bedeutungsschicht erweisen sich staatliche Anerkennung des Öffentlichkeitsanspruchs der Kirche und ihre öffentliche Korporationsqualität als durch das gleiche Kriterium zusammengehalten.“ Das allein führt *Smend* freilich noch nicht in die Koordinationslehre hinein; siehe näher *Hans Michael Heinig*, Die „Göttinger“ Wissenschaft vom Staatskirchenrecht 1945–1969: Von der Koordinationslehre zu freien Kirchen unter dem Grundgesetz, 2013, zugänglich unter <<http://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl/?webdoc-3895>>, S. 18 f., auch in: Wendepunkte der Rechtswissenschaft. Aspekte des Rechts in der Moderne, hg. von Werner Heun / Frank Schorkopf, 2014, S. 297–333, auch in: ders., Die Verfassung der Religion (o. Fn. 6), S. 425–455 (443 f.). – Überhaupt sperrt sich die Sicht *Smends*, a. a. O., auf die Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Kirche gegen eine Einteilung nach Koordination und Subordination oder nach seiner Ortsbestimmung im Gegenüber von staatlicher und staatsanaloger Hoheit und bürgerlicher oder bürgeranaloger Freiheit. Es sind eher staatskirchenrechtspolitische Kriterien, die *Smend* nicht nur das Staatskirchenrecht, sondern auch noch die liberale Trennung von Staat und Kirche gemeinsam dem „konstantinische[n] Zeitalter“ zurechnen lassen, in dem ihre „im Kern unproblematische Beziehung“ entweder durch Privilegien (nämlich vor der Trennung) oder eben durch liberale Freiheitsrechte der Kirche und Schrankenbefugnisse des Staates (nämlich nach der Weimarer Reichsverfassung von 1919) gestaltet worden sei; a. a. O., S. 6 f. Hiervon hebt *Smend* zunächst den Kulturkampf und den Kirchenkampf als „neue Distanzierung vom Staat“ durch „polemische[n] Rückzug der Kirche“ ab; a. a. O., S. 8. Demgegenüber postuliert er mit der Anerkennung des Öffentlichkeitsanspruchs der Kirche im wiedergegebenen Sinn, wie er sie erst mit seiner Auslegung des Grundgesetzes von 1949 zur Geltung gebracht sieht, die „volle innere Unabhängigkeit der Kirche vom Staat“, die ihr „die Möglichkeit und die Notwendigkeit einer um so volleren Zuwendung hin zu Welt und Staat“ zukommen lasse; a. a. O., S. 8 f.

¹²⁴ Zu der – inzwischen gelösten – Verbindung der Staatskirchenvertragstheorie und -praxis mit diesem Motiv *Stefan Mückl*, → § 10, Rn. 34.

Koordinationslehre die entscheidende Frage „Quis iudicabit?“ folgerichtig mit „Niemand“.¹²⁵ Paradigmatisch für die Folgerungen aus dieser Sicht war der Ausschluß „kirchlicher Angelegenheiten“ aus der Justizgewährung durch die staatlichen Gerichte.¹²⁶

4. Einfügung des Staatskirchenrechts in den freiheitlichen Verfassungsstaat

57 Die Koordinationslehre mußte umgehend den Einwand auf sich ziehen, daß sie sich mit dem verfassungsstaatlichen Anspruch des Grundgesetzes nicht vertrug.¹²⁷ Eigenständigkeit der Kirche – und zwar in ihrer Partikularität und Pluralität, zumal auch in ihrer im Recht des religiös neutralen Staates unübergehbaren Kommensurabilität mit dem Verfassungsbegriff der Religionsgemeinschaft („Religionsgesellschaft“), an dessen gleichmäßige Anwendbarkeit die Koordinationslehre von vornherein desinteressiert war – ist gegenüber dem Verfassungsstaat nicht in einer mit ihm konkurrierenden Hoheit zu suchen, sondern in der unter seiner Hoheit grundrechtlich gewährleisteten Freiheit.

58 Diese Einsicht kam maßgeblich auf der Staatsrechtslehrertagung von 1967 zum Durchbruch¹²⁸ und setzte sich in der Rechtswissen-

¹²⁵ So Hesse, Rechtsschutz (o. Fn. 122), S. 76.

¹²⁶ Umfassend dargestellt bei *Karl-Hermann Kästner*, Staatliche Justizhoheit und religiöse Freiheit. Über die Frage nach der staatlichen Kompetenz zur Rechtsschutzgewährung im Wirkungsbereich der Kirchen und Religionsgemeinschaften, 1991, S. 12–19, 76–85. Zur Justizgewährung s. u. Rn. 80.

¹²⁷ *Herbert Krüger*, Rezension über Hesse, Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, in: ZevKR 6 (1957/58), S. 72–82; *Helmut Quaritsch*, Kirchen und Staat. Verfassungs- und staatsrechtliche Probleme der staatskirchenrechtlichen Lehre der Gegenwart, in: Der Staat 1 (1962), S. 175–197, 289–320, auch in: ders./Weber (Hg.), Staat und Kirchen (o. Fn. 122), S. 265–310; *ders.*, Neues und Altes über das Verhältnis von Kirchen und Staat, in: Der Staat 5 (1966), S. 451–474; *Hermann Weber*, Die Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts im System des Grundgesetzes, 1966. Die methodische Kritik resümiert *Schwegmann*, Bedeutungs-wandel (o. Fn. 113).

¹²⁸ *Martin Heckel*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, in: VVDStRL 26 (1968), S. 5–56, besonders S. 23 f., auch in: Gesammelte Schriften (o. Fn. 6), Bd. I, hg. von Klaus Schlaich, 1989, S. 402–446; *Alexander Hollerbach*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, in: VVDStRL 26 (1968), S. 57–106, besonders S. 69 f., 73 f., 78 f., mit Aussprache S. 107–156. Die Abwendung von der Koordinationslehre äußert sich prägnant in den Leitsätzen 49 und 50 des Referats von *Heckel*, a. a. O., S. 55 f.: „In der staatskirchenrechtlichen Lehre wird das Prinzip und der Begriff der Koordination vielfach überdehnt.“ –

schaft rasch weitgehend durch.¹²⁹ Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹³⁰ ließ sich ohnehin stimmig darin einfügen, da sie seit jeher alle staatskirchenrechtlichen Fragen – zuständigkeitshalber – von der Religionsfreiheit her zu bearbeiten hatte. Gerade darin hatte sie wesentliche Beiträge zur Entwicklung einer Freiheitsrechtsdogmatik geleistet, die es erst vollends möglich machte, die Subordination der Kirche unter das staatliche Gesetz und ihre Freiheit gegenüber der staatlichen Gesetzgebung zusammenzudenken, nämlich ihren Ausgleich in der Abschiebung von Schutzbereich, Eingriff und Eingriffsrechtfertigung herauszuarbeiten. Zugleich führt diese Rechtsprechung – zusammen mit ihrer fallbezogenen Kritik – vor, daß und wie sich das Verhältnis von Staat und Kirche (im alle Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften umfassenden Sinn) methodisch, praktikabel und akzeptabel nach religiöser Freiheit und Gleichheit bestimmen läßt.

Daß die laizistischen Gegenkonzepte in ihren überholten Stellungen blieben, indem sie sich streckenweise über ihre Opposition gegen die mittlerweile verwelkte Koordinationslehre definierten, und daß die religionssoziologische Wirklichkeit die Rechtsanwendungspraxis nicht in grundstürzende Kontroversen hineintrieb, rechtfertigt keine Klage über „mangelnden Erfolg eines grundrechtsorientierten Religionsverfassungsrechts in den 1970er Jahren“¹³¹. Den Stimmen, die die „herrschende Meinung“ einer Usurpation des Staatskirchenrechts für kirchliche Partikularinteressen bezichtigt,¹³² ist mit der

59

„Das Prinzip der Koordination gilt jedenfalls nicht im Sinne eines Verbots einseitiger staatlicher Gesetzgebung im Staatskirchenrecht, die aber sachlich den Sinngehalt der religiösen Freiheitsgarantien des Individuums wie der Religionsgemeinschaften zu wahren und zu entfalten hat.“ – Im Rückblick auf die bei *Quaritsch / Weber* (Hg.), *Staat und Kirchen* (o. Fn. 122) dokumentierte Entwicklung 1950–1967: *Martin Heckel*, *Staat und Kirchen in der Bundesrepublik. Staatskirchenrechtliche Aufsätze 1950–1967*, in: *ZevKR* 18 (1973), S. 22–61, auch in: *Gesammelte Schriften I*, a. a. O., S. 501–538; weiter *ders.*, *Kontinuität und Wandlung* (o. Fn. 6), S. 348–351, 374–384; *ders.*, *Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* (o. Fn. 102), S. 380 f., 385–387.

¹²⁹ Allgemein zur Entwicklung bis dahin *Fabio Borggreve*, *Wissenschaftliche Positionen zum Staatskirchenrecht in der frühen Bundesrepublik Deutschland (1949–1969)*, 2015. Für eine zusammenfassende Darstellung des staatlichen Ordnungsanspruchs siehe *Peter Badura*, → § 8, Rn. 4–7, 24, 53.

¹³⁰ Siehe die Zusammenstellung von Leitentscheidungen oben in Fn. 102.

¹³¹ So aber *Walter*, *Religionsverfassungsrecht* (o. Fn. 34), S. 195–198.

¹³² Zu nennen sind – mit Schattierungen – *Erwin Fischer*, *Trennung von Staat und Kirche*. Die Gefährdung der Religionsfreiheit in der Bundesrepublik, 1. Aufl. 1964, 2. Aufl. 1971, 3. Aufl.: *Trennung von Staat und Kirche*. Die

Koordinationslehre eine wesentliche Angriffsfläche abhandengekommen. Am freiheitlichen Staatskirchenrecht stoßen sie vorbei ins Leere. Am Maßstab der Grundrechte offenbaren sie eigene Schwierigkeiten mit individueller und korporativer Selbstbestimmung und mit einer durch religiöse und weltanschauliche Pluralität geprägten Öffentlichkeit. Dies gilt weiterhin auch für die jüngeren Erscheinungsformen der immer wieder nachwachsenden Popularität laizistischer Positionen, die heute weniger auf die Bestreitung kirchlicher Rechte fixiert sind, als daß sie zunehmend andere Farben tragen, darunter die des Ressentiments gegenüber Religion als Merkmal gesellschaftlicher Diversität.

- 60 Wenn koordinations-theoretische Formeln heute auftauchen, dann stellen sie gewöhnlich nicht das Ergebnis einer Auslegungsarbeit am Verfassungstext dar, sondern reproduzieren ein Bild vom Staat-Kirche-Verhältnis auf älterem Kenntnisstand. Damit ist vor allem im kirchen- oder gesellschaftspolitischen Diskurs zu rechnen. Aber auch Gerichte können dafür anfällig sein, wenn sie in ihrer Anhänglichkeit an Rechtsprechungstraditionen allzu eklektisch vorgehen. Besonders hartnäckig haben sich die Folgen der Koordinationslehre in der Frage der Justizgewährung¹³³ fortgeschleppt. Die Rechtsprechung hat lange

Gefährdung der Religions- und Weltanschauungsfreiheit in der Bundesrepublik, 1984, 4. Aufl.: Volkskirche ade! Trennung von Staat und Kirche. Die Gefährdung der Religions- und Weltanschauungsfreiheit in der Bundesrepublik Deutschland, 1993; sodann *Ludwig Renck* und *Gerhard Czermak* in ihren zahlreichen Beiträgen zu staatskirchenrechtlichen Einzelfragen; repräsentativ *Ludwig Renck*, Zum Stand des Bekenntnisverfassungsrechts in der Bundesrepublik, in: BayVBl. 1999, S. 70–77, mit Replik von *Axel Frhr. v. Campenhausen*, Zum Stand des Staatskirchenrechts in Deutschland, in: BayVBl. 1999, S. 65–70, und wieder *Ludwig Renck*, Nochmals: Zum Stand des „Staatskirchenrechts“ in Deutschland. Replik, in: BayVBl. 2000, S. 744–750; *Gerhard Czermak*, Bewegung ins Staatskirchenrecht!, in: ZRP 1990, S. 475–479; *ders.*, Das System der Religionsverfassung des Grundgesetzes, in: KJ 2000, S. 229–247; *ders.*, Das Religionsverfassungsrecht im Spiegel der Tatsachen. Kritische Hinweise zum Verhältnis von Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, in: ZRP 2001, S. 565–570; dieser Richtung ist ferner zuzurechnen *Markus Kleine*, Institutionalisierte Verfassungswidrigkeiten im Verhältnis von Staat und Kirchen unter dem Grundgesetz. Ein Beitrag zur juristischen Methodik im Staatskirchenrecht, 1993. – Zu den diffusen Verbindungen mit laizistischen und liberalen Denktraditionen und zum Stil der Debatte kurz und nüchtern *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 34), S. 193, 195. Eine zusammenfassende inhaltliche Auseinandersetzung unternimmt *Gesa Dirksen*, Das deutsche Staatskirchenrecht – Freiheitsordnung oder Fehlentwicklung?, 2003; dazu *Michael Germann*, in: ZevKR 51 (2006), S. 246–250.

¹³³ Siehe oben Fn. 126.

gebraucht und sich schwer damit getan, ihre Nachklänge zu verabschieden.¹³⁴

5. Staatskirchenrecht jenseits der Religionsfreiheit?

Die Deutung des Staatskirchenrechts von der Gewährleistung religiöser Freiheit und Gleichheit her hat indes auch Vorbehalte gegen seine „Vergrundrechtlichung“ hervorgerufen.¹³⁵ Sie wenden ein, daß sich wesentliche Bestimmungen des Staatskirchenrechts nicht auf den Nenner religiöser Freiheit und Gleichheit bringen ließen. Darin gehe das Staatskirchenrecht des Grundgesetzes mit einem „institutionellen Überhang“¹³⁶ über die Wirkungen der Religionsfreiheit hinaus.

61

¹³⁴ Überblick bei *Michael Germann*, Staatliche und kirchliche Gerichtsbarkeit, in: *Recht in Kirche und Staat. Joseph Listl zum 75. Geburtstag*, hg. von Wilhelm Rees, 2004, S. 627–656 (627–631, 633–640 m. w. N.); siehe zu den jüngeren Rück- und Seitschritten der Rechtsprechung *ders.*, Staatliche Verwaltungsgerichte vor der Aufgabe der Justizgewährung in religionsgemeinschaftlichen Angelegenheiten, in: *ZevKR* 51 (2006), S. 589–595 und die dort aufgeführten weiteren Nachweise, ferner *ders.*, Die Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde gegen die Kirche: kein Grund zum Nachdenken über die Justizgewährung in kirchlichen Angelegenheiten, in: *ZevKR* 54 (2009), S. 108–114; *Hermann Weber*, Der Rechtsschutz im kirchlichen Amtsrecht: Unrühmliches Ende einer unendlichen Geschichte?, in: *NJW* 2009, S. 1179–1183; *Lars Bechler*, Staatliche Justizgewährung in religionsgemeinschaftlichen Angelegenheiten, in: *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern*, hg. von Yvonne Becker/Friederike Lange, 2014, S. 297–316; *Christian Kirchberg*, Rechtsschutz Geistlicher vor staatlichen Gerichten, in: *NJW* 2014, S. 2763–2765; *Johannes Kuntze*, Mehr als Tendenzen beim Rechtsschutz in Kirchensachen, in: *ZevKR* 60 (2015), S. 195–200; *Marcus Arning*, Grundrechtsbindung der kirchlichen Gerichtsbarkeit, 2018, S. 231–266. Für die Fortschritte bei der staatlichen Justizgewährung siehe zuletzt *BVerwG*, U. vom 27.2.2014 – 2 C 19.12; U. vom 25.11.2015 – 6 C 21.14; *BayVG*, B. vom 16.2.2015 – 7 ZB 14.357, Abs. 14–17. Zur freiheitsrechtlichen Bestimmung der staatlichen Justizgewährung s. u. Rn. 80.

¹³⁵ Zusammenfassend *Christian Waldhoff*, Staatskirchenrecht – Eine Begriffsbestimmung, in: *Entwicklungstendenzen* (o. Fn. 19), S. 13–27 (24 f. m. w. N.). – Die folgenden Ausführungen lehnen sich an frühere an: *Michael Germann*, Entwicklungstendenzen im Verhältnis von Staat und Kirche unter dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: *öarr* 61 (2014), S. 41–88 (53–56).

¹³⁶ Vielzitiert hierfür: *Josef Isensee*, Verfassungsstaatliche Erwartungen an die Kirche, in: *Die Verantwortung der Kirche für den Staat. Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, Bd. 25, hg. von Heiner Marré/Johannes Stütting, 1991, S. 104–146 mit Aussprache S. 147–167 (112 f.), der vom „staatsrechtlichen Überhang an institutionellen Absicherungen“ spricht. Es

62 Daran ist richtig, daß sich die besonderen Regelungen des Staatskirchenrechts nicht sämtlich aus der Garantie der Religionsfreiheit deduzieren ließen. Aber nicht darum geht es dem grundrechtsorientierten Verständnis des Staatskirchenrechts.¹³⁷ Vielmehr sieht es in religiöser Freiheit und Gleichheit das bestimmende *Telos* auch der über deren grundrechtliche Garantie hinausgehenden staatskirchenrechtlichen Vorkehrungen wie der Einrichtung des Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen gemäß Art. 7 Abs. 3 GG¹³⁸ oder des Zugangs zu öffentlich-rechtlichen Organisations- und Handlungsformen gemäß Art. 137 Abs. 5 WRV¹³⁹ einschließlich des Rechts ent-

wird oft übersehen, daß *Isensee* dies mitnichten in einen Gegensatz zur grundrechtlichen Ratio des Staatskirchenrechts stellt. Im Gegenteil betont er gerade, daß für eine andere als die „grundrechtliche Legitimation“ der staatskirchenrechtlichen Gewährleistungen „kein Raum“ ist (S. 111). Er grenzt dies nur in zweierlei Hinsicht ab: zum einen gegen eine Verkürzung der Religionsfreiheit um ihre korporative auf ihre individuelle Dimension, zum anderen gegen eine Reduktion der staatskirchenrechtlichen Institutionen auf das, was sich „ohne weiteres aus dem Grundrecht der Religionsfreiheit ableiten ließe“. Aber nichtsdestoweniger sind die staatskirchenrechtlichen Institutionen für *Isensee* „Medien grundrechtlicher Freiheit“ (S. 112). Es geht um Absicherungen, „die dem Grundrecht indirekt dienen, ohne Bestandteil seines Schutzbereichs zu sein“ (S. 113). Das ist nichts anderes als eine „grundrechtsorientierte“ Deutung des Staatskirchenrechts. Wenn also *Isensee* von Vertretern eines „Religionsverfassungsrechts“ als Widerpart und von dessen Gegnern als Gewährsmann in Anspruch genommen wird, dann zu unrecht. – Deziidiert findet sich der dem Wort vom „institutionellen Überhang“ nachgesagte Kontrast zu einer „grundrechtlichen Einbettung“ etwa bei *Stefan Koriath*, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts in Deutschland seit der Reformation, in: Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? (o. Fn. 21), S. 39–69 (65 f.), der die staatskirchenrechtlichen Institutionen von „der Zuwendung zum Staat und zur Sphäre des Öffentlichen“ geprägt sieht; wiederum etwas anders *Paul Kirchhof*, Die Freiheit der Religionen und ihr unterschiedlicher Beitrag zu einem freien Gemeinwesen, in: Religionen in Deutschland und das Staatskirchenrecht. Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 39, hg. von Burkhard Kämper / Hans-Werner Thönnies, 2005, S. 105–122 (113) mit Diskussion S. 123–146. – Erhellend zum Verhältnis von Religionsfreiheit und Institution *Heckel*, Zukunftsfähigkeit (o. Fn. 6), S. 326–341; *Stefan Magen*, Körperschaftsstatus und Religionsfreiheit. Zur Bedeutung des Art. 137 Abs. 5 WRV im Kontext des Grundgesetzes, 2004, S. 8–14 und passim.

¹³⁷ *Hans Michael Heinig*, Ordnung der Freiheit – das Staatskirchenrecht vor neuen Herausforderungen, in: ZevKR 53 (2008), S. 235–254 (250 f.), auch in: ders., Die Verfassung der Religion (o. Fn. 6), S. 3–21.

¹³⁸ Zusammenfassend *Michael Germann*, in: Volker Epping / Christian Hillgruber (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2020, zugleich: Beck'scher Online-Kommentar, Edition 42 (Stand 1. 12. 2019), Art. 4, Rn. 42.4; Art. 7 Abs. 3, Rn. 43–44.1 m. w. N.

¹³⁹ Als „ein Mittel zur Entfaltung der Religionsfreiheit“ erkannt durch BVerfG, U. vom 19. 12. 2000 – 2 BvR 1500/97, E 102, 370 (387). Eingehend

sprechend verfaßter Religionsgemeinschaften, die finanziellen Beiträge ihrer Mitglieder in der Form einer Steuer zu erheben gemäß Art. 137 Abs. 6 WRV¹⁴⁰.

Die Kritik an einer „Vergrundrechtlichung“ des Staatskirchenrechts stellt der Freiheitsratio ein Interesse des Staates an der Förderung von Religionsgemeinschaften gegenüber: Nicht um der Religionsfreiheit willen, sondern zur „Pflege von Gemeinschaftsinteressen im Bereich des Öffentlichen, hier: der Stabilisierung und Perpetuierung der kulturellen Identität“ setze das Staatskirchenrecht institutionelle Gewährleistungen neben das Grundrecht.¹⁴¹ Die nicht unmittelbar aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ableitbaren Rechte der Religionsgemeinschaften seien deshalb durch deren Fähigkeit und Bereitschaft bedingt, einen positiven Beitrag zu den Voraussetzungen eines gelingenden Gemeinwesens zu leisten. Das legitimiere und erfordere entsprechende Differenzierungen.¹⁴²

63

Stefan Magen, → § 27, Rn. 1–25; näher zu den subjektiv-rechtlichen Rechtsfolgen *Hermann Weber*, → § 19, Rn. 15–18, 27–49; zur entsprechenden Einordnung der Öffnung der öffentlich-rechtlichen Rechtsformen für Dienstverhältnisse *Hendrik Munsonius*, → § 58, Rn. 5 f.; für den besonderen Schutz kirchlicher Sachen *Peter Axer*, → § 60, Rn. 39–48, 51; für die Bindung von Stiftungsvermögen an kirchliche Zwecke *Wilhelm-Albrecht Achilles*, → § 71, Rn. 23. Aus der Literatur ferner z. B. *Heinrich de Wall*, Das Verhältnis von Gesellschaft, Staat und Kirche in Deutschland, in: Zwischen nationaler Identität und europäischer Harmonisierung. Zur Grundspannung des zukünftigen Verhältnisses von Gesellschaft, Staat und Kirche in Europa, hg. von Burkhard Kämper/Michael Schlagheck, 2002, S. 85–100 (88 f.); *Hans Michael Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften. Studien zur Rechtsstellung der nach Art. 137 Abs. 5 WRV korporierten Religionsgesellschaften in Deutschland und in der Europäischen Union, 2003, S. 265–269, 497; ausführlich nochmals *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 136), S. 197–289. Zur Einbettung in das „grundrechtsorientierte Religionsverfassungsrecht“ *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 34), S. 562 f., 565 f., 591 f.

¹⁴⁰ *Felix Hammer*, → § 72, Rn. 1. In wenigen Sätzen näher ausgeführt: *Germann*, Entwicklungstendenzen (o. Fn. 135), S. 54 f.

¹⁴¹ *Arnd Uhle*, Staat – Kirche – Kultur, 2004, S. 134 f. mit weiteren Nachweisen; ausgeführt auf S. 131–147. In diese Richtung zuvor beispielsweise *Christian Hillgruber*, Der deutsche Kulturstaat und der muslimische Kulturimport. Die Antwort des Grundgesetzes auf eine religiöse Herausforderung, in: JZ 1999, S. 538–547 (547); *Paul Kirchhof*, Die Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts, in: HSKR², Bd. 1, S. 651–687 (667–669, 682–684). Siehe außerdem *Arnd Uhle*, Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, 2004, S. 454–458. In Anklängen *Peter Badura*, → § 8, Rn. 23, 65.

¹⁴² Daher als „Hierarchisierungsmodell“ bezeichnet und kritisch in seinen Begründungszusammenhängen reflektiert von *Heinig*, Ordnung der Freiheit (o. Fn. 137), S. 241–243, m. w. N. Dem entsprechend aus der Perspektive des Neutralitätsprinzips *Christian Walter*, → § 18, Rn. 28 f.

- 64 Dazu passen allerdings schon die Rechtsfolgen der institutionellen Gewährleistungen nicht gut.¹⁴³ Vor allem kann das Staatskirchenrecht nicht mit institutionenpolitischen Zwecken befrachtet werden, ohne es in Spannung zur religiösen Freiheit und Gleichheit treten zu lassen. Der Eigensinn der Freiheit verträgt keine Indienstnahme für öffentliche Interessen.¹⁴⁴
- 65 Die Behauptung der Freiheitsratio gegen eine Teleologie der „Gemeinschaftsinteressen im Bereich des Öffentlichen“ verkennt nicht die Gemeinwohlerwartungen, die sich auch auf das Wirken von Religionsgemeinschaften in der Gesellschaft richten: Indem Religionsgemeinschaften die Kommunikation über Daseinssinn und Verantwortung des Menschen pflegen, der Lebenshilfe einen Raum geben, sich für den Dienst am Nächsten einsetzen und Kultur erschließen, leisten sie wesentliche Beiträge zu den Grundlagen des Zusammenlebens, die die Institutionen des freiheitlichen Staates nicht von sich aus zu schaffen vermögen. Entsprechende Verfassungserwartungen¹⁴⁵ dürfen sich auch an die institutionelle Stellung der Religionsgemeinschaften im staatlichen Recht knüpfen. Damit ist aber nicht mehr und nichts anderes beschrieben als das allgemeine öffentliche Interesse am Freiheitsgebrauch. Auch die Verfassungserwartungen an Religionsgemeinschaften für das Gemeinwohl bleiben stets über ihre Freiheit vermittelt.¹⁴⁶ Auf das Gemeinwohl zielen die institutionellen Vorkehrungen des Staatskirchenrechts demgemäß nicht an ihrer Freiheitsratio vorbei, sondern durch sie hindurch.
- 66 Wie sich die tatsächliche Verwirklichung der privaten Interessen an religiöser Freiheitsentfaltung zum öffentlichen Interesse verhält, bleibt damit diesseits der ihr durch das grundrechtsgemäße Gesetz gezogenen Schranken offen und ungesteuert.
- 67 Positionen, die demgegenüber angesichts einer anwachsenden religiösen Heterogenität der Gesellschaft zur Konfliktbegrenzung eine allgemeine Restriktion der Präsenz und Wirksamkeit religiöser Frei-

¹⁴³ *Germann*, Entwicklungstendenzen (o. Fn. 135), S. 55.

¹⁴⁴ *Heinig*, Ordnung der Freiheit (o. Fn. 137), S. 245–254.

¹⁴⁵ *Isensee*, Verfassungsstaatliche Erwartungen an die Kirche (o. Fn. 136).

¹⁴⁶ So auch der Ansatz bei *Isensee*, Verfassungsstaatliche Erwartungen an die Kirche (o. Fn. 136), S. 111 f., 114, 118–120, 122 f.; siehe ferner etwa: *Peter Badura*, → § 8, Rn. 26–30, 33–35; *Stefan Magen*, → § 27, Rn. 11–15; *Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (o. Fn. 139), S. 262–265, 269 f.; *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 136), S. 153–189; *de Wall*, Gesellschaft, Staat und Kirche (o. Fn. 139), S. 86; *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 34), S. 552 f.

heitsäußerungen in der gesellschaftlichen Öffentlichkeit für nötig halten und das Grundgesetz danach auslegen wollen, lassen sich zusammenfassend als „Distanzierungsmodell“ beschreiben.¹⁴⁷ Nicht das Gemeinwohl-, sondern das Problempotential religiöser Handlungsmotive prägt seine Erwartungen an den Freiheitsgebrauch. Es kann sich mit dem Ruf nach grundrechtsdogmatischem Rückschnitt einer „Hypertrophie der Religionsfreiheit“¹⁴⁸ verbinden, mit einer Freisetzung „religionspolitischer Governance“ von verfassungsrechtlichen Fesseln¹⁴⁹ oder mit der Vorbeugung gegen „Religiöse Freiheit als Gefahr“¹⁵⁰ bis zu tradierten laizistischen Vorstellungen¹⁵¹. Verfassungsrechtlich setzt es bei einer Konstruktion religiöser und weltan-

¹⁴⁷ So treffend *Heinig*, Ordnung der Freiheit (o. Fn. 137), S. 241, 243–245.

¹⁴⁸ *Karl-Hermann Kästner*, Hypertrophie des Grundrechts auf Religionsfreiheit?, in: JZ 1998, S. 975–982, auch in: ders., Gesammelte Schriften, hg. von Hans Ulrich Anke/Daniel Couzinet/Christian Traulsen, 2011, S. 124–145, der daraus freilich selbst keine weiterreichenden systematischen Folgen ableitet; so auch *Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung (o. Fn. 103), S. 8–13, 21, 61–70, 125–154, 224–252; im Ansatz auch *Claus Dieter Classen*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Grundrechtsordnung, 2003, S. 41–44; *ders.*, Religionsrecht (o. Fn. 6), Rn. 87–98, 158 f.; *Stefan Mückel*, Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen?, in: Der Staat 40 (2001), S. 96–127; *Waldhoff*, Zukunft des Staatskirchenrechts (o. Fn. 6), S. 68–76.

¹⁴⁹ Prominent *Stefan Huster*, Gleichheit statt Freiheit: Die Verschiebung der Argumentationsgewichte im Religionsverfassungsrecht unter Bedingungen des Pluralismus, in: Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder (o. Fn. 65), S. 203–230 (Zitat: S. 229), u. ö.

¹⁵⁰ Danach fragte die Staatsrechtslehrertagung 2008 in Erlangen: *Ute Sacksofsky*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, in: Erosion von Verfassungsvoraussetzungen, VVDStRL 68 (2009), S. 7–46; und *Christoph Möllers*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, ebd., S. 47–93, mit Aussprache S. 94–121; dazu *Christian Walter*, Religiöse Freiheit als Gefahr? Eine Gegenrede, in: DVBl. 2008, S. 1073–1080. Siehe demgegenüber den Versuch, die verfassungsrechtlichen Bedingungen einer Beschränkung der Religionsfreiheit nach der Unterscheidung zwischen „abstrakter“ und „konkreter“ Gefahr zu bestimmen, bei BVerfG, B. vom 27.1.2015 – 1 BvR 471/10, 1181/10, E 138, 296 („Kopftuch II“), Abs. 100–103, 108, 113–116; kritisch zu diesem Ansatz bei einer „Gefahr“ *Tonio Klein*, Das Kopftuch im Klassenzimmer: konkrete, abstrakte, gefühlte Gefahr? – Zum „Kopftuchbeschluss“ des Bundesverfassungsgerichts, in: DÖV 2015, S. 464–470 (468–470); *Benjamin Rusteberg*, Kopftuchverbote als Mittel zur Abwehr nicht existenter Gefahren. Zur zweiten Kopftuch-Entscheidung des BVerfG, in: JZ 2015, S. 637–644 (640–642); *Ute Sacksofsky*, Kopftuch als Gefahr – ein dogmatischer Irrweg, in: DVBl. 2015, S. 801–808 (805 f.); *Lothar Häberle*, Religionsfreiheit und Toleranz. Herausforderungen durch Islam, Relativismus und Säkularismus, in: Der Staat 57 (2018), S. 35–76 (53–60); *Heinrich Amadeus Wolff*, Anmerkung, in: BayVBl. 2015, S. 489–494.

¹⁵¹ Siehe oben Rn. 59.

schaulicher Neutralität des Staates an, die auf die Zurückdrängung religiöser Freiheitsansprüche gerichtet ist oder sie zumindest als politische Option bereithält.¹⁵² Dem Schutzbereich der Religionsfreiheit in Art. 4 Abs. 1–2 GG werden entsprechend Grenzen durch Merkmale gezogen, die von der Rücksicht auf individuelle Selbstverständnisse entbinden;¹⁵³ ihre Schranken werden so angelegt, daß es für die Rechtfertigung von Eingriffen möglichst wenig auf eine Abwägung ihres abstrakten Zwecks mit ihrer konkreten Wirkung ankommt.¹⁵⁴

68 Hiergegen hat ein freiheitsrechtlich bestimmtes Verständnis wiederum den Sinn der durch Art. 4 Abs. 1–2 GG verbürgten Freiheit geltend zu machen: Er verweist auf die Selbstbestimmung und Integrität des Menschen in seiner unhintergehbaren Besonderheit, die sich grundsätzlich frei von staatlichen Eingriffen individuell, kollektiv und korporativ entfalten können soll. Damit trägt es sich nicht, die Religions- und Weltanschauungsfreiheit durch gesellschaftspolitische Programmvorgaben zu konditionieren. Die gebotene staatliche Steuerung der Konflikte, die ihre Interaktion mit anderen Interessen in einer für die religiös und weltanschaulich plurale Gesellschaft unausweichlichen Normalität¹⁵⁵ bewirkt, hat ihren Ort in den

¹⁵² Dazu unten Rn. 83–85.

¹⁵³ In diese Richtung mit einer Anlehnung an kulturell vertraute Erscheinungsformen der Religionsausübung *Joseph Listl*, Glaubens-, Bekenntnis- und Kirchenfreiheit (§ 14), in: HSKR², Bd. 1, S. 439–479 (452 f.); mit einer Bindung an kollektive Vorstellungen *Classen*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht (o. Fn. 148), S. 23 f., 25, 44–67; *ders.*, Religionsrecht (o. Fn. 6), Rn. 89–98, 158; *Mückl*, Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse (o. Fn. 148), S. 115 f.; mit weitergehender grundrechtstheoretischer Verankerung ähnlich, aber ohne an die erwähnten Autoren Anschluß zu suchen *Ino Augsberg*, „Wer glauben will, muss zahlen“? Erwerb und Aufgabe der Kirchenmitgliedschaft im Spannungsfeld von Kirchenrecht und Religionsverfassungsrecht, in: AöR 138 (2013), S. 493–535 (518–534). Dem steht der notwendige Zusammenhang zwischen der Religionsfreiheit und der mit kollektiven Überzeugungen nicht verrechenbaren individuellen Selbstbestimmung entgegen; *Michael Germann*, in: Der Staat 43 (2004), S. 491–497 (493 f.). Gegen eine Lösung des Schutzbereichs vom subjektiven Selbstverständnis des Grundrechtsträgers außerdem *Heckel*, Zukunftsfähigkeit (o. Fn. 6), S. 380 f.; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 6), Rn. 99; *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 34), S. 504 f. – Siehe im übrigen die ausführlichere Auseinandersetzung mit der Kritik an einem „weiten“ Schutzbereich bei *Hans Michael Heinig*, → § 14, Rn. 33–57.

¹⁵⁴ Unter anderem, indem der Vorbehalt der „bürgerlichen und staatsbürgerlichen Pflichten“ in Art. 136 Abs. 1 WRV als Gesetzesvorbehalt auf Art. 4 Abs. 1 und 2 GG übertragen wird; siehe hierzu die gründliche Kritik wiederum bei *Hans Michael Heinig*, → § 14, Rn. 60–82.

¹⁵⁵ Denn Religion und Weltanschauung sind „Ambivalenzphänomene“: *Hans Michael Heinig*, → § 14, Rn. 21–25.

Schranken der Religionsfreiheit. Dort setzen sich überwiegende Individual- und Allgemeininteressen gegen das geschützte Interesse durch.

Die Maßstäblichkeit des Grundrechts für die Konfliktbearbeitung bewährt sich im Vorgang seiner Anwendung, für die die wechselseitig betroffenen Interessen namhaft zu machen, anhand des darauf bezogenen Normzwecks zu bewerten, zu gewichten und zu einem möglichen Ausgleich zu bringen sind; funktionale Grenzen der Interessenbewertung und -gewichtung bilden sich dabei in Beurteilungsprärogativen ab. Die so von der Verfassung gestellten Anforderungen an die Freiheitsverträglichkeit staatlichen Handelns dürfen nicht durch einen Vorbehalt zugunsten der Durchsetzung abstrakter religionspolitischer Prinzipien unterlaufen werden.

69

6. Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht

Die Hinwendung zu einem grundrechtlich bestimmten Verständnis der durch Art. 140 GG inkorporierten Artikel einerseits, die Einwendungen gegen eine „Vergrundrechtlichung“ andererseits sind gelegentlich mit einem „begriffspolitischen Grundsatzstreit“¹⁵⁶ um die Bezeichnung des Fachs belegt worden: Demnach wird entweder das „Staatskirchenrecht“ mit überkommenen Defiziten an religiöser Freiheit und Gleichheit, insbesondere mit einer Privilegierung der christlichen Kirchen assoziiert und stattdessen für seine Ersetzung durch ein „Religionsverfassungsrecht“¹⁵⁷ (oder ähnlich) geworben, oder es wird eben gegen die darin anklingende Unbedingtheit der Grundrechtsperspektive das „Staatskirchenrecht“ als Ausweis einer institutionellen Ordnungsidee und Staatsraison verteidigt, die den bloßen Grundrechtszweck überbieten soll.¹⁵⁸

70

¹⁵⁶ Siehe die über diesen Topos in die Grundsatzfragen eindringende Tagungsdokumentation von *Heinig / Walter* (Hg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? (o. Fn. 21). In der Folge zu gesellschaftstheoretischen Perspektiven der Systemdiskussion jenseits des „begriffspolitischen Grundsatzstreits“ *dies.* (Hg.), Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder (o. Fn. 65).

¹⁵⁷ Zur Karriere des Begriffs „Religionsverfassungsrecht“ und zur Urheberschaft *Peter Häberle*, Eine Theorie des Religionsverfassungsrechts von 1976 – nach 35 Jahren wiedergelesen und im Verfassungsstaat fortgeschrieben, in: Entwicklungstendenzen (o. Fn. 19), S. 29–71 (29–34), zur Programmatik ebd., S. 35 f., 66–71.

¹⁵⁸ Entsprechend den eben in Rn. 63 vorgestellten Positionen. Repräsentativ für die Abwehr einer „religionsverfassungsrechtlichen“ Reduktion

71

Für eine solche programmatische Aufladung gibt die Fachbezeichnung aber keinen triftigen Grund. Das mit dem Begriff des „Staatskirchenrechts“ umschriebene Gebiet umfaßt seit jeher alle Aspekte des staatlichen Umgangs mit Religion und Weltanschauung, individueller und korporativer Religions- und Weltanschauungsfreiheit, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften. Dies im semantischen Bezug auf „Kirchen“ pars pro toto wiederzufinden, verlangt kaum mehr terminologische Großzügigkeit als der Bezug des „Religionsverfassungsrechts“ auf Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften und die sie betreffenden Regelungen des staatlichen Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechts. Die freiheitsrechtliche Ratio des Staatskirchenrechts ist durchaus unter dieser Fachbezeichnung herausgearbeitet worden (s.o. Rn. 58); der mit deren Abwertung unterstellte Rückstand¹⁵⁹ haftet ihr also nicht an. Zur Klarheit darüber trägt es am besten bei, wenn man die Bezeichnung „Staatskirchenrecht“ strikt synonym mit den konkurrierenden Bezeichnungen weiterverwendet. In diesem Sinn steht sie auch im Titel dieses Handbuchs.

„staatskirchenrechtlicher“ Garantien und Einrichtungen *Peter Badura*, → § 8, Rn. 62–65. – Erörterungen zur Fachbezeichnung finden sich mit verschiedenen Akzenten zum Beispiel bei *Ino Augsberg*, Vom Staatskirchenrecht zum Religionsverfassungsrecht – Ein Beitrag zur Begriffsdiskussion, in: *Entwicklungstendenzen* (o. Fn. 19), S. 73–92; *v. Campenhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. V und S. 39 f.; *Classen*, Religionsrecht (o. Fn. 6), S. V und Rn. 3; *Heinrich de Wall*, Das Deutsche Staatskirchenrecht und die Religionsfreiheit, in: *Religionsfreiheit. Positionen – Konflikte – Herausforderungen*, hg. von Hans-Georg Ziebertz, 2015, S. 35–51 (37); *Hekkel*, Zukunftsfähigkeit (o. Fn. 6), S. 328 und 341; *Hense*, Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 98); *Stefan Muckel*, in: *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, hg. von Heinrich Friauf/Wolfram Höfling, Losebl. Stand 2011, Art. 140 GG, Rn. 26–28; *Georg Neureither*, Subjektivierung des Objektiven, Vergrundrechtlichung des Institutionellen? – Zur jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Kontext von Recht und Religion, in: *Aktuelle Entwicklungen des Kirchen- und Staatskirchenrechts*, hg. von Bernd Grzeszick, 2014, S. 47–64 (53–56, 63 f.); *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 6), Rn. 1–8; ausführlich *Arne Kupke*, Die Entwicklung des deutschen „Religionsverfassungsrechts“ nach der Wiedervereinigung, insbesondere in den Neuen Bundesländern, 2004, S. 21–154.

¹⁵⁹ So etwa noch *Fabian Wittreck*, Perspektiven der Religionsfreiheit in Deutschland, in: *Staat und Religion. Neue Anfragen an eine vermeintlich eingespielte Beziehung*, hg. von Katharina Ebner/Tosan Kraneis/Martin Minkner/Yvonne Neufeind/Daniel Wolff, 2014, S. 73–103 (85–87); *Czermak*, Weltanschauung (o. Fn. 6), S. 18 f.

V. Die Bestimmung des staatskirchenrechtlichen Systems durch religiöse Freiheit und Gleichheit

1. Die Trennung von Staat und Kirche hinkt nicht

Das Bedürfnis danach, das geltende staatskirchenrechtliche System auf einen prägnanten Programmbegriff zu bringen, hat der Metapher von der „hinkenden Trennung“ eine bis heute anhaltende, erstaunliche Popularität beschert. Als *Ulrich Stutz* sie 1924 für die kurz zuvor in Kraft getretene Weimarer Verfassung erfand, spiegelte sie noch das Ringen um eine Fortsetzung von Sonderbeziehungen des Staates mit den früheren Staatskirchen.¹⁶⁰ Auf das Verhältnis des

72

¹⁶⁰ Wie explizit zeitgebunden sie ist, zeigt das vollständige Zitat der beiden – angesichts der späteren Karriere des Schlagworts übrigens gar nicht so prominenten – Referenzstellen: *Ulrich Stutz*, Das Studium des Kirchenrechts an den deutschen Universitäten, in: Deutsche Akademische Rundschau 6 (1924), 12. Semesterfolge, Nr. 5 (15.12.1924), S. 1–4 (2): „Neu ist vor allem das Staatskirchenrecht mit seiner Preisgabe nicht bloß des älteren Staatskirchentums und des seit 1848 aufgekommenen Systems bloßer staatlicher Kirchenhoheit und mit seinem Übergang zu der von der Weimarer Reichsverfassung teils in Rechtssätzen, teils in Grundsätzen festgelegten, von den Verfassungen und Gesetzen der Länder im Einzelnen durchgeführten ‚hinkenden‘ Trennung von Staat und Kirche, wie ich sie nenne, einem Mittelding zwischen dem Bisherigen und der eigentlichen Abschichtung der Kirche vom Staate.“ In Bezug genommen von *dems.*, Die päpstliche Diplomatie unter Leo XIII. Nach den Denkwürdigkeiten des Kardinals Domenico Ferrata, 1926, S. 54, Fn. 2: „Aber man wird bei ihr [der Trennung nach der belgischen Verfassung] von einer unvollkommenen oder, wie ich es ausgedrückt habe [a. a. O.], und wie es wohl je länger desto zutreffender werden wird, ‚hinkenden‘ Trennung zu sprechen haben, weil sie, wie nunmehr auch die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 sich den Religionsgesellschaften gegenüber im wesentlichen mit den durch das für Alle geltende, also gemeine Recht gegebenen Hoheitsbefugnissen bescheidet und doch ihnen ihre Stellung im öffentlichen Rechte beläßt. Daß mit dieser ‚Freiheit‘ der Kirche, mit der ihr durch die Verfassung schon so ziemlich alles, ja in gewisser Hinsicht mehr gegeben ist, als sie durch Konkordat erlangen könnte, ein solches nicht vereinbar sei, das war wohl bis vor kurzem für Belgien, aber auch für die in ähnlicher Lage befindlichen Länder die gemeine Meinung. Der allerneuesten Entwicklung (Bayern) blieb es vorbehalten, den Versuch zu machen, mit der hinkenden Trennung das Konkordat zu verbinden. Man kann auf den Erfolg dieses und etwaiger weiterer Versuche gespannt sein. Erst eine fernere Zukunft wird darüber entscheiden. Die Theorie allein tut es nicht. Das Leben ist stärker als sie. Aber bei einem ‚Doppelt genährt hält besser‘ wird es für die Kirche dabei sicherlich nicht bleiben. Ein neuer Inhalt wird durch die Praxis herauskommen und wäre es auch nur ein Bastard oder eine Abbauerscheinung des über den Kulminationspunkt hinausgeratenen Trennungsgedankens.“ Der Rechtshistoriker *Stutz* nimmt die Geschichtlichkeit seiner Deutung ernster als die, die ihm heute nachsprechen.

Staates zu den Religionsgemeinschaften, wie es sich in der seither entwickelten Auslegung der Verfassung darstellt, paßt sie nicht. Die darin durchgeführte Trennung „hinkt“ nicht, als hätte sie einen Klotz von Staatskirchenresten am Bein, der sie behinderte. Erst recht ist sie nicht durch eine „vertragsgesicherte“¹⁶¹ oder gar allgemein nur „ge-lockerte Fortsetzung der Verbindung von Staat und Kirche“ überformt.¹⁶²

- 73** Sie kann als eine klare, konsequente, vollkommene Trennung erkannt werden, ohne Abstriche und ohne einschränkende Attribute.¹⁶³ Sie ist ausgewiesen als institutionelle Trennung auf der Grundlage einer funktionalen Trennung¹⁶⁴ zwischen staatlicher Hoheit und religiöser Freiheit. Sie ist nicht weniger Trennung als das, was ihr kritisch oder affirmativ als „strikte“ Trennung gegenübergestellt zu werden pflegt. Ihre nähere Bestimmung hat ihren Ort nicht auf einer Skala von der Verbindung bis zur Trennung von Staat und Kirche, sondern auf der Koordinate religiöser Freiheit und Gleichheit (s.o. Rn. 25). Sie ist auch nicht durch eine besondere Wertschätzung für die Kirchen oder für die Religion gehemmt, die über den „Wert“ gleicher Freiheit hinauszielte; daher ist sie nicht an sich „kirchenfreundlich“ oder „religionsfreundlich“, sehr wohl aber „religionsfreiheitsfreundlich“.

¹⁶¹ *Ulrich Stutz*, Konkordat und Codex, in: Sitzungsberichte der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse, 1930, S. 688–706 (699), sprach vom System der „vertrags- oder konkordatsgesicherten autonomen Trennungskirche“ als einem „ganz neue(n) Typ des Verhältnisses von Staat und Kirche“ mit „einer Kirche, die nicht mehr als Staats- oder als Landeskirche, sondern als eine von mehreren mit öffentlicher Korporationsqualität ausgestatteten Religionsgemeinschaften im Staate das Rückgrat diesem gegenüber durch einen mit ihm geschlossenen Vertrag gestärkt erhält und sich als vertragsgesichert gegenüber den anderen Religionsgesellschaften, auch denen, die als Körperschaften des öffentlichen Rechtes anerkannt sind, stark abhebt.“

¹⁶² So im Rückblick auf die erste Zeit unter der Weimarer Verfassung (s.o. Rn. 55) *Ulrich Scheuner*, Kirche und Staat in der neueren deutschen Entwicklung, in: ZevKR 7 (1959/60), S. 225–273 (245), auch in: ders., Schriften zum Staatskirchenrecht, hg. von Joseph Listl, 1973, S. 121–168.

¹⁶³ Zum Verhältnis zwischen dem Trennungsprinzip gemäß Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 1 WRV und der Kooperation des Staates mit Religionsgemeinschaften siehe noch unten Rn. 91–95.

¹⁶⁴ *Link*, Trennung (o. Fn. 6), S. 99.

2. Die Gewährleistung religiöser Freiheit und Gleichheit als staatskirchenrechtliche Systementscheidung

Ihre systemprägende Kraft¹⁶⁵ bezieht die Gewährleistung der Religionsfreiheit in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG daraus, daß sie den Handlungsraum der öffentlichen Gewalt im Verhältnis zur Religion *vom Menschen her* bestimmt. Ihr machtbegrenzender Anspruch (Art. 1 Abs. 3 GG) erfaßt jedes Merkmal der staatskirchenrechtlichen Ordnung. Ihr Telos, die freie Entfaltung des Menschen in seiner kontingenten religiösen Identität, bietet und verlangt Kohärenz mit dem Sinn auch der weiteren Normen, die die Bedingungen für die Entfaltung des Menschen in seiner religiösen Identität ausgestalten.

74

In ihrer „interpretatorischen Wechselwirkung“ (s.o. Rn. 37) mit Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geben vermittels Art. 140 GG die Art. 136 bis 139 und 141 WRV in den von ihnen geregelten Beziehungen Aufschluß darüber, was das Grundgesetz unter Religionsfreiheit versteht: Der volle Genuß religiöser Freiheit verlangt nach Gleichheit in bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechten und Pflichten (Art. 136 Abs. 1 und 2 WRV), nach Selbstbestimmung auch im *forum externum* (Art. 136 Abs. 3 und 4 WRV) und im korporativen Handeln (Art. 137 Abs. 2 und 3 WRV), nach Entstaatlichung religiöser Zweckverfolgung (Art. 137 Abs. 1 WRV), nach korporativer Teilnahme am bürgerlichen Rechtsverkehr (Art. 137 Abs. 2 und 4 WRV), nach Selbstorganisation und Teilnahme am bürgerlichen Rechtsverkehr auch in anderen Formen als denen des bürgerlichen Rechts (Art. 137 Abs. 5 und 6 WRV), nach Integrität der eigenen materiellen Ressourcen (Art. 138 WRV), nach einem sozialen Raum für „seelische Erhebung“ (Art. 139 WRV), nach Zulassung religiösen Freiheitsgebrauchs gerade dort, wo der Mensch vom Staat besonders in Anspruch genommen wird (Art. 141 WRV; Art. 7 Abs. 3 GG), nach Integration der religiösen Pluralität in das öffentliche Leben (nochmals Art. 7 Abs. 3 GG). Umgekehrt erschließt die Garantie der Religions- und Weltanschauungsfreiheit in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG – in ihren individuellen, kollektiven, korporativen sowie objektiv-rechtlichen Dimensionen¹⁶⁶, in ihrer Offenheit für positiv oder negativ auf Religion und Weltanschauung bezogene Selbstverständnisse,¹⁶⁷ in ihren Gleichheitsbezügen – Sinn und Maß

75

¹⁶⁵ Zur Auseinandersetzung mit Gegenvorstellungen o. Rn. 61–69.

¹⁶⁶ Hans Michael Heinig, → § 14, Rn. 28–59, 100–103. Hinzuzunehmen ist die Aktivierung der Religionsfreiheit der Kinder durch das Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 GG; Matthias Jestaedt, → § 42, Rn. 31–39, 49, 99.

¹⁶⁷ Gegen eine Konditionierung der Religionsfreiheit siehe oben Rn. 68.

der besonderen Regelungen über das Verbot der Staatskirche, die den Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften eröffneten Rechtsformen und Wirkungsmöglichkeiten,¹⁶⁸ den Religionsunterricht,¹⁶⁹ den Sonn- und Feiertagsschutz¹⁷⁰ et cetera.

76 Religiöse Gleichheit¹⁷¹ ist eine elementare Bedingung für die Rechtsqualität religiöser Freiheit: Auch religiöse Freiheit funktioniert nur als gleiche Freiheit. Zugleich ist religiöse Freiheit das Material religiöser Gleichheit: Religiöse Gleichheit bedeutet Gleichheit im Recht auf die Entfaltung religiöser Freiheit. Religiöse Gleichheit läßt sich deshalb keineswegs an der Gleichheit des Freiheitsgebrauchs messen. Ihr Sinn liegt vielmehr in der Freiheit eines jeden, sich in seinen religiösen und weltanschaulichen Vorstellungen und allem, was daraus folgt, von anderen zu unterscheiden. Unterschiede der Interessen und auch der Konflikte mit anderen Rechtsgütern, in die sie hineinführen können, bewirken über die Rechtsgleichheit unterschiedliche Rechtsfolgen: „Rechtsgleichheit differenziert“.¹⁷²

77 Das Grundrecht der *Religionsfreiheit* aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und der *Gleichbehandlungsanspruch* aus Art. 3 Abs. 1 GG, spezifiziert in den Verboten religiöser Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 3 S. 1, Art. 33 Abs. 3 GG, Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 und 2 WRV und mit seiner korporativen Dimension ferner implementiert insbesondere im Verbot staatskirchlicher Privilegierung (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 WRV), im gleichen Zugang aller Religionsgemeinschaften zu den Rechten einer Körperschaft des öffentlichen Rechts (Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV)¹⁷³ und in der Gleichstellung von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften (Art. 137 Abs. 7 WRV), sind somit zwei Flanken derselben staatskirchenrechtlichen Systementscheidung. Wenn das Staatskirchenrecht von der religiösen Freiheit her bestimmt und auf ihre Verwirklichung ausgerichtet wird, dann schließt das stets die religiöse Gleichheit in diesem Sinn ein.

¹⁶⁸ Emanuel V. Towfigh, → § 26, Rn. 27–35; Stefan Magen, → § 27, Rn. 19–22; Stefan Muckel / Thomas Traub, → § 28, Rn. 5–17; Andreas Sailer, → § 29, Rn. 6, 11–14.

¹⁶⁹ Markus Ogorek, → § 44.

¹⁷⁰ Karl-Hermann Kästner, → § 40, Rn. 11–13, 21–24, 32–40.

¹⁷¹ Kyrill-A. Schwarz, → § 17.

¹⁷² Martin Heckel, Gleichheit oder Privilegien? Der Allgemeine und der Besondere Gleichheitssatz im Staatskirchenrecht, 1993, S. 49.

¹⁷³ Stefan Magen, → § 27, Rn. 13 f., 57.

3. Die freiheitsrechtliche Struktur des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften

Der systematische Zusammenhang mit der Religionsfreiheit unterstützt das freiheitsrechtliche Verständnis der Garantie der religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmung in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV: Es überwindet die früher die Diskussion bestimmende Alternative zwischen institutioneller Subordination und Insubordination der Kirchen unter den Staat, die die Koordinationslehre in der Abgrenzung konkurrierender Souveränitätsansprüche zu entscheiden suchte (s. o. Rn. 56). Deren Auslegung des Art. 137 Abs. 3 WRV überließ das Verhältnis zwischen der Eigenständigkeit der Kirchen und dem für alle geltenden Gesetz des Staates einer „Bereichsscheidung“ danach, „was materiell, der Natur der Sache oder Zweckbestimmung nach als eigene Angelegenheit der Kirchen anzusehen ist“¹⁷⁴ oder umgekehrt schlicht vom staatlichen Gesetzgeber in Anspruch genommen wird¹⁷⁵. Das freiheitsrechtliche Verständnis¹⁷⁶ macht dagegen

78

¹⁷⁴ So die alte, von koordinations-theoretischen Positionen übernommene und seither oft kontextvergessen mitgeschleppte Formel bei BVerfG, B. vom 17.2.1965 – 1 BvR 732/64, E 18, 385–388 (387). Zu Hintergründen und Kritik siehe *Stefan Koriath*, → § 16, Rn. 16, 38 f. Zu den dogmatischen Fort- und Rückschritten in der nachfolgenden Rechtsprechung *Wolfgang Bock*, Das für alle geltende Gesetz und die kirchliche Selbstbestimmung. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung am Beispiel des Amtsrechts der evangelischen Kirchen, 1996, S. 139–156; in einem konkreten Zusammenhang *Germann*, Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde (o. Fn. 134), S. 215 f. Aus der Literatur beispielhaft *Mikat*, Kirchen und Religionsgemeinschaften (o. Fn. 122), S. 93–119; *Joseph Listl*, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. 417.

¹⁷⁵ So kam auch die Opposition gegen die Koordinationslehre zu einer im Ergebnis verwandten Bereichsscheidung; etwa *Quaritsch*, Kirchen und Staat (o. Fn. 127), S. 185, 197 und vor allem S. 295; *Weber*, Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts (o. Fn. 127), S. 38 f.; *Wolfgang Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 139 f.; ebenso noch *Joachim Wieland*, Die Angelegenheiten der Religionsgesellschaften, in: *Der Staat* 25 (1986), S. 321–350 (346).

¹⁷⁶ *Hans Michael Heinig*, → § 14, Rn. 84–86; *Stefan Koriath*, → § 16, Rn. 1–3, zur Entwicklung Rn. 40–46; so auch *Hermann Weber*, → § 19, Rn. 23–26 (mit einer nur begrifflich noch an die Bereichsscheidung angelehnten Konstruktion). Ansatzweise bereits *Siegfried Grundmann*, Das Bundesverfassungsgerichts und das Staatskirchenrecht, in: *JZ* 1966, S. 81–86 (84 f.), auch in: ders., *Abhandlungen zum Kirchenrecht*, hg. von Reinhold Zippelius/Knut Wolfgang Nörr/Wilhelm Steinmüller/Christoph Link/Gerhard Tröger, 1969, S. 327–344; bahnbrechend dann *Heckel*, Kirchen unter dem Grundgesetz (o. Fn. 128), S. 31–35, 40–48, 54 f. (Thesen 39–46), im Zusammenhang mit der Abwendung von der Koordinationslehre, s. o. Rn. 58; zusammenfassend *Konrad Hesse*, Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsge-

die grundrechtsdogmatischen Strukturen für die Auslegung des Art. 137 Abs. 3 WRV fruchtbar und erkennt die Gewährleistung der religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmung als Schutzbereich und den Vorbehalt der Schranken des für alle geltenden Gesetzes als Grundlage und qualifizierten Maßstab für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen (s. o. Rn. 39). Das bewährte Konfliktlösungsprogramm der Freiheitsrechte steuert so den Ausgleich des religiösen Selbstbestimmungsinteresses mit den Schutzzwecken des staatlichen Gesetzes in den material unscheidbaren Überdeckungsbereichen religionsgemeinschaftlicher Freiheitsentfaltung und staatlicher Gemeinwohlverantwortung.

79 Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften stützt die korporative Religionsfreiheit¹⁷⁷ mit einer besonderen Garantie ihrer institutionellen Funktionsbedingungen. Es kürzt den Nachweis einer religiösen Motivation des religionsgemeinschaftlichen Handelns ab und beugt damit definitorischen Übergriffen in das religiöse Selbstverständnis vor. Gerade die Gründung der Rechte religiöser Institutionen in der Religionsfreiheit gibt ihnen einen freiheitsrechtlichen Selbststand gegenüber der individuellen Religionsfreiheit ihrer Angehörigen – die vollständig in der Option aufgeht, sich loszusagen – und Außenstehender.

80 In die freiheitsrechtliche Struktur der Selbstbestimmung nach Art. 137 Abs. 3 WRV fügt sich die juristische Bearbeitung der Konflikte ein, in denen die Dispositionen von Religionsgemeinschaften für ihr Handeln, dessen religiöse Deutung und sein Angelegtsein auf soziale Wirksamkeit mit den interagierenden Interessen, deren gesellschaftlicher Normalität und den Erwartungen an ihre Ungestörtheit ringen. Um Freiheit und ihre Schranken geht es daher in den paradigmatischen Auseinandersetzungen über das Arbeitsrecht in der Kirche¹⁷⁸, nicht um das Behaupten oder Aufbrechen von Sonderrecht

meinschaften (§ 17), in: HSKR², Bd. 1, S. 521–559 (550–552). Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich von der Bereichsscheidungslehre gelöst: BVerfG, B. vom 25.3.1980 – 2 BvR 208/76, E 53, 366 (399–401); B. vom 13.12.1983 – 2 BvL 13, 14, 15/82, E 66, 1 (22); B. vom 4.6.1985 – 2 BvR 1703, 1718/83 und 856/84, E 70, 138 (167); B. vom 14.5.1986 – 2 BvL 19/84, E 72, 278 (289); B. vom 17.10.2007 – 2 BvR 1095/05, in: DVBl. 2007, S. 1555 (1561–1563, Abs. 90–107); B. vom 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, Abs. 110 f.; dem ausdrücklich folgend beispielhaft BVerwG, U. vom 27.2.2014 – 2 C 19.12, Abs. 18–25.

¹⁷⁷ Ohne sie zu verdrängen; zum Problem: *Hans Michael Heinig*, → § 14, Rn. 87–99; *Stefan Koriath*, → § 16, Rn. 7 f.

¹⁷⁸ *Jacob Joussen*, → § 57; *Gregor Thüsing*, → § 59. Zur rechtsdogmatischen Konstruktion näher *Michael Germann*, Die „bürgerliche Wirkung“ des

oder ähnliches. Nicht um Exemption oder Auslieferung von Religionsgemeinschaften geht es bei der staatlichen Justizgewährung im Rechtsstreit um ihre Angelegenheiten, sondern um die Verwirklichung der bürgerlichen Rechtsverhältnisse, in denen eine Religionsgemeinschaft mit ihrem Freiheitsanspruch einem Schutzgut des für alle geltenden Gesetzes gegenübersteht.¹⁷⁹

Die verfassungsrechtliche Garantie der Vermögensrechte von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften gilt den materiellen Ressourcen für ihren Freiheitsgebrauch.¹⁸⁰ Die grundsätzliche Kontinuität von Rechtsverhältnissen, die aus historischem Herkommen an den „eigenen Angelegenheiten“ der Religionsgemeinschaften haften, bewahrt sie vor Fremdverfügungen, damit ihre Überführung in die Bedürfnisse der Gegenwart und Zukunft eine Sache der freien Selbstbestimmung bleibt.¹⁸¹

Der systematische und teleologische Zusammenhang mit Religionsfreiheit und religiöser Selbstbestimmung löst auch das „Rätsel“ um den vermeintlichen „Ehrentitel“¹⁸² der Körperschaft des öffentlichen Rechts nach Art. 137 Abs. 5 WRV: Die damit eröffneten Organisations- und Handlungsformen vermitteln nicht Teilhabe an staatlicher Hoheit, sondern optimieren die Entfaltung grundrechtlicher Freiheit.¹⁸³

kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts, in: Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs. Festschrift für Armin Höland, hg. von Wolfhard Kohte / Nadine Absenger, 2015, S. 502–528.

¹⁷⁹ Siehe oben Rn. 56 und 60; *Fabian Wittreck*, → § 77, Rn. 4–20 und passim; *Wolfgang Rüfner*, → § 78, Rn. 12 f., 19 und passim (pragmatisch zwischen den theoretischen Gegensätzen vermittelnd).

¹⁸⁰ Kirchengut: *Karl-Hermann Kästner*, → § 69, Rn. 3–9 und passim; zur Freiheit in der Vermögensverwaltung *Burkhard Kämper / Markus Schulten*, → § 70, Rn. 5–26; ebenso der Wert der Staatsleistungen, wie er im Ablösungsvorbehalt nach Art. 138 Abs. 1 WRV gewährleistet ist: *Werner Heun*, → § 73, Rn. 25–28, 56–60, 69–75; Baulasten: *Michael Droege*, → § 64, Rn. 22–26, 37; auf kirchliche Sachen bezogene Rechtsverhältnisse: *Peter Axer*, → § 60, Rn. 34–49; *Michael Frisch*, → § 62, Rn. 5–10; *Felix Hammer*, → § 66, Rn. 13–16; Bindung von Stiftungsvermögen an kirchliche Zwecke: *Wilhelm-Albrecht Achilles*, → § 71, Rn. 1–7. Entsprechend ist der Schutz von Immaterialgütern mit Blick auf ihre Bedeutung für religiöse Freiheit hier einzuordnen; dazu *Reiner Tillmanns*, → § 67, Rn. 21–44.

¹⁸¹ Zu denken ist an den Bestandsschutz für Patronate, siehe *Andreas Thier*, → § 63, Rn. 18–28.

¹⁸² Nach dem geflügelten Wort von *Smend*, Staat und Kirche (o. Fn. 18), S. 9.

¹⁸³ Siehe oben Fn. 119.

4. Die freiheitliche ratio der religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates

- 83** Dem Prinzip der religiösen und weltanschaulichen Neutralität des Staates¹⁸⁴ gibt der Bezug auf die Religions- und Weltanschauungsfreiheit¹⁸⁵ Konturen, die sich einer beliebigen Inanspruchnahme für abstrakte religionspolitische Ordnungsprogramme entgegenstellen. Er erweist die Ermöglichung religiöser und weltanschaulicher Freiheit nicht als Hindernis, sondern als Bedingung der Integration aller Staatsbürger,¹⁸⁶ die den Staat über alle religiösen und weltanschaulichen Differenzen hinweg als „Heimstatt“¹⁸⁷ anerkennen können sollen.
- 84** Ein Konzept „distanzierender“ Neutralität¹⁸⁸, das auf die Exklusion religiöser und weltanschaulicher Positionen aus der gesellschaftlichen Öffentlichkeit setzt, übergeht diesen Zusammenhang. Eine dem folgende Praxis der öffentlichen Gewalt stößt überall dort, wo sie die öffentliche Dimension des individuellen oder korporativen Gebrauchs der Religions- und Weltanschauungsfreiheit beeinträchtigt, auf die Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen gegenüber nicht religiös oder weltanschaulich konnotierten Interessen.
- 85** Eine Praxis „offener“ Neutralität bringt solche Eingriffe und Ungleichbehandlungen grundsätzlich nicht mit sich. Deshalb hat der Gesetzgeber nicht etwa die freie Wahl zwischen „distanzierender“ und „offener“ Neutralität¹⁸⁹. Vielmehr geben die Religions- und Welt-

¹⁸⁴ Christian Walter, → § 18.

¹⁸⁵ Als „leitenden Bezugspunkt“ (s.o. bei Fn. 87); s.a.: Peter Badura, → § 8, Rn. 24–30; Christian Walter, → § 18, Rn. 14.

¹⁸⁶ Hans Michael Heinig, → § 14, Rn. 18–20.

¹⁸⁷ „Heimstatt aller Staatsbürger“, BVerfGE 19, 206 (216); 108, 282 (299); BVerfG, B. vom 27.1.2015 – 1 BvR 471/10, 1181/10, Abs. 109.

¹⁸⁸ Huster, Die ethische Neutralität (o. Fn. 103), S. 37 f., 119 f.

¹⁸⁹ In diese Richtung aber Huster, Die ethische Neutralität (o. Fn. 103), S. 353 f., 635–637; tastend BVerfGE 108, 282 (300, 309); klärend Karl-Hermann Kästner, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Rudolf Dolzer/Klaus Vogel, Losebl., 1950 ff., Art. 140, Drittbearbeitung, 2010 (144. Aktualisierung März 2010), Rn. 123–127; Waldhoff, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität (o. Fn. 6), S. 45–48. Vgl. auch die Kontroverse Hans Michael Heinig, Verschärfung der oder Abschied von der Neutralität? Zwei verfehlte Alternativen in der Debatte um den herkömmlichen Grundsatz religiös-weltanschaulicher Neutralität, in: JZ 2009, S. 1136–1140, auch in: Die Verfassung der Religion (o. Fn. 6), S. 133–145; Stefan Huster, Erwide-

anschauungsfreiheit und das Verbot religiöser und weltanschaulicher Diskriminierung der „offenen“ Neutralität Vorrang.¹⁹⁰

Dieser Vorrang behauptet die *gesellschaftliche Öffentlichkeit als Freiheitsraum* gegen eine Besetzung durch Gesellschaftsbilder, in denen Religion unsichtbar bleiben soll, um die Befriedung religiöser Differenz zu ersparen. Demgemäß läßt sich die Neutralität des Staates nicht in ein Vehikel zur Neutralisierung der Gesellschaft umfunktionieren. Zur „Privatsache“ erklärt sie die Religion nur im Gegensatz zu ihrer Verstaatlichung¹⁹¹, nicht im Gegensatz zu ihrer Präsenz in der gesellschaftlichen Öffentlichkeit.¹⁹²

Darin eingeschlossen ist die individuelle und korporative Mitwirkung religiöser Positionen im *demokratischen Diskurs*.¹⁹³ Inwieweit dabei die Stimme von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften in den Verfahren der demokratischen Willensbildung Aufmerksamkeit findet, ist dem politischen Prozeß überlassen.¹⁹⁴ Ihre Anhörung und Beteiligung durch staatliche Stellen darf darüber hinaus formalisiert und institutionalisiert sein, solange die Entscheidungszuständigkeiten nicht verschwimmen und Gleichbehandlungsansprüche gewahrt bleiben. Beispiele dafür sind die staatskirchenvertraglich vereinbarten oder sonst durch die politische Übung dauer-

rung: Neutralität ohne Inhalt?, in: JZ 2010, S. 354–357; Hans Michael Heinig, Schlusswort: Verschleierte Neutralität, in: JZ 2010, S. 357–360; sodann Heinig, „Säkularismus“ und „Laizismus“ (o. Fn. 6), in: Die Verfassung der Religion (o. Fn. 6), S. 155 f.

¹⁹⁰ So im Ansatz durchaus auch BVerfGE 108, 282 (300); klar dann BVerfG, B. vom 27.1.2015 – 1 BvR 471/10, 1181/10, Abs. 110 f.; B. vom 30.6.2015 – 2 BvR 1282/11, Abs. 93; BVerfG, B. vom 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, Abs. 87 f.; näher Christian Walter, → § 18, Rn. 32 f.; es ist dieser Gehalt, mit dem das Neutralitätsprinzip als „*idée directrice*“ wirkt, ebd., Rn. 48. Anders zum Beispiel Uwe Volkmann, Dimensionen des Kopftuchstreits, in: JURA 2015, S. 1083–1094 (1087); schwankend Christine Langenfeld, Fängt der Streit um das Kopftuch jetzt erst an? Anmerkungen zur 2. Kopftuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: ZevKR 60 (2015), S. 420–434 (432–434); abweichend weiterhin ArbG Berlin, U. vom 14.4.2016 – 58 Ca 13376/15, Abs. 54–56, 74–78.

¹⁹¹ Zu Hintergrund und Reichweite des Schlachtrufs „Religion ist Privatsache“, mit dem das Erfurter Programm der SPD von 1891 zitiert wird, in den Diskussionen des 19. Jahrhunderts Dietrich Pirson, → § 1, Rn. 103.

¹⁹² Martin Morlok, → § 35, Rn. 107 f. und passim; Janbernd Oebbecke, → § 41, Rn. 15–19 und passim; Ansgar Hense, → § 65, Rn. 1–15, 40–45.

¹⁹³ Peter Badura, → § 8, Rn. 33 f.; Martin Morlok, → § 35, Rn. 118–141; Christoph Möllers, Grenzen der Ausdifferenzierung. Zur Verfassungstheorie der Religion in der Demokratie, in: ZevKR 59 (2014), S. 115–140, auch in: Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder (o. Fn. 65), S. 9–34.

¹⁹⁴ Dirk Ehlers, → § 9, Rn. 7–9.

haft gepflegten Kommunikationswege,¹⁹⁵ die sich über den „offenen, transparenten und regelmäßigen Dialog“ nach Art. 17 Abs. 3 AEUV verallgemeinert sogar in die Institutionen der Europäischen Union hinein verlängern.¹⁹⁶

88 Auch wo die gesellschaftliche Öffentlichkeit von *staatlichen Institutionen* wie Schule¹⁹⁷, Universität¹⁹⁸ oder öffentlichem Rundfunk¹⁹⁹ in staatliche Verantwortung genommen wird²⁰⁰, haben religiöse Lebensäußerungen in ihnen Platz, weil und soweit sie auch dort dem Freiheitsgebrauch zuzurechnen sind.²⁰¹ Erst recht gerät der Staat mit seinem ordnenden und fördernden Engagement auf den Feldern der *Kulturpflege* und des *Sozialwesens* nicht dadurch in einen Konflikt mit seiner Pflicht zur religiösen und weltanschaulichen Neutralität – sondern bewährt sich gerade darin –, daß er unter den vielfältigen gesellschaftlichen Kräften des kulturellen Lebens und des sozialen Dienstes an bedürftigen Menschen gleichermaßen auch solche mit

¹⁹⁵ Joachim Gaertner / Katrin Hatzinger, → § 36; Karl Jüsten, → § 37. Ein anderes Beispiel ist die Berücksichtigung bestimmter von öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften „festgestellter“ Belange im Bauplanungsrecht, Ansgar Hense, → § 65, Rn. 18–26.

¹⁹⁶ Claus Dieter Classen, → § 11, Rn. 30; Patrick Roger Schnabel, Der Dialog nach Art. 17 III AEUV, 2014; zur Praxis Joachim Gaertner / Katrin Hatzinger, → § 36, Rn. 24–41; Karl Jüsten, → § 37, Rn. 39–53.

¹⁹⁷ Jörg Ennuschat, → § 43; Markus Ogorek, → § 44; Hinnerk Wißmann, → § 45.

¹⁹⁸ Christian Waldhoff, → § 46. In einem weiteren Sinn gehört hierzu auch die Integration der kirchlichen Hochschulen in das staatlich geregelte Bildungssystem; dazu Manfred Baldus, → § 47, Rn. 22–25, 36–43, 54–57 und passim. Entsprechend verhält es sich mit der Integration der kirchlichen Erwachsenenbildung in das „plurale System der öffentlichen Weiterbildung“, Wolfgang Bock, → § 48, Rn. 28 und passim.

¹⁹⁹ Claus Dieter Classen, → § 38, Rn. 61–99; die Berücksichtigung der Religion dort ist mutatis mutandis abgebildet in der Regulierung des privaten Rundfunks; dazu ebd., Rn. 100–109. Verwandt sind die gesetzlich geregelten Institutionen der Medien-Selbstkontrolle, in denen Religionsgemeinschaften an der Repräsentation gesellschaftlicher Vielfalt beteiligt sind; dazu ebd., Rn. 58–60.

²⁰⁰ Auch das staatliche Eherecht kann man als einen solchen Zugriff einordnen; doch indem es allen individuellen religiösen Motiven Raum läßt, kann sich die Trennung zwischen dem Anspruch des Staates, die mit der Ehe geregelten sozialen Beziehungen zu gestalten, und dem von den verminten Konfliktfeldern des Kulturkampfes längst auf die religiöse Deutung jener Beziehungen zurückgezogenen Anspruch der Kirchen im schlichten „Nebeneinander“ von staatlichem und kirchlichem Eherecht abbilden; siehe Arnd Uhle, → § 31, Rn. 47–49 und passim.

²⁰¹ Janbernd Oebbecke, → § 41, Rn. 20–38, zur Präsenz religiöser Symbole im „amtlichen Raum“.

ausgewiesen religiösem oder weltanschaulichem Profil teilhaben und zur Wirkung kommen läßt.²⁰²

Die Pflicht des Staates, sich jeder Identifikation mit partikularen religiösen oder weltanschaulichen Positionen zu enthalten, zieht das Recht der Bürger, sich mit solchen Positionen zu identifizieren, nicht in Mitleidenschaft; im Gegenteil ist das Recht des Bürgers zur religiösen und weltanschaulichen Identifikation gerade der Zweck der staatlichen Pflicht zur Nichtidentifikation.

Dieser auf die optimale Entfaltung religiöser und weltanschaulicher Freiheit gerichtete Zweck macht schließlich religiöse Bezüge in der *Staatssymbolik* – vom Gottesbezug in der Präambel des Grundgesetzes bis zur Entgegennahme von Eiden mit religiöser Beteuerung – als *Identifikationsangebote*²⁰³ an den Bürger erkennbar und so von einer Identifikation des Staates mit der religiösen Bedeutung des Symbols unterscheidbar.

5. Die freiheitliche ratio der Kooperation im Staatskirchenrecht

Wie der Topos der Trennung von Staat und Kirche (s. nochmals oben Rn. 73) taugt auch der eines Verhältnisses „wechselseitiger Zugewandtheit und Kooperation“²⁰⁴ nur „auf der Basis grundrechtlicher Freiheit“²⁰⁵ zur Beschreibung des staatskirchenrechtlichen Systems unter dem Grundgesetz. Das Zusammenwirken des Staates mit Religionsgemeinschaften ist nicht der Modus eines besonderen

²⁰² Damit ist noch einmal die Offenheit des Bildungs- und Mediengeschehens für religiös oder weltanschaulich geprägte Beiträge angesprochen, hier mit Blick auf das Leben außerhalb staatlicher Institutionen (soeben Fn. 197–199). – Der Kulturstaat begegnet etwa der kirchlichen Baukultur und Denkmalpflege; dazu: *Ansgar Hense*, → § 65, Rn. 4 f. und passim; *Felix Hammer*, → § 66, Rn. 1–4, 36 f. und passim; auch die Integration kirchlicher Friedhöfe in das öffentliche Bestattungswesen läßt sich hierzu rechnen: *Heidrun Schnell*, → § 61, Rn. 20–22. Der Sozialstaat stützt sich in weitem Umfang auf die kirchliche Wohlfahrtstätigkeit in Caritas und Diakonie; dazu: *Peter Unruh*, → § 49; *Gernot Sydow*, → § 50; *Jörg Winter*, → § 51; *Winfried Kluth*, → § 52; *Renate Penßel*, → § 53. Unter dem Gesichtspunkt staatlicher Förderung dazu: *Ute Mager*, → § 68; *Michael Droege*, → § 74.

²⁰³ Etwas näher dazu *Germann*, in: Epping/Hillgruber (Hg.), Grundgesetz, Art. 4 (o. Fn. 138), Rn. 82.

²⁰⁴ BVerfGE 42, 312 (330); BVerfG, B. vom 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, Abs. 87; B. vom 30.6.2015 – 2 BvR 1282/11, Abs. 93; ähnlich BVerwGE 123, 49 (53); vergrößernd BGHZ 148, 307 (310).

²⁰⁵ BVerfG, B. vom 30.6.2015 – 2 BvR 1282/11, Abs. 93.

Näheverhältnisses, kein Bündnis partikularer Kräfte zur religiös-politischen Entente und auch kein Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck der Verwirklichung korporativer Freiheit im Ausgleich mit den davon berührten Individual- und Gemeinwohlinteressen. Seine Bestimmung durch die Grundrechte geht damit über deren begrenzende Wirkung hinaus, die zur Wahrung religiöser Freiheit jede mit der Kooperation einhergehende Inpflichtnahme der Religionsgemeinschaften für freiheitsexterne Gemeinwohlinteressen an eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung und zur Wahrung religiöser Gleichheit jede differenzierende Behandlung der Religionsgemeinschaften – untereinander, aber auch im Verhältnis zu anderen gesellschaftlichen Kooperationspartnern des Staates – an einen sachlichen Grund bindet. Zum Systemmerkmal wird die Kooperation des Staates mit Religionsgemeinschaften vielmehr, weil und soweit sie teleologisch auf die Gestaltung bestmöglicher Bedingungen für die Entfaltung religiöser Freiheit gerichtet ist.²⁰⁶ Dafür ist es bezeichnend, daß das Maß der Kooperation oder Distanz jeder einzelnen Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft anheimgestellt bleibt.²⁰⁷

92 Der systematische Status der Kooperation des Staates mit Religionsgemeinschaften ist nicht der einer Ausnahme vom Trennungsprinzip, sondern der seiner freiheitsdienlichen – und damit seiner eigenen ratio entsprechenden – Durchführung. Das gilt sowohl für die Kooperation, die das Grundgesetz selbst in besonderen Bestimmungen vorsieht und voraussetzt, als auch für die weitergehenden Kooperationsregelungen in den Landesverfassungen und im einfachen Gesetzesrecht.²⁰⁸

93 Die Trennung zwischen der Verantwortung des Staates für das Schulwesen und der der Religionsgemeinschaften für die Inhalte re-

²⁰⁶ Die Rolle des Staates in der freiheitsdienlichen Kooperation mit den Religionsgemeinschaften ist treffend die eines „Intendanten“ genannt worden: *Heckel*, Religionsfreiheit (o. Fn. 103), S. 794, 807, 810 f., 821 f., 837 (hinsichtlich der Religionsfreiheit in der Schule); *ders.*, Der Rechtsstatus der theologischen Fakultäten im freiheitlichen, religiös neutralen Verfassungsstaat, in: *Gesammelte Schriften IV* (o. Fn. 103), S. 946–986 (1984) – hinsichtlich der kulturstaatlichen Pflege der theologischen Wissenschaft –, u. ö.; siehe auch zusammenfassend *Heckel*, Ordnungsproblematik des Staatskirchenrechts (o. Fn. 106).

²⁰⁷ BVerfGE 102, 370 (396).

²⁰⁸ Sie können sich selbstverständlich mit allgemeineren Kooperationsmotiven überschneiden; siehe zum sozialstaatlichen Kooperationsgebot *Peter Unruh*, → § 49, Rn. 57, 76, 85–96, 131. – Allgemein zu „Ausprägungen der Kooperation im Verhältnis Staat–Kirche“ *Mückl*, Trennung und Kooperation (o. Fn. 6), S. 60–73.

ligiöser Erziehung fordert ihre Zusammenarbeit bei der Integration des Religionsunterrichts in die öffentliche Schule (Art. 7 Abs. 3 GG).²⁰⁹ Die Trennung zwischen staatlicher Rechtsgestaltungsmacht und religionsgemeinschaftlicher Selbstordnung fordert die kooperative Abstimmung der von den Formen des bürgerlichen Rechts befreiten Organisations- und Handlungsinteressen der Religionsgemeinschaften mit den Interessen der Allgemeinheit im bürgerlichen Rechtsverkehr (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 und 6 WRV).²¹⁰ Die Trennung zwischen der Regie des Staates über seine Einrichtungen und der Fürsorge der Religionsgemeinschaften für „das Bedürfnis nach Gottesdienst und Seelsorge“ der in solchen Einrichtungen gebundenen Menschen fordert die Koordination von Abläufen und Ressourcen zur zwanglosen Integration „religiöser Handlungen“ (Art. 141 WRV).²¹¹ Die Trennung zwischen der Staatlichkeit der Wissenschaftsverwaltung an den Universitäten und der Authentizität der Theologie als wissenschaftliche Reflexion der Lehre und des Bekenntnisses einer Religionsgemeinschaft fordert ein Zusammenwirken staatlicher und religionsgemeinschaftlicher Organe, um die Wissenschaftsfreiheit der Theologie als Gegenstand korporativer religiöser Selbstbestimmung sachgemäß zur Geltung zu bringen.²¹²

²⁰⁹ *Germann*, in: Epping/Hillgruber (Hg.), Grundgesetz (o. Fn. 138), Art. 7 Abs. 3, Rn. 43–44, 52, 54, 57. Für die andere Sicht *Markus Ogorek*, → § 44, Rn. 31, siehe aber auch Rn. 58, 65.

²¹⁰ *Stefan Magen*, → § 27, Rn. 36, 41, gegen die umgekehrte Funktionalisierung des öffentlich-rechtlichen „Körperschaftsstatus als Kooperationsstatus“ Rn. 15. Für die öffentlich-rechtliche Erhebung von Mitgliedsbeiträgen (Kirchensteuer): *Felix Hammer*, → § 72, Rn. 25, 64; *Dirk Ehlers*, → § 79, Rn. 32. Dazu gehört auch der „melderechtliche Informationsverbund“: *Arne Ziekow*, → § 32, Rn. 25–33, 35, 45; ferner die Koordinierung des Datenschutzes nach staatlichem und religionsgemeinschaftlichem Recht: *ders.*, → § 33, Rn. 9 f., 39–52 und passim. Ein weiteres Beispiel ist die Aufsicht über kirchliche Stiftungen: *Wilhelm-Albrecht Achilles*, → § 71, Rn. 83–89. Mit welchen Mitteln der Staat für die Effektivierung öffentlich-rechtlicher Handlungsformen der Religionsgemeinschaften nach Art. 137 Abs. 5 WRV sorgt, steht grundsätzlich im Ermessen des staatlichen Gesetzgebers; ein solches Mittel ist Rechts- und Amtshilfe: *Dirk Ehlers*, → § 79, Rn. 38–43.

²¹¹ *Jörg Ennuschat*, → § 54, Rn. 22–46; *Markus Heintzen*, → § 55, Rn. 14; *Arno Schilberg*, → § 56, Rn. 10–14.

²¹² *Christian Waldhoff*, → § 46, Rn. 2 f., 24 f., 32 f., 35–59, mit Abgrenzung der so nicht begründbaren „Konkordatslehrstühle“ Rn. 77–84; siehe ferner: *Martin Heckel*, Die theologischen Fakultäten im weltlichen Verfassungsstaat, 1986; *dens.*, Rechtsstatus der theologischen Fakultäten (o. Fn. 206); *dens.*, Theologie zwischen Staat und Kirche im freiheitlichen Verfassungsrecht, in: ZThK 103 (2006), S. 95–142, auch in: *Gesammelte Schriften VI* (o. Fn. 6), S. 419–464; allgemein *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zur Weiterentwicklung von Theologien und religionsbezogenen Wissenschaften an deutschen

94

Für diese und weitere Gegenstände der Kooperation hat sich die Handlungsform des Vertrags als ein von koordinations-theoretischer Überhöhung emanzipiertes Instrument des an Freiheit und Gleichheit ausgerichteten Staatskirchenrechts erwiesen.²¹³ Die geltenden Staatskirchenverträge bekräftigen und gestalten das Verhältnis zwischen Staat und Kirchen oder (immer schon und erwartbar zunehmend) anderen Religionsgemeinschaften einvernehmlich so, daß die beiderseitigen Belange unter spezifischer Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse gemäß den Vorgaben der Verfassung freiheitsgerecht aufeinander abgestimmt sind. Die gemeinsame Regelung solcher Kooperation²¹⁴ im Bildungswesen,²¹⁵ im Rundfunk,²¹⁶ im Sonn- und Feiertagsschutz,²¹⁷ in der Seelsorge,²¹⁸ im Sozialwesen,²¹⁹

Hochschulen, Drs. 9678-10, 2010; hierzu *Martin Heckel*, Korollarien zur „Weiterentwicklung von Theologien und religionsbezogenen Wissenschaften“ – im Spiegel der Wissenschaftsratsempfehlungen vom 29.1.2010, in: ZevKR 55 (2010), S. 117–227; sodann *Hans Michael Heinig*, Theologie an staatlichen Universitäten: verfassungsrechtliche Vorgaben, verfassungsrechtliche Spielräume, in: *Evangelische Theologie an staatlichen Universitäten. Konzepte und Konstellationen evangelischer Theologie und Religionsforschung*, hg. von Stefan Alkier/Hans-Günter Heimbrock, 2011, S. 93–122, auch in: ders., Die Verfassung der Religion (o. Fn. 6), S. 279–299; *Hans Michael Heinig/Hendrik Munsonius/Viola Vogel* (Hg.), Organisationsrechtliche Fragen der Theologie im Kontext moderner Religionsforschung, 2013; anders im Ansatz noch *Carsten Bäcker*, Staat, Kirche und Wissenschaft. Theologische Fakultäten und das Neutralitätsgebot, in: *Der Staat* 48 (2009), S. 327–353 m. w. N.; hiergegen zutreffend *Hans Michael Heinig*, Wie das Grundgesetz (vor) Theologie an staatlichen Hochschulen schützt, in: *Der Staat* 48 (2009), S. 615–632 m. w. N.

²¹³ *Stefan Mückl*, → § 10, Rn. 1 f., 32–37. – *Hans Ulrich Anke*, Die Neubestimmung des Staat-Kirche-Verhältnisses in den neuen Ländern durch Staatskirchenverträge. Zu den Möglichkeiten und Grenzen des staatskirchenrechtlichen Gestaltungsinstruments, 2000, S. 68–404, gliedert seine Funktionen in die Absicherungs-, Kooperations-, Förder- und Verpflichtungsfunktion; s. a.: *Alexander Hollerbach*, Die vertragsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts (§ 7), in: HSKR², Bd. 1, S. 253–287 (266–272); *Mückl*, Trennung und Kooperation (o. Fn. 6), S. 60–62; *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 34), S. 594–605; *Michael Germann*, Die Staatskirchenverträge der Neuen Bundesländer: eine dritte Generation im Vertragsstaatskirchenrecht, in: *Das Recht der Staatskirchenverträge*, hg. von Stefan Mückl, 2007, S. 91–113 (103–113).

²¹⁴ Zur Vereinbarung geregelter Kommunikationbeziehungen: *Joachim Gaertner/Katrin Hatzinger*, → § 36, Rn. 42–44; *Karl Jüsten*, → § 37, Rn. 36.

²¹⁵ *Jörg Ennuschat*, → § 43, Rn. 40–43; *Markus Ogorek*, → § 44, Rn. 14–18; *Christian Waldhoff*, → § 46, Rn. 26 f.; *Manfred Baldus*, → § 47, Rn. 26–35.

²¹⁶ *Claus Dieter Classen*, → § 38, Rn. 63, 70, 104.

²¹⁷ *Karl-Hermann Kästner*, → § 40, Rn. 41–43.

²¹⁸ *Jörg Ennuschat*, → § 54, Rn. 14; *Markus Heintzen*, → § 55, Rn. 8 f.; *Arno Schilberg*, → § 56, Rn. 16 f.

im Rechtsverkehr,²²⁰ im Stiftungsrecht,²²¹ in der Bereinigung historisch gewachsener Rechtsverhältnisse,²²² im Vollzug des Steuerrechts,²²³ im Sammlungswesen,²²⁴ im Denkmalschutz,²²⁵ im Friedhofsrecht²²⁶ und in anderen Materien²²⁷ geben eine vielseitige Anschauung davon, wie die „Überzeugung, daß die Trennung von Staat und Kirche gleichermaßen Distanz und Kooperation gebietet“,²²⁸ eine freiheits- und zugleich gemeinwohldienliche Gestalt annimmt.

Für die Abgrenzung solcher Kooperation von einer dem Verbot der Staatskirche in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 WRV widersprechenden wechselseitigen Vereinnahmung der staatlichen und religionsgemeinschaftlichen Institutionen bietet die Ausrichtung auf religiöse Freiheit und Gleichheit eine entscheidende Orientierung. Der Staat muß sich auch im einvernehmlichen Zusammenwirken mit den Religionsgemeinschaften aller Ambitionen enthalten, die dem früheren „Kirchenregiment“ gleichkommen, nach Art einer „cura religio-

95

²¹⁹ *Peter Unruh*, → § 49, Rn. 78–83; *Renate Penßel*, → § 53, Rn. 33.

²²⁰ So die Absprachen über Rechtssicherheit und Transparenz im Hinblick auf die Rechtspersönlichkeit und Vertretungsverhältnisse in der öffentlich-rechtlichen Organisation einer Religionsgemeinschaft: *Anke*, Staatskirchenverträge (o. Fn. 213), S. 388–391; *Stefan Mückl*, → § 10, Rn. 23; *Stefan Magen*, → § 27, Rn. 41; über den Status des kirchlichen Dienstes: *Hendrik Munsonius*, → § 58, Rn. 18 f.; über Rechts- und Amtshilfe: *Dirk Ehlers*, → § 79, Rn. 20–32.

²²¹ *Wilhelm-Albrecht Achilles*, → § 71, Rn. 8–12.

²²² Allen voran die Staatsleistungen: *Werner Heun*, → § 73, Rn. 21–24; darunter die Baulasten an kirchlichen Gebäuden: *Michael Droege*, → § 64, Rn. 19–21, 37.

²²³ *Felix Hammer*, → § 72, Rn. 11 f.

²²⁴ *Otto Luchterhandt*, → § 39, Rn. 20–27.

²²⁵ *Felix Hammer*, → § 66, Rn. 23.

²²⁶ *Heidrun Schnell*, → § 61.

²²⁷ Zu Ansätzen einer vertraglichen Regelung baurechtlicher Belange *Ansgar Hense*, → § 65, Rn. 6.

²²⁸ So die Präambel des Güstrower Vertrags von 1994 (EvKV MV). Die weiteren dort zusammen mit dem „Respekt vor der Religions- und Glaubensfreiheit des einzelnen“ und der „Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts der Kirchen“ genannten Motive lassen sich ebenfalls zumindest implizit auf die Freiheitlichkeit der von Grundgesetz und Landesverfassung gewährleisteten „Stellung der Kirchen im freiheitlichen und demokratischen Rechtsstaat“ beziehen: das „Bewußtsein der Unterschiedlichkeit des geistlichen Auftrages der Kirchen und der weltlichen Aufgaben des Staates“ und die „Würdigung der Bedeutung, die christlicher Glaube, kirchliches Leben und diakonischer Dienst auch im religiös neutralen Staat für das Gemeinwohl und den Gemeinsinn der Bürger haben“.

nis“²²⁹ das Funktionieren von Religionsgemeinschaften in die staatliche Verantwortung nehmen wollen²³⁰, ihnen ihre Selbstbestimmung abhandeln²³¹ oder einzelne Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaften durch Beziehungen herausheben, die nicht allen anderen unter den gleichen Bedingungen zugänglich wären. Die ratio religiöser Freiheit und Gleichheit unterscheidet das Verbot der Staatskirche aber ebenso von einem institutionellen Berührungsverbot.

6. „Trennung und Koordinierung im Dienste der Religionsfreiheit“

96 Nach alldem trifft es die wesentlichen Merkmale des geltenden Staatskirchenrechts am besten, wenn es eine Ordnung der „Trennung und Koordinierung im Dienste der Religionsfreiheit“²³² genannt wird. Wohlgemerkt können weder dieses noch andere zusammenfassende Schlagworte²³³ eine solche eigene Aussagekraft entwickeln, daß aus ihnen selbst irgendwelche Schlüsse abzuleiten wären. Alle Schlüsse auf die staatskirchenrechtliche Ordnung müssen auf die Tatbestände und Rechtsfolgen der geltenden staatskirchenrechtlichen Normen zurückzuführen sein, in deren Mitte die Grundrechtsgewährleistung Ziel und Grenze des staatlichen Umgangs mit Religion und Weltanschauung bestimmt.

97 Insgesamt beschreibt die Ausrichtung auf Freiheit und Gleichheit das deutsche Staatskirchenrecht nicht als Idyll, in dem sich religiöse und weltanschauliche Vielfalt bruch-, reibungs- und nahtlos in das Gewebe gesellschaftlicher Interessen einschniegen ließe. Es ist – wie das Recht überhaupt – ein Instrument der Konfliktvorsorge, Kon-

²²⁹ Dietrich Pirson, → § 1, Rn. 31–34.

²³⁰ BVerfGE 44, 37 (52, 56 f.): Der Staat hat keine Finanzierungsverantwortung. Zu den verfassungsgemäßen Zwecken einer finanziellen Förderung von Religionsgemeinschaften: Ute Mager, → § 68; Michael Droese, → § 74.

²³¹ Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen einer staatskirchenvertraglichen Selbstbindung des Selbstbestimmungsrechts Stefan Koriath, → § 16, Rn. 49.

²³² Heckel, Kontinuität und Wandlung (o. Fn. 6), S. 374. „Koordinierung“ spielt selbstverständlich nicht auf die Koordinationslehre an (vgl. oben Rn. 56–58), sondern meint die Abstimmung der Freiheits- und weiteren Interessen. Im gleichen Sinn Walter, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 34), S. 610: „Freiheitserhaltungsrecht“; hierhin gehört auch die eingangs (bei Fn. 3) zitierte Bezeichnung als „Ordnung der Freiheit“.

²³³ Siehe allgemein Klaus Bielitz, Kurzbegriffe zur Kennzeichnung des Verhältnisses von Staat und Kirche nach dem Grundgesetz, in: ZevKR 29 (1984), S. 103–111.

fliktbearbeitung und Konfliktlösung. So, wie es diese Aufgabe unter dem Grundgesetz erfüllt, hält es den Preis der Freiheit für alle konfligierenden Interessen so klein wie möglich. Es balanciert mit der Verteilung von Rechten und Pflichten zugleich die nötigen Erwartungen an das Bürgerethos der religiösen und weltanschaulichen Toleranz.²³⁴ Es ist spezifisch geprägt von der wechselvollen kollektiven Erfahrung im Umgang mit religiöser und weltanschaulicher Differenz in Deutschland und dabei fest eingebettet in die rechtskulturellen und geistigen Prägungen Europas. Es reflektiert religionspolitische Einsichten, die den Wert und die Bedingungen der Möglichkeit religiöser Freiheit und Gleichheit gelernt haben und für weiteres Lernen offen sind. Das macht es kompatibel mit der Diskussion, die im Europa- und im Völkerrecht über den Umgang mit religiösen und weltanschaulichen Interessen zu führen ist (s. o. Rn. 25–30). Auch die weitere, künftige Entwicklung der individuellen und kollektiven Gegebenheiten, in welchen religiöse und weltanschauliche Überzeugungen wirksam werden, findet im geltenden Staatskirchenrecht ein auf die Gewährleistung möglichst menschenfreundlicher Verhältnisse sehr gut eingestelltes System.

²³⁴ Dazu mit Nachweisen v. *Campehausen*, Verfassungsstaat und Religion (o. Fn. 5), S. 62.

II.

Rechtsquellen

§ 8

Das Staatskirchenrecht als Gegenstand des Verfassungsrechts – Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts

Von Peter Badura

I. Anspruch und Rechtfertigung der staatlichen Verfassung, die Grundlagen des Verhältnisses von Staat und Kirchen zu regeln	1–34
1. Religion und Kirche in der Staatsverfassung	1–21
a) Staatskirchenrecht	1–8
b) Staat und Kirche in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland	9–16
c) Die Rechtsentwicklung seit dem 19. Jahrhundert	17–21
2. Religion und Kirche im säkularen Verfassungsstaat	22–34
a) Toleranz – Religionsfreiheit – Neutralität des Staates	22–29
b) Staat und „Religionsgesellschaften“	30–31
c) Demokratie und Religionsfreiheit	32–34
II. Weimarer Reichsverfassung und Grundgesetz	35–64
1. Die Weimarer Kirchenartikel	35–44
a) Der Verfassungskompromiß	35–38
b) „Es besteht keine Staatskirche.“	39–40
c) Die Kirchenautonomie „innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“	41–42
d) Von der Parität der christlichen Kirchen zur Gleichstellung der Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften	43–44
2. Die Inkorporation des Weimarer Staatskirchenrechts durch Art. 140 GG	45–60
a) Entstehungsgeschichte	45–51
b) Staat und Kirche unter dem Grundgesetz	52–55
c) Kirchenautonomie und Religionsfreiheit	56–60

3. Staatskirchenrecht und Religionsverfassungsrecht	61–64
III. Das Staatskirchenrecht im Bundesstaat	65–75
1. Die deutschen Landesverfassungen	65–72
a) Verfassunggebung vor 1949	65–67
b) Landesverfassungen nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes	68–69
c) Landesverfassungen nach der Wiedervereinigung Deutschlands	70–72
2. Zulässigkeit und Notwendigkeit staatskirchenrechtlicher Garantien und Grundsätze in der Bundesverfassung	73–75

I. Anspruch und Rechtfertigung der staatlichen Verfassung, die Grundlagen des Verhältnisses von Staat und Kirchen zu regeln

1. Religion und Kirche in der Staatsverfassung

a) Staatskirchenrecht

- 1 Das Verhältnis von Staat und Kirche, soweit es dem Recht zugänglich ist, ist heute zuerst das durch die Verfassung des Staates geordnete Rechtsverhältnis der Träger öffentlicher Gewalt zu den einzelnen, deren Glauben oder Unglauben, Weltanschauung oder Lebenssicht die Gemeinschaftsinteressen oder die Rechte anderer berühren kann. Das Verhältnis von Staat und Kirche erschöpft sich jedoch in dieser individualistischen, hauptsächlich durch die verschiedenen im Grundrecht der Religionsfreiheit zusammengefaßten Garantien bestimmten Rechtsbeziehung nicht. *Religion* ist in der geschichtlichen Erfahrung und in ihrer gegenwärtigen Wirksamkeit nach Ursprung und Wesen eine überindividuelle Sinnggebung des Daseins, die in Gemeinschaft gefunden und bezeugt wird.
- 2 Das Grundrecht der Religionsfreiheit ist seit Reformation und Aufklärung für das Verhältnis von Staat und Kirche sowie sonstigen Religionsgemeinschaften konstitutiv. Die Religionsfreiheit, basierend auf Bestand und Wirken der für das gesellschaftliche Zusammenleben existentiellen Religionsgemeinschaften, gibt dem Glauben, dem Bekenntnis und der Religionsausübung der Religionsmitglieder, aber auch der Lebensform der Anders- oder Nichtgläubigen verfassungsrechtlichen Schutz und staatliche Gewährleistung. Das Grundrecht kommt auch den Religionsgemeinschaften zu, nicht zuletzt in Kultur und Bildungswesen (siehe vor allem den Religionsunterricht in den

Schulen und die Theologischen Fakultäten der Universitäten), wird aber hinsichtlich der spezifischen Stellung und umfassenden Wirkksamkeit der Religionsgemeinschaften, christlich der Kirchen, durch das für das Verhältnis von Staat und Religion maßgebliche Staatskirchenrecht ergänzt.

Mit dem Wort „*Kirche*“ werden Geschichte und Tradition des Christentums aufgenommen, derjenigen Weltreligion, die Entwicklung und Kultur Europas und dann der europäisch beeinflussten Welt bestimmt hat. Die Emanzipation des seine Selbstbestimmung suchenden Menschen in Renaissance und Aufklärung, die Ausbildung des säkularen Staates und Auflösung der europazentrischen Welt haben die mittelalterliche Gleichsetzung von Religion und Kirche beseitigt, die Toleranz und dann die Gleichstellung jedes Glaubens herbeigeführt und schließlich die Abkehr von Transzendenz in Unglauben, Freidenkertum und „Weltanschauung“ mit der Religion auf eine Stufe gestellt. Folgerichtig hätten die Religionsfreiheit in der allgemeinen Meinungsfreiheit und die Stellung der religiösen Gemeinschaften in der allgemeinen Vereinigungsfreiheit aufgehen können. Diesen Weg sind die Verfassungen bis heute nicht gegangen. Während die persönlichkeitsbegründende Freiheit selbstbestimmter Daseinsfindung durchweg den besonderen Schutz durch ein Grundrecht der Religionsfreiheit genießt, ist allerdings die Beziehung des Staates zu den Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften und vor allem zu den großen christlichen Kirchen von Verfassung zu Verfassung durch eine große Vielfalt staatskirchenrechtlicher Systeme geprägt. *Staatskirchenrecht* ist das Recht des durch die Verfassung und die Gesetze des Staates und durch Vereinbarungen geordneten Verhältnisses des Staates zu den Kirchen, den sonstigen Religionsgesellschaften und den Weltanschauungsgemeinschaften¹.

3

¹ Rudolf Smend, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, in: ZevKR 1 (1951), S. 4; Werner Weber und Hans Peters, Die Gegenwartslage des Staatskirchenrechts, in: VVDStRL 11 (1954), S. 153, 177; Werner Weber, Staatskirchenrecht, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, hg. von Erwin v. Beckerath (u. a.), Bd. 9, 1956, S. 753; Hugo Rahner u. a., Kirche und Staat, in: StL⁶, Bd. IV, 1959, Sp. 991; Ulrich Scheuner / Hans Barion, Kirche und Staat, in: RGG³, Bd. III, 1959, Sp. 1327; Konrad Hesse, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts seit 1945, in: JöR 10 (1961), S. 3; ders., Freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen. Zur Gegenwartslage des Verhältnisses von Staat und Kirche in der Bundesrepublik, in: ZevKR 11 (1964/65), S. 337; Karl-Eugen Schlieff, Die Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Kirche und seine Ausgestaltung im Bonner Grundgesetz, 1961; Helmut Quaritsch, Kirchen und Staat. Verfassungs- und staatsrechtliche Probleme der staatskirchenrechtlichen Lehre der Gegenwart, in: Der Staat 1 (1962), S. 175, 289;

ders./Hermann Weber (Hg.), Staat und Kirche in der Bundesrepublik, 1967; *Paul Mikat*, Das Verhältnis von Staat und Kirche in der Bundesrepublik, 1964; *ders.* u. a., Kirche und Staat, in: StL¹, Bd. III, 1987, Sp. 468; *Martin Heckel*, Zur Entwicklung des deutschen Staatskirchenrechts von der Reformation bis zur Schwelle der Weimarer Verfassung, in: ZevKR 12 (1966/67), S. 1; *ders.* und *Alexander Hollerbach*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, in: VVDStRL 26 (1968), S. 5 und 57; *Martin Heckel*, „In Verantwortung vor Gott und den Menschen...“ – Staatskirchenrecht und Kulturverfassung des Grundgesetzes 1949–1989, in: 40 Jahre Bundesrepublik Deutschland. 40 Jahre Rechtsentwicklung, hg. von Knut Wolfgang Knörr, 1990, S. 1; *Alexander Hollerbach*, Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (I), in: AöR 92 (1967), S. 99, und (II), in: AöR 106 (1981), S. 218; *ders.*, Religion und Kirche im freiheitlichen Verfassungsstaat, 1998; *ders.*, Grundlagen des Staatskirchenrechts (§ 138), in: HStR², Bd. VI, 2001; *Hermann Weber*, Grundprobleme des Staatskirchenrechts, 1970; *Ulrich Scheuner*, Schriften zum Staatskirchenrecht, 1973; *Peter Häberle*, „Staatskirchenrecht“ oder Religionsrecht der verfaßten Gesellschaft, 1976; *Karl-Hermann Kästner*, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts seit 1967, in: JöR 27 (1978), S. 239; *Klaus Schlaich*, Staatskirchenrecht, in: Dieter Grimm / Hans-Jürgen Papier (Hg.) Nordrhein-westfälisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1986, S. 704; *ders.*, Staatskirchenrecht, in: EvStL³, 1987, Bd. II, Sp. 3624; *Gerhard Czermak*, Bewegung im Staatskirchenrecht!, in: ZRP 1990, S. 475; *ders.*, Das System der Religionsverfassung des Grundgesetzes, in: KJ 2000, S. 229; *Gerhard Robbers* (Hg.), Staat und Kirche in der Europäischen Union, 1995, 2. Aufl. 2005; *Helmut Simon*, Freie Kirche im demokratischen Staat, in: ZevKR 42 (1997), S. 155; *Claudio Fuchs*, Das Staatskirchenrecht der neuen Bundesländer, 1999; *Christian Hillgruber*, Staat und Religion, in: DVBl. 1999, S. 1155; *Peter M. Huber*, Das Staatskirchenrecht. Übergangsordnung oder Zukunftskonzept?, in: 80 Jahre Weimarer Reichsverfassung – Was ist geblieben?, hg. von Eberhard Eichendorfer, 1999, S. 117; *Josef Isensee*, Die Zukunftsfähigkeit des deutschen Staatskirchenrechts, in: Dem Staate, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag, hg. von Josef Isensee / Wilhelm Rees / Wolfgang Rübner, 1999, S. 67; *Dirk Ehlers*, Die Lage des Staatskirchenrechts in der Bundesrepublik Deutschland, in: ZevKR 45 (2000), S. 201; *ders.*, Der Bedeutungswandel im Staatskirchenrecht, in: Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, hg. von Bodo Pieroth, 2000, S. 85; *Wilfried Fiedler*, *Gerhard Robbers* und *Michael Brenner*, Staat und Religion, in: VVDStRL 59 (2000), S. 199, 231, 264; *Bernd Jeand’Heur / Stefan Koriath*, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000; *Heinrich de Wall*, Europäisches Staatskirchenrecht, in: ZevKR 45 (2000), S. 157; *ders.*, Zur aktuellen Lage des Religionsrechts der Europäischen Union, in: ZevKR 52 (2007), S. 310; *Christian Walter*, Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht, in: Rainer Grothe / Thilo Marauhn (Hg.), Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht, 2001, S. 215; *Axel Frhr. von Campenhausen* (Hg.), Deutsches Staatskirchenrecht zwischen Grundgesetz und EU-Gemeinschaft, 2003; *ders. / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006; *Paul Kirchhof*, Der unverzichtbare Kern des deutschen Staatskirchenrechts und seine Perspektive im EU-Gemeinschaftsrecht, in: von Campenhausen (Hg.), Deutsches Staatskirchenrecht zwischen Grundgesetz und EU-Gemeinschaft, a. a. O., S. 147; *ders.*, Die Freiheit der Religionen und ihr unterschiedlicher Beitrag zu einem freien Ge-

Der transzendente Wesenszug des Menschen kommt in der Religion und den Religionsgemeinschaften, im Abendland in den christlichen Kirchen, zur Geltung. Die Aufklärung hat dazu geführt, daß der Staat die Garantie für die äußere Ordnung und für den Schutz der

meinwesen, *EssGespr.* 39 (2005), S. 105; *Arnd Kopke*, Die Entwicklung des deutschen „Religionsverfassungsrechts“ nach der Wiedervereinigung, insbesondere in den neuen Bundesländern, 2004; *Stefan Koriath*, Vom institutionellen Staatskirchenrecht zum grundrechtlichen Religionsverfassungsrecht?, in: *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura*, hg. von Michael Brenner/Peter M. Huber/Markus Möstl, 2004, S. 727; *ders.*, Freiheit der Kirchen und Religionsgemeinschaften (§ 97), in: *HGR*, Bd. IV, 2011; *ders.*, in: *Theodor Maunz/Günter Dürig (Hg.)*, Grundgesetz – Kommentar, Losebl., Art. 140 (Stand 2015); *ders.*, Gesellschaftstheoretische Modellbildungen und die Konstruktion religionsrechtlicher Ordnungsvorstellungen – Bemerkungen am Beispiel der Entwicklung unter dem Grundgesetz, in: *Hans Michael Heinig/Christian Walter (Hg.)*, Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder, 2015, (Rezension *Chr. Hillgruber*, *AöR* 142, 2017, S. 163) S. 281; *Stefan Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts, 2005; *ders.*, Grundlagen des Staatskirchenrechts (§ 159), in: *HStR*³, Bd. VII, 2009; *Udo Di Fabio*, Kirche und Staat, 2006; *Gerhard Czermak/Eric Hilgendorf*, Religions- und Weltanschauungsrecht, 2. Aufl. 2018; *Christian Starck*, Die Position der Kirchen im europäischen Recht, in: *Staat und Recht in europäischer Perspektive*, hg. von Metin Akyürek, 2006, S. 765; *Diana Zacharias*, Bericht: Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht – ein begriffspolitischer Grundsatzstreit, in: *DVBl.* 2006, S. 558; *Hans Michael Heinig/Christian Walter (Hg.)* Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, Ein begriffspolitischer Grundsatzstreit, 2007; *Christian Waldhoff*, Die Zukunft des Staatskirchenrechts, in: *EssGespr.* 42 (2008), S. 55; *Jörg Winter*, Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 2008; *Martin Heckel*, Zur Zukunftsfähigkeit des deutschen „Staatskirchenrechts“ oder „Religionsverfassungsrechts“?, in: *AöR* 134 (2009), S. 309; *Peter Landau*, Grundlagen und Geschichte des evangelischen Kirchenrechts und des Staatskirchenrechts, 2010; *Sandra Könemann*, Das Staatskirchenrecht in der wissenschaftlichen Diskussion der Weimarer Zeit, 2011; *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 2. Aufl. 2012, 3. Aufl. 2015, 4. Aufl. 2018; *ders.*, in: *Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck*, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle, Bd. 3, Art. 140 und Art. 135–141 WRV; *Katharina Ebner/Tosan Kraneis/Martin Minkner/Yvonne Neufeind/Daniel Wolff (Hg.)*, Staat und Religion – Neue Anfragen an eine vermeintlich eingespielte Beziehung, 2014 (Rezensionsabhandlung *Josef Isensee*, in: *Göttingische Gelehrte Anzeigen* 267 [2015], S. 228); *Bernd Grzeszick (Hg.)*, Aktuelle Entwicklungen des Kirchen- und Staatskirchenrechts, 2014 (Rezension *Peter Badura*, in: *AöR* 141 [2016], S. 478); *Claus Dieter Classen*, Religionsrecht, 2. Aufl. 2015; *Hans Michael Heinig/Christian Walter (Hg.)*, Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder, 2015 (Rezension *Christian Hillgruber*, *AöR* 142 [2017], S. 163); *Peter Badura*, Staatsrecht, 7. Aufl. 2018, L. Rn. 40 ff.; *Horst Dreier*, Religionsverfassung in 70 Jahren Grundgesetz – Rückblick und Ausblick, in: *JZ* 2019, S. 1005; *Rudolf Smend*, Abhandlungen zum Kirchen- und Staatskirchenrecht, hg. von Hans Michael Heinig/Hendrik Munsonius/Jens Reisinger, 2019.

Rechte des Einzelnen haben muß und ggf. auch gegen die organisierte Religion durchsetzen muß. Diese Garantie und die dafür notwendigen Vorkehrungen in dem „für alle geltenden Gesetz“ (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV) sind das Kernstück des Staatskirchenrechts².

- 5 Der neuzeitliche Staat und heute die *verfassungsgebende Gewalt* des Volkes in der Demokratie nehmen das Recht in Anspruch, das Verhältnis von Staat und Kirche durch die Verfassung zu ordnen und die Stellung und Wirkungsmöglichkeit von Religion und Kirche in der staatlichen Rechtsgemeinschaft durch die Verfassung oder aufgrund der Verfassung durch Gesetz und Vertrag zu bestimmen. Der Staat als Garant der weltlichen Friedensordnung und Rechtsgemeinschaft unterwirft die auf Glauben oder Weltanschauung beruhenden Vereinigungen seiner Ordnungsgewalt, soweit sie in den allgemeinen Rechtsverkehr eintreten oder durch ihr Wirken das Gemeininteresse oder Rechte des einzelnen berühren³. Ungeachtet der außerweltlichen Eigenständigkeit von Religion und Kirche und der letztlich unüberbrückbaren „Inkommensurabilität“ der Lebensprinzipien von Staat und Kirche⁴ ist die Kirche in ihrer organisatorischen Existenz ein Teil der Welt und trifft sich mit dem Staat nicht nur von Fall zu Fall, sondern allgemein, als Rechtsgemeinschaft, auf einer gemeinsamen Ebene des Rechts als einer Ordnung sozialer Beziehungen⁵. „Die Kir-

² Fiedler, Robbers und Brenner, Staat und Religion (o. Fn. 1), S. 199, 231, 264.

³ W. Weber, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 763; Scheuner / Barion, Kirche und Staat (o. Fn. 1), Sp. 1327; Karl-Eugen Schlieff, Die Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Kirche und seine Ausgestaltung im Bonner Grundgesetz, Diss. Münster 1961, S. 4 f., 155 ff.; Ernst Rudolf Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, 2. Aufl., Bd. I, 1967, S. 388; M. Heckel, Die Kirchen unter dem Grundgesetz (o. Fn. 1), Schlußwort, in: VVDStRL 26 (1968), S. 155; Alfred Voigt, Staat und Kirche im 20. Jahrhundert, in: Religion und Zeitgeist im 20. Jahrhundert, hg. von Ernst Horst Schallenberg, 1982, S. 165; Reinhold Zippelius, Staat und Kirche, 1947; Hillgruber, Staat und Religion (o. Fn. 1), S. 1155; Christian Starck, Staat und Religion, in: JZ 2000, S. 1; Arnd Uhle, Staat – Kirche – Kultur, 2004; Bernd Grzeszick, Verfassungstheoretische Grundlagen des Verhältnisses von Staat und Religion, in: Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? (o. Fn. 1), S. 131; Badura, Staatsrecht (o. Fn. 1), L. Rn. 41.

⁴ Helmut Ridder, Kirche und Staat, in: StL⁶, Bd. IV, 1959, Sp. 1023 f.; Rahner, Kirche und Staat (o. Fn. 1), Sp. 991 f.; Scheuner / Barion, Kirche und Staat (o. Fn. 1), Sp. 1331.

⁵ Ulrich Scheuner, Kirchenverträge in ihrem Verhältnis zu Staatsgesetz und Staatsverfassung, 1969, in: ders., Schriften (o. Fn. 1), S. 367.

che ist eben beides: Sie ist in der Welt und nicht von der Welt.“⁶ Kirchenrecht ist das auf der Grundlage offener und überlieferter Glaubenswahrheiten kraft autonomer Vollmacht gesetzte und für die Kirchenmitglieder verbindliche Recht der Kirchen⁷.

Der Anspruch des Staates, durch seine Verfassung der Stellung und dem Wirken der Religionsgemeinschaften in der Staatsordnung durch das Staatskirchenrecht eine rechtliche Grundlage zu geben, schließt die von der Vereinsfreiheit unterschiedene Autonomie der Religionsgemeinschaften und deren Fähigkeit, kraft des selbständigen Auftrags ihrer religiösen Vergemeinschaftung Recht zu setzen, nicht aus. Der Anspruch des Staates umfaßt jedoch Aufgabe und Befugnis der staatlichen Rechtsgemeinschaft, durch Verfassung und Gesetz, ggf. auch durch Vertrag, die Erfordernisse des Gemeinwohls zu gewährleisten und Rechte und Freiheiten der einzelnen zu sichern, auch zum Schutz der Religionsfreiheit. Leitbild und Richtschnur für die Ausübung der dem Staat zukommenden Garantie von Recht, Gerechtigkeit und Wohlfahrt ist das staatskirchenrechtliche Prinzip der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates.

Die weltliche *Ordnungsfunktion des Staates*, die sich im Staatskirchenrecht geltend macht, verwirklicht sich in einer breiten Skala von kirchenpolitischen Systemen der Trennung oder Verbindung, der laizistischen Antikirchlichkeit⁸ oder eines konfessionalistischen Staatskirchentums. Auch wenn es der Staat ist, der durch sein Recht über seine Ordnungsaufgabe verfügt, wird das kirchenpolitische System, in dessen Rahmen die staatskirchenrechtlichen Rechtsgestaltungen und Rechtsbeziehungen eingefügt sind, ebenso durch Eigenart und „Selbstverständnis“ der institutionellen Religion geformt. Das Verhältnis der staatlich verfaßten Rechtsgemeinschaft zu den Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften – in Deutschland durch das Staatskirchenrecht geregelt – bringt in einer von Staat zu Staat unterschiedlichen Positivität die Stellung und Wirksamkeit der Religion in Welt, Gesellschaft und Individualität zur Geltung. Die

⁶ M. Heckel, Die Kirchen unter dem Grundgesetz (o. Fn. 1), S. 121. Siehe auch Heckels Hinweis auf das Diktum des Bischofs *Optatus von Mileve* (4. Jh.): *ecclesia est in re publica* (Schlußwort, ebd., S. 155).

⁷ Stephan Haering / Wilhelm Rust / Heribert Schmitz (Hg.), Handbuch des katholischen Kirchenrechts, 3. Aufl. 2015; Jens Reisinger, Evangelische Kirchengesetzgebung: Staatliche und kirchliche Anforderungen, 2017.

⁸ Axel Frhr. von Campenhausen, Staat und Kirche in Frankreich, 1962; Werner Heun, Die Trennung von Kirche und Staat in den Vereinigten Staaten von Amerika, in: Festschrift für Martin Heckel, hg. von Karl-Hermann Kästner / Knut Wolfgang Nörr / Klaus Schlaich, 1999, S. 341.

christlichen Kirchen folgen unterschiedlichen Linien der selbstbestimmten Organisation und der religiösen Bewertung ihrer Organisationsform, ihrer Ämter und ihres Kirchenrechts. Gemeinsam ist ihnen jedoch die Forderung nach kirchlicher Selbstbestimmung und nach Schutz und Anerkennung ihres christlichen Auftrags und ihres Wirkens in der Welt. Die staatskirchenrechtliche Ordnung kann deshalb nur eine „Ordnung des Ausgleichs und der Freiheit im politischen, gesellschaftlichen und geistigen Leben der Nation“⁹ sein; sie ist im Hauptpunkt nicht eine staatlich fixierte Ordnung der Abgrenzung von Religion und Welt. Sie schließt von Seiten des Staates die Anerkennung des *Kirchenrechtes* ein, als eines auf der Grundlage offenkundiger und überlieferter Glaubenswahrheiten kraft autonomer Vollmacht gesetzten und für die Kirchenmitglieder verbindlichen Rechts der Kirchen. Die Anerkennung der Kirchen, Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsgemeinschaften als selbständiger und in ihren Angelegenheiten vom Staat unabhängiger, aber der in der Verfassung begründeten Ordnungsfunktion des Staates unterworfenen Rechtsgemeinschaften ist das Grundprinzip des deutschen Staatskirchenrechts.

- 8 Anstelle von „Staatskirchenrecht“ von „Religionsverfassungsrecht“, „Religionsrecht“ oder gar „Weltanschauungsrecht“ zu sprechen, läßt die religiöse, geschichtliche und kulturelle Wirkung und Legitimität der christlichen Kirchen und deren besondere Stellung im Verfassungsstaat beiseite; das erlaubt es, „Staatskirchenrecht“ *pars pro toto* für die besonderen verfassungsrechtlichen Rechtsbeziehungen der Religionsgemeinschaften als Ausdruck der transzendentalen Disposition des Menschen auszudrücken. Das gilt auch für andere Weltreligionen, insbes. den Islam.
- 9 Die Verfassung ist das Grundgesetz der staatlichen Gemeinschaft und demgemäß Rechtsgrund des Staatskirchenrechts. Diese Kennzeichnung bedarf hinsichtlich der *Vereinbarungen* zwischen dem Staat und den christlichen Kirchen – die Teil des Staatskirchenrechts sind – einer Ergänzung¹⁰. Die Konkordate mit dem Heiligen Stuhl sind, soweit sie als völkerrechtliche Verträge zu betrachten sind, in ihrer Geltung durch das Völkerrecht bestimmt, auch wenn die innerstaatliche Verbindlichkeit ihres Inhalts durch (staatliches) Gesetz begründet wird. Durch Verfassungsänderung oder durch Gesetz kann

⁹ M. Heckel, Die Kirchen unter dem Grundgesetz (o. Fn. 1), S. 9.

¹⁰ Arnd Uhle (Hg.), 20 Jahre Staatskirchenverträge in Sachsen, 2016; Peter Unruh, in: von Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 1), Art. 140, Rn. 41, 49 ff. Siehe Stefan Mückl, → § 10.

diese innerstaatliche Geltung, nicht dagegen die vertragliche Bindung des Staates, geändert oder aufgehoben werden. Dasselbe gilt für die Bindungskraft der Kirchenverträge mit den evangelischen Landeskirchen, wenngleich diese ihre Rechtsgeltung nicht aus dem Völkerrecht ableiten können, sondern nur aus einer partikulären Rechtsgemeinschaft der Vertragsparteien¹¹.

*b) Staat und Kirche in der Rechtsordnung
der Bundesrepublik Deutschland*

Die Regelung von Religion und Kirche im Grundgesetz, schon gesetzesteknisch auffällig, hat wegen ihrer scheinbaren Inkonsistenz Kritik auf sich gezogen¹². Der Weimarer Kirchenkompromiß hat sich in einem weiteren Bonner Kompromiß fortgesetzt, konnte aber trotz aller Verlegenheiten und Mängel dem Verhältnis von Staat und Kirche in Deutschland und vor allem der Freiheit von Religion und Weltanschauung eine im ganzen verlässliche Grundlage bieten. 10

In deutlicher – und verstärkender – Abwandlung von Art. 135 WRV spricht Art. 4 GG die Garantie der Religionsfreiheit aus: „(1) Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich. (2) Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet.“ Der in Art. 135 S. 3 WRV festgehaltene Vorbehalt: „Die allgemeinen Staatsgesetze bleiben hiervon unberührt“ ist entfallen mit der Folge, daß Einschränkungen der Religionsfreiheit durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes nur zur Sicherung von Grundrechten Dritter und von verfassungsrechtlich anerkannten Gemeinschaftsgütern zulässig sind¹³. 11

Ein als spezieller Gleichheitssatz gefaßtes Element der Religionsfreiheit ist das Diskriminierungs- und Privilegierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG: „Niemand darf wegen [...] seines Glaubens, seiner 12

¹¹ Scheuner, Kirchenverträge (o. Fn. 5), S. 369 f., in Auseinandersetzung mit Helmut Quaritsch, Kirchenvertrag und Staatsgesetz, in: Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, hg. von Hans Peter Ipsen, 1966, S. 125; Dietrich Pirson, Vertragsstaatskirchenrecht, in: EvStL³, Bd. II, Sp. 3814 (3822 f.).

¹² Smend, Staat und Kirche (o. Fn. 1), S. 4.

¹³ BVerfGE 33, 23 (30 f.); 52, 223 (246 f.); Joseph Listl, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland, 1971; Peter Badura, Der Schutz von Religion und Weltanschauung durch das Grundgesetz, 1989; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Debatte ist eröffnet, in: FAZ 7.12.2005.

religiösen [...] Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.“ In noch speziellerer Zielrichtung gebietet Art. 33 Abs. 3 GG: „Der Genuß bürgerlicher und staatsbürgerlicher Rechte, die Zulassung zu öffentlichen Ämtern sowie die im öffentlichen Dienste erworbenen Rechte sind unabhängig von dem religiösen Bekenntnis. Niemandem darf aus seiner Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem Bekenntnisse oder einer Weltanschauung ein Nachteil erwachsen.“ Diesem Grundsatz¹⁴ entspringt ein grundrechtsgleiches Recht (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG). Die grundrechtliche Garantie des *Religionsunterrichts* (Art. 7 Abs. 2 und 3 GG), eingeschränkt durch die Bremer Klausel des Art. 141 GG, ist eine Ausprägung der Religionsfreiheit angesichts der staatlichen Bestimmungsgewalt über die Schule, zugleich aber ein – umkämpftes – Bestandsstück des Staatskirchenrechts.

- 13 Durch Art. 140 GG sind die *Weimarer Kirchenartikel* mit Ausnahme des Grundrechts der Religionsfreiheit (Art. 135 WRV) und der Klausel zugunsten der Angehörigen der Wehrmacht (Art. 140 WRV) dem Grundgesetz inkorporiert worden: „Die Bestimmungen der Artikel 136, 137, 138, 139 und 141 der deutschen Verfassung vom 11. August 1919 sind Bestandteil dieses Grundgesetzes.“ Das Grundgesetz hat sich damit dafür entschieden, von einer Neuordnung des Verhältnisses von Staat und Kirche abzusehen. Die Nichtübernahme des Gesetzgebungsrechts des Reichs für die Aufstellung von Grundsätzen für die Rechte und Pflichten der Religionsgesellschaften (Art. 10 Nr. 1 WRV), die Verstärkung des Grundrechts der Religionsfreiheit und Aufnahme der alten Kirchenartikel in eine neue Verfassunggebung unter veränderten geschichtlichen und politischen Verhältnissen haben dennoch eine *Fortbildung des Staatskirchenrechts* zur Folge, mehr und anderes also als eine Versteinierung der Weimarer Verfassungsbestimmungen. Welchen Inhalt die mit unverändertem Wortlaut in eine neue Verfassung versetzten Vorschriften haben, ist Gegenstand der Auslegung und hat zu einem staatskirchenrechtlichen Grundsatzstreit geführt¹⁵.

¹⁴ Hier besteht eine Überschneidung mit dem gemäß Art. 140 GG fortgeltenden Art. 136 Abs. 2 WRV.

¹⁵ Smend, Staat und Kirche (o. Fn. 1); Werner Weber/Hans Peters, Die Gegenwartslage des Staatskirchenrechts, in: VVDStRL 11 (1954), S. 153, 177; Ulrich Scheuner, Kirche und Staat in der neueren deutschen Entwicklung, in: ZevKR 7 (1959/60), S. 225 (251 ff.); Hesse, Entwicklung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 1), S. 22 ff.; Helmut Quaritsch, Kirchen und Staat (o. Fn. 1), S. 175, 289; H. Weber, Grundprobleme (o. Fn. 1); Martin Heckel und Alexander Hollerbach, Die Kirchen unter dem Grundgesetz (o. Fn. 1), S. 5, 57; Ru-

Gemäß Art. 140 GG ist auch die *religiöse Vereinigungsfreiheit* (Art. 137 Abs. 2 und Abs. 7 WRV) Bestandteil des Grundgesetzes geworden. Sie ist innerhalb des Regelungszusammenhangs des Art. 137 WRV unterschieden von der – staatskirchenrechtlich zentralen – Kirchenautonomie (Art. 137 Abs. 3 WRV). Als Bestandteil des Grundgesetzes erweist sich die religiöse Vereinigungsfreiheit einerseits als ein Element der Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, andererseits als ein Sonderfall der in Art. 9 Abs. 1 GG garantierten Vereinigungsfreiheit, deren Schranken (Art. 9 Abs. 2 GG) auch sie unterliegt¹⁶. Die Weimarer Reichsverfassung hatte die Freiheit der Vereinigung zu Religionsgesellschaften als staatskirchenrechtliche Garantie von dem Recht, religiöse Vereine und Gesellschaften zu bilden, unterschieden und dieses Recht der allgemeinen Vereinigungsfreiheit zugeordnet (Art. 124 Abs. 1 S. 3 WRV).

Die Weimarer Verfassungsnormen über „Religion und Religionsgesellschaften“ sind mit den folgenden Rechtsvorschriften über „Bildung und Schule“ Gegenstand des *Weimarer Kirchen- und Schulkompromisses*¹⁷. Die reichsverfassungsrechtliche Anerkennung und Garantie einer besonderen Stellung der Religionsgesellschaften, insbesondere derjenigen mit dem Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, korrespondierte mit der festen Etablierung der Staatlichkeit des öffentlichen Schulwesens und der „Aufsicht des Staates“ über das gesamte Schulwesen. Volksschulen als Bekenntnisschulen blieben möglich (Art. 146 Abs. 2 WRV), auf der anderen Seite wurde der Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach nur mit Ausnahme der bekenntnisfreien (weltlichen) Schulen zugesichert (Art. 149 Abs. 1 S. 1 WRV). Eine beschränkte Privatschulfreiheit mit Einschluß eines ausdrücklich anerkannten religiösen Elternrechts für private Volksschulen wurde zugestanden (Art. 147 WRV). Die theologischen Fakultäten an den Hochschulen blieben erhalten (Art. 149 Abs. 3

dolf Smend, Staat und Kirche nach dem Grundgesetz in der Sicht der deutschen Staatsrechtslehrer, in: ZevKR 13 (1967/68), S. 299, und zuvor der Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 26 (1968), S. 107 f.; Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 1), Art. 140, Rn. 10; Stefan Mückl, Trennung und Kooperation – das gegenwärtige Staat-Kirche-Verhältnis in der Bundesrepublik Deutschland, in: EssGespr. 40 (2007), S. 41.

¹⁶ Eine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft kann unter den Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 GG verboten werden (BVerwG, JZ 2007, S. 144, mit Anm. Lothar Michael, ebd., S. 46). Zur komplizierten Architektur der Religionsfreiheit, religiösen Vereinigungsfreiheit und Kirchenautonomie siehe unten unter II. 2. c.

¹⁷ Siehe unten II. 2. a.

WRV)¹⁸. Das Grundgesetz hat sich auf die Grundsatzregelung über die staatliche Schulaufsicht, die Privatschulfreiheit und den Religionsunterricht beschränkt (Art. 7 GG).

- 16 Die wesentliche verfassungspolitische Entscheidung auf dem Gebiet des Staatskirchenrechts ist die Aufnahme der Grundsätze des kirchenpolitischen Systems in die *Bundesverfassung*. Trotz des Wegfalls einer dem Art. 10 Nr. 1 WRV entsprechenden Grundsatzkompetenz des Bundes¹⁹ ist damit der Landesgesetzgebung und dem Vertragskirchenrecht der Länder ein Rahmen gegeben, der sich als staatskirchenrechtliche Schutz- und Garantieordnung auswirkt. Die Landesverfassungen haben mit wenigen Ausnahmen eigene Bestimmungen über Religion und Religionsgemeinschaften aufgenommen, die sich mit einer gewissen Variationsbreite an die Weimarer Kirchenartikel anlehnen²⁰. Die Gesetzgebung über die Beziehungen von Staat und Kirche spielt, abgesehen vom Schulrecht, eine untergeordnete Rolle. Um so bedeutsamer ist das *Vertragsstaatskirchenrecht*, beginnend mit den Konkordaten und Kirchenverträgen der Weimarer Zeit (Bayern, Preußen, Baden) und dem Reichskonkordat vom 20. Juli 1933, das unter Art. 123 Abs. 2 GG fällt²¹, sodann in Gestalt der Konkordate und Kirchenverträge nach dem Kriege, in denen sich das

¹⁸ *Martin Heckel*, Die theologischen Fakultäten im weltlichen Verfassungsstaat, 1986; *ders.*, Grundfragen der theologischen Fakultäten seit der Wende, in: Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link, hg. von Heinrich de Wall/Michael Germann, 2003, S. 213; *ders.*, Aktuelle Rechtsfragen bei der Besetzung bzw. Einziehung theologischer Lehrstühle, in: ZevKR 49 (2004), S. 519; *ders.*, Theologie zwischen Staat und Kirche im freiheitlichen Verfassungsrecht, ZThK 103 (2006), S. 95; *Jeand'Heur/Korioth*, Grundzüge (o. Fn. 1), § 16; *Hermann Weber*, Theologische Fakultäten und Professuren im weltanschaulichen Staat, in: NVwZ 2000, S. 848. – BVerwG, in: NJW 1996, S. 1287; BVerwG, in: NJW 2006, S. 1015; VGH BW, in: JZ 1985, S. 943, mit Anm. *Martin Heckel*, ebd., S. 948. – Bei „Konkordatslehrstühlen“ außerhalb Theologischer Fakultäten, so besonders für Philosophie, Geschichte und Pädagogik (siehe Art. 3 § 2 und § 5 BayK, Art. 182 BayVerf.) ist die staatliche Auswahl der Bewerber nicht konfessionell beschränkt. Die kirchliche Mitwirkung besteht nur in einem Recht, Erinnerung zu erheben (BayVerfGH, VGHE 33, 64; BayVGh, B. v. 23. 2. 2012 – 7 ZB 11 2606 – DÖV 2012, S. 529). Abw. Auffassung *Jeand'Heur/Korioth*, Grundzüge (o. Fn. 1), § 16, Rn. 338 f.

¹⁹ Dem Bund ist die Kompetenz geblieben, Grundsätze für die Ablösung der Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften durch die Landesgesetzgebung aufzustellen (Art. 140 GG i. V. m. Art. 138 Abs. 1 S. 2 WRV).

²⁰ Dazu unten unter III. 1.

²¹ Das Reichskonkordat vom 20. 7. 1933 (RGBl. II S. 679) hat zwar seine Geltung behalten, wegen der veränderten Zuständigkeitsordnung des Grundgesetzes ist jedoch eine Bindung der Länder nicht eingetreten (BVerfGE 6, 309). – *Badura*, Staatsrecht (o. Fn. 1), L Rn. 43.

geänderte Verständnis des Staatskirchenrechts manifestiert, besonders deutlich im Loccumer Vertrag Niedersachsens mit den Evangelischen Landeskirchen vom 19. März 1955²². Das Vertragsstaatskirchenrecht, in dem sich Zusammenarbeit und Ausgleich niederschlagen²³, steht im Staatskirchenrecht praktisch im Vordergrund²⁴.

Rechtsvorschriften über Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften fallen nicht in die Kompetenzen der *Europäischen Union* zum Erlass von Rechtsakten. Das Religionsrecht in den Mitgliedstaaten und – soweit vorhanden – deren Staatskirchenrecht sind ein elementarer Bestandteil ihrer jeweiligen nationalen Identität (Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV, Erklärung Nr. 11 des Vertrages von Amsterdam vom 2. Oktober 1997 zum Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften). Im Hinblick darauf, daß Rechtsakte der EU Beeinträchtigungen bewirken könnten, garantiert das EU-Recht die Religionsfreiheit (Art. 10 Abs. 1 der EU-GRC) und verbietet Diskriminierungen wegen der Religion oder der Weltanschauung (Art. 21 Abs. 1 der EU-GRC, Art. 10 AEUV). Die Europäische Union achtet den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, und beeinträchtigt ihn nicht (Art. 17 Abs. 1 AEUV). Die grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen, die zu der Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten gehören, sind auch bei fortschreitender Integration zu wahren²⁵.

17

c) Die Rechtsentwicklung seit dem 19. Jahrhundert

Die Kernstücke des Weimarer kirchenpolitischen Systems, die mit einem „Bedeutungswandel“ Bestandteil des Grundgesetzes geworden

18

²² Rudolf Smend, Der niedersächsische Kirchenvertrag und das heutige deutsche Staatskirchenrecht, in: JZ 1956, S. 50; Ulrich Scheuner, Die staatskirchenrechtliche Tragweite des niedersächsischen Kirchenvertrages von Kloster Loccum, in: ZevKR 6 (1957/58), S. 1.

²³ Dietrich Pirson, Der Kirchenvertrag als Gestaltungsform der Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Kirche, in: Festschrift für Hans Liermann, hg. von Klaus Obermayer/Hans-Rudolf Hagemann, 1964, S. 177.

²⁴ Werner Weber (Hg.), Die deutschen Konkordate und Kirchenverträge der Gegenwart, 2 Bde., 1961/71; Hermann Weber (Hg.), Staatskirchenverträge, 1967; Joseph Listl (Hg.), Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland, 2 Bde., 1987. – Siehe Stefan Mückel, → § 10.

²⁵ BVerfGE 123, 267 (357 f.) – Lissabon-Vertrag; Koriath, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 1), Art. 140, Rn. 37 ff.

sind, werden nur verständlich, wenn man sich die Entwicklung vergegenwärtigt, die sie teils fortführten, teils änderten²⁶. Während die volle Verwirklichung der Religionsfreiheit für jeden Glauben und alle Bekenntnisse²⁷ in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts vollendet war, ist die „Epochenschwelle“ des deutschen Staatskirchenrechts mit dem Sturz der Monarchie, dem Ende der staatlichen Kirchenhoheit und der Auflösung jener besonderen Verbindung des Staates mit den christlichen Großkirchen im Jahre 1918/19 anzusetzen²⁸.

- 19 Zu den Grundprinzipien der *Aufklärung* gehörten die Gedanken- und Gewissensfreiheit und die Vorstellung einer „natürlichen Religion“, folgerichtig die Toleranz gegenüber den positiven Religionen und die staatliche Kirchenhoheit gegenüber den „Religionsgesellschaften“, ungeachtet der korporativen Sonderstellung der christlichen Kirchen. Das *preußische Allgemeine Landrecht* von 1794 gewährte „eine vollkommene Glaubens- und Gewissensfreiheit“ (§ 2 II 11) und privilegierte die drei großen christlichen Kirchen als öffentliche Korporationen, unterwarf aber die Vereinigung zu Religionsgesellschaften einer staatlichen Genehmigung (§ 10 II 11). Noch das Patent, die Bildung neuer Religionsgesellschaften betreffend, vom 10. 3. 1847 (GS S. 121) hielt an dem Konzessionssystem fest. Das Landrecht gab den

²⁶ Ernst Rudolf Huber / Wolfgang Huber, Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert, 4 Bde., 1973, 1976, 1983, 1988. – Hermann Fürstenau, Das Grundrecht der Religionsfreiheit nach seiner geschichtlichen Entwicklung und heutigen Geltung in Deutschland, 1891; Eduard Kern, Staat und Kirche in der Gegenwart. 1951; E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte (o. Fn. 3), Bd. I, 2. Aufl. 1967, S. 387 ff., Bd. II, 2. Aufl. 1968, S. 185 ff., 773 ff., Bd. III, 3. Aufl. 1988, S. 105 ff., 114 ff., Bd. IV, 1969, S. 645 ff.; Bernd Jeand’Heur, Der Begriff der „Staatskirche“ in seiner historischen Entwicklung, in: Der Staat 30 (1991), S. 442; Martin Heckel, Die Neubestimmung des Verhältnisses von Staat und Kirche im 19. Jahrhundert (= Der Staat, Beih. 11), 1993; ders., Das Auseinandertreten von Staat und Kirche in Deutschland seit der Mitte des 19. Jahrhunderts, in: ZevKR 45 (2000), S. 173; Peter Landau, Friedrich Wilhelm IV. von Preußen und die Religionsfreiheit, in: JZ 1995, S. 909; Christoph Link, Staat und Kirche in der deutschen Geschichte, 2000; Stefan Krioth, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts in Deutschland seit der Reformation, in: Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? (o. Fn. 1), S. 39.

²⁷ Die Emanzipation der Juden in Preußen war nach dem Edikt Hardenbergs vom 11. 3. 1812 (GS S. 17) erst mit der staatsbürgerlichen Gleichheit für alle preußischen Staatsuntertanen gemäß Art. 4 und 12 der Verfassungs-Urkunde von 1848/50 abgeschlossen, die bundes- und reichsrechtlich durch das Gesetz betr. die Gleichberechtigung der Konfessionen in bürgerlicher und staatsbürgerlicher Beziehung vom 3. 7. 1869 (BGBl. S. 292) in Geltung trat (E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. I [o. Fn. 3], S. 198 ff., Bd. III [o. Fn. 26], S. 105 ff.).

²⁸ M. Heckel, „In Verantwortung vor Gott...“ (o. Fn. 1), S. 8.

Religionsgesellschaften, die sich zulässigerweise zur öffentlichen Feier verbunden hatten, den Status von „Kirchengesellschaften“; sie waren in ihrer „privaten“ und öffentlichen Religionsausübung der Oberaufsicht des Staates unterworfen (§§ 11, 32 II 11). Alle Kirchengesellschaften mußten sich „in allen Angelegenheiten, die sie mit andern bürgerlichen Gesellschaften gemein haben, nach den Gesetzen des Staates richten“ (§ 27 II 11). Die staatliche Oberaufsicht (*Kirchenhoheit*) im Hinblick auf die äußeren Rechtsverhältnisse der Kirchen (*iura circa sacra*) war von den episkopalistischen Rechten des Landesherrn im Kirchenregiment der evangelischen Landeskirchen (*iura in sacra*) zu unterscheiden, die mit dem Fall der Monarchie zwangsläufig untergingen²⁹. Das System der staatlichen Kirchenhoheit war zwar mit der Anerkennung eines autonomen Bereichs „rein geistlicher Gegenstände“ verbunden³⁰, doch nahm der Staat das Recht in Anspruch, über die Reichweite seiner Aufsichtsbefugnisse und die Abgrenzung der kirchlichen Autonomie selbst zu entscheiden.

Der *Reichsdeputationshauptschluß vom 25. Februar 1803 (RDH)* hatte der Rechtsposition der geistlichen Reichsstände und auch der Religionspartei als einer Einrichtung der alten Reichsverfassung die Grundlage entzogen³¹. Nicht nur mußte die Kirchenorganisation in Deutschland neu geordnet werden, auch die Grundbeziehung von Staat und Kirche trat nun endgültig auf den von der Aufklärung bereiteten Boden, auch wenn § 63 RDH die „bisherige Religionsübung eines jeden Landes“ schützte und Art. 16 Abs. 1 der Bundesakte von 1815 bei der Garantie der Rechtsgleichheit noch von den „christlichen Religionsparteien“ sprach. Die weitere Entwicklung des Staatskirchenrechts war Sache der Länder.

In dem Religionsartikel der *Paulskirchen-Verfassung von 1848/49* hat das kirchenpolitische Programm des Liberalismus einen für die weitere verfassungsrechtliche Entwicklung richtungweisenden Ausdruck gefunden, ohne doch die volle Trennung von Staat und Kirche

²⁹ Hans Liermann, Landesherrliches Kirchenregiment, in: EvStL³, Bd. I, Sp. 1952; E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. I (o. Fn. 3), S. 394 ff.

³⁰ Vgl. Titel IV § 9 Abs. 5 Verfassungs-Urkunde des Königreichs Baiern vom 26. 5. 1818 sowie das die Beilage II der Verfassungs-Urkunde (zu Titel IV § 9) bildende Edikt über die äußern Rechtsverhältnisse der Einwohner des Königreichs Baiern, in Beziehung auf Religion und kirchliche Gesellschaften.

³¹ Klaus Dieter Hömig, Der Reichsdeputationshauptschluß vom 25. Februar 1803 und seine Bedeutung für Staat und Kirche, 1969, S. 78 ff.; Jeand'Heur, Der Begriff der „Staatskirche“ (o. Fn. 26), S. 450.

durchsetzen zu können.³² Eingebettet in die Garantien der Glaubens- und Gewissensfreiheit bestimmt § 147 der Verfassung des Deutschen Reiches vom 28.3.1849: „(1) Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig, bleibt aber den allgemeinen Staatsgesetzen unterworfen. (2) Keine Religionsgesellschaft genießt vor andern Vorrechte durch den Staat; es besteht fernerhin keine Staatskirche. (3) Neue Religionsgesellschaften dürfen sich bilden; einer Anerkennung ihres Bekenntnisses durch den Staat bedarf es nicht.“ Die Fassung, die § 147 Abs. 1 in der ersten Lesung erhalten hatte (damals Art. III § 14): „Jede Religionsgesellschaft (Kirche) ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig, bleibt aber, wie jede andere Gesellschaft im Staate, den Staatsgesetzen unterworfen“, provozierte eine vom Mainzer Katholikentag am 6. 10. 1848 beschlossene „Verwahrung an die deutsche Nationalversammlung“. Die Nationalversammlung tilgte die Gleichsetzung der Religionsgesellschaften mit den anderen Gesellschaften und stärkte ihre Autonomie dadurch, daß sie nicht den Staatsgesetzen schlechthin, sondern nur den „allgemeinen Staatsgesetzen“ unterworfen wurden³³.

- 22 Die *Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850* beseitigte das landrechtliche Konzessionssystem (Art. 12)³⁴, ließ aber die Bevorrechtigung der christlichen Religion bei denjenigen Einrichtungen des Staates fortbestehen, die mit der Religionsausübung im Zusammenhang standen (Art. 14)³⁵. Art. 15 garantierte, daß die evangelische und die römisch-katholische Kirche sowie jede andere Religionsgesellschaft ihre Angelegenheiten selbständig ordnet und verwaltet. Im Zuge des *Kulturkampfes* wurde der Garantie der Kirchenautonomie ausdrücklich hinzugefügt, daß die Kirchen und Religionsgesellschaften den Staatsgesetzen und der gesetzlich geordneten Aufsicht des Staates unterworfen bleiben³⁶, und wurde die Vor-

³² Karl Rieker, Die Stellung des modernen Staates zu Religion und Kirche, 1895; Henning Zwierner, Zur Entstehung der Selbstbestimmungsgarantie der Religionsgesellschaften im Jahre 1848/49, in: ZRG 104 KA 73 (1987), S. 210.

³³ E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. II (o. Fn. 26), S. 703 f.; ders./W. Huber, Staat und Kirche (o. Fn. 26), Bd. II, S. 32 f. – H. Fürstenau, Das Grundrecht (o. Fn. 26), S. 193 f., meint, die Nationalversammlung habe in der neuen Fassung keine sachliche Änderung gesehen.

³⁴ Zuvor schon Art. 11 der Verfassungs-Urkunde vom 5. Dezember 1848.

³⁵ Gerhard Anschütz, Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat, Bd. 1, 1912, S. 183 ff.

³⁶ Gesetz betr. die Abänderung der Artikel 15 und 18 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 vom 5. 4. 1873 (GS S. 143).

schrift zwei Jahre später insgesamt aufgehoben³⁷. Die Religionsgesellschaften fielen hinfort unter das allgemeine Vereinsrecht, sofern sie nicht als öffentlich-rechtliche Körperschaften anerkannt waren, wie insbesondere die großen christlichen Kirchen.

2. Religion und Kirche im säkularen Verfassungsstaat

a) Toleranz – Religionsfreiheit – Neutralität des Staates

Der moderne Staat geht aus den konfessionellen Bürgerkriegen nach der Reformation als ein *säkularer* Staat der weltlichen, die Sicherheit und Freiheit des Zusammenlebens garantierenden „Politik“ hervor³⁸. Die Toleranz, die eine bekenntnisgebundene Obrigkeit dem Andersdenkenden gewährt, wird abgelöst durch die Religionsfreiheit, deren staatskirchenrechtliches *Spiegelbild* die Neutralität des Staates und seines Rechtes gegenüber Religion und Kirche ist³⁹. Die Radikalisierung des Individualismus in der Gedanken- und Gewissensfreiheit der Aufklärung⁴⁰ wendet sich schließlich gegen die „positiven“ Religionen und ruft den Staat gegen den Glaubenszwang der Kirchen an. Die Vorrechte der Kirchen, besonders der katholischen Kirche⁴¹, sehen sich dem Verdikt ausgesetzt, gleichheitswidrige Privilegien zu sein. Die Forderung der *Trennung von Staat und Kirche* wird von einem kirchenfeindlichen Liberalismus zu dem Programm zugespitzt, die Kirchen mit allen anderen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften auf eine Stufe zu stellen und in das Vereinsrecht zu verweisen. Eine bis zu diesem Punkt getriebene Sä-

23

³⁷ Gesetz über die Aufhebung der Artikel 15, 16 und 18 der Verfassungs-urkunde vom 31. Januar 1850 vom 18. 6. 1875 (GS S. 259) – *Anschtütz*, Verfas-sungs-Urkunde (o. Fn. 35), Art. 15, Anm. III.

³⁸ *Roman Schnur*, Die französischen Juristen im konfessionellen Bürger-krieg, 1962; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Säkularisation und Utopie. Ebracher Stu-dien. Festschrift für Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, hg. von Sergius Buve, 1967, S. 75.

³⁹ *Peter Unruh*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 1), Art. 140, Rn. 19 ff.

⁴⁰ *Christoph Link*, Christentum und moderner Staat. Zur Grundlegung eines freiheitlichen Staatskirchenrechts im Aufklärungszeitalter, in: Chri-stentum und modernes Recht, hg. von Gerhard Dilcher/Ilse Staff, 1984, S. 110; *Martin Heckel*, Religionsfreiheit, in: StL⁷, Bd. IV, 1988, Sp. 822 f.

⁴¹ Siehe nur *Jean-Jacques Rousseau*, Diskurs über die Ungleichheit (Dis-cours sur l'inégalité), hg. von Heinrich Meier, 6. Aufl. 2008, S. 13 mit Anm. 15.

kularisierung des Staates⁴², bei der Religion nur noch „Privatsache“ wäre, würde die sittliche und geschichtliche Kraft der Kirchen zum Schaden des Gemeinwesens negieren⁴³. Religion ist nicht schlechthin „Privatsache“; denn die staatliche Rechtsgemeinschaft beruht auf Staatszielen und Freiheitsrechten, die in den Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften, zum Teil in geschichtlich überkommener Tradition, zu Glauben und Bekenntnis gehören. In Deutschland ist das Trennungsprinzip, wie die Auseinandersetzungen und Entscheidungen der Frankfurter Paulskirche, der Weimarer Nationalversammlung und des Bonner Parlamentarischen Rates bezeugen, nur in einer Gestaltung wirksam geworden, die der öffentlichen Bedeutung der Kirchen durch ihre öffentlich-rechtliche Organisation und durch die besonderen Rechtsbeziehungen des verfassungsrechtlich festgelegten Staatskirchenrechts gerecht wurde. *Religionsfreiheit* als staatlich garantiertes Grundrecht ist mit einem kirchenpolitischen System laizistischer Trennung von Staat und Kirche nicht vereinbar; pointiert gesagt bedeutet die „Ignorierung der Religion durch den Staat“ die Preisgabe der individualistischen Prinzipien des Liberalismus zugunsten der Allmacht des Staates⁴⁴. Das staatskirchenrechtliche Prinzip der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates (Rn. 28) schließt staatskirchliche Rechtsformen und die Identifizierung des Staates mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung aus.

- 24 Der säkulare *Verfassungsstaat*, der seit Renaissance und Aufklärung seine Herrschaftsgewalt durch die Aufgabe des Schutzes und der Wohlfahrtsförderung für die staatlich vergemeinschafteten Menschen legitimiert, bestimmt durch seine Verfassung und in deren Rahmen durch die Gesetze die öffentliche Ordnung und die Rechte und Pflichten der einzelnen und der Vereinigungen auf seinem Ge-

⁴² *Martin Heckel*, Säkularisierung. Staatskirchenrechtliche Aspekte einer umstrittenen Kategorie, in: ZRG 97 KA 66 (1980), S. 1 (gekürzt: *ders.*, Korollarien zur Säkularisierung, 1981); *ders.*, Das Säkularisierungsproblem in der Entwicklung des deutschen Staatskirchenrechts, in: Christentum und modernes Recht (o. Fn. 40), S. 35.

⁴³ „Nicht ungestraft kann der Staat die gewaltige sittliche Macht ignorieren, deren Trägerin die Kirche in jeder ihrer Erscheinungsformen ist“ (*Rudolf Sohm*, Das Verhältnis von Staat und Kirche aus dem Begriff von Staat und Kirche entwickelt, 1873, S. 44). – Siehe zu den religionsfreundlichen und den kirchenfeindlichen Strömungen des Liberalismus *Karl Rothenbücher*, Die Trennung von Staat und Kirche, 1908, S. 74 ff.

⁴⁴ *Rothenbücher*, ebd., S. 107 f., gegen den belgischen Staatsrechtler *F. Laurent* (*L'Eglise et l'Etat*, 2. Ausgabe 1866); BVerfGE 108, 282 (299 f.) – Kopftuch der Lehrerin.

biet. Das staatskirchenrechtliche Subordinationsprinzip verbindet sich mit den Verfassungsgarantien der Religionsfreiheit und der Kirchenautonomie⁴⁵. Eigenart und „Selbstverständnis“ der Religion sind für den Inhalt und die Ausübung des Glaubens maßgebend, weil sonst keine Freiheit der Religion möglich wäre, sie binden aber den Staat nicht bei der Festlegung und Abgrenzung der verfassungsrechtlichen Garantien, also auch nicht bei der Auslegung, was als „Religion“ oder „Weltanschauung“ unter den Schutz der Verfassung gestellt ist⁴⁶. „Der moderne Staat muß um der Einheit seiner Rechtsordnung und um der Freiheit und Gleichheit seiner Bürger willen in einer konfessionell gemischten Bevölkerung allgemeine Normen setzen, für deren einheitliche Interpretation und Auslegung eintreten und sie einheitlich vollziehen. Er darf das staatliche Recht nicht zur vertraglichen Disposition einer Religionsgemeinschaft stellen, die nicht die demokratische Legitimation und Repräsentation für die Gesamtheit der Bürger besitzt“⁴⁷. Hier wie auch sonst ist aber der Spielraum zu beachten, den die Verfassung der politischen Gestaltung beläßt und innerhalb dessen sie verschiedene Formen des Verhältnisses der jeweiligen Kräfte zuläßt, die abstrakt als „Staat“ und „Kirche“ begriffen werden⁴⁸.

Das Staatskirchenrecht des säkularen Verfassungsstaates gibt der Religion die ihr angemessene Freiheit und Selbstbestimmung in den Formen des weltlichen Rechts, „Freiheit nach eigenem Ziel und Maß“ (*Martin Heckel*). Der *religiös-weltanschaulich neutrale Staat* ist mit seiner Rechtsordnung zugleich der Garant der Religionsfreiheit und Kirchenautonomie, zu deren Gewährleistung und Schutz er auch gegenüber privater und sozialer Intoleranz oder Verkürzung verpflichtet ist. Diese Deutung der Religionsfreiheit und der staatlichen Ordnungsaufgabe vom Standpunkt des staatlichen Verfassungsrechts

25

⁴⁵ *M. Heckel*, Entwicklung (o. Fn. 1), S. 19, 29; *ders.*, Neubestimmung (o. Fn. 26), IV; *M. Heckel und Hollerbach*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz (o. Fn. 1), S. 59 f.; *ders.*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: HSKR¹, Bd. I, S. 253; *H. Weber*, Grundprobleme (o. Fn. 1), S. 25 ff.; *Karl-Hermann Kästner*, „Säkulare“ Staatlichkeit und religionsrechtliche Ordnung in der Bundesrepublik Deutschland, in: ZevKR 34 (1989), S. 272 ff.; *Jörg Haverkate*, Verfassungslehre, 1992, S. 201.

⁴⁶ BVerfGE 24, 236 (247 f.); 83, 341 (353). – *Hollerbach*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen (o. Fn. 45), S. 257; *Ulrich Scheuner*, Das System der Beziehungen von Staat und Kirchen im Grundgesetz, in: HSKR¹, Bd. I, S. 40 f.; *Badura*, Schutz (o. Fn. 13), S. 49 ff.; *Winfried Kluth*, Die Grundrechte des Art. 4 GG, in: JURA 1993, S. 137 (138).

⁴⁷ *M. Heckel*, „In Verantwortung vor Gott...“ (o. Fn. 1), S. 22 f.

⁴⁸ *Konrad Hesse*, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 26 (1968), S. 137 f.

wird dadurch bekräftigt, daß die grundlegende Lehräußerung des II. Vatikanischen Konzils zur Religionsfreiheit diese als staatliches Grundrecht und damit als rechtliche Freiheit der weltlichen Ordnung von der moralischen, inhaltlich bestimmten Freiheit des kirchlichen Verständnisses unterscheidet und trennt⁴⁹.

- 26 Aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1 und 4, Art. 137 Abs. 1 WRV, Art. 4 Abs. 1 und 2, Art. 3 Satz 1 und Art. 33 Abs. 2 GG folgt eine Pflicht des Staates als „Heimstatt aller Staatsbürger“ zur weltanschaulich-religiösen Neutralität, die Grundlage des modernen, freiheitlichen Staates ist. Das Grundgesetz verwehrt die Einführung staatskirchlicher Rechtsformen und untersagt die Privilegierung bestimmter Bekenntnisse ebenso wie die Ausgrenzung Andersgläubiger; das Grundgesetz garantiert insofern seine „Offenheit“. Die Neutralitätspflicht des Staates ist nicht im Sinne eines Gebots kritischer Distanz gegenüber der Religion zu verstehen und auch nicht mit religiöser und weltanschaulicher Indifferenz gleichzusetzen. Das Verhältnis zwischen Staat und Kirche ist vielmehr gekennzeichnet durch wechselseitige Zugewandtheit und Kooperation⁵⁰. Die Kirchen und Religionsgemeinschaften nehmen an diesem Verhältnis eigenständig kraft ihres grundrechtlich und institutionell fundierten Selbstbestimmungsrechts teil⁵¹. Die durch Art. 140 GG inkorporierten Artikel der Weimarer Reichsverfassung und die korporative Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG bilden ein organisches Ganzes, wobei Art. 4

⁴⁹ Erklärung über die Religionsfreiheit („Dignitatis humanae“) vom 7. 12. 1965. – *Hans Maier*, Religionsfreiheit in den staatlichen Verfassungen, in: Religionsfreiheit. Ein Problem für Staat und Kirche, hg. von Karl Rahner u. a., 1966, S. 24; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Einleitung zur Textausgabe der „Erklärung über die Religionsfreiheit“, in: Geschichte der Toleranz und Religionsfreiheit, hg. von Heinrich Lutz, 1977, S. 401; *Walter Kasper*, Religionsfreiheit. II, in: StL, Bd. IV, 1988, Sp. 826 f. – Siehe auch *Joseph Listl*, Die Aussagen des Codex Iuris Canonici vom 25. Januar 1983 zum Verhältnis von Kirche und Staat, in: EssGespr. 19 (1985), S. 9.

⁵⁰ BVerfGE 41, 29 (50) – Christliche Gemeinschaftsschule; 93, 1 (15 f.) – Kruzifixe in staatlichen Pflichtschulen in Bayern; 108, 282 (299 ff.) – Kopftuch im Unterricht; *Peter Badura*, Das Kreuz im Schulzimmer, in: BayVBl. 1996, S. 33, 71; *Jeand’Heur / Koriath*, Grundzüge des Staatskirchenrechts (o. Fn. 1), S. 84 ff.; *de Wall*, Europäisches Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 84 ff.; *Matthias Pulte / Ansgar Hense* (Hg.), Grund und Grenzen staatlicher Religionsförderung unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses von Staat und Katholischer Kirche in Deutschland, 2014; *Rudolf Streinz*, Das Kreuz im öffentlichen Raum, in: BayVBl. 2014, S. 421; *Heinig / Walter* (Hg.), Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder (o. Fn. 1).

⁵¹ BVerfGE 137, 273 (306 ff.); 143, 161 (204 ff.) – Schutz des Karfreitags; *Peter Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 1), Art. 140, Rn. 26 ff.; *Stefan Koriath*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 1), Art. 140, Rn. 31 f.

Abs. 1 und 2 GG den „leitenden Bezugspunkt“ des deutschen staatskirchenrechtlichen Systems darstellt.

Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht steht nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV, auch soweit sich der Schutzbereich mit demjenigen der korporativen Religionsfreiheit überlagert, unter dem Vorbehalt des für alle geltenden Gesetzes⁵². Dieses Recht kann als eine Seite der religiösen Neutralität des Staates begriffen werden. Es kommt auch in der vielfältigen Tätigkeit und Beteiligung der Religionsgemeinschaften, vor allem der Kirchen in politischen und sozialen Einrichtungen zur Geltung, wie z.B. öffentlichen Schulen und Krankenhäusern, sowie bei der politischen Wirksamkeit des staatlichen und kommunalen Gemeinwesens, so bei Wahlen⁵³. In Arbeitsverhältnissen kann sich das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften gegen die Rechte eines Arbeitnehmers nur durchsetzen, wenn die Organisation oder Einrichtung des Arbeitgebers an der Verwirklichung des kirchlichen Auftrags teilhat und wenn eine bestimmte geforderte Loyalitätsobliegenheit Ausdruck eines kirchlichen Glaubenssatzes ist; daher kommt es darauf an, welches Gewicht dieser Loyalitätsobliegenheit und einem Verstoß hiergegen nach dem kirchlichen Selbstverständnis zukommt. Nach dem Gesichtspunkt der Schranken des „für alle geltenden Gesetzes“ ist eine Gesamtabwägung vorzunehmen⁵⁴. Eine entsprechende – allerdings strengere – Begrenzung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts ergibt sich aus den europäischen Grundrechten; die gestellten Anforderungen an das Verhalten des Arbeitnehmers müssen im Hinblick auf den kirchlichen Auftrag im konkreten Zusammenhang unverzichtbar sein (siehe Art. 17 AEUV)⁵⁵.

Die religiöse und weltanschauliche Neutralität des Staates ist ein Prinzip, in dem eine Grundlinie des heutigen Staatskirchenrechts

⁵² BVerfGE 125, 39 (74 f., 79 f.) – Ladenöffnungszeiten an Sonn- und Feiertagen; 137, 273 (303 f., 312).

⁵³ Stefan Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 1), Art. 140, Rn. 32; Peter Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 1), Art. 140, Rn. 26 ff.

⁵⁴ BVerfGE 137, 272 (302 ff.) – Kirchliches Selbstbestimmungsrecht im Arbeitsverhältnis; Moritz Hilje, Streikrecht in kirchlichen Einrichtungen?, 2015; Badura, Staatsrecht (o. Fn. 1), L Rn. 59.

⁵⁵ EuGH, U. vom 17.4.2018 – C-414/16 – Vorabentscheidung nach Anrufung durch das BAG: Gleichbehandlung / Ungleichbehandlung einer Arbeitnehmerin wegen der Religion oder Weltanschauung, BeckEuRS 2018, 568702; EuGH, U. vom 11.9.2018 – C-68/17 – Vorabentscheidung nach Anrufung durch das BAG: Kündigung eines geschiedenen und wiederverheirateten Chefarztes eines katholischen Krankenhauses, BeckRS 2018, 21111. – Badura, Staatsrecht (o. Fn. 1), L Rn. 59.

zusammengefaßt ist⁵⁶. Sie basiert auf der weltlichen Legitimität des säkularen Verfassungsstaates, auf der Gleichheit vor dem Gesetz und auf der Religionsfreiheit. Die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten werden durch die Ausübung der Religionsfreiheit weder bedingt noch beschränkt; niemand darf wegen seines Glaubens oder seiner religiösen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden (Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV, Art. 3 Abs. 3 GG). Die Staatsgewalt ist von der Organisation und den Ämtern der Kirchen getrennt (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 WRV). In neuerer Zeit wird die religiöse und weltanschauliche Neutralität des Staates, der in der Tat die „Heimstatt aller Staatsbürger“ sein muß⁵⁷, mit Vorstellungen des Pluralismus gleichgesetzt⁵⁸ und damit zu einer Erscheinungsform eines vermeintlich von der Verfassung gebotenen Wertrelativismus verengt. Die „Offenheit gegenüber dem Pluralismus weltanschaulich-religiöser Anschauungen“⁵⁹ zwingt den Staat, dessen Verfassung mit den Grundrechten und dem Staatsziel des sozialen Rechtsstaats materielle Wertentscheidungen getroffen hat und der als Schöpfer und Garant des Rechts auf ethische und kulturelle Standards angewiesen ist, nicht zur Indifferenz oder Blindheit gegenüber den übereinstimmenden sittlichen Grundanschauungen, die sich „bei den heutigen Kulturvölkern“ im Laufe der geschichtlichen Entwicklung herausgebildet haben⁶⁰. Die gebotene

⁵⁶ Klaus Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 21 ff., 129 ff.; Joseph Listl, Glaubens-, Gewissens-, Bekenntnis- und Kirchenfreiheit, in: HSKR¹, Bd. I, S. 363 (379, 385 f.); Scheuner, System (o. Fn. 46), S. 61 ff.; Hermann Weber, Gelöste und ungelöste Probleme des Staatskirchenrechts, in: NJW 1983, S. 2541 (2543); Martin Heckel, Zur Ordnungsproblematik des Staatskirchenrechts im säkularen Kultur- und Sozialstaat, in: JZ 1994, S. 425; Hollerbach, Religion und Kirche im freiheitlichen Verfassungsstaat (o. Fn. 1); Badura, Schutz (o. Fn. 13), S. 80 ff.; Andreas Haratsch / Norbert Janz / Sonja Rademacher / Stefanie Schmahl / Norman Weiß (Hg.), Religion und Weltanschauung im säkularen Staat, 2001; Koriath, Vom institutionellen Staatskirchenrecht zum grundrechtlichen Religionsverfassungsrecht? (o. Fn. 1), S. 727; ders. / Ino Augsberg, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität – Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates?, in: JZ 2010, S. 828; Mückl, Trennung und Kooperation (o. Fn. 15), S. 41.

⁵⁷ BVerfGE 19, 206 (216); Peter Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 1), Art. 140, Rn. 19 ff.

⁵⁸ Hans-Martin Pawlowski, Das Verhältnis von Staat und Kirche im Zusammenhang der pluralistischen Verfassung, in: Der Staat 28 (1989), S. 353; Jörg Müller-Volbehr, Staatskirchenrecht im Umbruch, in: ZRP 1991, S. 345.

⁵⁹ BVerfGE 41, 29 (50).

⁶⁰ BVerfGE 12, 1 (4). – Diese Formulierung wird in BVerfGE 41, 29 (50) in der Richtung abgeschwächt, daß das Grundgesetz nicht einen „ethischen Standard“ im Sinne eines Bestandes von bestimmten weltanschaulichen

religiös-weltanschauliche Neutralität hindert den Staat in den Grenzen seiner legitimen Aufgaben nicht, nicht zuletzt zum Schutz der verfassungsrechtlich garantierten Rechte und Freiheiten des einzelnen, sich mit Religion und Weltanschauung zu befassen, durch Gesetz Gefahren und Mißbräuchen zu wehren, entsprechend dem Öffentlichkeitsauftrag der Regierung Wertungen oder Warnungen auszusprechen und auch durch Schutz und Förderung Einfluß auszuüben⁶¹. Derartige Regelungen und Maßnahmen sind verfassungsrechtlich nicht abstrakt und an einem allgemeinen Neutralitätsprinzip, sondern an den normierten Garantien der Religionsfreiheit und der Kirchenautonomie zu messen⁶². Dabei wird als Richtschnur zu dienen haben, daß die Religionsfreiheit einem Leitbild der Persönlichkeit folgt, „das die Würde des Menschen als Quelle seiner ohne Zwang gefaßten weltanschaulichen Haltung ansieht und diese damit in einer tiefen Schicht menschlicher Verantwortung verwurzelt, nicht aber in der Beliebigkeit freien Handelns“⁶³.

Die seit der Französischen Revolution im Verfassungsdenken und im Staatskirchenrecht voranschreitende „Emanzipation des Staates von der Religion“ mit dem Ziel, die säkulare staatliche Gemeinschaft als eine „Ordnung der Freiheit“ zu etablieren, hat die von *Ernst-Wolfgang Böckenförde* schlagend formulierte Aporie entstehen lassen: „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann“⁶⁴. Auch der heutige Staat – und gerade der Staat der Demokratie – ist auf die moralische Substanz des einzelnen und die sittlich-kulturelle Gemeinschaftlichkeit seiner Bürger angewiesen, um als Friedensordnung, politische Organisation der Gesellschaft und sozialer Rechtsstaat existieren zu können. Er kann aber diese Voraussetzung nicht erzwingen, ohne, auf säkularisierter Ebene, in jenen Totalitätsanspruch zurückzufallen, aus dem er in den konfessionellen Bürgerkriegen hinausgeführt hat. Darin sollte

29

Prinzipien festgelegt habe; dies war allerdings in BVerfGE 12, 1 (4), wo es um Inhalt und Schranken der Religionsfreiheit ging, nicht gemeint.

⁶¹ *Martin Heckel*, Staat, Kirche, Kunst. Rechtsfragen kirchlicher Kulturdenkmäler, 1968, S. 188 f.; *Wilhelm Kewenig*, Das Grundgesetz und die staatliche Förderung der Religionsgemeinschaften, in: *EssGespr.* 6 (1971), S. 9. – Zum Streit um das staatliche Handeln angesichts sog. Jugendsekten und esoterischer Kulte siehe BVerwGE 82, 76 (BVerfG, in: *NJW* 1989, S. 3269); BVerwG, in: *NJW* 1991, S. 1770; BVerwG, in: *JZ* 1993, S. 33 mit Anm. von *Peter Badura*.

⁶² *Ulrich Scheuner*, Die Religionsfreiheit im Grundgesetz, in: *DÖV* 1967, S. 585, auch in: ders., *Schriften* (o. Fn. 1), S. 41 f.

⁶³ *Scheuner*, ebd., S. 45.

⁶⁴ *Böckenförde*, Entstehung des Staates (o. Fn. 38), S. 93.

man eine Aporie, also auch eine Frage sehen, nicht schon die Antwort. Der durch die Verfassung geordnete und gebundene Staat ist eine für Dasein und Freiheit des Menschen existentielle Lebensform.

- 30 Das Staatskirchenrecht mündet hier in die Staatsphilosophie und Politik. Die *Freiheit von Religion und Kirche* ist nicht nur die abwehrende Schutzgarantie gegen Unterdrückung oder Diskriminierung des Glaubens oder des Unglaubens, sie ist vielmehr der Rechtstitel freier Religion und freier Kirche in der staatlichen Gemeinschaft und als deren wirksamer und produktiver Teil – wie Herder im Hinblick auf die Emanzipation der Juden sagte – eine „Staatsfrage“: „Wiefern nur dies Gesetz und die aus ihm entspringende Denk- oder Lebensweise in unsre Staaten gehöre, ist kein Religionsdisputat mehr, wo über Meinung und Glauben discurriert würde, sondern eine einfache Staatsfrage“⁶⁵.

b) Staat und „Religionsgesellschaften“

- 31 Das Staatskirchenrecht des Grundgesetzes spricht mit den Worten der Weimarer Reichsverfassung, die ihrerseits dem Wortgebrauch der Paulskirchen-Verfassung und der Preußischen Verfassungsurkunde folgt, von den „*Religionsgesellschaften*“ und verwendet das Wort „Kirche“ nur in dem distanzierenden Satz „Es besteht keine Staatskirche“ (Art. 137 Abs. 1 WRV) und in dem Verbot, jemanden zu einer „kirchlichen Handlung“ zu zwingen (Art. 136 Abs. 4 WRV)⁶⁶. Der Begriff der Religionsgesellschaft ist ein Geschöpf der Aufklärung, in dem die Kirchen und sonstigen religiösen Gemeinschaften als Korporationen weltlichen Rechts und unter Absehen von ihrem Selbstverständnis als außerweltlich begründete Glaubensgemeinschaften in die staatliche Ordnung eingefügt werden⁶⁷. In der Entwicklung des deutschen Staatskirchenrechts ist der Begriff hauptsächlich durch die Religionsvorschriften des preußischen Allgemeinen Landrechts (§§ 1 ff. II 11) und deren Konzessionssystem geformt worden. Mit der

⁶⁵ Johann Gottfried Herder, Bekehrung der Juden, in: Adrastea. Vierten Bandes Erstes Stück, 1802, S. 142 (145).

⁶⁶ Das Landesverfassungsrecht, obwohl es sonst ebenfalls weithin die Weimarer Kirchenartikel adaptiert, verwendet weithin den Ausdruck „Religionsgemeinschaften“ und nennt vielfach auch die „Kirchen“ als eine Form der Religionsgemeinschaften.

⁶⁷ M. Heckel, Neubestimmung (o. Fn. 26), VII; Koriath, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 1), Art. 137 WRV, Stand 2003, Rn. 13 ff.

Einführung der *religiösen Vereinigungsfreiheit* beschränkte sich der Begriff der Religionsgesellschaft auf diejenigen religiösen Vereinigungen, die sich als Bekenntnisgemeinschaften umfassend („allseitig“) der Pflege und der Ausübung eines bestimmten Glaubens widmeten und sich dadurch von anderen religiösen Vereinen und Gesellschaften unterschieden⁶⁸. Der Begriff der Religionsgesellschaft ist Ausdruck der Weltlichkeit und der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates. Er zeigt zugleich die Ablösung vom Paritätsgrundsatz der alten Reichsverfassung mit ihren „Religionsparteien“ und die Anerkennung religiöser Vereinigungsfreiheit, wenngleich zunächst noch unter staatlichem Genehmigungsvorbehalt. Religionsgesellschaften sind die christlichen Kirchen, dann die Sekten und Freikirchen, schließlich die nicht-christlichen Glaubensgemeinschaften; in Art. 137 Abs. 7 WRV werden folgerichtig den Religionsgesellschaften die Vereinigungen gleichgestellt, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Weltanschauung zur Aufgabe machen.

Die *grundrechtliche* Rechtsposition, die in der Vereinigungsfreiheit den Religionsgesellschaften zugewiesen wird (Art. 137 Abs. 2 WRV) und letztlich in der Religionsfreiheit wurzelt, unterscheidet sich von der *staatskirchenrechtlichen* Rechtsposition, die mit der Anerkennung oder Erlangung der „Korporationsrechte“ (Art. 15 PreußVU) oder – wie Art. 137 Abs. 5 WRV eher mißverständlich formulierte – der Eigenschaft als „Körperschaft des öffentlichen Rechtes“ entsteht. Die „Korporationsrechte“ der preußischen Verfassung bedeuteten die allgemeine Rechtsfähigkeit (vgl. Art. 31 PreußVU), während in der Weimarer Reichsverfassung die *Körperschaftsqualität* die Rechtsposition der als Körperschaften des öffentlichen Rechts bestehenden großen christlichen Kirchen und einer Reihe anderer Religionsgesellschaften fortführt – und für andere Religionsgesellschaften öffnet – und als Grundlage für das Besteuerungsrecht dient (Art. 137 Abs. 6 WRV). Damit ergab und ergibt sich eine Einschränkung von Rechtsfolgen, die möglicherweise nach dem Modell des Trennungsprinzips aus Art. 137 Abs. 1 WRV abgeleitet werden könnten; es konnte und kann aber andererseits nicht angenommen werden, daß die Kirchen

32

⁶⁸ *Anschutz*, Verfassungs-Urkunde (o. Fn. 35), Art. 12, Anm. 5; *ders.*, Die Religionsfreiheit, in: HDStR, Bd. II, S. 675 (689); *E. R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. III (o. Fn. 26), S. 105 f; *M. Heckel*, Auseinandertreten (o. Fn. 26), S. 185 ff.

nach der Art verwaltungsrechtlicher Körperschaften des öffentlichen Rechts dem Staat organisationsrechtlich eingegliedert wären⁶⁹.

c) Demokratie und Religionsfreiheit

- 33 Der Staat, der die Religionsfreiheit in seiner Verfassung garantiert und den Kirchen und sonstigen Religionsgesellschaften durch seine Staatsorgane und seine Rechtsordnung gegenübertritt, gründet in der Demokratie seine Herrschaftsgewalt auf die politische Organisation der Gesellschaft nach dem Prinzip der *Volkssouveränität* (Art. 20 Abs. 2 GG). Aus dem somit gegebenen Staatsbild im Sinne der „Offenheit“ des demokratischen Gemeinwesens⁷⁰ ist von *Konrad Hesse* für das Verhältnis von Staat und Kirche der Grundgedanke entwickelt worden, daß es sich als „freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen“ darstellte⁷⁰. An dem Vorgang der staatlichen Integration durch den permanenten demokratischen Prozeß der freien politischen Meinungs- und Willensbildung beteiligen sich die einzelnen – idem *civis et christianus* – als Mitglieder einer Religionsgemeinschaft ebenso wie die Religionsgemeinschaften selbst. Dieser Prozeß bedingt ein Zurücktreten institutioneller Positionen. Es geht in ihm nicht um Abgrenzung und Rangordnung, sondern um die Zuordnung von

⁶⁹ *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl. 1933, Art. 137, Anm. 8. – *Hermann Weber*, Die Religionsgesellschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts im System des Grundgesetzes, 1966 (bespr. von *Axel Frhr. von Campenhausen*, in: ZevKR 13 [1967/68], S. 211); *ders.*, Die Rechtsprechung des EGMR zur religiösen Vereinigungsfreiheit und der Körperschaftsstatus der Religionsgemeinschaften in Deutschland, in: NVwZ 2009, S. 503; *Christian Hillgruber*, Der Körperschaftsstatus von Religionsgemeinschaften, in: NVwZ 2001, S. 1347; *Hans Michael Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003; *Benedikt Beckermann*, Die Verleihung des Körperschaftsstatus an Religionsgemeinschaften als Zuordnungskonflikt zwischen Parlament und Verwaltung, DÖV 2016, 112. – Im Kernbereich ihres Wirkens üben die als Körperschaften des öffentlichen Rechts verfassten Religionsgemeinschaften öffentlich-rechtliche Befugnisse aus (BGHZ 148, 307 – Sektenbeauftragter); BVerfGE 139, 321 – Zeugen Jehovas, Verleihung des Körperschaftsstatus.

⁷⁰ *K. Hesse*, Freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen (o. Fn. 1), S. 337; *ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 382, 468. – *M. Heckel* und *Hollerbach*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz (o. Fn. 1), S. 99; *ders.*, Entwicklungen im Verhältnis von Staat und Kirche, in: Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst, hg. von Hans-Peter Schneider / Rudolf Steinberg, 1990, S. 73; *Klaus G. Meyer-Teschendorf*, Staat und Kirche im pluralistischen Gemeinwesen, 1979; *H. Simon*, Freie Kirche im demokratischen Staat (o. Fn. 1), S. 155.

menschlichen Lebenszielen und die Art und Weise der Erfüllung dieser Aufgaben und um die freie geistige Auseinandersetzung und Wirksamkeit. Der geistliche Auftrag der Kirche ist eine Kraft der Kirche als Gemeinschaft der Gläubigen in der Demokratie. In diesem demokratischen Prozeß wird aber die prinzipielle Verschiedenheit der (weltlichen) Aufgaben des Staates und der (geistlichen) Aufgaben der Kirchen nicht eingegeben.

Diese Anschauung beläßt den Religionsgemeinschaften die selbstbestimmte Entscheidung über Glauben, Bekenntnis und öffentlichen Auftrag, fügt sie aber in den demokratisch bestimmten Meinungs- und Willensbildungsprozeß des weltlichen, pluralistischen Gemeinwesens ein. Sie muß nicht als Nivellierung der Verschiedenartigkeit der in den weltlichen Rechtsverkehr eintretenden Kirchen und sonstigen religiösen oder weltanschaulichen Gemeinschaften verstanden werden und auch nicht als Oktroyierung demokratischer Organisations- und Entscheidungsformen zu Lasten kirchlicher Rechtsstrukturen und Lebensprozesse⁷¹. Die umfassende Sozialgestaltungsfunktion, die der Staat in Anspruch nimmt und mit der zwangsläufig seine Ordnungsaufgabe ebenso umfassend verbunden ist, muß sich kraft Religionsfreiheit und Kirchenautonomie dem auf gleichem Felde wirkenden Theologischen und Kirchlichen öffnen⁷². „Staat und Kirche begegnen sich in den gleichen Menschen und Lebensbereichen: Die Gläubigen wollen ein ungeteiltes Leben ihrer Freiheit in der Welt, auch wo sie vom Staat geordnet wird, führen. Deshalb wird es darum gehen, in den Normen und Institutionen der staatlichen Ordnung in neutraler Weise Raum zu geben für die Entfaltung der religiösen Freiheit.“⁷³ Die Freiheit des religiösen Bekenntnisses des einzelnen entfaltet sich in den durch das Staatskirchenrecht gewährleisteten Institutionen des selbständigen kirchlichen Auftrags und Wirkens. Das Staatskirchenrecht des demokratischen Verfassungsstaates kann deshalb nicht unter Zurückdrängung des institutionellen Elements des selbständigen kirchlichen Auftrags und Wirkens nur auf die individuell bestimmte Religionsfreiheit gegründet werden⁷⁴.

34

⁷¹ Siehe die vorsorgliche Verwahrung *M. Heckels*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz (o. Fn. 1), S. 25.

⁷² *M. Heckel*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz (o. Fn. 1), S. 119, in Antwort auf kritische Einwände von *Hans Peter Ipsen* (ebd., S. 118) und *Dieterich Pirson* (ebd., S. 132 ff.).

⁷³ *M. Heckel*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz (o. Fn. 1), Leitsatz 24, S. 52.

⁷⁴ Meiner Assistentin *Claudia Radl* habe ich für ihre sachverständige Hilfe bei der Vorbereitung des ganzen Beitrags, vor allem aber des Abschnitts I.,

- 35 Das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG steht auch den Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu (korporative Religionsfreiheit). Die Gewährleistungen der Weimarer Kirchenartikel sind funktional auf die Inanspruchnahme und Verwirklichung des Grundrechts der Religionsfreiheit angelegt (siehe Rn. 61). Im Kontext des Grundgesetzes ist der den Religionsgemeinschaften in Art. 137 Abs. 5 Satz 2 WRV angebotene Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts (siehe Rn. 41, 44) ein Mittel zur Entfaltung der Religionsfreiheit. Der Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts soll die Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Religionsgemeinschaften unterstützen⁷⁵.

II. Weimarer Reichsverfassung und Grundgesetz

1. Die Weimarer Kirchenartikel

a) Der Verfassungskompromiß

- 36 Der Sturz der Monarchie und die Entscheidung der die revolutionäre Umgestaltung bestimmenden politischen Kräfte für die parlamentarische Demokratie beseitigten für die evangelischen Landeskirchen, aber auch für die Ordnung der Beziehungen zwischen Staat und Kirche in Deutschland die Grundpfeiler des bisherigen kirchenpolitischen Systems. Die *verfassungspolitische Aufgabe der Neuordnung* mußte zwangsläufig zu einer Gesamtentscheidung über die Hauptfragen des Staatskirchenrechts führen, besonders über die Form der Trennung von Staat und Kirche, die öffentlich-rechtliche Stellung der Kirchen und die staatlichen Befugnisse angesichts der Kirchenautonomie. Gewicht und Überzeugungskraft der geschichtlich überkommenen Rechte und Rechtsbeziehungen stellten sich naturgemäß in den Augen der in der Nationalversammlung vertretenen Parteien ganz unterschiedlich dar⁷⁶. Die Sozialdemokraten, auf deren

sehr zu danken. Gleichermaßen schulde ich *Franziska Amtstätter* besonderen Dank für ihre Unterstützung bei der Vorbereitung der Aktualisierung des Beitrages für die dritte Auflage.

⁷⁵ BVerfGE 102, 370 (387) – Zeugen Jehovas, mit *abl. Anm. Christoph Möllers*, in: JZ 2017, S. 1103; 125, 39 (74 f., 79 f.) – Ladenöffnungszeiten an Sonn- und Feiertagen; 139, 321 (350 ff.) – Zeugen Jehovas.

⁷⁶ Aufschlußreich und für das am Ende verabschiedete Ergebnis leitend waren die Verhandlungen bei der ersten Lesung des Grundrechtsteils, dessen Religions- und Schulartikel (Art. 30, 31 des Regierungsentwurfs) vorweg

Haltung es hauptsächlich ankam, hatten in ihrem Programm gefordert, die Religion zur Privatsache zu erklären, hinfür für die Kirchen keine öffentlichen Mittel aufzuwenden, die Kirchen als private Gesellschaften anzusehen, die ihre Angelegenheiten selbständig ordnen, und das ganze Schulwesen als Staatssache auszugestalten⁷⁷. Das überlegte Zusammenwirken des Zentrums (*Mausbach*, *Gröber*, *Spahn*), der Nationalliberalen (*von Delbrück*, *Düringer*) und der Volkspartei (*Kahl*), dem sich *Friedrich Naumann* und die Demokraten anschlossen, und die Kompromißbereitschaft der Mehrheitssozialisten (*Meerfeld*, *Quarck*, *Katzenstein*)⁷⁸ ermöglichten einen *Ausgleich*, der Religionsfreiheit und Kirchenautonomie sicherte, die überkommene Position der Kirchen, auch ihre Vermögenswerte, die Staatsleistungen und das Besteuerungsrecht, schonte und das kirchenpolitische System zugunsten aller Religionsgesellschaften und auch der Weltanschauungsgemeinschaften öffnete⁷⁹. Die gefundene

behandelt wurden, durch den Verfassungsausschuß vom 31.3. bis 3.4.1919 (18. bis 21. Sitzung). Siehe die Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, Bd. 336, Anlagen zu den Stenographischen Berichten, Aktenstück Nr. 391, Bericht des Verfassungsausschusses, 1920, S. 171–223, sowie die Beratungen des Plenums über den Abschnitt Religion und Religionsgesellschaften in der 59. Sitzung am 17.7.1919, Verhandlungen, Bd. 328, Stenographische Berichte, S. 1643–1664.

⁷⁷ Dazu die für den erfolgreichen Fortgang der Beratungen einflußreiche Rede des Mitberichterstatters *Meerfeld* (SPD) in der 19. Sitzung des Verfassungsausschusses (Verhandlungen [Anm. 66], Bd. 336, S. 188): „Wir wollen (...) keine gewaltsame Trennung, sondern eine schiedlich-friedliche Einigung.“ Ähnlich *Quarck* (SPD), ebd., S. 193.

⁷⁸ *Carl Israël*, Geschichte des Reichskirchenrechts, Berlin 1922; *Jochen Jacke*, Kirche zwischen Monarchie und Republik. Der preußische Protestantismus nach dem Zusammenbruch von 1918, 1976, S. 119 ff.; *Kurt Nowak*, Evangelische Kirche und Weimarer Republik. 2. Aufl. 1988, S. 72 ff.

⁷⁹ *Friedrich Giese*, Staat und Kirche im neuen Deutschland, in: JÖR XIII (1925), S. 249; *Godehard Josef Ebers*, Staat und Kirche im neuen Deutschland, 1930; *Anschütz*, Die Religionsfreiheit (o. Fn. 68); *Schließ*, Die Entwicklung (o. Fn. 3); *Werner Weber*, Das kirchenpolitische System der Weimarer Reichsverfassung im Rückblick, in: Gesellschaft, Recht und Politik. [Festgabe für] Wolfgang Abendroth zum 60. Geburtstag, hg. von Heinz Maus, 1968, S. 381; *Ernst Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte (o. Fn. 3), Bd. V, 1978, S. 1200 f., Bd. VI, 1981, S. 864 ff.; *Christoph Link*, Staat und Kirchen, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte, hg. von Kurt G. A. Jeserich / Hans Pohl / Georg-Christoph von Unruh, Bd. 4, 1985, S. 450 (455 ff.). – Ein herausgehobenes Gewicht beanspruchte die Schulfrage (Art. 144, 146, 147, 149 WRV): *Ludwig Richter*, Kirche und Schule in den Beratungen der Weimarer Nationalversammlung, 1996; *Dietrich Pirson*, Christliche Traditionen in der staatlichen Schule, in: BayVBl. 2006, S. 745.

Lösung, im ganzen den Kirchen günstig⁸⁰, hat in der Weimarer Staatspraxis nur zum Teil volle Wirksamkeit erlangt und wurde hinsichtlich der großen christlichen Kirchen maßgeblich durch die Konkordate und Kirchenverträge komplettiert.

- 37 Der *Aufruf des Rats der Volksbeauftragten an das deutsche Volk vom 12. November 1918* (RGBl. S. 1303) bestimmte: „5. Die Freiheit der Religionsausübung wird gewährleistet. Niemand darf zu einer religiösen Handlung gezwungen werden.“ Ebenso verzichtete der Verfassungsentwurf von *Hugo Preuß*, den das Reichsministerium des Innern am 21.2.1919 der Nationalversammlung vorlegte⁸¹, auf staatskirchenrechtliche Vorschriften. Er beschränkte sich – in Anlehnung an Art. 12 der Preußischen Verfassungsurkunde – in Art. 30 auf eine detaillierte Garantie der Glaubens-, Gewissens- und Kultusfreiheit sowie der religiösen Vereinigungsfreiheit. Demgegenüber hatte der im Deutschen Reichsanzeiger 1919 Nr. 15 veröffentlichte „Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reichs“ vom 20.1.1919 noch eine besondere staatskirchenrechtliche Klausel (§ 19 Abs. 3) enthalten:

„Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig, ist aber den allgemeinen Gesetzen unterworfen. Keine Religionsgesellschaft genießt vor anderen Vorrechte durch den Staat. Über die Auseinandersetzung zwischen Staat und Kirche wird ein Reichsgesetz Grundsätze aufstellen, deren Durchführung Sache der deutschen Freistaaten ist.“

- 38 Die in Satz 1 aufgenommene und nur sprachlich etwas abgewandelte Formel der Paulskirchen-Verfassung für die *Kirchenautonomie* wurde in verschiedenen Anträgen im Verfassungsausschuß wiederholt⁸² und wurde schließlich zum Inhalt der zentralen Garantie des Art. 137 Abs. 3 WRV.

⁸⁰ Siehe jedoch die Rechtsverwahrung der Fuldaer Bischofskonferenz vom November 1919 gegen einzelne Punkte der Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.8.1919, die sich u. a. gegen die Schrankenklausele des Art. 137 Abs. 3 WRV wandte, wo dem Staat das Recht zugesprochen werde, eventuell in die Angelegenheiten der Kirche, „und seien es die innersten und wesentlichsten“, einzugreifen (*Paul Mikat*, Verfassungsziele des Grundgesetzes, in: Christen und Grundgesetz, hg. von Rudolf Morsey / Konrad Repgen, Paderborn 1989, S. 56 Anm. 72).

⁸¹ *Heinrich Triepel*, Quellensammlung zum Deutschen Reichsstaatsrecht, 5. Aufl. 1931, S. 27. – Zum „Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reichs“ vom 20. 1. 1919 vgl. ebd., S. 10.

⁸² Antrag *Quarck / Sinzheimer* (Nr. 89): Art. 30 Abs. 3 S. 4 (Verhandlungen [o. Fn. 76], Bd. 336, S. 173); Antrag *Kahl* und Genossen (Nr. 92): Art. 30a (neu) (ebd., S. 176). Der Antrag *Gröber* und Genossen (Nr. 91): Art. 30a (neu), wollte den Satz „Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegen-

Die ausschlaggebende Entscheidung über das Weimarer Staatskirchenrecht fiel mit dem Beschluß vom 17.3.1919, daß dem Reich das Recht zustehen sollte, im Wege der Gesetzgebung Grundsätze für die Rechte und Pflichten der Religionsgesellschaften aufzustellen (Art. 9 b Nr. 1, später Art. 10 Nr. 1 WRV). Diese *Kompetenzerweiterung zugunsten des Reiches* beließ den Ländern zwar die Gesetzgebungs- und Vertragszuständigkeit auf dem Gebiet des Staatskirchenrechts, gab aber dem Reich das Vorrecht für die Regelung der Grundlagen⁸³. Die zweite ausschlaggebende Weichenstellung erfolgte dadurch, daß die vor allem von *Kahl* energisch vertretene Auffassung sich durchsetzte, daß die Hauptsätze des Staatskirchenrechts in der *Reichsverfassung* festzulegen seien und nicht einem *Reichsgesetz* überlassen werden dürften. Die dritte Grundsatzentscheidung – wiederum besonders von *Kahl* verfochten – war die Kennzeichnung der Kirchen und bestimmter anderer Religionsgesellschaften als „*Körperschaften des öffentlichen Rechts*“ (Art. 137 Abs. 5 WRV), womit insbesondere der Unterschied gegenüber einer Qualifizierung der Kirchen als „Privatvereine“ ausgesprochen wurde⁸⁴. Auf einen erst in einem verhältnismäßig späten Stadium der Verhandlungen gestellten Antrag (*Katzenstein* [SPD] / *Ablaß* [DDP])⁸⁵ geht es zurück, daß dem staatskirchenrechtlichen Hauptartikel (Art. 30a der damaligen Zählung) die Worte vorangesetzt wurden: „Es besteht keine Staatskirche“, und zusätzlich gesagt wurde: „Den Religionsgesellschaften werden diejenigen Vereinigungen gleichgestellt, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Weltanschauung zur Aufgabe machen“ (später Art. 137 Abs. 7 WRV)⁸⁶.

heiten frei und selbständig“ ohne die Schrankenklausele und unterschied sich hauptsächlich darin von dem Antrag *Kahl* (ebd., S. 176). Der in der 20. Sitzung eingebrachte Antrag *Meerfeld / Naumann* (Nr. 96): Art. 30a, der für die endgültige Beschlußfassung bestimmend wurde, gab der Schrankenklausele die Fassung: „innerhalb der Schranken des Gesetzes“ (ebd., S. 199). *Gröber* schlug dazu vor, zu formulieren: „innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“, womit der Gedanke, der im Antrag Nr. 96 enthalten sei, wohl klarer zum Ausdruck komme (ebd., S. 206); so wurde es beschlossen (ebd., S. 207).

⁸³ *Israel*, Geschichte (o. Fn. 78), S. 13 ff.; *Anschütz*, Die Verfassung (o. Fn. 69), Art. 10, Anm. 3.

⁸⁴ *Kahl*, Verhandlungen (o. Fn. 76), Bd. 336, S. 195. Siehe auch *Gröber*, ebd., S. 200, sowie die weitere Debatte im Plenum der Nationalversammlung (Verhandlungen [o. Fn. 76], Bd. 328, S. 1644 f. [*Mausbach*], S. 1647 f. [*Kahl*], S. 1650 [*Quarck*]). – *Giese*, Staat und Kirche (o. Fn. 79), S. 303 f.

⁸⁵ Antrag Nr. 105, Verhandlungen (o. Fn. 76), Bd. 336, S. 205.

⁸⁶ Der Antrag Nr. 96 wurde in Verbindung mit dem Eventualantrag *Gröber* und mit den Ergänzungen des Antrags *Katzenstein / Ablaß* als Art. 30a ange-

b) „Es besteht keine Staatskirche.“

40 Eine *Staatskirche* hatte es auch in der konstitutionellen Monarchie nicht gegeben, und das landesherrliche Kirchenregiment in den evangelischen Kirchen war mit der Monarchie entfallen⁸⁷. So war der scharf klingende Satz des Art. 137 Abs. 1 WRV eher eine Proklamation, mit der die Grundlinie der Trennung von Staat und Kirche – die doch nach dem gesamten Weimarer kirchenpolitischen System nicht laizistisch oder sonst streng ausgebildet sein konnte⁸⁸ – bekräftigt wurde, und außerdem ein Verfassungsauftrag, der dem Landesgesetzgeber (Art. 137 Abs. 8 WRV) eine Direktive gab⁸⁹. Die weitaus wichtigere Festlegung des Art. 137 Abs. 5 WRV sicherte den öffentlich-rechtlichen Status der Kirchen und hinderte den Gesetzgeber daran, die Kirchen in das private Vereinsrecht zu verweisen.

41 Auf der anderen Seite war nach herrschender Auffassung mit dem Charakter als Körperschaft des öffentlichen Rechts, der eine so beschaffene Rechtsperson „in ihren spezifisch weltlich-körperschaftlichen Daseinsäußerungen der Disziplin eines öffentlich-rechtlichen Ordnungssystems“ einfügte, „in dem der Staat die übergeordnete Verantwortung“ besaß⁹⁰, eine *besondere Staatsaufsicht* verbunden. „Diese Staatsaufsicht ist das notwendige Korrelat dazu, daß die Kirchengesellschaften öffentliche Korporationsfähigkeit haben[...]“⁹¹ Diese Auslegung konnte unter dem Grundgesetz nicht fortbestehen. Der staatskirchenrechtliche Begriff der Körperschaft des öffentlichen Rechts trägt keine organisationsrechtlichen Rechtsfolgen und gibt dem Staat keine weitergehenden Befugnisse, als sie mit der Kirchenautonomie (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV) vereinbar sind. Die Zuerkennung des Status einer öffentlich-rechtlichen Körper-

nommen (Verhandlungen [o. Fn. 76], Bd. 336, S. 207 f.). Darauf beruhten weitgehend die von der Nationalversammlung beschlossenen Art. 137, 138, 139 und 141 WRV.

⁸⁷ E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. VI (o. Fn. 79), S. 868.

⁸⁸ M. Heckel, Die Kirchen unter dem Grundgesetz (o. Fn. 1), S. 26 ff.; ders., „In Verantwortung vor Gott...“ (o. Fn. 1), S. 15; von Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 67 ff.; Link, Staat und Kirchen (o. Fn. 79), S. 455 f.

⁸⁹ Jeand'Heur, Der Begriff der „Staatskirche“ (o. Fn. 26), S. 455 ff.

⁹⁰ W. Weber, Das kirchenpolitische System (o. Fn. 79), S. 395.

⁹¹ Kahl, Verhandlungen (o. Fn. 76), Bd. 328, S. 1647. – ProVGE 82, 196 bezeichnet die aufrechterhaltene Kirchenhoheit des Staates als ein „der bevorrechtigten Stellung der Kirche entsprechendes besonders geartetes Staatsaufsichtsrecht“.

schaft gibt der Religionsgesellschaft die Fähigkeit, Träger öffentlicher Kompetenzen und Rechte zu sein. Die Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Kirche vom Staat sowie ihre originäre Kirchengewalt werden bekräftigt, die besondere Bedeutung der öffentlichen Wirksamkeit einer Religionsgesellschaft wird anerkannt, nicht aber wird sie dadurch in den Staat organisch eingegliedert oder einer besonderen staatlichen Kirchenhoheit unterworfen. Der den Religionsgemeinschaften mit dem Mittel einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zukommende Status gibt ihnen die Möglichkeit zur Entfaltung der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 und 6 WRV). Sie sind im gleichen Umfang grundrechtsfähig wie Religionsgemeinschaften privatrechtlicher Rechtsform. Der Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts soll die Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Religionsgemeinschaften unterstützen⁹².

*c) Die Kirchenautonomie „innerhalb der Schranken
des für alle geltenden Gesetzes“*

Der Vorsitzende des Verfassungsausschusses der Weimarer Nationalversammlung, *Haußmann* (DDP), stellte in der 33. Sitzung am 30.5.1919 zur Ausräumung von Zweifeln fest, daß mit dem Satz „innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“ in dem späteren *Art. 137 Abs. 3 WRV* nur Ausnahme-, d.h. Verbotsgesetze ausgeschlossen sind, nicht aber staatliche Vorschriften in Beziehung auf die Religionsgesellschaften⁹³. Nach Wortlaut und Sinngehalt unterwarf Art. 137 Abs. 3 WRV die Angelegenheiten der Religionsgesellschaften insgesamt, also auch ihre eigenen, ihre „inneren“ Angelegenheiten dem für alle geltenden Gesetz⁹⁴, aber eben nicht dem

42

⁹² BVerfGE 18, 385 (386 f.); 19, 129 (133); 30, 415 (428); 102, 370 (387 f.); 139, 321 (323). – *Christoph Link*, Ein Dreivierteljahrhundert Trennung von Kirche und Staat in Deutschland, in: Festschrift für Werner Thieme, hg. von Bernd Becker / Hans Peter Bull / Otfried Seewald, 1993, S. 95.

⁹³ *Haußmann*, Verhandlungen (o. Fn. 76), Bd. 336, S. 383. – Zur Entstehungsgeschichte der Klausel siehe oben Fn. 82 und im Text.

⁹⁴ Sachlich übereinstimmend statuierte Art. 135 S. 3 WRV, daß die „allgemeinen Staatsgesetze“ von der Garantie der Glaubens-, Gewissens- und Kultusfreiheit unberührt bleiben. Art. 135 WRV ist durch Art. 140 GG dem Grundgesetz nicht inkorporiert worden; die Freiheiten des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG stehen nicht unter dem Vorbehalt der allgemeinen Staatsgesetze. – Abweichend nimmt *E. R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. VI (o. Fn. 79), S. 876, an, daß die Religionsgesellschaften in ihren inneren Angele-

Staatsgesetz schlechthin, sondern nur dem „für alle geltenden“ Gesetz. Den Religionsgesellschaften nachteilige Sondergesetze im Stil des preußischen Kulturkampfes waren – und sind auch unter dem Grundgesetz – damit ausgeschlossen. Die Formel von *Johannes Heckel*, daß das für alle geltende Gesetz das Gesetz meine, „das trotz grundsätzlicher Bejahung der kirchlichen Autonomie vom Standpunkt der Gesamtnation als sachlich notwendige Schranke der kirchlichen Freiheit anerkannt werden muß; m.a.W. jedes für die Gesamtnation als politische, Kultur- und Rechtsgemeinschaft unentbehrliche Gesetz, aber auch nur ein solches Gesetz“⁹⁵, forderte eine Abwägung und wandte sich gegen die Korrelatentheorie. Sie bedeutete, daß ein für jedermann geltendes, nicht final auf die Religionsgesellschaften und ihren Selbstbestimmungsstatus bezogenes, den religionsgesellschaftlichen Selbstverwaltungsbereich nur wie alle anderen Normadressaten und gemeinsam berührendes Gesetz – entgegen der herrschenden Lehre⁹⁶ – nicht schon deshalb zulässig war, weil es sich als ein „für alle geltendes Gesetz“ darstellte, sondern nur wenn es auch materiell der mit *Heckels* Formel gebotenen Abwägung standhielt. Diese den Religionsgesellschaften günstige Auslegung hat unter dem Grundgesetz die Oberhand gewonnen⁹⁷.

- 43 Die *Kirchenautonomie* darf nicht nur als eine den Eingriff und Zugriff des Staates abwehrende Garantie verstanden werden. Denn zu den „Angelegenheiten“ der Religionsgesellschaften, jedenfalls der christlichen Kirchen, gehören auch ihr Wirken in dieser Welt und die Mitgestaltung der gesellschaftlichen und politischen Ordnung⁹⁸. Das Trennungsprinzip setzt dem organisatorischen Einfluß der Kirchen

genheiten von den Schranken des allgemeinen Gesetzes frei waren, und stützt sich dafür ohne Grund auf die Annahme, die Nationalversammlung habe zu einem Rechtszustand des § 27 II 11 ALR zurückkehren wollen. Wie hier *Werner Weber*, „Allgemeines Gesetz“ und „für alle geltendes Gesetz“, in: *Festschrift für Ernst Rudolf Huber*, hg. von Ernst Forsthoff (u. a.) 1973, S. 181, bes. S. 194.

⁹⁵ *Johannes Heckel*, Das staatskirchenrechtliche Schrifttum der Jahre 1930 und 1931, in: *VerwArch.* 37 (1932), S. 284.

⁹⁶ *W. Weber*, „Allgemeines Gesetz“ (o. Fn. 94), S. 188.

⁹⁷ *Scheuner*, System (o. Fn. 46), S. 82; *von Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 77 ff.; *Jeand’Heur*, Der Begriff der „Staatskirche“ (o. Fn. 26), S. 459 ff. – Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts siehe unten unter II. 2. b.

⁹⁸ *M. Heckel*, Entwicklung (o. Fn. 1), S. 34 f., Anm. 6; *ders.*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz (o. Fn. 1), S. 40. – Siehe oben unter I. 2. a.

auf das weltliche Gemeinwesen Grenzen, und weiter muß im Rahmen des für alle geltenden Gesetzes ein Ausgleich gefunden werden⁹⁹.

d) Von der Parität der christlichen Kirchen zur Gleichstellung der Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften

Die „Religionsparteien“ des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation, denen nach den Reichsgrundgesetzen des Augsburger Religionsfriedens von 1555 und des Westfälischen Friedens von 1648 *Parität* zustand, waren mit dem Ende des Reiches entfallen. Nach dem Sturz der Monarchie blieb zwar der öffentlich-rechtliche Status für die Kirchen und bestimmte altkorporierte Religionsgesellschaften erhalten, dieser Status wurde aber allen Religionsgesellschaften und den diesen gleichgestellten Weltanschauungsgemeinschaften zugänglich, sofern sie durch ihre Verfassung¹⁰⁰ und die Zahl ihrer Mitglieder die „Gewähr der Dauer“ boten (*Art. 137 Abs. 5 S. 2 und Abs. 7 WRV*). Art, Inhalt und theologische oder sonstige Bedeutsamkeit des Glaubens oder der Weltanschauung sind damit für die Gewährung der Körperschaftsrechte unerheblich¹⁰¹. Auf die ausdrücklich an ihn gerichtete Frage *Naumanns*, ob das Recht der öffentlichen Körperschaft den bestehenden kleineren Kirchen, den Religionsgemeinschaften und Sekten, wie Methodisten, Baptisten, Altlutheranern usw. ohne weiteres zuteil werden soll – „Da es keine Staatskirche mehr gibt, so sind alle Nebenkirchen gleicher Ehre“ –, antwortete *Hugo Preuß* als Vertreter des Reichsministeriums, daß Sinn und Bedeutung dieser Bestimmung für die Sekten und Freikirchen nur so aufgefaßt werden können, wie es der Herr Abgeordnete Naumann formuliert habe¹⁰².

44

⁹⁹ Siehe die Kontroverse *M. Heckel – Böckenförde*, in: *VVDStRL* 26 (1968), S. 123, 125 f.

¹⁰⁰ In der vom Verfassungsausschuß angenommenen Fassung des Art. 30a wurde – neben der Zahl der Mitglieder – auf die Zeit des Bestehens der Religionsgesellschaft abgestellt. Erst in der 3. Lesung im Plenum wurde auf einen Antrag von *Heinze* die Gesetz gewordene Fassung gewählt, was *Kahl* als eine Verbesserung begrüßte, weil „das Kriterium für die Würdigkeit einer Religionsgesellschaft, öffentliche Korporation zu werden, nicht auf das zufällige äußere Moment der Zeit des Bestehens, sondern auf das tiefere Moment des Inhalts ihrer Verfassung abgestellt“ sei (siehe *Israel*, Geschichte [o. Fn. 78], S. 35 ff., 49 f., 56 f.).

¹⁰¹ *Hermann Weber*, Die Verleihung der Körperschaftsrechte an Religionsgemeinschaften, in: *ZevKR* 34 (1989), S. 352 f.

¹⁰² Verhandlungen (o. Fn. 76), Band 328, S. 1654 B, 1655 D.

- 45 So wie die Religionsfreiheit seit ihrer Verbindung mit der Gewissens- und Gedankenfreiheit Religion und Weltanschauung gleichstellt, so sind im Staatskirchenrecht und insbesondere für die Kirchenautonomie Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften gleichgestellt. Dennoch werden die geschichtliche und kulturelle Verschiedenheit und die unterschiedliche staatskirchenrechtliche Bedeutsamkeit der Kirchen, der sonstigen Religionsgesellschaften und der Weltanschauungsgemeinschaften durch die Verfassung nicht neutralisiert. Art 4 Verf. BW und Art 41 ff. Verf. RP unterscheiden Kirchen und Religionsgemeinschaften. Noch nach dem Kriege konnte gesagt werden: „Das ganze Problem des institutionellen Zusammenhangs von Staat und Kirche sowie der Teilhabe der Kirchen an der öffentlichen Ordnung erfüllt nur die Beziehungen zwischen dem Staat und den beiden großen Kirchen“¹⁰³. Der allgemeine Wandel in den religiösen und weltanschaulichen Vorstellungen, teils in den Kirchen selbst, vor allem aber darüber hinaus und in die überkommenen Institutionen sprengenden Bewegungen, und in Deutschland außerdem die mit der Wiedervereinigung einhergehende Änderung in der Basis des religiösen Lebens berühren die so umrissene Grundorientierung des Staatskirchenrechts.

2. Die Inkorporation des Weimarer Staatskirchenrechts durch Art. 140 GG

a) Entstehungsgeschichte

- 46 Der *Parlamentarische Rat*, der mit der von ihm verabschiedeten Verfassung für die Bundesrepublik Deutschland dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung geben wollte, verfolgte von Anfang an die klare Linie, die Grundrechte des einzelnen als rechtlich wirksame Freiheiten und Garantien zu normieren und von „Lebensordnungen“ und politischen Programmen nach Weima-

¹⁰³ W. Weber, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 754. – Siehe andererseits Ernst Gottfried Mahrenholz, Die Kirchen in der Gesellschaft der Bundesrepublik, 2. Aufl. 1972; ders., Kirchen als Korporationen, in: ZevKR 20 (1975), S. 43. – In neuerer Zeit sind Stellung und Wirken des Islam in den Vordergrund staatskirchenrechtlicher Kontroversen getreten: Arnd Uhle, Die Integration des Islams in das Staatskirchenrecht der Gegenwart, in: Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? (o. Fn. 1), S. 299; Andreas Wallkamen, Muslimische Gemeinden in Deutschland im Lichte des Staatskirchenrechts, 2012.

rer Muster abzusehen. Ein Abschnitt über Religion und Religionsgesellschaften hätte diese verfassungspolitische Linie verlassen. Außerdem bestand Einmütigkeit darin, daß das Staatskirchenrecht Landessache sein sollte. Dies hätte an sich die Konsequenz haben müssen, sich mit der Garantie der Religionsfreiheit zu begnügen. Dahin ging der Vorschlag des *Herrenchiemseer Verfassungskonvents*, dessen Entwurf in Art. 6 aussprach: „(1) Glaube, Gewissen und Überzeugung sind frei. (2) Der Staat gewährleistet die ungestörte Religionsausübung“, sich aber jeglicher staatskirchenrechtlicher Regelungen und Garantien enthielt. Demgegenüber forderten die evangelischen Landeskirchen und die katholischen Bischöfe mit Eingaben vom Oktober und November 1948, die Unabhängigkeit des religiösen Lebens von staatlicher Bevormundung, die kirchliche Selbstbestimmung und die Vermögensrechte der Kirchen durch die neue Bundesverfassung zu schützen. Der Kompromiß des Art. 140 GG, mit dem die SPD (*Bergsträßer, Eberhard, Zinn*) und die FDP (*Heuss, Höpker-Aschoff*) den Anträgen der CDU/CSU (*Süsterhenn*), des Zentrums (*Wessel*) und der DP (*Seehofer*) in der Sache weitgehend nachgaben¹⁰⁴, hat in Verbindung mit der neugeformten Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) die Position der Religionsgesellschaften über das Weimarer kirchenpolitische System hinaus bekräftigt¹⁰⁵.

Die Bestrebungen, in das Grundgesetz Mindestgarantien für die Stellung und die Rechte der Kirchen aufzunehmen, die von der CDU/CSU und der DP¹⁰⁶ unterstützt wurden, führten in der 24. Sitzung des Grundsatzausschusses am 23. 11. 1948 zu einer Auseinandersetzung über die Kernfrage, ob neben der Religionsfreiheit und der religiösen Vereinigungsfreiheit staatskirchenrechtliche Vorschriften Eingang in das Grundgesetz finden sollten. Der Vorschlag *Süsterhenns*,

47

¹⁰⁴ JöR 1 (1951), S. 899 ff.; *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 1), Art. 140, Rn. 7 – *Schließ*, Die Entwicklung (o. Fn. 3), S. 65 ff.; *Hollerbach*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen (o. Fn. 45), S. 218 ff.; *ders.*, Grundlagen (o. Fn. 1), S. 482 ff.; *Klaus Gotto*, Die katholische Kirche und die Entstehung des Grundgesetzes, in: *Kirche und Katholizismus 1945–1949*, hg. von Anton Rauscher, 1977, S. 88; *Werner Sörgel*, Konsensus und Interessen, 1985, S. 179 ff.; *Mikat*, Verfassungsziele (o. Fn. 80), S. 42 ff.

¹⁰⁵ Die Bischöfe erneuerten mit der Rechtsverwahrung gegen einzelne Artikel des Grundgesetzes vom 9. 1. 1950 ihre Erklärung von 1919 und wandten sich außerdem gegen die ungenügende Beachtung des religiösen Elternrechts und die „Bremer Klausel“ in Art. 141 GG (*Mikat*, Verfassungsziele [o. Fn. 80], S. 56 f. mit Anm. 73).

¹⁰⁶ Ein Antrag der DP vom 19. 11. 1948 betonte die Eigenständigkeit der Kirchen und postulierte einen besonderen Schutz der Kirchen „in ihrer Bedeutung für die Bewahrung und Festigung der religiösen und sittlichen Grundlagen des menschlichen und staatlichen Lebens“.

im Grundgesetz einige „Hauptgesichtspunkte in komprimierter Form als Leitsätze“ für die Landesgesetzgebung festzulegen, stieß auf den Widerspruch von *Eberhard* und *Heuss*, die auf die Zuständigkeit der Länder verwiesen und eine Wiederbelebung der Weimarer Lebensordnungen ablehnten. In der 29. Sitzung des Grundsatzausschusses am 4.12.1948 lag ein gemeinsamer Antrag der CDU/CSU, des Zentrums und der DP (Antrag Nr. 321) vom 29.11.1948 vor, der dann auch Gegenstand der Beratungen in der 22. Sitzung des Hauptausschusses am 8.12.1948 war¹⁰⁷. Der in dem Antrag formulierte Kirchenartikel, dessen Standort im Grundgesetz zunächst noch offen blieb, lautete in den ersten beiden Absätzen:

„(1) Die Kirchen werden in ihrer Bedeutung für die Wahrung und Festigung der religiösen und sittlichen Grundlage des menschlichen Lebens anerkannt. Es besteht keine Staatskirche.

(2) Die Kirchen und Religionsgesellschaften ordnen ihre Angelegenheiten selbständig aus eigenem Recht. Sie haben das Recht, ihre Ämter ohne Mitwirkung des Staates und der politischen Gemeinden zu verleihen und zu entziehen.“

48 Die Absätze 3 bis 6 behandelten die Körperschaftsrechte, das Besteuerungsrecht, den Schutz des Eigentums und anderer Rechte, die Staatsleistungen und die Gemeinnützigkeit der Wohlfahrts- und Erziehungseinrichtungen. In Absatz 7 hieß es: „Die am 1. Januar 1945 bestehenden Verträge mit den Kirchen bleiben in Kraft, bis sie durch neue, von den Ländern abzuschließende Vereinbarungen abgelöst sind.“ Die Diskussion über den Antrag verlief im wesentlichen in denselben Bahnen wie die Debatte in den beiden vorangegangenen Sitzungen des Grundsatzausschusses, griff aber auf Seiten der Gegner des Antrags neben dem allgemeinen Gesichtspunkt, daß die Regelung des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche den Ländern vorzubehalten sei, auch eine Reihe von Einzelpunkten auf. Der Antrag verfiel mit 10 gegen 11 Stimmen (SPD, FDP, KPD) der Ablehnung.

49 Im Verlauf der Auseinandersetzung hatte sich *Heuss* gegen Neuregelungen und selbst Neuformulierungen in dieser komplexen Materie gewandt, aber auch gesagt: „Wir sind der Meinung, daß die rechtliche Ordnung, wie sie in der Weimarer Verfassung geschaffen wurde, auch in unserem Grundgesetz seinen Niederschlag finden soll.“ *Süsterhenn* griff diese Initiative der FDP sogleich nach Ablehnung des Antrags

¹⁰⁷ Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, 1948/49, S. 255 ff.

für einen neuen Kirchenartikel auf und beantragte nunmehr die Einführung folgender Vorschrift (zunächst als Art. 139 cc):

„Die Bestimmungen der Artikel 137, 138 Absatz 2, 139 und 141 der Deutschen Verfassung vom 11. August 1919 werden aufrechterhalten.

Die am 8. Mai 1945 bestehenden Verträge mit den Kirchen bleiben in Kraft, bis sie durch neue von den Ländern abzuschließende Verträge ersetzt werden.“

Der neue Antrag löste eine kontroverse Debatte zu der Frage der Fortgeltung des *Reichskonkordats* aus, deren ausdrücklicher Anerkennung sich auch die FDP widersetzte. Der Absatz 1 des Antrags wurde mit 12 gegen 9 Stimmen angenommen, der Absatz 2 dagegen mit 11 gegen 10 Stimmen abgelehnt. Absatz 2 wurde dann auf Antrag von *Heuss* mit 11 gegen 8 Stimmen in folgender Fassung angenommen:

„(2) Die am 8. Mai 1945 bestehenden Verträge zwischen den Ländern und den Kirchen bleiben in Kraft, bis sie durch neue von den Ländern abzuschließende Verträge ersetzt werden.“¹⁰⁸

Vor der zweiten Lesung im Hauptausschuß befaßten sich der Allgemeine Redaktionsausschuß und der Organisationsausschuß mit dem am 8. 12. 1948 formulierten Artikel. Die an sich irreguläre Inkorporation von Vorschriften einer nicht mehr geltenden Verfassung erschien letztlich als hinnehmbar, weil der Artikel in die Übergangsvorschriften aufzunehmen sei. Die zweite Lesung in der 39. Sitzung am 14. 1. 1949 und der 46. Sitzung am 20. 1. 1949, in der insbesondere *Zinn* mit ausführlicher Argumentation für die Streichung des Artikels (jetzt Art. 138c-5) eintrat, endete ohne sachliche Beschlußfassung mit der Zurückverweisung an den Grundsatzausschuß¹⁰⁹. *Zinn* verknüpfte den kirchenpolitischen Streitpunkt mit der grundsätzlichen Frage der gesellschaftspolitischen Ausgewogenheit des Grundgesetzes: Der Kirchenartikel enthalte „einseitig verfassungsrechtliche Privilegien für Kirchen und ähnliche Gemeinschaften, während alle von der Weimarer Verfassung auf dem Gebiete der Wirtschafts- und Sozialordnung verfassungsrechtlich garantierten Rechte weggefallen seien“. Es gelang dem Fünfer-Ausschuß (*Schmid, Menzel*

50

51

¹⁰⁸ Die Frage der Fortgeltung des Reichskonkordats wurde später der Regelung in Art. 123 Abs. 2 GG zugewiesen, blieb also offen, bis sie durch BVerfGE 6, 309 ihre Lösung fand. – Näheres bei *Sörgel*, Konsensus (o. Fn. 104), S. 184 ff.

¹⁰⁹ Parlamentarischer Rat (o. Fn. 107), S. 482 ff., 599 ff. – Der Redaktionsausschuß hatte inzwischen vorgeschlagen, Absatz 1 wie folgt zu fassen: „Die Bestimmungen [...] sind geltendes Bundesverfassungsrecht.“ Das fand keine Zustimmung.

[SPD]; *von Brentano*, *Kaufmann* [CDU]; *Höpker-Aschoff* [FDP]), am 2. Februar 1949 für den Kirchenartikel (jetzt Art. 148/1) im Rahmen einer mehrere Hauptstreitpunkte in einem „Paket“ erledigenden Lösung eine für alle Seiten annehmbare Fassung zu finden. In die als fortgeltend zu übernehmenden Weimarer Kirchenartikel wurde auch Art. 138 Abs. 1 WRV (Ablösung der Staatsleistungen) eingestellt und die Regelung über die Verträge mit den Kirchen wurde überhaupt gestrichen. Der Hauptausschuß folgte in seiner 51. Sitzung am 10.2.1949 in seiner dritten Lesung des Grundgesetzes diesem Vorschlag ohne weitere Debatte (gegen 2 Stimmen). Für die vierte Lesung schlug der Allgemeine Redaktionsausschuß vor, die Worte „werden aufrechterhalten“ zu ersetzen durch „sind Bestandteil des Grundgesetzes“ und außerdem den Art. 136 WRV in die Liste der zu inkorporierenden Vorschriften aufzunehmen. Der Art. 140 GG (noch als Art. 148/1) wurde daraufhin, diesem Vorschlag auf Antrag von *Zinn* folgend, in der 57. Sitzung des Hauptausschusses am 5.5.1949 angenommen¹¹⁰.

- 52 Der Abgeordnete Dr. *von Brentano* hat in seinem Schriftlichen Bericht über den Abschnitt XI „Übergangs- und Schlußbestimmungen“¹¹¹ die Entstehungsgeschichte des Art. 140 GG nachgezeichnet und in den Grundgedanken erläutert. Er betont die im Grundrechtsteil sichtbare Abkehr von einem ausschließlich staatsbezogenen Denken, die auch für die Untersuchung der religions- und kirchenpolitischen Normen zu gelten habe; deren rechtlicher Gehalt könne sich heute erheblich anders darstellen, als er in der Zeit vor 1933 überwiegend aufgefaßt wurde. Beispielsweise schließe die Eigenständigkeit und Eigenwertigkeit der Kirchen, ungeachtet ihrer fortdauernden Eigenschaft als Körperschaften des öffentlichen Rechts, heute eine besondere Staatsaufsicht über die Kirchen aus. Weiter müsse die unbedingte Garantie der Religionsfreiheit in Art. 4 GG die Auslegung des Art. 136 und Art. 137 Abs. 3 WRV im Sinne einer Verstärkung der Freiheit und Kirchenautonomie beeinflussen. „Die rechtliche Bedeutung und Tragweite der zu Bestandteilen dieses Grundgesetzes erklärten Artikel der Weimarer Verfassung ist nicht richtig zu ermes sen, wenn ihre Auslegung primär aus dem Blickpunkt der früheren Reichsverfassung erfolgen oder ihre Betrachtung isoliert vorgenom-

¹¹⁰ Parlamentarischer Rat, ebd., S. 765.

¹¹¹ Parlamentarischer Rat, 1948/49. Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 6. Mai 1949, S. 61 (72 ff.).

men würde. Sinn und Zweck, wie sie den Bestimmungen heute richtigerweise zukommt, ergibt sich vielmehr nur aus der Tatsache ihrer Einbettung in das gesamte Wertsystem des Grundgesetzes, ihres Einbezogenenseins in den Rahmen der Gesamtentscheidung, dessen Ausdruck das Grundgesetz ist.“ Diese Maxime hat Anerkennung gefunden und ist zum Prinzip der Praxis des Staatskirchenrechts geworden¹¹².

b) Staat und Kirche unter dem Grundgesetz

Der in den ersten beiden Jahrzehnten nach Inkrafttreten des Grundgesetzes ausgetragene *staatskirchenrechtliche Grundsatzstreit*¹¹³, der sich hauptsächlich an überzogenen oder mißverständlichen Vorstellungen einer „Koordination“ von Staat und Kirchen entzündete, ging mit den kirchensteuerrechtlichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom Dezember 1965 und der Frankfurter Tagung der Staatsrechtslehrervereinigung von 1967 in eine weniger von abstrakten Kontroversen bestimmte Anschauung über, die Aufgabe und Verantwortung des Staates für das Gemeinwohl und die öffentliche Ordnung akzeptierte und auf diesem Boden einen Ausgleich der weltlichen Ordnungsfunktion des religiös-weltanschaulich neutralen Staates mit dem in der Religionsfreiheit begründeten, selbständigen Wirkungsfeld von Religion und Kirche suchte.¹¹⁴ „Der

53

¹¹² Siehe besonders BVerfGE 42, 312 (330 ff.). – Die zum Bestandteil des Grundgesetzes erhobenen Weimarer Kirchenartikel sind „vollgültiges Verfassungsrecht“ und bilden mit dem Grundgesetz ein „organisches Ganzes“ (BVerfGE 19, 206 [219]; 19, 226 [236]; 53, 366 [400]). Sie haben denselben Rang wie die anderen Verfassungsnormen und sind nicht mit dem ungeschriebenen Vorbehalt einer nur vorläufigen Geltung behaftet.

¹¹³ Siehe oben Rn. 13 mit Fn. 15.

¹¹⁴ *Ulrich Scheuner*, Wandlungen im Staatskirchenrecht in der Bundesrepublik Deutschland (1968), in: ders., Schriften (o. Fn. 1), S. 237; *Listl*, Religionsfreiheit (o. Fn. 13); *Kästner*, Die Entwicklung (o. Fn. 1), S. 239; *Willi Geiger*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum kirchlichen Selbstbestimmungsrecht, in: ZevKR 26 (1981), S. 156; *Hollerbach*, Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (o. Fn. 1); *Axel Frhr. von Campenhausen*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz 1949–1989, in: Christen und Grundgesetz (o. Fn. 80), S. 71; *M. Heckel*, „In Verantwortung vor Gott...“ (o. Fn. 1); *Hermann Weber*, Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: Bürger – Richter – Staat. Festschrift für Horst Sendlar, hg. von Everhardt Franßen, 1991, S. 553; *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 1), Art. 140, Rn. 10; *Mückl*, Trennung und Kooperation (o. Fn. 15).

Widerspruch gegenüber dem koordinationsrechtlichen Überschwang der Nachkriegszeit war begründet.¹¹⁵

54

Das – seinerseits ausdrücklich in mehrere Schutzgarantien gegliederte – Grundrecht der Religionsfreiheit und die durch Art. 140 GG inkorporierten Kirchenartikel bilden einen *einheitlich* zu verstehenden *Regelungszusammenhang*. Als verfassungsrechtliche Hauptlinie des Schutzes von Religion und Weltanschauung ergibt sich dadurch, weitergehend als nach der Weimarer Reichsverfassung, eine durchgehende Orientierung der staatskirchenrechtlichen Grundnormen der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates und der Kirchenautonomie¹¹⁶ an der im individuellen Gewissen fundierten Würde des Menschen und freien Entfaltung der Persönlichkeit¹¹⁷. Dies darf jedoch nicht zu einer konturenlosen Einschmelzung der Kirchenartikel und des Staatskirchenrechts in ein nur individualistisch definiertes Freiheitsrecht führen. Die begriffliche Vereinfachung eines „Vorranges“ des Grundrechts im Verhältnis zu den institutionellen Rechtsvorschriften¹¹⁸ darf nicht mißverstanden werden. Ebenso bedeutet die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates nicht, daß dem Staat eine auch finanzielle Förderung von Religion und Religionsgesellschaften verboten wäre¹¹⁹ oder daß der Staat alle Religionsgesellschaften schematisch gleich behandeln müsse¹²⁰.

¹¹⁵ von Campenhausen, Die Kirchen unter dem Grundgesetz (o. Fn. 114), S. 74; Peter Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 1), Art. 140, Rn. 10.

¹¹⁶ BVerfGE 18, 385 (386); 19, 206 (216); 42, 312 (331 ff.); 44, 37 (52).

¹¹⁷ Siehe besonders BVerfGE 32, 98 (Gesundbeter); 33, 23 (Eid); 35, 366 (Kreuz im Gerichtssaal).

¹¹⁸ Dazu Scheuner, Wandlungen (o. Fn. 114), S. 249 f. – Das Bundesverfassungsgericht hat aus der verstärkten Tragweite des Grundrechts abgeleitet, daß Art. 136 WRV von Art. 4 Abs. 1 GG „überlagert“ werde, so daß die Schranken der Religionsfreiheit sich allein aus Art. 4 GG ergeben (BVerfGE 33, 23 [30 f.]; 44, 37 [49 ff.]).

¹¹⁹ BVerfGE 44, 37 (56 f.). – Für das kulturell und sozial zweckgebundene Eigentum der Religionsgesellschaften und religiösen Vereine besteht die staatskirchenrechtliche Gewährleistung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV („Kirchengutsgarantie“, BVerwGE 87, 115 – St. Salvator in München). Für die auf Gesetz, Vertrag oder besonderen Rechtstiteln beruhenden überkommenen Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften ist die Bestandsgarantie mit einem Verfassungsauftrag zu ihrer Ablösung verbunden (Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 1 WRV): Dazu Christian Sailer, Die staatliche Finanzierung der Kirchen und das Grundgesetz, in: ZRP 2001, S. 80; Heinrich Amadeus Wolff, Ablösung der Staatsleistungen an die Kirche, in: ZRP 2003, S. 12; Ludwig Renck, Staatsleistungen an die Bekenntnisgemeinschaften, in: LKV 2005, S. 146. Die Grundsätze für die der Landesgesetzgebung zukommende Ablösung stellt der Bund auf. Siehe den Gesetzentwurf für ein Staatsleistungsablösungsgesetz, BT-Drs. 17/8791 (29.2.2012); Robert

Der *Bedeutungswandel*, den die inkorporierten Kirchenartikel der Weimarer Reichsverfassung dadurch erleiden, daß sie „mit dem Grundgesetz ein organisches Ganzes“ bilden¹²¹, führt dazu, daß die in Art. 4 GG umfassend verbürgte Religionsfreiheit auch die *religiöse und weltanschauliche Vereinigungsfreiheit* einschließt und damit den normativen Gewährleistungsgehalt des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 2 WRV mitumfaßt¹²². Die religiöse Vereinigungsfreiheit bleibt deshalb auch nicht auf Religionsgesellschaften beschränkt; sie steht auch religiösen Gesellschaften und Vereinen zu, die sich nicht die allseitige, sondern nur die partielle Pflege des religiösen Lebens ihrer Mitglieder zum Ziel gesetzt haben, und ebenso Untergliederungen und Einrichtungen der Religionsgesellschaften¹²³. Während sich im Fall der Vereinigungsfreiheit des Art. 137 Abs. 2 WRV eine „Überlagerung“ – und Erweiterung – des Schutzgehalts durch Art. 4 GG ergibt, behauptet die *Kirchenautonomie* gegenüber dem Grundrecht eine relative Selbständigkeit. Es tritt allerdings eine Neubestimmung des Schrankenvorbehalts ein, dem das religionsgesellschaftliche Selbstbestimmungsrecht unterworfen ist (Art. 137 Abs. 3 WRV)¹²⁴.

Die überwirkende Gestaltungskraft der Religionsfreiheit für die staatskirchenrechtlichen Grundsätze, im besonderen für das Trennungsprinzip und die Kirchenautonomie, vermittelt auch, daß das Grundrecht *das freie und selbstbestimmte Wirken der Kirchen* im öffentlichen Leben der staatlichen Gemeinschaft garantiert und schützt. Das Trennungsprinzip läßt sich demzufolge nicht als

von Lucius, Debatte über eine Ablösung der Staatsleistungen, in: FAZ 19.3.2012.

¹²⁰ BVerfGE 19, 1 (8).

¹²¹ BVerfGE 53, 366 (400).

¹²² BVerfGE 19, 129 (132); 83, 341 (354 f.); BVerwGE 61, 152. – Da die Religionsfreiheit unter dem immanenten Vorbehalt der Grundrechte Dritter und sonstiger verfassungsrechtlich anerkannter Güter steht, kann Art. 9 Abs. 2 GG auf Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften entsprechend angewandt werden. Eine unmittelbare, wenn auch religionsrechtlich modifizierte Anwendung, wie sie offenbar in BVerwGE 37, 344 (Bund für Gotterkenntnis) zugelassen wird, stößt auf das konstruktive Bedenken, daß das speziellere Grundrecht der Religionsfreiheit einschlägig ist (*Joseph Listl*, Verbots- und Auflösungsmöglichkeit von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften bei verfassungsfeindlicher politischer Betätigung, in: DÖV 1973, S. 181; *Thomas Würtenberger*, Zur Interpretation von Art. 4, 9 und 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV, in: ZevKR 18 [1973], S. 67).

¹²³ BVerfGE 24, 236 (246 f.); 53, 366 (387 f.). – *Christian Schleithoff*, Innerkirchliche Gruppen als Träger der verfassungsmäßigen Rechte der Kirchen, Diss. München 1992.

¹²⁴ Dazu unten unter II. 2. c.

„Kampfbegriff“ entfalten und der Bereich der kirchlichen Autonomie nicht allein gegenständlich, nach Sachgebieten, von dem der staatlichen Ordnungsaufgabe offenen Verantwortungsfeld abgrenzen. „Die Kirchen [...] verstehen die Lösung vom Staat als Befreiung von Abhängigkeit, erkennen die Unentbehrlichkeit der staatlichen Ordnung und Autorität für die Gesellschaft an, beanspruchen ihre Unabhängigkeit bei der Erfüllung ihres geistlich-religiösen Auftrags, der nach ihrem Verständnis nicht nur das Jenseits betrifft, sondern auch ein Auftrag in dieser Welt ist. Für Staat und Kirche, die sich für dieselben Menschen, für dieselbe Gesellschaft verantwortlich fühlen, entsteht damit die Notwendigkeit verständiger Kooperation“¹²⁵. Verschieden sind die weltliche Kompetenz und Aufgabe hier, die geistliche Kompetenz und Aufgabe dort, so daß die hier und dort geltenden – und verschiedenen – Maßstäbe beim Zusammentreffen beider Seiten auf demselben Feld das staatskirchenrechtliche Kriterium abgeben können¹²⁶. Dies ist zu beachten, soweit der Staat bei der Festlegung der Reichweite seiner Verfassungsgarantien das „Selbstverständnis“ der Kirchen in Rechnung zu stellen hat.

c) Kirchenautonomie und Religionsfreiheit

- 57 Die Religionsgesellschaften, denen der Staat zugesteht und garantiert, ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes zu ordnen und zu verwalten (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV), verkörpern die *gemeinschaftliche* Ausübung einer Religion in einer *frei gewählten Organisation*, eine Handlungsweise, die zugleich unter dem Schutz des Grundrechts der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) steht¹²⁷. Dennoch geht die staatskirchenrechtliche Kirchenautonomie nicht in dem Grundrecht auf. Sie erweist sich vielmehr „als *notwendige*, wenngleich rechtlich

¹²⁵ BVerfGE 42, 312 (331). – Siehe oben unter I. 2. c.

¹²⁶ M. Heckel, „In Verantwortung vor Gott...“ (o. Fn. 1), S. 17; Axel Frhr. von Campenhausen, Die Trennung von Staat und Kirche in Deutschland und das kirchliche Selbstbestimmungsrecht, in: ZevKR 47 (2002), S. 359.

¹²⁷ BVerfGE 83, 341 (Bahá'í) mißt die Anwendung vereinsrechtlicher Anforderungen an die Ausübung der Vereinsautonomie an Art. 4 Abs. 1 und 2 GG. LG Oldenburg (JZ 1992, S. 250) sieht demgegenüber in einem vergleichbaren Fall den einschlägigen Maßstab in der Kirchenautonomie. – Werner Flume, Vereinsautonomie und kirchliche oder religiöse Vereinigungsfreiheit und das Vereinsrecht, in: JZ 1992, S. 238; Koriath, Vom institutionellen Staatskirchenrecht zum grundrechtlichen Religionsverfassungsrecht? (o. Fn. 1), S. 732, 738 ff.

selbständige Gewährleistung, die der Freiheit des religiösen Lebens und Wirkens der Kirchen und Religionsgemeinschaften die zur Wahrnehmung dieser Aufgaben unerläßliche Freiheit der Bestimmung über Organisation, Normsetzung und Verwaltung hinzufügt¹²⁸. Die Kirchenautonomie steht der Kirche für ihre körperschaftliche Organisation und ihre Ämter sowie für die kirchlichen Einrichtungen und Untergliederungen zu, mit denen sie ihren selbstbestimmten Auftrag religiösen Wirkens erfüllt¹²⁹.

Das in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV als „Kirchenautonomie“ innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes gewährleistete Selbstbestimmungsrecht der Religionsgesellschaften ist ein Werkzeug des von der Religionsfreiheit und der religiösen Vereinigungsfreiheit umfassten Grundrechts der *ungestörten kollektiven Religionsausübung* (Art. 4 Abs. 2, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 2 WRV); siehe Rn. 34. Die Autonomie der Religionsgesellschaften, z.B. im Bereich der karitativen und der wirtschaftlichen Betätigung oder bei der Gestaltung der Ämter und der Arbeitsbeziehungen, dient zum Teil unmittelbar der Lehre und dem Glauben der einzelnen Religionsgesellschaft, wie z.B. die Sakramente, der Zölibat oder der Kultus; insofern ergeben sich der Schutz und dessen Reichweite aus der grundrechtlichen Gewährleistung und deren verfassungsimmanenten Grenzen. Demzufolge bemisst sich die Frage einer Strafbarkeit der nach dem jüdischen oder islamischen Religionsgebot der Beschneidung neugeborener Knaben ausgeführten Handlung, die durch das Urteil des Landgerichts Köln vom 7.5.2012¹³⁰ kontrovers geworden ist, im Kernpunkt nach der Religionsfreiheit der Religionsgemeinschaften und nicht nach dem religiösen Erziehungsrecht der Eltern und der individuellen Religionsfreiheit des Kindes.

Durch die verfassungsrechtliche Kirchenautonomie erkennt der Staat an, daß die Religionsgesellschaften bei der Ordnung und Ver-

¹²⁸ BVerfGE 53, 366 (401); 55, 220 (244). Die Formulierung knüpft an die Auslegung von *Konrad Hesse* (Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: HSKR¹, Bd. I, S. 414) an; *Christian Waldhoff*, Kirchliche Selbstbestimmung und Europarecht, in: JZ 2003, S. 978.

¹²⁹ BVerfGE 46, 73 (86 f.) – Kirchenstiftung Goch; Art. 138 Abs. 2 WRV. – *Joseph Jurina*, Der Rechtsstatus der Kirchen und Religionsgemeinschaften im Bereich ihrer eigenen Angelegenheiten, 1972; *P. M. Huber*, Die korporative Religionsfreiheit und das Selbstbestimmungsrecht nach Art. 137 Abs. 3 WRV einschließlich ihrer Schranken, in: Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? (o. Fn. 1), S. 155.

¹³⁰ LG Köln, U. vom 7.5.2012 – 151 Ns 169/11 –, in: JZ 2012, S. 805, mit Anm. von *Barbara Rox*, ebd., S. 806, 1061, und *Helmut Goerlich / Benno Zabel*, ebd., S. 1058.

waltung ihrer Angelegenheiten *selbständig aufgrund eigenen Rechts* handeln und eine *selbstbestimmte kirchliche Gewalt* ausüben. Diese zum geistlichen Wesen der Kirche gehörenden „innerkirchlichen“ Handlungen, die den Schutz der Religionsfreiheit genießen, folgen nicht dem staatlichen Recht und unterliegen nicht der staatlichen Gerichtsbarkeit¹³¹, es sei denn, sie hätten – wie z.B. das liturgische Glockenläuten¹³² – Auswirkungen in den Rechtsbeziehungen der staatlichen Gemeinschaft oder sie hätten Beeinträchtigungen der Grundrechte Dritter oder anderer verfassungsrechtlich anerkannter Rechtsgüter zur Folge. Mit derartigen Auswirkungen ihres religiösen Wirkens bleiben die Religionsgesellschaften nicht mehr „innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“. Dies bezeichnet zugleich die Reichweite des dem Staat offenen Bereichs gesetzlicher Regelung der religiösen Betätigung von Religionsgesellschaften. Soweit die religionsgesellschaftliche Autonomieausübung durch ihre Auswirkungen den Normen des staatlichen Rechts – z.B. den Rechtsvorschriften des Arbeitsrechts – unterliegt, sind diese *nicht schlechthin eine Schranke* für die geschützte Regelungs- und Verwaltungsbeugnis. Vielmehr ist der „Wechselwirkung von Kirchenfreiheit und Schrankenzweck“ durch entsprechende Güterabwägung Rechnung zu tragen und ist dabei dem Eigenverständnis der Kirchen, soweit es durch den Schutzzweck der Religionsfreiheit gesichert werden soll, Geltung zu verschaffen¹³³. Ebenso bestimmt sich der Schutzgehalt

¹³¹ BVerfGE 18, 385 (Kirchenorganisation); BVerfG, in: NJW 1983, S. 2569, und NVwZ 1989, S. 452 (kirchliche Ämterhoheit); BVerfG, in: DVBl. 2009, S. 238 (Versetzung eines Pfarrers in den Ruhestand). – *Karl-Hermann Kästner*, Staatliche Justizhoheit und religiöse Freiheit, 1991; *Martin Heckel*, Die staatliche Gerichtsbarkeit in Sachen der Religionsgesellschaften, in: Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche, hg. von Peter Badura / Rupert Scholz, 1993, S. 213. – Die Kirchen üben in ihren eigenen Angelegenheiten keine öffentliche Gewalt aus und sind daher nicht an die Grundrechte des staatlichen Verfassungsrechts gebunden. Aus demselben Grund können ihnen auch nicht entgegen ihrer selbstbestimmten Entscheidung Strukturprinzipien des staatlichen demokratischen Gemeinschaftslebens aufgezwungen werden (LG Oldenburg, in: JZ 1992, S. 250).

¹³² BVerwGE 68, 62.

¹³³ BVerfGE 42, 312 (330 ff.); 53, 366 (401); 66, 1 (22); 70, 138 (167); 72, 278 (289); 137, 273 (302 ff.) – kirchliches Selbstbestimmungsrecht; EuGH, U. vom 17.4.2018 – Egenberger, Kirchenarbeitsrecht – mit Anm. *Stefan Greiner*, in: JM 2018, S. 233. – *Christoph Link / Heinrich de Wall*, Parlamentarisches Untersuchungsrecht und Kirchenfreiheit, in: JZ 1992, S. 1152; *Axel Frhr. von Campenhausen*, Kirchliches Selbstbestimmungsrecht und Arbeitsrecht, in: Verantwortlichkeit und Freiheit – die Verfassung als wertbestimmte Ordnung. Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag, hg. von Hans Joachim Faller / Paul Kirchhof / Ernst Träger 1989, S. 580; *Badura*, Staatsrecht (o. Fn. 1), L. Rn. 59; Das kirchliche Arbeitsrecht vor neuen Herausforderungen,

der Kirchenautonomie, wenn der Staat durch Regelungen oder Entscheidungen das kirchliche Selbstbestimmungsrecht tangiert. Die Bedeutung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV geht damit weit über das Verbot von Sondergesetzen zu Lasten der Religionsgesellschaften hinaus.

Die verfassungsrechtliche Autonomie der Religionsgemeinschaften kommt in den Rechtsfolgen des Individualarbeitsrechts und des kollektiven Arbeitsrechts in dem – auch der Schutz der Arbeitnehmer und ihrer Vereinigungen einschließenden – Grenzen der „allgemeinen Grenzen“ und der Rechtsvorschriften des Unionsrechts zur Geltung¹³⁴. Inhalt und Schranken der Rechte eines Arbeitnehmers werden näher dadurch bestimmt, ob seine Arbeitsaufgabe überhaupt und ggf. mit welchem Gewicht das wesensbestimmende Ethos der Religionsgemeinschaften berührt¹³⁵. Im Fall der Bewerbung eines Arbeitnehmers kommt es darauf an, ob und mit welchem Gewicht die Religionszugehörigkeit eines Bewerbers nach der Art der Tätigkeit oder der Umstände über die Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte Anforderung angesichts des Ethos der Religionsgemeinschaften darstellt¹³⁶. Im Fall der Kündigung eines Arbeitnehmers wegen Scheidung und Wiederverheiratung fällt ins Gewicht, zu welchem Ergebnis die Abwägung berechtigter Loyalitätserwartung nach dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften mit dem Recht des Arbeitnehmers auf Achtung seines Privat- und Familienlebens

EssGespr. 46 (2012). Ein Arbeitskampf bei arbeitsrechtlichen Dienstverhältnissen in kirchlichen Einrichtungen ist ausgeschlossen, wenn und soweit im „Dritten Weg“ durch paritätisch besetzte Kommissionen der „Dienstgemeinschaft“ der Arbeitgeber und Arbeitnehmer unter Beteiligung der Gewerkschaften verbindliche Kollektivvereinbarungen geschlossen werden; Art. 9 Abs. 3 GG (BAG, U. v. 20. 11. 2012 – 1 AZR 179/11).

¹³⁴ Axel Frhr. von Campenhausen, Kirchliches Selbstbestimmungsrecht und Arbeitsrecht, in: H. J. Faller / P. Kirchhof / E. Träger, (Hg.), Verantwortung und Freiheit, Festschrift für Willi Geiger, 1989, S. 580; das kirchliche Arbeitsrecht vor neuen Herausforderungen, EssGespr. 46 (2012); Badura, Staatsrecht (o. Fn. 1), L. Rn. 59; Czermak / Hilgendorf, Religions- und Weltanschauungsrecht (o. Fn. 1), § 16 III.

¹³⁵ BAG, U. v. 22. 7. 2010 – 6 AZR 847/07 – BB 2010, 2498 – Inhaltskontrolle von kirchlichen Arbeitsvertragsregelungen, §§ 305 ff. BGB: Anm. R. Richardi, RdA 2011, 119.

¹³⁶ BAG, B. vom 17. 3. 2016 – 8 AZR 501/14(A) – BeckRS 2016, 71139 – Egenberger, unterschiedliche Behandlung von Bewerbern wegen ihrer Religionszugehörigkeit – Vorabentscheidungsersuchen; EuGH, U. vom 17. 4. 2018 – C414/16 – EuZW 2018, 381; mit Anm. St. Greiner, JM 2018, 233; A. Sagan, EuZW 2018, 386.

andererseits führt¹³⁷. Die arbeitsrechtlichen Rechtsbeziehungen der Religionsgemeinschaften sind auf der Grundlage des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts an einer spezifischen religiösen Dienstgemeinschaft ausgerichtet, die eine kollektivrechtliche Regelung unter Einbeziehung der Gewerkschaften gewährleistet und ein verbindliches Schlichtungsverfahren vorsieht („Dritter Weg“). Der insoweit bestehende Ausschluß eines Arbeitskampfes, insbes. eines Streiks in kirchlichen Einrichtungen, steht Art. 9 Abs. 3 GG, Art. 11 EMRK und Art. 28 EU-Grundrechts-Charta im Einklang¹³⁸. Die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union können in Bezug auf berufliche Tätigkeiten innerhalb von Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, Bestimmungen vorsehen, wonach eine Ungleichbehandlung wegen Religion oder Weltanschauung einer Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt¹³⁹. Enger als nach Auffassungen des deutschen Staatskirchenrecht darf nach Art. 17 AEUV eine Religionsgemeinschaft nur bei speziellen Erfordernissen die Einstellung von Mitarbeitern von der Zugehörigkeit zu der Religionsgemeinschaft abhängig machen¹⁴⁰.

60 In welchen Fällen die Auswirkungen religionsgesellschaftlicher Selbstbestimmung in den Rechtsbeziehungen der staatlichen Gemeinschaft so erheblich sind, daß sie den „innerkirchlichen“ Bereich verlassen, und nach welchen Kriterien es zu beurteilen ist, ob ein staatliches Gesetz kraft der Kirchenautonomie für die Kirche keine Schranke ihres Handelns bilden kann, ist vielfach nicht ohne weite-

¹³⁷ Kündigung des Chefarztes eines katholischen Krankenhauses wegen Scheidung und Wiederverheiratung: BAG, U. vom 8.9.2011 – AZR 543/10 – NJW 2012, 1099; BVerfG, B. vom 23.10.2014 BVerfGE 137, 273; BAG, B. vom 28.7.2016 – 2 AZR 746/14 (A) – Vorabentscheidungsersuchen; EuGH, U. vom 11.9.2018 – C-68/17 (IR/JQ) – NJW 2018, 3086. – B. Vogler, Grundrechts und kirchliches Selbstbestimmungsrecht – dargestellt am Beispiel der Kündigung kirchlicher Mitarbeiter wegen Wiederverheiratung, RdA 1993, 257; H. J. Kalb, Der diskriminierte Chefarzt – Neues aus Luxemburg, Juris 2018, 462.

¹³⁸ BAG, U. vom 20.11.2012 AZ 2013, 448; BAG, U. vom 24.5.2018 – 6 AZR 308/17 –, mit Anm. J. Joussen, JM 2018, 415 – K. Schlaich, Der „Dritte Weg“ – Eine kirchliche Alternative zum Tarifvertragssystem?, JZ 1980, 209.

¹³⁹ Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG Nr. 42 des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. 2010 L 303, 16). – EuGH, U. vom 17.4.2018 – C-414/16 – Egenberger, mit Anm. St. Greiner (o. Fn. 136).

¹⁴⁰ EuGH, U. vom 17.4.2018 (wie Anm. 136).

res greifbar. Das Bundesverfassungsgericht hat als Faustregel die Formel verwendet, daß zu den für alle geltenden Gesetzen nur solche Gesetze zu rechnen seien, die für die Kirche dieselbe Bedeutung haben „wie für den Jedermann“: „Trifft das Gesetz die Kirche nicht wie den Jedermann, sondern in *ihrer Besonderheit als Kirche* härter, ihr Selbstverständnis, insbesondere ihren geistig-religiösen Auftrag beschränkend, also *anders* als den normalen Adressaten, dann bildet es insoweit keine Schranke.“¹⁴¹ Diese Formel kann die Güterabwägung in den Fällen, in denen die Kirche außerhalb des rein „innerkirchlichen“ Bereichs betroffen ist oder aber der Staat durch seine Regelung oder Maßnahme seiner grundrechtlichen Schutzpflicht oder sonstigen verfassungsrechtlichen Garantiepflicht nachkommt, nicht entbehrlich machen¹⁴². In den Problembereichen¹⁴³, bei denen die ihre eigenen Angelegenheiten – also nicht nur *res mixtae* oder staatlich verliehene Befugnisse – erledigende Religionsgesellschaft Rechtsgüter oder Rechtsbeziehungen *staatlicher Ordnungsfunktion und Verantwortung* berührt, muß sie die Schranke der zwingenden Erfordernisse des friedlichen, freien, gerechten und geordneten Zusammenlebens in der Rechtsgemeinschaft des religiös-weltanschaulich neutralen Staates beachten¹⁴⁴.

Die Freiheit des religiösen Bekenntnisses (Art. 4 Abs. 1 GG) ist auch die Freiheit des organisatorischen Zusammenschlusses zum Zwecke des gemeinsamen öffentlichen Bekenntnisses, insbesondere die Freiheit der Kirchen in ihrer historisch gewordenen Gestalt zum Bekenntnis gemäß ihrem Auftrag.¹⁴⁵ Dieses Freiheitsrecht kommt auch in den Institutionen und Garantien des Staatskirchenrechts zur Geltung. Die Gewährleistungen der Weimarer Kirchenartikel sind funktional auf die Inanspruchnahme und Verwirklichung des Grundrechts der Religionsfreiheit angelegt. Auch der Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ist ein Mittel zur Entfaltung der Reli-

61

¹⁴¹ BVerfGE 42, 312 (334); 66, 1 (20). – Siehe dazu die Kritik von H. Weber, Probleme (o. Fn. 56), S. 2552.

¹⁴² Mikat, Kirche und Staat (o. Fn. 1), Sp. 495 f. unter Bezugnahme auf BVerfGE 53, 366 (401). Diese Entscheidung kritisiert Geiger, Die Rechtsprechung (o. Fn. 114), S. 168 ff.

¹⁴³ Peter Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 1), Art. 140 GG / Art. 137 Abs. 3 WRV, Rn. 26 ff.

¹⁴⁴ Peter Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 1), Art. 140 GG / Art. 137 Abs. 3 WRV, Rn. 26 ff., 37 ff.

¹⁴⁵ BVerfGE 42, 312 (323); 53, 366 (387 f.).

gionsfreiheit.¹⁴⁶ Die staatskirchenrechtliche Autonomie und die mit ihr verbundenen Rechtseinrichtungen gehen jedoch nicht in dem Grundrecht auf. Der Staat erkennt durch seine Verfassung an, daß die Religionsgemeinschaften bei der Ordnung und Verwaltung ihrer Angelegenheiten selbständig auf Grund eigenen Rechts handeln und eine selbstbestimmte kirchliche oder sonstige institutionelle Gewalt ausüben.¹⁴⁷ Die Sonderstellung der Religionsgemeinschaften in der staatlichen Rechtsordnung ist nicht nur dem Grundrecht aus Art. 4 GG im Sinne gemeinschaftlicher Glaubens- und Religionsfreiheit geschuldet, es handelt sich vielmehr auch um eine institutionelle Sicherung der geforderten Staatsfreiheit der Kirchen im Sinne des Art. 137 Abs. 3 WRV.¹⁴⁸

3. Staatskirchenrecht und Religionsverfassungsrecht

62 Das Staatskirchenrecht des Grundgesetzes ist in Fortführung der Tradition eine besondere Gestaltung des Religionsverfassungsrechts. Auf der Grundlage der Verfassung des Staates verbinden sich die Neutralität des Staates und der staatliche Schutz der korporativen Religionsgemeinschaften mit Formen der Zusammenarbeit von Staat und Religionsgemeinschaften (siehe Rn. 23 ff.)¹⁴⁹.

63 Das Staatskirchenrecht hat die in Verfassung, Gesetz und Verträgen normierten staatlichen Rechtsvorschriften über das Verhältnis des Staates zur Religion im Hinblick auf die Kirchen und andere Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften und deren Stellung und Wirken in der staatlichen Rechtsgemeinschaft zum Gegenstand.¹⁵⁰ Es hat eine verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 140 GG i.V.m. den inkorporierten Weimarer Kirchenartikeln sowie in Art. 3 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 2 und 3 GG. Das Staatskirchenrecht unterscheidet sich gesetzestechisch und sachlich von der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) und bildet mit diesem Grundrecht, das auch

¹⁴⁶ BVerfGE 102, 370 (387, 393). – *Badura*, Schutz (o. Fn. 13), S. 12 ff., 46 ff.; *Claus Dieter Classen*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Grundrechtsordnung, 2003; *Korioth*, Vom institutionellen Staatskirchenrecht zum grundrechtlichen Religionsverfassungsrecht? (o. Fn. 1), S. 732, 738 ff.

¹⁴⁷ BVerfGE 18, 385 (386); 42, 312 (332); 102, 370 (388 f.).

¹⁴⁸ BVerfG, in: DVBl. 2009, 238 (Tz. 4).

¹⁴⁹ *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 1), Art. 140, Rn. 4 ff., 10, 11, ; *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 1), A. § 1. – BVerfGE 137, 273 (302 ff.) – Kirchliches Selbstbestimmungsrecht und Arbeitsverhältnis.

¹⁵⁰ Siehe näher oben I. 1. a.

den Religionsgemeinschaften zusteht, einen Glauben und Bekenntnis betreffenden Ordnungs- und Gewährleistungszusammenhang.¹⁵¹ Die Hervorhebung der Kirchen ist in der geschichtlich überkommenen Bedeutung der als Kirchen verfaßten christlichen Glaubens- und Bekenntnisgemeinschaften begründet, bekundet jedoch nicht deren Privilegierung als solche gegenüber anderen Religionsgemeinschaften.¹⁵² Der fortschreitende Wandel in den religiösen und weltanschaulichen Vorstellungen in den Kirchen selbst, vor allem aber darüber hinaus, der sich in einem zunehmenden religiösen, weltanschaulichen und ideologischen Pluralismus äußert, und in Deutschland außerdem die mit der Wiedervereinigung einhergehende Änderung in der Basis des religiösen Lebens berühren die überkommene Grundorientierung des Staatskirchenrechts seit 1919, 1949 und 1990. Die seit einiger Zeit in einem Teil der Staatsrechtslehre bevorzugte Terminologie und Begrifflichkeit des „Religionsverfassungsrechts“ nimmt diese Entwicklung auf und orientiert die Einrichtungen und Garantien des Staatskirchenrechts mehr oder weniger durchgehend an dem Grundrecht der Religionsfreiheit bis hin zu einer „grundrechtszentrierten“ (*Unruh*) Dogmatik des Rechtsgebiets.¹⁵³

¹⁵¹ Siehe näher oben I. 1. b. und II. 2. c.

¹⁵² Siehe näher unter I. 2. a. und b., II. 1. d. und 2. c.

¹⁵³ *Peter Häberle*, „Staatskirchenrecht“ als Religionsrecht der verfaßten Gesellschaft, in: DÖV 1976, S. 73; *Alexander Hollerbach*, Staatskirchenrecht oder Religionsrecht? Begriffs- und problemgeschichtliche Notizen, in: Iuri canonico promovendo. Festschrift für Heribert Schmitz, hg. von Winfried Aymans/Karl-Theodor Geringer, 1994, S. 869; *Gerhard Czermak*, „Religions(verfassungs)recht“ oder „Staatskirchenrecht“?, in: NVwZ 1999, S. 743; *ders.*, Das Religionsverfassungsrecht im Spiegel der Tatsachen, in: ZRP 2001, S. 565; *ders.*, Religions- und Weltanschauungsrecht, 2008; *Ehlers*, Der Bedeutungswandel im Staatskirchenrecht (o. Fn. 1); *Ansgar Hense*, Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht: mehr als ein Streit um Begriffe?, in: Religion und Weltanschauung im säkularen Staat (o. Fn. 56), S. 9; *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 1), Art. 140, Rn. 2 f.; *Claus Dieter Classen*, Religionsrecht, 2006 (Rez. Stefan Korioth, in: AöR 132 (2007), S. 473); *Christian Walter*, Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive, 2006; *Heinig/Walter* (Hg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? (o. Fn. 1); Tagungsbericht: *Diana Zacharias*, in: DVBl. 2006, S. 558; *Martin Heckel*, Zur Zukunftsfähigkeit des deutschen „Staatskirchenrechts“ oder „Religionsverfassungsrechts“?, in: AöR 134 (2009), S. 309; *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 2009. – Das Grundrecht der Religionsfreiheit, seit jeher basierend auf dem Schutz der individuellen Gedanken- und Bekenntnisfreiheit, ist das Einfallstor des gesellschaftlichen Wandels und der in neuerer Zeit zunehmenden Pluralität (siehe dazu *Waldhoff*, Zukunft des Staatskirchenrechts (o. Fn. 1), S. 66, 92).

- 64 Während der Ausdruck „Religionsrecht“ in der Regel als zusammenfassende Bezeichnung für das staatliche Recht über Religion, Religionsfreiheit und Religionsgemeinschaften verwendet wird, also nur terminologische Bedeutung hat,¹⁵⁴ wird mit dem Ausdruck „Religionsverfassungsrecht“ eine dogmatische Überwindung oder vermeintlich verbessernde Weiterbildung des überkommenen Staatskirchenrechts angezeigt, also eine begriffliche Neuerung angestrebt, die dem pluralistischen Wandel der Religionsverhältnisse und einer dominierenden Wirkung des im Hauptpunkt individualistisch verstandenen Grundrechts der Religionsfreiheit Rechnung tragen will.
- 65 Der Ordnungs- und Gewährleistungszusammenhang, der die auch die grundrechtliche Freiheit der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften umfassende Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) mit den Garantien und Einrichtungen des Staatskirchenrechts verbindet, kommt im Dritten Abschnitt „Religion und Religionsgesellschaften“ (Art. 135 bis 141) des Zweiten Hauptteils der Weimarer Reichsverfassung umstandslos zur Geltung, ist unter dem Grundgesetz nicht zweifelhaft und ist vom Bundesverfassungsgericht etwas zugespitzt dahin charakterisiert worden, daß die Gewährleistungen der Weimarer Kirchenartikel „funktional auf die Inanspruchnahme und Verwirklichung“ des Grundrechts der Religionsfreiheit angelegt sind.¹⁵⁵ Die darüber hinausgehende „religionsverfassungsrechtliche“ Rechtsauffassung, die die staatskirchenrechtlichen Garantien und Einrichtungen modifizierend und zum Teil einschränkend als bloße Konkretisierungen des Grundrechts der Religionsfreiheit begreift, hebt die von der Verfassung angestrebte und festgehaltene Sonderstellung der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu Unrecht auf.¹⁵⁶ Die Verfassung weist diesen Gemeinschaften eine institutionell gewährleistete Stellung zu, die sich in Grund und Wirkung von der allgemeinen Vereinigungsfreiheit und der kollektiven Religi-

¹⁵⁴ Paul Mikat, Die religionsrechtliche Ordnungsproblematik in der Bundesrepublik Deutschland, in: ders., Religionsrechtliche Schriften, 1. Hbd., 1974, S. 377; Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 1), Art. 140, Rn. 3.

¹⁵⁵ BVerfGE 102, 370 (387) unter Bezugnahme auf BVerfGE 42, 312 (322). – Kritisch Koriath, Vom institutionellen Staatskirchenrecht zum grundrechtlichen Religionsverfassungsrecht? (o. Fn. 1), S. 732 f.

¹⁵⁶ Hollerbach, Staatskirchenrecht oder Religionsrecht? (o. Fn. 153); Koriath, Vom institutionellen Staatskirchenrecht zum grundrechtlichen Religionsverfassungsrecht? (o. Fn. 1), S. 745 ff.; Josef Isensee, Diskussionsbeitrag, in: EssGespr. 40 (2007): Die Trennung von Staat und Kirche, S. 85 f.; Waldhoff, Zukunft des Staatskirchenrechts (o. Fn. 1), S. 80 ff.; Winter, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 9 ff.; M. Heckel, Zur Zukunftsfähigkeit (o. Fn. 153), S. 326 ff.

onsfreiheit unterscheidet (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 2 WRV). Die Kirchen und anderen Religionsgesellschaften besitzen zum Staat ein anderes Verhältnis als irgend eine andere gesellschaftliche Großgruppe (Verband, Institution). Sie erfassen ähnlich wie der Staat den Menschen als Ganzes in allen Feldern seiner Betätigung und seines Verhaltens und stellen (rechtliche oder sittlich-religiöse) Forderungen an ihn. Dem liegt das Spezifikum des geistig-religiösen Auftrags der Kirche und Religionsgemeinschaft zugrunde; sie vertreten nicht nur partielle Interessen.¹⁵⁷ Die erworbene oder erwerbbare Eigenschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts (Art. 137 Abs. 5–7 WRV),¹⁵⁸ das Recht der Kirchensteuern (Art. 137 Abs. 6 WRV),¹⁵⁹ das Regime der Staatsleistungen und des Kirchenguts (Art. 138 WRV)¹⁶⁰ und die Garantie des Religionsunterrichts (Art. 7 Abs. 3 GG)¹⁶¹ sind staatskirchenrechtliche Rechtseinrichtungen, die Grund und Rechtfertigung nicht allein in der Religionsfreiheit als Grundrecht finden. Das Staatskirchenrecht als staatliches Recht, das dem politischen Frieden, der weltlichen Freiheit aller und der Koexistenz der gegensätzlichen Religionen unter Ausklammerung der religiösen Wahrheitsfrage dient, ist eine weltliche Rahmenordnung zum Schutz des religiösen Selbstverständnisses der Religionsgesellschaften.¹⁶² Diese Rahmenordnung, bestimmt durch die Grundlage und den Ordnungs- und Schutzauftrag der Verfassung in Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht, ist der Gestaltung und Fortbildung durch Gesetz und Vertrag anvertraut.¹⁶³

¹⁵⁷ BVerfGE 42, 312 (333).

¹⁵⁸ Siehe oben II. 1. b.

¹⁵⁹ Grundrechtsbindung der kirchlichen Gesetzgebers bei der Erhebung von Kirchensteuer (BVerfG, in: DVBl. 2002, S. 1624).

¹⁶⁰ Siehe oben II. 2. b.

¹⁶¹ BVerfGE 74, 244 (Verantwortung der Religionsgemeinschaft); 104, 305; 106, 210; BVerfG, in: EuGRZ 2004, S. 112 (LER in Brandenburg); BVerwGE 123, 49 (islamischer Religionsunterricht); *Stefan Koriath*, Islamischer Religionsunterricht und Art. 7 Abs. III GG, in: NVwZ 1997, S. 1044. – BVerfG, in: DVBl. 2007, S. 693 (Ethikunterricht in Berlin).

¹⁶² *M. Heckel*, Zur Zukunftsfähigkeit (o. Fn. 153), S. 345, 364 ff., 376 f.; *ders.*, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 59 (2000), S. 303 ff.

¹⁶³ Der mit zunehmender religiöser Pluralität verbundene gesellschaftliche Wandel kann für den Gesetzgeber Anlaß zu einer Neubestimmung des zulässigen Ausmaßes religiöser Bezüge in der Schule sein (BVerfGE 108, 282 [309] – Kopftuch).

III. Das Staatskirchenrecht im Bundesstaat

1. Die deutschen Landesverfassungen

a) Verfassungsgebung vor 1949

66 Die Verfassungen *Bayerns*, *Bremens*, *Hessens*, von *Rheinland-Pfalz* und des *Saarlandes* haben, in mehr oder weniger enger Anlehnung an die Weimarer Kirchenartikel, besondere Abschnitte über Religion und Religionsgemeinschaften, Kirchen und Religionsgesellschaften aufgenommen. Hessen und Bremen zeigen eine stärkere Betonung des Trennungsprinzips, in Rheinland-Pfalz und Bayern kommen die Verfassungsziele der christlichen Kirchen deutlicher zur Geltung. Ein vollständiges Bild des landesverfassungsrechtlichen Staatskirchenrechts kann nur gewonnen werden, wenn auch die Bestimmungen über Erziehung, Schule, Religionsunterricht und Hochschule berücksichtigt werden¹⁶⁴.

67 Die *Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen* vom 21.10.1947 stellt an die Spitze ihres Abschnitts über die Kirchen und Religionsgesellschaften¹⁶⁵ den strengen Satz: „Die Kirchen und Religionsgesellschaften sind vom Staate getrennt“ (Art. 59 Abs. 1), übernimmt aber gleichwohl den öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus. Dem für das Schulwesen ausdrücklich hervorgehobenen „Grundsatz der Duldsamkeit“ (Art. 33 S. 1) korrespondiert die Regelung, daß die allgemeinbildenden öffentlichen Schulen Gemeinschaftsschulen sind „mit bekenntnismäßig nicht gebundenem Unterricht in Biblischer Geschichte auf allgemein christlicher Grundlage“ (Art. 32 Abs. 1); dies ist Anlaß der *clausula Bremensis* des Art. 141 GG. Die *Verfassung des Landes Hessen* vom 1.12.1946 zeigt darin eine Besonderheit, daß es ausdrücklich als Aufgabe von Gesetz oder Vereinbarung bezeichnet wird, die staatlichen und kirchlichen Bereiche klar gegeneinander abzugrenzen, und daß es den Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, wie dem Staat, in einer unklaren

¹⁶⁴ W. Weber / Peters, Die Gegenwartslage (o. Fn. 15); Schlieff, Die Entwicklung (o. Fn. 3), S. 118 ff.; Bengt Beutler, Das Staatsbild in den Länderverfassungen nach 1949, 1973; Hollerbach, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen (o. Fn. 45), S. 230 ff.; ders., Kirche und Staat, in: StL⁷, Bd. III, 1987, Sp. 497 ff.; ders., Grundlagen (o. Fn. 1), S. 489 ff.; Korioth, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 1), Art. 140, Rn. 18 ff.; Peter Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 1), Art. 140, Rn. 44 ff.

¹⁶⁵ Hartwin Meyer-Arndt, Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Handbuch der Bremischen Verfassung, hg. von Volker Kröning u. a., 1991, S. 254.

und schiefen Formulierung des Trennungsprinzips geboten wird, sich „jeder Einmischung in die Angelegenheiten des anderen Teiles zu enthalten“ (Art. 50)¹⁶⁶.

Die *Verfassung des Freistaates Bayern* vom 2.12.1947 folgt in den kirchenpolitischen Grundnormen ihres verhältnismäßig detaillierten Abschnitts über Religion und Religionsgemeinschaften¹⁶⁷ dem Weimarer Vorbild. Der Kirchenautonomie ist der Satz vorangestellt: „Kirchen und anerkannte Religionsgemeinschaften sowie solche weltanschauliche Gemeinschaften, deren Bestrebungen den allgemein geltenden Gesetzen nicht widersprechen, sind von staatlicher Bevormundung frei“ (Art. 142 Abs. 3 S. 1). Die *Verfassung für Rheinland-Pfalz* vom 18.5.1947 bekräftigt die Freiheit der Kirchen und Religionsgemeinschaften und gibt überdies den Kirchen und ihrem selbstgestellten Öffentlichkeitsauftrag seine herausgehobene Stellung: „Die Kirchen sind anerkannte Einrichtungen für die Wahrung und Festigung der religiösen und sittlichen Grundlagen des menschlichen Lebens“ (Art. 41)¹⁶⁸.

68

b) Landesverfassungen nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes

Die Landessatzung für Schleswig-Holstein vom 13.12.1949, nach einer Verfassungsrevision jetzt als *Verfassung des Landes Schleswig-Holstein* in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.6.1990 geltend, die *Niedersächsische Verfassung* vom 19.5.1993, wie zuvor die Vorläufige Niedersächsische Verfassung vom 13.4.1951, und die *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg* vom 6.6.1952 beschränken sich im wesentlichen auf ein Organisationsstatut und verzichten demgemäß auf eigene Regelungen des Staatskirchenrechts. Die Freie und

69

¹⁶⁶ Michael Stolleis, Staatskirchenrecht, in: Hessisches Staats- und Verwaltungsrecht, hg. von Hans Meyer/Michael Stolleis, 2. Aufl. 1986, S. 458; Erwin Stein/Hanns Engelhardt, Erl. zu Art. 48 bis 54 (1990), in: Verfassung des Landes Hessen, hg. von Georg August Zinn/Erwin Stein, 1963 ff.

¹⁶⁷ Siehe die Erläuterungen zu Art. 142 bis 150 BayVerf.: Hans Nawiascky/Claus Leusser, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1948; Axel Frhr. von Campenhausen/Franz-Georg von Busse, Erl. zu Art. 142 bis 150 (1976), in: Die Verfassung des Freistaates Bayern, hg. von Hans Nawiascky/Karl Schweiger/Franz Knöpfle, 2. Aufl. 1993; Theodor Meder, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 4. Aufl. 1992; Josef Franz Lindner/Markus Möstl/Heinrich Amadeus Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2009.

¹⁶⁸ Adolf Süsterhenn/Hans Schäfer, Kommentar zur Verfassung für Rheinland-Pfalz, 1950, S. 186 ff.; Fritz Duppré, in: Staats- und Verwaltungsrecht in Rheinland-Pfalz, hg. von Franz Mayer/Carl Hermann Ule, 1969, S. 75 ff.

Hansestadt Hamburg hat mit dem Heiligen Stuhl das Konkordat vom 29.11.2005 abgeschlossen (Vertragsgesetz vom 6.7.2006, HmbGVBl. S. 435). Die *Verfassung von Berlin* vom 1.9.1950 enthält einen Grundrechtskatalog einschließlich der Gewährleistung ungestörter Religionsausübung (Art. 20 Abs. 1), jedoch keine staatskirchenrechtlichen Vorschriften.

- 70 Demgegenüber haben die *Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen* vom 28.6.1950 (Art. 22)¹⁶⁹ und die *Verfassung des Landes Baden-Württemberg* vom 11.11.1953 (Art. 5)¹⁷⁰ die Bestimmung des Art. 140 GG und damit die Weimarer Kirchenartikel ausdrücklich zum Bestandteil der Landesverfassung erklärt und so inhaltlich als Landesverfassungsrecht rezipiert, daneben aber einige weitere staatskirchenrechtliche Vorschriften aufgenommen. In beiden Verfassungen wird die Fortgeltung der auf das Staatsgebiet dieser neu gebildeten Länder bezogenen Kirchenverträge anerkannt. Baden-Württemberg spricht Kirchenfreiheit und Öffentlichkeitsauftrag besonders aus (Art. 4): „(1) Die Kirchen und die anerkannten Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften entfalten sich in der Erfüllung ihrer religiösen Aufgaben frei von staatlichen Eingriffen. (2) Ihre Bedeutung für die Bewahrung und Festigung der religiösen und sittlichen Grundlagen des menschlichen Lebens wird anerkannt.“

c) Landesverfassungen nach der Wiedervereinigung Deutschlands

- 71 Den erstgewählten Landtagen der mit Wirkung vom 3. Oktober 1990 auf dem Gebiet der ehemaligen DDR gebildeten Länder oblag zugleich die Aufgabe einer verfassungsgebenden Landesversammlung¹⁷¹. Auf dieser organisatorischen Grundlage ist eine vielfältige Bewegung neuer Verfassungsgebungen in Gang gekommen, die sich nicht zuletzt durch einen großen Gestaltungsreichtum materieller

¹⁶⁹ *Schlaich*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 704; *Martin Winkelmann*, Das Verhältnis der religionsrechtlichen Bestimmungen der nordrhein-westfälischen Landesverfassung zu den Regelungen des Grundgesetzes, in: DVBl. 1991, S. 791; *Rolf Grawert*, Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 2008.

¹⁷⁰ *Klaus Braun*, Kommentar zur Verfassung des Landes Baden-Württemberg, 1984, Erläuterungen zu Art. 4 bis 10; *Martin Heckel*, Staatskirchenrecht, in: Baden-Württembergisches Staats- und Verwaltungsrecht, hg. von Hartmut Maurer / Reinhard Hendler, 1990, S. 580.

¹⁷¹ Siehe § 23 Abs. 2 Ländereinführungsgesetz vom 22.7.1990 (GBl. I Nr. 51 S. 955) und EV, Anlage II, Kap. II, Sachgebiet A, Abschnitt II (BGBl. 1990 II S. 1150).

Verfassungsnormen über Grundrechte, Staatsaufgaben und politische Ziele auszeichnet¹⁷². Die Regelungen der neuen Verfassungen über Religion und Kirche bleiben jedoch auf der Linie, die durch das Grundgesetz und die anderen Landesverfassungen vorgezeichnet ist, soweit nicht – wie in Sachsen-Anhalt und in Sachsen – die auch in Art. 140 GG aufgezählten Weimarer Kirchenartikel zum Bestandteil des Landesverfassungsrechts erhoben und nur ergänzende Bestimmungen aufgenommen werden. Fast alle neuen Länder haben Konkordate mit dem Heiligen Stuhl, Kirchenverträge mit den Evangelischen Landeskirchen und Verträge mit den Jüdischen Landesvereinigungen abgeschlossen.¹⁷³

Die *Verfassung des Freistaates Sachsen* vom 27.5.1992 (10. Abschnitt: Die Kirchen und Religionsgemeinschaften, Art. 109–112),¹⁷⁴

72

¹⁷² Peter Häberle, Der Entwurf der Arbeitsgruppe „Neue Verfassung der DDR“ des Runden Tisches (1990), Textanhänge III bis VII, in: JÖR 39 (1990), S. 387 ff.; ders., Das Problem des Kulturstaates im Prozeß der deutschen Einigung – Defizite, Versäumnisse, Chancen, Aufgaben, in: JÖR 40 (1991/92), S. 291; ders., Die Verfassungsbewegung in den fünf neuen Bundesländern, in: JÖR 41 (1993), S. 69; Klaus Vogelsang, Die Verfassungsentwicklung in den neuen Bundesländern, in: DÖV 1991, S. 1045; Johannes Dietlein, Die Grundrechte in den Verfassungen der neuen Bundesländer, 1993; ders., Landesgrundrechte im Bundesstaat, in: JURA 1994, S. 57; Konrad Hesse, Der Beitrag der Verfassungen in den neuen Bundesländern zur Verfassungsentwicklung in Deutschland, in: KritV 1993, S. 7; Michael Sachs, Die Landesverfassung im Rahmen der bundesstaatlichen Rechts- und Verfassungsordnung, in: ThürVBl 1993, S. 121; Ute Sacksofsky, Landesverfassungen und Grundgesetz – am Beispiel der Verfassungen der neuen Bundesländer, in: NVwZ 1993, S. 235; Fuchs, Das Staatskirchenrecht der neuen Bundesländer (o. Fn. 1); Kupke, Die Entwicklung des deutschen „Religionsverfassungsrechts“ (o. Fn. 1).

¹⁷³ Johannes Oepenbrock, Fortgeltung des Reichskonkordats und des Preußenkonkordats in den neuen Bundesländern, in: NVwZ 1992, S. 736; Axel Frhr. von Campenhausen, Vier neue Staatskirchenverträge in vier neuen Ländern, in: NVwZ 1995, S. 757; ders., Der Güstrower Vertrag – Ein Schritt zur Normalisierung des Verhältnisses von Staat und Kirche, in: LKV 1995, S. 233; P. M. Huber, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 121; Hans Ulrich Anke, Die Neubestimmung des Staat-Kirche-Verhältnisses in den neuen Ländern durch Staatskirchenverträge, 2000. – Ludwig Renck, Bemerkungen zum Konkordat des Landes Brandenburg mit dem Hl. Stuhl, in: LKV 2004, S. 250; Holger Kremser, Der Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Mecklenburg-Vorpommern vom 15. 9. 1997, in: LKV 1998, S. 300; Harald von Bose, Neue Entwicklungen im Staatskirchenrecht – Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Sachsen-Anhalt, in: LKV 1998, S. 295.

¹⁷⁴ Hans von Mangoldt, Die Verfassung des Freistaates Sachsen – Entstehung und Gestalt, in: SächsVBl. 1993, S. 25; Christoph Degenhart, Grundzüge der neuen sächsischen Verfassung, in: LKV 1993, S. 33; Uhle (Hg.), 20 Jahre Staatskirchenverträge in Sachsen, 2016.

die *Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt* vom 16. 7. 1992 (Art. 32) und die *Verfassung des Landes Brandenburg* vom 20. 8. 1992 (7. Abschnitt: Kirchen und Religionsgemeinschaften, Art. 36–38)¹⁷⁵ erkennen – mit unterschiedlichen Wendungen – den Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften an und bekräftigen zugleich den Trennungsgrundsatz.

- 73 Die *Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern* vom 23. 5. 1993 und 23. 8. 1994 begnügt sich im wesentlichen mit einer Übernahme der Weimarer Kirchenartikel (Art. 9)¹⁷⁶. Die *Verfassung des Freistaates Thüringen* vom 25. 10. 1993¹⁷⁷ bleibt in dem Spektrum der Verfassungen der anderen neuen Bundesländer (6. Abschnitt: Religion und Weltanschauung, Art. 39 bis 41).

2. Zulässigkeit und Notwendigkeit staatskirchenrechtlicher Garantien und Grundsätze in der Bundesverfassung

- 74 Die Weimarer Nationalversammlung entschied sich dafür, die Grundlinien des für Deutschland maßgebenden kirchenpolitischen Systems in der *Reichsverfassung* festzulegen und damit der Stellung und den Rechten der Kirchen eine Garantie zu verschaffen, die für die Länder bindend war.¹⁷⁸ Das *Grundgesetz* hat erneut diese grundlegende verfassungspolitische Entscheidung getroffen, die den Ländern die Gesetzgebungs- und Vertragsschließungsgewalt auf dem Gebiet des Staatskirchenrechts zuweist, aber die wesentlichen Elemente des kirchenpolitischen Systems durch die vorrangige Bundesverfassung vorwegnimmt. Durch Art. 140 GG sind die Länder gehin-

¹⁷⁵ Michael Sachs, Bericht zur Verfassung des Landes Brandenburg, in: Deutsche Wiedervereinigung, hg. von Klaus Stern, Bd. II, T. 2, 1992, S. 3; ders., Zur Verfassung des Landes Brandenburg, in: LKV 1993, S. 241; Helmut Simon, Wegweisendes Verfassungsmodell aus Brandenburg, in: Neue Justiz 45 (1991), S. 427.

¹⁷⁶ Art. 9 der Verfassung enthält außerdem eine Klausel über die Möglichkeit, „Fragen von gemeinsamen Belangen“ durch Vertrag zu regeln (Abs. 2), sowie eine Gewährleistung der Theologischen Fakultäten (Abs. 3). – Siehe den Zwischenbericht der Verfassungskommission vom 30. 4. 1992 (LT-Drs. 1/2000), mit dem der Entwurf der Verfassung vorgelegt wurde.

¹⁷⁷ Häberle, Das Problem (o. Fn. 171), S. 459 ff.; ders., Verfassungsbewegung (o. Fn. 172), S. 260 ff. – Christian Starck, Verfassungsgebung in Thüringen, in: ThürVBl. 1992, S. 10; GVBl. für den Freistaat Thüringen 1993, S. 625–638; ThürVBl. Sonderheft 1993, B 1 ff.: Verfassung des Freistaates Thüringen.

¹⁷⁸ Giese, Staat und Kirche (o. Fn. 79), S. 251; E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. VI (o. Fn. 79), S. 908. – Siehe oben unter II. 1. a.

dert, die Kirchen in ihrer Freiheit stärker zu beschränken, als es nach Bundesverfassungsrecht zulässig ist.¹⁷⁹ Der Bund hat, anders als das Reich unter der Weimarer Reichsverfassung, keine allgemeine Gesetzgebungskompetenz in den Materien des Staatskirchenrechts. Zugfolge der Garantien des Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 und des Art. 140 GG hat der Bund aber durch das *Bundesverfassungsgericht* die Möglichkeit, den Inhalt des Staatskirchenrechts weitgehend zu bestimmen. Wie im Fall des Rundfunkrechts ist es auch hier in die Hand des Bundesverfassungsgerichts gelegt, eine der Bundesgesetzgebung entzogene Materie entsprechend den Festlegungen des Bundesverfassungsrechts im einzelnen auszugestalten und damit die Länder in ihrer Kirchenpolitik zu binden. Auch durch Konkordate und Kirchenverträge können die zwingenden Garantienormen des Grundgesetzes nicht beschränkt oder abbedungen werden.

Landesverfassungsrecht, das in Abweichung vom Grundgesetz das Verhältnis des Staates zu den Kirchen regelt, ist gültig, aber unanwendbar (Art. 31 GG).¹⁸⁰ Die staatskirchenrechtlichen Regelungen der Landesverfassung bleiben insoweit anwendbares Landesrecht, als sie als nähere Ausführung des Bundesverfassungsrechts angesehen werden können. Soweit durch Art. 4 Abs. 1 und 2 und Art. 140 GG hier eine abschließende Regelung getroffen worden ist, entfällt – unbeschadet der Aufrechterhaltung grundrechtlicher Garantien gemäß Art. 142 GG – eine Entscheidungsvollmacht der Länder. Für die Kirchen liegt darin die letztlich ausschlaggebende Garantie ihrer Stellung im weltlichen Rechtssystem.

Der *religions- und kirchenpolitische Ausgleich*, der im Weimarer Kompromiß gefunden worden war und der mit der Inkorporation der Weimarer Kirchenartikel in das Grundgesetz fortgebildet worden ist, ist nicht unangefochten.¹⁸¹ Bestrebungen einer grundsätzlichen Neuordnung des Staatskirchenrechts im Sinn eines Abbaus der institutionellen Sonderstellung der Kirchen und sonstigen Religionsgemein-

¹⁷⁹ BVerfGE 42, 312 (324); *Hollerbach*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen (o. Fn. 45), S. 247 ff.

¹⁸⁰ BVerfGE 36, 342. – Eine eingehende Auseinandersetzung bei *Hollerbach*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen (o. Fn. 45), S. 247 ff.

¹⁸¹ *Martin Heckel*, Gleichheit oder Privilegien? Der Allgemeine und der Besondere Gleichheitssatz im Staatskirchenrecht, 1993; *Paul Kirchhof*, Braucht das Staats- und Europarecht eine Regelung zu den Religionen? In: Die verrechtlichte Religion, hg. von Hans G. Kippenberg / Gunnar F. Schuppert, 2005, S. 187; *Stefan Koriath / Ino Augsberg*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität – Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen des Staates?, in: JZ 2010, S. 828. – Siehe II. 3.

schaften, also letztlich der Reduktion auf das Grundrecht, haben im Zuge der Wiedervereinigung Deutschlands¹⁸² neue Nahrung erhalten. Die aufgrund der Empfehlungen des Art. 5 Einigungsvertrag von Bundestag und Bundesrat eingesetzte Gemeinsame Verfassungskommission hat sich mit dem „geltenden Staatskirchenrecht im Umfeld zu Art. 140 GG“ befaßt, von einer Empfehlung aber Abstand genommen.¹⁸³ Ein Antrag zur Änderung staatskirchenrechtlicher Vorschriften im Grundgesetz – Kommissionsdrucksachen Nr. 37 (Bündnis 90 / DIE GRÜNEN), Nr. 89 (PDS/LL) – verfiel mit großer Mehrheit der Ablehnung. Auch eine „redaktionelle Überarbeitung“ wurde nicht in Betracht gezogen; sie hätte sich sehr rasch als eine nur durch sachliche Entscheidungen zu lösende Aufgabe erwiesen. Es verdient festgehalten zu werden, daß die Mehrheit der Gemeinsamen Verfassungskommission sich die in Art. 140 GG in Bezug genommenen Artikel der Weimarer Reichsverfassung nicht durch ausdrückliche Übernahme inhaltlich zu eigen machen wollte. Offenbar sollte davon abgesehen werden, anstelle der Verweisung des Art. 140 GG den Wortlaut der einzelnen Weimarer Kirchenartikel in das Grundgesetz zu übernehmen. Ein spezielleres Problem vertraten die Abgeordneten der SPD, die mit einer Protokollerklärung auf eine Änderung der Praxis des Bundesverfassungsgerichts zur staatskirchenrechtlichen Modifikation der Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsrechte in kirchlichen Arbeitsverhältnissen hinwirken wollten. Das Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer dürfe nicht durch die Überbetonung des Selbstbestimmungsrechts der Kirchen faktisch leerlaufen. Dieser Protokollerklärung wurde seitens der CDU/CSU-Mitglieder der Gemeinsamen Verfassungskommission ausdrücklich widersprochen. Die weitere Entwicklung wird zeigen, ob die Auffassung Bestand haben wird, daß Art. 140 GG und die darauf aufbauende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „klar und eindeutig die Position der Kirchen in einem freiheitlichen, pluralistischen Gemeinwesen beschreibt“¹⁸⁴. Ein Rückzug auf die Garantie der Religionsfreiheit oder gar der Gewissensfreiheit wäre die Abwendung von der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Staatskirchenrechts.

¹⁸² Die Kirchensteuer ist in dem Gebiet der früheren DDR durch das einen Bestandteil des Einigungsvertrages bildende Gesetz zur Regelung des Kirchensteuerwesens (EVe/Anl. II Kap. IV Abschnitt I Nr. 5 [BGBl. 1990 II, S. 11941]) eingeführt worden.

¹⁸³ Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, in: BT-Drs. 12/6000 (5. 11. 1993), S. 106 ff. – *Korioth*, Vom institutionellen Staatskirchenrecht zum grundrechtlichen Religionsverfassungsrecht? (o. Fn. 1), S. 730.

¹⁸⁴ So in dem Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission.

§ 9

Gesetzesrecht als Rechtsquelle des Staatskirchenrechts

Von Dirk Ehlers

I. Begriffsklärungen	1–6
1. Staatskirchenrecht	1–4
2. Rechtsquelle	5
3. Gesetzesrecht	6
II. Verfahren der Gesetzgebung	7–9
III. Pflicht zur Gesetzgebung	10–15
1. Grundrechtlich gebotene Gesetzgebung	11–14
2. Sonstige Pflichten zur Gesetzgebung	15
IV. Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen	16–29
1. Kompetenzregelungen	16–23
a) Regelungen in Bezug auf das Völkerrecht	17
b) Unionsrechtliche Regelungen	18
c) Innerstaatliche Regelungen	19–23
2. Auslegung der Kompetenzregeln	24–29
a) Europäisches Unionsrecht	25
b) Innerstaatliches Recht	26–29
V. Wirkungsweise der Gesetze	30–33
VI. Vorbehalt des Gesetzes	34–43
1. Vorbehalt des Gesetzes im Staat–Bürger-Verhältnis	34–42
2. Sonstige Gesetzesvorbehalte	43
VII. Schranken der Gesetzgebung	44–48
VIII. Bindung des Gesetzgebers an die Staatskirchenverträge	49
IX. Funktion der Kirchengesetze im Staatskirchenrecht	50

I. Begriffsklärungen

1. Staatskirchenrecht

1 Der (gesetzlich nicht vorgegebene) Terminus Staatskirchenrecht¹ ist historisch überkommen und könnte ohne Berücksichtigung dieses Kontextes Anlass zu Fehldeutungen geben. Im Folgenden wird unter Staatskirchenrecht die Gesamtheit der *hoheitlich gesetzten Rechtsnormen* verstanden, die den Umgang mit der Religion als solche betreffen. Als Hoheitsträger kommen die Staaten und überstaatlichen Rechtsträger in Betracht. Doch lässt sich von hoheitlicher Setzung auch noch im Falle der Volksgesetzgebung (die im Religionsrecht allerdings bisher nur eine untergeordnete Rolle spielt²) sowie des Gewohnheitsrechtes sprechen (weil das Volk Staatsgewalt ausübt und über die für die Annahme von Gewohnheitsrecht neben einer lang andauernden Übung erforderliche *opinio juris* vor allem die Gerichte – also staatliche Instanzen – entscheiden).

2 Im Wesentlichen handelt es sich beim Staatskirchenrecht um *staatliches Recht*. Doch gehört zur hoheitlichen Rechtsetzung auch das *Völkerrecht* und – unabhängig von der rechtlichen Konstruktion³ – das Recht der supranationalen Gemeinschaften (wie insbesondere der Europäischen Union), so dass das religionsbezogene Völkerrecht und *Europäische Unionsrecht* einzubeziehen sind. Sowohl die auf völkerrechtlicher Grundlage geschaffenen internationalen Organisationen als auch die supranationalen Gemeinschaften (wie insbesondere die Europäische Union) können nach Maßgabe der übertragenen Kompetenzen selber rechtsetzend tätig werden. Doch gibt es eine Rechtsetzung der Internationalen Organisationen mit religiösem Einschlag ohne Mitwirkung der Staaten allenfalls in Randbereichen (Rn. 17). So hat der Europarat zwar viele Abkommen erlassen (wie insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention). Diese erlangen aber nur Verbindlichkeit, wenn sie durch einen nationalen Zustimmungs- oder Transformationsakt in das innerstaatliche Recht

¹ Zum Teil taucht dieser Ausdruck in den Juristenausbildungsordnungen auf.

² Eine Ausnahme stellte ein am 26.4.2009 in Berlin (erfolglos) durchgeführter Volksentscheid über die Aufnahme eines Wahlpflichtbereichs Ethik / Religionsunterricht in das Schulgesetz dar.

³ Vgl. Dirk Ehlers, Verhältnis des Unionsrechts zu dem Recht der Mitgliedstaaten, in: Reiner Schulze / André Janssen / Stefan Kadelbach, Europa-recht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Auflage 2020, § 11, Rn. 6 ff.

überführt worden sind. Dagegen werden die supranationalen Gemeinschaften (wie insbesondere die Europäische Union) in einem ganz erheblichen Ausmaß selbst rechtsetzend tätig.

Keine Hoheitsträger stellen demgegenüber die gesellschaftlichen Institutionen dar. Zu ihnen zählen im Sinne des staatlichen Rechts auch die *Kirchen* (darunter werden im Folgenden alle Religionsgemeinschaften verstanden) sowie die *Weltanschauungsgemeinschaften*. Anders als dies von der so genannten Koordinationslehre in den fünfziger und sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts vertreten wurde,⁴ stellt das Staatskirchenrecht somit nicht eine eigengeartete von Staat und Kirche gleichrangig bestimmte Rechtsschicht, sondern Völkerrecht, Unionsrecht oder staatliches Recht dar. Dies schließt nicht aus, dass der Staat (oder andere Hoheitsträger) mit den religiösen Kräften auf der Grundlage dieses Rechts kooperiert (kooperieren), wie dies tatsächlich in weitem Umfange der Fall ist. Erfasst werden vom Staatskirchenrecht nicht nur die christlichen Kirchen, sondern alle Religions- (und Weltanschauungs-)gemeinschaften und alle Individuen oder Vereinigungen in Ausübung ihrer Religion, so dass auch synonym (und moderner) von Religionsrecht (statt Staatskirchenrecht) gesprochen werden kann und sollte.⁵

Vielfach binden die für alle geltenden Gesetze (wie z.B. die Vorschriften des Bau-, Gewerbe- und Straßenrechts) auch die Kirchen oder ihre Mitglieder (Rn. 46). Das rechtfertigt es noch nicht, sie im Ganzen dem Staatskirchenrecht zuzuordnen. Vielmehr muss es um eine *religiöse Betätigung als solche* gehen, um vom Staatskirchenrecht sprechen zu können, das Recht also gerade religionsspezifische Bedeutung haben.

⁴ Vgl. Rudolf Smend, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, in: ZevKR 1 (1951), S. 4 ff.; Konrad Hesse, Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, 1956, S. 76; Siegfried Grundmann, Verfassungsrecht in der Kirche des Evangeliums, in: ZevKR 11 (1964/1965), S. 9 ff.; aus der Rechtsprechung BGHZ 22, 383 (387); 34, 372 (373); 46, 86 (101). Näher dazu die Beiträge von Ansgar Hense und Stefan Koriath, in: Hans-Michael Heinig/Christian Walter (Hg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, 2007, S. 7 ff., 49 ff.

⁵ Vgl. Peter Häberle, „Staatskirchenrecht“ als Religionsrecht der verfaßten Gesellschaft, in: DÖV 1976, S. 73 ff.; Axel v. Campenhausen/Heinrich de Wall, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 39 f.; Hans-Michael Heinig/Christian Walter (Hg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, 2007.

2. Rechtsquelle

- 5 Recht fließt aus mehreren Quellen. Im Folgenden wird nur am Rande auf die Rechterzeugung eingegangen (unten II.), vielmehr *schwerpunktmäßig* am *Produkt* der Rechtsetzung angeknüpft, wobei nur Gesetze in den Blick genommen werden.

3. Gesetzesrecht

- 6 Ausdifferenzierte Rechtsräume sind gemeinhin stufenförmig nach Art einer Pyramide geordnet.⁶ Hier geht es allein um die Wirkungsweise des einfachen Gesetzesrechts, d. h. jener Regelungen, die *unterhalb der höchsten Normstufe* (wie dem Primärrecht der Europäischen Union oder dem Verfassungsrecht der Staaten) erlassen werden, aber den niederrangigen Regelungen (z. B. den konkret individuellen Anordnungen der Verwaltung) vorgehen. Hierzu zählen die Zustimmungsgesetze zu den völkerrechtlichen Verträgen, die (im ordentlichen oder nicht ordentlichen Gesetzgebungsverfahren angenommenen) Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse der Europäischen Union⁷ sowie die innerstaatlichen Parlamentsgesetze. Die Rechtsverordnungen, Satzungen und Vorschriften der staatlichen Exekutive sollen hier außer Betracht bleiben, weil sie den Parlamentsgesetzen nachgehen.

II. Verfahren der Gesetzgebung

- 7 Die Hoheitsträger bestimmen das Verfahren der Gesetzgebung selbst. Einschlägige Regelungen finden sich für das Europäische Unionsrecht in den Art. 289 ff. AEUV, für das Bundesrecht in den Art. 76 ff. GG. Der Prozess der Gesetzgebung wird aber zugleich maßgeblich von den Betroffenen mitbestimmt, weil diese regelmäßig bestrebt sind, auf *informellem* Wege oder im Rahmen parlamentarischer Anhörungen ihre Vorstellungen in die Gesetzgebung einzubringen.

⁶ *Adolf Merkel*, Das doppelte Antlitz, in: Juristische Blätter 1918, S. 425 ff.; *ders.*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift für Hans Kelsen, hg. von Alfred Verdross, 1967 (Nachdruck der Ausgabe von 1931), S. 252; *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1992 (Nachdruck der Ausgabe von 1960), S. 228 ff.

⁷ Art. 288 UAbs. 2 bis 4 AEUV.

gen. Dies trifft auch auf die Kirchen zu. So haben die Katholische Kirche und die Evangelische Kirche *Verbindungsstellen* zum Zwecke der Interessensvertretung bei den Entscheidern gebildet.⁸ Der Heilige Stuhl ist beim Europarat durch einen Gesandten mit der Stellung eines ständigen Beobachters, bei der Europäischen Union völkerrechtlich durch einen Apostolischen Nuntius, in Bezug auf die Wahrnehmung religiöser Anliegen durch die Kommission der Bischofskonferenz der Europäischen Gemeinschaft (COMECE) sowie bei Bund und Ländern durch „Katholische Büros“⁹ vertreten.¹⁰ Als Interessensvertreter (auch) der Evangelischen Kirchen fungieren in Europa die Kommission für Kirche und Gesellschaft (CSC), die Konferenz Europäischer Kirchen (KEK) – der auch viele andere Kirchen angehören –, die Leuenberger Kirchengemeinschaft (LKG) und die Außenstelle Brüssel des Bevollmächtigten des Rates der EKD (Europäische Kirche in Deutschland) bei der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union.¹¹ Hinzu kommen auf Bundesebene der erwähnte Bevollmächtigte des Rates der EKD, auf Landesebene die Beauftragten der Evangelischen Kirchen bei Landtag und Landesregierung.

Ein institutionalisiertes Recht der Kirchen auf allgemeine Mitwirkung an dem Willensbildungsprozess des Gesetzgebers in allen Fällen einer Berührung kirchlicher Interessen gibt es nicht. Doch finden sich im Staatskirchenrecht zahlreiche Bestimmungen, die den *Umgang von Staat und Kirche* miteinander regeln. Hierbei kann zwischen allgemeinen und speziellen Vorschriften unterschieden werden. Zu den zuerst genannten Vorschriften gehören Art. 17 Abs. 3 AEUV (wonach die Union mit den Kirchen und Gemeinschaften in Anerkennung ihrer Identität und ihres besonderen Beitrags einen offenen, transparenten und regelmäßigen Dialog pflegt¹²) sowie staatskirchen-

8

⁸ Vgl. auch die Angaben von *Stefan Mückel*, Europäisierung des Staatskirchenrechts, 2005, S. 501 ff., mit Angaben auch zu anderen Religionsgemeinschaften.

⁹ Auf Bundesebene Kommissariat der deutschen Bischöfe – Katholisches Büro in Berlin –, Dienststelle der Deutschen Bischofskonferenz und des Verbandes der Diözesen Deutschlands.

¹⁰ *Florian Ganslmeier*, Kirchliche Interessenvertretung im pluralistischen Staatswesen – Die „Katholischen Büros“ als Verbindungsstellen zwischen Staat und Kirche, 2010.

¹¹ Näher zum Ganzen *Joachim E. Christoph*, Interessenvertretung der evangelischen Kirchen bei der Europäischen Union, in: ZevKR 47 (2002), S. 249 (252 ff.).

¹² Hieraus ergibt sich die Verpflichtung, einen solchen Dialog dauerhaft zu institutionalisieren.

rechtliche Regelungen nach Art des Art. 29 des Evangelischen Kirchenvertrags Baden-Württemberg¹³ (wonach die Landesregierung und die Kirchen zur Pflege und Vertiefung ihrer Beziehung regelmäßig Begegnungen anstreben sowie sich vor Regelung von Angelegenheiten, die ihr Verhältnis zueinander berühren, miteinander ins *Benehmen* setzen und sich jederzeit zur Besprechung solcher Fragen zur Verfügung stellen). Die Gesprächsplattform kann seitens der Kirchen zur Einflussnahme auf die Rechtsetzung, seitens der Hoheitsträger zur Verdeutlichung ihrer Regelungsanliegen genutzt werden. Fast alle Staatskirchenverträge enthalten zudem spezielle *Freundschaftsklauseln* (wonach sich die Vertragsparteien verpflichten, eine etwaige in Zukunft zwischen ihnen entstehende Meinungsverschiedenheit über die Auslegung und Anwendung einer Bestimmung des Vertrages auf freundschaftliche Weise zu beseitigen¹⁴). Ergibt sich ein Klärungsbedarf in Bezug auf die staatskirchenvertraglichen Regelungsmaterien, kann dies ein Anlass sein, in freundschaftlicher Zusammenarbeit neue Regelungen in Erwägung zu ziehen.

- 9 Wenn es den Kirchen gelingt, über den Inhalt der Gesetze ein Einvernehmen mit den Gesetzgebern herzustellen, wird auch von *paktierten Gesetzen* gesprochen.¹⁵ Es handelt sich hierbei jedoch nur um eine heuristische Umschreibung ohne rechtliche Relevanz. Eine Pflicht des Gesetzgebers, den Vorstellungen der Kirchen Rechnung zu tragen, besteht nicht. Wählen Staat und Kirche dagegen den Regelungsmodus eines Staatskirchenvertrages (Rn. 49), sind beide aufeinander angewiesen. Der Gesetzgeber hat dann nur noch die Möglichkeit, der Vereinbarung zuzustimmen oder diese nicht zustande kommen zu lassen (falls es ihm nicht gelingt, die Kirchen von einem Einlenken zu überzeugen).

¹³ Vertrag des Landes Baden-Württemberg mit der Evangelischen Landeskirche in Baden und mit der Evangelischen Landeskirche in Württemberg vom 17. 10. 2007, GVBl. S. 174.

¹⁴ Vgl. als *pars pro toto* aus neuerer Zeit Art. 28 des Vertrages des Landes Berlin mit der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz vom 20. 2. 2006, GVBl. S. 715.

¹⁵ Vgl. Jörg Müller-Volbehr, Das Staatskirchenrecht als Gegenstand der einfachen Gesetzgebung in Bund und Ländern, in: HSKR², Bd. I, 1994, S. 293.

III. Pflicht zur Gesetzgebung

Eine Rechtspflicht zum Erlass von Gesetzen besteht nur, wenn das 10
vorrangig geltende Recht dies vorschreibt. Die Notwendigkeit, religionsspezifische Gesetzesregelungen zu erlassen, kann sich insbesondere aus den Grundrechten, ferner auch aus dem sonstigen Verfassungs- oder einfachen Gesetzesrecht ergeben.

1. Grundrechtlich gebotene Gesetzgebung

Die Grundrechte können Gesetzgebungsaufträge enthalten. So 11
können religionsspezifische Gesetze zur Sicherstellung der *negativen Religionsfreiheit* (wie im Falle der Kirchenaustrittsgesetze¹⁶ oder der Regelung über die Religionsmündigkeit¹⁷), zur Umsetzung (sonstiger) grundrechtlicher *Schutzpflichten* (etwa durch strafrechtliche Bewehrung von Angriffen gegen die Religionsgemeinschaften¹⁸) oder zur *positiven Religionspflege* (z.B. Zurverfügungstellung einer Rechtsform für religiöse Vereinigungen¹⁹) erforderlich sein.

Sodann verlangen die Grundrechte ein gesetzgeberisches Tätig- 12
werden, wenn in das Grundrecht der Religionsfreiheit eingegriffen werden soll respektive der *Vorbehalt des Gesetzes* eine gesetzliche

¹⁶ Vgl. z.B. Gesetz zur Regelung des Austritts aus Kirchen, Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsgemeinschaften des öffentlichen Rechts des Landes Nordrhein-Westfalen vom 26.5.1981 (GVBl. S. 260).

¹⁷ Vgl. Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15.7.1921 (RGL. S. 939).

¹⁸ Vgl. die §§ 166 ff. StGB. Zur Frage, ob die Vorschriften von Verfassungen wegen notwendig sind, vgl. *Fabian Wittreck*, Perspektiven der Religionsfreiheit in Deutschland, in: Wilhelm Rees/Maria Roca/Balázs Schanda (Hg.), *Neuere Entwicklungen im Religionsrecht europäischer Staaten*, 2013, S. 825 (831 ff.).

¹⁹ Vgl. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 4, 5 WRV. Einer eigengearteten Organisationsform für Kirchen, die unter dem Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts angesiedelt ist, bedarf es nicht. Für Einführung einer solchen Organisationsform *Christian Waldhoff*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität: Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates? Gutachten D., in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, hg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. 1, 2010, D 87 ff.; *Christoph Möllers*, Referat: Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität – Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates?, ebd., Bd. 2, 2011, O 39 (48 f.).

Ermächtigungsgrundlage für das Handeln der Hoheitsträger verlangt (Rn. 34).

- 13 Erforderlich sind ferner religionsspezifische Gesetzesregelungen, wenn die allgemeinen Gesetzesbestimmungen die Religionsfreiheit verletzen würden. Dementsprechend kennt das geltende Recht zahlreiche *Freistellungs- und Berücksichtigungsklauseln* zugunsten der Religionsgemeinschaften. So verbietet die Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG der Europäischen Union unter anderem ein Abstellen auf die sexuelle Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf, lässt aber nach Art. 4 Abs. 2 der Bestimmung für die berufliche Betätigung innerhalb von Kirchen grundsätzlich Ausnahmen zu, wenn die Religion (oder die Weltanschauung) der Person nach der Art der Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt²⁰ (so dass die Zölibatsregeln der Katholischen Kirche nicht gegen die Antidiskriminierungsrichtlinie verstoßen). Ebenso finden die Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes gemäß § 118 Abs. 2 BetrVG auf die Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen unbeschadet deren Rechtsform keine Anwendung (und ebenso nicht auf Unternehmen und Betriebe, die unmittelbar und überwiegend konfessionellen Bestimmungen dienen, soweit die Eigenart des Unternehmens oder des Betriebs dem entgegensteht).²¹ Dies hat zur Folge, dass weder die Religionsgemeinschaften noch ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen einen Betriebsrat benötigen.²² Ein Beispiel für eine Berücksichtigungspflicht findet sich in § 1 Abs. 6 Nr. 6 BauGB (wonach bei der Aufstellung der Bauleitpläne insbesondere die von den Kirchen und Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts festgestellten Erfordernisse für Gottesdienst und Seelsorge zu berücksichtigen sind). Im Einzelfall kann Streitig sein, ob die genannten Klauseln grundrechtlich geboten sind. Auch gesetzliche Ausgestaltungsregelungen, wie etwa über die „weltanschauliche“ Ausrichtung der Schulen oder die Erteilung des Religionsunterrichts in öffentlichen Schulen, können grundrechtlich gefordert sein.²³

²⁰ Zur Auslegung der Vorschrift, die durch § 9 AGG (BGBl. 2006 I S. 1897) in das deutsche Recht umgesetzt worden ist, vgl. EuGH, C-414/16 (Egenberger), EU:C:2018:257, Rn. 42 ff; EuGH, C-68/17 (IR/JQ), EU:C:2018:696, Rn. 38 ff.

²¹ Vgl. ferner auch z. B. § 1 Abs. 4 S. 2 MitbestG; § 5 Abs. 1 SGB XII.

²² Vgl. BVerfGE 46, 73 (82).

²³ Vgl. dazu die Regelungen in Art. 7 GG.

Schließlich kann sich aus dem Erlass von Gesetzen i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG eine *Selbstbindung des Gesetzgebers* ergeben, die ihm den Erlass weiterer gesetzlicher Regelungen auferlegt. Dies ist vor allem der Fall, wenn der Staat bestimmte Religionsgemeinschaften fördert oder mit ihnen zusammen arbeitet.²⁴ Die positive Religionspflege steht zwar grundsätzlich im Ermessen des Staates. Wird dieser aber (gesetzgeberisch) in dem beschriebenen Sinne tätig, kann sich für die nichtberücksichtigten Religionsgemeinschaften daraus ein Anspruch auf Gleichbehandlung ergeben (was zur Erstreckung dieser Regelung auf die Religionsgemeinschaften, zum Wegfall der Regelung oder zu einer Neuregelung führen kann). Welche Differenzierungen dem Staat erlaubt sind, wann der Körperschaftsstatus eine unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen vermag²⁵ und welche Restriktion aus dem im Vergleich zu Absatz 1 strikteren religiösen Bevorzugungs- und Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG folgt, ist im Einzelnen immer noch nicht hinreichend geklärt.²⁶

14

2. Sonstige Pflichten zur Gesetzgebung

Neben den Grundrechten kann sich auch aus dem sonstigen vorrangig zu beachtenden Recht für den Gesetzgeber die Notwendigkeit ergeben, staatskirchenrechtlich tätig zu werden. Gelegentlich finden sich dazu im geltenden Recht allgemeine Vorgaben. So ist es nach Art. 50 Abs. 1 der Hessischen Verfassung „Aufgabe von Gesetz oder Vereinbarung, die staatlichen und kirchlichen Bereiche klar gegeneinander abzugrenzen“. Vielfach gefordert wird ein bereichsspezifisches Handeln des Gesetzgebers. Beispielsweise sind die korporierten Religionsgemeinschaften gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 6 WRV „nach Maßgabe der landesrechtlichen Bestimmungen“ zur Erhebung von *Steuern* berechtigt. Nicht anders ist die Rechtslage, wenn in sonstiger Weise Staatsgewalt auf die Kirchen übertragen werden soll.²⁷ Ferner erfolgt die Steuererhebung der Kirchen „aufgrund der bürgerlichen Steuerlisten“ (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 6 WRV).

15

²⁴ Zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Religionsförderung vgl. *Michael Droge*, → § 74.

²⁵ Vgl. dazu *Jost-Benjamin Schrooten*, Gleichheitssatz und Religionsgemeinschaften, 2015, S. 145 ff.

²⁶ Vgl. näher zum Gleichbehandlungsgebot im Hinblick auf die Religion *Kyrill-A. Schwarz*, → § 17.

²⁷ Vgl. dazu die Beispiele bei *Dirk Ehlers*, → § 79, Rn. 15 ff.

Solche Steuerlisten gibt es zwar seit langem nicht mehr. Doch hat sich damit der Regelungsgehalt der Vorschrift nicht erledigt. Vielmehr ist der Staat verpflichtet, den Kirchen zur Realisierung des Besteuerungsrechts geeignete Informationsgrundlagen zur Verfügung zu stellen. Ein solches Informationsverhalten des Staates greift aber in das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte informationelle Selbstbestimmungsrecht und den Geheimhaltungsschutz religiöser Überzeugungen (Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 3 WRV) ein und bedarf daher notwendigerweise einer gesetzlichen Regelung.²⁸ Die Gesetzgeber sind dieser Verpflichtung in den Kirchensteuergesetzen²⁹ und den Meldegesetzen³⁰ nachgekommen. Gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 1 WRV werden die auf Gesetz, Vertrag oder besonderen Rechtstiteln beruhenden *Staatsleistungen* an Religionsgesellschaften durch die „Landesgesetzgebung“ abgelöst, wobei das Reich (heute der Bund) die Grundsätze aufzustellen hat (eine verfassungsrechtliche Pflicht, welcher der Bundesgesetzgeber bisher nicht nachgekommen ist). Wenn Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV den Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung „gesetzlich“ schützt, macht dies auch und gerade in Bezug auf die Kirchen gesetzliche *Feiertagsregelungen* (der Länder) erforderlich. Schließlich können auch die einfachen Bundesgesetze den Landesgesetzgebern ein Tätigwerden vorschreiben. So bestimmt § 42 Abs. 5 BMG für die bereits erwähnte Datenübermittlung an die Kirchen, dass diese ausreichende Maßnahmen zum Datenschutz getroffen haben müssen³¹ und die Feststellung hierüber eine „durch Landesrecht“ zu bestimmende Behörde trifft.

²⁸ Vgl. zum Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht BVerfGE 65, 1 (44 ff.).

²⁹ Vgl. z. B. § 13 KiStG NRW.

³⁰ Vgl. § 42 BMG, § 5 Meldegesetz NRW.

³¹ Vgl. auch z. B. § 9 Abs. 6 Datenschutzgesetz NRW. Die Katholische und Evangelische Kirche haben inzwischen neue Datenschutzgesetze erlassen, auf katholischer Seite das KDG vom 20.11.2017, auf evangelischer Seite das DSG-EKD vom 15.11.2017.

IV. Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen

1. Kompetenzregelungen

Gesetzgebung setzt eine Gesetzgebungszuständigkeit voraus. Zu unterscheiden ist hierbei zwischen der völkerrechtlichen, der unionsrechtlichen und der innerstaatlichen Ebene. 16

a) Regelungen in Bezug auf das Völkerrecht

Die Pflege der Beziehung zu auswärtigen Staaten und damit der Abschluss völkerrechtlicher Verträge (auch mit religionsspezifischem Inhalt) obliegt nach Art. 32 Abs. 1 GG grundsätzlich dem Bund. Doch können auch die Länder nach Absatz 3 der Vorschrift mit Zustimmung der Bundesregierung mit auswärtigen Staaten Verträge abschließen, soweit sie für die Gesetzgebung zuständig sind. Die Bestimmungen des Art. 32 GG gelten nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht für die Pflege der Beziehungen zum Heiligen Stuhl, weil dieser nicht den auswärtigen Staaten i. S. d. Verfassungsbestimmung zugerechnet werden kann.³² Dies hat zur Konsequenz, dass die Länder *Konkordate* abschließen können, ohne gemäß Art. 32 Abs. 3 GG auf die Zustimmung der Bundesregierung angewiesen zu sein.³³ Internationale Organisationen können nur solche Rechtsakte erlassen, für die ihnen zuvor eine Kompetenz eingeräumt worden ist. Gravierende Kompetenzübertragungen sind nicht ersichtlich (Rn. 2). In Betracht kommen könnte aber zum Beispiel das Recht zum Erlass von *Personalstatuten* mit lohnspezifischem Inhalt in Anlehnung etwa an das Statut der Beamten der Europäischen 17

³² BVerfGE 6, 309 (362); *Martin Nettesheim*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz, Losebl., Stand 2019, Art. 32, Rn. 35 (2007); *Rudolf Streinz*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 32, Rn. 16; a. A. *Albrecht Weber*, in: Dieter C. Umbach / Thomas Clemens (Hg.), Grundgesetz, Bd. 1, 2002, Art. 32, Rn. 15.

³³ Vgl. dazu *Hermann Weber*, Neue Staatskirchenverträge mit der Katholischen Kirche in den neuen Bundesländern, in: Festschrift für Martin Heckel, hg. von Karl-Hermann Kästner / Knut Wolfgang Nörr / Klaus Schlaich, 1999, S. 463; *Stephan Haering*, Die Verträge zwischen dem Heiligen Stuhl und den neuen Bundesländern aus den Jahren 1994 bis 1998, in: Dem Staat, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag, hg. von Josef Isensee / Wilhelm Rees / Wolfgang Rübner, 1999, S. 769 f.

Union³⁴, wonach eine Diskriminierung aus Gründen der Religion verboten ist (Art. 1d), die Personalakte keinerlei Angaben über religiöse Aktivitäten und Überzeugungen enthalten darf (Art. 26 Abs. 4) und Feiertagsregelungen zu treffen sind (Art. 61).

b) Unionsrechtliche Regelungen

- 18** Für die Setzung des (sekundären oder tertiären³⁵) Unionsrechts gilt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1, 2 EUV). Dies bedeutet, dass die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig werden darf, welche die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Eine Kompetenz, das Staatskirchenrecht als solches (d. h. als Ganzes) zu regeln, besitzt die Europäische Union nicht. Auch Art. 19 AEUV, welcher der Union erlaubt, Diskriminierungen aus Gründen der Religion oder der Weltanschauung zu bekämpfen, gestattet nur Maßnahmen „im Rahmen der durch die Verträge auf die Union übertragenen Zuständigkeiten“. Dies schließt indessen nicht religionsrechtliche Regelungen in Randbereichen aus. Solche Regelungen hat die Union sowohl in ihrem *Binnenbereich* – z. B. Erteilung des Religionsunterrichts in den Europäischen Schulen – als auch im *Außenbereich* mit allgemeiner Wirkung für Mitgliedstaaten und Unionsbürger (z. B. Freistellung bestimmter religiös motivierter Leistungen von der Umsatzsteuer, Verbot einer Werbung bei der Fernsehübertragung von Gottesdiensten, Ausnahmen vom Betäubungsverbot für Schlachttiere im Falle eines religiösen Schächtens) getroffen.³⁶ Vielfach geht es um Ausnahmebestimmungen zugunsten der Kirchen zwecks Verwirklichung des grundrechtlich garantierten Religions-

³⁴ Art. 2 und 3 VO (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68 des Rates v. 29.2.1968, zuletzt geändert durch VO (EU) 2016/1611 der Kommission v. 7.7.2016.

³⁵ Unter tertiärem Unionsrecht sind die von der Kommission erlassenen Rechtsakte (Art. 290 AEUV) und unionsrechtlichen Durchführungsbestimmungen (Art. 291 AEUV), unter sekundärem Unionsrecht alle übrigen von der Union erlassenen Rechtsakte zu verstehen (Art. 288 AEUV, ferner z. B. Art. 78 Abs. 3 AEUV).

³⁶ Näher dazu *Marcel Vachek*, Das Religionsrecht der Europäischen Union im Spannungsfeld zwischen mitgliedstaatlichen Kompetenzreservaten und Art. 9 EMRK, 2000, S. 77 ff.; *Stefan Mückl*, Religions- und Weltanschauungsfreiheit im Europarecht, 2001, S. 6 ff.; *Hermann Weber*, Geltungsbereiche des primären und sekundären Europarechts für die Kirchen, in: ZevKR 47 (2002), S. 221 (226 ff.); *ders.*, Religionsrecht und Religionspolitik der EU, in: NVwZ 2011, S. 1485 (1487); *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 8), S. 459 ff.

schutzes. Vor allem aber enthält das vorrangig geltende³⁷ Sekundär- und Tertiärrecht der Union zahlreiche Regelungen, die sich zwar nicht gezielt an die Kirchen wenden, diese aber ebenso wie alle Adressaten der Rechtssätze binden. So gelten beispielsweise die Bestimmungen des Datenschutzes³⁸, des Arbeitsrechts³⁹, des Finanzaufsichtsrechts⁴⁰ und des Beihilferechts⁴¹ der Europäischen Union auch für die Kirchen, soweit keine Ausnahmen oder Sonderregelungen vorgesehen sind.

c) Innerstaatliche Regelungen

Gemäß Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Eine ausdrückliche Verleihung der Gesetzgebungszuständigkeiten an den Bund enthält auf dem Gebiet des Staatskirchenrechts nur Art. 140 GG i.V.m. *Art. 138 Abs. 1 WRV*, wonach das Reich (heute der Bund) für die Ablösung der Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften Grundsätze aufstellt. Entgegen dem klaren Gesetzgebungsauftrag haben weder das Deutsche Reich noch der Bund bisher ein solches Grundsatzgesetz erlassen (Rn. 15). Ferner gilt nach Art. 123 Abs. 1 GG *vorkonstitutionelles Recht* fort, soweit es nicht dem Grundgesetz widerspricht. Das trifft auch auf das Reichsrecht zu, bei dem es sich im Falle der Fortgeltung nunmehr um Bundesrecht handeln kann. So gilt das Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Deutschen Reich vom 20. Juli 1933⁴² gemäß Art. 123 Abs. 2 GG mit Bindungswirkung für den Bund fort, mögen die Länder als Träger der „Kulturhoheit“ auch entgegenstehendes Recht setzen können.⁴³ Ferner ist das Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921⁴⁴ gemäß Art. 125 Nr. 1 GG Bundesrecht geworden.⁴⁵

19

³⁷ EuGH, C-6/64 (Costa / E.N.E.L.), EU:C:1964:66, S. 1296 ff.; BVerfGE 126, 286 (201 f.). Näher dazu *Ehlers*, Unionsrecht (o. Fn. 3), Rn. 11 ff.

³⁸ VO (EU) 2016/679. Vgl. aber auch Art. 91 der VO.

³⁹ Vgl. z. B. RL 2000/78/EG; RL 2006/54/EG.

⁴⁰ VO (EU) Nr. 1093/2010; VO (EU) Nr. 1024/2013.

⁴¹ Vgl. insbesondere VO (EG) Nr. 659/1999.

⁴² RGBl. II S. 679.

⁴³ Näher zum Ganzen BVerfGE 6, 309 (330 ff.).

⁴⁴ Vgl. Fn. 17.

⁴⁵ So die herrschende Meinung. Ausführlich dazu *Matthias Jestaedt*, → § 42, Rn. 66, 101–104 (zugleich mit Ausführungen über die Gültigkeit der

(1) *Landesgesetze*

- 20 Die grundsätzliche Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Staatskirchenrecht wird in Bezug auf das Kirchensteuerrecht in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 6 WRV und für das institutionelle Staatskirchenrecht im Allgemeinen in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 8 WRV bestätigt. Dementsprechend obliegt es prinzipiell den Landesgesetzgebern, beispielsweise Regelungen über den Kirchenaustritt, die Kirchensteuer, das Spenden- und Sammlungswesen⁴⁶, die Kindertagesstätten⁴⁷, Schulen und Hochschulen⁴⁸ sowie die Erwachsenenbildung⁴⁹, die konfessionellen Bezüge des Medienrechts⁵⁰, den Denkmalschutz⁵¹, das Friedhofswesen⁵², den Sonn- und Feiertagschutz oder das Stiftungsrecht⁵³ zu treffen.

(2) *Bundesgesetze*

- 21 Ungeachtet des Umstandes, dass der Bund keine Regelungskompetenz für das Staatskirchenrecht als solches besitzt, betreffen die weit ausgreifenden Bundeszuständigkeiten dieses Rechtsgebiet in einem nicht unerheblichen Ausmaße. Die Rechtslage ist daher insoweit vergleichbar mit dem Unionsrecht (Rn. 18), wobei dem Bund weitergehende Befugnisse als der Europäischen Union zukommen, ohne dass

teilweise abweichenden Regelungen in Art. 137 Abs. 1 BayVerf. und Art. 29 Abs. 2 Verf. Saarl.).

⁴⁶ Spendengesetze gibt es – soweit ersichtlich – nur noch in Rheinland-Pfalz, im Saarland und in Thüringen. In den übrigen Bundesländern dürfen Spenden ohne behördliche Erlaubnis gesammelt werden.

⁴⁷ Vgl. aber auch die Ausführungen unten zu Rn. 23.

⁴⁸ Etwa im Hinblick auf den Religionsunterricht, die öffentlichen oder privaten Konfessionsschulen sowie die Theologischen Fakultäten.

⁴⁹ Ausführlicher zur Stellung der Religion im Bildungswesen → §§ 42–48.

⁵⁰ Insbesondere Repräsentanz der Kirchen in den Rundfunkräten, Präsenz der Religion in den allgemeinen Programmen der Rundfunkveranstalter und Drittsenderechte der Kirchen. Näher dazu *Claus Dieter Classen*, → § 38.

⁵¹ Zu den religionsrechtlichen Regelungen der Denkmalschutzgesetze vgl. *Janbernd Oebbecke*, Denkmalschutz, in: Dirk Ehlers/Michael Fehling/Hermann Pünder (Hg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. 2, 3. Aufl. 2013, § 42, Rn. 61 f.

⁵² Vgl. z. B. das Bestattungsgesetz NRW (GV NRW 2003, S. 313).

⁵³ Neben den Stiftungsgesetzen der Länder sind auch die §§ 80 ff. BGB zu beachten.

sich – anders als im Allgemeinen⁵⁴ – bereits von einem faktischen Übergewicht des Bundes für die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Staatskirchenrechts sprechen lässt. Soweit die Kirchen – mehr oder weniger – wie Jedermann auftreten, etwa weil sie am Wirtschaftsleben teilnehmen (beispielsweise als Käufer oder Verkäufer von Sachen, Betreiber von Klosterbrauereien, Druckereien, Banken, EDV-Wartungsgesellschaften, Gaststätten oder Eigentümer landwirtschaftlich genutzter Grundstücke), gelten – vorbehaltlich abweichender Regelungen – in der Regel die allgemeinen bundesgesetzlichen Vorgaben (etwa des Bürgerlichen Rechts, des Gewerberechts, des Kreditwesengesetzes, des Gaststättengesetzes u. s. w.⁵⁵). Im Bereich der *ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen* des Bundes sind insbesondere die Kompetenztitel der Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG (Verteidigung⁵⁶), Nr. 3 (Meldewesen⁵⁷) und Nr. 9 (Urheber- und Verlagsrecht) für das Staatskirchenrecht von Bedeutung. Zu den staatskirchenrechtlich relevanten Gegenständen der *konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz* des Bundes gehören vor allem die Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 (insbesondere Strafrecht und gerichtliches Verfahren⁵⁸), Nr. 3 (Vereinsrecht⁵⁹), Nr. 7 (öffentliche Fürsorge⁶⁰), Nr. 12 (Arbeitsrecht und Sozialversicherung⁶¹), Nr. 18 (Bodenrecht⁶²), Nr. 19a (Gesund-

⁵⁴ Vgl. Arnd Uhle, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 32), Art. 70, Rn. 24 (2008); Bodo Pieroth, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth (Hg.), Grundgesetz, 15. Aufl. 2018, Art. 70, Rn. 1; Christoph Degenhart, in: Sachs (o. Fn. 32), Art. 70, Rn. 7.

⁵⁵ Vgl. insbesondere die Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 und 11 GG.

⁵⁶ Vgl. §§ 11 Abs. 1 Nr. 1 bis 3, 12 Abs. 2 WPflG; § 36 SG; § 38 ZDG. Gesetz über die Militärseelsorge vom 26.7.1957 (BGBl. II S. 701) i. V.m. dem Vertrag der Bundesrepublik Deutschland mit der Evangelischen Kirche in Deutschland zur Regelung der evangelischen Militärseelsorge.

⁵⁷ Vgl. zum neuen BMG Fn. 30. Zur Geltung des Bundesdatenschutzgesetzes für die privatrechtlich organisierten Kirchen bzw. deren privatrechtlich organisierten Einrichtungen vgl. Michael Germann, Das kirchliche Datenschutzrecht als Ausdruck kirchlicher Selbstbestimmung, in: ZevKR 48 (2003), S. 446 (461 ff.); Peter Unruh, Religionsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 231; a.A. von Campenhausen/de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 5), S. 295.

⁵⁸ Vgl. die §§ 166 ff. StGB; § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 383 Abs. 1 Nr. 4 ZPO.

⁵⁹ Zu den auch auf Religionsgemeinschaften anwendbaren Verbotsbestimmungen des Vereinsrechts (§ 3 Abs. 1, § 14 Abs. 1 S. 1, § 15 Abs. 1 VereinsG) vgl. BVerwG, in: DVBl. 2003, S. 873 (875).

⁶⁰ Zur Einbeziehung der Kindergärten bzw. -tageseinrichtungen vgl. BVerfGE 97, 332 (341 f.); vgl. auch die Ausführungen unten zu Rn. 23.

⁶¹ Vgl. für das Arbeitsrecht insbesondere § 7 Abs. 4 ArbZG, § 21a Abs. 3 JArbSchG, zum kollektiven Arbeitsrecht § 118 Abs. 2 BetrVG, § 1 Abs. 4 S. 2 MitbestG, zum Sozialrecht vor allem die Grundsatznormen des § 5 SGB XII,

heitswesen, Krankenhäuser⁶³), Nr. 27 (Statusrechte und -Pflichten der Beamten⁶⁴) und Nr. 33 (Hochschulzulassungen und Hochschulabschlüsse⁶⁵).

- 22 Ferner liegt die Gesetzgebung über die *Steuer* nach Art. 105 GG zumeist in den Händen des Bundes. Das gilt zwar nicht für die Kirchensteuer, doch betreffen die bundesrechtlichen Regelungen über die Einkommensteuer (einschließlich der so genannten Abgeltungssteuer), Körperschaftssteuer und Umsatzsteuer auch die Kirchen. So ist die gezahlte Kirchensteuer von der Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer abziehbar (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 EStG). Der Abzug der Kirchensteuer auf abgeltend besteuerte Kapitalerträge ist in § 51a Abs. 2b–2e und Abs. 6 EStG geregelt. Ferner fällt für die gewerbliche Betätigung der Kirchen eine Körperschaftssteuer an (§ 4 KStG). Umsatzsteuerliche Konsequenzen (wie im Falle der Auslagerung kirchlicher Aufgaben auf eine von der Kirche finanzierte Vereinigung) ergeben sich künftig aus § 2b UStG.⁶⁶

(3). Überschneidungsbereich

- 23 Einer *Doppelzuständigkeit* von Bund und Ländern für die Gesetzgebung steht das Grundgesetz entgegen.⁶⁷ Entweder sind die Länder oder der Bund zuständig. Doch können Regelungskomplexe sowohl

ferner etwa die § 5 Abs. 1 Nr. 2, 3 SGB VI, § 2 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b SGB VII, § 75 Abs. 3 SGB VIII, § 156 Abs. 2 Nr. 2 SGB IX.

⁶² Vgl. die § 1 Abs. 6 Nr. 6, § 5 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a, § 26 Nr. 2 Buchst. b, § 90 Abs. 2 Nr. 2 BauGB.

⁶³ Vgl. insbesondere das Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG), BGBl. 1999 I S. 886. Dazu auch die Ausführungen unten zu Rn. 23.

⁶⁴ Nach der weiter geltenden Bestimmung des § 135 BRRG a.F. gilt das staatliche Beamtenrecht zwar nicht für die öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften und ihre Verbände, doch wird es ihnen überlassen, die Rechtsverhältnisse entsprechend zu regeln.

⁶⁵ Zur Geltung auch für die kirchlichen Hochschulen vgl. *Stefan Oeter*, in: Hermann von Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber / Andreas Voßkuhle, Bd. 2, Art. 74, Rn. 195; *Pieroth*, in: Jarass / Pieroth (o. Fn. 54), Art. 74, Rn. 83.

⁶⁶ Vgl. BFH, in: DStR 2009, S. 476; näher dazu *Joachim Englisch*, Umsatzsteuerpflicht kirchlicher Betätigungen, in: Dieter Birk / Dirk Ehlers (Hg.), Aktuelle Rechtsfragen der Kirchensteuer, 2012, S. 193 ff. Vgl. auch die §§ 31, 54 Abs. 1 AO, § 10b Abs. 1 EStG, § 13 Abs. 1 Nr. 16 Buchst. a ErbStG, § 3 Nr. 6 GewStG, § 3 Abs. 1 Nr. 4–6 GrStG, § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG, §§ 4a, 12 Abs. 2 Nr. 8 UStG.

⁶⁷ BVerfGE 67, 299 (321); 104, 249 (267); 106, 62 (114).

den Kompetenzbereich des Bundes als auch diejenigen der Länder betreffen. Dies ist jedenfalls der Fall, wenn der Bund zwar zuständig ist, die Länder in einem Bundesgesetz aber ganz oder teilweise zur Gesetzgebung ermächtigt hat⁶⁸, nur eine teilweise Zuständigkeit des Bundes besteht, der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit nur teilweise mit Sperrwirkung für die Länder Gebrauch gemacht hat⁶⁹, die Gesetzesmaterie der Abweichungsgesetzgebung unterfällt⁷⁰ oder zunächst fortgeltendes Bundes- oder Landesrecht ganz oder teilweise durch das jeweils andere Recht ersetzt werden kann⁷¹. So obliegt beispielsweise die Regelung des Rechts der Kindertagesstätten, der Krankenhäuser oder der Hochschulen den Ländern. Dies hindert den Bund nicht, gestützt auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 7, 19a und Art. 91b GG gesetzliche Vorschriften über die Elternbeiträge⁷², die wirtschaftliche Sicherung von Krankenhäusern, die Regelung der Krankenhauspflegesätze⁷³ oder die Wissenschafts- und Forschungsförderung mit Wirkung auch für die Kirchen zu erlassen. Ebenso wird die Kirchensteuer zwar grundsätzlich im Landes-, teilweise aber auch im Bundesrecht geregelt.⁷⁴ Gilt das auf der Grundlage des früheren Art. 75 GG erlassene Bundesrechtsrahmengesetz fort, bleiben die Länder gemäß Art. 125b Abs. 1 S. 2 GG innerhalb des bundesrechtlich vorgegebenen Rahmens regelungsbefugt. Deshalb waren Datenübermittlungen an die öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften bis Ende Oktober 2015 sowohl auf der Grundlage des § 19 des Melderechtsrahmengesetzes des Bundes als auch nach den Meldegesetzen der Länder⁷⁵ zulässig. Seit der Föderalismusreform 2009 hat der Bund nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG zwar die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für das Meldewesen. Den Ländern ist aber gemäß § 55 Abs. 2 BMG überlassen, den öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften über § 42 BMG hinausgehend weitere Daten zur Erfüllung ihrer Aufgaben zu übermitteln. Falls sowohl Bundes- als auch Landesgesetze einschlägig sind, kann von einem *Überschneidungsbereich* gesprochen werden. Gerade dann

⁶⁸ Vgl. Art. 71 GG.

⁶⁹ Vgl. Art. 72 Abs. 1 GG.

⁷⁰ Art. 72 Abs. 3 GG.

⁷¹ Vgl. Art. 125a–125c GG.

⁷² Vgl. § 90 Abs. 1 Nr. 3 SBG VIII. Vgl. dazu BVerfGE 97, 332.

⁷³ KHG (o. Fn. 63), insbesondere § 16 S. 1 Nr. 1 KHG und die diesbezüglich erlassene Verordnung zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (BGBl. 1994 I S. 2750).

⁷⁴ Vgl. oben Rn. 22.

⁷⁵ Vgl. z. B. § 32 Meldegesetz NRW a. F.

kommt es besonders auf die Auslegung der Kompetenzbestimmungen sowie die kompetenzmäßige Zuordnung der Gesetzgebungsmaterien an.⁷⁶ Besonderes Gewicht wird bei der Auslegung auf die Entstehungsgeschichtliche und historische Auslegung sowie die Staatspraxis gelegt.⁷⁷ Die Kompetenzmaterien werden teils faktisch-deskriptiv (Benennung der Lebenssachverhalte), teils normativ-rezeptiv (Benennung der vorgefundenen Rechtsgebiete) zugeordnet.⁷⁸

2. Auslegung der Kompetenzregeln

- 24 Für die Auslegung der unionsrechtlichen und innerstaatlichen Rechtsetzungsbefugnisse (einschließlich der Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge) gelten weithin vergleichbare Regelungen.

a) *Europäisches Unionsrecht*

- 25 Da im Europäischen Unionsrecht das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigungen gilt (Rn. 18) und das Primärrecht hierbei als Grundlage, Rahmen und Grenze fungiert⁷⁹, vermögen Werte und Ziele der Union⁸⁰ eine Kompetenz zur Gesetzgebung nicht zu begründen. Wohl aber ist den Zielsetzungen bei der Auslegung der Kompetenznormen⁸¹ Rechnung zu tragen. Zur Bestimmung der Reichweite wird auch der Grundsatz des *effet utile* (praktische Wirksamkeit) herangezogen.⁸² Außerdem werden die implied powers (Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs, wenn die Befugnisse ansonsten nicht in vernünftiger und zweckmäßiger Weise zur Anwendung gelangen könnten) – in ähnlicher Weise wie im innerstaatlichen Recht (Rn. 26) – zu

⁷⁶ Zur Unterscheidung zwischen Auslegung und Zuordnung vgl. Jochen Rozek, in: Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 65), Art. 70, Rn. 49; Degenhart, in: Sachs (o. Fn. 32), Art. 70, Rn. 50.

⁷⁷ Vgl. Fabian Wittreck, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz – Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Vorb. zu Art. 70–74, Rn. 51.

⁷⁸ Vgl. näher zum Ganzen Pieroeth, in: Jarass/Pieroeth (o. Fn. 54), Art. 70, Rn. 6 ff.

⁷⁹ Vgl. z. B. EuGH, C-26/78 (Viola), EU:C:1978:172.

⁸⁰ Vgl. Art. 2, 3 EUV.

⁸¹ Art. 5 Abs. 2 S. 1 EUV; Art. 7 AEUV.

⁸² Vgl. z. B. EuGH, C-46/93 (Brasserie du Pêcheur), EU:C:1996:79, Rn. 26; ausführlich dazu Sibylle Seyr, Der *effet utile* in der Rechtsprechung des EuGH, 2008, S. 104 f.

den Kompetenzen gezählt.⁸³ Schließlich kennt das Unionsrecht eine Vertragsabrundungskompetenz, wenn ein Tätigwerden der Union im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche erforderlich ist, um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen, in den Verträgen die hierfür erforderlichen Befugnisse aber nicht vorgesehen sind (Art. 352 AEUV).⁸⁴

b) Innerstaatliches Recht

Abgrenzungsprobleme bei der Zuordnung der Gesetzgebungszuständigkeiten zum Bund oder zu den Ländern ergeben sich, wenn der zu regelnde oder geregelte Sachbereich sowohl die bundesstaatliche als auch die landesstaatliche Kompetenzordnung berührt oder der Bund eine sogenannte *ungeschriebene Gesetzgebungszuständigkeit* für sich in Anspruch nimmt. Das Bundesverfassungsgericht stellt dann vor allem auf den *Schwerpunkt* respektive den stärkeren Sachzusammenhang ab.⁸⁵ Die einzelnen Vorschriften eines Gesetzes dürfen nicht isoliert betrachtet werden. Ausschlaggebend sei vielmehr der Regelungszusammenhang. Eine Teilregelung, die bei isolierter Betrachtung einer Materie zuzurechnen wäre, für die der Bundesgesetzgeber nicht zuständig ist, könne gleichwohl in seine Kompetenz fallen, wenn sie mit dem kompetenzbegründenden Schwerpunkt der Gesamtregelung derart eng verzahnt sei, dass sie als Teil dieser Gesamtregelung erscheine.⁸⁶ Diese Betrachtungsweise, die dazu führt, dass stärker auf das Regelungskonzept als auf die Regelung abgestellt und dieses Konzept en bloc der einen oder anderen Kompetenz zugeordnet wird, so dass Normen, die isoliert gesehen zu einer fremden Materie gehören, gleichsam im Huckepackverfahren mit erfasst werden, ist zwar nicht ohne Kritik geblieben⁸⁷, wird aber von der

26

⁸³ Vgl. EuGH, C-8/55 (Fédéchar), EU:C:1956:11, S. 312; Gutachten 2/94; BVerwGE 123, 267 (351), Rn. 237; *Christian Calliess*, in: ders./Matthias Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 5 EUV, Rn. 15 ff.

⁸⁴ Zur gebotenen restriktiven Auslegung aus der Sicht des innerstaatlichen Rechts vgl. BVerfGE 123, 267 (394 ff.).

⁸⁵ Vgl. BVerfGE 97, 228 (252); 98, 265 (299); 121, 30 (47).

⁸⁶ BVerfGE 98, 265 (299).

⁸⁷ Vgl. zum Ganzen *Ulrich Jan Schröder*, Kriterien und Grenzen der Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhangs nach dem Grundgesetz, 2007, S. 88 ff, 105 ff.; ferner zur Kritik *Wolfgang Cremer*, Ungeschriebene Gesetzgebungszuständigkeiten kraft Sachzusammenhangs?, in: ZG 2005, S. 29 (35 ff.).

ganz herrschenden Meinung gebilligt⁸⁸ und auch im Staatskirchenrecht zugrunde gelegt. So betrifft zwar das in § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO geregelte Zeugnisverweigerungsrecht der Geistlichen das Staatskirchenrecht, für das grundsätzlich die Länder zuständig sind. Das Bundesverfassungsgericht hat den Schutz der Beichte und Gespräche mit Beichtcharakter sogar zum verfassungsrechtlichen Menschenwürdegehalt der Religionsausübung gezählt.⁸⁹ Dessen ungeachtet geht es nach Auffassung des Gerichts beim Zeugnisverweigerungsrecht schwerpunktmäßig um das gerichtliche Verfahren, für das der Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit besitzt, so dass die bundesrechtliche Regelung für verfassungskonform erachtet worden ist.

27 Zu den *ungeschriebenen Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes* rechnet das Bundesverfassungsgericht die Kompetenzen kraft Natur der Sache, kraft Sachzusammenhangs oder kraft Annexcharakters.⁹⁰ Da Art. 70 Abs. 1 GG die Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Ländern abschließend verteilt hat, ist indessen für die Annahme einer ungeschriebenen Kompetenz kein Raum. Gesetzgebungskompetenzen können ihre Grundlage allein im geschriebenen Verfassungsrecht finden. Allerdings braucht sich die Kompetenz nicht ausdrücklich aus dem Wortlaut der Grundgesetzbestimmung ergeben. In Betracht kommt auch eine implizite Zuweisung. Eine solche ist anzunehmen, wenn sie sich mit Hilfe allgemeiner Auslegungsmittel aus dem Text der Verfassung ableiten lässt. Demgemäß handelt es sich bei den Gesetzgebungszuständigkeiten kraft Natur der Sache, kraft Sachzusammenhangs oder kraft Annexcharakters in Wahrheit um stillschweigend mitgeschriebene Zuständigkeiten.⁹¹

28 Eine Bundeskompetenz aus der *Natur der Sache* hat das Bundesverfassungsgericht nach dem ungeschriebenen, im Wesen der Dinge

⁸⁸ Vgl. statt vieler *Pieroth*, in: Jarass / Pieroth (o. Fn. 54), Art. 70, Rn. 8; *Uhle*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 32), Art. 70, Rn. 54.

⁸⁹ BVerfGE 109, 279 (322); BVerfG (K), in: NJW 2007, S. 1865, Rn. 18.

⁹⁰ Vgl. vor allem BVerfGE 98, 365 (299). U. a. dazu *Uhle*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 32), Art. 70, Rn. 65 ff. (2008); *Rozek*, in: Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 65), Art. 70, Rn. 38 ff.

⁹¹ Vgl. *Dirk Ehlers*, Ungeschriebene Kompetenzen, in: JURA 2000, S. 323; *dens. / Kristin Vorbeck*, Presserechtliche Auskunftsansprüche gegenüber Bundesbehörden, in: Der Rechtsstaat zwischen Ökonomie und Ökologie. Festschrift für Götz Frank, hg. von Ernst-Wilhelm Luthe / Ulrich Meyerholt / Rainer Wolf, 2014, S. 223 (230); *Uhle*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 32), Art. 70, Rn. 62 (2008); *Josef Isensee*, Die bundesstaatliche Kompetenz, in: HStR³, Bd. VI, 2008, § 133, Rn. 79.

begründeten Rechtssatz bejaht, wonach gewisse Sachgebiete, weil sie ihrer Natur nach eigenste, der partikularen Gesetzgebungszuständigkeit a priori entrückte Angelegenheiten des Bundes darstellen, vom Bund und nur von ihm geregelt werden können.⁹² Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes *kraft Sachzusammenhangs* soll sich durch das Übergreifen einer dem Bund ausdrücklich zugewiesenen Materie in eine anderweitige, nicht ausdrücklich zugewiesene Materie, auszeichnen. Dies wird angenommen, wenn eine dem Bund ausdrücklich zugewiesene Materie verständlicherweise nicht geregelt werden kann, ohne dass zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt ist, wenn also ein Übergreifen in eine nicht ausdrücklich zugewiesene Materie unerlässliche Voraussetzung für die Regelung einer der Bundesgesetzgebung zugewiesenen Materie ist.⁹³ Dagegen soll sich die *Annexkompetenz* von der Kompetenz kraft Sachzusammenhangs dadurch unterscheiden, dass sie innerhalb des durch den ausdrücklichen Kompetenztitel bezeichneten Sachbereichs verbleibt und diesen nur durch Einbeziehung der Vorbereitung und Durchführung erweitert.⁹⁴ Die Ausdehnung soll mit anderen Worten nicht in die Breite, sondern in die Tiefe gehen. Für die Annahme einer Annexkompetenz wird gefordert, dass zwischen den betreffenden zur Gesetzgebung zugewiesenen Regelungsbereichen und einer zu normierenden Materie ein derart enger Zusammenhang besteht, dass eine funktionsgerechte Wahrnehmung der ausdrücklich zugewiesenen Kompetenzen nicht ohne Einbeziehung der als Annex erfassten Materie denkbar ist.⁹⁵ Umstritten ist, ob es sich bei der Annexkompetenz um eine eigenständige Kategorie oder um einen Unterfall der Kompetenz kraft Sachzusammenhangs handelt.⁹⁶ Das Bundesverfassungsgericht scheint der letzteren Auffassung zuzuneigen.⁹⁷

Der Annahme mitgeschriebener Kompetenzen des Bundes sind enge Grenzen gesetzt. Im Zweifelsfall soll nach der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes den Ländern die Kompetenz zukommen.

29

⁹² BVerfGE 11, 89 (98 f.); 22, 180 (217); 26, 246 (257).

⁹³ BVerfGE 3, 402 (421), zustimmend BVerfGE 98, 265 (299).

⁹⁴ Rozek, in: Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 65), Art. 70, Rn. 44; Markus Heintzen, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Losebl., Art. 70, Rn. 178 (2018).

⁹⁵ BVerfGE 22, 180 (210); 109, 190 (215).

⁹⁶ Vgl. zum Meinungsstand Uhle, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 32), Art. 70, Rn. 65 (2008).

⁹⁷ Vgl. BVerfGE 98, 265 (299); 109, 190 (215). A. A. Ehlers, Ungeschriebene Kompetenzen (o. Fn. 91), S. 325.

So kann zwar bei der Gestaltung des Sonn- und Feiertagsrechts eine Zuständigkeit des Bundes kraft Natur der Sache für die Bestimmung des Tags der Deutschen Einheit angenommen werden.⁹⁸ Dies gilt indessen nicht für die Anerkennung kirchlicher Feiertage. Dem *Vertrag* zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem *Zentralrat der Juden* in Deutschland⁹⁹, der – rechtspolitisch begrüßenswert – insbesondere auf die Erbringung von Staatsleistungen des Bundes gerichtet ist, hat der Bundesgesetzgeber unbeschadet der grundsätzlichen Zuständigkeit der Länder für das Staatskirchenrecht „unter dem Gesichtspunkt der gesamtstaatlichen Repräsentation eine[r] Bundeszuständigkeit aus der Natur der Sache zur Förderung zentraler Einrichtungen nichtstaatlicher Organisationen, die für das Bundesgebiet als Ganzes von Bedeutung sind und ihrer Art nach nicht durch ein Land wirksam gefördert werden könnten“ zugestimmt, zumal einer gesamtstaatlichen Verantwortung Rechnung getragen werde.¹⁰⁰ Diese Begründung stößt auf erhebliche Bedenken, weil Bedeutung und Verantwortlichkeit noch nichts über den Träger (Bund oder Land) aussagen. Auf die Frage, ob die Kirchen (Religionsgemeinschaften) zentrale Einrichtungen haben, kann es nicht ankommen. Eher ließe sich an eine Wiedergutmachung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 9 GG) denken, doch geht die angestrebte kontinuierliche partnerschaftliche Zusammenarbeit zur Erhaltung und Pflege des deutsch-jüdischen Kulturerbes¹⁰¹ darüber hinaus.

V. Wirkungsweise der Gesetze

30 Gesetzliche Regelungen erzeugen *Bindungswirkungen* für ihre Adressaten. Dies ergibt sich für die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung aus Art. 20 Abs. 3 GG, gilt wegen des auf Setzung von Rechtsfolgen gerichteten Inhalts von Gesetzen aber ebenso für die angesprochenen Privaten, unabhängig davon, ob es sich um öffentliches oder privates Recht¹⁰² handelt. Inhaltlich können die Regelungen für die Kirchen oder Religionsangehörigen begünstigenden

⁹⁸ Vgl. Art. 2 Abs. 2 EV.

⁹⁹ BGBl. 2003 I S. 1597. Vgl. auch die Änderungsgesetze vom 3.3.2008 (BGBl. I S. 2397) und vom 30.11.2011 (BGBl. 2012 I S. 1222). Zum Charakter des Zentralrats der Juden als Religionsgemeinschaft vgl. BVerfG (K), in: NVwZ 1999, S. 175.

¹⁰⁰ Vgl. BT-Drs. 15/879, S. 13.

¹⁰¹ Vgl. Art. 1 des Vertrages.

¹⁰² Vgl. zum Privatrecht z.B. §§ 1779, 1801 BGB, § 9 AGG.

oder belastenden Charakter haben sowie neutrale Zielsetzungen verfolgen.

Zu den *begünstigenden Vorschriften* des Staatskirchenrechts sind Normen zu zählen, welche die verfassungsrechtlichen Freiheitsgewährleistungen wiederholen, sie konkretisieren bzw. normativ ausgestalten oder sie funktional (etwa i.S. staatlicher Leistungsversprechungen) ergänzen.¹⁰³ Die Begünstigungen unterbreiten den Kirchen (oder Weltanschauungsgemeinschaften) oder Religionsangehörigen ein Angebot, das sie nutzen können aber nicht müssen. Für den Staat entfalten sie bindende Wirkung. Einerseits gelten sie vorrangig gegenüber dem untergesetzlichen Recht, andererseits enthalten sie ein Anwendungsgebot und Abweichungsverbot.¹⁰⁴ Die staatliche Verwaltung muss so handeln, wie die Gesetze ihr dies vorschreiben. Wurde der Verwaltung Ermessen eingeräumt, hat sie dies entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben.

Zu den Normen mit *belastender Wirkung* sind die Schrankenbestimmungen der Religionsfreiheit und des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts (Rn. 34), insbesondere die Verbotsgesetze¹⁰⁵ oder sonstigen gesetzlichen Regelungen zu rechnen, die eine Nachteilszufügung erlauben¹⁰⁶. Vielfach erzeugen die gesetzlichen Bestimmungen sowohl begünstigende als auch belastende Wirkungen. So bringen die zahlreichen Bestimmungen, die eine Zusammenarbeit von Staat und Kirchen regeln, zwar erhebliche Vorteile für die Kirchen mit sich, weil

¹⁰³ Insoweit gilt nichts anderes als für Weimarer Kirchenartikel. Vgl. dazu BVerfGE 102, 370 (387).

¹⁰⁴ Vgl. BVerwGE 74, 241 (248); *Fritz Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: HStR³, Bd. V, 2007, § 101, Rn. 5 ff.; *Steffen Detterbeck*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: JURA 2002, S. 235.

¹⁰⁵ Zum Verbot der Kanzelankündigung einer Sammlung vgl. BVerfGE 24, 236 ff.; zum Verbot eines kirchlichen Glockenläutens BVerwGE 68, 66 ff.; zum Verbot eines Kalifatstaates BVerwG, in: DVBl 2003, S. 873; zum Verbot des Tragens religiöser Bekleidung im öffentlichen Dienst BVerwGE 116, 359 ff.

¹⁰⁶ Warnungen der Bundesregierung sollen nach der Rspr. des BVerfG keiner gesetzlichen Grundlagen bedürfen, sondern auf die verfassungsunmittelbare Aufgabe der Staatsleitung gestützt werden können (BVerfGE 105, 252 [268 ff.]); vgl. aber auch BVerfG, in: DVBl. 2018, S. 1063; ferner krit. dazu mit Recht statt vieler *Dietrich Murswiek*, Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe, in: NVwZ 2003, S. 1 ff.; vgl. aber auch BVerwGE 90, 112 f. (staatliche Finanzierung eines Vereins, der vor bestimmten Religionsgemeinschaften warnen soll); BVerwG, in: DVBl 2006, S. 387 (Zusendung von Schutzserklärungen).

sie sich insbesondere auch in staatlichen Einrichtungen¹⁰⁷ wie den staatlichen Kindergärten, Schulen, Universitäten, Krankenhäusern, Einrichtungen der Bundeswehr, Strafvollzugsanstalten und Friedhöfen betätigen können. Zugleich müssen sie aber auf die gesetzlich geschützten Interessen des Staates Rücksicht nehmen und sich dementsprechende Beschränkungen gefallen lassen.¹⁰⁸ Einen entsprechenden ambivalenten Charakter haben auch die Gleichheitssätze.

- 33 Schließlich können die gesetzlichen Vorschriften *neutrale* (also weder begünstigende noch belastende) *Ziele* verfolgen, gleichwohl aber staatskirchenrechtliche Relevanz entfalten. So sind die Arbeitgeber nach den Kirchensteuergesetzen verpflichtet, die Kirchensteuer (ohne Vergütung) mit der Lohnsteuer einzubehalten und an das Finanzamt abzuführen.¹⁰⁹ Das Bundesverfassungsgericht hat dies für vereinbar mit dem Grundgesetz gehalten, da die Arbeitgeber nicht für die Kirchen, sondern für den Staat tätig werden.¹¹⁰ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat dies gebilligt.¹¹¹

VI. Vorbehalt des Gesetzes

1. Vorbehalt des Gesetzes im Staat-Bürger-Verhältnis

- 34 Der Vorbehalt des (Parlaments-)Gesetzes besagt, dass die staatliche Exekutive nur tätig werden darf, wenn sie durch Parlamentsgesetz dazu ermächtigt wurde. Er kommt nach deutschem Verständnis im Staat-Bürger-Verhältnis jedenfalls dann zum Zuge, wenn in *Grundrechte eingegriffen* wird¹¹² oder dem Handeln wesentliche

¹⁰⁷ Der Begriff des Staates wird hier i. S. von Staatsgewalt verstanden, bezieht also nicht nur Bund und Länder, sondern alle Träger, einschließlich der Kommunen, ein.

¹⁰⁸ Vgl. Dirk Ehlers, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2020, Art. 140 GG / 141 WRV, Rn. 1, 8.

¹⁰⁹ Vgl. z. B. § 10 KiStG NRW.

¹¹⁰ BVerfGE 19, 226 (240); 44, 103 (104); zust. Hans Ulrich Anke / Diana Zaccharias, Das Kirchenlohnsteuereinzugsverfahren aus der Sicht des Verfassungsrechts, in: DÖV 2003, S. 140 (145 ff.); v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 5), S. 236 f.; Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 32), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 101 (2003); Hans-Michael Heinig, Grundlegende Rechtsfragen des gegenwärtigen Kirchensteuereinzugs, in: Birk / Ehlers (o. Fn. 66), S. 91 ff.

¹¹¹ EGMR, in: NVwZ 2011, S. 1503 (Wasmuth).

¹¹² Dies war schon Ende des 19. Jahrhunderts herrschende Meinung.

Grundrechtsrelevanz beizumessen ist.¹¹³ Nur wenn ein Grundrecht keinerlei Einschränkungen unterliegt (wie dies für die durch Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde angenommen wird¹¹⁴), kommt es auf das Vorliegen eines Gesetzes nicht an. Im Übrigen finden selbst vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte ihre Grenze an den Grundrechten Dritter und sonstigen Rechtsgütern mit Verfassungsrang.¹¹⁵ Es ist dann Sache des Gesetzgebers die kollidierenden verfassungsrechtlich geschützten Interessen einander gemäß dem Prinzip der praktischen Konkordanz und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zuzuordnen.¹¹⁶ Das kollidierende Verfassungsrecht ist Eingriffsgrund, nicht aber Eingriffstitel.¹¹⁷ Weitere Gestaltungsmöglichkeiten hat der Gesetzgeber, wenn die Grundrechtsbestimmungen einen Gesetzesvorbehalt enthalten, sei dieser allgemeiner oder qualifizierter Art (für bestimmte Situationen, Zwecke oder Mittel¹¹⁸).

Während Art. 18 Abs. 3 IPbPr und Art. 9 Abs. 2 EMRK einen qualifizierten sowie Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 Abs. 1 EU-GRC einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt für das Grundrecht der Religionsfreiheit normiert haben, ist in Art. 4 Abs. 1, 2 GG ein solcher nicht vorgesehen. Hieraus wird gefolgert, dass das *Grundrecht der Religionsfreiheit* vorbehaltlos gewährleistet worden ist und Einschränkungen nur mittels der (gesetzlich zu präzisierenden) sog. verfassungsimmanenten Schranken gerechtfertigt werden können.¹¹⁹ Jedoch gehören zum kollidierenden Verfassungsrecht, durch das die Garantien des Art. 4 Abs. 1, 2 GG begrenzt werden, auch die Gesetzesvorbehalte statuierenden Bestimmungen der Weimarer Kirchenartikel¹²⁰, die über die Verweisung des Art. 140 GG „vollgültiges Verfassungsrecht“¹²¹ geworden sind. Ausdrückliche Gesetzesvorbehalte enthalten

35

¹¹³ BVerfGE 40, 237 (249); 47, 46 (79); 49, 89 (126); 61, 260 (275); 98, 218 (251); 108, 282 (321) – Verbot des Tragens eines Kopftuchs von öffentlichen Bediensteten aus religiösen Gründen; BVerfGE 123, 39 (78).

¹¹⁴ BVerfGE 75, 369 (380); 93, 266 (293); 115, 320 (358 f.). A. A. *Matthias Herdegen*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 32), Art. 1 I, Rn. 46 (2009); *Horst Dreier*, in: ders. (o. Fn. 77), Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I, Rn. 134.

¹¹⁵ Ständige Rspr. des Bundesverfassungsgerichts. Erstmals BVerfGE 28, 243 (261). Für die Glaubensfreiheit vgl. BVerfGE 32, 98 (107 f.); 33, 23 (30 f.); 108, 282 (297).

¹¹⁶ Vgl. auch BVerfGE 107, 104 (120); krit. *Thorsten Kingreen / Ralf Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 34. Aufl. 2018, Rn. 385 ff.

¹¹⁷ *Stefan Mückl*, in: BK (o. Fn. 94), Art. 4, Rn. 164 (2008).

¹¹⁸ *Jarass*, in: ders. / Pieroth (o. Fn. 54), Vorbem. vor Art. 1, Rn. 40.

¹¹⁹ Vgl. z. B. BVerfGE 33, 23 (30 ff.); 52, 233 (246); 93, 1 (31); 108, 282 (297).

¹²⁰ *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 108), Art. 140 GG, Rn. 2 ff.

¹²¹ BVerfGE 19, 209 (219 f.).

die Art. 136 Abs. 3 S. 2 und Art. 137 Abs. 3, 6 und 8 WRV i.V.m. Art. 140 GG. Insbesondere die durch Art. 4 Abs. 1, 2 GG (gegebenenfalls i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG¹²²) mit gewährleistete korporative Religionsfreiheit deckt sich weitestgehend mit dem durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV geschützten kirchlichen Selbstbestimmungsrecht und gilt somit ebenfalls nur innerhalb der *Schranken des für alle geltenden Gesetzes*. Des Weiteren ist die Schrankenregelung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV auf Art. 138 Abs. 2 WRV zu übertragen.¹²³ Ferner lässt sich aus Art. 139 WRV ein Gesetzgebungsauftrag zur Ausgestaltung des sonntäglichen Feiertagsschutzes entnehmen (Rn. 15). Umstritten ist dagegen, ob auch *Art. 136 Abs. 1 WRV* i.V.m. Art. 140 GG einen Gesetzesvorbehalt enthält.

- 36** Das *Bundesverfassungsgericht* und die *wohl herrschende Lehre* verneinen dies.¹²⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat dies in einer frühen Entscheidung damit begründet, dass Art. 136 WRV im Lichte der gegenüber früher erheblich verstärkten Tragweite des Grundrechtes der Glaubens- und Gewissensfreiheit auszulegen sei. Er werde nach Bedeutung und innerem Gewicht im Zusammenhang der grundgesetzlichen Ordnung von Art. 4 Abs. 1 GG überlagert. Deshalb lasse sich unter der Herrschaft des Grundgesetzes nur nach Maßgabe der in Art. 4 Abs. 1 GG getroffenen Wertentscheidung feststellen, welche staatsbürgerlichen Pflichten im Sinne des Art. 136 Abs. 1 WRV gegenüber Art. 4 Abs. 1 GG mit staatlichem Zwang durchgesetzt werden dürfen.¹²⁵ In der Literatur wird vor allem darauf hinge-

¹²² Für eine Herleitung der korporativen Religionsfreiheit unmittelbar aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG BVerfGE 24, 236 (245 f.); für einen Rückgriff auf Art. 19 Abs. 3 GG Dreier, in: ders. (o. Fn. 77), Art. 19 III, Rn. 92 f.; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 57), Rn. 75.

¹²³ BVerwGE 87, 115 (125); *Magen*, in: Umbach/Clemens (o. Fn. 32), Art. 140, Rn. 135; *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 32), Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 22 (2016); *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 108), Art. 140 GG/138 WRV, Rn. 10.

¹²⁴ Vgl. BVerfGE 33, 23 (30 f.); 44, 37 (49 f.); 52, 223 (246 f.); 93, 1 (21); 102, 270 (387); BVerfG (K), in: NJW 2002, S. 206 (207); *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 32), Art. 140 GG/Art. 136 WRV, Rn. 52, 54 (2003); *Hans Michael Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003, S. 132 ff.; *Hartmut Maurer*, Die Schranken der Religionsfreiheit, in: ZevKR 49 (2004), S. 311 ff.; *v. Campenhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 5), S. 67 f.; *Mückl*, in: BK (o. Fn. 94), Art. 4, Rn. 160 ff.; *Christian Walter*, Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive, 2009, S. 515 f.; *Martin Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 77), Art. 4, Rn. 124; *ders.*, ebd., Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 136 WRV, Rn. 20; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 57), Rn. 119 ff. – So auch *Hans Michael Heinig*, → § 14, Rn. 60–82.

¹²⁵ BVerfGE 33, 23 (30 f.).

wiesen, dass der Vorbehalt der allgemeinen Staatsgesetze, den Art. 135 S. 3 WRV für die Glaubens- und die Gewissensfreiheit sowie die ungestörte Religionsausübung enthielt, nicht in das Grundgesetz übernommen worden ist.¹²⁶ Im Parlamentarischen Rat sei eine entsprechende Regelung zwar zunächst in Aussicht genommen, aber später bewusst fallen gelassen worden, noch bevor eine Inkorporation der Weimarer Kirchenartikel (einschließlich des Art. 136 Abs. 1 WRV) in Rede gestanden habe.¹²⁷ Rechtssystematisch müsse beachtet werden, dass der Wortlaut des Art. 136 Abs. 1 WRV (nur Ausübung der Religionsfreiheit) nicht mit den in Art. 4 Abs. 1 GG aufgeführten Freiheiten (insbesondere auch der Gewissensfreiheit) kongruent sei¹²⁸ und das Verständnis der Vorschrift als Grundrechtsschranke der Konzeption des Grundgesetzes widerspräche, die Gesetzesvorbehalte jeweils im Anschluss an die Grundrechtsgewährleistung zu benennen.¹²⁹ Außerdem spreche der Zusammenhang mit der Wissenschaftsfreiheit und der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) dafür, dass das Grundgesetz die Religionsfreiheit bewusst durch Verzicht auf einen Gesetzesvorbehalt habe aufwerten wollen.¹³⁰ Schließlich bestünden auch keine teleologischen Erfordernisse für die Annahme, Art. 136 Abs. 1 WRV enthalte einen Gesetzesvorbehalt, da man über die dogmatische Figur des konkurrierenden Verfassungsrechts stets zu befriedigenden Ergebnissen komme.¹³¹

Jedoch ist dieser *Auslegung* des Art. 136 Abs. 1 WRV *nicht zu folgen*.¹³² Die Einheit der Verfassung widerspricht einer Überlagerung

37

¹²⁶ Vgl. *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 57), Rn. 123, 130.

¹²⁷ Näher zur Entstehungsgeschichte JöR N. F. 1 (1951), S. 73 ff.

¹²⁸ *Maurer*, Schranken der Religionsfreiheit (o. Fn. 124), S. 329; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 77), Art. 4, Rn. 124.

¹²⁹ *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 32), Art. 140 GG/Art. 136 WRV, Rn. 54 (2003); *Maurer*, Schranken der Religionsfreiheit (o. Fn. 124), S. 325 f.; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 57), Rn. 125.

¹³⁰ *Maurer*, Schranken der Religionsfreiheit (o. Fn. 124), S. 327; *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 5), S. 68.

¹³¹ *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 5), S. 68; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 77), Art. 4, Rn. 124.

¹³² Vgl. auch BVerwGE 112, 227 (232), das später seine Auffassung aber aufgegeben hat. *Christian Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 65), Art. 4, Rn. 87 ff.; *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 108), Art. 140, Rn. 4; *Karl-Hermann Kästner* in: BK (o. Fn. 94), Art. 140 GG/Art. 136 WRV, Rn. 218 ff. (2010); *Ute Mager*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Begr.), Grundgesetzkommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 4, Rn. 36 f.; *Jarass* in: ders./Pieroth (o. Fn. 54), Art. 4, Rn. 32; *Martin Heckel*, Religionsfreiheit, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. IV, 1997, S. 755 f.; *Stefan Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, S. 230 ff.; *Wolfgang Bock*, Die Religionsfreiheit zwischen

der Weimarer Kirchenartikel durch Art. 4 Abs. 1, 2 GG. Diese sind mit Inkorporation in das Grundgesetz vollgültiges Verfassungsrecht geworden und stehen gegenüber den anderen Artikeln des Grundgesetzes nicht etwa auf einer Stufe minderen Ranges.¹³³ Wenn nach dem (vielfach vernachlässigten) Wortlaut des Art. 136 Abs. 1 WRV die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Pflichten durch die Ausübung der Religionsfreiheit nicht beschränkt werden, so heißt dies mit anderen Worten, dass die – durch Gesetz zu bestimmenden – allgemeinen Pflichten (im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grenzen) auch im Falle einer Ausübung der Religionsfreiheit gelten sollen. Dies spricht eindeutig gegen ein bloßes Diskriminierungsverbot. Vielmehr setzt ein solches Verbot voraus, dass überhaupt Pflichten bestehen. Die Vorstellung, dass diese im kollidierenden Verfassungsrecht wurzeln müssen¹³⁴, lag der Weimarer Reichsverfassung fern. Dementsprechend hat auch *Anschütz* in seiner dem Parlamentarischen Rat vorliegenden Kommentierung des Art. 136 WRV die Ansicht vertreten, dass „die Vorschrift (in Bezug auf die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Pflichten) gleichberechtigt mit Art. 135 Satz 3“ (also dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt) ist.¹³⁵ Nimmt man an, dass Art. 136 Abs. 1 WRV an Art. 135 S. 3 WRV anknüpft, heißt dies noch nicht, dass mit der Nichtübernahme des Art. 135 S. 3 WRV in das Grundgesetz auch die Voraussetzung des Art. 136 Abs. 1 WRV (Bindung an die Pflichten begründenden staatlichen Gesetze) weggefallen ist.¹³⁶ Zudem hätte Art. 136 Abs. 1 WRV als bloßes Diskriminierungsverbot heute keinerlei Bedeutung mehr, weil die Bestimmung nur das wiedergeben wür-

Skylla und Charybdis, in: AöR 123 (1998), S. 444 (469 ff.); *Martin Borowski*, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, 2006, S. 295 ff. Differenzierend *Friedrich Schoch*, Die Grundrechtsdogmatik vor den Herausforderungen einer multikonfessionellen Gesellschaft, in: *Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach*, hg. von Joachim Bohnert / Christof Gramm / Urs Kindhäuser u. a., 2001, S. 149 (165 f. – Gesetzesvorbehalt nur im Hinblick auf Art. 4 Abs. 2 GG); ähnlich *Magen*, in: *Umbach/Clemens* (o. Fn. 32), Art. 140, Rn. 44. Für eine Interpretation des Art. 136 Abs. 1 WRV als Schrankennorm nur, wenn es um die Beurteilung nicht zielgerichteter Eingriffe geht, *Claus Dieter Classen*, Religionsrecht, 2. Aufl. 2015, Rn. 197.

¹³³ So auch BVerfGE 19, 206 (219 f.).

¹³⁴ Für eine Schranke des für alle geltenden Gesetzes i. S. v. Gesetzen, die der Konkretisierung kollidierenden Verfassungsrechts dienen müssen, aber *Bernd Grzeszick*, Staatlicher Rechtsschutz und kirchliches Selbstbestimmungsrecht, in: AöR 129 (2004), S. 168 (210 ff.); *Detlef W. Belling*, Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, in: AfKR 173 (2004), S. 497 (512 ff.).

¹³⁵ *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, Art. 136, Rn. 1.

¹³⁶ A. A. *Maurer*, Schranken der Religionsfreiheit (o. Fn. 124), S. 323 f.

de, was sich aus den Antidiskriminierungsvorschriften der Art. 3 Abs. 3 und Art. 33 Abs. 3 GG ohnehin ergibt. Es widerspricht aber allgemeinen methodischen Regeln, Verfassungsbestimmungen so zu interpretieren, dass sie keinerlei normative Relevanz mehr entfalten.¹³⁷

Abgesehen davon, dass das Bundesverfassungsgericht der *Entstehungsgeschichte* des Grundgesetzes in der Regel keine ausschlaggebende Bedeutung zuerkennt¹³⁸, spricht diese hier auch keineswegs eindeutig gegen die Anerkennung eines Gesetzesvorbehalts. Die Nichtübernahme des zunächst vorgesehenen Gesetzesvorbehalts in die Bestimmung des Art. 4 Abs. 1, 2 GG wurde auch damit begründet, dass die Schrankenklausel des Art. 2 Abs. 1 GG (verfassungsmäßige Ordnung) ausreiche.¹³⁹ Die (aus heutiger Sicht nicht übertragbare) Schrankenklausel mag damals zwar enger ausgelegt worden sein als heute¹⁴⁰, dies gilt aber auch für den Schutzbereich des Grundrechts der Religionsfreiheit.¹⁴¹ Jedenfalls ging man davon aus, dass der Verfassungsgeber nicht generell von der Einhaltung der allgemeinen Rechtsordnung dispensieren wollte.¹⁴² So setzte sich der Abgeordnete *Süsterhenn* im Grundsatzausschuss des Parlamentarischen Rates zwar für eine Streichung des zunächst vorgesehenen allgemeinen Gesetzesvorbehalts ein, bejahte aber gleichwohl den Gedanken, dass sich die Religionsausübung im Rahmen der allgemeinen öffentlichen Ordnung einfügen muss.¹⁴³ Die Konsequenzen der späteren Verweisung des Grundgesetzes auf Art. 136 Abs. 1 WRV sind nicht erörtert

38

¹³⁷ Vgl. *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 42 ff., 75 (normative Kraft der Verfassung).

¹³⁸ Vgl. BVerfGE 1, 299 (312); 6, 389 (431); 41, 291 (309); 62, 1 (45).

¹³⁹ Vgl. die Abgeordneten *Adolf Süsterhenn*, in: JöR N. F. 1 (1951), S. 74, und *Heinrich von Brentano*, Parlamentarischer Rat, Drs. Nr. 850, 854, S. 75.

¹⁴⁰ Das heißt nicht i. S. einer Einschränkung der Freiheit durch alle formell und materiell verfassungsmäßigen Gesetze (st. Rspr. seit BVerfGE 6, 32 [38 f.]).

¹⁴¹ Wegweisend erst BVerfGE 32, 98 (106), wonach das Recht des Einzelnen geschützt wird, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln. Vgl. auch BVerfGE 33, 23 (28); 41, 29 (49); 108, 282 (297).

¹⁴² So auch die Wertung von *Schoch*, Grundrechtsdogmatik (o. Fn. 132), S. 163 f.

¹⁴³ JöR N. F. 1 (1951), S. 74.

worden, so dass sich hieraus keine eindeutigen Rückschlüsse ziehen lassen.¹⁴⁴

39 Unerheblich ist das *Auseinanderfallen* der *Grundrechtsgewährleistung* und *Schrankenregelung* in verschiedene Bestimmungen. Dies gilt für Art. 137 Abs. 3 WRV und die sonstigen Gesetzesvorbehalte der Weimarer Kirchenartikel gleichermaßen.¹⁴⁵ Falls sich Wertungswidersprüche ergeben sollten¹⁴⁶, sind diese im Verfassungsrecht angelegt, erlauben dem Interpreten aber keine Korrektur des geltenden Rechts.

40 Ferner trifft es nicht zu, dass mit der Rechtsfigur des *kollidierenden Verfassungsrechts* alle Problemstellungen sachgerecht gelöst werden können. So stellen die Vorschriften des Bau-, Gewerbe- und Straßenrechts (mit ihren Anzeige- und Erlaubnisvorbehalten) keine Normen zum Schutz von Rechtsgütern mit Verfassungsrang dar¹⁴⁷ (wenn nicht allen Gemeinwohlbelangen Verfassungsrang zugesprochen und damit die Unterscheidung von vorbehaltlos gewährleisteten und sonstigen Grundrechten überflüssig gemacht werden soll). Enthält Art. 136 Abs. 1 WRV keinen Gesetzesvorbehalt, hätte dies zur Folge, dass nur die Kirchen an die genannten Vorschriften als Schrankenregelung der für alle geltenden Gesetze gebunden wären, nicht aber die Einzelnen im Falle eines glaubensgeleiteten Verhaltens. Dementsprechend müsste beispielsweise der Verkauf religiöser Schriften durch die Kirchen anders beurteilt werden als der Verkauf durch einen Einzelnen.

41 Im *Ergebnis* ist nach alledem anzunehmen, dass die durch Art. 4 Abs. 1 GG geschützte individuelle Religionsfreiheit gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV ebenfalls durch die gesetzlich zu prä-

¹⁴⁴ A. A. *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 57), Rn. 130, wonach nicht angenommen werden könne, dass die Streichung des Gesetzesvorbehaltes am Ende der Beratung durch eine redaktionell motivierte Aufnahme des Art. 136 WRV ohne substanzielle Diskussion revidiert werden sollte.

¹⁴⁵ Entgegen *Maurer*, Schranken der Religionsfreiheit (o. Fn. 124), S. 328, ist Art. 136 Abs. 1 WRV (im Gegensatz zu Art. 137 Abs. 3 WRV) auch keine ausschließliche Schrankenklausel. Sie enthält zugleich ein Differenzierungsverbot.

¹⁴⁶ Für eine analoge Anwendung des Art. 136 Abs. 1 WRV auf die Gewissensfreiheit *Matthias Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 2011, S. 288. A. A. *Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung (o. Fn. 132), S. 253 ff.; *Mückl*, in: BK (o. Fn. 94), Art. 4, Rn. 168 (2008).

¹⁴⁷ Dies dürfte selbst gelten, wenn es um den Schutz des Rechts auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) geht.

zisierenden (allgemeinen) bürgerlichen und staatsbürgerlichen Pflichten beschränkt werden darf.

Weitere Gesetzesvorbehalte im Staat-Bürger-Verhältnis lassen sich aus den speziellen verfassungsrechtlichen Differenzierungsverboten aus Gründen der Religion oder der Weltanschauung (Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3, Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1, Art. 137 Abs. 7 WRV) i.V.m. dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip ableiten. Diese Verbote schließen nicht jegliche Differenzierung aus. So kann die Religionszugehörigkeit ausnahmsweise Eignungskriterium für den Zugang zu öffentlichen Ämtern sein (wie im Fall der Religionslehrer an staatlichen Schulen oder der Theologieprofessuren an staatlichen Universitäten¹⁴⁸). Neben den Differenzierungsgründen, die sich aus dem kollidierenden Verfassungsrecht ergeben, können in sehr engen Grenzen möglicherweise auch zwingende Erfordernisse eine (unmittelbare oder mittelbare) Differenzierung rechtfertigen.¹⁴⁹ Die ausnahmsweise anzuerkennenden Differenzierungsgründe müssen jedenfalls aber dann auf eine gesetzliche Grundlage zurückgeführt werden können, wenn die Bevorzugung oder Benachteiligung zugleich wie ein Eingriff in die Religionsfreiheit wirkt.¹⁵⁰ Entsprechendes dürfte anzunehmen sein, wenn die Art. 26 IPbpr, Art. 14 EMRK (i.V.m. Art. 9)¹⁵¹, Art. 20, 21 EU-GRC anwendbar sind, einer Ungleichbehandlung im Einzelfall aber nicht entgegenstehen. In der Rechtsprechung und im Schrifttum sind diese Fragen bisher nicht geklärt.

42

¹⁴⁸ Vgl. statt vieler Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 108), Art. 140 GG / Art. 136 WRV, Rn. 3.

¹⁴⁹ Näheres zum Ganzen Martin Heckel, Gleichheit oder Privilegien?, 1983, S. 90 ff.; Dirk Ehlers, Vereinbarkeit der staatlichen Bezuschussung kirchlicher Träger von Kindertageseinrichtungen in Nordrhein-Westfalen mit dem Grundgesetz, in: ZevKR 54 (2009), S. 253 (262 f.); Schrooten, Gleichheitssatz und Religionsgemeinschaften (o. Fn. 25), S. 226.

¹⁵⁰ Siehe auch Jarass, in: ders. / Pieroth (o. Fn. 54), Art. 3, Rn. 152 (zur gesetzlichen Grundlage für Differenzierung zwischen Männern und Frauen).

¹⁵¹ Art. 1 des Protokolls Nr. 12 zur EMRK enthält ein allgemeines Diskriminierungsverbot auch in Bezug auf die Religion, ist aber bisher von der Bundesrepublik Deutschland (und vielen anderen Konventionsstaaten) nicht ratifiziert worden.

2. Sonstige Gesetzesvorbehalte

43 Schließlich gilt wie im Allgemeinen auch im Staatskirchenrecht der *organisationsrechtliche* (institutionelle) *Gesetzesvorbehalt*¹⁵². Danach können juristische Personen oder teilrechtsfähige Rechtsträger des öffentlichen oder privaten Rechts (jedenfalls grundsätzlich¹⁵³) nur durch oder aufgrund eines Parlamentsgesetzes errichtet werden. Soll den kirchlichen Rechtsträgern auch im staatlichen Rechtskreis Rechts- oder Teilrechtsfähigkeit zukommen¹⁵⁴, haben die Kirchen die Möglichkeit, sich der allgemeinen zur Verfügung stehenden Organisationsformen des Privatrechts zu bedienen.¹⁵⁵ Dagegen gibt es keine allgemein verwendbaren Organisationsformen des öffentlichen Rechts für nicht staatliche Rechtsträger. Wollen die Kirchen (oder Weltanschauungsvereinigungen) ihre Organisationseinheiten dem öffentlichen Recht unterstellen, bedarf es abgesehen von dem in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 S. 1 WRV geregelten Fall „geborener“ Religionsgesellschaften daher eines Parlamentsgesetzes. Hierfür spricht auch, dass die an die Erlangung des Körperschaftsstatus anzulegenden verfassungsrechtlichen Maßstäbe¹⁵⁶ (wie z.B. die Anforderungen an die gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV notwendige Gewähr der Dauer, ferner die Zuständigkeit und das einzuhaltende Verfahren) gesetzlich konkretisiert werden müssen.

¹⁵² Vgl. *Christoph Ohler*, Der institutionelle Vorbehalt des Gesetzes, in: AÖR 131 (2006), S. 336; *Ossenbühl*, Vorrang (o. Fn. 104), Rn. 37; *Dirk Ehlers*, Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat (§ 2), in: ders./Hermann Pünder (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, Rn. 48.

¹⁵³ Auf Einzelheiten, z.B. das Auftreten im Vorgründungsstadium, kommt es hier nicht an.

¹⁵⁴ Die Befugnis der Kirchen, sich in ihrem Rechtskreis gemäß ihrem Selbstverständnis zu organisieren, ergibt sich aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV. Näher dazu *Hendrik Munsonius*, Die juristische Person des evangelischen Kirchenrechts, 2009, S. 81 ff.

¹⁵⁵ Vgl. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 4 WRV. Bezogen auf den (nicht aufgegriffenen) Vorschlag der Einführung einer neuen privatrechtlichen Organisationsform für Kirchen, die unter dem Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts angesiedelt ist, vgl. *Waldhoff*, Neue Religionskonflikte (o. Fn. 19), D 87 ff.; *Möllers*, Neue Religionskonflikte (o. Fn. 19), O 48 f.

¹⁵⁶ Vgl. dazu auch den (von den zuständigen Referentinnen und Referenten der Länder verfassten und von der Konferenz der Chefin und des Chefs der Staats- und Senatskanzleien am 16.2.2017 als rechtliche Grundlage künftiger Anerkennungsverfahren durch die Länder zur Kenntnis genommenen) Leitfaden für die Verleihung der Körperschaftsrechte an Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften.

Inhaltlich ist es zwar Sache der Kirchen, zu bestimmen, wie die Körperschaft ausgestaltet sein soll. Doch muss im Rechtsverkehr Klarheit darüber bestehen, wann eine Körperschaft anzunehmen ist und den Kirchen das Recht zustehen soll, sich der Mittel des öffentlichen Rechts zu bedienen. Dies gilt auch dann, wenn die Kirchen in einem anderen Bundesland bereits den Körperschaftsstatus erlangt haben, weil dann eine Zweitverleihung erforderlich ist und diese nach der (umstrittenen) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts konstitutiven Charakter hat.¹⁵⁷ Ebenso bedarf das Recht zur öffentlich-rechtlichen Untergliederung der Religionsgemeinschaften¹⁵⁸ (etwa die Verselbständigung der Gemeinden oder die Errichtung von Anstalten) und zur Bildung von Dachverbänden¹⁵⁹ sowie der Entzug der Körperschaftsrechte einer gesetzlichen Regelung. Da das Bundesverfassungsgericht eine Verleihung der Körperschaftsrechte unmittelbar durch Parlamentsgesetz (wie früher in Bremen und Nordrhein-Westfalen) für einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) und das grundrechtlich geschützte Recht auf wirkungsvollen Rechtsschutz im Einzelfall gehalten hat¹⁶⁰, bedarf es eines parlamentarischen Rahmengesetzes, auf dessen Grundlage Regierung oder Verwaltung¹⁶¹ die Rechte einer Körperschaft verleihen oder entziehen können. Die Staatspraxis entspricht in erheblichem Umfang nicht dieser verfassungsrechtlichen Anforderung.¹⁶² So werden die Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts nur in ei-

¹⁵⁷ BVerfGE 139, 321 (Rn. 111), mit abweichender Meinung von drei Richtern.

¹⁵⁸ Zur Organisationsgewalt der korporierten Kirchen gehört zwar die Befugnis, öffentlich-rechtlich Untergliederungen zu bilden (BVerfGE 102, 370, 371), doch bedarf es der Mitwirkung des Staates, wenn die Untergliederung im Bereich der weltlichen Rechtsordnung rechtlich wirksam handeln soll (BVerwG, in: NVwZ 2009, S. 390 [391]).

¹⁵⁹ Vgl. Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 S. 3 WRV; BVerwGE 123, 49 ff.

¹⁶⁰ BVerfGE 139, 321 ff.

¹⁶¹ § 2 Abs. 1 Körperschaftsstatusgesetz NRW sieht zwar eine Verleihung der Körperschaftsrechte durch Rechtsverordnung der Landesregierung (nach Anhörung des zuständigen Ausschusses des Landtags) vor, verleiht dem Landtag aber das Recht, die Erteilung der Körperschaftsrechte durch Beschluss des zuständigen Ausschusses jederzeit von seiner Zustimmung abhängig zu machen. Krit. dazu *Michael Sachs / Christian Jasper*, Die Verleihung des Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts an Religionsgemeinschaften, Anmerkung zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juni 2015 (2 BvR 1282/11) zum Körperschaftsstatus der Zeugen Jehovas, in: NWVBl. 2016, S. 1 (10).

¹⁶² Vgl. zum Ganzen auch *Ehlers*, in: *Sachs* (o. Fn. 108), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 30.

nigen Ländern auf der Grundlage eines Gesetzes verliehen¹⁶³. In anderen Ländern erfolgt die Verleihung (nur) in Form einer Rechtsverordnung oder gar nur durch Beschluss der Landesregierung oder eines Ministers.¹⁶⁴ Teilweise finden sich in den Staatskirchenverträgen einschlägige Regelungen.¹⁶⁵

VII. Schranken der Gesetzgebung

44 Welchen Schranken die religionsbezogene Gesetzgebung unterliegt, hängt von der jeweils maßgeblichen Rechtsordnung, dem Zusammenspiel der Rechtsordnungen sowie dem Rang des (Parlaments-)Gesetzes ab. Stets muss das *vorrangig geltende Recht* beachtet werden. Im Falle einer Kollision ist das niederrangige Recht entweder ungültig oder nicht anwendbar.¹⁶⁶ Lassen die Gesetze einen Auslegungsspielraum zu, muss dieser – soweit möglich – zur Herstellung einer Konformität mit dem höherrangigen Recht genutzt werden.

45 Innerstaatlich gesehen ist der Gesetzgeber an die (formellen und materiellen) Vorgaben des Grundgesetzes und der Landesverfassung gebunden. Da das Verfassungsrecht *völkerrechtsfreundlich* ausgelegt werden muss¹⁶⁷ und das Völkerrecht auf diese Weise einen quasi verfassungsrechtlichen Rang erhält¹⁶⁸, gelten die Maßstabsnormen der Art. 18, 26 IPbPR sowie vor allem der Art. 9 und 14 EMRK über die entsprechende Interpretation der religiösen Freiheits- und Gleichheitssätze des Grundgesetzes im Rahmen der geltenden methodi-

¹⁶³ Vgl. Art. 1, 26a Bay KirchStG; §§ 2a Brem KiStG; §§ 1 Abs. 1 des Hamburgischen Gesetzes über die Verleihung der Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts an Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften; § 1 ff. Körperschaftsstatusgesetz NRW. Vgl. auch §§ 24 ff. KiStG BW.

¹⁶⁴ Näher dazu *Hermann Weber*, Die Verleihung der Körperschaftsrechte an Religionsgemeinschaften, in: ZevKR 34 (1989), S. 337 (364 ff.).

¹⁶⁵ Vgl. *Claudio Fuchs*, Das Staatskirchenrecht der neuen Bundesländer, 1999, S. 111; *Rainer Mainusch*, Staatskirchenrechtliche Überlegungen zur kirchlichen Organisationsgewalt, in: ZevKR 49 (2004), S. 285 (300 ff.).

¹⁶⁶ Ist das niederrangige Recht mit dem höherrangigen nur unvereinbar, kann u. U. eine übergangsweise Hinnahme durch die (Verfassungs-)Gerichtsbank angeordnet werden.

¹⁶⁷ Vgl. BVerfGE 6, 309 (362); 31, 58 (75 f.); 111, 307 (317 f.); BVerfG, in: NVwZ 2018, S. 1121.

¹⁶⁸ Vgl. *Dirk Ehlers*, in: ders. (Hg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 2, Rn. 15.

schen Standards auch für den nationalen Gesetzgeber. Dementsprechend wird der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte häufig nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges (auch zum Bundesverfassungsgericht) in religionsrechtlichen Streitigkeiten angerufen¹⁶⁹, überlässt allerdings den Konventionsstaaten einen erheblichen Beurteilungsspielraum (margin of appreciation), wenn gemeineuropäische Wertvorstellungen fehlen.¹⁷⁰

Das *Recht der Europäischen Union* geht – bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in den Grenzen der Art. 23 Abs. 1 S. 1 und 3, Art. 79 Abs. 3 GG¹⁷¹ – dem nationalen Recht einschließlich des Verfassungsrechts und damit auch dem Staatskirchenrecht vor. Sowohl der Unionsgesetzgeber als auch die nationalen Gesetzgeber der Mitgliedstaaten sind (im Falle der Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union)¹⁷² nach Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 EUV, Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-GRC an die Unionsgrundrechte und damit auch an die Freiheits- und Gleichheitsrechte der Art. 10, 20, 21 EU-GRC gebunden. Diese Gewährleistungen erlauben jedoch gemäß Art. 52 Abs. 1 S. 1 EU-GRC gesetzliche Einschränkungen. Für die Zuordnung von Freiheit und gesetzlichen Beschränkungen gelten dieselben (Abwägungs-)Regeln wie im nationalen Recht. Die Bestimmung des Art. 52 Abs. 1 S. 2 EU-GRC – wonach Einschränkungen (der in der Charta anerkannten) Rechte und Freiheiten nur vorgenommen werden dürfen, wenn sie erforderlich sind und den (von der Union) anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen – lässt sich verallgemeinern und sinngemäß auch auf das Völkerrecht übertragen. Sowohl das Völkerrecht als auch das Unionsrecht sind autonom auszulegen. Auslegungsspiel-

46

¹⁶⁹ Vgl. etwa EGMR, in: EuGRZ 2007, S. 543 (Verbot des Kalifatstaates); in: NJW 2010, S. 177 (Warnung vor Jugendsekten); in: EuGRZ 2010, S. 560 (Kündigung kirchlicher Arbeitnehmer); in: NVwZ 2011, S. 1503 (Eintragung der Religionszugehörigkeit auf der Lohnsteuerkarte); Entscheidung vom 6.12.2011, Nr. 12986/04 (staatlicher Gerichtsschutz in kirchlichen Angelegenheiten).

¹⁷⁰ Vgl. etwa im Hinblick auf die Anbringung von Kruzifixen in öffentlichen Schulen EGMR, in: EuGRZ 2011, S. 677 (Lautsi). Ferner z. B. EGMR, in: NJW 2014, S. 2925, Rn. 12 (S. A. S.); in: NVwZ-RR 2018, 1, Rn. 112 (Izzetin Doğan); in: NVwZ-RR 2018, S. 505, Rn. 87 (Osmanoğlu).

¹⁷¹ BVerfGE 73, 339 (375 ff.); 89, 155 (199); 123, 267 (349); 126, 286 (302). Nach der Costa/E.N.E.L. Rechtsprechung des EuGH (Slg. 1964, 1251) gilt der Vorrang des Unionsrechts uneingeschränkt. Ausführlich dazu *Dirk Ehlers*, Europarecht (§ 11), in: Schulze/Janssen/Kadelbach (o. Fn. 3), Rn. 8.

¹⁷² Vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-GRC.

räume müssen – soweit möglich – zur Herstellung einer Konformität mit dem höherrangigen Recht genutzt werden.

47 Ferner hat der nationale Gesetzgeber sämtliche an die Gesetzgebung gestellten verfassungsrechtlichen Anforderungen zu beachten, vor allem die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten (Rn. 16 ff.), das Grundrecht der Religionsfreiheit¹⁷³ sowie das kirchliche Selbstbestimmungsrecht¹⁷⁴. Die aufgrund der Freiheitsgewährleistung und Schrankenvorbehalte geschützten Rechtsgüter müssen einander im Wege der *Abwägung* unter Berücksichtigung der zwischen Freiheits- und Bindungsnormen bestehenden Wechselwirkungen und des Verhältnismäßigkeitsprinzips zugeordnet werden.¹⁷⁵ Damit nicht vereinbar ist eine – in der Rechtsprechung zum Teil noch immer zugrunde gelegte¹⁷⁶ – verräumlichende Bereichsabgrenzung zwischen *inneren* (den Staatsgesetzen schlechthin unzugänglichen) und *äußeren Kirchenangelegenheiten*.¹⁷⁷ Eine Bereichsunterscheidung kann allenfalls das Ergebnis einer auf alle Umstände des Einzelfalls abstellenden Abwägung sein.

48 Nach Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG, den verschiedenen Gleichheitssätzen¹⁷⁸ und Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV muss es sich bei den Schrankengesetzen um allgemein (*für alle*) *geltende Gesetze* handeln. Dieses ist der Fall, wenn die Gesetze religionsneutral, d.h. nicht darauf gerichtet sind, einzelne Religionen (oder Weltanschauungen) zu benachteiligen. Auch dürfen sie sich nicht gegen eine Religion oder Weltanschauung als solche richten. Dies schließt Gesetze, die zwar nur an Religionsgemeinschaften (oder Weltanschauungsgemeinschaften) adressiert sind und diese härter als den Jedermann

¹⁷³ Vgl. Art. 1 Abs. 3 GG.

¹⁷⁴ Vgl. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV.

¹⁷⁵ Vgl. *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 32), Art. 140 GG/137 WRV, Rn. 47 (2003); *Karl-Hermann Kästner*, in: BK (o. Fn. 94), Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 3 WRV, Rn. 344 (2010); *Stefan Muckl*, in: Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Losebl. Stand 2014, Art. 140 GG/Art. 137 WRV, Rn. 51 (2019); *Axel v. Campenhausen*, *Der staatliche Rechtsschutz im kirchlichen Bereich*, in: AöR 112 (1987), S. 634 ff.; *Unruh*, *Religionsverfassungsrecht* (o. Fn. 57), Rn. 173.

¹⁷⁶ BVerfGE 18, 385 (387 f.); 42, 312 (333 f.); 111, 1 (5 f.).

¹⁷⁷ Vgl. auch *Konrad Hesse*, *Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften*, in: HSKR (o. Fn. 15), S. 521 (549 ff.).

¹⁷⁸ Vgl. *Gregor Kirchhof*, *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, 2009, S. 232 ff., 362 ff.; *dens.*, *Gesetz*, in: *Leitgedanken des Rechts. Festschrift für Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag*, hg. von Hanno Kube/Rudolf Mellinghoff/Gerd Morgenthaler/Ulrich Palm/Thomas Puhl/Christian Seiler, Bd. I, 2013, § 32, Rn. 7 ff.

treffen, nicht aus, wenn der Schutz allgemein zu respektierenden Rechtsgütern (z.B. dem Gesundheitsschutz auf kirchlichen Friedhöfen) dient.¹⁷⁹ Ferner sind Schrankengesetze zulässig und unter Umständen geboten, wenn sie zwar nicht allgemein gelten, sondern speziell die Religion oder Kirchen betreffen, aber kollidierendes Verfassungsrecht präzisieren (wie z.B. die Kirchenaustrittsgesetze, die der Sicherung der negativen Religionsfreiheit dienen).

VIII. Bindung des Gesetzgebers an die Staatskirchenverträge

Staatskirchenverträge zeichnen sich gegenüber sonstigen vertraglichen Abmachungen zwischen Staat und Kirche (oder Weltanschauungsgemeinschaften) dadurch aus, dass dem Vertragsschluss auf staatlicher Seite der Gesetzgeber (oder jedenfalls das Parlament) zugestimmt hat. Bei den Verträgen handelt es sich um solche völkerrechtlicher oder staatsrechtlicher Art. Völkerrechtlichen Charakter haben nur die mit dem Heiligen Stuhl als Völkerrechtssubjekt abgeschlossenen Verträge (obwohl sie nicht typisch völkerrechtliche, sondern staatskirchenrechtliche Themenstellungen regeln)¹⁸⁰. Die sonstigen Verträge entsprechen ihrer Struktur nach den zwischen den Ländern oder Bund und Ländern abgeschlossenen Staatsverträgen.¹⁸¹ Die Verträge entfalten in den Grenzen der *clausula rebus sic stantibus* zwischen den Vertragspartnern und dem Begünstigten vertragliche Bindungswirkungen, das Zustimmungsgesetz unter Umständen (wie etwa im Fall des vereinbarten Sonntagschutzes) auch Allgemeinverbindlichkeit (zu Lasten Dritter).¹⁸² Umstritten ist, ob auch der Gesetzgeber an die Verträge gebunden ist. Die wohl herrschende Lehre unterscheidet zwischen dem rechtlichen *Dürfen* und *Können* des Gesetzgebers.¹⁸³ Demgegenüber ist zu differenzieren:

49

¹⁷⁹ Str., wie hier Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 108), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 13.

¹⁸⁰ Zur völkerrechtlichen Qualität des Reichskonkordates vgl. BVerfGE 6, 309 (320 ff.); ferner Bernd Jeand'Heur / Stefan Koriath, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, Rn. 280; Dirk Ehlers, Problemstellungen des Vertragsstaatskirchenrechts, in: ZevKR 46 (2001), S. 286 (292 ff.); Classen, Religionsrecht (o. Fn. 132), Rn. 65 ff.; Walter, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 124), S. 297.

¹⁸¹ Näher dazu Ehlers, Problemstellungen des Vertragsstaatskirchenrechts (o. Fn. 180), S. 298 ff.; Unruh, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 57), Rn. 360.

¹⁸² Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 108), Art. 140, Rn. 8.

¹⁸³ Vgl. Ulrich Scheuner, Kirchenverträge in ihrem Verhältnis zu Staatsgesetz und Staatsverfassung, in: Festschrift für Erich Ruppel, hg. von Heinz

Soweit die Staatskirchenverträge dem Verfassungsrecht widersprechen, sind die Zustimmungsgesetze und damit die Verträge selbst als ungültig anzusehen. Im Übrigen ist zwischen der Vertragsbindung und der sich aus dem Demokratieprinzip sowie für das Religionsrecht aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV ergebenden Befugnis des Gesetzgebers, das Gemeinwohl ohne Bindung an vorherige Entscheidungen stets neu zu konkretisieren, abzuwägen. Das einem Staatskirchenvertrag widersprechende spätere Gesetz ist ungültig, wenn die Kirche (respektive Weltanschauungsgemeinschaft) unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse *verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz* (auch gegenüber dem Gesetzgeber) beanspruchen kann.¹⁸⁴ Im Übrigen gilt die *lex posterior*-Regel. Um den beiderseitigen Interessen gerecht zu werden und Kollisionen zu vermeiden, sieht das Staatskirchenrecht ohnehin in der Regel die Möglichkeit vor, die Verträge anzupassen, zu suspendieren oder zu kündigen.¹⁸⁵

IX. Funktion der Kirchengesetze im Staatskirchenrecht

50 Es gehört zu den durch das Grundrecht der Religionsfreiheit und Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV geschützten eigenen Angelegenheiten der Kirchen, selbst über die Ausgestaltung ihrer Verhältnisse und die Art und Weise der Regelung zu bestimmen. Jedenfalls die großen christlichen Kirchen kennen ein *Kirchenrecht*, das sich seiner Struktur (nicht seinem Inhalt) nach mit dem weltlichen Recht vergleichen lässt.¹⁸⁶ Ebenso ist ihnen die Unterscheidung von verfas-

Brunotte u. a., 1968, S. 312 (325); v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 5), S. 147; Classen, Religionsrecht (o. Fn. 132), Rn. 76.

¹⁸⁴ Vgl. Ehlers, Problemstellungen des Vertragsstaatskirchenrechts (o. Fn. 180), S. 302 ff.; dens., Staatskirchenverträge, in: Rosemarie Will (Hg.), Die Privilegien der Kirchen und das Grundgesetz, 2011, S. 75 (83). Ähnlich Ulrich Anke, Die Neubestimmung des Staat-Kirche-Verhältnisses in den neuen Ländern durch Staatskirchenverträge, 2000, S. 161 ff., 191 ff., 205 ff.; Florian Becker, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005, S. 229 f.

¹⁸⁵ Vgl. v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 5), S. 145.

¹⁸⁶ Zur These von Rudolf Sohm, wonach das Kirchenrecht mit dem Wesen der Kirche in Widerspruch steht, weil das Wesen der Kirche geistlich, das Wesen des Rechts weltlich ist (Kirchenrecht, Bd. 1, 1892, S. X, 1, 700), sowie zum monistischen oder dualistischen Kirchenrechtsverständnis (des evangelischen Kirchenrechts) vgl. Dirk Ehlers, Rechtstheologische und säkulare Aspekte des evangelischen Kirchenrechts, in: Rechtsstaat Kirche Sinnverantwortung, Festschrift für Klaus Obermayer, hg. von Richard Bartlspurger u. a., 1986, S. 275 ff.; Heinrich de Wall, in: ders. / Stefan Muckel, Kirchenrecht,

sungsrechtlicher, gesetzlicher und untergesetzlicher Rechtsetzung (und damit eine Stufenordnung des Rechts) geläufig.¹⁸⁷ Das staatliche Recht kann ein normatives Handeln der Kirchen gebieten, wobei es dem Staat in der Regel nicht auf die Normsetzer¹⁸⁸ und die kirchenrechtliche Qualität des Rechtsaktes (als Gesetz, Verordnung oder Satzung) ankommt.¹⁸⁹ So benötigen Kirchen, die als Vereine oder Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert sind, eine *Satzung*¹⁹⁰ (die im Falle der Wahl einer Körperschaft auch in Form eines Verfassungsgesetzes der Kirche oder eines einfachen Kirchengesetzes erlassen werden kann). Diese befähigt sie, am allgemeinen Rechtsverkehr als juristische Person teilnehmen zu können. Dürfen die Kirchen eigene Steuern erheben, verlangen die Kirchensteuergesetze „Steuerordnungen“ der Kirchen.¹⁹¹ Ebenso können die als Vereine organisierten Kirchen Beiträge nur auf der Grundlage einer Satzung oder jedenfalls eines satzungsmäßigen Beschlusses der Mitgliederversammlung¹⁹² erheben. Auch wenn das staatliche Recht nicht ausdrücklich ein rechtsförmliches Handeln der Kirchen verlangt, kann sich dies aus den Umständen ergeben. So lassen sich aus dem Rechtsstaatsprinzip materiell-rechtliche Anforderungen herleiten, die nicht nur den Staat betreffen, sondern auch auf den gesellschaftlichen Bereich ausstrahlen.¹⁹³ Bedienen sich die Kirchen einseitiger Regelungstechniken – beispielsweise in Gestalt der Errichtung öffentlich-rechtlicher Dienst- und Treueverhältnisse (Beamtenverhältnisse) oder des

4. Aufl. 2014, § 24, Rn. 15; *dens.*, Grundfragen des evangelischen Kirchenrechts, Grundbegriffe und rechtstheologische Grundlegung, in: HEKR, S. 5 f.

¹⁸⁷ Näher dazu *Stefan Muckel*, in: de Wall/Muckel (o. Fn. 186), § 17, Rn. 1 ff.; *de Wall*, ebd., §§ 24, 25. Zum Normenvorrang und Normenvorbehalt (im evangelischen Kirchenrecht) *Christian Traulsen*, Rechtsstaatlichkeit und Kirchenordnung, 2013, S. 301 ff.

¹⁸⁸ Z. B. Papst, Bischofskonferenz, Diözesen, Evangelische Kirche in Deutschland, Zusammenschlüsse der Landeskirchen, Landeskirche, Synode, Exekutivorgane.

¹⁸⁹ Vgl. auch *Traulsen*, Kirchenordnung (o. Fn. 187), S. 302.

¹⁹⁰ Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV spricht von „Verfassung“. Dies erfordert nicht nur, aber auch eine Satzung. Vgl. BVerfGE 102, 370 (384 f., Rn. 62).

¹⁹¹ Näher dazu *Felix Hammer*, Rechtsfragen der Kirchensteuer, 2002, S. 407 ff.

¹⁹² Vgl. BVerfG (K), in: NJW 1991, S. 2626.

¹⁹³ Zur Wirkungsweise des Rechtsstaatsprinzips im Staatskirchenrecht vgl. *Heinrich de Wall*, Die Bindung der Kirchen an das Rechtsstaatsprinzip – Zur Bedeutung von Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes für die kirchliche Verwaltung, in: ZevKR 43 (1998), S. 441 (456 ff.); *Dirk Ehlers*, Grundfragen kirchlicher Gebührenerhebung, in: ZevKR 54 (2009), S. 186 (201); *Traulsen*, Kirchenordnung (o. Fn. 187), S. 277 f.

Erlasses kirchlicher Verwaltungsakte mit belastender Wirkung (wie im Falle der Erhebung von Friedhofsgebühren) –, verlangen die rechtsstaatlichen Grundsätze der Zugänglichkeit, Rechtssicherheit, Bestimmtheit, Berechenbarkeit und Kontrollierbarkeit eine *rechts-normative Grundlage* für das kirchliche Handeln. Dies gilt erst recht, wenn den Kirchen zugleich die Ausübung von Staatsgewalt (z.B. durch Verleihung von Vollstreckungsbefugnissen im Friedhofsrecht¹⁹⁴) übertragen worden ist. Ferner wird mit kirchengesetzlichen Regelungen etwa auf dem Gebiet des Datenschutzes gerechnet. Nur wenn die Kirchen selbst für einen ausreichenden Datenschutz sorgen, lässt sich nämlich die Ausklammerung der korporierten Religionsgemeinschaften aus dem Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung der Europäischen Union und des Bundesdatenschutzgesetzes rechtfertigen.¹⁹⁵ Ein solcher Schutz ist ohne Verankerung in allgemein geltenden Rechtsätzen nicht vorstellbar. Schließlich können sich kirchengesetzliche Regelungen für die Kirchen zumindest als förderlich für das Auftreten in der staatlichen Rechtsordnung erweisen. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn die Kirche mit dem Staat (beispielsweise in staatlichen Einrichtungen) zusammenwirken will, gilt aber auch ansonsten. So haben die Geistlichen gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO, § 383 Abs. 2 Nr. 4 ZPO ein Zeugnisverweigerungsrecht über das, was ihnen in ihrer Eigenschaft als Seelsorger anvertraut oder bekanntgeworden ist. Der Begriff des Geistlichen muss in einem säkularen Sinne verstanden werden.¹⁹⁶ Dem Kirchengesetz kann hierbei aber eine Leitbildfunktion zukommen.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Vgl. Dirk Ehlers, → § 79, Rn. 14–18.

¹⁹⁵ Vgl. v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 5), S. 294. Art. 91 Abs. 1 der Datenschutz-Grundverordnung EU lässt die Anwendung der kirchenrechtlichen Regelungen zum Datenschutz nur zu, wenn sie zum „Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung“ bereits Geltung (im umfassenden Charakter) hatten, „sofern sie mit dieser Verordnung in Einklang gebracht werden“. Entgegen dem Wortlaut wird aus Gründen einer freiheitskonformen Auslegung indessen zu Recht die Auffassung vertreten, dass auch künftige Änderungen der kirchlichen Datenschutzregelungen zulässig sind und ebenso die nicht erfassten korporierten Kirchen befreit werden, wenn der Standard der EU-Verordnung gewahrt bleibt. Vgl. Eugen Ehmann / Martin Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 91, Rn. 15 f.; Ansgar Hense, in: Gernot Sydow (Hg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 91, Rn. 14 f. A. A. Peter Gola, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 91, Rn. 3.

¹⁹⁶ Heinrich de Wall, Der Schutz des Seelsorgegeheimnisses (nicht nur) im Strafverfahren, in: NJW 2007, S. 1856 (1857).

¹⁹⁷ Henning Radke, Der Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses, in: ZevKR 52 (2007), 617 (632).

§ 10

Verträge zwischen Staat und Kirchen sowie anderen Religionsgemeinschaften

Von Stefan Mückl

I. Historische Entwicklung und aktueller Stand des Vertragsstaatskirchenrechts	1–18
1. Staatskirchenverträge bis 1945	7
2. Staatskirchenverträge zwischen 1945 und 1990	8–10
3. Staatskirchenverträge nach 1990	11–12
a) „Wiedervereinigungsbedingte“ Staatskirchenverträge	11
b) Schließung von „Vertragslücken“ in den Ländern der Stamm-Bundesrepublik Deutschland	12
4. Vereinbarungen und Verträge mit jüdischen Kultusgemeinden	13–14
5. Vereinbarungen und Verträge mit kleineren Religionsgemeinschaften	15
6. Verträge mit muslimischen Gemeinschaften	16–18
II. Regelungsgegenstände des Vertragsstaatskirchenrechts	19–31
1. Typische Vertragsinhalte	20–28
2. Neue Tendenzen	29–31
III. Legitimation des Vertragsstaatskirchenrechts	32–37
1. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	32–34
2. Ratio des Staatskirchenvertrags im Verfassungsstaat	35–37
IV. Staatskirchenverträge in der Ordnung des staatlichen und des internationalen Rechts	38–74
1. Rechtsnatur der Staatskirchenverträge	38–41
2. Bindungswirkung der Staatskirchenverträge	42–47
3. Einzelfragen des allgemeinen Vertragsrechts in der Bundesrepublik Deutschland	48–74
a) Abschlußkompetenz	48–51

b) Abschlußpflicht	52–55
c) Organzuständigkeit	56–58
d) Vertragsinterpretation	59–60
e) Vertragsbeendigung	61–69
f) Gerichtliche Durchsetzbarkeit vertraglicher Bindungen	70–73
g) Vertragsstaatskirchenrecht und Recht der Europäischen Union	74

I. Historische Entwicklung und aktueller Stand des Vertragsstaatskirchenrechts

- 1 Das deutsche Staatskirchenrecht charakterisiert sich in besonderer Weise durch ein dichtes, nahezu flächendeckendes Geflecht von vertraglichen Vereinbarungen, mit denen Staat und Kirchen ihre wechselseitigen Beziehungen geregelt haben.¹ Mit diesen Vereinbarungen²

¹ Aus dem Schrifttum unverändert maßstabsetzend *Alexander Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, 1965; grundlegende Darstellung aus der Weimarer Zeit bei *Ernst Rudolf Huber*, Verträge zwischen Staat und Kirche im Deutschen Reich, 1930; ferner *Siegfried Grundmann*, Das Verhältnis von Staat und Kirche auf der Grundlage des Vertragsstaatskirchenrechts, in: ÖAKR 13 (1962), S. 281–300; *Alfred Albrecht*, Koordination von Staat und Kirche in der Demokratie. Eine juristische Untersuchung über die allgemeinen Rechtsprobleme der Konkordate zwischen der katholischen Kirche und einem freiheitlich-demokratischen Staat, 1965; *Ulrich Scheuner*, Kirchenverträge in ihrem Verhältnis zu Staatsgesetz und Staatsverfassung, in: Festschrift für Erich Ruppel zum 65. Geburtstag am 25. Januar 1968, hg. von Heinz Brunotte/Konrad Müller/Rudolf Smend, 1968, S. 312–328; *Hans Reis*, Konkordat und Kirchenvertrag in der Staatsverfassung, in: JöR N. F. 17 (1968), S. 165–394. Aus jüngerer Zeit *David Wengenroth*, Die Rechtsnatur der Staatskirchenverträge und ihr Rang im staatlichen Recht, 2001; sowie im Überblick *Stefan Korioth*, Konkordate und Kirchenverträge im System des deutschen Staatskirchenrechts, in: AfKRR 177 (2008), S. 394–410; Darstellung der Grundlinien bei *Stefan Mückl*, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: HStR³, Bd. VII, 2009, § 159, Rn. 30–46 sowie *Ansgar Hense*, Konkordate und Staatskirchenverträge, in: Leitgedanken des Rechts. Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, hg. von Hanno Kube/Rudolf Mellinghoff/Gerd Morgenthaler/Ulrich Palm/Thomas Puhl/Christian Seiler, 2013, Bd. II, § 132.

² Unverändertes Desiderat ist eine umfassende Dokumentation des deutschen Vertragsstaatskirchenrechts auf aktuellem Stand. Die Quellensammlung von *Joseph Listl* (Hg.), Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland. Textausgabe für Wissenschaft und Praxis, 2 Bände, 1987, bereitet den bis dahin vorliegenden Rechtsstoff mustergültig auf; gleiches gilt für die historisch angelegte Textsammlung von *Lothar*

wird die einseitige staatliche Rechtsetzung mittels Verfassung und Gesetz teilweise bekräftigt, teilweise näher konkretisiert, in Teilen aber auch ergänzt und so über sie hinausgeführt. Bildlich gesprochen, stellt das Vertragsstaatskirchenrecht neben dem vom Staat einseitig gesetzten Recht die zweite tragende Säule des deutschen Staatskirchenrechts dar.

In terminologischer Hinsicht³ umfaßt der Begriff der Staatskirchenverträge (bzw. des Vertragsstaatskirchenrechts) sämtliche vertraglichen Absprachen zwischen einem (oder mehreren) staatlichen und einem (oder mehreren) kirchlichen Partner(n). In der historischen Perspektive wie in ihrer rechtlichen und praktischen Relevanz ragen dabei die Verträge zwischen Staat und den großen christlichen Kirchen – der katholischen Kirche sowie den evangelischen Landeskirchen – hervor. Deren systemprägende Kraft und Bedeutung kommt nicht zuletzt deshalb auch in der Bezeichnung der Materie zum Ausdruck, als das Gros dieser Verträge „kodifikatorischer“ Natur ist, das Beziehungsgefüge der Vertragsparteien also in der gesamten Bandbreite der beiderseits betroffenen Rechts- und Interessensphäre einer konsensualen Regelung zuführt. Daneben besteht eine Fülle von Verträgen und Vereinbarungen im Hinblick auf punktuelle Einzelfragen, die gleichermaßen dem Vertragsstaatskirchenrecht zugehören wie die Verträge und Vereinbarungen mit anderen – christlichen wie nicht-christlichen – Religionsgemeinschaften, seien diese (tendenziell selten) kodifikatorischer Natur oder (wie zumeist) Medium der Regelung konkreter einzelner Sachprobleme.

Das deutsche Vertragsstaatskirchenrecht weist bei rechtsvergleichender Betrachtung zwei markante Besonderheiten auf:

- Staatlicher Vertragspartner der Staatskirchenverträge ist nicht notwendigerweise der Zentralstaat, in den Kautelen des deutschen Staatsrechts: der Bund. „Staat“ ist vielmehr der nach der verfassungsgesetzlichen Kompetenzordnung zuständige Staat. Da die

Schöppe (Hg.), Konkordate seit 1800. Originaltext und deutsche Übersetzung der geltenden Konkordate, 1964. Die neuere Vertragsentwicklung nach 1990 ist – leider jeweils nur teilweise – in Spezialsammlungen dokumentiert: *Guido Burger* (Hg.), Staatskirchenrecht in den neuen Bundesländern – Textsammlung – Verfassungen und Staatskirchenverträge. Staatskirchenrecht in Polen, Tschechien und Ungarn, 2000; *José Tomás Martín de Agar* (Hg.), *Raccolta di Concordati*; 1950–1999, 2000; *ders.*, *I Concordati dal 2000 al 2009*, 2010 (jeweils nur Verträge mit der katholischen Kirche).

³ Näher dazu *Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche (o. Fn. 1), S. 68 ff.; *Wengenroth*, Rechtsnatur der Staatskirchenverträge (o. Fn. 1), S. 13 ff.

typischerweise in Staatskirchenverträgen geregelten Materien nach der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung in die Gesetzgebungs- und/oder Verwaltungskompetenz der Länder fallen – im Einklang mit der deutschen Verfassungstradition kommt auch ihnen Staatsqualität zu (Art. 30 GG) –, ist der historische wie aktuelle Regelfall der von einem Land abgeschlossene Staatskirchenvertrag. Staatskirchenverträge der zentralen Ebene lassen sich in Deutschland an den Fingern einer Hand abzählen.⁴

- 5 – Die historisch begründete spezifische konfessionelle Situation zweier nahezu gleich starker „Religionsparteien“ setzte sich in den religionssoziologischen Rahmendaten des 20. Jahrhunderts und weiter auch in der Gegenwart fort. Dies erklärt die „Doppelspurigkeit“ des Vertragsstaatskirchenrechts von Verträgen mit der katholischen Kirche und den evangelischen Landeskirchen, welche zueinander in einem sowohl inhaltlichen wie auch (im Regelfall) zeitlichen Näheverhältnis stehen: Nahezu jedes Land hat sowohl mit dem Heiligen Stuhl wie auch mit den betreffenden evangelischen Landeskirchen innerhalb einer Periode von wenigen Jahren Verträge abgeschlossen, deren – bei allen vom jeweiligen kirchlichen Standpunkt her gebotenen Differenzen – inhaltliche Parallelität bemerkenswert ist.
- 6 Das Recht der Staatskirchenverträge läßt sich – nimmt man seine prägende Ausgestaltung durch die kodifikatorischen Verträge mit den beiden großen christlichen Kirchen zum Maßstab – in drei Entwicklungsphasen systematisieren:⁵ Die Grundlegung erfolgte durch die in der Zeit der Weimarer Republik abgeschlossenen Konkordate und Kirchenverträge. Auf dieser Basis konnte sodann in den 1950er und 1960er Jahren das Vertragsnetz durch Staatskirchenverträge in zahlreichen Ländern engmaschiger geknüpft werden. Eine dritte Generation⁶ schließlich bilden, das Institut des Staatskirchenvertrags insgesamt bekräftigend und fortentwickelnd, die nach 1990 abgeschlossenen Verträge, zum einen diejenigen im Zuge der Wiedervereinigung

⁴ Es handelt sich dabei um das – einer spezifischen historischen und politischen Situation entstammende – Reichskonkordat von 1933 sowie um den Evangelischen Militärseelsorgevertrag von 1957, den Vertrag mit dem Zentralrat der Juden in Deutschland von 2003 und den jüdischen Militärseelsorgevertrag von 2019.

⁵ *Stefan Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts, 2005, S. 223 ff.

⁶ Dazu *Michael Germann*, Die Staatskirchenverträge der Neuen Bundesländer: Eine dritte Generation im Vertragsstaatskirchenrecht, in: Das Recht der Staatskirchenverträge. Colloquium aus Anlaß des 75. Geburtstags von Alexander Hollerbach, hg. von Stefan Mückl, 2007, S. 91–113.

Deutschlands, zum anderen aber auch diejenigen, welche bis dato bestehende „Vertragslücken“ in Ländern bzw. Landesteilen der Stamm-Bundesrepublik Deutschland schlossen. Daneben traten seit den 1980er Jahren in mehreren Bundesländern Vereinbarungen mit den Jüdischen Kultusgemeinden sowie – teilweise bereits zuvor – mit anderen kleineren Religionsgemeinschaften. Eine Entwicklung aus neuester Zeit sind demgegenüber Verträge mit muslimischen Gemeinschaften.

1. Staatskirchenverträge bis 1945

Den Grundbestand des heute noch maßgeblichen Vertragsstaatskirchenrechts bilden die zu Weimarer Zeiten mit den Freistaaten Bayern (1924)⁷, Preußen (1929 bzw. 1931)⁸ sowie Baden (1932)⁹ abge-

7

⁷ „Konkordat zwischen Seiner Heiligkeit Papst Pius XI. und dem Staate Bayern“ vom 29.3.1924 (BayK) sowie „Vertrag zwischen dem bayerischen Staate und der evangelisch-lutherischen Kirche in Bayern rechts des Rheins“ (BayKV) und „Vertrag zwischen dem Bayerischen Staate und der Vereinigten protestantisch-evangelisch-christlichen Kirche der Pfalz (Pfälzische Landeskirche)“ (EvKV Pfalz), beide vom 15.11.1924; abgedruckt bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 2), Bd. 1, S. 289–302, 508–516, 517–523. – Aus dem zeitgenössischen Schrifttum *Gerhard Anschütz*, Die bayerischen Kirchenverträge von 1925, 1925; in historischer Rückschau *Joseph Listl*, Sechzig Jahre Bayerisches Konkordat. Die historische Bedeutung des Konkordats zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Bayern vom 29. März 1924, in: Pro Fide et Iustitia. Festschrift für Agostino Kardinal Casaroli zum 70. Geburtstag, hg. von Herbert Schambeck, 1984, S. 257–274; sowie in übergreifender Betrachtung *ders.*, Die konkordatäre Entwicklung in Bayern von 1817 bis 1988, in: Handbuch der Bayerischen Kirchengeschichte, hg. von Walter Brandmüller, Bd. III: Vom Reichsdeputationshauptschluß bis zum Zweiten Vatikanischen Konzil, 1991, S. 427–463 (= in: *Joseph Listl*, Kirche im freiheitlichen Staat. Schriften zum Staatskirchenrecht und Kirchenrecht, Hbd. 1, 1996, S. 544–590).

⁸ „Vertrag des Freistaates Preußen mit dem Heiligen Stuhl“ (KathKV Preußen) vom 14.6.1929 sowie „Vertrag des Freistaates Preußen mit den evangelischen Landeskirchen“ (EvKV Preußen) vom 11.5.1931; abgedruckt bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 2), Bd. 2, S. 709–724, 760–769. – Aus dem seinerzeitigen Schrifttum vor allem relevant *Johannes Heckel*, Der Vertrag des Freistaates Preußen mit den evangelischen Landeskirchen vom 11. Mai 1931. Zu seiner Ratifikation am 29. Juni 1931, in: Theologische Blätter 11 (1932), Sp. 193–204 (= in: *ders.*, Das blinde, undeutliche Wort „Kirche“. Gesammelte Aufsätze, 1964, S. 572–589).

⁹ „Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhle und dem Freistaate Baden“ (BadK) vom 12.10.1932 sowie „Vertrag zwischen dem Freistaat Baden und der Vereinigten Evangelisch-protestantischen Landeskirche Badens“ (BadKV) vom 14.11.1932; abgedruckt bei *Listl*, Konkordate und Kirchenver-

schlossenen Konkordate bzw. Kirchenverträge. Sie lösten in weiten Teilen des Reichsgebiets die Reste einer monarchisch präformierten sowie etatistisch exekutierten Staatskirchenhoheit in den Horizonten des 19. Jahrhunderts¹⁰ zugunsten eines Systems der gedeihlichen Kooperation im säkularen und neutralen Verfassungsstaat ab. Der Sache nach ist auch das erst nach dem Untergang der Weimarer Republik verhandelte und abgeschlossene Reichskonkordat von 1933¹¹ dieser ersten Phase zuzurechnen, welches im Verhältnis zu den bestehenden Länderkonkordaten gemäß Art. 2 indes subsidiär ist. Hierzu hatte es entsprechende Bemühungen seit den 1920er Jahren gegeben,¹² welche ebensowenig Erfolg hatten wie nach 1933 das Projekt eines evangelischen Pendants in Gestalt eines „Reichskirchenvertrags“.

2. Staatskirchenverträge zwischen 1945 und 1990

8 Die ab Mitte der 1950er Jahre einsetzende zweite Phase des Vertragsstaatskirchenrechts war geprägt durch den Abschluß von evan-

träge (o. Fn. 2), Bd. 1, S. 136–151, 215–221. – Zeitgenössisch *Nikolaus Hilling*, Das Konkordat und der evangelische Kirchenvertrag in Baden vom 12. Oktober und 14. November 1932, 1933; eingehend sodann *Alexander Holterbach*, Streiflichter zur Entstehungsgeschichte der Badischen Staatskirchenverträge von 1932. Aus Anlaß eines Briefwechsels zwischen Ulrich Stutz und Eugen Baumgartner, in: ZRG 92 KA 61 (1975), S. 324–347; *ders.*, Das Badische Konkordat vom 12. Oktober 1932, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte. Gedächtnisschrift für Hermann Conrad, hg. von Gerd Kleinheyer/Paul Mikat, 1979, S. 283–305.

¹⁰ Paradigmatisch das Bayerische Konkordat von 1817: „Conventio inter Sanctissimum Dominum Pium VII. Summum Pontificem et Maiestatem Suam Maximilianum Iosephum Bavariae regem“ vom 5. 6. 1817, in: Gesetzblatt für das Königreich Baiern, 1818, Stück XVIII, Sp. 397 (abgedruckt auch bei *Ernst Rudolf Huber / Wolfgang Huber*, Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert, Dokumente zur Geschichte des deutschen Staatskirchenrechts, Bd. I, 1990, S. 170–177); eingehend *Hans Ammerich*, Das Bayerische Konkordat 1817, 2000.

¹¹ „Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Deutschen Reich“ (RK) vom 14. 7. 1933; abgedruckt bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 2), Bd. 1, S. 34; eingehend zu Hintergründen und Entstehungsgeschichte *Thomas Brechenmacher* (Hg.), Das Reichskonkordat 1933. Forschungsstand, Kontroversen, Dokumente, 2007; *Winfried Becker*, Das Reichskonkordat von 1933 und die Entpolitisierung der Deutschen Katholiken. Verhandlungen, Motive, Interpretationen, in: AfKKR 177 (2008), S. 353–393.

¹² Näher *Ernst Rudolf Huber / Wolfgang Huber*, Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert. Dokumente zur Geschichte des deutschen Staatskirchenrechts, Bd. IV, 1988, S. 279–292, 456–458.

gelischen Kirchenverträgen, ohne daß ihnen – wie noch zu Weimarer Zeiten – Konkordate mit dem Heiligen Stuhl vorausgegangen wären. Überdies war die katholische Seite in jener Periode primär mit der Sicherung des in der ersten Phase erreichten Bestands gebunden;¹³ der langwierige – bereits im Parlamentarischen Rat vehement geführte¹⁴ – „Konkordatsstreit“ wurde erst mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 26.3.1957 im Grundsatz zu ihren Gunsten entschieden¹⁵. Zu diesem Zeitpunkt war der diese zweite Phase eröffnende sog. „Loccumer Vertrag“, abgeschlossen zwischen dem Land Niedersachsen und den auf dem Landesgebiet belegenen evangelischen Landeskirchen¹⁶, bereits zwei Jahre alt. Diesem folgten inhaltlich weitgehend gleichlaufende Kirchenverträge in den Ländern Schleswig-Holstein (1957)¹⁷, Hessen (1960)¹⁸ und Rheinland-Pfalz (1962)¹⁹.

¹³ Vgl. *Alexander Hollerbach*, Zum staatskirchenrechtlichen Diskurs im deutschen Katholizismus der Nachkriegszeit, in: *Kirche und Religion im sozialen Bundesstaat. Festschrift für Wolfgang Rüfner zum 70. Geburtstag*, hg. von Stefan Muckel, 2003, S. 341–353; symptomatisch ist die (verengte) Blickweise auf das Vertragsstaatskirchenrecht in der großangelegten Gesamtdarstellung bei *Paul Mikat*, Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: *Die Grundrechte*, Bd. IV/1, hg. von Karl August Bettermann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner, 1960, S. 111 (120 ff.), welches allein unter dem Aspekt der Fortgeltung der Verträge aus der Weimarer Zeit abgehandelt wird.

¹⁴ Alleiniges Resultat der Verfassungsberatungen war die Bestimmung des Art. 123 Abs. 2 GG – ein geradezu klassischer „dilatorischer Formelkompromiß“, welcher das Sachproblem nicht löste, sondern allein vertagte.

¹⁵ BVerfGE 6, 309. – In der Substanz bejaht die Entscheidung (1.) das gültige Zustandekommen des Reichskonkordats als ein beide Teile verpflichtenden Vertrags, (2.) dessen Inkorporation in das innerstaatliche Recht sowie (3.) dessen Fortbestand auch über das Jahr 1945 hinaus. Hatte soweit der kirchliche Rechtsstandpunkt Bestätigung erfahren, stellte hingegen die weitere Kernaussage des BVerfG, die Länder seien *pro futuro* nicht an der Setzung von dem Konkordat zuwiderlaufenden Recht gehindert, gewissermaßen eine „offene Flanke“ dar.

¹⁶ „Vertrag des Landes Niedersachsen mit den Evangelischen Landeskirchen in Niedersachsen“ vom 19.3.1955 (NdsKV); abgedruckt bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 2), Bd. 2, S. 109–119. – Zeitgenössische Würdigung bei *Rudolf Smend*, Der niedersächsische Kirchenvertrag und das heutige deutsche Staatskirchenrecht, in: JZ 1956, S. 50–53; sowie *Ulrich Scheuner*, Die staatskirchenrechtliche Tragweite des niedersächsischen Kirchenvertrags von Kloster Loccum, in: ZevKR 6 (1957/58), S. 1–37; im zeitlichen Abstand *Axel Frhr. von Campenhausen*, Der Loccumer Vertrag – ein Leuchtturm in der Entwicklung des Staatskirchenrechts, in: *In Freiheit verbunden. 50 Jahre Loccumer Vertrag*, hg. von der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen, 2005, S. 57–72.

¹⁷ „Vertrag zwischen dem Land Schleswig-Holstein und den evangelischen Landeskirchen in Schleswig-Holstein“ vom 23.4.1957 (EvKV SH);

9 Auf Länderebene komplettieren die 1957/58 seitens des Landes Nordrhein-Westfalen mit den (unierten) evangelischen Kirchen von Rheinland und Westfalen sowie der (reformierten) Lippischen Landeskirche abgeschlossenen Kirchenverträge,²⁰ welche freilich nur einzelne Aspekte des Beziehungsgefüges betreffen, diese Phase. Hinzu tritt auf Bundesebene der Evangelische Militärseelsorgevertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Evangelischen Kirche in Deutschland²¹ (dessen Bestimmungen hinsichtlich des beamtenrechtlichen Regimes der Militärgeistlichen auch für die katholische Militärseelsorge gelten²²).

10 Katholischerseits wurde in dieser Periode in Gestalt des Konkordats mit dem Land Niedersachsen von 1965²³ lediglich eine umfas-

abgedruckt bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 2), Bd. 2, S. 665–676. – Näher *Irene Matthiessen*, Der Schleswig-Holsteinische Kirchenvertrag vom 23. April 1957, 1987.

¹⁸ „Vertrag des Landes Hessen mit den Evangelischen Landeskirchen in Hessen nebst Schlußprotokoll“ vom 18.2.1960 (EvKV Hessen); abgedruckt bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 2), Bd. 1, S. 802–817. – Dazu *Hans-Ulrich Klose*, Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Staat und den evangelischen Landeskirchen in Hessen unter besonderer Berücksichtigung des Hessischen Kirchenvertrages vom 18. Februar 1960, 1966.

¹⁹ „Vertrag des Landes Rheinland-Pfalz mit den Evangelischen Landeskirchen in Rheinland-Pfalz nebst Schlußprotokoll und Schriftwechsel“ vom 31.3.1962 (EvKV RP); abgedruckt bei *Listl* (o. Fn. 2), Bd. 2, S. 487–506. – Aus dem Schrifttum *Georg May*, Der Vertrag des Landes Rheinland-Pfalz mit den evangelischen Landeskirchen vom 31. März 1962, in: AfkKR 132 (1963), S. 61–109, 434–474; monographisch *Reinhard Schwarz*, Der Rheinland-Pfälzische Kirchenvertrag vom 31. März 1962, 1970.

²⁰ „Vertrag des Landes Nordrhein-Westfalen mit der Evangelischen Kirche im Rheinland und der Evangelischen Kirche von Westfalen“ vom 9.9.1957 (EvKV NRW 1957) sowie „Vertrag des Landes Nordrhein-Westfalen mit der Lippischen Landeskirche“ vom 6.3.1958 (EvKV Lippe); abgedruckt bei *Listl* (o. Fn. 2), Bd. 2, S. 316–318 sowie S. 322–327.

²¹ „Vertrag der Bundesrepublik Deutschland mit der Evangelischen Kirche in Deutschland zur Regelung der evangelischen Militärseelsorge“ vom 22.2.1957; abgedruckt bei *Listl* (o. Fn. 2), Bd. 1, S. 96–106. – Monographisch dazu *Annelie Cremers*, Staat und Evangelische Kirche im Militärseelsorge-Vertrag von 1957. Mit einem Anhang zur Dokumentation der Entstehungsgeschichte, 1973.

²² Art. 2 des (die Zustimmung zum Evangelischen Militärseelsorgevertrag beinhaltenden) Gesetzes über die Militärseelsorge vom 26.7.1957 (BGBl. II S. 701). In einem Notenwechsel vom 2./3.9.1965 stellten Auswärtiges Amt und Heiliger Stuhl übereinstimmend fest, daß damit die in Art. 27 Abs. 4 des Reichskonkordats in Aussicht genommene „Regelung“ erfolgt ist.

²³ „Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhle und dem Lande Niedersachsen nebst Anlage“ vom 26.2.1965 (NdsK); abgedruckt bei *Listl* (o. Fn. 2), Bd. 2, S. 5–31. – Knappe Würdigung bei *Felix Bernard*, Das Niedersachsen-

sende Vereinbarung getroffen. Einer solchen nahe kommen zudem die sog. Hessischen Bistumsverträge von 1963 und 1974²⁴, deren Vertragspartner das Land Hessen sowie – mit Zustimmung des Heiligen Stuhls – die auf dem Landesgebiet belegenen Diözesen sind.

3. Staatskirchenverträge nach 1990

a) „Wiedervereinigungsbedingte“ Staatskirchenverträge

Am Beginn dieser dritten Phase stand zunächst die Herausforderung, das – weit überwiegend als bewährt empfundene – System der Staatskirchenverträge für die neuen Länder zu bekräftigen bzw. auf sie zu erstrecken. Für beträchtliche Teile des „Beitrittsgebiets“ bestand mit den Vereinbarungen aus der ersten Vertragsphase (Preußenkonkordat bzw. Preußischer Kirchenvertrag sowie Reichskonkordat), deren Fortgeltung freilich vereinzelt in Abrede gestellt wurde,²⁵ bereits ein rechtlicher Orientierungsrahmen, der in weniger als 15 Jahren durch ein flächendeckendes Netzwerk neuer Verträge fortgeschrieben bzw. ersetzt wurde:²⁶ Sämtliche Länder schlossen mit den jeweiligen evangelischen Landeskirchen in einem Zeitraum von nur

11

konkordat, ein Meilenstein in der neueren deutschen Konkordatsgeschichte, in: Im Dienst von Kirche und Wissenschaft. Festschrift für Alfred E. Hierold zur Vollendung des 65. Lebensjahres, hg. von Wilhelm Rees / Sabine Demel / Ludger Müller, 2007, S. 813–819; in Gesamtschau mit dem „Loccumer Vertrag“ Axel Frhr. von Campenhausen, Die Niedersächsischen Kirchenverträge als Eckpunkte der Vertragsentwicklung, in: AfK 177 (2008), S. 479–500.

²⁴ „Vertrag des Landes Hessen mit den Katholischen Bistümern in Hessen“ vom 9. 3. 1963 (KathKV Hessen) sowie „Vertrag zur Ergänzung des Vertrages des Landes Hessen mit den Katholischen Bistümern in Hessen“ vom 29. 3. 1974; abgedruckt bei Listl (o. Fn. 2), Bd. 1, S. 744–748, 766–774. – Näher Gisela Lenz, Die Rechtsbeziehung zwischen dem Land Hessen und der katholischen Kirche unter besonderer Berücksichtigung der Bistumsverträge vom 9. März 1963 und 29. März 1974, 1987.

²⁵ So namentlich von Ludwig Renck, Die neuen Bundesländer und das Reichskonkordat, in: NVwZ 1994, S. 770–771; umfassende Darstellung des Diskussionsstandes und zutreffende rechtliche Würdigung bei Wolfgang Rübner, Geltung des Reichskonkordats, des Preußischen Konkordats und des Preußischen Kirchenvertrags im Beitrittsgebiet, in: Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, hg. von Bernd Becker / Hans Peter Bull / Otfried Seewald, 1993, S. 343–352.

²⁶ Eingehend Hans Ulrich Anke, Die Neubestimmung des Staat-Kirche-Verhältnisses in den neuen Ländern durch Staatskirchenverträge, 2000; Christian Hermes, Konkordate im vereinigten Deutschland, 2009.

drei Jahren (1993–96) Staatskirchenverträge ab.²⁷ Hinsichtlich der Katholischen Kirche bedurfte es zunächst einer – 1994 im Vertragswege erfolgten – Neuregelung der diözesanen Zirkumskriptionen auf dem Gebiet der neuen Länder.²⁸ Sodann vermochten der Heilige Stuhl und vier der fünf Länder innerhalb lediglich zweier Jahre (1996–98) umfassende Verträge abzuschließen,²⁹ im fünften – Brandenburg – zögerten dies jahrelange Verstimmungen über ein Unterrichtsfach namens „Lebensgestaltung – Ethik – Religionskunde“³⁰ bis in das Jahr 2003 hinaus.³¹

²⁷ „Vertrag zwischen dem Land Sachsen-Anhalt und den Evangelischen Kirchen in Sachsen-Anhalt“ vom 15. 9. 1993, in: GVBl. 1994 S. 173; „Vertrag zwischen dem Land Mecklenburg-Vorpommern und der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche und der Pommerschen Evangelischen Kirche“ vom 20. 1. 1994, in: GVOBl. S. 559; „Vertrag des Freistaats Thüringen mit den Evangelischen Kirchen in Thüringen“ vom 15. 3. 1994, in: GVBl. S. 509; „Vertrag des Freistaates Sachsen mit den evangelischen Landeskirchen im Freistaat Sachsen“ vom 24. 3. 1994, in: GVBl. S. 1252; „Vertrag zwischen dem Land Brandenburg und den Evangelischen Landeskirchen in Brandenburg“ vom 8. 11. 1996, in: GVBl. 1997 S. 4.

²⁸ „Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und den Ländern Sachsen-Anhalt, Brandenburg und Freistaat Sachsen über die Errichtung des Bistums Magdeburg“ vom 13. 4. 1994, in: AAS 87 (1995), S. 129; „Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Brandenburg sowie dem Freistaat Sachsen über die Errichtung des Bistums Görlitz“ vom 4. 5. 1994, in: AAS 87 (1995), S. 138; „Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Thüringen über die Errichtung des Bistums Erfurt“ vom 14. 6. 1994, in: AAS 87 (1995), S. 145; „Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und der Freien und Hansestadt Hamburg, dem Land Mecklenburg-Vorpommern und dem Land Schleswig-Holstein über die Errichtung von Erzbistum und Kirchenprovinz Hamburg“ vom 22. 9. 1994“, in: AAS 87 (1995), S. 154.

²⁹ „Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Sachsen“ vom 2. 7. 1996, in: AAS 89 (1997), S. 613 = GVBl. 1997 S. 18; „Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Thüringen“ vom 11. 6. 1997, in: AAS 89 (1997), S. 756 = GVBl. S. 266; „Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Mecklenburg-Vorpommern“ vom 15. 9. 1997, in: AAS 90 (1998), S. 98 = GVOBl. 1998 S. 2; „Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Sachsen-Anhalt“ vom 15. 1. 1998, in: AAS 90 (1998), S. 470 = GVBl. S. 161.

³⁰ Darstellung der Problematik bei *Martin Heckel*, Der Rechtsstatus des Religionsunterrichts im pluralistischen Verfassungssystem, 2002, S. 63 ff.; Resümee nach der Streitbeilegung vor dem BVerfG (BVerfGE 104, 305; 106, 210): *Norbert Janz*, LER in Brandenburg – der Vorhang zu und alle Fragen offen, in: LKV 2003, S. 172–173.

³¹ „Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Brandenburg“ vom 12. 11. 2003 (KathKV Bbg.), in: AAS 96 (2004), S. 625 = GVBl. 2004 S. 224.

*b) Schließung von „Vertragslücken“ in den Ländern
der Stamm-Bundesrepublik Deutschland*

Daß das Institut des Staatskirchenvertrags unverändert als ein adäquates Mittel zur Regelung der Beziehungen von Staat und Kirche wahrgenommen wird, belegen die Vertragsschlüsse in bis dato „vertragslosen“ Ländern zu Beginn des neuen Jahrtausends: Die Freie Hansestadt Bremen (2001/2003)³² sowie die Freie und Hansestadt Hamburg (2005)³³ haben sowohl mit den auf ihrem Gebiet beleghenen Landeskirchen wie mit dem Heiligen Stuhl kodifikatorische Verträge abgeschlossen. Im Land Berlin besteht seit 2006 ein evangelischer Kirchenvertrag.³⁴ In Schleswig-Holstein wurde in Gestalt des 2009 vereinbarten Vertrags mit dem Heiligen Stuhl³⁵ nach 50 Jahren formale Parität zum evangelischen Pendant hergestellt, in der Sache jedoch wiederum eine zeitgemäße Fortschreibung bisheriger konkordatärer Regelungen vorgenommen.³⁶ Letzteres trifft zum Teil auch auf den 2010 abgeschlossenen evangelischen Kirchenvertrag in Baden-Württemberg zu,³⁷ der allein für den württembergischen Landes-

12

³² „Vertrag der Freien Hansestadt Bremen mit der Bremischen Evangelischen Kirche, der Evangelisch-lutherischen Landeskirche Hannovers und der Evangelisch-reformierten Kirche“ vom 31.10.2001 (EvKV Bremen), in: GBl. 2002 S. 15 (dazu *Siegbert Wesner*, Evangelischer Kirchenvertrag Bremen, in: ZevKR 47 [2002], S. 670–681) sowie „Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und der Freien Hansestadt Bremen“ vom 21.11.2003 (KathKV Bremen), in: AAS 96 (2004), S. 452 = GBl. 2004 S. 152.

³³ „Vertrag der Freien und Hansestadt Hamburg und der Nordelbischen Evangelisch-Lutherischen Kirche“ vom 29.11.2005 (EvKV Hmb.), in: GVBl. 2006 S. 429 sowie „Vertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und dem Heiligen Stuhl“ vom 29.11.2005 (KathKV Hmb.), in: AAS 98 (2006), S. 825 = GVBl. 2006 S. 435. – Aus dem Schrifttum *Klaus David*, Über die Hamburger Kirchenverträge, in: JöR N. F. 56 (2008), S. 159–191; *Elisabeth Chowaniec*, Ein Staatskirchenvertrag für Hamburg, in: ZevKR 54 (2009), S. 445–464.

³⁴ „Vertrag des Landes Berlin mit der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz“ (Evangelischer Kirchenvertrag Berlin) vom 20.2.2006 (EvKV Berlin), in: GVBl. S. 715. – Näher *Martin Richter / Arne Ziekow*, Der evangelische Kirchenvertrag Berlin, in: ZevKR 53 (2008), S. 1–27.

³⁵ „Vertrag zwischen dem Land Schleswig-Holstein und dem Heiligen Stuhl“ vom 12.1.2009 (KathKV SH), in: AAS 101 (2009), S. 539 = GVBl. S. 265.

³⁶ Art. 23 des Vertrags läßt explizit das Reichs- wie das Preußenkonkordat „unberührt“.

³⁷ „Vertrag des Landes Baden-Württemberg mit der Evangelischen Landeskirche in Baden und mit der Evangelischen Landeskirche in Württemberg“ vom 17.10.2007 (EvKV BW), in: GVBl. 2008 S. 1. – Eingehende Würdi-

teil einen wirklich „vertragslosen“ Zustand beendet, für die übrigen Landesteile hingegen die fortgeltenden Kirchenverträge (mit den Freistaaten Preußen und Baden) „fortbildend“ ersetzt.³⁸

4. Vereinbarungen und Verträge mit jüdischen Kultusgemeinden

13 Die Institution des Vertragsrechts hat bereits vor Jahrzehnten ihren historisch überlieferten Anwendungsbereich überschritten, indem sie auch andere Religionsgemeinschaften als die „großen“ Kirchen in den Blick nahm. Von besonderem Interesse sind dabei die jüdischen Kultusgemeinden.³⁹ Am Beginn dieser Entwicklung steht im Jahr 1971 die „Vereinbarung zwischen dem Vorstand der Jüdischen Gemeinde zu Berlin und dem Senat von Berlin zur Regelung gemeinsam interessierender Fragen“⁴⁰. Noch vor der Wiedervereinigung folgten Verträge in den Ländern Niedersachsen (1983)⁴¹ und Hessen (1986)⁴².

14 Von der Renaissance des Vertragsrechts nach 1990 haben dann gerade die jüdischen Kultusgemeinden profitiert – nicht allein in sämtlichen der wiedererrichteten Länder⁴³, sondern auch in denjenigen

gung bei *Michael Frisch / Uwe Kai Jacobs*, Evangelischer Kirchenvertrag Baden-Württemberg, in: ZevKR 54 (2009), S. 290–327.

³⁸ LT-Drs. 14/1940, S. 7.

³⁹ Dazu *Michael Demel*, Gebrochene Neutralität. Die staatskirchenrechtliche Stellung der Jüdischen Gemeinden in Deutschland, 2011, S. 249–316, sowie *Julia Lutz-Bachmann*, Mater rixarum? Verträge des Staates mit jüdischen und muslimischen Religionsgemeinschaften in Deutschland aus religionsverfassungsrechtlicher Sicht, 2015, S. 216–442.

⁴⁰ Abgedruckt bei *Listl* (o. Fn. 2), Bd. 1, S. 712–720.

⁴¹ „Vertrag zwischen dem Land Niedersachsen und dem Landesverband der Jüdischen Gemeinden von Niedersachsen“ vom 28. 6. 1983 (JüdV Nds.); abgedruckt bei *Listl* (o. Fn. 2), Bd. 2, S. 184–185. Dieser durch vier Änderungsverträge 1989 (GVBl. 1990 S. 100), 1999 (GVBl. S. 364), 2002 (GVBl. S. 394) und 2008 (GVBl. S. 318) fortgeschriebene Vertrag wurde am 8. 1. 2013 durch einen neuen Vertrag unter gleicher Titulatur ersetzt (GVBl. S. 235). Bereits 2008 hatte das Land einen weiteren Vertrag mit dem Landesverband der (nach eigenem Selbstverständnis: „liberalen“) Israelitischen Kultusgemeinden abgeschlossen: „Vertrag zwischen dem Land Niedersachsen und dem Landesverband Israelitischer Kultusgemeinden von Niedersachsen“ vom 3. 1. 2008 (GVBl. S. 318).

⁴² „Vertrag zwischen dem Land Hessen und Landesverband der Jüdischen Gemeinden in Hessen“ vom 11. 11. 1986 (JüdV Hessen); abgedruckt bei *Listl* (o. Fn. 2), Bd. 1, S. 860 f.

⁴³ In chronologischer Ordnung: „Vertrag zwischen dem Freistaat Thüringen und der Jüdischen Landesgemeinde Thüringen“ vom 1. 11. 1993 (JüdV Thür.), in: GVBl. S. 758 f.; „Staatsvertrag über die Beziehungen des Landes

der Stamm-Bundesrepublik Deutschland⁴⁴: Heute verfügen die jüdischen Kultusgemeinden über ein flächendeckendes Netz vertraglicher Vereinbarungen in den Ländern. Überdies hat der Bund im Jahr 2003 mit dem Zentralrat der Juden in Deutschland einen Vertrag abgeschlossen,⁴⁵ dessen wesentlicher Inhalt in der Erbringung von Staatsleistungen besteht (deren Höhe mittlerweile dreimal „ange-

Berlin zur Jüdischen Gemeinde zu Berlin“ vom 19.11.1993 (JüdV Berlin), in: GVBl. 1994 S. 68; „Vertrag des Landes Sachsen-Anhalt mit der Jüdischen Gemeinschaft in Sachsen-Anhalt“ vom 23.3.1994 (JüdV LSA), in: GVBl. S. 795 (die dort in Art. 13 Abs. 1 getroffene Finanzierungsregelung wurde indes von LVerfG LSA, in: NVwZ-RR 2013, S. 393–396, für verfassungswidrig und nichtig erklärt; schon zuvor war der Vertrag von 1994 durch den „Vertrag des Landes Sachsen-Anhalt mit der Jüdischen Gemeinschaft in Sachsen-Anhalt“ vom 20.3.2006, in: GVBl. S. 468, fortgeschrieben worden); „Vertrag des Freistaates Sachsen mit dem Landesverband der Jüdischen Gemeinden“ vom 7.6.1994 (JüdV Sachsen), in: GVBl. S. 1346; „Vertrag zwischen dem Land Mecklenburg-Vorpommern und dem Landesverband der Jüdischen Gemeinden in Mecklenburg-Vorpommern“ vom 14.6.1996 (JüdV MV), in: GVBl. S. 557; „Vertrag zwischen dem Land Brandenburg und der Jüdischen Gemeinde – Land Brandenburg“ vom 11.1.2005 (JüdV Bbg.), in: GVBl. I S. 158 (auch hier wurden die Finanzierungsregelungen für verfassungswidrig und nichtig erklärt, s. BVerfGE 123, 148).

⁴⁴ Ebenfalls in zeitlicher Reihenfolge: „Vertrag zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und dem Landesverband der Jüdischen Gemeinden von Nordrhein, dem Landesverband der Jüdischen Kultusgemeinden von Westfalen und der Synagogen-Gemeinde Köln“ vom 1.12.1993 (JüdV NRW), in: GVBl. 1993 S. 315 f.; „Vertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Jüdischen Gemeinde in Hamburg“ vom 22.11.1993 (JüdV Hmb.), in: Hmb. Bürgerschaft, Drs. 14/4569 (seinerzeit wurden in Hamburg Verträge des Senats von der Bürgerschaft lediglich zustimmend zur Kenntnis genommen; Systemwechsel zu einem Vollvertrag mit parlamentarischem Vertragsgesetz dann durch den „Vertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Jüdischen Gemeinde in Hamburg“ vom 20.6.2007, in: GVBl. S. 408); „Vertrag zwischen dem Freistaat Bayern und dem Landesverband der Israelitischen Kultusgemeinden in Bayern“ vom 14.8.1997 (JüdV Bay.), in: GVBl. 1998 S. 30 f.; „Vertrag zwischen der Freien Hansestadt Bremen und der Jüdischen Gemeinde im Lande Bremen“ vom 11.10.2001 (JüdV Bremen), in: GBl. S. 473; „Vertrag zwischen dem Saarland und der Synagogengemeinde Saar“ vom 14.11.2001 (JüdV Saarl.), in: GBl. S. 527; „Vertrag zwischen dem Landesverband der Jüdischen Gemeinden von Schleswig-Holstein e.V., der Jüdischen Gemeinschaft Schleswig-Holstein und dem Land Schleswig-Holstein über die Förderung jüdischen Lebens in Schleswig-Holstein“ vom 25.1.2005 (JüdV SH), in: ABl. S. 162; „Vertrag des Landes Baden-Württemberg mit der Israelitischen Religionsgemeinschaft Baden und mit der Israelitischen Religionsgemeinschaft Württembergs“ vom 18.1.2010 (JüdV BW), in: GBl. S. 302; „Vertrag zwischen dem Land Rheinland-Pfalz und dem Landesverband der Jüdischen Gemeinden von Rheinland-Pfalz“ vom 26.4.2012 (JüdV RP), in: GVBl. S. 158.

⁴⁵ „Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland mit dem Zentralrat der Juden in Deutschland“ vom 27.1.2003 (BGBl. I S. 1598).

paßt“ wurde⁴⁶). Zuletzt wurde im Vertragsweg ein jüdisches Militär-rabbinat mit Sitz in Berlin errichtet.⁴⁷

5. Vereinbarungen und Verträge mit kleineren Religionsgemeinschaften

- 15 Vereinzelt bestehen in einigen Ländern punktuelle Vereinbarungen mit kleineren Religionsgemeinschaften über konkrete regelungsbedürftige Aspekte der wechselseitigen Beziehungen, namentlich organisatorische Fragen des Religionsunterrichts sowie die Gewährung von Staatsleistungen. Dem erstgenannten Komplex sind Vereinbarungen des Freistaat Bayern mit der Altkatholischen Kirche und der Russisch-Orthodoxen Kirche⁴⁸ sowie des Landes Nordrhein-Westfalen mit der Griechisch-Orthodoxen Kirche⁴⁹ zuzuordnen, dem zweitgenannten die Verträge des Landes Niedersachsen mit der Evangelisch-methodistischen Kirche in Nordwestdeutschland sowie – ergänzt um einige weitere Aspekte – mit der „Freireligiösen Landesgemeinschaft Niedersachsen“⁵⁰.

⁴⁶ Änderungsverträge von 2008 (BGBl. I S. 2398 – Erhöhung von 3 auf 5 Millionen Euro), 2011 (BGBl. 2012 I S. 1222 – Erhöhung von 5 auf 10 Millionen Euro) und 2018 (BGBl. I S. 2235 – Erhöhung von 10 auf 13 Millionen Euro).

⁴⁷ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Zentralrat der Juden in Deutschland – Körperschaft des Öffentlichen Rechts – zur Regelung der jüdischen Militärseelsorge vom 20.12.2019 (BGBl. 2020 I S. 1664).

⁴⁸ „Vereinbarung zwischen dem Freistaat Bayern und der Altkatholischen Kirche in Bayern“ vom 22.10.1986/28.4.1987 sowie „Vereinbarung zwischen dem Freistaat Bayern und der Russisch-orthodoxen Diözese des orthodoxen Bischofs von Berlin und Deutschland“ vom 10.11.1986/28.4.1987; abgedruckt bei *Listl* (o. Fn. 2), Bd. 1, S. 616–619 sowie 619–622 (zur Pauschalvergütung für die Erteilung des Religionsunterrichts).

⁴⁹ „Protokoll über die Vereinbarung zwischen der Griechisch-Orthodoxen Metropole von Deutschland und der Unterrichtsverwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen über die Einführung griechisch-orthodoxen Religionsunterrichts“ vom 3.7.1985; abgedruckt bei *Listl* (o. Fn. 2), Bd. 2, S. 394.

⁵⁰ „Vertrag zwischen dem Land Niedersachsen und der Evangelisch-methodistischen Kirche in Nordwestdeutschland“ vom 26.1.1978 sowie „Vertrag zwischen dem Lande Niedersachsen und der Freireligiösen Landesgemeinschaft Niedersachsen“ vom 8.6.1970; abgedruckt bei *Listl* (o. Fn. 2), Bd. 2, S. 200 f. sowie S. 193 f. – Der Rechtsnachfolger letztgenannter Landesgemeinschaft führt heute den Namen „Freie Humanisten Niedersachsen“.

6. Verträge mit muslimischen Gemeinschaften

Wirkliches Neuland betrat das Vertragsrecht in jüngerer Zeit durch den Abschluß von Verträgen mit muslimischen Gemeinschaften. Hatte sich schon vor Jahren die Staatskirchenrechtswissenschaft den Möglichkeiten und Grenzen der Ausweitung des Instituts eingehend zugewandt,⁵¹ schritten ab November 2012 mit Bremen und Hamburg die ersten beiden Länder zur Realisierung. Das zentrale Rechtsproblem, einen geeigneten und für die muslimischen Gläubigen repräsentativen Vertragspartner zu finden, lösten sie dahin, daß sie mit insgesamt drei der mitgliederstärkeren muslimischen Dachverbände Verträge abschlossen: Muslimische Partner sind die (jeweils in der Rechtsform des eingetragenen Vereins verfaßten) Landesverbände der „Schura“ und des DITIB (= Türkisch-Islamische Union der Anstalt für Religion), der „Verband der Islamischen Kulturzentren“ (VIKZ)⁵², sowie die Alevitische Gemeinde Deutschlands.

Inhaltlich lehnen sich sämtliche dieser Verträge an den tradierten kodifikatorischen Verträgen an. In der Form ist indes bemerkenswert, daß – mit der Erwägung der Privatrechtssubjektivität der Vertragspartner des Staates – die parlamentarische Zustimmung nicht in Form eines Vertragsgesetzes, sondern in derjenigen des sog. schlichten Parlamentsbeschlusses erfolgte.⁵³

⁵¹ Grundlegend *Ansgar Hense*, Staatsverträge mit Muslimen – eine juristische Unmöglichkeit, in: *Das Recht der Staatskirchenverträge* (o. Fn. 6), S. 115–173; aus neuerer Zeit *Lutz-Bachmann*, *Mater iuristarum?* (o. Fn. 39), S. 442–490.

⁵² Zu diesen Dachverbänden im Überblick: *Stefan Mückl*, *Kirchliche Organisation*, in: *HStR*³, Bd. VII, 2009, § 160, Rn. 9.

⁵³ So finden sich die jeweiligen Vertragstexte in Bürgerschafts-Drs., die jeweiligen Zustimmungsakte in den Parlamentsprotokollen. – Für Bremen: „Vertrag zwischen der Freien Hansestadt Bremen und den Islamischen Religionsgemeinschaften im Lande Bremen (der Schura – Islamische Religionsgemeinschaft Bremen e.V., dem DITIB – Landesverband der Islamischen Religionsgemeinschaften Niedersachsen und Bremen e.V. und dem VIKZ – Verband der Islamischen Kulturzentren e.V.)“ vom 15.1.2013 (BremIslamV), in: Drs. 18/727; Zustimmung durch die Bürgerschaft am 24.1.2013, Beschlußprotokoll der 34. Sitzung, S. 6 (Nr. 18/576); sowie „Vertrag zwischen der Freien Hansestadt Bremen und der Alevitischen Gemeinde Deutschland e.V., der Alevitischen Gemeinde in Bremen und Umgebung e.V., dem Alevitischen Kulturzentrum in Bremen und Umgebung e.V. und dem Alevitischen Kulturverein in Bremerhaven und Umgebung e.V.“ vom 14.10.2014 (BremAlevV), in: Drs. 18/1582; Zustimmung durch die Bürgerschaft am 22.10.2014, Beschlußprotokoll der 68. Sitzung, S. 3 (Nr. 18/1116) für Hamburg: „Vertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg, dem DITIB-

- 18 Schwieriger gestaltet sich hingegen die Entwicklung in Niedersachsen. Dort besteht bereits seit Ende 2012 eine auf die Seelsorge im Strafvollzug bezogene Spezialvereinbarung mit muslimischen Verbänden.⁵⁴ Ende September 2013 kündigte das Land den Beginn von Vertragsverhandlungen nach dem Modell der beiden Stadtstaaten (gemeinsamer Vertrag mit den Verbänden DITIB und „Schura“ sowie ein weiterer mit der Alevitischen Gemeinde). Zwar lagen 2016 Vertragsentwürfe vor, doch wurden Anfang 2017 die Verhandlungen ausgesetzt. Ende 2017 wurden diese wieder aufgenommen, ohne daß aber bislang ein konkreter Abschluß absehbar erscheint.

II. Regelungsgegenstände des Vertragsstaatskirchenrechts

- 19 Das Instrument des Staatskirchenvertrags bezweckt – bezogen auf denjenigen mit kodifikatorischem Charakter als die für die Rechtsmaterie insgesamt prägende Erscheinungsform – die einvernehmliche Gesamtregelung hinsichtlich aller vertragsfähigen und vertragsreifen Materien zwischen Staat und Kirche. Vor der konkreten verfassungsrechtlichen Situation in der Bundesrepublik Deutschland hat sich, unter Einbeziehung der historisch gewachsenen Entwicklung zwischen beiden Größen, ein gewisser „Kanon“ typischer Regelungsgegenstände herausgebildet. Dieser ist freilich schon in sich kein starres Korsett, sondern in Bezug auf den *jeweiligen* kirchlichen (zuletzt vermehrt: religionsgemeinschaftlichen) Partner flexibel und elastisch. Zum anderen erweist sich auch jener tradierte Kanon als für Modifizierungen wie Fortbildungen offen.

Landesverband Hamburg, SCHURA – Rat der Islamischen Gemeinschaften in Hamburg und dem Verband der Islamischen Kulturzentren“ (IslamV Hmb.) sowie „Vertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Alevitischen Gemeinde Deutschland e.V.“ (AlevV Hmb.), jeweils vom 13. 11. 2012, beide in: Drs. 20/5830; Zustimmung durch die Bürgerschaft am 13. 6. 2013, in: Kurzprotokoll zur 62. und 63. Sitzung vom 12./13. 6. 2013 vom 14. 6. 2013, S. 7–8, und in: GVBl. Hamburg II – Amtlicher Anzeiger – S. 997 und S. 1001.

⁵⁴ „Vereinbarung zwischen dem Landesverband der Muslime in Niedersachsen, Schura Niedersachsen, dem DITIB Landesverband der Islamischen Religionsgemeinschaften Niedersachsen und Bremen und dem Niedersächsischen Justizministerium“ hinsichtlich der „Seelsorge für Gefangene und Arrestanten muslimischen Glaubens“ vom 18. 12. 2012.

1. Typische Vertragsinhalte

Herkömmlicherweise sind die Vertragsinhalte um drei zentrale Sachkomplexe gruppiert, nämlich (1.) die umfassende Gewährleistung der kirchlichen Freiheit, (2.) die Zusammenarbeit in den für die deutsche Rechtsordnung charakteristischen *res mixtae* sowie (3.) die aus den historischen Verflechtungen zwischen Staat und Kirche fortwirkenden (finanziellen) Leistungsverpflichtungen.⁵⁵ Differenziert man die ersten beiden Komplexe noch etwas weiter aus, ergibt die so gewonnene Vertragstypologie diesen Befund:

- Die Sicherstellung der umfassenden kirchlichen Freiheit erfolgt 20
- durch die Wiederholung und Verstärkung der vom Staat in seiner Verfassung bereits einseitig ausgesprochenen Gewährleistungen, namentlich: das Grundrecht der Religionsfreiheit, das kirchliche Selbstbestimmungsrecht, die Garantie des kirchlichen Eigentums sowie der Sonn- und Feiertagsschutz; 22
- durch die nähere Ausgestaltung einzelner dieser Gewährleistungen, insbesondere des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts: So verhalten sich die Staatskirchenverträge durchweg zu Fragen der kirchlichen Organisation und Struktur sowie des kirchlichen Personals (vor allem: Mechanismen seiner Bestellung sowie Sicherstellung seiner Kirchlichkeit als Grundbedingung der Wirksamkeit seines Dienstes *secundum mentem Ecclesiae*); 23
- durch die Konkretisierung der aus dem verfassungsgesetzlichen Status als Körperschaft des Öffentlichen Rechts resultierenden Rechtspositionen (von eminenter praktischer Bedeutung: Kirchensteuer, aber auch Gebührenbefreiungen, Rechts-, Amts- und Vollstreckungshilfe). 24
- Die Zusammenarbeit in den Staat und Kirche gleichermaßen, freilich in zu trennenden Aspekten, berührenden Angelegenheiten betrifft 25
- sowohl die klassisch als *res mixtae* kategorisierten Sachverhalte wie die theologischen Fakultäten an den staatlichen Universitäten, den Religionsunterricht an den öffentlichen Schulen sowie die Anstaltsseelsorge; 26

⁵⁵ So die Systematisierung bei *Alexander Hollerbach*, Die vertragsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts (§ 7), in: HSKR², Bd. I, S. 253 (286).

- 27 – ebenso Annexmaterien zur Effektuierung diverser Gegenstände des Komplexes „Sicherstellung der kirchlichen Freiheit“ wie das Melde-, Denkmalschutz- und Friedhofsrecht;
- 28 – schließlich diverse Bestimmungen, welche allgemein das kirchliche Wirken im öffentlichen Raum in den Blick nehmen, wie das Sammlungswesen, die Mitwirkung und Beteiligung im Rundfunk- und Fernsehbereich sowie die allgemeinen kirchlichen Bildungseinrichtungen.

2. Neue Tendenzen

- 29 Die nach 1990 abgeschlossenen Staatskirchenverträge setzen gegenüber den vorausgegangenen Phasen in einigen Sachbereichen eigenständige Akzente, welche – bei Licht besehen – die allgemeinen verfassungsgesetzlichen Koordinaten des Verhältnisses von Staat und Kirche⁵⁶ stärker konturieren und zur Geltung bringen. Hatten die Verträge der ersten und zweiten Phase noch gewisse staatliche Ingerenzen im Verfahren der Bestellung oberster kirchlicher Amtsträger normiert (die sogenannte „politische Klausel“ sowie den „Treueid“⁵⁷), akzentuiert deren weitgehender Wegfall – sei es durch ausdrücklichen Verzicht des Staates, sei es durch (hier: beredtes) Schweigen in den Vertragstexten⁵⁸ – gegenüber jedem Anschein einer Vermischung der Verantwortungsbereiche deutlich(er) den Grundsatz der Trennung von Staat und Kirche. Mit dem Fortfall früherer Vorgaben an die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen sowie des Regelerfordernisses der deutschen Staatsbürgerschaft⁵⁹ wird gleichfalls klargestellt, daß die Anforderungen an die persönlichen wie fachlichen Qualitäten der Geistlichkeit nicht Sache des Staates, sondern vielmehr alleinige Angelegenheit der Kirche selbst ist. Weitere

⁵⁶ Zu ihnen eingehend *Mückl*, Grundlagen (o. Fn. 1), § 159, Rn. 61–84.

⁵⁷ Knapper Überblick bei: *Mückl*, Kirchliche Organisation (o. Fn. 52), § 160, Rn. 21–22.

⁵⁸ Die „politische Klausel“ ist in den Verträgen über die Errichtung der Erzbistums Hamburg (Art. 6 Abs. 2) sowie in den Verträgen des Heiligen Stuhls mit Brandenburg (Schlußprotokoll zu Art. 3, Abs. 2, 4 und 5), Bremen (Schlußprotokoll zu Art. 3, Abs. 1–3) durch eine Pflicht zur vorherigen Mitteilung ersetzt; der EvKV BW hebt Art. 2 Abs. 2 BadKV stillschweigend auf. – Auf die Ablegung des Treueides haben zahlreiche Länder in den seit 1994 abgeschlossenen Bistumserrichtungsverträgen (N. o. Fn. 28) sowie die Freie Hansestadt Bremen verzichtet (Schlußprotokoll zu Art. 3, Abs. 5).

⁵⁹ Näher *Mückl*, Kirchliche Organisation (o. Fn. 52), § 160, Rn. 18.

bemerkenswerte Konkretisierungen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts finden sich neuerdings in den evangelischen Kirchenverträgen hinsichtlich der Berufung sowie ggf. Beanstandung von Hochschullehrern an einer theologischen Fakultät: Wie seit jeher in den katholischen Konkordaten und Staatskirchenverträgen kann eine Berufung gegen das Votum der Kirchenleitung nicht erfolgen, im Fall einer nachträglichen Beanstandung hat der Staat das Ausscheiden des Beanstandeten aus der theologischen Fakultät zu veranlassen und einen entsprechenden Ersatz sicherzustellen.⁶⁰ Zuletzt hat auch die Klarstellung, daß das Recht zum Abschluß verbindlicher Arbeitsrechtsregelungen Ausfluß des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts ist, Eingang in das Vertragsrecht gefunden.⁶¹

Hinsichtlich der – vergleichsweise – jungen Entwicklung der Verträge mit nichtchristlichen Religionsgemeinschaften ist bemerkenswert, daß die Abmachungen mit den jüdischen Kultusgemeinden in wesentlichen Teilen vom thematischen Kanon der klassischen Staatskirchenverträge inspiriert sind, selbstredend nach Maßgabe der spezifischen Gegebenheiten und Notwendigkeiten der Religionsgemeinschaft. Allein der dritte herkömmliche Komplex – fortwirkende finanzielle Leistungsverpflichtungen infolge historischer Verflechtungen – fehlt mangels eines *fundamentum in re*. Wenn in den Verträgen mit den Kultusgemeinden die dort vorgesehenen finanziellen Zuwendungen teilweise als „Staatsleistungen“ bezeichnet werden,⁶² ist dies terminologisch zwar nicht zutreffend,⁶³ in der Sache freilich nicht zu beanstanden.

Ein grundlegend anderes Gepräge weisen die ersten Verträge mit muslimischen Gemeinschaften auf: Ihr eindeutiger Schwerpunkt besteht darin, die verfassungsgesetzlichen Gewährleistungen im Hinblick auf den Islam zu effektuieren, wobei die grundrechtliche Dimension mit ihren einfachgesetzlichen Konkretisierungen im Vordergrund steht: Das Feiertagsrecht soll auch islamische Feiertage

⁶⁰ Noch zurückhaltend Art. 3 Abs. 2 (i.V.m. Abs. 4 des Schlußprotokolls) EvKV LSA; Art. 3 Abs. 2 EvKV Thür.; Art. 4 Abs. 2 EvKV Sachsen; Art. 3 Abs. 2 EvKV Bbg. (i.V.m. Schlußprotokoll); eindeutig dann Art. 4 Abs. 2 EvKV MV sowie zuletzt Art. 3 Abs. 2 EvKV BW. – Von den neueren evangelischen Kirchenverträgen abweichend allein Art. 3 Abs. 4 EvKV Berlin.

⁶¹ Art. 1 Abs. 2 EvKV BW.

⁶² So etwa in der Überschrift zu Art. 2 des Vertrags mit dem Zentralrat der Juden (o. Fn. 45).

⁶³ Zur Abgrenzung zwischen Staatsleistungen und Subventionen s. *Mücl*, Kirchliche Organisation (o. Fn. 52), § 160, Rn. 49.

berücksichtigen,⁶⁴ das Recht zur Errichtung von Kultgebäuden wird explizit auf Moscheegebäude „der islamischen religiösen Tradition entsprechend“, „insbesondere mit Kuppeln und Minaretten“ bezogen,⁶⁵ das Bestattungswesen soll ein Begräbnis nach den islamischen Religionsvorschriften ermöglichen.⁶⁶ Noch in ersten Anfängen⁶⁷ oder in primär grundrechtlich akzentuierten Vorstufen⁶⁸ verbleibt der Komplex der *res mixtae*, während finanzielle Gewährleistungen – von einer geringfügigen, freilich fragwürdigen Ausnahme abgesehen⁶⁹ – nicht aufscheinen. Eine bemerkenswerte Besonderheit schließlich ist ein in sämtlichen dieser Verträge festgehaltenes Bekenntnis zu „gemeinsamen Wertgrundlagen“, „insbesondere zur Gleichberechtigung der Geschlechter und zur vollständigen und gleichberechtigten Teilhabe von Frauen und Mädchen am gesellschaftlichen und politischen sowie am schulischen und beruflichen Leben“⁷⁰.

⁶⁴ Art. 10 BremIslamV; Art. 10 BremAlevV; Art. 3 IslamV Hmb.; Art. 3 AlevV Hmb.

⁶⁵ Art. 5 Abs. 1 BremIslamV; Art. 9 Abs. 2 IslamV Hmb.

⁶⁶ Art. 6 Abs. 1 BremIslamV; Art. 6 Abs. 1 BremAlevV; Art. 10 Abs. 1 IslamV Hmb.; Art. 10 Abs. 1 AlevV Hmb.

⁶⁷ Entweder wird auf die jeweilige Gesetzeslage Bezug genommen (Bildungswesen, Religionsunterricht), eine Zielvorgabe formuliert (Religionsunterricht) oder allgemein eine Absichtsbekundung festgehalten (Hochschulausbildung, Rundfunkwesen).

⁶⁸ Die „religiöse Betreuung in besonderen Einrichtungen“ (jeweils Art. 7 aller genannten Verträge) gewährleistet ein Zutrittsrecht zu staatlichen Einrichtungen, ist aber nicht aber als institutionelle Anstaltsseelsorge herkömmlichen Zuschnitts ausgestaltet.

⁶⁹ In Art. 11 BremIslamV sowie in Art. 11 BremAlevV werden die landesrechtlichen Gebührenbefreiungen für das Land auch auf die islamischen sowie alevitischen Religionsgemeinschaften im Lande Bremen erstreckt – ein angesichts deren privatrechtlichen Rechtsstatus erstaunliche und unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes, bezogen auf andere Privatrechtssubjekte, nicht unproblematische Bestimmung.

⁷⁰ Jeweils Art. 2 aller genannten Verträge (BremIslamV, BremAlevV, IslamV Hmb., AlevV Hmb.).

III. Legitimation des Vertragsstaatskirchenrechts

1. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Die prinzipielle Zulässigkeit des Vertragsschlusses zwischen Staat und Kirche steht außer Streit.⁷¹ Das Institut des Staatskirchenvertrags ist im Text des Grundgesetzes explizit (Art. 123 Abs. 2, Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 1 S. 1 WRV) sowie implizit (Art. 7 Abs. 3 GG) vorausgesetzt; in Anbetracht der eingehenden Debatten über die Fortgeltung des Reichskonkordats sowie des vorgefundenen Bestands der Konkordate und Kirchenverträge aus der Weimarer Zeit ist das Fehlen einer ausdrücklichen Vertragsklausel jedenfalls kein „ablehnendes“ Schweigen⁷². Eindeutige Bestimmungen – klarstellender, nicht konstitutiver Natur⁷³ – enthalten demgegenüber die meisten Landesverfassungen.⁷⁴ Bemerkenswert dabei ist nicht zuletzt, daß es gerade die den Trennungsgedanken so deutlich akzentuierende hessische Verfassung ist, welche das Institut der „Vereinbarung“ gleichrangig und gleichberechtigt an die Seite der Handlungsform „Gesetz“ stellt.

32

Mit ihrer Offenheit für das Institut des Staatskirchenvertrags folgt die Verfassung einer inneren Sachlogik: Der Vertrag ist nicht Beleg für eine nur unzureichend realisierte Trennung von Staat und Kirche, sondern umgekehrt geradezu deren Konsequenz. Schon nach den allgemeinen Grundsätzen der Rechtslehre können nur voneinander getrennte Größen in vertragliche Beziehungen zueinander treten –

33

⁷¹ Dies gilt selbst für den (überschaubaren) Kreis der grundsätzlichen Kritiker des geltenden Staatskirchenrechts, s. *Ludwig Renck*, Der sogenannte Rang der Kirchenverträge, in: DÖV 1997, S. 929 (935); *Gerhard Czermak*, Rechtsnatur und Legitimation der Verträge zwischen Staat und Religionsgemeinschaften, in: Der Staat 39 (2000), S. 69 (76).

⁷² Zutreffend *Karl-Hermann Kästner*, in: BK, Art. 140 (Drittbearbeitung, März 2010), Rn. 79.

⁷³ Selbst beim Fehlen derartiger Vertragsklauseln wäre von Verfassungen wegen nichts gegen Staatskirchenverträge zu erinnern. Die Verfassung kennt gerade keinen „Totalvorbehalt“, s. nur BVerfGE 98, 218 (246: „Dem Grundgesetz liegt nicht die Vorstellung zugrunde, daß sich jede vom Staat ergriffene Maßnahme auf eine verfassungsrechtliche Ermächtigung zurückführen lassen müsse.“); aus dem Schrifttum statt aller *Josef Isensee*, Staatsaufgaben, in: HStR³, Bd. IV, 2006, § 73, Rn. 45 („Im Ergebnis ist dem Staat alles erlaubt, was die Verfassung ihm nicht verbietet.“).

⁷⁴ Art. 7 Abs. 2 und 3, Art. 8 Verf. BW; Art. 145 Abs. 1, Art. 182 BayVerf.; Art. 37 Abs. 2 Verf. Bbg.; Art. 50 Abs. 1 HessVerf.; Art. 9 Abs. 2 und 3 Verf. MV; Art. 21, 23 Verf. NRW; Art. 45 Verf. RP; Art. 35 Abs. 2 Verf. Saarl.; Art. 109 Abs. 1 S. 3 Verf. Sachsen; Art. 32 Abs. 4 Verf. LSA.

alles andere wäre ein (prinzipiell) verpöntes In-Sich-Geschäft.⁷⁵ Der säkulare Staat des Grundgesetzes nimmt für sich keine Allzuständigkeit über jedwede Materie in Anspruch, vielmehr versteht er sich selbst als „sektorialen“ Staat,⁷⁶ der sein Tätigkeitsfeld auf den ihm von der Verfassung zugewiesenen – weltlichen – Bereich beschränkt. Indes läßt sich in der Lebenswirklichkeit die Sphäre des „Weltlichen“ von derjenigen des „Geistlichen“ nicht so trennscharf scheiden, wie sich dies manche Staatstheorie ab dem späten 18. Jahrhundert und ihre politische Umsetzung im 19. Jahrhundert vorgestellt haben: Nimmt man die realen Gegebenheiten erstens zur Kenntnis und sodann ernst, offenbart sich, daß und wie sich beide Sphären in vielerlei Beziehungen berühren: Der Kirchenbau ist nicht nur Kunstdenkmal, sondern auch – primär – Gotteshaus. Die (staatliche) Schule soll nicht nur Wissen und Können vermitteln, sondern auch Herz und Charakter bilden.⁷⁷ Der einzelne ist nicht nur Staatsbürger, sondern auch Gläubiger. Will der Staat nicht in einen realitätsignoranten Reduktionismus fallen (den er um seiner Integrationsfunktion willen dauerhaft schwerlich durchhalten könnte), tut er in seinem ureigenen Interesse gut daran, in seiner Rechtsordnung diese Komplexitäten zu berücksichtigen und abzubilden. Für die geistlich-religiöse Komponente jener Sachgebiete, in denen sich beide Sphären berühren, fehlen dem Staat indes infolge seiner aus den Grundsätzen der Säkularität und der Trennung von der Kirche resultierenden Neutralitätspflicht die inhaltlichen Maßstäbe: Eben hier liegt eine grundlegende Legitimation des Vertragsstaatskirchenrechts, im Wege der vertraglichen Verständigung die Fragen beiderseitigen Interesses zu regeln – seitens des Staates beschränkt auf den weltlichen Ordnungsrahmen – und so den Unterschied zwischen Staat und Kirche sowohl zu erkennen wie zu bewältigen.⁷⁸

34 Das Vertragsstaatskirchenrecht ist mithin Verfassungsausprägung, nicht aber – wie noch in den 1950er und 1960er Jahren vertreten⁷⁹

⁷⁵ Bezeichnenderweise kennen Rechtsordnungen, die – wie England, die skandinavischen sowie die von der Orthodoxie geprägten osteuropäischen Staaten – fortbestehende Elemente einer Staatskirche aufweisen, keine vertraglichen Beziehungen: Ihnen genügt das staatliche Gesetz (oder die innerkirchliche Regelung, die der Staat anerkennt oder übernimmt).

⁷⁶ Prägnant *Josef Isensee*, Staat und Verfassung, in: HStR³, Bd. I, 2003, § 15, Rn. 69, 75 ff.

⁷⁷ So ausdrücklich Art. 131 Abs. 1 BayVerf.

⁷⁸ *Korioth*, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 1), S. 408.

⁷⁹ Dieser seinerzeit verbreiteten, wenn nicht herrschenden Ansicht zufolge gehe das Grundgesetz von der grundsätzlichen Gleichordnung von Staat und Kirche als eigenständigen Gewalten aus, in der die Kirchen der staatlichen

und heute gelegentlich kritisch eingewandt⁸⁰ – letztes Residuum einer Verfassungsexemption qua „Koordination“ zweier gleichrangig „soveräner“ Mächte. Die Rechtsordnung stellt weit mehr Handlungsformen zur Herbeiführung verbindlicher Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Bürger bereit als die althergebrachten der einseitigen hoheitlichen Regelung (Gesetz, Verwaltungsakt): Die seit Jahrzehnten virulenten Tendenzen rechtsverbindlicher kooperativer Verständigung hat die staats- und verwaltungsrechtliche Dogmatik seit geraumer Zeit unter dem Stichwort „Kooperationsrecht“ erfaßt und systematisiert.⁸¹ In diese Entwicklung fügt sich das Vertragsstaatskirchenrecht bruchlos ein,⁸² so daß es rechtshistorisch wie rechtsdogmatisch anachronistisch wäre, dieses Institut aufzugeben und zur einseitigen staatlichen Regelung mittels „Rechtsstellungsgesetzen“ zurückzukehren.⁸³ Derartige Postulate bergen nicht allein die Gefahr, die staatskirchenrechtliche von der allgemeinen öffentlich-rechtlichen Dogmatik abzukoppeln,⁸⁴ sondern erliegen auch der Fehlvor-

Hoheitsgewalt grundsätzlich nicht mehr unterworfen seien, weswegen für beide Teile verbindliches Recht nur noch im Wege des Vertragsschlusses geschaffen werden könne; so explizit *Paul Mikat*, Das Verhältnis von Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, 1964, S. 23; ferner *Konrad Hesse*, Zum Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, 1956, S. 62; aus der Rspr. BGHZ 22, 383 (387); 34, 372 (373); 46, 96 (101).

⁸⁰ Die markante zeitgenössische Kritik, insbesondere von *Helmut Quaritsch*, Kirchen und Staat, in: Der Staat 1 (1962), S. 175–197, 289–320; *ders.*, Neues und Altes über das Verhältnis von Kirchen und Staat, in: Der Staat 5 (1966), S. 451–474, wird von den in Fn. 71 genannten Autoren nahezu unverändert für die gegenwärtigen Verhältnisse übernommen. Dagegen treffend *Germann*, Staatskirchenverträge der Neuen Bundesländer (o. Fn. 6), S. 104: „Wer aus dieser Richtung schießt, liegt wahrscheinlich noch in den Schützengräben des Kampfes gegen die theoretischen Überhöhungen der Koordinationslehre bis zu den frühen 1960er Jahren. [...] Er übersieht aber, daß sein Schützengraben längst nicht mehr an der Front ist.“

⁸¹ Grundlegend *Ernst-Hasso Ritter*, Der kooperative Staat, in: AöR 104 (1979), S. 389–413; eingehend *Lothar Michael*, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, 2002; sowie *Florian Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005 (speziell zum Vertragsstaatskirchenrecht S. 184–229); zusammenfassend *Paul Kirchhof*, Mittel staatlichen Handelns, in: HStR³, Bd. V, 2007, § 99, Rn. 157 ff., 189 ff.

⁸² Weitergehend mißt ihm *Hense*, Konkordate und Staatskirchenverträge (o. Fn. 1), § 132, Rn. 9, eine „Vorreiter-Rolle“ bei.

⁸³ Dafür aber *Ludwig Renck*, Rechtsstellungsgesetze für Bekenntnisgemeinschaften, in: ZRP 2006, S. 87–90.

⁸⁴ Hiergegen – seinerzeit nicht ohne *fundamentum in re* – *Helmut Quaritsch*, Zurück zur juristischen Methode im Staatskirchenrecht, in: NJW 1967, S. 764–766.

stellung, die Realitäten des 21. mit dem Instrumentarium des 19. Jahrhunderts bewältigen zu können.⁸⁵

2. Ratio des Staatskirchenvertrags im Verfassungsstaat

35 Fragt man nach der Legitimation des Vertragsstaatskirchenrechts, ist dessen verfassungsrechtliche Zulässigkeit die erste und notwendige Bedingung. Diese allein schafft indes – wie noch zu zeigen sein wird⁸⁶ – keine korrespondierende Verpflichtung, ebenso wenig vermag sie die anhaltende, ungebrochene und zudem sukzessive erweiterte Effektuierung des (mehr als einmal als „Auslaufmodell“ eingeschätzten⁸⁷) Instituts zu erklären. Wie jede andere Regelung des positiven Verfassungsgesetzes, bedarf auch der Staatskirchenvertrag der Vergewisserung über seinen die Positivierung tragenden Sinn und Zweck im Verfassungsstaat: Warum schließt der Staat mit Kirchen und Religionsgemeinschaften Verträge? Und weshalb *nur* mit ihnen?⁸⁸

36 Die dem Institut des Staatskirchenvertrags immanenten Zielsetzungen lassen sich aus einer Zusammenschau der typischen Vertragsinhalte gewinnen. Das staatskirchenrechtliche Schrifttum hat diese Zielsetzungen in vier Kategorien spezifiziert, einer Absicherungs-, einer Kooperations-, einer Förder- und einer Verpflichtungsfunktion.⁸⁹ Dahinter steht übergreifend der Gedanke des Vertrages als ge-

⁸⁵ Symptomatisch ist, daß die in Fn. 71 genannten Autoren sich auch unter den Bedingungen zunehmender Ausdifferenzierungen und Pluralisierungen des genuin etatistischen Argumentationsarsenals der 1960er Jahre bedienen – ohne dabei (wohl) die Weiterungen ihrer Positionen bedacht zu haben: Wenn etwa die vertragliche Wiederholung verfassungsgesetzlicher Garantien (wie Religionsfreiheit und Selbstbestimmungsrecht) „schlechthin überflüssig“ sein soll, wie *Czermak*, Rechtsnatur und Legitimation (o. Fn. 71), S. 80 annimmt, wäre es dann auch deren vertragliche Gewährleistung in supra- und internationalen Menschenrechtskonventionen (die zudem meist weniger schutzintensiv sind als diejenigen des Grundgesetzes)?

⁸⁶ Unten sub IV. 3. b

⁸⁷ Paradigmatisch *Alain Boyer*, *Le droit des religions en France*, 1993, S. 70, Fn. 1: „Le temps des concordats est passé.“

⁸⁸ Einer der wenigstens rechtspolitisch delegitimierend akzentuierten Einwände gegen das Vertragsstaatskirchenrecht geht dahin, der Staat schließe allein mit Kirchen und Religionsgemeinschaften, nicht aber mit anderen gesellschaftlich relevanten Gruppen wie Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden Verträge ab, vgl. *Kästner*, in: BK (o. Fn. 72), Art. 140, Rn. 80; *Korioth*, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 1), S. 394.

⁸⁹ Grundlegend *Anke*, Neubestimmung des Staat-Kirche-Verhältnisses (o. Fn. 26), S. 68 ff., 218 ff., 316 ff., 353 ff.; ihm folgend *Peter Unruh*, Religionsver-

eigneten und adäquaten Integrationsinstruments zwischen Staat und Kirche, allgemein: „gesellschaftlichen Verbänden im Bereich der Religion“⁹⁰. Nicht zu verkennen ist freilich bei der jüngeren Entwicklung beginnender Vertragsschlüsse mit muslimischen Gemeinschaften in Gestalt der Verpflichtung auf „gemeinsame Wertgrundlagen“ eine neuartige – dem tradierten Vertragsstaatskirchenrecht fremde – Facette, diejenige eines „Disziplinierungscharakters“⁹¹. In allem wird so die Freiheit des kirchlichen Wirkens zur Erfüllung ihrer Sendung in den vielfältigen Ausprägungen gewährleistet und, in nicht seltenen Fällen über das vom einseitig gesetzten staatlichen (Verfassungs-) Recht Geforderte hinaus, verstärkt.

Indes: Diese Dimension der Freiheitsgewähr erschöpft die *ratio* des Staatskirchenvertrags nicht. Ein Vertrag ist ein *gegenseitiges* Austauschverhältnis, charakterisiert dadurch, daß *jede* der Parteien etwas zu geben verspricht.⁹² Die kirchliche „Leistung“, wiewohl nicht in erster Evidenz offen liegend, besteht in der Form ihres Wirkens als Beitrag für das Gemeinwohl und für die Grundlagen des Gemeinwesens, die der Staat alleine nicht zu sichern vermag.⁹³ Denn seit jeher erbringt das kirchliche Wirken – in Bildung und Erziehung, Caritas und Diakonie, Kultur(güter)schutz und Totenfürsorge – als „überschießende Effekte“ Leistungen für das allgemeine Wohl: Leistungen, die der Staat entweder aus verfassungsrechtlichen Gründen der Säkularität und Neutralität nicht selbst wahrnehmen kann oder aber solche, mit deren ausschließlicher Wahrnehmung er sich übernehmen müßte und würde. Die „Pointe“ des Vertragsstaatskirchenrechts (wie des Staatskirchenrechts allgemein) besteht gerade darin, daß der säkulare Staat an derartigen Gemeinwohlleistungen der Kirchen als einem „produktiven Beitrag“⁹⁴ zu seinem eigenen Nutzen partizipiert.⁹⁵ Aus eben diesem Grund schafft er mit dem Institut des

37

fassungsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 344; Hense, Konkordate und Staatskirchenverträge (o. Fn. 1), § 132, Rn. 10.

⁹⁰ Koriath, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 1), S. 408.

⁹¹ So Hense, Konkordate und Staatskirchenverträge (o. Fn. 1), § 132, Rn. 19.

⁹² Zutreffend Koriath, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 1), S. 408.

⁹³ Eingehend Arnd Uhle, Staat – Kirche – Kultur, 2004, S. 131 ff.; Paul Kirchhof, Die Freiheit der Religionen und ihr unterschiedlicher Beitrag zu einem freien Gemeinwesen, in: EssGespr. 39 (2005), S. 105.

⁹⁴ Karl-Heinz Ladeur/Ino Augsberg, Toleranz – Religion – Recht, 2007, S. 85.

⁹⁵ In jüngeren Verträgen wird diese *ratio* in den Präambeln benannt, zuletzt etwa im EvKV BW („eingedenk der bleibenden Verantwortung der Kirchen für christlichen Glauben, kirchliches Leben und diakonischen Dienst

Staatskirchenvertrags den rechtlichen Rahmen, der das darauf bezogene kirchliche Wirken in institutionalisierter Form gewährleistet und absichert, damit dieses sein *proprium* zum Wohl des (säkularen) Gemeinwesens zu entfalten vermag. Das setzt freilich einen langfristig bindungsfähigen und bindungswilligen Vertragspartner voraus, der die staatlichen Verfassungserwartungen⁹⁶ dauerhaft einzulösen in der Lage ist – eben diese Bereitschaft zur langfristigen vertraglichen Bindung hebt die Kirche, die in historischer Perspektive nicht wenige dieser Gemeinwohlaufgaben (wie das Bildungswesen und die Sozialfürsorge) lange vor dem Staat erbracht hat, von sonstigen grundrechtsberechtigten „Verbänden“ ab. Es liegt also auch im eigenen Interesse des Staates als Destinatar dieser Gemeinwohlleistungen, Staatskirchenverträge abzuschließen und in deren Gewährleistungen auch über das vom einseitigen staatlichen Recht strikt Geforderte hinauszugehen – ohne daß daraus aber eine vollständige Kongruenz staatlicher und kirchlicher Zielsetzungen resultierte: Gerade die jüngeren Staatskirchenverträge geben ausdrücklich zu Protokoll, daß das beiderseitige Verhältnis „gleichermaßen (durch) Distanz und Kooperation“ geprägt sei.⁹⁷

IV. Staatskirchenverträge in der Ordnung des staatlichen und des internationalen Rechts

1. Rechtsnatur der Staatskirchenverträge

- 38** Das Institut des Staatskirchenvertrags ist in der Staatspraxis – sei es durch die jahrzehntelange Geltung, sei es durch die Neuabschlüsse der letzten 20 Jahre – in einem Maße unangefochten, daß rechtsdogmatische Klassifizierungsfragen als längst geklärt gelten und für

auch in deren Bedeutung für das Gemeinwohl und den Gemeinsinn [...] im religiös neutralen Staat“) oder im Vertrag zwischen Schleswig-Holstein und Heiligem Stuhl („in der Einsicht, daß christlicher Glaube, christliches Leben und karitatives Wirken *zugleich auch einen Beitrag* zum Wohle des Ganzen wie auch zur Stärkung des Gemeinsinns der Menschen in der pluralen Gesellschaft leisten“).

⁹⁶ Zu ihnen grundlegend *Josef Isensee*, Verfassungsstaatliche Erwartungen an die Kirche, in: *EssGespr.* 25 (1991), S. 104–143.

⁹⁷ So erstmals die Präambel des EvKV MV; ähnlich zuletzt der EvKV BW („Übereinstimmung über den Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen und ihre Eigenständigkeit“).

seine rechtliche Geltung wie Wirkung keine als lösungsbedürftig erachteten Diskussionen (mehr) auslösen:

Außer Streit steht zunächst, daß Staatskirchenverträge „echte“, 39 beide Parteien bindende Vereinbarungen darstellen. Sind also die diversen „Konkordatstheorien“ heute allein Gegenstand der Rechts- und Verfassungsgeschichte⁹⁸, besteht ebenso Einigkeit darüber, daß der Vertragsschluß auf dem Boden der staatsrechtlichen Ordnung erfolgt⁹⁹ (die ihrerseits, wie sie im Grundgesetz ihren Ausdruck findet, eine für völkerrechtliche Öffnungen zugängliche und empfängliche Ordnung ist).

Kaum noch angefochten ist mittlerweile die Differenzierung zwischen Verträgen, deren kirchlicher Partner der Heilige Stuhl ist, und solchen, welche der Staat mit einem inländischen kirchlichen (bzw. religiösen) Rechtssubjekt¹⁰⁰ abschließt. Letztere sind allgemeine staatsrechtliche, erstere völkerrechtliche Verträge.¹⁰¹ Die Zugehörigkeit des „Konkordatsrechts“¹⁰² zum Völkerrechtskreis¹⁰³ beruht auf der Rechtsstellung der Parteien als Völkerrechtssubjekte¹⁰⁴ wie auf 40

⁹⁸ Namentlich gilt dies für die Vorstellung des Vertrags als kuriale Gunst an den Staat („Privilegientheorie“) wie für die Konzeption des konsensualen Beitritts der Kirche zur einseitigen staatlichen Regelung („Legaltheorie“), näher *Romuald Haule*, Der Heilige Stuhl / Vatikanstaat im Völkerrecht, 2006, S. 170 ff.

⁹⁹ Völlig zutreffend *Kästner*, in: BK (o. Fn. 72), Art. 140, Rn. 90, der allerdings die teilweise in der Literatur vorgeschlagene Klassifizierung als „Verträge sui generis“ als Plädoyer für eine „außerhalb der Staatsverfassung“ angesiedelte „Sonderrechtsordnung“ mißversteht (mit Fn. 349).

¹⁰⁰ Darunter fallen sämtliche Verträge des Staates mit nichtkatholischen Partnern, ebenso Verträge mit katholischen Rechtssubjekten des innerstaatlichen Rechtskreises (vor allem: den Bistümern).

¹⁰¹ Näher und m. N. *Kästner*, in: BK (o. Fn. 72), Art. 140, Rn. 91–92; *Hense*, Konkordate und Staatskirchenverträge (o. Fn. 1), § 132, Rn. 14.

¹⁰² Terminologisch ist die kuriale Praxis seit einigen Jahrzehnten zurückhaltend: Der Begriff „Konkordat“ wird zumeist durch denjenigen des „Vertrags“ (auf Latein: *conventio*; auf Italienisch: *accordo*) ersetzt. Bezüglich eines deutschen Vertragspartners ist das letzte auch so bezeichnete Konkordat dasjenige mit dem Land Niedersachsen (1965); insgesamt wurden in den letzten 40 Jahre nur drei Verträge ausdrücklich als „Konkordat“ abgeschlossen: mit Kolumbien (1973), Polen (1993) und Portugal (2004).

¹⁰³ BVerfGE 6, 309 (320 ff.); s. nur aus der jüngeren Literatur *Anke*, Neubestimmung des Staat-Kirche-Verhältnisses (o. Fn. 26), S. 124 ff.; *Wengeroth*, Rechtsnatur der Staatskirchenverträge (o. Fn. 1), S. 49 ff., 173 ff.; *Katia Schier*, Die Bestandskraft staatskirchenrechtlicher Verträge, 2009, S. 34 ff.

¹⁰⁴ Der Heilige Stuhl ist kraft Gewohnheitsrechts originäres Völkerrechtssubjekt, s. nur *Giovanni Barberini*, Le Saint-Siège. Sujet souverain de droit international, 2003, insbes. S. 21 ff.; *Haule*, Der Heilige Stuhl (o. Fn. 98),

dem ausdrücklichen Willen der Vertragsparteien¹⁰⁵. Der gegen die Klassifizierung gelegentlich vorgebrachte Einwand, die Vertragsinhalte beträfen alleine Gegenstände des innerstaatlichen Rechtskreises,¹⁰⁶ ist per se ebenso zutreffend wie irrelevant: Weder aus Staats- noch aus Völkerrecht ergibt sich ein Verbot für die Vertragsparteien, über innerstaatliche Sachverhalte völkerrechtliche Absprachen zu treffen.¹⁰⁷

41 Rechtspraxis wie Rechtslehre sind über diverse Bemühungen hinweggegangen, das gesamte Vertragsstaatskirchenrecht juristisch einheitlich zu klassifizieren. Weder vermochte es zu überzeugen, das Konkordatsrecht vom völkerrechtlichen Rechtskreis herabzuzonen¹⁰⁸ noch – unter Verweis auf den Grundsatz der Parität – Verträge mit nichtkatholischen Partnern zu diesem hochzuzonen¹⁰⁹. Ebenso wenig ist die Kategorie des verwaltungsrechtlichen Vertrags dazu geeignet¹¹⁰, dem Wesen und Inhalt der Staatskirchenverträge angemessen gerecht zu werden, abgesehen davon, daß so weder die landesverfassungsrechtlichen Regelungen verständlich wären noch dem Willen der Vertragsparteien Rechnung getragen würde¹¹¹.

S. 69 ff. – Zur Völkerrechtssubjektivität der deutschen Länder s. unten sub 3. a

¹⁰⁵ Dirk Ehlers, Problemstellungen des Vertragsstaatskirchenrechts, in: ZevKR 46 (2001), S. 286 (293).

¹⁰⁶ Renck, Rang der Kirchenverträge (o. Fn. 71), S. 931; Czermak, Rechtsnatur und Legitimation (o. Fn. 71), S. 74.

¹⁰⁷ Anke, Neubestimmung des Staat-Kirche-Verhältnisses (o. Fn. 26), S. 126 ff.; Ehlers, Problemstellungen (o. Fn. 105), S. 293 f.

¹⁰⁸ Erich Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, 1911, S. 153 ff.; Wilhelm Wengler, Völkerrecht, Bd. I, 1964, S. 289 ff.

¹⁰⁹ Dietrich Pirson, Art. „Vertragsstaatskirchenrecht“, in: EvStL³, Sp. 3814 (3823); anders Hans Ulrich Anke, Art. „Vertragsstaatskirchenrecht“, in: EvStL⁴, Sp. 2599 (2603).

¹¹⁰ So indes Renck, Rang der Kirchenverträge (o. Fn. 71), S. 934; Czermak, Rechtsnatur und Legitimation (o. Fn. 71), S. 75, unter Berufung auf Helmut Quaritsch, Kirchenvertrag und Staatsgesetz, in: Hamburger Festschrift für Friedrich Schack zu seinem 80. Geburtstag am 1. Oktober 1966, hg. von Hans Peter Ipsen, 1966, S. 125–141. – Freilich sind dessen dezidiert statistische Grundannahmen mittlerweile nur noch begrenzt tragfähig (s. oben sub III. 1., Text zu Fn. 81). Die genannten Autoren blenden dies ebenso aus wie sie eine normative Absicherung der These am Maßstab der §§ 54 ff. VwVfG (das erst 1977, also ein Jahrzehnt nach Quaritsch' Beitrag, in Kraft trat) nicht darzutun unternehmen.

¹¹¹ Eingehend Schier, Bestandskraft staatskirchenrechtlicher Verträge (o. Fn. 103), S. 53 ff.; Ehlers, Problemstellungen (o. Fn. 105), S. 296 ff.; Kästner, in: BK (o. Fn. 72), Art. 140, Rn. 92.

2. Bindungswirkung der Staatskirchenverträge

Wie jeder Vertrag wirken die Staatskirchenverträge als solche allein im Verhältnis inter partes. Um Allgemeinverbindlichkeit auch gegenüber Dritten, zumal zu deren Lasten, entfalten zu können, bedürfen die Staatskirchenverträge der Transformation in die staatliche Rechtsordnung.¹¹² Herkömmlicherweise ist bei den kodifikatorischen Verträgen¹¹³, deren Inhalte nach den Kautelen des staatlichen Verfassungsrechts den Vorbehalt des Gesetzes auslösen (können), jener Transformationsakt das Parlamentsgesetz. Dergestalt wird der Staatskirchenvertrag in das staatliche Rechtsquellen-system eingeordnet, erhält seinen Rechtsanwendungsbefehl inter et erga omnes und stellt den Vertragsinhalt in den Rang des (einfachen) Gesetzes, der somit am Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes nach Art. 20 Abs. 3 GG partizipiert. Daraus resultiert unproblematisch, daß sich der Inhalt eines Staatskirchenvertrags, sei es vor der Exekutive, sei es vor der Judikative, gegen untergesetzliche Rechtsakte durchzusetzen vermag.¹¹⁴

Eine – zumindest auf der theoretisch-dogmatischen Ebene – noch nicht endgültig geklärte klassische Streitfrage betrifft die Bindungswirkung der Staatskirchenverträge für den Gesetzgeber,¹¹⁵ sei es für den Verfassungsgesetzgeber, sei es für den einfachen Gesetzgeber. An dieser Stelle kommt das gleiche Grundproblem zum Tragen wie allgemein im (zumal: Völker-)Vertragsrecht: Einerseits gilt der Grund-

¹¹² Umgekehrt bedarf ein Vertrag nicht der Transformation, wenn sein Inhalt keinen die Rechtssphäre Dritter berührenden Bestimmungen enthält. So verhält es sich gegenwärtig bei den Verträgen mit muslimischen Gemeinschaften (sub I. 6.), s. explizit zur Entbehrlichkeit eines Transformationsgesetzes die Erläuterungen in Hmb. Bürgerschaft, Drs. 20/5830, S. 14 und 22; allein aus politischen Erwägungen („angesichts der politischen Bedeutung der Vereinbarung“, um deren „breite Verankerung im politischen Leben [...] zu dokumentieren“) wurde die parlamentarische Zustimmung in Form eines schlichten Beschlusses gesucht und gefunden.

¹¹³ Im Falle von Abreden über Einzelfragen genügt für die Transformation in staatliches Recht vielfach der Rückgriff auf die diversen exekutiven Handlungsformen, wie Rechtsverordnung oder (verwaltungsinterne) Verwaltungsvorschrift.

¹¹⁴ Aus der Rechtspraxis: OVG MV, in: NVwZ 2000, S. 948–950; SächsOVG, in: SächsVBl. 2008, S. 71–73 sowie DÖV 2010, S. 409 (jeweils zu durch kommunale Rechtsakte erweiterten Ladenöffnungszeiten an Sonn- und Feiertagen entgegen den Vorgaben in Art. 23 EvKV MV bzw. Art. 21 EvKV Sachsen).

¹¹⁵ Hermann Weber, Grundprobleme des Staatskirchenrechts, 1970, S. 53, nennt sie gar „eines der nie zu lösenden Ewigkeitsprobleme des Staatskirchenrechts“.

satz „*pacta sunt servanda*“, der auf der anderen Seite grundsätzlich kein rechtliches *Hindernis* errichtet, nicht doch später anderweitige Dispositionen zu treffen. Einen solchen Fall des Vertragsbruchs sanktioniert die Rechtsordnung im allgemeinen durch sekundäre Rechtsfolgen, insbesondere durch das Institut des Schadenersatzes. Üblicherweise wird dieser Zusammenhang in die Formel gefaßt, es sei zwischen rechtlichem Können und vertraglichem Dürfen zu unterscheiden – die nachfolgende, vertragswidrige Disposition sei zwar rechtlich möglich, aber infolge der bestehenden vertraglichen Bindung unerlaubt.

44 Auf die Ebene der Staatskirchenverträge übertragen, stellt sich die Frage, ob der staatliche Vertragspartner die inter partes bestehende Bindungswirkung durch ein dem Vertragsinhalt zuwiderlaufendes nachfolgendes Gesetz (welchem nach dem Lex-posterior-Grundsatz der Vorrang zukäme) modifizieren oder gar beenden kann. Die „Können-aber-nicht-Dürfen“-Formel, welche die überwiegende Meinung in Rechtsprechung¹¹⁶ und Schrifttum¹¹⁷ auch hier anwenden möchte, stellt den Staat vor das Dilemma, seine Souveränität (in ihrer Ausprägung als Entscheidungsfreiheit des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zur grundsätzlichen Reversibilität einmal getroffener Entscheidungen¹¹⁸) zwar zu wahren, dies aber um den Preis eines Vertragsbruch (im Fall von Verträgen mit dem Heiligen Stuhl zudem: eines Völkerrechtsverstosses) zu erkaufen.

45 Der Staat entgeht diesem Dilemma jedenfalls dann, wenn und soweit er selbst in seiner eigenen Rechtsordnung die Staatskirchenverträge mit einer gegenüber nachfolgenden Gesetzen erhöhten Geltungskraft ausgestattet hat, wie es in den Landesverfassungen von Hessen, Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg geschehen ist.¹¹⁹ Der einseitigen abändernden Disposition durch den nachfol-

¹¹⁶ BVerfGE 6, 309 (362 ff.); 41, 88 (120 f.); VGH Ba.-Wü., in: Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg mit Entscheidungen der Staatsgerichtshöfe beider Länder (ESVGH) 17, 172 (175); 177 (180).

¹¹⁷ Grundlegend Scheuner, Kirchenverträge (o. Fn. 1), S. 324 ff.; im Ergebnis wohl auch Hollerbach, Vertragsrechtliche Grundlagen (o. Fn. 55), S. 276 f.; aus dem neueren Schrifttum Kästner, in: BK (o. Fn. 72), Art. 140, Rn. 94.

¹¹⁸ Eine prononcierte Betonung dieses Grundsatzes der „Parlamentssouveränität“ („Parliament cannot bind itself“, dazu Albert Venn Dicey, Einführung in das Studium des Verfassungsrechts, 10. Aufl. 2002, S. 137) dürfte ein – weiterer – Grund dafür sein, weshalb etwa die englische Rechtsordnung kein Vertragsstaatskirchenrecht kennt.

¹¹⁹ Art. 67 HessVerf.; Art. 23 Abs. 2 Verf. NRW; Art. 8 Verf. BW (hinsichtlich bereits bestehender Verträge bzgl. der Verfassung, damit a fortiori auch im

genden Gesetzgeber entzogen sind zudem diejenigen Bestimmungen in Staatskirchenverträgen, welche Staatsleistungen i. S. d. Art. 140 GG i. V. m. Art. 138 Abs. 1 WRV im Wege der Novation erneuern sowie das „sonstige Vermögen“ i. S. d. Art. 140 GG i. V. m. Art. 138 Abs. 2 WRV betreffen.¹²⁰

Für die übrigen Fälle bliebe indes, auf der Basis der überwiegenden Meinung, das Dilemma bestehen. Da es weithin als unbefriedigend und wenig sachgerecht empfunden wird, haben es verschiedene Strömungen im Schrifttum unternommen, eindeutigen Lösungen zu entwickeln. Eine ältere, etatistisch akzentuierte Doktrin möchte jedwede Bindung des Gesetzgebers an Staatskirchenverträge verneinen.¹²¹ Demgegenüber dringt in jüngerer Zeit die Auffassung vor, der zufolge der Gesetzgeber aus übergeordneten verfassungsrechtlichen Gründen an bestehende Staatskirchenverträge gebunden sei.¹²² Diese maßgeblich auf den aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden Gedanken des Vertrauensschutzes sowie auf die allgemeine *ratio* des Staatskirchenvertrags als intendierte dauerhafte Lösung des Beziehungsgeflechts zwischen Staat und Kirche gestützte Lesart gelangt in ihrer Konsequenz zur Nichtigkeit eines nachfolgenden vertragswidrigen Gesetzes. Hinsichtlich der Rechtsfolge zurückhaltender sind diejenigen Stimmen, welche auf das vertragsimmanente Repertoire wie die durchweg verankerten Revisions- und Freundschaftsklauseln verweisen¹²³ oder jedenfalls eine vorherige Beendigung der

46

Verhältnis zum einfachen Recht); eingehend zu diesen Normen *Schier*, Bestandskraft staatskirchenrechtlicher Verträge (o. Fn. 103), S. 91 ff.; zurückhaltend *Ehlers*, Problemstellungen (o. Fn. 105), S. 298 f.

¹²⁰ Für diesen Fall gilt allein das in Art. 140 GG i. V. m. Art. 138 Abs. 1 WRV verankerte Regime; näher *Kästner*, in: BK (o. Fn. 72), Art. 140, Rn. 96.

¹²¹ So *Quaritsch*, Kirchenvertrag und Staatsgesetz (o. Fn. 110), S. 134 ff., 139; ihm auch hier folgend *Renck*, Rang der Kirchenverträge (o. Fn. 71), S. 932 ff.

¹²² *Anke*, Neubestimmung des Staat-Kirche-Verhältnisses (o. Fn. 26), S. 161 ff., 189 ff.; *Schier*, Bestandskraft staatskirchenrechtlicher Verträge (o. Fn. 103), S. 109–152 ff., insbes. S. 142 ff. (die diese Bindungswirkung allerdings nur für die *nicht*-völkerrechtlichen Staatskirchenverträge annehmen möchte, explizit S. 151 f.); dem wohl folgend *Stefan Muckel*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling, Losebl., Art. 140, Stand: 33. Erg.-Lfg. Juli 2011, Rn. 61; sowie *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 89), Rn. 367; früher bereits *Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche (o. Fn. 1), S. 60.

¹²³ *Mückl*, Grundlagen (o. Fn. 1), § 159, Rn. 46; *Kästner*, in: BK (o. Fn. 72), Art. 140, Rn. 95; *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, Hbd. 2, 2011, S. 1382 f.

vertraglichen Bindung im Wege der (außerordentlichen) Kündigung für notwendig erachten¹²⁴.

- 47 In der Rechtspraxis jedenfalls haben sich bis dato jene Revisions- und Freundschaftsklauseln als flexible Instrumente einer Anpassung der (zumal älteren) Verträge an veränderte tatsächliche Verhältnisse bewährt. So erfolgte der Übergang von der Konfessions- zur (christlichen) Gemeinschaftsschule in den 1960er Jahre ebenso durch vertragliche Verständigung¹²⁵ wie in jüngerer Vergangenheit die Reduzierung von theologischen Fakultäten¹²⁶.

3. Einzelfragen des allgemeinen Vertragsrechts in der Bundesrepublik Deutschland

a) Abschlußkompetenz

- 48 Das Recht zum Abschluß von Staatskirchenverträgen bemißt sich nach den allgemeinen Regeln der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung (Art. 30, 70, 83 GG). Infolge der Notwendigkeit der nachfolgenden Transformation des Vertragsinhalts in die staatliche Rechtsordnung im Wege des Parlamentsgesetzes richtet sich die Zuständigkeit zum Vertragsschluß nach der korrespondierenden Zuständigkeit zur Gesetzgebung: Die Abschlußkompetenz folgt der Gesetzgebungskompetenz.¹²⁷ Diese aus dem allgemeinen Kompetenzgefüge deduzierte Grundregel findet ihre Bestätigung in Art. 32 Abs. 3 GG. Indes bedarf es nach einhelliger Ansicht nicht der dort als Voraussetzung genannten „Zustimmung der Bundesregierung“¹²⁸, sofern Vertragspartner der Länder der Heilige Stuhl ist – dieser ist kein „auswärti-

¹²⁴ Dafür *Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen (o. Fn. 81), S. 227 f., 749.

¹²⁵ „Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Bayern zur Änderung und Ergänzung der Artikel 5 und 6 des Bayerischen Konkordates“ vom 29.3.1924 vom 7.10.1968; abgedruckt bei *Listl* (o. Fn. 2), Bd. 1, S. 384–390.

¹²⁶ 15jährige „Ruhestellung“ der theologischen Fakultäten an den Universitäten Bamberg und Passau durch das „Zusatzprotokoll zum Bayerischen Konkordat“ vom 29.3.1924 vom 19.1.2007, in: AAS 99 (2007), S. 595 = GVBl. S. 351.

¹²⁷ Unstreitig, s. nur *Anke*, Neubestimmung des Staat-Kirche-Verhältnisses (o. Fn. 26), S. 27; *Ehlers*, Problemstellungen (o. Fn. 105), S. 311.

¹²⁸ *Hollerbach*, Vertragsrechtliche Grundlagen (o. Fn. 55), S. 278 m. Fn. 97, nimmt aber eine Verpflichtung des Landes zur förmlichen Information des Bundes an.

ger Staat“ i. S. d. Art. 32 GG¹²⁹. Da auch die Länder infolge ihrer Staatsqualität zur Teilnahme am Völkerrechtsverkehr befähigt sind – ihnen kommt eine vom Bund abgeleitete Völkerrechtssubjektivität zu¹³⁰ –, sind ihre mit dem Heiligen Stuhl abgeschlossenen Verträge völkerrechtlicher Natur.

Rechtstatsächlich dominieren die auf staatlicher Seite von den Ländern abgeschlossenen Staatskirchenverträge, da die typischen Vertragsinhalte¹³¹ nach der verfassungsgesetzlichen Kompetenzverteilung der Gesetzgebungszuständigkeit der Länder unterfallen. Der Anwendungsbereich für vom Bund abgeschlossene Staatskirchenverträge ist schmal, die Vertragspraxis weist hier – von Vereinbarungen zu Spezialfragen abgesehen¹³² – im wesentlichen den Evangelischen Militärseelsorgevertrag von 1957¹³³, den Vertrag mit dem Zentralrat der Juden in Deutschland von 2003¹³⁴ und zuletzt den jüdischen Militärseelsorgevertrag von 2019¹³⁵ auf. Zudem überlagert die grundgesetzliche Kompetenzverteilung eine abweichende vorkonstitutionelle Vertragsregelung, wie sich bei der Neuregelung der diözesanen Zirkumskriptionen auf dem Gebiet der neuen Länder nach 1990 erwiesen hat.¹³⁶

Wer kirchlicherseits Vertragspartner ist, richtet sich nach der (ekklesiologisch vorgeformten) internen Verfassung der betreffenden Kirche mit ihren Organisationsformen, welche der Staat zu akzeptieren hat. In aller Regel sind die evangelischen Staatskirchenverträge

¹²⁹ BVerfGE 6, 309 (362), *Anke*, Neubestimmung des Staat-Kirche-Verhältnisses (o. Fn. 26), S. 27; *Ehlers*, Problemstellungen (o. Fn. 105), S. 311.

¹³⁰ Statt aller *Volker Epping*, in: *Völkerrecht*, hg. von Knut Ipsen, 7. Aufl. 2018, § 6, Rn. 19.

¹³¹ Oben II. 1.

¹³² Jüngstes Beispiel: „Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Weltgemeinschaft Reformierter Kirchen“ vom 11./14. 5. 2014 (BGBl. I S. 2079), welcher Bestimmungen zum Aufenthaltsrecht und zum Zugang zur gesetzlichen Krankenversicherung enthält.

¹³³ N. o. Fn. 21.

¹³⁴ N. o. Fn. 45 und 46. – Der Bund hat, was nicht zweifelsfrei ist, den Vertragsschluß auf eine Bundeskompetenz „kraft Natur der Sache“ gestützt (s. BT-Drs. 15/879, S. 13).

¹³⁵ N. o. Fn. 47.

¹³⁶ Entgegen Art. 11 S. 3 RK erfolgte die vertragliche Neuregelung, letztlich mit Zustimmung des Bundes, durch die Länder, dazu *Stephan Haering*, Die Verträge zwischen dem Heiligen Stuhl und den neuen Bundesländern aus den Jahren 1994 bis 1998, in: *Dem Staate, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist*. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag, hg. von Josef Isensee / Wilhelm Rees / Wolfgang Rübner, 1999, S. 761 (769 f.).

von der jeweiligen Landeskirche (oder, falls auf dem Gebiet eines Landes mehr als eine besteht, von mehreren von ihnen) als dem Grundtypus kirchlichen Lebens abgeschlossen.¹³⁷ Hingegen ist Partner des ganz überwiegenden Teils der katholischen Staatskirchenverträge der Heilige Stuhl. Infolge der universalen Verfassungsstruktur der Katholischen Kirche treten die Verträge der Partikularkirchen (zumeist: der Bistümer) mit der für sie territorial zuständigen staatlichen Autorität in ihrer Bedeutung zurück, wiewohl sie prinzipiell möglich sind und in der Praxis auch, wenngleich nicht als kodifikatorische Verträge, vorkommen.¹³⁸

- 51 Zu nennen sind insoweit vor allem die hessischen Bistumsverträge von 1963 und 1974.¹³⁹ Aus der Fülle der sonstigen, spezifische Themen berührenden Vereinbarungen (insbesondere zu den Komplexen theologische Fakultäten, Religionsunterricht, Sonderseelsorge und Staatsleistungen)¹⁴⁰ seien hier der „Vertrag zwischen dem Saarland und den Bistümern Speyer und Trier über Fragen der Rechtsstellung der Bistümer Speyer und Trier und ihrer Vermögensverwaltung“ von 1977¹⁴¹ sowie aus jüngerer Zeit die „Römisch-katholische Kirchenvereinbarung Baden-Württemberg“ von 2007¹⁴² herausgegriffen. Derartige Bistumsverträge (wie auch Verträge der Bischofskonferenz¹⁴³, in Deutschland freilich bis dato nicht praktisch relevant geworden¹⁴⁴)

¹³⁷ Einzige Ausnahme ist der Evangelische Militärseelsorgevertrag (o. Fn. 21), deren kirchliche Vertragspartei die „Evangelische Kirche in Deutschland“ als Zusammenschluß der diversen Landeskirchen ist.

¹³⁸ Eingehend *Georg May*, Verträge deutscher Bischöfe mit der Bundesrepublik Deutschland und den deutschen Bundesländern, in: *Convivium utriusque iuris*. Alexander Dordett zum 60. Geburtstag, hg. von Audomar Scheuermann / Rudolf Weiler / Günter Winkler, 1976, S. 417–451.

¹³⁹ N. o. Fn. 24.

¹⁴⁰ Umfassende Dokumentation der Vereinbarungen bis Mitte der 1970er Jahre bei *May*, Verträge deutscher Bischöfe (o. Fn. 138), S. 419–422.

¹⁴¹ Abgedruckt bei *Listl* (o. Fn. 2), Bd. 2, S. 594–599.

¹⁴² „Vereinbarung des Landes Baden-Württemberg mit der Erzdiözese Freiburg und mit der Diözese Rottenburg-Stuttgart“ vom 31.10.2007, in: GBl. 2008 S. 10 = AfKKR 177 (2008), S. 274–278.

¹⁴³ Rechtspolitisch befürwortend *Alexander Hollerbach*, Die neuere Entwicklung des Konkordatsrechts, in: JöR N. F. 17 (1968), S. 117 (141: „sinnvoll und nützlich“); zur Möglichkeit ferner *May*, Verträge deutscher Bischöfe (o. Fn. 138), S. 428.

¹⁴⁴ Nach *Hollerbach*, Die neuere Entwicklung (o. Fn. 143), ist die „Vereinbarung über die katholische Seelsorge im Bundesgrenzschutz“ vom 29.7./12.8.1965 (abgeschlossen zwischen der Bundesregierung, vertreten durch den Bundesinnenminister, und den „katholischen Bischöfen in der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch Seine Eminenz Dr. Joseph Kardinal Frings“) „der Sache nach“ ein Vertrag mit der Bischofskonferenz. – Abdruck

bedürfen ebenso der Zustimmung des Heiligen Stuhls¹⁴⁵ wie Vereinbarungen von Bistümern oder sonstigen kirchlichen Rechtspersonen, die eine in den Anwendungsbereich eines Konkordats fallende Materie abändern, modifizieren oder aufheben¹⁴⁶. In den letztgenannten Fällen ergibt sich dies schon daraus, daß eine derartige partikularrechtliche Rechtsperson nicht Partei, sondern allein Begünstigter eines Staatskirchenvertrags ist.¹⁴⁷ Auch der seitens eines derartigen Drittbegünstigten erklärte einseitige „Verzicht“ auf eine Vertragsregelung ist – ohne Zustimmung des (kirchlichen) Vertragspartners – rechtlich nicht bindend.¹⁴⁸

b) Abschlußpflicht?

Das deutsche Staatskirchenrecht läßt das Institut des Staatskirchenvertrags durchweg zu,¹⁴⁹ normiert aber keine generelle Pflicht zu dessen Inanspruchnahme. Soweit die Länderverfassungen das Institut erwähnen, stellen sie es alternativ neben die Handlungsform des

52

bei *Listl* (o. Fn. 2), Bd. 1, S. 85–93; s. ferner *Helmut Blanke / Hans-Joachim Jaschke / Karl-Hinrich Mancke / Jordanus von Sachsen Brand* (Hg.), 50 Jahre Seelsorgevereinbarung im Bundesgrenzschutz und Bundespolizei. Religiöses Bekenntnis im neutralen Staat, 2015.

¹⁴⁵ Zum Grundsatz eingehend *May*, Verträge deutscher Bischöfe (o. Fn. 138), S. 436–441, sowie *Listl* (o. Fn. 2), Bd. 1, S. 7. – Die Vertragspraxis verfährt entsprechend: Zumeist erfolgt bereits im Vorspruch die Klarstellung „wird mit Zustimmung des Heiligen Stuhls folgender Vertrag geschlossen“ (so in den bei und in Fn. 139, 141 und 142 genannten Verträgen).

¹⁴⁶ Zuletzt: „Vertrag zwischen dem Freistaat Bayern und den bayerischen (Erz-)Diözesen, den (erz-)bischöflichen Stühlen und den Metropolitan-/Domkapiteln“ vom 5.11.2009 zur Änderung der Modalitäten der Leistungsverpflichtungen nach Art. 10 § 1 Buchst. e BayK; hierzu Notenwechsel zwischen der Apostolischen Nuntiatur und dem Ministerpräsidenten des Freistaats Bayern vom 29.11. und 10.12.2009. – Auf gleicher Linie liegen zwei Vereinbarungen des Landes Nordrhein-Westfalen mit dem Erzbistum Köln und dem Bistum Münster zur endgültigen Zuordnung von diversen Vermögensfonds (s. LT-Drs. 16/4604, jeweils abgeschlossen mit Zustimmung des Heiligen Stuhls).

¹⁴⁷ Umkehrt macht die Zustimmung des Heiligen Stuhls diesen nicht zur Vertragspartei eines Bistumsvertrags, noch letzteren zu einem völkerrechtlichen Vertrag; dazu *May*, Verträge deutscher Bischöfe (o. Fn. 138), S. 436 f.

¹⁴⁸ Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn derartige Erklärungen ohne Wissen des Heiligen Stuhls abgegeben worden sind – in diesem Fall liegt weder ein Zurechnungstatbestand vor noch wird ein Rechtsschein gesetzt; vgl. *May*, Verträge deutscher Bischöfe (o. Fn. 138), S. 441 ff.

¹⁴⁹ Oben III. 1.

Gesetzes. Allein die sächsische Verfassung formuliert eine – freilich zu den staatlichen Gesetzen komplementäre – genuine Pflicht zum Vertragsschluß,¹⁵⁰ die einige andere Landesverfassungen in Bezug auf konkrete Materien wie die Ablösung von Staatsleistungen¹⁵¹ und die theologischen Fakultäten¹⁵² gleichfalls vorsehen.

- 53 Das Bundesverfassungsgericht hat das grundsätzliche Nichtbestehen einer originären Pflicht zum Abschluß von Staatskirchenverträgen in die überaus entschiedene Wendung gefaßt, es stehe „völlig im Belieben des Staates, ob und mit welchen Kirchen er Verträge abschließen will“¹⁵³. Daran ist, mag man sich auch an der dezisionistisch inspirierten Diktion reiben, jedenfalls richtig, daß allgemeine staatsrechtliche Überlegung schwerlich auf eine Abschlußpflicht hin verdichtet werden können. Das gilt im Regelfall auch dann, wenn der Staat mit einem oder mehreren Partnern bereits Staatskirchenverträge abgeschlossen hat: Das staatskirchenrechtliche Prinzip der Parität¹⁵⁴ wird sich zugunsten eines Vertragsprätendenten nur im Ausnahmefall im Wege einer Ermessensreduzierung auf Null fruchtbar machen lassen¹⁵⁵. Denn der Staat verfolgt mit dem Vertragsschluß – legitimerweise – auch eigene Interessen, in diesem Rahmen kann er die Gemeinwohlrelevanz einer vertragswilligen Kirche oder Religionsgemeinschaft in seine Wertung einfließen lassen. Namentlich darf er dabei prüfen und wägen, ob sein potentieller Gegenüber ein dauerhaft vertragungsfähiger Partner ist. Ein Kriterium dafür wird sein, ob dieser für einen ins Gewicht fallenden Teil der Gesellschaft und insbesondere der betreffenden Glaubensgemeinschaft tatsächlich repräsentativ ist. Ebenso ist relevant, ob ein Vertragsprätendent die Bereitschaft erkennen läßt sowie die Gewähr dafür bietet, unter der Prämisse des freiheitlichen Verfassungsstaats bestimmte Belange des gemeinsamen Interesses in partnerschaftlicher Kooperation mit dem Staat zu regeln und sie dann auch praktisch zu realisieren. Ein staatskirchenrechtlicher Kontrahierungszwang kraft Parität kommt

¹⁵⁰ Art. 109 Abs. 2 S. 3 Verf. Sachsen: „Die Beziehungen des Landes zu den Kirchen und Religionsgemeinschaften *werden* im übrigen durch Vertrag *ge-regelt*.“ (Hervorhebung nur hier); gleichwohl dürften immanente Grenzen bestehen, s. Ehlers, Problemstellungen (o. Fn. 105), S. 309.

¹⁵¹ Art. 37 Abs. 2 Verf. Bbg.; Art. 21 Verf. NRW.

¹⁵² Art. 9 Abs. 3 Verf. MV; Art. 28 Abs. 3 S. 2 ThürVerf.

¹⁵³ BVerfGE 19, 1 (12).

¹⁵⁴ Im Überblick dazu Mückl, Grundlagen (o. Fn. 1), § 159, Rn. 73–79.

¹⁵⁵ Ehlers, Problemstellungen (o. Fn. 105), S. 309; großzügiger Hollerbach, Vertragsrechtliche Grundlagen (o. Fn. 55), S. 269.

von vornherein nur bei vergleichbaren Verhältnissen in Betracht,¹⁵⁶ nicht nur hinsichtlich des grundsätzlichen „Ob“, sondern auch hinsichtlich der Vertragsinhalte. Da der Grundsatz der Parität keine schematische Gleichbehandlung intendiert, sondern sachlich begründete Abstufungen zuläßt (wenn nicht sogar fordert), bedarf es einer jeweils auf die konkrete Gemeinschaft abgestimmten sachadäquaten Regelung. So sehr bestehende Verträge auch Anregung und Inspiration zu vermitteln vermögen, so wenig taugen sie als bloße „Blaupause“ für neue Vereinbarungen.¹⁵⁷

Die beträchtliche Flexibilität des Vertragsstaatskirchenrechts selbst kommt in den „Paritätsklauseln“ zum Ausdruck, die nicht wenige Verträge vorsehen: Die Konstellation, daß der staatliche Vertragspartner gegenüber einer anderen Religionsgemeinschaft vertraglich weitergehende „Rechte und Leistungen“ gewährt, löst jedenfalls die prozedurale Pflicht der gemeinsamen Prüfung über die Notwendigkeit einer Vertragsanpassung aus.¹⁵⁸

Eine weitere vertragsimmanente und -akzessorische Abschlußpflicht kann aus dem Begehren eines Vertragspartners nach Änderung oder Fortbildung eines bestehenden Vertrages resultieren.¹⁵⁹ Verliert eine Vertragsbestimmung durch eine Veränderung der tatsächlichen Umstände ihre *ratio*, wird sich der begünstigte Vertragspartner dem Ansinnen nach Anpassung nicht entgegensetzen können.¹⁶⁰ Soweit staatskirchenvertragliche Regelungen Fragen der innerkirchlichen Organisation in den Blick nehmen, stellen diese eine für die Realisierung des Vertrages notwendige, aktuelle Momentaufnahme dar. Sollte der kirchliche Vertragspartner hier eine Änderung wünschen, kann sich der Staat dem aus Verfassungsgründen (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV) nicht entziehen – die vertragliche Fixie-

¹⁵⁶ Ehlers, Problemstellungen (o. Fn. 105), S. 310; ebenso in der Sache *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 89), Rn. 353.

¹⁵⁷ Zu einem Berliner Kuriosum s. Hense, Staatsverträge mit Muslimen (o. Fn. 51), S. 136 ff.

¹⁵⁸ Statt aller Art. 28 EvKV BW – Interessanterweise enthalten auch Art. 15 Abs. 2 BremIslamV sowie Art. 15 Abs. 2 BremAlevV (o. Fn. 54), anders als die beiden Hamburger Verträge, eine Paritätsklausel. Bemerkenswert ist die Präzisierung des späteren Vertragsschlusses „mit einer anderen *vergleichbaren* Religionsgemeinschaft“ (Hervorhebung nur hier).

¹⁵⁹ Hollerbach, Vertragsrechtliche Grundlagen (o. Fn. 55), S. 268.

¹⁶⁰ Historisches Beispiel: Die Aufhebung der Philosophisch-Theologischen Hochschule Freising infolge der Verlegung des Priesterseminars der Erzdiözese München und Freising von Freising nach München, näher May, Verträge deutscher Bischöfe (o. Fn. 138), S. 419 f.

rung begründet insoweit kein materielles Zustimmungserfordernis des Staates.¹⁶¹

c) Organzuständigkeit

56 Auf staatlicher Seite liegt die Zuständigkeit zum Abschluß von Verträgen bei der Regierung. Wird ein Land tätig, ergibt sich dies aus der jeweiligen landesverfassungsrechtlichen Vorschrift über den Abschluß von Staatsverträgen.¹⁶² Im Fall des Vertragsschlusses durch den Bund mit dem Heiligen Stuhl agiert für ersteren die Bundesregierung, die Vertretungsvorschrift des Art. 59 Abs. 1 S. 2 GG findet – da der Heilige Stuhl ebenso wenig wie bei Art. 32 GG ein „auswärtiger Staat“ ist – keine Anwendung.

57 Bezieht sich der Vertragsinhalt auf Gegenstände, die nach Verfassungsrecht dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegen – handelt es sich also nicht um bloße Verwaltungsabkommen¹⁶³ –, bedarf es zusätzlich der Mitwirkung der gesetzgebenden Körperschaft in Form eines Gesetzes. Dieses Erfordernis resultiert bundesverfassungsrechtlich aus Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG, für die Landesverfassungen gelten entweder

¹⁶¹ Beispiel: Eine eventuelle Neuorganisation der diözesanen Zirkumskriptionen bedarf zwar der Vereinbarung zwischen Staat und Kirche. Das Abschlußermessen des Staates ist dabei indes auf Null reduziert, die in Art. 11 RK erwähnte „Zustimmung“ begründet keine staatliche Vetoposition. – Auf einem anderen Blatt steht, daß die mit einer organisatorischen Änderung verbundenen Fragen, soweit sie die staatliche Seite rechtlich betreffen (etwa: Staatsleistungen), unverändert eine beiderseitigen Vereinbarung bedürfen.

¹⁶² Durchweg ist dabei die Vertretungszuständigkeit des Ministerpräsidenten normiert (die Beschlußfassung erfolgt hingegen durch die Regierung als solche): Art. 50 Verf. Ba.-Wü; Art. 72 Abs. 2 BayVerf.; Art. 58 Abs. 1 S. 1 Verf. Berlin (Regierender Bürgermeister); Art. 91 Abs. 1 Verf. Bbg.; Art. 118 Abs. 1 Verf. Bremen (Präsident des Senats); Art. 43 Verf. Hmb. (Erster Bürgermeister); Art. 103 Abs. 1 HessVerf.; Art. 47 Abs. 1 Verf. MV; Art. 35 Abs. 1 NdsVerf.; Art. 101 Verf. RP; Art. 95 Abs. 1 Verf. Saarl.; Art. 65 Abs. 2 Verf. Sachsen; Art. 68 Abs. 3 Nr. 7, 69 Abs. 1 Verf. LSA; Art. 30 Abs. 1 Verf. SH; Art. 77 Abs. 1 ThürVerf.

¹⁶³ Zu ihnen *Wolfgang Rüfner*, Verwaltungsabkommen zwischen Staat und Kirche, in: Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebenzigsten Geburtstag, hg. von Rainer Grote/Ines Härtel/Karl-Eberhard Hain/Thorsten Ingo Schmidt/Thomas Schmitz/Gunnar Folke Schuppert/Christian Winterhoff, 2007, S. 1175.

die allgemeinen Bestimmungen über Staatsverträge¹⁶⁴ oder Spezialnormen hinsichtlich des Vertragsschlusses mit den Kirchen¹⁶⁵.

Wer seitens des kirchlichen Partners für den Vertragsschluß zuständig ist, bemißt sich nach dem jeweiligen (inner)kirchlichen Organisationsrecht. Das evangelische Kirchenrecht weist die Kompetenz durchweg den kirchenleitenden Organen zu, knüpft sie aber mitunter an die Zuständigkeit der Synode (wie dies auch verschiedene evangelische Kirchenverträge jüngeren Datums vorsehen¹⁶⁶). Die Vielfalt des landeskirchlichen Protestantismus erweist sich entsprechend in den beim Vertragsschluß auftretenden Organen: Nur vereinzelt ist dies ein sogleich bestimmbares Organ,¹⁶⁷ überwiegend wird auf die „kirchenordnungsmäßigen Vertreter“¹⁶⁸ oder aber auf die „Kirchenleitung, diese vertreten durch den Vorsitzenden“¹⁶⁹ verwiesen.¹⁷⁰ Eindeutig und sogleich ersichtlich sind die Zuständigkeiten nach dem Kanonischen Recht: Für den Heiligen Stuhl handelt der Papst, wiewohl er beim Vertragsschluß nicht (mehr¹⁷¹) in eigener Person in Erscheinung tritt, sondern sich durch den päpstlichen Gesandten („Apostolischer Nuntius“) im betreffenden Staat vertreten läßt.¹⁷² Allein die Ratifika-

58

¹⁶⁴ N. s. Fn. 162; außerdem Art. 50 Abs. 1 S. 4 Verf. Berlin; Art. 91 Abs. 2 Verf. Bbg; Art. 103 Abs. 2 HessVerf.; Art. 47 Abs. 2 Verf. MV; Art. 35 Abs. 2 NdsVerf.; Art. 95 Abs. 2 Verf. Saarl.; Art. 69 Abs. 2 Verf. LSA; Art. 30 Abs. 2 Verf. SH; Art. 77 Abs. 2 ThürVerf.

¹⁶⁵ So Art. 23 Abs. 2 Verf. NRW.

¹⁶⁶ Art. 28 Abs. 1 EvKV MV; Art. 23 EvKV Bremen; Art. 25 Abs. 2 EvKV Hmb.; Art. 31 EvKV BW.

¹⁶⁷ In den Fällen von BayKV und BadKV der „Präsident“, in einigen Verträgen der 1950er und 1960er Jahre die „Kirchenregierung“, zuletzt im EvKV BW der (jeweilige) Landesbischof.

¹⁶⁸ So EvKV Bremen, EvKV Hessen, NdsKV, EvKV LSA, EvKV Sachsen und EvKV Thür.; der EvKV Preußen nennt die „verfassungsmäßigen Vertreter“.

¹⁶⁹ So EvKV NRW 1957 sowie EvKV Berlin, ohne Bezug auf die Vertretung durch den Vorsitzenden: EvKV SH und EvKV RP.

¹⁷⁰ Analog ist die Praxis bei Verträgen mit den jüdischen Gemeinden sowie muslimischen Gemeinschaften: als Vertreter werden abstrakt der „Vorstand“, der „Präsident“ oder allein die „ordnungsgemäßen Vertreter“ aufgeführt.

¹⁷¹ Historisch firmierte der Papst explizit als Vertragspartei (Konkordat zwischen *Leo X.* und *Franz II.* von Frankreich 1516; Konkordat zwischen *Pius VII.* und *Napoleon* 1801, BayK 1817 [o. Fn. 10]), unter den fortgeltenden Konkordaten zuletzt im BayK 1924 (o. Fn. 7). Im KathKV Preußen, BadK, und RK sowie im NdsK wird er noch namentlich im Vorspruch zum Konkordat genannt.

¹⁷² Nach c. 365 § 1 n. 2 CIC ist dies eine dem Gesandten ausdrücklich zugewiesene Aufgabe.

tion eines Vertrags nimmt der Papst selbst vor.¹⁷³ Die Bistumsverträge fallen demgegenüber in die Kompetenz des Diözesanbischofs,¹⁷⁴ der bei Vereinbarungen oder Materien von minderer Bedeutung von seinem Generalvikar vertreten werden kann¹⁷⁵.

d) Vertragsinterpretation

59 Für die Interpretation der Staatskirchenverträge gilt – wie grundsätzlich im Vertragsrecht – als erste Maxime das Gebot, den wahren Willen der Parteien zu ermitteln. Speziell bei den Konkordaten, doch den Grundgedanken nach auch bei den übrigen Staatskirchenverträgen, sind die Grundsätze für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge zu berücksichtigen,¹⁷⁶ wie sie in Art. 31 ff. der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)¹⁷⁷ positiviert sind.¹⁷⁸ Doppelsprachige Verträge (wie die Konkordate) sind üblicherweise in ihrer jeweiligen Textfassung gleichermaßen authentisch (Art. 33 Abs. 1 WVK), so daß bei ihrer Auslegung jene Lesart gefunden werden muß, die mit beiden Versionen zu vereinbaren ist (Art. 33 Abs. 4 WVK).¹⁷⁹

60 Als Spezifikation des von den Vertragsparteien Gewollten hat das Bundesverfassungsgericht in einer frühen Entscheidung die Formel von der „Realisierung des Vertrages und *nur* des Vertrags“ entwickelt: Verträge seien so auszulegen, daß „die Vertragspartner einerseits das von ihnen gemeinsam angestrebte Ziel durch den Vertrag erreichen können, andererseits nicht über das gewollte Maß hinaus als gebun-

¹⁷³ Listl (o. Fn. 2), Bd. 1, S. 11 f. m. Fn. 13.

¹⁷⁴ c. 393 CIC.

¹⁷⁵ cc. 131, 134 CIC. – Zur Rechtspraxis May, Verträge deutscher Bischöfe (o. Fn. 138), S. 425.

¹⁷⁶ Im Überblick Wolff Heintschel von Heinegg, in: Ipsen, Völkerrecht (o. Fn. 130), § 12; aus dem älteren Schrifttum eingehend Rudolf Bernhard, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge insbesondere in der neueren Rechtsprechung internationaler Gerichte, 1963.

¹⁷⁷ „Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge“ vom 23. 5. 1969 (BGBl. 1985 II S. 926); für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 20. 8. 1987.

¹⁷⁸ Zur umstrittenen Frage, ob die WVK auch auf Konkordate anwendbar ist (da Art. 1 WVK „Verträge zwischen Staaten“ in den Blick nimmt), im Ergebnis bejahend Schier, Bestandskraft staatskirchenrechtlicher Verträge (o. Fn. 103), S. 72–75.

¹⁷⁹ Grundlegend Meinhard Hilf, Die Auslegung mehrsprachiger Verträge. Eine Untersuchung zum Völkerrecht und zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1973.

den angesehen werden dürfen“.¹⁸⁰ Im Verfassungsstaat des Grundgesetzes streitet zugunsten der handelnden Verfassungsorgane der *favor constitutionis*, die Vermutung also, daß ihr Wollen sich in den Bahnen des verfassungsrechtlich Zulässigen bewegt. So ergibt sich für die Interpretation von Verträgen der Grundsatz, daß unter mehreren möglichen Lesarten derjenigen der Vorzug zu geben ist, die mit der Verfassung im Einklang steht. Ebenso wenig wie der staatliche Vertragspartner eine (bundes- oder landes-)verfassungswidrige (Vertrags-)Bindung eingehen will,¹⁸¹ wird – mangels anderslautender Anhaltspunkte – der vertraglich gebundene staatliche Gesetzgeber eine vertragswidrige Gesetzgebung vornehmen wollen.¹⁸² Diese doppelte Rechtsvermutung vermag die Problematik der Bindungswirkung von Verträgen¹⁸³ wesentlich zu entschärfen, wie sie allgemein den das Vertragsrecht durchziehenden Grundsatz bestätigt, auftretende Zweifelsfragen im Wege der Auslegung zu beseitigen. Speziell im Vertragsstaatskirchenrecht sehen die Verträge selbst in Gestalt der Freundschaftsklauseln durchweg derartige Mechanismen der Konfliktbereinigung durch Interpretation vor.¹⁸⁴

e) Vertragsbeendigung

Das Vertragsstaatskirchenrecht ist – wie das Vertragsrecht im allgemeinen – vom Grundsatz der Vertragserfüllung geprägt: *Pacta sunt*

61

¹⁸⁰ BVerfGE 4, 157 (168), in Anlehnung an das völkerrechtliche Prinzip der Effektivität der Verträge.

¹⁸¹ BVerfGE 4, 157 (168); 36, 1 (14).

¹⁸² So die st. Rspr. des BVerfG: BVerfGE 74, 358 (370); 75, 1 (21 ff.); 98, 169 (206); 111, 307 (318, 329). – Das Prinzip als solches hat bereits ein Klassiker des Staats- und Völkerrechts formuliert, s. *Heinrich Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 398 f.: „Vor allem aber rechtfertigt unser Grundsatz eine einschränkende Auslegung solcher Staatsgesetze, deren Wortlaut auf einen völkerrechtswidrigen Inhalt schließen lassen könnte. Denn nach einem richtigen und durchaus gesunden Prinzip ist die Annahme, es wolle sich der Gesetzgeber mit der Satzung seiner völkerrechtlichen Pflichten entschlagen, er wolle völkerrechtlich gebotenes Landesrecht beseitigen, er wolle namentlich über bestehende Staatsverträge hinwegschreiten, so lange von der Hand zu weisen, als nicht der Sinn des Gesetzes gebieterisch solche Auffassung verlangt.“

¹⁸³ Oben IV. 2.

¹⁸⁴ Zuletzt Art. 22 des KathKV SH (o. Fn. 35); ebenso die in Fn. 54 genannten Verträge mit muslimischen Gemeinschaften.

servanda.¹⁸⁵ Indes kann die vertragliche Bindung erlöschen, sofern einer der anerkannten Erlöschenstatbestände gegeben ist:

- 62 – Die Vertragspartner können sich jederzeit einvernehmlich über die Beendigung eines Vertrages verständigen (vgl. Art. 54 Buchst. b WVK), sei es in Form der gänzlichen Aufhebung einer vertraglichen Beziehung, sei es – für die Praxis relevanter – in Gestalt der vertraglichen Novation, also der (gänzlichen oder teilweisen) Ersetzung einer älteren durch eine neuere vertragliche Regelung (vgl. Art. 59 WVK).¹⁸⁶
- 63 – Daß hinsichtlich eines „kodifikatorischen“ Staatskirchenvertrags (nachträglich und unverschuldet) Unmöglichkeit der Vertragserfüllung (vgl. Art. 61 WVK) eintreten könnte, erscheint kaum vorstellbar. Anders kann es sich u.U. bei Vereinbarungen über Spezialmaterien verhalten.
- 64 – Eine Vertragsbeendigung nach Maßgabe der vertraglichen Bestimmungen (vgl. Art. 54 Buchst. a, Art. 56 WVK) scheidet bei Staatskirchenverträgen normalerweise aus. Üblicherweise werden sie unbefristet und ohne Rücktritts- oder Kündigungsklauseln abgeschlossen.¹⁸⁷ Da jedenfalls die „kodifikatorischen“ Verträge erklärtermaßen¹⁸⁸ zur dauerhaften Regelung des beiderseitigen Verhältnisses abgeschlossen werden, läßt sich auch „aus der Natur des Vertrags“ (vgl. Art. 56 Abs. 1 Buchst. b WVK) kein Rücktritts- oder Kündigungsrecht herleiten. Ist damit ein ordentliches Kündi-

¹⁸⁵ Eingehend zur Relevanz des – nunmehr in Art. 26 WVK positivierten – Grundsatzes im Konkordatsrecht: *Giovanni Lajolo*, I concordati moderni. La natura giuridica internazionale dei concordati alla luce di recente prassi diplomatica, 1968, S. 3–23.

¹⁸⁶ So geschehen durch den EvKV BW, der in Bezug auf die badischen und preußischen Landesteile die (gem. Art. 8 Verf. BW fortgeltenden) Bestimmungen des BadKV und des EvKV Preußen „rechtsfortbildend ersetzt“, s.o. Fn. 37–38 sowie unten Fn. 202. – Außerdeutsches Beispiel: Die Novation des Spanischen Konkordates von 1953 durch fünf Einzelverträge von 1976 und 1979, dazu *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 5), S. 318–321.

¹⁸⁷ Ablehnend zur Unkündbarkeit von Konkordaten aus Gründen der staatlichen Souveränität *Otto von Sarwey*, Ueber die rechtliche Natur der Concordate, in: Zeitschrift für Kirchenrecht 2 (1862), S. 437 (459); ähnlich heute *Czermak*, Rechtsnatur und Legitimation (o. Fn. 71), S. 80 sowie *Renck*, Rechtsstellungsgesetze (o. Fn. 83), S. 88.

¹⁸⁸ S. die Präambeln von BayK, KathKV Preußen, BadK und NdsK sowie der Verträge des Heiligen Stuhls mit Thüringen, Sachsen-Anhalt und Brandenburg; ebenso die Präambeln des EvKV Preußen (dessen Fortgeltung im NdsKV und EvKV SH ausdrücklich festgeschrieben ist), EvKV LSA, EvKV Thür., EvKV Hmb., EvKV Berlin und EvKV BW.

gungsrecht ausgeschlossen, kommt unter zwei Aspekten gleichwohl ein außerordentliches Kündigungsrecht in Betracht:

- Die erhebliche Vertragsverletzung durch eine Partei berechtigt die vertragstreue Partei zur Beendigung und Suspendierung des Vertrags (vgl. Art. 61 WVK). Praktische Bedeutung hat auch dieser Erlöschungstatbestand nicht erlangt; Fälle einer schwerwiegenden Vertragsverletzung seitens des kirchlichen Partners sind nicht bekannt, und letzterer wird im Falle auch von massiven Vertragsverletzungen durch die staatliche Seite *ad maiora mala vitanda* einen nicht respektierten Vertrag einem gänzlich vertragslosen Zustand vorziehen.¹⁸⁹

65

- In extremis kann sich bei einem Staatskirchenvertrag das Recht zur außerordentlichen Kündigung aus den Kautelen der *clausula rebus sic stantibus* ergeben. Dieser allgemeine vertragsrechtliche Grundsatz, nunmehr auch in Art. 62 WVK kodifiziert und nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ungeschriebener Rechtsgrundsatz des deutschen Verfassungsrechts¹⁹⁰, modifiziert aus Billigkeitsgründen das Prinzip *pacta sunt servanda*¹⁹¹: Der Tatbestand setzt voraus, daß sich die beim Vertragsschluß gegebenen Verhältnisse in grundlegender und in einer von den Parteien nicht vorhergesehenen Weise geändert haben, so daß für eine von ihnen die unveränderte Vertragserfüllung nicht mehr zumutbar ist. Rechtsfolge der *clausula* ist indes primär die Anpassung des Vertrags an die geänderten Verhältnisse, allein als *ultima ratio* dessen Beendigung.¹⁹² An dieser Stelle kommen wiederum die vertraglich verankerten Freundschafts- und Revisionsklauseln zum Tragen, die sich unter der Geltung des gegenwärtigen Vertragsstaatskirchenrechts bewährt haben. Sie ermöglichen die feine Nachjustierung von Verträgen auch dort, wo der Anwendungsbereich der *clausula* schwerlich eröffnet wäre.¹⁹³ So sehr die Frage nach dem „*Quis*

66

¹⁸⁹ Zur Praxis der römischen Kurie gegenüber den Verletzungen des RK eingehend *Lajolo*, I concordati moderni (o. Fn. 185), S. 393–417.

¹⁹⁰ BVerfGE 34, 216 (231); 42, 345 (358); einfachgesetzliche Positivierung etwa in § 60 VwVfG.

¹⁹¹ Näher *Emilio Silvestrini*, Il principio „pacta sunt servanda“ e la regola „rebus sic stantibus“, in: *Apollinaris* 55 (1982), S. 19–54; ferner *Lajolo*, I concordati moderni (o. Fn. 185), S. 108–132; eingehend *Ralf Köbler*, Die „clausula rebus sic stantibus“ als allgemeiner Rechtsgrundsatz, 1991.

¹⁹² Zu alledem aus der Rspr. des BVerfG: BVerfGE 34, 216 (232 f.); 42, 345 (362).

¹⁹³ Ein Scheitern der *amicabilis compositio* nach jenen Klauseln berechtigt nicht in jedem Fall zur Vertragskündigung (so aber wohl *Ehlers*, Pro-

iudicabit“ die Schwierigkeit der Effektuierung bezeichnet,¹⁹⁴ dürfte doch außer Streit stehen, daß allgemeine politische Umstände wie geänderte Mehrheitsverhältnisse oder eine angespannte öffentliche Finanzlage nicht hinreichen.¹⁹⁵ So liegen denn auch praktische Beispiele für ihr Wirksamwerden in Bezug auf den deutschen Sprachraum lange zurück: Die Kündigung des österreichischen Konkordats von 1855 nach dem Unfehlbarkeitsdogma des Ersten Vatikanischen Konzils 1870¹⁹⁶ sowie die verfassungsmäßigen Umwälzungen in den deutschen Ländern nach 1918.¹⁹⁷

67 Demgegenüber begründen Änderungen in der Rechtspersönlichkeit eines der Vertragspartner im Regelfall weder einen Erlöschenstatbestand noch einen Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus*.¹⁹⁸ Die Frage der Nachfolge in Staatskirchenverträge richtet sich mangels völkerrechtlicher Lösungsansätze¹⁹⁹ nach Staatsrecht

blemstellungen [o. Fn. 105], S. 316, Fn. 148), sondern allein dann, wenn materiell die Kautelen der *clausula* gegeben sind.

¹⁹⁴ Richtig *Lajolo*, I concordati moderni (o. Fn. 185), S. 121.

¹⁹⁵ Näher *Schier*, Bestandskraft staatskirchenrechtlicher Verträge (o. Fn. 103), S. 99–103. – Wann jemals wäre die öffentliche Finanzlage nicht angespannt?

¹⁹⁶ Nach Auffassung der österreichischen Regierung hatte das Unfehlbarkeitsdogma den Charakter der katholischen Kirche derart verändert, daß der ursprünglich kirchliche Vertragspartner von 1855 nicht mehr mit demjenigen nach 1870 identisch sei; s. *Erika Weinzierl-Fischer*, Die österreichischen Konkordate von 1855 und 1933, 1960, S. 115 f.

¹⁹⁷ Mit dem Ende der Monarchien hatten die im 19. Jahrhundert vereinbarten, den Monarchen zuerkannten Rechte der Präsentation von zu ernennenden Bischöfen bzw. dem Recht, „minder genehme“ Kandidaten von der Ernennung auszuschließen, ihre *ratio essendi* verloren. In diesem Sinne äußerte sich Papst *Benedikt XV.* in seiner Ansprache vom 21. 11. 1921: „Item Civitates nonnullas vidimus ex hac tanta conversione rerum funditus novatas extitisse, adeo ut quae nunc est, non illa possit haberi moralis, ut aiunt persona quacum Apostolica Sedes olim convenerat. Ex quo illud natura consequitur, ut etiam pacta et conventa quae inter Apostolicam Sedem et eas Civitates antehac intercesserant, vim iam suam omnem amiserint.“, abgedruckt in: AAS 13 (1921), S. 521–522; nähere Würdigung dazu bei *Lajolo*, I concordati moderni (o. Fn. 185), S. 225–231. – In den folgenden Jahren diente die Argumentation mit der *clausula* der vatikanischen Diplomatie, im Ergebnis erfolgreich, als *Movens* zum Abschluß neuer Konkordate, s. *Lajolo*, a. a. O., S. 258–260 und 269–271.

¹⁹⁸ Eingehend *Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche (o. Fn. 1), S. 281–290; *ders.*, Vertragsrechtliche Grundlagen (o. Fn. 55), S. 282 f.; *Schier*, Bestandskraft staatskirchenrechtlicher Verträge (o. Fn. 103), S. 82–85, 104–109; s. zum Grundproblem allgemein *Johannes Dietlein*, Nachfolge im öffentlichen Recht, 1999.

¹⁹⁹ Die WVK spart die Frage der Nachfolge in völkerrechtliche Verträge gerade aus (Art. 73). Das stattdessen einschlägige „Wiener Übereinkommen

sowie allgemeinen Grundsätzen. Mit diesem Instrumentarium lassen sich die relevanten Konstellationen unschwer lösen:

- Bei Änderungen in der Rechtspersönlichkeit des *staatlichen* Vertragspartners, seien es territoriale Verschiebungen zwischen den Ländern oder gar der Fall einer Länderneugliederung gemäß Art. 29 GG, tritt das *neue* Land als Rechtsnachfolger in den bestehenden Vertrag im Umfang seiner bisherigen Geltung ein.²⁰⁰ Die daraus erwachsende Konsequenz einer möglichen „Vertragsspaltung“ auf dem Gebiet des neuen Landes²⁰¹ ist dabei hinzunehmen, sie läßt sich aber – zumal dann, wenn in Teilen des Landesgebiets bereits Staatskirchenverträge bestanden – dadurch lösen, im Wege der allseitigen Verständigung eine „Vertragskonsolidierung“ herbeizuführen.²⁰² Nicht zuletzt kann ein derartiger äußerer Umstand, wie bei den „wiedervereinigungsbedingten“ Staatskirchenverträgen geschehen,²⁰³ den Anstoß für eine Fortentwicklung des bestehenden Vertragsstaatskirchenrechts bieten.

68
- Die Problematik der Änderung der Rechtspersönlichkeit des *kirchlichen* Vertragspartners stellt sich allein bei solchen Staatskirchenverträgen mit Rechtssubjekten des innerstaatlichen Rechtskreises.²⁰⁴ Wenig problematisch ist dabei die Konstellation, daß die Änderung innerhalb des bisherigen „Vertragsraums“ erfolgt: der Vertrag gilt mit der oder den neuen kirchlichen Rechtsperson(en) (Diözese oder Landeskirche) als Rechtsnachfolger des oder der

69

über die Staatennachfolge in Verträge“ vom 23.8.1978 hat die Bundesrepublik Deutschland nicht gezeichnet (wohl aber der Heilige Stuhl).

²⁰⁰ *Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche (o. Fn. 1), S. 288; *ders.*, Vertragsrechtliche Grundlagen (o. Fn. 55), S. 283; *Schier*, Bestandskraft staatskirchenrechtlicher Verträge (o. Fn. 103), S. 84; *Rüfner*, Geltung des Reichskonkordats (o. Fn. 25), S. 345, 347.

²⁰¹ Ausdrücklich vorgesehen in Art. 23 Abs. 1 Verf. NRW.

²⁰² Der Sache nach erfolgte dies im EvKV BW (s. o. Fn. 37–38, 186). – Die Problematik stellt sich hingegen nicht bei Verträgen der Länder mit dem Heiligen Stuhl, da dann die subsidiäre Geltung des RK zur Geltung kommt.

²⁰³ Oben I. 3.

²⁰⁴ Bei Verträgen mit dem Heiligen Stuhl ist und bleibt dieser Vertragspartner, auch wenn sich innerkirchliche Organisationsformen mit innerstaatlicher Radizierung – wie die diözesane Zirkumskription – ändern sollten: Die Diözesen sind nicht Parteien, sondern Drittbegünstigte eines Vertrags zwischen dem Heiligem Stuhl und einem Land. Insoweit bestimmte Vertragsinhalte eine konkrete innerstaatliche kirchliche Rechtsperson betreffen, ist bei der Änderung ihrer Rechtspersönlichkeit eine Vertragsanpassung der entsprechenden Bestimmungen vorzunehmen (in praxi zumeist relevant: Staatsleistungen und Baulasten).

bisherigen kirchlichen Vertragspartner(s) fort.²⁰⁵ Komplexer ist die Situation, wenn durch die neue(n) kirchliche(n) Rechtsperson(en) der Bereich des bisherigen „Vertragsraums“ überschritten wird. Einen praktischen Anwendungsfall dafür bildeten in den vergangenen Jahren die Prozesse der Zusammenschlüsse mehrerer evangelischer Landeskirchen zu größeren, sich über verschiedene Länder und damit bestehende Staatskirchenverträge erstreckenden Einheiten.²⁰⁶ Größere Schwierigkeiten sind dabei nicht aufgetreten, wozu auch der Umstand langer und bewährter Vertragsbindungen mit evangelischen Landeskirchen im allgemeinen vertrauensbildend beigetragen haben mag.²⁰⁷

f) Gerichtliche Durchsetzbarkeit vertraglicher Bindungen

70 Die in Staatskirchenverträgen verankerten Rechte und Pflichten sind im Prinzip nach den allgemeinen Grundsätzen notfalls auch gerichtlich durchsetzbar.²⁰⁸ Die üblichen Freundschaftsklauseln intendieren eine einvernehmliche Lösung auftretender Meinungsverschiedenheiten bei der Auslegung und Anwendung von Verträgen, beinhalten aber keinen Rechtsschutzverzicht.²⁰⁹ Anderes kann sich allerdings aus den bereichsspezifischen Schiedsgerichtsklauseln in manchen älteren Verträgen²¹⁰ ergeben.

²⁰⁵ *Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche (o. Fn. 1), S. 289; *ders.*, Vertragsrechtliche Grundlagen (o. Fn. 55), S. 282 f.; *Schier*, Bestandskraft staatskirchenrechtlicher Verträge (o. Fn. 103), S. 106.

²⁰⁶ Eingehend *Claus Dieter Classen*, Rechtsnachfolge in Kirchenverträge, in: ZevKR 53 (2008), S. 421–439; *Michael Germann / Mario Hunger*, Die Kontinuität der Staatskirchenverträge nach einer Vereinigung evangelischer Landeskirchen, in: DVBl. 2007, S. 1532–1539; im Überblick *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 89), Rn. 374 f.

²⁰⁷ Differenzierend *Schier*, Bestandskraft staatskirchenrechtlicher Verträge (o. Fn. 103), S. 107 f.; auch zur Frage, wie pro futuro Änderungen in der Rechtspersönlichkeit von (nicht dachverbandszugehörigen) jüdischen oder muslimischen Gemeinschaften vertragsrechtlich zu verarbeiten sein könnten.

²⁰⁸ Eingehend *Anke*, Neubestimmung des Staat-Kirche-Verhältnisses (o. Fn. 26), S. 192 ff.; *Karl-Hermann Kästner*, Staatliche Justizhoheit und religiöse Freiheit, 1991, S. 155 ff.; zusammenfassend *ders.*, in: BK (o. Fn. 72), Art. 140, Rn. 101–104.

²⁰⁹ *Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche (o. Fn. 1), S. 254; *Kästner*, Staatliche Justizhoheit (o. Fn. 208), S. 159.

²¹⁰ Art. 12 Abs. 2 S. 2, Art. 14 Abs. 4 S. 2 EvKV SH; Art. 4 Abs. 3 S. 2 EvKV RP; weitere N. bei *Hollerbach*, ebd., S. 19 m. Fn. 4 sowie S. 52 f. (Nr. 3).

Hinsichtlich der vom Heiligen Stuhl abgeschlossenen Verträge kommt der grundsätzlich mögliche Rechtsschutz nach den Regeln des Völkerrechts nicht in Betracht, da der Heilige Stuhl nicht Vertragspartei des Statuts des Internationalen Gerichtshofs ist.²¹¹ Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß kirchliche Rechtspersonen mit innerstaatlicher Radizierung Rechtspositionen aus diesen Verträgen einklagen, wenn und soweit sie aus ihnen Drittberechtigte sind.²¹² Soweit, wie bei den Bistumsverträgen, diese Rechtspersonen selbst Vertragspartner sind, ist die grundsätzliche Durchsetzbarkeit vertraglich gesicherter Rechtspositionen vor den staatlichen Gerichten ebenso gegeben wie im Fall der Verträge mit evangelischen, jüdischen, muslimischen und sonstigen Vertragspartnern.

Wird eine Beeinträchtigung oder Verletzung vertraglich gesicherter Rechtspositionen durch Maßnahmen der Exekutive geltend gemacht, stehen die einschlägigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfe zur Verfügung.²¹³ Mangels einer sog. „doppelten Verfassungsunmittelbarkeit“ handelt es sich bei Materien des Vertragsstaatskirchenrechts regelmäßig nicht um eine „verfassungsrechtliche Streitigkeit“ i. S. d. Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO, welche die Zuständigkeit der allgemeinen Verwaltungsgerichte ausschließen würde.²¹⁴ Selbstredend muß eine konkrete Rechtsposition geltend gemacht werden, welche eine subjektive Rechtsposition des Klägers (bzw., im Falle der Normenkontrollklage nach § 47 VwGO, des Antragstellers) begründen könnte (§ 42 Abs. 2, § 47 Abs. 2 VwGO).

Sollte hingegen die Beeinträchtigung oder Verletzung einer vertraglich gesicherten Rechtsposition durch den (förmlichen) Gesetzgeber in Rede stehen, kommt als einziger (außerordentlicher) Rechtsbehelf die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG in Betracht. Ihn können auch die in öffentlich-rechtlicher Organisationsform verfaßten Kirchen und Religionsgemeinschaften in Anspruch

²¹¹ S. Art. 93 Abs. 2 der UN-Charta (da diese Bestimmung, ebenso wie Art. 34 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs im Hinblick auf die Parteifähigkeit, explizit auf „Staaten“ abstellt, erscheint zweifelhaft, ob der Heilige Stuhl überhaupt Vertragspartei sein könnte).

²¹² Zutreffend *Kästner*, in: BK (o. Fn. 72), Art. 140, Rn. 102; s. bereits den prozessualen Ansatz bei *Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche (o. Fn. 1), S. 262 (Diözesen als „Sachwalter des Heiligen Stuhls“).

²¹³ Näher *Kästner*, in: BK (o. Fn. 72), Art. 140, Rn. 103; resümierend *Schier*, Bestandskraft staatskirchenrechtlicher Verträge (o. Fn. 103), S. 94.

²¹⁴ So aber wohl *Ehlers*, Problemstellungen (o. Fn. 105), S. 307; s. demgegenüber aus der Praxis nur die in Fn. 114 nachgewiesene Rspr.

nehmen.²¹⁵ Die Beschwerdebefugnis kann sich allein aus der möglichen Verletzung eines Grundrechts oder eines der in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG enumerativ genannten grundrechtsgleichen Rechte ergeben, nicht hingegen aus einer Vertragsbestimmung *als solcher*²¹⁶ sowie aus den subjektive Rechte enthaltenden Gewährleistungen des Art. 140 GG. Allerdings erlangen letztere nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in der Begründetheitsprüfung Bedeutung: Das Bundesverfassungsgericht verwendet als Prüfungsmaßstab einer einmal sub specie Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zulässigen Verfassungsbeschwerde in der Begründetheitsstation auch sonstige Verfassungsnormen, unter ihnen diejenigen des Art. 140 GG.²¹⁷ Nach diesen Grundsätzen unterliegen vertragswidrige Gesetze dann der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Verfassungsbeschwerde, wenn und soweit sich die in Frage stehende Vertragsbestimmung als Konkretisierung des Grundrechts der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) oder eines sonstigen Grundrechts erweist.²¹⁸ Dies kann entweder unmittelbar der Fall sein bzw. aber über eine Gewährleistung des Art. 140 GG, welche ihrerseits das Grundrecht der Religionsfreiheit konkretisiert.²¹⁹

g) Vertragsstaatskirchenrecht und Recht der Europäischen Union

- 74** Wenn auch das Recht der Europäischen Union gewisse, indes beschränkte, Ingerenzen auf das Staatskirchenrecht im allgemeinen zu entfalten vermag,²²⁰ erwachsen für das Vertragsstaatskirchenrecht kaum Kollisionsfälle. Im Prinzip erfaßt der Anwendungsvorrang des Unionsrechts gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten auch das vertraglich vereinbarte Recht. Speziell für die völkerrechtlichen Verträge der Mitgliedstaaten enthält Art. 351 AEUV eine gesonderte

²¹⁵ Statt aller *Stefan Mückl*, in: BK (o. Fn. 72), Art. 4 (Viertbearbeitung, August 2008), Rn. 66 f.

²¹⁶ Richtig *Ehlers*, Problemstellungen (o. Fn. 105), S. 307.

²¹⁷ BVerfGE 42, 312 (326); 46, 73 (85); 53, 366 (391); 57, 220 (241); 70, 138 (162) – alle zu Art. 137 Abs. 3 WRV; 99, 100 (119) – zu Art. 138 Abs. 2 WRV; 102, 370 (384) – zu Art. 137 Abs. 5 WRV; 125, 39 (77) – zu Art. 139 WRV.

²¹⁸ *Schier*, Bestandskraft staatskirchenrechtlicher Verträge (o. Fn. 103), S. 151; *Ehlers*, Problemstellungen (o. Fn. 105), S. 307.

²¹⁹ So wohl *Anke*, Neubestimmung des Staat-Kirche-Verhältnisses (o. Fn. 26), S. 201 ff., in Bezug auf Art. 137 Abs. 3 WRV.

²²⁰ Ausführlich *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 5), S. 409–552.

Regelung, nach der die Rechte und Pflichten aus „Altverträgen“ (solchen, die vor 1958 abgeschlossen wurden) unberührt bleiben (Abs. 1), im Falle des Widerspruchs eines Vertragsinhalts gegenüber dem Unionsrecht der betreffende Mitgliedstaat zur Behebung der Unvereinbarkeit gehalten ist (Abs. 2). Diese Bestimmung betrifft auch die mit dem Heiligen Stuhl abgeschlossenen Verträge, für den Fall des aktuell geltenden deutschen Vertragsstaatskirchenrechts konkret die in der Weimarer Zeit abgeschlossenen Konkordate. Da jedoch in der Sache für die Materien der typischen Vertragsinhalte keine Unionskompetenz besteht, stellt sich die Frage der in Abs. 2 statuierten Behebungspflicht für die Praxis nicht.²²¹ Bei dieser ist generell zu beachten, daß die genannten „geeigneten Mittel“ ihrerseits völkerrechtskonform sein müssen, so daß wiederum das im Kontext der innerstaatlichen Kollision genannte Instrumentarium zur Anwendung gelangen würde, namentlich (nun: unionsrechtskonforme) Auslegung sowie Vertragsanpassung. Schließlich verpflichtet Art. 351 Abs. 2 AEUV nicht einseitig die Mitgliedstaaten, sondern auch die Union selbst: Diese ist kraft eines der Norm immanenten Loyalitätsgebots ihrerseits gehalten, einem Mitgliedstaat die Erfüllung seiner früher geschlossenen Verträge nicht unmöglich zu machen.²²²

²²¹ Der einzige bislang im deutschen Schrifttum (s. *Gerhard Robbers*, Europarecht und Kirchen [§ 9], in: HSKR², Bd. I, S. 315 [328 f.]) benannte Kollisionsfall – die in jenen älteren Konkordaten enthaltenen Staatsangehörigkeitsklauseln bei bestimmten Positionen von Klerikern – stellt bei näherer Untersuchung gerade keinen Kollisionsfall dar, näher *Mückel*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 5), S. 508, Fn. 159.

²²² EuGH, in: Slg. 1980, S. 2787, Tz. 9 – *Burgoa*.

§ 11

Europarecht und Staatskirchenrecht

Von Claus Dieter Classen

I. Einführung	1–6
1. Zur Heterogenität der religionsrechtlichen Regelungen in den Staaten Europas	1–2
2. Europarecht	3–5
3. Religionsrecht und Europarecht als Querschnittsmaterien	6
II. Zur EMRK	7–20
1. Grundlagen des Schutzes der Religionsfreiheit	7–14
a) Religion als Schutzgut der EMRK	7–8
b) Schutz vor Beschränkungen und ihre Rechtfertigung	9–10
c) Zur Auslegung der EMRK	11
d) Adressaten der Verpflichtungen	12
e) Die Bedeutung der EMRK und der Urteile des EGMR im deutschen Recht	13–14
2. Die Religionsfreiheit als individuelle Freiheit	15–17
3. Korporative Religionsfreiheit	18–20
III. Unionsrecht	21–30
1. Verwirklichung des Unionsrechts	22–23
2. Schutz der Religionsfreiheit	24
3. Schutz vor Diskriminierungen aus Gründen der Religion	25–26
4. Status der Kirchen nach nationalem Recht und Dialog mit der EU	27–30
IV. Konkretisierungen	31–46
1. Datenschutz	32–33
2. Lebensführung	34–35
3. Bildung	36–37
4. Strafhaft	38

5. Arbeitsrecht	39–43
a) Allgemeines Arbeitsrecht	39
b) Religionsgemeinschaftliches Arbeitsrecht	40–43
6. Rechtsschutz	44–46
V. Ausblick	47

I. Einführung

1. Zur Heterogenität der religionsrechtlichen Regelungen in den Staaten Europas

- 1 Das Verhältnis von Staat und Religion ist in den verschiedenen Staaten Europas unterschiedlich ausgestaltet. So gibt es Staaten mit strikter Trennung wie etwa in Frankreich, mit einem staatskirchenrechtlichen System wie etwa in England sowie mit der nicht zuletzt aus Deutschland bekannten Kooperation zwischen Religionsgemeinschaften und Staat. Tatsächlich aber sind diese Prinzipien nur begrenzt aussagekräftig für die Einzelheiten des jeweiligen Religionsrechts. So bedarf die religiöse Entfaltung auch in laizistischen Staaten eines gewissen Mindestmaßes rechtlicher Reglementierung¹. In Staaten mit einer Staatskirche muss die Religionsfreiheit auch für Angehörige anderer Religionen und Atheisten gewährleistet sein.²
- 2 Außerdem ist für die konkrete Ausgestaltung des Religionsrechts auch die gesellschaftliche Bedeutung von Religionsgemeinschaften wichtig. So kennt Irland formal ein Trennungssystem, doch ist die katholische Kirche dort überaus stark, und selbst die Verfassung weist einen bemerkenswerten religiösen Bezug auf³. In vielen europä-

¹ In Frankreich etwa untersagt das Gebot der Laizität zwar die Anerkennung von Religionsgemeinschaften (Verfassungsrat, Entscheidung 2012-297 QPC, Rn. 5). Mit Blick auf das auch dort zulässige Schächten gibt es trotzdem ein Verfahren zur Anerkennung entsprechender religiöser Stellen (Art. R 214-75 Code rural; zur früheren, sachlichen identischen Rechtslage *Volker Wick*, Die Trennung von Staat und Kirche, 2007, S. 171 ff.).

² In Schweden wurde etwa nach dem Beitritt zur EMRK die bis dahin bestehende Regelung aufgehoben, dass ein Austritt aus der (damals noch bestehenden) evangelischen Staatskirche den Übertritt zu einer anderen Religionsgemeinschaft voraussetzt. Siehe dazu *Jochen Abr. Frowein / Wolfgang Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2009, Art. 9, Rn. 14.

³ Siehe Art. 6 der Verfassung: „Alle Regierungsgewalt [...] geht nächst Gott vom Volke aus [...]“. Einen umfassenden Überblick zur Religionsfreiheit in den Staaten der EU gibt *Norman Doe*, Law and Religion in Europe, 2011.

ischen Staaten sind religionsrechtliche Fragen zudem eng mit gesellschaftlichen Grundverständnissen verbunden. Staatliche oder gar europäische Interventionen treffen daher auf einen durchaus sensiblen Bereich.

2. Europarecht

Der Begriff „Europarecht“ meint vorliegend sowohl das Recht des Europarates, insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) vom 4. 10. 1950 einschließlich der zahlreichen, diese teils ändernden, teils ergänzenden Zusatzprotokolle, als auch das der Europäischen Union. Formal ist zwischen beiden strikt zu trennen. Der vorgesehene Beitritt der EU zur EMRK (siehe Art. 6 Abs. 2 EUV) wird nach dem negativen Gutachten des EuGH zum Entwurf eines Beitrittsprotokolls⁴ wohl auf längere Sicht nicht realisiert werden. Auch der Anwendungsbereich ist unterschiedlich: Das Unionsrecht bindet nur die 27 Mitgliedsstaaten der EU, die EMRK alle 47 Mitglieder des Europarates.

Sachlich aber besteht eine nicht unerhebliche Verbindung. Bei der richterrechtlichen Entwicklung des Grundrechtsschutzes der Europäischen Union aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen kam der EMRK eine grundlegende Bedeutung zu (siehe heute Art. 6 Abs. 3 EUV). Zudem ist die seit 2009 primär maßgebliche Europäische Grundrechtecharta (EU-GRC) in wichtigen Punkten, nicht zuletzt bei der Religionsfreiheit (Art. 10 EU-GRC), der EMRK nachgebildet.⁵ Daher darf das von der EU-GRC gewährleistete effektive Schutzniveau nicht unter das Niveau der EMRK absinken (Art. 52 Abs. 3 EU-GRC). Dementsprechend orientiert sich der EuGH bis heute in seiner Judikatur stark an der des EGMR.⁶

Umgekehrt zieht der EGMR bei der Auslegung der EMRK andere völkerrechtliche Verträge und dabei auch das Recht der Europäischen

⁴ EuGH, Gutachten 2/13 v. 18. 12. 2014.

⁵ Dazu die (amtlichen) „Erläuterungen zur Charta der Grundrechte“, konkret zu Art. 10 EU-GRC.

⁶ Beispielhaft aus jüngerer Zeit EuGH, U. v. 16. 7. 2015 – Rs. C-237/15 PPU (Lanigan), Rn. 57; U. v. 8. 9. 2015 – Rs. C-105/14 (Taricco u. a.), Rn. 57. Allgemein dazu etwa *Thomas Oppermann / Claus Dieter Classen / Martin Nettesheim*, Europarecht, 8. Aufl. 2018, § 17, Rn. 38.

Union heran.⁷ Dass die EMRK nur einen Mindeststandard, die EU-GRC demgegenüber ein Vollregime gewährleistet,⁸ spielt daher trotz theoretischer Richtigkeit in der Praxis kaum eine Rolle. Für die nachfolgende Darstellung ergibt sich aus der inhaltlichen Parallelität, dass Einzelfragen integriert erörtert werden.

3. Religionsrecht und Europarecht als Querschnittsmaterien

- 6 Die Berührungspunkte zwischen Kirchen bzw. Religionsgemeinschaften und Europarecht sind vielfältig, denn sowohl das Religionsrecht als auch das Europarecht weisen Querschnittscharakter auf. So ist infolge des Wandels der europäischen Integration von der ursprünglichen Wirtschafts- zur heutigen politischen Union kaum ein Lebensbereich völlig dem Zugriff von deren Recht entzogen. Und Grundrechtsgarantien wie die Religionsfreiheit der EMRK sind auf umfassende Geltung angelegt. Umgekehrt stellt Religion einen Anspruch an die gesamte Lebensführung mit der Folge, dass in vielfältigen Lebensbereichen Konflikte mit rechtlichen Regeln auftreten können, die als solche keinen spezifisch religionsrechtlichen Gehalt aufweisen (Beispiele bei Rn. 34 f.). Religionsgemeinschaften verkörpern in gleicher Weise einen umfassenden, im Unionsrecht in Art. 17 Abs. 3 AEUV sogar ausdrücklich anerkannten umfassenden Anspruch (s. u. Rn. 30).

⁷ Beispielfhaft im Kontext des religionsgemeinschaftlichen Arbeitsrechts EGMR, U. v. 20.9.2009 – 39128/05 (Lombardi Valauri), § 41, mit Hinweis auch auf eine einschlägige Richtlinie der EU; ferner etwa U. v. 11.7.2002 – 28957/95 (Goodwin / UK), § 58, zur in Art. 9 EU-GRC fehlenden Bezugnahme auf Männer und Frauen; U. v. 6.7.2010 – 41615/07 (Neulinger and Shuruk), § 56, zu Art. 24 EU-GRC.

⁸ So etwa: *Johannes Masing*, Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes, in: JZ 2015, S. 477 (478 ff.).

II. Zur EMRK

1. Grundlagen des Schutzes der Religionsfreiheit

a) Religion als Schutzgut der EMRK

Die Religionsfreiheit ist in der EMRK in Art. 9 verankert⁹, gemeinsam mit der Gedanken-, der Gewissens- und auch der Weltanschauungsfreiheit. Bei letzterer resultiert der Schutz, wenn auch nur indirekt, aus Abs. 1 S. 1 Hs. 2. Den Begriff Religion hat der EGMR bisher nur ansatzweise definiert. Ebenso wie für Gedanken- und Gewissensfreiheit verlangt er eine triftige, ernsthafte, kohärente und gewichtige Überzeugung.¹⁰ Aus den in der Norm selbst erwähnten konkreten Verhaltensweisen lassen sich weitere Definitionselemente ableiten. Gefordert ist eine grundlegende Glaubensüberzeugung, die die Welt als Sinn Ganzes begreift. Dies machen die parallele Garantie der Weltanschauungsfreiheit, die Notwendigkeit einer Abgrenzung zur eher auf Einzelfragen bezogenen Gedankenfreiheit sowie die Gewährleistung der Freiheit zum Wechsel einer Religion wie einer Weltanschauung deutlich. Auch muss es offenbar gewisse Verhaltensregeln geben, denn deren Beachtung wird ebenfalls explizit von der Konvention geschützt. Die Abgrenzung zur Weltanschauung legt zudem einen Transzendenzbezug nahe. Nicht selten war die Qualifikation einer Religion als solcher aber auch gar nicht ernsthaft im Streit.¹¹

Ergänzend schützt Art. 14 EMRK, ein auf den Anwendungsbereich der Konventionsrechte beschränkter Gleichheitssatz, auch vor Diskriminierung aus religiösen Gründen.¹² Mit Blick auf die Erziehung

⁹ Umfassende Darstellung insbesondere bei *Christian Walter*, Religions- und Gewissensfreiheit, in: EMRK / GG Konkordanzkommentar, hg. von Oliver Dörr / Rainer Grote / Thilo Marauhn, 2. Aufl. 2013, § 17; Berichte zur Bedeutung der EMRK in den Mitgliedstaaten der EU in Achilles Emilianides (Hg.), *Religious Freedom in the European Union*, 2007.

¹⁰ EGMR, U. v. 6. 11. 2008 – 58911/00 (Leela Förderkreis e.V. u. a.), § 80; U. v. 15. 1. 2013 – 48430/10 u. a. (Eweida u. a.), § 81; eine „Vorstellung vom Leben insgesamt“ wird erwähnt im U. v. 25. 5. 1993 – 14307 (Kokkinakis), § 31. Dazu auch *Markus Söbbeke-Krajewski*, *Der religionsrechtliche Acquis Communautaire der Europäischen Union*, 2006, S. 108 ff.

¹¹ *Christoph Grabenwarter / Katharina Pabel*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6. Aufl. 2016, § 22, Rn. 112.

¹² Beispiel: Die Zugehörigkeit einer Religionsgemeinschaft darf bei Sorgerechtsentscheidungen nicht berücksichtigt werden; siehe EGMR, U. v. 23. 6. 1993 – 12875/87 (Hoffmann), §§ 32 ff.; U. v. 12. 2. 2013 – 29617/07 (Vojnity),

enthält das in Art. 2 des ersten Zusatzprotokolls als Spezialnorm zu Art. 9 EMRK das zugleich in dessen Licht auszulegende¹³ Recht der Eltern auf Achtung ihrer religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen bei Erziehung und Unterricht durch den Staat.

b) Schutz vor Beschränkungen und ihre Rechtfertigung

- 9 Art. 9 EMRK benennt einzelne Ausprägungen der Religionsfreiheit. Deren Prüfung erfolgt ähnlich der deutschen Grundrechtsprüfung dreistufig.¹⁴ Zunächst muss eine Garantie anwendbar sein (in deutscher Terminologie: Eröffnung des Schutzbereiches). Sodann wird das Vorliegen einer Beschränkung (= Eingriff) geprüft. Diese kann, soweit es nicht um das forum internum, sondern das forum externum geht,¹⁵ nach Maßgabe von Art. 9 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt werden. Dafür muss sie zunächst „gesetzlich“ vorgesehen sein. Entscheidend sind die rechtsstaatlichen Gebote der Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit.¹⁶ Eine besondere Legitimation, wie sie sich etwa nach deutschem Verständnis außerdem mit dem Gesetzesvorbehalt verbindet,¹⁷ wird hingegen nicht verlangt. Vielmehr reicht auch Richterrecht aus, etwa das angelsächsische Common Law,¹⁸ oder, bei inneren Angelegenheiten einer Religionsgemeinschaft, deren Recht.¹⁹
- 10 Materiell muss jede Beschränkung den in Abs. 2 genannten Zielen Rechnung tragen: Schutz der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung, der Gesundheit, der Moral sowie der Rechte und Freiheiten anderer. Außerdem muss sie „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig

§§ 36 ff. (wobei jeweils im Vordergrund Art. 8 EMRK stand, aber Art. 9 bei der Bewertung mit berücksichtigt wurde).

¹³ Zu beidem EGMR (GK), U. v. 18.3.2011 – 30814/06 (Lautsi u. a.), §§ 59 f.

¹⁴ Überblick bei *Grabenwarter / Pabel*, Menschenrechtskonvention (o. Fn. 11), § 18; *Anne Peters / Tilman Altwicker*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2012, S. 27 ff.

¹⁵ Zur Unterscheidung EGMR, U. v. 25.5.1993 – 14307 (Kokkinakis), § 31; U. v. 27.1.2011 – 77185/01 (Boychev), § 45. Dazu noch unten Rn. 15.

¹⁶ EGMR, U. v. 26.10.2000 – 30985/96 (Hasan und Chaush), § 85; GK, U. v. 10.11.2005 – 44774/98 (Leyla Şahin), § 84.

¹⁷ Dazu etwa BVerfGE 86, 90 (106); 95, 1 (15).

¹⁸ Leitentscheidung: EGMR, U. v. 26.4.1979 – 6538/74 (Sunday Times), Rn. 46 ff.; ferner U. v. 25.5.1993 – 14307/88 (Kokkinakis), § 40, zu richterrechtlich konkretisierten offenen Normen.

¹⁹ Dazu EGMR, U. v. 9.7.2013 – 2330/09 (Sindicatul „Păstorul cel Bun“), §§ 155 ff.

sein“. Hier prüft der EGMR die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme.²⁰ Dabei dominiert eine nicht immer klar strukturierte einzelfallbezogene Güterabwägung. Auch wenn sich eine Beschwerde materiell zentral gegen ein nationales Gesetz richtet, betont der EGMR regelmäßig, dass nur der Einzelfall zu entscheiden ist. Dessen Besonderheiten sind dann nicht selten ausschlaggebend. Im Religionsrecht zeigt dies etwa die Judikatur zum deutschen kirchlichen Arbeitsrecht (s. u. Rn. 43)²¹. Dies ist beim Umgang mit den Urteilen des Gerichtshofes zu bedenken. Insgesamt betont der Gerichtshof immer wieder die Verpflichtung des Staates zu Neutralität und Unparteilichkeit gegenüber bestimmten Religionen²² – nicht dem Phänomen Religion als solchem. Zugleich wird der Religionsfreiheit eine elementare Bedeutung im System der Konventionsrechte als Grundlage einer demokratischen Gesellschaft und bei der Herausbildung der Identität zugesprochen.²³

c) Zur Auslegung der EMRK

Insgesamt betrachtet der EGMR die Konvention als ein „living instrument“, das maßgeblich auch aktuellen Herausforderungen Rechnung tragen soll.²⁴ Zugleich zieht der Gerichtshof zur Interpretation wie erwähnt auch andere Völkerrechtsquellen, nicht zuletzt etwa arbeitsrechtliche Konventionen der ILO²⁵ oder auch allein regional bedeutsame Texte wie etwa die bereits angesprochene EU-GRC heran (s. o. Rn. 5). Bei der Möglichkeit der Einschränkung gesteht der

11

²⁰ Übersicht bei *Grabenwarter / Pabel*, Menschenrechtskonvention (o. Fn. 11), § 18, Rn. 14 ff.; *Peters / Altwicker*, Europäische Menschenrechtskonvention (o. Fn. 14), S. 31 f.

²¹ Explizit dazu auch EGMR, U. v. 31. 7. 2008 – 40825/98 (Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas), § 90.

²² EGMR, U. v. 26. 10. 2000 – 30985/96 (Hassan und Chauch), § 78; U. v. 13. 12. 2002 – 45701/99 (Metropolitan Church of Bessarabia u. a.), § 116; U. v. 1. 7. 2014 – 43835/11 (S.A.S.), § 127.

²³ EGMR, U. v. 25. 5. 1993 – 14307/88 (Kokkinakis), §§ 31 ff.

²⁴ Etwa EGMR (GK), U. v. 7. 7. 2011 – 23459/03 (Bayatyan), § 102; insgesamt dazu *Angelika Nußberger*, Der Wandel der Grund- und Menschenrechte, in: Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, hg. von Michael Sachs / Helmut Siekmann / Hermann-Josef Blanke / Johannes Dietlein / Michael Nierhaus / Günter Püttner, 2012, S. 117 (124 ff.).

²⁵ EGMR, U. v. 21. 4. 2009 – 68959/01 (Enerji Yapı-Yol Sen), § 24; U. v. 9. 7. 2013 – 2330/09 (Sindicatul „Păstorul cel Bun“), § 56.

Gerichtshof mit Hinweis auf deren demokratische Legitimation den Stellen der Mitgliedsstaaten jeweils einen nicht unerheblichen Beurteilungsspielraum zu („margin of appreciation“). Generell ist dieser eher gering, wenn sich in Europa ein Konsens abzeichnet oder Elementargarantien der EMRK betroffen sind.²⁶ Ist beides nicht der Fall, ist der Spielraum der Staaten deutlich größer. In der Konsequenz praktiziert der EGMR gerade im Bereich des Religionsrechts regelmäßig nur eine vergleichsweise geringe Kontrolldichte.²⁷

d) Adressaten der Verpflichtungen

- 12** Adressaten der Verpflichtungen aus der EMRK sind unmittelbar allein die Staaten im Rahmen ihrer hoheitlichen Verantwortung (Art. 1 EMRK). Dies heißt jedoch nicht, dass sich der Schutz der Religionsfreiheit materiell allein auf das Verhältnis zwischen Staat und Bürger bezieht und vom Staat, weil es allein um die Sicherung von Freiheit geht, nur ein Unterlassen verlangt.²⁸ Vielmehr erlegen die Garantien den Mitgliedsstaaten auch positive Verpflichtungen auf. Damit die Bürger die Rechte aus der Konvention tatsächlich genießen können, ist der Staat verpflichtet, sie auch vor Übergriffen durch andere Bürger zu schützen.²⁹ Materiell ist die EMRK also auch für das Verhältnis zwischen Privaten von Bedeutung. Dementsprechend muss einerseits der Staat sicherstellen, dass die Religionsfreiheit auch durch Private, etwa den Arbeitgeber, nicht unzulässig beschränkt wird.³⁰ Andererseits können die Rechte aus der EMRK auch die Religionsfreiheit beschränken. Religionsgemeinschaften können

²⁶ Zum Konsens etwa EGMR, U. 24. 6. 2010 – 30141/04 (Schalk und Kopf), § 98; zu Elementargarantien etwa EGMR, U. v. 4. 12. 2007 – 44362/04 (Dickson), § 78.

²⁷ Siehe die Hinweise in EGMR (GK), U. v. 18. 3. 2011, 30 – 814/06 (Lautsi u. a.), § 70; U. v. 9. 7. 2013 – 2330/09 (Sindicatul „Păstorul cel Bun“), §§ 138, 165; U. v. 1. 7. 2014 – 43835/11 (S.A.S.), § 129. Tendenziell enger aber etwa U. v. 14. 6. 2007 – 77703/01 (Svyato-Mykhaylivska Parafiya), § 137.

²⁸ Um eine Bindung an den Staat geht es auch, wenn diese Entscheidungen eine Religionsgemeinschaft übernimmt; siehe EGMR (GK), U. v. 12. 6. 2014 – 56030/07 (Fernández Martínez), § 115 (zum Fall noch in Fn. 102).

²⁹ Grundlegend etwa EGMR, U. v. 13. 8. 1981 – 7601/76 (Young, James und Webster), § 49; U. v. 26. 3. 1985 – 8978/80 (X und Y/Niederlande), § 23. Dazu *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention (o. Fn. 11), § 19; *Peters/Altwickler*, Europäische Menschenrechtskonvention (o. Fn. 14), S. 20 ff.

³⁰ EGMR, U. v. 15. 1. 2013 – 48430/10 u. a. (Eweida u. a.), § 84. Siehe noch unten Rn. 39 ff.

daher ihr Selbstbestimmungsrecht nur unter Beachtung der Konvention ausüben.³¹

e) Die Bedeutung der EMRK und der Urteile des EGMR im deutschen Recht

Als völkerrechtlicher Vertrag bindet die EMRK den Staat als Ganzes. Ebenso sind die Urteile des EGMR für den betreffenden Staat verbindlich, verpflichtet ihn also insbesondere dazu, nach innerstaatlichem Recht die geforderten Maßnahmen zu ergreifen (Art. 46 EMRK). Die Bindung bleibt jedoch auf die völkerrechtliche Ebene beschränkt. Die Umsetzung wird überwacht von einem Organ des Europarats, dem Ministerrat.

13

Aus der Perspektive des deutschen Rechts steht die EMRK gem. Art. 59 Abs. 2 GG im Rang eines Bundesgesetzes und entfaltet daher gegenüber späterem Bundesrecht formal keine Durchschlagskraft. Tatsächlich aber geht die Bedeutung der EMRK weit darüber hinaus und ist auch bei Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts im Übrigen zu berücksichtigen³². Das gilt auch für die Grundrechte, gerade auch im Religionsrecht.³³ Dabei ist die jeweilige Judikatur des EGMR zu beachten, und zwar nicht nur in den Verfahren, zu denen sie tatsächlich ergangen ist. Grenzen dieses Ansatzes bestehen jedoch insbesondere, wenn im Verfahren vor dem EGMR Rechte Dritter unzureichend zum Tragen gekommen sind.³⁴ Um im Einzelfall eine Umsetzung von gegen Deutschland ergangenen Urteilen zu ermöglichen, gestatten alle Prozessordnungen im Fall einer negativen Entscheidung des EGMR eine Wiederaufnahme des Verfahrens.³⁵

14

³¹ So explizit EGMR, U. v. 9.7.2013 – 2330/09 (Sindicatul „Păstorul cel Bun“), § 159; ferner mit Blick auf die Rechte von Beschäftigten U. v. 23.9.2010 – 425/03 (Obst), §§ 40 ff. sowie 1620/03 (Schüth), §§ 54 ff.

³² BVerfGE 111, 307 (317 ff.); 131, 268 (295 f.); 137, 273 (321).

³³ BVerfGE 137, 273 (320 ff.); ferner etwa 128, 326 (366 ff.) zu Art. 2 Abs. 2 S. 2 und Art. 104 GG.

³⁴ BVerfGE 111, 307 (324); 137, 273 (321).

³⁵ § 359 Nr. 6 StPO und § 580 Nr. 8 ZPO, ggf. i.V.m. § 48 Abs. 2 FamFG, § 153 Abs. 1 VwGO, § 134 FGO und § 179 Abs. 1 SGG.

2. Die Religionsfreiheit als individuelle Freiheit

15 Im Einzelnen schützt Art. 9 Abs. 1 EMRK das forum internum, also die Freiheit, eine Religion zu haben, anzunehmen und zu wechseln, sowie das forum externum, die Freiheit, eine Religion durch Gottesdienste³⁶ und Unterricht sowie das Praktizieren von Bräuchen und Riten zu bekennen³⁷. Dabei darf sich die mit Unterricht verbundene Vermittlung von Glaubensinhalten auch an Dritte richten (Mission).³⁸ Die genannten Bräuche und Riten können einen spezifischen religiösen Bezug aufweisen wie Prozessionen und Wallfahrten³⁹ oder auch das alltägliche Leben betreffen wie Speise-⁴⁰ und Kleidungsvorgaben⁴¹. Damit wird die in Deutschland umstrittene Frage, ob und inwieweit die Religionsfreiheit auch das Leben nach religiösen Vorstellungen schützt, von der Konvention im Grundsatz positiv beantwortet. Allerdings reicht für diesen Schutz anders als nach der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 4 GG⁴² nicht jede religiöse Motivation aus; das Verhalten muss vielmehr auch objektiv einen hinreichend engen Bezug zur Religion aufweisen. Dass die Praxis innerhalb der Religionsgemeinschaft umstritten ist, schadet dabei nicht.⁴³ Die Verweigerung allgemeiner staatsbürgerlicher Pflichten fällt regelmäßig nicht in den Anwendungsbereich der Norm.⁴⁴ Der Kriegsdienstver-

³⁶ Zum Recht auf deren Abhaltung siehe EGMR, U. v. 26.9.1996 – 18748/91 (Manoussakis), §§ 45 ff.; U. v. 26.6.2014 – 26587/07 (Krupko), § 56 f.; zur staatlichen Pflicht zur effektiven Verfolgung bei Störungen durch Dritte siehe U. v. 24.2.2015 – 30587/13 (Karaahmed), § 110.

³⁷ Eine frühere Übersetzung sprach hier (wohl treffender) von „Ausübung“; dazu *Söbbeke-Krajewski*, *Acquis Communautaire* (o. Fn. 10), S. 120. Zur Unterscheidung siehe o. Fn. 15.

³⁸ EGMR, U. v. 25.5.1993 – 14307 (Kokkinakis), § 36.

³⁹ *Grabenwarter / Pabel*, Menschenrechtskonvention (o. Fn. 11), § 22, Rn. 114.

⁴⁰ Siehe unten in Rn. 35.

⁴¹ Siehe unten in Rn. 34, 36 ff.

⁴² BVerfGE 32, 98 (106 f.); 41, 29 (49); 108, 282 (297).

⁴³ EGMR, U. v. 15.1.2013 – 48430/10 u. a. (Eweida u. a.), § 82; U. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S.), § 108; siehe ferner ähnlich zu Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls EGMR, U. v. 18.12.1996 – 24095/94 (Efstratiou), § 32; GK, U. v. 18.3.2011 – 30814/06 (Lautsi u. a.), § 66. Großzügiger U. v. 7.12.2010 – 18429/06 (Jakóbski), § 45.

⁴⁴ *Grabenwarter / Pabel*, Menschenrechtskonvention (o. Fn. 11), § 22, Rn. 111.

weigerung wird jedoch ggf. ein spezifischer religiöser Bezug zuerkannt.⁴⁵

Geschützt wird von Art. 9 EMRK ebenso wie von Art. 2 des 1. ZP auch die negative Freiheit, etwa mit Blick auf staatliche Indoktrination (zur Bildung noch unten Rn. 36 f.). Auch darf kein Zwang zu religiösen Handlungen ausgeübt werden, etwa zur Ablegung eines Eid mit religiösem Bezug⁴⁶ oder zur Teilnahme an religiösen Veranstaltungen⁴⁷. Die Offenlegung eines Bekenntnisses darf nur nach Maßgabe der Schranken verlangt werden, und in keinem Fall darf jemand gezwungen werden, sich für eine bestimmte religiöse Ausrichtung zu rechtfertigen⁴⁸. Werden allerdings umgekehrt Rechte in Anspruch genommen, die speziell für Angehörige einer bestimmten Religion geschaffen wurden, darf verlangt werden, dass die Religionszugehörigkeit auch objektiv plausibel gemacht wird.⁴⁹ Die staatliche Schutzpflicht schließlich kann sogar die Einschränkung der Meinungsfreiheit legitimieren, soweit der notwendige Respekt vor religiösen Überzeugungen anderer dies zur Sicherung des gesellschaftlichen Friedens gebietet.⁵⁰

Allein die Bekenntnisfreiheit kann wie erwähnt nach Maßgabe von Art. 9 Abs. 2 eingeschränkt werden (s. o. Rn. 9 f.). Materiell spielen die öffentliche Sicherheit und Ordnung vor allem bei religiösen Konflikten eine Rolle⁵¹ (dazu beim Organisationsrecht, unten Rn. 20). Denkbar ist auch der Gesundheitsschutz (s. u. Rn. 34). Rechte Dritter legitimierten etwa die Begrenzung von Prosyletismus in unangemessenen

⁴⁵ EGMR, U. v. 22.11.2011 – 43965/04 (Erçep), §§ 58 ff.; U. v. 3.6.2014 – 14017/08 (Buldu u. a.), §§ 90 ff.; ferner zur Gewissensfreiheit GK, U. v. 7.7.2011 – 23459/03 (Bayatyan), §§ 123 ff.

⁴⁶ EGMR, U. v. 18.2.1999 – 24645/94 (Buscarini u. a.), §§ 34, 39.

⁴⁷ Voraussetzung ist der hinreichend deutliche religiöse Charakter der Veranstaltung; vgl. dazu (konkret verneinend) EGMR, U. v. 18.12.1996 – 21787/93 (Valsamis), §§ 31, 37.

⁴⁸ EGMR, U. v. 17.2.2011 – 12884/03 (Wasmuth), §§ 50 f., 60 (Eintrag der Zugehörigkeit zu einer öffentlich-rechtlich verfassten Religionsgemeinschaft auf der Steuerkarte ist zulässig); U. v. 2.2.2010 – 21924 (Sinan Işık), § 42 ff. (Eintrag der in der Richtigkeit vom Betroffenen zudem bestrittenen Religionszugehörigkeit im Personalausweis ist unzulässig).

⁴⁹ EGMR, U. v. 13.4.2006 – 55170/00 (Kosteski), §§ 38 f.

⁵⁰ EGMR, U. v. 20.9.1994 – 13470/87 (Otto Preminger Institut), § 47; U. v. 25.11.1996 – 17419/90 (Wingrove), §§ 57 ff.

⁵¹ Zur Schrankenziehung zur Vermeidung religiöser Konflikte siehe EGMR, U. v. 25.5.1993 – 14307/88 (Kokkinakis), § 33; U. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S.), § 126.

Formen⁵² und – sehr umstritten – das Verbot der Vollverschleierung im öffentlichen Raum (s. nochmals u. Rn. 34).

3. Korporative Religionsfreiheit

- 18** Explizit erwähnt Art. 9 EMRK nur für Individuen relevante Verhaltensweisen. Daher hat die Europäische Kommission für Menschenrechte, eine bis 1998 bestehende, dem EGMR damals vorgeschaltete Institution, zunächst Religionsgemeinschaften als solchen den Schutz aus Art. 9 verweigert und sie darauf verwiesen, Rechte über ihre Mitglieder geltend zu machen.⁵³ Grundsätzlich ist die EMRK jedoch, wie die Regelung zur Beschwerdebefugnis zeigt (Art. 34), auch auf den Schutz juristischer Personen angelegt. Zudem ist eine Gemeinschaft als Grundlage jeglicher religiöser Betätigung ihrer Mitglieder gerade für die Religionsausübung von zentraler Bedeutung; Art. 9 EMRK garantiert ausdrücklich die gemeinschaftliche Religionsausübung. Daher gesteht der EGMR mittlerweile auch Religionsgemeinschaften selbst Rechte aus Art. 9 zu.⁵⁴ Bei organisationsrechtlichen Fragen wird diese Norm mit Wertungen der in Art. 11 EMRK garantierten Vereinigungsfreiheit aufgefüllt.⁵⁵
- 19** Im Einzelnen schließt das Recht zur Gründung einer Religionsgemeinschaft deren Möglichkeit ein, Rechtsfähigkeit zu erlangen.⁵⁶ Bestehen unterschiedliche Rechtsformen, müssen die Divergenzen sach-

⁵² EGMR, U. v. 25.5.1993 – 14307/88 (Kokkinakis): Verbot war unzulässig (§ 48); zu Soldaten U. v. 24.2.1998 – 23372/94 u. a. (Larissis u. a.): Verbot war zulässig, soweit die Werbung Untergebene betraf (§§ 47 ff.), im Übrigen nicht (§§ 56 ff.).

⁵³ EKMR, B. v. 17.12.1968 – 3798/68 (Church of X.); B. v. 8.3.1976 – 7374/76 (X. ./ . Dänemark).

⁵⁴ EGMR, U. v. 27.6.2000 – 27417/95 (Cha'are Shalom ve Tsedek), § 72; U. v. 26.10.2000 – 30985/96 (Hassan und Chauch), § 62 ff.

⁵⁵ EGMR, U. v. 26.10.2000 – 30985/96 (Hassan und Chauch), § 65; U. v. 13.12.2002 – 45701/99 (Metropolitan Church of Bessarabia u. a.), § 118; U. v. 9.7.2013 – 2330/09 (Sindicatul „Păstorul cel Bun“), § 136. Zum Teil wird auch umgekehrt Art. 11 im Lichte von Art. 9 EMRK ausgelegt. Beide Ansätze finden sich (bezogen auf Maßnahmen mit unterschiedlichen Schwerpunkten) im U. v. 31.7.2008 – 40825/98 (Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas), § 60 einerseits, § 62 andererseits; U. v. 10.6.2010 – 302/02 (Jehova's Witnesses of Moscow u. a.), § 99 einerseits, § 173 andererseits.

⁵⁶ EGMR, U. v. 13.12.2002 – 45701/99 (Metropolitan Church of Bessarabia u. a.), § 105. Zu den Grenzen von Wartefristen U. v. 31.7.2008 – 40825/98 (Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas), § 97.

lich zu rechtfertigen sein, und jede Religionsgemeinschaft muss die faire Chance haben, jeden Status zu erlangen.⁵⁷ Entsprechendes gilt für – als solche von der Konvention nicht vorgeschriebene – Staatsleistungen und die Zusammenarbeit mit dem Staat.⁵⁸ Weiterhin dürfen Religionsgemeinschaften die eigenen Angelegenheiten verwalten, etwa Glaubensinhalte festlegen⁵⁹, Gottesdienste abhalten,⁶⁰ Ämter vergeben⁶¹ und Anforderungen an das bei ihr beschäftigte Personal festlegen⁶². Dies gilt wohl auch für Nebenorganisationen wie kirchliche Krankenhäuser und Universitäten.⁶³ Die Religionsfreiheit der Mitglieder im Verhältnis zur Gemeinschaft wird allein durch das Austrittsrecht gewährleistet; ein Recht auf Minderheitenschutz in der Kirche gibt es nicht⁶⁴.

Mögliche Einschränkungen müssen gerechtfertigt werden. In keinem Fall darf der Staat allerdings zur Sicherung des religiösen Friedens in die Personalhoheit von Religionsgemeinschaften eingreifen: Es ist nicht dessen Aufgabe, bei religiösen Streitigkeiten, gerade auch innerhalb einer Gemeinschaft, Einheit zu stiften. Auch wenn eine Staatskirche als solche nicht prinzipiell mit der Konvention unvereinbar ist,⁶⁵ muss der Staat doch religionsgemeinschaftlichen Pluralismus hinnehmen und sogar dessen Akzeptanz fördern, ggf. auch Abspaltungen von Gemeinschaften tolerieren.⁶⁶ Beschränkungen für die Freiheit von Religionsgemeinschaften, Anforderungen an ihr Per-

20

⁵⁷ EGMR, U. v. 31.7.2008 – 40825/98 (Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas), §§ 92, 96 f. (zu Art. 14 i.V.m. Art. 9 EMRK).

⁵⁸ EGMR, B. v. 18.9.2012 – 22897/08 (Ásatrúarfélagið), §§ 31, 34; U. v. 8.4.2014 – 70945/11 u.a. (Magyar Keresztény Mennonita Egyház u.a.), §§ 100 ff.

⁵⁹ EGMR, U. v. 26.9.1996 – 18748/91 (Manoussakis), § 48.

⁶⁰ Ebd.

⁶¹ EGMR, U. v. 26.10.2000 – 30985/96 (Hassan und Chauch), §§ 78 ff.; GK, U. v. 15.9.2009 – 798/05 (Mirolubovs u.a.), §§ 85 ff.

⁶² EGMR, U. v. 23.9.2010 – 425/03 (Obst), § 50; U. v. 3.2.2011 – 18136/02 (Siebenhaar), § 45.

⁶³ Zu einem katholischen Krankenhaus EKMR, B. v. 6.9.1998 – 12242/86 (Rommelfanger); zu einer katholischen Universität EGMR, U. v. 20.9.2009 – 39128/05 (Lombardi Valauri), § 41. In beiden Fällen sollten deren Rechte allerdings nur Beschränkungen der Rechte von Beschäftigten rechtfertigen. Dazu auch *Walter*, Religions- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 9), Rn. 108.

⁶⁴ EGMR (GK), U. v. 15.9.2009 – 798/05 (Mirolubovs u.a.), § 80; GK, U. v. 12.6.2014 – 56030/07 (Fernandez Martínez), § 128.

⁶⁵ *Walter*, Religions- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 9), Rn. 11, 82.

⁶⁶ EGMR, U. v. 26.10.2000 – 30985/96 (Hassan und Chauch), § 78; U. v. 14.6.2007 – 77703/01 (Svyato-Mykhaylivska Parafiya), §§ 132 ff.

sonal zu stellen, ergeben sich insbesondere aus den Rechten der Betroffenen (s. u. Rn. 40 ff.).

III. Unionsrecht

- 21 Das Recht der Europäischen Union erfasst mittlerweile eine Vielzahl von Lebensbereichen. Seine Auswirkungen auf die Kirchen und die anderen Religionsgemeinschaften können daher hier nicht umfassend erörtert werden. Im Vordergrund steht hier das Primärrecht. Konkrete Aspekte des Sekundärrechts werden in diesem Handbuch im jeweiligen Sachzusammenhang sowie im Rahmen von Einzelaspekten unten Rn. 31–46 behandelt.

1. Verwirklichung des Unionsrechts

- 22 Formal ist das Unionsrecht zwar grundsätzlich geeignet, im innerstaatlichen Rechtsraum unmittelbare Wirkungen zu Gunsten und zu Lasten auch des Einzelnen zu entfalten. Nicht selten muss es jedoch durch nationale Normen umgesetzt werden. Dies gilt systematisch für Richtlinien und gelegentlich für Verordnungen. Weiterhin muss das Unionsrecht im Einzelfall vollzogen werden, und auch hierfür sind im Grundsatz nationale Stellen zuständig. In beiden Konstellationen fordert das Unionsrecht den Staat. Er muss die erforderlichen Normen setzen und den entsprechenden Rechtsschutz bereitstellen.⁶⁷ Letzteres ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund des für die einheitliche Auslegung des Unionsrechts fundamentalen Vorlageverfahrens

⁶⁷ Zur Normsetzung EuGH, Rs. C-217/97 (Kommission / Deutschland), Slg. 1999, I-5087; Rs. C-96/95 (Kommission / Deutschland), Slg. 1997, I-1653, Rn. 35; dazu *Martin Nettesheim*, in: *Das Recht der Europäischen Union*, hg. von Eberhard Grabitz / Meinhard Hilf / Martin Nettesheim (Hg.), Losebl. Stand Dezember 2018, Art. 288 AEUV, Rn. 120 f., Stand August 2012; zum Rechtsschutz Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV. Insgesamt dazu *Claus Dieter Classen*, *Die Verwirklichung des Unionsrechts im Anwendungsbereich des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts*, in: *ZevKR* 60 (2015), S. 115 ff.

nach Art. 267 AEUV⁶⁸ von Bedeutung, weil im Grundsatz nur staatliche Gerichte vorlageberechtigt sind.⁶⁹

Dies steht in einer gewissen Gegenläufigkeit zu Art. 137 Abs. 3 WRV. Allerdings steht diese verfassungsrechtliche Garantie unter dem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze. Dementsprechend ist, soweit staatliches Recht in die Selbstverwaltungsgarantie von Religionsgemeinschaften eingreift, nicht systematisch eine Bereichsausnahme („Exemptionslösung“) erforderlich. Spezifische Sonderregeln („Subsumtionslösung“) reichen im Regelfall aus, um dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht angemessen Rechnung zu tragen.⁷⁰ Die Fragen des Rechtsschutzes werden unten erörtert (Rn. 44–46).

23

2. Schutz der Religionsfreiheit

In der Europäischen Grundrechtecharta gewährleistet Art. 10 inhaltlich in Deckung mit Art. 9 EMRK die Religionsfreiheit. Beschränkungen sind nach Maßgabe des generell formulierten Vorbehalts gem. Art. 52 Abs. 1 EU-GRC möglich. Diese müssen gesetzlich vorgesehen sein⁷¹ und inhaltlich Verhältnismäßigkeit und Wesensgehalt beachten. Vor allem aber darf das sich aus der EMRK ergebende Schutzniveau nicht unterschritten werden (Art. 52 Abs. 3 EU-GRC; vgl. schon o. Rn. 4). Damit gelten die soeben entfalteten Grundsätze auch hier⁷². Adressat der Garantie sind die Union⁷³, ferner die Mitgliedstaaten, soweit sie Unionsrecht durchführen (Art. 51 Abs. 1 EU-GRC). Der EuGH stellt insoweit zwar – den Wortlaut der Norm eher

24

⁶⁸ Siehe EuGH, Gutachten 2/2013 v. 18.12.2014, Rn. 176 („Schlüsselement“).

⁶⁹ EuGH, Rs. C-54/96 (Dorsch Consult), Slg. 1997, I-4961, Rn. 23; Rs. C-124/04 (Denoit), Slg. 2005, I-923, Rn. 12; Rs. C-222/13 (TDC A/S), U. v. 9.10.2014, Rn. 19 ff.

⁷⁰ Michael Germann, Das kirchliche Datenschutzrecht als Ausdruck kirchlicher Selbstbestimmung, in: ZevKR 48 (2003), S. 446 (458 f.); Classen, Verwirklichung des Unionsrechts (o. Fn. 67), S. 117.

⁷¹ Wie bei der EMRK (s. o. Rn. 9) stellt dies rechtsstaatliche, nicht demokratische Anforderungen; dazu Söbbeke-Krajewski, Acquis Communautaire (o. Fn. 10), S. 150, m. w. N. zur Diskussion.

⁷² Speziell zur Religionsfreiheit Söbbeke-Krajewski, Acquis Communautaire (o. Fn. 10), S. 105.

⁷³ Einziger Fall des EuGH: Slg. 1976, 1589 (1598), Rs. 130/75 – Prais. Die Kommission musste Auswahlgespräche für Stellenbesetzungen nicht aus Rücksicht auf einen Bewerber verschieben, für den der vorgesehene Tag ein religiöser Feiertag war.

weit interpretierend – auf den Geltungsbereich des Unionsrechts ab.⁷⁴ Angesichts der durch Art. 17 Abs. 1 AEUV der Unionsgesetzgebung gesetzten Schranken (s. u. Rn. 27–29) ist aber kaum zu erwarten, dass sich daraus in nennenswertem Umfang Anforderungen für die Mitgliedstaaten mit Blick auf die Religionsfreiheit begründen, zumal die genannte Norm auch bei der Auslegung des Sekundärrechts zu beachten ist.

3. Schutz vor Diskriminierungen aus Gründen der Religion

25 Weiterhin erfasst das Diskriminierungsverbot nach Art. 21 EU-GRC u. a. Diskriminierungen wegen der Religion oder der Weltanschauung. Nach Auffassung des EuGH entfaltet dieses Verbot unmittelbare Drittwirkung.⁷⁵ Zudem hat die Union die Vielfalt der Kulturen, unter anderem der Religionen, zu achten (Art. 22 EU-GRC). Für Anwendungsbereich und Einschränkung gelten die eben dargestellten Grundsätze (Rn. 24). Daneben verpflichtet die Querschnittsklausel des Art. 10 AEUV die Union, bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und Maßnahmen (auch) Diskriminierungen u. a. aus Gründen der Religion und Weltanschauung zu bekämpfen. In der Folge finden sich in zahlreichen Rechtsakten entsprechende Verbote, etwa in der Verordnung zu den Strukturfonds⁷⁶, die jedoch kaum praktische Relevanz haben, da die jeweils zu treffenden Maßnahmen insoweit nur selten anfällig sind.

26 Weiterhin ermächtigt Art. 19 AEUV die Union, im Rahmen der durch die Verträge auf die Union übertragenen Zuständigkeiten einstimmig nach Zustimmung des Europäischen Parlaments Diskriminierungen aus Gründen u. a. der Religion und der Weltanschauung zu bekämpfen. Mit Blick auf das Arbeitsrecht wurde von dieser Kompetenz durch die Richtlinie 2000/78/EG Gebrauch gemacht (s. u. Rn. 39 und 41 ff.). Mit Blick auf die Versorgung mit allgemein zugänglichen Gütern und Dienstleistungen ist ein entsprechendes Gesetzgebungsverfahren⁷⁷ demgegenüber einstweilen nicht abgeschlossen.

⁷⁴ EuGH, U. v. 26. 2. 2013 – Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), Rn. 21.

⁷⁵ EuGH, U. v. 18. 4. 2018 – Rs. C-414/16 (Egenberger), Rn. 78. Dazu näher Rn. 41 ff.

⁷⁶ Art. 7 Abs. 2 der VO (EU) 1303/2013, ABl. 2013 L 347/320.

⁷⁷ Siehe Kommissionsvorschlag KOM (2003) 657 endg.

4. Status der Kirchen nach nationalem Recht und Dialog mit der EU

Nach Art. 17 Abs. 1 AEUV achtet die Union den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedsstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, und beeinträchtigt ihn nicht. Gleiches gilt nach Abs. 2 für die weltanschaulichen Gemeinschaften. Erstmals hat sich der EuGH 2018 substantiell zu dieser Norm geäußert. Nach seiner Auffassung schützt die Norm offenbar, ohne dass dies sauber voneinander getrennt wird, einerseits die „Autonomie der Kirchen“ und weltanschaulichen Gemeinschaften und andererseits „die Neutralität der Union demgegenüber, wie die Mitgliedstaaten ihre Beziehungen zu den Kirchen und religiösen Vereinigungen oder Gemeinschaften gestalten“.⁷⁸ Angesichts der sehr unterschiedlichen Regelungen im Staat-Kirche-Verhältnis überzeugt das nicht. Vorzugswürdig ist es daher, sie allein im zweitgenannten Sinne zu verstehen, als negative Kompetenznorm. Danach geht es nicht um den Schutz der Religion, sondern um den der nationalen Ausgestaltung des sensiblen Verhältnisses von Staat und Religion. Geschützt wird also in gleicher Weise die Freiheit eines Staates, eine Staatskirche vorzusehen, wie die Freiheit eines laizistischen Staates, Religion eher aus dem öffentlichen Leben zurückzudrängen.⁷⁹ Und da sich die Religionsfreiheit der EU-GRC allein im Anwendungsbereich des Unionsrechts entfaltet (Art. 51 EU-GRC; s.o. Rn. 24), kommt diese danach im Anwendungsbereich von Art. 17 AEUV nicht zur Anwendung. Die Gewährleistung der Vereinbarkeit nationaler Maßnahmen mit der Religionsfreiheit ist vielmehr Sache des Staates, nicht der Union, und europäischer Maßstab allein die EMRK.

Die Definition dessen, was eine religiöse Vereinigung oder Gemeinschaft ausmacht, deckt sich mit dem Verständnis nach der EMRK (s.o. Rn. 16). Der geschützte Status meint selbstverständlich Vorschriften, die Organisation und innere Ordnung der Gemeinschaft betreffen. Die Tätigkeiten von Kirchen und Religionsgemeinschaften, nicht zuletzt auch die von solchen Organisationen, die formal nicht selbst Teil der Kirche sind, sondern rechtlich eigenständig verfasst

⁷⁸ EuGH, U. v. 18.4.2018 – Rs. C-414/16 (Egenberger), Rn. 50 einerseits, Rn. 58 andererseits; ebenso *Stefan Mückl*, Die Europäisierung des Staatskirchenrechts, 2005, S. 456 f.; *Lasia Bloss*, Cuius religio – EU ius regio?, 2009, S. 259.

⁷⁹ *Claus Dieter Classen*, in: *Recht der Europäischen Union* (o. Fn. 67), Art. 17, Rn. 3 f.; *Patrick Schnabel*, Der Dialog nach Art. 17 III AEUV, 2015, S. 179 f.

und der Kirche nur zugeordnet sind, fallen dagegen nur unter Art. 17 AEUV, soweit Religionsgemeinschaften die Erfüllung ihres spezifisch religiösen Auftrages prinzipiell unmöglich gemacht oder gerade die Einbringung des religiösen Elements in die jeweilige Tätigkeit substantiell erschwert wird.⁸⁰ Ein umfassender Schutz auch der Tätigkeit⁸¹ hingegen führte zu einer ersichtlich nicht gemeinten Bereichsausnahme für Religionsgemeinschaften.

29 Nach Auffassung des EuGH ist die vorliegende Garantie für eine Abwägung mit anderen Rechtsgütern offen.⁸² Das ist nur im Lichte des vom EuGH angenommenen, aber problematischen Verständnisses der Norm (o. Rn. 27) konsequent; selbst mit Blick auf die sicherlich fundamentale, aber sachlich nicht über Art. 17 AEUV hinausgehende Garantie der nationalen Identität (Art. 4 Abs. 2 EUV) erachtet der EuGH eine solche Abwägung für möglich.⁸³ Auch sonst wägt der EuGH in bemerkenswertem Umfang nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit ab. Allerdings wird die nationale Identität nach dem Vertrag von der Union auch nur „geachtet“, während vorliegend die entsprechenden nationalen Kompetenzen zugleich auch vor einer „Beeinträchtigung“ geschützt werden. Dies legitimiert eine strengere Lesart.

30 Abschließend ist der in Art. 17 Abs. 3 AEUV garantierte Dialog der Union mit Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften hervorzuheben. Hier nimmt das Unionsrecht diese Organisationen positiv zur Kenntnis. Mit der Erwähnung von deren „besonderen Beitrag“ erkennt auch das Unionsrecht an, dass Kirchen und Religi-

⁸⁰ Classen, in: *Recht der Europäischen Union* (o. Fn. 79), Art. 17, Rn. 30 ff.; Söbbeke-Krajewski, *Acquis Communautaire* (o. Fn. 10), S. 269 ff.; Heinrich de Wall, *Zur aktuellen Lage des Religionsrechts der Europäischen Union*, in: *ZevKR* 52 (2007), S. 310 (315). Zur Richtlinie 2000/78 Schlussanträge von Generalanwalt Melchior Wathelet vom 31. 5. 2018, Rs. C-68/17 (IR), Rn. 47 f.

⁸¹ So Christian Waldhoff, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hg.), *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 17 AEUV, Rn. 12; Dieter Kraus, in: *Europäisches Unionsrecht*, hg. von Hans v. d. Groeben, 7. Aufl. 2015, Art. 17 AEUV, Rn. 7; Burkhard Josef Berkmann, *Katholische Kirche und Europäische Union im Dialog für die Menschen*, 2008, S. 196 ff.; Schnabel, *Dialog nach Art. 17 III AEUV* (o. Fn. 79), S. 182 f.

⁸² EuGH, U. v. 18. 4. 2018 – Rs. C-414/16 (Egenberger), Rn. 52; Waldhoff, in: Calliess/Ruffert (o. Fn. 81), Art. 17 AEUV, Rn. 13; Kraus, in: *Europäisches Unionsrecht* (o. Fn. 81), Art. 17 AEUV, Rn. 10; Peter Unruh, *Religionsverfassungsrecht*, 3. Aufl. 2015, Rn. 599; Schnabel, *Dialog nach Art. 17 III AEUV* (o. Fn. 79), S. 184; kritisch dazu Classen, in: *Recht der Europäischen Union* (o. Fn. 79), Art. 17, Rn. 35.

⁸³ EuGH, Rs. C-208/09 (Sayn-Wittgenstein), Slg. 2010, I-13693, Rn. 83; U. v. 16. 4. 2013, Rs. C-202/11 (Las), Rn. 26 ff.

ongemeinschaften keinem spezifischen Lebensbereich verbunden sind, keine auf Einzelinteressen ausgerichtete Organisation wie Wirtschaftsverbände oder Naturschutzvereinigungen bilden, sondern wie Religion insgesamt auf das gesamte Leben ausgerichtet sind.⁸⁴

IV. Konkretisierungen

Wegen des Querschnittscharakters von Europa- und Religionsrecht werden nachfolgend nicht alle Bereiche beleuchtet, in denen das Recht der Religionsgemeinschaften auf Regelung ihrer eigenen Angelegenheiten europarechtlich beeinflusst wird. Dies erfolgt vielmehr im Rahmen der den betreffenden Problemfeldern gewidmeten Beiträge des Handbuches.⁸⁵ Nachfolgend werden nur einzelne besonders wichtige und umstrittene Punkte angesprochen.

31

1. Datenschutz

Elementar für Religionsfreiheit wie Religionsgemeinschaften ist sachgerechter Datenschutz, für letztere vor allem wegen des besonderer Sicherungen bedürftigen Beicht- bzw. Seelsorgegeheimnisses⁸⁶. Auch ohne ausdrückliche Verankerung ist der Datenschutz menschenrechtlich anerkannt.⁸⁷ Vor allem aber räumt der EuGH seit langem in Konfliktlagen dem Datenschutz ein sehr, wenn nicht zu

32

⁸⁴ *Söbbeke-Krajewski*, *Acquis Communautaire* (o. Fn. 10), S. 284 f.; *Schnabel*, *Dialog nach Art. 17 III AEUV* (o. Fn. 79), S. 196 f.; vgl. auch *Berkmann*, *Katholische Kirche und Europäische Union* (o. Fn. 81), S. 196 ff.

⁸⁵ Zur Wirkung des Rechts der Europäischen Union im Datenschutzrecht: *Arne Ziekow*, → § 33, Rn. 39–52; im Medienrecht: *Claus Dieter Classen*, → § 38, Rn. 32 f., 39–41, 83–86, 106; im Bildungsrecht: *Jörg Ennuschat*, → § 43, Rn. 18; *Wolfgang Bock*, → § 48, Rn. 34 f., 37–40; auf die wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen des karitativ-diakonischen Wirkens: *Peter Unruh*, → § 49, Rn. 114–130; im Arbeitsrecht: *Jacob Joussen*, → § 57, Rn. 57–76, 84–89; im Kulturgüterschutzrecht: *Felix Hammer*, → § 66, Rn. 11; auf die Förderung von Religionsgemeinschaften: *Ute Mager*, → § 68, Rn. 31–38; im Abgabenrecht: *Felix Hammer*, → § 72, Rn. 30; *Michael Droege*, → § 74, Rn. 13 f., 23–30, 54–59; siehe auch *Stefan Koriath*, → § 16, Rn. 56–59.

⁸⁶ *Germann*, *Das kirchliche Datenschutzrecht* (o. Fn. 70), S. 474 ff.; *Arne Ziekow*, *Datenschutz und Evangelisches Kirchenrecht*, 2002, S. 150 ff.

⁸⁷ EGMR, U. v. 26.3.1987 – 9248/81 (Leander), § 48; U. v. 16.2.2000 – 27798/95 (Amann), § 65.

hohes Gewicht ein.⁸⁸ Der Vertrag von Lissabon hat die einschlägigen Garantien ausgebaut (Art. 16 AEUV, Art. 8 EU-GRC). Zugleich hat der Gerichtshof die Bedeutung effektiver Kontrollen unterstrichen.⁸⁹

- 33** Grundlegend ist vor allem die neue Datenschutzgrundverordnung 2016/679 der EU. Diese sieht ähnlich wie die bisherige Richtlinie 95/46 vor, dass Daten zur Religionszugehörigkeit ausnahmsweise unter anderem an religiöse Organisationen übermittelt werden dürfen, wenn es um deren Mitglieder geht und angemessener Datenschutz gesichert ist (Art. 9 Abs. 2 Buchst. d). Vor allem aber dürfen die Mitgliedsstaaten Religionsgemeinschaften gestatten, das Datenschutzrecht selbstständig zu regeln, wenn auch jeweils in materieller Übereinstimmung mit den Standards der Verordnung (Art. 91). Letzteres war in der vorherigen Richtlinie nicht ausdrücklich vorgesehen; daher war die deutsche Praxis unionsrechtswidrig.⁹⁰ Offen ist, ob der dort vorgesehene spezifische Datenschutzbeauftragte der Kirche zugeordnet sein darf.⁹¹ (Zum Rechtsschutz s. u. Rn. 46.)

2. Lebensführung

- 34** Gelegentlich treten Konflikte zwischen bestimmten religiösen Gebräuchen und diese aus weltlichen Gründen verbietenden staatlichen Normen auf. So wertet der EGMR das religiös motivierte Tragen von Kleidung oder Symbolen als religiöses Bekenntnis;⁹² ein Verbot bedarf daher der Rechtfertigung.⁹³ Zulässig sind die Verpflichtungen,

⁸⁸ EuGH, Rs. C-465/00 (ORF), Slg. 2003, I-4989; Rs. C-92/09 u. a. (Schecke u. a.), Slg. 2010, I-11063; U. v. 8.4.2014, Rs. C-293/12 u. a. (Digital Rights); U. v. 13.5.2014, Rs. C-131/12 (Google Spain).

⁸⁹ EuGH, Rs. C-518/07 (Kommission/Deutschland), Slg. 2010, I-1885, Rn. 25; U. v. 8.4.2014, Rs. C-293/12 u. a. (Digital Rights), Rn. 54 f., 61.

⁹⁰ Classen, Verwirklichung des Unionsrechts (o. Fn. 67), S. 119 ff.

⁹¹ So etwa *Ansgar Hense*, in: Gernot Sydow (Hg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2017, Art. 91, Rn. 27; *Tobias Herbst*, in: Jürgen Kühling/Benedikt Buchner (Hg.), Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 91, Rn. 18; a. A. *Daniel A. Pauly*, in: Boris P. Paal/Daniel A. Pauly (Hg.), Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 91, Rn. 30; *Claus Dieter Classen*, Die Bedeutung von Art. 17 AEUV, in: ZevKR 61 (2016), S. 333 (340).

⁹² EGMR (GK), U. v. 10.11.2005 – 44774/98 (Leyla Şahin), § 78; U. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S.), § 108.

⁹³ EGMR, U. v. 23.2.2010 – 41135/98 (Ahmet Arslan u. a.), §§ 48 ff. Zum Arbeitsrecht s. u. Rn. 39.

Motorradhelme zu tragen⁹⁴ und sich auf Ausweisbildern mit offenen Haaren zu präsentieren.⁹⁵ Wenig überzeugend hat der EGMR auch das französische (und belgische) Verbot der Ganzkörperverhüllung (Burka) im öffentlichen Raum gebilligt. Zwar wurden die meisten Rechtfertigungsgründe, konkret die öffentliche Sicherheit, die Sicherung der Gleichberechtigung der Geschlechter und die Menschenwürde mangels Beeinträchtigung von irgendwelchen Rechten nicht akzeptiert, wohl aber die Notwendigkeit, eine offene Gesellschaft und damit eine gewisse Bereitschaft zur Kommunikation zu sichern; insoweit soll das Verbot auch verhältnismäßig sein.⁹⁶

Freiräume gibt es auch für religionsspezifische Speisevorschriften. Für das jüdische und islamische Verbot, ungeschächtetes Fleisch zu essen, obwohl diese Schlachtmethode mit Tierschutzbelangen kollidiert, enthält das Unionsrecht eine Ausnahmeregelung.⁹⁷ Menschenrechtlich ist auch hier Art. 9 EMRK einschlägig. Eine jüdische Gemeinschaft, die für sich Sonderregelungen beanspruchen wollte, scheiterte vor dem EGMR im konkreten Fall nur, weil der betroffene Staat durchaus Sonderregelungen vorsah, die Gemeinschaft aber

35

⁹⁴ Zur Rechtfertigung durch den Gesundheitsschutz auch gegenüber dem Turban der Sikhs EKMR, B. v. 6.3.1982 – 8231/78 (X ./ Vereinigtes Königreich).

⁹⁵ Zur Zulässigkeit des Verbots EGMR, B. v. 11.6.2007 – 24479/97 (Mann Singh).

⁹⁶ EGMR, U. v. 1.7.2014 – 43835/11 (S.A.S.), §§ 114 ff. zur (überwiegend fehlenden) Legitimität der verschiedenen Ziele und §§ 137 ff. zur Verhältnismäßigkeit. Mit Blick auf Schülerinnen und Studentinnen war die Beeinträchtigung der Gleichberechtigung früher vom EGMR als Rechtfertigungsgrund akzeptiert worden (u. Fn. 106); kritisch daher *Antje v. Ungern-Sternberg*, in: EMRK, hg. von Ulrich Karpenstein/Franz Mayer, 2. Aufl. 2015, Art. 9, Rn. 37. Zur Menschenwürde a.A. *Friedhelm Hufen*, Staatsrecht II, 6. Aufl. 2017, § 10, Rn. 71. Siehe ferner zuvor die Entscheidung des französischen Verfassungsrates vom 7.10.2010, 2010-613 DC, und kritisch dazu etwa *Aurore Gaillet*, La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public et les limites du contrôle pratiqué par le Conseil constitutionnel, in: Société, droit et religion 2011, S. 47 (58 ff.).

⁹⁷ Art. 4 Abs. 4 Verordnung (EG) 1099/2009, ABl. 2009 L 303/1 ff. Die dort enthaltene Verpflichtung, einen solchen Akt in einem Schlachthof vorzunehmen, beeinträchtigt die Religionsfreiheit nicht: EuGH, U. v. 29.5.2018 – Rs. C-426/16 (Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW u. a.), Rn. 59 ff. Wegen der Beeinträchtigung des Tierschutzes scheidet aber eine Qualifikation als ökologisch erzeugtes Produkt im Sinne der Verordnung (EG) 837/2007, ABl. L 189/1 ff. aus; EuGH, U. v. 26.2.2019 – Rs. C-497/17 (Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoires), Rn. 47 ff.

nicht darlegen konnte, dass diese für ihre konkreten Bedürfnisse nicht ausreichen.⁹⁸

3. Bildung

36 Für die Inhalte der schulischen Bildung darf grundsätzlich der Staat die Verantwortung übernehmen. Jenseits spezifisch religiöser Inhalte verpflichtet das Rücksichtnahmegebot des Art. 2 1. ZP diesen nicht, aus religiösen Gründen abgelehnte Inhalte⁹⁹ oder den Samstagsunterricht¹⁰⁰ disponibel zu machen. Der Staat darf auch religiöse Inhalte zum Gegenstand des Unterrichts machen, aber verpflichtend für alle nur als Grundlage der Kultur im Allgemeinen. Zudem darf er dann nicht indoktrinieren und muss für Pluralität sorgen. Anderenfalls muss die Möglichkeit einer Befreiung bestehen.¹⁰¹ Bei konfessionell ausgerichteten Unterricht darf verlangt werden, dass der Dozent sich nicht gegen die Lehre der Religionsgemeinschaft richtet,¹⁰² doch müssen dann die Gründe für die Verweigerung einer Weiterbeschäftigung klar benannt werden.¹⁰³

37 Daneben stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Pflicht des Staates zur Sicherung von Neutralität und Pluralität im Bildungswesen zur Religionsfreiheit einzelner Akteure. Durchweg hat der EGMR die jeweils angegriffenen Maßnahmen letztlich mit Hinweis auf den Beurteilungsspielraum des Staates für zulässig erklärt. So wurde vergeblich die negative Religionsfreiheit gegen ein vom Staat aufgehängtes Schulkreuz angeführt. Dieses wurde zwar primär als religiöses Symbol verstanden, zugleich aber dessen begrenzte Einwirkungsmacht auf die Schüler betont.¹⁰⁴ Ebenso wurden mehrfach Ver-

⁹⁸ EGMR, U. v. 27. 6. 2000 – 27417/95 (Cha'are Shalom ve Tsedek), §§ 81 f.

⁹⁹ EGMR, U. v. 7. 12. 1976 – 5095/71 u. a. (Kjeldsen u. a.), §§ 53 ff.

¹⁰⁰ Dazu EGMR, B. v. 27. 4. 1999 – 44888/98 (Casimiro).

¹⁰¹ EGMR, U. v. 29. 6. 2007 – 15472/02 (Folgerø), §§ 84 f.; U. v. 9. 10. 2007 – 1448/04 (Hasan und Eylem Zengin), §§ 60 ff.

¹⁰² Zu einem kirchlichen Veto gegen einen beim Staat beschäftigten Religionslehrer EGMR (GK), U. v. 12. 6. 2014 – 56030/07 (Fernandez Martínez), §§ 131 f. Zur Notwendigkeit umfassender Abwägung EGMR (GK), a. a. O., §§ 133 ff.; vgl. noch u. bei Fn. 131 f.

¹⁰³ Dazu, recht problematisch, zumal es letztlich um eine katholische Privatuniversität ging, EGMR, U. v. 20. 9. 2009 – 39128/05 (Lombardi Valauri), §§ 46 ff.

¹⁰⁴ EGMR (GK), U. v. 18. 3. 2011 – 30814/06 (Lautsi u. a.), §§ 66 bzw. 72 ff. Zuvor hatte eine Kammer (U. v. 3. 11. 2009) gegenteilig entschieden, also das Schulkreuz für unzulässig erklärt.

bote des Tragens des muslimischen Schleiers gebilligt. Dabei stand bei Lehrerinnen die Wahrung von Neutralität und Säkularität des Staates im Vordergrund.¹⁰⁵ Bei Schülerinnen und Studentinnen wurde daneben auch das Gebot der Gleichberechtigung der Geschlechter angeführt.¹⁰⁶

4. Strafhafte

Strafgefangene haben das Recht auf Betreuung durch einen Seelsorger.¹⁰⁷ Zudem müssen sie – kraft der staatlichen Schutzpflicht (s. o. Rn. 12) – so mit Essen versorgt werden, dass sie ihre Speisevorschriften einhalten können, sofern dies mit angemessenem Aufwand realisiert werden kann.¹⁰⁸

38

5. Arbeitsrecht

a) Allgemeines Arbeitsrecht

Die Freiheit, religiös vorgegebene Kleidung oder Symbole zu tragen, darf der Arbeitgeber nach Auffassung des EGMR nicht schlicht zur Sicherung einheitlicher Kleidung, sondern nur aus besonderen Gründen, etwa bei Gesundheitsgefahren, beschränken.¹⁰⁹ Der Staat als Arbeitgeber hingegen darf ganz generell seine „laïcité“ als Rechtfertigung für ein Schleierverbot anführen,¹¹⁰ also nicht nur im Schul-

39

¹⁰⁵ Siehe zum Lehrpersonal EGMR, B. v. 15. 1. 2001 – 42393/98 (Dahlab); B. v. 24. 1. 2006 – 66500/01 (Kurtulmuş).

¹⁰⁶ Zu Studentinnen EGMR (GK), U. v. 10. 11. 2005 – 44774/98 (Leyla Şahin), §§ 112 ff.; zu Schülerinnen U. v. 4. 12. 2008 – 31645/04 (Kervanci), §§ 68 ff. Vgl. schon Fn. 96.

¹⁰⁷ EGMR, Urt. v. 29. 4. 2003 – 38812/97 (Poltoratskiy), §§ 167 ff.

¹⁰⁸ Speziell zu einem Buddhisten, der sich vegetarisch ernähren wollte, EGMR, U. v. 7. 12. 2010 – 18429/06 (Jakóbski), §§ 46 ff.

¹⁰⁹ EGMR, U. v. 15. 1. 2013 – 48430/10 u. a. (Eweida u. a.), zu einem Halsanhänger mit Kreuz, einerseits §§ 94 f. zu einer Stewardess, bei der dies ungefährlich, und andererseits §§ 98 ff. zu einer Krankenschwester, bei der dies gefährlich war.

¹¹⁰ EGMR, U. v. 26. 11. 2015 – 64846/11 (Ebrahimian), §§ 60 ff. zur Mitarbeiterin eines kommunalen Krankenhauses in Frankreich. Vergleichend zum Tragen religiöser Symbole im öffentlichen Dienst in den Niederlanden, Frankreich und England *Hana van Ooijen*, Religious Symbols in Public Functions, 2012.

dienst, wo Schüler dann zwangsweise mit einem religiösen Symbol konfrontiert werden. Folge: Ein privat beschäftigter Arbeitnehmer genießt seinem Arbeitgeber gegenüber mehr Grundrechtsschutz als ein beim Staat Beschäftigter. Unionsrechtlich schützt die Richtlinie 2000/78/EG Arbeitnehmer vor einer Diskriminierung wegen ihrer Religion. Ein solche liegt vor, wenn ein solches Verbot allein mit Hinweis auf Kundenerwartungen ausgesprochen wird.¹¹¹ Ist ein solches Verbot hingegen Bestandteil einer allgemeinen Neutralitätspolitik des Arbeitgebers, soll es sich nur um eine – durch Unternehmergrundrechte (Art. 16 EU-GRC) gerechtfertigte – mittelbare Diskriminierung handeln.¹¹² Ebenfalls im Lichte des erwähnten Diskriminierungsverbots nicht problematisch ist das Regime religionsgemeinschaftlicher Feiertage, soweit diese nicht allgemeinverbindlichen Charakter haben. Für unzulässig hat der EuGH in Deutschland nicht bestehende Lohnzuschläge erklärt.¹¹³ Das in Deutschland bestehende Recht auf Arbeitsbefreiung für religiöse Zwecke wie den Besuch eines Gottesdienstes ist danach unproblematisch. Die Beurteilung von Freistellungsregelungen ohne Zweckbindung ist offen und dürfte wohl auch von Vorgaben der Religionsgemeinschaft abhängen.¹¹⁴ Umgekehrt gibt Art. 9 EMRK einem Arbeitnehmer nicht das Recht, vertraglich übernommene Verpflichtungen aus religiösen Gründen zu verweigern.¹¹⁵

¹¹¹ EuGH, U. v. 14. 3. 2017, Rs. C-188/15 (Bouagnaoui und ADDH), Rn. 40.

¹¹² EuGH, U. v. 14. 3. 2017, Rs. C-157/15 (G4S Secure Resolutions), Rn. 203. Zur Kritik etwa *Anna Katharina Mangold/Mehrdad Payandeh*, Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, in: EuR 2017, S. 700 (702 ff.); *Michael Germann*, Die Urteile des Europäischen Gerichtshofs über Kopftuchverbote in privaten Arbeitsverhältnissen, in: EuR 2018, S. 235 (240 ff.); *Sophie Robin-Olivier*, Neutraliser la religion dans l'entreprise?, in: *Revue trimestrielle de droit européen (RTDEur.)* 2017, S. 229 (233 ff.); *Claus Dieter Classen*, Kopftuch ade? Zu den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs vom 14. 3. 2017, in: *GreifRecht* 2017, S. 87 ff.

¹¹³ Dazu EuGH, U. v. 23. 1. 2019, Rs. C-193/17 (Cresco Investigation), Rn. 46 ff. Nicht zu Unrecht hatte Generalanwalt *Michal Bobek* darauf hingewiesen, dass solche Zuschläge im Sinne des Feiertagsschutzes eher kontraproduktiven Charakter haben (Schlussanträge vom 25. 7. 2018, Rn. 78).

¹¹⁴ Zu Einzelheiten des deutschen Rechts *Karl-Hermann Kästner*, → § 40, Rn. 56 ff.

¹¹⁵ EGMR, U. v. 15. 1. 2013 – 48430/10 u. a. (Eweida u. a.), zu zwei Arbeitnehmern, die Homosexualität aus religiösen Gründen ablehnen und sich deswegen weigerten, entsprechend ihren Dienstaufgaben solche Partnerschaften zu registrieren (§§ 105 f.) bzw. Sexualberatung vorzunehmen (§ 109).

b) Religionsgemeinschaftliches Arbeitsrecht

Nach deutschem Verständnis kommt den Religionsgemeinschaften unter anderem nach Art. 137 Abs. 3 WRV das Recht zu, Besonderheiten mit Blick auf das Arbeitsrecht zu verlangen. Diese betreffen sowohl das Individual- als auch das kollektive Arbeitsrecht. Im zweitgenannten Bereich wirkt das Unionsrecht nur marginal über die Garantie bescheidener Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer und damit nicht statusrelevant ein.¹¹⁶ Der EGMR gestattet den Kirchen, ihren Priestern zu untersagen, ohne ihre Zustimmung eine Gewerkschaft zu gründen.¹¹⁷ Das grundsätzlich vom EGMR anerkannte Streikrecht¹¹⁸ dürfte auch sonstigen bei religiösen Arbeitgebern Beschäftigten nicht weitergehend als vom Bundesarbeitsgericht gefordert¹¹⁹ zustehen. Hierfür sprechen der weite Gestaltungsspielraum, den der EGMR sowohl im Religionsrecht (s. o. Rn. 11) als auch im kollektiven Arbeitsrecht¹²⁰ den Staaten zugesteht¹²¹.

Im Individualarbeitsrecht gesteht Art. 17 Abs. 1 Buchst. c der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG für „im liturgischen Bereich“ Beschäftigte den Mitgliedstaaten begrenzte Ausnahmemöglichkeiten zu. Zentral ist die Befugnis von religiösen Arbeitgebern, an ihre Mitarbeiter besondere Anforderungen zu stellen. Unionsrechtlich gestattet dies begrenzt Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG. Als Konsequenz des heutigen Art. 17 AEUV dürfen die Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 2 weitergehende Freiräume vorsehen, müssen dies aber nicht: Wie Art. 17 AEUV (s. o. Rn. 27) schützt die Norm staatliche Entscheidungsfreiheit, nicht die Religionsfreiheit.¹²² Konkret dürfen

¹¹⁶ Siehe die Richtlinien 2002/14/EG, ABl. 2002, L 80/29, sowie 2009/38/EG, ABl. 2009, L 122/28 ff.; dazu *Classen*, in: *Recht der Europäischen Union* (o. Fn. 79), Art. 17 AEUV, Rn. 56 f.

¹¹⁷ EGMR, U. v. 9.7.2013 – 2330/09 (*Sindicatul „Păstorul cel Bun“*), § 162 ff.; zuvor §§ 142 ff. zur Qualifikation von Geistlichen als Arbeitnehmer.

¹¹⁸ EGMR, U. v. 21.4.2009 – 68959/01 (*Enerji Yapı-Yol Sen*), § 24.

¹¹⁹ BAG, in: *NZA* 2013, S. 448 (463 ff.).

¹²⁰ Dazu EGMR, U. v. 9.7.2013 – 2330/09 (*Sindicatul „Păstorul cel Bun“*), § 133.

¹²¹ Im Vorfeld der BAG-Entscheidungen dazu *Christian Walter*, *Kirchliches Arbeitsrecht vor den europäischen Gerichten*, in: *ZevKR* 57 (2012), S. 233 (261).

¹²² A. a. aber offenbar EuGH, U. v. 18.4.2018 – Rs. C-414/16 (*Egenberger*), Rn. 50; ebenso *Söbbeke-Krajewski*, *Acquis Communautaire* (o. Fn. 10), S. 177, wohl auch *de Wall*, *Zur aktuellen Lage des Religionsrechts der Europäischen Union* (o. Fn. 80), S. 319 ff., für den Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG zwingend ist.

die Staaten Arbeitgebern, deren „Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen“ beruht, erlauben, unter bestimmten Voraussetzungen von ihren Arbeitnehmern die Zugehörigkeit zur betreffenden Religion bzw. Weltanschauung sowie ein „loyales und aufrichtiges“ Verhalten im Sinne des Ethos der Organisation verlangen. Auch dürfen kirchliche Arbeitgeber nach Art. 9 i.V.m. Art. 11 EMRK zur Sicherung ihrer Glaubwürdigkeit von ihren Beschäftigten die Beachtung bestimmter religionsgemeinschaftlicher Vorgaben auch im Bereich der Lebensführung¹²³ sowie die Zugehörigkeit zur Religionsgemeinschaft verlangen.¹²⁴

42 Allerdings ist dabei auch die Nähe der Tätigkeit zum Verkündigungsauftrag der jeweiligen Religionsgemeinschaft zu berücksichtigen. Im Unionsrecht ist dies mit Blick auf die Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zur Religionsgemeinschaft ausdrücklich in der Richtlinie verankert (Art. 4 Abs. 2 UAbs. 1). Danach muss die Zugehörigkeit – wenn auch „angesichts des Ethos der Organisation“ – eine „wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung“ bilden.¹²⁵ Das ist plausibel, weil es insoweit um die persönliche Überzeugung geht. Der Verweis auf das Ethos erlaubt dem Arbeitgeber ein weites Verständnis unter Einschluss auch aller Beschäftigten von Einrichtungen, die unmittelbar karitativ tätig sind wie Ärzte und Pfleger in einem christlichen Krankenhaus.¹²⁶ Im Gegensatz zum Wortlaut des diese Norm umsetzenden § 9 AGG mit seinem Hinweis auf das religionsgemeinschaftliche Selbstbestimmungsrecht wird hier eine auch objektiv nachvollziehbare tätigkeitsbezogene Differenzierung gefordert.¹²⁷

¹²³ EGMR, U. v. 23.9.2010 – 425/03 (Obst), §§ 48 ff., sowie 1620/03 (Schüth), §§ 58 ff.

¹²⁴ Zu einer Kindergartenerzieherin EGMR, U. v. 3.2.2011 – 18136/02 (Siebenhaar), §§ 44 f.

¹²⁵ EuGH, U. v. 18.4.2018 – Rs. C-414/16 (Egenberger), Rn. 62 ff. Dazu *Abbo Junker*, Gleichbehandlung und kirchliches Arbeitsrecht – Ein deutscher Sonderweg endet vor dem EuGH, in: NJW 2018, S. 1850 ff.; *Claus Dieter Classen*, Kirchliches Arbeitsrecht unter europäischem Druck, in: EuR 2018, S. 752 ff.; *Hermann Reichold / Peter Beer*, Eine „Abmahnung“ des EuGH mit Folgen, in: NZA 2018, S. 681 ff.

¹²⁶ Zweifelnd allerdings EuGH, U. v. 11.9.2018 – Rs. C-68/17 (IR), Rn. 58 f. Zu eng daher *Peter Wedde*, in: AGG, hg. von Wolfgang Däubler / Martin Bertzbach, 4. Aufl. 2018, § 9, Rn. 57; *Jobst-Hubertus Bauer / Steffen Göpfert / Jens Günther Krieger*, AGG, 3. Aufl. 2011, § 9, Rn. 15a.

¹²⁷ EuGH, U. v. 18.4.2018 – Rs. C-414/16 (Egenberger), Rn. 62 ff.; *Classen*, in: Recht der Europäischen Union (o. Fn. 79), Art. 17, Rn. 61 f.; *Torsten v. Roetteken*, AGG, Januar 2016, Art. 9, Rn. 35. Kritisch zur Umsetzung daher

Mit Blick auf die – rein verhaltensbezogene, in anderen Sprachfassungen allerdings im Vergleich zum Deutschen abweichend formulierte¹²⁸ – Ausrichtung der Lebensführung an religiösen Geboten hingegen enthält Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2 der Richtlinie keine Differenzierung. Allerdings steht auch diese Befugnis unter dem einen Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit und damit nicht zuletzt der Kohärenz.¹²⁹ Der EGMR verlangt ohnehin, sowohl die „Verkündungsnähe“ der Tätigkeit¹³⁰ als auch – umfassend – die persönlichen Lebensumstände¹³¹ in die vom staatlichen Gericht vorzunehmende Abwägung einzustellen. Diese ist bei konkreten Anhaltspunkten für eine Beschädigung der Glaubwürdigkeit der Religionsgemeinschaft zu deren Gunsten ausgegangen,¹³² anderenfalls gegen sie.¹³³ Schließlich muss in beiden Fällen die Entscheidung des kirchlichen Arbeitgebers von den staatlichen Gerichten überprüft werden können (dazu sogleich unter Rn. 44–46).

Monika Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, hg. von Rudi Müller-Glöge u. a., 18. Aufl. 2018, § 9 AGG, Rn. 3. Weitergehend, den Unterschied zwischen UAbs. 1 und 2 übergehend (Kirchen dürfen mit Hinweis auf die „christliche Dienstgemeinschaft“ umfassend Anforderungen an ihre Mitarbeiter stellen) etwa *de Wall*, Zur aktuellen Lage des Religionsrechts der Europäischen Union (o. Fn. 80), S. 319; *Michael Germann / Heinrich de Wall*, Kirchliche Dienstgemeinschaft und Europarecht, in: Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa. Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer, hg. von Rüdiger Krause / Winfried Veelken / Klaus Vieweg, 2004, S. 549 (576); *Gregor Thüsing*, in: Münchener Kommentar zum BGB, hg. von Franz-Jürgen Sacker u. a., 7. Aufl. 2015, § 3 AGG, Rn. 13; ebenso zum GG, ohne Erwähnung des Unionsrechts, BVerfGE 137, 273 (310 ff.).

¹²⁸ Die französische Fassung fordert „une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation“ – also Haltung, nicht Verhalten.

¹²⁹ EuGH, U. v. 11. 9. 2018 – Rs. C-68/17 (IR), Rn. 58 f. Zurückhaltend demgegenüber zuvor BVerfGE 137, 273 (336 ff.) zum gleichen Fall.

¹³⁰ Dazu EGMR, U. v. 23. 9. 2010 – 425/03 (Obst), § 48, sowie 1620/03 (Schüth), § 69; U. v. 3. 2. 2011 – 18136/02 (Siebenhaar), § 44.

¹³¹ Dazu EGMR, U. v. 23. 9. 2010 – 1620/03 (Schüth), § 67; U. v. 3. 2. 2011 – 18136/02 (Siebenhaar), § 44; vgl. auch U. v. 23. 9. 2010 – 425/03 (Obst), § 49.

¹³² EGMR, U. v. 23. 9. 2010 – 425/03 (Obst), § 48; U. v. 3. 2. 2011 – 18136/02 (Siebenhaar), §§ 44 f.

¹³³ EGMR, U. v. 23. 9. 2010 – 1620/03 (Schüth), § 67. Insgesamt dazu etwa *Jacob Joussen*, Die Folgen des Mormonen- und des Kirchenmusikerfalls für das kirchliche Arbeitsrecht in Deutschland, in: RdA 2011, S. 173 ff.

6. Rechtsschutz

- 44** Zu einer Rechtsordnung, die ihren Namen verdient, gehört auch effektiver Rechtsschutz. Dementsprechend kommen den entsprechenden Garantien nach Art. 6 und 13 EMRK sowie Art. 47 EU-GRC in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich fundamentale Bedeutung zu. Dabei ist die auch in Deutschland seit langem umstrittene Frage, ob auf Kirchenrecht gegründete Ansprüche von Beschäftigten der Kirchen als ein „Recht“ im Sinne der Rechtsschutzgarantien anzusehen sind, allein mit Blick auf Art. 6 EMRK bedeutsam, denn die unionsrechtliche Garantie kommt nur bei materiell unionsrechtlichen Streitigkeiten ins Spiel (Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV, Art. 47 EU-GRC). Der EGMR war bisher nur mit statusrechtlichen Ansprüchen von Beschäftigten befasst und hat negativ geantwortet.¹³⁴ Dies überzeugt nicht, sind doch auch in anderen Zusammenhang Rechtsakte nicht staatlicher Akteure unstreitig von Art. 6 EMRK erfasst wie Ansprüche aus privatrechtlichen Verträgen oder aus Vereinssatzungen.
- 45** Zur Nachprüfung kirchlicher Entscheidungen durch staatliche Gerichte hat das BVerfG jüngst deren verfassungsrechtliche Grenzen – auch im Lichte der EMRK – betont.¹³⁵ Tatsächlich aber betont der EGMR nicht nur die Bedeutung gerichtlicher Kontrolle überhaupt,¹³⁶ sondern – auch bei Akzeptanz gewisser Grenzen¹³⁷ – recht stark die Notwendigkeit einer umfassenden Abwägung.¹³⁸ Der EuGH wiederum betont im Kontext des Antidiskriminierungsrechts, dass die Gerichte kirchliche Entscheidungen der Kirchen nach objektiven Kriterien nachprüfen können müssen.¹³⁹
- 46** Schließlich stellt sich die Frage, ob ein Rechtsschutzanspruch auch durch Kirchengerichte befriedigt werden kann. Wegen der wenn auch abzulehnenden Judikatur des EGMR zu kirchenrechtlichen Ansprü-

¹³⁴ EGMR, B. v. 30.1.2001 – 40224/98 (Dudová); B. v. 6.11.2011 – 39775/04 (Roland Reuter); B. v. 17.1.2012 – 32741/06 u.a. (Dieter Reuter); U. v. 14.9.2017 – 56665/09 (Károly Nagy).

¹³⁵ BVerfGE 137, 273 (320 ff.). Das anders akzentuierte Urteil im Fall Schüth (o. Fn. 133) wird zu Unrecht allein als durch besondere Umstände des Einzelfalls gerechtfertigt angesehen (S. 328 f.).

¹³⁶ EGMR, U. v. 23.9.2010 – 425/03 (Obst), § 45, sowie 1620/03 (Schüth), § 59; GK, U. v. 12.6.2014 – 56030/07 (Fernandez Martínez), §§ 147 ff.

¹³⁷ EGMR, U. v. 23.9.2010 – 425/03 (Obst), § 49.

¹³⁸ EGMR, U. v. 23.9.2010 – 1620/03 (Schüth), §§ 67 ff.

¹³⁹ EuGH, U. v. 18.4.2018 – Rs. C-414/16 (Egenberger), Rn. 45 ff.; U. v. 11.9.2018 – Rs. C-68/17 (IR).

chen (s. eben Rn. 44) stellt sie sich allein im Unionsrecht, kann im Kontext des Antidiskriminierungs- und des Datenschutzrechts aktuell werden und ist dort negativ zu beantworten. Unionsrechtlich fundierte Rechtsschutzansprüche müssen durch Gerichte befriedigt werden, die dem EuGH Vorlagefragen stellen können, und das sind nach Art. 267 AEUV nur „mitgliedstaatliche Gerichte“¹⁴⁰. Kirchlicher Rechtsschutz wird damit nicht prinzipiell ausgeschlossen, doch muss anschließend staatlicher Rechtsschutz eröffnet sein.

V. Ausblick

Insgesamt unterliegt das Staatskirchenrecht zwar in durchaus beachtlichem Ausmaß europarechtlichen Einflüssen. Substantielle Veränderungen wurden dadurch bislang jedoch jenseits arbeitsrechtlicher Fragestellungen nicht herbeigeführt und sind auch künftig nicht generell zu erwarten. Die religionsrechtliche Judikatur des EGMR hat zwar einen beachtlichen Umfang angenommen, doch wurden dadurch keine grundlegenden Änderungen im deutschen Recht ausgelöst. Vielfach hat sich die Rechtsprechung des EGMR ähnlich wie die des BVerfG entwickelt, und im Übrigen setzt die den Mitgliedstaaten zuerkannte „margin of appreciation“ (s. o. Rn. 11) einem Einfluss Grenzen. Ob im Unionsrecht Gleiches durch Art. 17 AEUV bewirkt wird, ist noch offen. Einschlägige Entscheidungen des EuGH zeigen jedenfalls, dass er der Religionsfreiheit offenbar nicht die Bedeutung zumisst, die er etwa dem Datenschutzgrundrecht hat zuteil werden lassen. Aus beider Perspektive sind in Deutschland bedeutende Einflüsse bisher nur mit Blick auf die recht großzügige Judikatur des BVerfG zu Loyalitätspflichten von Beschäftigten von Religionsgemeinschaften absehbar, die sich nicht aufrechterhalten lässt. Die Auswirkungen des neuen europäischen Datenschutzrechts sind noch nicht zu übersehen.

47

¹⁴⁰ EuGH, U. v. 6.3.2018 – Rs. 284/16 (Achmea BV), Rn. 43 ff. Näher *Clas-sen*, Verwirklichung des Unionsrechts (o. Fn. 67), S. 126 ff. Übergangen von *Hense*, in: Sydow (o. Fn. 91), Art. 91, Rn. 30. Siehe auch *Fabian Wittreck*, → § 77, Rn. 84.

§ 12

Völkerrecht und Staatskirchenrecht

Von Christian Hillgruber

I. Einführung: Die historische Entwicklung	1–5
II. Religionsfreiheit als universelles Menschenrecht	6–25
1. Minderheitenschutz und Allgemeine Erklärung der Menschenrechte	6
2. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte	7–25
a) Schutzbereich	10–15
b) Einschränkungbarkeit	16–22
c) Elterliches Erziehungsrecht	23
d) Minderheitenschutz	24
e) Sonderberichterstatte	25
III. Die Garantie der Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK	26–50
1. Wirkung in der deutschen Rechtsordnung	27
2. Schutzbereich	28–37
a) Individuelle Religionsfreiheit	28–31
b) Korporative Religionsfreiheit	32–37
3. Einschränkungbarkeit	38–43
4. Verhältnis von individueller und korporativer Religionsfreiheit	44
5. Schutzpflichten	45
6. Staatskirchenrechtliche Spielräume der Mitgliedstaaten	46–50
IV. Die Völkerrechtssubjektivität des Heiligen Stuhls	51–56
V. Internationale Zusammenschlüsse evangelischer Kirchen	57

I. Einführung: Die historische Entwicklung

- 1 Jahrhundertlang wies das Völkerrecht nur dadurch eine direkte Beziehung zu Kirche und Religion auf, dass der Heilige Stuhl seit dem Mittelalter als Völkerrechtssubjekt eine allgemein anerkannte Rolle in der internationalen Gemeinschaft spielte, die bis heute praktisch unangefochten ist. Diese Tatsache macht einerseits deutlich, dass das Völkerrecht entgegen einer Engführung in der Völkerrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts schon früher andere Rechtssubjekte als Staaten gekannt hat. Andererseits ist aber doch nicht zu übersehen, dass die Anerkennung der Völkerrechtssubjektivität des Heiligen Stuhls sich ursprünglich nicht allein, ja nicht einmal in erster Linie der geistlichen Autorität des Papstes verdankte, sondern eben auch dem Umstand, dass er – in temporalibus – als bedeutsamer weltlicher Herrscher den Staaten durchaus vergleichbare, territorial radizierte politische Macht besaß, die ihn zu einem Mitspieler im internationalen Konzert der Mächte machte. Das Völkerrecht honorierte mit der Zuerkennung eigener Völkerrechtssubjektivität an den Heiligen Stuhl also anfänglich weniger die weltreligiöse Bedeutung der apostolischen Amtsvollmacht als vielmehr die damit verbundene weltliche Macht. Der Zusammenhang zur Religion war daher doch eher äußerlich.
- 2 Die Völkerrechtsgemeinschaft ist zu keiner Zeit auf einen exklusiven Club christlicher Staaten beschränkt gewesen, es hat vielmehr stets mehr oder weniger intensive zwischenstaatliche Kontakte zu außereuropäischen nichtchristlichen Mächten gegeben, die völkerrechtlicher Natur waren. So stellen die von den italienischen Hafenstädten bei muslimischen Herrschern akkreditierten „Consules“ eine der ersten Erscheinungsformen ständiger Diplomatie dar.¹ Dies zeigt exemplarisch, dass selbst grundlegende Institutionen des modernen Völkerrechts, die gemeinhin als genuin europäisch gelten, möglicherweise gerade in der Begegnung des lateinischen Abendlandes mit anderen, außereuropäischen Kulturen entstanden sind, jedenfalls aber sich auch und gerade bei dieser Begegnung als brückenbildende, rechtskulturelle Errungenschaft von allgemeiner, religionsunabhängiger Gültigkeit bewährt haben.
- 3 Im Zeitalter der Entdeckungen entsteht – auf der Grundlage der Gleichberechtigung! – ein allmählich immer engmaschiger werden-

¹ *Wilhelm G. Grewe*, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 1984, S. 41 f. m. w. N.

des Netzwerk völkerrechtlicher Beziehungen der europäischen Seemächte mit außereuropäischen, überseeischen Mächten und Völkern.² Es ist daher auch kein Zufall, dass es die spanischen Völkerrechtsschreiber, allen voran *Vitoria*, gewesen sind, die die internationale Gemeinschaft „ohne Rücksicht auf Geographie, Rasse oder Religion an die Stelle der Christenheit gesetzt“ haben.³ Unstreitig ist die europäische („christliche“) Völkerrechtsordnung der kulturell homogenen abendländischen Staatenwelt wesentlich dichter geknüpft. Aber es gibt eben doch bereits ansatzweise, über die engere europäische Staatengemeinschaft hinausweisend, in Idee und Praxis eine potentiell weltweit angelegte Völkerrechtsgemeinschaft. „Das Verhältnis von engerer und weiterer Völkerrechtsgemeinschaft im spanischen Zeitalter lässt sich vor diesem Hintergrund dahingehend beschreiben, dass es nur im räumlichen und geistigen Bereich der christlich-abendländischen Völkerfamilie eine voll entwickelte und institutionell abgestützte Völkerrechtsordnung gab, jenseits dieses Bereichs [aber nur] einen völkerrechtlichen Verkehr, in dem es [zwar] auf Verträge gegründete Beziehungen – vor allem auf dem Gebiete des Handels-, des Niederlassungs- und des Fremdenrechts – gab, in dem auch allgemeine naturrechtliche Prinzipien galten, aber nicht alle Regeln des in Europa entwickelten Völkerrechts anwendbar waren.“⁴

Auch im sog. französischen Zeitalter, das vom „Droit public de l'Europe“ geprägt wird, hat ein zumindest Teile der außereuropäischen Welt umschließendes und insofern universelles, nicht bloß europäisches Völkerrecht als Zwischenstaatenrecht gegolten. Erst recht trifft dies auf das sog. englische Zeitalter zu, in dem sich das Völkerrecht endgültig zum „international law“ mit universellem Geltungsanspruch weitet. Wenn die europäischen Großmächte im Pariser Frieden von 1856 die Hohe Pforte „der Vorteile des europäischen öffentlichen Rechts für teilhaftig“ erklärten und zum Europäischen Konzert zuließen (Art. VII), so bedeutete dies nicht, wie vielfach behauptet⁵, dass die Türkei erst dadurch Mitglied der Völkerrechtsgemeinschaft im weiteren Sinne geworden wäre; vielmehr war das Os-

4

² Siehe dazu die eindrucksvollen Belege bei *Charles Henry Alexandrowicz*, *An Introduction to the History of the Law of Nations in the East Indies (16th, 17th and 18th centuries)*, 1967; kurze Zusammenfassung bei *Grewe*, *Epochen* (o. Fn. 1), S. 179, 545.

³ *James Brown Scott*, *The Spanish Origin of International Law*, *Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, 1934, S. 283. Dazu kritisch *Grewe*, *Epochen* (o. Fn. 1), S. 175 ff.

⁴ *Grewe*, ebd., S. 180.

⁵ Vgl. nur *Karl-Heinz Ziegler*, *Völkerrechtsgeschichte*, 1994, S. 217 f.

manische Reich bereits längst mit der europäischen Staatenwelt völkerrechtlich eng verbunden.⁶ Es sollte aber nunmehr auch in den Genuss der Vorrechte und Privilegien des mit dem Europäischen Konzert verknüpften, regionalen europäischen Sondervölkerrechts kommen, indem es durch Kooptation in den Kreis der zur Entscheidung der „großen“ territorialen und sonstigen Statusfragen zuständigen europäischen Großmächte aufgenommen wurde.

- 5 Im Übrigen war das Verhältnis der Staaten zu den auf ihrem Territorium beheimateten Religionen und Religionsgemeinschaften eine klassische innere Angelegenheit; in diese *domaine réservé* hatten sich andere Staaten nicht einzumischen. Anders hat sich die internationale Gemeinschaft im Zeitalter des Konzerts der europäischen Großmächte nur bei neuen, durch Kooptation in sie aufgenommenen Staaten positioniert: So machte der Berliner Kongress 1878 Montenegro, Rumänien und Serbien die innerstaatliche Gewährleistung der Freiheit des religiösen Bekenntnisses als statusbestimmende Dauerverpflichtung zur internationalen „Auflage“ (Art. 27, 35 und 44 des Vertrages von Berlin) und die Anerkennung ihrer staatlichen Unabhängigkeit von der Erfüllung dieser aufschiebenden Bedingung abhängig. Hier ging es indes noch nicht wirklich um individuellen menschenrechtlichen Schutz, sondern um den Schutz religiöser Minderheiten, der als Voraussetzung für die Stabilität des neu geschaffenen territorialen status quo angesehen und deshalb auf diese Weise abgesichert wurde. Die Begünstigung der Angehörigen dieser Minderheiten erfolgte nur reflexhaft.⁷ In den Friedensverträgen nach dem Ers-

⁶ So verbündete sich etwa *Franz I.* im 16. Jahrhundert mit der Pforte gegen Kaiser *Karl V.*, um eine habsburgisch-spanische Universalmonarchie zu verhindern.

⁷ Offiziell begründet wurde die Auflage indes mit allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen der europäischen Staatengemeinschaft (siehe die Nachweise bei *Christian Hillgruber*, Die Aufnahme neuer Staaten in die Völkerrechtsgemeinschaft, 1998, S. 66 f.). Dies deckt sich mit einer in der zeitgenössischen Völkerrechtsliteratur vertretenen Ansicht, derzufolge „in einem völkerrechtlichen Verbands, wie der Europäische ist, vorausgesetzt werden [darf], daß kein Staat einem Menschen und namentlich den Unterthanen eines anderen Staates jeden rechtlichen Schutz ihrer Person oder ihrer Habe entziehen oder überhaupt irgend einen Menschen als völlig rechtlos behandeln werde, indem man sich im Gegenfalle einer christlich gesitteten Gemeinschaft unwürdig zeigen und davon ausschließen würde“ (*August Wilhelm Heffter / Friedrich Heinrich Geffcken*, Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen, 8. Aufl. 1888, § 58a, S. 132). Schon Ende des 19. Jahrhunderts war diese naturrechtliche Auffassung jedoch verpönt. So merkte *Geffcken* (a. a. O., Fn. 1) zu dieser Aussage *Heffters* kritisch an: „Diese ganze Aussage über Menschenrechte gehört nicht ins Völkerrecht, sondern in die Politik und Rechtsphilosophie, denn [...] die Indivi-

ten Weltkrieg wurden den (Neu-)Staaten im mittleren und östlichen Europa Verpflichtungen zum *Minderheitenschutz* auferlegt, insbesondere die Gewährleistung der individuellen Freiheitsrechte gegenüber allen Staatsangehörigen auf der Basis der Gleichberechtigung und eines strikten Diskriminierungsverbots wegen der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit; dies schloss namentlich die diskriminierungsfreie Ausübung der Religion ein. Darüber hinaus war den Minderheitenangehörigen u.a. die Möglichkeit einzuräumen, die zu ihrer nationalen und religiösen Identitätswahrung erforderlichen Einrichtungen zu schaffen.⁸

II. Religionsfreiheit als universelles Menschenrecht

1. Minderheitenschutz und Allgemeine Erklärung der Menschenrechte

Erst nach dem Zweiten Weltkrieg ist das Verhältnis von Staat und Religion sub specie Menschenrechtsschutz, der den Minderheitenschutz der Zwischenkriegszeit als Bezugspunkt und Schutzsystem ablöste, zu einem Thema auch des internationalen Rechts geworden. Das Völkerrecht begann, sich der bis dahin vollständig mediatisierten Staatsangehörigen unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten anzunehmen. Diese Entwicklung setzt mit der Charta der Vereinten Nationen von 1945 und der auf dieser Grundlage von der Generalversammlung am 8.12.1948 angenommenen Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) ein. Schon in Art. 1 Ziff. 3 der Charta hatten sich die UN-Mitgliedstaaten dem Ziel verschrieben, „die allgemeine Achtung und Verwirklichung der Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion“ zu fördern. War die auf dieser Grundlage zunächst erarbeitete Allgemeine Erklärung der Menschenrechte noch völkerrechtlich unverbindlich und formulierte – ausweislich der Präambel – „as a common standard of achievement for all peoples and all nations“ lediglich ein zwar schon proklamiertes, aber erst noch zu erreichendes Ideal, so schuf der 1966 angenommene und zehn Jahre später in Kraft getretene UN-Pakt über

6

den nehmen nur als Angehörige von Staaten Theil an dem rechtlich geordneten Verkehr.“

⁸ Vgl. *Kristin Henrard*, Minorities, International Protection, in: *Encyclopedia of Public International Law*, 2012, Rn. 30–36, insbes. 33.

bürgerliche und politische Rechte (IPbpr⁹) verbindliches Völkervertragsrecht, mit dem die klassischen Grundrechte des Menschen weltweite internationale Anerkennung gefunden haben.

2. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte

- 7 Der gegenwärtig von 167 Staaten ratifizierte und damit für etwa vier Fünftel aller Staaten geltende Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte garantiert auch die Religionsfreiheit (Art. 18). Bei der Auslegung dieser Vertragsbestimmung ist zu beachten, dass die Vertragspartner eines völkerrechtlichen Vertrages vorbehaltlich der Unterwerfung unter eine mit verbindlicher Entscheidungsgewalt ausgestattete unabhängige Instanz Herren der Interpretation des von ihnen geschlossenen Vertrages bleiben. Das gilt auch für den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte.¹⁰ Der auf der Grundlage des Art. 28 IPbpr eingesetzte Menschenrechtsausschuss hat zwar die von den Vertragsstaaten zu erstattenden Berichte über die Menschenrechtslage zu prüfen (Art. 40 Abs. 4 IPbpr) und insofern die Einhaltung des IPbpr zu überwachen. Ihm fehlt jedoch die Befugnis zur verbindlichen Interpretation der Vertragsbestimmungen; das gilt auch für die an die Vertragsstaaten gerichteten und veröffentlichten „Allgemeinen Bemerkungen“. Er kann im Übrigen weder im Staatenbeschwerdeverfahren (Art. 41 IPbpr) noch im fakultativen Individualbeschwerdeverfahren (vgl. Art. 5 Abs. 4 des Ersten Fakultativprotokolls¹¹), das zur Zeit 114 Vertragsstaaten akzeptiert haben, bindende Entscheidungen treffen.
- 8 Dessen ungeachtet wird man unter dem Vorbehalt, dass es bisher nur wenig Praxis gibt¹² und die korporative Dimension der Religi-

⁹ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 19.12.1966, BGBl. 1973 II S. 1553.

¹⁰ Siehe zum Folgenden näher *Bernhard Kempen / Christian Hillgruber*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2012, 10. Kap., Rn. 26–28.

¹¹ Fakultativprotokoll zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 19.12.1966, BGBl. 1992 II S. 1246.

¹² Dies beruht nicht zuletzt auf dem Umstand, dass das Individualbeschwerdeverfahren nach dem Zusatzprotokoll nach dem von vielen Staaten angebrachten Vorbehalt zu Art. 5 Abs. 2 Buchst. a nur betrieben werden kann, wenn die Sache nicht Verfahrensgegenstand eines anderen Streitbeilegungsverfahrens ist oder war. Daher hindert die Inanspruchnahme regionalen Menschenrechtsschutzes die Befassung des Menschenrechtsausschusses nach dem IPbpr.

onsfreiheit nach Art. 18 IPbpR noch nicht ausgelotet ist, mit dem Menschenrechtsausschuss diese Garantie materiellrechtlich durchaus als „far-reaching and profound“ qualifizieren können.¹³ Der fundamentale Charakter der von den Signatarstaaten übernommenen Verpflichtung zur Achtung und Gewährleistung (siehe Art. 2 Abs. 1 IPbpR) der Religionsfreiheit zeigt sich nicht zuletzt darin, dass sie selbst in Zeiten öffentlichen Notstands nicht suspendiert werden kann, also notstandsfest ist (siehe Art. 4 Abs. 2 IPbpR). Im Übrigen dürfen Notstandsmaßnahmen, um paktkonform zu sein, keine Diskriminierung wegen der Religion enthalten. Auch dies unterstreicht die Bedeutung eines universellen menschenrechtlichen Anspruchs auf für alle gleiche Religionsfreiheit.

Es ist bemerkenswert, dass sich die Staaten ungeachtet ihrer höchst unterschiedlichen Haltung hinsichtlich ihres Verhältnisses zu Religion, die von Atheismus über Laizismus bis hin zur Identifikation in Gestalt einer Staatsreligion reicht, überhaupt auf eine völkerrechtlich bindende Garantie von Religionsfreiheit verständigen konnten.¹⁴ Und obwohl die Religionsfreiheit sich weltweit betrachtet durchaus in einer Vielzahl von Staaten zum Teil erheblichen Einschränkungen ausgesetzt sieht, sind zu Art. 18 IPbpR von den Vertragsstaaten keine Vorbehalte angebracht und nur eine einzige Interpretationserklärung abgegeben worden.¹⁵ Dabei muss allerdings beachtet werden, dass die Reichweite des definitiven Schutzes der Religionsfreiheit sich erst unter Berücksichtigung der potentiell weitreichenden Einschränkungsmöglichkeiten nach Art. 18 Abs. 3 IPbpR ergibt.

9

a) Schutzbereich

Das Recht auf Religionsfreiheit (Art. 18 Abs. 1 S. 1 IPbpR) umfasst die Freiheit, eine Religion nach eigener Wahl zu haben oder anzunehmen, und die Freiheit, seine Religion allein oder in Gemeinschaft

10

¹³ General Comment 22/48 v. 30.7.1993, § 1, abgedr. in: *Manfred Nowak*, CCPR Commentary, 2. Aufl. 2005, Appendix, S. 1117.

¹⁴ Siehe dazu auch *Nowak*, ebd., Art. 18, Rn. 2. Diskussionen gab es im Menschenrechtsausschuss lediglich über ein Recht auf Missionierung, das entgegen dem Willen einiger Staaten nicht ausdrücklich garantiert wurde.

¹⁵ Mexikos Erklärung, die sich auf Einschränkungen der öffentlichen Religionsausübung und die nicht offizielle Anerkennung der Ausbildung Geistlicher in Priesterseminaren bezieht, ist abgedr. in: *Nowak*, ebd., Appendix, S. 953.

mit anderen, öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Beachtung religiöser Bräuche, Ausübung („Praktiken“) und Unterricht zu bekunden (Art 18 Abs. 1 S. 2 IPbpr). Die Bekenntnisfreiheit ist damit vom Schutzbereich her denkbar weit gefasst.¹⁶ Insbesondere der Begriff der „practice“ („pratiques“) geht deutlich über die Kultusfreiheit hinaus und erfasst alle von religiöser Überzeugung angeleitete Verhaltensweisen unterschiedlichster Art. Die religiöse Unterweisung durch Unterricht wird ausdrücklich ebenfalls unter den Schutz der Religionsfreiheit gestellt. Im Übrigen dürften religiös motivierte Meinungsäußerungen unter die Meinungsfreiheit nach Art. 19 IPbpr fallen, religiöse Versammlungen den Schutz der Versammlungsfreiheit (Art. 21 IPbpr) und religiöse Vereinigungen den der Vereinigungsfreiheit (Art. 22 IPbpr) genießen, wobei die religiöse Dimension jeweils zu einer Schutzverstärkung führen dürfte.

- 11 Das Recht auf Innehabung oder Annahme einer Religion ist gegen jede Form staatlichen Zwangs als Abwehrrecht absolut geschützt (Art. 18 Abs. 2 IPbpr). Der Staat darf diese Freiheit unter keinen Umständen beeinträchtigen.¹⁷ Weil und soweit die geglaubte Religion gemeinschaftlich verfasst ist, schließt die Freiheit der Religionsannahme auch die Vereinigung mit anderen Gleichgesinnten zu einer Religionsgemeinschaft bzw. den Beitritt zu einer bestehenden Religionsgemeinschaft ein. Hier besteht ein erster Ansatzpunkt für ein auch korporatives Verständnis der im Ausgangspunkt allein individuell menschenrechtlichen Garantie der Religionsfreiheit nach Art. 18 IPbpr. Einen zweiten Anknüpfungspunkt liefert die Freiheit zu religiösem Bekenntnis, „either individually or in community with others“. Allerdings ist die kollektive Ausübung der Religionsfreiheit nicht mit korporativer Religionsfreiheit identisch. Indes spricht die Anerkennung der Religionsfreiheit als einer auf Gemeinschaft mit anderen angelegten auch für einen Schutz der verfassten Ausübungsgemeinschaft als solcher. „This means that religious societies as juridical persons are also entitled to a human right to the exercise of their belief, enabling them to submit an individual communication in the event this is violated.“¹⁸

¹⁶ Vgl. General Comment 22/48 (o. Fn. 13) § 3: „encompasses a broad range of acts“.

¹⁷ Siehe auch General Comment 22/48, ebd., § 3.

¹⁸ Nowak, CCPR Commentary (o. Fn. 13), Art. 18, Rn. 7. Siehe auch General Comment 22/48 (o. Fn. 13), § 4: „the practice and teaching of religion or belief includes acts integral to the conduct by religious groups of their basic affairs, such as the freedom to choose their religious leaders, priests and

Eine indirekte Bestätigung erfährt diese Auslegung durch Art. 6 der „Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion and Belief“ vom 25.11.1981¹⁹, die einige Ausübungsmodalitäten der Religionsfreiheit aufzählt, darunter auch solche, die sinnvoll nur von einer Religionsgemeinschaft wahrgenommen werden können (wie Schaffung von zum Gottesdienst bestimmten Räumlichkeiten und karitativer Einrichtungen; die Bestimmung geeigneter Führungskräfte nach den Erfordernissen und Standards der jeweiligen Religion; Empfang freiwilliger finanzieller Zuwendungen von Einzelpersonen und Institutionen; Kommunikation mit Individuen und Gemeinschaften in Fragen der Religion und des Glaubens auf nationaler wie internationaler Ebene). Diese Generalversammlungsresolution ist zwar als solche unverbindlich, aber wegen ihrer Bezugnahme auf den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte als Minimumstandard in der Präambel und in Art. 8 wohl doch als Auslegungshilfe anwendbar.

12

Anders als nach Art. 18 AEMR nicht ausdrücklich gewährleistet ist die Freiheit zum Glaubens- bzw. Religionswechsel. Sie stieß auf unterschiedenen Widerstand muslimischer Staaten, die darin eine Ermutigung zu missionarischer Tätigkeit erblickten. Angesichts dessen ist durchaus zweifelhaft, ob man die in Art. 18 IPbpr verbürgte „freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice“ als eine wiederholt und gegenläufig ausübbar verstehen darf.²⁰

13

Die Freiheit, seine Religion *privat* auszuüben, unterliegt ebenso wenig einer staatlicher Befugnis zur Einschränkung wie die Freiheit, sich für einen religiösen Glauben zu entscheiden.²¹ Sie gehört viel-

14

teachers, the freedom to establish seminaries or religious schools and the freedom to prepare and distribute religious texts or publications.“

¹⁹ United Nations, General Assembly, A/RES/36/55.

²⁰ Anders *Nowak*, CCPR Commentary (o. Fn. 13), Art. 18, Rn. 13 m. w. N. in Fn. 36: „Even though this formulation was intended to mitigate the HR Comm draft, there can be no doubt that the freedom to adopt a religion of one's own choice includes the right to withdraw one's membership in one religious society and join another“. Auch der Menschenrechtsausschuss (General Comment 22/48 [o. Fn. 13], § 5) ist der Auffassung, „that the freedom to 'have or to adopt' a religion or belief necessarily entails the freedom to choose a religion or belief, including the right to replace one's current religion or belief with another or to adopt atheistic views, as well as the right to retain one's religion or belief.“ Dann aber wäre auch diese Fassung für islamisch geprägte Staaten, die Abfall vom Islam zu verhindern suchen und sanktionieren, nicht akzeptabel gewesen, und sie hätten wenigstens entsprechende Vorbehalte angebracht, was jedoch nicht geschehen ist.

²¹ So auch *Nowak*, CCPR Commentary (o. Fn. 13), Art. 18, Rn. 20, der dies aus der Systematik der Abs. 1 bis 3 folgert.

mehr, weil und soweit dadurch weder die Rechte und Freiheiten anderer noch schützenswerte Belange der staatlichen Gemeinschaft berührt geschweige denn beeinträchtigt werden, zur staatlicherseits unantastbaren Privatsphäre (zum Recht auf privacy siehe Art. 17 Abs. 1 IPbpr). Der Staat hat die sich in der Religionszugehörigkeit ausdrückende sittliche Persönlichkeit zu achten, er darf auf die Glaubensüberzeugung seiner Bürger nicht mittels Zwang oder Drohung oder anderer unlauterer Mittel zu greifen; Praktiken der Indoktrination oder gar Gehirnwäsche sind ihm untersagt. Hinsichtlich entsprechenden freiheitsbeeinträchtigenden Verhaltens privater Dritter obliegt ihm eine Schutzpflicht. Dagegen kann es in einer pluralistischen Gesellschaft keinen Anspruch darauf geben, nicht mit anderen Glaubensüberzeugungen konfrontiert und dadurch beeinflusst zu werden.

- 15 Der Staat darf seinen Bürgern keine bestimmte Religion vorschreiben oder verbieten. Das hindert ihn allerdings nicht daran, sich selbst mit einer bestimmten Religion oder Konfession im Sinne einer Staatsreligion zu identifizieren, solange nur die Freiheit, einer anderen Religion anzugehören, unangetastet bleibt und die Ausübung dieser Freiheit für Andersgläubige nicht mit diskriminierenden Nachteilen bei der Innehabung und Ausübung anderer bürgerlicher und staatsbürgerlicher Rechte verbunden ist. In diesem Sinne hat der Menschenrechtsausschuss in seinem General Comment zu Art. 18 IPbpr von 1993 ausgeführt: „The fact that a religion is recognized as a state religion or that it is established as official or traditional or that its followers comprise the majority of the population, shall not result in any impairment of the enjoyment of any of the rights under the Covenant, including articles 18 and 27, nor in any discrimination against adherents to other religions or non-believers. In particular, certain measures discriminating against the latter, such as measures restricting eligibility for government service to members of the predominant religion or giving economic privileges to them or imposing special restrictions on the practice of other faiths, are not in accordance with the prohibition of discrimination based on religion or belief and the guarantee of equal protection under article 26.“²² Die nach Art. 18 IPbpr zu gewährleistende Religionsfreiheit kann sich daher mit den unterschiedlichsten staatskirchenrechtlichen Systemen verbinden, ohne deren Auswahl a limine zu präjudizieren.

²² General Comment 22/48 (o. Fn. 13), § 1.

b) *Einschränkbarkeit*

Anders als Religionsausübung, die nur Privatsache ist, kann die Freiheit, eine Religion *öffentlich* durch Gottesdienst, Beachtung religiöser Bräuche, Ausübung und Unterricht zu bekunden, gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen unterworfen werden, die zum Schutz der öffentlichen Sicherheit, Ordnung, Gesundheit, Sittlichkeit oder der Grundrechte und -freiheiten anderer erforderlich sind (Art. 18 Abs. 3 IPbpR). 16

Um nach Art. 18 Abs. 3 IPbpR gerechtfertigt werden zu können, müssen Beschränkungen der Religionsfreiheit ihre Rechtsgrundlage in einem hinreichend bestimmten, ohne weiteres vollzugsfähigen förmlichen Gesetz oder einer gleichwertigen ungeschriebenen Rechtsnorm des common law finden und einem der dort genannten Schutzzwecke zu dienen bestimmt sein. 17

Auch wenn „this limitation clause contains an exhaustive list of all grounds for limitation“²³, sind die darin aufgeführten Gründe legitimer Beschränkung der Religionsfreiheit (Schutz der öffentlichen Sicherheit, Ordnung, Gesundheit, Sittlichkeit oder der Grundrechte und -freiheiten anderer) doch jedenfalls in summa so umfassend, dass praktisch jeder gegenläufige öffentliche Belang prinzipiell geeignet ist, der Religionsausübung in der Öffentlichkeit Grenzen zu setzen.²⁴ 18

Anders als bei der Europäischen Menschenrechtskonvention fehlt es universell an einem gemeinsamen demokratischen Referenzrahmen, nach dem sich über die Notwendigkeit einer Einschränkung der Religionsfreiheit einheitlich entscheiden ließe. Die Legitimität des vom jeweiligen nationalen Gesetzgeber mit der Beschränkung verfolgten Regelungszwecks muss daher mangels eines gemeinsamen, weltweit gültigen internationalen Standards grundsätzlich als gegeben unterstellt werden und es können nur darauf bezogene Verhältnismäßigkeitserwägungen angestellt werden.²⁵ 19

Die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und öffentlichen Ordnung erlauben eine Begrenzung der Religionsfreiheit zur Wahrung der geschriebenen wie ungeschriebenen Rechtsordnung. Darüber 20

²³ Nowak, CCPR Commentary (o. Fn. 13), Art. 18, Rn. 33.

²⁴ A. A. Nowak, ebd., Rn. 36 ff.

²⁵ So auch Nowak, ebd., Rn. 35: „Thus, the relevant criterion for evaluating whether interference is necessary is not a common democratic minimum standard but rather solely whether it was proportional in a given case.“

hinaus sind Kollisionen mit den grundlegenden Rechten und Freiheiten anderer hinreichender Grund zur Beschränkung der Religionsfreiheit. Ganz gleich ob darunter die jeweiligen verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechte oder die Rechte aus dem Pakt zu verstehen sind,²⁶ steht die öffentliche Ausübung der Religionsfreiheit insoweit unter einem weitreichenden Vorbehalt ihrer Kompatibilität mit gleichwertigen und gleichgewichtigen Rechten anderer Individuen.

21 Schließlich kann eine Limitierung der Religionsfreiheit auch auf moralische Gründe („morals“) gestützt werden. Der Menschenrechtsausschuss hat hier allerdings die Einschränkung gemacht, „that the concept of morals derives from many social, philosophical and religious traditions; consequently, limitations on the freedom to manifest a religion or belief for the purpose of protecting morals must be based on principles not deriving exclusively from a single tradition.“²⁷ Indes dürften jedenfalls gesellschaftlich vorherrschende Moralauffassungen – vorbehaltlich der Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – eine prinzipiell taugliche Schranke bilden. Die vom Bundesverfassungsgericht für Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verabschiedete Kulturadäquanzformel²⁸ dürfte international bei Anwendung des Maßstabs des Art. 18 Abs. 3 IPbpr ihre Relevanz und Berechtigung noch nicht eingebüßt haben.

22 Ob auch die Nichtbeachtung allgemeiner gesetzlicher Rechtspflichten unter Berufung auf ein entgegenstehendes religiöses Gewissen Ausübung der durch Art. 18 IPbpr garantierten Religionsfreiheit sein kann, ist zweifelhaft; der Menschenrechtsausschuss (jetzt: der Menschenrechtsrat) ist hier äußerst zurückhaltend. Er hat dies nur für die militärische Dienstleistungspflicht erwogen, insoweit aber mit Rücksicht auf die Wertung des Art. 8 Abs. 3 Buchst. c II IPbpr letztlich verneint.²⁹ Jedenfalls dürfte ein etwaiger Eingriff in die Religionsfreiheit auf der Grundlage des Art. 18 Abs. 3 IPbpr prinzipiell durch die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung ohne weiteres zu rechtfertigen sein, auch wenn die nationale Sicherheit

²⁶ Siehe dazu *Nowak*, ebd., Rn. 44 f.

²⁷ General Comment 22/48 (o. Fn. 13), § 8.

²⁸ BVerfGE 24, 236 (246), wonach Art. 4 Abs. 2 GG Religionsausübung schützt, „soweit sie sich im Rahmen gewisser übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen der heutigen Kulturvölker hält“.

²⁹ Nachweise bei *Nowak*, CCPR Commentary (o. Fn. 13), Art. 18, Rn. 27; kritisch *ders.*, ebd., Rn. 28–30.

als solche kein dort ausdrücklich genannter Zweck ist, der die Einschränkung der Religionsfreiheit zu rechtfertigen vermag.

c) Elterliches Erziehungsrecht

Art. 18 Abs. 4 IPbpR vermittelt Eltern und sonstigen Erziehern das vom Staat zu respektierende Recht, Kinder nach ihrer eigenen Glaubensüberzeugung religiös und moralisch zu erziehen. Es handelt sich dabei um ein reines Abwehrrecht, das keine positiven Handlungspflichten der Signatarstaaten begründet. Die Bestimmung vermittelt daher auch keinen Anspruch auf Religionsunterricht in der öffentlichen Schule; sie verbietet es lediglich, den Eltern die Möglichkeit zu nehmen, privat für eine entsprechende Unterweisung ihrer Kinder Sorge zu tragen; ob dies auch die Freiheit zur Gründung von Privatschulen einschließt, ist nicht zweifelsfrei.³⁰ Sofern ein Staat Religionsunterricht an seinen öffentlichen Schulen vorsieht, muss der Besuch freiwillig sein; es bleibt unbenommen, Religionskunde oder Ethikunterricht abzuhalten, sofern dabei auf die unterschiedlichen religiösen Überzeugungen der Eltern gebührend Rücksicht genommen wird.

23

d) Minderheitenschutz

Die Garantien des Art. 18 EMRK werden ergänzt durch die Bestimmung des Art. 27 IPbpR, die Angehörigen religiöser Minderheiten ausdrücklich das Recht gewährleistet, mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihre eigene Religion zu bekennen und auszuüben. Mit dieser individualrechtlich konzipierten Minderheitenschutzbestimmung wird ein Abwehrrecht begründet. In der Substanz dürfte diese spezielle Garantie der Religionsfreiheit für Minderheitenangehörige nicht wesentlich über die diskriminierungsfrei allen Staatsbürgern in gleicher Weise und in gleichem Umfang zu gewährleistende Religionsfreiheit nach Art. 18 IPbpR hinausgehen. Insbesondere dürfte sie grundsätzlich unter den gleichen Voraussetzungen (siehe Art. 18 Abs. 3 IPbpR) einschränkbar sein.³¹

24

³⁰ Nowak, ebd., Rn. 50–52.

³¹ So auch Christian Tomuschat, Protection of Minorities under Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights, in: Völkerrecht

e) *Sonderberichterstatter*

- 25 Auf der Grundlage der Resolution 1235 (XLII) des Wirtschafts- und Sozialrates der Vereinten Nationen von 1967³² hat der Menschenrechtsausschuss (jetzt: Menschenrechtsrat) als eine Form von „Special Procedures“ besondere Berichterstatter (special rapporteurs) für einzelne thematische oder länderspezifische Fragen des internationalen Menschenrechtsschutzes eingesetzt, darunter den Sonderberichterstatter für Religions- und Weltanschauungsfreiheit. Das Amt besteht seit 1986.³³ Der Sonderberichterstatter, der vom UN-Hochkommissariat für Menschenrechte unterstützt wird, führt die Kommunikation mit Regierungen, denen konkrete Verletzungen der Religionsfreiheit vorgeworfen werden, erstattet Lageberichte zur tatsächlichen Religionsfreiheit in bestimmten Ländern, macht Vorschläge für Abhilfe und soll spezifische Problemlagen identifizieren und zu klären versuchen. Er berichtet regelmäßig über seine Tätigkeit an den Menschenrechtsrat.³⁴ Die Institution des Sonderberichterstatters unterstreicht die Bedeutung, die bei den Vereinten Nationen der Verwirklichung der Religionsfreiheit zugemessen wird, begründet indes weder verfahrens- noch materiellrechtlich zusätzliche völkerrechtliche Verpflichtungen der UN-Mitgliedstaaten.

III. Die Garantie der Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK

- 26 Aufgrund größerer politischer und rechtskultureller Homogenität haben regionale Systeme des Menschenrechtsschutzes ungeachtet des Postulats der Universalität der Menschenrechte größere Erfolgchancen als Bemühungen um einen weltweiten Konsens, der häufig nur der kleinste gemeinsame Nenner sein kann. Als am erfolgreichsten

als Rechtsordnung. Festschrift für Hermann Mosler, hg. von Rudolf Bernhardt / Wilhelm Karl Geck, 1983, S. 966 (1970, 1976); a. A. – „a privileged, unrestricted right“ – Nowak, CCPR Commentary (o. Fn. 13), Art. 27, Rn. 40, 45, 53 f.

³² *Economic and Social Council*, Official Records, UN Doc. E/4393, Supplement 1, Ziff. 17 v. 6. 6. 1967.

³³ Siehe Resolution 1986/20 des Menschenrechtsausschusses v. 10. 3. 1986. Zum gegenwärtigen Mandat siehe Human Rights Council Resolution 6/37 v. 14. 12. 2007. Das Mandat wurde mit Resolution 14/11 v. 18. 6. 2010 um drei Jahre verlängert.

³⁴ Offizielle Homepage: <<https://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomReligion/Pages/FreedomReligionIndex.aspx>>.

und aufgrund seines ausgebauten Rechtsschutzsystems am effektivsten hat sich dabei die im Rahmen des Europarates geschaffene Europäische Menschenrechtskonvention nebst ihrer Zusatzprotokolle erwiesen.

1. Wirkung in der deutschen Rechtsordnung

Die besondere Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für das deutsche Recht und damit auch das deutsche Staatskirchenrecht ergibt sich daraus, dass Behörden und Gerichte die Gewährleistungen der Konvention, die in Deutschland im Rang eines einfachen Bundesgesetzes steht,³⁵ und die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung zu berücksichtigen haben und die Konvention in der Auslegung, die sie durch die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte erfahren hat, – ungeachtet ihres Rangs als nur einfaches Bundesrecht – als Auslegungshilfe auch bei der Interpretation des Grundgesetzes heranzuziehen sein soll und damit die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes vorbehaltlich ausdrücklich entgegenstehenden Verfassungsrechts beeinflusst.³⁶ Im praktischen Ergebnis bedeutet dies gegebenenfalls eine Anreicherung des grundgesetzlichen Grundrechtsschutzes um im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention anerkannte zusätzliche Grundrechtsgehalte, während eine Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz durch die sich selbst als Mindeststandard begreifende (siehe

27

³⁵ Als solche geht die Konvention gemäß Art. 31 GG dem Landesrecht vor und bildet damit zugleich einen unmittelbaren Prüfungsmaßstab für dasselbe; siehe BVerfGE 10, 234 (239).

³⁶ Grundlegend BVerfGE 111, 307 (315 ff.); 148, 296 (350 ff.). Die dogmatische Abstützung dieser interpretatorischen „Hochzonung“ der EMRK über Art. 1 Abs. 2 GG (siehe BVerfGE 111, 307 [329]) steht allerdings auf tönernen Füßen; vgl. *Christian Hillgruber*, Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren, in: JZ 2011, S. 861 (870 f.); *ders.*, Der internationale Menschenrechtsstandard: geltendes Verfassungsrecht? Kritik einer Neuinterpretation des Art. 1 Abs. 2 GG, in: *Iustitia et Pax. Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz*, hg. von Gilbert H. Gornig / Burkhard Schöbener / Winfried Bausback / Tobias H. Irmscher, 2008, S. 123 ff.

Art. 53 EMRK) EMRK ausgeschlossen ist.³⁷ Tatsächlich hat die EMRK und die auf sie bezogene Rechtsprechung des EGMR über die entschiedenen Einzelfälle hinaus eine allgemeine normative Leitfunktion erlangt.

2. Schutzbereich

a) Individuelle Religionsfreiheit

28 Die eng an Art. 18 AEMR angelehnte³⁸ Bestimmung des Art. 9 Abs. 1 EMRK gewährleistet die Religionsfreiheit in einem umfassenden Sinne. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat die Religionsfreiheit als einen der Grundpfeiler einer auf Pluralismus gründenden demokratischen Gesellschaft im Sinne der Konvention charakterisiert³⁹ und zugleich ihre grundlegende, identitätsstiftende Bedeutung für das Individuum unterstrichen: „It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life [...]“. Ihr Schutz geht über die Gewissensfreiheit im Sinne des *forum internum* hinaus und erfasst auch die Religionsausübung in Wort und Tat: „While religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies, inter alia, freedom to ‚manifest [one’s] religion‘. Bearing witness in words and deeds is bound up with the existence of religious convictions.“ Art. 9 EMRK zählt – ebenso wie Art. 18 Abs. 1 IPbPR, nur in anderer Reihenfolge – bestimmte Ausübungsmodalitäten auf (Gottesdienst, Unterricht, Bräuche und Riten). Der Gerichtshof sieht als „fundamental aspects of religious practice“ u. a. „the right to establish places of worship, the right to hold religious services in places accessible to the public, the right to produce, obtain and distribute religious literature, the right to create educational institutions, and the right to maintain contacts for international exchanges and conferences“ an.⁴⁰

³⁷ Schwierigkeiten ergeben sich bei der Anwendung dieses Günstigkeitsprinzips allerdings in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen, namentlich bei Grundrechtskollisionen.

³⁸ Zur Entstehungsgeschichte siehe *Christoph Grabenwarter*, in: *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, 22. Aktualisierung 2018, Art. 9, Rn. 5–9.

³⁹ EGMR, *Kokkinakis / Griechenland*, U. v. 25.5.1993, Nr. 14307/88, § 31.

⁴⁰ EGMR, *Zeugen Jehovas von Moskau u. a. / Russland*, U. v. 10.6.2010, Nr. 302/02, § 102.

Zu den religiösen Gebräuchen rechnet auch das Tragen religiös vorgeschriebener Kleidung⁴¹, religiös begründete Haar- und Barttracht, das Einhalten religiöser Speisevorschriften sowie die Beachtung religiös vorgegebener Ruhezeiten. „Unterricht“ meint jede Art der Vermittlung von Glaubensinhalten; Art. 9 Abs. 1 EMRK schützt damit auch die Glaubenswerbung (Missionierung). Ohne diese wäre auch der ausdrücklich garantierte Glaubenswechsel praktisch kaum vorstellbar.⁴² Das Recht auf Glaubenswechsel schließt im Übrigen das Recht auf Austritt aus einer Glaubensgemeinschaft, der man angehört, an⁴³, wie das Kopftuch oder die Vollverschleierung.⁴⁴

29

Die Aufzählung der Garantiegehalte in Art. 9 Abs. 1 EMRK ist, wie die authentische englische und französische Fassung verdeutlichen („this right includes“; „ce droit implique“) nicht abschließend. Art. 9 EMRK dürfte alle religiös determinierten Praktiken erfassen, auch soweit sie nicht dem Kult zugerechnet werden können, sondern Teil der allgemeinen Lebensführung sind.⁴⁵

30

Art. 9 EMRK gewährleistet auch die Freiheit, keinen Glauben zu haben oder diesen nicht bekennen zu müssen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat, anders als das Bundesverfassungsgericht, eine Überbewertung dieser negativen Religionsfreiheit vermieden und daraus nicht ein Abwehrrecht gegen jedwede staatlich veranlasste Konfrontation mit religiösen Symbolen abgeleitet. In ihrer Kruzifixentscheidung hat die Große Kammer des Gerichtshofs unter Korrektur einer Entscheidung einer Kleinen Kammer⁴⁶ daher zu Recht in der Anwesenheit von Kreuzen in Klassenzimmern staatlicher italienischer Schulen keine Verletzung der Religionsfreiheit und des Rechts der Eltern auf Beachtung ihrer religiösen und welt-

31

⁴¹ EKMR, X / Vereinigtes Königreich, E. v. 12. 7. 1978, Nr. 7992/77 Tragen eines Turbans.

⁴² EGMR, Kokkinakis / Griechenland (o. Fn. 39), § 31.

⁴³ *Christian Walter*, Religions- und Gewissensfreiheit, in: EMRK/GG. Konkordanzkommentar, hg. von Rainer Grote / Thilo Marauhn, 2006, Kap. 17, Rn. 57.

⁴⁴ EGMR, S.A.S. / Frankreich, U. v. 1. 7. 2014 – Nr. 43835/11, § 56; *Susette Schuster*, in: Mayer-Ladewig / Nettesheim / von Raumer, EMRK, Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 9, Rn. 5.

⁴⁵ So auch *Grabenwarter*, in: Internationaler Kommentar (o. Fn. 38), Art. 9, Rn. 49, 52.

⁴⁶ EGMR, Lautsi u. a. / Italien, U. v. 3. 11. 2009, Nr. 30814/06, §§ 48 ff. Dazu kritisch *Christian Hillgruber*, Können Minderheiten Mehrheiten blockieren? Religionsbezüge staatlicher Ordnung zwischen individueller Religionsfreiheit und demokratischer Mehrheitsentscheidung, in: KuR 2010, S. 8 (21 ff.).

anschaulichen Überzeugungen bei der Gestaltung des Schulunterricht (Art. 9 EMRK; Art. 2 S. 2 ZP 1) erblickt. Der Staat unterliegt mit Rücksicht darauf lediglich einem Verbot missionarischer Indoktrination,⁴⁷ die durch das „passive Symbol“ des Kreuzes allein nicht erfolge.⁴⁸ Das Festhalten an einer entsprechenden Tradition bewege sich innerhalb des Einschätzungsspielraums der Staaten auf diesem Feld.⁴⁹

b) Korporative Religionsfreiheit

32 Die Anerkennung auch korporativer Religionsfreiheit als Ausfluss individueller, in Gemeinschaft ausübbarer Religionsfreiheit⁵⁰ hat sich erst in den letzten beiden Jahrzehnten in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte durchgesetzt.⁵¹ Mittlerweile besteht kein Zweifel mehr daran, dass auch die korporative Religionsfreiheit durch Art. 9 EMRK, im Licht der Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 EMRK betrachtet, geschützt wird, weil in Anbetracht der Tatsache, „that religious communities traditionally and universally exist in the form of organised structures“, nur so individuelle Religionsfreiheit effektiv gewährleistet werden kann: „the believers’ right to freedom of religion encompasses the expectation that the community will be allowed to function peacefully, free from arbitrary State intervention. Indeed, the autonomous existence of

⁴⁷ EGMR (GK), Lautsi u. a. / Italien, U. v. 18. 3. 2011, Nr. 30814/06, § 62.

⁴⁸ EGMR, ebd., § 72.

⁴⁹ Dagegen hat der EGMR das gegenüber einer Lehrerin ausgesprochene Verbot, ein Kopftuch im Unterricht zu tragen, als durch den gebotenen Schutz noch sehr junger Schulkinder vor möglicher unerwünschter religiöser Beeinflussung durch dieses „starke äußere Symbol“ gerechtfertigt und als mit Art. 9 EMRK vereinbar angesehen; EGMR, Dahlab v. Switzerland, E. (gem. Art. 35 Abs. 4 EMRK) v. 15. 2. 2001, Nr. 42393/98. Man wird daraus schließen müssen, dass auch die umgekehrte Entscheidung eines Staates, religiöse Symbole aus der Schule herauszuhalten, als von seinem Einschätzungsspielraum gedeckt anzusehen ist.

⁵⁰ Siehe dazu näher *Grabenwarter*, in: Internationaler Kommentar (o. Fn. 38), Art. 9, Rn. 43, 62; *Walter*, in: EMRK/GG (o. Fn. 43), Rn. 92.

⁵¹ Zur Entwicklung der Rechtsprechung siehe *Heinrich de Wall*, Von der individuellen zur korporativen Religionsfreiheit – die Rechtsprechung des EGMR, in: Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht, hg. von Joachim Renzikowski, 2004, S. 237 ff.; *Christoph Grabenwarter*, Die korporative Religionsfreiheit nach der Menschenrechtskonvention, in: Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag, hg. von Stefan Muckel, 2003, S. 147 ff.

religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society and is thus an issue at the very heart of the protection which Article 9 affords. It directly concerns not only the organisation of the community as such but also the effective enjoyment of the right to freedom of religion by all its active members. Were the organisational life of the community not protected by Article 9 of the Convention, all other aspects of the individual's freedom of religion would become vulnerable.⁵² Bezugspunkt bleibt dabei aber die individuelle Religionsfreiheit, deren Verletzung durch Missachtung des Selbstorganisationsrechts die Beschwerdeführer als natürliche Personen und aktive Mitglieder der betroffenen Religionsgemeinschaft geltend gemacht hatten. Die Erweiterung des Schutzbereichs auf korporative Aspekte steht im Dienst der individuellen Religionsfreiheit.⁵³

Von dieser Anerkennung organisatorischer und personeller Selbstbestimmung der Religionsgemeinschaften als annexhaftem Bestandteil der individuellen Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK zu trennen ist die Frage, ob die Religionsgemeinschaften sich selbst auf diese Garantie zur Verteidigung eines ihr zustehenden religiösen Selbstbestimmungsrechts berufen können und selbst in der Lage sind, als nichtstaatliche Organisationen nach Art. 34 EMRK Individualbeschwerde zu erheben. Die vormalige Europäische Kommission für Menschenrechte war noch davon ausgegangen, dass die von einer verfassten Religionsgemeinschaft erhobene Individualbeschwerde als eine für ihre Mitglieder („on behalf of its members“) erhobene Beschwerde anzusehen sei. Der Religionsgemeinschaft stünden die Rechte aus Art. 9 EMRK „in its own capacity as a representative of its members“ zu.⁵⁴ Dies konnte eigentlich nur so verstanden werden, als dass Religionsgemeinschaften berechtigt sein sollten, fremde, nämlich den Gemeinschaftsmitgliedern selbst zustehende Rechte im Individualbeschwerdeverfahren im eigenen Namen geltend zu machen, obwohl die EMRK keine Prozessstandschaft vorsieht. Der Gerichtshof verwendet die Formel „on behalf of [...]“ weiterhin, sieht

33

⁵² EGMR (GK), Hasan u. Shaush / Bulgarien, U. v. 26. 10. 2000, Nr. 30985/96, § 62; EGMR, Metropolitankirche von Bessarabien u. a. / Moldawien, U. v. 13. 12. 2001, Nr. 45701/99, § 118; EGMR, Zeugen Jehovas von Moskau u. a. / Russland (o. Fn. 40), § 99.

⁵³ So auch *Grabenwarter*, in: Internationaler Kommentar (o. Fn. 38), Art. 9, Rn. 64; *Walter*, in: EMRK/GG (o. Fn. 43), Rn. 92.

⁵⁴ EKMR, X und Church of Scientology / Schweden, E. v. 5. 5. 1979, Nr. 7805/77, Decisions and Reports 16, 68 (70); EKMR, Omkarananda und Divine Light Centrum / Schweiz, E. v. 19. 3. 1981, Nr. 8118/77, Decisions and Reports 25, 105 (117); gänzlich abl. noch EKMR, Church of X / Vereinigtes Königreich, E. v. 17. 12. 1968, Nr. 3798/68, Yearbook 12 (1969), 307 (314).

aber nun die Religionsgemeinschaft selbst jedenfalls als „an applicant for the purposes of Article 34 of the Convention“ an.⁵⁵ Auch öffentlich-rechtlich verfasste, aber keine Staatsgewalt ausübende Religionsgemeinschaften sind als Nichtregierungsorganisationen im Sinne dieser Bestimmung anzusehen und damit individualbeschwerdeberechtigt.⁵⁶

- 34** Integraler Bestandteil der korporativen Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK („Autonomie“) ist zunächst die religiöse Vereinigungsfreiheit, also das Recht, eine Religionsgemeinschaft zu gründen, um der gemeinsamen Religionsausübung einen festen organisatorischen Rahmen zu geben.⁵⁷
- 35** Zur korporativen Religionsfreiheit zählt sodann das Recht zur Selbstorganisation, insbesondere die freie Entscheidung über die eigene Leitungsstruktur, in die sich der Staat grundsätzlich nicht einzumischen hat. Kraft ihrer strukturellen Autonomie ist eine Religionsgemeinschaft frei, ihren Religionsführer, die Geistlichen und die Mitglieder ihrer entscheidungsbefugten Organe nach ihren eigenen gemeinschaftsinternen Regeln zu bestimmen (Ämterautonomie).⁵⁸
- 36** Die religiös-konfessionelle Zuordnung einer Gemeinschaft obliegt im Hinblick auf diese Autonomie ausschließlich dieser selbst und nicht dem Staat,⁵⁹ sie folgt damit dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft. Das Autonomieprinzip verbietet dem Staat, eine Religionsgemeinschaft zur Aufnahme oder zum Ausschluss von Mitgliedern zu verpflichten.⁶⁰
- 37** Konventionsrechtlich rechtfertigen lassen sich Eingriffe in die Religionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 EMRK nur dann, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind, einem der in Art. 9 Abs. 2 EMRK bestimmten Eingriffszwecke dienen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind.

⁵⁵ EGMR (GK), *Cha'are Shalom Ve Tsedek* / Frankreich, U. v. 27.6.2000, Nr. 27417/95, § 72; EGMR, *Metropolitankirche von Bessarabien u. a. / Moldawien* (o. Fn. 52), § 101; EGMR, *Leela Förderkreis e.V. u. a. / Bundesrepublik Deutschland*, U. v. 6.1.2008, Nr. 58911/00, § 79.

⁵⁶ Siehe EGMR, *The Holy Monasteries* / Griechenland, U. v. 9.12.1994, Nr. 13092/87; 13984/88, § 49.

⁵⁷ Siehe dazu nur *Grabenwarter*, in: *Internationaler Kommentar* (o. Fn. 38), Art. 9, Rn. 62.

⁵⁸ EGMR, *Agga* / Griechenland, U. v. 17.10.2002, Nr. 50776/99, 52912/99, § 58; EGMR, *Mirolubovs u. a. / Lettland*, U. v. 15.9.2009, Nr. 798/05, § 85.

⁵⁹ EGMR, *ebd.*, § 90.

⁶⁰ EGMR, *ebd.*, § 80 Buchst. d.

3. Einschränkungbarkeit

Der Gesetzesvorbehalt des Art. 9 Abs. 2 EMRK erfasst nur die äußere Religionsfreiheit (d.h. die „Freiheit, seine Religion [...] zu bekennen“); nicht aber das forum internum (d.h. die Innehabung einer Religion), auch soweit sie sich in einer entsprechenden Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft äußert.⁶¹

Die Beschränkung möglicher legitimer gesetzgeberischer Regelungsziele auf die Erhaltung der öffentlichen Sicherheit, den Schutz der öffentlichen Ordnung, Gesundheit, Moral oder den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer tangiert die Eingriffskompetenz des Gesetzgebers kaum. Insbesondere die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sind weit genug, prinzipiell jeden religionsneutralen und diskriminierungsfreien Eingriff in die Religionsfreiheit rechtfertigen zu können, zumal der Gerichtshof den Mitgliedsstaaten insoweit einen Einschätzungsspielraum zubilligt.⁶²

Nach Art. 9 Abs. 2 EMRK muss jeder Eingriff in die Freiheit der Religionsausübung „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ sein. Das bedeutet, dass es für ihn ein dringendes soziales Bedürfnis, d.h. einen zwingenden Grund des Gemeinwohls geben muss.⁶³ „[T]he only necessity capable of justifying an interference with any of the rights enshrined in those Articles is one that may claim to spring from ‚democratic society‘.“⁶⁴ Damit ist konventionsrechtlich die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aufgegeben, der sich in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ebenso wie in der des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundrechten des Grundgesetzes, als die eigentliche und einzig wirksame Schranke für Grundrechtseingriffe erwiesen hat. Allerdings räumt der Gerichtshof auch in der Abwägung der Religionsfreiheit mit gegenläufigen Belangen den Konventionsstaaten einen Beurteilungsspielraum ein, der insbesondere dann relativ groß ist, wenn es sich um Regelungsbereiche handelt, die historisch traditionell geprägt sind und in denen es zwischen den Konventionsstaaten erhebliche Rechtsunterschiede gibt – dies gilt für das

⁶¹ Siehe zur Entstehungsgeschichte *Grabenwarter*, in: Internationaler Kommentar (o. Fn. 38), Art. 9, Rn. 11.

⁶² Siehe dazu *Grabenwarter*, ebd., Rn. 82–86 m. w. N.

⁶³ EGMR, *Mirolubovs u. a. / Lettland* (o. Fn. 58), § 80 Buchst. h.

⁶⁴ EGMR, *Church of Scientology Moscow / Russland*, U. v. 5.4.2007 – Nr. 18147/02, § 74.

Staatskirchenrecht ebenso wie für die Bildung.⁶⁵ Die Fortsetzung einer Tradition fällt daher grundsätzlich in den Einschätzungsspielraum der Staaten. Zudem dürfen Mindestanforderungen des gesellschaftlichen Zusammenlebens aufgestellt und damit in Widerspruch stehende religiöse Praktiken in der Öffentlichkeit verboten werden.⁶⁶

41 Bei der Bewertung der Schwere des Eingriffs und des Gewichts, das der Verfolgung des legitimen Zwecks des nationalen Gesetzgebers zukommt, orientiert sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte am Leitbild einer demokratischen Gesellschaft. Sie bedeutet im Zusammenhang mit der Religionsfreiheit vor allem die Anerkennung des für die Demokratie konstitutiven, auf wechselseitige Toleranz aufbauenden Pluralismus der Religionen und Weltanschauungen, bei dem dem säkularen Staat lediglich die ausgleichend-moderierende Rolle des Konfliktlichters zukommt, der um der gleichen Religionsfreiheit aller willen Grenzen setzen, aber nicht selbst Religionspartei sein darf.⁶⁷

42 Beschränkungen der Ausübung der Religionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 2 EMRK lassen sich nur rechtfertigen, wenn der Staat dabei von seinen Regelungsbefugnissen in seinen Beziehungen zu den verschiedenen Religionen, Konfessionen und Glaubensbekenntnissen neutral und unparteiisch Gebrauch macht. Die Verpflichtung zur Neutralität verbietet es dem Staat, die Legitimität religiöser Glaubensvorstellungen zu beurteilen oder die Art und Weise, in der sie zum Ausdruck gebracht werden.⁶⁸ Der Staat darf der Religionsausübung nur in unparteiischer und in diskriminierungsfreier Weise zum Schutz der

⁶⁵ EGMR (GK), Lautsi u.a./Italien (o. Fn. 47), § 68: „The Court must moreover take into account the fact that Europe is marked by a great diversity between the States of which it is composed, particularly in the sphere of cultural and historical development.“

⁶⁶ EGMR, S.A.S./Frankreich (o. Fn. 44), §§ 113 ff., 121; die Zuordnung einer solchen Schrankenziehung zum legitimen Ziel des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer kritisierend und insgesamt ablehnend Sondervotum *Nußberger und Jüderblom*, §§ 8 ff. Der EGMR hat seine Auffassung im Fall *Belcacemi und Oussar/Belgien*, U. v. 11.7.2017 – Nr. 37798/13, § 49 bekräftigt.

⁶⁷ Siehe aus der Rechtsprechung nur EGMR, *Leila Sahin/Türkei*, U. v. 10.11.2005, Nr. 44774/98, § 106 ff.; ferner *Grabenwarter*, in: Internationaler Kommentar (o. Fn. 38), Art. 9, Rn. 91.

⁶⁸ EGMR, *Manoussakis u.a./Griechenland*, U. v. 26.9.1996, Nr. 18748/91, § 47; EGMR (GK), *Hasan u. Shaush/Bulgarien* (o. Fn. 52), § 62; EGMR, *Metropolitankirche von Bessarabien u.a./Moldawien* (o. Fn. 52), §§ 118, 123; EGMR, *Mirolubovs u.a./Lettland* (o. Fn. 58), § 80 Buchst. e, f, § 89; EGMR, *Zeugen Jehovas von Moskau u.a./Russland* (o. Fn. 40), § 99.

öffentlichen Sicherheit oder Ordnung sowie zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer entgegenzutreten.⁶⁹ Die rechtliche Anerkennung einer Religionsgemeinschaft darf davon abhängig gemacht werden, dass die Zielsetzung und die tatsächlichen Aktivitäten der Vereinigung mit der Rechtsordnung übereinstimmen, insbesondere die Rechte Dritter nicht beeinträchtigen, nicht dagegen von der Bewertung der Gemeinwohlförderlichkeit der Glaubensinhalte, über die dem säkularen Staat kein Urteil zusteht.

Aus der Freiheit der Religionsausübung kann im Regelfall kein Dispens von allgemeinen, jedermann obliegenden, religionsneutral auferlegten Rechtspflichten abgeleitet werden,⁷⁰ allenfalls in besonders gelagerten Ausnahmefällen kann wegen religionsbedingter Unzumutbarkeit der Beachtung solcher Rechtspflichten eine Sanktionierung der Pflichtverletzung unverhältnismäßig und damit konventionswidrig sein.

43

4. Verhältnis von individueller und korporativer Religionsfreiheit

Im Fall eines Konflikts zwischen dem Selbstbestimmungsrecht einer Religionsgemeinschaft und der individuellen Religionsfreiheit eines Mitglieds derselben setzt sich ungeachtet der Ableitung der korporativen aus der individuellen Religionsfreiheit die Autonomie der ersteren durch. Art. 9 EMRK vermittelt kein Recht auf Dissidententum innerhalb einer bestehenden Religionsgemeinschaft: „en cas de désaccord doctrinal ou organisationnel entre une communauté religieuse et son membre, la liberté de religion de ce dernier s'exerce par la faculté de quitter librement la communauté en question.“⁷¹ Die Europäische Menschenrechtskonvention erkennt den Pluralismus der Religionen und Konfessionen als Voraussetzung von Demokratie an, nötigt aber keine Religionsgemeinschaft zur Anerkennung von Binnenpluralität oder auch nur Duldung von Abweichlern.

44

⁶⁹ EGMR, *Church of Scientology Moscow/Russland* (o. Fn. 64), § 73; EGMR, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas u.a./Österreich*, U. v. 31. 7. 2008 – Nr. 40825/98, § 75; EGMR, *Zeugen Jehovas von Moskau u.a./Russland* (o. Fn. 40), § 100.

⁷⁰ Siehe dazu näher *Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert*, in: Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, Art. 9, Rn. 14 ff., 19.

⁷¹ EGMR, *Mirolubovs u. a./Lettland* (o. Fn. 58), § 80 Buchst. d.

5. Schutzpflichten

- 45 Die Garantie der Religionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 EMRK verpflichtet die Konventionsstaaten über die Eingriffsunterlassungspflicht in der Abwehrfunktion hinaus im Sinne positiver Handlungspflichten zur Gewährung von Schutz gegenüber Störungen der Religionsausübung sowie gegenüber das Mindestmaß an wechselseitig geschuldeter Toleranz verletzenden Beschimpfungen von Bekenntnissen und Religionsgemeinschaften. Diese Verpflichtung erfüllt die Bundesrepublik Deutschland in angemessener Weise durch die Strafbestimmungen der §§ 166 f. StGB.

6. Staatskirchenrechtliche Spielräume der Mitgliedstaaten

- 46 Religionsfreiheit verbindet sich in Europa mit den unterschiedlichsten staatskirchenrechtlichen Systemen, mit französischer *laïcité*, mit abgestuften Formen der Kooperation zwischen Staat und Kirche(n) in Deutschland und Österreich, mit Staatskirchen in England und einigen skandinavischen Ländern sowie Griechenland. Ungeachtet konstatiertes, gewisser Konvergenztendenzen⁷² besteht eine ganz erhebliche Bandbreite der verschiedenen staatskirchenrechtlichen Lösungen. Sie sind, jedenfalls dem Grunde nach, sämtlich mit der nach Art. 9 EMRK zum gemeineuropäischen *ordre public* gehörenden Religionsfreiheit kompatibel.
- 47 Die Regelung des Verhältnisses von Staat und Religion/Kirche ist – jenseits der verbindlichen Vorgabe gleicher Religionsfreiheit für alle – konventionsrechtlich nicht weiter determinierte Sache des jeweiligen Konventionsstaats.⁷³
- 48 Bei der Verleihung der Rechtsfähigkeit und der mit ihr verbundenen Vorteile muss der Staat neutral bleiben. Wenn er einen gesetzlichen Rahmen für die Verleihung der Rechtsfähigkeit schafft, mit der ein besonderer Status verbunden ist, muss er in Wahrung seiner Pflicht zur Neutralität und Unparteilichkeit allen religiösen Gruppen

⁷² Siehe dazu *Gerhard Robbers*, Staat und Religion, in: VVDStRL 59 (1999), S. 231 (238 ff.).

⁷³ EGMR, *Leila Sahin/Türkei* (o. Fn. 67), § 109: „Where questions concerning the relationship between State and religions are at stake, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision-making body must be given special importance“.

eine faire Möglichkeit geben, die Verleihung der Rechtsfähigkeit zu beantragen. Die Vorschriften müssen diskriminierungsfrei angewandt werden.⁷⁴ Unter dieser Voraussetzung sind auch abgestufte religionsverfassungsrechtliche Systeme mit der Europäischen Menschenrechtskonvention vereinbar.⁷⁵

Die von *Martin Heckel* als „gestufte Parität“ bezeichnete deutsche Rechtslage, nach der Religionsgesellschaften die Rechtsfähigkeit nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts erwerben (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 4 WRV) und ihnen auf Antrag die Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zu gewähren sind, wenn sie durch ihre Verfassung und die Zahl ihrer Mitglieder die Gewähr der Dauer bieten (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV)⁷⁶, ist damit konventionskonform. Maßgeblich ist dafür zum einen der Umstand, dass der Körperschaftsstatus als Sonderstatus ohne Rücksicht auf die jeweiligen Glaubensinhalte grundsätzlich von allen Religionsgemeinschaften unter für alle gleichen, annehmbaren Voraussetzungen – neben den in Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV ausdrücklich genannten sind dies Rechtstreue sowie die Anerkennung der fundamentalen Verfassungsprinzipien, der Grundrechte Dritter sowie der Grundprinzipien des freiheitlichen Religions- und Staatskirchenrechts des Grundgesetzes⁷⁷ – erlangt werden kann, zum anderen, dass er zwar in der Tat – sich aus der Kooperation mit dem Staat ergebende – Sonderrechte begründet (das sog. Privilegienbündel), aber gerade keine religionsfreiheitliche Vorzugsstellung.⁷⁸

Insgesamt wird man konstatieren können, dass das freiheitliche deutsche Staatskirchenrecht mit der konventionsrechtlichen Garantie der Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK konform geht, ja die meisten Garantien desselben durch Art. 9 EMRK eine zusätzliche inter-

⁷⁴ EGMR, Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas u.a./Österreich (o. Fn. 69), § 92.

⁷⁵ Vgl. dazu *Grabenwarter*, in: Internationaler Kommentar (o. Fn. 38), Art. 9, Rn. 62, 93.

⁷⁶ *Stefan Magen*, → § 27, Rn. 12–14, 54.

⁷⁷ Siehe dazu BVerfGE 102, 370 (386 ff.).

⁷⁸ Eben deshalb ist es aber auch zumindest irreführend, wenn das BVerfG (E 102, 370 [387]) und ihm folgend die herrschende Meinung in der religionsverfassungsrechtlichen Literatur den Körperschaftsstatus als „ein Mittel zur Entfaltung der Religionsfreiheit“ charakterisiert. Wenn dem so wäre, ließe sich eine Sonderbehandlung bestimmter, mit diesem Status ausgestatteter Religionsgemeinschaften weder grundgesetzlich noch konventionsrechtlich rechtfertigen. Kritisch *Christian Hillgruber*, Der Körperschaftsstatus von Religionsgemeinschaften, in: NVwZ 2001, 1347 ff.

nationale Absicherung erfahren, die sich bei der Abwehr allfälliger Versuche, bewährte Strukturen – als vermeintliche Kirchenprivilegien denunziert – abzubauen, hilfreich sein könnten.

IV. Die Völkerrechtssubjektivität des Heiligen Stuhls

- 51 Historisch aus der Machtstellung und Schiedsrichterrolle des Papsttums im Mittelalter erwachsen⁷⁹, genießt der Heilige Stuhl, d. h. der Papst und die römische Kurie,⁸⁰ kraft Herkommens eigene, von der des Staates der Vatikanstadt⁸¹ zu unterscheidende, nicht gebietsbezogene, sondern personalisierte Völkerrechtssubjektivität. Daraus folgt eine im Vergleich zum Status sonstiger Kirchen und Religionsgemeinschaften einzigartige Sonderposition der katholischen Kirche in der Völkerrechtsordnung, nämlich ihre Völkerrechtsunmittelbarkeit und Gleichordnung mit den Staaten. Diese Sonderstellung ist in der Praxis völlig unangefochten⁸² und ihr lässt sich auch nicht ein in dieser Form völkerrechtlich nicht anerkannter Grundsatz der Parität entgegenhalten. Andere Religionsgesellschaften können *insoweit* keine Gleichbehandlung verlangen.
- 52 Die Völkerrechtssubjektivität des Heiligen Stuhles ist nicht wie die Internationaler Organisationen sachlich beschränkt auf Gebiete, die mit dem Zweck der Institution (hier: den religiösen Anliegen der katholischen Kirche) in Verbindung stehen. Der Heilige Stuhl besitzt vielmehr wie ein Staat umfassende Völkerrechtsfähigkeit (Vollrechtsfähigkeit). Aus der Souveränität des Heiligen Stuhls folgt die Unverletzlichkeit und Immunität der Person des Papstes.
- 53 Der Heilige Stuhl erscheint als Träger der völkerrechtlichen Rechte und Pflichten der katholischen Kirche (Organsouveränität). Er

⁷⁹ So hatte Papst Alexander VI in der Bulle *Inter caetera* 1493 zwischen den von Spanien und Portugal je für sich beanspruchten Hoheitsgebieten in der „Neuen Welt“ eine Grenzlinie gezogen, die allerdings im 1494 zwischen diesen beiden Seemächten geschlossenen Vertrag von Tordesillas verschoben wurde.

⁸⁰ Dies ist der Verwaltungsapparat, mit dem der Papst die Weltkirche leitet.

⁸¹ Die Vatikanstadt ist ein 1929 durch völkerrechtlichen Vertrag (sog. *Lateranvertrag*) zwischen Italien und dem Heiligen Stuhl geschaffener (Mini-)Staat, dessen Oberhaupt der Papst ist.

⁸² Zur vereinzelter Kritik in der Literatur siehe nur *Georg Dahm / Jost Delbrück / Rüdiger Wolfrum*, Völkerrecht, 2. Aufl., Bd. I/2, 2002, § 113, S. 317 ff., insbes. S. 323.

besitzt das aktive und passive Gesandtschaftsrecht und steht in diplomatischen Beziehungen mit mehr als 170 Staaten der Welt und unterhält dementsprechend etwa 120 bilaterale und 15 multilaterale Missionen im Ausland. Der Missionschef wird als „Nuntius“ bezeichnet, der bei einer Reihe von Empfangsstaaten die Stellung des Doyen des Diplomatischen Korps einnimmt.⁸³ Der Heilige Stuhl ist Mitglied in zahlreichen Internationalen Organisationen, bei anderen durch ständige Vertreter oder Beobachter repräsentiert. So ist der Heilige Stuhl z.B. Gründungsmitglied der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa OSZE und der Internationalen Atomenergiebehörde IAEA und hat u.a. beim Europarat und der Organisation Amerikanischer Staaten OAS sowie insbesondere bei den Vereinten Nationen Beobachterstatus.⁸⁴ Die Stellung als ständiger Beobachter bei den Vereinten Nationen besteht seit dem 6.4.1964 und wurde 2004 durch die Generalversammlung⁸⁵ durch Einräumung weitergehender Rede- und Teilnahmerechte gegenüber anderen ständigen Beobachtern gestärkt.⁸⁶ Darüber hinaus wirkt der Heilige Stuhl in zahlreichen Unterorganisationen der Vereinten Nationen mit.⁸⁷ Zu Staaten und Internationalen Organisationen bestehen zwei- oder mehrseitige völkervertragliche Beziehungen.

Ob der Heilige Stuhl oder die Vatikanstadt als Mitglied eines Vertrages oder einer Internationalen Organisation auftritt, hängt in der Regel davon ab, ob die betroffene Materie mit dem geistlichen Wirken der Kirche in Zusammenhang steht (so ist der Heilige Stuhl etwa Vertragspartei der Genfer Konventionen und des Kernwaffensperrvertrages sowie des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung von 1966) oder eher staatlich-gebietsbezogen

54

⁸³ Zur herausgehobenen protokollarischen Stellung des Nuntius vgl. Art. 16 Abs. 3 Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen vom 18. 4. 1961 (WÜD, BGBl. 1964 II S. 958).

⁸⁴ Offizielle Homepage der diplomatischen Vertretung: <<https://holysee.mission.org>>. Siehe zur Teilnahme an der Arbeit der Vereinten Nationen näher *Marco Kalbusch*, Die römisch-katholische Kirche im System der Vereinten Nationen, 2012, S. 279 ff.

⁸⁵ General Assembly Res. A/58/314 v. 16. 7. 2004 sowie die diesbezügliche Note des Generalsekretärs, General Assembly Res. A/58/871 v. 16. 8. 2004.

⁸⁶ *Friedrich Germelmann*, Heiliger Stuhl und Vatikanstadt in der internationalen Gemeinschaft, in: AVR 47 (2009), S. 147 (178).

⁸⁷ Z. B. UNESCO, UN Industrial Development Organization (UNIDO), UN Environment Programme (UNEP), UN Conference on Trade and Development (UNCTAD), UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), ILO, WHO (World Health Organization), World Trade Organization (WTO) und Food and Agriculture Organization (FAO).

ist (so ist die Vatikanstadt z. B. Partei der Satzung der Welttourismusorganisation und Mitglied in der Weltpostunion und der Internationalen Fernmeldeunion). Die Praxis ist hinsichtlich der Aufgabenteilung zwischen Heiligem Stuhl und dem Vatikan allerdings nicht ganz konsistent.⁸⁸ Der Heilige Stuhl engagiert sich insbesondere in Fragen des Menschenrechtsschutzes, des humanitären Völkerrechts und bei der Friedenssicherung.

- 55 Der Heilige Stuhl hat mit zahlreichen Staaten insbesondere Verträge über die Vertragspartner gemeinsam berührende kirchliche und staatskirchenrechtliche Angelegenheiten, insbesondere die Rechtstellung der katholischen Kirche in der innerstaatlichen Ordnung, sog. *Konkordate*, geschlossen.⁸⁹
- 56 Bisweilen tritt der Heilige Stuhl auch heute noch als Vermittler zwischen Staaten zur Beilegung von (territorialen) Streitigkeiten auf.⁹⁰

V. Internationale Zusammenschlüsse evangelischer Kirchen

- 57 Die evangelischen Kirchen sind wie alle anderen Religionsgemeinschaften keine Völkerrechtssubjekte, besitzen nur Rechtsfähigkeit nach nationalem Recht, so dass ihnen die Möglichkeit zu völkerrechtlicher Kooperation nicht offen steht. Über 320 christliche Kirchen haben sich im Ökumenischen Rat der Kirchen als internationalem Dachverband zusammengeschlossen. Er bildet die größte Nichtregierungsorganisation und hat beratenden Status beim Wirtschafts- und Sozialrat der UNO (Art. 71 UN-Charta). Der weltweit größte konfessionell gebundene Zusammenschluss, der Lutherische Weltbund⁹¹ – Nachfolger des 1923 gegründeten Lutherischen Weltkonvents –, wurde 1947 in Schweden gegründet und hat seinen Sitz in Genf. Er um-

⁸⁸ Zur umfangreichen älteren und zur jüngeren Praxis näher *Gerd Westdickenberg*, Holy See, in: *Encyclopedia of Public International Law*, 2006, Rn. 8 ff.; *Germelmann*, Heiliger Stuhl (o. Fn. 86), S. 169 ff., 176 ff.; *Kalbusch* (o. Fn. 84), S. 56 ff.

⁸⁹ Z. B. das Reichskonkordat vom 20.7.1933 zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Deutschen Reich (RGBl. 1933 II S. 679) und zahlreiche Konkordate mit den Ländern, auch in jüngster Zeit (nach 1990); siehe dazu näher *Stefan Mückl*, → § 10, Rn. 1–14, 38–41.

⁹⁰ Zur älteren und jüngeren Praxis siehe *Westdickenberg*, Holy See (o. Fn. 88), Rn. 15–17.

⁹¹ Vgl. ausführlich *Siegfried Grundmann*, Der Lutherische Weltbund, 1957.

fasst 143 Mitgliedskirchen aus 78 Ländern. Daneben bestehen mit dem Internationalen Lutherischen Rat mit 30 Mitgliedskirchen sowie der Konfessionellen Evangelisch-Lutherischen Konferenz mit 24 Mitgliedskirchen weitere kleinere Zusammenschlüsse. Die Weltgemeinschaft Reformierter Kirchen (WGRK) ging im Juni 2010 aus dem Reformierten Weltbund (RWB) und dem Reformierten Ökumenischen Rat (RÖR) hervor; ihr gehören 230 Kirchen in 108 Ländern an. Auch sie ist ein Verein nach Schweizer Recht mit Sitz in Genf und hat in Gestalt der World Communion of Reformed Churches (WCRC) eine in den USA registrierte Schwesterorganisation mit identischer Mitgliedschaft.⁹²

⁹² Vgl. zu diesen Zusammenschlüssen *Heinrich de Wall / Stefan Muckel*, Kirchenrecht, 3. Aufl. 2012, § 46, Rn. 3 ff.

§ 13

Das Gewohnheitsrecht im Staatskirchenrecht

Von Peter Landau †

I. Rechtstheoretische und rechtshistorische Bestimmungen und Begrenzungen von Gewohnheitsrecht	1–3
II. Gewohnheitsrecht im deutschen öffentlichen Recht, speziell im Staatsrecht	4–7
III. Gewohnheitsrecht im Rechtsverständnis des Kirchenrechts	8–9
1. Katholische Kirche einschließlich historischer Grundlagen	8
2. Evangelische Kirche	9
IV. Gewohnheitsrecht im deutschen Staatskirchenrecht	10–17

I. Rechtstheoretische und rechtshistorische Bestimmungen und Begrenzungen von Gewohnheitsrecht

Der Begriff des Gewohnheitsrechts kann in seiner Bedeutung nur als komplementärer Begriff zum Gesetzesrecht erfaßt werden. Die Bildung eines solchen Begriffs setzt daher voraus, daß ein erheblicher, wenn nicht der überwiegende Teil der Rechtsordnung in Gesetzen, d.h. abstrakt-normativ formulierten Sätzen, die von einer hoheitlichen Instanz festgelegt wurden, seinen Ausdruck gefunden hat. Folglich kann es problematisch sein, den Begriff dort zu verwenden, wo das Recht in relativ archaischen Gesellschaften nur in Gerichtsentscheidungen jeweils aktualisiert und aufgrund oraler Traditionen ohne schriftliche Festlegung von Normen fortgebildet wird.¹ Eine

1

¹ Zur historischen Dimension des Begriffs Gewohnheitsrecht vgl. den Band „Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter“ (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, Bd. 6), 1992, mit Beiträgen von *Gerhard Dilcher, Heiner Lück, Reiner Schulze, Elmar Wadle, Jürgen Weitzel* und *Udo Wolter*.

solche Rechtsfortbildung nichtnormativen Rechts wird von manchen Rechtshistorikern für das deutsche Mittelalter vor dem Beginn des Einflusses der gelehrten Rechte angenommen.²

- 2 Auch für das klassische römische Recht, dessen Weiterbildung bis in die Kaiserzeit überwiegend durch den Prätor und die Rechtswissenschaft erfolgte, ist in der Literatur die These aufgestellt worden, daß der Begriff eines Gewohnheitsrechts als besondere rechtstheoretische Kategorie den Juristen unbekannt geblieben sei.³ Es ist aber unbestritten, daß dieser Begriff in den Kaisergesetzen der Spätantike zu finden ist, in denen zugleich Geltungsregeln für Gewohnheitsrecht entwickelt wurden, die aufgrund der Rezeption des römischen Rechts bis zur Gegenwart den Ausgangspunkt für Gewohnheitsrechtstheorien gebildet haben,⁴ und daß darüber hinaus in der legistischen und kanonistischen Wissenschaft des Mittelalters die Begriffsbestimmung des Gewohnheitsrechts fortgeführt wurde, nachdem durch die Rezeption des Corpus Iuris Civilis und durch die Gesetzgebung der Päpste im kanonischen Recht die Frage sich ergeben mußte, ob neben diesem umfassenden Komplex von Gesetzen noch sonstiges Recht Bestand haben könne.⁵ Die historische Entwicklung zeigt demnach, daß die theoretische Reflexion des Gewohnheitsrechts durch den Tatbestand der Konfrontation mit Gesetzen bedingt war.

² So vor allem *Karl Kroeschell/Albrecht Cordes/Karin Nehlsen-von Stryk*, Deutsche Rechtsgeschichte, 9. Aufl., Bd. 2 (1250–1650), 2008, S. 86–88; im selben Sinne *Gerhard Dilcher*, Mittelalterliche Rechtsgewohnheiten als methodisch theoretisches Problem, in: *Gewohnheitsrecht* (o. Fn. 1), S. 21–65, besonders S. 29 f.; *Jürgen Weitzel*, Dinggenossenschaft und Recht, Bd. 2, 1985, S. 1344.

³ So *Werner Flume*, Gewohnheitsrecht und römisches Recht (= Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 201), 1975. *Flumes* These hat in der romanistischen Forschung allerdings lebhaften Widerspruch erfahren; vgl. *Franz Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1: Rechtsgeschichte des Altertums III/1/1, 1988, S. 499–502, besonders Fn. 43. *Wieacker* selbst vertritt die Ansicht, daß in der republikanischen Jurisprudenz der Begriff des Gewohnheitsrechts nicht vorhanden gewesen sei, er aber in der Zeit der hochklassischen Jurisprudenz (2. Jh. n. Chr.) Eingang gefunden habe. Vgl. auch *Wolfgang Waldstein/J. Michael Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, 10. Aufl. 2005, § 22, S. 115 f.

⁴ Die wichtigsten Quellenstellen des römischen Rechts sind Dig. 1.3.32.1 (Julianus) und Cod. 8.52.2 (Konstantin I anno 319).

⁵ Zum Gewohnheitsrecht im gelehrten Recht des Mittelalters grundlegend, wenn auch vielfach überholt: *Siegfried Brie*, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, 1899 (Nachdr. 1968). Als neueren Beitrag vgl. die Darstellung bei *Udo Wolter*, Die „consuetudo“ im kanonischen Recht bis zum Ende des 13. Jahrhunderts, in: *Gewohnheitsrecht* (o. Fn. 1), S. 87–116.

Gewohnheitsrecht ist Recht, das sich ohne die Tätigkeit von Organen bildet, die in einer Rechtsgemeinschaft zur Rechtssetzung formell berufen sind. Die Entstehung von Gewohnheitsrecht wird nach der herrschenden Rechtsquellenlehre in der langandauernden Übung (*longa consuetudo*) eines Rechtssatzes durch die Rechtsgemeinschaft aufgrund der Überzeugung der Gemeinschaft von der rechtlichen Qualität dieses Satzes (*opinio iuris sive necessitatis*) gesehen.⁶ Umstritten war in der Geschichte der Gewohnheitsrechtsdoktrin, ob die Geltung von Gewohnheitsrecht auf einen stillschweigenden Zustimmungssatz des Gesetzgebers zurückgeführt werden müsse. Die in dieser Richtung zuerst von der mittelalterlichen Kanonistik entwickelte Lehre führte dazu, rechtsquellentheoretisch die Selbständigkeit des Gewohnheitsrechts gegenüber dem Gesetzesrecht überhaupt zu leugnen.⁷ Demgegenüber vertraten in der deutschen historischen Schule zuerst *Savigny* und dann in systematischer Ausführung *Puchta* die Lehre, daß die Geltung der gesamten Rechtsordnung auf die Überzeugung der Rechtsgemeinschaft zurückgeführt werden müsse und sich daraus eine logische Priorität des Gewohnheitsrechts vor den Gesetzesrechten ergebe – alles Recht entstehe auf die Weise, „welche der herrschende, nicht ganz passende Sprachgebrauch als Gewohnheitsrecht bezeichnet“.⁸ *Savigny* und *Puchta* bezeichneten den Sprachgebrauch als nicht passend, da sie die Entstehung von Gewohnheitsrecht ausschließlich auf die mit der *opinio necessitatis* verbundene Überzeugung der Rechtsgemeinschaft zurückführten und in der Übung nur ein Erkenntnismittel für das bereits vorher bestehende Gewohnheitsrecht sahen, folglich das *Gewohnheitsrecht ohne Gewohnheit* entstehen ließen. Geht man von dieser rechtstheoretischen Grundposition aus, die letztlich auch den Staat auf ein ihn begründendes Recht zurückführt und ein rein etatistisches Rechtsverständ-

⁶ Hierzu jetzt *Peter Krebs / Maximilian Becker*, Entstehung und Abänderbarkeit von Gewohnheitsrecht, in: JuS 2013, S. 97–103.

⁷ Hierzu einführend *Peter Landau*, Die Theorie des Gewohnheitsrechts im katholischen und evangelischen Kirchenrecht des 19. und 20. Jahrhunderts, in: ZRG 108 KA 77 (1991), S. 156–196, hier: S. 159 f., auch in: *ders.*, Grundlagen und Geschichte des evangelischen Kirchenrechts und des Staatskirchenrechts, 2010 (Jus Ecclesiasticum Bd. 92), S. 45 (47 f.). Die Theorie des *tacitus consensus* wurde in der Kanonistik des 12. Jahrhunderts entwickelt; vgl. auch *Wolter*, *Consuetudo* (o. Fn. 5), S. 105 f.

⁸ Das Zitat bei *Friedrich Carl v. Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, S. 13 f. – zitiert nach der Ausgabe von *Jacques Stern*, Thibaut und Savigny, 1914 (Nachdr. 1959), S. 79. Zu *Puchtas* Begriff des Gewohnheitsrechts vgl. *Jan Schröder*, in: Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, hg. von *Gerd Kleinheyer / Jan Schröder*, 5. Aufl. 2008, S. 342.

nis ausschließt, dann wird man auch für die Rechtsordnung des Grundgesetzes behaupten können, daß den im Verfassungstext ausgedrückten Imperativen des Verfassungsgebers die Überzeugung der Rechtsgemeinschaft vorgeordnet ist und damit im Verfassungsrecht ein nicht auf Gesetzgebungsakten beruhendes Überzeugungsrecht (= Gewohnheitsrecht) die fundamentalste Rechtsschicht bildet, deren Inhalt in der Formel von der „Wertordnung des Grundgesetzes“ mitumfaßt wird.

II. Gewohnheitsrecht im deutschen öffentlichen Recht, speziell im Staatsrecht

- 4 Die Lehre vom Gewohnheitsrecht wurde rechtstheoretisch meist innerhalb der Zivilrechtsjurisprudenz entwickelt.⁹ Jedoch ist die Bildung von Gewohnheitsrecht nicht auf ein Teilgebiet der Rechtsordnung einzugrenzen, so daß grundsätzlich auch für den Bereich des öffentlichen Rechts die Bildung von Gewohnheitsrecht anzuerkennen ist. So nimmt im Verwaltungsrecht, das teilweise unkodifiziert blieb, Gewohnheitsrecht auch heute einen gewissen Raum ein, so daß es insofern als eine „Nebenordnung“ außerhalb des geschriebenen Rechts bezeichnet wurde (*H. J. Wolff*).¹⁰ Auf Gebieten des Verwaltungsrechts, die für das Verhältnis von Staat, Kommunen und Kirchen relevant sind, spielt auch heute Gewohnheitsrecht in Einzelfragen (*res sacrae*, Baulast) eine erhebliche Rolle. Für den Bereich des Verfassungsrechts wird dagegen teilweise in der Literatur (besonders

⁹ Einen Überblick über die hierbei vertretenen Positionen seit *Gustav Hugo* und der historischen Schule gibt *Hans Moke*, Theorie des Gewohnheitsrechts. Problementwicklung und System, 1932 (Nachdr. 1972).

¹⁰ *Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober*, Verwaltungsrecht I, 11. Aufl. 1999, § 25 IV, S. 343 f. Sehr viel zurückhaltender in Bezug auf die Bedeutung von Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht *Fritz Ossenbühl*, Die Quellen des Verwaltungsrechts, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, hg. von Hans-Uwe Erichsen/Wolfgang Martens, 9. Aufl. 1992, § 7 VII, Rn. 71–76, S. 151–154. Gegen einen Abschied vom Verwaltungsgewohnheitsrecht auch *Rolf Stober*, in: Verwaltungsrecht I, hg. von Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth, 12. Aufl. 2011, § 25 IV 2, S. 252. Nach *Dirk Ehlers*, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, hg. von Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers, 14. Aufl. 2010, § 2, Rn. 60–62, S. 94 f., gehört das inhaltlich mit der Verfassung übereinstimmende Gewohnheitsrecht zur verfassungsmäßigen Ordnung. Dagegen sieht *Matthias Ruffert*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts I, hg. von Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle, 2. Aufl. 2012, § 17, Rn. 111, S. 1220 f., das Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht als „eine Kategorie ohne Zukunft“.

Tomuschat) die Möglichkeit der Bildung von Verfassungsgewohnheitsrecht innerhalb der Rechtsordnung des Grundgesetzes bestritten, da für das öffentliche Recht die Grunderfahrung einer Trennung von Herrschenden und Beherrschten charakteristisch sei und damit Normbildung auf den Gesetzesbefehl rückführbar sein müsse.¹¹ Bei dieser Einordnung wird allerdings von vornherein für die Normbildung im öffentlichen Recht generell ein Verständnis des Rechts als einer Summe von Imperativen vorausgesetzt. Die Ablehnung der Anerkennung von Verfassungsgewohnheitsrecht bei *Tomuschat* beruht auch darauf, daß er wie viele die Begriffe Gewohnheitsrecht und Richterrecht systematisch trennt, aber andererseits betont, daß sich verfassungsrechtliche Rechtsüberzeugungen nur unter Mitwirkung des Verfassungsgerichts bilden können, folglich richterrechtlich legitimiert sein müssen.¹² Hält man dagegen die Artikulation in Gerichtsentscheidungen für die regelmäßige Voraussetzung der Bildung einer Rechtsüberzeugung, so entfällt dieses Argument gegen die Anerkennung von Verfassungsgewohnheitsrecht.¹³ Der ebenfalls bei *Tomuschat* vorgebrachte Einwand, Gewohnheitsrecht beruhe auf

¹¹ *Christian Tomuschat*, Verfassungsgewohnheitsrecht? Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1972, S. 128. In der Tendenz ähnlich *Paul Kirchhof*, Rechtsquellen und Grundgesetz, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, hg. von Christian Starck, Bd. II, 1976, S. 50 (92 f.). Gegen Verfassungsgewohnheitsrecht als eigenständige Rechtsquelle auch *Axel Hopfau*, in: Bruno Schmidt Bleibtreu (Begr.) / Hans Hofmann / Axel Hopfau (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, 12. Aufl. 2011, Einleitung 103–105, S. 54 f. Nach *Peter Badura*, Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, in: HStR³, Bd. XII, 2014, § 270, S. 596 ist angesichts der Flexibilität und Effektivität der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes Verfassungsgewohnheitsrecht eine nur theoretische Rechtsquelle. Für die Anerkennung von Verfassungsgewohnheitsrecht und dessen Distinktion vom Richterrecht auch *Heinrich Amadeus Wolff*, Ungezeichnetes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, 2000, mit dem Fazit: „Das entscheidende Moment beim Gewohnheitsrecht liegt im Konsens, beim Richterrecht im Streit“, S. 464.

¹² *Tomuschat*, Verfassungsgewohnheitsrecht (o. Fn. 11), S. 51–56.

¹³ Die Beteiligung der Gerichte bei der Bildung von Gewohnheitsrecht wird besonders betont bei *Josef Esser*, Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: Festschrift für Fritz von Hippel, hg. von Josef Esser / Hans Thieme, 1967, S. 95–130. Für das Verfassungsrecht *Brun-Otto Bryde*, Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1982, S. 450: Gewohnheitsrecht entstehe durch ganz bewußt und mit großer Publizität gesetzte Präzedenzfälle. Für *Ulrich Meyer-Cording*, Die Rechtsnormen, 1971, S. 70 f., ist Gewohnheitsrecht generell nichts anderes als Richterrecht und daher als besonderer Begriff nicht mehr verwendbar. Gegen die Identifizierung von Gewohnheitsrecht und Richterrecht *Krebs / Becker*, Entstehung (o. Fn. 6), jedoch korrespondierende Richterrecht mit Gewohnheitsrecht.

dem Vertrauen auf die Konstanz der Verhältnisse und müsse deshalb einem Verfassungssystem fremd sein, das die Rüge verfassungswidrigen Verhaltens von Verfassungsorganen institutionalisiert habe,¹⁴ ist nur dann überzeugend, wenn man die Übung zum begriffsbestimmenden Kriterium für Gewohnheitsrecht macht.

5 Die herrschende Lehre der Staatsrechtswissenschaft hält daran fest, daß sich der Anwendungsbereich des Gewohnheitsrechts über die gesamte Rechtsordnung erstrecke und sowohl Rechtsprinzipien als auch Rechtsinstitute durch Gewohnheitsrecht geprägt seien.¹⁵ Gewohnheitsrecht könne sich auch im Verfassungsrecht bilden; es habe primär lückenausfüllende Funktion; doch sei ausnahmsweise auch die Entstehung von Gewohnheitsrecht *contra legem* nicht ausgeschlossen.¹⁶ Die ausdrückliche Formulierung in Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG, daß das Grundgesetz nur auf dem Wege der Verfassungsgesetzgebung geändert werden könne, drückt allerdings ein Verfassungsprinzip aus, das die Bildung von Gewohnheitsrecht *contra constitutionem* unmöglich macht. *Intra constitutionem* ist dagegen Gewohnheitsrecht anzuerkennen, da das Grundgesetz auch nach dem Verständnis des Verfassungsgebers keine Kodifikation ist und seine Fortbildung durch die rechtsbildende ständige Verfassungspraxis der Staatsorgane in der Staatsrechtslehre anerkannt ist.¹⁷ Rechtsbildend kann allerdings eine Verfassungspraxis eines Staatsorgans nur dann sein, wenn sie von dem Konsens der Rechtsgemeinschaft getragen wird oder akzeptiert ist.

6 Fraglich ist auch, wo die Grenzen zwischen der Neubildung von verfassungsrechtlichem Gewohnheitsrecht und der Gewinnung neuer Rechtssätze durch Interpretation der Verfassung verlaufen. Man wird hierzu generell darauf verweisen können, daß bei einem Verständnis der Verfassung als einer für Verfassungswandel prinzipiell offenen

¹⁴ Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht (o. Fn. 11), S. 138–141.

¹⁵ So Fritz Ossenbühl, Gesetz und Recht – die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: HStR¹, Bd. III, 1988, § 61, Rn. 43, S. 301. Wie viele andere Autoren unterscheidet Ossenbühl prinzipiell zwischen Gewohnheitsrecht und Richterrecht, so daß für das Gewohnheitsrecht nur ein schmaler Bereich übrig bleibt. Nach Karl Heinz Friauf, Art. „Gewohnheitsrecht“, in: EvStL³, Bd. I, Sp. 1152, ist auch heute noch die Möglichkeit gewohnheitsrechtlichen Verfassungswandels anzuerkennen, doch habe das nur eine marginale Ergänzungsfunktion.

¹⁶ Bryde, Verfassungsentwicklung (o. Fn. 13), hält Kompetenzverluste durch Nichtgebrauch entgegen dem Verfassungswortlaut für möglich, allerdings unwahrscheinlich.

¹⁷ In diesem Sinne Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 12, 1984, § 4 I 6, S. 109–112.

Ordnung die Herausbildung neuer nicht systematisch abgeleiteter Verfassungsprinzipien auf dem Wege der Bildung von Gewohnheitsrecht nicht unzulässig sein kann. Folglich wird man in einer gegenüber einem Wertewandel offenen Verfassung die gewohnheitsrechtliche Herausbildung neuer Verfassungsprinzipien im Rahmen des Grundgesetzes nicht für ausgeschlossen halten können.

Trotz der Einordnung des Grundgesetzes als einer „rigiden“ Verfassung ist die Anerkennung von Gewohnheitsrecht legitim und sogar notwendig, da das Rechtsverständnis des Grundgesetzes nicht von einem *Gesetzesabsolutismus* ausgeht, wie sich auch aus der Formel „Gesetz und Recht“ in Art. 20 Abs. 3 GG erschließen läßt.¹⁸

7

III. Gewohnheitsrecht im Rechtsverständnis des Kirchenrechts

1. Katholische Kirche einschließlich historischer Grundlagen

In der zweitausendjährigen Geschichte des katholischen Kirchenrechts ist das Verhältnis der Kirche zur Gewohnheit und zum Gewohnheitsrecht von großer Bedeutung gewesen. Einerseits hat die christliche Kirche im Bewußtsein der Einzigartigkeit der Botschaft des Evangeliums schon frühzeitig eine kritische Haltung zur positiven Bewertung der Gewohnheit eingenommen, die in einer Sentenz *Tertullians* zum Ausdruck kommt, daß Christus gesagt habe, er sei die Wahrheit, aber nicht die Gewohnheit.¹⁹ Andererseits wird im 12. Jahrhundert von *Gratian* in der maßgebenden Sammlung des älteren Kirchenrechts der gesamte Rechtsstoff unter den Begriff der *consuetudo* gebracht und auch die Geltung des Gesetzes auf eine gewohnheitsrechtliche Rezeption zurückgeführt.²⁰ Bei der weiteren

8

¹⁸ Zur Formel „Gesetz und Recht“ in Art. 20 Abs. 3 GG werden in der Staatsrechtslehre unterschiedliche Ansichten vertreten; für ein Verständnis des Begriffs „Recht“ in dieser Formel im Sinne von ungeschriebenen Rechtsnormen *Roman Herzog*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig / Roman Herzog / Rupert Scholz (Hg.), Grundgesetz – Kommentar, 1991, Art. 20 III, Rn. 51, 53.

¹⁹ Zu Tertullian vgl. *Wolter*, *Consuetudo* (o. Fn. 5), S. 96 f., ferner *Peter Leisching*, *Prolegomena zum Begriff der ratio* in der Kanonistik, in: ZRG 103 KA 72 (1986), S. 329 (329 f.).

²⁰ Dict. Gratiani p. Dist. 4, c. 3. Zu Gratians Rechtslehre gibt es eine umfangreiche Literatur; genannt seien *Carl Gerold Fürst*, *Zur Rechtslehre Gratians*, in: ZRG 88 KA 57 (1971), S. 276–284, und *Jean Gaudemet*, *La doctrine des sources du droit dans le Décret de Gratien*, in: *Revue de droit canonique* 1 (1950), S. 1–31 (auch in: *ders.*, *La formation du droit canonique médiéval*, 1980).

Entwicklung des Gewohnheitsrechtsbegriffs in der mittelalterlichen Kanonistik wurde die Möglichkeit der Bildung von Gewohnheitsrecht *contra legem* stets bejaht, eine solche Rechtsbildung aber an den stillschweigenden Konsens (*tacitus consensus*) des Gesetzgebers gebunden. Im kanonischen Recht wurde ferner festgelegt, daß Gewohnheitsrecht der *ratio* entsprechend und innerhalb einer bestimmten Frist in Übung gewesen sein müsse.²¹ In der Kanonistik der frühen Neuzeit (*Francisco Suarez*) wurde dann gelehrt, daß Gewohnheitsrecht sogar der Approbation des Gesetzgebers bedürfe, die allerdings auch in einer gesetzlichen Generalklausel erteilt werden könne.²² Auf diese Weise konnte auch das Gewohnheitsrecht auf einen Willensakt der höchsten kirchlichen Autorität zurückgeführt werden und erschien nicht mehr als prinzipiell selbständige Rechtsquelle. Obwohl diese spätscholastische Rechtstheorie aufgrund von Einflüssen der historischen Schule im 19. Jahrhundert in der Kanonistik teilweise aufgegeben wurde, setzte sie sich bei der Redaktion des CIC/1917 wiederum durch,²³ da es in diesem heißt, daß Gewohnheitsrecht in seiner Rechtsgeltung *unice* auf den Konsens des kirchlichen Oberen zurückzuführen sei (c. 25 CIC/1917). Demgegenüber unterscheidet der CIC/1983 zwei Momente, die die Bildung von Gewohnheitsrecht zur Folge haben: einmal die Einführung durch die Gemeinschaft der Gläubigen und zusätzlich die Approbation der Gewohnheit durch den Gesetzgeber, für die aber genügt, daß die Gewohnheit den Normierungen des Kodex entspreche (c. 23 CIC/1983). Mit dieser Formulierung ist im katholischen Kirchenrecht die Bildung von Gewohnheitsrecht *contra legem* ausgeschlossen, aber nicht mehr ein fiktiver Konsens des Gesetzgebers vorausgesetzt, vielmehr die Rechtsbildung durch die Überzeugung der *communitas fidelium* prinzipiell legitimiert.²⁴

²¹ Eine Gesamtdarstellung der Geschichte der kanonistischen Gewohnheitsrechtslehre gibt *René Wehrle*, *De la coutume dans le droit canonique*, 1928.

²² Hierzu *Landau*, *Die Theorie des Gewohnheitsrechts* (o. Fn. 7), S. 163–166.

²³ Zu dieser historischen Entwicklung in der katholischen Kanonistik, in der zeitweilig vor allem durch *Johann Friedrich v. Schulte* im 19. Jahrhundert die Gewohnheitsrechtstheorie der historischen Schule rezipiert wurde, vgl. *Landau*, *Die Theorie des Gewohnheitsrechts* (o. Fn. 7), S. 173–180 und 186–192.

²⁴ Für die gegenwärtige Rechtslage im katholischen Kirchenrecht vgl. außer *Landau*, *Die Theorie des Gewohnheitsrechts* (o. Fn. 7), noch *Michael Benz*, *Die Mitwirkung des Gesetzgebers bei der Entstehung von Gewohnheitsrecht*, in: *AfkKR* 155 (1986), S. 466–479; *Winfried Aymans / Klaus Mörs-*

2. Evangelische Kirche

Im evangelischen Kirchenrecht, das nach der Reformation nur sehr langsam eigene Prinzipien herausbildete, setzt eine intensive Auseinandersetzung mit dem Begriff des Gewohnheitsrechts erst mit *Justus Henning Böhrer* im 18. Jahrhundert ein. *Böhrer* vertritt die These, daß es in der Alten Kirche Gewohnheitsrecht zeitlich vor dem Gesetzesrecht gegeben habe; es entstehe im Gesellschaftsverband der Kirchenglieder ohne Konsens des Gesetzgebers.²⁵ Diese Lehre nimmt Elemente der Gewohnheitsrechtstheorie der historischen Schule vorweg, die dann im 19. Jahrhundert durch *Adolf v. Scheurl* auch im evangelischen Kirchenrecht Eingang fand. Nach *Scheurl* entsteht Gewohnheitsrecht im Gesamtbewußtsein der Kirche in einer Konsensbildung zwischen dem Lehrstand und den Laien, wobei den Theologen im wesentlichen die Rolle zufällt, die *Puchta* bei der Gewohnheitsrechtsbildung im weltlichen Recht den Juristen zuschreibt.²⁶ Das wurde später von *Wilhelm Kahl* in der Formel zusammengefaßt, daß sich Gewohnheitsrecht in der Sachübereinstimmung von Kirchenregiment (Kirchenleitung), Synoden und theologischer Wissenschaft bilde.²⁷ Da das gesetzlich normierte Recht der evangelischen Kirche überall auf gewohnheitsrechtlich rezipierte Rechtsschichten zurückweist, wird man die im 19. Jahrhundert entwickelte Gewohnheitsrechtstheorie auch zur Deutung des heutigen evangelischen Kirchenrechts heranziehen müssen.

9

IV. Gewohnheitsrecht im deutschen Staatskirchenrecht

Die Frage der Geltung gewohnheitsrechtlicher Sätze im Staatskirchenrecht ist in der Literatur bisher nur marginal behandelt worden;

10

dorf, Kanonisches Recht, 13. Aufl., Bd. 1, 1991, S. 197–204. *Aymans* geht allerdings davon aus, daß trotz Änderung des Gesetzestexts die Rechtskraft des Gewohnheitsrechts auch nach CIC/1983 nur auf der apostolischen Vollmacht des Gesetzgebers beruhe, also gegenüber 1917 keine sachliche Änderung erfolgt sei.

²⁵ Zu *Böhrers* Lehre vgl. *Landau*, Die Theorie des Gewohnheitsrechts (o. Fn. 7), S. 166–168.

²⁶ Zur Rezeption und Abwandlung der Gewohnheitsrechtslehre der historischen Schule durch *Scheurl* vgl. *Landau*, Die Theorie des Gewohnheitsrechts (o. Fn. 7), S. 180–184.

²⁷ *Wilhelm Kahl*, Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik, Bd. I, 1894, S. 131 f.

es fehlen auch eindeutige Festlegungen der Rechtsprechung. Da die in den durch Art. 140 GG rezipierten Artikeln der Weimarer Reichsverfassung enthaltene Regelung des Verhältnisses von Staat und Religionsgemeinschaften ein voll integrierter Teil der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland ist, muß die Bildung von Verfassungsgewohnheitsrecht auch in diesem Bereich möglich sein. Da die Prinzipien der Verfassung auch hier volle Geltung haben, muß man die Möglichkeit von Verfassungsgewohnheitsrecht contra constitutionem auch im Staatskirchenrecht verneinen, jedoch Gewohnheitsrecht intra constitutionem für möglich halten. Aus der im Vergleich zu anderen Regelungsmaterien der Verfassung besonders starken Verwurzelung des Staatskirchenrechts in der deutschen Geschichte, die sich u. a. darin zeigt, daß das Grundgesetz hier über Art. 140 einen Bestand älterer Normen formell rezipiert hat, läßt sich der Schluß ziehen, daß Gewohnheitsrecht im Staatskirchenrecht besonderes Gewicht habe.²⁸ Ein volles Verständnis des Regelungsgehalts der Art. 136–141 WRV ist auch nach ihrer Übernahme durch das Grundgesetz nur dann möglich, wenn außer der Berücksichtigung der systematischen Stellung im Grundgesetz auch die Auslegung dieser Bestimmungen im Lichte inhaltlich und zeitlich präpositiver Rechtsgrundsätze erfolgt,²⁹ deren Geltung nur gewohnheitsrechtlich begründet werden kann, und die im Verfassungstext nicht voll formuliert sind. Aus dem Gewohnheitsrecht ergeben sich im Verfassungsrecht nicht so sehr einzelne Rechte der Kirchen und Religionsgemeinschaften als vielmehr ein Gefüge von *Rechtsgrundsätzen*. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien einige Rechtsgrundsätze hier genannt, auf die teilweise auch in der Literatur verwiesen wird, ohne daß dort bisher ein entsprechender Katalog zu finden ist.

11

1. Die Verfassung setzt voraus, daß nicht nur individuelle Religionsfreiheit garantiert ist, sondern daß die Bürger und die Gesell-

²⁸ Vgl. *Ulrich Scheuner*, Das System der Beziehungen von Staat und Kirchen im Grundgesetz. Zur Entwicklung des Staatskirchenrechts, in: HSKR¹, Bd. I, 1974, S. 42, der betont, daß die Heranziehung der Überlieferung bei der Auslegung der staatskirchenrechtlichen Verfassungsbestimmungen besonderes Gewicht haben, da Institutionen und Begriffe stark durch die Geschichte geformt seien. Wenn man von dieser Maxime ausgeht, wird man konsequenterweise gewohnheitsrechtlichen Prinzipien besondere Bedeutung zumessen.

²⁹ In diesem Sinne *Alexander Hollerbach*, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: HStR¹, Bd. VI, 1989, § 138, Rn. 86, S. 519, und vor allem BVerfGE 42, 312 (330), wonach Art. 140 GG in einer geschichtlichen Kontinuität steht, die zum Verständnis der Vorschrift herangezogen werden müsse. Hierzu auch *Alexander Hollerbach*, Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 106 (1981), S. 218 (237 f.).

schaft durch das *öffentliche Wirken* der Religionsgemeinschaften erreicht und geprägt werden können. Dieses Prinzip läßt sich wohl aus der Präambel des Grundgesetzes und aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ableiten³⁰ – es beruht aber sicher nicht auf einer Dezision des Verfassungsgebers, sondern ist im Sinne der deutschen Rechtstradition vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht.

2. Die staatskirchenrechtliche Verfassungsordnung setzt voraus, daß sich der Staat und die Kirchen bzw. Religionsgemeinschaften in einer Beziehung der *Kooperation* verstehen. Die Regelung von Problemen, gemeinsamen Angelegenheiten und auch von Konflikten im Geist prinzipieller Kooperation zwischen Staat und Kirche ist historisch ein Ergebnis der Überwindung des Kulturkampfes, liegt vor der Dezision des Verfassungsgebers von 1919 und ist als ein die Verfassung beherrschendes Prinzip gewohnheitsrechtlich begründet.³¹ 12

3. Aus der Geschichte der Kooperation von Staat und Kirchen in Deutschland läßt sich der Grundsatz ableiten, daß der Staat Grundfragen seines Verhältnisses zu den Kirchen vorrangig durch *Konkordate* und *Kirchenverträge* regelt, nicht durch Gesetze.³² Die rechtliche Möglichkeit des Abschlusses von Konkordaten und Kirchenverträgen ist in Art. 138 Abs. 1 WRV vorausgesetzt. Der Grundsatz einer *Priorität* der Regelung gemeinsamer Angelegenheiten von Staat und Kirche auf vertraglichem Wege wurde vom Verfassungsgeber von 1919 anerkannt; auch hier kann die Begründung nicht dem Text der Verfassung entnommen werden und beruht auf Gewohnheitsrecht. 13

4. Als vorkonstitutionelles Verfassungsgewohnheitsrecht muß ferner der Rechtsgrundsatz bestimmt werden, daß das Verhältnis von Staat und Kirche unter Berücksichtigung *historisch erworbener Rechtstitel* geordnet wird.³³ Positivrechtlich wird die Respektierung 14

³⁰ Zur staatskirchlichen Bedeutung der Präambel des Grundgesetzes vgl. *Hollerbach*, Grundlagen (o. Fn. 29), Rn. 80–85, S. 516–518.

³¹ In diesem Sinne vor allem *Axel Freiherr v. Campenhausen*, in: Hermann v. Mangoldt (Begr.)/Friedrich Klein (Hg.), *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, 3. Aufl., Bd. 14: Artikel 136 bis 146, 1991, Art. 140 GG, Rn. 15 und 34–37, S. 42 f. und 52 f.

³² Einen entsprechenden Rechtsgrundsatz entwickelt *Hollerbach*, Grundlagen (o. Fn. 29), Rn. 64, S. 506 f.: Der Kompetenzmangel des neutralen Staates in religiösweltanschaulicher Hinsicht spreche für das Vertragskirchenrecht. Ein solcher Grundsatz kann auf eine zum Gewohnheitsrecht verfestigte Rechtspraxis zurückgeführt werden.

³³ Als historisch begründeter Rechtstitel der Kirchen, der sich auf der Grundlage von § 35 Reichsdeputationshauptschluß als gemeindeutsches Gewohnheitsrecht erhalten hat, ist die grundsätzliche Verpflichtung des Staates zu Staatsleistungen der Kirche zu betrachten. Für diese Verpflichtung sieht

historisch erworbener Rechte in Art. 137 Abs. 5 S. 1, Art. 138 Abs. 1 und Art. 139 WRV vorausgesetzt. In diesem Rechtsgrundsatz ist ein Gebot der *Kontinuität* bei Veränderungen des Rechtsstatus der Kirchen enthalten, das nicht bei einzelnen Rechtspositionen der Kirchen, z.B. im Bereich der Staatsleistungen, durchbrochen werden darf, sondern vom Staat nur durch verfassungsändernde Aufkündigung des gesamten staatskirchenrechtlichen Systems verändert werden könnte, das den Kirchen und Religionsgemeinschaften unter den gesellschaftlich relevanten Organisationen einen besonderen Status zuerkennt. Zur historisch begründeten Rechtslage gehört auch die *Differenzierung* innerhalb der Religionsgemeinschaften mit dem Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts nach Art. 137 Abs. 5 WRV zwischen den historischen großen Kirchen und den Körperschaften aufgrund besonderer staatlicher Statusgewährung. Die Differenzierung wird in Art. 137 Abs. 5 WRV vorausgesetzt. Die Zulässigkeit von Differenzierungen trotz der weltanschaulichen Neutralität des Staates wird auch als Prinzip der „*gestuften Parität*“ bezeichnet. Es ist als Grundsatz des Staatskirchenrechts vorkonstitutionell und gewohnheitsrechtlichen Ursprungs.³⁴

- 15 Die genannten Verfassungsprinzipien des deutschen Staatskirchenrechts sind wohl alle schon im vorkonstitutionellen Recht vor 1919 angelegt, aber haben sich vollständig erst in der Geschichte der Weimarer Republik und der Bundesrepublik Deutschland seit 1949 durch die damit übereinstimmende Rechtspraxis entfalten können.
- 16 Verfassungsgewohnheitsrecht im Staatskirchenrecht besteht im wesentlichen in Form von Rechtsgrundsätzen, nimmt seinen Ursprung in vorkonstitutionellem Gewohnheitsrecht vor 1919 und ist eine unentbehrliche Grundlage zur Interpretation der in der Verfassung enthaltenen einzelnen Rechtssätze des Staatskirchenrechts.
- 17 Gewohnheitsrecht spielt schließlich im Staatskirchenrecht auch heute eine erhebliche Rolle, insofern aus ihm Rechtsbegriffe, Rechtssätze und Rechtsansprüche auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts für das Verhältnis der Kirchen zum Staat bzw. den Kommunen abgeleitet werden. So ist der Rechtsbegriff der „*res sacrae*“ in der deutschen Rechtsordnung gewohnheitsrechtlich abgegrenzt, und teilweise beru-

Art. 138 Abs. 1 WRV zwar eine Ablösung vor, schafft aber damit eine „Bestandsgarantie auf Widerruf“ – so *Josef Isensee*, Staatsleistungen an die Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: HSKR¹, Bd. II, 1975, S. 59.

³⁴ Hierzu *v. Campenhausen* (o. Fn. 31), Art. 140 GG, Rn. 27–32, S. 47–51; Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 21–24, S. 107–109.

hen die Rechtssätze in diesem Bereich auf Gewohnheitsrecht³⁵; ferner bestehen regional und lokal Rechtstitel für Kirchenbaulasten vielfach auf der Grundlage von Gewohnheitsrecht.³⁶

³⁵ *Peter Axer*, → § 60, Rn. 23 f. In diesem Sinne etwa *Ludwig Renck*, Grundfragen des Rechts der res sacra, in: DÖV 1990, S. 333–336: Die res sacra bestehe als eine Spezies der öffentlichen Sache im traditionellen Umfang kraft Gewohnheitsrechts fort. Sachherren einer res sacra (Kirchen und Friedhöfe mitsamt ihrem Zubehör und Mobilien) könnten nur Bekenntnisgemeinschaften in der Rechtsform einer Körperschaft des öffentlichen Rechts sein. Auch letzterer Rechtssatz dürfte auf Gewohnheitsrecht beruhen. Ebenso bereits *Bernhard Schlink*, Neuere Entwicklung im Recht der kirchlichen öffentlichen Sachen und der res sacrae, in: NVwZ 1987, S. 633 (637): Die normative Grundlage für die Qualität der res sacrae als öffentlicher Sache liege im Gewohnheitsrecht.

³⁶ *Michael Droege*, → § 64, Rn. 17. Vgl. *Hartmut Böttcher*, Art und Rechtsgrund kommunaler Kirchenbaulasten, in: Rechtsstaat, Kirche, Sinnverantwortung. Festschrift für Klaus Obermayer zum 70. Geburtstag, hg. von Richard Bartlsperger / Dirk Ehlers / Werner Hofmann / Dietrich Pirson, 1986, S. 155 (159 f.); ferner *Otto Voll*, Handbuch des Bayerischen Staatskirchenrechts, 1985, S. 180–184; *Nikolaus Wiesenberger*, Kirchenbaulasten politischer Gemeinden und Gewohnheitsrecht, 1981, mit dem Fallbeispiel der „Paderborner Observanz“ als Gewohnheitsrecht im ehemaligen Hochstift Paderborn. Zur Kirchenbaulast als Gewohnheitsrecht auch *Axel Freiherr v. Campenhausen* / *Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 272.

III.

Freiheit und Gleichheit im Staatskirchenrecht

§ 14

Religions- und Weltanschauungsfreiheit

Von Hans Michael Heinig

A. Ideengeschichtliche Grundlagen	1–7
I. Moderne Staatlichkeit und religiöse Vielfalt als Entstehungsbedingungen	2–3
II. Staatstheoretische Traditionslinie der Domestizierung und Verzweckung von Religion	4–6
III. Liberale Gegentraditionen	7
B. Rechtsgeschichtliche Dimension	8–17
I. Wurzeln der Religionsfreiheit im Reformationsfolgenrecht	8–11
II. Entkonfessionalisierung des Staates – Bedeutungsgewinn der Religionsfreiheit	12–17
C. Verfassungstheoretische Grundlagen	18–25
I. Pluralität der Konzepte des guten Lebens, Säkularität des staatlichen Rechts und Säkularisierung	18–20
II. Religion und Weltanschauung als Ambivalenzphänomene	21–25
D. Rechtsquellen	26–27
E. Verfassungsdogmatische Aspekte des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG	28–103
I. Schutzdimensionen der Religions- und Weltanschauungsfreiheit	28
II. Die Religions- und Weltanschauungsfreiheit als Eingriffsabwehrrecht	29–99
1. Personeller Schutzbereich der Religions- und Weltanschauungsfreiheit	29–32
2. Sachlicher Schutzbereich der Religions- und Weltanschauungsfreiheit	33–57
a) Einheitsmodell vs. Parzellierungsansatz	33–42
b) Religions- und Weltanschauungsfreiheit als religiöse bzw. weltanschauliche Handlungsfreiheit	43

c) Der Begriff der Religionsausübung und die Beachtung religiös-weltanschaulicher Selbstverständnisse	44–45
d) Religionsausübungsfreiheit: Mehr als Kultusfreiheit	46–47
e) Gewissensfreiheit: keine gleichwertige Alternative zur weit verstandenen Religionsausübungsfreiheit	48–49
f) Missbrauchsgefahr und Plausibilisierungserfordernis	50
g) Privilegierung von Religion und Weltanschauung gegenüber Kunst und Politik?	51–53
h) Religionsausübungsfreiheit umfasst weltanschauliche Handlungsfreiheit	54
i) Beispiele zur Veranschaulichung	55–57
3. Eingriff	58–59
4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	60–82
a) Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1 WRV – Gleichheitsrecht oder Freiheitsschranke?	63–64
b) Wortlaut	65
c) Genese	66–70
d) Zwecke und Ziele	71–76
e) Systematik	77–78
f) Schrankenloser Kernbereich des Art. 4 GG?	79
g) Beispiele zur Veranschaulichung	80–82
5. Die korporative Religions- und Weltanschauungsfreiheit in Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV	83–99
a) Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV – Kollisionsnorm oder Freiheitsrecht?	84–86
b) Überschneidungen des Schutzbereiches	87–91
c) Zum dogmatischen Konzept der Schrankenspezialität	92–99
III. Weitere Wirkdimensionen der Religions- und Weltanschauungsfreiheit	100–103

A. Ideengeschichtliche Grundlagen

Der Begriff der Religionsfreiheit umfasst traditionell unterschiedliche individuelle, kollektive und korporative Freiheitsrechte, die sich in spezifischer Weise auf Religion(en) und Weltanschauungen beziehen: die Glaubens-, Bekenntnis-, Kultus- und sonstige Religionsausübungsfreiheit – in der Sprache der Tradition: *conscientia libera, exercitium religionis privatum et publicum*.¹ In engem systematischen und historischen Zusammenhang mit der Religionsfreiheit stehen die Weltanschauungsfreiheit, die Gewissensfreiheit sowie das Gebot der Gleichbehandlung aller Bürgerinnen und Bürger ungeachtet ihrer religiösen Überzeugungen.

1

I. Moderne Staatlichkeit und religiöse Vielfalt als Entstehungsbedingungen

Die Frage der *Religionsfreiheit* ist vermutlich so alt wie die Religion selbst.² *Weltanschauungsfreiheit* hingegen ist ideen- und rechtsgeschichtlich ein neueres Phänomen. Bereits unter den Bedingungen des antiken Polytheismus war eine freie Religionsausübung nur gewährleistet, soweit der vorherrschende Staatskult anerkannt wurde.³ Die etwa von *Jan Assmann* hervorgehobene polytheistische Toleranz⁴ kannte somit jedenfalls keine negative Religionsfreiheit.

2

Die zentralen ideengeschichtlichen Grundlagen für unser heutiges Verständnis von Religionsfreiheit wurden indes erst in der frühen Neuzeit geschaffen. Ab dieser Zeit lässt sich sinnvoll von Staatlich-

3

¹ *Hans Michael Heinig*, Art. Religionsfreiheit, in: Handbuch der politischen Philosophie und Sozialphilosophie, hg. von Stefan Gosepath / Wilfried Hinsch / Beate Rössler, 2008, S. 1109 ff. – auch zum Folgenden.

² Zu historischen Aspekten der Religionsfreiheit im Überblick mit weiteren Nachweisen auch *Stefan Mückl*, in: BK, Losebl. Stand August 2008, Art. 4, Rn. 8 ff.; *Stefan Muckel*, Schutz von Religion und Weltanschauung, in: HGR, Bd. 4, 2011, S. 541 (542 ff.); *Christian Walter*, Religionsverfassungsrecht, 2006, S. 22 ff.; *Antje von Ungern-Sternberg*, Religionsfreiheit in Europa, 2008, S. 7 ff., sowie *Dietrich Pirson*, → § 1.

³ Siehe etwa *Hartmut Leppin*, Christianity and the Discovery of Religious Freedom, in: Rechtsgeschichte / Legal History 22 (2014), S. 62 ff.

⁴ *Jan Assmann*, Die Mosaische Unterscheidung. Oder der Preis des Monotheismus, 2003.

keit in unserem heutigen Sinne sprechen.⁵ Mit der Reformation trat zudem religiöse Vielfalt in Gestalt der zwei bzw. drei Konfessionen als praktisches Problem in der Weise in Deutschland in Erscheinung, dass sie nicht mehr durch Marginalisierung, Verdammung und Verfolgung bearbeitet werden konnte. Beide Momente sind Voraussetzung für die wechselvolle und allmähliche Ausbildung moderner Religionsfreiheit: der *Staat* als verpflichteter Adressat dieses Grundrechts und die *religiöse Vielfalt* als Bezugsproblem der Religionsfreiheit.

II. Staatstheoretische Traditionslinie der Domestizierung und Verzweckung von Religion

4 Freilich war die Religionsfreiheit nicht von Anfang an als probates Instrument zur Sicherung des religiösen Friedens unter den Bedingungen religiöser Ausdifferenzierung anerkannt. Die Alternative, ideengeschichtlich gar mit dem Erstgeburtsrecht ausgezeichnet, war die Vereinnahmung der Religion durch einen nicht mehr religiös, sondern pragmatisch-säkular begründeten Staat.⁶ Wird Religion unter den Vorbehalt der Staatsraison gestellt, kann sich eine umfassend verstandene Religionsfreiheit nicht entfalten. Einige für die beiden Entwicklungsstränge prägende Autoren seien im Folgenden kurz vorgestellt.

5 *Thomas Hobbes* plädierte in seinem Klassiker „Leviathan“ aus dem Jahre 1651 für die Schaffung eines sterblichen Gottes, einer höchsten Gewalt, um dem Naturzustand mit seiner wechselseitigen Feindschaft aller Menschen zu entkommen. Diesem sterblichen Gott wird nahezu unbedingter Gehorsam geschuldet. Das Recht des Souveräns umfasse notwendigerweise auch die Festlegung der öffentlichen Religion, denn die Religion sei eine Triebfeder des natürlichen Kampfes eines jeden gegen jeden.⁷ *Baruch de Spinoza* entwickelte im „Tractatus Theologico-politicus“ sowie in der „Abhandlung vom Staate“ die von *Hobbes* begründete neuzeitliche Traditionslinie der Unterordnung der Religion unter und Funktionalisierung durch den bürgerlichen Frieden stiftenden Souverän maßgeblich weiter. Hier begegnet uns aber auch ein Moment der Mäßigung durch das Postu-

⁵ Zur Entstehung des modernen Staates etwa *Wolfgang Reinhard*, Geschichte der Staatsgewalt, 1999.

⁶ *Görg Haverkate*, Verfassungslehre, 1992, S. 196 ff.

⁷ *Thomas Hobbes*, Leviathan (1651), 1992, S. 203, insbes. S. 218 ff. (Kapitel 26).

lat der religiösen Gedankenfreiheit: das *forum internum* sollte nach *Spinoza* unberührt von staatlicher Ingerenz bleiben.⁸

Eine auf den ersten Blick ähnliche Konstellation staatlicher Domestizierung der Religion findet man bei *Jean-Jacques Rousseau* wieder. Der plädierte im *contrat social* für eine unmittelbare staatliche Indienstnahme der Religion. Freilich zeichnet sich im 18. Jahrhundert bereits ein deutlicher Säkularisierungsschub ab – *Rousseau* setzte nicht mehr auf eine bestimmte positive Religion, sondern auf eine bürgerliche Zivilreligion. Für ihn war es unabdingbar, dass „jeder Bürger eine Religion hat, die ihn seine Pflichten lieben heißt“.⁹ Die positiven Religionen, insbesondere das Christentum, erschienen ihm für diese Anforderung ungeeignet. Er postulierte ein verbindliches, „rein bürgerliches Glaubensbekenntnis“, das sich nur auf die Moral und die Pflichten des Bürgers gegen andere erstreckt; sein Inhalt war schlicht: die „Existenz einer höchsten, allwissenden und sorgenden Gottheit, [...] das Glück der Gerechten und Bestrafung der Bösen sowie die Heiligkeit des Gesellschaftsvertrages und der Gesetze“.¹⁰ Wer nicht an diese Zivilreligion glaube, könne aus dem Staat verbannt werden. Wer sie teile, solle hingegen in den Genuss religiöser Toleranz kommen. *Rousseau* kannte also eine gewisse Religionsfreiheit, aber keine Zivilreligionsfreiheit.

6

III. Liberale Gegentraditionen

Gegen die Indienstnahme der Religion durch die neuzeitliche Staatsmacht stritt dagegen von jeher die liberale Tradition: Sie steht dem gedanklichen Konstrukt einer vertraglichen Übertragung aller natürlichen Rechte des Menschen an einen allmächtigen Souverän skeptisch gegenüber. Fasst man zudem den Staatszweck säkular, können nach liberaler Schreibart des politischen Kontraktualismus die religiösen Angelegenheiten der Bürger im Überschritt vom Naturzustand in den bürgerlichen Zustand im Bereich der natürlichen Freiheitsrechte verbleiben. Begrenzt man den Staatszweck auf die Sicherung von Freiheit und Eigentum, ist die Obrigkeit folgerichtig nicht für das Seelenheil der Bürger zuständig. Als Ahnherr dieser

7

⁸ *Baruch de Spinoza*, Theologisch-Politischer Traktat (1670), 1984, S. 299 ff. (20. Kapitel).

⁹ *Jean-Jacques Rousseau*, Gesellschaftsvertrag (1762), 1977, S. 150 (8. Kapitel).

¹⁰ *Rousseau*, ebd., S. 151.

Überlegung mag *John Locke* mit seinem „A Letter concerning Tolerance“ gelten. Der Staat solle Toleranz üben und auf Glaubenszwang verzichten, so *Locke*, denn irrige Glaubensüberzeugungen schadeten der Wohlfahrt in der Regel nicht. Umgekehrt hätten die Religionsgemeinschaften den Staat bei der Verwirklichung seiner säkularen Aufgaben nicht zu behindern, sondern sich auf den ihnen eigenen religiösen Auftrag zu konzentrieren.¹¹ Religion einerseits und Recht und Staat andererseits werden hier also kategorial unterschieden – die Religion wird in diesem Modell um ihrer selbst willen anerkannt. In der gleichen Traditionslinie steht etwa *Wilhelm von Humboldt* mit der 1792 vorgestellten strengen Unterscheidung zwischen Religion, Moralität und Staatlichkeit.¹² *Humboldt* widersprach der (bis heute) verbreiteten These, Religion, Moral und Recht seien als drei Merkmale von Sozialität notwendig wechselseitig verwoben und aufeinander verwiesen. Er setzte sie in ihr jeweiliges Eigenrecht, ohne eine wechselseitige Bezogenheit der jeweiligen Sphären des Sozialen zu leugnen. Alles was die Religion betreffe, liege außerhalb der Grenzen der Wirksamkeit des Staates, so *Humboldts* Resümee, genieße also Religionsfreiheit.

B. Rechtsgeschichtliche Dimension

I. Wurzeln der Religionsfreiheit im Reformationsfolgenrecht

- 8 Bis 1919 blieb die liberale politische Philosophie in der deutschen Staats- und Verfassungspraxis in der Defensive, die Vereinnahmung der Religion durch die nachreformatorischen Territorialstaaten war die Regel.¹³ Es bildeten sich immerhin nach und nach mannigfache religionsfreiheitliche Elemente heraus, die zunächst nur zwischen den beiden christlichen Konfessionen ihre Wirkung entfalteten, sich dann aber säkularisierten und generalisierten. Doch erst 1919 wurde

¹¹ *John Locke*, Ein Brief über Toleranz (1685/86), 1996.

¹² *Wilhelm von Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen des Staates zu bestimmen (1792), 1995.

¹³ *Michael Stolleis*, „Konfessionalisierung“ oder „Säkularisierung“ bei der Entstehung des frühmodernen Staates, in: ders., Ausgewählte Aufsätze und Beiträge, 2011, Bd. 1, S. 241 ff.

das liberaldemokratische Ideal gleicher Religionsfreiheit auch verfassungsrechtlich vollumfänglich wirksam.¹⁴

Wiederum seien exemplarisch einige Etappen der Entfaltung der Religions- und Weltanschauungsfreiheit kurz skizziert: Nach der Reformation und den ihnen folgenden konfessionellen Bürgerkriegen wurde sowohl im *Augsburger Religionsfrieden* als auch im *Westfälischen Frieden* mit dem *ius reformandi* zugleich der Grundsatz des *cuius regio eius religio* festgeschrieben.¹⁵ Der einzelne konnte über seinen Glauben nicht selbst entscheiden, das Bestimmungsrecht lag beim Landesherrn. Grundsätzlich entschied dieser über die Konfessionszugehörigkeit der Bevölkerung. Die Idee konfessioneller Geschlossenheit stand auf der Ebene der sich territorial ausbildenden Staaten im Vordergrund. Auf Reichsebene wurde zugleich mit dem *ius reformandi* ein religiöses Selbstbestimmungsrecht der Reichsstände anerkannt, das einer späteren Individualisierung zugänglich war. Auch etablierte sich eine erste (sehr schwache) Form individueller Religionsfreiheit „im Gewande der Freizügigkeit“.¹⁶ Wer von der Religion des Landesherrn dissentierte, konnte unter Garantie der Mitnahme von Hab und Gut auswandern (*ius emigrandi*). Schließlich führte der Westfälische Friede zu einer Strategie im Umgang mit religiöser Vielfalt, die bis heute unser freiheitliches Religionsrecht

9

¹⁴ Zum Folgenden auch *Hans Michael Heinig*, Was ist unter Religionsfreiheit zu verstehen? Historischer Hintergrund und Geltungsbereich eines Grundrechts, in: ders., Die Verfassung der Religion, 2014, S. 105 (106 ff.); ders., Prekäre Ordnungen, 2018, S. 4 ff.

¹⁵ *Martin Heckel*, Zu den Anfängen der Religionsfreiheit im Konfessionellen Zeitalter, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 5, 2004, S. 81 ff.; ders., *Ius reformandi*, ebd., S. 135 ff.; *Bernd Christian Schneider*, *Ius reformandi*. Die Entwicklung eines Staatskirchenrechts von seinen Anfängen bis zum Ende des Alten Reiches, 2001; im Überblick auch *Christoph Link*, Kirchliche Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 2017, S. 101 ff., 118 ff.

¹⁶ *Martin Heckel*, Zur Entwicklung des deutschen Staatskirchenrechts von der Reformation bis zur Schwelle der Weimarer Verfassung, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1989, S. 366 (377); *Axel von Campenhausen*, Grundrechte als europäische Leitidee, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 2, 2014, S. 355 (382); relativierend zur Bezeichnung des *ius emigrandi* als frühe Form der Religionsfreiheit etwa *Ansgar Hense*, Zwischen Kollektivität und Individualität – Einige geschichtliche Aspekte der Religionsfreiheit, in: Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, hg. von Hans Michael Heinig / Christian Walter, 2007, S. 7 (18 f.); *Heinrich de Wall*, Gegenstand und Geschichte des Kirchenrechts, in: ders. / Stefan Muckel, Kirchenrecht, 3. Aufl. 2012, S. 29, Fn. 29.

prägt: die *Parität*, d.h. die vollständige und gegenseitige Gleichheit beider Bekenntnisse, wie es in Art. 5 § 1 IPO heißt.¹⁷

- 10 Die Idee konfessioneller Geschlossenheit des einzelnen Territorialstaates ließ sich nicht in Reinform verwirklichen. Die Religion des Landesherrn als *ecclesia dominans* war nachreformatorisch in besonderer Weise organisatorisch, personell und aufsichtsrechtlich mit den Strukturen der Staatlichkeit verbunden. Zugleich aber erkannte bereits der Westfälische Friede mit der Fixierung eines *Normaljahres* eine gewisse religiöse Pluralisierung auch innerhalb der Territorialstaaten an: Die Freiheit der Religionsausübung wurde den Religionsparteien für die Zukunft in dem Umfang garantiert, wie sie im Jahre 1624 praktiziert worden war.¹⁸ Damit war die Möglichkeit eröffnet, dass eine von der *ecclesia dominans* abweichende Konfession innerhalb eines Territoriums existieren konnte. Dies führte zu der Frage, welche Rechtsstellung einer anderen Konfession zukommen und welches Maß an Religionsausübung innerhalb eines Landesgebiets erlaubt sein sollte. Die rechtstechnische Lösung für dieses Problem bestand lange Zeit im Konzept der *Duldung*. Diese Duldung, gegenüber dem Judentum außerhalb der Zeiten von Verfolgungen und Pogromen erprobt, war mit einer unterschiedlichen Mischung aus Betätigungsfreiheiten und -verboten verbunden. Insbesondere das Wirken der Minderheitenkonfession in der Öffentlichkeit wurde streng limitiert (Art. 5 § 34 IPO: Beschränkung auf Hausandachten).

- 11 Mit Gebietsverschiebungen im 18. Jahrhundert wuchs der Bedarf, Minderheitenkonfessionen zu integrieren; Preußen kam dabei eine Vorreiterrolle zu.¹⁹ Eine explizite Kodifizierung fand das Recht zur Duldung anderer Religionsparteien in § 63 des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803,²⁰ der zugleich die Grundlage legte für eine im 19. Jahrhundert sich durchsetzende vollständige Gleichstellung der Angehörigen der drei etablierten christlichen Konfessionen.²¹

¹⁷ Dokumentiert bei Arno Buschmann, Kaiser und Reich, 2. Aufl. 1994, Bd. 1, S. 15 ff.

¹⁸ Axel von Campenhausen, Religionsfreiheit, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1995, S. 256 (265).

¹⁹ Hendrik Munsonius, Von der Glaubenseinheit zur Glaubensfreiheit. Zur Entwicklung der Religionsfreiheit in Deutschland, in: ders., Öffentliche Religion im säkularen Staat, 2016, S. 11 (23 ff.).

²⁰ Dokumentiert in: Ernst Rudolf Huber / Wolfgang Huber, Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert, Bd. 1, 1973, S. 18 f.

²¹ Heinrich de Wall, Die Fortwirkung der Säkularisation im heutigen Staatskirchenrecht, in: EssGespr. 38 (2004), S. 53 (59 ff.).

II. Entkonfessionalisierung des Staates – Bedeutungsgewinn der Religionsfreiheit

Vorher hatte Preußen mit dem Allgemeinen Landrecht ein auf Gleichbehandlung von Katholiken und Protestanten ausgerichtetes Religionsrecht in Kraft gesetzt, das insbesondere *auf der individuellen Ebene* gewisse Freiheitsrechte einräumte: So heißt es eingangs in Teil II Titel 11 des ALR: „§ 1. Glaube und innerer Gottesdienst können kein Gegenstand von Zwangsgesetzen sein.“ „§ 2. Jedem Einwohner im Staate muss vollkommene Glaubens- und Gewissensfreiheit gestattet werden.“ „§ 7. Jeder Hausvater kann seinen häuslichen Gottesdienst nach Gutbefinden anordnen.“²² Das Duldungsmodell wurde sukzessive in ein Modell individueller partizipativ-freiheitlicher Parität überführt. Die Garantie bürgerlicher und staatsbürgerlicher Gleichberechtigung unabhängig von der Konfessionszugehörigkeit fand in Art. 16 der Deutschen Bundesakte von 1815 Aufnahme²³ und beeinflusste maßgeblich entsprechende Vorschriften in den frühkonstitutionellen Verfassungen.

Starke Impulse für die weitere Entwicklung der Religionsfreiheit als Menschenrecht gingen insbesondere vom amerikanischen und französischen Verfassungsrecht aus.²⁴ Die Idee moderner Menschenrechte im Gewande des Verfassungsrechts wurde im Gefolge politisch und rechtlich praktisch²⁵ – allerdings in Deutschland nur mit Verzögerungen und auf einem eigengearteten konstitutionellen Pfad.²⁶ Dies hatte auch Folgen für die Religionsfreiheit: die lange in Deutschland praktizierten Duldungs- und Toleranzmodelle, aber auch die vielfältigen Abstufungen korporativer Rechte ohne faire Zugangschancen zu besonderen Instituten des Staatskirchenrechts

²² Dokumentiert in: *Huber / Huber*, Staat und Kirche (o. Fn. 20), Bd. 1, S. 3. Zum Paradigmenwechsel durch das ALR etwa *Stefan Koriath*, Etappen des Religionsrechts von der Reformation bis heute, in: *ZevKR* 62 (2017), S. 348 (350).

²³ Dokumentiert ebd., S. 115.

²⁴ Nach *Georg Jellinek* ist die Religionsfreiheit in der nordamerikanischen Tradition gar das „erste“ Menschenrecht, *Georg Jellinek*, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 1895, weil zuerst in der Religionsfreiheit dem Menschen kraft Menschsein Rechte zugekommen seien; vgl. auch *Haverkate*, Verfassungslehre (o. Fn. 6), S. 200 f. mit Nachweisen zur Kritik an Jellineks wirkmächtiger These.

²⁵ *Dieter Grimm*, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776–1866, 1988, S. 10 ff.

²⁶ *Grimm*, ebd., S. 43 ff.

für alle standen mit der grundlegenden Gleichheit menschenrechtlich verstandener Freiheit in Widerspruch. Bis 1919 mangelte es Deutschland deshalb an Religionsfreiheit in dem umfassenden Sinne, der dem liberaldemokratischen Verfassungsdenken zugrunde liegt.

- 14 Insbesondere auf *korporativer Ebene* gestalteten sich in Deutschland die Loslösung organisatorischer und inhaltlicher Verzahnung von Staat und Religion und die formale Gleichstellung aller Religionsgesellschaften, unter Einschluss der sogenannten Sekten und kleineren Religionsgesellschaften, kompliziert und langwierig.²⁷ Hier standen das landesherrliche Kirchenregiment, aber auch das von den katholischen Herrschern beanspruchte *ius circa sacra*, die Religionsfürsorge des Staates, einer freiheitlich-paritätischen Lösung entgegen. Religion wurde in den Einzelstaaten zum Mittel des anstaltlichen Polizeistaates, wie sich etwa an § 13 Teil II Titel 11 ALR ablesen lässt. Danach waren die Religionsgesellschaften verpflichtet, ihren Mitgliedern „Gehorsam gegen die Gesetze, Treue gegen den Staat und sittlich gute Gesinnung gegen ihre Mitbürger einzuflößen“.²⁸ Man unterschied zwischen öffentlich aufgenommenen und geduldeten Kirchengesellschaften, wobei letzteren öffentliche Präsenz untersagt war; beide Formen von Kirchengesellschaften unterstanden staatlicher Aufsicht. Auch kannten die Territorialstaaten eine ideell-religiöse Fundierung ihrer Staatlichkeit, die umfassender Religionsfreiheit und staatsbürgerlicher Gleichstellung entgegenwirkte, wie Art. 14 der preußischen Verfassungsurkunde von 1850 belegt.²⁹ Danach ist die christliche Religion den Einrichtungen des Staates zugrunde gelegt.³⁰ Stellt diese Bestimmung eine späte Ausformung der Indienstnahme der (christlichen) Religion dar, so kannte die gleiche Verfassung doch – trotz des Scheiterns der Paulskirchenverfassung mit ihren weitgehenden Bestimmungen zur religiösen Freiheit der

²⁷ Stefan Koriath, Die Entwicklung der Rechtsformen von Religionsgemeinschaften in Deutschland im 19. und 20. Jahrhundert, in: Die verrechtlichte Religion, hg. von Hans Gerhard Kippenberg / Gunnar Folke Schuppert, 2005, S. 109 (113 ff.); zu den Wirkungen des ALR näher auch Peter Landau, Das Kirchenrecht des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten im 19. Jahrhundert, in: ders., Grundlagen und Geschichte des evangelischen Kirchenrechts und des Staatskirchenrechts, 2010, S. 175 ff.

²⁸ Dokumentiert in: Huber / Huber, Staat und Kirche (o. Fn. 20), Bd. 1, S. 4.

²⁹ Stefan Koriath, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts in Deutschland seit der Reformation, in: Staatskirchenrecht (o. Fn. 16), S. 39 (51 f.).

³⁰ Dokumentiert in: Huber / Huber, Staat und Kirche (o. Fn. 20), Bd. 2, 1976, S. 37.

Bürger und ihrer Vereinigungen³¹ – eine vielgestaltige Garantie der Religionsfreiheit: „Art. 12. Die Freiheit des religiösen Bekenntnisses, der Vereinigung zu Religionsgesellschaften und der gemeinsamen häuslichen und öffentlichen Religionsausübung wird gewährleistet.“ „Art. 15. Die evangelische und die römisch-katholische Kirche so wie jede andere Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbstständig.“ Und besonders wichtig für die katholische Kirche: „Art. 16. Der Verkehr der Religionsgesellschaften mit ihren Oberen ist ungehindert.“

Die Zeichen der Zeit standen also auf gleiche Freiheit in religiösen Angelegenheiten und auf wechselseitige Emanzipation von Staat und Kirche, oder sozialwissenschaftlich ausgedrückt: auf funktionale Differenzierung. Mit der Überführung des landesherrlichen Kirchenregiments aus einem staatsrechtlichen in ein kirchenrechtliches Verständnis bahnte sich der säkulare Staat an, der 1919 mit der *Weimarer Reichsverfassung* dann Wirklichkeit wurde. Seine zentralen Säulen sind die Abschaffung der Staatskirche und die Gewährung gleicher Religions- und Weltanschauungsfreiheit, damit zugleich die Gleichstellung aller Religionen und Weltanschauungen. In Art. 135 WRV hieß es: „Alle Bewohner des Reiches genießen volle Glaubens- und Gewissensfreiheit. Die ungestörte Religionsausübung wird durch die Verfassung gewährleistet und steht unter staatlichem Schutz. Die allgemeinen Staatsgesetze bleiben hiervon unberührt.“

Das *Grundgesetz* übernahm dann die maßgeblichen Religionsartikel der Weimarer Reichsverfassung. Das Grundrecht auf Religionsfreiheit allerdings wurde unter dem Eindruck der Erfahrungen im Nationalsozialismus neu gefasst und als *lex regia* des Religionsverfassungsrechts nobilitiert. Ausdrücklich wurde die Weltanschauungsfreiheit aufgenommen. In Art. 4 des Grundgesetzes heißt es nun: „(1) Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich. (2) Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet.“

Die maßgeblichen freiheitlichen Elemente des modernen deutschen Staatskirchenrechts wurzeln somit gleichermaßen im nachreformatorischen Staatsrecht des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation und in der eingangs skizzierten liberalen Tradition politischer Philosophie der Neuzeit. Gleichberechtigung und Integration unterschiedlicher Religionen und Weltanschauungen durch Gewäh-

³¹ Im Überblick *Link*, Rechtsgeschichte (o. Fn. 15), S. 134 ff. mit weiteren Nachweisen.

rung von Freiheit und Teilhabe sind Lernerfahrungen unterschiedlicher Epochen, von den konfessionellen Bürgerkriegen über den Kulturkampf Preußens bis hin zum Unrechtsregime des Nationalsozialismus, die bis heute nichts an Relevanz verloren haben.

C. Verfassungstheoretische Grundlagen

I. Pluralität der Konzepte des guten Lebens, Säkularität des staatlichen Rechts und Säkularisierung

18 Verfassungstheoretisches Signum unserer Zeit ist im Religionsverfassungsrecht die uneinholbare *Pluralität der Konzepte des guten Lebens*. Moderne Gesellschaften sind hyperdiversifiziert. Über den Sinn des Lebens, Metaphysik, Lebensführungsfragen und Moralität lässt sich trefflich streiten. Der freiheitliche Verfassungsstaat kann in diesen Auseinandersetzungen nicht richten. Er würde seine faktischen Möglichkeiten überspannen und seine Freiheitlichkeit verlieren. Deshalb wird politische Herrschaft in freiheitlichen Demokratien *säkular* begründet. Politisch-theologische Legitimationsmuster verblassen demgegenüber. Einzig das Zusammenspiel von individueller Selbstbestimmung und kollektiver Selbstregierung vermag in freiheitlichen Demokratien noch normativ und faktisch gehaltvolle Legitimation zu vermitteln. Auch das Grundgesetz bedarf als säkulare Verfassungsordnung keiner religiös-theologischen Legitimation. Der Staat des Grundgesetzes ist in diesem Sinne *religiös-weltanschaulich neutral*.

19 Hinter der Beschreibung des Staates als „säkular“ und „neutral“ verbergen sich konkrete historische Konfliktlinien und anspruchsvolle, auch miteinander konkurrierende sozialphilosophische Konzepte. So kann es nicht wundern, dass auch die Bedeutung der Begriffe „Säkularität“ und „Neutralität“ streitig gestellt sind.³² Dabei besteht die Gefahr, die Grundentscheidungen des Verfassungsgebers zu konkretisieren und komplexe Denkfiguren zu simplifizieren. Es wäre verfehlt, ein abstraktes, auf bestimmten sozialphilosophischen

³² Zum Säkularitätsbegriff etwa *Horst Dreier*, Säkularisierung und Sakralität, 2013; zum Neutralitätsverständnis *Hans Michael Heinig*, Verschärfung der oder Abschied von der Neutralität?, in: *Verfassung* (o. Fn. 14), S. 133 ff.; *Christian Waldhoff*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität, 2010, D 42 ff. mit weiteren Nachweisen; zu beidem *Horst Dreier*, Staat ohne Gott, 2017.

Grundannahmen beruhendes Neutralitätskonzept schlicht auf das Grundgesetz zu übertragen oder aus einem spezifischen normativen Säkularitätsverständnis heraus zwanglos dogmatische Aussagen zur Religionsfreiheit abzuleiten.

In den deutschen Debatten haben sich in den letzten Jahren die normativen *Referenztheorien verschoben*. Standen lange Zeit hegelianisch geprägte Denkfiguren im Vordergrund, insbesondere das vielzitierte „Böckenförde-Diktum“,³³ sind an deren Stelle zunehmend kantianisch inspirierte Theorietraditionen getreten.³⁴ Die Denkschulen *John Rawls'* und *Jürgen Habermas'* stehen mit ihren recht unterschiedlichen Akzentsetzungen für solche Ansätze.³⁵ Im Hintergrund dieser Verschiebung stehen auch eine forcierte Pluralisierung und Individualisierung sowie markante Traditionsabbrüche („Säkulari-

20

³³ „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.“ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 92 (112). Hierzu etwa *Hans Michael Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003, S. 39 ff.; *Christoph Möllers*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, in: VVDStRL 68 (2009), S. 47 (53 ff.); *Hermann-Josef Große Kracht*, Fünfzig Jahre Böckenförde-Theorem, in: Religion, Recht, Republik, hg. von dems./Klaus Große Kracht, 2014, S. 155 ff.; *Christian Walter*, Das Böckenförde-Diktum und die Herausforderungen eines modernen Religionsverfassungsrechts, ebd., S. 185 ff.; *Christoph Schönberger*, Etappen des deutschen Religionsrechts von der Reformation bis heute, in: ZevKR 62 (2017), S. 333 (344). Eine Revision des eigenen Diktums nimmt *Böckenförde* 2006/2007 vor: *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Der säkularisierte Staat, 2007, S. 11 ff.

³⁴ Mit einem gewissen „Resthegelianismus“ *Jocelyn Maclure/Charles Taylor*, Laizität und Gewissensfreiheit, 2011. Zum Eigenwert einer republikanisch-kommunitaristischen Perspektive siehe *Dominik Rennert*, Liberale Theorie, republikanische Praxis?, in: Der Staat 58 (2019), S. 411 ff.

³⁵ Vgl. für *John Rawls* etwa *John Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 7. Aufl. 1993; ders. Politischer Liberalismus, 1998; für *Jürgen Habermas* etwa ders., Glauben und Wissen, 2001; ders., Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates?, in: ders., Zwischen Naturalismus und Religion, 2005, S. 106 ff.; ders., Religion in der Öffentlichkeit, ebd., S. 119 ff.; ders., Religiöse Toleranz als Schrittmacher kultureller Rechte, ebd., S. 258 ff.; ders., Religion in der Öffentlichkeit der „postsäkularen“ Gesellschaft, in: ders., Nachmetaphysisches Denken II, 2012, S. 308 ff.; verfassungstheoretische Adaptionen und Auseinandersetzungen etwa bei *Stefan Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002; *Christoph Möllers*, Grenzen der Ausdifferenzierung, in: Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder, hg. von Hans Michael Heinig/Christian Walter, 2015, S. 9 ff. Daneben bleiben systemtheoretische – und damit nichtnormative – Theorieansätze verfassungstheoretisch relevant, vgl. etwa *Hans Michael Heinig*, Staat und Gesellschaft – Religion und Politik, ebd., S. 35 ff.; *Karl-Heinz Ladeur/Ino Augsberg*, Toleranz – Religion – Recht, 2007.

sierung“) auf dem religiös-weltanschaulichen Feld. Der Ansatz von *Habermas* erweist sich im Vergleich zu dem von *Rawls* als besser anschlussfähig an die bisherige rechtliche und politische Praxis in Deutschland, weil bestimmte Formen öffentlicher Religion hier mitbedacht werden können. Der mittels des Theorienstreits ausgetragene Konflikt um Öffentlichkeit und politische Gestaltungsmöglichkeiten von Religion berührt Kernfragen der Religionsfreiheit: Es geht um die Abstimmung zwischen verschiedenen normativen Dimensionen religiöser Freiheit: dem Zusammenwirken von staatlicher Säkularität und Neutralität als Ausdruck und Sicherung von Religionsfreiheit, der Gleichheit in der Religionsfreiheit (Egalität von weltanschaulich-säkularistischen, agnostischen und religiösen Bürgerinnen und Bürgern) und größtmöglicher (sozialverträglicher) Reichweite religiös-weltanschaulicher Freiheiten unter Einschluss ihrer öffentlichen Dimension.

II. Religion und Weltanschauung als Ambivalenzphänomene

- 21 Diese Abstimmung zwischen unterschiedlichen Facetten der Religionsfreiheit ist auch deshalb erforderlich, weil in den letzten beiden Jahrzehnten deutlicher ins Bewusstsein getreten ist, dass Religion und Weltanschauung *Ambivalenzphänomene* darstellen.³⁶ Bis in die 1970er Jahre hinein erschien organisierte Religion in Deutschland vor allem als Gemeinwohlgarant und Instrument zur Herstellung sozialer Kohäsion. Diese Ausgangslage hat sich grundlegend verändert. Einerseits unterstellt man Religion gerade in ihrer organisierten Form mit guten Gründen eine *multiple integrative Leistungsfähigkeit* und die unmittelbare oder mittelbare Bedienung zahlreicher *Gemeinwohlbelange*. Man verspricht sich von ihr einen Gewinn an sozialer und moralischer Stabilität. Die Gemeinwohlrelevanz ist insbesondere im Bereich der kirchlichen Wohlfahrtspflege anerkannt. Aber auch weit darüber hinaus wirkt Religion sozialstabilisierend über den Aufbau von Solidarnetzen, über die Bereitstellung von Mustern der Bewältigung von Ungewissheiten menschlichen Lebens (Kontingenz), über die Befriedigung religiöser Bedürfnisse (anthropologischer Faktor), über die Stiftung personaler Identität.

³⁶ Hierzu und zum Folgenden *Hans Michael Heinig*, Das Religionsrecht zwischen der Sicherung freiheitlicher Vielfalt und der Abwehr fundamentalistischer Bedrohungen, in: *Verfassung* (o. Fn. 14), S. 22 ff.

Andererseits birgt Religion aber immer auch die *Potenz zum Konflikt* in sich, die gerade im Ringen um „die letzten Fragen“ zur Verhärtung, zur Verweigerung diskursiver Verflüssigung, zur sozialen und personalen Destruktivität durch „religiösen Eifer“ neigt. Das Religionsverfassungsrecht kann diese zentrifugalen Kräfte der Religion nicht ignorieren und sich nicht auf die Beschwörung der sozialproduktiven Dimension von Religion beschränken. **22**

Zugleich kann aus empirischen wie normativen Gründen nicht per se eine bestimmte positive Religion der einen oder anderen Seite zugeordnet werden. Zwar lässt sich gesellschaftlich – also erst mal nicht staatlich – fragen, welche Art von Religion einer Gesellschaft guttut. Etwa lässt sich beobachten, dass Theologie, also die in das religiöse kommunikative System eingebaute wissenschaftliche Reflexion von Religion, pazifizierende und rationalisierende Wirkungen für die gesamte religiöse Praxis entfaltet. Es gibt unterschiedliche Formen religiöser Identitätsbildung, die sich mehr oder weniger auf das freiheitliche Ethos der Moderne verrechnen lassen. Doch sind diese Formen in ihrem Variantenreichtum in allen Religionen vertreten. Deshalb verbieten sich einfache Lösungen, die etwa das Christentum privilegieren und den Islam diskriminieren. **23**

Der Ambivalenzcharakter der Religion verlangt komplexere Konsequenzen für das Religionsrecht. Einerseits bedarf es weiterhin einer angemessenen Perspektive auf die sozialproduktiven Potenziale der Religion. Diese könnte in einem Verständnis von Kirchen und Religionsgesellschaften als intermediäre Institutionen der Zivilgesellschaft liegen. Als solche fungieren sie nicht staatsanalog, sondern als besondere, nämlich religionsbezogene Form eines Zusammenschlusses von Bürgern und nehmen als solche an den Selbstverständigungsprozessen der Gesellschaft – auch im Gegenüber zum Staat – teil. Grundrechtlichen Freiheitsschutz erfährt der religiöse Lebensbereich dann zuvörderst um seiner selbst willen (wie alle anderen Lebensbereiche auch) und allenfalls mittelbar wegen seiner gesellschaftlichen Leistungen, die durch die Freiheitlichkeit stimuliert werden; besondere staatskirchenrechtliche Förderung (Religionsunterricht, Körperschaftsstatus) steht dann im Lichte einer Grundrechtsförderung und -effektivierung, sie bezweckt aber gerade nicht die Privilegierung Altetablierter und Diskriminierung Andersdenkender. **24**

Andererseits aber hat sich das Religionsrecht in seinem Grundgefüge verstärkt auch als Gefahrenabwehrrecht zu begreifen, als Teil des Ordnungsrechts und nicht nur als traditionelle Säule der Kultur- **25**

staatlichkeit. Das Recht muss Instrumente vorhalten, die das destruktive Potenzial der Religion eindämmen können, ohne dass die offen-plurale Neutralität des Staates Schaden nimmt. Gefordert ist insoweit freilich weniger rechtspolitischer Aktivismus als eine Veränderung disziplinären Eigensinns, ein gesteigertes Bewusstsein für forcierte Pluralität und religiös-weltanschauliche Ambivalenzen. Solche Entwicklungen sind seit einigen Jahren auch erkennbar und zunehmend zu beobachten.

D. Rechtsquellen

- 26** Garantien der Religions- und Weltanschauungsfreiheit finden sich *auf allen Ebenen der geltenden Rechtsordnung*:³⁷ in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, in den meisten Landesverfassungen, in religionsverfassungsrechtlichen Verträgen (mit den ihnen eigenen Bindungswirkungen), im Unionsrecht (insbesondere in Art. 10 EU-GRC),³⁸ in völkerrechtlichen Menschenrechtsregimen, insbesondere in Art. 9 EMRK.³⁹ Schließlich erweist sich auch in Fragen der Religions- und Weltanschauungsfreiheit das Verwaltungsrecht und sonstige Gesetzesrecht in vielen Fällen als „konkretisiertes Verfassungsrecht“.⁴⁰
- 27** Die Bestimmung des normativen Rangverhältnisses folgt allgemeinen Regeln, ohne dass die Religionsfreiheit Besonderheiten aufweist. Der vorliegende Beitrag wird sich im Weiteren ausschließlich auf das Grundgesetz konzentrieren, da die maßgeblichen weiteren Bestimmungen zur Religionsfreiheit in diesem Handbuch an anderer Stelle ausführlich behandelt werden. Gerade die Gewährleistungen zur Religionsfreiheit im Unionsrecht nehmen an Bedeutung zu, soweit mit dem Anwendungsbereich des Europarechts, insbesondere des

³⁷ Peter Badura, → § 8; Dirk Ehlers, → § 9; Stefan Mückel, → § 10; Claus Dieter Classen, → § 11; Christian Hillgruber, → § 12; Peter Landau, → § 13.

³⁸ Näher etwa Christian Waldhoff, Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit, in: Europäischer Grundrechtsschutz, hg. von Christoph Grabenwarter, 2014, S. 455 ff.

³⁹ Näher insbes. Christian Walter, Religions- und Gewissensfreiheit, in: EMRK/GG – Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, hg. von Oliver Dörr/Rainer Grote/Thilo Marauhn, 2. Aufl. 2013, Bd. 1, S. 957 ff.; Angelika Nußberger, Die Rechtsprechung des EGMR zur Lösung von Konflikten in multireligiösen Gesellschaften, in: ZevKR 62 (2017), S. 419 ff.

⁴⁰ Klassisch: Fritz Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, in: DVBl. 1959, S. 527 ff.

Sekundärrechts, auch der unionaler Grundrechte einhergeht und diese den Ausgleich kollidierender Rechtsgüter nach dem Grundgesetz überlagern. Der Umgang des Europäischen Gerichtshofs mit der Religionsfreiheit weicht erheblich von den bisherigen Leitlinien des Bundesverfassungsgerichts ab.⁴¹

E. Verfassungsdogmatische Aspekte des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG

I. Schutzdimensionen der Religions- und Weltanschauungsfreiheit

Das Grundrecht der Religions- und Weltanschauungsfreiheit fügt sich in die allgemeine Grundrechtsdogmatik ein. Es gibt *keine Sonderdogmatik* des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, wenn auch jedes Grundrecht besondere Fragen aufwirft. Begreift man die Religions- und Weltanschauungsfreiheit als ein Grundrecht wie jedes andere des Grundgesetzes, hat dies zwei Konsequenzen: Zum einen prüft man eine Verletzung des Grundrechts wie bei anderen Grundrechten auch. Hierbei hat sich für die Schutzdimension der Eingriffsabwehr eine gewisse Abschichtung von Problemen und Fragen bewährt, die sich im Dreischritt „Schutzbereich, Eingriff, verfassungsrechtliche Rechtfertigung“ abbilden.⁴² Eine solche Strukturierung ist auch für die Religions- und Weltanschauungsfreiheit maßgeblich. Zum anderen stellt sich die allgemeine dogmatische Frage, ob das Grundrecht nur als Abwehrrecht zum Schutz bürgerlicher Freiheit gegenüber dem Staat wirkt oder es neben dieser abwehrrechtlichen Komponente weitere Schutzdimensionen kennt. Das rechtswissenschaftliche Schrifttum

28

⁴¹ Näher auch *Hans Michael Heinig*, Die Säkularität des Rechts im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: ZevKR 64 (2019), S. 298 ff.; *ders.*, Die rechtsvergleichende Perspektive: Funktionalität der europäischen Einigung und Achtung staatskirchenrechtlicher Institutionen in den übrigen Staaten Europas, in: EssGespr. 55 (2020), im Erscheinen. Zum generellen Verhältnis von grundgesetzlichen und unionsrechtlichen Grundrechten etwa *ders.*, Verfassung im Nationalstaat, in: VVDStRL 75 (2016), S. 65 (91 ff.); *Johannes Masing*, Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes, in: JZ 2015, S. 477 ff.; etwas andere Akzentsetzung bei *Thomas von Danwitz*, Gerichtlicher Schutz der Grundrechte, in: Europäischer Grundrechtsschutz (o. Fn. 38), S. 255 (261 ff.); zum Verhältnis von grundgesetzlichem und konventionsrechtlichem Grundrechtsschutz etwa *Christoph Grabenwarter*, Nationale Grundrechte und Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: HGR, Bd. 6/2, 2009, S. 33 ff.

⁴² *Horst Dreier*, in: *ders.* (Hg.), GG-Kommentar, 3. Aufl., Bd. I, 2013, Vorbem., Rn. 119 ff.

und das Bundesverfassungsgericht in seiner Spruchpraxis haben neben der abwehrrechtlichen Dimension von Grundrechten objektiv-rechtliche Wirkungen, aber auch leistungs- und teilhaberechtliche Schutzdimensionen herausgearbeitet.⁴³ Diese verschiedenen Wirkdimensionen lassen sich auch für die Religions- und Weltanschauungsfreiheit konzedieren: Sie ist zuvörderst ein *Eingriffsabwehrrecht*, zugleich aber *objektive Grundentscheidung und Gegenstand staatlicher Schutzpflichten*.⁴⁴

II. Die Religions- und Weltanschauungsfreiheit als Eingriffsabwehrrecht

1. Personeller Schutzbereich der Religions- und Weltanschauungsfreiheit

- 29 Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ist ein Menschenrecht und findet auf sämtliche *natürliche Personen* Anwendung, denen deutsche Staatsgewalt gegenübertritt. Das Grundrecht steht auch Minderjährigen zu. Seine Ausübung wird überlagert vom Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 GG.⁴⁵
- 30 Die Religions- und Weltanschauungsfreiheit schützt auch *juristische Personen*, die religiöse oder weltanschauliche Zwecke verfolgen. Der Einbezug von religiösen und weltanschaulichen Korporationen in den personalen Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG erfolgt entweder über Art. 19 Abs. 3 GG⁴⁶ oder durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG selbst als Doppelgrundrecht.⁴⁷ Für Religionsgesellschaften stellt Art. 4 Abs. 1 und 2 GG somit eine Garantie korporativer Religionsfreiheit, für Weltanschauungsgemeinschaften eine Garantie korporativer Weltanschauungsfreiheit dar. Die Grundrechtsberechtigung

⁴³ Mit weiteren Nachweisen im Überblick etwa Dreier, ebd., Vorbem., Rn. 82 ff.

⁴⁴ Martin Morlok, ebd., Art. 4, Rn. 161 ff. (zur objektiv-rechtlichen Wirkung); Mückl, in: BK (o. Fn. 2), Art. 4, Rn. 131 ff. (zu Schutzpflichten).

⁴⁵ Peter Unruh, Religionsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2018, S. 54 ff. mit weiteren Nachweisen.

⁴⁶ BVerfGE 53, 366 (386); 70, 138 (160); Volker Neumann, Individuelle Religionsfreiheit und kirchliches Selbstbestimmungsrecht, in: Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Ausgleich. Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur, hg. von Wilfried Erbguth/Friedrich Müller/Volker Neumann, 1999, S. 247 (251).

⁴⁷ BVerfGE 19, 129 (132); 24, 236 (245 f.); 83, 341 (353); Morlok, in: Dreier (o. Fn. 44), Bd. I, Art. 4, Rn. 112.

wird durch den Rechtsstatus als Körperschaft des öffentlichen Rechts (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV) nicht berührt.⁴⁸

Sogenannte Satellitenorganisationen, also rechtlich verselbständigte Auslagerungen spezifischer Bereiche religiöser oder weltanschaulicher Aktivitäten wie die „Sorge um den Nächsten“ durch Diakonie und Caritas in ihren vielfältigen rechtsförmigen Erscheinungen, sind ebenfalls von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG erfasst.⁴⁹ Dies folgt schon aus der Garantie der Organisationsfreiheit der Religionsgesellschaften, also dem Recht, sich gemäß dem eigenen Selbstverständnis effektiv zu organisieren.⁵⁰ Doch auch religiöse oder weltanschauliche Vereine ohne Zuordnung zu einer Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft sind dem personalen Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zuzuordnen.

Juristische Personen, die keinem religiös-weltanschaulichen Zweck dienen, können sich auf die (negative) Religions- und Weltanschauungsfreiheit berufen, wenn ein hinreichendes personales Substrat erkennbar ist, also zugleich die grundrechtlichen Interessen der Mitglieder einer juristischen Person berührt werden.⁵¹ Relevant wird die Frage insbesondere bei der negativen Finanzierungsfreiheit, also dem Recht, keine finanzielle Unterstützung für eine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft leisten zu müssen.

2. Sachlicher Schutzbereich der Religions- und Weltanschauungsfreiheit

a) Einheitsmodell vs. Parzellierungsansatz

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und ihm folgend ein Großteil des Schrifttums verstehen Art. 4 Abs. 1 und 2 GG als *einheitliches Grundrecht auf Religions- und Weltanschauungs-*

⁴⁸ BVerfGE 102, 370 (387); *Juliane Kokott*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz – Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 4, Rn. 11.

⁴⁹ Näher BVerfGE 46, 73 (85 ff.); 53, 366 (392); 57, 220 (242 f.); 70, 138 (162 ff.); 72, 278 (289); *Stefan Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, S. 192 ff.; *Axel Isak*, Das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften, 1994, S. 81 f., 287 ff.

⁵⁰ *Martin Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 388 ff.

⁵¹ *Michael Germann*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), Beck-OK GG, 42. Edition (Stand: 1. 12. 2019), Art. 4, Rn. 30.

freiheit,⁵² das durch die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG näher umschrieben wird. Der Schutzbereich der Religions- und Weltanschauungsfreiheit wird dabei weit gefasst.⁵³ Das Grundrecht garantiert demnach sowohl die innere Freiheit des Einzelnen zu glauben, eine religiöse oder weltanschauliche Überzeugung zu bilden und zu haben, als auch die äußere Freiheit, diese Überzeugungen zu bekennen, zu verbreiten, für sie zu werben und nach ihnen zu leben und zu handeln,⁵⁴ aber auch, derartige Lebensformen und -praktiken abzulehnen oder zu verschweigen (Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 3 WRV).

34 In Gestalt der freien und ungestörten Religionsausübung (Art. 4 Abs. 2 GG) sichert die Religions- und Weltanschauungsfreiheit die glaubens- oder weltanschauungsgestützte Betätigung einzeln oder gemeinsam mit anderen privat wie in der Öffentlichkeit. Die Freiheit des Zusammenschlusses in einer Vereinigung zu diesem Zwecke wird von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gleichfalls garantiert (Vereinigungsfreiheit als Teil der korporativen Religions- und Weltanschauungsfreiheit); einer bestehenden Vereinigung kommt die religions- und weltanschauungsbezogene Betätigungsfreiheit dann selbständig zu.⁵⁵

35 Die Freiheit der religiösen und weltanschaulichen Handlung soll sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht auf kultische Handlungen und religiöse oder weltanschauliche Gebräuche sowie auf klassische kollektive Religionspraktiken wie Gottesdienste, Gebete und Prozessionen beschränken, sondern auch Kollekten und sonstige Sammlungen, die religiöse Erziehung und

⁵² BVerfGE 24, 236 (245 f.); 32, 98 (106); 44, 37 (49); 83, 341 (354); 108, 282 (297); 125, 39 (79); aus dem Schrifttum etwa *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 44), Bd. I, Art. 4, Rn. 58; *Walter*, Religions- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 39), Bd. 1, S. 981 ff.; *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 51), Art. 4, Rn. 19.1; *Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (o. Fn. 33), S. 117 ff.; *Martin Borowski*, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, 2006, S. 373 ff.; *Ute Sacksofsky*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, in: VVDStRL 68 (2009), S. 7 (15 ff.); *Christian Waldhoff*, Die Zukunft des Staatskirchenrechts, in: EssGespr. 42 (2008), S. 55 (68 ff.); *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 45), S. 58 ff. – jeweils mit weiteren Nachweisen.

⁵³ *Winfried Hassemer* / *Dieter Hömig*, Rechtsprechung der Verfassungsgerichte im Bereich der Bekenntnisfreiheit – Länderbericht Deutschland, in: EuGRZ 1999, 525 (526); *Dieter Grimm*, Multikulturalität und Grundrechte, in: Das Recht des Menschen in der Welt, hg. von Rainer Wahl / Joachim Wieland, 2002, S. 135 (140).

⁵⁴ BVerfGE 12, 1 (3 f.); 32, 98 (106); 69, 1 (33 f.); 93, 1 (15).

⁵⁵ BVerfGE 53, 366 (387); 83, 341 (354 ff.); zur Frage der Vereinigungsfreiheit auch *Emanuel V. Towfigh*, → § 26; *Stefan Magen*, → § 27, Rn. 19; *Stefan Muckel* / *Thomas Traub*, → § 28, Rn. 4–7.

weitergehend das Recht umfassen, sein ganzes Leben an den eigenen religiösen bzw. weltanschaulichen Überzeugungen (Individuen)⁵⁶ bzw. die gesamte religiöse oder weltanschauliche Organisation am religiösen oder weltanschaulichen Auftrag auszurichten.⁵⁷ Gänzlich verschieden sieht man von der so verstandenen Religionsfreiheit in ihrer in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG näher skizzierten Aufgliederung nur den Aspekt der Gewissensfreiheit, die eine eigene dogmatische Aufarbeitung erfahren hat.⁵⁸

Die *Entstehungskontexte* dieser vorherrschenden Dogmatik der Religionsfreiheit sind durchaus bemerkenswert: Das Bundesverfassungsgericht etablierte seine Rechtsprechung erst Ende der 1960er Jahre. Auch im Schrifttum fand Art. 4 Abs. 1 und 2 GG bis dahin kein großes Interesse.⁵⁹ Die ersten Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts⁶⁰ betrafen die Kanzelwerbung für eine karitative Altkleidersammlung („Lumpensammler“),⁶¹ die Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung („Gesundbeter“)⁶² sowie die Eidesverweigerung aus Glaubensgründen.⁶³ Die „Lumpensammler“-Entschei-

36

⁵⁶ BVerfGE 108, 282 (297); *Martin Heckel*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *Gesammelte Schriften* (o. Fn. 15), S. 303 (319 ff.).

⁵⁷ BVerfGE 137, 273 (301 ff.) mit weiteren Nachweisen.

⁵⁸ Siehe hierzu *Hans Michael Heinig / Tobias Schieder*, → § 15.

⁵⁹ So konzidiert *Ulrich Scheuner* 1967, die Glaubensfreiheit habe „bisher nur ein geringes Maß an Aufmerksamkeit gefunden“; *ders.*, Die Religionsfreiheit im Grundgesetz, in: *ders.*, *Schriften zum Staatskirchenrecht*, 1973, S. 33 (38).

⁶⁰ Vorhergehende Entscheidungen zur Reichweite des Kirchensteuerrechts zogen als Maßstab Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit der Neutralitätsverpflichtung des Staates heran, verobjektivierten also die Religionsfreiheit, statt Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ein Abwehrrecht gegen den Zwang zur finanziellen Unterstützung einer Religionsgemeinschaft zuzubilligen; vgl. BVerfGE 19, 206 ff., 226 ff.

⁶¹ BVerfGE 24, 236 (245 ff.). Vorhergehend hatte das LG Düsseldorf die Werbung der katholischen Kirche für eine Altkleidersammlung durch die Landjugend für sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG erklärt. Das Bundesverfassungsgericht betonte nun, dass karitatives Handeln, auch wenn es nach außen betrachtet von kommerziellem Handeln nicht zu unterscheiden ist, in den Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG fällt. Erst recht umfasst der Grundrechtsschutz dann die Werbung für solches Handeln im Rahmen eines Gottesdienstes.

⁶² BVerfGE 32, 98 (106).

⁶³ BVerfGE 33, 23 (28) – mit dem bis heute bemerkenswerten Sondervotum von *Schlabrendorffs* (35 ff.), das dem Beschwerdeführer die Bergpredigt erklärt und so unfreiwillig illustriert, warum bei der Füllung des Schutzbereichs auf das Selbstverständnis des Grundrechtsträgers maßgeblich abzustellen ist.

dung übertrug die Lüth-Rechtsprechung zur Drittwirkung der Grundrechte auf die Religionsfreiheit.⁶⁴ Die Eidesentscheidung sowie die „Gesundbeter“-Entscheidung stärkten die individuelle Dimension des Grundrechts und betonten seine Funktion als Minderheitenschutz. In der ersten die Religionsfreiheit behandelnden Entscheidung aus dem Jahre 1960 beschränkte das Gericht noch die Religionsausübung auf den Rahmen gewisser „sittlicher Grundanschauungen heutiger Kulturvölker“.⁶⁵ Diese Restriktion wurde Anfang der 1970er Jahre stillschweigend aufgegeben.

37 Das extensive Verständnis der Religionsfreiheit und die religionsfreiheitsfreundliche Schrankendogmatik sind vor diesem Hintergrund nicht etwa der zunächst in den 1950er Jahren starken politischen Stellung der beiden christlichen Kirchen zu verdanken. Sie wurde vielmehr erst etabliert, als erste Traditionsabbrüche in den Kirchen sich schon vollzogen und die Zeichen auf gesellschaftliche Modernisierung und religiös-weltanschauliche Pluralisierung standen.

38 Diese weite und die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG übergreifende Interpretation sieht sich seit Mitte der 1990er Jahre vermehrter *Kritik im Schrifttum* ausgesetzt.⁶⁶ Dabei

⁶⁴ Hans Michael Heinig, Das Bundesverfassungsgericht und seine (unmaßgebliche) Rolle für Deutungen und Entwicklungen im Religionsverfassungsrecht des Grundgesetzes bis zum Ende der 1960er Jahre, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, hg. von Florian Meinel, 2019, S. 187 (195); siehe aus der zeitgenössischen Literatur Ulrich Scheuner, Zum Schutz der karitativen Tätigkeit nach Art. 4 GG, in: Schriften zum Staatskirchenrecht (Fn. 59), S. 55 (58 ff.). Dem Beitrag liegt ein Rechtsgutachten zugrunde, das dem Bundesverfassungsgericht vorlag.

⁶⁵ BVerfGE 12, 1 (4); ohne Bedeutung für die Entscheidung in der Sache noch in BVerfGE 24, 236 (246) wiederholt. Restriktiv in der Fassung des Schutzbereichs zunächst auch BVerfGE 19, 129 (133): kein Schutz der nach außen religionsneutralen Betätigung (Umsatzsteuerpflicht).

⁶⁶ Etwa Muckel, Freiheit (o. Fn. 49), S. 125 ff.; ders., Schutz von Religion und Weltanschauung (o. Fn. 2), S. 541 (548 ff.); Johannes Hellermann, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, 1993, S. 138 ff.; ders., Multikulturalität und Grundrechte – am Beispiel der Religionsfreiheit, in: Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, hg. von Christoph Grabenwarter u. a., 1994, S. 129 ff.; Friedrich Schoch, Die Grundrechtsdogmatik vor den Herausforderungen einer multikonfessionellen Gesellschaft, in: Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach, hg. von Joachim Bohnert u. a., 2001, S. 150 (155 ff.); Huster, Neutralität (o. Fn. 35), S. 376 ff.; Karl-Hermann Kästner, Hypertrophie des Grundrechts auf Religions- und Weltanschauungsfreiheit?, in: JZ 1998, S. 974 ff.; ders., Religionsfreiheit in Zeiten des religiösen Pluralismus, in: ZevKR 60 (2015), S. 1 ff.; ders./Michael Dröge, in: Klaus Stern/Florian Be-

wird vor allem darauf verwiesen, dass die im Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG selbst zum Ausdruck kommende Differenzierung nicht interpretatorisch nivelliert werden dürfe. Der Schutz des Glaubens solle deshalb auf den Schutz der Freiheit des religiösen forum internum, also der inneren Prozesse der personalen Glaubensbildung, beschränkt werden. Die Bekenntnisfreiheit dagegen schütze „das Verkünden einer religiösen Überzeugung und das Reden über sie“.⁶⁷ Die Religionsausübung in Art. 4 Abs. 2 GG schließlich wird in restriktiver Lesart als Recht auf eine mehr oder weniger weit gefasste Freiheit des Kultus und der Glaubenspraxis (i.S. von individueller oder auch nur kollektiver Frömmigkeitsübung) reduziert.⁶⁸

So plausibel eine derartige Interpretation von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG als einem sachlich gespreizten Schutzbereich eingedenk des Wortlautes ist, so schwierig gestaltet sich eine stringente Abschichtung der einzelnen Merkmale.⁶⁹ Innere Überzeugungen und nach außen wirksames Tätigwerden (oder in negativer Hinsicht dessen Unterlassen) bilden zwei Seiten derselben Medaille. Ohne Kommunikation über Glauben ist individuelle Glaubensbildung nicht denkbar. Zudem entspricht es dem eingängigen Selbstverständnis der meisten Religionen, die Innehabung eines Glaubens und seine Dokumentation in Wort *und* Tat zu verschränken. Die Beeinträchtigung der einen Modalität zieht dann automatisch die der anderen nach sich. Glaubens-, Bekenntnis- und Ausübungsfreiheit sind deshalb in der Regel unlösbar verzahnt.

Fraglich ist auch, wie zwischen dem Bekenntnis als Verkündigungsakt der religiösen Überzeugung und der Kultusfreiheit als (Teil-)Gewährleistung freier Religionsausübung differenziert werden soll. Wiederum dürfte es dem nachvollziehbaren religiösen Selbstverständnis entsprechen, in kultischen Handlungen auch einen Akt des Bekenntnisses zu sehen. Geradezu unmöglich scheint eine klare Scheidung zwischen Bekenntnis und Religionsausübung, wenn die Glaubensüberzeugung eine nonverbale symbolische Darstellung er-

cker (Hg.), Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 4 Rn. 48 ff.; Mückl, in: BK (o. Fn. 2), Art. 4, Rn. 56 f.; Ute Mager, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 4, Rn. 9 ff.

⁶⁷ Muckel, Freiheit (o. Fn. 49), S. 145.

⁶⁸ So Huster, Neutralität (o. Fn. 35), S. 381 f.; Schoch, Grundrechtsdogmatik (o. Fn. 66), S. 157 ff.; Stefan Mückl, Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen?, in: Der Staat 40 (2001), S. 96 (116).

⁶⁹ Zum Folgenden auch Heinig, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (o. Fn. 33), S. 121 ff.

fährt (etwa durch das Tragen eines bestimmten Kleidungsstücks oder durch ein Kreuz) und dadurch Teil eines rituellen Habitus in der religiösen Lebenswelt eines Einzelnen oder einer Gemeinschaft wird. Gleichfalls sowohl eine Frage des Bekenntnisses wie der Religionsausübung kann die Begründung und Beendigung der Mitgliedschaft in einer religiösen Gemeinschaft sein.

41 Die Gewährleistungsbereiche der Glaubens-, Bekenntnis- und Religionsausübungsfreiheit weisen somit zahlreiche Überlappungen und Verstrebungen auf, die eine trennscharfe Scheidung der einzelnen Schutzbereiche in Frage stellen. Die Aufführung mehrerer Ausformungen der Religionsfreiheit in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG markiert gerade einen für den grundrechtlich geschützten Gesamtkomplex „Religion“ notwendigen und als solchen geschützten Zusammenhang, der sich nur künstlich und zuweilen sogar nur sinn- und zweckwidrig aufspalten ließe.⁷⁰ Art. 4 Abs. 1 und 2 GG lässt sich deshalb angemessen nur als „ein umfassendes Recht“ der Religionsfreiheit verstehen, „das um der Klarstellung willen in seinen verschiedenen Ausprägungen aufgezählt ist.“⁷¹ Die im Normtext aufgewiesene Gliederung konkretisiert somit die Religions- und Weltanschauungsfreiheit in verschiedenen Hinsichten.

42 Mit beiden dogmatischen Ansätzen, Einheitsmodell oder Parzellierungstheorie, kann man in vielen Fällen zu vergleichbaren Ergebnissen kommen. Die eigentliche dogmatische Brisanz liegt deshalb weniger in der Frage eines einheitlichen oder differenziert zu verstehenden Schutzbereichs der Religions- und Weltanschauungsfreiheit als vielmehr in der Frage nach der Bedeutung und Reichweite des Merkmals „Religionsausübung“ in Art. 4 Abs. 2 GG.

*b) Religions- und Weltanschauungsfreiheit als
religiöse bzw. weltanschauliche Handlungsfreiheit*

43 Wie benannt entnimmt das Bundesverfassungsgericht und ihm folgend ein Großteil des Schrifttums der Gewährleistung der freien Religionsausübung das Recht, sein ganzes Leben anhand der eigenen religiösen Lehre auszurichten. Es knüpft damit an einen entspre-

⁷⁰ von Campenhausen, Religionsfreiheit (o. Fn. 18), S. 281 f.

⁷¹ von Campenhausen, ebd., S. 281.

chenden Meinungsstand der Weimarer Staatsrechtslehre an.⁷² Der grundlegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁷³ lag dabei die Problematik zugrunde, ob auch solche Handlungen als Religionsausübung anzusehen sind, die nach außen als religiöse Akte nicht ohne weiteres erkennbar sind, die also religionsneutral erscheinen, aber religiös motiviert sind (karitatives Handeln). Maßgebliche Frage ist somit, ob die religiöse Intention und Motivation einer Handlung für die Einordnung als Religionsausübung im Sinne des Art. 4 Abs. 2 GG ausreicht. Diese Frage berührt nicht nur Individuen, sondern auch religiöse Organisationen als Grundrechtsträger.

*c) Der Begriff der Religionsausübung und die Beachtung
religiös-weltanschaulicher Selbstverständnisse*

Die Frage nach der Relevanz religiöser Motive zur Beurteilung einer Handlung als Religionsausübung ist eng verbunden mit dem Problem, welche Bedeutung dem Selbstverständnis des Grundrechtsträgers bei der Zuordnung von sozialen Erscheinungen (Handlung) zu verfassungsrechtlichen Begriffen (Religionsausübung) zukommen soll.⁷⁴

Im staatskirchenrechtlichen Schrifttum wird zuweilen gefordert, man habe „säkularstaatliche“⁷⁵ Umschreibungen der Religionsfreiheit zu entwickeln, auf deren Grundlage „objektiv“ das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des Grundrechts geprüft werden könnte. Betrachtet man nun die Versuche, objektiv zu bestimmen, was man im (grund)rechtlichen Diskurs unter Religion(sausübung) zu verstehen hat, transportieren alle diese Bemühungen ein erhebliches Maß

44

45

⁷² Gerhard Anschütz, Die Religionsfreiheit, in: HDStR, Bd. II, 1932, S. 675 (681) etwa sah in Art. 135 WRV „die rechtliche Möglichkeit, sein Verhältnis zu allen religiösen Fragen nach Belieben zu gestalten, seinen religiösen, irreligiösen, antireligiösen Überzeugungen gemäß leben zu dürfen, alles tun zu dürfen, was diese Überzeugungen fördern, alles unterlassen zu dürfen, was sie verbieten, in allen diesen Beziehungen frei zu sein von staatlichem Zwang.“ Näher zum damaligen Diskussionsstand Werner Heun, Die Begriffe der Religion und Weltanschauung in ihrer verfassungshistorischen Entwicklung, in: ZRG 117 KA 86 (2000), S. 334 (348 ff.).

⁷³ BVerfGE 24, 236 (245 ff.); siehe Rn. 36.

⁷⁴ Grundlegend Martin Morlok, Selbstverständnis (o. Fn. 50); speziell zum Religionsverfassungsrecht etwa Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 52), S. 251 ff.; Walter, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 2), S. 506 ff.; Heinig, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (o. Fn. 33), S. 52 ff.

⁷⁵ So Kästner, Hypertrophie (o. Fn. 66), S. 979.

impliziter Theologien und Religionstheorien.⁷⁶ Vor diesem Hintergrund geht es in den Debatten um die Bedeutung des Selbstverständnisses genau genommen nicht um „Objektivität“, sondern darum, wessen Religionsverständnis bei der Schutzbereichsfüllung der Vorrang zukommen soll – das des grundrechtsgebundenen staatlichen Norminterpreten oder des grundrechtsberechtigten Trägers des Freiheitsrechts?

d) Religionsausübungsfreiheit: Mehr als Kultusfreiheit

46 Besonders greifbar wird die Gefahr impliziter theologischer Aufladungen verfassungsdogmatischer Begriffe, wenn die freie Religionsausübung auf „Kultus- und Glaubenshandlungen im engeren Sinne“ begrenzt werden soll.⁷⁷ Hier droht die Verwechselung eines *genus proximum* mit der *differentia specifica*, also des allgemeinen Gattungsbegriffs mit der Umschreibung einer besonderen Art innerhalb dieser Gattung. Die Realisierung dieser Gefahr ist nur durch den Rekurs auf das religiöse Selbstverständnis des Rechtsinhabers bei der Bestimmung dessen, was als Religionsausübung zu verstehen ist, zu vermeiden. Die besondere Hervorhebung des Kultus repräsentiert nur bestimmte religiöse Traditionen und kann nicht ohne weiteres dem Grundgesetz eingezeichnet werden. In anderen Religionskulturen spielt die alltägliche religiöse Handlungsorientierung eine bedeutende Rolle und wurde stets als Religionsausübung verstanden. Auch auf die religionspraktische wie theologische Gleichrangigkeit von *pietas* und *caritas* im christlichen Selbstverständnis sei in diesem Zusammenhang hingewiesen. „Bei allen großen Weltreligionen gehören *Glaube und Werke* untrennbar zusammen“.⁷⁸

47 Für ein Verständnis der Religionsausübungsfreiheit als eine streng begrenzte kollektive Kultusfreiheit werden zuweilen auch *verfassungshistorische Gründe* geltend gemacht.⁷⁹ Der überkommene

⁷⁶ Im Sinne der Analysen von Winnifred F. Sullivan, *Paying the Words Extra*, 1994; Hans Georg Kippenberg, *Religion vor Gericht*, in: *Religionen und Recht*, hg. von Gritt Klinkhammer / Tobias Frick, 2002, S. 21 ff.

⁷⁷ So Kästner, *Hypertrophie* (o. Fn. 66), S. 980. Ähnlich etwa Hellermann, *Multikulturalität* (o. Fn. 66), S. 137 f.; Huster, *Neutralität* (o. Fn. 35), S. 381 f.

⁷⁸ So Martin Heckel, *Kontinuität und Wandel des deutschen Staatskirchenrechts unter den Herausforderungen der Moderne*, in: *Gesammelte Schriften* (o. Fn. 15), S. 243 (257).

⁷⁹ Ansgar Hense, *Glockenläuten und Uhrenschlag*, 1998, S. 211 ff.

Schutz des *exercitium religionis* lege nahe, Religionsausübungsfreiheit als Kultusfreiheit zu verstehen. Allerdings sind die religiösen und religionsrechtlichen Traditionen in Fragen der Religionsausübung vielschichtiger als es auf den ersten Blick scheint. Zudem wäre im Falle einer Begrenzung der Religionsausübungsfreiheit auf kollektive Handlungen zu fragen, welcher verfassungsrechtliche Schutz traditionellen individuellen Frömmigkeitsübungen zukommen soll und ob nicht dann das Merkmal der Bekenntnisfreiheit sehr weitgehend zu verstehen wäre. Ferner ist im Religionsverfassungsrecht das Argument vorkonstitutioneller Übung nur begrenzt zulässig, weil sowohl die Weimarer Reichsverfassung als auch das Grundgesetz bewusste Diskontinuitäten festlegen wollten. Auch hat die langjährige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit einer extensiven Interpretation des Art. 4 Abs. 2 GG inzwischen einen selbständigen Traditionsstrang ausgebildet, so dass zu fragen wäre, welche Anciennität bei widersprüchlichen Überlieferungen den Ausschlag geben soll. Maßgeblich spricht gegen eine Verkürzung der Religionsausübung auf Kultusfragen aber, dass diese die gebotene und erstrebte Offenheit des grundgesetzlichen Schutzes für verschiedene und auch neue religiöse Ausdrucks- und Lebensformen verhindert.⁸⁰ Nur weit verstanden genügt die Religionsausübungsfreiheit der geforderten Pluralismustauglichkeit religiöser Freiheit (s. o. Rn. 20), die grundlegende Anforderung eines angemessenen Religionsverfassungsrechts ist. Diese Bedenken werden auch nicht dadurch aufgehoben, dass man auf die formale Offenheit der Kultusfreiheit verweist, also darauf, dass alle religiösen Gruppierungen ihren Kultus ausüben können. Denn dies vermindert nicht die Gefahr, durch ein zu restriktives Verständnis von Art. 4 Abs. 2 GG bestimmte Religionsformen von der maßgeblichen religionsfreiheitlichen Gewährleistung effektiv auszuschließen.

*e) Gewissensfreiheit: keine gleichwertige Alternative
zur weit verstandenen Religionsausübungsfreiheit*

Das hier hervorgehobene Argument, eine restriktive Lesart des Art. 4 Abs. 2 GG verkürze den grundrechtlichen Religionsschutz, wird in der Literatur unter anderem durch einen Verweis auf den Schutz einer religiösen Lebensausrichtung durch die Gewissensfrei-

48

⁸⁰ Heckel, Kontinuität (o. Fn. 78), S. 257.

heit zu entkräften versucht.⁸¹ Freilich ist der erforderliche Grad innerer Verpflichtung im Rahmen der Gewissensfreiheit nach herkömmlichem Verständnis deutlich höher. Religionskulturell geprägte Handlungen fielen deshalb nach einem solchen Konzept als kultische in den Schutzbereich des Art. 4 Abs. 2 GG, als nichtkultische dagegen nicht. Ein Anwendungsfall der Gewissensfreiheit wären letztere, folgt man der herkömmlichen Dogmatik, nur im Falle unbedingt empfundener Verpflichtung. Ein solcher Ansatz liefe – überspitzt gesagt – auf eine *verfassungsrechtliche Privilegierung religiösen Fundamentalismus* hinaus, die im religiös-weltanschaulich neutralen Staat eine merkwürdige Schräglage aufwiese. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gewährt den Schutz der religiösen Orientierung unabhängig vom Ausmaß der „Festigkeit im Glauben“. Sowohl religiöser Zweifel als auch starke religiöse Überzeugungen und Überwältigungen sind als typische Erscheinungen religiösen Lebens von der Verfassung als Religion in den Blick genommen und als gleichberechtigte Erscheinungen grundgesetzlich geschützt. *Modernitäts- und rationalisierungsoffene religiöse Deutungsmuster können im Ansatz nicht schlechter gestellt werden als hermetisch-rigoristische religiöse Sinnsysteme.* Nichtkultische Handlungen, die einem „aufgeklärten“ Gläubigen religiös distinkt erwünscht, aber nicht unverzichtbar erscheinen, sind ungeachtet des fehlenden inneren Zwangs von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zu schützen. Der funktional angemessene Ort für die Berücksichtigung eines erlebten oder nicht empfundenen „Zwangs“ ist deshalb nicht der Schutzbereich des Grundrechts, sondern die Abwägung im Zusammenhang der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

- 49 Folgte man den Kritikern einer Interpretation des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG als Recht zu einem religionsgemäßen Leben, wären schließlich Inkohärenzen in deren Gesamtkonzeption zu klären. Neben einer Restriktion des Schutzbereiches reden diese nämlich zumeist zugleich der Anwendung des Art. 136 Abs. 1 WRV als Gesetzesvorbehalt das Wort.⁸² Dieser würde für die Gewissensfreiheit ausweislich des Wortlautes von Art. 136 Abs. 1 WRV („Religionsfreiheit“) nicht greifen mit der Konsequenz, dass als unbedingt verpflichtend erlebte religiös motivierte Handlungen keinem Gesetzesvorbehalt unterfallen, Fragen des Kultus und der inneren Glaubensvorgänge hingehen schon. Angesichts der erklärten Intention einer „Enthypertrophierung“ des Grundrechts auf Religionsfreiheit und einer Beto-

⁸¹ Mückl, Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse (o. Fn. 68), S. 115; Huster, Neutralität (o. Fn. 35), S. 404 ff.

⁸² Hierzu sogleich unter E. II. 3.

nung der staatlichen Letztentscheidungskompetenz führen diese Konsequenzen zu Wertungswidersprüchen. Denn man fragt sich, wie so der Staat in die Freiheit des Kultus und Glaubens unter tendenziell erleichterten Bedingungen eingreifen können soll als in die Gewissensfreiheit.

f) Missbrauchsgefahr und Plausibilisierungserfordernis

Auch die Gefahr einer missbräuchlichen Berufung auf das Grundrecht der Religionsfreiheit verfängt als Argument gegen eine selbstverständnisbasierte Bestimmung des Schutzbereichs nicht.⁸³ Selbstredend ist die bloß vorgeschobene Inanspruchnahme eines Grundrechts auszuschließen. Hierzu genügt es jedoch, das Vorliegen einer Religionsausübung einem „Codierungstest“ zu unterwerfen.⁸⁴ Gefordert ist eine *hinreichende Plausibilisierung* des vorgebrachten religiösen Selbstverständnisses.⁸⁵ Das Religionsverfassungsrecht als „säkulares Rahmenrecht“ kann es in einem ersten Schritt dem religiösen Selbstverständnis der Grundrechtsträger überlassen zu bestimmen, was Religionsausübung für sie bedeutet und welche Handlungen hierfür von Relevanz sind.⁸⁶ Die verfassungsgeschützten Selbst- und Weltdeutungskapazitäten von Religion bedürfen dieser Offenheit für das religiöse Selbstverständnis. Maßgeblich zur Füllung der Tatbestandsmerkmale des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG sind notwendig die jeweiligen religiösen Überzeugungen. Die Möglichkeiten der wirksamen Entfaltung dieser Überzeugungen gegenüber staatlichen Restriktionen soll Art. 4 Abs. 2 GG gerade sichern. Wieso dabei handlungsorientierte Glaubensvorstellungen gegenüber kultusfixierten Glaubensvorstellungen weniger geschützt sein sollen, ist in der Sache nicht einsichtig und mit dem interpretationsanleitenden Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität kaum vereinbar.

50

⁸³ So aber Kästner, Hypertrophie (o. Fn. 66), S. 975.

⁸⁴ Heinig, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (o. Fn. 33), S. 52 ff.

⁸⁵ In diesem Sinne etwa auch Morlok, in: Dreier (o. Fn. 44), Bd. I, Art. 4, Rn. 92; Stefan Korioth, Die Freiheit der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: HGR, Bd. 4, 2011, S. 617 (627, 631); Neumann, Religionsfreiheit (o. Fn. 46), S. 247 ff., insbes. S. 256 ff.

⁸⁶ Heckel, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht (o. Fn. 56), S. 326 ff. und öfter.

*g) Privilegierung von Religion und Weltanschauung
gegenüber Kunst und Politik?*

- 51 Bedenkenswert gegen die hier präferierte Interpretation des Art. 4 Abs. 2 GG als religiöse Handlungsfreiheit bleibt der Einwand, dass es unplausibel sei, wenn die Verfassung religiös geprägte kulturelle Handlungsmuster etwa gegenüber ästhetisch oder politisch inspirierten Verhaltensweisen stärker vor staatlichen Restriktionen schützen sollte. Ein solch höherer Schutz sei aber Resultat einer extensiven Interpretation des Art. 4 Abs. 2 GG. Vor allem das Fehlen eines Gesetzesvorbehaltes wirke sich dann privilegierend für religiöse Handlungen aus. Dies könnte für den Schutz areligiöser und religionsindifferenter Grundrechtsträger gleichbehandlungswidrige und die staatliche Neutralitätspflicht verletzende Folgen zeitigen.⁸⁷
- 52 Dieser Argumentation könnte man mit dem Verweis darauf zu entgegen versuchen, dass Kunst und Politik unterhalb der Schwelle zur Weltanschauung bloß partikuläre Orientierungsmarken menschlichen Handelns darstellen, Religion dagegen „den ganzen Menschen anspricht“.⁸⁸ Gerade das identitätsbildende Potential der Religion wird verfassungsrechtlich durch Art. 4 GG geschützt. Soweit sich deshalb ästhetische oder politische Präferenzen nicht zur Weltanschauung verdichtet haben, ist ihr Beitrag zur auf sinnhafte Selbst- und Weltdeutung basierenden personalen Identität deutlich geringer zu veranschlagen. Die Verfassung sieht deshalb mit Art. 5 Abs. 1 und 3 GG, Art. 8 GG und Art. 9 GG für bestimmte ästhetische oder politisch motivierte Verhaltensformen eigene grundrechtliche Gewährleistungen vor und schützt den darüber hinausweisenden Bereich im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG. Zonen sich politische und ästhetische Überzeugungen dagegen zu einer Weltanschauung hoch, garantiert Art. 4 Abs. 2 GG auch die Ausrichtung des eigenen Lebens an ihnen.
- 53 Dabei ist die Bedeutung religiös-weltanschaulich motivierter Handlungen für die Identitätsbildung durchaus unterschiedlich.⁸⁹ Doch gebietet dies nicht, dass weniger identitätsprägende Handlungen aus dem Schutzbereich der Religions- und Weltanschauungsfreiheit herausfallen. Der funktionalrechtlich richtige Ort für die Berücksichtigung von gegenläufigen Interessen und in ihrer Bedeutung

⁸⁷ *Huster*, Neutralität (o. Fn. 35), S. 374 ff.

⁸⁸ BVerfGE 32, 98 (108).

⁸⁹ Wie *Huster*, Neutralität (o. Fn. 35), S. 378 ff. einwendet.

vom Grundrechtsträger selbst niedrig skalierten religiösen Interessen ist nicht der Schutzbereich, sondern die dogmatische Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs.

*h) Religionsausübungsfreiheit umfasst
weltanschauliche Handlungsfreiheit*

Die Überzeugungskraft der vorstehenden Argumentation bedingt allerdings, dass Art. 4 Abs. 2 GG auch eine weltanschauliche Handlungsfreiheit umfasst. Der Wortlaut der Norm weist dagegen auf eine religionsbezogene Exklusivität des Schutzbereiches hin. Die freie Ausübung der Weltanschauung wird dort nicht ausdrücklich genannt. Doch tragfähige Kriterien für eine plausible säkularrechtliche Unterscheidung von Religion und Weltanschauung stehen nicht zur Verfügung.⁹⁰ Der traditionelle rechtswissenschaftliche Rekurs auf die Antithese von *Transzendenz- und Immanenzorientierung* der Sinnssysteme verfängt angesichts der theologischen und religionsphilosophischen Auflösung einer solchen Unterscheidung kaum mehr.⁹¹ Weltanschauungen können transzendierende Elemente aufweisen, Religion die Transzendenz in die Immanenz (zurück)verlagert sehen. Alle Unterscheidungsversuche wirken eingedenk dessen willkürlich.⁹² Will man überhaupt verfassungsrechtlich zwischen Religion und Weltanschauung differenzieren, gilt es wiederum nach dem jeweiligen Selbstverständnis zu fragen,⁹³ ohne dass dies auf den Gewährleistungsgehalt durchschlagen würde. So wie das Verbot einer Diskriminierung wegen „religiöser [...] Anschauung“ in Art. 3 Abs. 3 GG auch weltanschauungsbezogene Ungleichbehandlungen erfasst, so gewährleistet Art. 4 Abs. 2 GG auch die Weltanschauungsausübungsfreiheit. Dies gilt schon deshalb, weil zwischen der Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses (Art. 4 Abs. 1 GG) und der freien Religionsausübung (Art. 4 Abs. 2 GG) nicht trennscharf unterschieden werden kann. Zieht man schließlich die

54

⁹⁰ Muckel, Freiheit (o. Fn. 49), S. 148.

⁹¹ Muckel, ebd., S. 136 f.

⁹² Muckel, ebd., S. 137; dagegen will Werner Heun, Begriffe der Religion und Weltanschauung (o. Fn. 72), S. 361 an einer grundlegenden Differenzierung zwischen Religion und Weltanschauung festhalten, ohne freilich seinerseits markante und praktikable Unterscheidungskriterien herausarbeiten zu können. Verschiedenste Ansätze zu einer solchen Unterscheidung diskutiert Christine Mertesdorf, Weltanschauungsgemeinschaften, 2008, S. 86 ff.

⁹³ Muckel, Freiheit (o. Fn. 49), S. 137.

Europäische Menschenrechtskonvention, dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit entsprechend, auslegungsanleitend heran, ist Art. 9 Abs. 1 EMRK in den Blick zu nehmen. Während Art. 9 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 EMRK nur von Religionsfreiheit spricht, erläutern der Hs. 2 und S. 2, dass hierunter auch die Weltanschauung zu verstehen ist.

i) Beispiele zur Veranschaulichung

55 Weit verstanden erfasst die Religions- und Weltanschauungsfreiheit zahllose Erscheinungsformen menschlichen Lebens. Sie schützt eben nicht nur *Gebete, Gottesdienste, Prozessionen und religiöse Rituale*, sondern auch die *Einhaltung religiöser Gebote und Befolgung religiöser Gebräuche in der täglichen Lebensführung*, z.B. Fastenzeiten, Speisegebote oder Kleidungsvorgaben. Solche Gebote müssen nicht als „zwingend“ erlebt werden, auch religiöses Brauchtum wird durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützt. Die Religions- und Weltanschauungsfreiheit umfasst auch das Recht, geistlichen Rat einzuholen oder zu geben (Seelsorge), religiös-weltanschauliche Vereinigungen zu bilden, für die eigene Lehre zu werben und sie medial zu verbreiten sowie religiös-weltanschauliche Einrichtungen, etwa zu karitativen oder erzieherischen Zwecken, zu betreiben. Teilaspekte sind im Grundgesetz besonders hervorgehoben, so die religiöse Vereinigungsfreiheit bezogen auf Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften in Art. 140 GG i. V.m. Art. 137 Abs. 2 und 7 WRV.⁹⁴

56 Soweit die individuelle Dimension des Grundrechts berührt ist, ist für die Zuordnung zum Schutzbereich auf das Selbstverständnis des Grundrechtsträgers abzustellen, nicht auf religiöse „Autoritäten“.⁹⁵ Eine gemeinsame religiöse Praxis oder eine Stellungnahme anerkannter Autoritäten erleichtert aber die Plausibilisierung. Das Grundrecht wird hingegen ad absurdum geführt, wenn staatliche Behörden Gläubigen vorhalten, sie würden ihre religiöse Tradition nicht kennen oder missverstehen. Solche Formen von „Staatstheologie“ sind in der Praxis immer wieder zu beobachten, etwa wenn Gläubigen entgegengebracht wird, die Bergpredigt verbiete die Ei-

⁹⁴ Die Vereinigungsfreiheit bezogen auf religiös-weltanschauliche Vereine ergibt sich hingegen alleine aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG.

⁹⁵ Anders Möllers, Freiheit (o. Fn. 33), S. 75; Mückl, Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse (o. Fn. 68), S. 115.

desleistung vor Gericht nicht⁹⁶ oder der Islam kenne kein Verhüllungsgebot für Frauen.⁹⁷ Ebenso ist es nicht Aufgabe staatlicher Gerichte, theologische Grundfiguren des kirchlichen Arbeitsrechts wie die „Dienstgemeinschaft“ selbst zu bestimmen.⁹⁸ Die Plausibilisierung misslingt, wenn politische oder wirtschaftliche Interessen so im Vordergrund stehen, dass der religiös-weltanschauliche Aspekt ganz in den Hintergrund tritt. Entscheidend sind dabei die Umstände des Einzelfalls, nicht Pauschalbewertungen. So wird der „Einkauf“ religiöser Leistungen durch Anhänger der Scientology für diese als Religionsausübung zu bewerten sein, auch wenn der Organisation als ganzer nachgesagt wird, starke kommerzielle Interessen zu verfolgen. Gänzlich verfehlt wäre der Sinn der Religions- und Weltanschauungsfreiheit, wenn man „den Islam“ pauschal zu einer politischen Ideologie erklärte.

Gleichberechtigt zur sogenannten „positiven“ Dimension der Religions- und Weltanschauungsfreiheit ist ihre sogenannte „negative“ Seite – das Recht, ohne besondere weltanschauliche Grundlage statt einer religiösen die „säkulare“ Option zu wählen,⁹⁹ also sich keiner religiösen oder weltanschaulichen Sicht auf die Welt anzuschließen und keine daraus abgeleiteten Verhaltenspflichten zu eigen zu machen. Die Teilnahme an in staatlicher Verantwortung durchgeführten Veranstaltungen mit religiösem oder weltanschaulichem Charakter wie Schulgebete oder Schulgottesdienste kann nur freiwillig erfolgen; die Nichtteilnahme darf keinerlei Nachteile mit sich bringen.¹⁰⁰ Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 4 WRV hebt die Bedeutung der negativen Kultusfreiheit noch einmal ausdrücklich hervor. Ausdruck der Religions- und Weltanschauungsfreiheit ist auch das Recht, eine Religion oder Weltanschauung aufzugeben und dies auch rechtswirksam zum Ausdruck zu bringen (Austrittsfreiheit).¹⁰¹ Ebenso darf niemand gegen seinen Willen durch eine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft vereinnahmt werden. Deren interne Regeln zur

57

⁹⁶ BVerfGE 33, 23 (35 ff.) – Sondervotum von Schlabrendorff.

⁹⁷ Klarstellend demgegenüber BVerfGE 138, 296 ff.

⁹⁸ Michael Germann, Die „Dienstgemeinschaft“ als Scharnierbegriff zwischen Theologie und Recht, in: epd-Dokumentation 17/2013, S. 29 ff.

⁹⁹ Zur Terminologie Hans Joas, Die säkulare Option, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 58 (2009), S. 293 ff.; ders., Glaube als Option, 2012.

¹⁰⁰ BVerfGE 52, 223 ff.

¹⁰¹ Zu Details Johannes Kuntze, Bürgerliche Mitgliedschaft in Religionsgemeinschaften, 2013, S. 99 ff. mit weiteren Nachweisen.

Mitgliedschaftsbegründung erlangen nur dann bürgerliche Wirksamkeit, soweit ein autonomer Willensakt zugrunde liegt.¹⁰²

3. Eingriff

58 Die Feststellung eines Eingriffs in die Religions- und Weltanschauungsfreiheit wirft im Grundsatz keine besonderen Probleme auf.¹⁰³ Ein Eingriff entfällt nicht schon deshalb, weil eine freiheitsverkürzende Pflicht „allgemein“ gehalten und in diesem Sinne „neutral“ ist. Ob die Religionsfreiheit Befreiungen von generellen Rechtspflichten verlangt, ist eine Frage der Eingriffsrechtfertigung. Zudem ist wie sonst auch zu schauen, ob eine Verkürzung grundrechtlich geschützter Freiheit staatlich verantwortet wird. Hierbei sind nicht nur *Gebote und Verbote*, sondern auch *faktische Beeinträchtigungen* relevant. Die Schutzbereichs- und Eingriffsbestimmung sind dann zuweilen aufeinander bezogen, so wenn es um die Frage geht, ob die Konfrontation mit religiösen Symbolen und Praktiken einen Grundrechtseingriff darstellt. Bei einem weit verstandenen Schutzbereich umfasst Art. 4 Abs. 1 und 2 GG eigentlich auch das Recht, von der Begegnung mit anderen Religionen und Weltanschauungen verschont zu werden. Dieses Recht stößt auf das Recht anderer Grundrechtsträger, ihr Leben gemäß ihren religiös-weltanschaulichen Überzeugungen zu organisieren. Im Endeffekt kann es deshalb *keinen umfassenden Konfrontationsschutz* geben.¹⁰⁴ Die Rechtsprechung geht deshalb nur dann von einem Grundrechtseingriff aus, wenn der Staat die Konfrontation selbst erzwingt und keine Ausweichmöglichkeiten schafft. Das Bundesverfassungsgericht argumentiert hierbei nicht immer konsistent: So wird (zutreffend) in der staatlichen Anordnung, ein Kruzifix in Klassenzimmern öffentlicher Schulen anzubringen, ein Grundrechtseingriff gesehen (Zwang zum Lernen „unter dem Kreuz“),¹⁰⁵ das islamische Kopftuch der Lehrerin soll hingegen keine

¹⁰² BVerfG, in: NVwZ 2015, S. 517 ff.; Kuntze, Bürgerliche Mitgliedschaft (o. Fn. 101), S. 76 ff. mit weiteren Nachweisen; Michael Germann / Wolfgang Rübner, → § 30.

¹⁰³ Im Detail näher etwa Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 52), S. 445 ff. Verfehlt BVerfGE 105, 279 (293 ff.), wo ein Eingriff in die Religionsfreiheit mit einer Verletzung von Neutralitätspflichten gleichgesetzt wird.

¹⁰⁴ Möllers, Freiheit (o. Fn. 33), S. 77.

¹⁰⁵ BVerfGE 93, 1 ff.

grundrechtsrelevante Beeinträchtigung der religiösen Schüler- und Elternrechte darstellen.¹⁰⁶

Mit der dogmatischen Kategorie des Grundrechtseingriffs wird zugleich erfasst, dass der Staat Adressat der Grundrechte des Grundgesetzes ist (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG). Ein Eingriff liegt deshalb nur vor, wenn die Verkürzung grundrechtlich geschützter Freiheit staatlich verantwortet wird. In Religionskonflikten zwischen grundrechtsberechtigten Bürgerinnen und Bürgern ohne staatliches Zutun können allenfalls die mittelbare Grundrechtswirkung bzw. staatliche Schutzpflichten von Bedeutung sein.

59

4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Sehr umstritten ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Etliche Stimmen im staatskirchenrechtlichen Schrifttum plädieren dafür, Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV als Gesetzesvorbehalt heranzuziehen.¹⁰⁷ Das Bundesverfassungsgericht und ein Teil des Schrifttums deuten Art. 4 Abs. 1 und 2 GG so, dass die Religions- und Weltanschauungs-

60

¹⁰⁶ BVerfGE 138, 296 ff.; hierzu *Hans Michael Heinig*, Ein neues Kapitel in einer unendlichen Geschichte?, in: RdJB 2015, S. 217 ff.; *Christine Langenfeld*, Fängt der Streit um das Kopftuch jetzt erst an?, in: ZevKR 60 (2015), S. 420 ff. Eine andere Akzentsetzung erneut durch den Zweiten Senat des BVerfG, B. vom 14. 1. 2020 – 2 BvR 1333/17.

¹⁰⁷ *Kästner*, Hypertrophie (o. Fn. 66), S. 982; *ders.*, Religionsfreiheit (o. Fn. 66), S. 16 ff.; *Muckel*, Freiheit (o. Fn. 49), S. 224 ff.; *ders.*, Schutz von Religion und Weltanschauung (o. Fn. 2), S. 605 ff.; *Heckel*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht (o. Fn. 56), S. 407; *ders.*, Religionsfreiheit. Eine säkulare Verfassungsgarantie, in: *ders.*, Gesammelte Schriften, Bd. 4, 1997, S. 647 (755 ff.); *Christian Starck*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Bd. 1, Art. 4, Rn. 87 f.; *Christian Hillgruber*, Der deutsche Kulturstaat und der muslimische Kulturimport, in: JZ 1999, S. 538 (543); *Mager*, in: von Münch/Kunig (o. Fn. 66), Art. 4, Rn. 37; *Dirk Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 48), Art. 136 WRV, Rn. 1, 4 ff.; *ders.*, → § 9, Rn. 37–41. In einer einzelnen Entscheidung geht auch das Bundesverwaltungsgericht von einem Gesetzesvorbehalt des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG aus: BVerwGE 112, 227 ff. Einen alternativen Begründungsansatz vertritt *Borowski* (vgl. *dens.*, Glaubens- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 52), S. 481 ff.) mit der Lehre vom ungeschriebenen einfachen Gesetzesvorbehalt. *Claus Dieter Classen*, Religionsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 96 ff. schließlich will nur religionsunspezifische Eingriffe einem Art. 136 Abs. 1 WRV entnommenen Gesetzesvorbehalt unterstellen.

freiheit nicht generell unter einem Gesetzesvorbehalt steht,¹⁰⁸ wobei für die korporative Religionsfreiheit teilweise die Schranke des für alle geltenden Gesetzes nach Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV herangezogen wird.

61 In den meisten Fällen führen beide dogmatischen Ansätze zu vergleichbaren Ergebnissen. Bei Grundrechten ohne Gesetzesvorbehalt begrenzt *kollidierendes Verfassungsrecht* die Inanspruchnahme des Schutzbereiches. Ein Eingriff in diesen kann verfassungsrechtlich durch Grundrechte und andere Verfassungsrechte gerechtfertigt sein und bedarf hierzu funktional-rechtlich auch einer gesetzlichen Grundlage (*Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt*). Ob mit oder ohne Gesetzesvorbehalt verstanden, gilt für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines Eingriffs in die Religions- und Weltanschauungsfreiheit gleichermaßen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bzw. das Gebot der Herstellung praktischer Konkordanz. Im Rahmen der Eingriffsrechtfertigung ist ein möglichst schonender Ausgleich der einschlägigen Rechtsgüter zu gewährleisten. Eingedenk dessen führt die Einschränkung der Religionsfreiheit aufgrund eines Gesetzesvorbehaltes nicht zur Entbindung staatlicher Religionspolitik von den grundrechtlichen Vorgaben, umgekehrt aber die Ablehnung dieser Lesart auch nicht zu einem schrankenlosen Freiheitsrecht.

62 Der Streit um den Gesetzesvorbehalt ist gleichwohl ebenso praktisch relevant wie von grundsätzlicher Bedeutung, weil es einen Unterschied macht, ob der Gesetzgeber ein Freiheitsrecht zur *Verfolgung beliebiger Zwecke* einschränken kann oder hierfür ein kollidierendes Verfassungsgut bemühen muss. Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt sind nicht von höherer „Dignität“, sie weisen aber einen *tendenziell* erhöhten Schutz auf.¹⁰⁹

¹⁰⁸ BVerfGE 28, 243 (260 f.); 108, 282 (297) – st. Rspr.; aus der Literatur etwa *Sacksofsky*, Religiöse Freiheit (o. Fn. 52), S. 18 ff.; *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 2), S. 513 ff.; *Hartmut Maurer*, Die Schranken der Religionsfreiheit, in: ZevKR 49 (2004), S. 311 (330); *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 44), Bd. I, Art. 4, Rn. 123 ff.; *Mückl*, in: BK (o. Fn. 2), Art. 4, Rn. 159 ff.; *Stefan Korioth*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Losebl., Stand 42. Erg.-Lfg. 2003, Art. 136 WRV, Rn. 51 ff., jeweils mit weiteren Nachweisen.

¹⁰⁹ Zum Folgenden auch *Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (o. Fn. 33), S. 130 ff.

a) *Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1 WRV –
Gleichheitsrecht oder Freiheitsschranke?*

In Art. 136 Abs. 1 WRV heißt es, dass die „bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten [...] durch die Ausübung der Religionsfreiheit weder bedingt noch beschränkt“ werden. Die Norm wird teilweise dahingehend verstanden, dass sie einen Gesetzesvorbehalt bilde, da nach ihr Rechtspflichten durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG nicht beschränkt würden. Die Qualifikation der Pflichten als (staats)bürgerlich sei so zu verstehen, dass sie Bürger ohne Rücksicht ihrer Besonderheiten treffen müsse. Erforderlich sei ein allgemeines Gesetz.¹¹⁰ Nach gegenteiliger Ansicht ist in Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1 WRV lediglich ein Diskriminierungsverbot aus Gründen der Religion oder Weltanschauung zu sehen.¹¹¹ Das Merkmal der Bürgerlichkeit und Staatsbürgerlichkeit der Rechte und Pflichten stellt nach dieser Lesart Umschreibungen für die Rechtssphären des Zivil- und Öffentlichen Rechts dar.¹¹²

63

Mit der Frage des Gesetzesvorbehaltes ist zugleich die nach dem Verhältnis von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zu den durch Art. 140 GG inkorporierten Normen aufgeworfen. In der für das Verständnis von Art. 136 Abs. 1 WRV maßgeblichen Leitentscheidung hat das Bundesverfassungsgericht sich recht unglücklich ausgedrückt, wenn es ausführt, Art. 136 Abs. 1 WRV werde von Art. 4 GG nach Bedeutung und innerem Gewicht überlagert.¹¹³ Die durch Art. 140 GG inkorporierten Normen der Weimarer Reichsverfassung sind – wie auch das Bundesverfassungsgericht immer wieder betont – vollgültiges Verfassungsrecht und keineswegs von niederem Rang.¹¹⁴ Entscheidend war für das Gericht aber, dass sich aus Art. 136 Abs. 1 WRV nicht ergebe, „welche staatsbürgerlichen Pflichten im Sinne des Art. 136 Abs. 1 WRV gegenüber dem Freiheitsrecht des Art. 4 Abs. 1 GG mit staatlichem Zwang durchgesetzt werden dürfen.“¹¹⁵ Wenn man von der vollen und gleichrangigen Geltung des Art. 136 Abs. 1 WRV ausgeht, ist noch keine Aussage über die Wirkweise der Norm gemacht. Es ist

64

¹¹⁰ *Wolfgang Bock*, Die Religionsfreiheit zwischen Skylla und Charybdis, in: AöR 123 (1997), S. 444 (472) mit weiteren Nachweisen.

¹¹¹ *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 108), Art. 136 WRV, Rn. 28 ff.

¹¹² *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), GG-Kommentar, 2. Aufl., Bd. III, 2008, Art. 136 WRV, Rn. 14.

¹¹³ So BVerfGE 33, 23 (30 f.).

¹¹⁴ BVerfGE 19, 206 (219).

¹¹⁵ BVerfGE 33, 23 (30 f.).

deshalb erforderlich, die Bestimmung *lege artis* in historisch-genetischer, grammatischer, systematischer und teleologischer Hinsicht zu entfalten.

b) Wortlaut

- 65 Schaut man auf den Wortlaut, ist zunächst festzuhalten, dass Art. 4 Abs. 1 und 2 GG selbst – anders als dies bei Art. 135 WRV der Fall war – keine Eingriffsmöglichkeit durch oder aufgrund eines Gesetzes vorsieht. Auch Art. 136 Abs. 1 WRV ist vom Wortlaut her nicht ohne weiteres dahingehend zu verstehen. In wesentlichen Teilen statuiert die Norm – unbestritten – ein Gleichheitsrecht: Staatsbürgerliche und bürgerliche „Rechte“ werden durch die Religionsausübung nicht bedingt, heißt: unabhängig von einer bestimmten Religionszugehörigkeit und -praxis gewährt. Insoweit begründet Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV vom Wortlaut her ein dem Art. 3 Abs. 3 GG und anderen besonderen Gleichheitssätzen ähnliches Diskriminierungsverbot. Dies soll nach teilweise vertretener Auffassung jedoch nicht in Bezug auf die bürgerlichen und staatsbürgerlichen „Pflichten“ gelten.¹¹⁶ Allerdings legt die grammatisch einheitliche Bezugnahme der Adjektive „bürgerlich“ und „staatsbürgerlich“ auf „Rechte“ und „Pflichten“ und die Verknüpfung beider Worte durch ein „und“ eher nahe, Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV solle auch hinsichtlich der Pflichten eine religionsbezogene Gleichbehandlung sichern. Nichtdiskriminierung ist schließlich nicht nur für rechtliche Vorteile, sondern gerade für rechtliche Belastungen von hoher Relevanz. In welcher Weise die Gleichheit der Rechte und Pflichten mit dem Grundrecht auf Religionsfreiheit abzugleichen ist, lässt sich Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV dann ebenso wenig eine Aussage entnehmen wie anderen besonderen Gleichheitsrechten. Der Wortlaut legt jedenfalls nicht nahe, dass dasselbe Wort („Pflichten“) zugleich einen Gesetzesvorbehalt und ein Gleichheitsrecht begründet.

c) Genese

- 66 Die Frage eines Gesetzesvorbehaltes wurde im Parlamentarischen Rat kontrovers diskutiert. Ursprünglich sollte Art. 4 GG selbst einen

¹¹⁶ Etwa *Bock*, Religionsfreiheit (o. Fn. 110), S. 471.

Vorbehalt („im Rahmen der allgemeinen Gesetze“ bzw. „Die allgemeinen Gesetze bleiben unberührt“) enthalten.¹¹⁷ Dieser wurde im Laufe der Verhandlungen gestrichen, weil man die durch einen Gesetzesvorbehalt eröffnete Zugriffsmöglichkeit des Gesetzgebers etwa auf Fragen der religiösen Lehre und des Bekenntnisses, aber auch auf die Formen der kultischen Religionsausübung für unerwünscht hielt. Der Abgeordnete *Süsterhenn* begründete seine ablehnende Haltung gegenüber einem Gesetzesvorbehalt der Religionsfreiheit in der entscheidenden 24. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 23.11.1948 damit, dass mit „Hilfe dieses Gesetzesvorbehaltes im Rahmen der allgemeinen Gesetze [...] es möglich [wäre], durch einfaches Gesetz das Recht auf ungestörte Religionsausübung zu beseitigen“.¹¹⁸

Auch wurde teilweise betont, dass die Schranke des Art. 2 Abs. 1 GG Anwendung finde und deshalb seuchen- und baupolizeiliche Vorschriften als Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung weiterhin zu beachten seien.¹¹⁹ Über die gegen eine solche Schrankenübertragung geltend gemachten – wie man heute sagen muss: begründeten – verfassungsdogmatischen Bedenken setzte sich der Parlamentarische Rat bewusst hinweg.¹²⁰

Die Verfechter einer Interpretation von Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV als Gesetzesvorbehalt sehen gerade hierin ein Argument für ihre Ansicht: der wahre Wille des Verfassungsgebers würde nur so zur Geltung kommen; der dogmatische Missgriff der Streichung des Vorbehaltes in Art. 4 GG müsse durch eine entsprechende Interpretation des Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV revidiert werden.¹²¹ Sie verkennen jedoch, dass der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung in Art. 2 Abs. 1 GG damals, 1949, kaum die weite Bedeutung hatte, die ihm heute zugemessen wird. Die Ausdehnung dieser Schranke auf die gesamte ansonsten verfassungsgemäß zustande gekommene Rechtsordnung ist dem weiten Verständnis des Schutzbereichs von Art. 2 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht geschuldet. Im Laufe der Verhandlungen des Parlamentarischen Rates wurde die vorgesehene allgemeine Eingriffsmöglichkeit „im Rahmen“ oder „auf Grund der Rechtsordnung“, die der heutigen Inter-

¹¹⁷ *Klaus-Berto von Doemming / Rudolf Werner Füsslein / Werner Matz*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, Art. 4 GG, in: JÖR N. F. 1 (1951), 2. Aufl. 2010, hg. von Peter Häberle, S. 73 (73 f.).

¹¹⁸ *Doemming / Füsslein / Matz*, ebd., S. 74.

¹¹⁹ *Doemming / Füsslein / Matz*, ebd., S. 74.

¹²⁰ *Doemming / Füsslein / Matz*, ebd., S. 75.

¹²¹ *Muckel*, Freiheit (o. Fn. 49), S. 227.

pretation der „verfassungsmäßigen Ordnung“ entspricht, in Art. 2 Abs. 1 GG gestrichen.¹²² Der Verfassungsgeber selbst hatte wohl ein engeres Verständnis des Merkmals. Die Einlassung *Süsterhenns* in den Verhandlungen des Parlamentarischen Rates zur Religionsfreiheit, dass ohne Gesetzesvorbehalt die Seuchen- und Bauvorschriften als Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung im Rahmen des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zu achten sind,¹²³ lässt sich in den Kategorien heutiger Grundrechtsdogmatik angemessen so verstehen, dass hinter beiden Rechtsmaterien kollidierendes Verfassungsrecht steht, das eine entsprechende Restriktion der Religionsfreiheit rechtfertigen kann.

69 Will man die Entstehungsgeschichte des Art. 4 GG interpretationsleitend fruchtbar machen, muss man konstatieren, dass der zunächst für die Religionsfreiheit wie in Art. 135 WRV vorgesehene Gesetzesvorbehalt durch Mehrheitsbeschluss im Grundsatzausschuss gestrichen wurde.¹²⁴ Eine Inkorporation des Art. 136 Abs. 1 WRV war zu dieser Zeit nicht vorgesehen. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG sollte demnach keinen Gesetzesvorbehalt enthalten. Vorgesehen waren im damaligen Textentwurf des Grundrechts auf Religionsfreiheit allerdings zwei Absätze, die dem Textbestand des Art. 136 Abs. 3 und 4 WRV entsprachen.¹²⁵ Nachdem man sich im Parlamentarischen Rat auf die Inkorporation der religionsgesellschaftsrelevanten Normen der Weimarer Reichsverfassung verständigt hatte, schlug der Allgemeine Redaktionsausschuss vor der abschließenden vierten Lesung des Hauptausschusses vor, aus Gründen der Praktikabilität auch Art. 136 WRV zu übernehmen und die mit Abs. 3 und 4 korrelierenden, in Art. 4 GG vorgesehenen Absätze zu streichen.¹²⁶ Der Vorschlag der Inkorporation des gesamten Artikels und nicht nur der Absätze 3 und 4 entsprach dabei der redaktionellen Gesamtlinie, nicht nur Teilartikel des Weimarer Religionsverfassungsrechts zu übernehmen¹²⁷ – so etwa auch bei der umstrittenen Einfügung von Art. 138 Abs. 1 WRV.¹²⁸

70 Art. 136 WRV wurde also aus Gründen der redaktionellen Straffung und Glättung in den Katalog der inkorporierten Normen aufge-

¹²² Dreier, in: ders. (o. Fn. 42), Bd. I, Art. 2, Rn. 8.

¹²³ Doemming / Füsslein / Matz (o. Fn. 117), S. 75.

¹²⁴ Doemming / Füsslein / Matz, ebd., S. 75.

¹²⁵ Doemming / Füsslein / Matz, ebd., S. 73 f.

¹²⁶ Doemming / Füsslein / Matz, ebd., S. 78 f.

¹²⁷ BVerfGE 102, 370 (389).

¹²⁸ Morlok, in: Dreier (o. Fn. 112), Bd. III, Art. 138 WRV, Rn. 6.

nommen. Dabei mag dem einen oder anderen Abgeordneten, insbesondere *Hermann von Mangoldt* als einem der drei Mitglieder des Allgemeinen Redaktionsausschusses und entschiedenem Gegner einer Streichung des ursprünglich vorgesehenen Gesetzesvorbehaltes auch vor Augen gestanden haben, dass die Kommentatoren der Weimarer Reichsverfassung in Art. 136 Abs. 1 WRV neben einer gleichheitsrechtlichen Verbürgung auch eine Wiederholung des in Art. 135 S. 3 WRV für die Religionsfreiheit vorgesehenen Vorbehaltes der allgemeinen Staatsgesetze sahen.¹²⁹ Dass aber die Mehrheit mit der Aufnahme des Art. 136 WRV in das Grundgesetz die Grundsatzentscheidung der Streichung eines Gesetzesvorbehaltes revidieren wollte, lässt sich anhand der Dokumente der Verfassungsberatung in keiner Weise belegen. Es wäre zu vermuten, dass ein solcher Neuzuschnitt der Religionsfreiheit in deutlicher Abkehr von den vorangegangenen Beschlüssen zumindest der Diskussion bedurft hätte. Die Entstehungsgeschichte spricht deshalb eher dagegen, in Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV einen Gesetzesvorbehalt zu sehen.¹³⁰

d) Zwecke und Ziele

Für die Deutung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV als Gesetzesvorbehalt werden insbesondere teleologische Gesichtspunkte ins Feld geführt. Nur so sei einer ausufernden Berufung auf das Grundrecht der Religionsfreiheit Einhalt zu gebieten, nur so der dem Souveränitätsanspruch des Staates entstammenden Pflicht zur staatlichen Letztentscheidung Genüge getan.¹³¹ Sei die Interpretation des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG seitens des Bundesverfassungsgerichts als Grundrecht ohne Gesetzesvorbehalt unter den Bedingungen relativer religiöser Homogenität in der Bundesrepublik der 1950er und 60er Jahre noch hinnehmbar, forderten die „veränderten gesellschaftlichen Verhältnisse“¹³² eine Neuausrichtung der religionsfreiheitlichen Schrankendogmatik.

71

¹²⁹ *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, Art. 136 Anm. 1; *Godehard Josef Ebers*, Staat und Kirche im neuen Deutschland, 1930, S. 165 f.

¹³⁰ *Walter*, Religions- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 39), Bd. 1, S. 1034: „die eher zufällige Aufnahme ohne Sachdiskussion im Rahmen der Schlussredaktion“ kann „nur als Redaktionsversehen gedeutet werden“.

¹³¹ *Muckel*, Freiheit (o. Fn. 49), S. 224 ff.

¹³² *Muckel*, ebd., im Untertitel; in der Sache so auch *Schoch*, Grundrechtsdogmatik (o. Fn. 66), S. 165 ff.; *Kästner*, Hypertrophie (o. Fn. 66), S. 981 f.

- 72 Diese Argumentation wirft Fragen auf mehreren Ebenen auf: Sozialer Wandel führt nicht zwingend zu einem Verfassungswandel. Es bedarf eines behutsamen und methodisch aufgeklärten Vorgehens, welches die Differenzen und Interdependenzen von Verfassungstheorie, Rechtsphilosophie und Verfassungsdogmatik reflexiv einbezieht, soll der normative und damit auch immer kontrafaktisch angelegte Charakter der Verfassung bewahrt bleiben. Konkret wäre zu fragen, ob die Prozesse des Strukturwandels der Religion und die vermehrte Präsenz dem hiesigen Kulturkreis lange wenig vertrauter Religionen tatsächlich für die Verfassungsdogmatik relevant sind. Die Grundkonzeption des deutschen Religionsverfassungsrechts wurde schließlich schon mit der Weimarer Reichsverfassung pluralitätskompatibel gestaltet.¹³³
- 73 Betrachtet man die Problemfelder genauer, die für die Neuausrichtung der Schrankendogmatik sprechen sollen, ist der Befund ernüchternd: Auch auf Grundlage der bisher von der Rechtsprechung verfolgten Konzeption der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht lassen sich in allen Konstellationen *angemessene und befriedigende Ergebnisse* erzielen.¹³⁴ Keineswegs ist ohne Gesetzesvorbehalt die Religionsfreiheit immer in der Vordergrund – müssen gegenläufige Gemeinwohlinteressen per se zurücktreten. Soweit Abwägungsergebnisse der Rechtsprechung kritisiert werden, vermag eine Neuinterpretation des Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV als Gesetzesvorbehalt für sich hieran nichts ändern.¹³⁵
- 74 In der Praxis ist keine relevante Fallkonstellation ersichtlich, in der nicht ein kollidierendes Verfassungsgut ausgemacht werden konnte, das den Eingriff in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG im Grundsatz zu rechtfertigen vermochte. Auch die zunehmende Pluralisierung ist bei näherer Betrachtung kein Argument für einen Gesetzesvorbehalt – im Gegenteil. Unter Bedingungen relativer religiöser Homogenität hat der Gesetzgeber religiöse Interessen selbstverständlich berücksichtigt. In religiös-weltanschaulich hyperdiversifizierten Gesellschaften geht diese Selbstverständlichkeit verloren. Gerade weil die Religions- und Weltanschauungsfreiheit auch Minderheiten schützen

¹³³ Heinig, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (o. Fn. 33), S. 94 ff.

¹³⁴ Walter, Religions- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 39), Bd. 1, S. 1032 ff.

¹³⁵ So auch Muckel, Freiheit (o. Fn. 49), S. 235 ff.

soll, macht es Sinn, wenn sie nicht für beliebige politische Zwecke eingeschränkt werden kann.¹³⁶

Die abstrakte Möglichkeit der Entlassung der Bürger aus einer Rechtspflicht im begrenzten Einzelfall aus Gründen der Religions- oder Weltanschauungsfreiheit (konkret stets gesteuert durch die Verhältnismäßigkeitsprüfung) führt auch nicht zu einer weitreichenden Erosion der für alle gleichen Rechtsunterworfenheit, sondern dürfte im Endeffekt gerade den Rechtsgehorsam verstärken. Anthropologisch sprechen gute Gründe für die Annahme, dass die Anerkennung neuralgischer „religiöser Interessen“ die Wahrscheinlichkeit der Rechtsloyalität im Übrigen erhöht. So verstanden enthält die Religions- und Weltanschauungsfreiheit zugleich eine deutliche Absage an einen vollständigen Rechtspluralismus in Abhängigkeit zur religiösen Pluralisierung.¹³⁷ Ein solches Modell bedeutete die umfassendere Aufgliederung der Rechtsordnung in jeweilig religiös geprägte, von dem religiösen Selbstverständnis abhängige Partikularrechtsordnungen. Versteht man Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1 WRV als Diskriminierungsverbot, sucht man die Balance zwischen dem Rigorismus ausnahmsloser Pflichtengleichheit und Konzepten des Rechtspluralismus.

Auch übergeordnete legitimationstheoretische Gesichtspunkte sprechen gegen einen interpretativen Umbau des bisherigen Systems des religionsfreiheitlichen Grundrechtsschutzes. Denn der berührt *zentrale religionspolitische Fragen*, die zu beantworten zuvorderst der demokratisch legitimierte *verfassungsändernde Gesetzgeber* berufen ist. Der Gesetzgeber hat aber bisher unter dem Eindruck forcierter religiöser Pluralisierung keinen Bedarf für eine weitergehende Einschränkung der Religionsfreiheit gesehen und von entsprechenden Novellierungen abgesehen.¹³⁸

¹³⁶ Sacksofsky, Religiöse Freiheit (o. Fn. 52), S. 35 ff.

¹³⁷ Dazu Klaus Wähler, Interreligiöses Kollisionsrecht im Bereich privatrechtlicher Rechtsbeziehungen, 1978; eine neuere Anknüpfung an rechtspluralistische Theorien bei Ino Augsberg, Soziale Integration durch Religionsfreiheit? Zu Neubestimmungen des Religionsverfassungsrechts im Verständnishorizont eines reflexiven Rechtspluralismus, in: Spannungsfelder (o. Fn. 35), S. 113 ff.

¹³⁸ Rechtspolitisch gegen die Einführung eines Gesetzesvorbehaltes auch Waldhoff, Religionskonflikte (o. Fn. 32), D 71 f.

e) *Systematik*

- 77 Entgegen der Annahme des Bundesverfassungsgerichts – darauf wurde eingangs dieses Abschnitts bereits hingewiesen – lassen sich aus der systematischen Stellung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV keine verfassungsdogmatischen Konsequenzen ziehen. Dies gilt für die Inkorporationstechnik des Grundgesetzes wie für die Zuordnung zum Abschnitt der „Übergangs- und Schlussbestimmungen“. Systematisch sind die durch Art. 140 GG in die Verfassung aufgenommenen Artikel der Weimarer Reichsverfassung zu lesen, als ob sie dem Art. 4 Abs. 1 und 2 GG nachfolgten.¹³⁹ Die systematische Stellung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 WRV spricht deshalb weder für noch gegen seine Interpretation als Gesetzesvorbehalt.
- 78 Auch die Verankerung des Verbots religiöser Diskriminierung in Art. 3 Abs. 3 GG streitet nicht für ein Verständnis des Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV als Gesetzesvorbehalt. Identische oder sich überschneidende Gewährleistungen in unterschiedlichen Normen sind im Bereich der besonderen Gleichheitsrechte nicht ungewöhnlich.

f) *Schrankenloser Kernbereich des Art. 4 GG?*

- 79 Teilweise wird in der Literatur auch zwischen einem schrankenlosen Kernbereich der Religionsfreiheit und einem mit Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV als Gesetzesvorbehalt versehenen weiteren Bereich unterschieden.¹⁴⁰ Neben den bisher geltend gemachten generellen Bedenken wirft dieser Interpretationsvorschlag ähnlich wie die Restriktionsbemühungen bei der Auslegung des Merkmals „Religionsausübung“ in Art. 4 Abs. 2 GG die Frage auf, wie der religiös-weltanschaulich neutrale Staat Kernbereich und Peripherie der Religionsfreiheit unterscheiden soll. Maßgeblich kann für eine solche Unterscheidung nur das Selbstverständnis des Betroffenen sein. Soweit eine Person aber eine einfachgesetzliche Ausgestaltung unter Bemühung der Religionsfreiheit nicht hinnimmt, spricht viel dafür,

¹³⁹ Alexander Hollerbach, Kirchen unter dem Grundgesetz, in: VVDStRL 26 (1968), S. 57 (60); von Campenhausen, Religionsfreiheit (o. Fn. 18), S. 281.

¹⁴⁰ Stefan Magen, in: Dieter C. Umbach / Thomas Clemens (Hg.), Grundgesetz – Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 2002, Art. 140, Rn. 44.

dass sie nach ihrem Selbstverständnis nicht nur einen Randbereich ihres Grundrechts auf Religionsfreiheit gesichert sehen will, sondern einen ihr wesentlich erscheinenden Garantiebestand.

g) Beispiele zur Veranschaulichung

Bei einem weit verstandenen Schutzbereich der Religions- und Weltanschauungsfreiheit sind auch die Beispiele für gerechtfertigte Einschränkungen denkbar vielfältig. Schon im Parlamentarischen Rat wurde die Notwendigkeit angesprochen, das Grundrecht wegen seuchenrechtlicher Belange einschränken zu können. In weitem Umfang dienen die grundrechtlich geschützten *Rechte Dritter* als kollidierendes Verfassungsrecht, so etwa, wenn das Immissionsrecht auf das Glockengeläut und den Muezzinruf Anwendung findet oder das Bauordnungsrecht Vorschriften zur Gestaltung sakraler Gebäude macht. Ein integrationspolitisch motiviertes pauschales Verbot bestimmter Formen religiös motivierter Bekleidung (Kopftuch bzw. Burka) wäre mangels einschlägigen kollidierenden Verfassungsguts verfassungswidrig,¹⁴¹ soweit hingegen Rechte Dritter oder sonstige Rechtsgüter von Verfassungsrang betroffen sind, kann der Staat auch Bekleidungsvorschriften machen (etwa zur Sicherheit im Straßenverkehr oder zum Schutz einer funktionierenden Rechtspflege – Amtstracht). Im Schulwesen dient der *Erziehungs- und Bildungsauftrag des Staates* nach Art. 7 Abs. 1 GG der weitreichenden Rechtfertigung von Eingriffen in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG.¹⁴² Er trägt eine allgemeine Schulpflicht, die den Biologie-, Schwimm- und Sportunterricht ebenso umfasst wie besondere Schulveranstaltungen (Ausflüge, Klassenfahrten). Bedingung für die Verwirklichung des Erziehungs- und Bildungsauftrags ist die Bewahrung des „Schulfriedens“. Aus diesem Grunde müssen Schülerinnen und Schüler, Eltern und das pädagogische Personal ggf. Einschränkungen ihrer religiös-weltanschaulichen Freiheitsrechte hinnehmen.¹⁴³ Auch Staatszielbe-

80

¹⁴¹ Anders dagegen die Bewertung aus menschenrechtlicher Sicht: EGMR, in: NJW 2001, S. 2871 ff.; NJW 2014, S. 2925 ff.

¹⁴² Jörg Ennuschat, → § 43.

¹⁴³ Hans Michael Heinig, Religionsfreiheit auf dem Prüfstand: Wieviel Religionsfreiheit verträgt die Schule?, in: Verfassung (o. Fn. 14), S. 338 ff.; ders., Religionsfreiheit im Schul- und Mitgliedschaftsrecht. Ein Bericht über die jüngere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (2010–2015), in: ZevKR 61 (2016), S. 202 (206 ff.).

stimmungen wie der Tierschutz in Art. 20a GG können der Religions- und Weltanschauungsfreiheit Grenzen setzen.

- 81 Die eigentliche Herausforderung auf der dogmatischen Stufe der Rechtfertigung ist deshalb nicht, geeignete kollidierende Rechtsgüter zu identifizieren,¹⁴⁴ sondern eine *dogmatisch abgesicherte und Rechtssicherheit gewährende Verhältnismäßigkeitsprüfung* vorzunehmen. Unter dem Eindruck des Rechtsbehelfs der Verfassungsbeschwerde hat sich die Rechtskultur in Deutschland dahingehend entwickelt, dass das Bundesverfassungsgericht nicht nur die Vertretbarkeit von gesetzgeberischen Grundentscheidungen in den Blick nimmt, sondern auch die besonderen Umstände des Einzelfalls berücksichtigt. Kontexte nehmen mittelbar so maßgeblichen Einfluss auf die verfassungsrechtliche Bewertung eines Sachverhaltes. Die von den Befürwortern einer restriktiven Schutzbereichsbestimmung und eines Gesetzesvorbehaltes geforderte Reaktion auf veränderte gesellschaftliche Rahmenbedingungen wurde in der gerichtlichen Praxis denn wohl vor allem im Rahmen von Verhältnismäßigkeitserwägungen vorgenommen. Insbesondere die Prüfung der Angemessenheit erlaubt die Reflexion von Argumenten und Gegenargumenten für bestimmte Lösungsansätze einschließlich gesellschaftlicher Folgeinschätzungen. Sie erweist sich gerade darin den schematischen Forderungen nach einer grundlegend veränderten Dogmatik der Religions- und Weltanschauungsfreiheit als überlegen. Dabei kann man gewisse Leitlinien rekonstruieren: Religionsunspezifische Eingriffe lassen sich eher rechtfertigen als finale Beeinträchtigungen des Schutzbereichs. Je bedeutender ein Aspekt für die religiös-weltanschauliche Identitätsbildung ist, je näher er damit an den menschenwürdegeschützten Kernbereich der Persönlichkeitsrechte rückt, umso gewichtiger müssen die Gegenbelange sein. Singuläre Befreiungen von Rechtspflichten sind eher zu begründen als generelle Exemtionen. Ein relevanter Aspekt der Abwägung ist zudem, ob ein konfliktausweichendes Verhalten zumutbar ist. So entfällt etwa die Helmpflicht bei der Nutzung eines Motorrads für turbantragende Sikhs nicht, weil diese zumutbar auf andere Verkehrsmittel ausweichen können. Zumutbarkeit bestimmt sich auch nach sozialer Üblichkeit. Personen, die aus religiösen Gründen nur geschächtetes Fleisch verzehren wollen bzw. können, werden nicht auf die Alternative einer vegetarischen Ernährung verwiesen.

¹⁴⁴ Vielfältige weitere Beispiele etwa bei *Germann*, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 51), Art. 4, Rn. 50 ff.

Man mag generell die Einzelfallorientierung in Verfahren der Verfassungsbeschwerde beklagen oder als rechtskulturelle Errungenschaft begrüßen. In der Tendenz verstärkt das Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls den Individualschutz zulasten kollektiv bindenden Zwangs. Es bricht mit etatistischen Rechtstraditionen und schränkt zugleich demokratische Gestaltungsspielräume ein: Der Schutz individueller Selbstbestimmung hat hierdurch der republikanischen Allgemeinheit rechtlicher Verpflichtungen nicht per se nachzustehen.

82

5. Die korporative Religions- und Weltanschauungsfreiheit in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV

Im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 1 und 2 GG kennt Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV eine eindeutige Schrankenregelung, nämlich die „des für alle geltenden Gesetzes“. Diese findet auf Weltanschauungsgemeinschaften gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 7 WRV entsprechende Anwendung. Im Zusammenhang mit dem Grundrecht auf Religions- und Weltanschauungsfreiheit stellt sich nun die Frage nach dem Verhältnis der beiden Normen sowohl auf Ebene des Schutzbereichs als auch auf der Ebene der Schrankenziehung. Hierzu sei zunächst der Charakter des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV bestimmt.

83

a) Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV – *Kollisionsnorm oder Freiheitsrecht?*

Das Recht von Religionsgesellschaften auf Selbstordnung und -verwaltung ist historisch geprägt durch die Emanzipation der organisierten Religion von Kirchenhoheit und besonderer Kirchengewalt. Diese Imprägnierung schlägt sich bis heute in der Interpretation der Vorschrift nieder, wenn Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV gedeutet wird als Ausdruck der staatlichen Anerkennung originärer Kirchengewalt und originärer Rechtsmacht. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV stellt so verstanden eine Kollisionsnorm dar.¹⁴⁵

84

¹⁴⁵ Siehe *Albert Janssen*, Staatskirchenrecht als Kollisionsrecht, in: *Festschrift für Alexander Hollerbach* (o. Fn. 66), S. 707 ff.

- 85 Doch die Rede von der Kirchengewalt impliziert eine zur Beschreibung des religionsverfassungsrechtlichen Arrangements des Grundgesetzes nicht angemessene Augenhöhe und Strukturanalogie mit staatlicher Gewalt. Der grundgesetzliche Schutz des religiösen und weltanschaulichen Wirkens markiert Freiheitsräume, keine Eigengewalten. Solche *verfassungsrechtliche* Freiheit wird begriffsnotwendig nicht vorgefunden, sondern verfassungsrechtlich begründet.
- 86 Entscheidend für eine heutige Annäherung an Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV sollte seine emanzipative Dimension sein, die darauf abzielt, Kirchen und andere Religionsgesellschaften sowie Weltanschauungsgemeinschaften als selbständige Akteure der und in der Gesellschaft anzuerkennen. In diesem Sinne ist ihr Auftrag in der Tat nicht vom Staat abgeleitet. Das historisch wirkmächtige Freiheitsbegehren der Kirchen und anderen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften wird im freiheitlichen Verfassungsstaat des Grundgesetzes primär grundrechtlich gewährleistet. Die Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte bedienen deshalb nach dem Grundgesetz die Funktion, die auch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV zugrunde liegt.

b) Überschneidungen des Schutzbereiches

- 87 Versteht man Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV in diesem Sinne als Freiheitsrecht, deckt sich sein Schutzbereich zumindest weitgehend mit der Religions- und Weltanschauungsfreiheit.¹⁴⁶ Die Formulierung des Art. 137 Abs. 3 WRV lehnt sich an § 147 der Paulskirchenverfassung an („Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig“)¹⁴⁷ und ist noch ganz von der Loslösung der Religionsgesellschaften von Staatskirchentum und Staatskirchenhoheit im Zuge der allgemeinen bürgerlichen Emanzipationsbewegung gekennzeichnet. „Diese Stoßrichtung tritt heute zurück; die Gewährleistung der Selbstverwaltung ist zur Spe-

¹⁴⁶ Morlok, in: Dreier (o. Fn. 112), Bd. III, Art. 137 WRV, Rn. 45; grundlegend mit der These der Schutzbereichsidentität *Joseph Listl*, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. 372 ff.

¹⁴⁷ Näher *Henning Zwierner*, Zur Entstehung der Selbstbestimmungsgarantie der Religionsgesellschaften i.J. 1848/49, in: ZRG 104 KA 73 (1987), S. 210 ff.

zialgarantie einer verallgemeinerten grundrechtlichen Freiheit geworden“.¹⁴⁸

Die Schutzbereiche von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV und Art. 4 Abs. 1 und 2 GG lassen sich letztendlich kaum sinnvoll voneinander abgrenzen. Sowohl die Bestimmung der korporativen Religionsausübung als auch die der eigenen Angelegenheiten von Religionsgesellschaften ist notwendig selbstverständnisgeprägt.¹⁴⁹ Das Recht der Religions- und Weltanschauungsgesellschaften, sich gemäß der eigenen religiös-weltanschaulichen Vorstellungen zu organisieren (Religions- und Weltanschauungsfreiheit) lässt sich vom Ordnen und Verwalten der eigenen Angelegenheiten nicht klar abschichten.

Wiederum sucht ein Teil der Literatur Abhilfe bei der *Unterscheidung von Kernbereich und Randbereich*. Ein Kernbereich der Eigenverwaltung soll dem vorbehaltlos gewährleisteten Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zuzuordnen sein, darüber hinaus komme aber die Schranke des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV zur Geltung. Doch die Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Fragen der Religionsausübung obliegt in korporativer Hinsicht den Religionsgesellschaften. Sie kann folglich kaum verfassungsdogmatisches Fundament einer Verhältnisbestimmung von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zu Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV sein. Die Freiheit zur Selbstbestimmung und Gewichtung religiös-weltanschaulicher Fragen ist gerade Sinn der korporativen Religions- und Weltanschauungsfreiheit.

Die These von der Schutzbereichsüberdeckung wird teilweise bestritten oder doch relativiert, weil die Weimarer Norm auch *religionsneutrale, religionsindifferente Betätigungen* von Religionsgesellschaften schütze, etwa die Liegenschafts- und Vermögensverwaltung.¹⁵⁰ Freilich sollte man, wie gesehen, die korporative Religions- und Weltanschauungsfreiheit weit verstehen. Bereits Art. 4 Abs. 1 und 2 GG schützt die freie Selbstorganisation gemäß den jeweiligen religiösen oder weltanschaulichen Lehren. Die evangelische Kirche etwa sieht in ihrer gesamten Ordnung einen Ausdruck ihres Bekenntnisses (Zeugnischarakter). Es gibt für sie streng genommen

¹⁴⁸ Morlok, in: Dreier (o. Fn. 112), Bd. III, Art. 137 WRV, Rn. 47.

¹⁴⁹ Morlok, ebd., Art. 137 WRV, Rn. 45, 49 mit weiteren Nachweisen.

¹⁵⁰ Stefan Koriath, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 108), Art. 137 WRV, Rn. 21; Stefan Muckel, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling, Losebl., Stand 34. Erg.-Lfg. VIII/11, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 27.

keine Rechtsfragen, die jedes geistlichen Gehaltes entbehren. In der Konsequenz lassen sich Probleme der Ordnung und Verwaltung stets so formulieren, dass man zugleich nach dem geistlich gebotenen und theologisch verantwortbaren Handeln der Kirche fragt. Spätestens dann ist zugleich die korporative Religionsfreiheit berührt. Zudem hat sich die Grundrechtsdogmatik inzwischen dergestalt entwickelt, dass anders als im 19. und frühen 20. Jahrhundert auch mittelbare und faktische Verkürzungen grundrechtlicher Freiheit erfasst werden. Wenn der Staat über Regelungen zur Vermögensverwaltung indirekt auf die inhaltliche Steuerung in Religionsdingen zielt, werden Religionsgemeinschaften durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützt. Letztlich sind deshalb alle Versuche einer Schutzbereichsdifferenzierung zum eigentlichen Zwecke einer Schrankendifferenzierung zum Scheitern verurteilt. Allenfalls Randbereiche der von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV erfassten „eigenen Angelegenheiten“ sind nicht zugleich im Schutzbereich der Religions- und Weltanschauungsfreiheit zu verorten.

- 91 Das Grundrecht auf korporative Religionsfreiheit findet damit sowohl in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG als auch in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV Ausdruck. Die Divergenzen in den Formulierungen vermögen im Horizont heutiger Verfassungsdogmatik keine fixe Scheidung der Normgehalte und Schutzwirkungen zu tragen. Sowohl unter der Perspektive der Selbstverständnisberücksichtigung des Grundrechtsträgers als auch unter dem Gesichtspunkt des modernen Eingriffsbegriffs stellt sich das Verhältnis von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV im Wesentlichen als eines der sachlichen Schutzbereichsüberdeckung dar.¹⁵¹

c) Zum dogmatischen Konzept der Schrankenspezialität

- 92 Folgt man dem Konzept der sachlichen Schutzbereichsüberdeckung, führt das auf der Schrankenebene zu einer schlichten *Alternative*. Entweder *die Schranke des für alle geltenden Gesetzes wird weitestgehend durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verdrängt*, oder die kor-

¹⁵¹ Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV entfaltet freilich punktuell einen überschießenden Normgehalt. So kann man ihm einen Normanwendungsbefehl für das Kirchenrecht im staatlichen Rechtskreis entnehmen, der dem Grundrecht auf Religions- und Weltanschauungsfreiheit für sich nicht eigen ist; Jens Reisinger, Evangelische Kirchenrechtsetzung. Staatliche und kirchliche Anforderungen, 2017, S. 82.

*porative Freiheit von Religions- und Weltanschauungsgesellschaften steht insgesamt unter diesem qualifizierten Gesetzesvorbehalt.*¹⁵²

Der Wortlaut gibt keine klaren Anhaltspunkte für eine angemessene Lösung dieser Auslegungsfrage. Aus der *systematischen Stellung* des Art. 137 WRV als inkorporierter Norm folgt jedenfalls keine Zweitrangigkeit gegenüber den originären Schaffungen des Parlamentarischen Rates. Einen eigenständigen Bedeutungsgehalt entfaltet Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV dann vor allem im Modell der „Schrankenspezialität“.¹⁵³ Soweit sich der Schutzbereich der Religions- und Weltanschauungsfreiheit mit der Garantie freier Ordnung und Verwaltung eigener Angelegenheiten deckt, enthält Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV eine spezielle und damit vorrangige Schrankenregelung.

Dieses Modell kann man auch *teleologisch* begründen: Religion lässt sich als gesellschaftliche Erscheinung nach unterschiedlichen Aggregierungs- und Komplexitätsgraden auf Mikro-, Meso- und Makroebene gliedern.¹⁵⁴ Formale religiöse Organisationen zeichnen sich durch ein spezifisches Programm, spezifisches Personal (Mitglieder) und spezifische Kommunikationsstrukturen (etwa Hierarchie, Arbeitsteiligkeit) aus.¹⁵⁵ Ihnen kommt eine besondere kommunikative Vermittlungsfunktion zwischen Makro- und Mikroebene der Gesellschaft sowie eine Brückenfunktion zu anderen Funktionsbereichen der Gesellschaft zu. Aus dieser Funktion formaler religiöser Organisationen, aus ihrer vermehrten gesellschaftlichen Einflussstruktur ergibt sich für das Recht ein *erhöhter Regulierungsbedarf* im Vergleich mit der (Inter)Aktionsebene einzelner. So gesehen spiegelt die mit dem Gesetzesvorbehalt des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV einhergehende höhere Einschränkung der Freiheit von formal organisierten religiösen Aktivitäten deren „größeren Ordnungs- und Steuerungsbedarf“ wider.¹⁵⁶

Freilich sieht sich das Modell auch beachtlichen Einwänden ausgesetzt: Die *Genese* der Religions- und Weltanschauungsfreiheit im Parlamentarischen Rat spricht tendenziell gegen die These der

¹⁵² Teile des Schrifttums sind erstaunlich unpräzise im Umgang mit dieser Alternative und vermeiden eine klare Stellungnahme.

¹⁵³ *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 44), Bd. I, Art. 4, Rn. 109 f.; aufgenommen in BVerfGE 137, 273 (304). Im Ergebnis ebenso *Korioth*, Freiheit (o. Fn. 85), S. 630, der in Art. 137 Abs. 3 WRV insgesamt die speziellere Norm sieht.

¹⁵⁴ *Volkhard Krech*, Religionssoziologie, 1999, S. 36.

¹⁵⁵ *Krech*, ebd., S. 51, 54.

¹⁵⁶ *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 44), Bd. I, Art. 4, Rn. 110.

Schrankenspezialität. Geht man davon aus, dass der Parlamentarische Rat durch die Aufnahme des Art. 136 WRV in den Katalog der zu inkorporierenden Normen keinen Gesetzesvorbehalt aufnehmen wollte (s.o.), muss man fragen, ob nicht konsequenterweise Gleiches auch für die Inkorporation des Art. 137 WRV gelten müsste. Mit dem Verhältnis von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zu Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV hatte sich der Parlamentarische Rat nicht explizit beschäftigt. Unter der Weimarer Reichsverfassung war die Abgrenzung nicht dringlich, weil ja auch das Grundrecht der Religionsfreiheit nach Art. 135 S. 2 WRV unter einem eindeutig formulierten Gesetzesvorbehalt stand.

96 Das *Telos* der Normen lässt sich zudem nicht ganz so einfach heranziehen, wie es auf den ersten Blick scheint. Die These vom erhöhten Regulierungsbedarf organisierter Religion wirkt plausibel. Doch bleibt offen, warum der besondere Gesetzesvorbehalt des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV ausweislich des insoweit eindeutigen Wortlautes nur Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften erfasst, nicht aber religiöse und weltanschauliche Vereine ohne Zuordnung.¹⁵⁷ Ein denkbare Argument: Die Wirkmächtigkeit von Gemeinschaften, die sich der allseitigen Religions- oder Weltanschauungspflege widmen, ist höher als bei solchen, die religiösen oder weltanschaulichen Partialzwecken dienen. Auch dann bliebe aber wie bei der individuellen Religions- und Weltanschauungsfreiheit die Frage, ob ein qualifizierter Gesetzesvorbehalt wirklich nach Sinn und Zweck des Normgefüges geboten ist oder ob man nicht über die Figur des kollidierenden Verfassungsrechts gleichfalls in der Praxis zu sinnvollen Ergebnissen kommt.

97 Kurz: Jedes dogmatische Modell der Zuordnung von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV und Art. 4 Abs. 1 und 2 GG hat gewisse Schwachpunkte. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV wirkt zumindest insoweit freiheitsverstärkend, als die Trägerin des Rechts nicht umständlich die Eröffnung des Schutzbereiches des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG plausibilisieren muss, sondern schlicht auf das Vorliegen „eigener Angelegenheiten“ i.S.d. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV verweisen kann.¹⁵⁸ Je enger man den Schutzbereich der Religions- und Weltanschauungsfreiheit fasst, umso bedeutsamer

¹⁵⁷ Auf einer Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft zugeordnete religiöse oder weltanschauliche Vereine findet, wenn qua Zuordnung der Schutzbereich des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV eröffnet ist, konsequenterweise auch dessen Schranke Anwendung.

¹⁵⁸ *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 51), Art. 140, Rn. 32.

wird bereits der Schutzbereich des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV für den korporativen Freiheitsschutz. Allerdings: Gegen eine enge Bestimmung des Schutzbereichs der Religions- und Weltanschauungsfreiheit streiten wie gesehen gewichtige Gründe.

Soweit sich der Schutzbereich beider Normen deckt, wird ein auf den Gesetzesvorbehalt des „für alle geltenden Gesetzes“ gestützter Eingriff in aller Regel nur dann gerechtfertigt sein, wenn auch den oben skizzierten generellen Abwägungserfordernissen für die Religions- und Weltanschauungsfreiheit Genüge getan ist. Doch es bleibt ein Unterschied, ob der Gesetzgeber bei Beschränkungen der Religions- und Weltanschauungsfreiheit beliebige Gemeinwohlbelange verfolgen kann (so das Modell der Schrankenspezialität für die Religions- und Weltanschauungsfreiheit von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften; ebenso natürlich das Ergebnis, wenn man einen umfassenden Gesetzesvorbehalt nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV annimmt) oder nur solche mit Verfassungsrang (so das Modell der Überlagerung des Rechts freier Selbstordnung und Verwaltung durch den vorbehaltlos gewährleisteten Art. 4 Abs. 1 und 2 GG).

Für die Rechtspraxis mag die Verhältnisbestimmung zwischen Religions- und Weltanschauungsfreiheit einerseits, Recht auf freie Selbstordnung und -verwaltung andererseits gegenwärtig von geringer Bedeutung sein. Für die wissenschaftlich-systematische Durchdringung hingegen bleibt anhaltender Klärungsbedarf zu konstatieren.

III. Weitere Wirkdimensionen der Religions- und Weltanschauungsfreiheit

Neben die Eingriffsabwehr treten weitere Grundrechtsdimensionen: Art. 4 Abs. 1 und 2 GG dient seinerseits der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen und stellt eine objektive Grundentscheidung der Verfassung dar. Als *objektiv-rechtliche Norm* ist die Religions- und Weltanschauungsfreiheit insbesondere eine normative Grundlage staatlicher Neutralitätspflichten.¹⁵⁹ Diese wiederum werden durch die Rechtsprechung subjektiv-rechtlich mittels Art. 4 Abs. 1 und 2 GG aufgeladen. Ebenso lassen sich staatliche Schutzpflichten auf die

¹⁵⁹ *Germann*, ebd., Art. 4, Rn. 79; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 44), Bd. I, Art. 4, Rn. 161; *Mückl*, in: BK (o. Fn. 2), Art. 4, Rn. 151 ff.; *Christian Walter*, → § 18.

objektiv-rechtliche Dimension der Religions- und Weltanschauungsfreiheit gründen. Ausdruck solcher Schutzpflichten sind etwa religions-schützende Strafrechtsbestimmungen.¹⁶⁰ Grundsätzlich ist es Sache des Gesetzgebers, solche Schutzpflichten näher auszugestalten, soweit er sich nur überhaupt schützend vor das grundgesetzlich geschützte Rechtsgut stellt und ein bestimmtes Untermaß nicht unterschreitet. Zudem kann man einzelne Bestimmungen des Religionsverfassungsrechts als verfassungsunmittelbare Konkretisierung verstehen. So deutete das Bundesverfassungsgericht etwa die Garantie des Sonn- und Feiertagsschutzes nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV.¹⁶¹ Der objektiv-rechtlichen Dimension von Grundrechten ist auch die sogenannte *Ausstrahlungswirkung* zuzuordnen. Die Religions- und Weltanschauungsfreiheit kann insoweit insbesondere im staatlichen Arbeitsrecht relevant werden.¹⁶² Sie kann dem Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers Grenzen setzen.

101 Im Zusammenhang mit dem Verbot religiös-weltanschaulicher Diskriminierungen lässt sich aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ein *derivativer Teilhabeanspruch* ableiten.¹⁶³ Dieser wurde in der Rechtsprechungspraxis insbesondere bei der Verteilung von Landesleistungen unter jüdischen Gemeinden relevant.¹⁶⁴ In Verbindung mit der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) wird zudem diskutiert, ob es ein religiöses Existenzminimum gibt, das insbesondere im Asyl- und Flüchtlingsrecht zur Anwendung kommt.¹⁶⁵

102 Zudem sind weitere religionsverfassungsrechtliche Ansprüche wie der Anspruch auf Verleihung der öffentlich-rechtlichen Rechtsform für Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften funktional auf die effektive Entfaltung grundrechtlicher Freiheit bezogen. Die Ga-

¹⁶⁰ Henning Radtke, → § 75.

¹⁶¹ BVerfGE 125, 39 ff.

¹⁶² Morlok, in: Dreier (o. Fn. 44), Bd. I, Art. 4, Rn. 171; Walter, Religions- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 39), Bd. 1, S. 1015 f.

¹⁶³ BVerfGE 123, 148 ff.; Germann, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 51), Art. 4, Rn. 64; siehe auch Borowski, Glaubens- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 52), S. 607 ff. insgesamt zur leistungsrechtlichen Wirkung.

¹⁶⁴ Hans Michael Heinig, Jüdische Binnenpluralität in der Leistungsverwaltung – verfassungsrechtliche Vorgaben für die Organisation der Verteilung von Staatsleistungen, in: Verfassung (o. Fn. 14), S. 172 ff.

¹⁶⁵ BVerfGE 76, 143 ff.; Georg Neureither, Religiöses Existenzminimum, in: 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, hg. von Hans Michael Heinig/Hendrik Munsonius, 2. Aufl. 2015, S. 225 ff.; Kathrin König, Die Konkretisierung des Verfolgungsbegriffs des Art. 9 Abs. 1 Buchst. a QRL anhand des Begriffs der Menschenwürde, 2014.

rantien zur Anstaltsseelsorge (Art. 140 GG i.V.m. Art. 141 WRV) und der Religionsunterricht nach Art. 7 Abs. 3 GG wirken im religiös-weltanschaulichen Bereich *kompensatorisch* zu mit dem Anstaltszweck verbundenen Freiheitsverkürzungen.¹⁶⁶

Schließlich: Verfassungsnormen sind nicht bloß technisches Recht, sondern auch Selbstexpression eines politischen Kollektivs und *kultureller Ausdruck politischer Imaginationen*. Angesichts der Geschichte und Gegenwart religiös-weltanschaulicher Unterdrückungen und Verfolgungen schlägt sich in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG auch die Aspiration der von den deutschen Staatsbürgerinnen und Staatsbürgern konstituierten demokratischen Selbstbestimmungsgemeinschaft nieder, Abstand von ideologischen – religiösen wie weltanschaulichen – Totalitarismen zu halten und so die grundlegende Würde eines jeden Menschen zu achten und zu schützen.

103

¹⁶⁶ *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 51), Art. 4, Rn. 65; *Markus Ogorek*, → § 44; *Jörg Ennuschat*, → § 54; *Markus Heintzen*, → § 55; *Arno Schilberg*, → § 56.

§ 15

Gewissensfreiheit

Von Hans Michael Heinig und Tobias Schieder

I. Einleitung	1
II. Historische Grundlagen	2
III. Debattengeschichte in der Bundesrepublik	3–15
1. Kriegsdienstverweigerungsdebatte	5–8
a) Erste Interpretationsversuche in der Debatte um den Wehrbeitrag	6
b) Entpolitisierung des Gewissens: Der Streit um das Wehrpflichtgesetz	7
c) Bestimmungsversuche zum Verhältnis von Art. 4 Abs. 1 zu Abs. 3 GG	8
2. Gewissensfreiheit im Zivilrecht	9–10
3. Von der normativen zur funktionalen Beschreibung des Gewissens	11
4. Die Staatsrechtslehrertagung 1969	12
5. Die Anwendung der neu entwickelten Dogmatik	13–15
IV. Theorie	16–18
V. Dogmatik	19–28
1. Schutzbereich und Grundrechtsdimensionen	19–22
2. Schranken	23
3. Gewissenschonende Handlungsalternativen und Wohlwollensgebot	24–26
4. Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen	27
5. Gewissensfreiheit in der EMRK und der EU-Grundrechtecharta	28
V. Fazit	29

I. Einleitung

- 1 Art. 4 Abs. 1 schützt die „Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses“. Während die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit nach weit verbreitetem Verständnis in einem Art. 4 Abs. 1 und 2 umfassenden einheitlichen Grundrecht der Religionsfreiheit aufgehen, wird die Gewissensfreiheit als eigenständiges Grundrecht verstanden. Diesem Verständnis folgt auch die Gliederung des vorliegenden Handbuchs. Selbstverständlich ist diese Entwicklung nicht. In der Erstausgabe dieses Handbuchs von 1974 hatte sich *Joseph Listl* noch mit der Glaubens-, Gewissens-, Bekenntnis- und Kirchenfreiheit in einem Artikel befasst.¹ Erst in der Zweitausgabe von 1994 wurde der Behandlung der Glaubens-, Bekenntnis- und Kirchenfreiheit ein eigener Artikel zur Gewissensfreiheit von *Matthias Herdegen* zur Seite gestellt.² In der Spruchpraxis der Gerichte und in der akademisch betriebenen Verfassungsdogmatik hat sich die Gewissensfreiheit des Grundgesetzes von der Religionsfreiheit abgelöst.³ Zum Verständnis des eigenständigen dogmatischen Unterbaus der Gewissensfreiheit ist neben der Beschreibung der rechtsgeschichtlichen Grundlagen (II.) auch die Entwicklung der Gewissensfreiheit hin zu einem eigenständigen Grundrecht unter dem Grundgesetz zu betrachten (III.). Da diese Dogmengeschichte der frühen Bundesrepublik bislang wenig Aufmerksamkeit in der Wissenschaft gefunden hat, legt dieser Beitrag hier einen Schwerpunkt. Auf dieser Grundlage können theoretische Konzepte zu Gewissen und Gewissensfreiheit (IV.) und die dogmatischen Leitlinien zur Bestimmung der Reichweite des Grundrechts diskutiert werden (V.).

¹ *Joseph Listl*, Glaubens-, Gewissens-, Bekenntnis- und Kirchenfreiheit (§ 8), in: HSKR¹, Bd. 1, 1974, S. 363–406.

² *Matthias Herdegen*, Gewissensfreiheit (§ 15), in: HSKR², Bd. 1, 1994, S. 481–504.

³ Vgl. *Matthias Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, S. 231 f.; *Roman Herzog*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 4 GG, Rn. 122 f., Losebl. Stand 75. Erg.-Lfg. 2015; *Christoph Goos*, Gewissensauseinandersetzungen in der Gesellschaft – Gewissensfreiheit im Recht, in: ZevKR 59 (2014), S. 69 (81).

II. Historische Grundlagen

Die Wurzeln des Grundrechts der Gewissensfreiheit liegen in der Zeit der konfessionellen Bürgerkriege.⁴ Die Gewissensfreiheit ist wie das gesamte moderne Religionsrecht wesentlich Reformationsfolgenrecht.⁵ Sie wird zum ersten Mal in der Utrechter Union von 1579 und später im Westfälischen Frieden von 1648 ausdrücklich genannt.⁶ Die dort gewährleistete Gewissensfreiheit war das Gegenstück zum „ius reformandi“ der Landesherrn. Sie suspendierte die Pflicht zum Konfessionswechsel, begründete die Duldung privater Religionsausübung im Rahmen der drei reichsrechtlich anerkannten Konfessionen und erlaubte Hausandachten.⁷ Im Preußischen Allgemeinen Landrecht (ALR) wurde schließlich „vollkommene Glaubens- und Gewissensfreiheit“ anerkannt.⁸ Hiermit war eine Ausweitung individueller religiöser Freiheiten auf kleine christliche Gemeinschaften verbunden. Die Gewissensfreiheit blieb dabei unmittelbar auf die religiöse Praxis bezogen und bezeichnete eine Gedanken- und Handlungsfreiheit in Religionssachen.⁹ Die Bindung an die allgemeinen Gesetze blieb davon unberührt. Die klassische Formulierung der Glaubens- und Gewissensfreiheit gewann ihren Sinn vor dem Hintergrund eines staatskirchlichen Systems und grenzte einen Bereich individuellen Glaubens und privater Religionsausübung von der staatlichen Religions- und Kirchenhoheit aus.¹⁰ Die Formulierung des ALR fand sich auch in der Paulskirchenverfassung und nahezu wortgleich in der Weimarer Reichsverfassung wieder („volle Glaubens- und Gewissensfreiheit“). Doch indem „die Weimarer Verfassung die staatliche Religions- und Kirchenhoheit grundsätzlich beseitigte, [...]“, war für die Glaubens- und Gewissensfreiheit in ihrer bisherigen Form der

2

⁴ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, in: VVDStRL 28 (1970), S. 33 (36 f.); Herdegen, Gewissensfreiheit und Normativität (o. Fn. 3), S. 74 f.; Heinrich Scholler, Die Freiheit des Gewissens, 1958, S. 23 ff.; zu weiteren ideengeschichtlichen Dimensionen vgl. Rn. 16.

⁵ Hans Michael Heinig, Gewissensfreiheit, in: Leitgedanken des Rechts. Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, hg. von Hanno Kube u. a., 2013, § 134, Rn. 3.

⁶ M. w. N.: Böckenförde, Gewissensfreiheit (o. Fn. 4), S. 36; Herdegen, Gewissensfreiheit und Normativität (o. Fn. 3), S. 74 f.

⁷ Böckenförde, ebd., S. 37 f.; Herdegen, ebd., S. 75.

⁸ Böckenförde, ebd., S. 38; Herdegen, ebd., S. 77 f.

⁹ Böckenförde, ebd., S. 38 f.; vgl. auch Heinrich (Heinz) Scholler, Das Gewissen als Gestalt der Freiheit, 1962, S. 24.

¹⁰ Böckenförde, ebd., S. 39, 42.

Bezugspunkt entfallen.“¹¹ Das zwang zu grundlegenden Neubestimmungen.¹² In der Rechtsdogmatik der Zeit wurde die Glaubens- und Gewissensfreiheit unter dem Begriff der Religionsfreiheit zusammengefasst.¹³ *Gerhard Anschütz* definierte den Schutzbereich mit der später vom Bundesverfassungsgericht in ähnlicher Form aufgegriffenen Formulierung, Art. 135 WRV biete die Möglichkeit, „seinen religiösen, irreligiösen, antireligiösen Überzeugungen gemäß leben zu dürfen, alles tun zu dürfen, was diese Überzeugungen fordern, alles unterlassen zu dürfen, was sie verbieten [...]“¹⁴ Vereinzelt wurde schon damals versucht, der Gewissensfreiheit eine eigenständige Bedeutung als Recht sittlicher Handlungsfreiheit zu geben. Breit geteilt wurde dieses Verständnis aber noch nicht.¹⁵ In der Rechtspraxis ergaben sich daraus keine weiteren Probleme, weil Gewissens- wie Glaubensfreiheit nach Art. 135 S. 3 WRV unter dem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze standen.¹⁶

III. Debattengeschichte in der Bundesrepublik

- 3 Das Grundgesetz findet für die Gewissensfreiheit eine Formulierung, die nicht mehr unmittelbar an die Tradition des preußischen Allgemeinen Landrechts anknüpft. An die Stelle der vollen „Glaubens- und Gewissensfreiheit“ tritt eine Aufzählung: die Freiheit „des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich.“ Gelegentlich wird versucht, dieser veränderten Formulierung weitreichende verfassungsdogmatische Bedeutung zuzuschreiben.¹⁷ Mit der Änderung des Wortlautes sei die Gewissensfreiheit nun keine bloß miterwähnte

¹¹ *Böckenförde*, ebd., S. 42.

¹² *Böckenförde*, ebd., S. 42.

¹³ *Böckenförde*, ebd., S. 39 f. Mit der Anerkennung der Freiheit zur religiösen Assoziation und öffentlichen Religionsausübung für alle Bekenntnisse ging der Gewissensfreiheit der eigene Anwendungsbereich zur Abwehr jedes hoheitlichen Glaubenszwangs verloren. Die Religionsfreiheit nahm all das auf.

¹⁴ *Gerhard Anschütz*, Die Religionsfreiheit, in: HDStR, Bd. 2, 1932, S. 675 (681); vgl. *Böckenförde*, ebd., S. 44; die Definition wurde in ähnlicher Formulierung aufgenommen in BVerfGE 32, 98 (106).

¹⁵ M. w. N.: *Böckenförde*, ebd., S. 44; *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität (o. Fn. 3), S. 78 f.

¹⁶ *Böckenförde*, ebd., S. 44 f.; *Herdegen*, ebd., S. 79 f.

¹⁷ *Herdegen*, ebd., S. 231 f.; *Herzog*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 3), Art. 4 GG, Rn. 122 f.; *Goos*, Gewissensauseinandersetzungen (o. Fn. 3), S. 79 ff.

„Und-Freiheit“ mehr. Der Parlamentarische Rat habe sich bewusst von der Texttradition abgesetzt.¹⁸ Doch die Materialien zum Parlamentarischen Rat geben wenig Anlass, für den Zeitpunkt der Verfassungsgebung von einem grundlegend gewandelten Verständnis des Verhältnisses von Gewissens- und Glaubensfreiheit auszugehen.¹⁹ Die Änderungen des Wortlautes zielten vor allem auf eine Aufwertung der Religionsfreiheit.

Für die Abgrenzung der Gewissens- von der Religionsfreiheit bemüht etwa *Matthias Herdegen* dann auch teleologische, nicht genetisch-historische Argumente. Das Gewissen als Rechtsbegriff solle nicht allein aus einer religiösen Perspektive bestimmt werden und auch nicht in transzendenten Vorstellungen wurzelnde ethische Entscheidungen erfassen.²⁰ Vor dem so bezeichneten Problem stehen auch andere Verfassungsordnungen, ohne dass sich deshalb die Gewissensfreiheit von der Religionsfreiheit vollständig gelöst hätte.²¹ Die heutzutage die deutsche Grundrechtsdogmatik prägende Entkoppelung von Religions- und Gewissensfreiheit ist also ein historisch kontingenter Vorgang im Rahmen einer in spezifischen Kontexten erfolgten Verfassungsinterpretation. Von wesentlicher Bedeutung dafür war, die Gewissensfreiheit ganz auf den konkreten Gewissenskonflikt auszurichten. Zwei Impulse waren maßgeblich: die Rechtsdebatten der 1950er und 1960er Jahre um die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen sowie die Staatsrechtslehrrtagung von 1969 und hierbei besonders das Referat von *Ernst-Wolfgang Böckenförde*. Die in diesen Etappen entwickelte Dogmatik fand Anwendung

4

¹⁸ *Roman Herzog*, Die Freiheit des Gewissens und der Gewissensverwirklichung, in: DVBl. 1969, S. 718 (718); *ders.*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 3), Art. 4, Rn. 122 f.; hier angereichert durch ein systematisches Argument dahingehend, dass die Gewissensfreiheit durch die Verortung im Grundrechtsteil von den Gewährleistungen der Art. 136 ff. WRV (bewusst?) getrennt worden sei; *Goos*, Gewissensauseinandersetzungen (o. Fn. 3), S. 82 f. spricht davon, das Grundgesetz löse die Gewissensfreiheit aus der jahrhundertealten Bindung mit der Glaubensfreiheit und breche mit der Tradition; *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität (o. Fn. 3), S. 231 führt die textliche Abgrenzung wie die Hereinnahme der Weltanschauungsfreiheit als Belege an.

¹⁹ Vgl. etwa *Hermann v. Mangoldt*, Das Bonner Grundgesetz, 1953, S. 55; *Klaus-Berto von Doemming* / *Rudolf Werner Füsslein* / *Werner Matz*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, Art. 4 GG, in: JöR N. F. 1 (1951), 2. Aufl. 2010, hg. von Peter Häberle, S. 74 ff.

²⁰ *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität (o. Fn. 3), S. 231 f.

²¹ Vgl. für den nordamerikanischen Rechtsraum etwa *Martha Nussbaum*, Liberty of Conscience, 2008; *Joycely Maclure* / *Charles Taylor*, Laizität und Gewissensfreiheit, 2011, S. 81 ff.

in der allgemeinen Rechtspraxis und verstetigte ein bestimmtes Verständnis der Gewissensfreiheit.

1. Kriegsdienstverweigerungsdebatte

- 5 Schauen wir uns die genannten Etappen etwas näher an: Die Frage, ob ein Kriegsdienstverweigerungsrecht in die Verfassung aufgenommen werden sollte, war im Parlamentarischen Rat lebhaft umstritten.²² Nach einigem Hin und Her und dem Austausch von Beschwörungen wie dem „Massenverschleiß des Gewissens“, dem der vorangegangene „Massenschlaf“ desselben entgegengestellt wurde, entschied man sich schließlich für die Aufnahme eines Kriegsdienstverweigerungsrechts in die Verfassung.²³ In Anlehnung an die bekannten Verweigerungsrechte etwa in England, die vor allem Anhängern sogenannter „Friedenskirchen“ eine Verweigerungsmöglichkeit eingeräumt hatten, sollte es „aus Gewissensgründen“ gewährt werden.²⁴ So sollte einerseits an die aus dem Ausland bekannten Ausnahmen für „ernste Bibelforscher“ angeknüpft werden, andererseits aber auch für religiös ungebundene Pazifisten die Verweigerungsmöglichkeit eröffnet werden.²⁵ Die Konkretisierung sollte dem Gesetzgeber überlassen bleiben.²⁶ Das führte bald zu lebhaften Kontroversen um die Auslegung und Ausgestaltung des Kriegsdienstverweigerungsrechts.

²² Vgl. Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. 5/I, Ausschuss für Grundsatzfragen, hg. von Bundestag/Bundesarchiv, 1993, S. 417 ff.; von Doemming / Füsslein / Matz, Entstehungsgeschichte (o. Fn. 19), S. 77; ausführlich Tobias Schieder, Ethisch motivierter Rechtsungehorsam, 2018, S. 102 ff.

²³ Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. 14/2, Hauptausschuss, hg. von Bundestag/Bundesarchiv, 2009, S. 1327.

²⁴ Vgl. zu den unterschiedlichen Regelungen: Hellmuth Hecker, Die Kriegsdienstverweigerung im deutschen und ausländischen Recht, 1954; zum Leitbild der Friedenskirchen: Der Parlamentarische Rat, Ausschuss für Grundsatzfragen (o. Fn. 22), S. 419 f.; Gerd Bucerius, Verweigerung und Gewissen. Das Grundgesetz wurde gegen seine Väter ausgelegt. Interview mit Carlo Schmid, in: Die Zeit Nr. 52/1977.

²⁵ Vgl. Ulrich Scheuner, Zur Ausführung des Art. 4 Abs. 3 des Grundgesetzes. Gesetzgebung über Kriegsdienstverweigerung im Ausland, in: DÖV 1951, S. 57–60; a. A. Richard Thoma, Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: Recht, Staat, Wirtschaft, hg. von Hermann Wandersleb, 1951, S. 9 (16 f.).

²⁶ Vgl. v. Mangoldt, Grundgesetz (o. Fn. 19), S. 57.

a) Erste Interpretationsversuche in der Debatte um den Wehrbeitrag

6

Da die Bundesrepublik zunächst keine eigene Armee aufstellen konnte und wollte, wurde die Frage der Kriegsdienstverweigerung nicht sofort aktuell. *Richard Thoma* sah 1951 in der Normierung des Grundgesetzes ein „dunkles Orakel“.²⁷ Auch *Ulrich Scheuner* hatte sich schon 1951 Gedanken über die „Ausführung des Art. 4 Abs. 3 des Grundgesetzes“ gemacht.²⁸ Die Beschäftigung mit dem Thema kam nicht von ungefähr. Mit den Plänen zur Schaffung einer europäischen Verteidigungsgemeinschaft (EVG) rückte eine Wiederbewaffnung Deutschlands bald in greifbare Nähe.²⁹ Im „Kampf um den Wehrbeitrag“ vor dem Bundesverfassungsgericht äußerte sich eine Reihe namhafter Staatsrechtler auch zur Frage des Kriegsdienstverweigerungsrechts. Bei der hierbei verhandelten Rechtsfrage, ob im Rahmen einer Wiederbewaffnung die Einführung einer Wehrpflicht verfassungsrechtlich erlaubt sei, spielte das Kriegsdienstverweigerungsrecht für Befürworter und Gegner eine wichtige Rolle. Die Regierungsposition stützte die Zulässigkeit einer Wiederbewaffnung ausdrücklich auf Art. 4 Abs. 3 GG. Wenn das Grundgesetz die Verweigerung des Kriegsdienstes vorsehe, müsse die Möglichkeit der Aufstellung einer Armee sowie der allgemeinen Wehrpflicht vorausgesetzt werden.³⁰ Dem wurde entgegengehalten, dass die an Gewissensgründe geknüpfte Verweigerungsmöglichkeit eine allgemeine Wehrpflicht ausschließe oder jedenfalls praktisch undurchführbar mache.³¹ Wenn die Entscheidung, Kriegsdienst zu leisten, in das „unnachprüfbare“ Gewissen des Einzelnen gestellt und nicht wie im Ausland an die Zugehörigkeit zu bestimmten Glaubensgemeinschaften wie den Quäkern oder Mennoniten geknüpft sei, werde die Einführung einer allgemeinen Wehrpflicht undenkbar.³² Hinter diesen schon im Ansatz

²⁷ *Thoma*, Grundrechte (o. Fn. 25), S. 16.

²⁸ *Scheuner*, Art. 4 Abs. 3 des Grundgesetzes (o. Fn. 25).

²⁹ Vgl. zu den historischen Umständen zusammenfassend *Anselm Doe-ring-Manteuffel*, Die Bundesrepublik Deutschland in der Ära Adenauer, 1988, S. 51 ff.; *Uwe Wesel*, Der Gang nach Karlsruhe, 2004, S. 54 ff.

³⁰ *Adolf Süsterhenn*, Gutachten, in: Der Kampf um den Wehrbeitrag I. Die Feststellungsklage, hg. vom Institut für Staatslehre und Politik e.V., 1952, S. 260 (265 ff.); vgl. ferner: Plenarprotokoll des 2. Deutschen Bundestags v. 7.2.1952, S. 8105 f.

³¹ *Adolf Arndt*, Klageschrift an das Bundesverfassungsgericht vom 31. Januar 1952, in: Der Kampf um den Wehrbeitrag I (o. Fn. 30), S. 3 (7 f.).

³² *Arndt*, ebd., S. 7 f.; *Rudolf Smend*, Ergänzende gutachtliche Äußerung v. 4.11.1952, in: Der Kampf um den Wehrbeitrag II. Das Gutachtenverfahren, hg. vom Institut für Staatslehre und Politik e.V., 1953, S. 567 (569 ff.).

sehr verschiedenen Interpretationen des Art. 4 Abs. 3 GG stand die politische Streitfrage um die Westorientierung der Bundesrepublik.³³ Für *Adenauer* war die Westbindung, verbunden mit einer Wiederbewaffnung, unabdingbare Voraussetzung für die angestrebte Wiedererlangung voller staatlicher Souveränität. In der SPD, aber auch in politisch aktiven Kreisen der evangelischen Kirchen,³⁴ sah man hingegen eine baldige Wiedervereinigung durch die Aufstellung eigener Streitkräfte und die Integration in ein westliches Verteidigungsbündnis akut gefährdet. *Rudolf Smend* sah in der Gefahr eines „Bruderkrieges“ mit der DDR gar den aller Voraussicht nach wichtigsten Gewissensgrund für die Kriegsdienstverweigerung vieler junger Männer.³⁵ Der EVG-Vertrag fiel schließlich in der französischen Nationalversammlung durch. Die maßgeblichen Konfliktlinien im Hinblick auf das Verständnis des verfassungsrechtlichen Gewissensbegriffs im Rahmen der Kriegsdienstverweigerung waren aber schon gezogen.

*b) Entpolitisierung des Gewissens:
Der Streit um das Wehrpflichtgesetz*

- 7 Nach dem Scheitern der EVG wurde in den Pariser Verträgen der NATO-Beitritt der Bundesrepublik vereinbart. Der Beitritt erfolgte im Mai 1955.³⁶ Es folgten harte politische Auseinandersetzungen um die konkrete Ausgestaltung der Wehrpflicht und des Kriegsdienstverweigerungsrechts. Recht zügig konnte man sich in der juristischen und politischen Auseinandersetzung darauf einigen, dass das Verweigerungsrecht sinnvollerweise im Wehrpflichtgesetz zu regeln ist, dass es auch für den Wehrdienst in Friedenszeiten gelten und ein Ersatz- oder Zivildienst außerhalb der Armee geschaffen werden sollte.³⁷ Der

³³ *Ulrich Herbert*, Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, 2014, S. 629 ff.; *Heinrich August Winkler*, Der lange Weg nach Westen, Bd. 2, 2014, S. 142 ff.

³⁴ *Michael J. Inacker*, Zwischen Transzendenz, Totalitarismus und Demokratie, 1994, S. 312 ff.; *Martin Greschat*, Der Protestantismus in der Bundesrepublik Deutschland, 2011, S. 27 ff.

³⁵ *Smend*, Ergänzende gutachterliche Äußerung (o. Fn. 32), S. 571 f.

³⁶ Die Pariser Verträge vom 23. 10. 1954 passierten am 27. 2. 1955 den Bundestag (BGBl. II Nr. 7 v. 25. 3. 1955, S. 256) und traten am 6. 5. 1955 in Kraft (BGBl. II Nr. 12 v. 10. 5. 1955, S. 630), der NATO-Beitritt erfolgte am 9. 5. 1955.

³⁷ Vgl. früh *Scheuner*, Art. 4 Abs. 3 des Grundgesetzes (o. Fn. 25), S. 60; später *Werner Weber*, Die Grenzen der Kriegsdienstverweigerung. Rechtsgut-

entscheidende Streitpunkt war die genauere Bestimmung des Kreises derjenigen, die sich auf das Kriegsdienstverweigerungsrecht berufen konnten. Es ging also um die Frage, wie der Begriff des Gewissens in Art. 4 Abs. 3 GG zu verstehen war.³⁸ Die Frage war politisch so bisant, weil sich abzeichnete, dass ein Teil der Bevölkerung das Projekt der Wiederbewaffnung und der Westbindung ablehnte, da sie die Gefahr eines „Bruderkrieges“ und einer atomaren Auseinandersetzung sah.³⁹ Nicht selten wurden diese Bedenken als Gewissensbedenken formuliert und artikuliert.⁴⁰ Für die CDU und *Adenauer* war klar: Das Recht zur Kriegsdienstverweigerung kann denjenigen nicht zugestanden werden, die ihre politische Position in diesen Fragen als Gewissensentscheidung deklarieren und Art. 4 Abs. 3 GG als politisches Mittel nutzen wollen. Dementsprechend wurde § 25 Wehrpflichtgesetz so formuliert, dass als Gewissensgrund für die Verweigerung nur die Ablehnung *jeder* Waffenanwendung zwischen Staaten und damit nur die prinzipielle Verweigerung erfasst wurde.⁴¹ Die SPD mit ihrem Wortführer *Adolf Arndt* stritt vehement für die Anerkennung situativer Gründe. Wer sich zwar prinzipiell vorstellen könne, im Krieg zu kämpfen, aber keinesfalls gegen seinen „Bruder“ in der DDR oder mit atomaren Waffen, treffe eine Gewissensentscheidung.⁴² Die Stimme des Gewissens werde schließlich stets in einer bestimmten Lage vernehmbar.⁴³ Soweit Stimmen in der verfassungs-

achten über die Vereinbarkeit des § 25 des Regierungsentwurfs eines Wehrpflichtgesetzes mit Art. 4 Abs. 3 des Grundgesetzes, 1956, S. 7 ff.

³⁸ Zu theologischen und staatsrechtlichen Debattensträngen im Überblick *Hendrik Meyer-Magister / Tobias Schieder*, Zwischen Staatstheorie und Friedensethik. Zur Inkongruenz zweier Perspektiven auf ein Grundsatzproblem des Wehrpflichtgesetzes von 1956, in: ZevKR 61 (2016), S. 162–190.

³⁹ Vgl. für die evangelische Kirche: *Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland*, Ratschlag zur gesetzlichen Regelung des Schutzes der Kriegsdienstverweigerer vom 16. Dezember 1955, in: Kirche und Kriegsdienstverweigerung, hg. von der Evangelischen Kirche in Deutschland, 1956, S. 9.

⁴⁰ *Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland*, ebd.

⁴¹ Bericht des Verteidigungsausschusses vom 28. 6. 1956, BT-Drs. 2/2575, S. 26 f.

⁴² Plenarprotokoll der 159. Sitzung des 2. Bundestages, 6./7. 7. 1956, S. 8836 ff., vgl. zu diesem Argument ferner *Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland*, Ratschlag (o. Fn. 39); *Helmut Simon*, Artikel 4 Absatz 3 des Grundgesetzes, sein Inhalt und seine Auslegung, in: Evangelische Stimmen zur Frage des Wehrdienstes, 1956, S. 43 ff.

⁴³ *Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland*, Ratschlag (o. Fn. 39), S. 10; in der Debatte auch vertreten war ein Verständnis des Gewissens, das in Anlehnung an naturrechtliche Gedankengänge als die Instanz der Erkenntnis des „höheren“ Rechts verstanden werden sollte. Dadurch wurden auch Fragen nach einem „gerechten“ Krieg in die Debatte getragen. Nach

rechtlichen Literatur für ein restriktives Verständnis des Art. 4 Abs. 3 GG eintraten, stellten sie deshalb auch weniger auf den Gewissensbegriff selbst und mehr auf rechtsvergleichende und historische Argumente ab. Man habe im Parlamentarischen Rat Anhänger der Friedenskirchen sowie weltanschauliche Pazifisten vor Augen gehabt und mithin allein prinzipiellen Verweigerern die Möglichkeit der Kriegsdienstverweigerung geben wollen.⁴⁴ Außerdem ginge es nicht an, die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen zu einem Mittel politischen Protests zu machen. Sonst würde die Legitimation politischer Grundentscheidungen im demokratischen Verfahren in Frage gestellt.⁴⁵ Das letzte Wort in der Sache hatte das Bundesverfassungsgericht. Es formulierte in seiner ersten Entscheidung zur Kriegsdienstverweigerung eine inzwischen kanonisch gewordene Definition des Gewissens als „ein (wie immer begründbares, jedenfalls aber) real erfahrbares seelisches Phänomen [...], dessen Forderungen, Mahnungen und Warnungen für den Menschen unmittelbar evidente Gebote unbedingten Sollens sind.“⁴⁶ Die Gewissensentscheidung bestimmte das Gericht als „jede ernste sittliche, d. h. an den Kategorien von ‚Gut‘ und ‚Böse‘ orientierte Entscheidung, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so daß er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte.“⁴⁷ Doch dieser Definitionsversuch war kein Votum für die Anerkennung situativer Gründe bei der Kriegsdienstverweigerung. Denn das Bundesverfassungsgericht sah allein solche Gewissensgründe als von Art. 4 Abs. 3 GG geschützt an, die sich gegen das Töten im Kriege als solches richten.⁴⁸ Diese Anforderung machte es nicht am Gewissensbegriff fest, sondern am weiteren Wortlaut des Art. 4 Abs. 3 GG, wonach sich die Gewissensentscheidung

dieser Ansicht sollte Art. 4 Abs. 3 GG in erster Linie die (situative) Verweigerung „ungerechter“ Kriege ermöglichen. Hierzu: *Heinrich Kipp*, Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung, in: *Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit*. Festschrift für Wilhelm Laforet, hg. von Adolf Süsterhenn, 1952, S. 83–106; *Gottfried Leder*, Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen. Zur Problematik des Artikels 4 Abs. 3 des Grundgesetzes, 1957.

⁴⁴ *Scheuner*, Art. 4 Abs. 3 des Grundgesetzes (o. Fn. 25); *ders.*, Das Recht auf Kriegsdienstverweigerung, in: *Der deutsche Soldat in der der Armee von morgen*, hg. vom Institut für Staatslehre und Politik e.V., 1954, S. 251; *Weber*, Grenzen (o. Fn. 37).

⁴⁵ *Weber*, ebd., S. 24; Regierungsentwurf zum Wehrpflichtgesetz, BT-Drs. 2/2303, S. 31 f.

⁴⁶ BVerfGE 12, 45 (54 f.).

⁴⁷ BVerfGE 12, 45 (55).

⁴⁸ BVerfGE 12, 45 (57 f.).

gegen den „Kriegsdienst mit der Waffe“ richten müsse und nicht gegen die politische Entscheidung, gegen wen und mit welchen Waffen Krieg geführt werde.⁴⁹ Damit stellte das Gericht einer recht weiten Fassung des Gewissensbegriffs ohne inhaltliche Beschränkungen und ohne jedwede sachliche Bezüge zur Glaubensfreiheit eine enge Auslegung des Art. 4 Abs. 3 GG und der hierin enthaltenen Befreiungsmöglichkeiten gegenüber.⁵⁰ Auf diese Weise begann es zugleich, die Gewissensfreiheit aus dem Kontext der Religionsfreiheit herauszulösen.

*c) Bestimmungsversuche zum Verhältnis von
Art. 4 Abs. 1 zu Abs. 3 GG*

Zu Beginn der 1950er Jahre hatte sich *Ulrich Scheuner* zum Verhältnis von Art. 4 Abs. 1 und 3 GG wie folgt geäußert: „Das in Art. 4 Abs. 3 GG enthaltene Zugeständnis geht über das Maß der allgemeinen Freiheit des Glaubens und Gewissens hinaus.“⁵¹ Er deutete Art. 4 Abs. 3 GG damit *als Erweiterung der Gewissensfreiheit* aus Art. 4 Abs. 1 GG und dürfte mit dieser Ansicht den stillen Konsens im Fach zu dieser Frage treffend wiedergegeben haben.⁵² Diese Sicht auf das Verhältnis von Kriegsdienstverweigerung und Gewissensfreiheit änderte sich mit der Kontroverse um die Ersatzdienstverweigerung in den 1960er Jahren grundlegend. Die Zeugen Jehovas, bei der Frage der Kriegsdienstverweigerung stets „Idealtyp“ der gewissensbedingten Verweigerer, wurden wegen ihrer Ersatzdienstverweigerung zum rechtlichen und politisch-moralischen Problem. Viele junge Männer, die den Zeugen Jehovas angehörten, sahen nicht nur die Verweigerung des Kriegsdienstes, sondern jeder Dienstpflicht, die hiermit in Zusammenhang stand, als Gewissensgebot an.⁵³ Die hiernach folge-

8

⁴⁹ BVerfGE 12, 45 (57).

⁵⁰ Vgl. die im Urteil eingeführte Unterscheidung zwischen situationsbedingten Gründen (nicht erfasst) und situationsbedingten Motiven für die Kriegsdienstverweigerung (erfasst) BVerfGE 12, 45 (60 f.).

⁵¹ *Scheuner*, Kriegsdienstverweigerung (o. Fn. 44), S. 260.

⁵² Ihm ausdrücklich folgend: *Günther Froberg*, Zur Rechtsnatur des Artikels 4 Absatz III BGG, in: DÖV 1952, S. 395 (397); Die Kriegsdienstverweigerung als „Ausnahme“ eng auslegend: *Weber*, Grenzen (o. Fn. 37), S. 23; *Friedrich Klein*, Das Bonner Grundgesetz, 1957, S. 225 (Art. 4 Anm. VI 2); ähnlich, aber nicht ausdrücklich: BVerfGE 12, 45 (54).

⁵³ Vgl. mit Zahlen zur (fast ausschließlichen) Verfolgung von Zeugen Jehovas wegen Zivildienstflucht: *Günter Dürig*, Art. 103 III GG und die „Zeugen Jehovas“, in: JZ 1967, S. 426–431.

richtige Verweigerung des zivilen Ersatzdienstes führte zu strafrechtlicher Verfolgung wegen Zivildienstflucht. Nicht selten kam es sogar zu mehreren Verurteilungen derselben Person, weil nach verbüßter Strafe regelmäßig eine erneute Einberufung erfolgte und die erneute Missachtung des Einberufungsbescheides als neue Tat gewertet wurde.⁵⁴ Kritiker gaben zu bedenken, dass diese Spruchpraxis und insbesondere die Mehrfachbestrafung rechtsstaatlich fragwürdig seien.⁵⁵ Der „Gewissenstäter“ dürfe nicht wie jeder gewöhnliche Kriminelle behandelt und nicht mit einem renitenten „Überzeugungstäter“ verwechselt werden.⁵⁶ Sowohl zur Frage der Zulässigkeit der Strafbarkeit der Zivildienstflucht aus Gewissensgründen als auch zur Frage der Mehrfachbestrafung hatte schließlich das Bundesverfassungsgericht zu entscheiden. Gegen die Bestrafung der Zivildienstflucht aus Gewissensgründen hatte das Bundesverfassungsgericht nichts einzuwenden.⁵⁷ Die Mehrfachbestrafung der Verweigerer sah das Gericht allerdings als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG an.⁵⁸ Das Problem der Bestrafung von Zeugen Jehovas wegen Ersatzdienstverweigerung löste schließlich der Gesetzgeber, der über § 15a ZDG eine Ausweichmöglichkeit schuf.⁵⁹ Ein Großteil der im Zusammenhang der Ersatzdienstverweigerung behandelten Rechtsfragen betraf strafrechtsdogmatische Probleme. Bleibende Auswirkungen auf das Verständnis der Gewissensfreiheit hatte vor allem die Begründung des Bundesverfassungsgerichts, warum eine Bestrafung der Ersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen verfassungsgemäß ist. Das wesentliche Argument gegen eine Berücksichtigung der Gewissensfreiheit bei der Ersatzdienstverweigerung war die Feststellung, Art. 4 Abs. 3 GG regle die Wirkungen der Gewissensfreiheit im Bereich der Wehrpflicht

⁵⁴ M. w. N. *Dürig*, ebd.; *Hans-Ulrich Evers*, Anmerkung [zu BVerfGE 23, 191], in: JZ 1968, S. 525–527; *Karl Peters*, Bemerkungen zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur Wehrrersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen, in: JZ 1966, S. 457–461.

⁵⁵ *Dürig*, Zeugen Jehovas (o. Fn. 53); *Evers*, Anmerkung (o. Fn. 54); *Adolf Arndt*, Anmerkung [zu BVerfGE 23, 127; in: NJW 1968, S. 979], in: NJW 1968, S. 982.

⁵⁶ *Karl Peters*, Überzeugungstäter und Gewissenstäter, in: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer, hg. von Friedrich Geerds, 1966, S. 257–280.

⁵⁷ BVerfGE 19, 135; BVerfGE 23, 127.

⁵⁸ BVerfGE 23, 191.

⁵⁹ Problematisch wurde die Ersatzdienstverweigerung erst wieder im Rahmen pazifistisch motivierter Totalverweigerung in den späten 1970er und frühen 1980er Jahren, vgl. m. w. N. *Eberhard Struensee*, Anmerkung [zu OLG Celle, JZ 1985, S. 954], in: JZ 1985, S. 955.

abschließend.⁶⁰ Damit werde die Reichweite der freien Gewissensentscheidung für diesen Bereich konkretisiert und beschränkt.⁶¹ Dieses klare Votum für ein *Verhältnis der Spezialität von Art. 4 Abs. 3 zu Art. 4 Abs. 1 GG* verdrängte die Ansicht, das Recht zur Kriegsdienstverweigerung sei eine *Erweiterung der allgemeinen Gewissensfreiheit*. Zugleich legte das Verfassungsgericht auf diese Weise die Grundlagen dafür, Art. 4 Abs. 1 GG als ein Recht zu verstehen, das grundsätzlich in Situationen der Gewissensnot, unabhängig von religiösen oder weltanschaulichen Motiven, eine Suspendierung von allgemeinen Verpflichtungen der Rechtsordnung ermöglicht.⁶²

2. Gewissensfreiheit im Zivilrecht

Die zivilrechtliche Dogmatik zeigte sich von den Auseinandersetzungen um das Gewissen im Rahmen der Kriegsdienstverweigerung kaum beeindruckt und entwickelte früh eigene Maßstäbe zur Reichweite der Gewissensfreiheit im Zivilrecht. Der Streit um die Wirkung der Grundrechte im Zivilrecht war noch nicht entschieden, da sprachen sich *Friedrich Wilhelm Bosch* und *Walther J. Habscheid* schon für die Berücksichtigung der Gewissensentscheidung im Zivilrecht aus.⁶³ Vor dem Hintergrund des damals umstrittenen Filmes „Die Sünderin“ entwickelten sie den fiktiven Fall eines Kinobetreibers, der vertraglich zur Abnahme und Vorführung der Filme seines Verleihers verpflichtet ist, „Die Sünderin“ aber aus Gewissensgründen nicht zeigen möchte. Nach Ansicht der Autoren kann der Verleiher weder Abnahme noch Schadensersatz verlangen, da nach § 242 BGB i.V.m. Art. 4 Abs. 1 GG jeglicher auch mittelbarer Gewissenszwang vermieden werden müsse.⁶⁴ Die Folgerung, dass noch nicht einmal Schadensersatz zu leisten sei, wollten Kritiker wie *Arwed Blomeyer*

9

⁶⁰ BVerfGE 19, 135 (138); BVerfGE 23, 127 (132).

⁶¹ BVerfGE 23, 127 (132).

⁶² *Evers*, Anmerkung (o. Fn. 54), S. 525; Vgl. *Arndt*, Anmerkung (o. Fn. 55), S. 982, der auch von einem Spezialitätsverhältnis ausgeht, die Kriegsdienstverweigerung allerdings exemplarisch, im Sinne einer „sogar“-Vorschrift deuten will.

⁶³ *Friedrich Wilhelm Bosch / Walther J. Habscheid*, Vertragspflicht und Gewissenskonflikt, in: JZ 1954, S. 213–217; vgl. *Schieder*, Rechtsungehorsam (o. Fn. 22), S. 130 ff.

⁶⁴ *Bosch / Habscheid*, ebd., S. 217; a.A. LAG Rheinland-Pfalz, U. v. 16. 4. 1952– Sa 125/1951.

und *Franz Wieacker* nicht mitgehen.⁶⁵ Die weitere Behandlung des Themas verlief mangels konkreter Fälle zunächst im Sande. Erst in einem Urteil des Landgerichts Heidelberg aus dem Jahre 1965 wurde die Konstruktion von *Bosch* und *Habscheid* wieder hervorgeholt. Es ging um den „Rücktritt von einem Vertrag aus politischer Gewissensnot“.⁶⁶ Ein Verein mit politisch zweifelhaftem Ruf hatte einen Saal in Heidelberg für den Vortrag eines revisionistischen Historikers angemietet. Die Sache war ein Politikum.⁶⁷ Der Betreiber trat, nachdem die Vermietung publik geworden war, vom Vertrag zurück. Der Verein musste kurzfristig auf einen deutlich teureren Veranstaltungsort ausweichen und forderte Ersatz. Der Betreiber berief sich auf die Gewissensfreiheit und die möglicherweise verfassungswidrigen Ziele des Vereins. Das Landgericht leitete daraufhin aus § 242 BGB und Art. 4 Abs. 1 GG ein Rücktrittsrecht wegen Unzumutbarkeit der Vertragserfüllung her und wies die Klage ab.⁶⁸

- 10 Die hier beschriebene zivilrechtliche Beschäftigung mit der Gewissensfreiheit reichte in der Tiefe der Analyse nicht an die Beiträge im Rahmen der Kriegsdienstverweigerungsdebatte heran. Auch die Stringenz der Argumentation innerhalb zivilrechtlicher Dogmatik wurde kritisch hinterfragt.⁶⁹ Dennoch trug die Aufnahme der Idee der Gewissensfreiheit als Recht zur Verweigerung rechtlich verbindlicher Pflichten in zivilrechtliche Gedankengänge zur Stabilisierung einer selbständigen Interpretation der Gewissensfreiheit bei.

⁶⁵ *Arwed Blomeyer*, Gewissensprivilegien im Privatrecht, in: JZ 1954, S. 309–312; *Franz Wieacker*, Vertragsbruch und Gewissensnot, in: JZ 1954, S. 466–468.

⁶⁶ LG Heidelberg, in: NJW 1966, S. 1922.

⁶⁷ *Hans W. Baade*, Hoggan's History – A West German Case Study in the Judicial Evaluation of History, in: *American Journal of comparative law* 16 (1968), S. 391.

⁶⁸ LG Heidelberg, in: NJW 1966, S. 1922 (1924): „Der Rechtsgrund, der der subjektiven Gewissensüberzeugung unter bestimmten Voraussetzungen den Vorrang gegenüber der objektiven Rechtspflicht zur Vertragstreue und Wahrung positiver Rechtsnormen zu geben vermag, folgt aus Art. 4 GG, der die Gewissensfreiheit für unverletzlich erklärt.“

⁶⁹ Vgl. *Baade*, Hoggan's History (o. Fn. 67), S. 394: „Let it be cheerfully conceded that the Court's approach to the unconscionable performance problem, especially its use of the criterion of subjective conviction, is highly unusual and quite untenable when pushed to its logical extreme—at least if *pacta sunt servanda* continues to be part of the law.“

3. Von der normativen zur funktionalen Beschreibung des Gewissens

Die Rede vom Gewissen geht stets implizit davon aus, dass die Gewissensentscheidung „gut“ sei. Wenn das Bundesverfassungsgericht die Gewissensentscheidung als eine an den Kategorien von „Gut“ und „Böse“ orientierte Entscheidung versteht, ist vorausgesetzt, dass die Gewissensentscheidung diejenige für das „Gute“ und nicht für das „Böse“ ist. Das Gewissen wird, angelehnt an die Naturrechtsvorstellungen der Nachkriegszeit, als Instanz für die Erkenntnis einer Sittenordnung, eines ungeschriebenen oder überpositiven Rechts gehalten.⁷⁰ Der mögliche Inhalt einer Gewissensentscheidung wird so normativ begrenzt oder wenigstens für prinzipiell begrenzt gehalten.⁷¹ Im Laufe der 1960er Jahre wurde ein solches normatives Verständnis des Gewissens mehr und mehr in Frage gestellt. Man forderte eine Neubestimmung des Gewissensbegriffs, die berücksichtigt, dass der Inhalt einer Gewissensentscheidung nicht durch den Rekurs auf eine irgendwie objektiv determinierbare Sittenordnung von vornherein begrenzt ist.⁷² Diese Neubestimmung nahm *Niklas Luhmann* vor.⁷³ Um sich nicht in Grabenkämpfe unterschiedlicher Auslegungsschulen zu verwickeln, schlug er zur genaueren Erfassung des Problems eine Funktionsanalyse vor.⁷⁴ Die Funktion der Gewissensfreiheit beschrieb er als Ermöglichung konsistenter moralischer Selbstdarstellung. Die konsistente Selbstdarstellung ermögliche die Bildung einer eigenen Identität und die Erhaltung

11

⁷⁰ Vgl. *Bosch / Habscheid*, Vertragspflicht (o. Fn. 63), S. 215; *Walter Hamel*, Die Gewissensfreiheit im Grundgesetz, in: AöR 89 (1964), S. 322 (328); *Franz Werner Witte*, Der Gewissensbegriff des Art. 4 Abs. 3 des Grundgesetzes, in: AöR 87 (1962), S. 155; *Karl Brinkmann*, Grundrecht und Gewissen im Grundgesetz. Eine rechtsphilosophisch-staatsrechtliche Untersuchung, 1965; vorsichtig *Hans Welzel*, Gesetz und Gewissen, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Bd. I, hg. von Ernst von Caemmerer u. a., 1960, S. 383–400; *Nikolai Horn*, Das normative Gewissensverständnis im Grundrecht der Gewissensfreiheit, 2012.

⁷¹ Krit.: *Adalbert Podlech*, Der Gewissensbegriff im Rechtsstaat, in: AöR 88 (1963), S. 185–221.

⁷² *Podlech*, ebd.; vgl.: *ders.*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse, 1969.

⁷³ *Niklas Luhmann*, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, in: AöR 90 (1965), S. 257–286. *Luhmann* sieht das Auseinandertreten von Gewissen und Recht und Gewissen und Wahrheit als Folge einer notwendigen und wesentlichen gesellschaftlichen Differenzierung. Wo Gewissensfreiheit gewährt wird, ist die Divergenz der Gewissensinhalte institutionalisiert; ebd., S. 261.

⁷⁴ *Luhmann*, ebd., S. 258; vgl. *Schieder*, Rechtsungehorsam (o. Fn. 22), S. 146 ff.

eines eigenen Persönlichkeitsbildes. Um funktionsfähig zu sein, habe die differenzierte Sozialordnung die Anlässe zur Gewissensorientierung abgebaut und Handlungsalternativen sowie unpersönliche Handlungsweisen bereitgestellt.⁷⁵ Es gehe somit bei der Gewissensfreiheit nicht in erster Linie darum, dem Einzelnen zu ermöglichen, nach seinem Gewissen zu handeln, sondern ihn gewissermaßen „an seinem Gewissen vorbei zu steuern“ und funktional äquivalente Verhaltensalternativen anzubieten.⁷⁶ Diese Fassung des Gewissensbegriffs ermöglichte es, die Wahrheitsfrage in Bezug auf den Inhalt der Gewissensentscheidung zu suspendieren und die Ernsthaftigkeit der Gewissensentscheidung zum maßgeblichen Kriterium zu machen. Freilich löste sie das Gewissen so auch klar aus jedem religiösen Kontext und jeder Nähe zur Glaubensfreiheit.

4. Die Staatsrechtslehrertagung 1969

- 12 Bei der Staatsrechtslehrertagung 1969 wurde „das Grundrecht der Gewissensfreiheit“ auf die Tagesordnung gesetzt. Die Zeit schien nun reif, die nach dem Urteil mancher „verkümmerte dogmatische wissenschaftliche Behandlung“ der Gewissensfreiheit voranzubringen.⁷⁷ Wohin das führen würde, war nicht von vornherein klar. Eine „relative Verselbständigung“ der Gewissens- von der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit insbesondere im Bereich der Kriegsdienstverweigerung konnte schon vorher diagnostiziert werden.⁷⁸ Dass hiermit aber eine Betätigungsfreiheit in Form eines Verweigerungsrechts gegen Rechtspflichten aller Art einhergehen könne, war keineswegs die vorherrschende Meinung.⁷⁹ Die bisher noch recht losen Fäden verknüpften die Berichterstatter *Richard Bäuml* und *Ernst-Wolfgang Böckenförde* in ihren Vorträgen und konstruierten im Ergebnis mit erstaunlicher Einmütigkeit einen dogmatischen Unterbau für ein Grundrecht der Gewissensfreiheit, das klar auf eine Handlungsfreiheit gemäß der individuellen Gewissensentscheidung ausgerichtet

⁷⁵ *Luhmann*, ebd., S. 273 f.

⁷⁶ *Luhmann*, ebd., S. 273.

⁷⁷ *Podlech*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 72), S. 17.

⁷⁸ *Ulrich Scheuner*, Die Religionsfreiheit im Grundgesetz, in: DÖV 1967, S. 585 (587 f.).

⁷⁹ *Scheuner*, ebd., S. 588; stets zitiert mit seiner Ansicht, die Gewissensfreiheit sei auf das „forum internum“ beschränkt: *Reinhold Zippelius*, in: BK, Art. 4, Rn. 44, Stand 17. Erg.-Lfg. 1966; a. A. hingegen *Herzog*, Die Freiheit des Gewissens (o. Fn. 18), S. 718.

ist.⁸⁰ *Luhmanns* funktionale Beschreibung aufnehmend, wurde der Angelpunkt der Schutzbereichsbestimmung der Gewissenskonflikt: Unbedingtes Gewissensgebot steht hier gegen staatliches Gebot. In dieser Lage, so *Böckenfördes* These, müsse der Staat es unterlassen, unbedingten Gehorsam und damit ein „sacrificium conscientiae“ zu verlangen.⁸¹ Durch ein „System von Toleranzen und partiellen Entpflichtungen“ könne gewährleistet werden, dass der Einzelne an „seinem Gewissen keinen Schaden nimmt.“⁸² Die Schaffung „lästiger“, aber gewissenschonender Alternativen dient dann sowohl der Verhinderung einer unangemessenen Privilegierung desjenigen, der nach seinem Gewissen handelt, als auch dem Nachweis seiner Bereitschaft zur Konsequenz.⁸³ Der „Bruch“ der Berichterstatter mit der traditionellen Auffassung der Gewissensfreiheit wurde in der den Vorträgen folgenden Debatte nur vereinzelt in Frage gestellt.⁸⁴ Damit waren die Weichen hin zu einer eigenständigen Behandlung und dogmatischen Unterfütterung der Gewissensfreiheit gestellt.

5. Die Anwendung der neu entwickelten Dogmatik

Böckenförde hatte im Schlusswort der Staatsrechtslehrertagung zugestanden: „Wir werden wahrscheinlich alle miteinander noch lange zu tun haben, bis wir eine handhabbare Dogmatik der Gewissensfreiheit entwickelt haben.“⁸⁵ Er sollte Recht behalten. In den 1970er Jahren erschienen einige Dissertationen und Monographien zur Gewissensfreiheit, die Einzelfragen zu erhellen vermochten,

13

⁸⁰ *Richard Bäuml*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, in: VVDStRL 28 (1970), S. 3; *Böckenförde*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 4), S. 33.

⁸¹ *Böckenförde*, ebd., S. 56.

⁸² *Böckenförde*, ebd., S. 61 unter Aufnahme von *Adolf Arndt*, Das Gewissen in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung, in: NJW 1966, S. 2205.

⁸³ *Böckenförde*, ebd., S. 70 f.; gewissermaßen als Vorbild dient *Böckenförde* die Behandlung religiöser Sekten unter dem ALR, das Toleranz und Entpflichtung gewährte, aber mit der Einschränkung staatsbürgerlicher Rechte sanktionierte, S. 62 f.

⁸⁴ Aussprache in: VVDStRL 28 (1970), S. 89 ff. sowie den Eindruck *Böckenfördes* im Schlusswort, S. 141 f.; vgl. auch *Ulrich Scheuner*, Die verfassungsmäßige Verbürgung der Gewissensfreiheit, in: ZevKR 15 (1970), S. 242.

⁸⁵ *Böckenförde*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 4), S. 146; vgl. *Scheuner*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 84), der von „Unsicherheit in den Grundlagen“ spricht; ähnlich *Podlech*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 72); vgl. *Schieder*, Rechtsungehorsam (o. Fn. 22), S. 154 ff.

grundlegend Neues aber nicht beizutragen hatten.⁸⁶ Auch das Bundesverfassungsgericht nahm sich der Gewissensfreiheit außerhalb des Bereichs der Wehrpflicht lange Zeit nicht an.⁸⁷ Der Fall des „Gesundbeters“ etwa wurde im Jahre 1971 vorsichtshalber über die Glaubensfreiheit gelöst, obwohl die Problemkonstellation durchaus die Anwendung der Gewissensfreiheit im nunmehr etablierten Sinne nahegelegt hätte.⁸⁸ Die Schwierigkeiten in der Handhabung wurden besonders deutlich, als die Gerichte sich im Rahmen der politischen Konflikte um Atomkraft, Nachrüstung und Abtreibung in den späten 1970er und frühen 1980er Jahren vermehrt damit konfrontiert sahen, dass sich einzelne auf die Gewissensfreiheit beriefen.⁸⁹ Stromzahlungs- und Rüstungssteuerboykott sowie die Einbehaltung von Sozialabgaben waren Protestformen, die durch die Gewissensfreiheit gerechtfertigt werden sollten.⁹⁰ In aller Regel blieb die Geltendmachung der Gewissensfreiheit hier ohne Erfolg.⁹¹ Die Begründungen der Gerichte waren kaum einheitlich und vermochten nicht immer restlos zu überzeugen.⁹² Am schwersten wog wohl, dass die besonders von *Böckenförde* geforderten „lästigen Alternativen“ für die diversen Fälle gesetzlich nicht vorgesehen und angesichts der denkbaren Fallgestaltungen kaum vorzusehen waren.⁹³ Zudem hatten die Gerichte anders als im Bereich der Kriegsdienstverweigerung kaum die Möglichkeit, die Ernsthaftigkeit der Gewissensentscheidung angemessen

⁸⁶ Z. B.: *Ulrich von Burski*, Die Zeugen Jehovas, die Gewissensfreiheit und das Strafrecht, 1970; *Gerhard Klier*, Gewissensfreiheit und Psychologie, 1978; *Gerd Ulrich Freihalter*, Gewissensfreiheit. Aspekte eines Grundrechts, 1973; *Ekkehart Stein*, Gewissensfreiheit in der Demokratie, 1970.

⁸⁷ Vgl. spät BVerfGE 78, 391 (395).

⁸⁸ BVerfGE 32, 98; zum Zeugeneid BVerfGE 33, 23; vgl.: *von Burski*, Die Zeugen Jehovas (o. Fn. 86), S. 139 ff.; deutlich *Theodor Lenckner / Detlev Sternberg-Lieben*, in: Adolf Schönke / Horst Schröder (Hg.), Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, Vor §§ 32 ff., Rn. 118, wo die Gesundbeter-Entscheidung offen mit der Gewissensfreiheit verknüpft wird. Ebenso *Hans Heinrich Rupp*, Verfassungsprobleme der Gewissensfreiheit, in: NVwZ 1991, S. 1033 (1035).

⁸⁹ Ausführlich: *Ulli F.H. Rühl*, Das Gewissen im politischen Konflikt, 1987.

⁹⁰ M. w. N. *Dietrich Franke*, Gewissensfreiheit und Demokratie. Aktuelle Probleme der Gewissensfreiheit, in: AöR 114 (1989), S. 7 (32 ff.).

⁹¹ Anders AG Stuttgart, in: NJW 1979, S. 2047 und SG Dortmund, Vorlagebeschluss v. 29. 9. 1981, teilweise abgedruckt in: KJ 1983, S. 198, der vom BVerfG aber als unzulässig verworfen wurde (BVerfGE 67, 26).

⁹² M. w. N. *Rühl*, Gewissen (o. Fn. 89), S. 295 ff.; *Schieder*, Rechtsungehorsam (o. Fn. 22), S. 160 ff.

⁹³ Vgl. aber den Entwurf der Grünen zur Einrichtung eines Friedensfonds: BT-Drs. 10/5420; ähnlich: *Paul Tiedemann*, Steuerverweigerung aus Gewissensgründen, in: StuW 1988, S. 69–73.

zu überprüfen. Die in der Theorie maßgeblichen Mechanismen, um Gewissensfreiheit und Rechtsbefolgungsanspruch der Gesetze zum Ausgleich zu bringen, fielen in der Praxis damit weitgehend aus.⁹⁴ So mussten die verhandelten Fälle entweder aus dem Schutzbereich ausgeschlossen werden⁹⁵ oder im Wege einer abstrakt gehaltenen Abwägung zwischen Gewissensfreiheit und allgemeiner Ordnungsfunktion des Rechts,⁹⁶ Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung⁹⁷ oder dem Budgetrecht des Parlaments,⁹⁸ wurde dem jeweils Letzteren der Vorrang zugewiesen.⁹⁹ Das Bundesverfassungsgericht stellte in Bezug auf die Einbehaltung von Sozialabgaben schließlich fest, der Einzelne könne jedenfalls nicht verlangen, „daß seine Überzeugung zum Maßstab der Gültigkeit genereller Rechtsnormen oder ihrer Anwendung gemacht wird.“¹⁰⁰ So schied es die Fälle von Abgabenverweigerung von vornherein aus dem Schutzbereich der Gewissensfreiheit aus und lieferte die Formel, mit der ähnlich gelagerte Begehren zukünftig zurückgewiesen werden konnten.¹⁰¹ Die Frage der strafrechtlichen Bedeutung der Gewissensfreiheit wurde ebenfalls in den frühen 1980er Jahren im Zusammenhang mit neuen Fällen der Ersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen wieder kontrovers diskutiert, allerdings ohne über das bereits im Zusammenhang mit den Zeugen Jehovas etablierte „Wohllollensgebot“ hinaus weitere Klarheit zu bringen.¹⁰² Eine gewisse Weiterentwicklung erfuhr die Dogmatik vor allem im Bereich des Arbeitsrechts. Hier sah das Bundesarbeitsgericht eine Beschränkung des Direktionsrechts des Arbeitgebers unter Heranziehung der Gewissensfreiheit als möglich an und zeigte vor allem Möglichkeiten auf, wie Gewissensfreiheit des Arbeitnehmers und die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers konkret abgewogen werden konnten.¹⁰³

⁹⁴ Rupp, Verfassungsprobleme (o. Fn. 88), S. 1036 f.

⁹⁵ BVerfGE 67, 26.

⁹⁶ LG Stuttgart, U. v. 18. 12. 1980, abgedruckt bei *Willi Gross*, Neuere Entscheidungen zum Stromzahlungsboykott. Dokumentation, in: KJ 1981, S. 311 (315 f.).

⁹⁷ BSG, in: NJW 1983, S. 701 (703).

⁹⁸ BVerfG, Kammerbeschluss v. 9. 10. 1986, – 1 BvR 1013/86, juris.

⁹⁹ Mangels Bewertbarkeit der individuell getroffenen Gewissensentscheidung blieb die Abwägung notwendig abstrakt.

¹⁰⁰ BVerfGE 67, 26 (37).

¹⁰¹ Krit. m. w. N. *Heinig*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 5), § 134, Rn. 8.

¹⁰² *Claus Roxin*, Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, in: *Rechtsstaat und Menschenwürde*, hg. von Arthur Kaufmann, 1988, S. 389–412.

¹⁰³ BAGE 47, 363.

- 14 Die vermehrte Diskussion der Gewissensfreiheit seit den späten 1970er Jahren führte zu einem deutlich klareren Verständnis der Probleme, die mit einer eigenständigen Behandlung der Gewissensfreiheit und ihrer Zuspitzung auf den individuell erlebten Gewissenskonflikt einhergehen. Gleichzeitig stabilisierte sich das Verständnis der Gewissensfreiheit als eigenständiges Grundrecht, das die Betätigungsfreiheit umfasst, so weit, dass schließlich sogar *Reinhold Zippelius*, der im Bonner Kommentar lange für eine Beschränkung auf das *forum internum* gestritten hatte, auf den Kurs der inzwischen herrschenden Lehre einschwenkte.¹⁰⁴ Die Habilitationsschrift *Herdegens* fasste den Stand der Forschung im Jahre 1990 eindrucklich zusammen.¹⁰⁵ Die nach wie vor nicht befriedigend gelöste Schrankenproblematik ließ ihn allerdings erneut über die eigentlich überwundene Aktivierung der Schranke der allgemeinen Gesetze nachdenken.¹⁰⁶
- 15 Bis heute können die „Grenzen der Gewissensfreiheit“ zuverlässiger umschrieben werden als ihr Inhalt.¹⁰⁷ Wohl auch deshalb sind die veröffentlichten gerichtlichen Auseinandersetzungen der letzten Jahre, in welchen die Gewissensfreiheit ohne Bezug zur Religionsfreiheit eine Rolle spielte, an zwei Händen abzuzählen.¹⁰⁸ Die betroffenen Regelungsbereiche allerdings sind vielfältig. Von eher kuriosen Streitigkeiten um kommunale Taubenfütterungsverbote¹⁰⁹ reichen sie über die Zwangsmitgliedschaft in einer Jagdgenossenschaft¹¹⁰ und die Ab-

¹⁰⁴ *Zippelius*, in: BK (o. Fn. 79), Art. 4, Rn. 44, 57.

¹⁰⁵ *Herdegens*, Gewissensfreiheit und Normativität (o. Fn. 3).

¹⁰⁶ *Herdegens*, ebd., S. 287 ff.; im Ergebnis später ähnlich *Martin Borowski*, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, 2006, S. 572 f. mit der Annahme, Art. 4 Abs. 1 GG kenne einen „ungeschriebenen einfachen Gesetzesvorbehalt“.

¹⁰⁷ *Stefan Muckel*, Die Grenzen der Gewissensfreiheit, in: NJW 2000, S. 689–692.

¹⁰⁸ Sehr häufig ist die Nennung der Glaubens- und Gewissensfreiheit in einem Atemzug, insbesondere bei allen schulrechtlichen Fragen; vgl. auch die Debatte um das Kirchenasyl, die sich weitgehend an der Sonderstellung des sakralen Raums aufhängt und nur zum Teil unter unmittelbarer Berufung auf eine Gewissensentscheidung ausgetragen wird.

¹⁰⁹ BayVGH, B. v. 4. 8. 2014 – 10 ZB 11.1920, juris.

¹¹⁰ BVerwG, in: NVwZ 2006, S. 92; BVerfG, in: NVwZ 2007, S. 808; im Ergebnis auf die Eigentumsgarantie abstellend: EGMR, in: NJW 2012, S. 3629; vgl. die neueren Versuche einer Stiftung für Tierschutz, die nunmehr in § 6a BJagdG mögliche Ablehnung der Jagdausübung aus ethischen Gründen auch für juristische Personen zu erstreiten: VG Würzburg, U. v. 29.1.2015 – W 5 K 14.505, juris.

lehnung von Tierversuchen im Studium¹¹¹ bis hin zu Fragen wie der Befehlsverweigerung eines Soldaten wegen der Befürchtung, er könnte einen Angriffskrieg unterstützen,¹¹² und dem Wunsch eines Arztes, einen Patienten auch gegen dessen Willen weiter zu behandeln.¹¹³

IV. Theorie

Für die rechtswissenschaftliche Behandlung der Gewissensfreiheit lohnt neben der Berücksichtigung der Verfassungsgeschichte im Allgemeinen und der Entwicklung der Grundrechtsdogmatik nach 1949 im Besonderen auch ein Blick in andere Disziplinen und deren Einfluss auf den Rechtsdiskurs. Denn nicht nur das Recht sucht das Phänomen des Gewissens adäquat zu erfassen. Intuitiv weiß jeder etwas mit dem Begriff des Gewissens anzufangen. Aphorismen und Sinnsprüche zum Gewissen sind Legion. Wer kennt nicht „Gewissensbisse“ aus eigener Erfahrung? Und dennoch erweist sich der Versuch, die individuellen Assoziationen und Vorstellungen vom Gewissen in einer halbwegs einheitlichen Theorie zu bündeln, als nahezu aussichtsloses Unterfangen. Verschiedene Disziplinen versuchen, dem Gewissen von ihrem je eigenen Standpunkt aus beizukommen. Philosophie, Theologie, Psychologie und Sozialwissenschaften nutzen ihre je eigenen Zugänge und Fragestellungen, um den Gegenstand des Interesses genauer zu beschreiben.¹¹⁴ Zwischen der Beschreibung des Gewissens als Instanz zur Erkenntnis objektiver Normen, einem funktionalen Verständnis als Instanz konsistenter Selbstdarstellung und der psychologischen Bestimmung als Chiffre für kognitive und emotionale Prozesse internalisierter moralischer Verhaltenssteuerung liegen Welten.¹¹⁵ Bei der Auseinandersetzung mit Gewissen und Ge-

16

¹¹¹ BVerwG, in: NVwZ 1998, S. 853; BVerfG, in: NVwZ 2000, S. 909; vgl.: Klaus Brandhuber, Kein Gewissen an deutschen Hochschulen?, in: NJW 1991, S. 725–732.

¹¹² BVerwGE 127, 30.

¹¹³ BGH, in: NJW 2005, S. 2385; vgl. im Kontext der Debatte um Sterbehilfevereine: Eric Hilgendorf, Die Stellungnahme der deutschen Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur Neuregelung der Sterbehilfe, in: Vorgänge 210/211 (2–3/2015), S. 99–104.

¹¹⁴ Vgl. für den Versuch, einige Ansätze zumindest in einem Buch zusammenzuführen: Stephan Schaede/Thorsten Moos (Hg.), Das Gewissen, 2015.

¹¹⁵ Vgl.: Stephan Schaede, Gewissensproduktionstheorien, in: Das Gewissen (o. Fn. 114), S. 151 (153 ff.); Luhmann, Gewissensfreiheit (o. Fn. 73),

wissensfreiheit schwingt eine vielschichtige Ideengeschichte mit.¹¹⁶ Ging es in der Antike noch um die soziale Vermittlungsfunktion des Gewissens als Fähigkeit zur moralischen Selbstbefragung und Anknüpfungspunkt für soziale Wertschätzung, wurde das Gewissen in der christlichen Theologiegeschichte zum Ort der Verantwortung vor Gott und seinem Gesetz.¹¹⁷ Luthers bis heute als plastisches Beispiel für gewissensorientiertes Handeln geltendes: „Hier stehe ich, ich kann nicht anders“ wandte sich schließlich gegen die päpstliche Definitionsmacht für die im Gewissen erkannten Normative, was die Individualisierungstendenzen des Gewissens verschärfte.¹¹⁸ Eine rechtliche Institutionalisierung erfolgte mit der Befriedung der konfessionellen Bürgerkriege in enger Verbindung zur Glaubensfreiheit (s. o. Rn. 2). Gleichzeitig wurde die Gewissensfreiheit zum Gegenrecht zu staatlichen Autoritätsansprüchen in religiösen „letzten“ Fragen.¹¹⁹ Im Zuge fortschreitender Säkularisierungsprozesse wurde dieser Gedanke auf die Spitze getrieben. Das Gewissen wurde von der an institutionelle Vermittlung gebundenen Glaubens- und Religionsfreiheit gelöst und schließlich als „letzte und höchste Instanz der autonomen Persönlichkeit begriffen“.¹²⁰ Die Lösung des Gewissens aus dem unmittelbar religiösen Kontext öffnete es für wirklichkeitswissenschaftliche Betrachtungen etwa im Rahmen Freud'scher Psychoanalyse. Als Leitkategorie normativer Theoriebildung konnte es so nicht mehr erhalten.¹²¹

S. 273 f.; *Claudia Schweizer / Denis Köhler*, Das Gewissen aus psychologischer Perspektive, in: *Das Gewissen* (o. Fn. 114), S. 443 (444).

¹¹⁶ *Heinig*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 5), Rn. 3; zur Kultur- und Ideengeschichte *Heinz D. Kittsteiner*, Die Entstehung des modernen Gewissens, 1991.

¹¹⁷ *M. w. N. Heinig*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 5), Rn. 3.

¹¹⁸ *Schaepe*, Gewissensproduktionstheorien (o. Fn. 115), S. 156 f.; *Heinig*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 5), Rn. 3.

¹¹⁹ Vgl. die Beschreibung als Übergang der Pastoralmacht der Kirche zur Pastoralmacht des Staates von *Nikolaus Buschmann*, Die Unterwerfung des Gewissens und die Autonomie des Subjekts. Historische Annäherung an ein Grundproblem der politischen Ethik, in: *Das Gewissen* (o. Fn. 114), S. 497; vgl. *Böckenförde*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 4), S. 36 f.

¹²⁰ *Böckenförde*, ebd., S. 40; vgl. zu Missverständnissen bei der Beschreibung der Säkularität des Gewissens: *Rupp*, Verfassungsprobleme (o. Fn. 88), S. 1034: „Die Gewissensfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG betrifft einen säkularisierten Gegenstand [...] Gewissen hat auch der Dissident, der Jude oder Moslem“.

¹²¹ *Heinig*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 5), Rn. 3.

Von diesen diversen Zugängen zum Gewissensphänomen blieb der rechtswissenschaftliche Diskurs nicht gänzlich unbeeindruckt.¹²² Dennoch entwickelte er eine eigenständige, auf die Anforderungen verfassungsrechtlicher Dogmatik zugeschnittene Perspektive auf Gewissen und Gewissensfreiheit.¹²³ In expliziter Abgrenzung von religiös-weltanschaulich geprägten Gewissensvorstellungen in Theologie oder Philosophie bestimmte das Bundesverfassungsgericht das Gewissen früh (s.o. Rn. 7) anhand des „allgemeinen Sprachgebrauchs“ als „ein [wie immer begründbares, jedenfalls aber] real erfahrbare seelisches Phänomen [...], dessen Forderungen, Mahnungen und Warnungen für den Menschen unmittelbar evidente Gebote unbedingten Sollens sind.“¹²⁴

Freilich sind hiermit noch nicht alle Bedeutungsebenen des Gewissens im (Verfassungs)recht erfasst. So ist der Abgeordnete des Bundestages allein seinem Gewissen unterworfen (Art. 38 GG), der Bundespräsident verspricht im Amtseid, seine „Pflichten gewissenhaft zu erfüllen“ (Art. 56 GG), wem ein Verbotsirrtum zu Gute kommen soll, der muss sein Gewissen anspannen.¹²⁵ Und neben dem individuellen Gewissen des Art. 4 Abs. 1 GG kann auch ein professionelles Gewissen wie das ärztliche oder das des Richters in Konflikt mit geltenden Gesetzen geraten.¹²⁶ Im Kontext des Grundrechts der Gewissensfreiheit lässt sich dennoch mit der am allgemeinen Sprachgebrauch orientierten Bestimmung des Gewissens durch das Bundesverfassungsgericht arbeiten, auch wenn die diversen Deutungs- und Verständnisebenen des Gewissens zur Schärfung des Problembewusstseins zur Kenntnis genommen werden müssen.¹²⁷ Nicht selten sind Streitigkeiten um die Reichweite der Gewissensfreiheit schließlich auf differierende Gewissensverständnisse zurückzuführen.

¹²² Vgl. etwa zu Versuchen rechtsexterne Anknüpfungspunkte zu finden: *Klier*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 86); *Scholler*, Das Gewissen (o. Fn. 9); kritisch m. w. N.: *Podlech*, Gewissensbegriff (o. Fn. 71).

¹²³ *Heinig*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 5), Rn. 4.

¹²⁴ BVerfGE 12, 45 (54 f.).

¹²⁵ BGHSt 2, 194 (201); BGHSt 35, 347 (350); inzwischen spricht der BGH vom „Einsatz aller geistigen Erkenntniskräfte“: BGH, in: NStZ 2013, S. 461 (461).

¹²⁶ M. w. N.: *Fridtjof Filmer*, Das Gewissen als Argument im Recht, in: *Das Gewissen* (o. Fn. 114), S. 11.

¹²⁷ *Heinig*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 5), Rn. 4.

V. Dogmatik

1. Schutzbereich und Grundrechtsdimensionen

19 Die theoretischen Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Gewissensbegriffs hinderte die Ausbildung einer juristischen Dogmatik zur Gewissensfreiheit nicht.¹²⁸ Ausgehend von der oben beschriebenen Bestimmung des Gewissens am „allgemeinen Sprachgebrauch“, rückte das Bundesverfassungsgericht die konkrete Situation der Gewissensentscheidung in den Mittelpunkt der Betrachtung (s. o. Rn. 7). Es definierte die Gewissensentscheidung als „jede ernste sittliche, d.h. an den Kategorien von ‚Gut‘ und ‚Böse‘ orientierte Entscheidung, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtet innerlich erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte.“¹²⁹ Mit dieser Bestimmung lässt sich im Grundsatz arbeiten.¹³⁰ Die hierin enthaltenen Kriterien „Individualität, Moralität, Existentialität und Plausibilität“¹³¹ können das Phänomen wenigstens in den Grundzügen erfassen. Die im Kontext der Kriegsdienstverweigerung entwickelte Definition zielt auf den Gewissenskonflikt. Wer eine Gewissensentscheidung trifft, die mit rechtlichen Verhaltensanforderungen kollidiert, soll „dafür staatlicherseits nicht drangsaliert und kujoniert werden“.¹³² Da die Gewissensentscheidung mit dieser Definition nicht inhaltlich bestimmt werden kann und der Gegenstand der Gewissensentscheidung letztlich nicht begrenzbar ist, kommt der Bestim-

¹²⁸ *Heinig*, ebd., Rn. 5. Mit unterschiedlichen Akzenten und im Überblick etwa *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität (o. Fn. 3); *ders.*, Gewissensfreiheit (§ 98), in: HGR, Bd. IV; *Fridtjof Filmer*, Das Gewissen als Argument im Recht, 2000, S. 90 ff.; *Boroswki*, Glaubens- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 106), S. 548 ff.; *Stefan Muckel*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Karl Heinrich Friauf / Wolfram Höfling, Art. 4, Rn. 60 ff. (26. Erg.-Lfg. 2009); *Winfried Kluth*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die allgemeine Geltung der Gesetze, in: Dem Staat, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag, hg. von Josef Isensee / Wilhelm Rees / Wolfgang Rübner, 1999, S. 215 ff.; *Christian Starck*, in: Hermann v. Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 4, Rn. 63 ff., 81 ff.; *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz – Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 4, Rn. 43 ff., 93 ff., 152 ff. – jeweils m. w. N.

¹²⁹ BVerfGE 12, 45 (55).

¹³⁰ *Goos*, Gewissensauseinandersetzungen (o. Fn. 3), S. 72; krit.: *Siegfried Grundmann*, Abhandlungen zum Kirchenrecht, 1969, S. 382.

¹³¹ *Stefan Mückel*, in: BK, Art. 4, Rn. 79, Stand 135. Erg.-Lfg. 2008.

¹³² *Heinig*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 5), Rn. 6.

mung der Ernsthaftigkeit der Gewissensentscheidung eine besondere Bedeutung zu.¹³³ Die Einrichtung eines Prüfungsausschusses, der im Falle der Kriegsdienstverweigerer anfangs die Ernsthaftigkeit überprüfen sollte, kommt für die allgemeine Anwendung nicht in Betracht. So wurden unterschiedliche Abgrenzungsformeln versucht. Es wurde etwa mit der Unterscheidung zwischen bloßen Gewissensbedenken und echten Gewissenskonflikten operiert oder geradezu das „Zerbrechen“ an der Entscheidung gefordert.¹³⁴ Festgehalten werden kann: Wie bei der Religionsfreiheit bestimmt sich der Inhalt der Gewissensentscheidung ganz maßgeblich am Selbstverständnis des Grundrechtsträgers.¹³⁵ Je enger der Bezug des unter Berufung auf die Gewissensfreiheit begehrten Verhaltens zu einer mit anderen Menschen geteilten religiös-kommunikativen Praxis ist, umso leichter gelingt die Plausibilisierung und Substantiierung des Selbstverständnisses.¹³⁶ Dennoch kennt das Grundrecht der Gewissensfreiheit in seinem derzeitigen Zuschnitt keine kollektive Komponente.¹³⁷ So muss sich etwa kollektiver gewissensmotivierter Protest an Art. 8 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 und 2 GG und nicht an Art. 4 Abs. 1 GG messen lassen.¹³⁸

Die Ausrichtung auf den Gewissenskonflikt erschwert gleichzeitig die Erfassung gewissensrelevanter Regelungsbereiche, die sich nicht auf den unmittelbaren Konflikt zwischen Gewissensnorm und Rechtsnorm reduzieren lassen. Um Probleme staatlicher Einflussnahme auf die Gewissensbildung etwa in der Schule, im Strafvollzug oder in der Schwangerschaftskonfliktberatung vor dem Hintergrund der Grundrechte zu beleuchten, erweist sich die am Konflikt ausgerichtete Dogmatik der Gewissensfreiheit als erstaunlich unergie-

20

¹³³ Vgl. Böckenförde, Gewissensfreiheit (o. Fn. 4), S. 68 f.

¹³⁴ Vgl. Böckenförde, ebd., S. 64 f.; BVerwGE 7, 242.

¹³⁵ Vgl. zum Konzept generell *Martin Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993; bezogen auf die Gewissensfreiheit etwa *Borowski*, Glaubens- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 106), S. 554.

¹³⁶ *Heinig*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 5), Rn. 9; vgl. *Judith Froese*, Innere Tatsachen als Herausforderung für die Rechtsordnung, in: DÖV 2017, 228–236.

¹³⁷ *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität (o. Fn. 3), S. 295 f.; *Michael Germann*, in: Volker Epping / Christian Hillgruber (Hg.), BeckOK GG, 27. Ed. v. 1.12.2015, Art. 4, Rn. 90; *Herbert Bethge*, Grundrecht der Gewissensfreiheit, in: HStR³, Bd. VII, 2009, § 158, Rn. 13; vgl. BVerfGE 69, 1 (33 f.), in der Entscheidung lässt das Gericht die bloße Gruppenzugehörigkeit zur Begründung der Kriegsdienstverweigerung nicht genügen.

¹³⁸ Vgl. BVerfGE 73, 206 (248 ff.).

big.¹³⁹ Wie weit der eigentlich unumstrittene, absolute Schutz des *forum internum* der Gewissensfreiheit letztlich reicht, wird hier auf die Probe gestellt.¹⁴⁰

- 21 Umstritten ist auch, inwiefern mittelbare Konsequenzen des eigenen Tuns in die Bildung der Gewissensentscheidung einfließen können.¹⁴¹ Konkret: Ist die Gewissensfreiheit betroffen, wenn etwa Geldleistungen wie Beiträge zur Sozialversicherung oder Steuern zurückgehalten werden, um sich nicht an der gewissenswidrigen Verwendung der Mittel beteiligen zu müssen? Zwei Argumente werden gegen die Einbeziehung mittelbarer Konsequenzen vorgebracht. Das erste ist der lakonische Satz des Bundesverfassungsgerichts, die Gewissensfreiheit gewähre kein Recht, „daß die Gewissensmaßstäbe des Einzelnen zum generellen Maßstab für die Gültigkeit oder Anwendung von Gesetzen werden.“¹⁴² Dahinter steht die Überlegung, dass der Einzelne über die Zurückbehaltung von Steuern oder Abgaben mittelbar die gesetzlich festgelegte Mittelverwendung beeinflussen könnte. Das zweite, im Falle der Steuerverweigerung vorgebrachte Argument bestreitet von vorneherein, dass das Gewissen durch die Steuererhebung überhaupt betroffen sein kann. Die Steuer werde schließlich zur allgemeinen Staatsfinanzierung ohne Zweckbindung erhoben, das Parlament trage die Verantwortung für die spätere Mittelverwendung, was den Einzelnen der Verantwortung enthebe.¹⁴³ Diese Argumentation passt mit *Luhmanns* Diagnose zusammen, der Staat unternehme es, durch die Bereitstellung von Handlungsalternativen und unpersönlichen Handlungsweisen, den Einzelnen an seinem Gewissen vorbei zu steuern.¹⁴⁴ Geht man allerdings davon aus, dass die Gewissensentscheidung eine hochindividuelle Entscheidung ist, deren zulässiger Inhalt keiner Bewertung zugänglich ist, ist kaum einzusehen, warum der Einzelne nicht etwa auch die mittelba-

¹³⁹ Eberhard Schmidt-Assmann, Verfassungsfragen staatlicher Gewissensbildung, in: Das Gewissen (o. Fn. 114), S. 81 (84, 93); vgl. auch Goos, Gewissensauseinandersetzungen (o. Fn. 3), S. 91 ff.; Winfried Kluth, Der Preis der Gewissensfreiheit im weltanschaulich pluralen Leistungsstaat, in: Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag, hg. von Stefan Muckel, 2003, S. 459 ff.

¹⁴⁰ Vgl. Heinig, Gewissensfreiheit (o. Fn. 5), Rn. 7; vgl. zum Verbot der Propaganda und Gehirnwäsche: Herzog, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 3), Art. 4, Rn. 130.

¹⁴¹ Heinig, Gewissensfreiheit (o. Fn. 5), Rn. 6.

¹⁴² BVerfGE 67, 26 (37).

¹⁴³ BVerfG, in: NJW 1993, S. 455 f.; Vgl. Goos, Gewissensauseinandersetzungen (o. Fn. 3), S. 89 f.

¹⁴⁴ Luhmann, Gewissensfreiheit (o. Fn. 73), S. 273.

re Rüstungsfinanzierung als schwere Belastung für sein Gewissen empfinden kann.¹⁴⁵ Es ist ja gerade das Wesen einer Gewissensentscheidung, dass die rechtliche und die individuelle Verantwortungszuweisung auseinanderfallen.¹⁴⁶ Kein Soldat wird schließlich für das Töten eines feindlichen Soldaten im Kriege rechtlich zur Verantwortung gezogen. Dennoch ist es gerade das Töten im Kriege, das der Kriegsdienstverweigerer meint vor seinem Gewissen nicht verantworten zu können. Eine Lösung des Problems über die Schranken des Grundrechts ist daher naheliegender.¹⁴⁷

Das Grundrecht der Gewissensfreiheit ist ein Grundrecht des *status negativus*.¹⁴⁸ Leistungs- und Teilhabeansprüche lassen sich nach allgemeiner Ansicht nicht ableiten.¹⁴⁹ Das Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung aus Art. 4 Abs. 3 GG ist aufgrund der gesetzlichen Ausgestaltung als verfahrensabhängiges Grundrecht einzustufen.¹⁵⁰ Allenfalls mittelbar kann ein Anspruch auf Einrichtung gewissenschonender Alternativen aus dem Grundrecht abgeleitet werden. Diese Forderung wurde etwa bezüglich der Einrichtung eines Friedensfonds für Rüstungssteuerverweigerer erhoben.¹⁵¹ Angesichts der komplizierten Fragen bei der Ausgestaltung eines solchen Fonds oder anderer gewissenschonender Alternativen müssen Einrichtung und Ausgestaltung allerdings dem Gesetzgeber überlassen bleiben. Dem Grundrecht der Gewissensfreiheit kann ein objektiver Gehalt insofern beigemessen werden, als es wertentscheidende Grundsatznorm „höchsten verfassungsrechtlichen Ranges“ ist.¹⁵² Die Gewissensfreiheit steht in engem Bezug zu dem in Art. 1 Abs. 1 GG transportierten grundgesetzlichen Personalitätskonzept und fungiert insofern als

22

¹⁴⁵ *Heinig*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 5), Rn. 8; *Herzog*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 3), Art. 4, Rn. 140; *Goos*, Gewissensauseinandersetzungen (o. Fn. 3), S. 91 ff.

¹⁴⁶ Vgl. für die Steuerverweigerung: *Paul Tiedemann*, Gewissensfreiheit und Steuerrecht, in: DStR 1986, S. 823 f.; *ders.*: Steuerverweigerung (o. Fn. 93), S. 69.

¹⁴⁷ Ebenso: *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Aussprache in: VVDStRL 28 (1970), S. 12; *Borowski*, Glaubens- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 106), S. 568 ff.

¹⁴⁸ *Bethge*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 137), Rn. 6.

¹⁴⁹ M. w. N. *Bethge*, ebd., Rn. 9.

¹⁵⁰ *Germann*, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 137), Rn. 106; *Bethge*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 137), Rn. 7.

¹⁵¹ *Tiedemann*, Steuerverweigerung (o. Fn. 93).

¹⁵² BVerfGE 23, 127 (134); vgl. *Bethge*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 137), Rn. 2; freilich kann von einer abstrakten „Rangfolge“ hierbei keine Rede sein, vgl. BVerfGE 35, 202 (225).

Symbol für die Freiheitlichkeit des Staatswesens.¹⁵³ Zudem unterstreicht sie die Nichtidentifikation des Staates und des Rechts mit bestimmten Moralvorstellungen oder Weltanschauungen.¹⁵⁴

2. Schranken

23 Die Gewissensfreiheit ist nach Art. 4 Abs. 1 GG unverletzlich. Sie kennt keinen Gesetzesvorbehalt. Schranken werden durch kollidierendes Verfassungsrecht gezogen. Die Heranziehung der Schranke der allgemeinen Gesetze aus dem im Wortlaut eben anders gefassten Art. 135 S. 3 WRV oder eine Schrankenleihe aus Art. 2 Abs. 1 oder Art. 5 Abs. 2 GG ist abzulehnen.¹⁵⁵ Konflikte mit Grundrechten Dritter oder sonstigen Belangen von Verfassungsrang sind im Wege praktischer Konkordanz zu lösen.¹⁵⁶ Schwierigkeiten bei der Abwägung der Belange ergeben sich allerdings aufgrund der besonderen Zuspitzung des Grundrechts auf den Gewissenskonflikt. Allzu schematische Lösungen verbieten sich.¹⁵⁷ Da die Gewissensentscheidung des Einzelnen einer staatlichen Bewertung als „irrig“ entzogen ist, besteht eine häufige Fehlerquelle im Rahmen der Abwägung darin, einer abstrakt verstandenen Gewissensfreiheit das abstrakte Interesse des Staates an der Durchsetzung der hiermit kollidierenden Rechtsnorm entgegenzusetzen. Die so konstruierte Dilemmasituation, Rechtsnorm gegen Gewissensnorm, kann mit den gängigen Instrumenten der Abwägung regelmäßig nicht befriedigend gelöst werden.¹⁵⁸ Es kann in

¹⁵³ Vgl. *Herzog*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 3), Art. 4, Rn. 144, 150; *ders.*, Die Freiheit des Gewissens (o. Fn. 18), S. 719; *Bethge*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 137), Rn. 2 f.

¹⁵⁴ Vgl. etwa die Konsequenzen für das Strafrecht *Ralf Kölbel*, Gewissensbildung durch Strafrecht?, in: *Das Gewissen* (o. Fn. 114), S. 45 (72). Es wird eben nicht der Mensch, sondern die Tat beurteilt.

¹⁵⁵ Für die Glaubensfreiheit: BVerfGE 32, 98 (107 f.); a.A. m.w.N. etwa *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität (o. Fn. 3), S. 287 ff.

¹⁵⁶ *Muckel*, Grenzen (o. Fn. 107), S. 689.

¹⁵⁷ Vgl. ausführlich zu den Problemen *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität (o. Fn. 3), S. 278 ff.; vgl. die häufig vorgebrachte Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen: *Adolf Arndt*, Das Gewissen in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung, in: NJW 1966, S. 2204 (2205); zur Grenze der „elementaren, letzten Zwecke des Staates“ *Böckenförde*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 4), S. 59.

¹⁵⁸ Es handelt sich hierbei eher um eine Problemformatierung, die der Ethik entspringt und auf dieser prinzipiellen Ebene nicht zu lösen ist. Für die Rechtsanwendung ist aber unerlässlich, Entscheidungsprogramme zu entwickeln, die nicht bei der Konstatierung des Problems stehen bleiben. Die

dieser Abstraktion kein grundrechtlich geschützter Freiheitsraum definiert werden, in welchen nur aufgrund eines legitimen Zwecks, mit geeigneten und erforderlichen Mitteln und unter Beachtung der Angemessenheit eingegriffen werden kann.¹⁵⁹ Bei einem solchen Vorgehen bleiben sowohl der zu definierende Freiheitsraum als auch der konkrete Eingriffszweck völlig unbestimmt. Eine fallangemessene Abwägung muss daher in jedem Einzelfall anhand des Selbstverständnisses des Grundrechtsträgers genau bestimmen, worin der Gewissenskonflikt zu erblicken ist. Auch bei der Bestimmung des Zwecks der kollidierenden Rechtsnorm muss sie weiter gehen, als lediglich das Interesse an der Allgemeinverbindlichkeit der Rechtsordnung zu affirmieren.¹⁶⁰ Die Überzeugungskraft der jeweiligen Grenzziehung hängt damit ganz maßgeblich von einer sorgfältigen Bestimmung der widerstreitenden Belange im Einzelfall ab.¹⁶¹ Auch eine an solchen Kriterien orientierte Abwägung wird in vielen Fällen im Ergebnis allerdings nicht weit über die aus der allgemeinen Handlungsfreiheit abgeleiteten Freiheiten hinausgehen.

3. Gewissenschonende Handlungsalternativen und Wohlwollensgebot

Als Ausfluss des Grundsatzes praktischer Konkordanz haben sich im Kontext der Gewissensfreiheit zwei Figuren herausgebildet, die einer gesonderten Betrachtung bedürfen. Einmal ist das der Gedanke gewissenschonender Handlungsalternativen, zum anderen das im strafrechtlichen Kontext etablierte „Wohlwollensgebot“.

Ein gängiger Weg zur Auflösung des Widerstreits zwischen individueller Gewissensposition und rechtlicher Verpflichtung ist der Verweis auf gewissenschonende, diskriminierungsfreie Handlungsalternativen.

große Stärke der grundrechtlichen Dogmatik liegt eigentlich gerade in der Fähigkeit, derartige Dilemmata auflösen, argumentativ bearbeiten und einer binären Entscheidung (Recht/Unrecht) zuführen zu können.

¹⁵⁹ Vgl. *Rupp*, Verfassungsprobleme (o. Fn. 88), S. 1036 f.

¹⁶⁰ Vgl. zu einer vergleichbaren Gemengelage im Widerstreit von religiösen Elternrechten und den die allgemeine Schulpflicht stützenden staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrag *Hans Michael Heinig*, Religionsfreiheit im Schul- und Mitgliedschaftsrecht. Ein Bericht über die jüngere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (2010–2015), in: *ZevKR* 61 (2016), S. 202–220.

¹⁶¹ Vgl. früh: *Podlech*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 72). Anderenfalls besteht die Gefahr darin, dass der effektive Grundrechtsschutz davon abhängt, wie viele Menschen sich auf das Grundrecht berufen; so etwa BSG, in: *NJW* 1983, S. 701 (703); *Roxin*, Gewissenstat (o. Fn. 102), S. 399.

nativen. Hierunter fallen etwa der Zivildienst als Alternative zum Wehrdienst (Art. 12a Abs. 2 GG), die Anerkennung bestimmter Tätigkeiten als Zivildienst nach § 15a ZDG, die Möglichkeit der Befristung anstatt der Eidesleistung nach § 65 StPO oder die Möglichkeit des Arztes, die Beteiligung an der Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs zu verweigern, sofern nicht Leib oder Leben der Schwangeren unmittelbar gefährdet sind (§ 12 SchKG). All diese Möglichkeiten kann man als Ausfluss der Gewissensfreiheit interpretieren. Der Staat stellt hierbei in Bereichen, in denen typischerweise Gewissenskonflikte auftreten, gewissenschonende Handlungsalternativen zur Verfügung. Wo derartige Alternativen rechtlich verankert sind, ergeben sich in der Praxis kaum Probleme. Fraglich ist allerdings, inwieweit die Schaffung solcher Alternativen grundrechtlich geboten sein kann. Angesichts der theoretisch unbegrenzten Zahl möglicher Gewissenskonflikte kann der Gesetzgeber allenfalls auf vorhersehbare oder bekannte Konfliktlagen eingehen und diese entschärfen. In den meisten Fällen sieht die Rechtsordnung als Alternative zur Rechtsbefolgung letztlich nur die Inkaufnahme der rechtlich vorgesehenen Sanktion für den Rechtsbruch vor. Die Einführung „lästiger“ Alternativen, die dem Verweigerer besondere Nachteile gleichsam zum Beweis seiner ernststen Gewissensüberzeugung auferlegen, wirft hingegen unter Gleichheitsgesichtspunkten erhebliche Folgeprobleme auf.¹⁶²

- 26 In einem Urteil im Jahre 1968 mahnte das Bundesverfassungsgericht an, bei der Bestrafung von Gewissenstätern sei ein „Wohllollensgebot“ zu beachten.¹⁶³ Diese recht offene und gänzlich undogmatische Formulierung bereitete der Strafrechtswissenschaft Kopfzerbrechen. Immerhin so viel war der Entscheidung des Verfassungsgerichts zu entnehmen: Die Gewissensfreiheit liefert bei der Bewertung strafbaren Verhaltens regelmäßig keinen Rechtfertigungsgrund, sondern wird erst bei der Bestimmung der Schuld und bei der Strafzumessung relevant.¹⁶⁴ Inwiefern eine Berücksichtigung im

¹⁶² Zu den „lästigen“ Alternativen: Böckenförde, Gewissensfreiheit (o. Fn. 4), S. 71; Luhmann, Gewissensfreiheit (o. Fn. 73), S. 284; zu verfassungsrechtlichen Bedenken: BVerfGE 48, 127 (169 ff.); BVerfGE 69, 1 (28 ff.).

¹⁶³ BVerfGE 23, 127 (134).

¹⁶⁴ Lenckner / Sternberg-Lieben, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 88), Rn. 118 ff.; Roxin, Gewissenstat (o. Fn. 102); mit Argumenten für eine Rechtfertigung Wolfgang Frisch, Gewissenstaten und Strafrecht, in: Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, hg. von Andreas Hoyer u.a., 2006, S. 11 (17 ff.); vgl. zum Themenkomplex auch Ralf Höcker, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und seine Auswirkungen im Strafrecht, 2000.

Rahmen der oder analog zur Rechtsfigur der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens denkbar ist, bleibt, ebenso wie der genaue Zchnitt der Rechtsfigur selbst, lebhaft umstritten.¹⁶⁵ In der strafrechtlichen Literatur kann dieser Lösungsweg zwar als etabliert gelten. Ob das „Wohllollensgebot“ in der Praxis beachtet wird, und ob sich das Wohllollen der Gerichte irgendwie quantifizieren lässt, harret noch einer eingehenden empirischen Untersuchung.¹⁶⁶ Immerhin ist durch die Figur des Wohllollensgebotes die Möglichkeit einer besonders harten Bestrafung wegen Uneinsichtigkeit und Unbelehrbarkeit des Delinquenten ausgeschlossen.¹⁶⁷ Im Übrigen darf bezweifelt werden, ob das Strafrecht, das staatliches Strafen an klare, vorhersehbare Regelungen bindet und den Rechtsunterworfenen gerade nicht vom Wohllollen seiner Richter abhängig machen will, derartige Anweisungen rechtssicher verarbeiten kann.

4. Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen

Mit der Aussetzung der allgemeinen Wehrpflicht im Jahre 2011 ist der wohl umstrittenste und justiziell am umfassendsten durchgeprägte Problembereich der Gewissensfreiheit Geschichte.¹⁶⁸ Einzelprobleme wie der zulässige Modus des Verweigerungsverfahrens und die Anforderungen an die Begründung einer Verweigerung unter dem Gesichtspunkt der Wehrgerechtigkeit sind damit ebenfalls entfallen.¹⁶⁹ Gleichwohl verbleibt für Art. 4 Abs. 3 GG ein Anwendungsbereich im Falle des Eintritts des Spannungs- oder Verteidigungsfalles und für Fälle nachträglicher Verweigerung. Auch Angehörigen des Sanitätsdienstes steht inzwischen die Möglichkeit offen, jederzeit ein Verfahren auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer zu betreiben.¹⁷⁰ Die zunächst in § 25 Wehrpflichtgesetz und seit 1983 in § 1 Kriegsdienstverweigerungsgesetz (KDVG) enthaltene Konkretisierung der im Rahmen des Wehrdienstes anerkannten Gewissensgrün-

27

¹⁶⁵ M. w. N. *Lenckner / Sternberg-Lieben*, in: *Schönke / Schröder* (o. Fn. 88), Rn. 118 ff.

¹⁶⁶ Zweifelnd bei der Totalverweigerung: *Cornelius Nestler-Tremel*, *Zivildienstverweigerung aus Gewissensgründen*, in: *StV* 1985, S. 343 (350); *Hartmut Friedeck*, *Sozialprognose bei Totalverweigerern*, in: *NJW* 1985, S. 782 f.

¹⁶⁷ Vgl. *Kölbel*, *Gewissensbildung* (o. Fn. 154), S. 61 ff.

¹⁶⁸ Gesetz zur Änderung wehrrechtlicher Vorschriften vom 28.4.2011 (BGBl. I S. 678).

¹⁶⁹ Vgl. zum Themenkreis BVerfGE 48, 127; BVerfGE 69, 1.

¹⁷⁰ BVerwGE 142, 48.

de auf die Ablehnung *jeder* Waffenanwendung zwischen den Staaten ist seit der Neufassung des KDVG im Jahre 2003 entfallen.¹⁷¹ Nunmehr genügt die Verweigerung „unter Berufung auf das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung im Sinne des Art. 4 Abs. 3 Satz 1 des Grundgesetzes“, was jedenfalls dem Wortlaut nach einen weiter gefassten Begründungsspielraum eröffnet. Die Unterscheidung eines auf den konkreten Waffendienst bezogenen „Kernbereichs“ des Art. 4 Abs. 3 GG und eines weiteren, den übrigen militärischen Dienst erfassenden Randbereichs ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts noch anzutreffen. Anzeichen, dass diese Unterscheidung nicht mehr aufrechterhalten werden soll, sind allerdings erkennbar.¹⁷²

5. Gewissensfreiheit in der EMRK und der EU-Grundrechtecharta

- 28** Artikel 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention gewährleistet Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit. Die Gewährleistungen nach Art. 10 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entsprechen dem Schutzniveau der EMRK (Art. 52 Abs. 3 EU-GRC), die Gewährleistung des Kriegsdienstverweigerungsrechts nach der EU-GRC orientiert sich an den nationalen Regelungen (Art. 10 Abs. 2 EU-GRC). Obwohl die Menschenrechtskonvention die Gewissensfreiheit textlich ausdrücklich von der Religionsfreiheit trennt, ist eine eigenständige Behandlung in der Rechtsprechung des EGMR nicht erkennbar.¹⁷³ Den Fall der Standesbeamtin *Ladele* etwa, die sich weigerte, bei der Verpartnerung gleichgeschlechtlicher Paare mitzuwirken und hierfür disziplinarisch belangt wurde, löste der EGMR, ohne eine klare Differenzierung zwischen Gewissens- und Religionsfreiheit vorzunehmen.¹⁷⁴ Auch der vor deutschen Gerichten über die Gewissensfreiheit gelöste Fall des Jagdgeg-

¹⁷¹ Zur Zulässigkeit solcher Konkretisierungen BVerfGE 12, 45 (53 ff.); 69, 1 (23); ausführlich zu den anerkannten Verweigerungsgründen *German*, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 137), Rn. 100 ff.

¹⁷² BVerwGE 142, 48.

¹⁷³ Vgl. *Christian Walter*, Religions- und Gewissensfreiheit, in: *Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, hg. von Oliver Dörr / Rainer Grote / Thilo Marauhn, 2. Aufl. 2013, S. 957 (969 ff.) m. N.

¹⁷⁴ EGMR, Nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10 und 36516/10, *Eweida and others v. The United Kingdom*; krit. *Goos*, Gewissensauseinandersetzungen (o. Fn. 3), S. 85 ff.

ners *Hermann* wurde vom EGMR vornehmlich unter dem Aspekt der Eigentumsgarantie betrachtet, eine gesonderte Prüfung der Gewährleistungen des Art. 9 EMRK hielt der Gerichtshof für nicht erforderlich.¹⁷⁵ Das hinderte den Gesetzgeber nicht daran, das Bundesjagdgesetz (BJagdG) in Reaktion auf das Urteil des Gerichtshofes dahingehend zu ändern, dass nunmehr die Befriedung von Grundstücken aus ethischen Gründen für natürliche Personen ermöglicht wird (§ 6a BJagdG).¹⁷⁶ Ursprünglich fiel die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen nicht unter Art. 9 EMRK, da in Art. 4 Abs. 3 EMRK eine abschließende Sonderregelung gesehen wurde.¹⁷⁷ In seiner jüngeren Rechtsprechung schloss der EGMR die Anwendbarkeit des Art. 9 EMRK auf Fälle der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen nicht mehr aus und rügte das Fehlen jeglicher Verweigerungsmöglichkeit in der Türkei.¹⁷⁸

V. Fazit

Niklas Luhmann stellte einmal die Frage, ob man das Gewissen nicht einfach sich selbst überlassen könne. Verstehe man das Gewissen als innere Instanz, die nicht selbst Handlung ist, sondern sich allenfalls in Handlungen manifestiere, sei nur schwer zu erklären, warum das Gewissen durch äußere Handlungszwänge überhaupt betroffen sei.¹⁷⁹ Mit der Einrichtung des religionsneutralen Staates habe der Staat sich schließlich in „letzten“ Fragen und damit auch in Gewissensfragen für unzuständig erklärt. Die Erfahrung hat gezeigt, dass es so einfach nicht ist. Die Forderungen des Gewissens werden offenbar sehr unterschiedlich empfunden und so werden auch an das Recht unterschiedliche Gewissensverständnisse in vielerlei Fall-

29

¹⁷⁵ BVerwG, in: NVwZ 2006, S. 92; BVerfG, in: NVwZ 2007, S. 808; EGMR, Nr. 9300/07, *Hermann v. Germany* = NJW 2012, S. 3629.

¹⁷⁶ Krit. zur Ausnahme aus ethischen Gründen: *Christian Maierhöfer*, Jagdduldungszwang und Europäische Menschenrechtskonvention. Das Urteil *Herrmann / Deutschland* und seine Folgen, in: NVwZ 2012, S. 1521–1524; Der Streit ist mit der Ausnahme offenbar nicht befriedet: VG Würzburg, U. v. 29. 1. 2015 – W 5 K 14.505, juris; vgl. zur Frage, ob die Ausnahme auch juristischen Personen zu gewähren ist BVerfG, B. v. 2. 5. 2018 – 1 BvR 3250/14; hierzu *Stefan Muckel*, Kein Ausschluss der Jagd auf eigenem Grund durch juristische Personen, in: JA 2018, S. 636–638.

¹⁷⁷ Ausführlich zur früheren Rechtsprechung und zur Änderung: EGMR Nr. 23459/03, *Bayatyan v. Armenia*.

¹⁷⁸ EGMR, in: NVwZ 2012, S. 1603.

¹⁷⁹ *Luhmann*, Gewissensfreiheit (o. Fn. 73), S. 258 f.

gestaltungen herangetragen. Die grundrechtliche Dogmatik hat darauf reagiert und die Gewissensfreiheit als Handlungsfreiheit nach der individuellen ethischen Überzeugung konstruiert. Damit wurde sie aus dem unmittelbaren Kontext der Glaubens- und Religionsfreiheit herausgelöst. Zwei Deutungen dieser Unterscheidungsleistung sind möglich und werden vertreten. Zum einen kann man die Gewissensfreiheit schlicht als Erweiterung der Glaubensfreiheit in den säkularen Bereich verstehen. Als verpflichtend empfundene Wertorientierungen können sich eben nicht nur vor dem Hintergrund einer identifizierbaren Religion oder Weltanschauung bilden, sondern auch bei einer Lebensführung gemäß der „säkularen Option“.¹⁸⁰ Anschaulich illustriert wird dieses Verständnis durch den Umstand, dass ein guter Teil der von den Gerichten ausschließlich über die Gewissensfreiheit gelösten Fälle der letzten 20 Jahre Tierschutzfälle – ohne jeden klassisch religiös-weltanschaulichen Bezug – waren. Die andere Deutung stellt für die Unterscheidung zwischen Religions- und Gewissensfreiheit auf die Kollisionslage ab. Immer dann, wenn eine als absolut verpflichtend empfundene Norm und ein anderslautendes staatliches Gesetz kollidieren und die Durchsetzung der einen den Bruch des anderen bedeuten würde, so die These, müsse die Gewissensfreiheit herangezogen werden.¹⁸¹ Die auf den Konflikt zugeschnittene Dogmatik der Gewissensfreiheit liefere die angemessenere Problembeschreibung.¹⁸² Die Belastbarkeit dieser These darf allerdings bezweifelt werden. Wer das Problem als Konflikt beschreibt, in welchem Art. 4 Abs. 1 GG eine abstrakte Vorrangregel zugunsten des Gewissens bildet, ist gezwungen, den Schutzbereich extrem einzuschränken, um die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung angesichts der Vielzahl denkbarer Gewissenspositionen zu gewährleisten. Der historische Zusammenhang zwischen Religions- und Gewissensfreiheit sollte nicht vorschnell vergessen werden. Anlass für die Herausbildung der Religions- und Gewissensfreiheit war schließlich das Bestreben, Konflikte um divergierende Konzepte des guten Lebens zu befrieden.¹⁸³ Und eben dies ist auch ihr bleibender Zweck.¹⁸⁴ Eine Befriedung mit den Mitteln des Rechts ist aber nur denkbar, wenn es nicht selbst an einem Konflikt teilnimmt, der so formatiert wird, dass

¹⁸⁰ Vgl. Hans Joas, Die säkulare Option, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 58 (2009), S. 293–300; ders., Glaube als Option, 2012.

¹⁸¹ So etwa Goos, Gewissensauseinandersetzungen (o. Fn. 3).

¹⁸² Goos, ebd.

¹⁸³ Heinig, Gewissensfreiheit (o. Fn. 5), Rn. 9.

¹⁸⁴ Heinig, ebd.

„Recht“ gegen „Gewissen“ steht.¹⁸⁵ Angemessene Ergebnisse können deshalb nur im Wege der auch im Kontext der Religionsfreiheit erprobten Güterabwägung im Einzelfall erzielt werden. Die „atypische Struktur“¹⁸⁶ des Grundrechts der Gewissensfreiheit muss eine grundrechtstypische werden, um seine Justiziabilität und tatsächliche Wirksamkeit sicherzustellen.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Das wäre eine Problembeschreibung, wie sie in der theologischen und philosophischen Ethik zu finden ist. Der „Vorteil“ ethischer Reflexion gegenüber der rechtlichen ist allerdings, dass sie das Ergebnis im konkreten Fall letztlich offenlassen kann. Die Stärke grundrechtlicher Dogmatik liegt aber gerade darin, jeden Einzelfall entscheiden zu können.

¹⁸⁶ *Ulrich K. Preuß*, in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), 1. Aufl. 1984, Art. 4 I, II, Rn. 45.

¹⁸⁷ *Schieder*, Rechtsungehorsam (o. Fn. 22), S. 270 ff.

§ 16

Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften

Von Stefan Koriath

A. Begriff und Bedeutung	1–6
I. Selbstbestimmung und Autonomie	1–3
II. Der historische Kontext des Konzepts	4–6
B. Rechtscharakter und Systematik	7–8
C. Gegenstand und Reichweite des Selbstbestimmungsrechts	9–31
I. Personaler Schutzbereich	9–12
II. Sachlicher Schutzbereich	13–31
1. Die eigenen Angelegenheiten	14–18
2. Einzelbereiche der eigenen Angelegenheiten	19–28
3. Ordnen und Verwalten	29–31
D. Die Schranke „des für alle geltenden Gesetzes“	32–49
I. Entwicklungsstufen	34–41
1. Formaler und materialer Etatismus	35–37
2. Die „Bereichsscheidungslehre“	38–39
3. Die „Wechselwirkungslehre“	40–41
II. Bewertungen und verbleibende Problemfelder	42–46
III. Rechtsbindung außerhalb der eigenen Angelegenheiten	47
IV. Vertragliche Regelungen zum Selbstbestimmungsrecht	48–49
1. Bekräftigungen	48
2. Problematische Selbstbeschränkungen	49
E. Landesverfassungsrecht und Europarecht	50–60
I. Landesrechtliche Gewährleistungen des Selbstbestimmungsrechts	50–51

II. Religionsgemeinschaftliche Selbstbestimmung im europäischen Recht	52–60
1. Der europäische Schutz des Selbstbestimmungsrechts	53–55
a) Art. 9 EMRK	53
b) Art. 6 EUV i.V.m. Art. 10 EU-GRC	54–55
2. Europäisches und nationales Religionsverfassungsrecht	56–60

A. Begriff und Bedeutung

I. Selbstbestimmung und Autonomie

- 1 Die rechtlich anerkannte und garantierte Befugnis zur religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmung, die von ihrem Träger mit Inhalt gefüllt werden kann, hat ihren Standort im Verhältnis von Staat und religionsgemeinschaftlichem Grundrechtsträger sowie der Grundrechtsträger untereinander. Entgegen der insoweit missverständlichen ausdrücklichen Erwähnung des Selbstbestimmungsrechts lediglich in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV handelt es sich bei dieser Befugnis grundsätzlich um ein Freiheitsrecht der Religionsgemeinschaften. Basis des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften ist im Kontext des heutigen Religionsverfassungsrechts das Grundrecht der Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, das sich auch hier, unter Betonung seiner korporativen oder kollektiven Aspekte, als Grundlage allen staatskirchenrechtlichen Argumentierens erweist.¹ Das besagt nicht, dass der Regelung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV keinerlei eigenständige Bedeutung zukäme. Die Vorschrift fügt der grundrechtlichen Fundierung vielmehr eine spezielle institutionelle Dimension hinzu, ohne dadurch jedoch erst selbst das religiöse Selbstbestimmungsrecht umfassend zu begründen. Religiöse Selbstbestimmung ist grundrechtliche Freiheitsausübung.
- 2 Dieser freiheitsrechtliche Charakter unterscheidet die religiös fundierte Selbstbestimmung grundlegend von anderen Formen sog. Autonomie, die im gegenwärtigen verfassungsrechtlichen Kontext

¹ Klaus Schlaich, Staatskirchenrecht, in: Nordrhein-westfälisches Staats- und Verwaltungsrecht, hg. von Dieter Grimm/Hans-Jürgen Papier, 1987, S. 704 (713). Vgl. auch Martin Heckel, Zur Zukunftsfähigkeit des Staatskirchenrechts, in: AöR 134 (2009), S. 309 (329).

vor allem den Selbstverwaltungskörperschaften zukommen kann.² In der unmittelbaren und mittelbaren Staatsorganisation gibt es keine staatsfreie Selbstbestimmung, sondern allein unterschiedliche Grade rechtlich zugewiesener und begrenzter Autonomie in Gestalt von Rechtsetzungsbefugnissen und Selbstverwaltungsrechten. Autonomie in diesem Sinne bedeutet die nach Maßgabe des geltenden Rechts verliehene und dabei nach Form sowie Inhalt umgrenzte Befugnis zu freier Entscheidung, Selbstbestimmung dagegen knüpft an vorrechtliche, dem Staat unverfügbare Freiheiten an, die das Recht mit Grenzen anerkennt.³

Diese grundlegende Differenzierung hat Bedeutung insbesondere für ein Verständnis des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV, das die Bestimmung als eine Kollisionsregel für das Aufeinandertreffen der staatlichen und der kirchlichen Rechtsordnung deutet.⁴ Über dem grundrechtlichen Kern des Selbstbestimmungsrechts kann eine derartige Kollisionsnorm nicht einfach als Ausdruck eines grundsätzlich dem Staat zukommenden Letztentscheidungsrechts gelesen werden, der danach selbst – in Parallele zu den Bestimmungen etwa des Internationalen Privatrechts – über das Ausmaß der Anwendbarkeit kirchlichen Rechts bestimmen kann. Vielmehr muss der Staat bei der Feststellung dieses Ausmaßes die ihm vorgängige und in den

3

² Vgl. zur kommunalen Selbstverwaltung etwa BVerfG, U. v. 21.11.2017 – 2 BvR 2177/16; BVerfGE 107, 1 (11); 79, 124 (146 ff.). Zu dem davon deutlich unterschiedenen Gebrauch des Wortes Autonomie im 19. Jh., in dem der Begriff hauptsächlich private Normsetzung erfasste, etwa Carsten Kremer, Autonomie als Rechtsquelle. Die Diskussion über nicht-staatliche Rechtsetzungsbefugnisse in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, in: Regulierte Selbstregulierung im frühen Interventions- und Sozialstaat, hg. von Peter Collin u. a., 2012, S. 3 ff.

³ Josef Jurina, Der Rechtsstatus der Kirchen und Religionsgemeinschaften im Bereich ihrer eigenen Angelegenheiten, 1972, S. 24: „Autonomie meint verliehene Rechtsetzungsmacht, Eigenständigkeit meint originäre Rechtsetzungsmacht.“ Missverständlich daher die Bezeichnung der religiösen Selbstbestimmung als „Selbstregulierungsautonomie“, so Matthias Kötter, Anerkennung fremder Normen im staatlichen Recht, in: Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht, hg. von Ino Augsberg, 2013, S. 63 ff., 65.

⁴ Vgl. zur kollisionsrechtlichen Perspektive allgemein Albert Janssen, Staatskirchenrecht als Kollisionsrecht, in: Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, hg. von Joachim Bohnert u. a., 2001, S. 707 ff.; Ino Augsberg, „Wer glauben will, muss zahlen“? Erwerb und Aufgabe der Kirchenmitgliedschaft im Spannungsfeld von Kirchenrecht und Religionsverfassungsrecht, in: AöR 138 (2013), S. 493 ff.; ders., Landesbericht Deutschland: Religiöses Recht und religiöse Gerichte als Herausforderung des Staates, in: Religiöses Recht und religiöse Gerichte als Herausforderung des Staates, hg. von Uwe Kischel, 2016, S. 1 (16 ff.).

Grenzen der vorbehaltlosen Gewährleistung unverfügbare grundrechtliche Dimension des Selbstbestimmungsrechts beachten. Damit anerkennt die Verfassung einen – begrenzten – Rechtspluralismus und relativiert den Rechtsetzungs- und Rechtsdurchsetzungsanspruch des Staates zugunsten religionsgemeinschaftlicher Ordnungsvorstellungen. Darin liegt eine Provokation des modernen säkularen Rechtsverständnisses, das die Einheit und Einheitlichkeit des Rechts und der Rechtsanwendung als grundlegende Gleichheitsforderungen zu seinen demokratischen und rechtsstaatlichen Grundelementen zählt. Es kann aber auch produktiv und als Ausdruck einer „Einsicht der Moderne“ verstanden werden, „dass sie ein Staats- und Gesellschaftsverständnis hervorgebracht hat, das die [...] eigenen Grenzen der Zwangsausübung reflektiert; die Definitionsmacht der bestehenden Rechtskultur hinterfragt und religiösen Überzeugungen zugesteht, Teil“ eines pluralen „Rechtsprojektes“ zu sein⁵. Selbstbestimmung in eigenen Angelegenheiten kann zur Legitimation der Gesamtrechtsordnung beitragen, indem sie kollektiven Eigenständigkeiten Raum gibt. Damit hat die Garantie des Selbstbestimmungsrechts besonderen Anteil an der grundlegenden Aufgabe des Staatskirchenrechts, die Handlungen des Staates und nichtstaatlicher religiöser Akteure, die durch unterschiedliche Handlungslogiken gekennzeichnet sind, zu koordinieren.⁶ Es spricht einiges für die These, dass die Fähigkeit, Religion und staatliches Recht als zwei voneinander getrennte Sphären ansehen zu können, sich der jüdisch-christlichen Tradition verdankt. Diese hat die Selbstbegrenzung der Religion konzeptionell entwickelt und dadurch eine Entstehungsursache des modernen Staates gesetzt.⁷

⁵ *Helmut Goerlich / Benno Zabel*, Säkularer Staat und religiöses Recht, in: JZ 2012, S. 1058 (1061). Im Zusammenhang der Kirchenverträge bereits *Alexander Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, 1965, S. 93: „Der demokratische Rechts-, Sozial- und Kulturstaat des Grundgesetzes nimmt für seine freiheitliche Ordnung kein etatistisch-positivistisches Rechtsetzungs- oder Rechtsverleihungsmonopol in Anspruch.“

⁶ Eine interessante Perspektive darauf aus der Governanceforschung bei *Gunnar Folke Schuppert*, When Governance meets Religion, 2012, S. 55 ff.

⁷ *Silvio Ferrari*, The Christian Roots of the Secular State, in: Mapping the Legal Boundaries of Belonging. Religion and Multiculturalism from Israel to Canada, hg. von René Provost, 2014, S. 25 ff.

II. Der historische Kontext des Konzepts

Es hat vor allem historische Gründe, dass es neben der grundrechtlichen Gewährleistung der Religionsfreiheit auch in ihrer kollektiven Dimension im deutschen Staatskirchenrecht Garantien der Selbstbestimmung gibt, die ausschließlich Religionsgemeinschaften berechtigen. Nach wie vor ist sogar neben der Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und der Trennung von Staat und Kirche im Sinne des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 WRV das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgesellschaften nach Art. 137 Abs. 3 WRV die dritte Säule⁸ des grundgesetzlichen Religionsrechts. Die im Wortlaut auf Verfassungen des 19. Jahrhunderts zurückgehende, allein bei der Schrankenklauseel 1919 neugefasste Garantie des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV lautet: „Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbstständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes.“ Die Weimarer Verfassung fügte dem die zeitbedingte Klarstellung des Satzes 2 hinzu: „Sie verleiht ihre Ämter ohne Mitwirkung des Staates oder der bürgerlichen Gemeinde.“ Im Zusammenhang des grundgesetzlichen Religionsverfassungsrechts bedeutet diese Vorschrift eine vollständige Freistellung der Religionsgemeinschaften von staatlicher Aufsicht in ihren eigenen Angelegenheiten.⁹ Diese „lex regia“¹⁰ des deutschen Staatskirchenrechts bezeichnet nicht nur einen „wesentlichen Teilaspekt“¹¹ des Verhältnisses von Staat und Religionsgemeinschaften. Es geht insgesamt um die freiheitssichernde und zugleich konfliktschlichtende Abgrenzung und Zuordnung konkreten kollektiven Handelns und Entscheidens im Staat einerseits, in den Religionsgemeinschaften andererseits. Das Selbstbestimmungsrecht hat die Aufgabe, „Konkordanz zwischen der kirchlichen und staatlichen Ordnung“¹² herzu-

4

⁸ *Axel von Campenhausen / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 99; vgl. auch *Karl-Hermann Kästner*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Wolfgang Kahl / Christian Waldhoff / Christian Walter, Losebl. Stand Juni 2018, Art. 140, Rn. 289: Das Selbstbestimmungsrecht als „bestimmendes Kennzeichen des deutschen Religionsverfassungsrechts“.

⁹ Vgl. BVerfGE 30, 415 (428); *Stefan Koriath*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz – Kommentar, Losebl. Stand Januar 2018, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 17.

¹⁰ *Johannes Heckel*, Melancthon und das heutige Staatskirchenrecht, in: Um Recht und Gerechtigkeit. Festgabe Erich Kaufmann, 1950, S. 83 ff., 85.

¹¹ *Konrad Hesse*, Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften (§ 17), in: HSKR², Bd. I, 1994, S. 521 (529).

¹² *Klaus Schlaich*, Der „Dritte Weg“ – eine kirchliche Alternative zum Tarifvertragssystem?, in: JZ 1980, S. 209 (214).

stellen. Sein Verständnis hängt von drei sich beständig wandelnden Faktoren ab: dem Verständnis der Religionsgemeinschaften, des Staates und der richtigen Zuordnung beider.¹³ Es überrascht deshalb nicht, dass die Interpretation des kirchlichen und religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrechts seit der Paulskirchenverfassung von 1848/49 und der Preußischen Verfassung von 1850 tiefgreifende Veränderungen erfahren hat. Es handelt sich um eine der sinnvariierenden Vorschriften,¹⁴ für die gilt, dass derselbe Wortlaut im Laufe der Verfassungen nicht dieselbe Bedeutung haben muss.¹⁵ Als materielle Norm und Kollisionsregel zugleich ist das Selbstbestimmungsrecht Spiegelbild des jeweiligen Religionsverfassungsrechts, in das es eingebettet ist.

- 5 Staatliche Garantien kirchlicher Selbstbestimmung entstanden mit der stufenweisen Beendigung umfassender Hoheit und Aufsicht des Staates über die äußeren Angelegenheiten (*iura circa sacra*) der Kirchen zu Beginn des 19. Jahrhunderts. In Abkehr von dem aus der Souveränität fließenden Staatskirchentum absolutistischer oder aufklärerischer und vornehmlich protestantischer Prägung¹⁶ kommt im

¹³ *Klaus Meyer-Teschendorf*, Staat und Kirche im pluralistischen Gemeinwesen, 1979, S. 1: „Am und im Staatskirchenrecht zeren die verschiedensten Vorstellungen vom Staat, seiner Verfassung und seinem Verhältnis zur Gesellschaft.“

¹⁴ Zu Beginn der Geltung des Grundgesetzes wurde allerdings die Wandlungsfähigkeit der Norm zu stark betont. *Konrad Hesse*, Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, 1956, S. 32: „Wenn sich das Lebensverhältnis von Staat und Kirche gewandelt hat, muß sich auch ihr Rechtsverhältnis gewandelt haben.“

¹⁵ Klassisch *Rudolf Smend*, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, in: ZevKR 1 (1951), S. 4 (4): „Aber wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, ist es nicht dasselbe.“

¹⁶ Bezeichnend etwa *Georg Wiese*, Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts, Erster Theil, 1799, S. 124: „Der Staat existierte früher als die Kirche; nur die äußere Sicherheit, welche jener gewährte, machte die Einrichtung von dieser möglich. Es widerspricht der Idee einer höchsten Gewalt, irgendeine höhere anzuerkennen. [...] Nein, die Kirche existiert im Staat, ist subordiniert, existiert nur mit Bewilligung des Staats.“ *Heinrich Gottfried Scheidemann*, Das Staatsrecht nach der Vernunft und den Sitten der vornehmsten Völker, 2. Teil, 1771, S. 28 f.: „Das vernünftige Staatsrecht giebt also dem Landesherrn auf die Kirche eben die Befugnisse, welche er überhaupt auf die Gesellschaften in seinen Territorien ausüben kann, und weil diese Rechte nicht aus der Religion, sondern aus der Regierung entspringen, so kommen sie auch dem Souverain zu, ohne darauf zu setzen, ob er sich selbst zu dieser oder jener Religion bekennt.“ Dazu auch *Thomas Hahn*, Staat und Kirche im deutschen Naturrecht, 2012, S. 196 ff.; *Klaus Schlaich*, Der rationale Territorialismus, in: ZRG 85 KA 54 (1968), S. 269 ff.; *Josef Godehard Ebers*, Staat und Kirche im neuen Deutschland, 1930, S. 2 ff.

weltlichen Recht – auch unter dem Eindruck der neuen Wirklichkeit mehrkonfessioneller Staaten seit 1815 – der Gedanke eigener kirchlicher Sachbereiche und Zwecke auf, die dem Staat entzogen sind.¹⁷ Zwar blieb die staatliche Kirchenhoheit als Grundprinzip zunächst bestehen, sie wurde aber durch Freiheitsrechte der Kirchen beschränkt. Damit rezipierte das staatliche Religionsrecht Denkmuster der aufgeklärten protestantischen Kollegialtheorie einerseits,¹⁸ katholische Selbständigkeitsvorstellungen der Kirche andererseits. Den Kirchen gewährten erstmals die geschriebenen Verfassungen des Frühkonstitutionalismus Autonomie zur Besorgung ihrer inneren Angelegenheiten, soweit sie auf Kultus und Glauben gerichtet waren. Prägend waren etwa Titel IV § 9 Abs. 5 der Bayerischen Verfassungs-urkunde von 1818¹⁹ und § 71 der Württembergischen Verfassungsurkunde (1819).²⁰ Auf Drängen katholischer Kreise proklamierte § 147 der Paulskirchenverfassung (1848/49), jetzt in Parallele zum individuellen Religionsfreiheitsrecht konzipiert²¹ und prägend für die weitere Entwicklung: „Jede Religionsgemeinschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig, bleibt aber den allgemeinen

¹⁷ *Heinrich Albert Zachariae*, Deutsches Staats- und Bundesrecht, Erster Theil, 2. Aufl. 1853, S. 44 f.: „Die Sphäre des Staats, umfaßt, nach idealer Bestimmung, alle äußeren Verhältnisse des irdischen Lebens der Menschen [...]. Verschieden vom Staate ist daher die Kirche, als die zur Pflege der Religion bestimmte organische Anstalt. Die Kirche unterscheidet sich wesentlich vom Staate durch ihren Gegenstand (Religion), durch ihre Einsetzung oder Entstehung (göttliche Offenbarung) und durch die Art ihrer Wirksamkeit (keine Zwangsgewalt).“ Näher *Hahn*, Staat und Kirche (o. Fn. 16), S. 265 ff.

¹⁸ *Klaus Schlaich*, Kollegialtheorie. Kirche, Recht und Staat in der Aufklärung, 1969.

¹⁹ „Die geistliche Gewalt darf in ihrem eigentlichen Wirkungskreise nie gehemmt werden, und die weltliche Regierung darf in rein geistlichen Gegenständen der Religions-Lehre und des Gewissens sich nicht einmischen, als in soweit das obersthöheitliche Schutz- und Aufsichts-Recht eintritt, wonach keine Verordnungen und Gesetze der Kirchen-Gewalt ohne vorgängige Einsicht und das Placet des Königs verkündet und vollzogen werden dürfen.“

²⁰ „Die Anordnungen in Betreff der inneren kirchlichen Angelegenheiten bleiben der verfassungsmäßigen Autonomie einer jeden Kirche überlassen.“

²¹ Ausführlich *Henning Zwierner*, Zur Entstehung der Selbstbestimmungsgarantie der Religionsgesellschaften i. J. 1848/49, in: ZRG 104 KA 73 (1987), S. 210 ff. Zur zeitgenössischen kath. Position bündig *Franz Otto von Droste zu Vischering*, Ueber Kirche und Staat, 2. Aufl. 1838, S. 71: „Die in der Kirche konstituierte Gewalt hat das Recht, über die Mittel zum Zweck des Kirchenvereins zu bestimmen; in ihrem Wirkungskreise zu verfügen, Gebote und Verbote zu erlassen, und deren Befolgung durch die ihr eigenen Zwangs- und Strafmittel zu betreiben, kurz: Sie ist von Gott gesetzt, seine Kirche zu regieren.“

Staatsgesetzen unterworfen.“ Die Preußische Verfassung von 1850 folgte dem in ihrer Ursprungsfassung mit Präzisierungen (Art. 15): „Die evangelische und die römisch-katholische Kirche, so wie jede andere Religionsgesellschaft, ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig und bleibt im Besitz und Genuß der für ihre Kultur-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und Fonds“ Das war keine Verselbständigung und Selbstbestimmung²² im heutigen Sinne, sondern staatlich gewährte Privilegierung und staatlicher Verzicht.²³ Staatliche Kirchenhoheit und Bereiche kirchlicher Selbständigkeit standen kraft dessen nebeneinander. „Der Satz, daß alle Freiheit rechtlich, also staatlich beschränkte Freiheit ist, macht vor dem religionsgesellschaftlichen Selbstbestimmungsrecht nicht halt: Was ‚Angelegenheit‘, was ‚ordnen und verwalten‘, was ‚selbständig‘ ist im Sinne des Artikels, wird durch die Staatsgesetze bestimmt und begrenzt. Die Freiheit des Art. 15 ist zu verstehen vorbehaltlich der Staatsgesetze und der durch diese Gesetze näher zu regelnden Staatsaufsicht.“²⁴ Eine volle Entlassung in die gesellschaftliche Freiheit war dies nicht.²⁵ Mit Art. 137 Abs. 1 WRV trat die überkommene Rechtsgewährung in einen neuen Zusammenhang, der allerdings zunächst kaum Auswirkungen zeitigte: „Die Kirche ist auch nach heutigem Staatsrecht ein innerstaatlicher, dem Staat untergeordneter Verband [...]“²⁶ es bestehe „in der äußeren Form des Systems der Trennung [...] inhaltlich das bisherige System der Staatskirchenhoheit mit verminderter staatlicher Kirchenhoheit

²² Den Terminus Selbstbestimmung (mit der begrenzten Bedeutung des 19. Jahrhunderts) verwendet in der Rechtsliteratur erstmals *Gerhard Anschütz*, Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850, 1912, S. 282 ff.; vgl. auch dort S. 304: „Der Staat verzichtet im Art. 15 darauf, die Kirche als Staatsanstalt, die kirchlichen Angelegenheiten als Staatsangelegenheiten zu betrachten, oder sie so zu behandeln, als wären sie solche.“

²³ Insoweit zu Recht *Bernhard Schlink*, Die Angelegenheiten der Religionsgesellschaften, in: JZ 2013, S. 209 ff., 210: „Die Kirchen wurden beim Erlaß der preußischen Verfassungsurkunde wie schon bei der Beratung der Paulskirchenverfassung nicht als freie gesellschaftliche Einrichtungen vorausgesetzt, deren Stellung in der Gesellschaft und gegenüber dem Staat mit einem Kirchenartikel besonders herausgehoben und ausgezeichnet werden sollte, sondern als dem Staat besonders verbundene und verpflichtete Einrichtungen, die in die gesellschaftliche Freiheit entlassen werden sollten.“

²⁴ So eine protestantisch inspirierte Deutung bei *Gerhard Anschütz*, Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat (o. Fn. 22), S. 305.

²⁵ Anders wohl *Schlink*, Angelegenheiten (o. Fn. 23), S. 210.

²⁶ *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. Kommentar, 14. Aufl. 1933, S. 635.

und vermehrter kirchlicher Selbstverwaltung“²⁷ fort. Erst zum Ende der Weimarer Zeit unterbreiteten katholische Autoren eine veränderte Interpretation, wonach die Kirchen ursprüngliche Freiheit vom Staat genossen und diese, mit Grenzen, von Art. 137 Abs. 3 WRV anerkannt werde.²⁸

Diese Wendung von der gewährten zur anerkannten Freiheit wurde zum Leitstern der Interpretation der Norm unter dem Grundgesetz, mit den Worten der ersten einschlägigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts: Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV setze die Kirchen als eigenständige Institutionen voraus, „die ihrem Wesen nach unabhängig vom Staate sind und ihre Gewalt nicht von diesem herleiten.“²⁹ Die freie, vom Staat unabhängige Rechtsetzung und Verwaltung der Religionsgemeinschaften in ihren Angelegenheiten sei nicht vom Staat abgeleitet, es handelt sich um eine „unabgeleitete“ Befugnis, „originäre, nicht bloß im Sinne von Autonomie ausgesparte oder verliehene Religions- bzw. Kirchengewalt“³⁰. Wenngleich juristische Begründungen zunächst weitgehend fehlten,³¹ war der Hintergrund klar: Es war das Insistieren der Kirchen auf Unabhängigkeit nach den Pervertierungen der Staatsgewalt in der Diktatur 1933 bis 1945.³² Die konstitutive Wirkung der Selbstbestimmungsgarantie besteht danach in ihrer Anerkennungsfunktion. Alle Religionsgemeinschaften sind in ihren Angelegenheiten von staatlicher Aufsicht und Bevormundung frei. Diese fundamentale Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften zeigt sich grundsätzlich auch in seiner durchgehenden Normierung in Verträgen zwischen Staat und Kirchen, wenngleich dort häufig die kirchliche Seite in Beschränkungen des Rechts einwilligt. Art. 17 Abs. 1 AEUV gewährleistet, dass das Selbstbestimmungsrecht, soweit es nach dem mitgliedstaatlichen Verfassungsrecht garantiert wird, durch EU-

6

²⁷ Albert M. Koeniger / Friedrich Giese, Grundzüge des katholischen Kirchenrechts und des Staatskirchenrechts, 2. Aufl. 1932, S. 247 ff.

²⁸ Ebers, Staat und Kirche (o. Fn. 16), S. 256.

²⁹ BVerfGE 18, 385 (386); vgl. auch BVerfGE 24, 248; 66, 1 (19). Dazu aus der älteren Lit. etwa Klaus Obermayer, Staatskirchenrecht im Wandel, in: DÖV 1967, S. 9 ff.

³⁰ Alexander Hollerbach, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: HStR², Bd. VI, 2001, § 138, Rn. 115.

³¹ Zu Recht konstatiert bei Helmut Quaritsch, Neues und Altes über das Verhältnis von Kirchen und Staat, in: Der Staat 5 (1966), S. 451 ff.

³² Rudolf Smend, Der niedersächsische Kirchenvertrag und das heutige deutsche Staatskirchenrecht, in: JZ 1956, S. 50 ff.

Recht nicht beeinträchtigt wird.³³ Eine unionsrechtliche Absicherung des Selbstbestimmungsrechts ist allerdings Art. 17 Abs. 1 und 2 AEUV nicht zu entnehmen; die Vorschriften haben einen negativen kompetenzrechtlichen, nicht dagegen einen materiellen Gehalt.

B. Rechtscharakter und Systematik

- 7 Die Gewährleistung des Selbstbestimmungsrechts der Kirchen und Religionsgemeinschaften enthält ein subjektiv-öffentliches Recht mit Verfassungsrang³⁴ und erweitert den Schutz religiösen Wirkens in institutionell-organisatorischer Hinsicht.
- 8 Neben der Absicherung in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV findet das Selbstbestimmungsrecht auch im Grundrecht der Religionsfreiheit in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG normativen Halt. Auch Religionsgemeinschaften steht das Grundrecht der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) und der Religionsausübung (Art. 4 Abs. 2 GG) zu.³⁵ Insbesondere letztere ist auf die Eigenständigkeit aller Religionsgemeinschaften bezogen.³⁶ Die genaue Zuordnung der Schutzbereiche des Art. 4 GG und des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV ist allerdings umstritten. Zum Teil wird angenommen, beide Garantien seien mit Blick auf die Freiheit der Religionsgemeinschaften deckungsgleich; die vom Selbstbestimmungsrecht erfassten Bereiche stellten auch Religionsausübung dar.³⁷ Daraus wird in einer Variante gefolgert, Art. 137 Abs. 3 WRV habe neben Art. 4 Abs. 1 und 2 GG nur deklaratorischen Charakter.³⁸ Eine andere Variante leitet

³³ *Christian Waldhoff*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert, EUV/AEUV. Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 17 AEUV, Rn. 12 f.

³⁴ Es findet sich auch in den Landesverfassungen mit religionsrechtlichen Verbürgungen; dazu unten D. I.

³⁵ BVerfGE 24, 236 (245 ff.); *Stefan Muckel*, Schutz von Religion und Weltanschauung (§ 96), in: HGR, Bd. IV, 2011, Rn. 65.

³⁶ Vgl. BVerfGE 24, 236 (245 f., 248).

³⁷ *Joseph Listl*, Glaubens-, Bekenntnis- und Kirchenfreiheit, in: HSKR², Bd. I, 1994, S. 439 (461); *Hans Michael Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften. Studien zur Rechtsstellung der nach Art. 137 Abs. 5 WRV korporierten Religionsgesellschaften in Deutschland und in der Europäischen Union, 2003, S. 147 ff.; *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 137 WRV, Rn. 46; *Jörg Lücke*, Zur Dogmatik der kollektiven Glaubensfreiheit, in: EuGRZ 1995, S. 651 (653 ff.).

³⁸ *Joseph Listl*, Die Religionsfreiheit als Individual- und Verbandsgrundrecht in der neueren deutschen Rechtsentwicklung und im Grundgesetz, in: EssGespr. 3 (1969), S. 34 (87, 89); *ders.*, Das Grundrecht der Religionsfreiheit

aus der Schutzbereichsüberdeckung ab, dass das Selbstbestimmungsrecht nicht nur „Grundrecht im materiellen Sinne“³⁹, sondern eine originär grundrechtliche Bestimmung sei. Den Besonderheiten des Handelns von religiösen Organisationen in ihren eigenen Angelegenheiten trage der Schrankenvorbehalt Rechnung.⁴⁰ Letzteres überzeugt nicht, weil die Heranziehung der unterschiedlichen Schranken mit Unklarheiten verbunden wäre und entgegen Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde auch bei Behauptung der Verletzung von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV möglich sein müsste. Trotz der Nähe von Grundrecht und Selbstbestimmungsgarantie⁴¹ und der grundrechtsähnlichen Strukturierung der letzteren geht sie nicht vollständig im ersteren auf. Der eigenständige Regelungsgehalt von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV ist dann von Bedeutung, wenn selbstbestimmte Betätigungen der Religionsgemeinschaften nicht als Religionsausübung erfasst werden können. Dies betrifft vor allem die organisatorischen Seiten der Tätigkeit von Religionsgemeinschaften, etwa Grundstücks- oder Vermögensverwaltung oder die Organisation der Buchhaltung.⁴² Im gesamten Schutzbereich ist das Selbstbestimmungsrecht das gegenüber dem Grundrecht speziellere Recht, das dadurch die Religionsfreiheit ergänzt, durchaus in Gestalt einer dienenden, auf die religiöse Entfaltung bezogenen Freiheit. Selbstbestimmung in eigenen Angelegenheiten schützt Ausübungsvoraussetzungen (korporativer) Religionsfreiheit.⁴³

in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. 369, 374 ff. Ähnlich *Karl-Eugen Schlieff*, Die Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Kirche und seine Ausgestaltung im Bonner Grundgesetz, 1961, S. 216 ff.

³⁹ *Josef Isensee*, Die karitative Betätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat, in: HSKR², Bd. II, 1995, S. 665 (725).

⁴⁰ *Dirk Ehlers*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz – Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 4; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 37), Art. 137 WRV, Rn. 46; *Friedhelm Hufen*, Wissenschaftsfreiheit und kirchliches Selbstbestimmungsrecht an theologischen Fakultäten staatlicher Hochschulen, in: Die Macht des Geistes. Festschrift für Hartmut Schiedermaier, hg. von Dieter Dörr / Udo Fink / Christian Hillgruber / Bernhard Kempen / Dietrich Murswiek, 2001, S. 623 (628).

⁴¹ Bildlich formuliert BVerfGE 53, 366 (401), das Selbstbestimmungsrecht „wurzele“ im „Bereich“ der nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützten Freiheiten.

⁴² *Muckel*, Schutz von Religion (o. Fn. 35), Rn. 25; *Axel Isak*, Das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften und seine Bedeutung für die Auslegung staatlichen Rechts, 1994, S. 285.

⁴³ *Peter M. Huber*, Die korporative Religionsfreiheit und das Selbstbestimmungsrecht nach Art. 137 Abs. 3 WRV einschließlich ihrer Schranken, in: Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, hg. von Hans Michael

Das Bundesverfassungsgericht formuliert: „Die Garantie freier Ordnung und Verwaltung der eigenen Angelegenheiten (Art. 137 Abs. 3 WRV) erweist sich als *notwendige*, wenngleich rechtlich selbständige Gewährleistung, die der Freiheit des religiösen Lebens und Wirkens der Kirchen und Religionsgemeinschaften die zur Wahrnehmung dieser Aufgaben unerlässliche Freiheit der Bestimmung über Organisation, Normsetzung und Verwaltung hinzufügt.“⁴⁴ Die dienende Rolle zeigt sich darin, dass das Selbstbestimmungsrecht in seiner „*funktionalen* Bedeutung auf Inanspruchnahme und Verwirklichung des Grundrechts der kollektiven kirchlichen Bekenntnis- und Kultfreiheit (Art. 4 GG) angelegt“ ist.⁴⁵ Zumindest zentrale Bereiche der Selbstbestimmung nehmen damit am Schutz des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG teil. Soll im Wege der Verfassungsbeschwerde eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts überprüft werden, so eröffnet diese Möglichkeit die Berufung auf Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in der Zulässigkeit.⁴⁶ Der funktionale Zusammenhang beider Rechte genügt hierzu, in der Begründetheit kann das Bundesverfassungsgericht jede grundgesetzliche Bestimmung als Prüfungsmaßstab heranziehen. Die kollektive Religionsfreiheit dient als „verfahrensrechtliches Vehikel“⁴⁷ für die Verfassungsbeschwerde.

Heinig/Christian Walter, 2007, S. 155 (170 ff.); Bernd Grzeszick, Staatlicher Rechtsschutz in Kirchensachen, in: AöR 129 (2004), S. 168 (214): „Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV weist den Religionsgemeinschaften die Ordnung ihrer eigenen Angelegenheiten grundsätzlich ausschließlich zu – unabhängig von der religiösen Prägung der Angelegenheiten.“

⁴⁴ BVerfGE 53, 366 (401); 66, 1 (20); 72, 275 (289); 137, 273 (303 f.).

⁴⁵ BVerfGE 42, 312 (322, 334). Zu den durch Art. 140 GG inkorporierten Garantien im Verhältnis zu Art. 4 Abs. 1 und 2 GG auch BVerfGE 102, 370 (387): „Im Kontext des Grundgesetzes ist der den Religionsgemeinschaften in Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV angebotene Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ein Mittel der Entfaltung der Religionsfreiheit. [...] Der Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts soll die Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Religionsgemeinschaften unterstützen.“ Problematisch ist die Subjektivierung des Sonntagsschutzes (Art. 139 WRV) durch BVerfGE 125, 39 (77 ff.).

⁴⁶ BVerfGE 46, 73 (85); 70, 138 (162).

⁴⁷ Isensee, Die karitative Betätigung (o. Fn. 39), S. 725. *Unmittelbar* auf eine Verletzung des Art. 140 GG kann eine Verfassungsbeschwerde nicht gestützt werden; so die Rspr. seit BVerfGE 19, 129 (135): „Diese Vorschrift gewährt keine mit der Verfassungsbeschwerde verfolgbaren Grundrechte“. Ausführlich Martin Borowski, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, 2006, S. 329 ff.

C. Gegenstand und Reichweite des Selbstbestimmungsrechts

I. Personaler Schutzbereich

Der Kreis der zur Selbstbestimmung Berechtigten ist im Ausgangspunkt unstreitig. Die apodiktische Benennung „Jede Religionsgesellschaft“ meint in neuerer, sachlich übereinstimmender Begrifflichkeit der Verfassungen nach 1945 jede Religionsgemeinschaft, unabhängig von ihrer Organisationsform.⁴⁸ Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV gilt ohne Unterschied⁴⁹ für Gemeinschaften mit privatrechtlichem Status als eingetragener oder nichteingetragener Verein, Körperschaften des öffentlichen Rechts (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV) und Gemeinschaften, die keine Rechtsform nach staatlichem Recht angenommen haben, sofern es sich um Religionsgemeinschaften handelt. Nach der klassischen Begriffsbestimmung von *Gerhard Anschütz* ist eine Religionsgemeinschaft „ein die Angehörigen eines oder desselben Glaubensbekenntnisses – oder mehrerer verwandter Glaubensbekenntnisse [...] – für ein Gebiet [...] zusammenfassender Verband zu allseitiger Erfüllung der durch das gemeinsame Bekenntnis gestellten Aufgaben.“⁵⁰ Die umfassende religiöse

9

⁴⁸ BVerfGE 99, 100 (120); nach BVerwGE 123, 49 (54) kann auch ein Dachverband islamischer Organisationen, der keine natürlichen Personen als Mitglieder hat, Religionsgemeinschaft sein. *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 37), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 53; *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 40), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 5; *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 9), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 18 f.

⁴⁹ Die frühe Rspr. des Bundesverfassungsgerichts wollte zwischen den großen Kirchen und „anderen Begünstigten“ unterscheiden. Während jenen „originäre Rechtsgewalt“ mit „Eigenständigkeitsbewußtsein“ zukomme und vom Staat anerkannt werde, komme anderen Religionsgemeinschaften nur eine „vom Staat delegierte Verbandsgewalt“ zu, BVerfGE 19, 1 (12); s. a. *Johannes Heckel*, Kirchengut und Staatsgewalt, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche. Festgabe für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag, 1952, S. 103 (108 f.); *Rudolf Smend*, Zur Gewährung der Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts an Religionsgesellschaften gemäß Art. 137 WRV, in: ZevKR 2 (1952), S. 374 ff. Das ist mit den Grundsätzen der Religionsneutralität des Staates und der Verpflichtung zur Gleichbehandlung der Religionsgemeinschaften unvereinbar. Das Selbstbestimmungsrecht konstituiert neben Art. 4 Abs. 1 und 2 GG den verfassungsrechtlichen Grundstatus aller Religionsgemeinschaften. Zur frühen Rspr. – die BVerfGE 42, 312 (322); 57, 220 (224) aufgegeben hat – *Siegfried Grundmann*, Das Bundesverfassungsgericht und das Staatskirchenrecht, in: JZ 1966, S. 81 ff.; *Jurina*, Der Rechtsstatus (o. Fn. 3), S. 23.

⁵⁰ *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches (o. Fn. 26), S. 633. Neuestens so auch BVerwGE 123, 49 (54); s. a. *Ralf Poscher*, Totalität – Homogenität – Zentralität – Konsistenz, in: Der Staat 39 (2000), S. 49 ff.;

Aufgabenerfüllung unterscheidet die Religionsgemeinschaft insbesondere vom religiösen Verein, dem es um die partielle Pflege religiöser Interessen geht. Ob es sich tatsächlich um eine Religionsgemeinschaft handelt, hängt zwar vom Selbstverständnis der jeweiligen Gemeinschaft ab und kann nicht gegen den Willen der religiösen Gemeinschaft festgestellt werden, unterliegt aber, da es sich um einen spezifischen Begriff des Verfassungsrechts handelt, der Bewertung anhand des staatlichen Rechts und fällt in die Kompetenz der rechtsanwendenden Organe. Die bloße Behauptung einer religiösen Gruppe, Religionsgemeinschaft zu sein, genügt nicht. Es muss sich nach geistigem Inhalt und äußerem Erscheinungsbild tatsächlich um eine Religionsgemeinschaft handeln.⁵¹

- 10 Im Ergebnis richtig, in den Einzelheiten indes nicht unproblematisch, ist eine Ausweitung des personalen Schutzbereichs in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Sie bezieht in den Anwendungsbereich des Selbstbestimmungsrechts alle rechtlich verselbständigten Einrichtungen und Untergliederungen der Religionsgemeinschaften ein, die selbst nicht Religionsgemeinschaft sind, aber an den eigenen Angelegenheiten mitwirken. Bedeutung hat dies bislang ausschließlich für die großen christlichen Kirchen. Am Selbstbestimmungsrecht haben danach alle „der Kirche in bestimmter Weise zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform“ teil, „bei deren Ordnung und Verwaltung die Kirche grundsätzlich frei ist, wenn sie [die Einrichtungen] nach kirchlichem Selbstverständnis ihrem Zweck oder ihrer Aufgabe entsprechend berufen sind, ein Stück Auftrag der Kirche in dieser Welt wahrzunehmen und zu erfüllen“.⁵² Dies betrifft vor allem karitative und diakonische Einrichtungen, die in den Rechtsformen des Privatrechts verselbstündigt sind, etwa als gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder als eingetragener Verein nach §§ 21 ff. BGB, daneben aber auch

Bodo Pieroth / Christoph Görisch, Was ist eine „Religionsgemeinschaft“?, in: JuS 2002, S. 937 ff.; Claus Dieter Classen, Religionsrecht, 2006, Rn. 239 ff.

⁵¹ BVerfGE 83, 341 (353).

⁵² BVerfGE 46, 73 (85); 53, 366 (391); 70, 138 (162); bei Kirchengemeinden und Orden nimmt das Bundesverfassungsgericht ohne weiteres an, dass ein Zuordnungsverhältnis zur Kirche bestehe, BVerfGE 53, 366 (394 ff.); 70, 138 (163); zustimmend zur Rspr. etwa Martin Morlok, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 388 ff.; Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 40), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 5; Isak, Das Selbstverständnis der Kirchen (o. Fn. 42), S. 287 ff.; Stefan Koriath / Kai Engelbrecht, Erwerb und Verlust des Körperschaftsstatus von Orden und ordensähnlichen Gemeinschaften nach bayerischem Landesrecht, in: AfKR 176 (2007), S. 102 ff., 112 ff.

Anstalten, Stiftungen und sonstiges Vermögen.⁵³ Hier wird die privatrechtliche Stellung – vor allem im Arbeitsrecht – durch die Teilhabe an der verfassungsrechtlichen Garantie des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV überlagert, etwa bei kirchlichen Krankenhäusern und sozialen Betreuungseinrichtungen.⁵⁴

Das Selbstbestimmungsrecht kann diesen verselbständigten Einrichtungen schon deshalb nicht aus eigenem Recht zukommen, weil es ihnen mangels umfassender Erfüllung religiöser Aufgaben an der Qualität als Religionsgemeinschaft mangelt. Vermittelt wird die Teilhabe am Selbstbestimmungsrecht über die Religionsgemeinschaft, der die Einrichtungen zugeordnet sind. Die Religionsgemeinschaft bleibt Trägerin des Rechts. Ob der kirchliche Verein an ihm teilhat, entscheidet die Kirche selbst durch eine förmliche Anerkennung der Zuordnung.⁵⁵ Auch solche Vereinigungen und juristischen Personen, die nach staatlichem Recht eigenständig sind, können somit im kirchenrechtlich bestimmten Innenverhältnis der Ordnung und Verwaltung durch die zuordnende Religionsgemeinschaft unterliegen.⁵⁶ Insbesondere im Arbeitsrecht ist dann Folgerichtigkeit verlangt. Die Teilhabe am Selbstbestimmungsrecht verpflichtet die verselbständigte Einheit, in vollem Umfang dem religiösen Selbstverständnis der Kirche zu entsprechen, innerreligionsgemeinschaftlich und auch mit Wirkung für die weltliche Rechtsordnung.

Keine Unterstellung unter das Selbstbestimmungsrecht ist dann möglich, wenn die verselbständigte Einheit mit ihrer Tätigkeit keinen inhaltlichen Bezug zu den eigenen Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften aufweist. Dies gilt etwa für bloße Beschaffungsgeschäfte.⁵⁷ Ohne spezifischen Schutz durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV bleibt auch eine selbständige Ausübung des Selbst-

⁵³ Anne-Ruth Glawatz, Die Zuordnung der Diakonie zur evangelischen Kirche, in: ZevKR 51 (2006) S. 352 ff.; Jörg Winter, Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 2008, S. 137 ff.

⁵⁴ Grundsätzlich anders und mit beachtlichen Einwänden Joachim Wieland, Die Angelegenheiten der Religionsgesellschaften, in: Der Staat 25 (1986), S. 321 (342 ff.), der annimmt, dass die Ausgliederungsentscheidung der Religionsgemeinschaft auch die Ausgliederung aus dem Selbstbestimmungsrecht nach sich ziehe, weil die Tätigkeit der verselbständigten Einheit keine Angelegenheit der Religionsgemeinschaft mehr sei. S. a. Christian Arleth, Das Recht kirchlicher Arbeitnehmer auf Streik, 2016, S. 80 ff.; Markus Kleine, Institutionalisierte Verfassungswidrigkeiten im Verhältnis von Staat und Kirchen unter dem Gesetz, 1993, S. 154 ff.

⁵⁵ v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 8), S. 126.

⁵⁶ BVerfGE 46, 73 (94).

⁵⁷ BVerfG, NJW 1995, S. 1606 (1607).

verwaltungsrechts durch die Einrichtung, die vom übrigen Gebrauch in der Religionsgemeinschaft abweicht.⁵⁸ Hier wird der Zurechnungszusammenhang unterbrochen, der durch die Religionsgemeinschaft vermittelt wird. Allgemein gilt: Religiöse Vereine, die nicht einer Religionsgemeinschaft zugeordnet sind, können sich auf das Selbstbestimmungsrecht nicht berufen.⁵⁹

II. Sachlicher Schutzbereich

- 13 Den inhaltlichen Bereich der Selbstbestimmung beschreibt Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV als Ordnen und Verwalten der eigenen Angelegenheiten. Da es sich um Begriffe handelt, die nicht die Kirchen und Religionsgemeinschaften entwickelt haben, sondern die das staatliche Verfassungsrecht für sie bereithält, sind sie nach den Grundsätzen auszulegen, die für alle verfassungsrechtlichen Verbürgungen subjektiv-öffentlicher Rechte gelten. Den Religionsgemeinschaften steht nicht das Recht zu, mit Verbindlichkeit für das staatliche Recht selbstdefiniert festzulegen, welche die Angelegenheiten im Sinne des Art. 137 Abs. 3 WRV sind. Es ist zwischen selbstbestimmter religionsgemeinschaftlicher Definition des Freiheitsbereichs und staatlicher Definition und Rahmenziehung zu vermitteln. Im Streitfall haben die staatlichen Gerichte die Letztentscheidungsbefugnis.⁶⁰ Dem Verständnis der Freiheitsträger kommt aber besonderes Gewicht zu,⁶¹ auch weil die unter Umständen dem religiösen Selbstbestimmungsrecht gegenläufigen staatlichen Interessen und Grenzziehungen über die Schranke des für alle geltenden Gesetzes Berücksichtigung finden.

1. Die eigenen Angelegenheiten

- 14 Wie an vielen Stellen des Staatskirchenrechts erschließt sich der aktuelle Diskussionsstand zum Verständnis des Begriffs der eigenen Angelegenheiten erst als Ergebnis langer historischer Entwicklung.

⁵⁸ Anders VGH München, NVwZ-RR 2005, S. 315 (316).

⁵⁹ Statt aller Kästner, in: BK (o. Fn. 8), Art. 140, Rn. 296.

⁶⁰ BVerfGE 83, 341 (353).

⁶¹ „Die Respektierung des ‚religiösen Selbstverständnisses‘ bildet den Kernpunkt der religiösen Freiheitsgarantien [...]“, M. Heckel, Zur Zukunftsfähigkeit (o. Fn. 1), S. 368.

Dabei gibt es eine Konstante. Die Formel von den eigenen Angelegenheiten betrifft die Unterscheidung von den staatlichen Angelegenheiten (später auch den gemeinsamen Angelegenheiten von Staat und Kirche). Sehr wechselhaft fiel die Antwort aus, wie sich die Unterscheidung bestimmt und wer darüber verbindlich befindet. Dabei bildet den heutigen Ausgangspunkt, dass angesichts eines weiten Verständnisses von Religion(sausübung) keine kategoriale, prinzipielle Unterscheidung staatlicher und religionsgemeinschaftlicher Angelegenheiten möglich ist.

Bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes, teils darüber hinaus, prägte die Fixierung auf die Hoheit des Staates über Religion und Religionsgemeinschaften auch das Verständnis der eigenen Angelegenheiten. Die zeitlich erste Antwort lautete: Der Staat bestimmt nicht nur seine, sondern auch über die Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften. Am entschiedensten brachte *Gerhard Anschütz* dies zum Ausdruck, zuletzt in seinem Kommentar zur Weimarer Reichsverfassung. Staatliches Verfassungsrecht und staatliche Rechtsanwendung legten die eigenen Angelegenheiten in formaler Weise fest, im Streitfall entscheide der Richter „in unabhängiger Auslegung des [Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV]“. Landesgesetze, die nach Art. 137 Abs. 8 WRV zur Durchführung des Art. 137 WRV ergingen, könnten diese Auslegung nicht beschränken.⁶² Diese Vorstellung, wonach die Bestimmung des Kreises der eigenen Angelegenheiten eine Anwendung des staatlichen Rechts sei, wurzelte in der Auffassung, wonach „auch nach heutigem [= Weimarer] Staatsrecht“ Kirchen und Religionsgemeinschaften innerstaatliche, dem Staat untergeordnete Verbände seien, „kein Staat im Staate“. Das Selbstbestimmungsrecht ist danach Ausdruck der „Verschiedenheit (Trennung in diesem Sinne) der Kirche vom Staat und Verbot der Leitung (Regierung und Verwaltung) der Kirche durch den Staat“⁶³.

Die Opposition gegen diese Sicht formierte sich – auf früheren Grundlagen – in den 1920er Jahren vor allem auf der Seite katholischer Autoren; sie wollten materiell, nach der „Natur der Sache“ und der Zweckbestimmung und dem Zweckbezug der Angelegenheit un-

⁶² *Anschütz*, in: Verfassung des Deutschen Reiches (o. Fn. 26), S. 634. Heute in diese Richtung *Wieland*, *Angelegenheiten* (o. Fn. 54), S. 321 ff., 345.

⁶³ *Anschütz*, in: Verfassung des Deutschen Reiches (o. Fn. 26), S. 634 f. Bereits *ders.*, *Die Verfassungsurkunde* (o. Fn. 22), S. 307: In dem Recht „der Kirche, ihre Angelegenheiten zu verwalten“, sei „die Eigenschaft, die Gegenstände dieser Selbstverwaltung mit Wirksamkeit Dritten und dem Staat gegenüber zu bestimmen, nicht inbegriffen“. Grds. übereinstimmend das Preußische OVG, *ProVGE* 82, 196 (204 f.); ferner *RGZ* 168, 143 (156).

terscheiden, in Übereinstimmung mit *Anschütz* aber mit einer Letztentscheidungsbefugnis des Staates.⁶⁴ Die deutungsfähige Natur der Sache verschob die Gewichte in Richtung der Religionsgemeinschaften; die eigenen Angelegenheiten erschienen dadurch nicht verfassungsbestimmt, sondern der Verfassung vorausliegend, die staatliche Befugnis im Streitfall reduzierte sich auf eine Feststellungsbefugnis. Die frühe Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nahm darauf ausdrücklich Bezug.⁶⁵ Soweit keine Vereinbarung zwischen Staat und Kirche vorliege, komme es darauf an, „was materiell, der Natur der Sache oder Zweckbeziehung nach als eigene Angelegenheit der Kirche anzusehen“ sei. Der Einwand lag auf der Hand: Diesem seiner Intention nach objektiven Bestimmungsversuch muss offenbar zugrundeliegen, dass es eine dem staatlichen und konkreten religionsgemeinschaftlichen Bereich vorausliegende, gleichsam naturrechtlich vorgegebene Scheidung geistlicher und weltlicher Sphären geben könne. Eine solche verbindliche Rechtsschicht, die als Natur der Sache dem geltenden Recht einen Vorbehalt mitgeben oder aufdrängen könnte, ist dem Verfassungsstaat jedoch fremd. So führt die „Natur der Sache“ letztlich auf eine relative, vom jeweiligen Ansatz geprägte Sicht,⁶⁶ die theologisch, staatsrechtlich, kirchenrechtlich oder religionssoziologisch beeinflusst sein kann, aber dies nicht offen zugesteht und damit – etwa im Sinne der Beachtlichkeit des religiösen Selbstverständnisses – juristisch nicht verarbeitet werden kann.

- 17 Die spätere Rechtsprechung hat dies, angesichts des neu entdeckten Zusammenhangs von (kollektiver) Religionsfreiheit, religiöser Neutralität des Staates und Selbstbestimmungsrecht, ohne weitere Begründung überwunden. Jetzt rückte das Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften in den Mittelpunkt der Bestimmung der eigenen Angelegenheiten.⁶⁷ Im Zentrum stehen die „spezifisch kirchlichen Ordnungsgesichtspunkte“⁶⁸, die allerdings von den staatlichen Rechtsanwendungsinstanzen auf ihre Plausibilität zu überprüfen

⁶⁴ *Ebers*, Staat und Kirche (o. Fn. 16), S. 258 ff.; s. a. *Ernst Rudolf Huber*, Verträge zwischen Staat und Kirche im Deutschen Reich, 1930, S. 37.

⁶⁵ BVerfGE 18, 385 (387).

⁶⁶ *Klaus Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 161.

⁶⁷ Seit BVerfGE 42, 312 (322). Dazu *Karl-Hermann Kästner*, Staatliche Justizhoheit und religiöse Freiheit, 1991, S. 237 ff.; *Bernd Jeand'Heur / Stefan Koriath*, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, Rn. 184; vorsichtig einschränkend *Classen*, Religionsrecht (o. Fn. 50), Rn. 261; ablehnend *Wieland*, Angelegenheiten (o. Fn. 54), S. 346.

⁶⁸ BVerfGE 70, 137 (165); zuvor BVerfGE 66, 1 (19).

sind,⁶⁹ um die staatliche Definitionsmacht nicht völlig aus der Hand zu geben. Ähnlich wie beim Begriff der Religion genügt die schlichte Behauptung einer Religionsgemeinschaft nicht, eine Angelegenheit sei ihre und nicht eine solche des Staates. Die Religionsgemeinschaft trifft in Zweifelsfällen die Darlegungslast.⁷⁰ Soweit es nach der organisatorischen Gestalt und Binnenstruktur der Religionsgemeinschaft möglich ist, kommt es auf die Auffassung der danach maßgeblichen Instanzen „nach den von der verfaßten Kirche anerkannten Maßstäben“⁷¹ an, die Haltungen und Meinungen einzelner Mitglieder, Untergliederungen oder Einrichtungen sind auch in diesem Fall unerheblich. Schwierig wird es dagegen, wenn die Religionsgemeinschaften keine verbindlichen Willensbildungsprozesse oder Autoritäten aufweisen. In diesem Fall kommt der Plausibilitätsbehauptung besonderes Gewicht zu; gibt es widerstreitende Behauptungen aus derselben Religionsgemeinschaft, müssen sich die staatlichen Instanzen angesichts der Neutralitätspflicht einer Entscheidung enthalten. Veränderungen des religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrechts, soweit plausibel dargelegt, hat der Staat zu respektieren.⁷²

Von Bedeutung sind diese Formeln zur Eingrenzung der eigenen Angelegenheiten weniger bei spezifisch religiösen und inneren Materien, die auch nach einem etatistischen Standpunkt ohne Zweifel als religionsgemeinschaftlich zu qualifizieren sind (Liturgie, Glaubenslehre, religiöse Riten, innere Verfassung, Mitgliedschaftsrecht, Ausbildung und Rechtsstellung der Geistlichen). Konflikträchtig sind dagegen die Bereiche, bei denen die Religionsgemeinschaften sich in die Sphäre der pluralen gesellschaftlichen Öffentlichkeit oder der öffentlichen Aufgaben hineinbegeben. Das führt regelmäßig zur Frage des Ob und Wie der Überlagerung oder spezifischen Ausformung gesetzlicher Konfliktentscheidungen durch das verfassungsrechtlich geschützte Selbstbestimmungsrecht. Gerade hier bewährt sich indes die Betonung der Selbstbestimmung. Das „Grundgesetz läßt durch diese Bestimmung Raum für die Wahrnehmung von Aufgaben, die jenseits der Aufgaben des religiös und weltanschaulich neutralen Staates liegen, die aber als wesentlich für das Leben des von ihm konstituierten Gemeinwesens angesehen werden. Welches diese Aufgaben sind, entscheidet es nicht. Würde es dies tun, so würde es mit

18

⁶⁹ Vgl. BVerfGE 83, 341 (353); *Kästner*, in: BK (o. Fn. 8), Art. 140, Rn. 305; *Isak*, Das Selbstverständnis der Kirchen (o. Fn. 42), S. 285.

⁷⁰ *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 9), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 29.

⁷¹ BVerfGE 70, 138 (166).

⁷² BVerfGE 42, 312 (344).

sich selbst im Widerspruch stehen; denn indem es über Aufgaben der Kirchen und Religionsgemeinschaften befände, würde es deren Eigenständigkeit negieren und damit die Aufgaben der Gewährleistung kirchlicher und religionsgemeinschaftlicher Freiheit schon im Ansatz verfehlen.“⁷³ Die „eigenen Angelegenheiten“ gehören zu den „säkularen Verweisungs- und Bezugnahmebegriffen, deren religiöser Inhalt nur von den Religionsgemeinschaften selbst nach ihrem religiösen Bekenntnis zu bestimmen ist.“⁷⁴ Die staatliche Letztentscheidung im Streitfall bleibt gewahrt, indem der Staat den Charakter der eigenen Angelegenheit als Begriff des staatlichen Rechts geltend macht und ihm das für alle geltende Gesetz als im Rahmen der verfassungsrechtlichen Bindungen gestaltungs- und konkretisierungsfähige Schranke zur Verfügung steht. Die Religionsgemeinschaften bestimmen über die Religion, der Staat über erforderliche Beschränkungen im weltlichen Bereich. Die Standortbestimmung eigener Angelegenheiten als Ausdruck staatsfreier Selbstbestimmung innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens erklärt auch, warum im Wege vertraglicher Vereinbarungen die Religionsgemeinschaften in Einschränkungen einwilligen können. Es handelt sich um einen Freiheitsverzicht, der, ähnlich dem Grundrechtsverzicht, auf freiwilliger Grundlage ausgesprochen werden kann, soweit objektiv-rechtliche Festlegungen der Verfassung nicht entgegenstehen wie etwa die Trennung staatlicher und religionsgemeinschaftlicher Organisation und die religiöse Neutralität des Staates.

2. Einzelbereiche der eigenen Angelegenheiten

- 19** Die meisten Entfaltungsbereiche der religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmung über eigene Angelegenheiten unterliegen im Grundsatz keinem Streit; lediglich hinsichtlich Breite (Was ist erfasst?) und Tiefe (Wie weit reicht die Selbstbestimmung?) gibt es einzelne Kontroversen und Unklarheiten. Dies betrifft insbesondere den Rechtsschutz gegen Maßnahmen von Religionsgemeinschaften, das kirchliche/religionsgemeinschaftliche Arbeitsrecht und das Mitgliedschaftsrecht.
- 20** Zu den eigenen Angelegenheiten gehören in erster Linie – insoweit in völliger Übereinstimmung mit dem Schutzbereich religiöser Frei-

⁷³ Hesse, Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen (o. Fn. 11), S. 540 f.

⁷⁴ M. Heckel, Zur Zukunftsfähigkeit (o. Fn. 1), S. 379, Fn. 166; Borowski, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 47), S. 599 f.

heit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG – Lehre und Kultus, also die verbindliche Bestimmung über das eigene Bekenntnis, die Verkündigung der religiösen Lehre, die Gestalt kultischer Feiern, insbesondere Gottesdienste, die Seelsorge, religiöse Riten und, soweit vom Bekenntnis umfasst, die Verwaltung der Sakramente.⁷⁵

Ein zweiter wichtiger Bereich betrifft die Bestimmung über die Organisation und Verfassung der Religionsgemeinschaft. Dies umfasst den institutionellen und territorialen äußeren Aufbau, ferner die Grundprinzipien der inneren Struktur der Religionsgemeinschaft.⁷⁶ Ob sie, unmittelbar angeleitet durch ihre religiöse Lehre oder nicht, hierarchische oder sogar autoritäre Organisationsstrukturen aufweist oder sich an die Gestalt des modernen Verfassungsstaates mit stärkeren demokratischen und gewaltenteiligen Prinzipien anlehnt, unterliegt der Selbstbestimmung.⁷⁷ Der Verfassungsbegriff der Religionsgesellschaft kann durch unterschiedliche Organisationsformen auch im Rahmen des Vereinsrechts ausgefüllt werden.⁷⁸ Das schließt die Schaffung gemeinschaftseigener Rechtsschutzmöglichkeiten und Gerichte ein,⁷⁹ ebenso die Einrichtung von Ämtern, Behörden und die freie Personalentscheidung insbesondere bei leitenden Ämtern.⁸⁰ Nur noch historische Bedeutung hat die ausdrückliche Normierung der freien Ämterbesetzung nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 2 WRV, die 1919 vor dem Hintergrund vielfältiger staatlicher Mitentscheidungsrechte vor allem in der evangelischen Kirche der Klarstellung bedurfte.⁸¹ Angesichts des aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 WRV folgenden Gebots der vollständigen organisatorischen Trennung von Staat und Kirche steht dies nicht zur

21

⁷⁵ v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 8), S. 104; Peter Unruh, in: Hermann von Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber / Andreas Voßkuhle, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 30.

⁷⁶ BVerfGE 18, 385 (388) – Teilung einer Kirchengemeinde.

⁷⁷ BVerfGE 105, 117 (124); BGHZ 124, 173; zu Beschränkungen bei der Errichtung öff.-rechtl. verfasster Rechtsträger mit Wirkung für den staatlichen Bereich Rainer Mainusch, Staatskirchenrechtliche Überlegungen zur kirchlichen Organisationsgewalt, in: ZevKR 49 (2004), S. 285 ff., 298 ff.

⁷⁸ BVerfGE 83, 341 (354, 360). Auch die Bildung eines Dachverbandes, der selbst Religionsgemeinschaft mit dem Recht der Selbstbestimmung ist, wird ermöglicht, BVerwGE 123, 49.

⁷⁹ BVerwG, NJW 1981, S. 1972.

⁸⁰ Alexander Hollerbach, Der verfassungsrechtliche Schutz kirchlicher Organisation, in: HStR², Bd. VI, 2001, § 139, Rn. 19 ff.

⁸¹ Jeand'Heur / Koriath, Grundzüge (o. Fn. 67), Rn. 181.

Disposition beider Seiten.⁸² Die überkommene „Politische Klausel“ in Verträgen zwischen Staat und Kirche, die der staatlichen Seite das Recht einräumte, vor der Berufung leitender Geistlicher, insbesondere von Bischöfen, Bedenken geltend zu machen (z. B. Art. 14 Abs. 2 des Reichskonkordats vom 30. 7. 1933, Art. 7 des Evangelischen Kirchenvertrags Niedersachsen), ist verfassungskonform auszulegen. Sie konstituiert heute nur noch – und darauf beschränken sich die Regelungen in neueren Verträgen – Anzeigepflichten der kirchlichen Seite über die Vakanz eines Amtes und die Ämterbesetzung.⁸³

- 22 Eng verbunden mit Lehre und Organisation ist die eigene Angelegenheit der Ausbildung der Geistlichen. Diese umgreift auch das Recht, eigene Ausbildungsstätten zu errichten und zu unterhalten, eingeschlossen Fachhochschulen und kirchliche Universitäten.⁸⁴ Dazu gibt es teilweise ausdrückliche landesrechtliche Garantien, so Art. 150 Abs. 1 der Bayerischen Verfassung, Art. 32 Abs. 4 der Landesverfassung Brandenburg. Soweit es theologische Fakultäten an staatlichen Universitäten gibt,⁸⁵ gehören sie dagegen zu den gemeinsamen Angelegenheiten von Staat und Kirche, was die Kirchen jedoch nicht hindert, in den Studien- und Prüfungsordnungen die eigenen Vorstellungen über die Ausbildung der Geistlichen zu verwirklichen. Die einseitige staatliche Einrichtung eines Diplomstudienganges Katholische Theologie (ohne Möglichkeit des Priesteramtsstudiums) an einer staatlichen Universität berührt das Selbstbestimmungsrecht, da der staatliche Errichtungsakt (Vor-)Wirkungen für die Kirche entfaltet.⁸⁶ Theologie ist ein „bekenntnisgebundener Studiengang“; die Weitergabe und Verbreitung theologischer Lehren und des christlichen Glaubens bilden eine zentrale kirchliche Aktivi-

⁸² Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 40), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 9.

⁸³ Zum ev. Vertrag in Sachsen-Anhalt (1993) Hermann Weber, Der Wittenberger Vertrag – Ein Loccum für die neuen Bundesländer?, in: NVwZ 1994, S. 795 (765); Wolfgang Rüfner, Zur „Politischen Klausel“ in Konkordaten und Kirchenverträgen, in: Recht in Kirche und Staat. Joseph Listl zum 75. Geburtstag, hg. von Wilhelm Rees, 2004, S. 783 ff.

⁸⁴ Werner Weber, Rechtsfragen der kirchlichen Hochschulen, in: ZevKR 1 (1951), S. 346 ff.; Classen, Religionsrecht (o. Fn. 50), Rn. 555 f. Dazu Manfred Baldus, → § 47.

⁸⁵ Dazu Christian Waldhoff, → § 46.

⁸⁶ BVerwGE 101, 309 ff.; zustimmend Stefan Muckel, Die Rechtsstellung der Kirche bei der Einrichtung eines theologischen Studienganges an einer staatlichen Universität, in: DVBl. 1997, S. 873 ff.

tät. Das Selbstbestimmungsrecht kann dabei auch als Grenze für die Wissenschaftsfreiheit der Hochschullehrer fungieren.⁸⁷

Von zunehmender Bedeutung ist die selbständige Vermögensverwaltung der Religionsgemeinschaften.⁸⁸ Hier kommt der dienende Charakter des Selbstbestimmungsrechts insofern zum Tragen, als die finanzielle Absicherung religiöser Entfaltung durch wirtschaftliche Aktivitäten (diese unterfallen grundsätzlich nicht Art. 4 Abs. 1 und 2 GG),⁸⁹ die Beschaffung eigener finanzieller Mittel, die Bildung und Verwendung eigener Vermögensmassen und Liegenschaftsverwaltung häufig Bedingung religiöser Freiheitsbetätigung ist. Es unterliegt der eigenen Entscheidung der Religionsgemeinschaften, ob sie sich durch Steuern (unter den Voraussetzungen des Art. 137 Abs. 6 WRV) oder Beiträge finanzieren, Entgelte für religiöse (Dienst-)Leistungen verlangen oder Gewinne durch den Verkauf von Gütern mit religiösem Bezug erzielen.⁹⁰ Hier treten neben Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV auch die Gewährleistungen des Art. 14 GG und des Art. 140 i. V. m. Art. 138 Abs. 2 WRV.⁹¹ Wirtschaftliche Tätigkeit kann jedoch nur dann Art. 137 Abs. 3 WRV unterfallen, wenn ein plausibler und anhand objektiver Kriterien nachprüfbarer Zusammenhang von religiösem Auftrag und wirtschaftlicher Betätigung im Einzelfall besteht.⁹² Als Zuwendung und Sorge für den Mitmenschen ist insbesondere für die christlichen Religionsgemeinschaften die diakonische oder karitative Tätigkeit ein wichtiger Fall der eigenen Angelegenheiten.⁹³ Soweit sie als unaufgebbare Ausprägung religiöser Überzeugung erscheint, ist sie bereits über Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützt.⁹⁴ Entsprechende Einrichtungen sind Träger der freien Wohlfahrtspflege, die nach dem zumeist gesetzlich normierten Subsidiari-

23

⁸⁷ BVerfGE 122, 89; krit. dazu *Carsten Bäcker*, Staat, Kirche und Wissenschaft, in: *Der Staat* 49 (2009), S. 346 ff.; dagegen *Hans Michael Heinig*, Wie das Grundgesetz (vor) Theologie an staatlichen Hochschulen schützt, in: *Der Staat* 49 (2009), S. 615 ff.; s. a. *Joachim E. Christoph*, Kirchen- und staatskirchenrechtliche Probleme der Evangelisch-theologischen Fakultäten, 2009, S. 56 ff.

⁸⁸ Dazu *Burkhard Kämper / Markus Schulten*, → § 70.

⁸⁹ BVerwGE 90, 112 (116 ff.); BVerfGE 105, 279 (293).

⁹⁰ BVerwGE 90, 112 (116 ff.); OVG Hmb., DVBl. 1994, S. 413 (415).

⁹¹ *Karl-Hermann Kästner*, Die zweite Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, in: *JuS* 1995, S. 784 ff.

⁹² *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 8), S. 83.

⁹³ Dazu *Gernot Sydow*, → § 50; *Jörg Winter*, → § 51.

⁹⁴ BVerfGE 24, 236 (248).

tätsprinzip Vorrang vor staatlichen und kommunalen Trägern der Kranken-, Jugend-, Alten-, Behinderten- und Familienpflege haben.⁹⁵

- 24 Die Bestimmung der Rechte und Pflichten der Mitglieder ist ebenfalls Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts.⁹⁶ Dazu gehören Regelungen über den Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft und die mit ihr verbundenen Rechte und Pflichten.⁹⁷ Kennen Religionsgemeinschaften die Möglichkeit der Beendigung der Mitgliedschaft nicht, so muss der Staat sie zum Schutz der negativen Religionsfreiheit vorsehen (jedenfalls, was die Wirkungen im weltlichen Bereich angeht). Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gibt den Einzelnen aber nicht das Recht, über die institutionellen Folgen des Austritts aus der Religionsgemeinschaft zu verfügen (es gibt z. B. kein Recht, den Kirchenaustritt mit der Erklärung gegenüber der staatlichen Stelle zu verbinden, in der Kirche als geistlicher Gemeinschaft verbleiben zu wollen).⁹⁸ Der Schutz des Rechts, keiner Religionsgemeinschaft anzugehören, schließt die Anerkennung religionsgemeinschaftlicher Regelungen aus, die einzelne gegen deren Willen nur aufgrund ihrer Abstammung als Mitglied betrachten.⁹⁹

- 25 Einen besonders kontroversen Bereich betrifft das kirchliche Dienst- und Arbeitsrecht.¹⁰⁰ Das Selbstbestimmungsrecht garantiert den Religionsgemeinschaften, darüber befinden zu können, welche Dienste es in ihren leitenden Organen, Stellen und Einrichtungen geben soll und in welcher Rechtsform sie wahrzunehmen sind.¹⁰¹ Im Einzelnen gibt es mitgliedschaftliche Dienst- und Treueverhältnisse

⁹⁵ BVerfGE 22, 180 ff. – Jugendhilfe.

⁹⁶ Dazu *Michael Germann / Wolfgang Rübner*, → § 30.

⁹⁷ BVerfGE 30, 415 (422); *Kästner*, in: BK (o. Fn. 8), Art. 140, Rn. 328 ff. Die Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft ist allerdings in der staatlichen Rechtsordnung vielfach bedeutsam, staatliche Regelungen können daran anknüpfen, dazu *Axel von Campenhausen*, Entwicklungstendenzen im kirchlichen Gliedschaftsrecht, in: ZevKR 41 (1996), S. 129 (130 f.).

⁹⁸ BVerwG, JZ 2013, S. 149 ff.; dazu *Philipp Reimer*, Der Kirchenaustritt zwischen Landesrecht, Bundesrecht und Kirchenrecht, in: JZ 2013, S. 136 ff.; *Martin Löhnig / Mareike Preisner*, Verhältnis von Kirchenaustritt zur Kirchensteuerpflicht, in: NVwZ 2013, S. 39 ff.; *Johannes Kuntze*, Zur Erklärung des Kirchenaustritts vor staatlichen Stellen, in: ZevKR 55 (2010), S. 416 ff.; allgemein v. *Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 8), S. 160 f.

⁹⁹ BFHE 188, 245; *Markus Kapischke*, Mitgliedschaft und Steuerpflicht in jüdischen Gemeinden, in: ZevKR 50 (2005), S. 192 ff. Anders BVerwGE 21, 230: Es verbleibe die Möglichkeit des Austritts.

¹⁰⁰ Zum Begriff *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 75), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 74.

¹⁰¹ BVerfGE 70, 138 (164).

(z.B. bei Ordensangehörigen),¹⁰² bei Religionsgemeinschaften mit Körperschaftsstatus auch öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse (z.B. Pfarrdienstverhältnisse, kirchliche Beamtenverhältnisse) und privatrechtliche Arbeitsverhältnisse.¹⁰³ Das Ob und Wie der Dienst- und Arbeitsverhältnisse obliegt der religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmung. Insbesondere kann das religionsgemeinschaftliche Selbstverständnis in Form von allgemeinen, speziellen und/oder abgestuften Loyalitätspflichten¹⁰⁴ der Dienst- und Arbeitnehmer zum Tragen kommen.¹⁰⁵ Den staatlichen Gerichten steht es nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁰⁶ nicht zu, selbständig über die religiöse Relevanz einer Loyalitätspflicht zu urteilen;¹⁰⁷ sie können lediglich die plausible Darstellung dieser Pflicht durch die Religionsgemeinschaft überprüfen.¹⁰⁸ Das schließt es allerdings nicht aus, dass in einem zweiten Schritt, auf der Basis der von den Religionsgemeinschaften dargelegten Relevanz eines

¹⁰² BVerwG, NJW 1987, S. 207. – Zur Rechtsstellung der Angehörigen von Ordensgemeinschaften *Andreas Sailer*, → § 29.

¹⁰³ *Reinhard Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, 7. Aufl. 2015, S. 17 ff. – Zu öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen *Hendrik Munsonius*, → § 58; zu privaten Arbeitsverhältnissen *Jacob Jousen*, → § 57.

¹⁰⁴ Inhaltlich näher ausgeführt sind diese im Fall der beiden großen christlichen Kirchen in der „Grundordnung“ für die römisch-katholische Kirche und in der „Loyalitätsrichtlinie“ des Rates der EKD, s. *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 75), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 83 und 102.

¹⁰⁵ BVerfGE 70, 138 (165) – Arbeitnehmer; BVerfGE 137, 273. Dazu *Georg Neureither*, Loyalitätsobliegenheiten kirchlicher Arbeitnehmer – Neue Variationen eines alten Themas, in: NVwZ 2015, S. 493 ff.

¹⁰⁶ BVerfGE 70, 138 (168); 137, 273 (314 f.).

¹⁰⁷ So aber in der Tendenz das LAG Hamm, U. v. 13. 1. 2011, NZA-RR 2011, S. 185; krit. dazu etwa *Hans Michael Heinig*, Zum Verhältnis von kirchlichem Arbeitsrecht und Streikrecht aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: GöPPR, Nr. 1/2012, S. 3 ff. (abrufbar unter: <<http://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl/?webdoc-3455>>); *Ino Augsberg*, Die Zulässigkeit des Arbeitskampfs in kirchlichen Einrichtungen aus Sicht des Verfassungsrechts, SAE 2012, S. 11 (13 f.).

¹⁰⁸ Vgl. mit Bezug auf die insoweit übereinstimmende Judikatur sowohl des BVerfG als auch des EGMR *Christian Walter*, Kirchliches Arbeitsrecht vor den Europäischen Gerichten, in: ZevKR 57 (2012), S. 233 (240 f.). Kritisch *Michael Lysander Fremuth*, Das letzte Amen ist noch nicht gesprochen, in: EuZW 2018, S. 723 (727), der eine zum Teil gegenüber dem Bundesverfassungsgericht intensivierte Kontrolldichte seitens des EGMR sieht, gleichzeitig aber auch darauf hinweist, dass im Ergebnis „die EMRK bei nachvollziehbarer Begründung und ausreichender Abwägung der Verwirklichung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts im Arbeitsrecht regelmäßig nicht entgegenstehen dürfte.“

bestimmten Verhaltens im Rahmen eines konkreten dienst- oder arbeitsrechtlichen Konfliktfalls, zwischen den auf Basis des religiösen Selbstverständnisses festgelegten Interessen der Arbeitgeber und den konkret einschlägigen Interessen des betroffenen Arbeitnehmers abzuwägen ist.¹⁰⁹ Im Rahmen dieser Abwägung kann durch die staatlichen Gerichte festgestellt werden, dass die kirchliche Gewichtung der wechselseitigen Interessen vor dem Hintergrund ihrer eigenen allgemeinen Grundsätze fehlerhaft war. Im Kern geht es also um eine Überprüfung der kirchlichen Argumentation auf interne Widersprüche.¹¹⁰ Ob das Bundesverfassungsgericht in seiner neueren Rechtsprechung hiervon zu Gunsten „einer offenen Gesamtabwägung“ unter Berücksichtigung insbesondere auch der Grundrechte des Beschäftigten¹¹¹ abgewichen sei, darf bezweifelt werden. Mit der starken Betonung des besonderen Gewichts des religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrechts¹¹² gibt das Gericht trotz der auf den ersten Blick bestehenden Ergebnisoffenheit „klare Direktiven“¹¹³ für die folgende Abwägung vor.¹¹⁴

- 26 Das nationale Recht wird an dieser Stelle jedoch ohnehin in Teilen durch das europäische Recht, insbesondere die Antidiskriminierungsvorschriften des Unionsrechts¹¹⁵, überlagert.¹¹⁶ Diese fordern nach der neueren Rechtsprechung des EuGH, dass sich die nationalen Gerichte nicht auf eine reine Plausibilitätskontrolle zurückziehen

¹⁰⁹ Vgl. ausdrücklich zum Erfordernis einer derartigen zweiten Stufe BVerfGE 137, 273 (317); 70, 138 (168 f.); BAG, NZA 2012, S. 443 ff. Ferner die Rspr. des EGMR, EuGRZ 2010, S. 560 ff., 571 ff., wonach eine Kündigung wegen der Verletzung von Loyalitätspflichten im Einzelfall gegen Art. 8 EMRK verstoßen könne. Dazu *Gregor Thüsing*, Grund und Grenzen der besonderen Loyalitätspflichten des kirchlichen Dienstes – Gedanken zu den verfassungsrechtlichen Garantien und europarechtlichen Herausforderungen, in: *EssGespr.* 46 (2012), S. 129 (153 ff.).

¹¹⁰ So etwa auch *Ino Augsberg*, Die Zulässigkeit des Arbeitskampfs (o. Fn. 107), S. 14.

¹¹¹ BVerfGE 137, 273 (317).

¹¹² BVerfGE 137, 273 (319).

¹¹³ *Claus Dieter Classen*, Anmerkung, in: JZ 2015, S. 199 (201).

¹¹⁴ *Stephan Rixen*, Anmerkung, in: JZ 2015, S. 202 (205). Für eine bloße Rechtsprechungsbestätigung auch *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 75), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 100. Krit. zu der Zurückhaltung des BVerfG an dieser Stelle der Prüfung *Fremuth*, Das letzte Amen ist noch nicht gesprochen (o. Fn. 107), S. 724; *Rixen*, a. a. O., S. 203.

¹¹⁵ Im konkreten Fall Art. 4 Abs. 2 der RL 2000/78/EG (Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie), national umgesetzt in § 9 Abs. 2 AGG.

¹¹⁶ Hierauf hatte *Classen*, Anmerkung (o. Fn. 113), S. 199 (201 f.), bereits vor der Entscheidung des EuGH hingewiesen.

dürfen, sondern die Rechtfertigung einer Loyalitätspflicht in vollem Umfang selbst überprüfen müssen.¹¹⁷ Materiell kommt es auf das objektive – und somit vollständig nachprüfbar – Kriterium eines direkten Zusammenhangs zwischen der durch den Arbeitgeber aufgestellten beruflichen Anforderung und der fraglichen Tätigkeit an. Der unmittelbare Zusammenhang kann sich aus der besonderen Nähe eines Beschäftigten zum Verkündigungsauftrag der Kirchen oder aus der Bedeutung der Position für eine glaubhafte Außenrepräsentation des Arbeitgebers ergeben.¹¹⁸ Darüber hinaus müsse die berufliche Anforderung „angesichts des Ethos der Kirche oder Organisation ‚wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt‘ sein“¹¹⁹; die Kirchen sehen sich einer umfassenden inhaltlichen Rechtfertigungspflicht ausgesetzt. Unangetastet bleibt allein die inhaltliche Festlegung des religionsgemeinschaftlichen Ethos selbst.¹²⁰

Die Religionsgemeinschaften, praktisch die großen Kirchen, können die kollektiven Beschäftigungsbedingungen der Arbeitnehmer durch innerkirchliches Gesetz (erster Weg) festlegen, durch Tarifverträge (zweiter Weg; hierbei können Kirchengesetze den Vertrag modifizieren) oder durch arbeitsrechtliche Kommissionen, die paritätisch aus Vertretern des kirchlichen Arbeitgebers und der Arbeitnehmer zusammengesetzt sind (dritter Weg).¹²¹ Diesen Weg gehen die Bistümer der katholischen Kirche und die meisten evangelischen Landeskirchen.

27

¹¹⁷ EuGH, U. v. 11. 9. 2018 – C-68/17; U. v. 17. 4. 2018 – C-414/16. Näher dazu unten Rn. 57. In diese Richtung wiesen schon bisher einzelne Entscheidungen des EGMR, die unzureichende gerichtliche Überprüfungen der kirchlichen Position rügten, etwa EGMR, U. v. 23. 9. 2010 – 1620/03; U. v. 23. 9. 2010 – 425/03, Z. 49.

¹¹⁸ Vgl. EuGH, U. v. 17. 4. 2018 – C-414/16, Rn. 63.

¹¹⁹ Ebd. Rn. 64.

¹²⁰ Ebd. Rn. 61. Diese Maßstäbe greift das im erstgenannten Verfahren vorlegende BAG in seiner Entscheidung vom 25. 10. 2018 – 8 AZR 501/14, auf.

¹²¹ *Gregor Thüsing*, → § 59; *Reinhard Richardi*, Festschrift für Martin Heckel zum siebzigsten Geburtstag, hg. von Karl-Hermann Kästner/Knut Wolfgang Nörr/Klaus Schlaich, 1999, S. 219 ff.; *Schlaich*, Der „Dritte Weg“ (o. Fn. 12), S. 209 ff. Dazu auch die kirchenübergreifenden „Informationen zum Dritten Weg der Kirchen im Arbeitsrecht“ vom 12. 12. 2011, abgedr. in: *EssGespr.* 46 (2012), S. 198–204. Zur Zulässigkeit des „Dritten Wegs“ jetzt auch BAG, NZA 2013, S. 448 ff.; BAG, NZA 2013, S. 437 ff.; BVerfGE 140, 42. Mit Blick auch auf die europäischen Gerichte *Abbo Junker*, Kooperation oder Konfrontation der obersten Instanzen in Deutschland und Europa – Dargestellt am Beispiel des Streikrechts und der Kirchenautonomie, in: *EuZA* 2018, S. 304 (311 ff.).

- 28 Bei Berücksichtigung des weiteren Feldes des kirchlichen Friedhofswesens zeigt sich insgesamt, dass allen theoretischen Kontroversen zum Trotz der Bestand der eigenen Angelegenheiten seit 1919 eine erstaunliche Konstanz aufweist.¹²² Die Veränderungen der staatskirchenrechtlichen Grundannahmen spiegeln sich in der Auslegung der Schranken des für alle geltenden Gesetzes.

3. Ordnen und Verwalten

- 29 In Parallele zu anderen verfassungsrechtlich verbürgten Freiheitsrechten haben die Religionsgemeinschaften die Freiheit der Entscheidung, ob und in welcher Weise sie vom Selbstbestimmungsrecht Gebrauch machen. Die überkommene und heute altertümlich anmutende Beschreibung der geschützten Handlungsweisen als Ordnen und Verwalten meint zunächst – beim Ordnen – die freie eigene Rechtsetzung der Religionsgemeinschaften in ihren Angelegenheiten gemäß den spezifischen religionsgemeinschaftlichen Ordnungsgesichtspunkten,¹²³ also den Erlass generell-abstrakter Regelungen. Es darf keine staatliche Einwirkung auf die religionsgemeinschaftliche Rechtsetzung geben, das Inkrafttreten religionsgemeinschaftlicher Rechtsnormen darf nicht von einer Vorlage an den Staat oder von staatlicher Genehmigung abhängig gemacht werden.¹²⁴ Nur Vorlagepflichten können vertraglich vereinbart werden.¹²⁵
- 30 Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV trifft und darf angesichts der religiösen Neutralität des Staates keine Aussage darüber treffen, wie das religionsgemeinschaftliche Recht zu qualifizieren sei. Überwunden ist jedenfalls die frühere pauschale Einordnung als prinzipiell privates Verbandsrecht, das jedoch durch staatliche Entscheidung

¹²² Vgl. einerseits *Anschütz*, in: *Verfassung des Deutschen Reiches* (o. Fn. 26), S. 636; s. a. *Josef Godehard Ebers*, Artikel 137, 138, 140, 141. Religionsgesellschaften, in: *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, hg. von Hans Carl Nipperdey, Bd. 2, 1930, S. 361 ff., 391 ff.; andererseits heute *Peter Unruh*, *Religionsverfassungsrecht*, 4. Aufl. 2018, Rn. 166.

¹²³ Vgl. BVerfGE 70, 138 (165).

¹²⁴ *Jeand'Heur/Korioth*, *Grundzüge* (o. Fn. 67), Rn. 180; zur originären Rechtsetzungskompetenz *Stefan Muckel*, in: *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, hg. von Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling, Losebl., Stand Mai 2018, Art. 140 GG/Art. 137 WRV, Rn. 32; *Kästner*, in: *BK* (o. Fn. 8), Art. 140, Rn. 315 ff.

¹²⁵ *Kästner*, ebd., Art. 140, Rn. 314.

in den Bereich des öffentlichen Rechts gehoben werden könne.¹²⁶ Wenn Kirchen und Religionsgemeinschaften gerade durch das Selbstbestimmungsrecht als eigenständige Institutionen anerkannt werden, die vom Staat unabhängig sind und ihre Gewalt nicht von ihm herleiten,¹²⁷ dann lässt sich aus der Perspektive des staatlichen Rechts über das Recht der Religionsgemeinschaften nur aussagen, dass dies eigenständiges Recht ist, eine „Ordnung eigener Art“, „die sich nicht den Kategorien des staatlichen Rechts einordnen läßt.“¹²⁸ Dies gilt – entgegen einigen früheren Aussagen des Bundesverfassungsgerichts – nicht allein für die großen Kirchen, sondern für alle Religionsgemeinschaften. Religionsgemeinschaftliches öffentliches Recht entsteht, wenn Religionsgemeinschaften Körperschaften öffentlichen Rechts sind (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV) und von ihrer daraus folgenden Befugnis Gebrauch machen, öffentliches Recht zu setzen.¹²⁹ Es entsteht kein staatliches öffentliches Recht, auch kein selbständiger Teil dieser Rechtsmasse, sondern es handelt sich um einen Bestandteil einer öffentlichen Rechtsstellung in und gegenüber dem Staat.¹³⁰ Soweit die Religionsgemeinschaften Recht setzen dürfen, das den Binnenbereich der eigenen Angelegenheiten überschreitet und auf die Rechtssphäre Dritter oder Mitglieder außerhalb der eigentlichen Mitgliedschaft einwirkt, handelt die Religionsgemeinschaft in Ausübung vom Staat verliehener oder zugelassener autonomer Normsetzungskompetenz, so dass ein entsprechender Zulassungs- oder Verleihungsakt vorliegen muss. Dies wird etwa dann angenommen, wenn im Rahmen öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse einer Religionskörperschaft die vermögensrechtliche Dimension berührt ist. Allgemein gilt, dass bei privatrechtlich organisierten Religionsgemeinschaften die Grundlagen für eigene Rechtssetzungsakte mit Wirkung im weltlichen Bereich aus den einschlägi-

¹²⁶ *Anschütz*, Die Verfassungsurkunde (o. Fn. 22), S. 305 f. Zur aktuellen Diskussion – betr. das ev. Kirchenrecht – *Michael Germann*, Der Status der Grundlagendiskussion in der evangelischen Kirchenrechtswissenschaft, in: ZevKR 53 (2008), S. 375 ff.

¹²⁷ BVerfGE 18, 385 (386 f.); 66, 1 (19).

¹²⁸ *Hesse*, Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen (o. Fn. 11), S. 536. Bereits *Friedrich Karl von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1840, S. 27 f., hielt das Kirchenrecht für „ein für sich bestehendes Rechtsgebiet, das weder dem öffentlichen noch dem Privatrecht untergeordnet werden darf.“

¹²⁹ *Stefan Magen*, → § 27, insbesondere Rn. 37–40.

¹³⁰ Vgl. BVerfGE 18, 385 (387); 19, 129 (133).

gen staatlichen Gesetzen abzuleiten sind, bei Körperschaften des öffentlichen Rechts folgt dies aus dem Verleihungsakt.¹³¹

- 31 Die Befugnis zum selbständigen Verwalten der eigenen Angelegenheiten meint zunächst – in Fortführung der Rechtsetzungsbefugnis – die Anwendung des eigenen Rechts, gegebenenfalls nach Maßgabe eigenen Verfahrensrechts, also den Erlass konkret-individueller Rechtsakte und sonstige Verwaltungshandlungen.¹³² Darüber hinaus sind alle nicht rechtsförmigen Tätigkeiten geschützt, die geeignet oder notwendig sind, um die bei den eigenen Angelegenheiten gesetzten Aufgaben und Ziele zu erfüllen, etwa die Planung und Durchführung der Seelsorge und die Herausgabe kirchlicher Presse und Medien.¹³³ Verwalten umfasst darüber hinaus die Errichtung einer eigenen Gerichtsbarkeit in eigenen Angelegenheiten und den Erlass des gerichtlichen Verfahrensrechts.¹³⁴ Das in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 2 WRV gesondert hervorgehobene Recht der Religionsgemeinschaften, „ihre Ämter ohne Mitwirkung des Staates oder der bürgerlichen Gemeinde“ zu verleihen, ergibt sich nach heutigem Verständnis bereits aus Satz 1. Die besondere Erwähnung hat historische Gründe – vor 1919 stand dieser Aspekt der Selbstbestimmung stets in besonderer Gefahr.¹³⁵

D. Die Schranke „des für alle geltenden Gesetzes“

- 32 Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV gewährleistet das Selbstbestimmungsrecht „innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“. Dieser Schrankenvorbehalt bezieht sich, entgegen dem systematischen Aufbau der Vorschrift, auch auf die in Satz 2 gesondert genannte freie Ämterbesetzung, weil diese bereits Bestand-

¹³¹ *Classen*, Religionsrecht (o. Fn. 50), Rn. 267.

¹³² *Georg Neureither*, Recht und Freiheit im Staatskirchenrecht. Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften als Grundlage des staatskirchenrechtlichen Systems der Bundesrepublik Deutschland, 2002, S. 166 ff.

¹³³ *Jurina*, Der Rechtsstatus (o. Fn. 3), S. 137.

¹³⁴ *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 75), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 109 ff. Der Erlass von Verfahrensrecht ist bei dieser Einordnung Annex zur Einrichtung der Gerichte; er kann aber auch dem „Ordnen“ im Sinn des Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV zugeordnet werden.

¹³⁵ *Kästner*, in: BK (o. Fn. 8), Art. 140, Rn. 323; *Jeand’Heur / Koriath*, Grundzüge (o. Fn. 67), Rn. 181. S. bereits oben Rn. 4.

teil der Freiheit des Satzes 1 ist.¹³⁶ Der Schrankenvorbehalt ist der Garantie der vom Staat unabgeleiteten Freiheit nicht allein als äußere Beschränkung beigelegt. Nach heutigem Verständnis rechtfertigt er sie vor dem Hintergrund der weltlichen Gemeinwohlaufgabe des Staates. Selbstbestimmungsrecht und Schrankenvorbehalt sind untrennbar aufeinander bezogen.¹³⁷

Die Aktivierung des Schrankenvorbehalts verlangt, unbeschadet der weiteren Qualifizierungen, ein Gesetz, das heißt ein förmliches Bundes- oder Landesgesetz. Da das Gesetz „für alle“ gelten muss, also personale Allgemeinheit verlangt wird, scheiden als Schranken von vornherein solche Normen aus, die speziell und ausschließlich an Träger hoheitlicher Gewalt adressiert sind. Verfassungsnormen, insbesondere Grundrechte, verpflichten grundsätzlich nur die öffentliche Gewalt (Art. 1 Abs. 3 GG) und sind daher kein „für alle geltendes Gesetz“. Religionsgemeinschaften, auch wenn sie als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisiert sind, sind grundrechtsfähig, nicht grundrechtsverpflichtet.¹³⁸ Auch Anforderungen des Rechts- und Sozialstaatsprinzips an die staatliche Ordnung binden die Religionsgemeinschaften nicht. Gleiches gilt für die Erfordernisse der demokratischen Ordnung des Grundgesetzes, auch dann, wenn Demokratie im Sinne des Grundgesetzes als Leitprinzip gesellschaftlicher Ordnung verstanden wird. Diese Strukturprinzipien sind auf die weltliche Ordnung beschränkt. Eine Bindung der Religionsgemeinschaften an Grundrechte kommt nur in Betracht, wenn eine Drittwirkung vom Grundrecht selbst bestimmt wird (wie im Falle des Art. 9 Abs. 3 GG),¹³⁹ die Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts (ausnahmsweise) öffentliche Gewalt ausüben (im Bereich der Kirchensteuer, in Fällen der Beilehnung mit Hoheitsrechten, vor allem im Bestattungs- und Privatschulwesen) oder über die mittelbare Drittwirkung von Grundrechten eine außerstaatliche Bindung vorliegt.¹⁴⁰ Darüber hinaus können Grundrechte nicht generell als

33

¹³⁶ *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 37), Art. 140 GG / 137 WRV, Rn. 58; a. A. *Lücke*, Zur Dogmatik (o. Fn. 37), S. 654 ff.

¹³⁷ *Jurina*, Der Rechtsstatus (o. Fn. 3), S. 55; *Martin Heckel*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, in: VVDStRL 26 (1968), S. 5 (43 f.).

¹³⁸ BVerfGE 42, 312 (321 f.).

¹³⁹ Vgl. BVerfGE 57, 220 (245).

¹⁴⁰ Im Zusammenhang des religionsgemeinschaftlichen Mitgliedschaftsrechts, das dem Schutzbereich des Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV unterfällt, versteht BVerwG, JZ 2013, S. 149 (150), die durch Art. 4 Abs. 1 GG geschützte (negative) Religionsfreiheit als allgemeines Gesetz (ähnlich BVerfGE 30, 415 [422]), um im weltlichen Bereich die Möglichkeit des Austritts aus einer Religionsgemeinschaft zu schützen. Hier ließe sich

Begrenzung des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften qualifiziert werden, weil sie unter die Schrankenformel fielen. Grundrechte können nicht pauschal als Begrenzungen von Freiheitsrechten herangezogen werden, ohne sich in ihr Gegenteil zu verkehren.¹⁴¹ Ein staatliches Gesetz ist ferner dann keines, das für alle gilt, wenn es Religionsgemeinschaften ausdrücklich von seinem Anwendungsbereich ausnimmt. So findet nach § 118 Abs. 2 BetrVG die gesetzliche Betriebsverfassung auf Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen unbeschadet deren Rechtsform keine Anwendung (Vergleichbares ordnen § 112 BPersVG, § 1 Abs. 4 S. 2 MitbestG an). Eine solche Exemption muss selbstverständlich verfassungsgemäß sein und verlangt hierzu auch regelmäßig, dass die Religionsgemeinschaften selbst eigene Regelungen schaffen, „die das Schutzgut des staatlichen Gesetzes ausreichend zur Geltung kommen“¹⁴² lassen.

I. Entwicklungsstufen

34 Das für alle geltende Gesetz bezeichnet den nur mit Schwierigkeiten bestimmbar und konflikträchtigen Bereich der Abgrenzung kollektiver religiöser Selbstbestimmung und staatlicher Hoheitsmacht. An der Entwicklung des Schrankenvorbehalts und der heute „weit verzweigten“¹⁴³ Interpretation lässt sich das jeweilige Verhältnis religiöser Freiheit und staatlicher Selbstbestimmung ablesen. Für das Verständnis des Gesetzesvorbehalts ist zu bedenken, dass Art. 137 Abs. 3 WRV zwei Funktionen zu erfüllen hat. Als grundrechtsverwandtes Abwehrrecht entfaltet die Norm eine Maßstabwirkung gegenüber staatlichen Vorschriften. Zugleich ist sie Bestandteil der grundgesetzlichen Aufgabenordnung. Sie anerkennt die Religionsgemeinschaften als eigenständige Träger von Aufgaben, wobei die

aber auch erwägen, eine Mitgliedschaft gegen den Willen des einzelnen mit Wirkung im weltlichen Bereich schon dem Schutzbereich der eigenen Angelegenheiten zu entziehen.

¹⁴¹ Konrad Hesse, Grundrechtsbindung der Kirchen?, in: Kirche und Staat in der neueren Entwicklung, hg. von Paul Mikat, 1980, S. 297; Hermann Weber, Bindung der Kirchen an staatliche und innerkirchliche Grundrechte und das Verhältnis der Grundrechtsgewährleistungen zueinander, in: ZevKR 42 (1997), S. 282 ff.

¹⁴² Michael Germann, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand November 2017, Art. 140, Rn. 45.

¹⁴³ Neureither, Recht und Freiheit im Staatskirchenrecht (o. Fn. 132), S. 238.

Verfassung den Umfang des Aufgabenkreises offenhält. Als verfassungsunmittelbarer Aufgabenzuweisung kommt Art. 137 Abs. 3 WRV Bedeutung in Bezug auf religionsgemeinschaftliche Rechtsakte zu, handele es sich um Gesetze oder Einzelfallentscheidungen. Dagegen fungiert Art. 137 Abs. 3 WRV als Abwehrrecht, wenn es um staatliche Maßnahmen geht, die kirchliche Aufgaben beeinträchtigen.

1. Formaler und materialer Etatismus

Schnell überwunden war nach 1919 die durch den Wortsinn angelegte Unklarheit über den Bezug des Wortes „alle“; dieses ist nicht adjektivisch zu verstehen, also im Sinne von Gesetzen, die für alle Religionsgemeinschaften gelten, sondern im Sinne von für alle Personen geltenden Gesetzen.¹⁴⁴ Bei diesem formalen, die staatlichen Befugnisse ausdehnenden Verständnis ließ es die herrschende Weimarer Lehre, ohne Bruch zur Interpretation von Vorgängernormen, bewenden. Erfasst seien Gesetze, die für jede Person gelten. In der prägnanten Diktion von *Anschütz* hieß dies: „Für alle‘ ist also gleichbedeutend mit ‚für jedermann‘.“¹⁴⁵ Dazu rechne das bürgerliche Recht, das Strafrecht, das Verwaltungsrecht und etwa das die Besonderheiten der juristischen Personen betreffende Vereinsrecht, soweit letzteres nicht durch spezielle staatskirchenrechtlichen Normen verdrängt sei.

Den prominentesten Gegenentwurf hierzu legte *Johannes Heckel* 1932 vor, der *Anschütz* vorhielt, das Verhältnis von Staat und Kirche individualistisch-liberal nach dem Muster der Beziehung von Staat und Bürger zu deuten; das übersehe, dass es bei den Kirchen – nur

¹⁴⁴ Vgl. RGZ 114, 220 (224); dazu *Sandra Könemann*, Das Staatskirchenrecht in der wissenschaftlichen Diskussion der Weimarer Zeit, 2011, S. 354 ff.; *Werner Weber*, „Allgemeines Gesetz“ und „für alle geltendes Gesetz“, in: Festschrift für Ernst Rudolf Huber, hg. von Ernst Forsthoff (u.a.), 1973, S. 181 ff.; *Janssen*, Kollisionsrecht (o. Fn. 4), S. 717 f.; *Armin Pahlke*, Kirche und Koalitionsrecht, 1983, S. 81 f., 87; aus der neueren Rspr. etwa BVerwGE 101, 309 (314).

¹⁴⁵ *Anschütz*, in: Verfassung des Deutschen Reiches (o. Fn. 26), S. 636 (Anm. 5 zu Art. 137). Interessanterweise ließ *Anschütz* keinen Zweifel an der Gültigkeit staatlicher Aufsichtsnormen über die Religionsgemeinschaften mit Körperschaftsstatus. Dieses Sonderrecht der staatlichen Kirchenhoheit stütze sich auf Art. 137 Abs. 5 WRV. In der Sache ebenso heute *Ulrich K. Preuß*, in: Alternativkommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 2. Aufl. 1991, Art. 140 GG, Rn. 27 f.

um sie als Körperschaften des öffentlichen Rechts ging es *Heckel*¹⁴⁶ – in ihrem Verhältnis zum Staat Besonderheiten gebe: „Das ‚für alle geltende Gesetz‘ ist nicht das generelle Gesetz im Sinne der Gewaltenteilungslehre, auch nicht ein Gesetz, das sich auf eine Allgemeinheit von Individuen oder Verbänden von ihnen bezieht; es ist endlich auch nicht jedes Gesetz, das von der *volonté générale* getragen wird; sondern es ist das Gesetz, das auf die Allgemeinheit im prägnanten Sinn zugeschnitten ist, nämlich auf die deutsche Nation. Oder genauer gesagt: das ‚für alle geltende Gesetz‘ ist ein Gesetz, das trotz grundsätzlicher Bejahung der kirchlichen Autonomie vom Standpunkt der Gesamtnation als sachlich notwendige Schranke der kirchlichen Freiheit anerkannt werden muss; m. a. W. jedes für die Gesamtnation als politische, Kultur- und Rechtsgemeinschaft unentbehrliche Gesetz, aber auch nur ein solches Gesetz. Daraus folgt: Nur zwingende Interessen des deutschen Gesamtvolkes dürfen zu einer Verengung der kirchlichen Autonomie führen.“¹⁴⁷ Dieses materielle, Abwägungen und Wertungen verlangende Verständnis erweiterte den von staatlicher Ingerenz freien Bereich kirchlicher Selbstbestimmung; methodisch entstand es im Zusammenhang der von *Rudolf Smend* und *Günther Holstein* für das Verfassungsrecht allgemein geforderten geisteswissenschaftlichen und kulturbezogenen antipositivistischen Wende.¹⁴⁸

37 Sprachlich etwas modernisiert hat die frühe Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes¹⁴⁹ die *Heckelsche* Formel unter Betonung der

¹⁴⁶ Bei allen anderen Religionsgemeinschaften sollte es auch nach *J. Heckel* bei der von *Anschütz* formulierten Schrankenziehung bleiben.

¹⁴⁷ *Johannes Heckel*, Das staatskirchenrechtliche Schrifttum der Jahre 1930 und 1931, in: *VerwArch* 37 (1932), S. 280 ff. (284). Dazu *Neureither*, *Recht und Freiheit im Staatskirchenrecht* (o. Fn. 132), S. 242 ff.

¹⁴⁸ Bei *Günther Holstein*, Die beamtenrechtlichen Normen der Reichsverfassung und die Stellung der Geistlichen und Kirchenbeamten, in: *AöR* 52 (n. F. 13, 1927), S. 153 ff., 19, findet sich ein Vorläufergedanke: „Denn die Idee, daß kein Gebiet, auch nicht das des öffentlichen Lebens, wie es in den großen publizistischen Verbandsgebilden herrscht, der Herrschaft des Rechts entzogen ist, ist ein Gedanke, der fundamental das ganze System unserer nationalen Gemeinschaft und der sich in ihr verwirklichenden Rechtskultur bestimmt und damit auch das Rechtssystem der Kirche, die zwar Autonomiekreis ist, aber damit doch eben innerhalb dieser Gemeinschaft und Rechtskultur steht.“

¹⁴⁹ Etwa BGHZ 22, 383 (387): „Das bedeutet, daß heute alle, aber auch nur diejenigen Normen, die sich als Ausprägungen und Regelungen grundsätzlicher, für unseren sozialen Rechtsstaat unabdingbarer Postulate darstellen, die kirchliche Autonomie ‚einengen‘. Das sind aber Sätze, die entweder jedes Recht, auch das kirchliche Recht, mit Notwendigkeit enthält, oder die vom kirchlichen Recht stillschweigend oder ausdrücklich bejaht und in Bezug

„Besonderheit der kirchlichen Eigenständigkeit“¹⁵⁰ unmittelbar zur Anwendung gebracht. Die bei der Anwendung der Formel zutage tretenden Probleme zeigten jedoch zugleich ihre Unbestimmtheit und fehlende sichere Konkretisierbarkeit. Zudem konnte die Formel nicht erklären, warum Religionsgemeinschaften auch an weniger fundamentale Gesetze – etwa des Sozial-, Straßenverkehrs- und Baurechts – gebunden sind. Auch der fehlende Gleichlauf der Formel zur Einschränkung anderer Freiheitsrechte bewirkte angesichts der schnellen Entwicklung grundrechtlicher Dogmatik in den 1950er Jahren eine zunehmende Distanzierung der Rechtsprechung und Lehre von der *Heckelschen* Formel.¹⁵¹

2. Die „Bereichsscheidungslehre“

Die frühe Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in den 1960er Jahren setzte anders an und entwickelte zunächst die später so bezeichnete Bereichsscheidungslehre. Diese unterscheidet bei den Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften zwischen einem Innen- und einem Außenbereich. Maßnahmen des religiösen innerkirchlichen Bereichs sollen der Ausgestaltung und Beschränkung durch das staatliche Gesetz von vornherein und vollständig entzogen sein.¹⁵²

Dagegen sollen kirchliche Maßnahmen dann an das für alle geltende Gesetz gebunden sein, wenn sie auf Befugnissen gründen, die der Staat der Kirche verliehen hat oder die den staatlichen Bereich berühren. Diese Formeln zielten vor allem auf das Kirchensteuerrecht.¹⁵³ In einer eigenwilligen Deutung des Wortlauts sah das Bundesverfassungsgericht systematisch nur die innerkirchlichen Maßnahmen als eigene Angelegenheiten im Sinne des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV, während der staatliche Bereich den Raum um-

genommen werden.“ Zustimmend etwa *Hesse*, Rechtsschutz (o. Fn. 14), S. 70 ff.

¹⁵⁰ *Götz Klostermann*, Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen – Rechtsgrundlagen im kirchlichen und staatlichen Recht, 2002, S. 55.

¹⁵¹ *Wolfgang Bock*, Das für alle geltende Gesetz und die kirchliche Selbstbestimmung, 1996, S. 132 ff.

¹⁵² BVerfGE 18, 385 (387); vorsichtiger BVerfGE 30, 415 (422 ff.). *Hermann Weber*, Die Kirchen als Körperschaften des öffentlichen Rechts im System des Grundgesetzes, 1966, S. 38 ff. Eingehende Kritik bei *Neureither*, Recht und Freiheit im Staatskirchenrecht (o. Fn. 132), S. 248 ff.

¹⁵³ BVerfGE 19, 206 (212) – Badisches Kirchensteuergesetz.

greife, in dem das Selbstbestimmungsrecht an das für alle geltende Gesetz, also die staatliche Rechtsordnung insgesamt, gebunden sei. „Es gibt erstens elementare Teile der kirchlichen Ordnung, für die der Staat nicht imstande ist, Schranken in Gestalt von allgemeinen Gesetzen aufzurichten. Zu den ‚für alle geltenden Gesetzen‘ können nur solche Gesetze rechnen, die für die Kirche dieselbe Bedeutung haben wie für Jedermann. Trifft das Gesetz die Kirche nicht wie den Jedermann, sondern in ihrer Besonderheit als Kirche härter, ihr Selbstverständnis, insbesondere ihren geistig-religiösen Auftrag beschränkend, also anders als den normalen Adressaten, dann bildet es insoweit keine Schranke. Und zweitens: Eine Regelung, die keine unmittelbaren Rechtswirkungen in den staatlichen Zuständigkeitsbereich hat, bleibt eine ‚innere kirchliche Angelegenheit‘ auch dann, wenn sie dorthin mittelbare Auswirkungen hat.“¹⁵⁴ Es gehe um eine Konkordanz, in der „staatliche Gesetze nicht die den Kirchen wesentlichen eigenen Ordnungen beeinträchtigen und [...] kirchliche Gesetze nicht die für den Staat unabdingbare Ordnung kränken“¹⁵⁵. Neben der Problematik der Bereichsscheidung – sie hätte darauf hinauslaufen können, einzelne Bereiche der religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmung dem staatlichen Recht zur Gänze zu entziehen – musste die Jedermann-Formel auf Schwierigkeiten stoßen. Die gleiche Bedeutung eines Gesetzes für jeden verlangt den Vergleich der tatsächlichen Wirkung, und hier gilt: „Im tatsächlichen Vergleich zeigt sich, daß viele Gesetze für jedermann nicht eine, sondern für verschiedene Bürger verschiedene Bedeutungen haben.“¹⁵⁶

3. Die „Wechselwirkungslehre“

40

Seit 1980 hat das Bundesverfassungsgericht die eher starre Bereichsscheidungslehre durch ein abwägungsorientiertes Modell der Wechselwirkung von Kirchenfreiheit und Schrankenzweck ersetzt. Die Grundlage des neuen Ansatzes ist, dass alle kirchlichen Maßnahmen und Angelegenheiten, auch die „inneren“, dem Schrankenvorbehalt unterliegen. Die frühere „Impermeabilität“¹⁵⁷ der Innensphäre gegenüber dem staatlichen Gesetz fällt weg. Der Vorrang von religionsgemeinschaftlicher Freiheit oder staatlichem Gesetz ergibt

¹⁵⁴ BVerfGE 42, 312 (334).

¹⁵⁵ BVerfGE 42, 312 (340).

¹⁵⁶ *Schlink*, *Angelegenheiten* (o. Fn. 23), S. 214.

¹⁵⁷ *Bock*, *Das für alle geltende Gesetz* (o. Fn. 151), S. 144.

sich als Ergebnis einer Abwägung. Sogar das Vorliegen eines allgemeinen Gesetzes im Sinne der Jedermann-Formel wird zugunsten einer Abwägung offengelassen.¹⁵⁸ „Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV gewährleistet in Rücksicht auf das zwingende Erfordernis friedlichen Zusammenlebens von Staat und Kirchen [...] sowohl das selbständige Ordnen und Verwalten der eigenen Angelegenheiten [...] als auch den staatlichen Schutz anderer für das Gemeinwesen bedeutsamer Rechtsgüter. Dieser Wechselwirkung von Kirchenfreiheit und Schranken zweck ist durch entsprechende Güterabwägung Rechnung zu tragen [...]. Dabei ist jedoch dem Eigenverständnis der Kirchen, soweit es in dem Bereich der durch Art. 4 Abs. 1 GG als unverletzlich gewährleisteten Glaubens- und Bekenntnisfreiheit wurzelt und sich in der durch Art. 4 Abs. 2 GG geschützten Religionsausübung verwirklicht [...], ein besonderes Gewicht zuzumessen [...]“.¹⁵⁹ Die Abwägung ist fallbezogen: Nicht „jegliche staatliche Rechtsetzung, sofern sie nur im Sinne eines klassischen Gesellschaftsbegriffs abstrakt und generell ist und aus weltlicher Sicht von der zu regelnden Materie her als vernünftig erscheint“, könne „ohne weiteres in den den Kirchen und ihren Einrichtungen zustehenden Autonomiebereich eingreifen“.¹⁶⁰ Die wertsetzende Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts führe im Sinne einer Wechselwirkung dazu, „daß über die formalen Maßstäbe des ‚für alle Geltens‘ hinaus sich je nach der Gewichtung der Berührungspunkte staatlicher und kirchlicher Ordnung für die staatliche Rechtsetzungsbefugnis bestimmte materielle Grenzen“¹⁶¹ ergäben.

In einer grundlegenden Entscheidung¹⁶² aus dem Jahre 1985 hat das Bundesverfassungsgericht dies anhand des kirchlichen Arbeitsrechts näher entfaltet. Auf der Grundlage des staatlichen Arbeitsrechts geschlossene privatrechtliche Arbeitsverträge der arbeitgebenden Kirchen gehörten zu den eigenen Angelegenheiten im Sinne des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV. Kraft des Selbstbestimmungsrechts dürften die Kirchen den Arbeitnehmern vertraglich besondere Loyalitätsobliegenheiten auferlegen, auch zur Lebensführung im privaten Bereich, soweit diese plausible Ausformungen des religiösen Selbstverständnisses der Kirchen seien. Das ändere aber nichts an der Geltung des staatlichen Arbeitsrechts, etwa der

41

¹⁵⁸ So BVerfGE 66, 1 (21 f.); 53, 366 (400); 72, 278 (289).

¹⁵⁹ BVerfGE 53, 366 (400 f.).

¹⁶⁰ BVerfGE 53, 366 (404).

¹⁶¹ BVerfGE 53, 366 (404).

¹⁶² BVerfGE 70, 138.

kündigungsrechtlichen Vorschriften. Der Wechselwirkung von Kirchenfreiheit und Arbeitnehmerrecht sei durch eine Abwägung unter besonderer Berücksichtigung des Selbstverständnisses der Religionsgemeinschaften Rechnung zu tragen.¹⁶³ Die Entfaltung der Kirchenfreiheit stoße dort an unüberwindliche Grenzen, wo „Grundprinzipien der Rechtsordnung“ berührt seien, „wie sie im allgemeinen Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) sowie in dem Begriff der ‚guten Sitten‘ (§ 138 Abs. 1 BGB) und des *ordre public* (Art. 30 EGBGB) ihren Niederschlag gefunden haben“¹⁶⁴. In einer neueren Entscheidung betont das Bundesverfassungsgericht daneben ausdrücklich die Interessen und Grundrechte des Arbeitnehmers, die dem religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrecht „in einer offenen Gesamtabwägung gegenüberzustellen“ sind,¹⁶⁵ wobei dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften jedoch besonderes Gewicht zukommt.¹⁶⁶ Allgemein gilt, dass Rechtsgüter, die dem Selbstbestimmungsrecht im Rahmen einer Abwägung entgegengestellt werden, nicht zwingend verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter sein müssen.¹⁶⁷ Die Gesetze im Sinne des Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV können auch solche Rechtsgüter schützen, die der Gesetzgeber ohne verfassungsrechtliche Vorgaben oder Verpflichtung kraft politischer Gestaltung konstituiert hat. Nur dies entspricht dem Charakter der Schrankenklauseel als – im Sinne der Grundrechtslehren – qualifiziertem Gesetzesvorbehalt, eine Parallele zum schrankenlosen Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ist nicht möglich. So können Vorschriften aus allen Rechtsgebieten – dem Versammlungsrecht, Strafrecht¹⁶⁸, Gewerberecht, Umweltschutzrecht oder Immissionsschutzrecht¹⁶⁹ – dem Selbstbestimmungsrecht Schranken ziehen.

II. Bewertungen und verbleibende Problemfelder

- 42 Die starken Wandlungen unterworfenen Entwicklung der Schrankenformel seit 1919 unterstreicht die Bedeutung des Selbstbestim-

¹⁶³ Im Einzelnen oben Rn. 25 ff.

¹⁶⁴ BVerfGE 70, 138 (168).

¹⁶⁵ BVerfGE 137, 273 (317).

¹⁶⁶ BVerfGE 137, 273 (319); näher bereits oben Rn. 25.

¹⁶⁷ In diese Richtung aber *Grzeszick*, Staatlicher Rechtsschutz (o. Fn. 43), S. 210 ff.

¹⁶⁸ BGH, NJW 1983, S. 1809.

¹⁶⁹ BVerwGE 68, 62 – Kirchenglocken als Anlagen nach §§ 22 ff. BImSchG.

mungsrechts als Vexierbild der jeweiligen zeit- und problembefangenen (Vor-)Verständnisse über die richtige Zuordnung und Konkordanz staatlicher und religionsgemeinschaftlicher, und dies hieß in der bisherigen Entwicklung insbesondere kirchlicher, Bestimmungsbe-
reiche.¹⁷⁰ Die Anschützsche Gleichsetzung des für alle geltenden mit dem allgemeinen Gesetz stellte die religionsgemeinschaftliche Freiheit unter den Vorbehalt der potentiellen staatlichen Allzuständigkeit, der Religionsgemeinschaften wie alle anderen Rechtssubjekte unterworfen sind, mit dem in der Allgemeinheit des Gesetzes aber enthaltenen Schutz vor Diskriminierung und Sonderbehandlung. Ganz anders die Heckelsche Bereichsscheidungslehre: Sie erhält die staatliche Allzuständigkeit, lässt sie aber abrupt dort enden, wo es nicht um die „Nation als politische, Kultur- und Rechtsgemeinschaft“ geht. Wo danach die Grenzlinie verläuft, bleibt dem Verfassungsinterpreten und den rechtsanwendenden Instanzen überlassen, im Streitfall den staatlichen Gerichten. Unschwer lässt sich dies in die insbesondere von *Rudolf Smend* und *Günther Holstein* in den 1920er Jahren propagierte geisteswissenschaftlich-kulturelle, um Integration und Vermittlung bemühte Lehre von Verfassung und Verfassungsrecht¹⁷¹ einordnen. Nach 1945 verband sich diese bewegliche Grenzziehung staatlicher und kirchlicher Bereiche mit der Koordinationslehre, wonach Staat und Kirche zwar inkommensurable, aber gleichberechtigte und eigenständige Faktoren des öffentlichen Lebens seien. Der auf dem vorstaatlichen Status der Kirche beruhende „Gleichordnungsanspruch“¹⁷² zum Staat fand angesichts der „Er-schütterung des Staates“¹⁷³ zunächst weite Zustimmung.¹⁷⁴

Erstmals zu Anfang der 1960er Jahre richtete sich dagegen der estatistische Widerspruch. Das staatliche Gesetz könne jedes nach außen wirksame Handeln der Religionsgemeinschaften betreffen. In Betracht komme neben der Verfassung selbst jede vom staatlichen

43

¹⁷⁰ Vgl. auch *Bock*, Das für alle geltende Gesetz (o. Fn. 151), S. 94.

¹⁷¹ Dazu *Stefan Korioth*, *Rudolf Smend*, in: Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, hg. von *Stefan Grundmann* (u.a.), 2010, S. 583 ff.; *ders.*, Die geisteswissenschaftliche Methode: *Günther Holstein*, in: *Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815–1945*, hg. von *Joachim Lege*, 2009, S. 285 ff.

¹⁷² *Hans Peters*, Die Gegenwartslage des Staatskirchenrechts, in: *VVDStRL 11* (1954), S. 179 (181 f.).

¹⁷³ Resignierend diagnostiziert von *Werner Weber*, Die Gegenwartslage des Staatskirchenrechts, in: *VVDStRL 11* (1954), S. 153 (169).

¹⁷⁴ *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. IV, 2012, S. 337 ff.

Parlament oder im Rahmen gesetzlicher Ermächtigung von der Exekutive geschaffene verfassungsmäßige Rechtsnorm; das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit solcher rechtlicher Schranken biete dem kirchlichen Freiraum genügend Schutz.¹⁷⁵ Ziel dieser Auffassung war die „Aufrechterhaltung der Souveränität des Verfassungsgebers über den Kontaktbereich von Kirche und Staat“¹⁷⁶. Die erneute Gegenbewegung, eingeleitet Ende der 1960er Jahre, betonte an Stelle des trennenden Gegensatzes von Staat und Kirche die Verfassung als Rahmen der freiheitsbetonten Zuordnung von Staat und Kirche.¹⁷⁷ Dabei sei allerdings die Begrenzung des weltlichen Rechts mitzudenken: Staatliches Recht sei „hingeordnet auf die Gewährleistung irdischer Gerechtigkeit, politischer Freiheit und geordnetem Frieden. [...] Die Ordnung des Spirituale und des Temporale, soweit es unmittelbar mit dem geistlichen Auftrag der Kirche verknüpft ist, transzendiert den Bereich seiner legitimen Aufgaben.“¹⁷⁸ Aufgegeben wurde aber die Ausgrenzung eines inneren Bereichs religionsgemeinschaftlicher Angelegenheiten, in dem das für alle geltende Gesetz nicht gelte. „Sie verfehlt die Problemlage, weil jedes religiöse und kirchliche Wirken Wirken in der einen Welt ist, das immer Menschen betrifft, die zugleich Bürger sind. Gewiß läßt sich jenes Wirken nach seiner größeren oder geringeren Nähe zum geistlichen Kern der Kirchen und Religionsgemeinschaften differenzieren; aber das ist etwas anderes als der Versuch, in später Anknüpfung an die ältere, seit langem als unzureichend erkannte Unterscheidung von ‚inneren‘ und ‚äußeren‘ Kirchenangelegenheiten einen ‚inneren‘ Bereich des ‚verfassungs- und gesetzesfreien Selbstgesprächs‘ der Kirchen von einem ‚äußeren‘ Bereich ihres Wirkens zu scheiden, in dem staatliche Auf-

¹⁷⁵ *Ernst-Werner Fuß*, Kirche und Staat unter dem Gesetz, in: DÖV 1961, S. 734 ff.; vor allem *Helmut Quaritsch*, Kirche und Staat. Verfassungs- und staatsrechtliche Probleme der staatskirchenrechtlichen Lehre der Gegenwart, in: Der Staat 1 (1962), S. 175 (289 ff.).

¹⁷⁶ *Quaritsch*, ebd., S. 190. Nachdenklich, wenngleich *Quaritsch* nicht zustimmend, forderte *Ulrich Scheuner*, Bespr. Erik Wolf, Ordnung der Kirche, in: ZevKR 10 (1963/64), S. 46 (59), man werde „mit größerer Schärfe fragen müssen, ob das Bild des modernen säkularen Staates bisweilen nicht allzu sanfte Umrisse erhalten hat, indem der in der neuzeitlichen potestas civilis angelegte Souveränitätsanspruch übersehen wird, der auch gegenüber den Gedanken der ‚Partnerschaft‘ und der ‚Vertragssicherung‘ seine ruhende Gewalt zeigen könnte“.

¹⁷⁷ *Alexander Hollerbach*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, in: VVDStRL 26 (1968), S. 60 ff.; *Martin Heckel*, ebd. (o. Fn. 137), S. 42 ff., 54.

¹⁷⁸ *Alexander Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche (o. Fn. 5), S. 125.

gabenbereiche berührt werden.“¹⁷⁹ Eine solche Unterscheidung müsste, was nicht möglich ist, den Bereich der staatlichen Aufgaben festlegen können. Sie berücksichtigt ferner nicht, dass staatliches und religionsgemeinschaftliches Wirken sich vielfach nicht nur begegnen, sondern auch überschneiden.

Deshalb ist mit der klaren Formulierung des Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV daran festzuhalten, dass alle eigenen Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften der Schrankenformel unterliegen – sofern es um Ordnen und Verwalten geht. Unabhängig davon ist der geistlich-religiöse Kern der Religionsgemeinschaften, also Glaube, Bekenntnis, Lehre und Kultus, durch das nicht unter Gesetzesvorbehalt stehende Grundrecht des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gewährleistet. Dieses einheitliche Verständnis des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV führt sodann, mit Blick auf die Zuordnung und ausgleichende Funktion der Verfassung, zu einer Verbindung der institutionellen Sicht des Art. 137 Abs. 3 WRV mit der inzwischen gefestigten grundrechtlichen Dogmatik der Religionsfreiheit. Es resultiert in dem später vom Bundesverfassungsgericht aufgegriffenen Abwägungsmodell, das bis heute die Auslegung der Schrankenformel bestimmt. Dieses Modell hat maßvoll und zugleich deutlich die Freiheitsräume der Kirchen und Religionsgemeinschaften gestärkt; es erlaubt flexible und fallbezogene Lösungen. Allerdings sind auch die Probleme nicht zu übersehen. Abwägungen begründen die Gefahr, nicht hinreichend kontrollierte und normativ begründete subjektive Wertungen einfließen zu lassen; gemildert wird dies allenfalls durch den Zusatz, nur aufgrund zwingender Erfordernisse des friedlichen Zusammenlebens von Staat und Religionsgemeinschaften könne eine Einschränkung religionsgemeinschaftlicher Freiheitsbereiche stattfinden. Dagegen hat die Forderung des Bundesverfassungsgerichts nach einer Wechselwirkung von Freiheit und Schranken zweck eher das Potential zur Entrationalisierung. Zudem setzt die Zuordnung religionsgemeinschaftlicher Freiheit und staatlicher Grenzziehung die Fähigkeit der Religionsgemeinschaften voraus, gegenüber den staatlichen Instanzen, die die Abwägungsentscheidung zu treffen haben, ihre Ausfüllung des Selbstbestimmungsrechts präsentieren zu können; das gelingt in vollem Umfang praktisch nur solchen Religionsgemeinschaften, die mittels kirchlicher oder kirchenähnlicher Strukturen ein umfassendes religiöses Selbstverständnis entwickelt haben. Insofern zeigt sich auch an dieser Stelle des Religionsrechts, dass die scheinbar religionsgemeinschaftsneutrale Formulierung faktisch vor dem Hintergrund des Gegenübers zu

44

¹⁷⁹ Hesse, Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen (o. Fn. 11), S. 550 f.

den christlichen Großkirchen konzipiert wurde. Stellt man diese Genese in Rechnung, werden einerseits aktuelle Anpassungsschwierigkeiten des überkommenen Konzepts mit Blick auf andere Religionsgemeinschaften wie den Islam verständlicher. Andererseits erwächst aus der Einsicht die Notwendigkeit, das überkommene Konzept mit Bezug auf andere religiöse Traditionen zu erweitern. Das könnte etwa die Frage betreffen, auf welche Weise ein religiöses Selbstverständnis zu bestimmen ist: Das Erfordernis einer klaren, verbalen Artikulierbarkeit, die sich etwa absetzt von schlicht habitualisierten Ritualen, deren Sinn und Zweck nicht kommuniziert werden kann, könnte sich in dieser Sicht als spezifisch christliche – oder sogar: spezifisch protestantische – Sichtweise entpuppen, die insoweit als problematische Engführung des Religionsverfassungsrechts zugunsten einer weiteren Perspektive aufzugeben ist.¹⁸⁰

- 45 Damit lassen sich drei Grundsätze für das schrankenziehende Gesetz aufstellen. (1) Art. 137 Abs. 3 WRV enthält einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt. Begrenzungen des Selbstbestimmungsrechts bedürfen einer parlamentsgesetzlichen Grundlage, für die die allgemeinen grundgesetzlichen Anforderungen an Schrankengesetze gelten, so das Bestimmtheitsgebot¹⁸¹ und das grundsätzliche Rückwirkungsverbot. Art. 19 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 GG finden unmittelbar keine Anwendung, da Art. 137 Abs. 3 WRV nicht zu den von diesen Normen in Bezug genommenen Grundrechten gehört. (2) Eine ausgleichende, zwischen Selbstbestimmung der Religionsgemeinschaft und Letztentscheidung des Staates vermittelnde Lösung wird von einem Schrankengesetz von vornherein verfehlt, wenn staatliches Recht sich in besonderer Weise durch Sonder- oder Ausnahmerecht an Religionsgemeinschaften wendet. Gesetze, die eine besondere staatliche Aufsicht über Religionsgemeinschaften begründen wollten, Kulturkampfgesetze¹⁸² oder spezielle Regeln für die Stellung der Religions-

¹⁸⁰ Vgl. zum Problem etwa *Ino Augsberg*, Taking Religion Seriously. On the Legal Relevance of Religious Self-Concepts, in: *Journal of Law, Religion & State* 1 (2012), S. 291 ff., mit Bezug auf *Adam B. Seligman* u. a., *Ritual and its Consequences. An Essay on the Limits of Sincerity*, 2008.

¹⁸¹ BVerfGE 20, 150 (157 ff.); 21, 73 (79 f.); 34, 165 (192 f.); 41, 251 (262 f.).

¹⁸² Interessanterweise war der Preußische Kulturkampf der 1870er Jahre von zwei Änderungen des Art. 15 der Preußischen Verfassung begleitet. 1873 wurde dem Text des Selbstbestimmungsrechts der Zusatz beigefügt, wonach die Religionsgemeinschaften „den Staatsgesetzen und der gesetzlich geordneten Aufsicht des Staates unterworfen“ bleiben. 1875 wurde Art. 15 vollständig aufgehoben. Dazu *Anschütz*, Die Verfassungsurkunde (o. Fn. 22), S. 282 ff.; *Johannes Heckel*, Die Beilegung des Kulturkampfes in Preußen, in: ZRG 50 KA 19 (1930), S. 215 ff.

gemeinschaften im weltlichen Recht¹⁸³ oder ihr Finanzgebaren wären schlechthin mit dem Grundgesetz unvereinbar. Das allgemeine Gesetz ist das „für jedermann geltende, nicht final auf die Religionsgesellschaften und ihren Selbstverwaltungsstatus bezogene, den religionsgesellschaftlichen Selbstverwaltungsbereich nur wie alle anderen Normadressaten und gemeinsam mit ihnen berührende Gesetz.“¹⁸⁴ Das verbietet indes nicht, in einem allgemeinen Gesetz sachlichen Besonderheiten Rechnung zu tragen, die sich aus der Eigenart der Religionsgemeinschaften ergeben. Solche Regeln enthalten keine diskriminierenden Sonderbeschränkungen; unter Umständen können sie durch das Ziel sachgerechter Zuordnung religiöser Freiheit und staatlicher Regelungsmacht sogar gefordert sein. (3) Unter der Voraussetzung dieser Allgemeinheit ist grundsätzlich jedes Gesetz in der Lage, mit vom Gesetzgeber bestimmten Gründen und Zielen die religionsgemeinschaftliche Selbstbestimmung zu begrenzen. Materiell gilt jedoch hierbei, was bei jeder Begrenzung verfassungsrechtlich garantierter Freiheit zu beachten ist. Indem Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV sowohl die Freiheit zum selbständigen Ordnen und Verwalten eigener religionsgemeinschaftlicher Angelegenheiten gewährt als auch den Schutz und die Berücksichtigung anderer Freiheiten und Rechtsgüter normiert, muss beides – im Sinne der „praktischen Konkordanz“ *Konrad Hesses* – einer sachgerechten Zuordnung zugeführt werden. Es geht „um die Herstellung und Erhaltung eines Ordnungszusammenhangs, in dem *beide* Wirklichkeit erlangen können. Wo Kollisionen entstehen, stellt das Prinzip der Einheit der Verfassung die Aufgabe einer Optimierung: Beiden Gütern müssen Grenzen gezogen werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können. Die Grenzziehungen dürfen nicht weitergehen, als es notwendig ist, um die Konkordanz beider Rechtsgüter herzustellen. Es bedarf also verhältnismäßiger Zuordnung, wobei ‚Verhältnismäßigkeit‘ in diesem Zusammenhang eine Relation variabler Größen bezeichnet, nicht das Verhältnis variabler Mittel zu einem konstanten Zweck.“¹⁸⁵ Danach ist auch die Intensität der Beeinträchtigung zu berücksichtigen. Je stärker die religiösen Bezüge des staatlichen Eingriffs sind, desto

¹⁸³ Nach *Weber*, „Allgemeines Gesetz“ (o. Fn. 144), S. 181 ff., 189, etwa staatliche Gesetze, die für den Staat „Informationsbefugnisse, Benachrichtigungsrechte, Genehmigungs-, Bestätigungs-, Nominationsbefugnisse, Einspruchs-, Beanstandungs- und Kontrollrechte“ speziell gegenüber den Religionsgemeinschaften begründen.

¹⁸⁴ *Weber*, „Allgemeines Gesetz“ (o. Fn. 144), S. 188.

¹⁸⁵ *Hesse*, Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen (o. Fn. 11), S. 554, unter Verweis auf *dens.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl. 1993, Rn. 72, 317 f., 472.

mehr Gewicht erhält die religionsgemeinschaftliche Eigenständigkeit.

- 46 Diese Formel schließt – bei aller Unsicherheit der Anwendung im Einzelfall – ohne Bereichsscheidungen Einwirkungen auf den geistlich-religiösen Kern (Dogma, Sakramentsverwaltung, kultische und Seelsorgehandlungen) der Religionsgemeinschaften aus, weil diese, wenn sie überhaupt als für alle Rechtsunterworfenen geltende Normen denkbar sind, nicht verhältnismäßig sein können;¹⁸⁶ gesetzliche Begrenzungen außerhalb dieses Kernbereichs sind unter Berücksichtigung der religionsgemeinschaftlichen Freiheit grundsätzlich möglich. Dabei gilt es zu akzeptieren, dass Art. 137 Abs. 3 WRV keine „eindeutige, rationale“ und immer „widerspruchsfreie“ Gewichtung von religionsgemeinschaftlicher Freiheit und Schutzgut des schrankenziehenden Gesetzes enthält.¹⁸⁷ Ausnahmsweise können verfassungsrechtlich geschützte Güter auch solche Schranken rechtfertigen, die im strengen Sinne keine allgemeinen Gesetze sind. Darauf beruht etwa die Zulässigkeit staatlicher Kirchenaustrittsgesetze, die speziell das Rechtsverhältnis zwischen Kirche und Mitglied betreffen.¹⁸⁸

III. Rechtsbindung außerhalb der eigenen Angelegenheiten

- 47 Außerhalb der eigenen Angelegenheiten sind die Kirchen und Religionsgemeinschaften wie jeder andere Verband umfassend an das staatliche Recht, nicht nur die allgemeinen Gesetze, gebunden. Wenn das religionsgemeinschaftliche Wirken keinen Zusammenhang mit dem besonderen, durch Eigenständigkeit geprägten religionsgemeinschaftlichen Status aufweist, gibt es keinen Grund für weitergehende Unabhängigkeit. Im Fall der gemeinsamen Angelegenheiten von Staat und Kirchen – etwa dem Religionsunterricht in den öffentlichen Schulen nach Art. 7 Abs. 3 GG, den theologischen Fakultäten, der Anstaltsseelsorge nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 141 WRV – be-

¹⁸⁶ *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 37), Art. 140 GG/Art. 137 WRV, Rn. 63 f.; *Classen*, Religionsrecht (o. Fn. 50), Rn. 277; *Hermann Weber*, Die Grundrechtsbindung der Kirchen, in: ZevKR 17 (1972), S. 386 (403).

¹⁸⁷ *Meyer-Teschendorf*, Staat und Kirche (o. Fn. 13), S. 40, mit dem Zusatz: „Die Schutzgüter des Art. 137 Abs. 3 WRV stehen in Konkurrenz, sie bedingen und begrenzen einander, sie sind in ‚Konkordanz‘ zu bringen, – eine Konkordanz, die von Verfassungen wegen nicht vorgegeben, sondern vom Gesetzgeber je und je zu bestimmen ist.“

¹⁸⁸ Näher *Michael Germann / Wolfgang Rüfner*, → § 30.

schränkt sich die Unabhängigkeit der Religionsgemeinschaften auf die spezifisch religionsgemeinschaftlichen Aspekte und Bereiche.

IV. Vertragliche Regelungen zum Selbstbestimmungsrecht

1. Bekräftigungen

Zahlreiche Kirchenverträge seit 1919 garantieren, häufig in wörtlicher Anknüpfung an Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV, das kirchliche Selbstbestimmungsrecht, so etwa Art. 1 des Konkordats zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Staat Bayern (1924), in den neueren Verträgen etwa Art. 1 Abs. 2 des 1994 geschlossenen Vertrages zwischen dem Land Mecklenburg-Vorpommern und der Evangelisch-Lutherischen Kirche Mecklenburgs und der Pommerschen Evangelischen Kirche.¹⁸⁹ Angesichts des Vorrangs des Gesetzes können solche Klauseln das verfassungsrechtliche Selbstbestimmungsrecht weder erweitern noch enger fassen. Dennoch sind solche vertraglichen Abreden nicht bedeutungslos oder überflüssig. Sie geben dem Selbstbestimmungsrecht eine weitere Grundlage, deren Wert allerdings vom Fortbestand des entsprechenden Verfassungsrechts abhängt.¹⁹⁰ Zum anderen enthalten solche Klauseln – rechtlich indes nur deklaratorisch – eine Anerkennung der Selbstbestimmungsgrenzen des staatlichen allgemeinen Gesetzes durch den religionsgemeinschaftlichen Vertragspartner. Insoweit werden Loyalität und Rechtstreue versprochen, während der Staat es vermeiden soll, im Konflikt mit religionsgemeinschaftlicher Selbstbestimmung ohne Konsultation der betroffenen Gemeinschaft das allgemeine Gesetz durchzusetzen. Auch hierauf bezieht sich die in den Verträgen regelmäßig enthaltene Freundschaftsklausel.¹⁹¹

48

¹⁸⁹ Vgl. ebenfalls etwa aus neuerer Zeit Art. 1 Abs. 2 KathKV LSA: „Die katholische Kirche ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes.“ Art. 1 Abs. 2 JüdV LSA: „Die Jüdischen Kulturgemeinden im Land Sachsen-Anhalt und der Landesverband ordnen und verwalten ihre Angelegenheiten entsprechend jüdischen Traditionen und Gesetzen innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes selbständig.“

¹⁹⁰ Dirk Ehlers, Die Bindungswirkung von Staatskirchenverträgen, in: Staat – Kirche – Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer, hg. von Max-Emanuel Geis/Dieter Lorenz, 2001, S. 333 (338 ff.); Jeand’Heur / Koriath, Grundzüge (o. Fn. 67), Rn. 74.

¹⁹¹ Siehe z.B. Art. 6 JüdV Hessen: „Die Vertragschließenden werden etwa in Zukunft auftretende Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung einer Bestimmung dieses Vertrages auf freundschaftliche Weise beseitigen.“

2. Problematische Selbstbeschränkungen

49 Vor allem ältere Kirchenverträge und Konkordate enthalten Bestimmungen, mit denen der religiöse Vertragspartner in Einschränkungen des Selbstbestimmungsrechts einwilligt, die über die Schranken des für alle geltenden Gesetzes hinausgehen. Dies gilt etwa für die Verpflichtung zur Vorlage kirchlicher Regelungen, die die vermögensrechtliche Vertretung der Kirche, ihrer öffentlich-rechtlichen Verbände, Anstalten und Stiftungen betreffen, so aus neuerer Zeit etwa Art. 8 Abs. 2 des Vertrages des Landes Mecklenburg-Vorpommern mit der Evangelisch-Lutherischen Kirche Mecklenburgs und der Pommerschen Evangelischen Kirche. Von Bedeutung sind auch heute noch die politischen Klauseln älterer Verträge (z. B. Art. 14 Abs. 2 Nr. 2 des Reichskonkordats), wenngleich im Lichte des Art. 137 Abs. 3 S. 2 WRV auszulegen, und Anzeigepflichten bei der territorialen Organisation der Kirche (Art. 11 des Reichskonkordats). Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV schließt solche freiwilligen Beschränkungen des Selbstbestimmungsrechts zwar nicht grundsätzlich aus. Die Grenzen dieses Selbstbeschränkungsrechts dürften jedoch enger zu ziehen sein als lediglich mit Blick auf objektive Verfassungsgebote wie das Gebot der Trennung von Staat und Religionsgemeinschaften, die selbstverständlich auch durch vertragliche Vereinbarung nicht beseitigt werden können. Vielmehr ist bei der Grenzziehung ebenso zu gewährleisten, dass die grundsätzliche grundgesetzliche Entscheidung zugunsten der religiösen Selbstbestimmung durch vertragliche Vereinbarungen nicht vollständig konterkariert wird. Selbstbindungen der Religionsgemeinschaften werden daher regelhaft nur mit Blick auf spezielle Sachfragen, nicht dagegen als allgemeine Aufgabe der eigenen Position zulässig sein. Man mag das mit einem über den subjektiven Status der einzelnen Religionsgemeinschaft hinausgehenden auch objektiven Zweck der religiösen Selbstbestimmung begründen: Diese dient in dieser Sicht auch der Aufrechterhaltung sozialer Pluralität.

E. Landesverfassungsrecht und Europarecht

I. Landesrechtliche Gewährleistungen des Selbstbestimmungsrechts

50 Auch im Bereich des religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrechts sind Konflikte und Kollisionen des grundgesetzlichen

Religionsverfassungsrechts mit den Landesverfassungen¹⁹² nicht festzustellen. Einschlägige Kollisionsnormen im hierarchischen föderalen Verfassungsverbund sind Art. 31 und Art. 142 GG. Nach Art. 31 GG ist Religionsverfassungsrecht der Länder unanwendbar, wenn es den jeweils einschlägigen Normen des Grundgesetzes widerspricht. Gemäß Art. 142 GG darf das Religionsverfassungsrecht Regelungen zur Religionsfreiheit enthalten, die Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gleichwertig sind oder darüber hinausgehen.

Soweit die vor dem Grundgesetz entstandenen Landesverfassungen religionsrechtliche Bestimmungen enthalten, regeln sie das Selbstbestimmungsrecht im Anschluss an Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV, so Art. 142 Abs. 2 und 3 der Bayerischen Verfassung, Art. 59 Abs. 2 der Verfassung Bremens, Art. 49 der Hessischen Verfassung, Art. 41 Abs. 2 und 3 der Verfassung von Rheinland-Pfalz und Art. 35 Abs. 2 der Saarländischen Verfassung. Die Verfassungen von Nordrhein-Westfalen (1950) und Baden-Württemberg (1953) übernehmen über einen Verweis auf Art. 140 GG die dort in Bezug genommenen Weimarer Kirchenartikel auch in das Landesverfassungsrecht (Art. 19 Abs. 2 Verfassung Nordrhein-Westfalen, Art. 5 der Verfassung von Baden-Württemberg). In gleicher Weise gehen die Verfassungen von Sachsen (1992), Sachsen-Anhalt (1992) und Thüringen (1993) vor. Art. 9 Abs. 1 der Verfassung von Mecklenburg-Vorpommern verweist unmittelbar auf die Art. 136 bis 139 und Art. 141 WRV.¹⁹³ Keiner religionsrechtlichen Norm des Landesverfassungsrechts kommt damit für das Selbstbestimmungsrecht selbständige Bedeutung zu.

51

II. Religionsgemeinschaftliche Selbstbestimmung im europäischen Recht

Angesichts des aktuellen Standes der Einbindung des Grundgesetzes in die sowohl supra- wie internationalen Rechtsordnungen kommt eine Darstellung des religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrechts nicht ohne Einbeziehung des Europarechts, insbesondere des Rechts der Europäischen Union, aus. Es geht um die Feststellung europäischen Religionsrechts und eines unionsrechtli-

52

¹⁹² Zu den religionsrechtlichen Bestimmungen der Landesverfassungen allgemein *Stefan Koriath*, Religiöse und weltanschauliche Freiheiten (§ 236), in: HGR, Bd. VIII, 2017.

¹⁹³ Dazu *Claudio Fuchs*, Das Staatskirchenrecht der neuen Bundesländer, 1999.

chen Rahmens für das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften, das über den Anwendungsvorrang allen Unionsrechts gegenüber allem mitgliedstaatlichen Recht sich unmittelbar auf die verfassungsrechtliche Gewähr des Selbstbestimmungsrechts auswirkt und dieses Recht überlagert sowie beeinflusst.

1. Der europäische Schutz des Selbstbestimmungsrechts

a) Art. 9 EMRK

53 Die in Art. 9 EMRK u. a. geschützte Religionsfreiheit, ursprünglich als Individualrecht konzipiert, berechtigt auch Religionsgemeinschaften und Kirchen (vgl. auch Art. 34 EMRK, wonach sich auch rechtliche Vereinigungen auf die Konventionsgarantien berufen können).¹⁹⁴ Zum sachlichen Schutzbereich gehört auch das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften.¹⁹⁵ In der Rechtsprechung ist von der durch Art. 9 EMRK geschützten „autonomen Exis-

¹⁹⁴ EGMR, 27.6.2000, Nr. 27417/95, Z. 72; EGMR, 16.12.1997, Nr. 25528/94, Z. 31; anders noch die frühere Rspr. der EKMR, die nur die Mitglieder einer Glaubensgemeinschaft für berechtigt hielt, EKMR, 17.12.1968, Nr. 3768/68, Yearbook of the European Convention on Human Rights (YB) 12, 306 (315/319); *Christoph Grabenwarter*, Die korporative Religionsfreiheit nach der Menschenrechtskonvention, in: *Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag*, hg. von Stefan Muckel, 2003, S. 147 (148); *Christian Walter*, in: Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hg.), EMRK/GG, 2006, Kap. 17, Rn. 91 f.; *Antje von Ungern-Sternberg*, Religionsfreiheit in Europa, 2008, S. 44 ff.; zur Entwicklung der Rspr. *Hans-Tjabert Conring*, Korporative Religionsfreiheit in Europa, 1998, S. 339 ff.

¹⁹⁵ EGMR, 26.10.2000, Nr. 30985/96, Z. 62; EGMR, 22.1.2009, Nr. 412/03 u. a., Z. 103; *Christian Walter*, Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive, 2006, S. 369 ff.; *Hermann Weber*, Die individuelle und kollektive Religionsfreiheit im europäischen Recht einschließlich ihres Rechtsschutzes, in: ZevKR 47 (2002), S. 265 ff., 275 ff.; Entwicklung der Rspr. *Kästner*, in: BK (o. Fn. 8), Art. 140, Rn. 167 ff.; *Heinrich de Wall*, Von der individuellen zur korporativen Religionsfreiheit – die Rechtsprechung zu Art. 9 EMRK, in: Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentliches Recht, hg. von Joachim Renzikowski, 2004, S. 234 (244 ff.); *Jochen A. Frowein*, Die Bedeutung des die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit garantierenden Artikel 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: *EssGespr.* 27 (1993), S. 46 (55); *Albert Bleckmann*, Von der individuellen Religionsfreiheit des Art. 9 EMRK zum Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, 1995, S. 41 ff.; *Nikolaus Blum*, Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1990, S. 175 ff.

tenz“ der Religionsgemeinschaften die Rede;¹⁹⁶ sie verbiete es den Konventionsstaaten, sich in die inneren Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften einzumischen, die der Gerichtshof in deutlicher Parallele zu den eigenen Angelegenheiten nach Art. 137 Abs. 3 WRV bestimmt.¹⁹⁷ Mit Blick auf die weitreichende Anerkennung kirchlicher Selbstbestimmung im deutschen Arbeitsrecht ist von Bedeutung, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte besondere Anforderungen an kirchliche Arbeitnehmer als Bestandteil religionsgemeinschaftlicher Autonomie anerkannt hat.¹⁹⁸ Beschränkungen des Selbstbestimmungsrechts sind auf der Grundlage des Art. 9 Abs. 2 EMRK möglich.¹⁹⁹ Auffallend und prägend an der interpretatorischen Entwicklung ist, dass innerhalb der EMRK das Selbstbestimmungsrecht aus der individuellen Religionsfreiheit entwickelt worden ist,²⁰⁰ während nach dem Grundgesetz erst eine allmähliche Annäherung des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und des stärker institutionell gedeuteten Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV stattgefunden hat.²⁰¹ Das lässt es möglich erscheinen, dass die zukünftige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte insbesondere dann, wenn Konventionsrechte Einzelner dem Selbstbestimmungsrecht gegenüberstehen, das korporative Recht geringer bewertet als das individuelle. Insoweit dürfte die Deutung zutreffen, wonach das religiöse Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften anders als im deutschen Recht nur dienende Funktion habe und auf die Entfaltung individueller und kollektiver Religionsfreiheit bezogen sei.²⁰² Die EMRK hat in Deutschland den Rang eines einfa-

¹⁹⁶ EGMR, 10. 6. 2010, Nr. 302/02, Z. 99.

¹⁹⁷ EGMR, 26. 9. 1996, Nr. 18748/91, Z. 48; EGMR, 26. 10. 2000, Nr. 30985/96, Z. 78; EGMR, 17. 10. 2002, Nr. 50776/99 u. a., Z. 56 ff., EGMR, 15. 9. 2009, Nr. 798/05, Z. 77.

¹⁹⁸ EGMR, 23. 9. 2010, Nr. 425/03, Z. 49 (= EuGRZ 2010, 571); EGMR, 23. 9. 2010, Nr. 1620/03, Z. 69 (= EuGRZ 2010, S. 560). Dazu näher *Walter*, Kirchliches Arbeitsrecht (o. Fn. 108), S. 233 (v. a. 238 ff.); *Fremuth*, Das letzte Amen ist noch nicht gesprochen (o. Fn. 107), S. 725 ff.

¹⁹⁹ *Ungern-Sternberg*, Religionsfreiheit in Europa (o. Fn. 194), S. 69 ff.

²⁰⁰ Das klingt teils in den Begründungen des EGMR noch an, so in EGMR, 26. 10. 2000, Nr. 30985/96, Z. 60: „Were the organisational life of the [religious] community not protected by Article 9 of the Convention, all other aspects of the individual's freedom of religion would become vulnerable.“

²⁰¹ Dazu *Stefan Koriath*, Vom institutionellen Staatskirchenrecht zum grundrechtlichen Religionsverfassungsrecht? Chancen und Gefahren eines Bedeutungswandels des Art. 140 GG, in: *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel*. Festschrift für Peter Badura, hg. von Michael Brenner / Peter M. Huber / Markus Möstl, 2004, S. 727 ff.

²⁰² So *Kästner*, in: BK (o. Fn. 8), Art. 140, Rn. 168.

chen Gesetzes; erst die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fordert die Heranziehung der EMRK bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes und einen „aktiven Rezeptionsvorgang“, der die Rechtsprechung des EGMR durch konventionsfreundliche Auslegung möglichst schonend in das „vorhandene, dogmatisch ausdifferenzierte nationale Rechtssystem einzupassen“²⁰³ habe. Mit dieser Verbindungslinie ist es möglich, dass das stark von der spezifisch deutschen Tradition geprägte Verständnis der Selbstbestimmung in eigenen Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften durch die Konventionsrechtsprechung Korrekturen und Infragestellungen erfahren wird.²⁰⁴

b) Art. 6 EUV i. V. m. Art. 10 EU-GRC

54 In weitgehendem inhaltlichen Gleichlauf mit der Europäischen Menschenrechtskonvention ist auch im Unionsrecht das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften geschützt. Zunächst inkorporiert Art. 6 Abs. 1 EUV in der Fassung des Vertrages von Lissabon die Charta der Grundrechte der Europäischen Union mit dem Rang als Primärrecht in das Unionsrecht.²⁰⁵ Grundrechtsverpflichtet sind die „Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union“ sowie die „Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ (Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-GRC). Die wesentliche Bestimmung zur religiösen Freiheit enthält Art. 10 Abs. 1 EU-GRC. Der personale und sachliche Schutzbereich deckt sich mit Art. 9 EMRK, so dass auch das religionsgemeinschaftliche Selbstbestim-

²⁰³ BVerfGE 128, 326; zuvor ähnlich BVerfGE 111, 307 (327), dazu *Eckardt Klein*, Anmerkung, in: JZ 2004, S. 1176 ff.; *Klaus Schlaich / Stefan Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rn. 365 ff.

²⁰⁴ *Walter*, Kirchliches Arbeitsrecht (o. Fn. 108), S. 245, mit dem zusätzlichen Hinweis, dass die ansonsten im Bereich des Religionsrechts vom EGMR typischerweise verwendete „margin of appreciation“-Doktrin, die die deutschen Besonderheiten schützen könnte, im Bereich des kirchlichen Arbeitsrechts nicht zur Anwendung kommen dürfte. A. A. zur Anwendbarkeit der „margin of appreciation“-Doktrin in diesem Kontext *Fremuth*, Das letzte Amen ist noch nicht gesprochen (o. Fn. 107), S. 725 f.; sowie *Jens Meyer-Ladewig / Susette Schuster*, in: EMRK, hg. von Jens Meyer-Ladewig / Martin Nettesheim / Stefan von Raumer, 4. Aufl. 2017, Art. 9, Rn. 26.

²⁰⁵ Plastisch *Christian Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 310: Die Grundrechtecharta sei die „dritte Säule des Primärrechts“ neben EUV und AEUV. S. a. *Rudolf Streinz / Walter Michl*, in: EUV/AEUV, hg. von Rudolf Streinz, 3. Aufl. 2018, Art. 6 EUV, Rn. 2.

mungsrecht erfasst ist.²⁰⁶ Die Schranken ergeben sich aus Art. 52 Abs. 1 EU-GRC; da Absatz 3 dieser Vorschrift die gleiche Bedeutung und Tragweite der Charta der Grundrechte und derjenigen nach der EMRK betont, besteht die Übereinstimmung auch in den Schranken.²⁰⁷

Diese Parallelität des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes zum Schutz durch die EMRK unterstreicht noch einmal Art. 6 Abs. 3 EUV, wonach die „Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben“, als „allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts“ sind.

55

2. Europäisches und nationales Religionsverfassungsrecht

Der Europäischen Union fehlt die Kompetenz zur rechtlichen Ausformung eines unionalen Religionsrechts ebenso wie die Möglichkeit, den Mitgliedstaaten verbindliche Vorgaben zur Ausgestaltung des nationalen Staatskirchenrechts zu machen.²⁰⁸ „Ein Europäisches Religionsrecht im Sinne einer Gesamtregelung über Rechtsform und Status der Religionsgesellschaften und deren Verhältnis zum Staat [...] kann es daher nicht geben.“²⁰⁹ Mehr noch: Nach Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV hat die Europäische Union die „nationale Identität“ der Mitgliedstaaten zu achten. Jedenfalls die Grundlage des Verhältnisses von Staat und Religionsgemeinschaften gehören zu dieser nationalen Identität.²¹⁰ Die unionsrechtliche Achtung des Status, den Kirchen und Religionsgemeinschaften nach dem mitgliedstaatlichen Recht

56

²⁰⁶ *Hermann Weber*, Religionsrecht und Religionspolitik der EU, in: NVwZ 2011, S. 1485 (1489); *Hans-Peter Folz*, in: Europäisches Unionsrecht, hg. von Christoph Vedder/Wolff Heintschel von Heinegg, 2. Aufl. 2018, Art. 10 GRC, Rn. 2 f.; *Norbert Bernsdorff*, in: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, hg. von Jürgen Meyer, 4. Aufl. 2014, Art. 10, Rn. 13.

²⁰⁷ Vgl. *Streinz*, in: EUV / AEUV (o. Fn. 205), Art. 10 GRC, Rn. 1.

²⁰⁸ Vgl. nur *Kästner*, in: BK (o. Fn. 8), Art. 140, Rn. 172; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 122), Rn. 595 f.; *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 195), S. 404.

²⁰⁹ *Heinrich de Wall*, Zur aktuellen Lage des Religionsrechts der Europäischen Union, in: ZevKR 52 (2007), S. 310 (314).

²¹⁰ *Weber*, Religionsrecht (o. Fn. 206), S. 1486; *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 9), Art. 140, Rn. 41; *Stefan Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts, 2005, S. 413 ff.

genießen, nach Art. 17 Abs. 1 und 2 AEUV flankiert dies mit einem entstehungsgeschichtlich auf die Erklärung Nr. 11 zum Schlussprotokoll des Vertrages von Amsterdam (1997)²¹¹ zurückgehenden Sicherungsgebot, das sich als Kompetenzschranke verstehen lässt.²¹² In seine Auflistung integrationsfester Bestandteile des Grundgesetzes hat das Bundesverfassungsgericht überdies das Religionsrecht einbezogen.²¹³

- 57** Das Fehlen unionsrechtlicher Kompetenzen für das Religionsrecht schließt es nicht aus, dass Unionsregelungen innerhalb der bestehenden Ermächtigung Auswirkungen auf das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften nach deutschem Recht haben.²¹⁴ Das Unionsrecht betrifft die Tätigkeiten beliebiger Rechtssubjekte, sofern sie für die Integrationsziele von Bedeutung sind. Handeln Religionsgemeinschaften in diesen Bereichen, sind sie – etwa im Arbeitsrecht oder bei Antidiskriminierungsvorschriften – an Unionsrecht oder mitgliedstaatliche Umsetzungsakte gebunden. Eine pauschale Bereichsausnahme für religionsgemeinschaftliches Handeln gibt es nicht.²¹⁵ Art. 17 Abs. 1 und 2 AEUV stellt jetzt allerdings – nur mit Blick auf den Status von Religionsgemeinschaften – eine Ausnahme dar. Die für die religionsgemeinschaftliche Betätigung geltende Bindung an das Unionsrecht eröffnet die Möglichkeit – oder Gefahr –, über das Unionsrecht nivellierend in die spezifischen Rechtspositionen der Religionsgemeinschaften einzugreifen. Dem begegnen bisher tätigkeitsbezogene Bereichsausnahmen oder Ausnahmeklauseln zu-

²¹¹ Zu dieser „Amsterdamer Kirchenerklärung“ *Jeand’Heur / Korioth*, Grundzüge (o. Fn. 67), Rn. 379; *Bernd Grzeszick*, Die Kirchenerklärung zur Schlußakte des Vertrags von Amsterdam, in: *ZevKR* 48 (2003), S. 284 (285 ff.); *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 195), S. 332 ff.; *Markus Heintzen*, Die Kirchen im Recht der Europäischen Union, in: *Dem Staate, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag*, hg. von Josef Isensee / Wilhelm Rees / Wolfgang Rübner, 1999, S. 29 ff.

²¹² Zum (negativen) kompetenzrechtlichen Gehalt *Claus Dieter Classen*, in: *EUV / AEUV*, hg. von Eberhard Grabitz / Meinhard Hilf / Martin Nettesheim, Stand Mai 2018, Art. 17 AEUV, Rn. 12: „Abwehr europäischer Einwirkungen“; anders *Christoph Link*, Antidiskriminierung und kirchliches Arbeitsrecht, in: *ZevKR* 50 (2005), S. 403 (409); *Mückl*, Europäisierung (o. Fn. 210), S. 456.

²¹³ BVerfGE 123, 267 (359, 363).

²¹⁴ *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 195), S. 404; *de Wall*, Lage des Religionsrechts (o. Fn. 209), S. 315. Ein Einfallstor ist etwa das Beihilferecht, vgl. EuGH, U. v. 27. 6. 2017 – C 74/16.

²¹⁵ So vor Erlass des Art. 17 Abs. 1 u. 2 AEUV *Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (o. Fn. 37), S. 391.

gunsten der Religionsgemeinschaften, etwa im Bereich der Antidiskriminierungsvorschriften auf der Grundlage des Art. 19 AEUV.²¹⁶ Solche Ausnahmeklauseln konkretisieren Art. 17 AEUV, indem sie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit geben, Grundsätze des jeweiligen nationalen Religionsrechts bei der Umsetzung des Unionsrechts zu berücksichtigen. Im Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten besteht zugunsten letzterer ein Vorbehaltsbereich. So zeigt sich das Bild eines nicht mehr „religionsblinden“, aber die nationalen Besonderheiten achtenden Unionsrechts. Art. 17 Abs. 1 und 2 AEUV erlaubt es dem deutschen Recht, im Anwendungsbereich der Norm das Selbstbestimmungsrecht nach Art. 137 Abs. 3 WRV „auch insoweit zu garantieren, als Unionsrecht im übrigen dieses in Frage stellen könnte“²¹⁷.

Gleichwohl gibt es an dieser Stelle speziell für den Bereich des kirchlichen Arbeitsrechts erhebliches Konfliktpotential wegen der engen Auslegung der Ausnahmeklauseln des Antidiskriminierungsrechts²¹⁸ durch den EuGH: Während das Bundesverfassungsgericht den kirchlichen Arbeitgebern einen weiten Spielraum bei der Bestimmung von Loyalitätspflichten ihrer Beschäftigten einräumt und die Prüfungsdichte staatlicher Gerichte erheblich zurücknimmt,²¹⁹ betont der EuGH in seinen jüngeren Entscheidungen – trotz Art. 17 AEUV und der Erklärung Nr. 11 zum Schlussprotokoll des Vertrages von Amsterdam²²⁰ – die Notwendigkeit „einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle“ und sieht das Letztentscheidungsrecht über Loyalitätspflichten bei den staatlichen Gerichten, nicht bei den Religionsgemeinschaften.²²¹ Was diese Entscheidungen für das deutsche kirch-

58

²¹⁶ Vgl. die Ausnahmeklausel für Kirchen und Religionsgemeinschaften in Art. 4 Abs. 2 der RL 2000/78/EG (Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie). Dazu *Heinrich de Wall*, Das Religionsrecht der Europäischen Union, in: ZevKR 50 (2005), S. 383 ff.; *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 195), S. 427 ff.; *Kästner*, in: BK (o. Fn. 8), Art. 140, Rn. 196 ff.

²¹⁷ *Classen*, in: EUV / AEUV (o. Fn. 212), Art. 17 AEUV, Rn. 16.

²¹⁸ Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG (Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie).

²¹⁹ Ausführlich oben Rn. 25 ff.

²²⁰ Auf diese Erklärung wird in Erwägungsgrund 24 der hier einschlägigen Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie sogar ausdrücklich Bezug genommen. Zu beiden Punkten nur knapp EuGH, U. v. 11. 9. 2018 – C-68/17, Rn. 48. Einen Vorschlag zu einer zurückhaltenderen Auslegung des Unionsrechts vor diesem Hintergrund macht *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 75), Art. 137 WRV, Rn. 107.

²²¹ EuGH, U. v. 11. 9. 2018 – C-68/17, Rn. 44 f.; U. v. 17. 4. 2018 – C-414/16, Rn. 54. Vgl. hierzu bereits oben Rn. 25 sowie *Fremuth*, Das letzte Amen ist noch nicht gesprochen (o. Fn. 107), S. 727 ff.; *Abbo Junker*, Gleichbehandlung

liche Arbeitsrecht und das Verhältnis der Gerichte insgesamt bedeuten, wird sich – vor allem in einer möglichen Reaktion des Bundesverfassungsgerichts – zeigen.²²²

- 59 Weiterentwicklungen im Unionsrecht werden mit großer Wahrscheinlichkeit nicht zu einer verstärkten unmittelbaren Zuständigkeit der Union in Fragen der Religion und Religionsgemeinschaften führen. Zu erwarten ist aber eine Zunahme derjenigen supranationalen die Kultur und das Soziale betreffenden Normen, die dann auch Kirchen und Religionsgemeinschaften verpflichten. Konfliktfelder wird es dort geben, wo die Kirchen und Religionsgemeinschaften sich, in Deutschland geschützt von einer religionsfreundlichen Auslegung des Art. 137 Abs. 3 WRV, vom Kern religiöser Aktivitäten entfernen und wie andere gesellschaftliche Verbände, allerdings religiös motiviert, in die Gesellschaft hineinwirken. Hier versagt, wenn das Europarecht Religionsgemeinschaften nicht in spezifischer Weise schützt, die Abwehrhaltung, die das Bundesverfassungsgericht über die Identifizierung eines religionsbezogenen Kerns der nationalen Identität dem Unionsrecht entgegenhält: „Demokratische Selbstbestimmung ist [...] auf die Möglichkeit, sich im eigenen Kulturraum verwirklichen zu können, besonders angewiesen bei Entscheidungen, wie sie insbesondere im Schul- und Bildungssystem, im Familienrecht, bei der Sprache, in Teilbereichen der Medienordnung und zum Status von Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften getroffen werden. [...] Demokratische Selbstbestimmung erfordert hier, dass die jeweilige durch [...] Traditionen und Überzeugungen verbundene politische Gemeinschaft das Subjekt demokratischer Legitimation bleibt.“²²³

- 60 Angesichts der im nationalen und supranationalen Recht unterschiedlich, insgesamt aber effektiv geschützten religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmung bleibt bedeutsam, was vor bald

und kirchliches Arbeitsrecht – Ein deutscher Sonderweg endet vor dem EuGH, in: NJW 2018, S. 1850; *Hermann Reichold/Peter Beer*, Eine „Abmahnung“ des EuGH mit Folgen, in: NZA 2018, S. 681.

²²² *Junker*, Gleichbehandlung und kirchliches Arbeitsrecht (o. Fn. 221), S. 1850 (1852), sieht wie viele andere Stimmen aus der Literatur einen „Paradigmenwechsel“; *Fremuth*, Das letzte Amen ist noch nicht gesprochen (o. Fn. 107), S. 729 ff., befürchtet die Auslösung der Identitäts- oder ultra-vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht; zurückhaltender *Clas-sen*, Anmerkung (o. Fn. 113), S. 201, sowie *Jacob Jous-sen*, § 9 Abs. 1 AGG – Der EuGH und die Kirchenzugehörigkeit von Beschäftigten, in: EuZA 2018, S. 421 (435).

²²³ BVerfGE 123, 267 (363).

50 Jahren *Ulrich Scheuner* als unbedingte Funktionsvoraussetzung eines sachlich und institutionell weit ausgelegten Freiheitsrechts bezeichnete: Die garantierten Freiheitsräume müssen von den Berechtigten angenommen und mit Leben erfüllt werden; anderenfalls entsteht ein Vakuum, das für den Freiheitsraum gefährlicher ist als eine verstärkte Ingerenz oder gar eine Aufsicht des Staates über die Religionsgemeinschaften.²²⁴ Damit übereinstimmend lässt sich, eine Formulierung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 4 Abs. 1 und 2 GG auf Art. 137 Abs. 3 WRV übertragend, sagen, dass die Berechtigung zur Selbstbestimmung vom Staat aus betrachtet formale Freiheit ist, die mit Inhalt zu füllen den Berechtigten obliegt.²²⁵

²²⁴ *Ulrich Scheuner*, Die karitative Tätigkeit der Kirchen im heutigen Sozialstaat. Verfassungsrechtliche und staatskirchenrechtliche Fragen, in: EssGespr. 8 (1974), S. 43 ff.; *ders.*, Die Stellung der evangelischen Kirche und ihr Verhältnis zum Staat in der Bundesrepublik 1949–1963, in: Kirche und Staat in der Bundesrepublik 1949–1963, hg. von Anton Rauscher, 1979, S. 121 (150); Kirche solle sich der Tatsache bewusst sein, „daß sie heute eher mit der Stimme einer Minderheit innerhalb des Ganzen sprechen und daß ihr Wirken den ihr zugewiesenen weiten Raum nur durch den Beweis ihrer eigenen inneren Kraft und Ausstrahlung wirklich wird erfüllen können“. *Willi Geiger*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum kirchlichen Selbstbestimmungsrecht, in: ZevKR 26 (1981), S. 156 (174), forderte von den Kirchen, darauf zu achten, „daß sie in allen Bereichen, in denen ihr Wirken gemäß dem Auftrag ihres Stifters, ihrer Lehre und ihres Selbstverständnisses unverzichtbar ist, ihre eigene Ordnung schaffen, d. h. in kirchlichen Gesetzen hier niederlegen.“

²²⁵ BVerfGE 102, 370 (395); dazu auch *Stefan Koriath*, Loyalität im Staatskirchenrecht?, in: Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch. Gedächtnisschrift für Bernd Jeand’Heur, hg. von Wilfried Erbguth, 1999, S. 221 ff.

§ 17

Das Gleichbehandlungsgebot im Hinblick auf Religion

Von Kyrill-A. Schwarz

I. Allgemeine Aussagen	1–6
1. Die normativen Grundlagen	1–2
2. Der rechtliche Gehalt des religionsspezifischen Gleichbehandlungsgebots	3
3. Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung	4–6
a) Grundrechtsträger	4
b) Grundrechtsadressaten	5–6
II. Das Verbot der Benachteiligung und der Bevorzugung	7–15
1. Ausschließliches Diskriminierungs- und Privilegierungsverbot	9–10
2. Das Verbot der Benachteiligung oder Bevorzugung „wegen“	11–12
3. Mögliche Formen der Gleichbehandlung	13–15
a) Formale Parität als inhaltsgleiche Behandlung	13
b) Materielle Parität durch Differenzierung	14
c) Das Problem der Selbstbenachteiligung	15
III. „Glaube“ und „religiöse Anschauungen“	16–28
1. Umfassender Schutz der Glaubensäußerung als Schutzgut von Art. 3 Abs. 3 GG	16–18
2. Maßgeblichkeit des religiösen Selbstverständnisses	19–22
3. Wertungen und Abwägungen	23–28
a) Verbotsimmanente Ausnahmen	25
b) Verfassungsimmanente Schranken	26–28

I. Allgemeine Aussagen

1. Die normativen Grundlagen

- 1 Die normativen Grundlagen des Gleichbehandlungsgebotes mit Blick auf die Religion finden sich zuvörderst in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, ferner aber auch in Art. 33 Abs. 3 GG und Art. 7 Abs. 3 GG sowie in Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 und 2, Art. 137 Abs. 2, 4, 5 und 7 WRV. Sie finden sich aber auch in den nach Art. 142 GG fortgelassenen Bestimmungen des Landesverfassungsrechts.¹ Von zentraler Bedeutung dürfte aber das religions- und weltanschauungsbezogene Anknüpfungsverbot in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG sein,² wenngleich das Bundesverfassungsgericht den Schutzgehalt des Gleichbehandlungsgebotes auch in einer Zusammenschau mit der freiheitsrechtlichen Gewährleistung des Art. 4 GG herleitet³.
- 2 Abzugrenzen ist das spezielle Gleichbehandlungsgebot in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zudem von dem aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG abgeleiteten Paritätsprinzip.⁴ Dieses gebietet dem Grunde nach, alle Kirchen sowie Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften ohne Ansehung inhaltlicher Maßstäbe rechtlich gleichzustellen und auch gleich zu behandeln.⁵ Dementsprechend ist wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, soweit kein sachlicher Grund die (Un-)Gleichbehandlung

¹ Art. 4 ff. Verf. Baden-Württemberg; Art. 142 ff. Verf. Bayern; Art. 10 Abs. 2 Verf. Berlin; Art. 12 Abs. 2 Verf. Brandenburg; Art. 2 Abs. 2 Verf. Bremen; Art. 48 ff. Verf. Hessen; Art. 9 Verf. Mecklenburg-Vorpommern; Art. 3 Abs. 3 Verf. Niedersachsen; Art. 19 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 12 Abs. 3 Verf. Saarland; Art. 18 Abs. 3 Verf. Sachsen; Art. 7 Abs. 3, Art. 32 Verf. Sachsen-Anhalt; Art. 2 Abs. 3 Verf. Thüringen.

² So auch *Robert Uerpmann-Witzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote (§ 128), in: HGR, Bd. V, 2013, Rn. 60.

³ Siehe nur BVerfGE 108, 282 (298).

⁴ Grundlegend dazu *Martin Heckel*, Vom Religionskonflikt zur Ausgleichsordnung, 2007, S. 116 ff.; siehe ferner auch *Peter Unruh*, in: Hermann v. Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber / Andreas Voßkuhle, Bd. 3, Art. 140, Rn. 30 ff.; *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/2, 2011, S. 1232 ff.; *Heinrich de Wall / Stefan Muckel*, Kirchenrecht, 5. Aufl. 2017, § 13, Rn. 5.

⁵ Siehe insoweit auch *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 4), Art. 140, Rn. 32; *Stefan Mückel*, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: HStR³, Bd. VII, 2009, § 159, Rn. 74; vgl. zudem auch BVerfGE 19, 1 (8); 24, 236 (246).

zu rechtfertigen vermag.⁶ Vor diesem Hintergrund sind auch, soweit tatsächliche Unterschiede bestehen oder sachliche Gründe vorliegen, Differenzierungen bei der Ausgestaltung des rechtlichen Verhältnisses von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zum Staat durchaus statthaft.⁷

2. Der rechtliche Gehalt des religionsspezifischen Gleichbehandlungsgebots

Das in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG normierte besondere Gleichheitsrecht weist eine Doppelnatur auf: Es ist zum einen subjektives Grundrecht und zum anderen zugleich ein objektives Verfassungsprinzip,⁸ wobei aber zu berücksichtigen ist, dass die Bestimmung weder zu kompensatorischen Maßnahmen legitimiert noch sich ihr Ansprüche auf faktische Gleichbehandlung entnehmen lassen.⁹ Nach allgemeiner Ansicht ist Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG *lex specialis* gegenüber Art. 3 Abs. 1 GG, wobei es sich bei Letzterem besehen wohl um eine konkretisierende Maßstabregelung des Allgemeinen Gleichheitssatzes handelt.¹⁰ Allerdings werden die allgemeinen Gleichheitssätze nur insoweit durch die speziellen Gleichheitssätze verdrängt, als die jeweilige Frage

3

⁶ Siehe nur BVerfGE 19, 1 (8).

⁷ BVerfGE 19, 1 (11 f.).

⁸ Übereinstimmend *Sigrid Boysen*, in: Ingo v. Münch / Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 3, Rn. 116; *Werner Heun*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz – Kommentar, 3. Aufl., Bd. I, 2013, Art. 3, Rn. 117 (zur subjektiv-rechtlichen Seite), Rn. 139 (zur objektiv-rechtlichen Wirkung); *Angelika Nußberger*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 3, Rn. 233; *Michael Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien, in: HStR³, Bd. VIII, 2010, § 182, Rn. 137 ff. (zur objektiv-rechtlichen Wirkung); *Susanne Baer / Nora Markard*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 4), Bd. 1, Art. 3, Rn. 510; *Uerpmann-Wittzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote (o. Fn. 2), § 128, Rn. 28 (zur subjektiv-rechtlichen Seite), Rn. 32 f. (zur objektiv-rechtlichen Wirkung).

⁹ Wie hier auch *Heun*, in: Dreier (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 117; *Baer / Markard*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 506 ff.; *Uerpmann-Wittzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote (o. Fn. 2), § 128, Rn. 29; siehe ferner auch BVerfGE 64, 135 (157).

¹⁰ *Christine Langenfeld*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz, Losebl. Stand: 74. Erg.-Lfg. (2015), Art. 3 Abs. 3, Rn. 14; *Joachim Englich*, in: Klaus Stern / Florian Becker, Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 3, Rn. 74; *Heun*, in: Dreier (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 142; *Nußberger*, in: Sachs (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 236; *Baer / Markard*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 509.

auch Regelungsmaterie des speziellen Gleichheitssatzes ist.¹¹ Bei Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG handelt es sich ausschließlich um eine rechtliche, nicht um eine faktische Gleichheitsgarantie der Religionen und Religionsgemeinschaften.¹² Wenn niemand wegen seines Glaubens oder wegen seiner religiösen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden darf, dann ist damit auch grundsätzlich jede Bevorzugung verboten, mit der faktische Nachteile kompensiert werden sollen.¹³

3. Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung

a) Grundrechtsträger

- 4 Grundrechtsträger des Gleichbehandlungsgebotes aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG sind zunächst – ebenso wie bei Art. 3 Abs. 1 GG – alle natürlichen Personen, was die Bestimmung mit der Formulierung „niemand“ zum Ausdruck bringt.¹⁴ Dementsprechend werden Deutsche, Ausländer und Staatenlose gleichermaßen geschützt.¹⁵ Daneben sind aber auch juristische Personen und sonstige Personenvereinigungen gleichermaßen berechtigt, wenn der Zusammenschluss und die Betätigung gerade wegen der in Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG genannten Merkmale erfolgen.¹⁶ Das aber setzt voraus, dass nicht etwa höchstpersönli-

¹¹ Ausführlich dazu *Heun*, in: Dreier (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 100, 142.

¹² Wie hier auch *Englisch*, in: Stern/Becker (o. Fn. 10), Art. 3, Rn. 83; *Heun*, in: Dreier (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 116; *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 509, 413.

¹³ Vgl. dazu auch im Schrifttum *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 510 ff.

¹⁴ Übereinstimmend im Schrifttum: *Boysen*, in: v. Münch/Kunig (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 133; *Englisch*, in: Stern/Becker (o. Fn. 10), Art. 3, Rn. 109; *Heun*, in: Dreier (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 118; *Nußberger*, in: Sachs (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 238; *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 511 ff., 411; *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 4), S. 1742.

¹⁵ So auch im Schrifttum: *Englisch*, in: Stern/Becker (o. Fn. 10), Art. 3, Rn. 109; *Heun*, in: Dreier (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 118; *Nußberger*, in: Sachs (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 238; *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 411.

¹⁶ Vgl. *Boysen*, in: v. Münch/Kunig (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 133; *Englisch*, in: Stern/Becker (o. Fn. 10), Art. 3, Rn. 111; *Heun*, in: Dreier (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 118; *Nußberger*, in: Sachs (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 238; *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 413; *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 4), S. 1742.

che Merkmale in Rede stehen, die gerade nicht auf Personenvereinigungen anwendbar sind.¹⁷

b) Grundrechtsadressaten

Adressaten des religionsrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG sind der Staat und alle Erscheinungsformen der öffentlichen Gewalt (also beispielsweise Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, Beliehene etc.).¹⁸ Auch bei Ermessensentscheidungen oder bei der Anwendung und Überprüfung von Beurteilungsspielräumen ist es Verwaltung und Rechtsprechung untersagt, auf die in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG normierten Kriterien als Grundlage differenzierender Entscheidungen zurückzugreifen.¹⁹

Eine unmittelbare Drittwirkung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG im Privatrecht ist ausgeschlossen,²⁰ da die grundrechtliche Freiheit des Einzelnen durchaus Differenzierungen gestattet und – jedenfalls in den Grenzen der §§ 138, 826 BGB – es gerade das Wesen der Privatautonomie ausmacht, nach selbstbestimmten Gesichtspunkten über den Abschluss eines Vertrages überhaupt und seinen möglichen Inhalt zu entscheiden.

¹⁷ Dazu auch *Englisch*, in: Stern/Becker (o. Fn. 10), Art. 3, Rn. 111; *Nußberger*, in: Sachs (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 238.

¹⁸ *Englisch*, in: Stern/Becker (o. Fn. 10), Art. 3, Rn. 112; *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 413; *Uerpmann-Witzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote (o. Fn. 2), § 128, Rn. 35.

¹⁹ Vgl. dazu auch BVerfGE 4, 52 (58); 59, 128 (160).

²⁰ Allgemeine Ansicht, vgl. *Englisch*, in: Stern/Becker (o. Fn. 10), Art. 3, Rn. 113; *Heun*, in: Dreier (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 139; *Nußberger*, in: Sachs (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 234; *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 415 ff.; ausführlich auch *Boysen*, in: v. Münch/Kunig (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 146 ff.; *Uerpmann-Witzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote (o. Fn. 2), § 128, Rn. 34 ff.

II. Das Verbot der Benachteiligung und der Bevorzugung

- 7 Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG normiert – unbeschadet des Wortlauts, der von Benachteiligung oder Bevorzugung spricht – ein ausschließlich rechtliches²¹, nicht aber faktisches Differenzierungsverbot wegen der in Bezug genommenen Merkmale. Gerade weil jede unterschiedliche Behandlung letzten Endes mit einer Benachteiligung oder Bevorzugung verbunden ist, wobei letztere isoliert betrachtet kaum eine individuelle Beschwer auszulösen vermag,²² ist die Bestimmung als generelles Differenzierungsverbot zu verstehen. Soweit bisweilen im Schrifttum²³ die Ansicht vertreten wird, zumindest gleichwertige Differenzierungen seien mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu vereinbaren, kann dem nicht gefolgt werden, werden damit doch die Unterschiede zu dem aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden allgemeinen Verbot sachwidriger Differenzierungen eingebettet.²⁴ Allerdings begegnet die staatsvertragliche Förderung bestimmter Verhaltensweisen (beispielsweise des religiösen Lebens jüdischer Gemeinden)²⁵ von Verfassungs wegen keinen Bedenken, solange und soweit dies nicht zu einer Identifikation mit bestimmten Religionsgesellschaften oder zu einer Privilegierung bestimmter Bekenntnisse führt.²⁶
- 8 Nach allgemeiner Ansicht²⁷ ist das Vorliegen einer Benachteiligung oder einer Bevorzugung durch einen Vergleich der Situation der Betroffenen mit der Lage nicht Betroffener zu ermitteln, wobei auch

²¹ Vgl. *Englisch*, in: Stern/Becker (o. Fn. 10), Art. 3, Rn. 83; *Heun*, in: Dreier (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 116; *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 415; siehe ferner aus der Rechtsprechung auch BVerfGE 85, 191 (206 f.); 104, 373 (393).

²² Dazu in Sonderheit *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 4), 6. Aufl. 2010, Art. 3, Rn. 378, der zu Recht darauf verweist, dass jedenfalls dann, wenn die Bevorzugung zugleich zu einer Benachteiligung anderer führt, dies zu einer individuellen Betroffenheit mit entsprechenden prozessualen Konsequenzen führt. Siehe ferner auch *Uerpmann-Witzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote (o. Fn. 2), § 128, Rn. 9.

²³ Vgl. *Martin Heckel*, Gleichheit oder Privilegien, 1993, S. 73 ff.

²⁴ Wie hier auch *Heun*, in: Dreier (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 119.

²⁵ Vgl. *Kyrill-A. Schwarz*, Rechtsstellung jüdischer Gemeinden in der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Situation in den „neuen“ Bundesländern, in: LKV 2008, S. 344 ff.

²⁶ BVerfGE 30, 415 (422); 93, 1 (17); 108, 282 (299 f.); zuletzt auch BVerfG, in: NVwZ 2009, S. 1217 (1219).

²⁷ Vgl. *Heun*, in: Dreier (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 119; *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien (o. Fn. 8), § 182, Rn. 33 f.

geringfügige Benachteiligungen erfasst werden.²⁸ Die in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG normierten Differenzierungsverbote können sowohl durch staatliches Handeln als auch durch ein entsprechendes Unterlassen verletzt werden.²⁹ Allerdings liegt keine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vor, wenn der Gesetzgeber keine Maßnahmen zur Kompensation faktischer Ungleichheiten trifft, weil der Vorschrift gerade kein Auftrag zur Beseitigung entsprechender Ungleichheiten zu entnehmen ist.³⁰

1. Ausschließliches Diskriminierungs- und Privilegierungsverbot

Nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG sind nur Diskriminierungen und Privilegierungen versagt, und dies auch nur, wenn sie aus religiösen bzw. weltanschaulichen Zielen und Gründen erfolgen (dazu sogleich unter 2.).

Damit sichert Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zugleich auch die freiheitsrechtliche Gewährleistung in Art. 4 GG, indem die Vorschrift Benachteiligungen oder Bevorzugungen wegen des Glaubens oder der Religionsausübung untersagt. Das allerdings bedeutet nicht, dass der Staat nicht etwa – wo es durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist – differenzieren darf. Das Grundgesetz kennt also kein Gebot der Nivellierung von Unterschieden; es nimmt Unterschiede zur Kenntnis und respektiert die Verschiedenheiten der jeweiligen Religionen und wahrt damit ihre verfassungsrechtlich garantierte Eigenständigkeit.

²⁸ Dies folgt aus dem Umstand, dass – anders als bei Freiheitsrechten – bei den speziellen Gleichheitssätzen keine Geringfügigkeitsgrenze für Beeinträchtigungen besteht. Vgl. dazu auch *Heun*, in: Dreier (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 119; *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien (o. Fn. 8), § 182, Rn. 60.

²⁹ Vgl. *Heun*, in: Dreier (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 119; *Baer / Markard*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 418, 512 f.

³⁰ BVerfGE 64, 135 (156 f.); siehe ferner dazu auch im Schrifttum *Englisch*, in: Stern / Becker (o. Fn. 10), Art. 3, Rn. 83; *Nußberger*, in: Sachs (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 235; *Baer / Markard*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 418.

2. Das Verbot der Benachteiligung oder Bevorzugung „wegen“

- 11 Nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG darf niemand „wegen“ der dort genannten, abschließend³¹ aufgeführten Merkmale benachteiligt oder bevorzugt werden. Damit kommt es aber für die Anwendbarkeit der Bestimmung in concreto entscheidend auf die Beantwortung der Frage an, welche Verknüpfung zwischen der Ungleichbehandlung einerseits und dem in Bezug genommenen, verpönten Merkmal andererseits bestehen muss.³²
- 12 Für die Lösung dieser dogmatisch zentralen Frage stellt die wohl überwiegende Ansicht³³ auf die Frage der Ursächlichkeit (Kausalität) der Merkmale für die Diskriminierung ab.³⁴ Nach dem Modell der Finalität dagegen darf eine Differenzierung nach Maßgabe der Merkmale in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nicht Zweck der Regelung oder Maßnahme sein; entscheidend ist dementsprechend der subjektive Wille des jeweils für die Maßnahme verantwortlichen Organs.³⁵ Dies folgt umgekehrt auch aus der möglichen Einschränkung des Differenzierungsverbotes, wonach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG jedenfalls keine solchen Nachteile oder Vorteile verbietet, die „*die Folge einer ganz anders intendierten Regelung*“³⁶ seien. Dieser Ansatz begegnet indes Bedenken, reichen doch dann schon lediglich vernünftige Erwägungen aus, um an eines der verpönten Merkmale anzuknüpfen.³⁷ Eine weitere, inhaltlich strengste und zugleich formale Variante interpretiert das Differenzierungsverbot Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG als absolutes,

³¹ So *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien (o. Fn. 8), § 182, Rn. 40; anders aber *Uerpmann-Wittzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote (o. Fn. 2), § 128, Rn. 17 („zwingende Unabgeschlossenheit“).

³² Ausführlich dazu im Schrifttum *Martin Borowski*, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, 2006, S. 705 ff.; *Boysen*, in: v. Münch/Kunig (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 146 ff., 125 ff.; *Heun*, in: Dreier (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 120 ff.; *Nußberger*, in: Sachs (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 239 ff.; *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien (o. Fn. 8), § 182, Rn. 68 ff.; *ders.*, Grenzen des Diskriminierungsverbotes, 1987, S. 390 ff.

³³ Vgl. *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 426; siehe ferner aus der – in der Zwischenzeit aufgegebenen – Rechtsprechung: BVerfGE 19, 119 (126); 39, 334 (368); 75, 40 (70); aufgegeben in BVerfGE 85, 191 (206); 114, 357 (364).

³⁴ Dazu auch *Heun*, in: Dreier (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 121; *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien (o. Fn. 8), § 182, Rn. 70.

³⁵ In dieser Richtung auch BVerfGE 2, 266 (286); 5, 17 (22); 75, 40 (70).

³⁶ So BVerfGE 75, 40 (70).

³⁷ So auch kritisch *Uerpmann-Wittzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote (o. Fn. 2), § 128, Rn. 6.

striktes Anknüpfungsverbot mit der Folge, dass jede Verwendung eines der aufgeführten Merkmale zum Zweck einer sich anschließenden Differenzierung ausgeschlossen ist.³⁸ Wenngleich dieses Konzept zwar einerseits den Charme einer klaren und konsequenten Lösung aufweist, so lassen sich andererseits gerade verdeckte Diskriminierungen damit nicht erfassen.³⁹ Zudem wird von den Vertretern dieser These konzediert, dass im Einzelfall Ausnahmen erforderlich sein können.⁴⁰ Nach einer weiteren These stellt das Differenzierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ein Begründungsverbot dar.⁴¹ Dementsprechend müsse die jeweilige Ungleichbehandlung begründet werden können, ohne auf die jeweils genannten Merkmale abzustellen. Im Ergebnis müsse die jeweilige Begründung auf ihre Tragfähigkeit – verstanden als Prüfung der Frage, ob mit der Differenzierung ein offenes oder verstecktes Unwerturteil verbunden ist⁴² – hin geprüft werden.

3. Mögliche Formen der Gleichbehandlung

a) *Formale Parität als inhaltsgleiche Behandlung*

Eine erste Möglichkeit einer Gleichbehandlung kann in einer formal gleichen Behandlung gesehen werden. Gleichheit wird also durch solche Normen vermittelt, die gerade keine Unterschiede kennen und damit auch keinerlei Differenzierungen vornehmen. Allerdings kann auch diese Gleichbehandlung zu den nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG unzulässigen Bevorzugungen und Benachteiligungen führen,

13

³⁸ Vgl. dazu im Schrifttum *Boysen*, in: v. Münch/Kunig (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 131; *Uwe Kischel*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), GG – Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 3, Rn. 212; *Sachs*, Grenzen (o. Fn. 32), S. 421 ff.; *ders.*, Besondere Gleichheitsgarantien (o. Fn. 8), § 182, Rn. 69; *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 426; *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 4), S. 1755 ff.; *Uerpmann-Witzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote (o. Fn. 2), § 128, Rn. 6; siehe ferner aus der Rechtsprechung auch BVerfGE 85, 191 (206); seither dann auch BVerfGE 97, 35 (43); 97, 186 (197); 114, 357 (364); 121, 241 (254 f.).

³⁹ So in der Kritik auch *Heun*, in: Dreier (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 123.

⁴⁰ Vgl. insoweit beispielsweise *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien (o. Fn. 8), § 182, Rn. 69; siehe zum Problem auch *Nußberger*, in: Sachs (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 240.

⁴¹ Siehe zu diesem Ansatz ausführlich auch *Heun*, in: Dreier (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 125.

⁴² Vgl. insoweit auch *Stefan Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 314 f.

wenn nämlich gerade das Ergebnis einer formalen Gleichbehandlung zu einer Diskriminierung führt.⁴³

b) Materielle Parität durch Differenzierung

- 14 Gerade weil Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG aber Diskriminierungen nicht nur der Form, sondern vielmehr der Sache nach unterbinden will, erscheint eine Interpretation der Vorschrift sachgerechter, die gerade eine unterschiedliche Behandlung des Verschiedenen, aber unter Zugrundelegung gleicher Maßstäbe einfordert.⁴⁴ Danach wird die von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG postulierte Gleichheit durch differenzierende Regelungen hergestellt, die gerade vergleichbaren Gruppen oder Personen das ihnen jeweils Zustehende auch zubilligt.⁴⁵

c) Das Problem der Selbstbenachteiligung

- 15 Soweit eine Selbstbenachteiligung durch den Grundrechtsträger – also nicht durch den durch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verpflichteten Staat – erfolgt, ist dies nach Maßgabe von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG irrelevant. Den Staat trifft keine Rechtspflicht zur Herstellung von Erfolgswertgleichheit, wenn einzelne Religionsgemeinschaften bestimmte Leistungen – wie beispielsweise Kindergärten, Schulen, Krankenhäuser oder ähnliches – anbieten wollen.⁴⁶

⁴³ Zum vorstehenden siehe *Martin Heckel*, Das Gleichbehandlungsgebot im Hinblick auf die Religion, in: HSKR², Bd. 1, 1994, S. 623 (630).

⁴⁴ Dies ist letzten Endes ein Rückgriff auf die Formel des Bundesverfassungsgerichts, wonach „[...] Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln [...]“ sei – so BVerfGE 3, 58 (135 f.); 42, 64 (72); 71, 255 (271), ähnlich auch BVerfGE 103, 242 (258); 103, 310 (318). Nichts anderes besagt die Formulierung, der Gleichheitssatz gebiete „[...] weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich, noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln [...]“ – dazu BVerfGE 4, 144 (155); ähnlich BVerfGE 86, 81 (87).

⁴⁵ Dazu auch *Heckel*, Das Gleichbehandlungsgebot (o. Fn. 43), S. 630, noch deutlicher auf S. 638, wonach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG es gerade gebietet, verschiedene Religionsgemeinschaften und Bürger jeweils nach ihrer religiösen Eigenart zu behandeln, weil eine religiöse Gleichschaltung dem Staat verwehrt ist.

⁴⁶ Vgl. *Heckel*, Das Gleichbehandlungsgebot (o. Fn. 43), S. 635.

III. „Glaube“ und „religiöse Anschauungen“

1. Umfassender Schutz der Glaubensäußerung als Schutzgut von Art. 3 Abs. 3 GG

Religionsbezogene Unterscheidungsverbote weisen – insbesondere mit Blick auf die Ausübung des Glaubens oder eines bestimmten Bekenntnisses – eine lange Tradition auf.⁴⁷ Das Grundgesetz nimmt – jedenfalls vom Wortlaut her – zunächst primär die innere religiöse Einstellung in den Blick und zielt damit auf das „forum internum“ ab, wie es auch dem Schutzanspruch der „Freiheit des Glaubens“ in Art. 4 Abs. 1 GG entspricht.⁴⁸ Geschützt wird damit jede individuelle religiöse Einstellung; dies umfasst auch die Ablehnung einer Religion.⁴⁹ Mit Blick auf die verfassungsrechtlich wiederholt vorzufindende Gleichbehandlung von Religion und Weltanschauung – man denke nur an Art. 4 Abs. 1, Art. 7 Abs. 5 oder Art. 33 Abs. 2 S. 2 GG – ist es allerdings auch sach- und interessengerecht, den Schutzzweck des Unterscheidungsverbotes auch auf Weltanschauungen – nicht aber auf Gewissensentscheidungen⁵⁰ – zu erstrecken.⁵¹

16

Um die praktische Wirksamkeit der Unterscheidungsverbote sicherstellen zu können, darf sich ihr Anwendungsbereich aber nicht auf den reinen Innenbereich beschränken; vielmehr müssen auch Manifestationen des Glaubens oder der jeweiligen Weltanschauung –

17

⁴⁷ Ausführlich *Michael Sachs*, Die Merkmale verfassungsrechtlicher Unterscheidungsverbote in Deutschland vom Ende des alten Reichs bis zum Grundgesetz, in: *Der Staat* 23 (1984), S. 549 (551 ff.).

⁴⁸ Vgl. insoweit auch *Heckel*, Das Gleichbehandlungsgebot (o. Fn. 43), S. 640, der zu Recht Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG als „Komplementärgarantie“ zur Garantie der Religionsfreiheit in Art. 4 Abs. 1 GG ansieht; ähnlich auch *Starck*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 22), Art. 4, Rn. 151.

⁴⁹ So auch *Borowski*, Glaubens- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 32), S. 437; *Martin Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 8), Art. 4, Rn. 69; *Heun*, ebd. (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 133; *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien (o. Fn. 8), § 182, Rn. 50; *Starck*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 22), Art. 3, Rn. 402.

⁵⁰ Wie hier auch *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien (o. Fn. 8), § 182, Rn. 50; für eine Erstreckung dagegen *Nußberger*, in: *Sachs* (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 302.

⁵¹ So auch *Heun*, in: Dreier (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 133; *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien (o. Fn. 8), § 182, Rn. 50; anders, unter Hinweis auf den Wortlaut von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, *Kischel*, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 38), Art. 3, Rn. 220.

wie beispielsweise die Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppierung – vom Schutz mit umfasst werden.⁵²

- 18 Im Ergebnis folgt damit die materielle Reichweite des in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG normierten Benachteiligungsverbot des Freiheitsgarantie des Art. 4 Abs. 1 GG.⁵³ Wenn freiheitsrechtlich die Religionsfreiheit gewährleistet ist, so wirkt das spezielle Gleichheitsrecht in gleicher Intensität und verbietet entsprechend Benachteiligungen wegen eines bestimmten Glaubens und entsprechender religiöser Verhaltensweisen.

2. Maßgeblichkeit des religiösen Selbstverständnisses

- 19 Gerade weil Begriffe wie Glaube, Religion und Weltanschauung einen außerrechtlichen Ursprung haben und auf einen nur begrenzt normierbaren Bereich verweisen, sind sie als verfassungsrechtliche Topoi zunächst nur schwer einer Definition zugänglich.⁵⁴ Dementsprechend enthält der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁵⁵ weit zu interpretierende Begriff der Glaubensfreiheit denn auch zahlreiche Facetten. So erfasst der Schutzbereich von Art. 4 GG auch das Recht des Grundrechtsberechtigten, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und damit entsprechend seiner inneren Überzeugung zu handeln.⁵⁶ Das bedeutet zunächst, dass prima facie jede glaubensgeleitete Handlung durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützt wird und für die Frage, welche

⁵² Vgl. insoweit auch *Heckel*, Das Gleichbehandlungsgebot (o. Fn. 43), S. 640; *Nußberger*, in: *Sachs* (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 303; *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien (o. Fn. 8), § 182, Rn. 51.

⁵³ Vgl. insoweit auch *Heckel*, Das Gleichbehandlungsgebot (o. Fn. 43), S. 644; *Kischel*, in: *Epping/Hillgruber* (o. Fn. 38), Art. 3, Rn. 220; *Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* (o. Fn. 22), Art. 4, Rn. 151.

⁵⁴ Ausführlich zu dieser Problematik: *Kyrill-A. Schwarz*, Das christlich-abendländische Fundament der Verfassungsinterpretation, in: *Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum 70. Geburtstag*, hg. von *Rainer Grote/Ines Härtel/Karl-E. Hain/Thorsten Ingo Schmidt/Thomas Schmitz/Gunnar Folke Schuppert/Christian Winterhoff*, 2007, S. 419 (422 f.); *ders.*, Recht und Religion, in: *BayVBl.* 2014, S. 677 (679); siehe ferner auch *Stefan Muckel*, Schutz von Religion und Weltanschauung (§ 96), in: *HGR*, Bd. V, 2013, Rn. 78.

⁵⁵ So ausdrücklich BVerfGE 35, 366 (376); deutlich restriktiver dagegen dann allerdings BVerfGE 83, 341 (353).

⁵⁶ BVerfGE 24, 236 (245 f.); 32, 98 (106); 33, 23 (28); 42, 312 (323); 84, 341 (353 f.); 93, 1 (15).

Handlungen als religiös motiviert anzusehen sind, allein auf das Verständnis des jeweiligen Grundrechtsträgers abzustellen ist. Das Grundgesetz gewährt also den Glaubensträgern die Selbstbestimmung darüber, was sie als Glauben, Bekenntnis oder Religionsausübung verstehen und als ihre religiöse Pflicht praktizieren wollen.⁵⁷ Im Ergebnis stellt der Tatbestand von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG auf die religiösen Vorstellungen der betroffenen Personen und Religionsgemeinschaften ab, und dies nach ihrem religiösen Selbstverständnis.

Allerdings finden sich auch zunehmend Stimmen im Schrifttum gegen diese extensive Interpretation.⁵⁸ So bedürfe es vielmehr einer stringenten und engen Schutzbereichsdefinition, die nur solches Verhalten unter grundrechtlichen Schutz stelle, das sich als Emanation einer Religion im eigentlichen Sinne darstelle; das Verhalten müsse also aus zwingenden religiösen Gründen geradezu gefordert sein.⁵⁹ Daneben finden sich in Anlehnung an die Kulturadäquanzformel des Bundesverfassungsgerichts⁶⁰ auch Ansätze,⁶¹ die insoweit eine Verengung des grundrechtlichen Schutzbereichs postulieren, als das relevante Verhalten sich im Rahmen gewisser übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen der heutigen Kulturvölker bewege. Indes begegnet ein solcher Ansatz durchgreifenden Bedenken, hat doch zum einen das Gericht diesen Terminus in späteren Entscheidungen⁶² ausdrücklich aufgegeben. Das Gericht hat zudem betont, dem Grundgesetz liege gerade kein bestimmter, auf den status quo bezogener „ethischer Standard“ zugrunde, es zeichne sich vielmehr durch seine Offenheit gegenüber weltanschaulichen und religiösen Ansichten aus.⁶³ Auch wenn das vorgenannte Theorem daher zwar den

20

⁵⁷ So BVerfGE 24, 236 (247); 30, 351 (324 f.); 33, 23 (28 ff.); 57, 220 (243 ff.); 66, 1 (19 f., 22); 70, 138 (166 ff.); 83, 341 (354 ff.) – st. Rspr.

⁵⁸ Vgl. *Michael Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 38), Art. 4, Rn. 18 f.; *Christian Hillgruber*, Der deutsche Kulturstaat und der muslimische Kulturimport, in: JZ 1999, S. 538 (540 f.); *Wolfram Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, 1987, S. 24; *Stefan Mückl*, Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse – Kopftuchverbot für Lehrerinnen?, in: Der Staat 2001, S. 96 (104 ff., 110 ff.); ähnlich auch OVG Hamburg, in: NVwZ 1994, S. 592 (593) mit dem Hinweis auf die Gefahr eines Verlusts normativer Konturen.

⁵⁹ *Mückl*, Religionsfreiheit und Sonderstatusverhältnisse (o. Fn. 58), S. 117.

⁶⁰ BVerfGE 12, 1 (4).

⁶¹ Vgl. insoweit nur *Peter Badura*, Der Schutz von Religion und Weltanschauung nach dem Grundgesetz, 1989, S. 40 ff.

⁶² BVerfGE 41, 29 (50).

⁶³ BVerfGE 41, 29 (50): „Der ‚ethische Standard‘ des Grundgesetzes ist vielmehr die Offenheit gegenüber dem Pluralismus weltanschaulich-reli-

Charme aufweist, sich bei der Inanspruchnahme grundrechtlicher Freiheit zu vergewissern, ob denn tatsächlich jedes menschliche Verhalten auch grundrechtlich geschützt sein müsse,⁶⁴ so übersieht es aber das zentrale Anliegen der Religionsfreiheit, nämlich zu verhindern, dass unter dem Aspekt der Vereinbarkeit mit sittlichen Grundanschauungen eine inhaltliche Bewertung der Schutzwürdigkeit erfolgt.⁶⁵

- 21 Wie auch im Schrifttum⁶⁶ erkannt wird, wirft die hier im Zentrum der Analyse stehende Problematik letztendlich die Frage nach der Bestimmungskompetenz für glaubensgeleitetes Verhalten auf. Dabei ist auch in Rechnung zu stellen, dass die Garantie individueller religiöser Freiheit wie kaum ein anderes Grundrecht durch ein Höchstmaß an personalem Gehalt gekennzeichnet ist.⁶⁷ Für die über das „Ob“ des Grundrechtsschutzes entscheidende Frage, ob eine Handlung auch als Religionsausübung anzusehen sei, stellt das Bundesverfassungsgericht maßgeblich auf das Selbstverständnis der betreffenden Gemeinschaft⁶⁸ – zum Teil sogar auf die Sicht des einzelnen betroffenen Grundrechtsträgers⁶⁹ – ab.⁷⁰ Gerade die inhaltliche Defini-

giöser Anschauungen angesichts eines Menschenbildes, das von der Würde des Menschen und der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Selbstbestimmung und Eigenverantwortung bestimmt ist. In dieser Offenheit bewährt der freiheitliche Staat des Grundgesetzes seine religiöse und weltanschauliche Neutralität.“

⁶⁴ Zu dieser Frage *Uwe Volkmann*, Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.2001, in: DVBl. 2002, S. 332 (334 f.); *Muckel*, Schutz von Religion und Weltanschauung (o. Fn. 54), § 96, Rn. 81; *Kyrill-A. Schwarz*, Das Postulat lückenlosen Grundrechtsschutzes und das System grundgesetzlicher Freiheitsgewährleistungen, in: JZ 2000, S. 126 ff.

⁶⁵ So *Stefan Muckel*, Religionsfreiheit für Muslime in Deutschland, in: Dem Staate, was des Staates, der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag, hg. von Josef Isensee/Wilhelm Rees/Wolfgang Rüfner, 1999, S. 239 (249); *Jochen Müller-Volbehr*, Religionsfreiheit und Tierschutz: Zur Zulässigkeit des religiös motivierten Schächtens, in: JuS 1997, S. 223 (224 f.); *Katharina Pabel*, Der Grundrechtsschutz für das Schächten, in: EuGRZ 2002, S. 220 (226); *Kyrill-A. Schwarz*, Das Spannungsverhältnis von Religionsfreiheit und Tierschutz am Beispiel des „rituellen Schächtens“, 2003, S. 19 f.

⁶⁶ Ausführlich dazu *Kyrill-A. Schwarz*, Die aus religiösen Gründen gebotene Beschneidung und das Verfassungsrecht, in: Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik, hg. von Johannes Heil/Stephan J. Kramer, 2012, S. 98 (106 ff); *ders.*, Recht und Religion (o. Fn. 54), S. 679 f.

⁶⁷ Vgl. dazu auch *Martin Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 52.

⁶⁸ So zunächst BVerfGE 24, 236 (247 f.); ebenso auch BVerfGE 53, 366 (401); 83, 341 (356); wohl auch BVerfGE 104, 337 (354).

⁶⁹ Vgl. dazu BVerfGE 32, 98 (106 f.); 33, 23 (29); 35, 366 (375 f.).

tion des Grundrechtstatbestandes aus der Perspektive des Grundrechtsträgers und das damit einhergehende Definitionsverbot des Staates für den Inhalt und die Ausübung des Glaubens vermag erst – zumindest auf dieser Schutzbereichsebene – den notwendigen Schutz in einem weltanschaulich neutralen Staat zu vermitteln, dem es selbst nicht gestattet ist, verbindlich festzulegen, welche Aussagen einer Religion bindend sind und welche Handlungspflichten daraus folgen.⁷¹ Gerade weil der Staat hier an Phänomene anknüpfen muss, die ihm vorgegeben sind und nicht von der Rechtsordnung determiniert werden können, verpflichtet das Grundrecht der Religionsfreiheit als „*Ausdruck von und rechtliche Antwort auf die Pluralität von Menschen-, Welt- und Gottesbildern im Verfassungsstaat*“⁷² den Staat, das jeweils eigengesetzlich bestimmte Selbstverständnis zum Anknüpfungspunkt zu nehmen. Abzulehnen ist daher auch der Versuch mit Hilfe von Sachverständigen festzustellen, dass der Kläger individuell ein falsches religiöses Verständnis besitze, da der Koran rituelles Schächten nicht verlange und er zudem Fisch essen könne.⁷³ Art. 4 GG gewährt also den jeweiligen Grundrechtsträgern die Selbstbestimmung darüber, was sie – jeweils für sich – als Glauben, Gewissen, Bekenntnis oder Religionsausübung verstehen und dementsprechend als ihre religiöse Pflicht praktizieren wollen.⁷⁴ Es ist zwar zunächst nicht zu übersehen, dass gerade dies zu einem nicht unerheblichen Dilemma für den Staat führt, der auf der einen Seite den Schutzbereich der Religionsfreiheit in concreto bestimmen muss, dem es aber gleichzeitig wegen des Gebots religiöser, konfessioneller und weltanschaulicher Neutralität untersagt ist, den Glauben oder Unglauben seiner Bürger zu bewerten.

Von diesem weiten Interpretationsansatz ist das Gericht – wohl auch unter dem Gesichtspunkt, dass mit dieser Auslegung zunächst die Interpretationshoheit einseitig der jeweiligen Religionsgemeinschaft zugewiesen werden könnte – erst in jüngerer Zeit abgerückt.

22

⁷⁰ BVerwG, in: NVwZ 1996, S. 61 (62).

⁷¹ Dazu auch *Martin Heckel*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, hg. von Peter Badura / Horst Dreier, Bd. 2, 2001, S. 379 (402).

⁷² So *Peter Häberle*, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 1988, S. 66.

⁷³ So beispielsweise BVerwG, in: NVwZ 1996, S. 61 (62).

⁷⁴ Vgl. insoweit BVerfGE 24, 236 (247 f.); 30, 315 (324 f.); 32, 98 (108 ff.); 33, 23 (28 ff.); 42, 312 (322 f.); 46, 73 (84 f., 95); 53, 366 (391 ff., 399, 401); 57, 220 (243 ff.); 66, 1 (19 f., 22); 70, 138 (166 ff.); 74, 244 (252 ff.); 83, 341 (354 ff.) – st. Rspr.

Danach „können nicht allein die Behauptung und das Selbstverständnis, eine Gemeinschaft bekenne sich zu einer Religion und sei eine Religionsgemeinschaft, für diese und ihre Mitglieder die Berufung auf die Freiheitsgewährleistung des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG rechtfertigen; vielmehr muß es sich auch tatsächlich, nach geistigem Gehalt und äußerem Erscheinungsbild, um eine Religion und Religionsgemeinschaft handeln. Dies im Streitfall zu prüfen und zu entscheiden, obliegt – als Anwendung einer Regelung der staatlichen Rechtsordnung – den staatlichen Organen, letztlich den Gerichten, die dabei freilich keine freie Bestimmungsmacht ausüben, sondern den von der Verfassung gemeinten oder vorausgesetzten, dem Sinn und Zweck der grundrechtlichen Verbürgung entsprechenden Begriff der Religion zugrunde zu legen haben.“⁷⁵ Allerdings muss die Rechtsprechung dabei in Rechnung stellen, dass Gerichte oder Behörden kaum taugliche Wächter eines – im Zweifel auch nicht dem Beweis zugänglichen – inhaltlichen Wahrheitsgehalts religiöser Überzeugungen im Sinne rationaler Begründbarkeit sein können. Es ist dem Staat also verwehrt, bestimmte religiöse Überzeugungen als solche inhaltlich in Frage zu stellen oder als „richtig“ oder „falsch“ zu beurteilen.⁷⁶

3. Wertungen und Abwägungen

- 23 Grundsätzlich kennen die Anknüpfungsverbote in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG keine Ausnahmen und wirken strikt. Dies folgt aus dem Umstand, dass auf der Ebene des Verfassungsrechts bestimmte Gründe als unsachlich gekennzeichnet werden und damit auch nicht zur Rechtfertigung einer Differenzierung herangezogen werden können. Insoweit verbietet das Differenzierungsverbot strikt jede Unterscheidung wegen eines der in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannten Merkmale.⁷⁷ Gleichwohl unterliegen auch die Diskriminierungsverbote in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG Beschränkungsmöglichkeiten, sei es durch tatbestandsmäßige Beschränkungen (auch bezeichnet als verbotsimmanente Ausnahmen), sei es durch verfassungsimmanente Schranken

⁷⁵ BVerfGE 83, 341 (353).

⁷⁶ BVerfGE 33, 23 (29 f.).

⁷⁷ So auch *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien (o. Fn. 8), § 182, Rn. 136; *Uerpman-Witzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote (o. Fn. 2), § 128, Rn. 3.

(also Grundrechte Dritter oder sonstige Rechtspositionen von Verfassungsrang).⁷⁸

Im Ergebnis führt dies dazu, dass das religiöse Gleichheitsrecht in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG auch den Grenzen unterliegt, die auch für das Freiheitsrecht in Art. 4 GG gelten.⁷⁹ Das Gleichbehandlungsgebot schafft also kein Sonderrecht Einzelner, um sich unter Hinweis auf behauptete Diskriminierungen aus religiösen Gründen dem Geltungsanspruch des allgemeinen Gesetzes zu entziehen.⁸⁰

24

a) Verbotsimmanente Ausnahmen

Ansätze, die Anknüpfungsverbote in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG über eine wertende tatbestandliche Begrenzung des Nachteils- oder Vorteilsbegriffs restriktiv einzuhegen, sind zunächst grundsätzlich abzulehnen,⁸¹ weil dies die Gefahr einer Aushöhlung des Schutzanspruchs der Verfassung mit sich bringt. Gleichwohl sind auch verbotsimmanente Ausnahmen auch bei den in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG normierten Anknüpfungsverböten denkbar. Dies ergibt sich auch aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Ungleichbehandlung von Frau und Mann, die jedenfalls dann zulässig ist, wenn sie zur Lösung bestimmter sachspezifischer Probleme zwingend erforderlich ist.⁸² Dies führt, wenn man diese Prämisse auf andere Differenzierungsverbote übertragen möchte, dazu, dass jedenfalls dann tatbestandliche Beschränkungen denkbar sind, wenn es zum einen Unterschiede gibt, die unbeschadet der Existenz eines spezifischen Diskriminierungsverbotes schlichtweg nicht ignoriert werden können

25

⁷⁸ Ausführlich zu immanenten Grenzen und verfassungsunmittelbaren Schranken: *Detlef Merten*, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken (§ 60), in: HGR, Bd. III, 2009, passim.

⁷⁹ Vgl. insoweit auch *Heckel*, Das Gleichbehandlungsgebot (o. Fn. 43), S. 644 f. Zu den Schranken der Religionsfreiheit *Hans Michael Heinig*, → § 14, Rn. 61 f., 80–82.

⁸⁰ Dazu siehe auch *Ute Sacksofsky*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, in: VVDStRL 68 (2008), S. 7 (35 f.), die auf das Problem hinweist, dass allerdings auch die ausnahmslose Durchsetzung des allgemeinen Gesetzes zu Gleichheitsproblemen gerade bei Angehörigen religiöser Minderheiten führen kann.

⁸¹ Dazu *Uerpmann-Wittzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote (o. Fn. 2), § 128, Rn. 9 ff., 41.

⁸² Vgl. nur BVerfGE 85, 191 (207); 102, 41 (67).

und wenn zum anderen das Merkmal das Erforderlichkeit als Ausdruck einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung verstanden wird.⁸³

b) Verfassungsimmanente Schranken

26 Ferner finden verfassungsrechtliche Anknüpfungsverbote verfassungsrechtliche Schranken auch in kollidierendem Verfassungsrecht.⁸⁴ Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass jedenfalls die betroffene andere verfassungsrechtliche Position ihrerseits auch nicht a priori den Vorrang gegenüber dem in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG normierten Anknüpfungsverbot für sich beanspruchen kann; vielmehr sind beide konfligierenden Rechtspositionen im Wege praktischer Konkordanz einem Ausgleich zuzuführen.⁸⁵

27 So begegnet es grundsätzlich keinen Bedenken, den Zugang zum öffentlichen Dienst unbeschadet Art. 33 Abs. 3 S. 1 GG jedenfalls dann zu verweigern, wenn ein bestimmtes religiöses Bekenntnis Zweifel an der Eignung nach Art. 33 Abs. 2 GG gestattet, wobei dann das Merkmal der Eignung gleichwohl im Lichte des Anknüpfungsverbotes – im Sinne praktischer Konkordanz – auszulegen ist.⁸⁶ Auch begegnen landesrechtliche Privilegierungsregelungen,⁸⁷ die das Tra-

⁸³ So auch *Uerpmann-Wittzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote (o. Fn. 2), § 128, Rn. 41.

⁸⁴ Vgl. dazu *Boysen*, in: v.Münch/Kunig (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 165 ff.; *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 38), Art. 3, Rn. 214; *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien (o. Fn. 8), § 182, Rn. 154; *Uerpmann-Wittzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote (o. Fn. 2), § 128, Rn. 45 ff.; siehe ferner noch: BVerfGE 85, 191 (207 ff.); 92, 91 (109); 114, 357 (364).

⁸⁵ So auch *Boysen*, in: v.Münch/Kunig (o. Fn. 8), Art. 3, Rn. 165; *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien (o. Fn. 8), § 182, Rn. 154; *Uerpmann-Wittzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote (o. Fn. 2), § 128, Rn. 39.

⁸⁶ Siehe dazu auch *Monika Jachmann-Michel/Anna-Bettina Kaiser*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 4), Bd. 2, Art. 33, Rn. 26; *Uerpmann-Wittzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote (o. Fn. 2), § 128, Rn. 45.

⁸⁷ Vgl. beispielsweise nur Art. 59 Abs. 2 S. 3 Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Schulwesen: „Äußere Symbole und Kleidungsstücke, die eine religiöse oder weltanschauliche Überzeugung ausdrücken, dürfen von Lehrkräften im Unterricht nicht getragen werden, sofern die Symbole oder Kleidungsstücke bei den Schülerinnen und Schülern oder den Eltern auch als Ausdruck einer Haltung verstanden werden können, die mit den verfassungsrechtlichen Grundwerten und Bildungszielen der Verfassung einschließlich den christlich-abendländischen Bildungs- und Kulturwerten nicht vereinbar ist.“; § 45 Hessisches Beamtenengesetz: „Beamtinnen und Be-

gen bestimmter christlicher und jüdischer Kleidungsstücke durch Lehrer in der Schule gestatten, keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, da es sich nicht um eine Privilegierung des christlichen bzw. jüdischen Glaubens handelt.⁸⁸ Dies trägt auch dem Gedanken Rechnung, dass – dies gilt in Sonderheit für den Begriff des „Christlichen“ – damit auf eine aus der Tradition der christlich-abendländischen Kultur stammende Wertvorstellung⁸⁹ zurückgegriffen wird, der unabhängig von seiner religiösen Radizierung Geltung beansprucht.⁹⁰

Auch die finanzielle Förderung einzelner Religionsgemeinschaften begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, sofern diese nicht aus spezifisch religiösen Gründen erfolgt. Im Übrigen beruhen entsprechende finanzielle Leistungen in aller Regel auf sozial- oder kul-

28

amte haben sich im Dienst politisch, weltanschaulich und religiös neutral zu verhalten. Insbesondere dürfen sie Kleidungsstücke, Symbole oder andere Merkmale nicht tragen oder verwenden, die objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität ihrer Amtsführung zu beeinträchtigen oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Frieden zu gefährden. Bei der Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen nach Satz 1 und 2 ist der christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition des Landes Hessen angemessen Rechnung zu tragen.“

⁸⁸ Vgl. BVerwGE 121, 140 (151); BayVerfGH, in: NVwZ 2008, S. 420 (423); HessStGH, in: NVwZ 2008, S. 199 (203); kritisch im Schrifttum aber *Johann Bader*, Gleichbehandlung von Kopftuch und Nonnenhabit?, in: NVwZ 2006, S. 1333 (1334 f.); *Susanne Baer / Michael Wrase*, Staatliche Neutralität und Toleranz in der „christlich-abendländischen Wertewelt“, in: DÖV 2005, S. 243 (249); *Tristan Barczak*, „Zeig mir dein Gesicht, zeig mir, wer du wirklich bist“, in: DÖV 2011, S. 54 (60); *Guy Beaucamp / Jakob Beaucamp*, In dubio pro libertate, in: DÖV 2015, S. 174 (178); *Friedhelm Hufen*, Der Regelungsspielraum des Landesgesetzgebers im „Kopftuchstreit“, in: NVwZ 2004, S. 575 (578); *Julian Krüper*, Alle Bekenntnisse sind in der Schule gleich, in: NdsVBl. 2005, S. 249 (256); *Sacksofsky*, Religiöse Freiheit als Gefahr (o. Fn. 80), S. 7 (34 f.); *Christian Walter / Antje v. Ungern-Sternberg*, Verfassungswidrigkeit des nordrhein-westfälischen Kopftuchverbots für Lehrerinnen, in: DÖV 2008, S. 488 (494). Die Verfassungskonformität bejahen dagegen beispielsweise *Hans Hofmann*, Religiöse Symbole in Schule und Öffentlichkeit, in: NVwZ 2009, S. 74 (80); *Kästner*, in: Stern / Becker (o. Fn. 10), Art. 4, Rn. 72; *Juliane Kokott*, in: Sachs (o. Fn. 8), Art. 4, Rn. 64; *Lothar Michael / Martin Morlok*, Grundrechte, 6. Aufl. 2017, Rn. 747.

⁸⁹ Dazu zählen die Unantastbarkeit der Menschenwürde, die allgemeine Handlungsfreiheit, die Glaubensfreiheit und die Wahrung der Gleichheitssätze in Art. 3 GG. Erfasst werden aber auch humane Werte wie Hilfsbereitschaft, Toleranz und Solidarität. Vgl. insoweit BVerwGE 121, 140 (151); HessStGH, in: NVwZ 2008, S. 199 (203).

⁹⁰ Vgl. BVerwGE 121, 140 (151); BayVerfGH, in: NVwZ 2008, S. 420 (423); HessStGH, in: NVwZ 2008, S. 199 (203).

turstaatlichen Erwägungen.⁹¹ Zulässige Differenzierungskriterien sind auch die Größe, die Verfestigung der Organisationsformen, die soziale Bedeutung oder der Grad an öffentlicher Wirksamkeit; entscheidend ist, dass jedenfalls nicht an den Inhalt eines Glaubens oder Bekenntnisses angeknüpft wird.⁹²

⁹¹ Wie hier auch *Stefan Koriath*, Freiheit der Kirchen und Religionsgemeinschaften (§ 97), in: HGR, Bd. IV, 2011, Rn. 65; *Baer / Markard*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 8), Art. 4, Rn. 18.

⁹² Vgl. insoweit *Koriath*, Freiheit der Kirchen und Religionsgemeinschaften (o. Fn. 90), § 97, Rn. 60; *Mückl*, Grundlagen des Staatskirchenrechts (o. Fn. 5), § 159, Rn. 74.

§ 18

Die religiöse und weltanschauliche Neutralität des Staates

Von Christian Walter

A. Verfassungsgeschichtliche Wurzeln des Neutralitätsprinzips	4–8
B. Grundlagen im positiven Verfassungsrecht des Grundgesetzes	9–14
I. Verbot der Staatskirche	10–12
II. Der allgemeine und die besonderen Gleichheitssätze	13
III. Die Religionsfreiheit	14
C. Der Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	15–19
D. Das Neutralitätsprinzip in der rechtswissenschaftlichen Diskussion der Bundesrepublik	20–33
I. Kirchenprivileg in der frühen Bundesrepublik	21
II. Staatliche Souveränität als etatistisches Neutralitätsargument	22–23
III. Neutralität als Balance zwischen staatlicher Souveränität und grundrechtlicher Freiheit	24–25
IV. Richtungsstreit um die Neutralität	26–33
1. Verabschiedung der Neutralität?	27–31
a) Wegen mangelnder ausdrücklicher Normierung?	27
b) Wegen unterschiedlicher Beiträge verschiedener Religionsgemeinschaften zu den Geltungs- und Realisierungsbedingungen einer freiheitlichen Verfassungsordnung?	28–29
c) Aus demokratischen Gründen?	30–31
2. Neutralität als „strikte Gleichbehandlung“?	32–33

E. Neutralität im internationalen Vergleich	34–47
I. Die Entwicklung in den USA: Von der strikten Trennung zur „positiven“ oder „wohlwollenden“ Neutralität	35–37
II. Die Entwicklung in Frankreich: Laizität als französische Variante der Neutralität	38–40
III. Die Entwicklung unter der EMRK: Europäische und mitgliedstaatliche Neutralitätskonzeptionen	41–47
1. Die Begründung des Neutralitätsprinzips	42–43
2. Beschränkung der europäischen Neutralität	44–47
F. Neutralität als <i>idée directrice</i> des Religionsrechts	48

- 1 Der Grundsatz der Neutralität zählt heute zu den Eckpfeilern des Religionsverfassungsrechts. Er soll die prinzipielle Gleichheit der Religionen im und gegenüber dem Staat sicherstellen. In diese zentrale Rolle ist das Neutralitätsprinzip aber erst in jüngerer Zeit hineingewachsen. So kannten die beiden Voraufgaben dieses Handbuchs zwar eigene Beiträge zu wesentlichen Bestandteilen des Neutralitätsprinzips,¹ ein eigener Beitrag, der die „Neutralität des Staates“ im Titel führt, fehlt allerdings. Die Gründe hierfür sind vielfältig und dürften den Befund vor allem in der Zusammenschau erklären. Ein ganz zentraler Grund liegt im Normbestand, denn es gibt keinen ausdrücklichen Verfassungsrechtssatz, welcher die Neutralität des Staates proklamiert (dazu näher B.). Ein zweiter, ähnlich wichtiger Grund, der zudem auch eine Erklärung für das Fehlen des Neutralitätsprinzips in den Verfassungsbestimmungen liefern kann, ist die außerordentlich starke historische Prägung des Staatskirchenrechts. Reformierende und gestaltende Eingriffe des Gesetz- oder gar des Verfassungsgebers waren jedenfalls in der deutschen Verfassungsgeschichte selten. Das Staatskirchenrecht lebt und entwickelt sich deshalb vor allem in der Kontinuität gewachsener Institutionen. Die Überlagerung des Grundsatzes der Parität der Konfessionen, dem in den Voraufgaben dieses Handbuchs zentrale gleichheitssichernde Funktion zukam, durch den Grundsatz der Neutralität ist ein Beispiel für die allmähliche Anpassung des Religionsverfassungsrechts

¹ Siehe namentlich *Martin Heckel*, Die religionsrechtliche Parität (§ 20), in: HSKR², Bd. I, 1994, S. 589 ff.; *ders.*, Das Gleichbehandlungsgebot im Hinblick auf die Religion, in: ebd., § 21, S. 623 ff.

an geänderte gesellschaftliche Rahmenbedingungen (zu den historischen Wurzeln der Neutralität in der konfessionellen Parität A.).

Ein dritter Grund für die Attraktivität des Neutralitätsgrundsatzes liegt in seiner inhaltlichen Weite, die daraus rührt, dass ihm nicht eine einzige, sondern eine Zusammenschau mehrerer Verfassungsbestimmungen zugrunde liegt. Der Anspruch einer Zusammenschau macht das Neutralitätsprinzip für die auf eine stimmige Gesamtinterpretation der religionsrechtlichen Bestimmungen des Grundgesetzes angewiesene Verfassungsgerichtsbarkeit (hierzu C.) ebenso attraktiv wie für die nach Systematisierung strebende Wissenschaft (hierzu D.). Da praktisch keine moderne religionsrechtliche Ordnung ohne das Neutralitätsprinzip auskommt, eignet es sich darüber hinaus in hervorragender Weise für rechtsvergleichende Betrachtungen, welche auch das internationale Recht, namentlich den internationalen Menschenrechtsschutz einbeziehen (dazu E.).

Ein vierter Grund kann schließlich in der gewachsenen Sensibilität für interdisziplinäre Fragestellungen gesehen werden. Neutralität ist nicht nur kein Verfassungsbegriff, sondern sie ist auch ein Konzept, das deutlich über den genuin juristischen Bereich hinausweist, namentlich in die politische Philosophie und Theorie und in die Ethik. Insbesondere in der amerikanischen Literatur finden sich viele Studien, in denen Neutralitätskonzepte auf der Basis rechtlicher, ethischer und philosophischer Erwägungen entwickelt werden.² Solchen Arbeiten geht es nicht um die Auslegung einer bestimmten Verfassung, sondern um die Entwicklung stimmiger Gesamtkonzepte für das Verhältnis von Staat und Religion. Hierin liegen Chancen, weil solche interdisziplinären Anstöße den rechtlichen Diskurs befruchten können. Zugleich darf aber nicht übersehen werden, dass ungeachtet der Anregungen durch solche Anstöße die geltenden Verfassungsnormen den Ausgangspunkt der rechtlichen Analyse bilden müssen.³ Bleibt man sich dieser normativen Vorgabe bewusst, so lässt sich das Neutralitätsprinzip als normatives Ziel der Religionsverfassung, als seine *idée directrice*, verstehen (F).

² Exemplarisch seien aus neuer Zeit genannt *Robert Audi*, *Democratic Authority and the Separation of Church and State*, 2011, S. 37 ff.; *Andrew Koppelman*, *Defending American Religious Neutrality*, 2013; in Deutschland *Christian Polke*, *Öffentliche Religion in der Demokratie – Eine Untersuchung zur weltanschaulichen Neutralität des Staates*, 2009.

³ Dazu unten Rn. 27.

A. Verfassungsgeschichtliche Wurzeln des Neutralitätsprinzips

- 4 Verfassungsgeschichtlich lassen sich Ursprünge des Neutralitätsprinzips in der Glaubenspaltung ausmachen. Die Reformation bedeutete für die mittelalterliche Einheit von weltlicher und geistlicher Sphäre eine schwere „Verfassungsstörung“.⁴ Diese wurde 1555 im Augsburger Religionsfrieden und 1648 im Westfälischen Frieden bewältigt. Beide Dokumente nehmen die religiöse Spaltung hin und zielen auf friedliche Koexistenz auf der Ebene des Reiches. Grundbedingung hierfür war die prinzipielle Anerkennung der beiden Konfessionen als gleichberechtigt. Die so postulierte Parität der Konfessionen⁵ konnte das Reich nur gewährleisten, indem es sich neutral zu der theologischen Streitfrage verhielt.⁶ Darin wird zum ersten Mal der Gedanke der Nicht-Identifikation sichtbar, allerdings beschränkt auf die Ebene des Reichs, denn der Augsburger Religionsfriede führte gerade keine Trennung der weltlichen und der geistlichen Sphäre herbei. Vielmehr verwies er mit dem Grundsatz des *cuius regio, eius religio* die Angelegenheit auf die Landesebene und förderte dort verschiedene, je für sich konfessionell geprägte Verbindungen von geistlicher und weltlicher Macht.⁷ Damit setzte sich die mittelalterliche Form der Einheit von geistlicher und weltlicher Macht in den Territorialstaaten nicht nur fort, sondern sie wurde durch die Abgrenzung gegenüber der jeweils anderen Konfession sogar verstärkt. Der konfessionellen Neutralität des Reiches stand eine Konfessionalisierung der Territorien gegenüber.⁸
- 5 Die beschriebene Wechselwirkung zwischen der konfessionellen Neutralität auf Reichsebene und Konfessionalisierung in den Territorien zeigt zweierlei: Zum einen wird deutlich, dass die Anerkennung der Parität der beiden Konfessionen auf Reichsebene rein zweck-

⁴ Bernd Jeand'Heur / Stefan Koriath, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, Rn. 14, im Anschluss an Martin Heckel, Augsburger Religionsfriede, in: EvStL³, Bd. I, Sp. 111 ff. (111).

⁵ Martin Heckel, Parität, in: ZRG 80 KA 49 (1963), S. 261 ff., abgedr. in: ders., Gesammelte Schriften. Staat Kirche Recht Geschichte, hg. von Klaus Schlaich, 1989, Bd. I, S. 106 ff.

⁶ Martin Heckel, Staat und Kirche nach den Lehren der evangelischen Juristen Deutschlands in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts, 1968, S. 69 ff.; Klaus Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 28 ff.

⁷ Jeand'Heur / Koriath, Grundzüge (o. Fn. 4), Rn. 15 a. E.

⁸ Dietmar Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte, 7. Aufl. 2013, S. 152 ff.; Horst Dreier, Kanonistik und Konfessionalisierung – Marksteine auf dem Weg zum Staat, in: JZ 2002, S. 1 ff. (8 ff.).

orientiert war und das Reich vor dem Zerfall bewahrte. Und zum anderen folgt aus der Zweckorientierung eine Beschränkung auf die widerstrebenden christlichen Konfessionen. Der Parität kam so insgesamt eine Befriedungsfunktion zu, weil sie die Konfessionalisierung in den Territorien reichsrechtlich durch dessen Neutralität absicherte. Umgekehrt lieferte die Konfessionalisierung in den Territorien ein Gegengewicht zur Neutralität des Reiches, weil dort das Bündnis von Thron und Altar zunächst uneingeschränkt aufrechterhalten werden konnte.⁹ Von Neutralität in einem modernen Sinne ist diese Konstruktion weit entfernt, weil ihr die prinzipielle Trennung von geistlicher und weltlicher Sphäre noch unbekannt ist.¹⁰

Diese nächste Stufe der verfassungsgeschichtlichen Entwicklung des Neutralitätsprinzips wird von der Philosophie der Aufklärung vollzogen. Durch sie wurde der Staat von seiner bisherigen religiösen Legitimation abgelöst, die Rechtfertigung staatlicher Herrschaft säkularisiert. An die Stelle des Gottesgnadentums traten mit den Theorien des Herrschaftsvertrags und den Menschen- und Bürgerrechten Legitimationsmuster, welche die Herrschaftsgewalt auf die Gesamtheit der Individuen stützen. Hierin liegt „ein großer Prozess der Emanzipation, der Emanzipation der weltlichen Ordnung von überkommenen religiösen Autoritäten und Bindungen.“¹¹ Die ausschließlich säkulare Begründung von staatlicher Herrschaft trägt zugleich den Keim für eine gewandelte Neutralitätsforderung in sich. Anders als im alten Reich geht es jetzt nicht mehr nur um die pragmatische Absicherung des konfessionellen Friedens. Die Neutralität der Herrschaftsgewalt wird vielmehr zum normativen Gebot.

Die darin liegende fundamentale Änderung wurde allerdings nicht sofort sichtbar. Sie findet einen ersten Ausdruck in Art. 16 Abs. 1 der Deutschen Bundesakte vom 8. 6. 1815, mit welcher die bislang nur für das Reich geltende Paritätsverpflichtung auf die Einzelstaaten er-

⁹ „Die konfessionelle Geschlossenheit des Territorialkirchenrechts war zu ihrem Schutz auf das konfessionell neutralisierte Reichskirchenrecht der Parität angewiesen; und dieses wiederum stützte sich auf die Kraft der konfessionell geschlossenen Territorien, die das neutrale Paritätssystem des Reiches im Gleichgewicht hielt.“, *Martin Heckel*, Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit (Rezension Christoph Link), abgedr. in: *ders.*, *Gesammelte Schriften* (o. Fn. 5), Bd. II, S. 988.

¹⁰ Vgl. dazu den plastischen Begriff der „religionsgebundenen Neutralität“ bei *Heinhard Steiger*, Neutralität in Religionssachen, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, hg. von Otto Brunner / Werner Conze / Reinhart Koselleck, Bd. 4, 1978, S. 337 ff. (351).

¹¹ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: *ders.*, *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, S. 92 ff. (111).

streckt wurde: „Die Verschiedenheit der christlichen Religions-Partheyen kann in den Ländern und Gebiethen des deutschen Bundes keinen Unterschied in dem Genusse der bürgerlichen und politischen Rechte begründen.“¹² Auch in den einzelstaatlichen Verfassungen finden sich vergleichbare Bestimmungen.¹³ Die Balance zwischen Konfessionalisierung in den Territorien und Neutralität auf der Ebene des Reiches wurde hierdurch aufgehoben. Noch deutlicher, weil unmittelbar auf die Religionsgemeinschaften bezogen und vor allem ohne Beschränkung auf christliche Religionsgemeinschaften formuliert, heißt es in § 147 Abs. 2 der Paulskirchenverfassung: „Keine Religionsgesellschaft genießt vor andern Vorrechte durch den Staat; es besteht fernerhin keine Staatskirche.“¹⁴ Dass diese Bestimmung niemals in Kraft getreten ist, ja, dass im gesamten 19. Jahrhundert der Begriff der Neutralität in Religionsfragen praktisch keine Verwendung findet,¹⁵ steht der verfassungshistorischen Bedeutung der Regelung in der Paulskirchenverfassung nicht entgegen. Es drückt sich darin vielmehr nur das für historische Entwicklungen typische Nebeneinander von Neuem und Altem, von Fortwirken des Traditionellen und langsamem Einsickern neuer Ideen aus. Deshalb ist es das bleibende Verdienst der Paulskirchenverfassung, erstmals in dieser Klarheit die prinzipielle Gleichberechtigung aller Religionen gegenüber der staatlichen Gewalt postuliert zu haben. Das grundsätzlich andere theoretische Fundament, das hinter dieser Forderung steckt, wird deutlich, wenn *Johann Kaspar Bluntschli* 1876 vom „intercon-fessionellen Gemeinwesen“ spricht, das „*ausserhalb jeder Kirche*“ stehe und eine „neutrale Stellung“ einzunehmen habe.¹⁶

- 8 Es blieb dann der Weimarer Reichsverfassung und dem Grundgesetz vorbehalten, diesen Anspruch einzulösen. Aus der Weimarer Zeit ist insoweit auf den „Kirchenkompromiss“ zum Körperschaftsstatus hinzuweisen, der in Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV mit der prinzipiellen Öffnung des Zugangs für die „anderen“ Religionsgesellschaften, also

¹² *Ernst-Rudolf Huber / Wolfgang Huber*, Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert, Dokumente zur Geschichte des deutschen Staatskirchenrechts, Bd. I, 1973, S. 115.

¹³ Dazu näher *Martin Heckel*, Die religionsrechtliche Parität, in: HSKR¹, Bd. I, 1974, S. 445 ff. (454), abgedr. in: *ders.*, Gesammelte Schriften (o. Fn. 5), Bd. I, S. 227 ff. (236).

¹⁴ *Huber / Huber*, Dokumente (o. Fn. 12), Bd. II, 1976, S. 33.

¹⁵ Vgl. dazu die historische Darstellung bei *Steiger*, Neutralität in Religions-sachen (o. Fn. 10), S. 352 ff.

¹⁶ *Johann Kaspar Bluntschli*, Lehre vom modernen Staat, Bd. 3: Politik als Wissenschaft, 1876, S. 220 (Hervorhebung vom Verfasser).

diejenigen, die diesen Status 1919 noch nicht hatten, ein weiteres Element der Gleichbehandlung hinzufügt. Der Körperschaftsstatus ist kein Privileg, das nur bestimmten, historisch gewachsenen Religionsgemeinschaften zusteht. Vielmehr wird er gleichheitsrechtlich erst durch seine prinzipielle Erstreckung auf alle Religionsgemeinschaften erträglich.¹⁷ Diese praktische Konsequenz hat freilich erst das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Zuerkennung des Körperschaftsstatus an die Zeugen Jehovas gezogen. Es überrascht deshalb kaum, dass in dieser Entscheidung besonders oft von der staatlichen Neutralität im Zusammenhang mit der Auslegung von Art. 137 Abs. 5 WRV die Rede ist.¹⁸ Mit dem weiten Bogen von der Einigung auf den Weimarer Kirchenkompromiss im Jahre 1919 bis zu seiner Auslegung und Anwendung durch das Bundesverfassungsgericht etwa 80 Jahre später ist zugleich auch der Boden des geltenden Rechts betreten.¹⁹

B. Grundlagen im positiven Verfassungsrecht des Grundgesetzes²⁰

Unter dem Grundgesetz gibt es keine ausdrückliche Garantie der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates. Es gibt aber zahlreiche Bestimmungen, die in ihrer Zusammenschau den Neutralitätsgrundsatz verfassungsrechtlich tragen. Zu diesen Bestimmungen zählen vor allem das Verbot der Staatskirche (I.), der allgemeine und die besonderen Gleichheitssätze (II.) und schließlich auch die Religionsfreiheit (III.). Das Bundesverfassungsgericht hat den

9

¹⁷ Hans Michael Heinig, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003, S. 103 ff. (111), der ein „mehrheitliches Leitbild einer offen-pluralen Egalisierung aller Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften“ konstatiert; vielfach wird auch die „Gleichheit im Angebot“ als das entscheidende Gleichheitsmerkmal in Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV betont, vgl. etwa Heckel, Religionsrechtliche Parität (o. Fn. 13), S. 271.

¹⁸ BVerfGE 102, 370 (385 ff.) – *Zeugen Jehovas*.

¹⁹ Vgl. dazu nochmals Steiger, Neutralität in Religionssachen (o. Fn. 10), S. 359, der betont, dass die Konturierung der Neutralität erst durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erfolgt ist.

²⁰ Beim nachfolgenden Text in den Teilen B.–E. handelt es sich um eine in den Nachweisen ergänzte und erweiterte Fassung meines Beitrags „Die weltanschauliche Neutralität des Staates und sein Verhältnis zur Religion“, in: Handbuch Christentum und Islam in Deutschland, hg. von Mathias Rohe / Havva Engin / Mouhanad Khorchide / Ömer Özsoy / Hansjörg Schmid, 2014, S. 224 ff.

Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates inzwischen in seiner Rechtsprechung fest etabliert (C.).

I. Verbot der Staatskirche

- 10 Zu den im Jahr 1949 aus der Weimarer Reichsverfassung (WRV) in das Grundgesetz (GG) übernommenen Vorschriften zählt auch Art. 137 Abs. 1 WRV, der apodiktisch formuliert: „Es besteht keine Staatskirche.“ Im Jahr 1919 sollten damit Restbestände des landesherrlichen Kirchenregiments beseitigt werden. Die Vorschrift ist aber weder in Weimar noch heute im Sinne einer kirchenfeindlichen strikten Trennung von Staat und Kirche verstanden worden. Vielmehr zielt sie darauf ab, institutionelle Verbindungen von Staat und Kirche(n) zu verbieten.²¹ Dies schließt aber die bestehende Zusammenarbeit namentlich im Erziehungs- und Sozialwesen nach ganz herrschender Meinung nicht aus.²²
- 11 Das Verbot der Staatskirche dient in doppelter Hinsicht der Begründung des Neutralitätsprinzips. Neben dem bereits angesprochenen institutionellen Aspekt der organisatorischen Trennung von Staat und Kirche wird ihm auch ein materieller Gedanke der Nicht-identifikation des Staates mit einzelnen religiösen Überzeugungen entnommen.²³ Hieraus folgt, dass der Staat seine Legitimation oder diejenige einzelner Maßnahmen nicht auf bestimmte Religionen stützen darf. Die Regelung des Art. 137 Abs. 1 WRV i. V. m. Art. 140 GG

²¹ *Stefan Koriath*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Losebl., Stand Februar 2003, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 4 ff.

²² *Michael Germann*, in: Volker Epping / Christian Hillgruber (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 4, Rn. 84; *Koriath*, in: Maunz / Dürig (Hg.), GG (o. Fn. 21), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 5; *Karl-Hermann Kästner*, in: BK, Stand 164. Erg.-Lfg. Dezember 2013, Art. 140 GG, Rn. 131; *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl., Bd. III, 2008, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 23. Vgl. hierzu auch generell *Axel Frhr. v. Campenhausen / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 92 ff.; *Ute Mager*, in: Ingo von Münch / Philip Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 140, Rn. 25.

²³ Zurückgehend auf *Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 181; vgl. jetzt etwa *Morlok*, in: Dreier (Hg.), GG (o. Fn. 22), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 20. Ähnlich auch die „Pflicht zur staatlichen Äquidistanz“ bei *Martin Heckel*, Das Kreuz im öffentlichen Raum. Zum „Kruzifix-Beschluß“ des Bundesverfassungsgerichts, in: DVBl. 1996, S. 453 (472); mit Blick auf den „Kopftuchstreit“ s. auch *Julian Krüper*, Die grundrechtlichen Grenzen staatlicher Neutralität, in: JöR N. F. 53 (2005), S. 79 ff.

erteilt damit etwa der im Kaiserreich durchaus vorhandenen Vorstellung vom „christlichen Staat“²⁴ eine klare Absage. Es versteht sich von selbst, dass Gleiches für den Rekurs auf andere Religionen gilt. Auch ein „muslimischer Staat“ ist unter Art. 137 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG ausgeschlossen. Dieses Verbot verhindert nicht nur, dass Grundstrukturen der staatlichen Ordnung an religiösen Vorstellungen ausgerichtet werden, sondern es sorgt umgekehrt auch für die Freiheit der Religionsgemeinschaften vor staatlicher Einflussnahme.

Das Verbot der Staatskirche ist zwar objektiv-rechtlich formuliert. Es besteht aber Einigkeit darüber, dass eine institutionelle Trennung von Staat und Religionsgemeinschaften auch aus grundrechtlichen Erwägungen zwingend erforderlich ist. Insofern wird zutreffend von einer „grundrechtlichen Fundierung“ des Trennungsgebots gesprochen.²⁵

12

II. Der allgemeine und die besonderen Gleichheitssätze

Die Verknüpfung zwischen Neutralität und Gleichheit drängt sich intuitiv auf: Wenn alle ohne Ansehen ihrer religiösen Überzeugung gleich sein sollen, dann folgt daraus unmittelbar die Verpflichtung des Staates, nicht nach religiös-weltanschaulichen Überzeugungen zu differenzieren, also neutral zu sein. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Zusammenhang Mitte der 1960er Jahre auf die Formel vom Staat als „Heimstatt aller Bürger“ gebracht.²⁶ Die besonderen Gleichheitssätze des Art. 33 Abs. 3 GG (Genuss bürgerlicher und staatsbürgerlicher Rechte und Zulassung zu öffentlichen Ämtern) und des Art. 3 Abs. 3 GG (allgemeines Verbot der Benachteiligung aus religiösen Gründen) tragen diesen Gedanken ebenso wie der allge-

13

²⁴ Vgl. bspw. *Friedrich Julius Stahl*, *Der christliche Staat*, 2. Aufl. 1858; zu diesem s. *Christian Wiegand*, *Über Friedrich Julius Stahl (1801–1862)*. Recht, Staat, Kirche, 1981.

²⁵ *Morlok*, in: Dreier (Hg.), GG (o. Fn. 22), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 21.

²⁶ „Das Grundgesetz legt durch Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 GG sowie durch Art. 136 Abs. 1 und 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG dem Staat als Heimstatt aller Bürger ohne Ansehen der Person weltanschaulich-religiöse Neutralität auf.“, BVerfGE 19, 206 (216) – *Kirchenbausteuer*.

meine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG („Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.“).²⁷

III. Die Religionsfreiheit

- 14 Näherer Begründung bedarf, warum auch die Religionsfreiheit eine Grundlage für das Neutralitätsprinzip darstellt. An sich ist der Gebrauch einer grundrechtlichen Freiheit nicht auf den Vergleich mit anderen ausgerichtet, die von ihrer Freiheit ebenfalls Gebrauch machen. Es gibt aber Freiheiten, denen ein klar erkennbares Moment „gleicher Freiheit“ innewohnt.²⁸ Sehr deutlich wird dies bei der Meinungsäußerungsfreiheit, bei der einer amerikanischen Linie folgend aus dem Freiheitsrecht ein Verbot der Differenzierung nach den geäußerten Inhalten entnommen wird („viewpoint discrimination“).²⁹ In vergleichbarer Weise beinhaltet die Religionsfreiheit einen Anspruch darauf, dass bei staatlichen Maßnahmen nicht nach dem Inhalt der religiösen Überzeugung differenziert wird.³⁰ Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Kruzifix-Entscheidung die Religionsfreiheit klar als Wurzel des Neutralitätsprinzips benannt. „Aus der Glaubensfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG folgt [...] der Grundsatz staatlicher Neutralität gegenüber den unterschiedlichen Religionen und Bekenntnissen. Der Staat, in dem Anhänger unterschiedlicher oder gar gegensätzlicher religiöser und weltanschaulicher Überzeugungen zusammenleben, kann die friedliche Koexistenz nur gewährleisten, wenn er selber in Glaubensfragen Neutralität bewahrt.“³¹

²⁷ Zu den Einzelheiten des Gleichheitssatzes mit Blick auf Religionsgemeinschaften *Kyrrill-A. Schwarz*, → § 17.

²⁸ Für die Religionsfreiheit etwa *Ute Sacksofsky*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, in: VVDStRL 68 (2009), S. 7 ff. (20 ff.).

²⁹ *Antje von Ungern-Sternberg*, Öffentliche Auseinandersetzung um Religion zwischen Freiheit und Sicherheit: Vom Blasphemieverbot zur Bekämpfung der Hassrede, in: *Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit*. 48. Assistenten-tagung Öffentliches Recht in Heidelberg, hg. von Felix Arndt u. a., 2009, S. 61 (73, 80 f.).

³⁰ *Christoph Möllers*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, in: VVDStRL 68 (2009), S. 47 ff. (53).

³¹ BVerfGE 93, 1 (16) – *Kruzifix*; dies ist seither gefestigte Rechtsprechung, siehe aus neuerer Zeit etwa BVerfGE 139, 321 (247).

C. Der Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Der Grundsatz der Neutralität hat erst durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eigene normative Bedeutung erlangt. Er findet sich erstmals eher beiläufig in einer Entscheidung aus dem Jahr 1960, in der es um die Grenzen zulässiger Werbung für den Kirchenaustritt ging,³² und dann – sowohl in der rechtlichen Fundierung als auch hinsichtlich konkreter Rechtsfolgen schon deutlich klarer – in einer Entscheidung aus dem Jahr 1965 zur badischen Kirchenbausteuer, in der aus der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates abgeleitet wird, dass dieser einer Religionsgemeinschaft keine Hoheitsbefugnisse gegenüber Personen verleihen darf, die ihr nicht angehören.³³ Man kann aber in beiden Fällen annehmen, dass die Entscheidungen auch ohne Rekurs auf das Neutralitätsprinzip in gleicher Weise hätten ergehen können. Das Neutralitätsprinzip dient hier als „Chiffre für das Zusammenspiel von religiösem Diskriminierungsverbot, Religionsfreiheit und Verbot der Staatskirche.“³⁴ Eigene Normativität kommt ihm in dieser Phase aber noch nicht zu.

Einen Wendepunkt hin zu einer eigenen normativen Bedeutung des Neutralitätsprinzips markiert der Kruzifix-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, in dem das Bundesverfassungsgericht den Neutralitätsgrundsatz mit der Friedenssicherungspflicht des Staates verknüpft und so jedenfalls in der Tendenz Neutralität als Zurückdrängung der Sichtbarkeit von Religion aus dem staatlichen Raum versteht.³⁵ Grundrechtsdogmatisch wären diese Fragen sehr viel präziser unter dem Aspekt des Grundrechtseingriffs zu verhandeln gewesen.³⁶ In ganz ähnlicher Weise wird die Grundrechtsdogmatik in der Ent-

³² BVerfGE 12, 1 (4) – *Glaubensabwerbung*.

³³ BVerfGE 19, 206 (216) – *Kirchenbausteuer*.

³⁴ *Hans-Michael Heinig*, Verschärfung der oder Abschied von der Neutralität? Zwei verfehlte Alternativen in der Debatte um den herkömmlichen Grundsatz religiös-weltanschaulicher Neutralität, in: JZ 2009, S. 1136 ff. (1137).

³⁵ BVerfGE 93, 1 (16 f.); vgl. insoweit auch die allgemeine Kritik an der Verdrängung religiös fundierter Positionen aus dem politischen Diskurs durch das Neutralitätsprinzip bei *Christoph Möllers*, Grenzen der Ausdifferenzierung. Zur Verfassungstheorie der Religion in der Demokratie, in: ZevKR 59 (2014), S. 115 ff. (117–128).

³⁶ *Barbara Rox*, Schutz religiöser Gefühle im freiheitlichen Verfassungsstaat?, 2012, S. 140 ff.

scheidung zu den Sektenwarnungen überspielt, wenn nur die „*partei-ergreifende* Einmischung“ in die Überzeugungen und Handlungen von einzelnen Personen oder religiösen und weltanschaulichen Gemeinschaften vom Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 GG erfasst sein soll.³⁷ Der gängigen Grundrechtsdogmatik hätte es entsprochen, diese Fragen im Rahmen der Schrankenprüfung zu verhandeln.³⁸ Nach dem Ansatz des Bundesverfassungsgerichts wird dagegen der Inhalt der Religionsfreiheit von einem Prinzip bestimmt, das seinerseits einige Jahre zuvor erst aus der Religionsfreiheit abgeleitet wurde.³⁹

- 17 Die bislang letzte Etappe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Neutralitätsprinzip wird durch die erste Entscheidung zum Kopftuch einer muslimischen Lehrerin aus dem Jahr 2003 markiert. Auch in dieser Entscheidung spielt das Neutralitätsprinzip eine prominente Rolle, was nicht zuletzt daran liegt, dass der Staat gerade im schulischen Bereich auch jenseits religiöser und weltanschaulicher Fragen Neutralität zu wahren hat. Das gilt insbesondere für politische Meinungsäußerungen. Die Besonderheit der Kopftuch-Entscheidung besteht darin, dass das Bundesverfassungsgericht die Gewichtung der einzelnen Rechtspositionen, die im Neutralitätsprinzip zusammenfließen, dem zuständigen Landesgesetzgeber überlässt. Es heißt in der Entscheidung wörtlich:

„Eine Regelung, die Lehrern untersagt, äußerlich dauernd sichtbar ihre Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religionsgemeinschaft oder Glaubensrichtung erkennen zu lassen, ist Teil der Bestimmung des Verhältnisses von Staat und Religion im Bereich der Schule. Die gewachsene religiöse Vielfalt in der Gesellschaft spiegelt sich hier besonders deutlich wider. Die Schule ist der Ort, an dem unterschiedliche religiöse Auffassungen unausweichlich aufeinander treffen und wo sich dieses Nebeneinander in besonders empfindlicher Weise auswirkt. Ein tolerantes Miteinander mit Andersgesinnten könnte hier am nachhaltigsten durch Erziehung geübt werden. Dies müsste nicht die Verleugnung der eigenen Überzeugung bedeuten, sondern böte die Chance zur Erkenntnis und Festigung des eigenen Standpunkts und zu einer gegenseitigen Toleranz, die sich nicht als nivellierender Ausgleich versteht (vgl. BVerfGE 41, 29 [64]). Es ließen sich deshalb Gründe dafür anführen, die zunehmende religiöse Vielfalt in der Schule aufzunehmen und als Mittel für die Einübung von gegenseitiger Toleranz zu nutzen, um so einen Beitrag in dem Bemühen um Integration

³⁷ BVerfGE 105, 279 (294 [Hervorhebung vom Verfasser], 298 ff.) – *Osho*.

³⁸ Vgl. dazu die Kritik bei *Christian Walter*, Religionsverfassungsrecht, 2006, S. 268 m. w. N. Zur entsprechenden Prüfung des EGMR s. *Leela Förderkreis e. V. and Others v. Germany*, Beschwerde-Nr. 58911/00, in: NVwZ 2010, S. 177 (Rn. 79 ff.).

³⁹ Zu Recht pointiert kritisch *Heinig*, Verschärfung oder Abschied? (o. Fn. 34), S. 1137.

zu leisten. Andererseits ist die beschriebene Entwicklung auch mit einem größeren Potenzial möglicher Konflikte in der Schule verbunden. Es mag deshalb auch gute Gründe dafür geben, *der staatlichen Neutralitätspflicht im schulischen Bereich eine striktere und mehr als bisher distanzierende Bedeutung* beizumessen und demgemäß auch durch das äußere Erscheinungsbild einer Lehrkraft vermittelte religiöse Bezüge von den Schülern grundsätzlich fern zu halten, um Konflikte mit Schülern, Eltern oder anderen Lehrkräften von vornherein zu vermeiden.⁴⁰

Man konnte in dieser ersten Kopftuch-Entscheidung eine Abkehr von der vorherigen Rechtsprechung sehen, weil sie dem Neutralitätsprinzip nicht mehr einen verfassungsrechtlich fest vorgegebenen Inhalt zumisst, sondern vielmehr dem einfachen Bundes- oder Landesgesetzgeber die Zuständigkeit für die nähere Ausgestaltung überlässt und auch die Möglichkeit einer stärker auf Trennung ausgerichteten Ausgestaltung eröffnet.⁴¹ In der zweiten Kopftuch-Entscheidung aus dem Jahr 2015 hat das Bundesverfassungsgericht den Rahmen der Ausgestaltung allerdings enger gezogen, wenn es explizit formuliert, dass die „dem Staat gebotene weltanschaulich-religiöse Neutralität [...] nicht als eine distanzierende im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche zu verstehen [ist], sondern als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung.“⁴²

Für den Bereich der Justiz gelten dagegen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gesteigerte Neutralitätsanforderungen, die sich sowohl aus dem religionsrechtlichen Neutrali-

⁴⁰ BVerfGE 108, 282 (310) – *Kopftuch* (Hervorhebung vom Verfasser).

⁴¹ So auch *Stefan Muckel*, in: Karl-Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Losebl., Stand 33. Erg.-Lfg. 2011, Art. 140, Rn. 35.

⁴² BVerfGE 138, 296 (339, Rn. 110); allgemein zur zweiten Kopftuch-Entscheidung etwa *Tonio Klein*, *Das Kopftuch im Klassenzimmer: konkrete, abstrakte, gefühlte Gefahr?*, in: DÖV 2015, S. 464 ff.; *Bernhard Stüer/Eva-Maria Stüer*, Anmerkung, in: DVBl. 2015, S. 569 f.; Jürgen Schwabe, Anmerkung, in: DVBl. 2015, S. 570 ff.; *Ute Sacksofsky*, *Kopftuch als Gefahr – ein dogmatischer Irrweg*, in: DVBl. 2015, S. 801 ff.; *Stefan Muckel*, *Pauschales Kopftuchverbot an öffentlichen Schulen verletzt die Religionsfreiheit*, in: JA 2015, S. 476 ff.; *Hans-Jürgen Papier*, *Zur Kopftuch-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in: RdJB 2015, S. 213 ff.; *Hans Michael Heinig*, *Ein neues Kapitel in einer unendlichen Geschichte?*, in: RdJB 2015, S. 217 ff.; *Daniel Enzensperger*, *Verfassungsmäßigkeit eines pauschalen Kopftuchverbots für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen*, in: NVwZ 2015, S. 871 ff.; *Christine Langenfeld*, *Fängt der Streit um das Kopftuch jetzt erst an?*, in: ZevKR 60 (2015), S. 420 ff.; *Uwe Volkmann*, *Dimensionen des Kopftuchstreits*, in: JURA 2015, S. 1083 ff.; *Benjamin Rustberg*, *Kopftuchverbote als Mittel zur Abwehr nicht existenter Gefahren*, in: JZ 2015, S. 637 ff.

tätsprinzip als auch aus der hinzutretenden spezifischen Neutralitätsverpflichtung gerade der Gerichte ergeben.⁴³ Wie sich diese auf einer abstrakten Ebene gut nachvollziehbare gesteigerte Neutralitätspflicht in konkreten einzelnen Situationen niederschlägt, bedarf noch weiterer Konkretisierung durch Gesetzgebung und Rechtsprechung.⁴⁴ Für Richterinnen und Richter finden sich inzwischen in einigen Bundesländern ausdrückliche Verbote äußerer Zeichen religiöser Zugehörigkeit.⁴⁵ Teilweise sind diese auf die Berufsrichterinnen und -richter beschränkt, teilweise erfassen sie auch ehrenamtliche Richterinnen und Richter.⁴⁶ Für andere Prozessbeteiligte (Parteien, Zeugen) wird man die Frage nach der Zulässigkeit äußerer Zeichen religiöser Zugehörigkeit sicher großzügiger beurteilen müssen, da für diese nicht der Grundsatz der richterlichen Distanz und Neutralität eingreift.⁴⁷

⁴³ BVerfG, B. v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, Rn. 87 ff. und 91 ff. zur Rechtfertigung des Kopftuchverbots für Rechtsreferendarinnen; siehe zuvor im Eilverfahren BVerfG (K), NVwZ 2017, S. 1128 (S. 1131); diesem Ansatz zustimmend *Marion Eckertz-Höfer*, Kein Kopftuch auf der Richterbank?, DVBl. 2018, S. 537 ff. (542 ff.); ähnlich auch die Überlegungen bei *Lothar Häberle*, Vor einer „Kopftuch III“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 2018, S. 1263 ff. (1266 f.); *Stefan Muckel*, Anmerkung, NVwZ 2017, S. 1132 f. (1133).

⁴⁴ Siehe etwa für Rechtsreferendarinnen mit Kopftuch neben dem Anlassfall für die Entscheidung des BVerfG (HessVG, ESVG 67, S. 238) noch VG Augsburg, U. v. 30.6.2016 – Au 2 K 15.457 und BayVG, BayVBl. 2018, S. 672 ff.

⁴⁵ So etwa in Berlin durch § 1 Gesetz zu Art. 29 der Verfassung von Berlin vom 27.1.2005 (GVBl. S. 92) oder in § 21 Abs. 3 Gesetz zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes (AGGVG) Baden-Württemberg vom 16.12.1975 (GBl. 868), zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.10.2018 (GBl. S. 365).

⁴⁶ In Baden-Württemberg sind nur Berufsrichter, Handelsrichter, Vertreter der Staatsanwaltschaft und Urkundsbeamte der Geschäftsstelle erfasst (vgl. § 21 Abs. 1 AGGVG). In Bayern sind dagegen sämtliche Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte sowie Landesanwältinnen und Landesanwälte erfasst (§ 11 Bayerisches Richter- und Staatsanwaltsgesetz).

⁴⁷ *Eckertz-Höfer*, Kopftuch (Fn. 43), S. 545; eine ähnliche Unterscheidung zwischen hauptamtlichen Richterinnen und Richtern und anderen Prozessbeteiligten nimmt auch der EGMR vor. Siehe: EGMR, U. v. 5.12.2017 – *Hamidović v. Bosnia and Herzegovina*, Rn. 40, in Bezug auf eine Zeugin in einem Strafverfahren.

D. Das Neutralitätsprinzip in der rechtswissenschaftlichen Diskussion der Bundesrepublik

Das Neutralitätsprinzip hat nicht nur die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Fragen von Religion und Weltanschauung beeinflusst, sondern es hat auch in der wissenschaftlichen Diskussion eine wichtige Rolle gespielt. Diese erfolgte teilweise in Reaktion auf und in Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung, teilweise aber auch unabhängig von ihr. Auch hier lassen sich gewisse Veränderungen und Bewegungen in der Diskussion ausmachen. 20

I. Kirchenprivileg in der frühen Bundesrepublik

Die Jahre der unmittelbaren Nachkriegszeit erlebten eine Renaissance der Koordinationslehre, in denen Staat und Kirche als gleichberechtigt nebeneinanderstehende, eigenständige Gewalten verstanden wurden. Da das Vertrauen in die staatliche Rechtsordnung durch den Nationalsozialismus nachhaltig erschüttert war, wurde den Kirchen vielfach eine neue und gestärkte öffentliche Rolle zugeschrieben.⁴⁸ Anders als in Weimar wurden sie klar als gleichberechtigte öffentliche Macht neben dem Staat verstanden.⁴⁹ Dabei wurde auch zwischen den beiden großen christlichen Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften differenziert. So schreibt etwa der spätere Bundesverfassungsrichter *Konrad Hesse* 1956, dass nur den historischen Kirchen eine besondere und herausgehobene Stellung zuerkannt werden könne, weil die kleineren Religionsgemeinschaften nicht „Mitträger und verantwortliche Ordnungsmacht innerhalb der öffentlichen Ordnung“ seien. Die Regelung in Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV, der zufolge der Körperschaftsstatus anderen Religionsgemeinschaften 21

⁴⁸ Grundlegend: *Rudolf Smend*, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, in: *ZevKR* 1 (1951), S. 1 ff. (10): „Nachdem Staat und Kirche in Deutschland sich 1933 und 1934 gegenseitig das Zeitalter konstantinischer Nähe von Staat und Kirche gekündigt haben, kann eine nunmehrige Neuordnung ihres Verhältnisses in Deutschland nur etwas mit der nunmehrigen grundsätzlich unabdingbaren Haltung der Kirche Vereinbares und damit allerdings etwas grundsätzlich Neues und Anderes gegenüber der Vergangenheit sein. Insbesondere auch gegenüber der Vergangenheit der Weimarer Verfassung, und selbst dann, wenn dies Neue und Andere formell, aus einer Verlegenheitslage im Parlamentarischen Rat heraus, durch die Wiederherstellung der Weimarer Verfassungsartikel ausgedrückt wird.“ (Hervorhebung vom Verfasser).

⁴⁹ Weitere Nachweise bei *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 38), S. 189–191.

ten zu gewähren ist, wenn sie durch ihre Verfassung und die Zahl ihrer Mitglieder die Gewähr der Dauer bieten, dürfe nicht als „schematische ‚Meistbegünstigungsklausel‘“ verstanden werden. Anders als die großen Kirchen seien kleine Religionsgemeinschaften „für das staatliche Recht nicht eigene Gewalt, sondern Verbandsgewalt wie jede andere“. Es müsse deshalb – im Einklang mit vielen Länderverfassungen – zwischen Kirchen und übrigen Religionsgemeinschaften differenziert werden. Der „nivellierende“ Ausdruck der „Religionsgemeinschaft“, den die Weimarer Reichsverfassung verwendet, sei verdunkelnd.⁵⁰ In einer solchen Konzeption ist für Neutralität wenig Raum. Nach ihr war die Bundesrepublik der unmittelbaren Nachkriegszeit gerade nicht neutral, sondern sie gewährte den großen christlichen Kirchen eine privilegierte Stellung.

II. Staatliche Souveränität als etatistisches Neutralitätsargument

22 Gegen eine derartige Privilegierung erhoben sich in den 1960er Jahren Stimmen, die – ausgehend von der Souveränität des Staates – das Neutralitätsprinzip in den Vordergrund rückten. Vor allem *Herbert Krüger* postulierte zunächst in einer Besprechung der Schrift von *Konrad Hesse*⁵¹ und später in seiner allgemeinen Staatslehre den Grundsatz der Nicht-Identifikation als zentrales Merkmal des Staates.⁵² Der mit der Nicht-Identifikation verbundene Anspruch auf Allgemeinheit und damit auch allgemeine Verbindlichkeit führt zu einem monolithischen Staatsverständnis, in dem der Staat als Widerlager der in der Gesellschaft aufeinanderstoßenden Interessen erscheint.⁵³ Schon bei *Herbert Krüger* ist die Einordnung der Kirchen in die staatliche Ordnung angelegt. Die Konsequenz wird dann von *Helmut Quaritsch* explizit gezogen, der einen klaren Vorrang der staatlichen Ordnung einfordert.⁵⁴

⁵⁰ Alle Zitate: *Konrad Hesse*, *Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich*, 1956, S. 80.

⁵¹ *Herbert Krüger*, Rezension, in: *ZevKR* 6 (1957/1958), S. 72 ff.

⁵² *Krüger*, *Staatslehre* (o. Fn. 23), S. 178 ff., und v. a. 847 ff. (865), wo unter dem Gesichtspunkt der „Einzigkeit der Staatsgewalt“ eine Abgrenzung der kirchlichen Gewalt erfolgt.

⁵³ *Josef Isensee*, *Staat und Verfassung*, in: *HStR*³, Bd. 2, 2004, § 15, S. 3 ff., Rn. 67.

⁵⁴ *Helmut Quaritsch*, *Kirchen und Staat. Verfassungs- und staatsrechtliche Probleme der staatskirchenrechtlichen Lehre der Gegenwart*, in: *Der Staat* 1 (1962), S. 175 ff.

Es ist offensichtlich, dass mit den Souveränitätslehren von *Krüger* und *Quaritsch* ein bestimmtes, besonders starkes Staatsverständnis verbunden ist. Man muss dieses Staatsverständnis aber nicht teilen, um zu erkennen, dass mit dieser „etatistischen Gegenbewegung“⁵⁵ gegen die Privilegierung der großen Kirchen in der frühen Bundesrepublik ein wesentlicher Beitrag für eine moderne religionsrechtliche Ordnung gelegt wird. Dass die Betonung der staatlichen Souveränität nicht notwendig eine religionskritische oder gar religionsfeindliche Grundhaltung beinhaltet, zeigt der etwa zur gleichen Zeit (1964/1967) entstandene Beitrag von *Ernst-Wolfgang Böckenförde* „Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation“, in dem gleichfalls der Vorrang der staatlichen Ordnung (aus Gründen der Religionsfreiheit) eingefordert wird.⁵⁶

23

III. Neutralität als Balance zwischen staatlicher Souveränität und grundrechtlicher Freiheit

Mit der bei *Böckenförde* stark betonten Religionsfreiheit ist die nächste Etappe in der Neutralitätsdiskussion angesprochen.⁵⁷ Die grundrechtliche Perspektive auf das Verhältnis von Staat und Religion gewinnt in den Folgejahren zunehmend an Bedeutung. Entscheidende Schritte sind *Konrad Hesses* Beitrag „Freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen“, die beiden Referate von *Martin Heckel* und *Alexander Hollerbach* auf der Staatsrechtslehrertagung des Jahres 1968 und schließlich die 1972 erschienene Habilitationsschrift von *Klaus Schlaich*, in der ein allgemeines verfassungsrechtliches Neutralitätsprinzip entwickelt wird, mit dem das Staatskirchenrecht als Teil eines Kulturverfassungsrechts in das Staatsrecht zurückge-

24

⁵⁵ Hierzu *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 38), S. 191 ff.

⁵⁶ *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation (o. Fn. 11), S. 108, 109; es handelt sich dabei um den Aufsatz, dem das berühmte Böckenförde-Diktum entstammt (ebd., S. 112). Zur Entstehung des Textes im Jahr 1964 siehe *ders.*, Der säkularisierte Staat, 2007, S. 9.

⁵⁷ *Böckenförde* verwendet den Begriff der Neutralität in seinem Beitrag von 1964/1967 nicht, obwohl der Gedanke den Text praktisch durchgängig prägt. Böckenförde hat die Thematik in einem 2007 vor der Siemens-Stiftung gehaltenen Vortrag unter dem Titel „Der säkularisierte Staat“ erneut und gerade mit Blick auf den Islam aufgenommen. Dort ist klar von der Neutralität die Rede, *Böckenförde*, Der säkularisierte Staat (o. Fn. 56), S. 14 ff., 19.

holt werden soll.⁵⁸ Der Ansatz wird in der Folgezeit noch ausgebaut.⁵⁹ Neutralität wird hier zum Schlüsselbegriff, mit dem einerseits der auch für Religionsgemeinschaften zwingende Charakter der staatlichen Rahmenordnung festgehalten wird (insoweit klingt die Souveränitätsdebatte nach), andererseits zugleich aber die grundrechtlich geschützte, und insofern gleiche, Freiheit aller Religionsgemeinschaften betont wird. Die Religionsgemeinschaften wurden damit Teil eines allgemeinen Verbändeverfassungsrechts, in dem nicht nur Kirchen und andere Religionsgemeinschaften prinzipiell gleich gestellt sind, sondern auch die Unterschiede zwischen Religionsgemeinschaften und anderen Vereinigungen an Bedeutung verlieren.⁶⁰

- 25 Unter diesem Grundansatz besagt Neutralität zunächst einmal, dass es dem Staat verwehrt ist, sich mit einer bestimmten Religion zu identifizieren.⁶¹ Darüber hinaus bleiben die Konturen des Neutralitätsbegriffs aber weitgehend unklar. Der Kruzifix-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts hat deutlich gemacht, dass der Neutralität eine Tendenz zur Zurückdrängung des Religiösen aus dem öffentlichen Raum innewohnt.⁶² Ähnliche Tendenzen gibt es auch in der Literatur.⁶³ Gleichzeitig werden aber auch „religionsfreundlich“ oder „offen“ genannte Konzeptionen von Neutralität vertreten, in denen diese Konsequenz vermieden wird.⁶⁴

⁵⁸ *Schlaich* beklagt die Segmentierung und Introvertiertheit des Staatskirchenrechts innerhalb des Staatsrechts und postuliert von dort her die Neuausrichtung, *Schlaich*, Neutralität (o. Fn. 6), S. 154 ff.

⁵⁹ *Klaus G. Meyer-Teschendorf*, Staat und Kirche im pluralistischen Gemeinwesen, 1979, S. 145 ff.; *Peter Häberle*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. 1998, S. 965, und *ders.*, Besprechung zu Klaus Schlaich, in: ZevKR 18 (1973), S. 420 ff. (wiedergegeben in: *ders.*, Verfassung als öffentlicher Prozess, 3. Aufl. 1998, S. 680 ff.).

⁶⁰ Etwa bei *Ernst Gottfried Mahrenholz*, Die Kirchen in der Gesellschaft der Bundesrepublik, 2. Aufl. 1972, S. 133; *Meyer-Teschendorf*, Staat und Kirche (o. Fn. 59), S. 110 ff.

⁶¹ Hierüber besteht allseits Einigkeit: *Gerhard Czermak*, Religions- und Weltanschauungsrecht, 2008, Rn. 149, 160; *Axel Frhr. v. Campenhausen / Peter Unruh*, in: Hermann von Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 140, Rn. 23 f.; *Morlok*, in: Dreier (Hg.), GG (o. Fn. 22), Art. 140, Rn. 38; *Muckel*, in: Friauf / Höfling (Hg.), GG (o. Fn. 41), Art. 140, Rn. 31; *Germann*, in: Epping / Hillgruber (Hg.), GG (o. Fn. 22), Art. 140, Rn. 18.

⁶² Siehe nochmals o. bei Rn. 16.

⁶³ Siehe etwa *Czermak*, Religions- und Weltanschauungsrecht (o. Fn. 61), Rn. 177.

⁶⁴ Siehe im Einzelnen *Germann*, in: Epping / Hillgruber (Hg.), GG (o. Fn. 22), Art. 4, Rn. 83; *Korioth*, in: Maunz / Dürig (Hg.), GG (o. Fn. 21),

IV. Richtungsstreit um die Neutralität

Diese Schwierigkeiten haben zu einem Richtungsstreit über die Deutung des Neutralitätsprinzips geführt. Einerseits wird – im Einzelnen mit durchaus unterschiedlicher Begründung – die Möglichkeit neutralen staatlichen Handelns grundsätzlich in Frage gestellt, andererseits gibt es Bemühungen, das Neutralitätsprinzip zu stärken.

26

1. Verabschiedung der Neutralität?

a) Wegen mangelnder ausdrücklicher Normierung?

Ein erstes Argument für die Aufgabe des Neutralitätsprinzips könnte man darin sehen, dass es an einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Normierung fehlt. Warum sollte ein Grundsatz, der von der Verfassung selbst gar nicht ausdrücklich formuliert wird, von zentraler Bedeutung für die verfassungsrechtliche Bestimmung des Verhältnisses von Staat und Religion sein? Die fehlende ausdrückliche Normierung wird in der Literatur in der Tat immer wieder als Problem ausgemacht. Übereinstimmend wird die Gefahr einer Verselbständigung des Neutralitätsprinzips gesehen, bei der nur noch dieses, aber nicht mehr die es eigentlich tragenden Verfassungsnormen zur Anwendung kommen.⁶⁵ Allerdings wird daraus so gut wie nie der Schluss einer Verabschiedung des Neutralitätsprinzips gezogen, sondern lediglich auf eine methodisch korrekte Herangehens-

27

Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 31; ebenso *Muckel*, in: Friauf / Höfling (Hg.), GG (o. Fn. 41), Art. 140, Rn. 32 („offene, positive Neutralität“); *Dirk Ehlers*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 140, Rn. 9 („wohlwollende“ oder „koordinative“ Trennung); *v. Campenhausen / Unruh*, in: von Mangoldt / Klein / Starck, GG (o. Fn. 61), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 11 ff. („freundliche Trennung“).

⁶⁵ *Heinig*, Verschärfung oder Abschied? (o. Fn. 34), S. 1137; *Christian Hillgruber*, Staat und Religion, 2007, S. 49; *Christian Waldhoff*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität, Gutachten D zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, S. D 45; *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 22), S. 371; *Claus Dieter Classen*, Religionsrecht, 2006, Rn. 126; *Muckel*, in: Friauf / Höfling (Hg.), GG (o. Fn. 41), Art. 140, Rn. 33; jetzt auch *Martin Morlok*, Neutralität des Staates und religiöser Radikalismus, in: Weltanschauliche Neutralität, Meinungsfreiheit, Sicherungsverwahrung, hg. von Johannes Masing / Olivier Jouanjan, 2013, S. 3 (13, 16). Für einen eigenständigen rechtlichen Gehalt des Neutralitätsprinzips jedoch *Achim Nolte*, Das Kreuz mit dem Kreuz, in: JöR N. F. 48 (2000), S. 87 (105 ff., insbes. 112).

weise gedungen, die bei der Rechtsanwendung die ausdrücklich verfassungsrechtlich normierten Einzelgarantien heranzieht und nicht mit einem allgemeinen Neutralitätsverständnis operiert.⁶⁶ Aus seiner mangelnden ausdrücklichen Normierung kann deshalb nicht auf die verfassungsrechtliche Entbehrlichkeit des Neutralitätsprinzips geschlossen werden.

*b) Wegen unterschiedlicher Beiträge verschiedener
Religionsgemeinschaften zu den Geltungs- und Realisierungs-
bedingungen einer freiheitlichen Verfassungsordnung?*

- 28** In Reaktion auf die zunehmende religiöse Pluralisierung der Gesellschaft wird von einigen Autoren ausdrücklich eine Abkehr von der Gleichbehandlung aller Religionen gefordert. Teilweise wird eine Art christlich-abendländischer Kulturvorbehalt formuliert,⁶⁷ teilweise wird nach der Sozialverträglichkeit der Religionen differenziert.⁶⁸ Ungeachtet ihrer unterschiedlichen Schattierungen führen diese Ansätze alle zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung von Religionen. Religionen, die von der Mehrheitsgesellschaft als negativ eingestufte Lehren vertreten, sollen nicht mehr gleich behandelt werden. Diese Position ist etwa in der Auseinandersetzung um Lehrerinnen mit Kopftuch häufig anzutreffen, wenn es um das Kopftuch als mögliches Symbol für die Unterdrückung der Frau – und damit mit der Gleichberechtigung der Geschlechter um ein wichtiges Verfassungsgut – geht.⁶⁹ In den Gesetzen, mit denen die Länder Baden-Würt-

⁶⁶ Anders jedoch *Frank Holzke*, Die „Neutralität“ des Staates in Fragen der Religion und Weltanschauung, in: NVwZ 2002, S. 901 (910 ff.), der das Neutralitätsprinzip u. a. aufgrund fehlenden eigenen Bedeutungsgehalts verabschieden will.

⁶⁷ Besonders deutlich bei *Arnd Uhle*, Staat – Kirche – Kultur, 2004, S. 158 ff.; *ders.*, Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, 2005, S. 454 ff.; in eine ähnliche Richtung auch *Karl-Heinz Ladeur / Ino Augsberg*, Toleranz – Religion – Recht, 2006, S. 84 ff., und *Hillgruber*, Staat und Religion (o. Fn. 65), S. 49 ff.

⁶⁸ So etwa *Paul Kirchhof*, Die Freiheit der Religionen und ihr unterschiedlicher Beitrag zu einem freien Gemeinwesen, in: EssGespr. 39 (2005), S. 105 ff. (114 f.).

⁶⁹ Für diese Sichtweise vgl. etwa *Michael Bertrams*, Lehrerin mit Kopftuch? Islamismus und Menschenbild des Grundgesetzes, in: DVBl. 2003, S. 1225 ff. (1231); aus den Gesetzesbegründungen zu Bekleidungs Vorschriften für Lehrer vgl. Bayerischer Landtag, Drs. 15/368, S. 4; Hessischer Landtag, Drs. 16/1897 neu, S. 4; Niedersächsischer Landtag, Drs. 15/720, S. 8; in diese

temberg und Nordrhein-Westfalen äußere Zeichen religiöser Zugehörigkeit für Lehrkräfte verboten hatten, war ein solcher Vorbehalt sogar ausdrücklich normiert, indem christlich-abendländische Symbole vom Verbot ausgenommen worden waren. So lautete der vormalige § 57 Abs. 4 des Schulgesetzes (SchulG) für das Land Nordrhein-Westfalen:

„(4) Lehrerinnen und Lehrer dürfen in der Schule keine politischen, religiösen, weltanschaulichen oder ähnliche äußere Bekundungen abgeben, die geeignet sind, die Neutralität des Landes gegenüber Schülerinnen und Schülern sowie Eltern oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören. Insbesondere ist ein äußeres Verhalten unzulässig, welches bei Schülerinnen und Schülern oder den Eltern den Eindruck hervorrufen kann, dass eine Lehrerin oder ein Lehrer gegen die Menschenwürde, die Gleichberechtigung nach Artikel 3 des Grundgesetzes, die Freiheitsgrundrechte oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung auftritt. *Die Wahrnehmung des Erziehungsauftrags nach Artikel 7 und 12 Abs. 6 der Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen und die entsprechende Darstellung christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen widerspricht nicht dem Verhaltensgebot nach Satz 1 [...].*“⁷⁰

Im Ergebnis führen solche Ansätze zu einer Abschaffung des Neutralitätsprinzips. Der Staat ist danach nicht mehr neutral, sondern geradezu zur Differenzierung zwischen Religionen aufgefordert. Misst man diese Ansätze an den einzelnen Verfassungsnormen, welche den Neutralitätsgrundsatz tragen, so zeigen sich sehr schnell ihre Grenzen. So hat das Bundesverwaltungsgericht etwa in dem Vorbehalt zugunsten christlich-abendländischer Symbole im baden-württembergischen Kopftuchgesetz einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz gesehen und die Regelung im Wege einer verfassungskonformen Interpretation dahin ausgelegt, dass auch christlich-abendländische Symbole verboten sind.⁷¹ Letztlich laufen solche Ansätze darauf hinaus, zwischen verfassungsrechtlich erwünschten und verfassungsrechtlich unerwünschten Religionen zu unterscheiden. Genau diese

29

Richtung geht auch die abweichende Meinung der Richter *Hans-Joachim Jentsch*, *Udo Di Fabio* und *Rudolf Mellinghoff*, in: BVerfGE 108, 282 (333).

⁷⁰ Schulgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 15. 2. 2005 (GVBl. S. 102) (Hervorhebung vom Verfasser); die Vorschrift wurde in der Folge der zweiten Kopftuch-Entscheidung des BVerfG aufgehoben und stattdessen durch eine allgemeine Neutralitätsverpflichtung in § 2 Abs. 8 SchulG NRW i. d. F. vom 25. 6. 2015 ersetzt; vgl. Gesetz zur Sicherung der Schullaufbahn und zur Weiterentwicklung des Schulrechts vom 25. 6. 2015 (GVBl. S. 499).

⁷¹ BVerfGE 121, 140 (150 ff.); aus methodischen Gründen gegen eine solche verfassungskonforme Auslegung *Christian Walter / Antje von Ungern-Sternberg*, Verfassungswidrigkeit des nordrhein-westfälischen Kopftuchverbots für Lehrerinnen, in: DÖV 2008, S. 488 ff. (494 f.)

Differenzierung ist aber aus Freiheits- wie aus Gleichheitsgründen ausgeschlossen. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb in seiner zweiten Kopftuch-Entscheidung die Differenzierung zu Recht ausdrücklich als gleichheitswidrig eingestuft und die entsprechende Regelung in § 57 Abs. 4 S. 3 SchulG NRW für verfassungswidrig und nichtig erklärt.⁷²

c) Aus demokratischen Gründen?

- 30** Eine dritte Stoßrichtung, die auf Verabschiedung des Neutralitätsprinzips zielt, führt hierfür demokratische Gründe an: „Legitimation entsteht in der Ordnung des Grundgesetzes wie aller demokratischen Rechtsstaaten auch durch die Parteilichkeit demokratischer Politik, die sich auch auf Religionsangelegenheiten beziehen kann.“⁷³ Die Grenzen dieser Parteilichkeit ergäben sich allein aus der Verfassung selbst, insbesondere aus den Grundrechten und dem Rechtsstaatsprinzip. Das Neutralitätsprinzip liefere dabei kaum neue Inhalte.⁷⁴
- 31** Das Argument notwendiger Parteilichkeit in der Demokratie erscheint auf den ersten Blick bestechend. In der Demokratie entscheiden gesellschaftliche Mehrheiten und die oder der Einzelne sind bei ihrer Mitwirkung daran an kein allgemeines gesellschaftliches Neutralitätsprinzip gebunden. Aber auch in einer Demokratie gibt es gebundene Entscheidungen, die – in der Tat zumeist aus grundrechtlichen Gründen – nur so und nicht anders ergehen können. Das (historische) Beispiel der Verleihung des Körperschaftsstatus in Bremen mag die Problematik verdeutlichen: In Bremen⁷⁵ wurde vormalig –

⁷² BVerfGE 138, 296 (346 ff., Rn. 123 ff. und 358 f., Rn. 157). Darüber hinaus hat das Gericht entschieden, dass § 57 Abs. 4 S. 1 und 2 sowie § 58 S. 2 des SchulG NRW a.F., „soweit sie religiöse Bekundungen durch das äußere Erscheinungsbild betreffen, [nur] nach Maßgabe der Gründe mit dem Grundgesetz vereinbar [sind].“

⁷³ Möllers, Religiöse Freiheit (o. Fn. 30), S. 47 ff. (56 f.; Wiedergabe ohne Anmerkungen); vgl. auch ders., Grenzen der Ausdifferenzierung (o. Fn. 35), S. 115 ff.

⁷⁴ Möllers, Religiöse Freiheit (o. Fn. 30), S. 58. Gegen eine Verabschiedung des Neutralitätsprinzips hingegen Horst Dreier, Säkularisierung und Säkularität, 2013, S. 27 f.

⁷⁵ Art. 61 S. 2 Verf. Bremen a.F.; vgl. nunmehr Art. 61 S. 2 und 3 Verf. Bremen i. d. F. vom 22.3.2016, der keine Verleihung „durch Gesetz“ mehr vorschreibt und stattdessen auf eine nähere Regelung durch einfaches Gesetz verweist, sowie § 2a des neu gefassten bremischen Kirchensteuergesetzes

ebenso wie in Nordrhein-Westfalen⁷⁶ – der Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts in Form eines Landesgesetzes verliehen.⁷⁷ Dies hat dazu geführt, dass die Bremische Bürgerschaft (das Landesparlament) einen Gesetzesentwurf des Bremer Senats zur Erstreckung des Körperschaftsstatus, welchen die Zeugen Jehovas bereits durch eine Berliner Entscheidung erlangt hatten, auf den Bereich Bremens (sog. „Zweitverleihung“) ablehnte, obwohl nach Auffassung des Senats die Voraussetzungen für die Verleihung vorlagen und das Grundgesetz (in Verbindung mit der Weimarer Reichsverfassung) in diesem Fall einen Anspruch auf Verleihung des Körperschaftsstatus begründet.⁷⁸ Mit anderen Worten: Bei Vorliegen der Verleihungsvoraussetzungen besteht kein demokratischer Entscheidungsspielraum. Man kann dieses Differenzierungsverbot jenseits der verfassungsrechtlichen Kriterien (die Religionsgemeinschaft muss entsprechend Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV i.V.m. Art. 140 GG „durch ihre Verfassung und die Zahl ihrer Mitglieder die Gewähr der Dauer bieten“) durchaus als Ausdruck der staatlichen Neutralitätspflicht verstehen: Es darf gerade nicht nach inhaltlichen Positionen differenziert werden. Hier hilft dann auch der Verweis auf das Demokratieprinzip nicht weiter. Das Landesparlament ist verfassungsrechtlich verpflichtet, den Status der Körperschaft des öffentlichen Rechts zu verleihen.⁷⁹ Es ist zwar richtig, dass auch in diesem Beispiel der Zugriff des de-

i. d. F. vom 22. 3. 2016, der insoweit eine Zuständigkeit des Senators für Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften vorsieht (GBl. S. 200).

⁷⁶ Zur vormaligen Rechtslage s. *Elke Dorothea Bohl*, Der öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus der Religionsgemeinschaften, 2001, S. 92 ff. Vgl. nunmehr Gesetz zur Regelung der Verleihung und des Entzugs der Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts an Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften in Nordrhein-Westfalen vom 16. 9. 2014 (GVBl. S. 604), das eine Verleihung durch Rechtsverordnung der Landesregierung vorsieht (§ 2 Abs. 1).

⁷⁷ *Bohl*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 76), S. 92 ff.; *Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (o. Fn. 17), S. 353 f. – Zum Zusammenhang siehe *Stefan Magen*, → § 27, Rn. 64–69.

⁷⁸ *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 2009, Rn. 281; *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 77), S. 319 ff.; *Morlok*, in: Dreier (Hg.), GG (o. Fn. 22), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 101 f.

⁷⁹ Das hat im Fall Bremens zu Schwierigkeiten geführt, weil die Bürgerschaft den Gesetzesvorschlag des Senats gleichwohl abgelehnt hat (Bremische Bürgerschaft – Landtag, 17. Wahlperiode, Plenarprotokolle, 86. Sitzung vom 12. 5. 2011, S. 6658). Das Bundesverfassungsgericht hielt eine Verleihung durch den parlamentarischen Gesetzgeber für mit dem Gewaltenteilungsprinzip unvereinbar (BVerfGE 139, 321 (361 ff.); näher dazu *Christian Walter / Antje von Ungern-Sternberg / Stephan Lorentz*, Die „Zweitverleihung“ des Körperschaftsstatus an Religionsgemeinschaften, 2012, S. 62 ff.

mokratischen Gesetzgebers verfassungsrechtlich begrenzt ist. Gleichwohl ist es sinnvoll, solche verfassungsrechtlichen Differenzierungsverbote, die ja aus sehr unterschiedlichen Bereichen kommen können und, wie das Beispiel zeigt, nicht auf die Grundrechte und das Rechtsstaatsprinzip beschränkt sind, unter einem übergeordneten Gesichtspunkt wie dem der Neutralität zu systematisieren und zu analysieren. Hierdurch wird im Übrigen auch eine rechtsvergleichende Betrachtung ähnlicher Normen in anderen Rechtsordnungen möglich. Entscheidend ist nur – aber darauf wurde bereits hingewiesen –, dass dem in solchen Betrachtungen entwickelten Neutralitätsprinzip keine eigene Normativität zuerkannt wird, sondern bei der Rechtsanwendung die Einzelnormen maßgeblich bleiben.⁸⁰

2. Neutralität als „strikte Gleichbehandlung“?

32 In die entgegengesetzte Richtung weisen Positionen in der Literatur, die den Gleichheitsgedanken besonders stark betonen und eine „strikte Gleichbehandlung“ aller Glaubensrichtungen für „zwingend“ halten.⁸¹ Hier besteht die Gefahr, dass innerhalb des die Neutralität verfassungsrechtlich tragenden (gleichberechtigten) Normenbündels dem Gleichheitssatz ein Übergewicht zugemessen wird. Neutralität kann sich nicht nur in der distanzierenden Zurückdrängung alles Religiösen äußern, sondern auch Freiräume für gleichberechtigte Präsenz schaffen. Die stark distanzierende Konzeption wird besonders in den Konsequenzen für die korporativen Rechte deutlich, wo letztlich die Abschaffung des Körperschaftsstatus und eine Umgestaltung der Kirchensteuer in eine Art Sozialsteuer als verfassungspolitische Konsequenz gezogen werden.⁸²

33 Im Ergebnis durchaus ähnlich, wenngleich in der Begründung sehr viel weiter ausholend und damit anspruchsvoller, ist die von *Stefan Huster* vertretene Konzeption der Begründungsneutralität.⁸³ Sie ruht

⁸⁰ Siehe bereits oben Rn. 27.

⁸¹ *Sacksofsky*, Religiöse Freiheit (o. Fn. 28), S. 24, im Anschluss an die Kopftuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2003.

⁸² *Sacksofsky*, ebd., S. 28.

⁸³ *Stefan Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 98 ff.; *ders.*, Die Bedeutung des Neutralitätsgebots für die verfassungstheoretische und verfassungsrechtliche Einordnung des Religionsrechts, in: Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, hg. von Hans Michael Heinig/Christian Walter, 2007, S. 107 ff. (110 ff., 114 ff.).

auf dem Anspruch jedes Einzelnen auf gleiche Achtung und gleichen Respekt. An den konkreten Beispielen des Kruzifix-Beschlusses und des Kopftuch-Verbots für Lehrerinnen zeigt *Huster* dabei, dass der Ansatz die konkrete Ausgestaltung des Neutralitätsprinzips in die Hände des einfachen Gesetzgebers legt.⁸⁴ Es erscheint aber zweifelhaft, ob eine solche flexible Interpretation der Neutralität dem geltenden Verfassungsrecht entspricht, das an vielen Stellen, namentlich beim Religionsunterricht (Art. 7 Abs. 3 GG) und beim Körperschaftsstatus (Art. 137 Abs. 5 WRV i.V.m. Art. 140 GG), eine offene und entgegenkommende Haltung zum Thema „Religion“ zum Ausdruck bringt.⁸⁵ Jedenfalls rufen die in der Folge in verschiedenen Bundesländern verabschiedeten gesetzlichen Verbotsregelungen erhebliche verfassungsrechtliche Zweifel hervor, die gerade auch daraus resultieren, dass eine Spannung zu der im Übrigen sehr religionsfreundlichen Ausgestaltung des Grundgesetzes entsteht.⁸⁶

E. Neutralität im internationalen Vergleich

Dass der Grundsatz der Neutralität ein wandlungsfähiges, damit offenes und letztlich erst noch mit konkreten Inhalten zu füllendes Konzept ist, wird im Rechtsvergleich deutlich. Einem vollständigen Rechtsvergleich läßt sich ein so fundamentales Konzept zwar nicht unterwerfen. Aufschlussreich ist aber ein Vergleich der Diskussionen, die in den USA und in Frankreich um das Neutralitätsprinzip geführt werden. Obwohl sie gegenüber der deutschen Rechtslage unter umgekehrten Vorzeichen stehen, zeigen sie in der Sache durchaus Parallelen.

34

I. Die Entwicklung in den USA: Von der strikten Trennung zur „positiven“ oder „wohlwollenden“ Neutralität

Die Neutralitätsdiskussion in den Vereinigten Staaten von Amerika hat ihre spezifische Prägung durch die Rechtsprechung des Sup-

35

⁸⁴ *Huster*, Bedeutung des Neutralitätsgebots (o. Fn. 83), S. 117 ff. und S. 122.

⁸⁵ *Waldhoff*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität (o. Fn. 65), Fn. 243; *Heinig*, Verschärfung oder Abschied? (o. Fn. 34), S. 1138.

⁸⁶ *Walter / von Ungern-Sternberg*, Verfassungswidrigkeit des nordrhein-westfälischen Kopftuchverbots (o. Fn. 71), S. 492 f.

reme Court unmittelbar nach dem 2. Weltkrieg erfahren. Nachdem es in den davor liegenden 150 Jahren amerikanischer Verfassungsgeschichte nur ganz vereinzelt Entscheidungen zum Verhältnis von Staat und Religion gab, darf die Entscheidung *Everson v. Board of Education* als Ausgangs- und zugleich auch als Bezugspunkt der gesamten seitherigen Diskussion gelten. In dieser Entscheidung prägte der Supreme Court die Formel von der „wall of separation“, die hoch und unübersteigbar sei und staatliche und religiöse Belange strikt voneinander trennen müsse.⁸⁷ In dieser Formel spielt die Neutralität keine ausdrückliche Rolle. Sie wird aber in der Begründung für das strikte Trennungsprinzip durchaus verwendet.⁸⁸ In der nachfolgenden wissenschaftlichen Diskussion verschieben sich dann aber die Akzente. Das Neutralitätsprinzip wird aus dem Entstehungskontext der strikten Trennung herausgelöst und geradezu als Gegenmodell entwickelt.⁸⁹ Konnte man die Begründung in *Everson v. Board of Education* noch so lesen, dass die strikte Trennung eine Folge der staatlichen Neutralitätspflicht ist, so wird in der weiteren Diskussion die Neutralität zur Alternative zur strikten Trennung, mit der einer Benachteiligung von Religion gegenüber Nicht-Religion entgegen gewirkt werden soll. Deshalb wird von manchen Autoren die Entwicklung des Neutralitätsprinzips in den USA als ein Weg von der strikten Trennung der frühen Nachkriegszeit zu Formen der indirekten Unterstützung religiöser Aktivitäten durch den Staat in den späten 1990er Jahren gedeutet.⁹⁰

36 In der Tat hat sich schon in den 1960er und 1970er Jahren gezeigt, dass sich die strikte Trennungslinie der frühen Jahre nicht konsistent durchhalten lässt. Im Jahr 1971 trat an die Stelle strikter Trennung der dreistufige, nach der maßgeblichen Entscheidung *Lemon v. Kurtzman*⁹¹ benannte sog. Lemon-Test. Diesen Test bestehen staatliche Maßnahmen nur, wenn sie 1) ein säkulares Ziel verfolgen, 2) ihr

⁸⁷ *Everson v. Board of Education*, 330 U. S. 1 (1947), S. 3 (15 f., 18).

⁸⁸ Ebd., S. 18: „[The First Amendment] requires the state to be a neutral in its relations with groups of religious believers and nonbelievers; it does not require the state to be their adversary. State power is no more to be used so as to handicap religions than it is to favor them.“

⁸⁹ Sehr deutlich etwa bei *Wilber G. Katz*, *Freedom of Religion and State Neutrality*, *University of Chicago Law Review* 20 (1953), S. 426 ff. (440); ähnlich auch *Philip B. Kurland*, *Of Church and State and the Supreme Court*, *Chicago Law Review* 29 (1961), S. 1 ff.

⁹⁰ Siehe insbes. *Frederick Mark Gedicks*, *Undoing Neutrality? From Church-State Separation to Judeo-Christian Tolerance*, *Willamette Law Review* 46 (2010), S. 691 ff.

⁹¹ *Alton T. Lemon u. a. v. David H. Kurtzman*, 403 U. S. 602 (1971).

primärer Effekt weder in der Förderung noch der Benachteiligung einer Religion liegt, und 3) keine „übermäßige Verflechtung“ von Staat und Religion entsteht. Auch dieser Test erwies sich in der weiteren Praxis als nicht tragfähig. Stattdessen wurden zunehmend Gleichheitserwägungen bedeutsam, bei denen dann auch der Begriff der Neutralität Eingang in die Rechtsprechung findet. Unter dieser Rechtsprechung sind indirekte Fördermaßnahmen für religiös geprägte Aktivitäten und vor allem auch religiöse Privatschulen möglich geworden, welche unter der Doktrin der „wall of separation“ ausgeschlossen waren.⁹² Hierdurch wurde Neutralität zum neuen Schlagwort für die Kennzeichnung des verfassungsrechtlichen Verhältnisses von Staat und Religion.⁹³ Die neuere Tendenz wurde in der Literatur mit Konzepten wie „positive neutrality“⁹⁴ oder „benevolent neutrality“⁹⁵ schon in den 1990er Jahren vorbereitet und hat zu einer bis heute anhaltenden Debatte über das Neutralitätsprinzip geführt, in der sich ebenso Konzeptionen finden, die eher dem ursprünglichen Trennungsmodell verhaftet sind, wie solche, welche die gleichheitskonforme staatliche Förderung von Religion zulassen.⁹⁶

In der Gesamtschau gibt es in der Entwicklung der Diskussion über das Neutralitätsprinzip in Deutschland und den USA bei allen Unterschieden (ganz besonders deutlich etwa hinsichtlich des Ausgangspunkts: in Deutschland „hinkende“, in den USA strikte Trennung) eine wichtige Gemeinsamkeit: In beiden Ländern ist Neutralität kein Verfassungsbegriff, sondern er wird in Rechtsprechung und Wissenschaft als systematisierende Gesamtbeschreibung des Verhältnisses von Staat und Religion verwendet, erlangt dann aber immer wieder in der Argumentation eigene normative Bedeutung.

37

⁹² Walter, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 38), S. 143 ff.

⁹³ Siehe etwa *Frank Guliuzza III*, The Thomas Plurality Opinion: Yet Another Definition of Neutrality, in: Church-State Relations in Crisis – Debating Neutrality, hg. von Stephen V. Monsma, 2002, S. 53 ff.; *Derek H. Davis*, The Thomas Plurality Opinion: The Subtle Dangers of Neutrality Theory Unleashed, ebd., S. 75 ff.

⁹⁴ *Stephen V. Monsma*, Positive Neutrality. Letting Religious Freedom Ring, 1993.

⁹⁵ *Robert T. Miller/Ronald B. Flowers*, Toward Benevolent Neutrality: Church, State and the Supreme Court, 1993.

⁹⁶ *Dennis J. Goldford*, The Constitution of Religious Freedom, 2012, S. 217 ff.; *Andrew Koppelman*, Defending American Religious Neutrality, 2013; *Claudia E. Haupt*, Religion-State Relations in The United States and Germany. The Quest for Neutrality, 2012, S. 77 ff.; *Douglas Laycock*, The Underlying Unity of Separation and Neutrality, in: Emory Law Journal 46 (1997), S. 43 ff.

II. Die Entwicklung in Frankreich: Laizität als französische Variante der Neutralität

38 Vergleichbare Entwicklungen lassen sich in Frankreich beobachten, allerdings unter ganz anderen Vorzeichen. Zunächst ist dort ein anderer Schlüsselbegriff, nämlich derjenige der Laizität, prägend. Die Laizität gehört in Frankreich zu den verfassungsrechtlichen Grundprinzipien⁹⁷ und ist von daher – das ist der zweite wesentliche Unterschied – von vornherein ein echter Verfassungsbegriff und nicht nur eine von Rechtsprechung und/oder Wissenschaft entwickelte systematisierende Umschreibung für verfassungsrechtliche Einzelnormen.⁹⁸ Allerdings ist das Konzept der Laizität mit dem gleichen Problem einer notwendigen Konturierung in der Rechtsanwendung konfrontiert. Aufgrund des Trennungsgesetzes des Jahres 1905⁹⁹ liegt in der französischen Diskussion der Akzent auf einer institutionellen Trennung von Staat und Religion.¹⁰⁰ Allerdings ist der Gedanke der strikten Trennung in der Rechtspraxis an verschiedenen Stellen relativiert worden, was vor allem an der Religionsfreiheit liegt, welche von der Rechtsprechung immer wieder zur Korrektur herangezogen worden ist.¹⁰¹

39 Eine nähere Betrachtung der französischen Diskussion zeigt, dass dabei in der Auseinandersetzung über die richtige Interpretation der Laizität ähnliche Kontroversen bestehen, wie sie in Amerika und Deutschland über die Neutralität geführt werden. So gab es etwa in

⁹⁷ Art. 1 Abs. 1 der französischen Verfassung von 1958 lautet: „Frankreich ist eine unteilbare, laizistische, demokratische und soziale Republik. Sie gewährleistet die Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz ohne Unterschied der Herkunft, Rasse oder Religion. Sie achtet jeden Glauben. Sie ist dezentral organisiert.“

⁹⁸ Vgl. die kurze Darstellung der Grundlagen der Laizität bei *Volker Wick*, Die Trennung von Staat und Kirche, 2007, S. 39 ff.; *Thierry Rambaud*, Zum Grundsatz der religiösen Neutralität im französischen Staatsrecht, in: *Masing/Jouanjan* (Hg.), Weltanschauliche Neutralität (o. Fn. 65), S. 21 ff.; vgl. auch *Rudolf Steinberg*, Religiöse Symbole im säkularen Staat, *Der Staat* 56 (2017), S. 157 (159 ff.).

⁹⁹ Art. 2 Abs. 1 S. 1 des Trennungsgesetzes lautet: „La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte.“, *Journal officiel de la République française* vom 11. 12. 1905, S. 7205.

¹⁰⁰ Siehe die nähere Darstellung der Umstände der Trennungsgesetzgebung bei *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 38), S. 163 ff.

¹⁰¹ *Walter*, ebd., S. 167 ff.; allgemein zur allmählichen Rücknahme der strikten Trennung von Staat und Kirche v. *Campenhause / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 22), S. 346.

der Politik immer wieder Bestrebungen, die „wahre“ Laizität wiederherzustellen, also den Trennungsgrundsatz gegenüber der Rechtsprechung wieder stärker zu betonen.¹⁰² Andere deuten die Rechtsprechung des Conseil d'Etat als Entwicklung zu einer „offenen“¹⁰³, „toleranten“¹⁰⁴ oder „integrierenden“¹⁰⁵ Laizität. Die Laizität erscheint so weniger als „steuerndes Rechtsprinzip“, sondern vielmehr als „Spiegel der durch die verfassungskräftigen Grundrechte und Prinzipien sowie die EMRK konstituierten Gesamtordnung der religionsrechtlichen Verhältnisse“.¹⁰⁶ Ähnliches gilt für die Neutralität, von der bereits 1972 gesagt wurde, in ihr kehrten „alle Schattierungen des Verhältnisses von Staat und Kirche wieder: von der militant vertretenen Trennung über ein bloßes Verbot der Bevorzugung und Privilegierung bis zur Pflicht der positiven Religionspflege [...]“.¹⁰⁷

Der Blick in die nationalen Ausgestaltungen bestätigt also die inhaltliche Offenheit des Konzepts. Es umfasst Formen strikter Trennung mit weitgehender Verbannung des Religiösen aus dem öffentlichen Raum ebenso wie die wohlwollende Gleichbehandlung verschiedener Religionen untereinander und von Religion und Nicht-Religion. Prägend für das jeweils konkrete Verfassungsverständnis der Neutralität sind in allen drei Fällen weitere Verfassungsnormen, wie insbesondere die Religionsfreiheit, und deren historisch gewachsenes Verständnis.

40

¹⁰² Siehe etwa Proposition de loi constitutionnelle visant à rétablir et à fixer dans leur acception initiale, clairement précisée et définie, les principes de laïcité et de neutralité de l'Etat et des services publics, Assemblée nationale, Doc. No. 3457, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 mars 1997; Proposition de loi tendant à faire respecter le principe de laïcité dans les établissements publics d'enseignement, Assemblée nationale, Doc. No. 3422, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 mars 1997.

¹⁰³ *Antoinette Ashworth*, note, in: *Jurisclasser périodique* 1993, 22068, S. 231.

¹⁰⁴ *Alain Boyer*, *Le droit des religions en France*, 1993, S. 70 f.

¹⁰⁵ *Bérenghère Legros*, *Recueil Dalloz Sirey* 1995, *Sommaires commentés*, S. 135.

¹⁰⁶ *Werner Heun*, *Die Religionsfreiheit in Frankreich*, in: *ZevKR* 49 (2004), S. 273 ff. (283 f.).

¹⁰⁷ *Schlaich*, *Neutralität* (o. Fn. 58), S. 131 (Wiedergabe ohne Anmerkungen).

III. Die Entwicklung unter der EMRK: Europäische und mitgliedstaatliche Neutralitätskonzeptionen

- 41 Da mithin die Religionsfreiheit eine entscheidende Quelle des Neutralitätsprinzips darstellt,¹⁰⁸ stellt sich die Frage, ob sich im internationalen Menschenrechtsschutz vergleichbare Tendenzen ausmachen lassen. Gibt es eine international einheitliche Neutralitätsvorstellung, die sich den Menschenrechten entnehmen lässt? Hierzu muss man sich zunächst vor Augen führen, dass der internationale Menschenrechtsschutz – anders als das nationale Verfassungsrecht – keine eigenen Regeln über die institutionelle Zuordnung von Staat und Religion bereitstellt. Maßgeblich sind allein die menschenrechtlichen Freiheits- und Gleichheitsgarantien.¹⁰⁹ Gleichwohl hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) eine eigenständige Neutralitätskonzeption entnommen. Maßgeblich ist dabei vor allem die Religionsfreiheit des Art. 9 EMRK.

1. Die Begründung des Neutralitätsprinzips

- 42 In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte entsteht das Neutralitätsprinzip im Zusammenhang mit Fällen, in denen es um eine Bewertung religiöser Überzeugungen ging. Der erste Fall dieser Art betraf den Austausch des Führungspersonals einer muslimischen Vereinigung durch staatliche bulgarische Stellen. Wegen eines im Hintergrund stehenden Führungsstreits lag darin nicht nur ein Eingriff in die Organisationsautonomie der betreffenden Religionsgemeinschaft, sondern der Staat ergriff zugleich Partei in religiösen Fragen. Der Gerichtshof hat mit diesem Verstoß gegen die Neutralitätspflicht den Eingriff in die Religionsfreiheit begründet.¹¹⁰ Auf der Rechtfertigungsebene taucht der Begriff der Neutralität in dieser Entscheidung nicht auf. Die von der Regierung

¹⁰⁸ Siehe oben B. II und B. III.

¹⁰⁹ Zu diesem Unterschied *Christian Walter*, in: Oliver Dörr / Rainer Grote / Thilo Marauhn (Hg.), EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2. Aufl. 2013, Kapitel 17 – Religions- und Gewissensfreiheit, Rn. 11.

¹¹⁰ EGMR, *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, Beschwerde-Nr. 30985/96, ECHR 2000-XI, Rn. 116.

vorgetragenen Rechtfertigungsgründe werden allerdings zurückgewiesen.

In späteren Entscheidungen wird das Neutralitätsprinzip als allgemeine Erwägung im Rahmen der Rechtfertigung eingeführt. So heißt es in einem Rechtsstreit um die Anerkennung einer bestimmten Kirche nach innerstaatlichem Recht (die mit Rücksicht auf eine bereits anerkannte Kirche, von der sich die antragstellende abspalten wollte, verweigert worden war), dass der Staat prinzipiell in Glaubensfragen nicht Stellung beziehen dürfe.¹¹¹ Dieser Ansatz ist in verschiedenen weiteren Verfahren bestätigt worden und kann inzwischen als gesicherte Rechtsprechung gelten.¹¹²

43

2. Beschränkung der europäischen Neutralität

Ähnlich wie in der nationalen Diskussion besteht auch unter der EMRK Streit über den genauen Inhalt der Neutralität. Ist sie in einem distanzierenden Sinn oder als positive/wohlwollende Neutralität zu verstehen? Die Frage wurde durch die Entscheidung einer Kammer des Gerichtshofs im Verfahren *Lautsi* über Kruzifixe in italienischen Klassenzimmern in aller Schärfe gestellt. Die Kammer, die nach dem Prozessrecht der EMRK in erster Instanz entscheidet, hatte in der staatlichen Anordnung über das Anbringen der Kruzifixe einen Verstoß gegen die EMRK gesehen, weil die darin liegende Beschränkung des elterlichen Erziehungsrechts in Religionsfragen gegen den Neutralitätsgrundsatz verstoße. In dieser Entscheidung wurde das Neutralitätsprinzip zum entscheidenden Prüfungsmaßstab gemacht, eine Rechtfertigung der als nicht neutral eingestuften Ent-

44

¹¹¹ „In any event, the Court observes that the State's duty of neutrality and impartiality, as defined in its case-law, is incompatible with any power on the State's part to assess the legitimacy of religious beliefs, and requires the State to ensure that conflicting groups tolerate each other, even where they originated in the same group. In the present case, the Court considers that by taking the view that the applicant Church was not a new denomination and by making its recognition depend on the will of an ecclesiastical authority that had been recognised – the Metropolitan Church of Moldova – the State failed to discharge its duty of neutrality and impartiality.“, EGMR, *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, Beschwerde-Nr. 45701/99, ECHR 2001-XII, Rn. 123; siehe auch allgemein zu diesem Ansatz, ebd., Rn. 116.

¹¹² EGMR, *Refah Partisi and Others v. Turkey*, Beschwerde-Nr. 41340/98 u. a., ECHR 2003-II, Rn. 91; EGMR, *Lautsi and Others v. Italy* (Große Kammer), Beschwerde-Nr. 30814/06, in: NVwZ 2011, S. 737, Rn. 60.

scheidung war ausgeschlossen.¹¹³ Damit hätte die EMRK die Vorgabe einer strikten Neutralität formuliert.

- 45 Dieses Neutralitätsverständnis hat die Große Kammer aber im Anschluss in ihrer Entscheidung in der gleichen Sache ausdrücklich zurückgewiesen. Nach der Großen Kammer kommt es entscheidend auf eine Gesamtschau der Umstände an, nicht auf eine einzelne staatliche Entscheidung wie diejenige zum Anbringen von Kruzifixen:

„[...] the effects of the greater visibility which the presence of the crucifix gives to Christianity in schools needs to be further placed in perspective by consideration of the following points. Firstly, [...]. Secondly, according to the indications provided by the Government, Italy opens up the school environment in parallel to other religions. The Government indicated in this connection that it was not forbidden for pupils to wear Islamic headscarves or other symbols or apparel having a religious connotation; alternative arrangements were possible to help schooling fit in with non-majority religious practices; the beginning and end of Ramadan were ‘often celebrated’ in schools; and optional religious education could be organised in schools for ‘all recognised religious creeds’ [...]“¹¹⁴

- 46 Für das Neutralitätsprinzip folgt daraus, dass das „Gesamtpaket“ der jeweiligen Lösung betrachtet werden muss. Die französische strikte Trennung benachteiligt Religion gegenüber Nicht-Religion und ist nur dann neutral, wenn – ungeachtet des grundsätzlichen Verweises von Religion in das Private – im Unterricht Toleranz gegenüber religiösen Lebensentwürfen vermittelt wird.¹¹⁵ Umgekehrt kann sich ein religiöses Symbol wie das Kruzifix in der Gesamtschau sowohl als „appellativ“¹¹⁶ und damit nicht mehr als neutral wie als Bestandteil einer insgesamt pluralistisch und tolerant ausgerichteten Erziehung erweisen. Es kommt entscheidend auf den Kontext und die übrigen Umstände an. Ein an sich unzweifelhaft religiöses Sym-

¹¹³ EGMR, *Lautsi and Others v. Italy* (Kammer der 2. Sektion), Beschwerde-Nr. 30814/06 (verfügbar unter <<https://hudoc.echr.coe.int>>), Rn. 56.

¹¹⁴ EGMR, *Lautsi and Others v. Italy* (o. Fn. 112), Rn. 74. Zur Diskussion um den von der Großen Kammer angelegten Neutralitätsbegriff vgl. u. a. die Beiträge von *Dimitrios Kyritsis / Stavros Tsakyrakis*, *Neutrality in the Classroom*, in: *International Journal of Constitutional Law* 11 (2013), S. 200 ff.; *Lorenzo Zucca*, *Lautsi: A Commentary on a decision by the ECtHR Grand Chamber*, ebd., S. 218 ff. sowie *Joseph H. H. Weiler*, *Lautsi: A reply*, ebd., S. 230 ff.

¹¹⁵ Dies betont insbesondere *Joseph H. H. Weiler* in seinem Plädoyer für insgesamt zehn drittintervenierende Staaten, abgedr. in: *International Journal of Constitutional Law* 8 (2010), S. 161 ff. (164 f.).

¹¹⁶ So die damals sehr umstrittene Formulierung der deutschen Kruzifix-Entscheidung, BVerfGE 93, 1 (20 f.).

bol kann damit durch den Gesamtkontext „neutralisiert“ werden, in dem es verwendet wird.¹¹⁷

Das Neutralitätserfordernis der EMRK erweist sich damit als weniger bestimmt als seine mitgliedstaatlichen Pendanten.¹¹⁸ Oder noch einmal anders und zugespitzt formuliert: Neutralität bedeutet auf mitgliedstaatlicher Ebene nicht zwingend das Gleiche wie auf der Ebene der EMRK. Im Ergebnis führt dies dazu, dass eine strikte, trennende Neutralität *à la française* ebenso mit dem konventionsrechtlichen Neutralitätsgebot vereinbar ist wie die in anderen Mitgliedstaaten, z.B. in Deutschland, vorherrschenden religionsoffenen Neutralitätsformen.

47

F. Neutralität als *idée directrice* des Religionsrechts

Neutralität ist und bleibt ein vielschichtiges Konzept. Ihr liegt kein eigenständiger verfassungsrechtlicher Begriff zugrunde. Streng formal kommt es deshalb allein auf die verfassungsrechtlich maßgeblichen Einzelnormen (noch einmal: die Religionsfreiheit des Art. 4 GG; die Diskriminierungsverbote in Art. 33 Abs. 2 und Abs. 3 GG sowie Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG und das Verbot der Staatskirche in Art. 137 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG) an. Gleichwohl griffe eine allein auf die anwendbaren Einzelnormen abstellende Betrachtung zu kurz. Der Mehrwert des Neutralitätsprinzips liegt darin, dass es eine systematisierende Zusammenschau der genannten Einzelgarantien unternimmt und daraus eine Zielvorstellung formuliert. Es handelt sich beim Neutralitätsprinzip also weniger um eine konkret anwendbare Norm, als vielmehr um eine, ja vielleicht *die zentrale idée directrice* des Religionsverfassungsrechts.¹¹⁹ Das Neutralitätsprinzip formuliert ein Ideal,¹²⁰ wie sich das staatliche Recht in Bezug auf

48

¹¹⁷ Sondervotum der Richter *Christos Rozakis* und *Nina Vajic* in: EGMR, *Lautsi and Others v. Italy* (Große Kammer), Beschwerde-Nr. 30814/06 (verfügbar unter <<https://hudoc.echr.coe.int>>).

¹¹⁸ Hierzu auch die vergleichenden Überlegungen bei *Ino Augsberg / Kai Engelbrecht*, Staatlicher Gebrauch religiöser Symbole im Licht der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: JZ 2010, S. 450 ff. (456 f.).

¹¹⁹ In Anlehnung an *Andreas von Arnould*, Rechtssicherheit, 2006.

¹²⁰ *Heinig*, Verschärfung oder Abschied? (o. Fn. 34), S. 1140, spricht von einer „regulativen Idee“. Vgl. auch *Morlok*, Neutralität des Staates und religiöser Radikalismus (o. Fn. 65), S. 16: Neutralität als „dogmatischer Begriff“, der die relevanten Einzelnormen des Grundgesetzes „begründe[t], zu-

Religionen verhalten soll: Der Staat soll sich nicht mit einzelnen Religionen identifizieren, er soll keine Religion gegenüber anderen bevorzugen und – soweit möglich und zumutbar – Nachteile ausgleichen, die sich für Minderheitsreligionen aus ihren abweichenden Überzeugungen ergeben. Entsprechendes gilt für das Verhältnis von Religion und Weltanschauung. Weder dürfen weltanschauliche Vorstellungen gegenüber religiösen, noch religiöse gegenüber weltanschaulichen privilegiert werden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat diesen Grundgedanken bezogen auf die Religionsfreiheit des Art. 9 EMRK wie folgt formuliert:

„As enshrined in Article 9 (art. 9), freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a ‘democratic society’ within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it.“¹²¹

Ungeachtet aller Anwendungs- und Auslegungsschwierigkeiten in konkreten Rechtsstreitigkeiten sollte der hinter dieser Formulierung stehende grundsätzliche Anspruch an eine freiheitliche religionsrechtliche Ordnung nicht aufgegeben werden. Das Neutralitätsprinzip formuliert ihn auf die knappste denkbare Weise.

sammenfasst und in Erinnerung ruft“, und als verfassungstheoretischer Begriff.

¹²¹ EGMR, *Kokkinakis v. Greece*, Beschwerde-Nr. 14307/88, Rn. 31.

§ 19

Kirchen und andere Religionsgemeinschaften als Träger und Adressaten der Grundrechte

Von Hermann Weber

I. Einleitung	1–4
II. Grundrechtsträgerschaft	5–18
1. Grundsätze für alle Religionsgemeinschaften	5–10
2. Abweichungen für die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften?	11–18
a) Ausgangspunkte	11–14
b) Grundrechtliche Gewährleistung der Rechte aus Art. 137 Abs. 5 WRV?	15–18
III. Grundrechtsbindung	19–49
1. Zum Streitstand	19–21
2. Staatskirchenrechtliche Ausgangspunkte	22–31
a) Die Garantie des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften und die Schranke des „für alle geltenden Gesetzes“	23–26
b) Die Bedeutung des Status von Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts	27–30
c) Beleihung von Religionsgemeinschaften mit Hoheitsfunktionen	31
3. Folgerungen für die Grundrechtsbindung	32–49
a) Folgerungen für alle Religionsgemeinschaften	32–38
b) Im Besonderen: Die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften	39–49

I. Einleitung

- 1 Das Thema „Kirchen und andere Religionsgemeinschaften als Träger und Adressaten der Grundrechte“ beschränkt sich – anders als das Thema des parallelen Artikels in der Voraufgabe des Handbuchs¹ – nicht auf die Frage nach einer Grundrechtsbindung der Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften, der Frage also, ob und wie weit die genannten Religionsgemeinschaften kraft staatlichen Rechts an die staatlichen Grundrechte gebunden (und damit Grundrechtsverpflichtete – oder Grundrechtsadressaten – dieser Grundrechte) sind. Das Thema verbindet mit ihr vielmehr die umgekehrte Frage, ob sich die Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften als solche, als Organisationen (und nicht nur ihre Glieder) wie andere Grundrechtsberechtigte auf den Grundrechtekatalog des staatlichen Verfassungsrechts berufen können, also ihrerseits Berechtigte dieser Grundrechte (Grundrechtsträger) sind. Beide Fragen werden im Folgenden zu behandeln sein.
- 2 Dabei darf nicht übersehen werden, dass Grundrechte nicht nur im Grundrechtekatalog des Grundgesetzes, sondern auch in den meisten Landesverfassungen garantiert werden. Die Landesgrundrechte können hier aus Raumgründen nicht gesondert behandelt werden; für sie gilt – mutatis mutandis – nichts anderes als für die Bundesgrundrechte des Grundgesetzes. Nicht erörtert wird auch der Grundrechtsschutz durch europa- und völkerrechtliche Normierungen; insoweit muss auf die einschlägigen Artikel des Handbuchs verwiesen werden².
- 3 Ausgeklammert bleibt schließlich die – von der Grundrechtsbindung der Religionsgemeinschaften prinzipiell zu unterscheidende – Frage, ob und in welchem Umfang nach innerkirchlichem (bzw. innerreligionsgemeinschaftlichem) Recht Grundrechte oder doch zumindest grundrechtsähnliche Gewährleistungen (in erster Linie zugunsten der Mitglieder der Religionsgemeinschaft oder deren Unterorganisationen) existieren oder doch existieren sollten. Diese Frage ist für jede Religionsgemeinschaft nach deren eigenem Recht zu beantworten.³

¹ *Hermann Weber*, Grundrechtsbindung der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften (§ 19), in: HSKR², Bd. 1, 1994.

² *Claus Dieter Classen*, → § 11; *Christian Hillgruber*, → § 12.

³ Vgl. zu dieser in der Vergangenheit, vor allem in den letzten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts, sowohl für die ev. als auch für die kath. Kirche intensiv

Nur als Merkposten sei noch darauf verwiesen, dass die Aussagen im folgenden Text nicht nur für die Kirchen und andere Religionsgemeinschaften, sondern uneingeschränkt auch für die – ihnen durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 7 WRV gleichgestellten – Weltanschauungsgemeinschaften gelten, ohne dass das in jedem Zusammenhang noch einmal gesondert erwähnt werden müsste.

II. Grundrechtsträgerschaft

1. Grundsätze für alle Religionsgemeinschaften

Dass sich im Grundsatz auch Kirchen und andere Religionsgemeinschaften – und nicht nur die einzelnen Gläubigen – auf die Grundrechte (und hier vor allem auf das Grundrecht auf Religionsfreiheit, Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) berufen können, wird heute von niemand mehr bestritten.

Für die Grundrechte außerhalb der Religionsfreiheit folgt das nach allgemeiner Meinung aus Art. 19 Abs. 3 GG („Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.“). Meinungsverschiedenheiten bestehen dagegen nach wie vor über die zutreffende verfassungsdogmatische Verankerung der Grundrechtsträgerschaft der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften speziell für das Grundrecht aus Art. 4

diskutierten, seither eher ein wenig in den Hintergrund getretenen Frage zusammenfassend *Hermann Weber*, Bindung der Kirchen an staatliche und innerkirchliche Grundrechte und das Verhältnis der Grundrechtsgewährleistungen untereinander, in: ZevKR 42 (1997), S. 282 ff. (294 ff. m.N.) und – in Auseinandersetzung damit – *Gunter Barwig*, Die Geltung der Grundrechte im innerkirchlichen Bereich, 2004, S. 280 ff.; zusätzliche Nachweise zur älteren Literatur bei *Weber* in der Voraufgabe (o. Fn. 1), S. 574 Fn. 3. Sehr zurückhaltend für beide Kirchen heute die Stellungnahmen von *Stefan Muckel* und *Heinrich de Wall* in deren gemeinsamem Studienbuch: *Heinrich de Wall / Stefan Muckel*, Kirchenrecht, 5. Aufl. 2017, § 17, Rn. 15 f., § 25, Rn. 6 f., und für die ev. Kirche *Hendrik Munsonius*, Wen bindet und berechtigt das evangelische Kirchenrecht, in: ZevKR 59 (2014), S. 257 (270 f.), sowie *Christian Heckel*, Grundrechte in evangelischen Kirchenverfassungen, in: ZevKR 63 (2018), S. 233; grundrechtsfreundlicher – für die kath. Kirche – aus neuerer Zeit wieder *Adrian Loretan*, Menschenrechte in der Kirche – ein Schutz vor Machtmissbrauch, in: In mandatis meditari. Festschrift für Hans Parhammer zum 65. Geburtstag, hg. von Stephan Haering / Johann Hirnsperger / Gerlinde Katzinger / Wilhelm Rees, 2012, S. 263 ff. m.w.N.; ferner knapp *Reinhild Ahlers*, Die rechtliche Grundstellung der Christgläubigen (§ 17), in: HKKR³, S. 289 ff. (292 f.) m.w.N.

Abs. 1 und 2 GG (die so genannte korporative Religionsfreiheit): Während einige auch hierfür auf die Regelung in Art. 19 Abs. 3 GG verweisen⁴, geht die herrschende Meinung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts davon aus, dass die korporative Religionsfreiheit bereits unmittelbar – also ohne den Umweg über Art. 19 Abs. 3 GG – aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG abzuleiten ist⁵. Praktische Folgerungen ergeben sich aus den unterschiedlichen Begründungen kaum, weil auch die „unmittelbar auf Art. 4 Abs. 1 und 2 GG Bezug nehmende Auffassung“ die aus Art. 19 Abs. 3 GG folgenden Begrenzungen der Grundrechtsgeltung für juristische Personen auf den direkt angewendeten Art. 4 Abs. 1 und 2 GG überträgt (und damit letztlich zu den selben Ergebnissen kommt wie die ihrerseits auch insoweit auf Art. 19 Abs. 3 GG abstellende Gegenmeinung)⁶: Beide Auffassungen gehen im Ergebnis daher „übereinstimmend und zutreffend“ davon aus, dass sich Kirchen und andere Religionsgemeinschaften als „juristische Personen nur auf den Teil des (sachlichen) Schutzbereichs berufen können, der ‚seinem Wesen‘ nach auf sie anwendbar ist“ und dass „die in Art. 19 Abs. 3 GG normierte Beschränkung der Grundrechtsträgerschaft auf inländische juristische Personen auf die korporative Religionsfreiheit [zu] übertragen ist“⁷.

- 7 Als Grundrechte, die auf juristische Personen „ihrem Wesen nach anwendbar“ sind, kommen „alle Grundrechte in Betracht“, die nicht nur individuell, sondern „auch kollektiv betätigt werden können [...] und für eine voll wirksame korporative Ausübung der dem Vereinszweck dienenden Tätigkeiten erforderlich sind“⁸. Das gilt uneinge-

⁴ So etwa *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 3. Aufl. 2015, S. 56, Rn. 75; *Bernd Jeand'Heur / Stefan Koriath*, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, S. 75, Rn. 84.

⁵ BVerfGE 24, 236 (245 f.) – Lumpensammler; übereinstimmend etwa *Axel Freiherr v. Campenhausen / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 52 f. Auch die Rechtsprechung des BVerfG ist freilich insoweit nicht einheitlich: So verweist etwa BVerfGE 105, 279 (293) – Osho – auf Art. 19 Abs. 3 GG als Grundlage für die Anwendung des Grundrechts der „Religions- und Weltanschauungsfreiheit“ auf Religions- bzw. Weltanschauungsgemeinschaften. Eingehende Darstellung der unterschiedlichen Argumentationsstränge in der Rechtsprechung des BVerfG bei *Christoph Enders*, in: Volker Epping / Christian Hillgruber (Hg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 19, Rn. 43 m. N.

⁶ *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 4), S. 56, Rn. 75.

⁷ *Unruh*, ebd., dort auch die Zitate.

⁸ *Michael Antoni*, in: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Handkommentar, begr. von Dieter Hömig, hg. von Heinrich Amadeus Wolff, 12. Aufl. 2018, Art. 19, Rn. 10, unter Berufung auf BVerfGE 42, 212 (219), Hervorhebungen im Original; ebenso aus neuerer Zeit BVerfGE 106, 28 (42 f);

schränkt auch für die Anwendung der Grundrechte auf Religionsgemeinschaften.⁹ Als Grundrechte, die auf diese angewendet werden können, sind in der Rechtsprechung neben dem – hier in erster Linie in Betracht kommenden – Recht auf Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) jedenfalls die Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1 und 3 GG (allgemeiner und religionsspezifischer Gleichheitssatz) und Art. 14 GG (Grundrecht auf Eigentum) angesehen worden.¹⁰ Unbestritten anwendbar ist auch die Rechtsschutzgarantie gegenüber der öffentlichen Gewalt (Art. 19 Abs. 4 GG).¹¹

Die Grundrechtsgeltung für „juristische Personen“ darf nicht zu eng und zu rechtstechnisch verstanden und damit auf voll rechtsfähige Organisationen beschränkt werden: Nach heute einhelliger Ansicht gehören zu den „juristischen Personen“ i. S. des Art. 19 Abs. 3 GG vielmehr auch „teilrechtsfähige Gebilde [...], denen die Rechtsordnung nur in bestimmter Hinsicht und auf bestimmten Gebieten Rechtsfähigkeit eingeräumt hat“¹². Auch das Bundesverfassungsgericht erkennt in ständiger Rechtsprechung nicht nur juristischen Personen im engeren Sinne die Grundrechtsfähigkeit zu, sondern wendet Art. 19 Abs. 3 GG darüber hinaus auf Handelsgesellschaften, die keine juristischen Personen sind (offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften), auf Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und auf nichtrechtsfähige Vereine an.¹³ Auch Kirchen und Religionsgemeinschaften, die als nicht eingetragene Vereine (und damit als nicht voll rechtsfähige Organisationen) verfasst sind, kommen

8

übereinstimmend auch *Peter J. Tettinger*, Juristische Personen des Privatrechts als Grundrechtsträger, in: HGR, Bd. 2, S. 1203 (1225, Rn. 61).

⁹ *Michael Sachs*, in: ders. (Hg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 19, Rn. 94 m. w. N.

¹⁰ *Walter Krebs*, in: Ingo v. Münch/Philipp Kunig (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl., Bd. 1, 2012, Art. 19, Rn. 46 m. N.; zu weiteren Grundrechten vgl. noch die Darstellung bei *Barwig*, Geltung der Grundrechte (o. Fn. 3), S. 53 ff. m. w. N.

¹¹ *Stefan Mückl*, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: HStR², Bd. 7, 2009, S. 711 (781, Rn. 114).

¹² *Horst Dreier*, in: ders. (Hg.), Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Abs. 3, Rn. 47.

¹³ Vgl. die Darstellungen bei *Dreier*, ebd., Rn. 47 ff.; *Wolfgang Rübner*, Grundrechtsträger, in: HStR², Bd. 9, 2011, S. 767 ff. (Rn. 88 ff.); *Peter Michael Huber*, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle, Bd. 1, Art. 19 Abs. 3, Rn. 238 ff.; *Krebs*, in: v. Münch/Kunig (o. Fn. 10), Art. 19, Rn. 33; sehr ausführlich *Barbara Remmert*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz – Kommentar, Losebl., Art. 19 Abs. 3, Stand 2009, Rn. 37 ff., jeweils m. N. aus der Rspr.

daher als Grundrechtsträger sowohl nach Art. 19 Abs. 3 GG als auch nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in Betracht.¹⁴

- 9 Relativiert worden ist durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts in Sachen Corbusier-Möbel aus dem Jahre 2011¹⁵ auch die in Art. 19 Abs. 3 GG ausdrücklich geregelte Beschränkung der Grundrechtsgeltung auf inländische juristische Personen (und damit auf inländische Religionsgemeinschaften): Nach dem genannten Urteil gilt der Grundrechtsschutz für juristische Personen aufgrund Europarechts – konkret: aufgrund des Anwendungsvorrangs der Grundfreiheiten im Binnenmarkt (Art. 26 Abs. 2 AEUV) und des allgemeinen Diskriminierungsverbots wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) – in „vertraglich veranlasster Anwendungserweiterung des deutschen Grundrechtsschutzes“ (konkret: des Art. 19 Abs. 3 GG) auch für juristische Personen mit einem Sitz im EU-Ausland.¹⁶
- 10 Bedingung ist dabei über einen hinreichenden Inlandsbezug hinaus (der nach dem Urteil bereits bei Tätigkeiten der in Frage stehenden juristischen Personen im Inland zu bejahen ist) ein Tätigwerden dieser Personen im Anwendungsbereich des Unionsrechts.¹⁷ Der „Anwendungsbereich der Verträge richtet sich“ – so das Urteil – „insoweit nach dem jeweiligen Stand des Primär- und Sekundärrechts der Europäischen Union und damit nach den ihr in den europäischen Verträgen übertragenen Hoheitsrechten [...]. Insbesondere ist er bei der Verwirklichung der Grundfreiheiten des Vertrags und dem Vollzug des Unionsrechts eröffnet.“¹⁸ Für die – jedenfalls im Kernbereich ihres Wirkens in aller Regel nichtwirtschaftlichen – Tätigkeiten der Religionsgemeinschaften werden diese Voraussetzungen nach derzeitigem Stand des europäischen Rechts im Normalfall wohl eher zu verneinen sein.

¹⁴ So zu Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ausdrücklich BVerfGE 102, 370 (383) – Zeugen Jehovas I (für die – bei Beginn des Verfahrens noch nicht als eingetragener Verein des bürgerlichen Rechts organisierte und damit noch nicht rechtsfähige – Religionsgemeinschaft); ferner BVerfGE 24, 236 (243 f.) – Lumpensammler (für einen nichtrechtsfähigen religiösen Verein).

¹⁵ BVerfGE 129, 78 – Corbusier-Möbel.

¹⁶ BVerfGE 129, 78 (94 ff.) – Corbusier-Möbel.

¹⁷ BVerfGE 129, 78 (98) – Corbusier-Möbel.

¹⁸ BVerfG, ebd.

2. Abweichungen für die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften?

a) Ausgangspunkte

Alles bisher Gesagte gilt uneingeschränkt für alle privatrechtlich organisierten Kirchen und Religionsgemeinschaften.¹⁹ Ob Gleiches auch für Kirchen und andere Religionsgemeinschaften gilt, die nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts genießen, mag auf den ersten Blick zweifelhaft erscheinen. *Wolfgang Graf Vitzthum* formuliert den Ausgangspunkt für solche Bedenken:

11

„Hoheitlich handelnden juristischen Personen des öffentlichen Rechts eignet in der Regel nicht die für eine Anwendbarkeit der Grundrechte erforderliche Staatsferne; sie stehen dem Staat nicht gleichsam als Private gegenüber. Eine grundrechtstypische Gefährdungslage ist daher hinsichtlich ihres hoheitlichen Handelns grundsätzlich nicht gegeben. Ihr entsprechendes Handeln ist also regelmäßig nicht grundrechtsgeschützt, sondern grundrechtsgebunden.“²⁰

Gleichgültig, wie dieser – der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde liegende²¹ und bis heute der herrschenden Meinung entsprechende²² – Ausgangspunkt im Detail zu begründen ist²³, und gleichgültig, welche Folgerungen aus ihm für Träger öffentlicher Gewalt im (unmittelbar oder mittelbar) staatlichen Bereich

12

¹⁹ So wendet dann auch das Bundesverfassungsgericht das Grundrecht der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) ohne weiteres auf privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften an, vgl. BVerfGE 83, 341 (351) – Bahá'í; BVerfGE 102, 370 (383) – Zeugen Jehovas I; BVerfGE 105, 279 (293) – Osho; vgl. im Übrigen noch die Darstellung bei *Barwig*, Geltung der Grundrechte (o. Fn. 3), S. 35 ff. m. w. N.

²⁰ *Wolfgang Graf Vitzthum*, Der funktionale Anwendungsbereich der Grundrechte, in: HGR, Bd. 2, S. 1079 ff. (1090 Rn. 23).

²¹ Grundlegend BVerfGE 21, 362 (369 f.) – Sozialversicherungsträger; vgl. ferner BVerfGE 61, 82 (103 ff.) – Sasbach; BVerfG (Kammer), in: NVwZ 2008, S. 778 (778 f.) und BVerfGE 138, 1 (18 f.) – Gemeinden; BVerfGE 68, 193 (205 ff.) – Handwerkerinnungen und Innungsverbände; BVerfGE 75, 192 (196) – öffentlich-rechtliche Sparkassen.

²² Grundsätzliche Kritik zuletzt bei *Friedrich E. Schnapp*, Zur Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts, in: HGR, Bd. 2, S. 1235 ff. (insbes. 1244 ff.); *Günter Püttner*, Grundrechtsschutz für juristische Personen des öffentlichen Rechts, in: Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, hg. von Michael Sachs / Helmut Siekmann, 2012, S. 563 ff.

²³ Vgl. dazu eingehend *Krebs*, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 10), Art. 19, Rn. 57 ff.; *Dreier*, in: ders. (o. Fn. 12), Art. 19 Abs. 3, Rn. 31 ff., 57 f.

abzuleiten sind²⁴, kann er jedenfalls – so zu Recht das Bundesverfassungsgericht – nicht uneingeschränkt auf juristische Personen des öffentlichen Rechts übertragen werden, die „von ihren Aufgaben her unmittelbar einem durch bestimmte Grundrechte geschützten Lebensbereich zugeordnet sind“, bei denen insoweit also eine „grundrechtstypische Gefährdungslage“ besteht²⁵. Zu den so definierten („grundrechtsdienenden“²⁶) Organisationen rechnet das Bundesverfassungsgericht neben Universitäten und Rundfunkanstalten seit jeher die öffentlich-rechtlich organisierten Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften („Ausnahmetrias“).²⁷

„Die Kirchen sind ungeachtet ihrer Anerkennung als Körperschaften des öffentlichen Rechts dem Staat in keiner Weise inkorporiert, also auch nicht im weitesten Sinn ‚staatsmittelbare‘ Organisationen oder Verwaltungseinrichtungen. Ihre wesentlichen Aufgaben, Befugnisse, Zuständigkeiten sind originäre und nicht vom Staat abgeleitete [...]. Sie können also unbeschadet ihrer besonderen Qualität wie der Jedermann dem Staat ‚gegenüber‘ stehen, eigene Rechte gegen den Staat geltend machen. Sie sind unter diesem Gesichtspunkt grundrechtsfähig.“²⁸

- 13** Soweit die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften im Bereich ihrer eigenen, nicht staatsabgeleiteten Aufgaben (und damit im Bereich des religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrechts, Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV) tätig werden, können sie sich deshalb wie alle anderen Grundrechtsträger ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform uneingeschränkt auf die staatlichen Grundrechte berufen.

²⁴ Vgl. dazu etwa *Huber*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 13), Art. 19 Abs. 3, Rn. 249 ff.

²⁵ So schon BVerfGE 21, 362 (373 f.); seither st. Rspr.

²⁶ *Vitzthum*, Anwendungsbereich (o. Fn. 20), S. 1092 Rn. 28.

²⁷ So schon BVerfGE 5, 256 (262) – Universitäten und Fakultäten; BVerfGE 31, 314 (322) – Rundfunkanstalten; seither st. Rspr., vgl. dazu noch die Darstellungen bei *Dreier*, in: ders. (o. Fn. 12), Art. 19 Abs. 3, Rn. 60 ff.; *Sachs*, in: ders. (o. Fn. 9), Art. 19, Rn. 93 ff.; sehr ausführlich *Remmert*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 13), Art. 19 Abs. 3, Rn. 49 ff.; aus neuerer Zeit ferner noch *Antoni*, in: Grundgesetz (o. Fn. 8), Art. 19, Rn. 7, jeweils m.w.N.; die Rechtsprechung zur „Ausnahmetrias“ zusammenfassend etwa BVerfG (Kammer), in: NVwZ 2008, S. 778.

²⁸ BVerfGE 42, 312 (321 f.) – Bremer Kirchenbeamtenfall; seither st. Rspr., vgl. BVerfGE 53, 366 (387 f.) – Krankenhausgesetz Nordrhein-Westfalen; BVerfGE 102, 370 (387) – Zeugen Jehovas I („Die Religionsgemeinschaften mit öffentlich-rechtlichem Status sind in gleichem Umfang grundrechtsfähig wie Religionsgemeinschaften privatrechtlicher Rechtsform. Sie stehen dem Staat als Teil der Gesellschaft gegenüber“), bestätigt in BVerfGE 125, 39 (73) – Sonntagsschutz in Berlin, und zuletzt wieder in BVerfGE 139, 321 (350 f.) – Zeugen Jehovas II.

Abweichendes gilt, wenn die in Frage stehenden Religionsgemeinschaften – etwa im Kirchensteuerrecht, im Bestattungsrecht oder im Berechtigungswesen ihrer Privatschulen – von Hoheitsbefugnissen Gebrauch machen, die ihnen vom Staat in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 gewährleistet oder davon unabhängig im Wege anderweitiger Beleihung übertragen worden sind. Insoweit handeln sie „nicht grundrechtsbefugt, sondern grundrechtsgebunden“²⁹. Auf Details der Grundrechtsbindung, insbesondere die genauere Abgrenzung hoheitlicher (und damit grundrechtsgebundener) religionsgemeinschaftlicher Tätigkeit wird unten noch im Einzelnen einzugehen sein.³⁰

14

*b) Grundrechtliche Gewährleistung der Rechte
aus Art. 137 Abs. 5 WRV?*

Kurz hinzuweisen ist zum Schluss noch auf eines: Auch dann, wenn man die Gewährleistungen in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV (von der Rechtsform als Körperschaft des öffentlichen Rechts bis zu dem mit der Rechtsform mitgarantierten Mindestbestand öffentlich-rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten³¹) mit dem Bundesverfassungsgericht als „Mittel zur Entfaltung der Religionsfreiheit“ versteht und damit grundrechtlich legitimiert³², bedeutet

15

²⁹ Vitzthum, Anwendungsbereich (o. Fn. 20), S. 1094 Rn. 30.

³⁰ Vgl. unten unter III. 2. b.

³¹ Dass Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV den als Körperschaften des öffentlichen Rechts anerkannten Religionsgemeinschaften einen Grundbestand öffentlich-rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten gewährleistet, dass der Gewährleistung also insoweit über bloß formale auch materielle Bedeutung zukommt, dürfte spätestens seit BVerfGE 102, 370 (371, 388) – Zeugen Jehovas I, bestätigt in BVerfGE 139, 321 (350 f.) – Zeugen Jehovas II, ganz herrschende Meinung sein; detaillierter Hermann Weber, Körperschaftsstatus für Religionsgemeinschaften, Gelöste und ungelöste Probleme, in: ZevKR 57 (2012), S. 347 ff.; anders aber aus neuerer und neuester Zeit noch Christian Walter, Religionsverfassungsrecht, 2006, S. 554 ff., Nina Huxdorff, Rechtsfragen der Erst- und Zweitverleihung des öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus an Religionsgemeinschaften, 2013, S. 195 ff., und zuletzt wieder Achim Janssen, Aspekte des Status von Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts, 2. Aufl. 2017, passim, insbes. §§ 4–9, zusammenfassend S. 618 ff., jeweils m.w.N. Zweifelnd in neuester Zeit auch Stefan Muckel, Körperschaftsstatus im 21. Jahrhundert – Anachronismus oder Zukunftsmodell?, in: ZevKR 63 (2018), S. 30 ff. (52 ff.).

³² Grundlegend BVerfGE 102, 370 (387) – Zeugen Jehovas I, bestätigt in BVerfGE 139, 321 (349 f.) – Zeugen Jehovas II; vgl. dazu die Kritik und Gegenkritik bei Christian Hillgruber, Der öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus nach Art. 137 Abs. 5 WRV, und Hermann Weber, Der öffentlich-recht-

das nicht, dass diese Gewährleistungen zur zwingenden Folge der Garantie der Religionsfreiheit in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG werden (und damit ihrerseits zum Bestandteil dieses Grundrechts mutieren)³³.

- 16 Einer möglichen Aufhebung des Körperschaftsstatus und der mit ihm verbundenen Rechte durch den (verfassungsändernden) Gesetzgeber können die Religionsgemeinschaften daher nicht unter Berufung auf ihre Grundrechte, insbesondere auf das Grundrecht der Religionsfreiheit, entgegneten. Dass einfaches Recht für eine solche Änderung nicht genügt, folgt nicht aus den Grundrechten, sondern nur aus der speziellen Regelung in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV.³⁴ Die Aufrechterhaltung einer öffentlich-rechtlichen Organisationsmöglichkeit (wie der Rechtsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts) für Religionsgemeinschaften gehört daher ebenso wenig zum Garantiegehalt der – in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG mitgarantierten³⁵ – religiösen Vereinigungsfreiheit (und damit der Religionsfreiheit) wie die Aufrechterhaltung des de lege lata mit der Korporationsqualität mitgarantierten Mindestbestands an öffentlich-rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten.
- 17 Solange der Gesetzgeber den Religionsgemeinschaften alternativ zu den Rechtsformen des bürgerlichen Rechts die Rechtsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts zur Verfügung stellt, spricht freilich alles dafür, dass die Versagung einer jeden dieser Rechtsformen (also auch der Rechtsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts) gegenüber einer Religionsgemeinschaft, die die Voraussetzungen für deren Gewährung erfüllt, nicht nur Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV, sondern zugleich die aus Art. 4 Abs. 1 und 2 abzuleitende religiöse Vereinigungsfreiheit der betroffenen Religionsgemeinschaft verletzt.³⁶
- 18 Nicht negativ präjudiziert ist mit dem Gesagten auch die – in der Literatur heute zunehmend bejahte – Frage, ob die in den Weimarer

liche Körperschaftsstatus der Religionsgemeinschaften, beide in: Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, hg. von Hans Michael Heinig / Christian Walter, 2007, S. 213 ff. bzw. 229 ff.

³³ Weber, ebd., S. 234.

³⁴ Weber, ebd., S. 235.

³⁵ BVerfGE 83, 341 (354 f.) – Bahá'í.

³⁶ So mit ausführlicher Begründung Hans Michael Heinig, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften. Studien zur Rechtsstellung der nach Art. 137 Abs. 5 WRV korporierten Religionsgesellschaften in Deutschland und in der Europäischen Union, 2003, S. 265 ff. (insbes. S. 268); Weber, Körperschaftsstatus (o. Fn. 32), S. 356.

Kirchenartikeln enthaltenen subjektiven Berechtigungen der Religionsgemeinschaften (und mit ihnen der Anspruch auf Verleihung der Körperschaftsrechte nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV) zumindest prozessual als grundrechtsgleiche Rechte i.S. von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG anzusehen sind.³⁷

III. Grundrechtsbindung

1. Zum Streitstand

Die Grundrechtsbindung der Religionsgemeinschaften ist in der Literatur vor allem in den siebziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts intensiv diskutiert worden.³⁸ Seither ist die Thematik eher in den Hintergrund getreten³⁹; auch in der gerichtlichen Praxis hat sie eine eher unbedeutende Rolle gespielt.

Speziell für das Grundrecht auf Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), dem kraft ausdrücklicher Verfassungsanordnung allgemeine Drittwirkung zukommt, hat das Bundesarbeitsgericht in seinen Urteilen zur Zulässigkeit von Streiks in kirchlichen Einrichtungen aus dem Jahre 2012 in Übereinstimmung mit einem – insoweit nicht näher begründeten – älteren Urteil des Bundesverfassungsgerichts⁴⁰ die

³⁷ Fabian Wittreck, → § 77, Rn. 59–68.

³⁸ Vgl. insbes. Horst Säcker, Die Grundrechtsbindung der kirchlichen Gewalt, in: DVBl. 1969, S. 5 ff.; Wolfgang Rübner, Die Geltung von Grundrechten im kirchlichen Bereich, in: EssGespr. 7 (1972), S. 9 ff.; Hermann Weber, Die Grundrechtsbindung der Kirchen, in: ZevKR 17 (1972), S. 386 ff.; Konrad Hesse, Grundrechtsbindung der Kirchen?, in: Im Dienst an Recht und Staat, Festschrift für Werner Weber, hg. von Hans Schneider/Volkmar Götz, 1974, S. 447 ff.; Karl Hermann Kästner, Die Geltung der Grundrechte in kirchlichen Angelegenheiten, in: JuS 1977, S. 715 ff. (die vier zuletzt genannten Abhandlungen auch abgedr. in: Paul Mikat [Hg.], Kirche und Staat in der neueren Entwicklung, 1980, S. 174 ff., 199 ff., 287 ff., 474 ff.); zusammenfassend aus älterer Zeit vor allem Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1998, S. 1210 ff., und – mit den hier vertretenen Positionen durchweg übereinstimmend – Hans Heimerl/Helmut Pree, Handbuch des Vermögensrechts der Katholischen Kirche, 1993, S. 672 ff.

³⁹ Zusammenfassend seither vor allem Weber, Grundrechtsbindung (o. Fn. 1), S. 284 ff.; Hans-Werner Laubinger, Die Geltung der Grundrechte im Verhältnis der evangelischen Pfarrer zu ihrer Kirche, in: Sachs/Siekmann (o. Fn. 22), S. 446 ff. (451 ff.); ferner sehr ausführlich Barwig, Geltung der Grundrechte (o. Fn. 3), 2. Teil (S. 57–278).

⁴⁰ BVerfGE 57, 220 (245) – gewerkschaftliche Zutrittsrechte zu kirchlichen Einrichtungen.

Bindung der Religionsgemeinschaften ausdrücklich bestätigt, zugleich aber deutlich gemacht, dass bei der Anwendung des Grundrechts auf die Kirchen „im Wege einer Güterabwägung nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz“ ein Ausgleich mit den „konfligierenden Gewährleistungen“ der Religionsfreiheit und des religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrechts herzustellen ist⁴¹.

- 21 Ohne weiteres bejaht hat die Rechtsprechung die Grundrechtsbindung darüber hinaus für diejenigen Teilbereiche der Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften, in denen diese nach allgemeiner Auffassung von staatlich verliehener Hoheitsgewalt Gebrauch machen (Kirchensteuerrecht, Friedhofsrecht).⁴² Im Gegensatz dazu ist vor allem die Frage, ob die Kirchen bei der Regelung der Rechtsverhältnisse ihrer Geistlichen und Kirchenbeamten in öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen zumindest an einen Grundbestand staatlicher Grundrechte gebunden sind, bis heute in der Regel offen geblieben: Die ältere Rechtsprechung hat insoweit in der Regel zwar eine – hypothetische – Grundrechtsprüfung vorgenommen, die Grundsatzfrage, ob eine Grundrechtsbindung gegeben ist, aber offen gelassen, weil nach Auffassung der Gerichte in den entschiedenen Fällen auch bei Zugrundelegung einer Grundrechtsbindung eine Grundrechtsverletzung stets zu verneinen war.⁴³ In neuerer Zeit be-

⁴¹ BAG, Urteile vom 20.11.2012, in: NZA 2013, S. 437 (442 ff. Rn. 48 ff.) – Zweiter Weg, und NZA 2013, S. 448 (462 Rn. 110 ff.) – Dritter Weg. Die Verfassungsbeschwerde der Gewerkschaft Verdi gegen das zweite dieser Urteile hat das BVerfG als unzulässig zurückgewiesen, ohne sich mit den hier behandelten Fragen auseinanderzusetzen (BVerfGE 140, 42). Dem BAG aus verfassungsrechtlicher Sicht im Wesentlichen zustimmend *Bernd Grzeszick*, Das Urteil des BAG zum Streikverbot in Kirchen auf dem Prüfstand des Verfassungs- und Europarechts, in: NZA 2013, S. 1377 ff. (1378 ff.); kritisch dagegen *Eva Kocher/Laura Krüger/Clemens Sudhoff*, Streikrecht in den Kirchen im Spannungsfeld zwischen Koalitionsfreiheit und kirchlichem Selbstbestimmungsrecht, in: NZA 2014, S. 880 ff. Im Ansatz ähnlich wie das BAG schon *Hartmut Bauer*, in: Dreier (o. Fn. 12), Art. 9, Rn. 99, und jetzt wieder *Michael Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 13), Art. 9, Rn. 200, alle m. w. N.

⁴² Vgl. zur Kirchensteuer die st. Rspr. seit den Kirchensteuerurteilen des BVerfG aus dem Jahre 1965, insbes. BVerfGE 19, 206 (215 f.); zusammenfassend zuletzt sehr ausführlich BVerfG (Kammer), in: NVwZ 2002, S. 1496 (1497) = KirchE 41, 62 (65 ff.); zum Friedhofsrecht schon BVerwG, KirchE 16, 266 (268 f.), und zuletzt wieder BVerwGE 121, 17 (19).

⁴³ So schon BVerwGE 28, 345 (351 f.); BVerwGE 66, 208 (216 f.) und BVerwG, in: NJW 1983, S. 2582 = KirchE 20, 217 (223); beide bestätigt durch BVerfG (Vorprüfungsausschuss), in: NJW 1983, S. 2569 Nr. 1 und 2 (= KirchE 21, 132 und 171); ähnlich auch BVerfGE 111, 1 (5 f.); grundsätzlich abwei-

jahren dagegen sowohl der BGH als auch das BVerwG eine Bindung auch des kirchlichen Dienstrechts an einen Grundbestand fundamentaler Verfassungsgarantien, darunter zumindest auch den in Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Kernbestand der Grundrechte⁴⁴.

2. Staatskirchenrechtliche Ausgangspunkte

Staatskirchenrechtlich kann eine Bindung der Religionsgemeinschaften an die (staatlichen) Grundrechte in doppelter Weise begründet werden: entweder als Unterfall der Begrenzung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts durch das „für alle geltende Gesetz“ (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV) oder als Folge der Wertung von Kirchengewalt (bzw. von Teilen der Kirchengewalt) als grundrechtsgebundene hoheitliche Gewalt in Auslegung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV.⁴⁵ Damit wird deutlich, dass Grenzlinien nicht – wie es die Überschrift nahe legen könnte – zwischen „Kirchen“ und „anderen Religionsgemeinschaften“ zu ziehen sind; Unterschiede bestehen vielmehr zwischen den Religionsgemeinschaften (unter Einschluss der Kirchen), denen nach Art. 137 Abs. 5 WRV die Eigenschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts verliehen ist, und den privatrechtlichen Religionsgemeinschaften.

22

a) Die Garantie des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften und die Schranke des „für alle geltenden Gesetzes“

Grundpfeiler des staatskirchenrechtlichen Systems des Grundgesetzes und gleichzeitig die für das Problem der Grundrechtsbindung in erster Linie maßgebliche Bestimmung ist die Garantie des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV), die heute ergänzt und mitbestimmt wird durch

23

chend dagegen das aus dem Jahre 2002 stammende Urteil BVerwGE 117, 145 (148 f.), in dem jede Bindung der Kirchen an staatliches Recht, auch an die „fundamentalen Grundsätze der staatlichen Rechtsordnung“ (und damit an Grundrechte) im hier fraglichen Bereich ausgeschlossen wird.

⁴⁴ Grundlegend BGH, in: NJW 2000, S. 1555 (1556), bestätigt in BGHZ 154, 306 (312), und BVerwGE 149, 139 (147, Rn. 23), unter ausdrücklicher Aufgabe der in Fn. 43 zitierten Rechtsprechung.

⁴⁵ So im Ansatz auch Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/2, 2011, S. 1042 ff.

die Freiheitsrechte, insbesondere die Religions- und Bekenntnisfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) der Religionsgemeinschaften als juristischer und ihrer Mitglieder als natürlicher Personen.

- 24 Bei Auslegung des Art. 137 Abs. 3 WRV ist entgegen aller Kritik⁴⁶ an einer Grundaussage der so genannten „Bereichslehre“⁴⁷ festzuhalten: Zentralgedanke dieser Lehre ist es, dass das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften einen – als „Innenbereich“ bezeichneten – Kernbereich kirchlichen Wirkens von jeder staatlichen Ingerenz freistellt. In diesem Bereich gibt es kein „für alle geltendes Gesetz“ (und darf es von Verfassungen wegen kein solches Gesetz geben): Was maßgebliche Lehre der jeweiligen Religionsgemeinschaft ist, welche religiöse Pflichten den Gläubigen, aber auch der Gemeinschaft obliegen, unter welchen Voraussetzungen bestimmte religiöse Amtshandlungen (etwa Taufe, kirchliche Trauung oder Beerdigung) zu gewähren bzw. zu versagen sind, wie die Religionsgemeinschaft intern zu organisieren ist, all das ist ausschließlich Angelegenheit der Religionsgemeinschaft selbst. Bezeichnet man diesen Kern nicht als „Innenbereich“, sondern – leicht variiert – als religiös-geistlichen Kernbereich (Horst Dreier hat einmal vom „innersten geistlichen Aufgabenbereich“ der Religionsgemeinschaften gesprochen⁴⁸), wird

⁴⁶ Vgl. zusammenfassend aus neuerer und neuester Zeit *Karl-Hermann Kästner*, in: BK, Art. 140 GG, Stand 3. Bearbeitung 2010, Rn. 297 ff.; *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 140 GG / 137 WRV, Rn. 62; *Peter Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 13), Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 41; *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 45), S. 1044, 1248, jeweils m. w. N.

⁴⁷ Grundlegend *Helmut Quaritsch*, Kirchen und Staat, Verfassungs- und staatsrechtliche Probleme der staatskirchenrechtlichen Lehre der Gegenwart, in: Der Staat 1 (1962), S. 175 ff., 289 ff. (295 f.); *Hermann Weber*, Grundprobleme des Staatskirchenrechts, 1970, S. 44 ff., 62 ff.; aus der Rechtsprechung BVerfGE 18, 385 (387) – Teilung einer Kirchengemeinde; 42, 312 (334) – Bremer Kirchenbeamtenfall; 66, 1 (20) – Konkursausfallgeld; 72, 278 (289) – Kirchliche Berufsbildungsausschüsse; ebenso die ständige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, vgl. zuletzt BVerwGE 117, 145 (147 f.); weitere N. bei *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 46), Art. 140 GG / 137 WRV, Rn. 62 Fn. 188, 189.

⁴⁸ *Horst Dreier*, in: ders. (Hg.), Grundgesetz, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 1 Abs. 3, Rn. 74; in der 3. Aufl. (o. Fn. 12) spricht *Dreier* an gleicher Stelle nun – wohl nur in der Formulierung abweichend – von „rein innerkirchlichen Angelegenheiten (Glaubenslehre, Kultus, Ritus und Liturgie)“; ähnlich wie *Dreier* auch *Werner Heun*, Das Gesetz in Staat und Kirche, in: ZevKR 49 (2004), S. 443 ff. (460): „Kernbereich eigener Angelegenheiten der Kirchen, in denen das Selbstbestimmungsrecht nahezu vollständig mit dem Schutzbereich des Art. 4 GG überschneidet und von staatlichen Ingerenzen weitgehend frei ist“.

deutlich, dass der Verzicht auf jede Art staatlicher Ingerenz in diesen Bereich nicht nur von den Garantien der Religionsfreiheit und des religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrechts gefordert wird, sondern darüber hinaus auch notwendige Folge des säkularen Charakters des Staates ist: Fragen wie die Gewährung oder Versagung von Sakramenten, die Ordnung des Gottesdienstes, die Gestaltung von religiösen Lebensordnungen oder innere Ordnungsfragen der Religionsgemeinschaften fallen in einem solchen Staat von vornherein nicht in den Regelungsbereich des staatlichen Rechts.⁴⁹

Das alles schließt nicht aus, dass auch Handlungen im so definierten Kernbereich kirchlicher Tätigkeit Wirkungen in der weltlichen Rechtsordnung haben können und dass die Religionsgemeinschaften sich bei Erfüllung ihrer Aufgaben in vielfältiger Form der weltlichen Rechtsordnung bedienen und bedienen müssen. In allen diesen Fällen verlassen sie den staatlicher Ingerenz unzugänglichen Bereich und begeben sich in den Bereich staatlicher Rechtsordnung, in dem das „für alle geltende Gesetz“ auch religionsgemeinschaftlichen Betätigungen nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 GG Grenzen ziehen kann (und faktisch auch Grenzen zieht).

Damit ist das Problem der Geltung staatlichen Rechts gegenüber den Religionsgemeinschaften freilich nicht abschließend gelöst: Ohne dass die damit verbundenen Fragen hier eingehend erörtert werden könnten, bleibt Folgendes festzuhalten: Die Bindung der Religionsgemeinschaften an das „für alle geltende Gesetz“ gilt ihrerseits nicht uneingeschränkt. Schon aus dem Verbot jeder staatlichen Ingerenz in den religiös-geistlichen Kernbereich des Wirkens der Religionsgemeinschaften folgt, dass das „für alle geltende Gesetz“ in seiner Anwendung auf Kirchen und Religionsgemeinschaften stets so zu interpretieren ist, dass dieser Bereich unberührt bleibt; ist eine solche Interpretation im Einzelfall auch im Wege verfassungskonformer Auslegung nicht möglich, verstößt das Gesetz gegen die Verfassung. Bei Anwendung des „für alle geltenden Gesetzes“ im Übrigen ist der

⁴⁹ Grundsätzlich abweichend *Joachim Wenzel*, Zum Richten in Staat und Kirche, in: ZevKR 49 (2004), S. 559 ff. (572 f.), der die von ihm in Übereinstimmung mit dem Bundesgerichtshof (BGH, in: NJW 2000, S. 1555 [1556 f.]; BGHZ 154, 306 [312]) postulierte „Wirksamkeitskontrolle“ kirchlicher Rechtshandlungen an den „Grundprinzipien der staatlichen Rechtsordnung“, unter ihnen an einem Kernbestand der Grundrechte, ausdrücklich auch auf Amtshandlungen im religiös-geistlichen Kernbereich der Religionsgemeinschaften erstrecken will.

verfassungsrechtlichen Gewährleistung kirchlicher Selbstbestimmung im Wege der Güterabwägung Rechnung zu tragen.⁵⁰

*b) Die Bedeutung des Status von Kirchen und
Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts*

27 Neben die Garantie der Eigenständigkeit und Selbstverantwortung der Religionsgemeinschaften als Gewährleistung des status negativus tritt mit der Zuerkennung der Eigenschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts an eine solche Gemeinschaft (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV) ein status positivus: Den so begünstigten Religionsgemeinschaften – und mit ihnen den traditionellen Kirchen – wird die Möglichkeit eingeräumt, von einem Kernbestand öffentlich-rechtlicher Befugnisse (Besteuerungsrecht, Dienstherrenfähigkeit, Disziplinarergewalt, Autonomie zur eigenständigen Regelung dieser Gebiete mit weltlich-rechtlicher Wirkung) Gebrauch zu machen. In diesen Teilbereichen ihres Wirkens treten die Religionsgemeinschaften kraft des ihnen verliehenen Status ihren Mitgliedern (und darüber hinaus z.T. auch Außenstehenden) öffentlich-rechtlich gegenüber und üben unter Rückgriff auf staatliche Zwangsmöglichkeiten echte Hoheitsgewalt aus.⁵¹ Die Religionsgemeinschaften brauchen von diesen Möglichkeiten keinen Gebrauch zu machen; bedienen sie sich aber der vom Staat zur Verfügung gestellten Rechtsformen, dann bewegen sie sich im Bereich des (staatlichen) öffentlichen Rechts und unterliegen den damit verbundenen Bindungen.

28 Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV ermöglicht es den begünstigten Religionsgemeinschaften, sich in Teilbereichen ihrer Tätigkeit durch Rückgriff auf hoheitliche Gestaltungsformen den Beschränkungen des allgemeinen Rechts (also z.B. des Dienstvertragsrechts des BGB, des Arbeits- und Sozialrechts oder des bürgerlichen Vereinsrechts) zu entziehen. Damit agieren sie freilich nicht im rechtsfreien Raum; an die Stelle des im Normalfall anzuwendenden Privat-

⁵⁰ Zu der hier befürworteten Kombination von Bereichsscheidung und Güterabwägung vgl. detaillierter *Weber*, Grundrechtsbindung (o. Fn. 1), S. 285 f.; für eine solche Kombination schon *Walter Leisner*, Caritas – innere Angelegenheit der Kirchen, in: DÖV 1977, S. 475 ff. (insbes. 482 ff.).

⁵¹ So auch BVerfGE 102, 370 (388) – Zeugen Jehovas I; bestätigt in BVerfGE 139, 321 (350) – Zeugen Jehovas II, freilich jeweils ohne genaue Umgrenzung der als hoheitlich anzusehenden Befugnisse (vgl. dazu noch unten bei und in Fn. 79).

rechts tritt lediglich das öffentliche Recht mit den ihm eigenen Befugnissen und Bindungen.

Aus diesem Verständnis der Korporationsqualität⁵² folgt gleichzeitig ein Weiteres: Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV bedeutet keine Qualifizierung der Tätigkeit der Religionsgemeinschaften außerhalb des Bereichs von ihnen wahrgenommener öffentlich-rechtlicher Einzelbefugnisse: Mit ihm ist weder eine generelle Wertung der Kirchengewalt als öffentliche Gewalt noch eine allgemeine Einordnung des Kirchenrechts in das (staatliche) öffentliche Recht verbunden⁵³. Die den Religionsgemeinschaften in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV angebotene Hoheitsgewalt und die Autonomie im technischen Sinne treten vielmehr neben die innere Kirchengewalt und das innere Kirchenrecht; deren Staatsunabhängigkeit und verfassungskräftige Immunität gegenüber staatlicher Einflussnahme finden ihren Standort nicht in Art. 137 Abs. 5 WRV, sondern in Art. 137 Abs. 3 WRV.

Die Korporationsqualität ändert auch nichts an der Gewährleistung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV) und der Freistellung des religiös-geistlichen Kernbereichs religionsgemeinschaftlichen Wirkens von jeder staatlichen Ingerenz. Auch die aus Art. 137 Abs. 5 WRV abzuleitenden öffentlich-rechtlichen Bindungen der Religionsgemeinschaften sind daher stets so zu interpretieren, dass dieser Bereich unberührt bleibt; bei Auslegung dieser Bindungen im Übrigen ist – in Parallele zur Anwendung des „für alle geltenden Gesetzes“ – der Verfassungsgarantie kirchlicher Selbstbestimmung auf dem Wege der Güterabwägung Rechnung zu tragen.

⁵² Ausführliche Begründung dieses Verständnisses schon bei *Hermann Weber*, Die Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts im System des Grundgesetzes, 1966, S. 91 ff., 108 ff., 138 ff.

⁵³ *Stefan Muckel*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Karl Heinrich Friauf / Wolfram Höfling, Bd. IV, Losebl. Stand 2017, Art. 140 GG / Art. 137 WRV m. w. N.; ausführliche Begründung bei *Hermann Weber*, Öffentlich-Rechtlichkeit als Standeserhöhung? Neues zum Rechtsweg für Klagen gegen Äußerungen kirchlicher Sektenbeauftragter, in: Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung, Festschrift für Christoph Link zum 70. Geburtstag, hg. von Heinrich de Wall / Michael Germann, 2003, S. 511 ff. (insbes. 513 ff., 519 ff.); anders freilich BGHZ 148, 307 ff. unter II. 2. a. – Rechtsweg gegen Äußerungen kirchlicher Sektenbeauftragter (krit. dazu *Weber*, a. a. O.), und in neuerer Zeit wieder *Wolf-Rüdiger Schenke*, in: BK, Art. 19 Abs. 4 GG, 3. Bearbeitung 2009, Rn. 262 ff. m. w. N., der ganz allgemein jede Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen organisierten Kirchen, „sofern sie an staatlichen Normen orientiert ist, auch jenseits der Fälle einer speziellen Beleihung“ als öffentliche Gewalt (i. S. d. Art. 19 Abs. 4 GG) ansehen will.

c) Beleihung von Religionsgemeinschaften mit Hoheitsfunktionen

- 31 Nicht übersehen werden darf, dass Religionsgemeinschaften (ebenso wie andere Privatrechtssubjekte) in Einzelfällen ohne Rücksicht darauf, ob sie Körperschaften des öffentlichen Recht sind, mit der Wahrnehmung von Staatsaufgaben – und in diesem Zusammenhang mit der Ausübung öffentlicher Gewalt – beliehen werden können (und in der Praxis auch beliehen werden). Als solche Beleihung ist etwa die Regelung der Nutzungsverhältnisse an öffentlich zugänglichen kirchlichen Friedhöfen anzusehen (jedenfalls wenn diese Monopolcharakter haben, eine zumutbare Ausweichmöglichkeit also nicht gegeben ist).⁵⁴ Ein weiteres Beispiel bietet das Privatschulrecht: Auch Religionsgemeinschaften – einschließlich der Religionsgemeinschaften des privaten Rechts – können Privatschulen unterhalten, die als Ersatzschulen staatlich anerkannt sind oder denen darüber hinaus – etwa nach bayerischem Recht⁵⁵ – der Charakter öffentlicher Schulen verliehen worden ist. Bei Verwaltung dieser Schulen üben die Religionsgemeinschaften in bestimmtem Umfang (im Fall der als Ersatzschulen anerkannten Privatschulen im Bereich des Berechtigungswesens, im Fall der Ersatzschulen, denen öffentlicher Charakter verliehen ist, mit der Ordnung des gesamten Schulverhältnisses) als „beliehene Unternehmer“ staatsabgeleitete öffentliche Gewalt aus. Soweit die Beleihung reicht, unterliegen sie wie andere beliehene Unternehmer über die Bindung an das „für alle geltende Gesetz“ hinaus allen Bindungen, die der staatlichen Hoheitsgewalt gezogen sind. Auch hier ist freilich zu beachten, dass diese Bindungen im Einzelfall nicht zu einer unzulässigen staatlichen Ingerenz in den religiös-geistlichen Kernbereich religionsgemeinschaftlichen Wirkens führen dürfen.

⁵⁴ Im Einzelnen umstritten: Während die Rechtsprechung (vgl. o. Fn. 42) und ein Teil der Lehre dazu neigen, die Verwaltung kirchlicher Friedhöfe generell als eine der Kirche vom Staat übertragene Aufgabe anzusehen, wollen andere eine Wahrnehmung staatlich-hoheitlicher Aufgaben durch die Kirchen auf die Verwaltung von Monopolfriedhöfen im oben umschriebenen Sinne beschränken (zusammenfassend *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck [o. Fn. 46], Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 73 ff. mit ausführlichen Nachweisen); eingehend dazu *Hermann Weber*, Benutzungszwang für Trauerhallen (Friedhofskapellen) auf kirchlichen Friedhöfen, in: *ZevKR* 33 (1988), S. 15 ff. (24 ff.).

⁵⁵ Art. 101 des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen i. d. F. d. B. v. 31.5.2000, GVBl. S. 414, zuletzt geändert durch Gesetz vom 24.7.2018, GVBl. S. 613.

3. Folgerungen für die Grundrechtsbindung

a) Folgerungen für alle Religionsgemeinschaften

Eine Grundrechtsbindung im religiös-geistlichen Kernbereich des Wirkens der Religionsgemeinschaften besteht nicht, auch nicht in einem – wie auch immer – eingeschränkten Sinne.⁵⁶ Jeder Versuch, für diesen Bereich eine Bindung an staatliche Grundrechte zu installieren, müsste das religionsgemeinschaftliche Selbstbestimmungsrecht in seinem Kern treffen. Verdeutlichen lässt sich das am Beispiel der Glaubens- und Gewissensfreiheit, die zu den grundlegendsten Gewährleistungen des staatlichen Grundrechtekatalogs gehört, die aber, wenn sie den Religionsgemeinschaften von außen – also aufgrund staatlichen Rechts – für den religiös-geistlichen Bereich aufgezwungen würde, ebenso sicher das Recht religionsgemeinschaftlicher Selbstbestimmung und gleichzeitig die Religionsfreiheit in ihrem Kern treffen müsste. Hinsichtlich der anderen Grundrechte liegt der Sachverhalt nur graduell anders. 32

Nehmen die Religionsgemeinschaften kraft staatlicher Beleihung im Einzelfall Staatsaufgaben wahr, kann sich der Bürger gegenüber der von ihnen ausgeübten staatlichen Gewalt in gleicher Weise auf Grundrechte berufen wie gegenüber dem Staat selbst.⁵⁷ 33

Schwieriger zu beantworten ist die Frage nach einer Grundrechtsbindung in der Sphäre religionsgemeinschaftlichen Tätigwerdens nach außen, im Regelungsbereich der weltlichen Rechtsordnung (oder des „für alle geltenden Gesetzes“). Das Ergebnis für diesen Bereich soll in einer pointierten Formulierung vorweggenommen werden: Eine Grundrechtsbindung der Religionsgemeinschaften besteht insoweit – nicht anders als die Gesetzesbindung überhaupt – im Grundsatz in gleicher Weise wie für alle anderen Rechtssubjekte im Staatsgebiet; das Problem der „Drittwirkung der Grundrechte“ stellt sich damit für die Religionsgemeinschaften nicht anders als für sonstige Teilnehmer am allgemeinen Rechtsverkehr.⁵⁸ Einschränkungen 34

⁵⁶ Grundsätzlich abweichend insoweit Wenzel, Zum Richten (o. Fn. 49).

⁵⁷ Unstreitig, vgl. etwa Kästner, in: BK (o. Fn. 46), Art. 140 GG, Rn. 372; Heinig, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (o. Fn. 36), S. 278 f.; Wolfgang Rüfner, Grundrechtsadressaten, in: HStR³, Bd. 9, S. 793 ff. (801 Rn. 33); Stern, Staatsrecht (o. Fn. 45), S. 1260 f.; Barwig, Geltung der Grundrechte (o. Fn. 3), S. 130 ff. m. w. N.

⁵⁸ Im Ansatz ebenso Rüfner, Grundrechtsadressaten (o. Fn. 57), S. 800 Rn. 21; Kästner, in: BK (o. Fn. 46), Art. 140 GG, Rn. 372; Morlok, in: Dreier (o.

ergeben sich – in dem oben angedeuteten Umfang⁵⁹ – durch Berücksichtigung der Religionsfreiheit und des religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrechts im Wege der Güterabwägung.

35 Mit diesen abstrakten Formulierungen ist freilich wenig mehr als ein Ausgangspunkt gewonnen. Ein deutlicheres Bild der Wirkungsweise der Grundrechte im hier fraglichen Bereich setzt Klarheit in einem weiteren Punkt voraus, der durch die ältere Diskussion um die „Drittwirkung der Grundrechte“ eher verdunkelt als erhellt worden ist: Im Bereich privater Gleichordnung hat es der Einzelne kaum einmal nötig, sich direkt auf Grundrechtsgarantien zu berufen, um die Sicherung der ihm grundrechtlich gewährleisteten Positionen „in der dritten Dimension“ (also gegenüber gleichgeordneten Rechtssubjekten des Privatrechtsverkehrs) zu erreichen – das deswegen, weil die Sicherung dieser Grundrechtspositionen und ihre Abgrenzung gegenüber gegenläufigen Grundrechtspositionen Dritter durch ein vielfältiges und genau aufeinander abgestimmtes System gesetzlicher Regelungen geleistet wird⁶⁰. So bewirkt der Rechtsgüterschutz des Strafrechts zugleich einen Schutz der unterschiedlichsten Grundrechte des Einzelnen gegenüber Dritten; Paralleles gilt im Zivilrecht für den dort geregelten Schutz Dritter gegenüber Eingriffen in ihre auch grundrechtlich gewährleisteten Rechtspositionen. Die Grundrechtsbindung realisiert sich im Bereich privater Gleichordnung daher in aller Regel nicht direkt, sondern – in einer Formulierung von *Christian Hillgruber* – „gesetzesmediatisiert“⁶¹. Versagt das staatliche Recht grundrechtlichen Positionen gröblich den Schutz, so verstößt das in Frage stehende Gesetz (bzw. das entsprechende Unterlassen des Gesetzgebers) und verstoßen die auf dem Gesetz basierenden Vollzugsakte (etwa das ein gerichtliches Einschreiten ablehnende Urteil) gegen die Verfassung.

36 Eine unmittelbare Drittwirkung – wie sie der in Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Koalitionsfreiheit aufgrund ausdrücklicher Verfassungs-

Fn. 46), Art. 140 GG/137 WRV, Rn. 87; *Dirk Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 9), Art. 140 GG/Art. 137 WRV, Rn. 25; *Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (o. Fn. 36), S. 278.

⁵⁹ Oben unter III. 2. b.

⁶⁰ Wie hier schon *Hesse*, Grundrechtsbindung (o. Fn. 38), S. 456.

⁶¹ *Christian Hillgruber*, Der Körperschaftsstatus der Religionsgemeinschaften, in: NVwZ 2001, S. 1347 ff. (1352), und erneut *ders.*, Islamische Gemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts? Voraussetzungen und (Rechts-)Folgen, in: KuR 2011, S. 225 ff. (246 Fn. 122 f.); zustimmend *Stefan Magen*, Körperschaftsstatus und Religionsfreiheit, 2004, S. 145.

regelung zukommt⁶² – bildet demgegenüber die Ausnahme: Solche Wirkungen bestehen, soweit gegeben, auch gegenüber den Religionsgemeinschaften (die also z.B. aufgrund des Art. 9 Abs. 3 GG einen Zusammenschluss ihrer Bediensteten – einschließlich der Geistlichen – zu Koalitionen oder den Gewerkschaftsbeitritt ihrer Arbeitnehmer dulden müssen)⁶³. Insoweit (aber auch nur insoweit) wirkt ein Grundrecht gegenüber den Religionsgemeinschaften als „für alle geltendes Gesetz“.⁶⁴ Im Übrigen werden auch den Religionsgemeinschaften gegenüber die Grundrechte Dritter durch einfache staatliche Gesetze geschützt.

Soweit das jeweils anwendbare staatliche Recht im Einzelfall keine eindeutigen Abgrenzungen der betroffenen Grundrechtssphären enthält, lässt es Raum für Grundrechtsabwägungen des Interpreten. In diesem Rahmen ist sowohl bei der Auslegung unmittelbar gegenüber Dritten wirkender Grundrechte (Art. 9 Abs. 3 GG)⁶⁵ als auch bei Anwendung des „für alle geltenden Gesetzes“ im Übrigen den verfassungsrechtlichen Garantien der Religionsfreiheit und des religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrechts Rechnung zu tragen⁶⁶. Das gilt insbesondere für den Grundrechtsschutz über die Generalklauseln des allgemeinen, insbesondere des bürgerlichen Rechts. Anders als bei Regelungen, die den Umfang des Grundrechtsschutzes (und die gegenseitige Abgrenzung der betroffenen Grundrechtssphären) präzise vorzeichnen, verzichtet der Gesetzgeber bei der Festlegung solcher Generalklauseln bewusst auf abschließende Grenzziehungen und lässt dem Interpreten weiten Spielraum für eigene Abwägungen und Wertungen. Ein typisches Beispiel liefert der Bereich des Vertragsrechts: Die Grenzen der Verbindlichkeit von Verträgen werden weithin über die bürgerlich-rechtlichen Generalklauseln, insbesondere die §§ 138, 242 BGB, definiert. Bei der Auslegung dieser Klauseln und den für sie notwendigen Abwägungen und Wertungen sind die Grundrechte – und zwar nicht nur die jeweils in Anspruch genommenen, sondern auch die entgegenstehenden Positionen (darunter gegebenenfalls auch die Religionsfreiheit und das religionsge-

37

⁶² So schon BVerfGE 57, 220 (245) – Gewerkschaftliche Zutrittsrechte zu kirchlichen Einrichtungen; vgl. ferner *Hartmut Bauer*, in: Dreier (o. Fn. 12), Art. 9, Rn. 88 ff. m. w. N.

⁶³ Wie hier schon *Hesse*, Grundrechtsbindung (o. Fn. 38), S. 457.

⁶⁴ BVerfGE 57, 220 (245) – Gewerkschaftliche Zutrittsrechte zu kirchlichen Einrichtungen.

⁶⁵ Vgl. dazu jetzt eingehend die Urteile des Bundesarbeitsgerichts zu Arbeitskämpfmaßnahmen in kirchlichen Einrichtungen (o. Fn. 41).

⁶⁶ *Hesse*, Grundrechtsbindung (o. Fn. 38), S. 457.

meinschaftliche Selbstbestimmungsrecht) – in die Betrachtung einzubeziehen.

- 38 Die Aufgabe des „für alle geltenden Gesetzes“ beschränkt sich freilich nicht darauf, grundrechtliche Positionen im eigentlichen Sinne zu sichern. Speziell für die kirchlichen Dienst- und Arbeitsverhältnisse hat das „für alle geltende Gesetz“ neben (und vor) der Aufgabe des Grundrechtsschutzes auch die (mit ihr verwandte) Funktion, einen gewissen sozialen Mindeststandard zu gewährleisten.⁶⁷ Dieser soziale Mindeststandard lässt sich allerdings – anders als manche grundrechtliche Positionen – kaum zwingend aus dem Grundgesetz ableiten; er bedarf der Konkretisierung durch staatliches Gesetz. Soweit ein solches Gesetz vorliegt und die Religionsgemeinschaften nicht zulässigerweise kraft der bei ihnen bestehenden besonderen Verhältnisse von einzelnen Regelungen ausnimmt (oder aber die Interpretation des Gesetzes unter Berücksichtigung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts ergibt, dass einzelne Bestimmungen für sie nicht gelten), ist die Sanktion einfach: Das Gesetz ist gegenüber den Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften anwendbar; seine Einhaltung – etwa die Einhaltung der Verpflichtung, Sozialversicherungsbeiträge für die von ihnen beschäftigten Arbeitnehmer zu leisten – kann von den Betroffenen im staatlichen Rechtsweg (hier: im Rechtsweg zu den Sozialgerichten) erzwungen werden. Fehlt es an einem solchen Gesetz, lassen sich in aller Regel direkt aus der Verfassung keine sanktionsfähigen Rechte ableiten.

*b) Im Besonderen: Die öffentlich-rechtlichen
Religionsgemeinschaften*

- 39 Außerhalb des ihnen übertragenen Bereichs hoheitlicher Befugnisse gilt für die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften nichts anderes als für alle anderen Religionsgemeinschaften: Sie sind „an die einzelnen Grundrechte“ – so das Bundesverfassungsgericht im Zeugen-Jehovas-Urteil – „nicht unmittelbar gebunden“⁶⁸. Eine Ausnahme gilt auch hier für Art. 9 Abs. 3 GG, dem aufgrund ausdrücklicher Verfassungsanordnung unmittelbare Drittwirkung zukommt.⁶⁹

⁶⁷ Ebenso schon *Rüfner*, Geltung der Grundrechte (o. Fn. 38), S. 22, der das Problem unter dem Stichwort „soziale Grundrechte“ erörtert.

⁶⁸ BVerfGE 102, 370 (392) – Zeugen Jehovas I.

⁶⁹ BVerfGE 57, 220 (245 f.) – Gewerkschaftliches Zutrittsrecht zu kirchlichen Einrichtungen.

Im Übrigen wirkt auch gegenüber den korporierten Religionsgemeinschaften der mittelbare Grundrechtsschutz Dritter über das „für alle geltende Gesetz“. Das Zeugen-Jehovas-Urteil fährt allerdings fort:

„Die Verleihung bindet sie [die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften] aber an die Achtung der fundamentalen Rechte der Person, die Teil der verfassungsmäßigen Ordnung ist. Das Grundgesetz unterstellt die Menschenwürde und andere Grundrechte dem Schutz der Verfassung. [...] Korporierte Religionsgemeinschaften haben einen öffentlich-rechtlichen Status und sind mit bestimmten hoheitlichen Befugnissen ausgestattet. Sie verfügen damit über besondere Machtmittel und einen erhöhten Einfluss in Staat und Gesellschaft. Ihnen liegen damit die besonderen Pflichten des Grundgesetzes zum Schutz der Rechte Dritter näher als anderen Religionsgemeinschaften. Diese Pflichten verbieten die Verleihung des Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts an eine Religionsgemeinschaft, gegen die einzuschreiten der Staat zum Schutz grundrechtlicher Rechtsgüter berechtigt oder gar verpflichtet wäre.“⁷⁰

Wie der letzte Satz zeigt, beziehen sich die zitierten Formulierungen zwar primär auf die Verleihung der Korporationsrechte an noch nicht korporierte Religionsgemeinschaften; sie sind aber so allgemein formuliert, dass sie nicht ohne Bedeutung auch für den Status der Religionsgemeinschaften bleiben können, die bereits als Körperschaften des öffentlichen Rechts anerkannt sind.⁷¹ Die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften sind also – folgt man dem Bundesverfassungsgericht – an die „Achtung der fundamentalen Rechte der Person“ gebunden, „die Teil der verfassungsmäßigen Ordnung ist“. Auch hier gilt freilich, dass der Schutz der in Frage stehenden Rechte Dritter und der Ausgleich dieses Schutzes mit den Grundrechtspositionen der Religionsgemeinschaft selbst und ihrer Mitglieder „gesetzesmediatisiert“ erfolgt. Die Forderung nach „Achtung der fundamentalen Rechte der Person“ läuft damit auf kaum etwas anderes hinaus als auf die traditionelle Forderung nach Rechtstreue der als Körperschaft des öffentlichen Rechts anzuerkennenden (oder bereits anerkannten) Religionsgemeinschaften.⁷² „Die postulierte be-

40

⁷⁰ BVerfGE 102, 370 (392 f.) – Zeugen Jehovas I; bestätigt in BVerfGE 139, 321 (359) – Zeugen Jehovas II.

⁷¹ Zurückhaltender *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 61), S. 144, nach dem die „Verleihensvoraussetzung der Rechtstreue“ nicht die Aufgabe hat, „die einschlägigen Schutzgebote der Verfassung allgemein und in jeder Hinsicht in Verhaltenspflichten für die korporierten Religionsgemeinschaften umzudeuten“.

⁷² In diesem Sinne ausführlich schon *Hermann Weber*, Der Körperschaftsstatus der Religionsgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland nach dem Zeugen-Jehovas-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: *Religion Staat Gesellschaft* 2 (2001), S. 47 ff.

sondere Grundrechtsbindung geht“ nach alledem – so *Christian Hillgruber* – „in der allgemeinen Gesetzesbefolgungspflicht auf.“⁷³

41 Grundsätzlich anders liegen die Dinge, soweit Religionsgemeinschaften, die nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, von den ihnen mit der Korporationsqualität angebotenen hoheitlichen Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch machen. Insoweit handeln sie – ebenso wie bei der Wahrnehmung von Staatsaufgaben – öffentlich-rechtlich im traditionellen Sinne, nehmen sie staatsabgeleitete Hoheitsgewalt wahr und treten sie ihren Mitgliedern, in bestimmten Bereichen auch Außenstehenden in einem echten Unter- und Überordnungsverhältnis gegenüber, das sich vom Verhältnis Staat-Bürger nicht grundsätzlich unterscheidet. Damit entfällt gleichzeitig in weiten Bereichen – soweit nämlich die Religionsgemeinschaften kraft der ihnen mit der Korporationsqualität verliehenen Autonomie eigene, auch weltlich-rechtlich wirksame öffentlich-rechtliche Regelungen schaffen – die Bindung an das bei privatrechtlicher Gestaltung einschlägige „für alle geltende Gesetz“. Der Grundrechtsschutz und der Schutz des sozialen Mindeststandards Dritter, die mit der Religionsgemeinschaft in Kontakt treten, müssen dann auf andere Weise, durch Bindung der kirchlichen Hoheitsgewalt an die Grundrechte (und darüber hinaus an gewisse soziale Mindeststandards), gewährleistet werden.

42 Insoweit, aber auch nur insoweit gilt auch für die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften die Grundrechtsbindung des öffentlichen Rechts, die sich von der Grundrechtsbindung im Rechtsverkehr unter Gleichgeordneten allerdings weniger in ihrer Intensität als dadurch unterscheidet, dass der Grundrechtsschutz in aller Regel durch unmittelbaren Rückgriff auf Grundrechtsnormen und nicht mittelbar über das allgemeine Gesetz geleistet wird. Auch im Bereich öffentlich-rechtlichen Handelns der Religionsgemeinschaften ist ein mittelbarer Grundrechtsschutz über einfaches Recht freilich nicht von vornherein ausgeschlossen: So konkretisiert § 40 VwGO die im Bereich hoheitlicher Tätigkeit auch den öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften gegenüber anwendbare Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG⁷⁴; der Sicherung eines sozialen Mindeststandards dienen etwa die Regelungen des Sozialrechts, nach denen Amtsträger

⁷³ *Hillgruber*, Islamische Gemeinschaften (o. Fn. 61), S. 246 Fn. 122 a.E.; ebenso im Ergebnis auch *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 61), S. 145.

⁷⁴ Vgl. dazu zuletzt knapp *Peter Unruh*, in: *Verwaltungsrecht. VwVfG / VwGO / Nebengesetze. Handkommentar*, hg. von Michael Fehling / Berthold Kastner / Rainer Störmer, 3. Aufl. 2013, § 40 VwGO, Rn. 159 m.N.

der Religionsgemeinschaften in öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen, aber auch Ordensangehörige bei Ausscheiden aus ihrem Dienstverhältnis bzw. ihrem Orden ohne Versorgungsansprüche in der Rentenversicherung nachzuversichern sind⁷⁵.

Im Ergebnis sind also die Religionsgemeinschaften, soweit sie von ihnen staatlicherseits übertragener hoheitlicher Gewalt Gebrauch machen – etwa bei Steuerbescheiden oder bei der Anforderung öffentlich-rechtlicher Friedhofsgebühren – an Grundrechte gebunden wie Hoheitsträger des weltlichen Rechts.

Im Ausgangspunkt ist das unbestritten.⁷⁶ Unterschiedliche Meinungen bestehen über die Reichweite der den öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften vom Staat übertragenen (und damit grundrechtsgebundenen) Hoheitsgewalt: Während die wohl herrschende Meinung neben der echten Beleihung mit Staatsaufgaben (vor allem im Friedhofs- und Privatschulrecht) im Wesentlichen nur das Besteuerungsrecht als – den Religionsgemeinschaften hier zur Wahrnehmung eigener Zwecke übertragene – Hoheitsgewalt ansieht, die öffentlich-rechtlichen Befugnisse im Übrigen aber als Ausfluss vom Staat lediglich anerkannter (und damit nicht grundrechtsgebundener) Kirchengewalt⁷⁷ versteht, ziehen andere die Grenze weiter⁷⁸. Das

⁷⁵ Vgl. dazu schon das sehr sorgfältig begründete Urteil des LSG Nordrhein-Westfalen, KirchE 6, 267 ff.

⁷⁶ Vgl. neben vielen anderen etwa *Rüfner*, Grundrechtsadressaten (o. Fn. 57), S. 801 Rn. 22; *Vitzthum*, Anwendungsbereich (o. Fn. 20), S. 1094 Rn. 30; *Kästner*, in: BK (o. Fn. 46), Art. 140 GG, Rn. 373; *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 13), Art. 1, Rn. 251; *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 61), S. 90 ff., der allerdings auch für die sonstigen – nach ihm nicht hoheitlich, sondern „grundrechtlich fundierten“ – Befugnisse eine (mittelbare) Grundrechtsbindung über gesteigerte Schutzpflichten des Staates bejaht (S. 110 ff.). Siehe ferner *Barwig*, Geltung der Grundrechte (o. Fn. 3), S. 130 ff. m. zahlreichen N.

⁷⁷ So schon *Karl-Hermann Kästner*, Staatliche Justizhoheit und religiöse Freiheit. Über die Frage nach der staatlichen Kompetenz zur Rechtsschutzgewährung im Wirkungsbereich der Kirchen und Religionsgemeinschaften, 1991, S. 119 ff., 122; vgl. im Übrigen die o. in Fn. 76 zitierte Literatur, in der terminologisch auch die Zuerkennung des Besteuerungsrechts meist als „Beleihung“ bezeichnet wird. Dass es sich insoweit nicht um eine „Beleihung“ im üblichen Sinne (also eine Übertragung von Hoheitsbefugnissen zur Erfüllung staatlicher Aufgaben) handelt, macht *Barwig*, Geltung der Grundrechte (o. Fn. 3), S. 131, zu Recht deutlich; ebenso auch *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 61), S. 72.

⁷⁸ Vgl. etwa *Unruh*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 46), Art. 140 GG/Art. 137 WRV, Rn. 44, der auch die Ordnung der „weltlich-rechtliche[n] Seite eines Kirchenbeamtenverhältnisses“ als staatsabgeleitete (und damit grundrechtsgebundene) Hoheitsgewalt ansieht; insoweit differenzierend

Bundesverfassungsgericht hat sich bisher nicht abschließend zu der Frage geäußert. Eine – nicht entscheidungserhebliche – Formulierung im Zeugen-Jehovas-Urteil lässt freilich erkennen, dass das Gericht über das Besteuerungsrecht hinaus zumindest auch die (heute unstrittig aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV abzuleitende) Dienstherrenfähigkeit und die Befugnis zur Widmung von Gegenständen des kirchlichen Kultus- und Verwaltungsvermögens als öffentliche Sachen (Widmungsbefugnis) als staatlich übertragene (und damit grundrechtsgebundene) Hoheitsbefugnis versteht.⁷⁹ Richtigerweise wird man – wie schon in der Voraufgabe vertreten⁸⁰ – alle aus der Korporationsqualität resultierenden öffentlich-rechtlichen Befugnisse der Religionsgemeinschaften einschließlich der Befugnis zur weltlich-rechtlich wirksamen Regulierung dieser Befugnisse (Autonomie) als prinzipiell grundrechtsgebundene hoheitliche Gewalt ansehen müssen: Bei allen diesen Befugnissen handelt es sich um ursprünglich staatliche Rechte, die auch durch den Transfer an Dritte nicht der in Art. 1 Abs. 3 GG konstituierten Grundrechtsbindung aller staatlichen Gewalt entzogen werden können⁸¹.

- 45 Wie *Hans Michael Heinig* zu Recht dargelegt hat, gehen die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften im Hinblick auf den besonderen (freiheitsdienenden) Charakter der – von ihm als „Beleihung“ bezeichneten – Übertragung von Hoheitsrechten durch den Körperschaftsstatus freilich „bei der Nutzung ihrer öffentlich-rechtlichen Befugnisse nicht des Schutzes durch Art. 4 Abs. 1 GG / Art. 137 Abs. 3 WRV verlustig“. Der „verbleibende eigene Grundrechtsschutz modifiziert die mit der Beleihung einhergehende Grundrechtsbindung in einer Art und Weise, die das Geflecht von

Claus Dieter Classen, Religionsrecht, 2. Aufl. 2015, S. 155 f. (Rn. 318 ff.), S. 206 (Rn. 425 ff.), der trotz Ablehnung einer Grundrechtsbindung des kirchlichen Beamtenrechts eine Bindung an diejenigen Grundsätze des staatlichen Beamtenrechts bejaht, die dessen Freistellung von allgemeinen arbeits- und sozialrechtlichen Normierungen rechtfertigen.

⁷⁹ BVerfGE 102, 370 (388) – Zeugen Jehovas I: „Mit dem Körperschaftsstatus werden ihnen [gemeint: den Religionsgemeinschaften] bestimmte hoheitliche Befugnisse übertragen, sowohl gegenüber ihren Mitgliedern – etwa beim Besteuerungsrecht und bei der Dienstherrenfähigkeit – als auch – bei der Widmungsbefugnis – gegenüber Anderen.“ In der Sache übereinstimmend jetzt wieder BVerfGE 139, 321 (350) – Zeugen Jehovas II.

⁸⁰ Weber, Grundrechtsbindung (o. Fn. 1), S. 584 ff.

⁸¹ So zu Recht *Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (o. Fn. 36), S. 279 f.; ebenso im Ergebnis auch *Laubinger*, Geltung der Grundrechte (o. Fn. 39), S. 477; *Unruh*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 46), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 44.

Bindung und Berechtigung in eine gewisse Analogie zur mittelbaren Grundrechtswirkung setzt“.⁸²

Im Ergebnis gilt also auch hier – wie bei der Bindung der Religionsgemeinschaften an das „für alle geltende Gesetz“ –, dass durch die Anwendung staatlichen Rechts (hier: der Grundrechte) auf die Religionsgemeinschaften die Gewährleistungen der Religionsfreiheit und des religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrechts nicht ausgehebelt werden dürfen. Dem ist Rechnung zu tragen durch die Freistellung des religiös-geistlichen Kernbereichs religionsgemeinschaftlichen Wirkens von jeder Bindung an staatliche Grundrechte und durch Berücksichtigung des religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrechts bei Auslegung der Grundrechtsbindung im Wege der Güterabwägung. Dazu noch einmal *Hans Michael Heinig*:

46

„Die Selbstordnungs- und -verwaltungsgarantie überlagert die zunächst durch die Grundrechtspositionen Dritter bestimmte Begrenzung religionsgesellschaftlicher Handlungsmöglichkeiten innerhalb der Korporationsrechte. Das effektive Ausmaß dieser Überlagerung ergibt sich aus einer abwägenden Zuordnung zwischen den einschlägigen Grundrechtspositionen. Dabei ist ein schonender Ausgleich zwischen den Grundrechten Dritter und der verfassungsrechtlichen Garantie kirchlicher Eigenständigkeit zu suchen.“⁸³

All dies lässt sich besonders anschaulich verdeutlichen am Beispiel der – hinsichtlich der Grundrechtsfragen besonders neuralgischen – öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse der Religionsgemeinschaften: Die Korporationsqualität und die in ihr enthaltene Ermächtigung zur Schaffung eines autonomen religionsgemeinschaftlichen Beamtenrechts ermöglichen es den begünstigten Religionsgemeinschaften, die Geltung des Arbeitsrechts für ihre Geistlichen und Kirchenbeamten auszuschließen und ein eigenes, ihren Bedürfnissen angemessenes, auch weltlich-rechtlich verbindliches öffentlich-rechtliches Dienstrecht zu schaffen. Da der Staat sich durch eine solche Übertragung von Regelungsbefugnissen aber nicht von seiner Aufgabe dispensieren kann, die Grundrechtspositionen (und den sozialen Mindeststandard) seiner Bürger zu schützen, kann die den Religionsgemeinschaften mit der Korporationsqualität gewährte Autonomie nicht unbegrenzt sein; sie wird eingegrenzt durch die Grundrechtsbindung⁸⁴ und – praktisch noch wichtiger – durch die Bindung an

47

⁸² *Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (o. Fn. 36), S. 279 f. (dort auch die Zitate).

⁸³ *Heinig*, ebd., S. 280.

⁸⁴ Ebenso im Ergebnis *Laubinger*, Geltung der Grundrechte (o. Fn. 39), S. 474 ff.

einen Kernbestand typusprägender Grundsätze des öffentlich-rechtlichen Dienstrechts (wie sie für das weltliche Beamtenrecht in Art. 33 Abs. 5 GG garantiert sind).⁸⁵

- 48 Grundrechtsbindung und Bindung an die typusprägenden Grundsätze des öffentlich-rechtlichen Dienstrechts gelten aber nicht uneingeschränkt: Auch auf dem Wege solcher Bindungen darf der Staat nicht in den religiös-geistlichen Kernbereich religionsgemeinschaftlichen Wirkens eingreifen; auch hier ist bei Auslegung der Bindungen der Religionsfreiheit und dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften Rechnung zu tragen⁸⁶. Anhaltspunkte für die danach vorzunehmenden Abwägungen bietet bei Pfarrern und anderen Geistlichen die Unterscheidung zwischen dem – keiner staatlichen Ingerenz zugänglichen – geistlichen Amtsverhältnis und dem weltlich-rechtlichen Dienstverhältnis, das – unter Berücksichtigung des religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrechts – den genannten Bindungen unterliegt. Bei Fragen, in denen es ausschließlich um das geistliche Amtsverhältnis (z.B. um die Gültigkeit der Ordination oder Priesterweihe) geht, scheiden Bindungen an die staatlichen Grundrechte von vornherein aus; in Fragen des weltlich-rechtlichen Dienstverhältnisses sind sie im Grundsatz gegeben, bei ihrer Auslegung im Einzelnen ist aber auf das religionsgemeinschaftliche Selbstbestimmungsrecht Rücksicht zu nehmen.

- 49 So darf die Religionsgemeinschaft das Fortbestehen auch des Dienstverhältnisses eines Geistlichen selbstverständlich von der Aufrechterhaltung der Kirchenangehörigkeit und der Bekenntnisbindung abhängig machen, ohne dass sich der Betroffene demgegenüber mit Erfolg auf seine Religions- oder Gewissensfreiheit berufen kann. Eine ähnliche Unterscheidung ist nicht möglich bei den Kirchenbeamten im engeren Sinne (etwa einem kirchlichen Friedhofsinspektor oder einem Studienrat im Kirchendienst). Hier gilt die Grundrechtsbindung prinzipiell für das gesamte Dienstverhältnis; auch hier ist

⁸⁵ Eingehend zu diesem „Typenzwang“ (Ausdruck von *Axel v. Campenhausen*) schon *Hermann Weber*, Die Rechtstellung des Pfarrers, insbesondere des Gemeindepfarrers – Grundprobleme einer Reform der Kirchenverfassung und des Pfarrerdienstrechts in der Evangelischen Kirche der Pfalz (Protestantische Landeskirche), in: ZevKR 28 (1983), S. 1 ff. (14 ff.); *Heinrich de Wall*, Der „Typenzwang“ im kirchlichen Dienstrecht und die Teildienstverhältnisse bei Pfarrern, in: ZevKR 49 (2004), S. 369 ff. (369–372). In der Sache weithin übereinstimmend aus der neueren Literatur: *Classen*, Religionsrecht (o. Fn. 78), S. 206, Rn. 426; *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 46), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 220 m. w. N.

⁸⁶ So im Ansatz auch *Laubinger*, Geltung der Grundrechte (o. Fn. 39), S. 480.

freilich bei ihrer Auslegung im Einzelnen das religionsgemeinschaftliche Selbstbestimmungsrecht zu berücksichtigen. Das bedeutet, dass die Religionsgemeinschaft auch den von ihr beschäftigten Beamten – nicht anders als Arbeitnehmern in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen – in einem im Detail freilich noch nicht abschließend geklärten, vom Ergebnis der geschilderten Abwägung abhängigen Umfang religiöse Loyalitätspflichten (etwa eine Pflicht zur Aufrechterhaltung der Kirchenangehörigkeit) auferlegen kann, ohne insoweit von staatlichen Grundrechten gehindert zu sein.⁸⁷ Eine Regelung dagegen, die männliche und weibliche Beamte der Religionsgemeinschaft unterschiedlich behandeln (etwa eine unterschiedliche Entlohnung für gleiche Tätigkeit vorsehen) würde, wäre im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 GG von vornherein unzulässig. Dass sich aus europarechtlicher Sicht (insbesondere im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot des Europarechts) im Einzelfall noch engere Grenzen für die Auferlegung kirchlicher Loyalitätspflichten an Kirchenbeamte und für das Abhängigmachen der Anstellung auch mancher Kirchenbeamten von der Kirchenzugehörigkeit der Bewerber ergeben mögen⁸⁸, steht auf einem anderen Blatt.

⁸⁷ Auf die – nicht ganz unproblematische – Frage, ob und wie weit solche Loyalitätspflichten auch nicht mehr im aktiven Dienst befindlichen Pensionären auferlegt werden können, kann hier nicht näher eingegangen werden.

⁸⁸ Vgl. dazu die 2018 zu Fällen aus dem kirchlichen Arbeitsrecht ergangenen Urteile des EuGH zur Kündigung des Chefarztes eines kirchlichen Krankenhauses wegen erneuter Heirat nach Ehescheidung, in: NJW 2018, S. 3008 m. Anm. *Jobst-Hubertus Bauer / Jonas B. Hofer*, und zur Nichtberücksichtigung einer nichtkirchenangehörigen Bewerberin bei der Besetzung einer befristeten Referentenstelle für Erarbeitung eines Antirassismusberichts in einem Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland (Fall Egenberger), in: NZA 2018, S. 569 m. Anm. *Michael Fuhlrott*, und die Folgeentscheidungen des BAG (Fall Egenberger: BAGE 164, 117 = NZA 2019, S. 455; Chefarzt-Fall: NJW 2019, S. 3172 L = NZA 2019, S. 901), und dazu *Peter Unruh*, Zur Dekonstruktion des Religionsverfassungsrechts durch den EuGH im Kontext des kirchlichen Arbeitsrechts, in: ZevKR 64 (2019), S. 188 ff.

IV.

Die Rechtsgestalt der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften

§ 20

Die Organisation der katholischen Kirche in Deutschland

Von Stephan Haering

I. Gesamtkirche und katholische Kirche in Deutschland	1–5
II. Teilkirchliche Strukturen der katholischen Kirche in Deutschland	6–40
1. Diözesanstruktur	8–18
a) Kirchenprovinz Bamberg (Nordbayerische Kirchenprovinz)	10
b) Kirchenprovinz Berlin	11
c) Kirchenprovinz Freiburg (Oberrheinische Kirchenprovinz)	12
d) Kirchenprovinz Hamburg (Norddeutsche Kirchenprovinz)	13
e) Kirchenprovinz Köln (Niederrheinische Kirchenprovinz)	14
f) Kirchenprovinz München und Freising (Südbayerische Kirchenprovinz)	15
g) Kirchenprovinz Paderborn (Mitteldeutsche Kirchenprovinz)	16–18
2. Rechtliche Basis der deutschen Diözesanstruktur	19–25
a) Ältere Grundlagen	20–22
b) Maßnahmen nach der deutschen Wiedervereinigung	23–25
3. Organisation der katholischen Militärseelsorge bei der Bundeswehr	26–28
4. Deutsche Bischofskonferenz und Verband der Diözesen Deutschlands	29–35
5. Strukturen des Laienapostolats	36–39
6. Der katholischen Kirche zugeordnete Institutionen	40

III. Organisation der Bistümer	41–69
1. Bischof, Bischöfliche Kurie, diözesane Ratsgremien und Priesterseminar	44–58
a) Diözesanbischof	45–47
b) Bischöfliche Kurie	48–53
c) Diözesane Gremien	54–57
d) Priesterseminar	58
2. Die innere Struktur des Bistums	59–69
a) Dekanat und andere Institutionen	60–62
b) Pfarrei	63–69
IV. Ordensgemeinschaften und weitere geistliche Institutionen	70–80
1. Verbandstypen	71–73
2. Deutsche Ordensobernkonzferenz und diözesane Ordensgremien	74–76
3. Präsenz und Tätigkeit der Orden und anderer geistlicher Gemeinschaften in Deutschland	77–80

I. Gesamtkirche und katholische Kirche in Deutschland

- 1 Der Eigenart und dem Selbstverständnis der katholischen Kirche entsprechend bildet der einzelne Staat keinen wesensnotwendigen Bezugspunkt für den Aufbau der kirchlichen Organisation. Es macht das Verfassungsprinzip der katholischen Kirche aus, dass sie „in und aus Teilkirchen“ besteht. Sie ist eine über die Grenzen der Völker und Nationen hinaus existierende Universalkirche, an deren Spitze der Papst und das Kollegium der mit dem Papst verbundenen Bischöfe stehen. Diese Organe sind Träger von höchster und voller Gewalt im Hinblick auf die Gesamtkirche (cc. 331, 336 CIC).¹
- 2 Die katholische Kirche verwirklicht sich zugleich mit all ihren Lebensvollzügen in den einzelnen Teilkirchen, d.h. in den allein auf kirchlicher Einrichtung beruhenden Bistümern. Diesen Prinzipien

Der Beitrag wurde im März 2020 abgeschlossen.

¹ Vgl. *Winfried Aymans*, Kanonisches Recht, Bd. II, 13. Aufl. 1997, S. 182–223; *ders.*, Gliederungs- und Organisationsprinzipien, in: HKKR³, S. 430–441; *Sabine Demel*, Die Träger der obersten Leitungsvollmacht, ebd., S. 442–446; *Ulrich Rhode*, Kirchenrecht, 2015, S. 100–105; *Heinrich de Wall/Stefan Muckel*, Kirchenrecht, 5. Aufl. 2017, S. 130–137; *Ludger Müller/Christoph Ohly*, Katholisches Kirchenrecht, 2018, S. 215–229; *Stephan Haering*, Kirchenverfassung. I. Katholisch, in: StL⁸, Bd. III, 2019, Sp. 801–805.

entsprechend gibt es keine „deutsche katholische Kirche“, sondern allein die katholische Kirche in Deutschland.

Bei der konkreten Ausgestaltung ihrer Strukturen nimmt die katholische Kirche auf die staatlichen und nationalen Grenzen gleichwohl besondere Rücksicht. Dieses Vorgehen liegt nicht zuletzt im eigenen Interesse der Kirche, weil sie in einem derart umschriebenen Raum weitgehend einheitliche äußere Rahmenbedingungen für ihr pastorales Wirken vorfindet. Sie tut also grundsätzlich gut daran, beim Aufbau der eigenen Organisation die Grenzen der zivilen Gemeinwesen zu berücksichtigen. Die katholische Kirche besitzt folglich in Deutschland eine den deutschen Staatsgrenzen angegliche Organisationsstruktur. Das Territorium der 27 deutschen Bistümer, welches zugleich das Hoheitsgebiet der Deutschen Bischofskonferenz ist, deckt sich mit dem deutschen Staatsgebiet (vgl. c. 448 § 1 CIC).

Der Papst hat nach Deutschland einen Apostolischen Nuntius entsandt, der seinen Amtssitz in der Bundeshauptstadt Berlin hat. Der Nuntius vertritt den Papst sowohl bei den deutschen Teilkirchen als auch gegenüber den staatlichen Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und der 16 deutschen Länder.²

Zu den verschiedenen nichtkatholischen Kirchen und kirchlichen Gemeinschaften steht die katholische Kirche theologisch jeweils in unterschiedlicher Nähe bzw. Distanz und mehr oder minder enger Gemeinschaft. Sie pflegt ökumenische Beziehungen zu ihnen und sucht die Zusammenarbeit auf zahlreichen Ebenen, in Deutschland insbesondere im Rahmen der „Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen“.³ Auch zu anderen Religionsgemeinschaften unterhält die katholische Kirche Kontakte.

II. Teilkirchliche Strukturen der katholischen Kirche in Deutschland

Die katholische Kirche zählte in der alten Bundesrepublik Deutschland gemäß der staatlichen Konfessionsstatistik 1950: 22,519 Mio. Mitglieder (44,3 % der Gesamtbevölkerung), 1961: 24,786 Mio. (44,1 %), 1970: 27,061 Mio. (44,6 %), 1980: 26,710 Mio. (43,3 %) und 1989: 26,746 Mio. (42,7 %). In der DDR lebten 1986/1989

² Vgl. *Yves Kingata*, Die päpstlichen Gesandten, in: HKKR³, S. 529–537.

³ Vgl. *Thomas A. Amann*, Der ökumenische Auftrag, in: HKKR³, S. 944–963; *Elisabeth Dieckmann*, Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen (ACK), in: StL⁸, Bd. I, 2017, Sp. 318–321.

bei einer Gesamtbevölkerung von 16,640 Mio. Menschen rund 1,090 Mio. Katholiken (6,5 %). Nach der deutschen Wiedervereinigung im Jahr 1990 ergeben sich folgende Zahlen für die Mitglieder der katholischen Kirche in Deutschland: 1990: 28,252 Mio. (35,4 %), 1995: 27,715 Mio. (33,9 %), 2000: 26,817 Mio. (32,6 %), 2005: 25,870 Mio. (31,4 %), 2010: 24,651 Mio. (30,2 %), 2015: 23,762 Mio. (28,9 %) und 2018: 23,002 (27,7 %).⁴

- 7 Den Angaben der Bistümer zufolge, die vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz zusammengeführt worden sind, betrug die Katholikenzahl in Deutschland zum 31.12.2018: 23.002.128 Personen, was einen Anteil von 27,7 % der gesamten deutschen Wohnbevölkerung von 83 Mio. Menschen ausmachte.⁵ 2018 wurden 167.787 katholische Taufen gespendet und 42.789 katholische Trauungen vollzogen; 243.705 katholische Bestattungen fanden statt. Die Zahl der Teilnehmer am katholischen Sonntagsgottesdienst betrug im Jahr 2018 durchschnittlich 2,133 Mio. (9,3 % der Katholiken). 216.078 Katholiken erklärten den Kirchenaustritt vor der staatlichen Behörde; 6.303 ausgetretene Katholiken wurden wieder in die Kirche aufgenommen.⁶ 2.442 Personen konvertierten zur katholischen Kirche. Die

⁴ Quelle: Kirchliches Handbuch. Statistisches Jahrbuch der Bistümer im Bereich der Deutschen Bischofskonferenz; zuletzt Bd. XLI: 2012 bis 2015, 2017.

⁵ *Sekretariat der DBK* (Hg.), *Katholische Kirche in Deutschland. Zahlen und Fakten 2018/2019*, 2019; vgl. auch *Hanns-Werner Eichelberger*, *Statistische Daten der römisch-katholischen Kirche*, in: *Handbuch der Religionen*, hg. von Michael Klöcker/Udo Tworuschka, Losebl., II-1.2.4, 12. Erg.-Lfg., Stand: 2006, S. 1–15.

⁶ Aus Sicht der kath. Kirche bleiben die vor dem Staat aus der kath. Kirche ausgetretenen Personen weiterhin Katholiken („semel catholicus, semper catholicus“), sie werden aber in der Konfessionsstatistik nicht mehr als solche erfasst; vgl. *Stephan Haering*, *Der Kirchenaustritt vor dem Staat und seine Konsequenzen im staatlichen und im kirchlichen Bereich. Zur Rechtslage in Deutschland*, in: *In mandatis meditari. Festschrift für Hans Paarhammer zum 65. Geburtstag*, hg. von Stephan Haering u. a., 2012, S. 1119–1139 (Lit.). Die DBK hat mit Rechtswirkung vom 24.9.2012 die kirchl. Folgen des staatl. Kirchenaustritts neu geordnet: Allgemeines Dekret der Deutschen Bischofskonferenz zum Kirchenaustritt vom 15.3.2011, in: *AfkKR* 181 (2012), S. 551 f.; vgl. *Stephan Haering*, *Die neue gesetzliche Ordnung der Deutschen Bischofskonferenz zum Austritt aus der katholischen Kirche vor der staatlichen Behörde*, in: *Klerusblatt* 92 (2012), S. 249–257; *Rüdiger Althaus*, *Zur Bewertung der Erklärung eines Kirchenaustritts aufgrund des neuen Allgemeinen Dekretes der Deutschen Bischofskonferenz*, in: *Theologie und Glaube* 103 (2013), S. 390–409; *ders.*, *Zugehörigkeit zur Kirche*, in: *HKKR*³, S. 268–288; *Georg Bier* (Hg.), *Der Kirchenaustritt. Rechtliches Problem und pastorale Herausforderung*, 2013; *de Wall/Muckel*, *Kirchenrecht* (o. Fn. 1), S. 126–130; *Noach Heckel*, *Das Allgemeine Dekret der Deutschen Bischofs-*

katholische Kirche hatte 2018 in Deutschland 10.691 Weltpriester und 2.124 im diözesanen Dienst stehende Ordenspriester, ferner 3.327 Ständige Diakone und insgesamt 7.810 (männliche und weibliche) Mitarbeiter in pastoralen Berufen (3.273 Pastoralreferenten und -assistenten, 4.537 Gemeindereferenten und -assistenten).

1. Diözesanstruktur

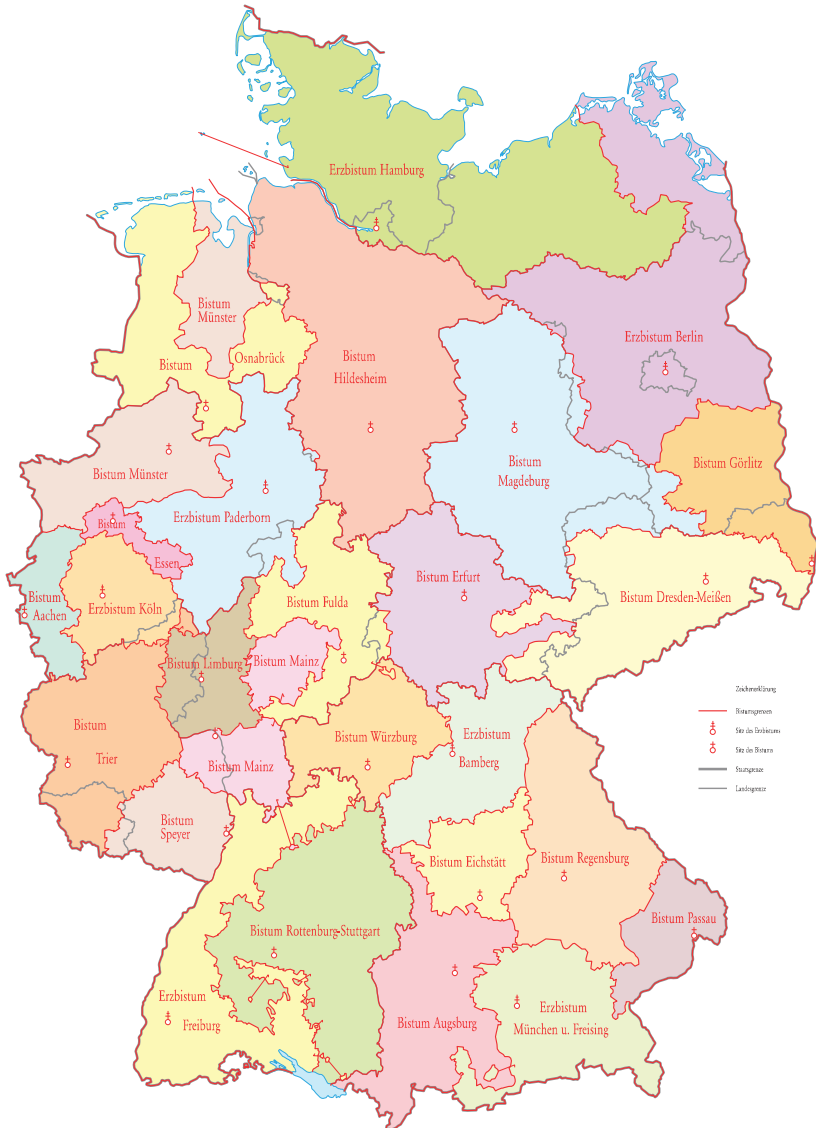
In Deutschland gibt es 27 katholische Bistümer, die in sieben Kirchenprovinzen zusammengefasst sind.⁷ Die Kirchenprovinzen bilden im Verfassungsrecht der katholischen Kirche regionale Teilkirchenverbände. Die Bedeutung der Kirchenprovinzen, an deren Spitze ein Metropolitan-Erzbischof als *Primus inter pares* der beteiligten Diözesanbischöfe steht und als deren leitendes Organ das Provinzialkonzil fungiert, ist seit dem Mittelalter allerdings erheblich zurückgegangen. Provinzialkonzilien finden in Deutschland seit langem nicht mehr statt. Die Kirchenprovinz erfüllt in Deutschland, wie in den meisten anderen Ländern, nur noch gewisse Funktionen für die Zusammenarbeit benachbarter Bistümer, bei der Bestimmung des Instanzenzugs im kirchlichen Gerichtswesen (c. 1438 1 CIC) und im Zusammenhang mit der Benennung von Kandidaten für das Bischofsamt (c. 377 §§ 2, 3 CIC).⁸

8

konferenz zum Kirchenaustritt vom 15. März 2011. Der Kirchenaustritt in Deutschland aus der Sicht des katholischen Kirchenrechts, 2018.

⁷ Vgl. zu den einzelnen Bistümern die jeweiligen Beiträge in: *Erwin Gatz / Clemens Brodkorb / Rudolf Zinnhobler* (Hg.), *Die Bistümer der deutschsprachigen Länder von der Säkularisation bis zur Gegenwart*, 2005; *Eckhard Bieger / Christian Schnaubelt*, 27 × katholisch. Die deutschen Bistümer im Porträt, 2014; ferner die Internetseiten der Bistümer. – Die nachfolgend angegebenen statistischen Zahlen zu den einzelnen Diözesen stützen sich auf Daten des Sekretariats der DBK (Bonn; Stand: 2018) sowie auf das Päpstliche Jahrbuch von 2019; vgl. *Sekretariat der DBK*, *Katholische Kirche 2018/2019* (o. Fn. 5); *Annuario Pontificio 2019*; vgl. ferner *Rudolf Hamerschmidt*, *Amtskirchliche Organisationsstrukturen unter dem Dach der DBK*, in: *Hb. der Religionen* (o. Fn. 5), II-1.2.3, 1997, S. 1–15. Die Zahlen der Pfarreien und Seelsorgestellen sowie der Kleriker sind dem Päpstlichen Jahrbuch entnommen; dort werden jeweils die im Bistum wohnenden Weltpriester und ständigen Diakone erfasst. Die Pfarreien sind vielfach zu größeren Einheiten verbunden (s. u. Rn. 65).

⁸ Vgl. *Georg Bier*, *Die Kirchenprovinz*, in: *HKKR*³, S. 577–584; *Heinrich Hohl*, *Das Amt des Metropoliten und die Metropolitanverfassung in der Lateinischen Kirche. Geschichte, Theologie und Recht*, 2010.



Herausgeber der Vorlage:
 Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz
 Stand der Bistumsgrenzen: Februar 2003

Die gegenwärtige deutsche Diözesanstruktur besteht in dieser Gestalt seit dem Jahr 1995. Sie beruht, neben älteren Rechtsgrundlagen, auf der damals vollzogenen, auf kirchenvertragliche Vereinbarungen des Heiligen Stuhls mit den betroffenen deutschen Ländern zurückgehenden Neuordnung der Bistümer und Kirchenprovinzen im Norden und Osten Deutschlands, die nach der deutschen Wiedervereinigung durchgeführt worden ist.⁹

9

a) Kirchenprovinz Bamberg (Nordbayerische Kirchenprovinz)

Das *Erzbistum Bamberg* (10.122 km²) zählt 669.115 Katholiken, 346 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 249 Priester und 35 Diakone. Es liegt vollständig in Bayern und umfasst fast den gesamten Regierungsbezirk Oberfranken, das nördliche Mittelfranken und kleinere Anteile der Bezirke Unterfranken und Oberpfalz.

10

Das *Bistum Eichstätt* (6.025 km²) zählt 392.434 Katholiken, 274 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 274 Priester und 47 Diakone. Es liegt vollständig in Bayern und umfasst Teile der Regierungsbezirke Oberbayern, Mittelfranken, Oberpfalz und Schwaben.

Das *Bistum Speyer* (6.155 km²) zählt 518.610 Katholiken, 70 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 265 Priester und 62 Diakone. Es umfasst im Land Rheinland-Pfalz den pfälzischen Teil des Regierungsbezirks Rheinhessen-Pfalz und im Saarland den Kreis Saarpfalz.

Das *Bistum Würzburg* (8.329 km²) zählt 734.613 Katholiken, 609 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 406 Priester und 203 Diakone. Es liegt vollständig in Bayern und ist nahezu identisch mit dem Regierungsbezirk Unterfranken.

b) Kirchenprovinz Berlin

Das *Erzbistum Berlin* (28.962 km²) zählt 408.723 Katholiken, 103 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 206 Priester und 42 Diakone. Es umfasst das Land Berlin, den Großteil des Landes Brandenburg (ohne Niederlausitz), den östlichen, d.h. vorpommerschen Teil des Landes Mecklenburg-Vorpommern und einen kleinen Anteil im Land Sachsen-Anhalt (Havelberg).

11

Das *Bistum Dresden-Meißen* (16.934 km²) zählt 141.717 Katholiken, 81 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 157 Priester und zehn Diakone. Es umfasst den größten Teil des Freistaats Sachsen und den östlichen Teil des Freistaats Thüringen.

⁹ S. dazu im Einzelnen u. 2. b.

Das *Bistum Görlitz* (9.500 km²) zählt 29.671 Katholiken, 17 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 48 Priester und sechs Diakone. Es umfasst im Land Brandenburg den süd-östlichen Teil (Niederlausitz) und im Freistaat Sachsen den nördlichen Teil der Oberlausitz. Es entspricht jenem Gebiet des Erzbistums Breslau, das westlich der Oder-Neiße-Linie lag.

c) Kirchenprovinz Freiburg (Oberrheinische Kirchenprovinz)

- 12** Das *Erzbistum Freiburg* (16.229 km²) zählt 1.827.146 Katholiken, 1.053 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 774 Priester und 275 Diakone. Es liegt vollständig im Land Baden-Württemberg und umfasst den Großteil der Regierungsbezirke Freiburg und Karlsruhe sowie Teile der Bezirke Tübingen und Stuttgart. Es deckt sich weitgehend mit den Gebieten des früheren Großherzogtums Baden und des früheren preußischen Regierungsbezirks Sigmaringen (Hohenzollernsche Lande).

Das *Bistum Mainz* (7.692 km²) zählt 718.715 Katholiken, 303 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 386 Priester und 124 Diakone. Es umfasst im Land Rheinland-Pfalz den rheinhessischen Teil des Bezirks Rheinhessen-Pfalz, im Land Hessen die Regierungsbezirke Darmstadt und Gießen sowie in Baden-Württemberg als Exklave die Pfarrei Bad Wimpfen. Die Grenzen entsprechen jenen des ehemaligen Großherzogtums Hessen.

Das *Bistum Rottenburg-Stuttgart* (19.500 km²) zählt 1.816.083 Katholiken, 1.025 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 715 Priester und 285 Diakone. Es liegt vollständig im Land Baden-Württemberg und umfasst dessen württembergischen Teil, d.h. den Großteil der Regierungsbezirke Stuttgart und Tübingen sowie Teile der Regierungsbezirke Freiburg und Karlsruhe.

d) Kirchenprovinz Hamburg (Norddeutsche Kirchenprovinz)

- 13** Das *Erzbistum Hamburg* (32.493 km²) zählt 398.425 Katholiken, 55 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 181 Priester und 74 Diakone. Es umfasst die Freie und Hansestadt Hamburg, das Land Schleswig-Holstein und den westlichen, d.h. mecklenburgischen Teil des Landes Mecklenburg-Vorpommern.

Das *Bistum Hildesheim* (29.021 km²) zählt 593.360 Katholiken, 119 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 239 Priester und 103 Diakone. Es umfasst den östlichen Teil des Landes Niedersachsen und die ehemals hannoverschen Teile der Freien Hansestadt Bremen.

Das *Bistum Osnabrück* (12.580 km²) zählt 552.990 Katholiken, 208 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 249 Priester und 90 Diakone. Es umfasst den westlichen Teil des Landes Niedersachsen und Teile der Freien Hansestadt Bremen.

e) Kirchenprovinz Köln (Niederrheinische Kirchenprovinz)

Das *Erzbistum Köln* (6.181 km²) zählt 1.942.733 Katholiken, 527 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 710 Priester und 281 Diakone. Es umfasst im Land Nordrhein-Westfalen den Großteil des Regierungsbezirks Köln und Teile des Regierungsbezirks Düsseldorf; im Land Rheinland-Pfalz gehören Teile des Regierungsbezirks Koblenz zum Bistumsgebiet.

14

Das *Bistum Aachen* (4.020 km²) zählt 1.021.002 Katholiken, 326 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 372 Priester und 81 Diakone. Es liegt vollständig im Land Nordrhein-Westfalen und umfasst Teile der Regierungsbezirke Köln und Düsseldorf.

Das *Bistum Essen* (1.891 km²) zählt 755.076 Katholiken, 42 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 359 Priester und 82 Diakone. Es liegt vollständig im Land Nordrhein-Westfalen und umfasst Teile der Regierungsbezirke Arnsberg, Düsseldorf und Münster.

Das *Bistum Limburg* (6.184 km²) zählt 608.080 Katholiken, 116 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 218 Priester und 67 Diakone. Es liegt zum Großteil im Land Hessen und umfasst Teile der Regierungsbezirke Kassel, Gießen und Darmstadt sowie im Land Rheinland-Pfalz Teile des Regierungsbezirks Koblenz.

Das *Bistum Münster* (15.268 km²) zählt 1.853.185 Katholiken, 211 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 783 Priester und 306 Diakone. Es umfasst im Land Nordrhein-Westfalen weitgehend den Regierungsbezirk Münster sowie Teile der Regierungsbezirke Arnsberg, Detmold und Düsseldorf und im Land Niedersachsen das Gebiet des früheren Großherzogtums Oldenburg, d.h. Teile der Regierungsbezirke Weser-Ems, Hannover und Lüneburg. Für den niedersächsischen Teil des Bistums ist der *Offizialatsbezirk Oldenburg* mit Sitz in Vechta (Bischöflich Münstersches Offizialat) eingerichtet.¹⁰

Das *Bistum Trier* (12.870 km²) zählt 1.337.807 Katholiken, 887 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 552 Priester und 168 Diakone. Es umfasst im Land Rheinland-Pfalz den Regierungsbezirk Trier und den Großteil des Regierungsbezirks Koblenz sowie das Saarland, ausgenommen den zum Bistum Speyer gehörenden Kreis Saarpfalz. Das Dekanat Kirchen im Westerwald hat keinen territorialen Anschluss an das übrige Diözesangebot („Trierer Insel“).

*f) Kirchenprovinz München und Freising
(Südbayerische Kirchenprovinz)*

Das *Erzbistum München und Freising* (12.081 km²) zählt 1.674.146 Katholiken, 747 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 625 Priester und

15

¹⁰ S. u. Rn. 42.

270 Diakone. Es liegt vollständig im Freistaat Bayern und umfasst den Großteil des Regierungsbezirks Oberbayern sowie westliche Teile des Regierungsbezirks Niederbayern.

Das *Bistum Augsburg* (13.250 km²) zählt 1.285.479 Katholiken, 1.034 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 592 Priester und 125 Diakone. Es liegt vollständig im Freistaat Bayern und umfasst den Großteil des Regierungsbezirks Schwaben sowie Teile der Regierungsbezirke Oberbayern und Mittelfranken.

Das *Bistum Passau* (5.442 km²) zählt 462.788 Katholiken, 305 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 270 Priester und 39 Diakone. Es liegt vollständig im Freistaat Bayern und umfasst einen großen, südöstlichen Teil des Regierungsbezirks Niederbayern sowie einen kleineren Anteil des Regierungsbezirks Oberbayern.

Das *Bistum Regensburg* (14.665 km²) zählt 1.158.482 Katholiken, 631 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 669 Priester und 106 Diakone. Es liegt vollständig im Freistaat Bayern und umfasst beinahe den ganzen Regierungsbezirk Oberpfalz, große Teile Niederbayerns sowie kleinere Anteile an den Regierungsbezirken Oberbayern und Oberfranken.

g) Kirchenprovinz Paderborn (Mitteldeutsche Kirchenprovinz)

- 16** Das *Erzbistum Paderborn* (14.750 km²) zählt 1.491.856 Katholiken, 657 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 784 Priester und 186 Diakone. Es umfasst im Land Nordrhein-Westfalen den Großteil des Regierungsbezirks Detmold sowie Teile der Regierungsbezirke Arnsberg und Münster, im Land Hessen Teile des Regierungsbezirks Kassel (Waldeck) und im Land Niedersachsen die Pfarrei Bad Pyrmont.

Das *Bistum Erfurt* (13.100 km²) zählt 146.310 Katholiken, 45 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 155 Priester und 19 Diakone. Es liegt vollständig im Freistaat Thüringen und umfasst den Großteil des Landes, ausgenommen den ostthüringischen Anteil des Bistums Dresden-Meißen und einige Pfarreien (Dekanat Geisa) im Westen Thüringens, die zum Bistum Fulda gehören.

Das *Bistum Fulda* (10.318 km²) zählt 382.442 Katholiken, 210 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 258 Priester und 60 Diakone. Es umfasst im Land Hessen Teile der Regierungsbezirke Kassel, Gießen und, in geringem Ausmaß, den Regierungsbezirk Darmstadt; dazu kommen einige Pfarreien im Freistaat Thüringen (Dekanat Geisa) sowie als Exklave die Pfarrei Ostheim v. d. Rhön im Freistaat Bayern (Regierungsbezirk Unterfranken).

Das *Bistum Magdeburg* (24.141 km²) zählt 81.140 Katholiken, 44 Pfarreien und selbständige Seelsorgestellen sowie 110 Priester und 15 Diakone. Es umfasst den Großteil des Landes Sachsen-Anhalt, im Freistaat Sachsen Teile des Regierungsbezirks Leipzig sowie einen kleinen Anteil des Landes Brandenburg.

Neben den genannten 27 Diözesen der lateinischen Kirche besteht in Deutschland auch eine eigene *Apostolische Exarchie der ukrainischen griechisch-katholischen Kirche* mit Bischofssitz in München.¹¹ Sie wurde 1959 errichtet und umfasst neben Deutschland heute auch das Gebiet der skandinavischen Länder Dänemark, Norwegen, Schweden und Finnland. Die Zahl der katholischen Ukrainer in Deutschland beträgt Schätzungen zufolge derzeit etwa 50.000 Personen.¹² Die Exarchie, der 27 Priester und ein Diakon angehören, ist in Deutschland in zehn Personalpfarreien gegliedert, jeweils mit Sitz in den größeren Städten des Landes.

Eine eigene Teilkirche bildet gemäß den Bestimmungen des kanonischen Rechts auch das *Militärordinariat*.¹³ Für die deutsche Bundeswehr ist eine eigene Militärseelsorge unter der Leitung des Militärbischofs eingerichtet, die einem kanonischen Militärordinariat entspricht.¹⁴

2. Rechtliche Basis der deutschen Diözesanstruktur

Die Errichtung von Diözesen und anderen Teilkirchen erfolgt nach kanonischem Recht allein durch die höchste kirchliche Autorität, konkret durch den Papst (vgl. c. 373 CIC). Er vollzieht diese Rechtshandlung regelmäßig durch eine Apostolische Konstitution, die vom Kardinalstaatssekretär und vom Präfekten der Kongregation für die Bischöfe gemeinsam unterzeichnet wird. In die Vorbereitung der Errichtung eines neuen Bistums oder wesentlicher Veränderungen der Bistumsstruktur sind gewöhnlich die staatlichen Autoritäten, die Bischöfe der betroffenen Bistümer und die zuständige Bischofskonferenz einbezogen.

¹¹ S. dazu *Helmuth Pree*, Die „Apostolische Exarchie für katholische Ukrainer des byzantinischen Ritus in Deutschland und Skandinavien“ und ihr rechtliches Verhältnis zur Römisch-Katholischen Kirche in Deutschland, in: *Clarissimo Professori Doctori Carolo Giraldo Fürst. In memoriam Carl Gerold Fürst*, hg. von Elmar Güthoff / Stefan Korta / Andreas Weiß, 2013, S. 421–440; Apostol. Konstitution „Cum ob immane bellum“ vom 17.4.1959 zur Errichtung der Exarchie, in: AAS 51 (1959), S. 789–791.

¹² Vgl. *Annuario Pontificio* 2018, S. 1020.

¹³ *Johannes Paul II.*, Const. Ap. „*Spirituali militum curae*“ vom 21.4.1986, in: AAS 78 (1986), S. 481–486; abgedr.: AfkKR 155 (1986), S. 138–142; dt.: *Verordnungsblatt des Katholischen Militärbischofs für die Deutsche Bundeswehr* 23 (1987), S. 75–78.

¹⁴ S. dazu u. 3.

a) Ältere Grundlagen

20 Die bestehenden deutschen Diözesen wurden in ihrer heutigen Gestalt überwiegend zu Beginn des 19. Jahrhunderts eingerichtet. Die Errichtung der Bistümer erfolgte zwar allein durch den Apostolischen Stuhl, doch gingen der Errichtung jeweils Verhandlungen mit den betroffenen deutschen Staaten voraus, in denen die anstehenden kirchlichen Maßnahmen im Einzelnen vereinbart worden sind.¹⁵ Dies geschah namentlich durch das Konkordat mit dem Königreich Bayern vom 5.6.1817¹⁶ sowie durch die Zirkumskriptionsbulle „*De salute animarum*“ vom 16.7.1821¹⁷ für Preußen, „*Provida solersque*“ vom 16.8.1821¹⁸, welche die Verhältnisse der katholischen Kirche im deutschen Südwesten betraf, und „*Impensa Romanorum Pontificum*“ vom 26.3.1824¹⁹ für das Königreich Hannover, also ungefähr das Gebiet des heutigen Landes Niedersachsen. Das Bistum Meißen wurde durch die Apostolische Konstitution „*Sollicitudo omnium Ecclesiarum*“ vom 24.6.1921²⁰ als exemte Diözese mit Bischofssitz in Bautzen errichtet; mit Dekret der Kongregation für die Bischöfe vom 15.11.1979 wurde der Sitz des Bischofs nach Dresden verlegt und dem Bistum der Name Dresden-Meißen gegeben.²¹

¹⁵ Vgl. *Christoph Link*, Kirchliche Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 2017, S. 151–153.

¹⁶ Abgedr. in lateinischer Sprache: *Angelo Mercati*, Raccolta di concordati su materie ecclesiastiche tra la Santa Sede e le autorità civili, Bd. 1, 1919 (Nachdr. 1954), S. 591–597; dt.: *Ernst Rudolf Huber/Wolfgang Huber* (Hg.), Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert. Dokumente zur Geschichte des deutschen Staatskirchenrechts, Bd. 1: Staat und Kirche vom Ausgang des alten Reiches bis zum Vorabend der bürgerlichen Revolution, 1973 (Nachdr. 2014), S. 170–177; lateinischer und dt. Text bei *Karl Hausberger*, Staat und Kirche nach der Säkularisation. Zur bayerischen Konkordatspolitik im frühen 19. Jahrhundert, 1983, S. 309–329; *Hans Ammerich*, Das Bayerische Konkordat 1817, 2000, S. I–VIII; vgl. auch *Stephan Haering*, Das Bayerische Konkordat vom 5. Juni 1817. Zur Bedeutung eines historischen Staatskirchenvertrags für die Gegenwart, in: *Klerusblatt* 97 (2017), S. 133–137.

¹⁷ Abgedr. in lateinischer Sprache: *Mercati*, Raccolta di concordati (o. Fn. 16), S. 648–666; dt.: *Huber/Huber*, Staat und Kirche (o. Fn. 16), S. 204–221.

¹⁸ Abgedr. in lateinischer Sprache: *Mercati*, Raccolta di concordati (o. Fn. 16), S. 667–676; dt.: *Huber/Huber*, Staat und Kirche (o. Fn. 16), S. 246–257.

¹⁹ Abgedr. in lateinischer Sprache: *Mercati*, Raccolta di concordati (o. Fn. 16), S. 689–696; dt.: *Huber/Huber*, Staat und Kirche (o. Fn. 16), S. 299–308. – Zu Vorgeschichte und Genese der Bulle vgl. *Hans-Georg Aschoff*, Das Bistum Hildesheim zwischen Säkularisation und Neuumschreibung – Ein Beitrag zum 175. Jubiläum der Zirkumskriptionsbulle „*Impensa Romanorum Pontificum*“, in: *Die Diözese Hildesheim in Vergangenheit und Gegenwart* 67 (1999), S. 193 (238–246).

²⁰ AAS 13 (1921), S. 409–411.

²¹ AAS 72 (1980), S. 93 f.; abgedr.: *AfkKR* 148 (1979), S. 463–465.

Spätere Änderungen der deutschen Diözesanstruktur und die Regelung von Fragen, welche die Diözesanleitungen betreffen, wurden in den zwanziger und dreißiger Jahren des 20. Jahrhunderts vorgenommen.²² In den Verträgen des Heiligen Stuhls mit dem Freistaat Bayern vom 29.3.1924²³ (Art. 14), dem Freistaat Preußen vom 14.6.1929²⁴ (Art. 6) und dem Freistaat Baden vom 12.10.1932²⁵ (Art. III) erhielten die Verfahren zur Bestellung der Diözesanbischöfe dieser Länder eine Neuregelung. Das preußische Konkordat ermöglichte darüber hinaus erhebliche Veränderungen in der preußischen Diözesanstruktur (Art. 2). Mit der Apostolischen Konstitution „*Pastoralis officii Nostri*“ vom 13.8.1930 wurden unter anderem die beiden Kirchenprovinzen Breslau und Paderborn sowie die Bistümer Aachen und Berlin neu errichtet.²⁶

Im Reichskonkordat vom 20.7.1933²⁷ hat sich der Heilige Stuhl bezüglich der künftigen Gestaltung der deutschen Bistumsstrukturen generell an das Einvernehmen mit dem Staat gebunden (Art. 11). Demnach kann in Deutschland kein Bistum vom Apostolischen Stuhl errichtet, wesentlich verändert oder aufgehoben werden, ohne das betroffene Land bzw. die betroffenen Länder einzubeziehen und deren Zustimmung herbeizuführen. Die Regelung wurde aktuell um die Mitte der fünfziger Jahre des 20. Jahrhunderts, als seitens der katholischen Kirche die Bildung des neuen Bistums Essen gewünscht und in einem Vertrag des Heiligen Stuhls mit dem Land Nordrhein-Westfalen vom 19.12.1956²⁸ vereinbart worden ist.²⁹ Die Errichtung der Diözese erfolgte durch die Apostolische Konstitution „*Germanicae gentis*“ vom 23.2.1957.³⁰ Die württembergische Diözese Rottenburg wurde durch Dekret

²² Vgl. *Christian Hermes*, Konkordate im vereinigten Deutschland, 2009, S. 89–124; *Link*, Kirchliche Rechtsgeschichte (o. Fn. 15), S. 209–217.

²³ AAS 17 (1925), S. 41–54; GVBl. für den Freistaat Bayern 1925, S. 53–60; abgedr.: *Joseph Listl* (Hg.), Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland. Textausgabe für Wissenschaft und Praxis, 1987, Bd. I, S. 289–302.

²⁴ AAS 21 (1929), S. 521–535; PrGS 1929, S. 152–160; abgedr.: *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 23), Bd. II, S. 709–724.

²⁵ AAS 25 (1933), S. 177–194; GVBl. Baden 1933, S. 20–30; abgedr.: *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 23), S. 136–151.

²⁶ AAS 23 (1931), S. 34–41; abgedr.: *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 23), Bd. II, S. 740–746.

²⁷ AAS 25 (1933), S. 389–413; RGBl. II 1933, S. 679–690; abgedr.: *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 23), S. 34–61.

²⁸ AAS 49 (1957), S. 201–205; abgedr.: *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 23), Bd. II, S. 230–233; *José T. Martín de Agar*, Raccolta di concordati. 1950–1999, 2000, S. 231–234.

²⁹ Vgl. *Nikolaus Hilling*, Die Errichtung des Bistums Essen, in: AfkKR 128 (1957), S. 329–346 (Sammlung von Aktenstücken).

³⁰ AAS 49 (1957), S. 993–995; abgedr. mit dt. Übers.: *Hilling*, Errichtung (o. Fn. 29), S. 331–334. Vgl. dazu *Franz Kalde*, Die päpstliche Bulle „*Germanicae gentis*“ vom 23. Februar 1957 zur Errichtung des Bistums Essen, in: Kirchenrecht und Theologie im Leben der Kirche. Festschrift für Heinrich J. F. Reinhardt, hg. von Rüdiger Althaus / Klaus Lüdicke / Matthias Pulte, 2007, S. 231–252.

der Kongregation für die Bischöfe vom 18.6.1978 in „Rottenburg-Stuttgart“ umbenannt und erhielt in der baden-württembergischen Landeshauptstadt Stuttgart eine Konkathedrale.³¹

b) Maßnahmen nach der deutschen Wiedervereinigung

23 Nach der Wiedervereinigung Deutschlands 1990 wurden die Diözesanstrukturen im Osten und Norden des Landes auf kirchenvertraglicher Grundlage neu geordnet. Zu diesem Zweck schloss der Heilige Stuhl die folgenden Verträge ab:³²

- am 13.4.1994 mit dem Land Sachsen-Anhalt, dem Land Brandenburg und dem Freistaat Sachsen über die Errichtung des Bistums Magdeburg,³³
- am 4.5.1994 mit dem Land Brandenburg und dem Freistaat Sachsen über die Errichtung des Bistums Görlitz,³⁴
- am 14.6.1994 mit dem Freistaat Thüringen über die Errichtung des Bistums Erfurt,³⁵
- am 22.9.1994 mit der Freien und Hansestadt Hamburg, dem Land Mecklenburg-Vorpommern und dem Land Schleswig-Holstein über die Errichtung des Erzbistums und der Kirchenprovinz Hamburg.³⁶

³¹ AAS 70 (1978), S. 351 f.; dt.: KABl. für die Diözese Rottenburg-Stuttgart 1978, S. 493 f.

³² Vgl. dazu *Stephan Haering*, Die Verträge zwischen dem Heiligen Stuhl und den neuen Bundesländern aus den Jahren 1994 bis 1998, in: *Dem Staate, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist*. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag, hg. von Josef Isensee / Wilhelm Rees / Wolfgang Rüfner, 1999, S. 761 (767–778); *Hermes*, Konkordate im vereinigten Deutschland (o. Fn. 22), S. 151–176. Zur Neuumschreibung der Bistümer s. auch den knappen Überblick bei *Karl Eugen Schließ*, Die Organisationsstruktur der katholischen Kirche, in: *HSKR*², Bd. I, 1994, S. 347 (354–356).

³³ AAS 87 (1995), S. 129–137; GVBl. LSA 5 (1994), S. 771–775; GVBl. Bbg. 5 (1994), S. 203–213; SächsGVBl. 1994, S. 1046–1057; abgedr.: AfkKR 163 (1994), S. 221–225; *Martín de Agar*, Raccolta di concordati (o. Fn. 28), S. 380–387.

³⁴ AAS 87 (1995), S. 138–145; GVBl. Bbg. 5 (1994), S. 215–225; SächsGVBl. 1994, S. 1059–1069; abgedr.: AfkKR 163 (1994), S. 226–229; *Martín de Agar*, Raccolta di concordati (o. Fn. 28), S. 388–393.

³⁵ AAS 87 (1995), S. 145–154; GVBl. Thür. 1994, S. 791–794; abgedr.: AfkKR 163 (1994), S. 230–234; *Martín de Agar*, Raccolta di concordati (o. Fn. 28), S. 394–401.

³⁶ AAS 87 (1995), S. 154–164; HmbGVBl. 1995, S. 31–34; GVBl. MV 1994, S. 1027–1037; GVBl. SH 1994, S. 487–497; abgedr.: AfkKR 163 (1994), S. 570–579; *Martín de Agar*, Raccolta di concordati (o. Fn. 28), S. 402–410.

Auf der Basis dieser Verträge erfolgten durch Apostolische Konstitutionen Papst *Johannes Pauls II.* die folgenden Maßnahmen der Bistumsorganisation.³⁷

24

- die Errichtung der Kirchenprovinz Berlin und die Erhebung des Bistums Berlin zum Erzbistum durch „*Certiori christifidelium*“ vom 27. 6. 1994,³⁸
- die Errichtung des Bistums Görlitz durch „*Solet usque Ecclesia*“ vom 27. 6. 1994,³⁹
- die Errichtung des Bistums Erfurt durch „*Quo aptius consulatur*“ vom 27. 6. 1994,⁴⁰
- die Errichtung des Bistums Magdeburg durch „*Cum gaudio et spe*“ vom 27. 6. 1994,⁴¹
- die Errichtung des Erzbistums und der Kirchenprovinz Hamburg durch „*Omnium Christifidelium*“ vom 24. 10. 1994.⁴²

Weitere Veränderungen in der Diözesanstruktur Deutschlands sind in den vergangenen Jahrzehnten nicht vorgenommen worden.

25

3. Organisation der katholischen Militärseelsorge bei der Bundeswehr

Auf der Grundlage von Art. 27 Abs. 4 RK wurde durch Dekret der Konsistorialkongregation vom 4. 2. 1956⁴³ die Militärseelsorge für die deutsche Bundeswehr eingerichtet und der erste Militärbischof ernannt. In Ausführung des gesetzlichen Auftrags der Apostolischen

26

³⁷ Zu den nachfolgend genannten Dokumenten s. *Franz Kalde*, Form und Inhalt der Papsturkunden zur Errichtung der Diözesen Erfurt, Görlitz, Magdeburg und Hamburg sowie der Kirchenprovinzen Berlin und Hamburg, in: *Jahrbuch für mitteldeutsche Kirchen- und Ordensgeschichte* 1 (2005), S. 15–50.

³⁸ AAS 87 (1995), S. 217 f.; abgedr.: AfkKR 163 (1994), S. 441 f.; mit dt. Übers.: ABl. des Erzbischöflichen Ordinariats Berlin 66 (1994), S. 145 f.

³⁹ AAS 87 (1995), S. 219–221; abgedr.: AfkKR 163 (1994), S. 444–446; mit dt. Übers.: ABl. des Bistums Görlitz 1994, Nr. 2, S. 9–13.

⁴⁰ AAS 87 (1995), S. 221–224; abgedr.: AfkKR 163 (1994), S. 446–449; dt. Übers.: ABl. für das Bistum Erfurt 1994, Nr. 10, S. 3–5.

⁴¹ AAS 87 (1995), S. 225–228; abgedr.: AfkKR 163 (1994), S. 449–452; dt. Übers.: Aml. Mitteilungen des Bistums Magdeburg 25 (1994), Nr. 11 (unpaginiert).

⁴² AAS 87 (1995), S. 228–230; abgedr.: AfkKR 163 (1994), S. 442–444; mit dt. Übers.: KABl. für die Erzdiözese Hamburg 1 (1995), S. 4 f. Vgl. *Christian Halm*, Die Errichtung des Erzbistums und der Kirchenprovinz Hamburg durch Vertrag vom 22. September 1994. Ein Beitrag zur Rechtsgeschichte des Staatskirchenrechts, 2000.

⁴³ Vgl. AAS 48 (1956), S. 484.

Konstitution „*Spirituali militum curae*“⁴⁴ erließ Papst *Johannes Paul II.* am 23.11.1989 die „Statuten für den Jurisdiktionsbereich des Katholischen Militärbischofs für die Deutsche Bundeswehr“⁴⁵; sie traten am 1.1.1990 in Kraft.

27 Das Amt des Militärbischofs wird von einem deutschen Diözesanbischof zusätzlich zur Leitung seines Bistums ausgeübt. Die Ernennung des Militärbischofs erfolgt durch den Apostolischen Stuhl. Der Militärbischof steht nicht in einem Dienstverhältnis zum Staat. Eine eigene Kurie mit Sitz in Berlin unterstützt den Militärbischof in seiner Leitungsfunktion. Sie umfasst das Katholische Militärbischofsamt, die Katholische Soldatenseelsorge und das Archiv des Katholischen Militärbischofs. Das Militärbischofsamt ist zugleich eine dem Bundesministerium der Verteidigung unmittelbar nachgeordnete Bundesoberbehörde. Die Leitung liegt beim Militärgeneralvikar, der vom Militärbischof berufen und in dieser Funktion dem Ministerium zur Ernennung als Militärgeneralvikar präsentiert wird.

28 Der Jurisdiktionsbereich des Militärbischofs ist eine besondere Organisationsform der Teilkirche und in Seelsorgebezirke untergliedert. Die einzelnen Militärgeistlichen, die von den Bistümern und Orden für diesen Dienst zur Verfügung gestellt werden, sind jeweils einem vorgesetzten Militärseelsorger zugeordnet. Von der Militärseelsorge bzw. der Jurisdiktion des Militärbischofs werden – kumulativ zur territorialen Seelsorgestruktur der Bistümer und Pfarreien – erfasst alle katholischen Soldatinnen und Soldaten und die katholischen Zivilisten, die nach den jeweils geltenden Gesetzen in die Streitkräfte integriert sind, ferner die katholischen Ehegatten und Kinder dieser Personen, selbst wenn der Familienvater bzw. die Familienmutter nicht katholisch ist.

⁴⁴ S. o. Fn. 13.

⁴⁵ AAS 81 (1989), S. 1284–1294; abgedr.: AfkKR 158 (1989), S. 476–483; *Martín de Agar*, Raccolta di concordati (o. Fn. 28), S. 360–366; diese Statuten wurden im Einvernehmen mit der dt. Bundesregierung erlassen und lösten die Statuten vom 31.7.1965 ab (AAS 57 [1965], S. 704–712). Vgl. dazu *Alfred E. Hierold*, Die Statuten für den Jurisdiktionsbereich des Katholischen Militärbischofs für die Deutsche Bundeswehr, in: AfkKR 159 (1990), S. 94–116; *Jörg Ennuschat*, Militärseelsorge. Verfassungs- und beamtenrechtliche Fragen der Kooperation von Staat und Kirche, 1996; *Ernst Niermann*, Die Apostolische Konstitution „*Spirituali Militum Curae*“ und die Ordnung der katholischen Militärseelsorge in der Bundesrepublik Deutschland. Ein Bericht, in: Im Dienst von Kirche und Wissenschaft. Festschrift für Alfred E. Hierold zur Vollendung des 65. Lebensjahres, hg. von Wilhelm Rees / Sabine Demel / Ludger Müller, 2007, S. 881–891; *Alfred E. Hierold*, Militärseelsorge, in: HKKR³, S. 788 (790–794); *Jörg Ennuschat*, → § 54.

4. Deutsche Bischofskonferenz und Verband der Diözesen Deutschlands

Das Zweite Vatikanische Konzil (1962–1965) hatte die Einrichtung von Bischofskonferenzen als hierarchische Zwischeninstanzen für die einzelnen Länder oder Regionen vorgeschrieben. Im Anschluss an das Konzil wurde 1966 für die Bundesrepublik Deutschland die *Deutsche Bischofskonferenz* (DBK) errichtet.⁴⁶ Sie bildet die Fortführung der seit dem 19. Jahrhundert regelmäßig in Fulda abgehaltenen Konferenzen deutscher Bischöfe, an denen schließlich die Diözesanbischöfe aller deutschen Bistümer teilgenommen haben.⁴⁷ Im Unterschied zu diesen älteren, auf bloßem Herkommen beruhenden bischöflichen Konferenzen ist die heutige DBK institutionalisiert und besitzt kirchliche Rechtspersönlichkeit (c. 449 § 2 CIC). Nach der deutschen Wiedervereinigung wurden auch die auf dem Gebiet der ehemaligen DDR amtierenden Bischöfe, die in der Berliner Bischofskonferenz zusammengeschlossen waren, Mitglieder der DBK.⁴⁸ Die DBK wird, wie alle Bischofskonferenzen, dem Codex Iuris Canonici und weiteren kanonischen Gesetzen entsprechend, in einem näher bestimmten Rahmen gesetzgeberisch und als Trägerin kirchlicher Lehrvollmacht tätig.⁴⁹ Die rechtliche Möglichkeit, mit Genehmigung des Apostoli-

29

⁴⁶ Vgl. *Georg May*, Die Deutsche Bischofskonferenz nach ihrer Neuordnung, in: AfkKR 138 (1969), S. 405–461; *Walter Rasquin*, Die Deutsche Bischofskonferenz: ihre Geschichte, ihre Grundlagen im CIC/1983 und ihre gegenwärtige Struktur, 1989; *Heribert Schmitz*, Deutsche Bischofskonferenz, in: Lexikon des Kirchenrechts, hg. von Stephan Haering / Heribert Schmitz, 2004, Sp. 118–122; *Heribert Hallermann*, Deutsche Bischofskonferenz – Katholisch, in: LKRR, Bd. I, 2019, S. 584 f.

⁴⁷ Vgl. *Peter Leisching*, Die Bischofskonferenz. Beiträge zu ihrer Rechtsgeschichte, mit besonderer Berücksichtigung ihrer Entwicklung in Österreich, 1963; *Rudolf Lill*, Die ersten deutschen Bischofskonferenzen, 1964; *Norbert Trippen*, Von den Fuldaer „Bischofskonferenzen“ zur „Deutschen Bischofskonferenz“ 1945–1976, in: Hist. Jb. 121 (2001), S. 304–319; *Erwin Gatz*, Zur Entwicklung der Fuldaer und der Österreichischen Bischofskonferenzen von ihren Anfängen bis zum Ende des Ersten Weltkrieges, in: Römische Quartalschrift für christliche Altertumskunde und Kirchengeschichte 99 (2004), S. 103–116.

⁴⁸ Vgl. *Heribert Schmitz*, Die Einheit der katholischen Kirche in Deutschland. Chronik kirchenrechtlich relevanter Daten, Fakten und Tendenzen, in: AfkKR 159 (1990), S. 623 (628–634); *Philipp Förter*, Das Ende der Berliner Bischofskonferenz, in: Theologie der Gegenwart 52 (2009), S. 116–122.

⁴⁹ Vgl. zur geltenden Ordnung der Bischofskonferenz: *Aymans*, Kanonisches Recht II (o. Fn. 1), S. 276–298; *Wilhelm Rees*, Plenarkonzil und Bischofskonferenz, in: HKKR³, S. 543 (554–574); *Heribert Hallermann*, Bischofskonferenzen. Solidarität und Autonomie, in: Leitungsstrukturen der

schen Stuhls ein deutsches Plenarkonzil abzuhalten, hat die DBK in den vergangenen Jahrzehnten nicht wahrgenommen.⁵⁰

30 Dem geltenden Statut zufolge gehören der DBK als Mitglieder die Diözesanbischöfe, die Koadjutoren, die Diözesanadministratoren, die Weihbischöfe und die anderen Titularbischöfe an, die ein besonderes, vom Apostolischen Stuhl oder von der DBK selbst übertragenes Amt im Gebiet der Konferenz innehaben.⁵¹ Die DBK verfügt über verschiedene Organe mit je eigenen Zuständigkeiten, nämlich die Vollversammlung aller Mitglieder, den Ständigen Rat, den Vorsitzenden und die Bischöflichen Kommissionen. Dem Ständigen Rat gehören alle Diözesanbischöfe und die rechtlich Gleichgestellten an. Der Vorsitzende der DBK und sein Stellvertreter werden von der Vollversammlung für eine sechsjährige Amtsperiode gewählt; sie müssen Diözesanbischöfe sein. Der Vorsitzende leitet die Sitzungen der Vollversammlung und des Ständigen Rates und vertritt die DBK nach außen. Die Bischöflichen Kommissionen, für die durch das Statut keine bestimmte Anzahl von Mitgliedern festgelegt ist, setzen sich aus Mitgliedern der Vollversammlung der DBK zusammen und bearbeiten bestimmte Sachgebiete; dabei werden sie von gewählten Fachleuten als Beratern unterstützt. Gegenwärtig bestehen 14 Bischöfliche Kommissionen der DBK für die folgenden Sachbereiche: Glaube, Ökumene, Pastoral, geistliche Berufe und kirchliche Dienste, Liturgie, gesellschaftliche und soziale Fragen, Erziehung und Schule, Wissenschaft und Kultur, Publizistik, Weltkirche, Ehe und Familie, Jugend, karitative Fragen, Migration. Für spezifische Aufgaben werden Unterkommissionen gebildet oder einzelne Bischöfe als besondere Beauftragte eingesetzt.

31 Die DBK besitzt ein eigenes, sachlich und personell gut ausgestattetes Sekretariat in Bonn, das ihren Organen zu Diensten ist und von dem durch die Vollversammlung gewählten Sekretär geleitet wird. Das Sekretariat der DBK sorgt auch für die Organisation und Koor-

katholischen Kirche. Kirchenrechtliche Grundlagen und Reformbedarf, hg. von Iiona Riedel-Spangenberg, 2002, S. 209–228; *Winfried Aymans*, Bischofskonferenz 1. Allg., in: LKR (o. Fn. 46), Sp. 116–118; *Antonio Viana*, Conferencia episcopal, in: Dicionario general de derecho canónico (DGDC), 2012, Bd. II, S. 484–490; *Georg Bier*, Bischofskonferenzen, in: StL⁸, Bd. I, 2017, Sp. 749–755; *Heribert Hallermann*, Bischofskonferenz – Katholisch, in: LKRR, Bd. I, 2019, S. 425–427.

⁵⁰ Vgl. cc. 439 § 1, 441 CIC; *Rees*, Plenarkonzil und Bischofskonferenz (o. Fn. 49), S. 551–554.

⁵¹ Statut der Deutschen Bischofskonferenz i. d. F. vom 15.3.2011, in: AfkKR 182 (2013), S. 225–234.

dination diözesanübergreifender pastoraler Aufgaben. Zur Verbreitung kirchlicher Texte publiziert es verschiedene Schriftenreihen. Zu den externen Dienststellen des Sekretariats zählen u. a. das Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands⁵² (Bonn), das Deutsche Liturgische Institut (Trier), das Katholische Kirchenbuchamt (Bonn) und die Kirchliche Zusatzversorgungskasse (Köln). Auch das Kommissariat der deutschen Bischöfe – Katholisches Büro in Berlin – ist eine Dienststelle der DBK (und des VDD) und pflegt den Kontakt mit staatlichen und internationalen Stellen, politischen Parteien und gesellschaftlichen Kräften.⁵³

Auf internationaler Ebene arbeitet die DBK vor allem in pastoralen und liturgischen Fragen eng mit den übrigen Bischofskonferenzen und Diözesen des deutschen Sprachgebietes zusammen. Sie beteiligt sich durch Mitarbeit am Rat der Europäischen Bischofskonferenzen (CCEE) und an der Kommission der Episkopate der Europäischen Union (COMECE).⁵⁴

Neben der DBK wurde im Jahr 1968 der *Verband der Diözesen Deutschlands* (VDD) gegründet, dessen Mitglieder die deutschen Bistümer sind; der Sitz des VDD war zunächst in München, nunmehr befindet er sich in Bonn.⁵⁵ Der VDD ist im staatlichen Rechtsbereich als Körperschaft des öffentlichen Rechts eingerichtet und dient der DBK als Instrument zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben im Bereich des weltlichen Rechts, etwa als Anstellungsträger für die Mitarbeiter des Sekretariats. Er ist ferner für die finanziellen Aktivitäten der

⁵² Vgl. *Heiner Marré / Karl Eugen Schlieff*, Gründung und erste Jahre des „Instituts für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands“, in: *Recht in Kirche und Staat*. Joseph Listl zum 75. Geburtstag, hg. von Wilhelm Rees, 2004, S. 87–100.

⁵³ Vgl. *Karl Jüsten*, → § 37.

⁵⁴ Vgl. *Myriam Wijlens*, Zusammenarbeit der Bischöfe in Europa. Antwort und Herausforderung, in: *Leistungsstrukturen der katholischen Kirche* (o. Fn. 49), S. 229–255; *Burkhard Josef Berkmann*, Katholische Kirche und Europäische Union im Dialog für die Menschen. Eine Annäherung aus Kirchenrecht und Europarecht, 2008, S. 314–353; *Giorgio Feliciani*, Consilium Conferantiarum Episcoporum Europae (CCEE), in: *DGDC* (o. Fn. 49), Bd. II, S. 658–661; *ders.*, Commissio Episcopatum Communitatis Europeae (COMECE), ebd., S. 261–264; *Anna Echterhoff*, Die COMECE als Partner im Dialog mit der Europäischen Union, in: *Neuere Entwicklungen im Religionsrecht europäischer Staaten*, hg. von Wilhelm Rees / Maria Roca / Balázs Schanda, 2013, S. 159–181.

⁵⁵ Vgl. *Stefan Kräfig*, Der Verband der Diözesen Deutschlands, 1995; *Leopold Turowski*, Verband der Diözesen Deutschlands (VDD), in: *LKStKR*, Bd. III, 2004, S. 746–749; *Rüdiger Althaus* (Hg.), 200 Begriffe zum Vermögensrecht der katholischen Kirche, 2020, S. 355–358.

DBK zuständig und verwaltet den überdiözesanen kirchlichen Haushalt. Organe des VDD sind die aus den Diözesanbischöfen (und den rechtlich Gleichgestellten) bestehende Vollversammlung, der Verbandsrat und der Geschäftsführer.⁵⁶ Der VDD ist personell und organisatorisch eng mit der DBK verschränkt. Der Vorsitzende der DBK führt auch den Vorsitz der Vollversammlung des VDD und der Sekretär der DBK ist zugleich Geschäftsführer des VDD. Zum VDD gehört die Kirchliche Zusatzversorgungskasse, die als Anstalt des öffentlichen Rechtes eingerichtet ist.

- 34 Auf der Ebene der DBK ist seit 2005 der *Kirchliche Arbeitsgerichtshof* eingerichtet, der für den Bereich der deutschen Bistümer als kirchliches Arbeitsgericht zweiter Instanz fungiert.⁵⁷ 2018 ist das *Datenschutzgericht der DBK* als Gericht zweiter Instanz für kirchliche Datenschutzangelegenheiten geschaffen worden.⁵⁸

⁵⁶ Satzung des VDD i. d. F. vom 29. 4. 2019, in: ABL. für die Diözese Regensburg 2019, S. 81–88.

⁵⁷ Vgl. Klaus Lüdicke, Kirchliche Arbeitsgerichte in Deutschland, in: Kirche in einer säkularisierten Gesellschaft, hg. von Dieter A. Binder/Klaus Lüdicke/Hans Paarhammer, 2006, S. 387–403; Joachim Eder, CIC und KAGO. Die Arbeitsgerichtsbarkeit in der Katholischen Kirche, in: KuR 12 (2006), S. 97–111; ders., Standort des kanonischen Rechts im kirchlichen Arbeitsrecht, in: AfK 178 (2009), S. 517–531; Stefan Korta, Zur novellierten Kirchlichen Arbeitsgerichtsordnung 2010, in: KuR 16 (2010), S. 43–55; Michael Werneke, Zur Stellung der kirchlichen Arbeitsgerichtsbarkeit in der kanonischen Gerichtsverfassung, in: KuR 17 (2011), S. 209–224; Alfred E. Hierold, Die Arbeitsgerichtsbarkeit der Katholischen Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, in: FS Paarhammer (o. Fn. 6), S. 671–680; Matthias Nowotny, „Dritter“ Weg und KAGH. Geschichte, Struktur, Zusammenhänge, 2018; Reinhard Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche. Staatliches Arbeitsrecht und kirchliches Dienstrecht, 8. Aufl. 2020, S. 292–297. – Kirchliche Arbeitsgerichtsordnung (KAGO) i. d. F. des Beschlusses der Vollversammlung der DBK vom 25. 2. 2010, in: AfK 179 (2010), S. 509–529; dazu Willi Frank, Einführung in die kirchliche Arbeitsgerichtsordnung – KAGO, in: Norbert Beyer u. a., MAVO. Freiburger Kommentar zur Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung einschließlich Kirchliche Arbeitsgerichtsordnung (KAGO), 5. Aufl. 2019 (Losebl.); Kommentierung bei Renate Oxenknecht-Witzsch u. a. (Hg.), Eichstätter Kommentar MAVO/KAGO, 2. Aufl. 2018, S. 803–1058. – S. u. Rn. 52.

⁵⁸ Kirchliche Datenschutzgerichtsordnung (KDSGO) vom 20. 2. 2018, in: ABL. für die Diözese Regensburg 2018, S. 183–187; vgl. Joachim Eder, Die Kirchliche Datenschutzgerichtsordnung, in: ZMV 28 (2018), S. 190 f.; Gernot Sydow, Perspektiven der kirchlichen Gerichtsbarkeit. Die Datenschutzgerichte der katholischen Kirche als (über-)spezialisierte kirchliche Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: KuR 25 (2019), S. 1–8; Sabine Konrad, La protezione dei dati personali nella Chiesa tedesca, in: Ius ecclesiae 31 (2019), S. 449 (464–468). – S. u. Rn. 52.

Die seit 1873 regelmäßig tagende *Freisinger* (auch: Bayerische) *Bischöfskonferenz*, die sich aus den Diözesan- und Weihbischöfen aus Bayern und der Pfalz (Bistum Speyer) zusammensetzt und deren Vorsitz traditionell der Erzbischof von München und Freising von Amts wegen führt, ist keine Bischofskonferenz im Sinne des kirchlichen Gesetzbuchs (cc. 447–459 CIC). Sie entspricht der Sache nach einer Kirchenregion gemäß cc. 433–434 CIC, ist aber als solche nicht förmlich eingerichtet. Die Freisinger Konferenz dient der Koordination des pastoralen Vorgehens der Bistümer der beiden bayerischen Kirchenprovinzen (Bamberg; München und Freising) und beruht auf Herkommen und Gewohnheit.⁵⁹ Sie besitzt, wie andere regionale Bischofstreffen, keine eigene kirchliche Gesetzgebungs- oder Lehrkompetenz. Der Freisinger Konferenz ist u. a. das Katholische Büro Bayern mit Sitz in München zugeordnet.⁶⁰

35

5. Strukturen des Laienapostolats

Das Zweite Vatikanische Konzil hat dem Apostolat der Laien ein eigenes Dokument gewidmet und auf diese Weise dessen Bedeutung sichtlich hervorgehoben.⁶¹ In Deutschland bestehen auf allen Ebenen der katholischen Kirche eigene Organe des Laienapostolates, in denen eine große Zahl entsprechender Vereinigungen und Institutionen vertreten sind.⁶²

36

Das *Zentralkomitee der deutschen Katholiken* (ZdK), dessen Wurzeln in den Generalversammlungen der katholischen Vereine im 19. Jahrhundert liegen, repräsentiert die deutschen katholischen Laien und ihre Verbände auf der Bundesebene. Organe des Zentralkomitees sind die zweimal im Jahr tagende Vollversammlung, der Hauptausschuss und das Präsidium. Die Vollversammlung hat rund 230 Mitglieder, die sich aus Vertretern der Arbeitsgemeinschaft der katholischen Organisationen Deutschlands, Vertretern der Diözesanräte der deutschen Bistümer und Einzelpersonlichkeiten aus dem öffentlichen Leben (Politik, Wissenschaft, Wirtschaft, Kultur) zusammensetzen. Der Hauptausschuss, in den 35 Mitglieder gewählt werden, ist

37

⁵⁹ Vgl. *Wolfgang Vogl*, Die bayerischen Bischofskonferenzen 1850–1918, 2012.

⁶⁰ Vgl. *Karl Jüsten*, → § 37.

⁶¹ Concilium Vaticanum II, Decretum de apostolatu laicorum „Apostolicam actuositatem“, in: AAS 58 (1966), S. 837–864, lateinisch und dt. (mit Einleitung und Kommentar von *Ferdinand Klostermann*), in: Das Zweite Vatikanische Konzil. Konstitutionen, Dekrete und Erklärungen, T. II, 1967, S. 585–701.

⁶² Vgl. *Stephan Haering*, Vereine / Vereinswesen: II. Kirchl., 1. Deutschland, b) Kath., in: RGG⁴, Bd. VIII, 2005, Sp. 961–963.

für die Arbeit zwischen den Vollversammlungen zuständig. Das Präsidium des ZdK besteht aus dem Präsidenten, vier Vizepräsidenten und dem Generalsekretär. Die Deutsche Bischofskonferenz beruft einen Geistlichen Assistenten für das ZdK, der beratend an den Sitzungen teilnimmt. Das Generalsekretariat des ZdK mit Sitz in Bonn-Bad Godesberg hat rund 30 hauptamtliche Mitarbeiter. Das ZdK hat u. a. die Aufgabe, die Anliegen der Katholiken in der Öffentlichkeit zu vertreten und ist für die Durchführung der Deutschen Katholikentage verantwortlich. In der Gemeinsamen Konferenz treffen zweimal jährlich je zehn Vertreter der Deutschen Bischofskonferenz und des ZdK zusammen, um sich über gemeinsame Themen und Aufgaben zu beraten.⁶³

- 38** In den einzelnen deutschen Bistümern bestehen *Diözesanräte* als bischöflich anerkannte Organe zur Koordination des Laienapostolats und zur Förderung des apostolischen Wirkens.⁶⁴ Außerdem sollen sie in ihrem Bereich katholische Positionen öffentlich zur Geltung bringen. Den Diözesanräten gehören Vertreter der katholischen Verbände und Vereinigungen auf Bistumsebene sowie Delegierte der Dekanatsräte an. In Bayern gibt es neben den Diözesanräten als übergreifendes Gremium das *Landeskomitee der Katholiken in Bayern*, in dem neben Vertretern der Diözesanräte der sieben bayerischen Bistümer auch Delegierte aus bayernweit tätigen Organisationen und Verbänden des Laienapostolats zusammengeschlossen sind; dieses Organ wird landesweit tätig.⁶⁵ Vergleichbare Funktionen erfüllen die Landesarbeitsgemeinschaft der Diözesanräte in Nordrhein-Westfalen und der Landeskatholikenausschuss in Niedersachsen.⁶⁶

⁶³ Vgl. *Thomas Großmann*, Zentralkomitee der deutschen Katholiken, in: LKR (o. Fn. 46), Sp. 1019–1021; *Stefan Vesper*, Zentralkomitee der deutschen Katholiken, in: *Handbuch Pfarrgemeinderat*, hg. vom Landeskomitee der Katholiken in Bayern, 2012, S. 246–248; weitere Informationen und Quellen (Statut und Geschäftsordnung) auf der Internetseite: <<https://www.zdk.de>>.

⁶⁴ Vgl. *Heike Künzel*, Apostolatsrat und Diözesanpastoralrat. Geschichte, kodikarische Vorgaben und Ausgestaltung in Deutschland, 2002; *dies.*, Diözesan- und Pastoralräte in Deutschland – eine Bestandsaufnahme, in: *Forum Katholische Theologie* 20 (2004), S. 282–292.

⁶⁵ Vgl. *Karl Eder*, Landeskomitee der Katholiken in Bayern, in: *Hb. Pfarrgemeinderat* (o. Fn. 63), S. 180–182; weitere Informationen auf der Internetseite: <www.landeskomitee.de>.

⁶⁶ Vgl. *Karin Stienecke*, Landesarbeitsgemeinschaft der Diözesanräte in NRW, in: *Hb. Pfarrgemeinderat* (o. Fn. 63), S. 176–177; *Heinz Niepötter*, Landeskatholikenausschuss in Niedersachsen, ebd., S. 177–179.

Organe des Laienapostolats sind auch auf den Ebenen der Pfarreien und der Dekanate bzw. der weiteren überörtlichen Strukturen eingerichtet.⁶⁷

39

6. Der katholischen Kirche zugeordnete Institutionen

Es gibt in Deutschland zahlreiche Einrichtungen, Verbände und Vereinigungen, die nicht in die Verfassungsstruktur der katholischen Kirche im engeren Sinne eingegliedert, aber der katholischen Kirche zugeordnet sind und unter entscheidendem kirchlichen Einfluss stehen oder kirchliche Aufgaben wahrnehmen. Sie sind in verschiedenen Rechtsformen organisiert. Exemplarisch seien der Bund der Deutschen Katholischen Jugend als Dachverband katholischer Kinder- und Jugendverbände, der Deutsche Caritasverband und das Kolpingwerk als besonders große und bekannte Institutionen solcher Art genannt.⁶⁸ Auch im Bereich des Bildungswesens gibt es zahlreiche Träger von Einrichtungen, die als katholisch zu qualifizieren sind, aber nicht unmittelbar durch Organe der Kirchenverfassung getragen werden (z. B. die Stiftung Katholische Universität Eichstätt-Ingolstadt als kirchliche Stiftung des öffentlichen Rechts).

40

III. Organisation der Bistümer

Die Eigenart und die innere Struktur der deutschen Bistümer sind in den wesentlichen Grundzügen durch das allgemeine Kirchenrecht vorgegeben. Demnach ist eine Diözese „der Teil des Gottesvolkes, der dem Bischof in Zusammenarbeit mit dem Presbyterium zu weiden anvertraut wird“ und bildet „eine Teilkirche, in der die eine, heilige, katholische und apostolische Kirche Christi wahrhaft gegenwärtig ist und wirkt“ (c. 369 CIC). Sie ist öffentliche juristische Person des kanonischen Rechts und nach deutschem Staatskirchenrecht eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 WRV; Art. 13 RK).⁶⁹

41

⁶⁷ S. dazu u. III., Rn. 60, 66.

⁶⁸ Vgl. *Alfred E. Hierold*, Organisation der Caritas, in: HKKR³, S. 1463–1468; *Gernot Sydow*, → § 50.

⁶⁹ Zum ganzen Abschnitt: *Aymans*, Kanonisches Recht II (o. Fn. 1), S. 328–446; *Rhode*, Kirchenrecht (o. Fn. 1), S. 108–131; *de Wall / Muckel*, Kirchen-

- 42** Im Einzelfall kann es Besonderheiten in der Bistumsorganisation geben. So ist etwa im Bistum Münster der niedersächsische Diözesanteil als eigener, weitgehend selbständig verwalteter Officialatsbezirk Oldenburg organisiert, der unter Leitung eines Weihbischofs steht; dieser führt den Titel Bischöflicher Official und hat seinen Amtssitz in Vechta.⁷⁰
- 43** Die Bischöfe der 27 deutschen Bistümer des lateinischen Ritus sind in ihrem Gebiet auch für die Seelsorge der orientalischen Katholiken verantwortlich⁷¹, soweit nicht eine eigene Hierarchie dieser Kirchen besteht. Dies ist in Deutschland nur für die Gläubigen der ukrainisch-katholischen Kirche der Fall.⁷²

1. Bischof, Bischöfliche Kurie, diözesane Ratsgremien und Priesterseminar

- 44** Die Leitung eines Bistums liegt in den Händen des Diözesanbischofs, der in seiner Aufgabe vor allem durch die Bischöfliche Kurie mit ihren verschiedenen Amtsträgern und durch verschiedene Ratsorgane unterstützt wird. Als eigene diözesane Einrichtung zur Ausbildung des klerikalen Nachwuchses gibt es im Bistum regelmäßig ein Priesterseminar.

a) Diözesanbischof

- 45** Dem Diözesanbischof kommt in seinem Bistum „alle ordentliche, eigenberechtigte und unmittelbare Gewalt zu, die zur Ausübung seines Hirtendienstes erforderlich ist“ (c. 381 § 1 CIC), soweit nicht ausdrückliche rechtliche Vorbehalte bestehen, etwa zugunsten des Apostolischen Stuhls.⁷³ Im Amt des Bischofs ist die ganze kirchliche Voll-

recht (o. Fn. 1), S. 142–153; Müller/Ohly, *Katholisches Kirchenrecht* (o. Fn. 1), S. 281–304.

⁷⁰ Vgl. Christian Gerdes, *Der Bischöflich Münstersche Official zu Vechta. Ein kirchliches Amt sui generis*, 2010; Max Georg von Twickel, *Die katholische Kirchenordnung in Oldenburg nach 1803. Entstehung und Geschichte regionaler Eigenständigkeit im Verbund mit dem Bistum Münster*, 2015.

⁷¹ S. cc. 383 § 2, 476, 479 § 2 CIC.

⁷² S. o. Rn. 17.

⁷³ Vgl. Heribert Schmitz, *Der Diözesanbischof*, in: HKKR³, S. 593–611; Georg Bier, *Die Rechtsstellung des Diözesanbischofs nach dem CIC von 1983*, 2001; Sebastian Klappert, *Das Verhältnis des Papstes zu den Diözesanbischofen nach dem CIC von 1983*, 2014; zum Amtsauftrag des Diözesanbischofs auch die entsprechenden Beiträge in: Ilona Riedel-Spangenberg (Hg.), *Rechtskultur in der Diözese. Grundlagen und Perspektiven*, 2006; Sa-

macht und Leitungsverantwortung im Bistum konzentriert. Der Bischof ist der gesetzliche Vertreter seiner Diözese (c. 393 CIC) sowie alleiniger Gesetzgeber des Bistums und zugleich dessen oberster Verwalter und Richter. In den Aufgaben der Verwaltung erhält der Diözesanbischof vor allem durch den Generalvikar und die Bischofsvikare die erforderliche Unterstützung und Vertretung. In der gerichtlichen Rechtspflege wird er regelmäßig durch den Gerichtsvikar (Offizial) und die Richter vertreten. Insoweit kommt die Unterscheidung der Funktionen kirchlicher Gewalt zur Geltung. Dem Diözesanbischof können vom Papst nach Bedarf auch Hilfsbischöfe (Auxiliarbischöfe, Weihbischöfe) beigegeben werden, die ihm bei den bischöflichen Weihehandlungen und der Leitung der Diözese beistehen. In den meisten deutschen Bistümern gibt es wenigstens einen Weihbischof.

Die Aufgaben des Diözesanbischofs sind umfassend und vielfältig. Er hat die pastorale Sorge für alle ihm anvertrauten Gläubigen wahrzunehmen, die geistlichen Berufungen zu fördern, für die Glaubensverkündigung zu sorgen, das Apostolat zu unterstützen und zu koordinieren, den Gottesdienst zu ordnen und selbst häufig zu feiern sowie die Einhaltung der kirchlichen Ordnung zu überwachen und einzufordern. Die kirchlichen Ämter in der Diözese werden vom Bischof in der Regel frei besetzt (c. 157 CIC). Als Glied des Bischofskollegiums trägt der Diözesanbischof an der Verantwortung für die Gesamtkirche mit und gewährleistet die Einheit von Gesamt- und Teilkirche.

46

Die Diözesanbischöfe der meisten deutschen Bistümer werden gemäß den konkordatären Bestimmungen vom Domkapitel aus einem päpstlichen Dreieuvorschlag gewählt und dann vom Papst zum Bischof ernannt. Die Diözesanbischöfe Bayerns und der Pfalz (Kirchenprovinzen Bamberg und München und Freising) hingegen werden vom Papst, unter Wahrung der konkordatär vereinbarten Bindung an Personalvorschläge der Bischöfe und der Domkapitel dieser Kirchenprovinzen, ernannt (Art. 14 § 1 BayK); wegen der Vielzahl der in den Vorschlagslisten Benannten und wegen der Möglichkeit, zum Vorschlag eines erwünschten Kandidaten gezielt aufzufordern, hat der Papst hierin faktisch sehr große Freiheit.⁷⁴

47

bine Demel / Klaus Lüdicke (Hg.), Zwischen Vollmacht und Ohnmacht. Die Hirtengewalt des Diözesanbischofs und ihre Grenzen, 2015.

⁷⁴ Vgl. Rüdiger Althaus, Die Besetzung des Amtes des Diözesanbischofs in der katholischen Kirche in Deutschland – Geltende Rechtslage und Anliegen, in: Theologie und Glaube 93 (2003), S. 93–112; Stephan Haering, Mitwirkung

b) *Bischöfliche Kurie*

- 48 Die Bischöfliche Kurie (Diözesankurie) ist die Gesamtheit der „Einrichtungen und Personen, die dem Bischof bei der Leitung der ganzen Diözese helfen, insbesondere bei der Leitung der pastoralen Tätigkeit, bei der Besorgung der Verwaltung der Diözese sowie bei der Ausübung der richterlichen Gewalt“ (c. 469 CIC); sie wird in Deutschland vielfach auch Ordinariat genannt. Die Bischöfliche Kurie umfasst einerseits die diözesane Verwaltungsbehörde unter Leitung des Generalvikars (Generalvikariat) und andererseits das diözesane Gericht, das vom Gerichtsvikar (Offizial) geleitet wird.⁷⁵
- 49 Der innere Aufbau der *diözesanen Verwaltungsbehörde* ist in den einzelnen deutschen Bistümern in mancher Hinsicht unterschiedlich ausgestaltet.⁷⁶ Dies hängt teilweise mit dem konkreten Bedürfnis der

von Domkapiteln an der Bischofsbestellung in Deutschland. Rechtsfragen um die Wahl des Diözesanbischofs, in: FS Listl (75) (o. Fn. 52), S. 163–183; Thomas Gergen, Die Bischofsbestellung nach katholischem Kirchenrecht und deutschem Staatskirchenvertragsrecht – Verlauf und Probleme des Zusammenspiels zweier Rechtsquellen, in: öarr 52 (2005), S. 38–52; Matthias Pulte, Die Besetzung der bischöflichen Stühle in Deutschland und den deutschsprachigen Ländern nach den Bestimmungen des kanonischen Rechts und der Konkordate zwischen dem Apostolischen Stuhl und den Nationen, in: Entwicklungstendenzen des Staatskirchen- und Religionsverfassungsrechts, hg. von Thomas Holzner/Hannes Ludyga, 2013, S. 385–403; ders., Bischofsernennungen in Deutschland – Wahl, Auswahl oder Diktat?, in: Veritas vos liberabit. Festschrift zum 65. Geburtstag von Günter Assenmacher, hg. von Matthias Pulte/Thomas A. Weitz, 2017, S. 567–584; Stephan Haering, Bischofsernennung – Katholisch, in: LKRR, Bd. I, 2019, S. 418–420.

⁷⁵ Vgl. Peter Platen, Die Diözesankurie, in: HKKR³, S. 638–651; Gianluca Marchetti, La curia come organo di partecipazione a la cura pastorale del Vescovo diocesano, 2000; Heribert Schmitz, Probleme in der Diözesankurie zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in: Iudicare inter fideles. Festschrift für Karl-Theodor Geringer zum 65. Geburtstag, hg. von Winfried Aymans/Stephan Haering/Heribert Schmitz, 2002, S. 433–459; Reinhold Ahlers, Die Diözesankurie als Organ der Mitwirkung an der Hirtensorge des Bischofs, in: Saluti hominum providendo. Festschrift für Wilhelm Hentze, hg. von Rüdiger Althaus/Franz Kalde/Karl-Heinz Selge, 2008, S. 21–30; Helmut Pree, Zuständigkeitsfragen innerhalb der Diözesankurie, in: AfKR 184 (2015), S. 488–498; Michael Benz, Zum Verhältnis von Gerichts- und Generalvikar, in: Theologia Iuris Canonici. Festschrift für Ludger Müller zur Vollendung des 65. Lebensjahres, hg. von Christoph Ohly/Wilhelm Rees/Libero Gerosa, 2017, S. 461–472.

⁷⁶ Vgl. Bernd Denemarck, Dienstleistungen für Hirten und Gläubige. Verwaltung in der Diözese, in: Rechtskultur in der Diözese (o. Fn. 73), S. 216–248.

unterschiedlich großen Bistümer nach einer entsprechend differenzierten oberhirtlichen Behörde zusammen, hat aber auch Gründe im jeweiligen lokalen Herkommen. Die Vorgaben des kirchlichen Gesetzbuchs bilden einen Rahmen, der überall beachtet werden muss, lassen aber dem einzelnen Bischof viel Gestaltungsfreiheit. Die hervorragenden Beamten der bischöflichen Verwaltungsbehörde sind der Generalvikar und die Bischofsvikare, die mit ordentlicher stellvertretender Gewalt ausgestattet sind und für den Bischof handeln; während diese Gewalt beim Generalvikar eine allgemeine ist, üben letztere ihre oberhirtliche Vollmacht im Hinblick auf bestimmte Personengruppen, Regionen oder Sachbereiche aus. Der Generalvikar ist in den meisten deutschen Diözesen gleichzeitig Moderator und Kanzler der Kurie. Als Leiter der Verwaltung ist er dienstlicher Vorgesetzter der Mitarbeiter in den verschiedenen Ressorts, Referaten und Abteilungen seiner Behörde. In jüngster Zeit ist diözesanrechtlich auch die Figur eines eigenen „Amtschefs“ kreiert worden, der als Leiter der oberhirtlichen Behörde neben und unter dem Generalvikar agiert; das neue Amt dient auch dazu, Nichtkleriker, besonders Frauen, an hervorragender Stelle in der diözesanen Leitung zu platzieren.

Zur Bischöflichen Kurie gehören namentlich auch die diözesane Aktenverwaltung und das Archivwesen⁷⁷ (cc. 482–491 CIC) sowie die *diözesane Vermögensverwaltung* (cc. 492–494 CIC). Die weitgehende Eigenständigkeit der Vermögensverwaltung (Bischöfliche Finanzkammer) und des Bischöflichen Finanzdirektors gegenüber dem Generalvikar, die in manchen Bistümern früher üblich war, wurde inzwischen überwunden und das diözesane Finanzwesen als Abteilung in die allgemeine Diözesanverwaltung eingegliedert. Gemäß c. 494 CIC ist der Diözesanökonom der verantwortliche Amtsträger für die Verwaltung des Bistumsvermögens.⁷⁸ Er ist in seiner Amtsführung insbesondere dem diözesanen Vermögensverwaltungsrat Rechen-

50

⁷⁷ Vgl. *Stephan Haering*, Zur rechtlichen Ordnung des kirchlichen Archivwesens, in: AfkKR 171 (2002), S. 442–457; *Thomas Schüller*, Das kirchliche Archivwesen im geltenden Kanonischen Recht, in: *Pragmatische Quellen der kirchlichen Rechtsgeschichte*, hg. von Hanns Peter Neuheuser, 2011, S. 309–334; *Felix Hammer*, Der Auftrag der kirchlichen Archive zum Kulturgut- und Archivalienschutz nach katholischem Kirchenrecht und weltlichem Verfassungsrecht, in: KuR 19 (2013), S. 157–167. – S. auch *Anne-Ruth Wellert*, → § 34.

⁷⁸ Vgl. *Helmuth Pree*, Der Diözesanökonom, sein rechtliches Verhältnis zum Diözesanbischof und seine Rechtsstellung in der Bischöflichen Kurie, in: AfkKR 182 (2013), S. 24–43; *ders.*, La responsabilità dell'economista diocesano. Profili canonistici, in: *Ephemerides Iuris Canonici* 56 (2016), S. 195–217.

schaft schuldig.⁷⁹ In den deutschen Bistümern ist die Funktion dieses Organs regelmäßig auf zwei Gremien aufgeteilt, deren eines für das allgemeine Diözesanvermögen zuständig ist (Verwaltungsrat), während das andere Kompetenz für die Mittel aus der Kirchensteuer besitzt (Kirchensteuerrat, -ausschuss).⁸⁰ Die Mitglieder des Verwaltungsrates werden vom Bischof berufen, die Mitglieder des Steuerrates überwiegend von kirchensteuerpflichtigen Gläubigen gewählt. Der Vermögensverwaltungsrat nimmt bestimmte Beispruchsrechte (Anhörung oder Zustimmung) bei Rechtshandlungen des Bischofs wahr. Der Steuerrat befindet über die Festsetzung der Kirchensteuer und die Verwendung der Kirchensteuermittel, die einen Großteil der Bistumshaushalte ausmachen.⁸¹ Zum diözesanen Vermögen zählt auch das Vermögen (Mensal- oder Tafelgut) des Bischöflichen Stuhls, einer eigenen kirchlichen Rechtsperson, die in den deutschen Diözesen eingerichtet und staatlich Körperschaft des öffentlichen Rechts ist.

51 Das kirchliche Gesetzbuch enthält detaillierte Regelungen für das *diözesane Gerichtswesen* (cc. 1419–1437 CIC).⁸² Demnach gibt es in

⁷⁹ Vgl. Günter Etzel, Der Diözesanvermögensverwaltungsrat, 1994; Althaus (Hg.), 200 Begriffe zum Vermögensrecht (o. Fn. 55), S. 103–106.

⁸⁰ Vgl. Rüdiger Althaus, Diözesanvermögensverwaltungsrat und Diözesankirchensteuerrat. Chancen und Hindernisse für eine intensive Zusammenarbeit, in: *Flexibilitas Iuris Canonici*. Festschrift für Richard Puza zum 60. Geburtstag, hg. von Andreas Weiß/Stefan Ihli, 2003, S. 397–420; Josef Jurina, Die Kirchensteuerräte der deutschen Diözesen, in: FS Listl (75) (o. Fn. 52), S. 683–704; Heribert Hallermann, Diözesanvermögensverwaltungsrat, Diözesansteuerausschuss und Diözesanökonom – Organe kirchlicher Vermögensverwaltung in den bayerischen Diözesen, in: KuR 14 (2008), S. 17–34; Josef Binder/Dirk Hermann Voß, Der Steuerausschuss des Bistums Augsburg – Organ diözesaner Vermögensverwaltung nach Bayerischem Partikular- und Staatskirchenrecht sowie universalkirchlichem Recht, ebd., S. 184–206; Rüdiger Althaus, Die Vermögensverwaltung auf diözesaner Ebene in Deutschland – oder: Impressionen einer Nichtrezeption des CIC, in: *Ius quia iustum*. Festschrift für Helmuth Pree zum 65. Geburtstag, hg. von Elmar Güthoff/Stephan Haering, 2015, S. 699–718; Rainer Autsch, Diözesane Vermögensverwaltung unter Transparenzdruck. Eine kirchenrechtliche Analyse, 2019.

⁸¹ Die für die bay. Bistümer geltenden Vorschriften bei Markus Reif u.a. (Hg.), *Ordnung für kirchliche Stiftungen. Satzungen und Wahlordnungen für die gemeindlichen und gemeinschaftlichen kirchlichen Steuerverbände in den bayerischen (Erz-)Diözesen*. Mit einem Anhang von für diesen Bereich bedeutsamen kirchlichen und staatlichen Vorschriften, 18. Aufl. 2018. – S. auch Felix Hammer, → § 72.

⁸² Vgl. Martin Hülskamp, Rechtsprechung und Rechtsschutz. Die Gerichtsbarkeit des Bischofs in der Diözese, in: *Rechtskultur in der Diözese* (o. Fn. 73), S. 275–299; Heribert Heinemann, *Offizialat und Offizial im Gefüge*

jedem Bistum ein kirchliches Gericht erster Instanz; in den deutschen Diözesen wird es auch Offizialat oder Konsistorium genannt. Unter der Leitung des Offizials (Gerichtsvikars) sind hier einige Amtsträger (Vizeoffizial, Richter, Bandverteidiger, Kirchenanwalt, Notar) in der gerichtlichen Rechtspflege tätig; hauptsächlich werden Ehenichtigkeitsverfahren bearbeitet. Einige deutsche Diözesen besitzen kein eigenes Gericht, sondern sind an einem interdiözesanen Offizialat mit Zuständigkeit für mehrere Bistümer beteiligt.⁸³ Als kirchliches Gericht zweiter Instanz dient regelmäßig das Gericht des zuständigen Metropoliten bzw., für die Gerichte von Metropoliten, ein anderes, dauerhaft als Berufungsgericht bestimmtes deutsches Diözesangericht (z.B. Augsburg für München; Rottenburg für Freiburg). Die Römische Rota fungiert, falls erforderlich, als Gericht dritter Instanz.

Neben den im Codex Iuris Canonici geordneten diözesanen Gerichten und unabhängig von diesen gibt es auf der Bistumsebene speziell für Deutschland geschaffene *kirchliche Arbeitsgerichte* erster Instanz.⁸⁴ Sie decken ein Rechtsschutzbedürfnis ab, das mit den arbeitsrechtlichen Besonderheiten des „Dritten Wegs“ zur Regelung kirchlicher Arbeitsverhältnisse zusammenhängt.⁸⁵ Die kirchlichen Arbeitsgerichte sind überwiegend interdiözesan etabliert.⁸⁶ Für den

52

der Bischöflichen Kurie, in: FS Hentze (o. Fn. 75), S. 111–124; <<https://www.kirchenrecht-online.de/kanon/off.html>>.

⁸³ Das Offizialat Münster ist auch zuständig für das Bistum Essen, das Offizialat Osnabrück für das Erzbistum Hamburg und das Offizialat Erfurt für die Bistümer Dresden-Meißen, Görlitz und Magdeburg sowie für die Apostolische Exarchie der katholischen Ukrainer des byzantinischen Ritus in Deutschland und Skandinavien; vgl. auch *Matthias Pulte*, Triff der Strukturwandel in den deutschen Diözesen auch die kirchliche Gerichtsbarkeit?, in: *De processibus matrimonialibus* 17/18 (2010/11), S. 223–239.

⁸⁴ S. o. Rn. 34 mit Fn. 57.

⁸⁵ *Gregor Thüsing*, → § 59, Rn. 74–76.

⁸⁶ Es bestehen die folgenden kirchl. Arbeitsgerichte (I. Instanz): Für Bayern mit Sitz in Augsburg für die (Erz-)Bistümer Augsburg, Bamberg, Eichstätt, München und Freising, Passau, Regensburg und Würzburg; für den Mittelraum in Mainz für die Bistümer Limburg, Mainz, Speyer und Trier; für die Region Nord-Ost in Hamburg für die (Erz-)Bistümer Berlin, Dresden-Meißen, Erfurt, Görlitz, Hamburg, Hildesheim, Magdeburg, Osnabrück und den nds. Teil des Bistums Münster. In NRW besteht ein interdiözesanes Arbeitsgericht mit Sitz in Köln mit Zuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten aus dem KODA-Bereich für die (Erz-)Bistümer Aachen, Essen, Köln, Münster (nordrhein-westfälischer Anteil) und Paderborn; für Rechtsstreitigkeiten aus dem MAVO-Bereich sind in diesen Bistümern jeweils eigene Gerichte erster Instanz eingerichtet. Kirchl. Arbeitsgerichte für eine einzelne Diözese gibt es

Rechtsschutz in Datenschutzangelegenheiten haben 2018 alle deutschen Bistümer gemeinsam ein *Interdiözesanes Datenschutzgericht* mit Sitz in Köln als Gericht erster Instanz eingerichtet.⁸⁷

- 53 Eine kirchliche Verwaltungsgerichtsbarkeit ist in Deutschland, trotz vielfacher entsprechender Forderungen, bislang nicht geschaffen worden.⁸⁸

c) Diözesane Gremien

- 54 Neben dem bereits erwähnten *Vermögensverwaltungsrat*, der innerhalb der Bischöflichen Kurie angesiedelt ist, und dem gleichfalls erwähnten Kirchensteuerrat bestehen in den deutschen Bistümern auf Diözesanebene weitere Gremien, die als ständige Organe den Bischof beraten und an dessen Handlungen mitwirken.⁸⁹ Zu nennen sind das Domkapitel, der Priesterrat und der Pastoralrat. Darüber hinaus gibt es in den Bistümern auch den *Diözesanrat der Katholiken* als Organ des Laienapostolats⁹⁰ und gemäß lokaler Tradition gegebenenfalls weitere Gremien. Die *Diözesansynode*, die kein ständiges Organ der Beratung des Bischofs ist, sondern nach Bedarf durchgeführt wird, ist in den vergangenen Jahren in Deutschland kaum einberufen worden und hat insgesamt keine bedeutende Rolle gespielt.⁹¹

in den (Erz-)Bistümern Freiburg, Fulda und Rottenburg-Stuttgart. <<https://www.kirchenrecht-online.de/kanon/off.html>>.

⁸⁷ S. o. Rn. 38 mit Fn. 58.

⁸⁸ Vgl. *Dominicus M. Meier*, Verwaltungsgerichte für die Kirche in Deutschland? Von der gemeinsamen Synode 1975 zum Codex Iuris Canonici 1983, 2001; *Josef Jurina*, Verwaltungsgerichtsbarkeit. Kath., in: LKStKR, Bd. III, 2004, S. 823 f.; *Klaus Lüdicke*, Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: LKR (o. Fn. 46), Sp. 989–991.

⁸⁹ Vgl. *Heribert Schmitz*, Die Konsultationsorgane des Diözesanbischofs, in: HKKR³, S. 620–637; *Heribert Hallermann*, Ratlos – oder gut beraten? Die Beratung des Diözesanbischofs, 2010; *Sabine Demel*, Der Diözesanbischof und die diözesanen Räte, in: Zwischen Vollmacht und Ohnmacht (o. Fn. 73), S. 182–207; s. o. Rn. 50.

⁹⁰ S. o. Rn. 38 mit Fn. 64.

⁹¹ Vgl. *Johann Hirnsperger*, Die Diözesansynode. Bemerkungen zu den einschlägigen Normen des CIC unter besonderer Berücksichtigung der Instruktion vom 19. März 1997, in: FS Listl (o. Fn. 32), S. 855–873 (wieder abgedr.: Synodale Prozesse in der katholischen Kirche, hg. von Wilhelm Rees/Ludger Müller, 2016, S. 55–75); *Friedolf Lappen*, Vom Recht zu reden und vom Recht gehört zu werden. Synoden und Foren als Mittel der Teilhabe

Das *Domkapitel*, das in allen deutschen Bistümern eingerichtet ist und sich aus Priestern (und Weihbischöfen) zusammensetzt, hat traditionell einen großen Einfluss auf die Bistumsleitung, einerseits als Kollegialorgan, andererseits aber auch aufgrund der Tatsache, dass Mitglieder der Domkapitel vielfach führende Ämter in der Bischöflichen Kurie innehaben.⁹² In Deutschland üben die Domkapitel auf Beschluss der Bischofskonferenz auch die Funktion des Konsultorenkollegiums aus (c. 502 § 3 CIC) und haben damit bei Rechtshandlungen des Diözesanbischofs eine Reihe von Beispruchsrechten (Anhörung oder Zustimmung) wahrzunehmen. Besonders bedeutsam ist die Stellung des Domkapitels im Hinblick auf die Diözesanleitung während der Vakanz des Bischofsstuhls, nicht zuletzt auch wegen der Beteiligung des Kapitels am Verfahren zur Bestellung eines neuen Diözesanbischofs.⁹³

55

Der obligatorische, unter dem Vorsitz des Diözesanbischofs stehende *Priesterrat* repräsentiert das Presbyterium der Diözese und ist der „Senat des Bischofs“ (c. 495 § 1 CIC).⁹⁴ Auch diesem Gremium kommen bestimmte Beispruchsrechte bei bischöflichen Rechtsakten zu. In den deutschen Bistümern hat der Diözesanbischof kein Konsultorenkollegium aus dem Priesterrat zu berufen, weil dessen Funktion vom Domkapitel wahrgenommen wird.

56

der Gläubigen an den Leitungsfunktionen der Kirche in Deutschland, 2007; Antonio Viana, *Sínodo diocesano*, in: DGDC (o. Fn. 49), Bd. VII, S. 350–354; Christoph Ohly, *Diözesansynode*. Kirchenrechtliche Streiflichter zu einer traditionsreichen Kirchenversammlung, in: TThZ 122 (2013), S. 239–257.

⁹² Vgl. Eva Jüsten, *Das Domkapitel nach dem Codex Iuris Canonici von 1983 unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland und Österreich*, 1993; Heribert Schmitz, *Domkapitel in Deutschland nach der Vatikanischen Wende*. Skizzen – Infos – Stolpersteine, 1998 (abgedr.: *ders.*, *Studien zur kirchlichen Rechtskultur*, 2005, S. 92–140); Stephan Haering, *Rechtsgrundlagen und Strukturen der Domkapitel des deutschen Sprachraumes*, in: *Annali di studi religiosi* 4 (2003), S. 261–276; Matthias Rauch, *Das Recht der Domkapitel in Bayern*. Die einschlägigen Canones des CIC/1983 und ihre statutarische Umsetzung im Bereich der bayerischen Kirchenprovinzen – Künftige Entwicklungsperspektiven, 2017. – Die autonom erlassenen Statuten der Kapitel sind gesammelt bei: Stephan Haering/Burghard Pimmer-Jüsten/Martin Rehak, *Statuten der deutschen Domkapitel*, 2003.

⁹³ S. o. Rn. 47.

⁹⁴ Vgl. Heike Künzel, *Der Priesterrat*. Theologische Grundlegung und rechtliche Ausgestaltung, 2000; Konrad Hartelt, *Verbunden in Weihe und Sendung*. Diözesanbischof und Presbyterium, in: *Rechtskultur in der Diözese* (o. Fn. 73), S. 343–363; Giacomo Incitti, *Consejo presbiteral*, in: DGDC (o. Fn. 49), Bd. II, S. 625–630.

- 57 Die Einrichtung des *diözesanen Pastoralrates* (cc. 511–514 CIC) ist vom allgemeinen Recht nicht zwingend vorgeschrieben und ein solcher besteht auch nicht in allen deutschen Diözesen.⁹⁵ Dem Pastoralrat gehören gemäß gesetzlicher Vorschrift vor allem Laien an, aber auch Kleriker und Ordensleute. Seine Aufgabe ist es, alle Fragen der Pastoral zu beraten und entsprechende Vorschläge zu unterbreiten. Auf die Schaffung des Diözesanpastoralrates haben Bischöfe deshalb verzichtet, weil erhebliche personelle Überschneidungen mit dem Priesterrat und dem Diözesanrat der Katholiken unvermeidlich sind und weil der Pastoralrat teilweise auch als eine gewisse Doppelung des letzteren angesehen wird.

d) Priesterseminar

- 58 In den katholischen Bistümern gibt es grundsätzlich ein eigenes Priesterseminar, welches der Ausbildung des priesterlichen Nachwuchses für die Diözese dient; gegebenenfalls kann die Ausbildung der Kandidaten aber auch in bistumsübergreifenden Einrichtungen erfolgen (c. 237 § 1 CIC).⁹⁶ Die Standorte der deutschen diözesanen Seminare und Theologenkonvikte werden entscheidend von der Möglichkeit mitbestimmt, am Ort katholische Theologie studieren zu können. In Deutschland absolvieren die Priesterkandidaten das Studium regelmäßig an staatlichen oder kirchlichen Theologischen Fakultäten. Seit etwa zwei Jahrzehnten besteht in Deutschland bei den Priesterseminaren eine verstärkte Tendenz zur Konzentration und interdiözesanen Zusammenarbeit.⁹⁷

⁹⁵ Vgl. *Salvatore Berlingó*, I consigli pastorali, in: La Synodalité. La participation au gouvernement dans l'Église. Actes du VIIe congrès international de Droit canonique. Paris, Unesco, 21–28 septembre 1990, 1992, S. 717–744; *Künzel*, Apostolatsrat und Diözesanpastoralrat (o. Fn. 64).

⁹⁶ Vgl. *Winfried Aymans*, Kanonisches Recht, Bd. III, 13. Aufl. 2007, S. 121–132; *Rüdiger Althaus*, Die Aus- und Fortbildung der Kleriker, in: HKKR³, S. 372 (375–385); *Marius Johannes Bitterli*, Das Priesterseminar. Eine Bildungseinrichtung im Wandel?, 2006.

⁹⁷ Vgl. *Stephan Haering*, Theologiestudium und Priesterbildung in Deutschland. Geltende Rechtsgrundlagen, bestehende Strukturen und rechtliche Qualifikation der derzeitigen Standorte, in: Das Geschenk der Berufung zum Priestertum. Zur Zukunft der Priesterausbildung, hg. von Christoph Ohly u. a., 2020, S. 93–105. Derzeit (2020) gibt es aktive diözesane Priesterseminare bzw. Theologenkonvikte in Augsburg, Bonn, Eichstätt, Erfurt, Frankfurt, Freiburg i. Br., Fulda, Mainz, München, Münster, Paderborn, Regensburg, Tübingen und Würzburg. Das Studienhaus St. Lambert (Burg

2. Die innere Struktur des Bistums

Das kirchliche Recht schreibt für die Bistümer eine innere Strukturierung vor. Ein Bistum muss wenigstens in Pfarreien gegliedert werden (c. 374 § 1 CIC). Die deutschen Bistümer machen aber auch von der Möglichkeit Gebrauch, überpfarrliche Strukturen einzurichten, und verfügen über Dekanate. In manchen deutschen Bistümern gibt es daneben noch weitere Verwaltungseinheiten (c. 374 § 2 CIC). Die innere Struktur des Bistums kann durch den Bischof geändert und den jeweils bestehenden Bedürfnissen und Möglichkeiten angepasst werden.⁹⁸

59

a) Dekanat und andere Institutionen

Das Dekanat ist ein Zusammenschluss mehrerer Pfarreien und steht unter Leitung eines Priesters, der das Amt des Dekans bzw. Dechanten innehat.⁹⁹ Es dient der pastoralen Zusammenarbeit der

60

Lantershofen, Bistum Trier) ist ein überdiözesanes Seminar für Priesterkandidaten ohne Berechtigung zum Studium an einer wissenschaftlichen Hochschule. In Berlin-Bliesdorf besteht das Seminar Redemptoris Mater des Erzbistums Berlin für Priesterkandidaten des Neokatechumenalen Weges. Vgl. <<http://priesterseminare.org/>>.

⁹⁸ Dies ist im Verlauf der Geschichte auch immer wieder geschehen; vgl. exemplarisch die detaillierte Darstellung von *Josef Ammer*, Veränderungen in der territorialen Gliederung des Bistums Regensburg seit dem Bayerischen Konkordat von 1817, in: Beiträge zur Geschichte des Bistums Regensburg 48 (2014), S. 81–160; zu aktuellen Veränderungen der Strukturen vgl. *Heribert Schmitz*, Veränderungen der Pfarreienstruktur. Kanonistische Streiflichter, in: AfKKR 174 (2005), S. 417–455; *Ansgar Hense*, Stabilität und Flexibilität – Strukturveränderungen in den Diözesen im Fokus des Kirchen- und Staatskirchenrechts, in: Kirche im Wandel – Rückbau, Umbau und Neubau kirchlicher Institutionen, hg. von Burkhard Kämper/Hans-Werner Thönnies, 2010, S. 57–132; *Matthias Pulte*, Abbruch oder Neukonzeption? Ein kanonistischer Einblick in die Strukturierungsprozesse in deutschen Diözesen, in: Lebendige Kirche in neuen Strukturen. Herausforderungen und Chancen, hg. von Heribert Hallermann u. a., 2015, S. 267–312; *Stephan Haering/Andreas Wollbold*, Weiterentwicklung statt Kahlschlag. Es gibt Alternativen zu Großpfarreien, in: HK 71 (2017), Nr. 11, S. 23–26.

⁹⁹ Vgl. *Rüdiger Althaus*, Amt und Aufgaben des Dechanten im katholischen Kirchenrecht, 1996; *ders.*, Anmerkungen zur Bedeutung des Dekanates im Zuge pfarrlicher Neustrukturierungen, in: Die Kirche von morgen. Kirchlicher Strukturwandel aus kanonistischer Perspektive, hg. von Reinhild Ahlers/Beatrix Laukemer-Isermann/Rosel Oehmen-Vieregge, 2003, S. 69–87; *Margit Weber*, Die Untergliederungen der Diözese, in: HKKR³, S. 657 (659–664). Eine Untersuchung der Dekanatsordnung der dt. Bistümer bei *Rüdiger*

Pfarreien und soll die Einhaltung der kirchlichen Ordnung fördern. Einzelheiten sind in diözesanen Ordnungen geregelt. Bei der räumlichen Umschreibung der Dekanate wird teilweise auf staatliche Verwaltungsstrukturen Rücksicht genommen. In den meisten deutschen Bistümern gibt es auf der Ebene des Dekanats einen Dekanatsrat als Organ des Laienapostolats.

- 61** In manchen Bistümern, deren räumliche Ausdehnung oder große Gläubigenzahl es erfordert, sind über der Ebene des Dekanats noch weitere Strukturen eingerichtet, etwa Kreisdekanate, Regionen oder Visitationsbezirke.¹⁰⁰ Die Leitung solcher Einheiten kann einem Kreis- oder Regionaldekan oder einem Weihbischof anvertraut sein.
- 62** Auf der Ebene des Dekanats oder auch auf den übergeordneten Ebenen sind teilweise Dienststellen eingerichtet, die zur Entlastung der örtlichen Pfarreien vor allem auf dem Gebiet der Verwaltung dienen und eine höhere Professionalität und Effizienz in den entsprechenden Bereichen gewährleisten sollen.

b) Pfarrei

- 63** Die Pfarrei ist eine dauerhaft eingerichtete Gemeinschaft von Gläubigen innerhalb eines Bistums, der ein Pfarrer als eigener Seelsorger zugeordnet ist; dieser Priester übt seinen Dienst unter der Autorität des Diözesanbischofs aus (c. 515 § 1 CIC).¹⁰¹ In der Regel wird die Pfarrei territorial umschrieben und besteht aus jenen Katholiken, die auf dem Gebiet der Pfarrei ihren Wohnsitz haben. Die Pfarrei ist stets eine öffentliche juristische Person des kanonischen Rechts. Neben der Regelform der kanonischen Pfarrei gibt es auch Ersatzformen, für die in den Bistümern unterschiedliche Bezeichnungen verwendet werden. Es kann sich um die Quasi-Pfarrei gemäß c. 516 § 1 CIC handeln, die sich auf dem Weg befindet, eine kanonische Pfarrei zu werden, oder aber um weitgehend selbständige Filialgemeinden mit einem eigenen Seelsorger, die rechtlich zu einer Pfarrei gehören.

Althaus, Pastorale Neuordnung und mittlere Ebene. Kanonistische Schlaglichter, in: FS Paarhammer (o. Fn. 6), S. 497–520.

¹⁰⁰ Vgl. *Weber*, Untergliederungen (o. Fn. 99), S. 657–659.

¹⁰¹ Vgl. *Heribert Hallermann*, Die Pfarrei, in: HKKR³, S. 665–680; *Severin J. Lederhilger*, Der Pfarrer, ebd., S. 681–720; *Heribert Hallermann*, Pfarrei und pfarrliche Seelsorge. Ein kirchenrechtliches Handbuch für Studium und Praxis, 2004.

Eine Pfarrei kann aber auch, abweichend vom Territorialprinzip, für eine bestimmte Gruppe von Gläubigen eingerichtet und nach personalen Merkmalen der zugehörigen Mitglieder definiert werden. Die Muttersprache der Gläubigen, die Nationalität oder die Zugehörigkeit zu einer katholischen Ostkirche eigenen Rechts sind bevorzugte Kriterien für die Schaffung von Personalpfarreien.¹⁰²

64

Die *Leitung und rechtliche Vertretung* der Pfarrei erfolgen durch den Pfarrer. Wegen des Priestermangels, der gegenwärtig in den deutschen Bistümern besteht, konnte in den vergangenen Jahren nicht mehr jede Pfarrei einen eigenen Pfarrer erhalten; man musste auf andere Lösungen ausweichen. Häufig wurde im ersten Schritt einem Pfarrer die Leitung mehrerer benachbarter Pfarreien übertragen, um dann zur Schaffung von Pfarrverbänden oder Pfarreiengemeinschaften zu kommen (vgl. c. 526 CIC),¹⁰³ in manchen Fällen war auch die Fusion der betroffenen Pfarreien das Ziel. An anderen Orten wurde das Pfarramt in einer Pfarrei unbesetzt gelassen und, unter einem priesterlichen Moderator, einem Diakon oder einem Pastoral- oder Gemeindereferenten auf der Basis von c. 517 § 2 CIC faktisch die Leitung der Pfarrei übertragen.

65

Der Codex Iuris Canonici sieht für die Pfarreien zwei *Gremien* vor, den Pfarrpastoralrat (c. 536 CIC), der auf Weisung des Bischofs eingerichtet werden kann, und den verpflichtend vorgeschriebenen Pfarrvermögensverwaltungsrat (c. 537 CIC). In den deutschen Bistümern entspricht dies für den pastoralen Bereich dem Pfarrgemeinderat¹⁰⁴, den in den meisten Diözesen ein gewählter Vorsitzender und

66

¹⁰² Vgl. *Cristina Fernández Molina*, Katholische Gemeinden anderer Muttersprache in der Bundesrepublik Deutschland. Kirchenrechtliche Stellung und pastorale Situation in den Bistümern im Kontext der europäischen und deutschen Migrationspolitik, 2005.

¹⁰³ Vgl. *Heribert Hallermann*, Pfarrverband und Pfarreiengemeinschaften, in: HKKR³, S. 746–759.

¹⁰⁴ Vgl. *Helmuth Pree*, Consilium pastorale paroeziale: Anmerkungen zur Struktur pfarrlicher Mitverantwortung, in: *Iustitia et modestia*. Festschrift für Hubert Socha zum Vollendung seines 65. Lebensjahres, hg. von Peter Boekholt / Ilona Riedel-Spangenberg, 1998, S. 75–101; *Rüdiger Althaus*, Der Pfarrgemeinderat in Pfarreien-Verbünden. Diskussionsbeitrag zu einer Neuorganisation, in: *Ius canonicum in oriente et occidente*. Festschrift für Carl Gerold Fürst zum 70. Geburtstag, hg. von Hartmut Zapp / Andreas Weiß / Stefan Korta, 2003, S. 433–457; *Hildegard Grüenthal*, Der Pfarrgemeinderat in Deutschland – eine gelungene Verbindung von Pastoral- und Apostolatsrat? Rechtliche Überlegungen zum Miteinander und Füreinander im Pfarrgemeinderat, in: *Krönung oder Entwertung des Konzils? Das Verfassungsrecht der katholischen Kirche im Spiegel der Ekklesiologie des Zweiten Vatikanischen Konzils*, hg. von Sabine Demel / Ludger Müller, 2007, S. 252–

nicht der Pfarrer leitet. Diese Regelung wird mit dem Hinweis darauf gerechtfertigt, dass der Pfarrgemeinderat auch Organ des Laienapostolates sei. Das Ratsorgan für die pfarrliche Vermögensverwaltung ist, teilweise aufgrund staatskirchenrechtlicher Einflüsse, in den Bistümern unterschiedlich konzipiert und trägt auch unterschiedliche Bezeichnungen (Kirchenvorstand, Kirchenverwaltung).¹⁰⁵ Im Bistum Rottenburg-Stuttgart gibt es mit dem Kirchengemeinderat nur ein einziges Gremium in der Pfarrei, das sowohl für pastorale Fragen als auch für die Vermögensverwaltung zuständig ist.

- 67** Das pfarrliche Vermögen wird in vielen deutschen Bistümern von den lokalen Kirchen- und Pfründestiftungen getragen, weil die Pfarrei selbst bis zum Codex Iuris Canonici von 1983 nach kanonischem Recht keine juristische Person war. Nunmehr aber ist die Pfarrei von Gesetzes wegen eine öffentliche juristische Person und damit selbst vermögensfähig; bei der Neuerrichtung von Pfarreien wäre demnach die Schaffung einer eigenen Kirchenstiftung als pfarrlicher Vermögensträger nicht mehr erforderlich (wird aber zumindest in Bayern weiterhin praktiziert). Nach staatlichem Recht ist die Pfarrei Körperschaft des öffentlichen Rechts (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV; Art. 13 RK). Die Bildung von Pfarrverbänden oder Pfarreiengemeinschaften zieht teilweise auch Veränderungen im Bereich der pfarrlichen Vermögensverwaltung nach sich.¹⁰⁶

264; *Stephan Haering*, Kirchenrechtliche Grundlagen der Pfarrgemeinderatsarbeit, in: Hb. Pfarrgemeinderat (o. Fn. 63), S. 59–66; *Franz Kalde*, Pfarrpastoralrat, Pfarrgemeinderat und Pfarrvermögensverwaltungsrat, in: HKKR³, S. 737 (737–742); *Nikolaus Schöch*, Kanonistische Überlegungen zum Pfarrgemeinderat mit dreifacher Funktion: Gremium zur Koordinierung des Laienapostolats – Pastoralrat – Vermögensverwaltungsrat, in: FS Pree (o. Fn. 80), S. 549–568; *Thomas Schüller*, Der Pfarrgemeinderat deutscher Prägung – contra legem?, in: *Ius canonicum in communione christifidelium*. Festschrift zum 65. Geburtstag von Heribert Hallermann, hg. von Markus Graulich/Thomas Meckel/Matthias Pulte, 2016, S. 219–238.

¹⁰⁵ *Burkhard Kämper / Markus Schulten*, → § 70, Rn. 64–67. Vgl. *Hans Heimerl / Helmuth Pree*, Handbuch des Vermögensrechts der katholischen Kirche unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse in Bayern und Österreich, 1993, S. 401 f.; *Helmuth Pree / Bruno Primetshofer*, Das kirchliche Vermögen, seine Verwaltung und Vertretung. Eine Handreichung für die Praxis, 2. Aufl. 2010, S. 96–99; *Heribert Emsbach / Thomas Seeberger*, Rechte und Pflichten des Kirchenvorstandes. Eine Einführung in das Recht des Kirchenvermögens und seiner Verwaltung in den Bistümern des ehemaligen preußischen Staatsgebiets, 12. Aufl. 2018; *Kalde*, Pfarrpastoralrat (o. Fn. 104), S. 743–745.

¹⁰⁶ Vgl. *Ansgar Hense*, Vermögensrechtliche Aspekte bei Strukturveränderungen auf kirchengemeindlicher Ebene. Ausgewählte Probleme am Beispiel von Pfarrverbänden, Pfarreiengemeinschaften, Seelsorgeeinheiten und Pfarr-

Wenn ein entsprechendes Bedürfnis besteht, kann aus mehreren Pfarreien (Kirchengemeinden) unter Wahrung der rechtlichen Selbstständigkeit eine Gesamtkirchengemeinde (Kirchengemeindeverband) gebildet werden. Diese übernimmt dann die Trägerschaft für übergreifende pastorale, apostolische oder karitative Aufgaben der beteiligten Pfarreien.

68

In manchen Bistümern wurden, der Forderung von c. 1272 CIC nach Aufhebung des Benefizialwesens entsprechend, die lokalen Pfründen in einem neuen Vermögensträger zusammengeführt.¹⁰⁷

69

IV. Ordensgemeinschaften und weitere geistliche Institutionen

Neben der kirchlichen Verfassungsstruktur und gleichzeitig als integrierender Bestandteil der katholischen Kirche gibt es eine Vielzahl von Ordensgemeinschaften und andere geistliche Institutionen, in denen spezifische Formen des christlichen Lebens gepflegt und kirchliche Aufgaben wahrgenommen werden. Sie sind in der katholischen Kirche Deutschlands vielfältig vertreten.¹⁰⁸

70

fusionen, in: Die Kirche von morgen. Kirchlicher Strukturwandel aus kanonistischer Perspektive, hg. von Reinhild Ahlers/Beatrix Laukemper-Isermann/Rosel Oehmen-Vieregge, 2003, S. 103–128; *Rüdiger Althaus*, Kirche im Umbruch: Reformen auf der Ebene der Pfarrei. Vermögensrechtliche Aspekte, in: FS Reinhardt (o. Fn. 30), S. 31–50; *Beate Paintner*, Ortskirchliches Vermögen in Fusionsprozessen katholischer Kirchengemeinden, in: KuR 18 (2012), S. 197–208; *Rüdiger Althaus*, Die Verwaltung des Vermögens der Kirchengemeinden. Aspekte für eine Fortschreibung des Rechts, in: In verbo autem tuo, Domine. Auf dein Wort hin, Herr. Festschrift für Erzbischof Hans-Josef Becker zur Vollendung seines 70. Lebensjahres, hg. von Rüdiger Althaus, 2018, S. 157–177.

¹⁰⁷ Vgl. *Richard Puza*, Die Vollmacht des Diözesanbischofs und ihre Grenzen am Beispiel der Errichtung einer diözesanen Pfründenstiftung, in: AfKR 175 (2006), S. 113–128.

¹⁰⁸ Vgl. *Andreas Sailer*, → § 29.

1. Verbandstypen

- 71** Im kanonischen Recht unterscheidet man der rechtlichen Typologie nach verschiedene Formen von geistlichen Gemeinschaften.¹⁰⁹ Unter Instituten des geweihten Lebens werden die eigentlichen Orden (Religioseninstitute) und die Säkularinstitute verstanden, welchen die Verpflichtung der Mitglieder auf ein Leben nach den evangelischen Räten (Armut, ehelose Keuschheit, Gehorsam) durch Gelübde oder andere Bindungen gemeinsam ist. Daneben gibt es auch die Gesellschaften des apostolischen Lebens, die kaum von den Orden zu unterscheiden sind, weil sie diesen in Strukturen, Aufgaben und Lebensweise vielfach gleichen. Die verschiedenen Individualformen des gottgeweihten Lebens (Eremiten, Jungfrauen, Witwen) begegnen dagegen regelmäßig nicht in institutionalisierten Verbänden.
- 72** Die Orden (und die Gesellschaften des apostolischen Lebens) haben zumeist eine zentralistische Organisationsstruktur und stehen unter der Leitung eines Generaloberen (z.B. Franziskaner, Jesuiten). Es gibt jedoch bei den älteren Mönchsorden (Benediktiner, Zisterzienser) und bei den regulierten Kanonikern (Prämonstratenser, Augustiner-Chorherren) auch eine föderale Struktur, welche die Autonomie des einzelnen Klosters betont und dem übergeordneten Zusammenschluss, d.h. der monastischen bzw. kanonikalen Kongregation, nur begrenzte Befugnisse zugesteht. Im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen des Codex Iuris Canonici werden die inneren Strukturen der einzelnen Orden weitgehend durch das jeweilige Eigenrecht bestimmt. Die Orden sind, trotz der gebührenden Eigenständigkeit, nicht zuletzt durch ihre Rückbindung an die hierarchische Autorität in die Kirche integriert. Bei den Orden päpstlichen Rechts nimmt der Apostolische Stuhl bestimmte Kompetenzen gegenüber diesen wahr; bei den Orden diözesanen Rechts ist hingegen der jeweilige Diözesanbischof diesbezüglich zuständig.
- 73** Neben vielen Orden, Säkularinstituten und Gesellschaften des apostolischen Lebens sind in Deutschland auch die Personalprälaten vom Heiligen Kreuz und Opus Dei präsent; es handelt sich um einen geistlichen Zweckverband zur Durchführung besonderer apostolischer Aufgaben (cc. 294–297 CIC). Dem Opus Dei gehören Kleriker und Laien an. Es besitzt in Deutschland Zentren an mehreren Orten.¹¹⁰

¹⁰⁹ S. dazu, statt vieler, *Aymans*, Kanonisches Recht II (o. Fn. 1), S. 540–734; *Bruno Primetshofer*, Ordensrecht, 4. Aufl. 2003; *Stephan Haering*, Grundfragen der Lebensgemeinschaften der evangelischen Räte, in: HKKR³, S. 831–845; *Dominicus M. Meier / Elisabeth Kandler-Mayr / Josef Kandler* (Hg.), 100 Begriffe aus dem Ordensrecht, 2015.

¹¹⁰ Vgl. *Amadeo De Fuenmayor Champín / Valentin Gómez-Iglesias / José L. Illanes*, Die Prälaten Opus Dei. Zur Rechtsgeschichte eines Charismas. Darstellung, Dokumente, Statuten, 1994; *Juan Ignacio Arrieta*, Prelatura personal, in: DGDC (o. Fn. 49), Bd. VI, S. 389–399.

2. Deutsche Ordensobernkonferenz und diözesane Ordensgremien

Im Jahr 2006 wurde die *Deutsche Ordensobernkonferenz* (DOK) mit Sitz in Bonn gegründet.¹¹¹ Sie ist eine Konferenz der Höheren Ordensoberinnen und Ordensoberen im Sinn des kanonischen Rechts (cc. 708–709 CIC)¹¹² und entstand als Zusammenschluss der bis dahin getrennt bestehenden Konferenzen der Höheren Oberen der Frauen-, der Kleriker- und der Brüderorden. Ihr gehören etwa 420 Höhere Oberinnen und Obere an, die entweder ihren Amtssitz in Deutschland haben oder in Deutschland wohnen. Höhere Obere aus dem Ausland, die für Niederlassungen ihres Ordens in Deutschland zuständig sind, können sich durch ein in Deutschland wohnendes Ordensmitglied in der Konferenz vertreten lassen. Neben den Höheren Oberen von Religioseninstituten und Gesellschaften des apostolischen Lebens gehören auch Leiter von Säkularinstituten mit ordensähnlicher Struktur der DOK an. Im zivilen Rechtsbereich tritt die DOK als eingetragener Verein auf.

Zweck und Aufgaben der DOK bestehen im Zusammenwirken der Ordensgemeinschaften auf allen Gebieten, die in deren Interesse liegen, und in der Förderung der Zusammenarbeit mit kirchlichen Stellen wie dem Apostolischen Stuhl, der Deutschen Bischofskonferenz sowie einzelnen Bischöfen u. a., aber auch mit staatlichen und öffentlichen Einrichtungen und internationalen Organisationen und Institutionen. Organe der DOK sind der geschäftsführende Vorstand, der erweiterte Vorstand und die Mitgliederversammlung, die einmal jährlich stattfindet. Innerhalb der DOK besteht für die Höheren Oberen der Klerikerorden eine eigene Ordinarienkonferenz (vgl. c. 134 § 1 CIC). Die DOK unterhält ein ständiges Generalsekretariat in Bonn

¹¹¹ Vgl. *Heribert Hallermann*, Die Rechtsstellung der Deutschen Ordensobernkonferenz im kanonischen Recht, in: AfkKR 175 (2006), S. 397–416; *Dominicus M. Meier*, Gemeinsam und doch autonom! Die Deutsche Ordensobernkonferenz (DOK) in der nachkonziliaren Kirche Deutschlands, in: Rezeption des Zweiten Vatikanischen Konzils in Theologie und Kirchenrecht heute. Festschrift für Klaus Lüdicke zur Vollendung seines 65. Lebensjahres, hg. von Dominicus M. Meier u. a., 2008, S. 413–428; *Lars Westinger*, DOK Deutsche Ordensobernkonferenz, in: 100 Begriffe aus dem Ordensrecht (o. Fn. 109), S. 323–325. – Satzung der Deutschen Ordensobernkonferenz vom 8. 6. 2006, in: AfkKR 175 (2006), S. 218–229.

¹¹² Vgl. *Stephan Haering*, Die Konferenzen der höheren Ordensoberen. Vom Zweiten Vatikanischen Konzil (Perfectae caritatis 23) zum revidierten CIC (cc. 708 und 709), in: FS Lüdicke (65) (o. Fn. 111), S. 211–236; *Aitor Jiménez Echabe*, Conferencia de superiores mayores, in: DGDC (o. Fn. 49), Bd. II, S. 481–484.

(„Haus der Orden“) und bildet den Rahmen für die Zusammenarbeit der Ordensverbände in verschiedenen speziellen Sachbereichen (Ausbildung, Wirtschaft, Archive u.a.). Sie gibt die vierteljährlich erscheinende Zeitschrift „Ordenskorrespondenz“ (begr. 1960) heraus.¹¹³

- 76 Auf der Ebene der Diözesen gibt es teilweise eigene Ordensräte, -konferenzen oder Arbeitsgemeinschaften, die sowohl der Koordination des Zusammenwirkens der Orden mit dem Bistum als auch der Zusammenarbeit der Orden untereinander dienen.¹¹⁴

3. Präsenz und Tätigkeit der Orden und anderer geistlicher Gemeinschaften in Deutschland

- 77 In Deutschland gibt es gegenwärtig rund 3.600 Ordensmänner, davon etwa 2.700 Ordenspriester, in 400 Niederlassungen und rund 14.000 Ordensfrauen in 1.226 Niederlassungen, die zu deutschen Verbänden gehören; hinzu kommen rund 1.800 Ordensleute ausländischer Gemeinschaften, die in Deutschland wirken.¹¹⁵ Die Ordensleute arbeiten traditionell in vielen verschiedenen Bereichen wie Seelsorge, Unterricht, Erziehung, Kranken- und Altenpflege, Wissenschaft und kulturellen Aktivitäten. Manche deutsche Ordensleute sind in der Auslandsmission tätig.

- 78 Die Situation der Ordensgemeinschaften in Deutschland ist derzeit im Allgemeinen durch Überalterung und einen starken Rückgang der Mitgliederzahlen gekennzeichnet. Relativ wenigen Neueintritten stehen hohe Sterbezahlen gegenüber. In den vergangenen Jahren wurden zahlreiche Ordensniederlassungen aufgelöst und manche Unternehmungen von den Orden aufgegeben. Die Orden versuchen aber vielfach auch, ihre apostolischen Werke durch einen verstärkten Einsatz von angestellten Mitarbeitern fortzuführen. Es wird auch die Hilfe von ausländischen Ordensleuten in Anspruch

¹¹³ Eine Konferenz Höherer Ordensoberer im Sinn von cc. 708 und 709 CIC ist auch die Salzburger Äbtekonferenz (SÄK), der die Höheren Oberen (Äbte, Konventualpriorien, Administratoren) der Benediktinerklöster des dt. Sprachgebiets angehören. Die dt. Benediktineroberen sind Mitglieder sowohl der DOK als auch der SÄK; vgl. *Stephan Haering*, Salzburger Äbtekonferenz, in: LThK³, Bd. VIII, 1999, Sp. 1507 f.

¹¹⁴ Vgl. exemplarisch *Dominicus M. Meier*, Nicht gegeneinander, sondern miteinander! Die „Paderborner Ordenskonferenz“ als Chance eines neuen Miteinanders in der Erzdiözese Paderborn, in: FS Hentze (o. Fn. 75), S. 229–246.

¹¹⁵ Angaben gem. *Sekretariat der DBK*, Katholische Kirche 2018/2019 (o. Fn. 5), S. 61.

genommen. Teilweise begegnet man neuen Initiativen und, wenn auch vereinzelt, Neugründungen von Klöstern in Deutschland.¹¹⁶ Die Bildung von Schwerpunkten der Orden geschieht tendenziell im großstädtischen Bereich. Der Neuaufbau einer flächendeckenden Verbreitung der Orden, wie sie vor einigen Jahrzehnten wenigstens in den katholischen Regionen Deutschlands gegeben war, ist angesichts der zur Verfügung stehenden Kräfte für die nähere Zukunft nicht zu erwarten.

In Deutschland können Orden, innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes, frei gegründet werden; sie können Niederlassungen errichten und sich betätigen. Diese Freiheiten werden im Reichskonkordat (Art. 15 RK) und in verschiedenen weiteren Verträgen zwischen dem Heiligen Stuhl und deutschen Ländern ausdrücklich anerkannt.¹¹⁷ Das Eigentum der Orden unterliegt, weil es sich um Kirchenvermögen handelt, einer besonderen rechtlichen Garantie. Die Orden erwerben die Rechtsfähigkeit im zivilen Rechtsbereich mittels der dort bereitstehenden Möglichkeiten und bilden beispielsweise einen eingetragenen Verein oder eine Stiftung; in Bayern ist auch die Verleihung des Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts möglich.¹¹⁸

Säkularinstituten gehören derzeit in Deutschland insgesamt etwa 1.350 Personen an, davon rund 1.200 Frauen und 150 Männer.¹¹⁹ Die Mitglieder dieser kirchlichen Gemeinschaften sind den Ordensleuten in vieler Hinsicht vergleichbar und gehen ähnlichen Aufgaben nach.¹²⁰

¹¹⁶ Vgl. *Stephan Haering*, Zwischen Tradition und Zukunft. Die Präsenz von Orden in der Kirche von heute und morgen, in: *Lebendige Kirche in neuen Strukturen* (o. Fn. 98), S. 139–165.

¹¹⁷ Art. 2 BayK, Art. V Abs. 1 BadK Schlussprot., Art. 17 NdsK, Art. 14 KathKV Sachsen (AAS 89 [1997], S. 613–650; SächsGVBl. 1997, S. 18–68; abgedr.: AfkKR 165 [1996], S. 603–632; *Martín de Agar*, *Raccolta di concordati* [o. Fn. 28], S. 411–438), Art. 6 Abs. 2 KathKV Thür. (AAS 89 [1997], S. 756–795; GVBl. Thür. 1997, S. 266–282; abgedr.: AfkKR 166 [1997], S. 214–247; *Martín de Agar*, *Raccolta di concordati* [o. Fn. 28], S. 440–470), Art. 13 KathKV LSA (AAS 90 [1998], S. 470–502; GVBl. LSA 1998, S. 161–176; abgedr.: AfkKR 167 [1998], S. 253–277; *Martín de Agar*, *Raccolta di concordati* [o. Fn. 28], S. 485–510); vgl. *Hermes*, Konkordate im vereinigten Deutschland (o. Fn. 22), S. 438–444.

¹¹⁸ Zum Körperschaftsstatus der Orden s. Art. 26a KiStG Bay.

¹¹⁹ S. *Sekretariat der DBK*, Katholische Kirche 2018/2019 (o. Fn. 5), S. 62.

¹²⁰ Vgl. *Dominicus M. Meier*, Die Säkularinstitute, in: HKKR³, S. 879–889.

§ 21

Die Organisation der evangelischen Kirche in Deutschland

Von Hans Ulrich Anke und Burkhard Guntau

I. Grundlagen evangelischer Kirchenorganisation	1–14
1. Historische Prägung durch das Landeskirchentum	2–7
a) Entstehung des Landeskirchentums	2–4
b) Organisationsgestalt des Landeskirchentums	5–7
2. Die Ordnungsfunktion des evangelischen Kirchenrechts	8–9
3. Kirchenleitung nach evangelischem Verständnis	10–12
4. Kirchenvermögen und -finanzen als materielle Basis	13–14
II. Die Kirchengemeinde	15–18
1. Gemeindepfarramt	16
2. Kirchenvorstand	17–18
III. Die landeskirchliche Mittelstufe	19–21
IV. Die Landeskirchen	22–29
V. Partielle Zusammenschlüsse von Landeskirchen	30–35
1. Territoriale Zusammenschlüsse von Landeskirchen	30
2. Bekenntnisgebundene Zusammenschlüsse von Landeskirchen	31–35
a) Die Union Evangelischer Kirchen in der EKD (UEK)	31
b) Vereinigte Evangelisch-Lutherische Kirche Deutschlands (VELKD)	32–33
c) Das Verbindungsmodell zwischen UEK, VELKD und EKD	34–35
VI. Die Gemeinschaft aller Landeskirchen in der EKD	36–61
1. Konstituierende Elemente und Aufgaben der EKD	36–53
a) Historische Entwicklung	36–38
b) Kirchengemeinschaft bekenntnisverschiedener Kirchen	39

c) Rechtsgemeinschaft	40–42
d) Förderung der Gemeinschaft durch Koordination und verwaltungspraktische Unterstützung	43
e) Theologische Arbeit	44–45
f) Evangelische Medienarbeit	46
g) Einrichtungen und Werke	47–49
h) Ökumene und Auslandsarbeit	50–51
i) Seelsorge in der Bundeswehr und in der Bundespolizei	52
j) Politische Vertretung gesamtkirchlicher Anliegen	53
2. Die Organe der EKD	54–61
a) Synode	55–56
b) Kirchenkonferenz	57–58
c) Rat	59–60
d) Kirchenamt	61
VII. Die kirchliche Gerichtsbarkeit	62–67
1. Verfassungsgerichtsbarkeit	63
2. Verwaltungsgerichtsbarkeit	64
3. Disziplinargerichtsbarkeit	65
4. Arbeitsgerichtsbarkeit	66
5. Besetzung und Organisation der kirchlichen Gerichte	67
VIII. Die evangelischen Kirchen in der internationalen Ökumene	68–73
1. Die Gemeinschaft Evangelischer Kirchen in Europa (GEKE)	69
2. Die Konferenz Europäischer Kirchen (KEK)	70
3. Der Ökumenische Rat der Kirchen (ÖRK)	71
4. Der Lutherische Weltbund (LWB)	72
5. Die Weltgemeinschaft Reformierter Kirchen (WGRK)	73
IX. Herausforderungen für die Organisation der evangelischen Kirche	74–76

I. Grundlagen evangelischer Kirchenorganisation

Heil findet der Mensch nach den Einsichten der Reformation nur in der Rechtfertigung durch Gott, d.h. allein bei Christus, allein aus Gnade, allein im Wort, allein aufgrund der Schrift und allein durch den Glauben.¹ Die äußere Gestalt der Kirche war und ist dazu von nachgeordneter Bedeutung. Entscheidend kommt es für die Kirche als Versammlung der Gläubigen darauf an, dass das Evangelium rein gepredigt und die Sakramente dem göttlichen Wort gemäß gereicht werden (Art. 7 CA). Darauf sind die Organisationsstrukturen und Ordnungen der Kirche auszurichten und nach Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit und Effektivität auszugestalten.²

1

1. Historische Prägung durch das Landeskirchentum

a) Entstehung des Landeskirchentums

Luther stellte in seiner „Lehre von den zwei Reichen“ die Notwendigkeit heraus, das geistliche vom weltlichen Regiment zu trennen.³ Die Lösung von der unitarisch ausgerichteten römisch-katholischen Kirche nötigte die Reformatoren aber dazu, Schutz bei den Landesherren zu suchen, die bereit waren, ihren Lehren zu folgen,⁴ denn der Kaiser hielt an der alten römisch-katholischen Ordnung fest. So entstanden nach der Reformation im 16. Jahrhundert in Deutschland

2

¹ *Rat der EKD*, Rechtfertigung und Freiheit. 500 Jahre Reformation 2017, 2014, S. 24 ff.

² *Heinrich de Wall/Stefan Muckel*, Kirchenrecht, 4. Aufl. 2014, § 24, Rn. 14, S. 248; *Peter Unruh*, Grundlagen und Grundzüge evangelischer Kirchenverfassung (§ 9), in: HEKR, Rn. 58 ff.; *Burkhard Guntau*, Der Kirchenschatz der Evangelisch-lutherischen Landeskirche Hannovers, in: ZevKR 46 (2001), S. 385 (390).

³ *Andreas Thier*, Grundlagen und Anfänge der Geschichte des evangelischen Kirchenrechts (§ 2), in: HEKR, Rn. 26 ff.; *Heinrich de Wall*, Grundfragen des evangelischen Kirchenrechts (§ 1) A. Grundbegriffe und rechtstheologische Grundlagen, in: HEKR, Rn. 19 ff.

⁴ *de Wall/Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 4 I 4, Rn. 13 ff., S. 30 f.; *Hans Ulrich Anke*, Rechtsquellen und kirchliche Gesetzgebung (§ 4), in: HEKR, Rn. 6 ff.; *Unruh*, Grundlagen und Grundzüge evangelischer Kirchenverfassung (o. Fn. 2), Rn. 2 ff.; *Christian Heckel*, Die Verfassung der evangelischen Landeskirchen (§ 11), in: HEKR, Rn. 11 ff.

nach und nach eine Vielzahl evangelischer Landeskirchen.⁵ An den konfessionellen Konflikt knüpften politische Auseinandersetzungen an, in deren Folge kriegereische Auseinandersetzungen ausbrachen.⁶

- 3 Der Augsburger Religionsfriede von 1555, dessen Ergebnis nach dem Ende des 30-jährigen Krieges im Westfälischen Frieden von 1648 bestätigt wurde, suspendierte in den evangelischen Territorien die Jurisdiktionsgewalt der römisch-katholischen Kirche. Formal wurde daran festgehalten, dass es nur eine Kirche im Reich geben solle und der katholische Reichsepiuskopat nach wie vor Träger des Bischofsamtes im ganzen Reich sei. Es wurde unterstellt, dass es gelingen könnte, die konfessionellen Unterschiede zu überwinden und zur Einheit in der einen Kirche zurückzukehren. Bis dahin wurden die evangelischen Bekenntnisse reichverfassungsrechtlich vom Vorwurf der Ketzerei entbunden und damit de jure anerkannt.⁷
- 4 Die lutherischen Reformatoren hatten keine Bedenken, die Aufgaben der Rechtssetzung, Verwaltung und Rechtsprechung in Kirchen-sachen, die Aufsicht über die rechte Lehre und das Schulwesen, die Kontrolle der kirchlichen Vermögensverwaltung und die Armenfürsorge dem evangelischen Landesherrn zu überantworten. So entwickelte sich aus dem anfänglichen Schutz der Reformatoren das landesherrliche Kirchenregiment, d. h. die Leitungsgewalt (das Regiment) des Landesherrn über das evangelische Kirchenwesen in seinem Territorium. Es endete 1919 mit der Trennung von Staat und Kirche nach Art. 137 Abs. 1 WRV, die Landeskirchen aber blieben bestehen und entwickelten eigenständigere Verfassungen.⁸ Dies ist

⁵ Anders verlief die Entwicklung in den skandinavischen Ländern, in denen sich die Könige zum neuen Glauben bekehrten und damit von Anfang an Nationalkirchen entstanden, *Inger Dübeck*, Dänemark, in: LKStKR, Bd. II, S. 416; *Juha Seppo*, Finnland, in: LKStKR, Bd. II, S. 420; *Andreas Aarflot*, Norwegen, in: LKStKR, Bd. II, S. 434; *Sven-Ake Selander*, Schweden, in: LKStKR, Bd. II, S. 449.

⁶ *Christoph Link*, Kirchliche Rechtsgeschichte, 2009, §§ 10 f.

⁷ *Axel v. Campenhausen / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, §§ 5 und 6, S. 11 ff.

⁸ *Unruh*, Grundlagen und Grundzüge evangelischer Kirchenverfassung (o. Fn. 2), Rn. 21 ff.

der Grund dafür, dass viele der heute 20 Landeskirchen⁹ noch die territorialen Verhältnisse der staatlichen Neuordnung in Deutschland durch den Wiener Kongress von 1815 widerspiegeln. Denn Gebietsveränderungen im Verlaufe des 19. Jahrhunderts wie z.B. von Preußen durch Annexionen Hannovers und Schleswig-Holsteins führten nicht dazu, dass deren Landeskirchen in der Preußischen Union aufgingen¹⁰. Mit dem Erlöschen des Staatskirchentums blieben die territorialen Gegebenheiten unverändert, soweit sie nicht durch spätere Zusammenschlüsse verändert wurden.¹¹

⁹ Ev. Landeskirche Anhalts, Ev. Landeskirche in Baden, Ev.-Luth. Kirche in Bayern, Ev. Kirche in Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz, Ev.-luth. Landeskirche in Braunschweig, Bremische Ev. Kirche, Ev.-luth. Landeskirche Hannovers, Ev. Kirche in Hessen und Nassau, Ev. Kirche von Kurhessen-Waldeck, Lippische Landeskirche, Ev. Kirche in Mitteldeutschland, Ev.-Luth. Kirche in Norddeutschland, Ev.-Luth. Kirche in Oldenburg, Ev. Kirche der Pfalz (Protestantische Landeskirche), Ev.-ref. Kirche, Ev. Kirche im Rheinland, Ev.-Luth. Landeskirche Sachsens, Ev.-Luth. Landeskirche Schaumburg-Lippe, Ev. Kirche von Westfalen und Ev. Landeskirche in Württemberg. Die Landeskirchen weisen erhebliche Größenunterschiede auf, die von rund 2,6 Millionen in der Ev.-luth. Landeskirche Hannovers bis zu rund 334.000 in der Ev. Landeskirche Anhalts reichen, Stand 2017, EKD-Broschüre *Gezählt – Zahlen und Fakten zum kirchlichen Leben*, Ausgabe 2018 (S. 8), <https://archiv.ekd.de/download/gezaehlt_zahlen_und_fakten_2018.pdf>.

¹⁰ *Hans Martin Müller*, Landeskirche, in: LKStKR, Bd. II, S. 682 f.

¹¹ So schon 1920 durch den Zusammenschluss der acht thüringischen Landeskirchen zur Thüringischen ev. Landeskirche. In Hessen schlossen sich 1933 die drei südlichen Kirchen (Hessen-Darmstadt, Nassau, Frankfurt am Main) ohne Hessen-Kassel und Waldeck zur Evangelische Landeskirche Nassau-Hessen zusammen, die seit 1947 den Namen Evangelische Kirche in Hessen und Nassau trägt. 1934 wurde aus der Evangelischen Landeskirche in Hessen-Kassel und der Evangelischen Landeskirche in Waldeck die Evangelische Kirche von Kurhessen-Waldeck gebildet. 1977 war die Nordelbische Ev.-Luth. Kirche durch Vereinigung von vier selbständigen Landeskirchen, der Ev.-Luth. Kirche im Hamburgischen Staate, der Ev.-Luth. Kirche in Lübeck, der Ev.-Luth. Landeskirche Schleswig-Holstein, der Ev.-Luth. Landeskirche Eutin und des Kirchenkreises Harburg der Ev.-Luth. Landeskirche Hannover hervorgegangen, die sich 2012 mit der Ev.-Luth. Landeskirche Mecklenburgs und der Pommerschen Ev. Kirche zur Ev.-Luth. Kirche in Norddeutschland zusammenschloss. 2004 schlossen sich die Ev. Kirche in Berlin-Brandenburg und die Ev. Kirche der schlesischen Oberlausitz zur Ev. Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz zusammen. 2009 wurde durch Vereinigung der Ev. Kirche der Kirchenprovinz Sachsen und der Ev.-Luth. Kirche in Thüringen die Ev. Kirche in Mitteldeutschland gebildet.



b) Organisationsgestalt des Landeskirchentums

Das Landeskirchentum in Deutschland ist geprägt durch die jeweilige Bekenntnisgrundlage als lutherische, reformierte oder unierte¹² Kirche und die räumliche Begrenzung auf ein bestimmtes Gebiet¹³. Die Landeskirchen leiten, anders als die katholischen Bistümer, die Teilkörperschaften der römischen Weltkirche sind, oder die evangelischen Bistümer in Skandinavien, die Untergliederungen ihrer Nationalkirchen sind, ihre rechtliche Existenz nicht von einer höheren Organisationsform auf nationaler Ebene ab. Die 1948 gebildete Evangelische Kirche in Deutschland (EKD) hat als Zusammenschluss der Landeskirchen ihre Kompetenzen von diesen übertragen bekommen.¹⁴

Die lange Tradition des Staatskirchentums wirkt bis heute darin nach, dass die evangelischen Kirchen sich als Körperschaften des öffentlichen Rechts nach Art. 137 Abs. 5 WRV i.V.m. Art. 140 GG organisieren. Das ermöglicht ihnen größere Freiheiten für eine auftragungsgemäße Gestalt der kirchlichen Strukturen und Arbeitsformen als durch privatrechtliche Rechtsformen mit dem Vereins-, Gesellschafts- und Genossenschaftsrecht.¹⁵ Dazu gehört u.a., dass sie sich durch Kirchensteuern finanzieren können, ihr Recht durch Gesetze und Verordnungen setzen, ihre Haushalte durch Haushaltsgesetze feststellen und öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnisse begründen können. Das schließt weiter ein, dass sie das Handeln ih-

¹² In Preußen ging deren Gründung auf das Jahr 1817 zurück. Damals regte der preußische König Friedrich Wilhelm III. an, mit dem 300. Jahrestag der Reformation Luthers solle in seinem Land die Vereinigung der lutherischen und der reformierten Gemeinden durch gemeinsame Abendmahlsfeiern eingeleitet werden.

¹³ *Unruh*, Grundlagen und Grundzüge evangelischer Kirchenverfassung (o. Fn. 2), Rn. 51, S. 384; *Christoph Thiele*, Union, kirchliche, in: *EvStL*⁴, Sp. 2500 (2501 f.). Die bekennntismäßig unterschiedliche Prägung der Landeskirchen hat praktische Auswirkungen beim Umzug von Kirchenmitgliedern aus bekennntnisverschiedenen Landeskirchen. Zieht z.B. jemand aus dem lutherischen Hannover in das unierte Berlin, so wird aus einem lutherischen Christen ein unierte.

¹⁴ Die Grundordnung der EKD bedurfte nach § 10 Abs. 1 der Verordnung über das Zustandekommen einer Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland vom 14. 1. 1948 der Zustimmung aller Gliedkirchen in Deutschland, vgl. dazu *Herbert Claessen*, Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland, 2007, S. 122 ff.; *Burkhard Guntau*, Evangelische Kirche in Deutschland (EKD), in: *LKStKR*, Bd. I, S. 645 f., im Einzelnen siehe unten VI.

¹⁵ *Hans Michael Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003; *Anke*, Rechtsquellen (o. Fn. 4), § 4, Rn. 34, und *Stefan Magen*, → § 27.

rer Verfassungsorgane und ihr Verwaltungshandeln durch eigene unabhängige Kirchengengerichte überprüfen lassen können.¹⁶ Auch ist damit die Organisationsgewalt verbunden, ihre territoriale wie vertikale Gliederung in rechtsfähige Kirchengemeinden vor Ort, ihre Einbindung auf der mittleren Ebene in Kirchenkreise und ihre Zugehörigkeit zur jeweiligen Landeskirche sowie deren Zusammenschlüsse auszugestalten und kirchengesetzlich die mitgliedschaftliche Zugehörigkeit über die Wohnsitznahme zuziehender Evangelischer zu begründen (Parochialrecht).¹⁷

- 7 Auf dieser Grundlage weisen die Landeskirchen in ihrem Aufbau viele Gemeinsamkeiten auf. In den Details aber zeigen sich erhebliche Unterschiede einschließlich der Bezeichnung der kirchlichen Körperschaften und ihrer Organe, die sich auf geschichtliche Entwicklungen,¹⁸ regionale Besonderheiten, theologische, bekenntnisorientierte Entscheidungen, oft aber auch schlicht auf pragmatische Erwägungen zurückführen lassen. Tendenziell sind in den reformiert geprägten Landeskirchen die Leitungsstrukturen stärker presbyterial-synodal ausgerichtet, und die Kirchengemeinden haben im Gesamtgefüge der Landeskirche eine selbständigere Stellung. In den lutherisch geprägten Landeskirchen kommt dem Bischofsamt eine größere Bedeutung zu. Hier können nur die Gemeinsamkeiten der Organisationsstrukturen skizziert werden. Hinsichtlich der jeweils konkreten Situation der einzelnen Landeskirche muss auf die dazu erschienene Literatur verwiesen werden.¹⁹

¹⁶ Peter Unruh, in: Hermann v. Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck (Begr.), Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter Michael Huber / Andreas Voßkuhle, Bd. 3, Art. 137 WRV, Rn. 109 ff.; Burkhard Guntau, Die Neuordnung der Rechtspflege in der Ev. Kirche in Deutschland durch das Kirchengesetz über die Errichtung, die Organisation und das Verfahren der Kirchengengerichte der Evangelischen Kirche in Deutschland, in: ZevKR 51 (2006), S. 327 ff.

¹⁷ Umgesetzt mit § 1 Kirchengesetz der EKD über die Kirchenmitgliedschaft, das kirchliche Meldewesen und den Schutz der Daten der Kirchenmitglieder vom 10.11.1976 (KMitglG EKD), zuletzt geändert durch Kirchengesetz vom 8.11.2001 (ABl. EKD S. 486; mit gliedkirchlicher Zustimmung: ABl. EKD 2003 S. 422); Hans-Peter Hübner, Gemeinde und Kirchengemeinde (§ 10), in: HEKR, Rn. 10 f.

¹⁸ Heckel, Die Verfassung der evangelischen Landeskirchen (o. Fn. 4), Rn. 14 ff.

¹⁹ Dazu insbesondere Gerhard Grethlein / Hartmut Böttcher / Werner Hofmann / Hans-Peter Hübner, Evangelisches Kirchenrecht in Bayern, 1994; Arno Schilberg, Evangelisches Kirchenrecht in Rheinland, Westfalen und Lippe, 2003; Jörg Winter, Die Grundordnung der Evangelischen Landeskirche in Baden, 2011; Andreas Weiss, Kirchenrecht der Evangelischen Kirche in

2. Die Ordnungsfunktion des evangelischen Kirchenrechts

Die Visitationsordnungen des 16. Jahrhunderts waren die ersten rechtlichen Regelungen in den evangelischen Territorialkirchen.²⁰ Um der Einheit der reformatorischen Lehre willen musste die Aufsicht über die evangelischen Pastoren geregelt werden. Um dem geistlichen Charakter Rechnung zu tragen, wurden besondere staatliche Behörden innerhalb der landesherrlichen Regierung, die Konsistorien, geschaffen, die mit Theologen und juristischen Kanzleiräten besetzt waren. Für die Kirchenaufsicht wurde ein eigenes Amt, das des Superintendenten, geschaffen, der als Geistlicher wie auch staatlicher Aufsichtsbeamter, und nicht als Amtsträger einer vom Staat unabhängigen Kirche, ein Doppelamt innehatte.²¹ Bis heute dient die Visitation als übergreifendes Aufsichtsinstrument der Kirchenleitung dazu, geistlich wie rechtlich die Zugehörigkeit der Kirchengemeinden, Kirchenkreise, Dienste, Werke und Einrichtungen zur Landeskirche und damit die Einheit der Kirche zum Ausdruck zu bringen.²² Mit ihr wird wahrgenommen, ob das Wort Gottes schriftgemäß verkündet und die Sakramente schriftgemäß verwaltet werden und sich das kirchliche Leben lebendig und vielgestaltig entfaltet. Die Visitation erstreckt sich auf das Leben der Gemeinde und auf die Amtsführung der Pfarrer und kirchlichen Mitarbeiter. Die Visitation dient dazu, Ziele der Arbeit zu formulieren, die vorhandenen Aktivitäten an diesen Zielen zu messen und Planungen an diesen Zielen auszurichten, zu überprüfen und erforderlichenfalls anzupassen. Und mit der Visitation kann die Kirchenleitung feststellen, ob die Kirchengemeinden und sonstigen Körperschaften die in der Landeskirche geltenden Ordnungen beachten. Der kirchlichen Aufsicht stehen im Wei-

8

Württemberg und ausgewählten evangelischen Freikirchen, 2012 (Jus Ecclesiasticum, Bd. 99); *Herbert Frost*, Strukturprobleme evangelischer Kirchenverfassungen, 1972; *Thomas Barth*, Elemente und Typen landeskirchlicher Leitung, 1995 (Jus Ecclesiasticum, Bd. 53).

²⁰ *Martin Otto*, Neuere Geschichte des evangelischen Kirchenrechts (§ 3), in: HEKR, Rn. 6.

²¹ *Otto*, Neuere Geschichte des evangelischen Kirchenrechts (o. Fn. 20), Rn. 7, S. 137; *Henrik Munsonius / Christian Traulsen*, Aufsicht und Visitation (§ 30), in: HEKR, Rn. 7 ff.; *Klaus Blaschke*, Superintendent, in: LKStKR, Bd. III, S. 638.

²² *Heckel*, Die Verfassung der evangelischen Landeskirchen (o. Fn. 4), Rn. 103 f.; *Munsonius / Traulsen*, Aufsicht und Visitation (o. Fn. 21), Rn. 4, 15 ff, 63 ff., 89 f.; *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 36, Rn. 1, S. 332; *Heinrich de Wall*, Visitation, in: LKStKR, Bd. III, S. 833 f.

teren neben Visitation, Beratung und Empfehlung auch gegebenenfalls rechtliche Zwangsmittel zur Verfügung.²³

- 9 Das Recht hat auch in der evangelischen Kirche eine unverzichtbare verbindliche Ordnungsfunktion.²⁴ Es soll für die kirchliche Arbeit die weltlichen Organisationsformen bereitstellen und durch die Ordnung des Zusammenwirkens der Kirchenglieder die Verkündigung des Evangeliums in Wort und Tat sowie die ordnungsgemäße Verwaltung der Sakramente fördern.²⁵ Es soll die Entscheidungen in der Kirche durchschaubar und überprüfbar machen, damit „alles ehrbar und ordentlich zugeht“ (1 Kor 14, 40). Das Kirchenrecht regelt vorhersehbar und nachprüfbar, von wem in welcher Verfahrensweise und nach welchen Gesichtspunkten Entscheidungen getroffen und Streitigkeiten gelöst werden.²⁶ Diese Rechtssicherheit schützt vor Willkür und stiftet Rechtsfrieden.²⁷

²³ *Munsonius / Traulsen*, Aufsicht und Visitation (o. Fn. 21), Rn. 27 ff.

²⁴ Ausführlich *Christian Traulsen*, Rechtsstaatlichkeit und Kirchenordnung, 2013 (Jus Ecclesiasticum, Bd. 103), S. 221 ff. Die praktische Bedeutung wird schon in Anbetracht der Größenordnung der evangelischen Kirchen erkennbar. Sie haben rund 21,5 Millionen Mitglieder. Bei ihnen sind ca. 240.000 Menschen beruflich und 1,1 Millionen ehrenamtlich beschäftigt, darunter rund 21.000 Pfarrer und Pfarrerrinnen. Jährlich finden über 184.000 Taufen, 184.000 Konfirmationen, 44.000 Trauungen und 272.000 Trauerfeiern statt (Stand 2016, EKD-Broschüre Gezählt 2018 [o. Fn. 9]). Allein in diakonischer Trägerschaft befinden sich rund 31.500 Einrichtungen und Dienste, die auch von Nichtmitgliedern in Anspruch genommen werden. Dazu gehören ca. 8.600 Kindertagesstätten, 150 Krankenhäuser, 1900 Alten- und 1000 Wohnheime für Menschen mit Behinderung (Einrichtungstatistik des Diakonischen Werkes zum 1.1.2016, <<https://www.diakonie.de/statistik/042017-einrichtungstatistik-2016>>).

²⁵ *Anke*, Rechtsquellen (o. Fn. 4), § 4 f., 15 ff.; *Hans Martin Müller*, Luthers Kirchenverständnis und seine Rezeption im deutschen evangelischen Kirchenrecht, in: ZevKR 49 (2004), S. 45 (56); *Klaus Schlaich*, Kirchenrecht und Kirche – Grundfragen einer Verhältnisbestimmung heute, in: ZevKR 28 (1983), S. 337 (354 ff.).

²⁶ *Martin Honecker*, Die Arbeit am kirchlichen Leitbild und das evangelische Kirchenrecht, in: ZevKR 49 (2004), S. 147 (156); *Arne Ziekow*, Rechts-theologie – Eine Annäherung, in: ZevKR 51 (2006), S. 309 (325).

²⁷ Dem dient z. B. für das Verwaltungshandeln das Verwaltungsverfahrensgesetz und -zustellungsgesetz der EKD. Es ist dem Bundesverwaltungsverfahrensgesetz nachgebildet. Dazu näher *Hinnerk Wißmann*, Gegenstand und Ordnung kirchlicher Verwaltungsverfahren (§ 25), in: HEKR, Rn. 38 ff.; *ders.*, Stand und Perspektiven des Evangelischen Kirchenverwaltungsrechts, in: ZevKR 56 (2011), S. 158 ff.; *Burkhard Guntau*, Das Verwaltungsverfahrensgesetz der EKD vom 28. Oktober 2009, in: ZevKR 56 (2011), S. 371 ff.

3. Kirchenleitung nach evangelischem Verständnis

Nach evangelischem Verständnis ist zwischen der geistlichen Leitung und der rechtlichen Leitung der Kirche zu unterscheiden und beides zugleich aufeinander zu beziehen. Die geistliche Leitung ist auf die öffentliche Wortverkündigung, die Sakramentsverwaltung und die Schlüsselgewalt, d. h. das Recht, Sünden zu vergeben oder zu behalten, bezogen. Zwar haben alle Getauften nach evangelischem Verständnis am Verkündigungsauftrag der Kirche teil. Die Berechtigung zur öffentlichen Wortverkündigung im Gottesdienst und zur Sakramentsverwaltung bedarf aber einer besonderen Berufung.²⁸ Für Pfarrerinnen und Pfarrer geschieht dies durch die Ordination nach §§ 4 ff. PfdG.EKD.²⁹ Auch Diakone oder Prädikanten können zur Wahrnehmung des Amtes der öffentlichen Wortverkündigung berufen werden.³⁰

An der rechtlichen Leitung haben gleichberechtigt auch Personen teil, die nicht Träger des geistlichen Amtes sind.³¹ Ihr Dienst findet dabei die gleiche Wertschätzung und Anerkennung wie der der Pfarrer. Auch hier liegt ein wesentlicher Unterschied zur römisch-katholischen Kirche, in der auch die rechtliche Leitung als von Gott übertragen gesehen wird, deshalb an das Bischofsamt gebunden und im Weiteren hierarchisch ausgestaltet ist.³² Kirchenleitende Gremien

²⁸ Zum Ganzen: *de Wall*, Grundfragen des evangelischen Kirchenrechts (o. Fn. 3), Rn. 60 ff.; *ders.*, Pfarrer und Kirchenbeamte (§ 6), in: HEKR, Rn. 9 ff.; *Albert Stein*, Ordination, in: *Das Recht der Kirche*, hg. von Gerhard Rau / Hans-Richard Reuter / Klaus Schlaich, Bd. 3, 1994, S. 73; *Hendrik Munsonius*, Ordination und Beauftragung, in: ZevKR 58 (2013), S. 159 ff.

²⁹ Die Ordination in der evangelischen Kirche als Sendung zur öffentlichen Wortverkündigung und Sakramentsverwaltung ist von der sakramentalen Weihe in den katholischen und orthodoxen Kirchen zu unterscheiden. Sie begründet nicht die Zugehörigkeit zu einem besonderen Priesterstand. Das Predigtamt der Ordinierten ist in der evangelischen Kirche auch nicht dem des Bischofs hierarchisch nachgeordnet, d. h. auch nicht als verbindliches Lehramt ausgestaltet, dazu näher *de Wall*, Grundfragen des evangelischen Kirchenrechts (o. Fn. 3), Rn. 71; *ders.*, Pfarrer und Kirchenbeamte (o. Fn. 28), Rn. 45 ff.

³⁰ Für einen einheitlichen Begriff der Ordination: *de Wall*, Pfarrer und Kirchenbeamte (o. Fn. 28), Rn. 22 mit Fn. 21.

³¹ *Arno Schilberg*, Ehrenamt (§ 9), in: HEKR, Rn. 13 ff.; *Heckel*, Die Verfassung der evangelischen Landeskirchen (o. Fn. 4), Rn. 38 f.

³² Der katholische Diözesanbischof ist persönlich mit uneingeschränkter gesetzgebender, richterlicher und administrativer Gewalt ausgestattet (c. 391 § 1 CIC), dazu näher *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 18 III, Rn. 40; zur Rechtslage in den evangelischen Kirchen *de Wall*, Grundfragen des evan-

gehen vielfach aus Wahlen hervor, so die Kirchenvorstände oder die Synoden. Diese Wahlen unterscheiden sich von Wahlen zu den Vertretungskörperschaften in den politischen Gemeinden, dem Bund und den Ländern. Die Kirchenglieder sind kein „Kirchenvolk“ und damit auch nicht der Souverän der Kirche. Dieser ist allein Christus. Damit greifen Einwände gegen Veränderungen der Wahlergebnisse durch Berufungen, selbst wenn unterlegene Kandidaten berufen werden, nicht durch, die sich im staatlichen Bereich aus dem Demokratieprinzip ergeben. Mit Berufungen kann der Notwendigkeit Rechnung getragen werden, bestimmte Kompetenzen in Gremien einzutragen, die für deren Aufgabenerfüllung von Bedeutung sind.³³

- 12 Auch hinkt der Vergleich von Synoden mit weltlichen Parlamenten. Zwar ist z. B. die Gesetzgebungstätigkeit in der evangelischen Kirche an die des Staates nach Art. 76 Abs. 2 und 3 GG angelehnt.³⁴ Die Synoden dienen aber vor und bei allem der geistlichen Verständigung um einen gemeinsamen Weg der Kirche.³⁵ Denn eben dies bedeutet das griechische Wort „synodos“. Das schließt Meinungsunterschiede nicht aus. In vielen Landessynoden gibt es daher auch unterschiedliche Synodalgruppen. Dennoch stehen sie sich nicht wie Parteien im Staat als Regierungs- und Oppositionsfraktion gegenüber. Ihre Aufgabe besteht vielmehr vor allem darin, die Synodalen umfassend zu informieren und Vorklärunen der Sachfragen zu ermöglichen.³⁶ Das Überstimmen von Minderheiten in gewichtigen Grundsatzfragen kommt nur als ultima ratio in Betracht. Grundsätzlich unverfügbar ist das Bekenntnis. Denn eine Fortbildung der Bekenntnisgrundlagen ist nicht als gestalterischer Akt, sondern nur als einmütige Feststellung in der Form des *magnus consensus* anzunehmen.³⁷

gelischen Kirchenrechts (o. Fn. 3), Rn. 64–67, S. 32 f.; *de Wall/Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 40, S. 350 ff.; *Burkhard Guntau*, Kirchenleitung (J), in: *EvStL*⁴, Sp. 1173–1177; *ders.*, Der Kirchensenat (o. Fn. 2), S. 391.

³³ *Axel v. Campenhausen*, Keine Wahrheitsmehrheit, in: *ders.*, Kirchenrecht und Kirchenpolitik, 1996, S. 82 f.; *Heinrich de Wall*, Kirchengewalt und Kirchenleitung nach lutherischem Verständnis, in: *ZevKR* 47 (2002), S. 149 (160 f.); *Guntau*, Der Kirchensenat (o. Fn. 2), S. 404 f.

³⁴ Dazu näher *Burkhard Guntau*, Das (neue) Gesetzgebungsrecht in der Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland, in: *ZevKR* 47 (2002), S. 639 ff.; *Anke*, Rechtsquellen (o. Fn. 4), Rn. 8, 34 ff., S. 185 ff.

³⁵ *Wolfgang Huber*, Synode und Konziliarität, in: *Das Recht der Kirche* (o. Fn. 28), S. 319.

³⁶ Kritischer *Klaus Bielitz*, Probleme heutiger Synodalpraxis, in: *Das Recht der Kirche* (o. Fn. 28), S. 339 (355 ff.).

³⁷ Dass das Bekenntnis nicht Gegenstand der Gesetzgebung ist, stellt Art. 2 Abs. 2 S. 2 GO EKD ausdrücklich klar. *de Wall*, Grundfragen des evan-

4. Kirchenvermögen und -finanzen als materielle Basis

Auch das kirchliche Vermögens- und Finanzwesen ist mit allen Einnahmen und Ausgaben, Aufwänden und Erträgen dienend auf den Auftrag der Kirche ausgerichtet, um die materielle Basis für das Wirken der Kirche in der Welt zu gewährleisten.³⁸ Die Nutzung kirchlichen Vermögens³⁹ und die finanziellen Ausgaben ermöglichen vielfältige Dienste der Kirche in Verkündigung, Seelsorge, Diakonie und Bildung.⁴⁰ Wesentliche Einnahmequelle sind die Beiträge der Gemeindeglieder, insbesondere die Kirchensteuer⁴¹ und die Kollekten. Dazu kommen Erträge aus Kirchenvermögen, Entgelte für kirchliche Dienstleistungen, Fördermittel aus öffentlichen Kassen, die der evangelischen Kirche wie anderen gesellschaftlichen Trägern zustehen, sowie Staatsleistungen⁴². Die Kirchenfinanzen werden in einer Vielzahl von rd. 16.000 eigenständiger Haushalte kirchlicher Körperschaften bewirtschaftet. Diese bilden einen komplexen Finanzierungsverbund, der von Eigenverantwortlichkeit und Solidarität geprägt ist. Aufgabe der Finanzverfassung ist es u. a., für eine austarierte Gewichtung der Ausgaben für gemeindliche und übergemeindliche

13

gelischen Kirchenrechts (o. Fn. 3), Rn. 97; *Anke*, Rechtsquellen (o. Fn. 4), Rn. 19; *Dietrich Pirson*, Evangelisches Kirchenrecht und Bekenntnis, in: ZevKR 47 (2002), S. 173 (184); *Michael Germann*, Kirchenrechtliche Anforderungen an eine Ausrufung des Bekenntnisnotstands, in: ZevKR 58 (2013), S. 31 (34 ff.).

³⁸ *Hans Ulrich Anke*, Die Struktur kirchlicher Finanzen, in: Religion im öffentlichen Raum, hg. von Karlies Abmeier/Michael Borchard/Matthias Riemenschneider, 2013, S. 175 ff.; *Arne Kupke*, Finanzverwaltungsrecht (§ 26), in: HEKR, Rn. 1; *Michael Droege*, Vermögensverwaltungsrecht (§ 27), in: HEKR, Rn. 3 ff.; *de Wall/Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 35, S. 330 f.; *Wolfgang Lienemann* (Hg.), Die Finanzen der Kirche, 1989.

³⁹ Dazu *Karl-Hermann Kästner*, → § 69; *Michael Germann*, Die kirchliche Vermögensverantwortung nach evangelischem Kirchenrecht, in: EssGespr. 47, 2013, S. 57 ff.; *Droege*, Vermögensverwaltungsrecht (o. Fn. 38).

⁴⁰ Das Jahresbudget der Landeskirchen, ihrer Gliederungen und Zusammenschlüsse in der EKD beträgt rd. 10 Mrd. € (Stand 2009). Der bei weitem größte Anteil wird für Personalaufwand ausgegeben. Näheres unter: <<https://www.kirchenfinanzen.de>>.

⁴¹ *Felix Hammer*, Rechtsfragen der Kirchensteuer, 2002; *ders.*, → § 72.

⁴² Diese betragen nur ca. 2 % der kirchlichen Einnahmen; Stand 2014, EKD-Broschüre: Werte mit Wirkung – Einblicke in die Finanzstatistik 2014 (S. 23), <https://archiv.ekd.de/download/Werte%20mit%20Wirkung_Finanzstatistik%20der%20evangelischen%20Kirche.pdf>. Näher zu den Staatsleistungen: *Michael Droege*, Staatsleistungen an Religionsgemeinschaften im säkularen Kultur- und Sozialstaat, 2004, *Werner Heun*, → § 73.

Aufgaben zu sorgen.⁴³ Dazu gehört, dass jede kirchliche Gliederung ihr Budget im Rahmen des kirchlichen Rechts selbst verantwortet und dass auf allen Ebenen Elemente eines solidarischen Finanzausgleichs wirksam werden.

- 14 Das kirchliche Haushaltsrecht orientiert sich an dem der staatlichen und kommunalen Körperschaften.⁴⁴ Damit gelten die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ebenso wie die von Haushaltswahrheit und Haushaltsklarheit. Sie garantieren die Transparenz des Finanzgebarens der Kirche.⁴⁵ Schattenhaushalte oder „schwarze Kassen“ darf es nicht geben. Zudem finden betriebswirtschaftliche Steuerungsinstrumente wie die Vermögensrechnung mit periodengerechter Abschreibung von Wirtschaftsgütern und eine leistungsbezogene Kostentransparenz angepasst an die kirchlichen Bedürfnisse Anwendung.⁴⁶ Hinzu kommt ein vielgestaltiges Aufsichtsinstrumentarium mit Dokumentations- und Berichtspflichten bis hin zu Genehmigungsvorbehalten z.B. für die Veräußerung oder den Erwerb von Grundstücken oder die Aufnahme von Darlehn.⁴⁷ Zur Kontrolle der kirchlichen Finanzwirtschaft und der Vermögensverwaltung sind selbständige Rechnungsprüfungsämter berufen.⁴⁸

II. Die Kirchengemeinde

- 15 Die Kirchengemeinde⁴⁹ ist die Grundeinheit des kirchlichen Lebens.⁵⁰ Sie umfasst als Regelfall die Ortsgemeinde, die durch die in

⁴³ Kupke, Finanzverwaltungsrecht (o. Fn. 38), Rn. 52 ff.

⁴⁴ Kupke, ebd., Rn. 13 ff.

⁴⁵ Kupke, ebd., Rn. 7 ff.; Droege, Vermögensverwaltungsrecht (o. Fn. 38), Rn. 4; zu den kirchenrechtlichen Regelungen Germann, Die kirchliche Vermögensverantwortung nach evangelischem Kirchenrecht (o. Fn. 39), S. 72 ff.

⁴⁶ Kupke, Finanzverwaltungsrecht (o. Fn. 38), Rn. 48, 58 ff.

⁴⁷ Übersicht bei: Munsonius / Traulsen, Aufsicht und Visitation (o. Fn. 21), Rn. 24, 27 ff.; Droege, Vermögensverwaltungsrecht (o. Fn. 38), Rn. 12 ff.

⁴⁸ Kupke, Finanzverwaltungsrecht (o. Fn. 38), Rn. 56 f.

⁴⁹ In der Ev.-Luth. Landeskirche Sachsens wird sie als „Kirchengemeinde“ und in der Ev. Landeskirche in Baden als „Pfarrgemeinde“ bezeichnet. Der Begriff „Kirchengemeinde“ unterscheidet sich von dem allgemeineren kirchlichen Begriff „Gemeinde“. Luther verwendet ihn für die ganze Kirche. In diesem Sinn ist Gemeinde immer da, wo sich Menschen im Hören auf das Wort Gottes versammeln. Dies Geschehen ist unabhängig von einer bestimmten Organisationsform. Näher zur Kirchengemeinde auch: Frost, Strukturprobleme (o. Fn. 19), § 6, S. 32 ff.; Arno Schilberg, Kirchengemeinden und Landeskirche, in: ZevKR 55 (2010), S. 92; Hendrik Munsonius, Das undeutli-

einem abgegrenzten Gebiet wohnenden Kirchenglieder gebildet wird. Die Begründung, Aufhebung oder Veränderung bedarf als Teil der Organisationsgewalt der Landeskirche eines besonderen Rechtsaktes.⁵¹ Eine Kirchengemeinde kann ausnahmsweise auch nach einem Personenkreis bestimmt sein als Personalgemeinde oder Anstaltsgemeinde. Die Kirchengemeinde regelt und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig im Rahmen des geltenden landeskirchlichen Rechts⁵² im Zusammenwirken ihrer Organe, insbesondere des Pfarramtes und des Kirchenvorstandes.

1. Gemeindepfarramt

Für die evangelische Kirche sind nach Art. 7 CA die öffentliche Wortverkündigung und Sakramentsverwaltung konstitutiv. Beides und die für die Menschen bedeutsamen kirchlichen Amtshandlungen (Taufe, Konfirmation, Trauung und Bestattung)⁵³ finden konkret in der örtlichen Kirchengemeinde statt. Diese Aufgaben nimmt das „Pfarramt“ in der Kirchengemeinde wahr.⁵⁴ Sie sind nicht nur als vorrangige Pflichtaufgaben, sondern zugleich als eigenes „Kanzelrecht“ ausgestaltet. Danach bedarf es der Zustimmung des Ortspfarrers, wenn ein Gemeindeglied eine Amtshandlung von einem auswärtigen Pfarrer („Zessio“) oder in einer anderen als der eigenen Kir-

16

che Wort „Gemeinde“, in: ZevKR 53 (2008), S. 61; *Christian Möller*, Gemeinde I, in: TRE, Bd. XII, S. 316.

⁵⁰ *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 27, Rn. 3 ff.; *Hübner*, Gemeinde und Kirchengemeinde (o. Fn. 17), Rn. 17 und zu den Einzelheiten kirchengemeindlicher Selbstverwaltung Rn. 20 ff.

⁵¹ *Hübner*, Gemeinde und Kirchengemeinde (o. Fn. 17), Rn. 22.

⁵² Die evangelischen Kirchengemeinden sind – anders als die unter der unmittelbaren Autorität des Diözesanbischofs stehenden katholischen Pfarreien, *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 18 III 2d, Rn. 51 – keine der landeskirchlichen Verwaltung unterworfenen und damit weisungsabhängigen Untergliederungen der Landeskirche. Bindungen unterliegen sie, soweit diese das landeskirchliche Recht unter Aufsichtsgesichtspunkten vorsieht, z. B. mit Genehmigungsvorbehalten, ausführlich: *Hübner*, Gemeinde und Kirchengemeinde (o. Fn. 17), Rn. 20 ff.; *Schilberg*, Kirchengemeinden und Landeskirche (o. Fn. 49), S. 92 (97 f.); *Susanne Rosenstock*, Die Selbstverwaltung evangelischer Kirchengemeinden, 2000.

⁵³ *Hendrik Munsonius*, Gottesdienst und Verkündigung (§ 16), in: HEKR, Rn. 50 ff.

⁵⁴ *de Wall*, Grundfragen des evangelischen Kirchenrechts (o. Fn. 3), Rn. 72 ff.; *Hübner*, Gemeinde und Kirchengemeinde (o. Fn. 17), Rn. 26 ff.; *Peter v. Tiling*, Pfarramt, in: LKStKR, Bd. III, S. 203 f.

chengemeinde („Dimmisoriale“) wünscht.⁵⁵ Das Pfarramt ist mit einem oder mehreren Pfarrern besetzt.⁵⁶ Für die Wortverkündigung und Sakramentsverwaltung ist das Pfarramt nicht ausschließlich zuständig. Es besteht eine Mitverantwortung der Gemeinde, die durch den Kirchenvorstand wahrgenommen wird.⁵⁷ Über das Predigtamt, die Sakramentsverwaltung, die Amtshandlungen, den christlichen Unterricht und die Seelsorge in der Kirchengemeinde⁵⁸ hinaus, werden den Pfarrern und Pfarrerninnen zahlreiche weitere Aufgaben der Gemeindeleitung zugewiesen. So sind sie kraft Amtes Mitglieder im Leitungsorgan der Kirchengemeinde⁵⁹ und können dessen Vorsitz übernehmen. Sie begleiten die weiteren Aktivitäten und kirchengemeindlichen Gruppen und repräsentieren die Kirchengemeinde nach außen, u. a. bei öffentlichen Veranstaltungen. Das Dienstverhältnis der Pfarrerninnen und Pfarrer ist ein dem staatlichen Beamtenverhältnis ähnliches öffentlich-rechtliches lebenslanges, umfassendes Dienst- und Treueverhältnis.⁶⁰

2. Kirchenvorstand

- 17 Dem Kirchenvorstand obliegt die rechtliche und wirtschaftliche Leitung der Kirchengemeinde sowie ihre Vertretung im Rechtsver-

⁵⁵ *de Wall*, Pfarrer und Kirchenbeamte (o. Fn. 28), Rn. 70; *Hendrik Munsonius*, Evangelisches Kirchenrecht, 2015, S. 54, 56 ff.; *Peter v. Tiling*, Das Kanzelrecht, in: ZevKR 40 (1995), S. 418 ff.

⁵⁶ Ob dafür eine volle Stelle, mehrere Stellen, die dann zusammen das Pfarramt bilden, oder wie vor allem in ländlichen Gebieten nur Stellenanteile zur Verfügung stehen, so dass ein Pfarrer das Pfarramt in mehreren Kirchengemeinden wahrnimmt, hängt vom Personalbedarf ab. Stehen mehrere Pfarrstellen zur Verfügung, sind für die Pfarrer persönliche Zuständigkeitsbereiche z. B. mit räumlich begrenzten Pfarrbezirken („Sprengeln“) oder inhaltlich bestimmten Aufgabenbereichen zu regeln.

⁵⁷ So hat der Kirchenvorstand z. B. über die agendarische Gestaltung der Gottesdienste und liturgischen Handlungen sowie über die Einführung neuer Gottesdienste zu beschließen, *Munsonius*, Gottesdienst und Verkündigung (o. Fn. 53), Rn. 40 ff., S. 638 ff.; *de Wall/Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 29 II, Rn. 2, S. 294 und § 30 I, Rn. 3, S. 298.

⁵⁸ *Jörg Ennuschat*, Seelsorge (§ 17), in: HEKR, Rn. 5 f.

⁵⁹ Die Bezeichnung hierfür ist in den Landeskirchen unterschiedlich: Kirchenvorstand, Kirchengemeinderat, Gemeindekirchenrat, Kirchenrat oder Presbyterium. Im Folgenden wird nur der Begriff „Kirchenvorstand“ verwendet.

⁶⁰ Dazu *Hendrik Munsonius*, → § 58; *de Wall*, Pfarrer und Kirchenbeamte (o. Fn. 28), Rn. 1 ff., 19 ff.

kehr. Dem Kirchenvorstand gehören der oder die Gemeindepfarrer kraft Amtes an. Die übrigen Mitglieder werden durch die Kirchengemeindemitglieder in der Regel auf sechs Jahre gewählt.⁶¹ Ferner gibt es Regelungen über Berufungen in den Kirchenvorstand. Die Zahl der Mitglieder hängt von der Größe der Kirchengemeinde und dem jeweiligen landeskirchlichen Recht ab. Der Kirchenvorstand tagt in der Regel einmal im Monat. Nähere Regelungen über die Arbeitsweise sind in den landeskirchlichen Verfassungen und Kirchengemeindeordnungen enthalten. Ehrenamtliche Mitglieder des Kirchenvorstandes unterliegen nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 823, 826 BGB) der Haftung für schuldhaft zugefügte Schäden Dritten, aber auch der Kirchengemeinde gegenüber.⁶²

Die Aufgaben des Kirchenvorstandes sind vielfältig und geben weitreichende Möglichkeiten, das Gemeindeleben zu gestalten.⁶³ So verantwortet er im Rahmen der festgelegten Gottesdienstordnungen, den Agenden, den Rahmen für die Gestaltung des Gottesdienstes sowie die Einführung neuer Gottesdienstformen. Er unterstützt und fördert alle Bereiche kirchlichen Lebens vor Ort in der Kinder-, Jugend-, Männer- und Frauenarbeit, der Organisation von Besuchsdiensten, der Kirchenmusik, der Ökumene vor Ort und mit Partnergemeinden weltweit und nimmt diakonische Verantwortung wahr. Er begleitet den Religionsunterricht im Kontakt mit den Unterrichtenden an den Schulen. Wenn eine Pfarrstelle neu besetzt werden muss, wirkt er bei der Besetzung mit.⁶⁴ Er kann Regelungen für die Verteilung der Aufgaben im Pfarramt beschließen, z. B. bei der Frage, welcher Pfarrer für welches Gemeindegebiet zuständig ist. Er verwaltet das Vermögen der Kirchengemeinde und beschließt über den Haushaltsplan, die Haushaltsrechnung, gegebenenfalls die Erhebung des Ortskirchgeldes.⁶⁵ Er stellt privatrechtlich Beschäftigte⁶⁶, gegebenen-

18

⁶¹ Hübner, Gemeinde und Kirchengemeinde (o. Fn. 17), Rn. 33 ff.

⁶² Klaus Blaschke, Haftung, in: LKStKR, Bd. II, S. 203 f.; Dietrich Dehnen, Zivilrechtliche Aspekte der Haftung von Kirchenvorständen, in: ZevKR 44 (1999), S. 51; vgl. auch § 24a Abs. 6 KGO Hannover, wonach die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt ist.

⁶³ Hübner, Gemeinde und Kirchengemeinde (o. Fn. 17), Rn. 29 ff.

⁶⁴ Das Recht der Pfarrerrwahl durch die Kirchengemeinde ist eines der Kennzeichen des presbyterial-synodalen Prinzips der reformierten und unierten Kirchen, Schilberg, Evangelisches Kirchenrecht in Rheinland, Westfalen und Lippe (o. Fn. 19), S. 38. In lutherischen Kirchen gibt es ein alternierendes System der Wahl durch die Kirchengemeinde und der Ernennung durch die Landeskirche, so in Hannover durch § 2 des Kirchengesetzes über die Besetzung der Pfarrstellen.

⁶⁵ Hübner, Gemeinde und Kirchengemeinde (o. Fn. 17), Rn. 42 ff.

falls im Rahmen der durch die Landeskirche oder die dafür zuständigen Kirchenkreise genehmigten Stellenrahmenpläne, ein. Er verwaltet den Gebäudebestand⁶⁷ und das Liegenschaftsvermögen⁶⁸ und kann Gebühren- und Gestaltungssatzungen für die gemeindlichen Friedhöfe⁶⁹ und Kindertagesstätten⁷⁰ erlassen. Die große Vielfalt der Aufgaben stellt die Kirchenvorstände vor erhebliche Herausforderungen.⁷¹ Die besonderen Verhältnisse auf dem Land mit Kirchengemeinden mit oft geringen Mitgliederzahlen und die große räumliche Nähe von Kirchengemeinden in den Städten machen es notwendig, dass Kirchengemeinden zusammenarbeiten. Neben losen Formen arbeitsteiliger Verabredungen in der Gestaltung der kirchlichen Ar-

⁶⁶ Diakone, Religionspädagogen, Kirchenmusiker, Sekretariatskräfte, Küster, Hausmeister, Erzieher in gemeindlichen Kindergärten, Beschäftigte in Sozialstationen und Beratungsstellen, Behinderteneinrichtungen, Jugendwerkstätten, Alten- und Pflegeheimen ...; zu deren arbeitsrechtlichen Status: *Jacob Joussen*, Das Arbeitsrecht in der Kirche (§ 7), in: HEKR.

⁶⁷ Dies umfasst die Bauunterhaltung unter Beachtung der oft notwendigen Denkmalschutzaspekte, dazu *Michael Frisch*, Bauwesen und Denkmalpflege (§ 29), in: HEKR, u. a. Rn. 15 ff.; *Felix Hammer*, → § 66. Allein der Bestand an Sakralgebäuden besteht aus knapp 21.000 Kirchen und Kapellen mit weiteren rund 3.000 Gemeindezentren mit integriertem Kirchenraum (Stand 2016, EKD-Broschüre Gezählt 2018 [o. Fn. 9]). Weiter geht es um die energetische Verbesserung, die Entscheidung für Winterkirchen, die Gestaltung von eigenen oder angemieteten Pfarrdienstwohnungen, den Verkauf nicht mehr benötigter Gebäude und anderes mehr. Wesentliches Ziel des Gebäudemanagements ist eine Reduzierung des Gebäudebestandes und eine Optimierung der Gebäudenutzung unter Berücksichtigung der demographischen und strukturellen Entwicklung.

⁶⁸ Hierzu gehört die Verpachtung von landwirtschaftlichen oder forstwirtschaftlichen Flächen unter Berücksichtigung kirchlicher Positionen zum Thema einer ökologischen Ausrichtung und Entwicklung der Landwirtschaft, der Situation der Nutztierhaltung, von Nachhaltigkeit, Landschaftsschutz, Naturschutz, Umgang mit natürlichen Ressourcen, Gentechnik oder Tierethik.

⁶⁹ *Renate Penßel*, Bestattung und Friedhöfe (§ 24), in: HEKR, Rn. 51 ff.

⁷⁰ *Renate Koch*, Kindertagesstätten und Jugendhilfe (§ 19), in: HEKR, u. a. Rn. 22, 30 ff.

⁷¹ *Ulrich Seelemann*, Chancen und Risiken der Veränderung kirchlicher Organisationsstrukturen, in: ZevKR 53 (2008), S. 160 (170 f.). Je nach Größe haben die Kirchengemeinden zudem mit Ausnahme einer Sekretariatskraft, von ehrenamtlichen Kirchenmeistern (§ 24 Verwaltungsstrukturgesetz in der Ev. Kirche im Rheinland) oder Kirchenpflegern für die Rechnungsführung und laufenden Vermögensangelegenheiten (§ 38 Kirchengesetz über die ev. Kirchengemeinden der Ev. Landeskirche in Württemberg) keine eigenen Verwaltungsmitarbeitenden. Zur Unterstützung bei der Vorbereitung und Ausführung seiner Beschlüsse steht dem Kirchenvorstand deshalb neben besonderen landeskirchlichen Beratungsstellen vor allem das Verwaltungsamt der landeskirchlichen Mittelstufe zur Verfügung.

beit sieht das landeskirchliche Recht auch verbindliche Formen der Gestaltung in eigenen Rechtspersönlichkeiten vor.⁷²

III. Die landeskirchliche Mittelstufe

Außer in der Bremischen Evangelischen Kirche gibt es in den Landeskirchen zwischen der Ebene der Kirchengemeinden und der Landeskirche eine organisatorische Mittelstufe⁷³. Auf dieser Kirchenkreisebene soll die Zusammenarbeit der Kirchengemeinden gefördert und sollen diejenigen Aufgaben erfüllt werden, die die Kraft der einzelnen Kirchengemeinde übersteigen und einer zentralen Entscheidung durch die Landeskirche nicht bedürfen. Die Kirchenkreise haben übergemeindliche Aufgaben, insbesondere auf den Gebieten der Verkündigung, des Erziehungs- und Bildungswesens, der Diakonie, der Mission, der Ökumene und der Öffentlichkeitsarbeit.⁷⁴ Die Bedeutung der Mittelinstanz hat an Gewicht zugenommen, u. a. weil die Anforderungen an die kirchliche Tätigkeit zunehmend komplexer und vielfältiger geworden sind. Die Kirchenkreise übernehmen Aufgaben, die Kirchengemeinden allein nicht gut erfüllen können, sowie solche, die sie wegen ihrer Ortsnähe besser als die zentrale landeskirchliche Verwaltung wahrnehmen können.

19

⁷² So können sich in der Ev.-Luth. Landeskirche Sachsens Kirchengemeinden zu Kirchspielen zusammenschließen (§ 5 Kirchengesetz über Rechtsstrukturen auf der Kirchengemeindeebene). Es können Gesamtkirchengemeinden (§ 86 KGO Bayern) oder Kirchengemeindeverbände gebildet werden oder Aufgaben zur abschließenden Beratung und Entscheidung auf dafür eigens errichtete Kirchenverwaltungsämter übertragen werden, so z. B. für Aufgaben der Dienst- und Fachaufsicht in gemeindlichen Kindergärten, um dort Fachpersonal anzustellen (§§ 75, 97 KGO Bayern, Art. 64 GO Ev. Kirche in Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz, § 50a KGO Hannover).

⁷³ *Frost*, Strukturprobleme (o. Fn. 19), § 18, S. 156 ff.; *Christoph Goos*, Regionale Untergliederungen der evangelischen Landeskirchen (§ 12), in: HEKR, Rn. 1 f.; *de Wall/Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 42, S. 364 f. Die Bezeichnungen sind uneinheitlich: Kirchenkreis, Kirchenbezirk, Dekanatsbezirk, Propstei, Superintendentur; und in der reformierten Kirche: Klasse oder Synodalverband. Im Folgenden wird der Begriff Kirchenkreis verwendet.

⁷⁴ Z. B. durch Tauffeste für alle Gemeinden des Kirchenkreises, durch die Errichtung von Jugendbildungsstätten oder Heimvolkshochschulen, durch die Errichtung von Diakonie- und Sozialstationen, durch weltweite Kirchenkreispartnerschaften, durch Kirchenkreisöffentlichkeitsbeauftragte.

20

Die Kirchenkreise weisen i. d. R. drei Organe auf⁷⁵: ein Repräsentationsorgan der angehörnden Kirchengemeinden („Kirchenkreistag“)⁷⁶, den Kirchenkreisvorstand⁷⁷ und das leitende geistliche Amt („Superintendent“)⁷⁸. Der Kirchenkreistag setzt sich aus Vertretern der angehörigen Kirchengemeinden, der Superintendentin oder dem Superintendenten⁷⁹, weiteren berufenen Mitgliedern und den mit ihrem ersten Wohnsitz im Kirchenkreis lebenden Mitgliedern der Landessynode zusammen.⁸⁰ Der Kirchenkreisvorstand⁸¹ nimmt die Aufgabe des Kirchenkreistages wahr, solange dieser nicht versammelt ist. Er vertritt ihn gerichtlich wie außergerichtlich. Ihm kommen in vielfältiger Weise Planungs-, Koordinierungs- und Ausführungsfunktionen zu. Ihm gehören der Vorsitzende des Kirchenkreistages sowie weitere aus der Mitte des Kirchenkreistages gewählte Persönlichkeiten und der Superintendent an. Neben dieser Funktion nimmt der Superintendent im Rahmen der Visitation und Dienstaufsicht eine Aufgabe der gesamtkirchlichen Kirchenleitung wahr.⁸² Zur geistlichen Leitung gehört die Seelsorge für die Pfarrerschaft und für die kirchlichen Mitarbeitenden sowie die Verantwortung für den gemeinschaftlichen Austausch der beruflich im Kirchenkreis Tätigen, z. B. der Pfarrer im Pfarrkonvent. Schließlich trägt der Superintendent besondere Verantwortung für die Kommunikation zwischen der landeskirchlichen und der gemeindlichen Ebene. Die Verwaltung der Kirchenkreise und ihrer Kirchengemeinden erfolgt im Kirchenkreisamt⁸³, das keine Organqualität besitzt.

⁷⁵ Die Bezeichnung ist in den Landeskirchen ebenfalls sehr unterschiedlich. Hier werden die Begriffe Kirchenkreis, Kirchenkreisvorstand, Kirchenkreisamt und Superintendent verwendet.

⁷⁶ Andere Bezeichnungen: Dekanatssynode, Bezirkssynode, Kreissynode oder Klassentag.

⁷⁷ Andere Bezeichnungen: Kreissynodalvorstand, Klassenvorstand.

⁷⁸ Andere Bezeichnungen: Dekan oder Propst.

⁷⁹ Nicht jedoch in der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Norddeutschland, Art. 49 KVerf., und der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Sachsens, § 8 Abs. 6 Kirchengesetz über die Kirchenbezirke vom 11. 4. 1989 (KABl. S. A 43), zuletzt geändert am 8. 11. 2013 (KABl. 2014 S. A 24).

⁸⁰ Goos, Regionale Untergliederungen der evangelischen Landeskirchen (o. Fn. 73), Rn. 16 ff., S. 524 ff.

⁸¹ Goos, ebd., Rn. 23 ff., S. 529 ff.

⁸² Goos, ebd., Rn. 26 ff., S. 532 ff.

⁸³ Goos, ebd., Rn. 37 ff., S. 538 ff. Auch hier sind unterschiedliche Begriffe gebräuchlich, so Kirchliches Verwaltungsamt, Evangelische Regionalverwaltung, Kirchenkreisamt. Im Folgenden wird der Begriff Kirchenkreisamt verwendet.

In vielen Landeskirchen gibt es darüber hinaus besondere Zuständigkeitsbereiche der geistlichen Leitung und Aufsicht⁸⁴, die mehrere Kirchenkreise umfassen. Ihre Amtsträger⁸⁵ nehmen bischöfliche Aufgaben, insbesondere die der Ordination und der Visitation der Kirchenkreise in ihrem Zuständigkeitsbereich wahr, soweit sich diese nicht der leitende Geistliche der Landeskirche vorbehalten hat.

21

IV. Die Landeskirchen

Die 500-jährige Entwicklung der Landeskirchen mit ihren unterschiedlichen landsmannschaftlichen Prägungen und Frömmigkeitsformen hat zu einer Vielfalt in der organisatorischen und rechtlichen Ausgestaltung geführt. Dennoch lassen sich gemeinsame Grundstrukturen erkennen.⁸⁶ So ist die Kirchenleitung, das heißt die Kompetenz zum Erlass verbindlicher Entscheidungen für die ganze Landeskirche,⁸⁷ verteilt auf die Synode, das leitende geistliche Amt und das aus Theologen und Juristen bestehende kollegiale Leitungsorgan der obersten kirchlichen Verwaltungsbehörde. Einige Landeskirchen haben überdies ein weiteres kirchenleitendes Organ der institutionellen Kirchenleitung geschaffen, das im Sinn einer „Kirchenregierung“ Mitglieder aus den anderen kirchenleitenden Organen versammelt.⁸⁸

22

Ein zentraler Grundsatz evangelischer Kirchenleitung ist, dass alle an ihr Beteiligten gleichrangig im Rahmen der ihnen zugewiesenen Kompetenzen mitwirken. Es besteht zwischen ihnen keine Über-

23

⁸⁴ *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 42 I, Rn. 5.

⁸⁵ Zum Beispiel Regionalbischöfe in Bayern nach Art. 64 KVerf. Bayern und in Hannover nach Art. 55 ff. KVerf. Hannover, Prälaten in Baden und Württemberg, Generalsuperintendenten in der Ev. Kirche Berlin-Brandenburg-Schlesische Oberlausitz.

⁸⁶ Ausführlich zum Ganzen *Heckel*, Die Verfassung der evangelischen Landeskirchen (o. Fn. 4), Rn. 7 ff., 14 ff.; *Unruh*, Grundlagen und Grundzüge evangelischer Kirchenverfassung (o. Fn. 2), Rn. 51 ff., 78 ff.; *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 37 III, Rn. 7 ff., S. 337 ff.

⁸⁷ *Christoph Link*, Kirchenleitung, in: LKStKR, Bd. II, S. 492.

⁸⁸ *Heckel*, Die Verfassung der evangelischen Landeskirchen (o. Fn. 4), Rn. 140 ff.; *Unruh*, Grundlagen und Grundzüge evangelischer Kirchenverfassung (o. Fn. 2), Rn. 82, 86; *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 40, Rn. 10 ff., S. 355 ff.; *Barth*, Elemente (o. Fn. 19), S. 215 ff. So in Braunschweig und der Pfalz die Kirchenregierung, in der Ev. Kirche Berlin-Brandenburg-Schlesische Oberlausitz die Kirchenleitung, in Oldenburg und Württemberg der Oberkirchenrat, in Bayern und in der Ev. Kirche in Mitteldeutschland der Landeskirchenrat.

oder Unterordnung.⁸⁹ Anders als in der katholischen Kirche, in der die Kirchenleitung dem Papst für die Weltkirche und den Diözesanbischöfen für ihre Diözese anvertraut ist, ist nach evangelischem Verständnis die Kirchenleitung nicht dem leitenden geistlichen Amt wesensmäßig vorbehalten. Vielmehr obliegt die Verpflichtung, für die rechte Verkündigung und die stiftungsgemäße Sakramentsverwaltung Sorge zu tragen, allen Verantwortungsträgern nach dem Prinzip der arbeitsteiligen Gemeinschaft und wechselseitigen Verantwortung.⁹⁰

- 24 Der Synode⁹¹ obliegt die kirchliche Gesetzgebung⁹² einschließlich der Verabschiedung des Haushalts. Ferner wählt sie den leitenden Geistlichen und gegebenenfalls weitere kirchenleitende Persönlichkeiten.⁹³ Ihre besondere kirchenleitende Verantwortung nimmt sie wahr durch ihre Mitwirkung an der Einführung von Agenden, Gesangbüchern und kirchlichen Lebensordnungen, der Verabschiedung von Kundgebungen an die Gemeinden und solchen, die sich an staatliche Regierungen oder Parlamente oder andere staatliche Stellen wenden, durch die dem Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen Rechnung getragen wird.⁹⁴

⁸⁹ *Schilberg*, Ehrenamt (o. Fn. 31), Rn. 13 ff.; *Barth*, Elemente (o. Fn. 19), S. 256; *Guntau*, Der Kirchensenat (o. Fn. 2), S. 391. Selbst dort, wo die Verfassungen von Landeskirchen einen Vorrang der Synode formulieren (so im Rheinland und in Westfalen), führt dies nicht zu einer Unterordnung der anderen kirchenleitenden Organe, *de Wall/Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 37 III, Rn. 10, S. 337 f.; *Heckel*, Die Verfassung der evangelischen Landeskirchen (o. Fn. 4), Rn. 144, S. 511.

⁹⁰ *Heckel*, ebd., Rn. 19 f., 38 ff., 140 ff.; *Traulsen*, Rechtsstaatlichkeit (o. Fn. 24), S. 291 ff.

⁹¹ Dazu näher *Heckel*, Die Verfassung der evangelischen Landeskirchen (o. Fn. 4), Rn. 45 ff., S. 462 ff.; *Unruh*, Grundlagen und Grundzüge evangelischer Kirchenverfassung (o. Fn. 2), Rn. 79 ff.; *de Wall/Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 38, S. 339 ff.; Die Bezeichnungen variieren: Landessynode, Kirchensynode, in Bremen: Kirchentag. Im Folgenden wird der Begriff Landessynode verwendet.

⁹² Ausführlich: *Heckel*, Die Verfassung der evangelischen Landeskirchen (o. Fn. 4), Rn. 62 ff.

⁹³ *Heckel*, ebd., Rn. 91 f.

⁹⁴ *Heckel*, ebd., Rn. 85 ff.; zum Öffentlichkeitsauftrag: *Götz Klostermann*, Der Öffentlichkeitsanspruch der Kirche – Rechtsgrundlagen im kirchlichen und staatlichen Recht, 2000 (Jus Ecclesiasticum, Bd. 64); *Rat der EKD*, Das rechte Wort zur rechten Zeit. Eine Denkschrift des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland zum Öffentlichkeitsauftrag der Kirche, 2008; *Martin Morlok*, → § 35. Der Staat erkennt den Öffentlichkeitsanspruch in den Staatskirchenverträgen ausdrücklich an, so zuerst in der Präambel des Vertrages des Landes Niedersachsen mit den Evangelischen Landeskirchen in Niedersachsen vom 19. 3. 1955 (GVBl. S. 159).

Die Mitglieder der Landessynode werden entweder von den Kirchenvorständen oder direkt durch die Kirchenmitglieder wie bei der „Urwahl“ in Württemberg für eine Amtszeit von in der Regel sechs Jahren gewählt⁹⁵. Weitere Synodale werden auch durch andere kirchenleitende Organe berufen oder gehören ihr als geborene Mitglieder⁹⁶ an. Die Mitglieder der Synode sind an keine Weisungen gebunden.⁹⁷ In ihrer Arbeitsweise zeigt die Synode Parallelen mit dem staatlichen Parlament.⁹⁸ Sie ist dabei aber immer auch und vor allem kirchliche Versammlung.⁹⁹ Sie soll die Angelegenheiten des kirchlichen und öffentlichen Lebens beraten. Die Landessynode tagt in der Regel zweimal im Jahr. Die vorbereitende Arbeit leisten Ausschüsse der Synode. Zwischen den Tagungen der Synode nimmt in vielen Landeskirchen ein besonderer Synodenausschuss Rechte der Synode wahr.¹⁰⁰

25

Die kirchenverfassungsrechtliche Gestaltung des geistlichen Leitungsamtes zeigt erhebliche Unterschiede zwischen den Landeskirchen.¹⁰¹ In 12 der 20 Gliedkirchen der EKD besteht seit den 1920er Jahren das Bischofsamt. Unterschiede ergeben sich bei den Aufgaben der leitenden Geistlichen vor allem im Hinblick auf ihre Stellung im Verfassungsgefüge und auf die Amtsbezeichnung.¹⁰² Gemeinsam ist

26

⁹⁵ § 38 Abs. 1 Wahlordnung der Ev. Landeskirche in Württemberg vom 15. 4. 1964 (ABl. 41 S. 118) i. d. F. d. B. vom 19. 1. 1989 (ABl. 53 S. 405), zuletzt geändert am 6. 7. 2013 (ABl. 65 S. 538), dazu *Heckel*, Die Verfassung der evangelischen Landeskirchen (o. Fn. 4), Rn. 46, 51 ff.; *Barth*, Elemente (o. Fn. 19), S. 58.

⁹⁶ So insbesondere Vertreter der theologischen Fakultäten (z. B. Art. 46 Abs. 1 Nr. 3 KVerf. Hannover); vgl. *Heckel*, Die Verfassung der evangelischen Landeskirchen (o. Fn. 4), Rn. 56 f., 61.

⁹⁷ Art. 24 Abs. 4 GO EKD.

⁹⁸ So insbesondere für die Behandlung von Gesetzen, dazu *Guntau*, Das (neue) Gesetzgebungsrecht (o. Fn. 34), S. 652 ff.

⁹⁹ So werden die Tagungen durch einen Gottesdienst eröffnet und durch tägliche Andachten begleitet. Zentrale Themen aus den Bereichen Kirche, Diakonie und Mission werden ausführlich behandelt und Berichte des leitenden Geistlichen wie leitender Verantwortlicher aus den verschiedenen Aufgabengebieten entgegengenommen und diskutiert.

¹⁰⁰ Zum Teil haben diese Ausschüsse (in Hannover der Landessynodalausschuss, Art. 49 ff. KVerf. Hannover) den Status eines eigenen kirchenleitenden Organs.

¹⁰¹ *Heckel*, Die Verfassung der evangelischen Landeskirchen (o. Fn. 4), Rn. 94 ff., 114 ff.; *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 39, S. 343 ff.

¹⁰² In den lutherisch geprägten Kirchen nimmt das leitende geistliche Amt der Landesbischof wahr, in den unierten Kirchen der Bischof (Berlin, Baden, Hessen), der Präses (Rheinland, Westfalen), der Landessuperintendent (Lippe), der Kirchenpräsident (Anhalt, Pfalz, Reformierte Kirche). In Hessen-

allen, dass nach evangelischem Verständnis der Bischof mit dem gleichen geistlichen Amt ausgestattet ist wie jeder Pfarrer.¹⁰³ Zwischen Bischof und Pfarrerschaft besteht insoweit kein hierarchisches Verhältnis von Über- und Unterordnung, denn die geistliche Leitung setzt allein auf die Kraft des Wortes, die aus der Heiligen Schrift folgt („sine vi, sed verbo“).¹⁰⁴ Der Amtsbezirk umfasst das Gebiet der ganzen Landeskirche, wenn auch mit einer festen Predigtstätte.

- 27 Der Bischof hat das Recht, auf jeder Kanzel in der Landeskirche zu predigen. Er vertritt die Landeskirche im kirchlichen wie im öffentlichen Leben. Er verkörpert die über die einzelne Gemeinde hinausgehende Einheit der Landeskirche. Zu seinen besonderen bischöflichen Rechten gehören in der Regel die Visitation und die Ordination.¹⁰⁵ Er hat die Verbindung zu anderen Kirchen im In- und Ausland zu pflegen, Stellungnahmen der Landeskirche zu Fragen der Zeit in der Öffentlichkeit abzugeben, die Verbindung zu den theologischen Fakultäten zu pflegen, die diakonische Arbeit zu fördern sowie für die Zusammenarbeit aller Kräfte in der Landeskirche zu sorgen. Zu seinem Amt gehört auch, das Gespräch mit den Kirchengemeinden und Kirchenkreisen und insbesondere mit der Pfarrerschaft sowie den kirchlichen Mitarbeitenden zu führen. Er hat zudem beson-

Nassau besteht die Besonderheit, dass dort bischöfliche Funktionen nicht nur durch die Person des Kirchenpräsidenten allein, sondern quasi zur gesamten Hand gemeinsam mit dem Stellvertreter und den Präpsten ausgeübt werden. Kein leitendes geistliches Amt i. e. S. kennt die Bremische Evangelische Kirche, allerdings hat der Schriftführer des Kirchenausschusses des synodalen Gremiums Kirchentag de facto eine geistliche Leitungsfunktion. Im Einzelnen: *Barth*, Elemente (o. Fn. 19), S. 139 ff.; *Heckel*, Die Verfassung der evangelischen Landeskirchen (o. Fn. 4), Rn. 114 ff., S. 496 ff.; *Unruh*, Grundlagen und Grundzüge evangelischer Kirchenverfassung (o. Fn. 2), Rn. 87.

¹⁰³ *Axel v. Campenhausen*, Evangelisches Bischofsamt und apostolische Sukzession in Deutschland, in: Festschrift für Martin Heckel, hg. von Karl-Hermann Kästner, 1999, S. 37 ff.; *Gerhard Tröger*, Das Bischofsamt in der evangelisch-lutherischen Kirche, 1965; *Burkhard Guntau*, Bischofsamt, in: *EvStL*⁴, Sp. 234 ff.; *Barth*, Elemente (o. Fn. 19), S. 121 ff.

¹⁰⁴ Dies hat es auch ermöglicht, dass die Unterschiede der Ausprägung des leitenden geistlichen Amtes in den evangelischen Landeskirchen in Deutschland keine kirentrennende Bedeutung mehr haben, wie dies die Leuenberger Konkordie von 1973 zwischen lutherischen, reformierten, unierten und vorreformatorischen Kirchen feststellt, unabhängig davon, ob sie eine bischöfliche Verfassung oder eine presbyterial-synodale Ordnung mit ihren Präsidien oder Kirchenpräsidenten aufweisen.

¹⁰⁵ Im Einzelnen: *Heckel*, Die Verfassung der evangelischen Landeskirchen (o. Fn. 4), Rn. 103 ff.; *de Wall/Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 39 II 1, Fn. 152, S. 345.

dere Funktionen in der Kirchenleitung. So kann er den Vorsitz im Kollegium der obersten kirchlichen Verwaltungsbehörde wie in anderen kirchenleitenden Organen¹⁰⁶ führen. Er hat das jederzeitige Rede-recht in der Landessynode und zum Teil ein Vetorecht gegen ihre Beschlüsse¹⁰⁷.

Die oberste kirchliche Verwaltungsbehörde¹⁰⁸ vollzieht die kirchlichen Gesetze. Sie wird i. d. R. von einem aus Juristen und Theologen gebildeten Kollegium geleitet.¹⁰⁹ Sie bewirtschaftet den landeskirchlichen Haushalt und verwaltet das Vermögen der Landeskirche. Sie übt die Aufsicht über die Kirchengemeinden und Kirchenkreise wie weiterer ihrer Aufsicht unterliegenden Einrichtungen¹¹⁰ aus. Ihr obliegt die Wahrnehmung der Dienstaufsicht und Disziplinargewalt über die Pfarrerschaft und die Beamten der Landeskirche. Sie bereitet die Tagungen der Landessynode und ihrer Ausschüsse vor, erarbeitet Gesetzesvorlagen, Vorgaben für eine mittelfristige Finanzplanung, den Entwurf für den landeskirchlichen Haushaltsplan sowie Konzepte zur Zukunftsentwicklung der Landeskirche und Grundsätze für die Personalgewinnung. Sie verantwortet die Ausbildung für die Pfarrerschaft und für die Verwaltungskräfte und sorgt für deren Fortbildung. Sie ist zuständig für die Einhaltung des Denkmal- wie des Datenschutzes. Sie ist Partner des Landes für die Gestaltung des staatlichen Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen. Häufig vertritt sie im Rechtsverkehr die Landeskirche. Sie nimmt die Öffentlichkeitsarbeit wahr.

28

¹⁰⁶ So in Hannover im Kollegium des Landeskirchenamtes (Art. 59 KVerf.).

¹⁰⁷ *Heckel*, Die Verfassung der evangelischen Landeskirchen (o. Fn. 4), Rn. 100 ff., 110 ff.; *Barth*, Elemente (o. Fn. 19), S. 110 ff., 182 ff.

¹⁰⁸ Auch dafür gibt es unterschiedliche Bezeichnungen in den Landeskirchen: Landeskirchenamt, Konsistorium, Landeskirchenrat, Oberkirchenrat, Kirchenverwaltung. Dieses Amt steht in der Tradition der seit den Anfängen der Reformation bestehenden evangelischen Konsistorien. Die Verfassungen vieler Landeskirchen räumen ihm einen Organstatus ein. Wieder andere weisen ihm lediglich eine Hilfsfunktion, entweder für die Kirchenleitung, so in der Ev. Kirche in Hessen und Nassau, in der Ev. Kirche im Rheinland, in der Ev. Kirche von Westfalen, oder dem Landeskirchenrat in der Ev.-Luth Kirche in Bayern oder dem Kirchenausschuss des Kirchentages der Bremischen Ev. Kirche zu. Zum Ganzen: *Heckel*, Die Verfassung der evangelischen Landeskirchen (o. Fn. 4), Rn. 122 ff.; *Unruh*, Grundlagen und Grundzüge evangelischer Kirchenverfassung (o. Fn. 2), Rn. 82 ff.

¹⁰⁹ Zu Ausnahmen siehe *Heckel*, Die Verfassung der evangelischen Landeskirchen (o. Fn. 4), Rn. 130, S. 505.

¹¹⁰ Z. B. von Ausbildungsstätten wie Evangelische Akademien, Predigerseminare, Pastoralkollegs, Religionspädagogische Institute, Studierendengemeinden.

- 29 Das Spektrum der großen Aufgabenvielfalt und seine Differenziertheit machen deutlich, dass diese nur mit hoher Professionalität und Kenntnis bewältigt werden können. Dies setzt notwendigerweise einen hohen Grad an Spezialisierung voraus. Um zukunftsfähig zu bleiben, nutzen viele Landeskirchen Formen landeskirchenübergreifender Zusammenarbeit¹¹¹ oder gehen weiter den Schritt hin zu einer Fusion.¹¹²

V. Partielle Zusammenschlüsse von Landeskirchen

1. Territoriale Zusammenschlüsse von Landeskirchen

- 30 Eine Besonderheit eines landeskirchlichen Zusammenschlusses stellt die 1971 gegründete Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen dar.¹¹³ Sie nimmt die gemeinsamen Aufgaben und Verpflichtungen nach dem Vertrag der evangelischen Landeskirchen in Niedersachsen mit dem Land Niedersachsen vom 19.3.1955 (Locumer Vertrag) wahr. Mit Inkrafttreten des neuen Konföderationsvertrages vom 2.9.2013 zum 1.1.2015 ist das einzige Organ der Konföderation der Rat¹¹⁴. Er hat insbesondere die Aufgabe, die Geschäftsstelle am Sitz der Landesregierung in Hannover sowie die gemeinsamen Einrichtungen zu leiten.¹¹⁵ Die Konföderation nimmt

¹¹¹ Unterhalb von Zusammenschlüssen kooperieren Landeskirchen in vielfältiger Weise miteinander, so bei Bildungseinrichtungen durch gemeinsame Predigerseminare, Fachhochschulen, Missionswerke, Versorgungsanstalten, Pensionskassen und Diakonischer Werke, dazu *Jörg Winter*, Aufgabenfelder und Rechtsformen landeskirchlicher Kooperation, in: ZevKR 45 (2000), S. 341 ff.; *Anne-Ruth Wellert*, Kirchliche Zusammenschlüsse (§ 13), in: HEKR, Rn. 2 ff.

¹¹² So in jüngerer Zeit die Fusionen zur Ev. Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz (1996), zur Ev. Kirche in Mitteldeutschland (2009) und zur Ev.-Luth. Kirche in Norddeutschland (2012), dazu: *Unruh*, Grundlagen und Grundzüge evangelischer Kirchenverfassung (o. Fn. 2), Rn. 28.

¹¹³ Ihr gehören die Ev.-luth. Landeskirche in Braunschweig, die Ev.-luth. Landeskirche Hannovers, die Ev.-Luth. Kirche in Oldenburg, die Ev.-ref. Kirche, zu der auch Gemeinden außerhalb von Niedersachsen gehören und die Ev.-Luth. Landeskirche Schaumburg-Lippe an, *Wellert*, Kirchliche Zusammenschlüsse (o. Fn. 111), Rn. 52 f.

¹¹⁴ Dem Rat gehören vier Mitglieder aus der Ev.-luth. Landeskirche Hannovers, je zwei aus der Ev.-luth. Landeskirche in Braunschweig, der Ev.-Luth. Kirche in Oldenburg, und je ein Mitglied aus der Ev.-ref. Kirche und aus der Ev.-Luth. Landeskirche Schaumburg-Lippe an.

¹¹⁵ Die Konföderation bestellt den gemeinsamen Beauftragten bei der Landesregierung und ist Trägerin gemeinsamer Einrichtungen wie des ge-

keine Gesetzgebungstätigkeit mehr wahr. Das konföderierte Recht setzt sich als landeskirchliches Recht fort. Mit dem neuen Vertrag ist dabei die Hoffnung verbunden, die Zusammenarbeit so zu gestalten, dass ein Zusammenwachsen zu einer Evangelischen Kirche in Niedersachsen möglich wird.

2. Bekenntnisgebundene Zusammenschlüsse von Landeskirchen¹¹⁶

a) Die Union Evangelischer Kirchen in der EKD (UEK)

Die UEK ist der Zusammenschluss der unierten und reformierten Landeskirchen.¹¹⁷ Sie ist aus der früheren Evangelischen Kirche der

31

meinsamen theologischen Prüfungsamts, des Rechtshofs, der Schiedsstelle für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten, der Arbeits- und Dienstrechtlichen Kommission, der Evangelischen Erwachsenenbildung Niedersachsen und des Kirchlichen Dienstes in Polizei und Zoll.

¹¹⁶ Neben der UEK und der VELKD ist in diesem Zusammenhang noch hinzuweisen auf den Reformierten Bund in der EKD. Er bildet den Dachverband der Evangelisch-Reformierten im Bereich der EKD mit Sitz in Hannover. Zu ihm gehören die Evangelisch-reformierte Kirche, die Lippische Landeskirche sowie der Verein „Reformierter Bund e.V.“ mit etwa 350 Gemeinden, Gemeindeverbände sowie ca. 600 Einzelmitgliedern. Nurmehr drei reformierte Gemeinden in Stadthagen, Bückeburg und Dresden bilden den Bund evangelisch-reformierter Kirchen; siehe auch *Michael Germann / Claus Gienke*, → § 23, Rn. 15. Vgl. dazu weiter *Wellert*, Kirchliche Zusammenschlüsse (o. Fn. 111), Rn. 49–51.

¹¹⁷ *Wellert*, Kirchliche Zusammenschlüsse (o. Fn. 111), Rn. 27, S. 555; *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 45 II, Rn. 10 ff., S. 385 ff.; *Jörg Winter*, Die Union Evangelischer Kirchen als Beitrag zur Strukturreform der Evangelischen Kirche in Deutschland, in: *ZevKR* 49 (2004), S. 239 ff.; *Burkhard Guntau*, Union Ev. Kirchen (UEK), in: *EvStL*⁴, Sp. 2503 ff.; *Christoph Thiele*, Union ev. Kirchen in Deutschland, in: *LKStKR*, Bd. III, S. 731 ff. Mitgliedskirchen der UEK sind: die Ev. Landeskirche Anhalts, die Ev. Landeskirche in Baden, die Ev. Landeskirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz, die Bremische Ev. Kirche, die Ev. Kirche in Hessen und Nassau, die Ev. Kirche von Kurhessen-Waldeck, die Lippische Landeskirche, die Ev.-ref. Kirche, die Ev. Kirche im Rheinland, die Ev. Kirche in Westfalen. Die Pommersche Ev. Kirche ist infolge ihrer Fusion in der Ev.-Luth Kirche in Norddeutschland seit Pfingsten 2012 nicht mehr Mitglied der UEK. Die Ev.-Luth. Kirche in Norddeutschland als Nachfolgerin hat allerdings einen Gaststatus. Die aus der unierten Kirche der Kirche der Kirchenprovinz Sachsen und der Ev.-luth. Kirche in Thüringen 2009 entstandene Ev. Kirche in Mitteldeutschland ist in der UEK und in der VELKD gleichzeitig Mitglied. Gaststatus haben weiter folgende Kirchen: die Ev.-Luth. Kirche in Oldenburg, die Ev. Landeskirche in Württemberg und der Ref. Bund.

Union¹¹⁸ und den weiteren Kirchen der Arnoldshainer Konferenz¹¹⁹ entstanden. Sie strebt eine vertiefte Kirchengemeinschaft der Mitgliedskirchen an. Der Gründungsvertrag der UEK sieht ihre Auflösung vor, sobald eine Prüfung ergibt, dass die Verbindlichkeit des gemeinsamen Handelns innerhalb der EKD verwirklicht und daher der Fortbestand der UEK entbehrlich ist.¹²⁰ Auf diesen Umstand arbeitet die UEK selbst aktiv hin. Die Organe der UEK sind die Vollkonferenz und das Präsidium. Die Vollkonferenz trifft alle grundlegenden Entscheidungen. Sie beschließt die Kirchengesetze¹²¹ und den Haushalt und wählt aus ihrer Mitte ein Präsidium, in welchem alle Mitgliedskirchen vertreten sind. Das Präsidium ist zuständig für die Umsetzung der von der Vollkonferenz gefassten Beschlüsse und Vorgaben. Insbesondere bereitet das Präsidium die Sitzungen der Vollkonferenz vor und leitet diese. Es führt die Fachaufsicht über den Amtsbereich der UEK und ist für alle Prozesse und Aufgaben zuständig, die nicht der Vollkonferenz vorbehalten sind. Die Verwaltung der UEK wird vom Amtsbereich der UEK wahrgenommen, der integraler Teil des Kirchenamtes der EKD in Hannover ist. Die Leitung des Amtsbereichs der UEK liegt bei einem unierten Vizepräsidenten des Kirchenamtes der EKD.

¹¹⁸ Die Evangelische Kirche der Union (EKU) war ein von 1953 bis 2003 bestehender Bund unierter Landeskirchen der ehemaligen Ev. Kirche der Altpreußischen Union von 1817, *Wellert*, Kirchliche Zusammenschlüsse (o. Fn. 111), Rn. 28 ff., S. 556 ff.

¹¹⁹ Die Arnoldshainer Konferenz war eine rechtlich unselbständige Arbeitsgemeinschaft von Landeskirchen. Ihr gehörten neben den Mitgliedskirchen der EKD die Ev. Landeskirche in Baden, die Bremische Ev. Kirche, die Ev. Kirche in Hessen und Nassau, die Ev. Kirche von Kurhessen-Waldeck, die Lippische Landeskirche, die Ev.-Luth. Kirche in Oldenburg, die Ev. Kirche der Pfalz, die Ev.-ref. Kirche, sowie als Gast die Ev. Landeskirche in Württemberg an, dazu *Wellert*, Kirchliche Zusammenschlüsse (o. Fn. 111), Rn. 33, S. 557 f.; *de Wall/Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 45 II, Rn. 11, S. 386; *Christoph Thiele*, Die Arnoldshainer Konferenz, 1997.

¹²⁰ § 7 des Vertrages über die Bildung einer Union Evangelischer Kirchen in der EKD vom 26.2.2003 (ABl. EKD S. 315).

¹²¹ Die Gesetze der ehemaligen EKD gelten als Recht der UEK mit Wirkung für die Mitgliedskirchen der ehemaligen EKD fort (Art. 15 Abs. 2 GO UEK).

b) Vereinigte Evangelisch-Lutherische Kirche Deutschlands (VELKD)

Die VELKD ist ein Zusammenschluss von sieben der neun lutherischen Landeskirchen.¹²² Ihr Ziel ist es, die Einheit des Luthertums zu fördern und zu bewahren. Der Schwerpunkt liegt in der theologischen Arbeit, insbesondere der Agendenarbeit und der Erarbeitung von Leitlinien kirchlichen Lebens, der Seelsorge, der Gestaltung des Gottesdienstes und im Gemeindeaufbau. Die VELKD unterhält dafür besondere Einrichtungen.¹²³ Breiten Raum nimmt die Ökumene ein, um die Gemeinschaft unter den lutherischen Kirchen in aller Welt zu stärken und sich um die Einheit der Kirchen in Dialogen und Lehrgesprächen mit anderen Kirchen und Konfessionen, insbesondere mit der römisch-katholischen Kirche, der Alt-Katholischen Kirche in Deutschland, mit den Anglikanern, den Methodisten und den Mennoniten zu bemühen.

Organe der VELKD sind die Kirchenleitung, die Bischofskonferenz sowie die Generalsynode. Die Kirchenleitung ist das geschäftsführende Organ zwischen den Generalsynoden und tagt sechs Mal im Jahr. Sie besteht aus dem Leitenden Bischof, seinem Stellvertreter, einem weiteren Mitglied der Bischofskonferenz, dem Präsidenten der Generalsynode und neun von der Generalsynode aus dem Kreise ihrer Mitglieder und deren Stellvertreter zu wählenden Personen (Art. 19 Abs. 1 Verf.VELKD). Sie erstattet der Generalsynode bei jeder Tagung einen Tätigkeitsbericht. Der Bischofskonferenz, der der Leitende Bischof vorsteht, gehören nach Art. 10 Abs. 1 Verf.VELKD die Bischöfe der VELKD-Gliedkirchen sowie sechs weitere ordinierte Inhaber eines kirchenleitenden Amtes an. Die Bischofskonferenz tritt

¹²² Wellert, Kirchliche Zusammenschlüsse (o. Fn. 111), Rn. 38 ff., S. 560 ff.; de Wall / Muckel, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 45 I, Rn. 2 ff., S. 383 ff.; Joachim E. Christoph, Vereinigte Evangelisch-Lutherische Kirche Deutschlands, in: LKStKR, Bd. III, S. 755 ff.; ders., Vereinigte Evangelisch-Lutherische Kirche Deutschlands, in: EvStL⁴, Sp. 2536 ff.; Klaus Grünwaldt, Vereinigte Evangelisch-Lutherische Kirche Deutschlands, in: EvStL⁴, Sp. 2537 ff. Ihr gehören die Ev.-Luth. Kirche in Bayern, die Ev.-Luth. Landeskirche in Braunschweig, die Ev.-luth. Landeskirche Hannovers, die Ev.-Luth. Kirche in Norddeutschland, die Ev.-Luth. Landeskirche Sachsens und die Ev.-Luth. Landeskirche Schaumburg-Lippe an. Die aus der unierten Kirche der Kirche der Kirchenprovinz Sachsen und der Ev. Kirche in Thüringen 2009 entstandene Ev. Kirche in Mitteldeutschland ist in der UEK und in der VELKD gleichzeitig Mitglied. Nicht dazu gehören Ev.-Luth. Kirche in Oldenburg und Ev. Landeskirche in Württemberg, die beide Gaststatus in der VELKD besitzen.

¹²³ So das Theologisches Studienseminar Pullach, das Gemeindekolleg in Neudietendorf und das Liturgiewissenschaftliche Institut Leipzig.

zweimal im Jahr zusammen. Ihre Aufgabe ist es unter anderem, bei der Beschlussfassung über Kirchengesetze und über Ordnungen für den Gottesdienst sowie an Verordnungen mit Gesetzeskraft mitzuwirken. Sie kann Kundgebungen erlassen und Empfehlungen erteilen, die das gottesdienstliche Leben und die Tätigkeit des geistlichen Amtes betreffen.¹²⁴ Der Leitende Bischof wird von der Generalsynode für eine Amtszeit von drei Jahren gewählt, wobei eine Wiederwahl möglich ist (Art. 13 Abs. 1 und 5 Verf.VELKD). Er hat das Kanzelrecht in allen Landeskirchen der VELKD und kann Hirtenbriefe verbreiten. Zusätzlich gehört er dem Deutschen Nationalkomitee des Lutherischen Weltbundes an. Die Generalsynode ist nach Art. 15 Abs. 1 Verf.VELKD das gesetzgebende Organ der VELKD. Sie tagt in der Regel einmal im Jahr im Zusammenhang mit der Tagung der Synode der EKD und der Vollkonferenz der UEK. Die Verwaltung der VELKD wird vom Amtsbereich der VELKD wahrgenommen, der integraler Teil des Kirchenamtes der EKD in Hannover ist (Art. 21 Abs. 3 Verf.VELKD). Die Fachaufsicht liegt bei der Kirchenleitung der VELKD. Die Dienstaufsicht über den Leiter des Amtsbereichs, der zugleich Vizepräsident im Kirchenamt der EKD ist, wird im Einvernehmen von VELKD und EKD ausgeübt.

c) Das Verbindungsmodell zwischen UEK, VELKD und EKD

- 34** Das Bestehen der konfessionell geprägten Zusammenschlüsse der VELKD und der EKD barg die Gefahr einer konfessionellen Blockbildung und hat die Komplexität bei der Kooperation der Gliedkirchen erhöht. Denn die vielfachen strukturellen und aufgabenbezogenen Überschneidungen binden nach innen viel Kraft in einem hohen Abstimmungsaufwand und schwächen nach außen das Erscheinungsbild der evangelischen Kirche. Eine 1997 angestoßene intensive Debatte hat im Jahr 2005 zu einem neuen integrativen Modell für die Gemeinschaft der Landeskirchen, dem sogenannten Verbindungsmodell zwischen EKD, UEK und VELKD, geführt¹²⁵: Durch zeitgleiche

¹²⁴ Wellert, Kirchliche Zusammenschlüsse (o. Fn. 111), Rn. 43, S. 563.

¹²⁵ Eckhart von Vietinghoff, Reform ist nötig – Reform ist möglich, in: epd-Dokumentation Nr. 6a/2002, S. 4 ff.; Christian Heckel, Die aktuelle Strukturreform der Evangelischen Kirche in Deutschland und ihre Vorgeschichte, in: ZRG 123 KA 92 (2006), S. 603 ff.; Anne-Ruth Wellert, Entwicklung und Perspektiven des Verbindungsmodells in der EKD, in: ZevKR 58 (2013), S. 229 ff.; dies., Kirchliche Zusammenschlüsse (o. Fn. 111), Rn. 44 ff.; Michael Droege, Zur Einheit im deutschen Protestantismus – Kirchliche Zusammenschlüsse

Kirchenverträge der EKD mit der UEK und mit der VELKD vom 31.8.2005¹²⁶ nehmen diese ihren Auftrag seither eigenverantwortlich in der EKD wahr (Art. 21a Abs. 1 GO EKD). Für die in der VELKD zusammengeschlossenen lutherischen Kirchen ermöglicht diese Gemeinschaft bekenntnisgleicher Kirchen weiterhin die profilierte Pflege lutherischer Theologie und die gemeinsame Teilhabe an der weltweiten lutherischen Ökumene. Dieses wird auch im Verbindungsmodell gewährleistet. Denn die EKD achtet nach Art. 1 Abs. 1 S. 3 GO EKD die Bekenntnisgrundlage ihrer Gliedkirchen und setzt dabei voraus, dass diese ihr Bekenntnis wirksam werden lassen.

Durch das Vertragswerk ist aber eine vertieftere strukturelle Verbindung der drei gliedkirchlichen Zusammenschlüsse entstanden. Sie wollen die theologische Zusammenarbeit vertiefen und zu einer profilierten Stärkung der kirchlichen Präsenz in Gesellschaft und Öffentlichkeit beitragen, Ressourcen sollen gebündelt und Arbeitsabläufe verbessert werden. Das Zusammenwirken folgt dem Grundsatz, soviel Gemeinsamkeit aller Gliedkirchen der EKD zu erreichen wie möglich und dabei soviel Differenzierung vorzusehen, wie aus dem Selbstverständnis der UEK oder VELKD nötig ist. Beide werden regelmäßig prüfen, ob der Grad der Zusammenarbeit eine Aufgabenübertragung, insbesondere der Gesetzgebung,¹²⁷ an die EKD möglich macht. Stärksten Ausdruck findet die neue Gemeinschaft dadurch, dass die nach der Grundordnung der EKD gewählten Synodalen zugleich Synodale der Generalsynode der VELKD bzw. Mitglieder der Vollkonferenz der UEK und ihre Tagungen mit der der EKD zeitlich

35

in der Strukturreform, in: KuR 2007, S. 10 ff.; *Arno Schilberg*, Aufbruch bei der kirchlichen Selbstorganisation der Evangelischen Kirche in Deutschland, in: ZevKR 52 (2007), S. 198 ff.

¹²⁶ Die Verträge sind abgedr. bei *Claessen*, Grundordnung (o. Fn. 14), S. 83 ff., 87 ff. Sie sind zuletzt im Jahr 2017 überprüft und in Teilen, insbesondere zur Wirksamkeit des Kirchenamtes der EKD als gemeinsames Amt für EKD, UEK und VELKD weiterentwickelt und neugefasst worden (ABl. EKD 2018 S. 2 [EKD-UEK, <<https://www.kirchenrecht-ekd.de/document/3103>>] und S. 4 [EKD-VELKD, <<https://www.kirchenrecht-ekd.de/document/3414>>]). Für die UEK und die VELKD war die Ausgestaltung in Form von Kirchenverträgen von besonderer Bedeutung, ermöglichte dies ihnen doch, ihre Anliegen gleichberechtigt einzutragen, siehe dazu: *Hans Ulrich Anke*, Die Stellung der Kirchenverträge im evangelischen Kirchenrecht, in: Das Recht der Staatskirchenverträge, hg. von Stefan Mückl, 2007, S. 60 (84–88).

¹²⁷ Ein wesentliches Ergebnis ist, dass die Zuständigkeit der Regelung des Kirchenbeamten-, des Pfarrdienst- und des Disziplinarrechts auf die EKD übergegangen ist.

verbunden sind.¹²⁸ Der Erfüllung der Verwaltungsaufgaben von EKD, UEK und VELKD dient das Kirchenamt der EKD in Hannover. Dort ist je ein Amtsbereich für die UEK und die VELKD eingerichtet. Anstellungsträgerin der Mitarbeitenden in den Ämtern ist die EKD.¹²⁹ UEK und VELKD entscheiden über die personelle und sachliche Ausstattung der Amtsstellen. Je ein unierter bzw. lutherischer Vizepräsident leitet neben der ihm zugeordneten Hauptabteilung der EKD den jeweiligen Amtsbereich. Soweit er dessen Geschäfte erfüllt, ist er nur den Organen der UEK oder VELKD gegenüber verantwortlich.

VI. Die Gemeinschaft aller Landeskirchen in der EKD

1. Konstituierende Elemente und Aufgaben der EKD

a) *Historische Entwicklung*

36 In Deutschland hat es bis in das 20. Jahrhundert keine übergreifende Gesamtorganisation für alle Landeskirchen gegeben.¹³⁰ Ein verstärktes Bemühen um eine Gesamtvertretung setzte Mitte des 19. Jahrhunderts ein. Der Wittenberger Kirchentag brachte 1848 mit dem Impuls von Wichern den Aufbruch zu einer übergreifenden Inneren Mission.¹³¹ In der Eisenacher Konferenz kamen die Landeskirchen ab 1852 zu einem Austausch über gemeinsame Fragen z.B. der Perikopenordnung und der Bibelrevision zusammen. 1903 wurde als ständiges Organ der Deutsche Evangelische Kirchenausschuss eingesetzt. Auf dieser Grundlage bildete sich 1922 der Deutsche Evangelische Kirchenbund mit partiellen Gemeinschaftsaufgaben für alle Landeskirchen.

37 Nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten wurde 1933 die Deutsche Evangelische Kirche (DEK) durch Reichsgesetz gegrün-

¹²⁸ § 4 des Vertrages der EKD und der VELKD vom 31.8.2005, Art. 7 Abs. 2 GO UEK. Zur Vollkonferenz gehören darüber hinaus die Vertreter der Mitgliedskirchen, die zugleich dem Rat der EKD angehören oder Mitglied in der Kirchenkonferenz der EKD sind.

¹²⁹ Die Einstellung erfolgt im Einvernehmen mit der UEK oder VELKD, ebenso führt die EKD die Dienstaufsicht. UEK oder VELKD nehmen die Fachaufsicht wahr.

¹³⁰ Zur historischen Entwicklung vgl. *Claessen*, Grundordnung (o. Fn. 14), S. 91 ff.

¹³¹ *Wellert*, Kirchliche Zusammenschlüsse (o. Fn. 111), Rn. 8.

det.¹³² Sie war gleichgeschaltet durch das totalitäre Regime des Nationalsozialismus. Aus dem Kirchenkampf heraus entstand die Gegenbewegung der Bekennenden Kirche, die sich 1934 auf die Barmer Theologische Erklärung als gemeinsame Grundlage verständigte. Sie konnte aber den deutschen Protestantismus nicht in der Breite hinter sich versammeln. Nach dem Zusammenbruch des Dritten Reiches wurde die DEK im August 1945 aufgelöst.

Der Neubeginn gestaltete sich schwierig. Ein Anknüpfungspunkt war das Kirchliche Einigungswerk, das der Württembergische Landesbischof *Wurm* 1941 initiiert hatte. Die Kirchenversammlung von Treysa betraute ihn mit der Leitung des Rates, den sie 1945 auf der Grundlage einer Vorläufigen Ordnung als erstes gemeinschaftliches Organ für die EKD einsetzte. Die Kirchenversammlung von Eisenach verabschiedete 1948 die im Wesentlichen so bis heute aktuelle Grundordnung und konstituierte die EKD als Bund der evangelischen Landeskirchen in den vier Besatzungszonen Deutschlands.¹³³ Auch nach der Gründung der DDR 1949 konnten die östlichen Landeskirchen zunächst weiter in der EKD mitwirken. Unter dem Druck der DDR-Regierung musste 1969 aber die Trennung vollzogen werden und es entstand der Bund der Evangelischen Kirchen in der DDR (BEK).¹³⁴ Er hielt ebenso wie die EKD weiter an der Zusammengehörigkeit der Landeskirchen in Ost und West fest. Nach dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland am 3. Oktober 1990 wurde durch Beschlüsse der Synoden der EKD und des BEK im Februar 1991 die Einheit in der EKD wieder hergestellt.¹³⁵

38

¹³² RGBL I, S. 471 vom 11.7.1933; *Adalbert Erler*, Kirchenrecht, 5. Aufl. 1983, S. 72 ff.; *Wolf-Dieter Hauschild*, Deutsche Evangelische Kirche (DEK), in: RGG⁴, 1999, Sp. 703; *Claessen*, Grundordnung (o. Fn. 14), S. 98 ff. Die DEK wurde zu einem Zeitpunkt gegründet, als die Deutschen Christen viele Kirchenleitungen der Landeskirchen beherrschten.

¹³³ Dazu *Heinz Brunotte*, Die Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland, 1954, S. 3 ff.; *Claessen*, Grundordnung (o. Fn. 14), S. 106 ff.; *Wellert*, Kirchliche Zusammenschlüsse (o. Fn. 111), Rn. 12 ff.

¹³⁴ *Wellert*, ebd., Rn. 16 f.

¹³⁵ *Martin Heckel*, Die Vereinigung der evangelischen Kirchen in Deutschland, 1990; *ders.*, Zur kirchlichen Wiedervereinigung im Rahmen der EKD, in: NJW 1992, S. 1001 ff.; *Holger Kremser*, Der Rechtsstatus der evangelischen Kirchen in der DDR und die neue Einheit der EKD, 1993 (Jus Ecclesiasticum, Bd. 46).

b) Kirchengemeinschaft bekenntnisverschiedener Kirchen

39

Die EKD ist nach Art. 1 Abs. 1 S. 1 GO EKD die Gemeinschaft ihrer 20 lutherischen, reformierten und unierten Landeskirchen. Seit ihrer Gründung begleitet die EKD die Frage, ob sie (nur) ein Kirchenbund oder selbst Kirche ist. Vor allem von lutherischer Seite wurde eingewandt, dass sich eine evangelische Kirche klar auf bestimmte reformatorische Bekenntnisse beziehen müsse. Als Gemeinschaft ihrer bekenntnisverschiedenen Gliedkirchen steht die EKD aber für die Einheit unter den Bedingungen konfessioneller Pluralität. In dieser Hinsicht hat sich die EKD seit ihrer Gründung weit entwickelt. Anfangs sahen die Gliedkirchen die Bekenntnisunterschiede untereinander noch als „kirchentrennend“ an, mit der Folge, dass zwischen ihnen keine volle Kanzel- und Abendmahlsgemeinschaft bestand. Lehrgespräche mündeten schließlich 1973 in die Leuenberger Konkordie. Diese bildet für die EKD die Grundlage dafür, auch als Gemeinschaft bekenntnisverschiedener Kirchen zu vollständiger Kanzel- und Abendmahlsgemeinschaft und der wechselseitigen Anerkennung ordnungsgemäß vollzogener Amtshandlungen unter den Gliedkirchen (Art. 4 Abs. 1 GO EKD) sowie zu einem gemeinschaftlichen Verständnis als Kirche zu kommen. Diese vertiefte Gemeinschaft in der EKD wurde durch die Wiederherstellung der kirchlichen Einheit in der EKD nach 1991 noch weiter befördert.¹³⁶ Im Zuge der vertieften Zusammenarbeit von VELKD und EKD in der EKD haben die Organe der EKD und die Gliedkirchen sich zusammen ihres Verständnisses der Kirchengemeinschaft in der EKD vergewissert.¹³⁷ Auf dieser Grundlage hat die EKD-Synode im Jahr 2015 mit Zustimmung der Kirchenkonferenz eine Grundordnungsänderung in Ergänzung von Art. 1 Abs. 1 GO EKD beschlossen. Danach ist die EKD „als Gemeinschaft ihrer Gliedkirchen Kirche“, für die die Bekenntnisse ihrer Gliedkirchen bestimmend sind.¹³⁸ Nach dem

¹³⁶ M. Heckel, Vereinigung (o. Fn. 135), S. 86 ff.; Christian Heckel, Die Kirchengemeinschaft in der Evangelischen Kirche in Deutschland, 1995, S. 199 ff.

¹³⁷ Zur theologischen Grundlegung: Christine Axt-Piscalar, Zur ekklesiologischen Bedeutung der EKD und der VELKD vor dem Hintergrund der Frage nach der Bekenntnisgrundlage der EKD und der Weiterentwicklung des „Verbindungsmodells“, in: epd-Dokumentation 3/2014, S. 30, 31, vgl. weiter zum Hintergrund: Wellert, Kirchliche Zusammenschlüsse (o. Fn. 111), Rn. 47 f.; de Wall / Muckel, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 44 I, Rn. 2, S. 373 f.

¹³⁸ ABL EKD 2015 S. 311. Mit Stand zum 31.12.2018 haben 19 der 20 Gliedkirchen die nach Art. 10a Abs. 2 GO EKD für das Inkrafttreten erforder-

Kirchenmitgliedschaftsgesetz der EKD erstreckt sich die Kirchenmitgliedschaft von der Zugehörigkeit zu einer Gemeinde und ihrer Landeskirche auch auf die EKD.¹³⁹

c) Rechtsgemeinschaft

Nach ihrer Grundordnung kann die EKD die Gliedkirchen nicht aus eigenem Recht binden, sondern nur solange und soweit diese ihr dazu die Befugnis übertragen. Hintergrund dafür ist, dass die Gründung der EKD auf den gemeinsamen Willen zur Gemeinschaft der Landeskirchen zurückgeht.¹⁴⁰ Bei diesen liegt die ursprüngliche Gesetzgebungskompetenz. Soweit diese sich aber mit einer gesamt-kirchlichen Regelung durch die EKD einverstanden erklären, erfolgt eine Übertragung der Rechtssetzungsbefugnis auf die EKD (Art. 10a Abs. 2 GO EKD). Insofern unterscheidet sich die Rechtslage gegenüber der staatlichen Verfassungslage nach dem Grundgesetz.¹⁴¹ Das führte in der föderalen Organisation der evangelischen Kirchen zu einer Zersplitterung des Rechtsbestandes, die nach innen immensen Aufwand erfordert und nach außen die Plausibilität kircheneigener Regelungen mindert.¹⁴²

Mit der Grundordnungsänderung von 2000 ist es gelungen, einen Durchbruch zu einer möglichst umfassenden Rechtsvereinheitlichung zu erreichen und parallele Gesetzgebungsarbeit der Gliedkirchen vermeiden zu helfen.¹⁴³ Eine der wesentlichen Begründungen dafür,

derliche Zustimmung erklärt, offen ist noch die Zustimmung der Ev.-luth. Landeskirche in Braunschweig.

¹³⁹ § 1 Abs. 2 des Kirchengesetzes der EKD über die Kirchenmitgliedschaft, das kirchliche Meldewesen und den Schutz der Daten der Kirchenmitglieder, dazu *Johannes Kuntze*, Mitgliedschaft und Mitgliedschaftsrecht (§ 5), in: HEKR, Rn. 46 f.; *Heckel*, Die Verfassung der evangelischen Landeskirchen (o. Fn. 4), Rn. 70 Fn. 245; *Michael Germann/Wolfgang Rüfner*, → § 30.

¹⁴⁰ *Frost*, Strukturprobleme (o. Fn. 19), S. 486. Dem tragen eine Reihe von Grundordnungsartikeln Rechnung, so Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 5, Art. 6 Abs. 2, Art. 12, Art. 19 S. 2 und Art. 27 GO EKD.

¹⁴¹ *Heckel*, Die Verfassung der evangelischen Landeskirchen (o. Fn. 4), Rn. 72 f.

¹⁴² *Anke*, Rechtsquellen (o. Fn. 4), § 4, Rn. 21 f.

¹⁴³ *Arno Schilberg*, Die Evangelische Kirche in Deutschland und die Einheit des evangelischen Kirchenrechts seit der Wiedervereinigung, in: ZevKR 60 (2015), S. 294 (297 ff.). Bis dahin gab es lediglich drei Kirchengesetze der EKD: das Kirchengesetz zur Regelung der Evangelischen Militär-

warum die Gliedkirchen bis 2000 nicht bereit waren, ihr Einverständnis zu einer Gesetzgebung durch die EKD zu erklären, bestand darin, dass sie auf die spätere Rechtsentwicklung keinen unmittelbaren Einfluss mehr nehmen konnten.¹⁴⁴ Heute sind die Gliedkirchen, mit Ausnahme der Haushaltsgesetzgebung nach Art. 10a Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GO EKD, an der Rechtssetzung der EKD beteiligt. Denn sie bedarf der Zustimmung der Kirchenkonferenz (Art. 10a Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 26a Abs. 4 GO EKD).¹⁴⁵

42

Dies allein konnte Bedenken gegen die Übertragung der Rechtssetzungskompetenz auf die EKD nicht ausräumen, da die Gliedkirchen nicht von vornherein die weitere Entwicklung übersehen können, insbesondere welche administrativen und finanziellen Auswirkungen auf sie durch spätere Änderungen der Rechtslage oder die tatsächliche Entwicklung zukommen. Um dem Rechnung zu tragen, sieht Art. 10a Abs. 3 GO EKD vor, dass in Kirchengesetzen der EKD den Gliedkirchen die Möglichkeit eingeräumt werden kann, dass sie das Gesetz für sich außer Kraft setzen können. Ein solcher Vorbehalt kommt nur dann in Betracht, wenn die Regelung nicht schon von der Natur der Sache her nur einheitlich erfolgen kann, wie dies etwa beim Kirchenmitgliedschaftsrecht der Fall ist. Zwar besteht durch die „Ausstiegsmöglichkeit“ weiter eine gewisse Gefahr einer Rechtszersplitterung.¹⁴⁶ Es ist aber davon auszugehen, dass von der „Ausstiegsmöglichkeit“ nur als ultima ratio Gebrauch gemacht werden wird. Dass aber eine solche Möglichkeit besteht, hat zu wichtigen

seelsorge in der Bundesrepublik Deutschland, das Kirchengesetz über die Kirchenmitgliedschaft, das kirchliche Meldewesen und den Schutz der Daten der Kirchenmitglieder und das Kirchengesetz über den Datenschutz. *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 44 III, Rn. 6 ff., S. 376 f., § 44 IV, Rn. 12 ff., S. 380 f.

¹⁴⁴ *Johann Frank*, Möglichkeiten und Formen gesamtkirchlicher Rechtsetzung, in: ZevKR 15 (1970), 113 (120 ff.); *Axel v. Campenhausen*, Münchner Gutachten: Kirchenrechtliche Gutachten in den Jahren 1970 bis 1980, erstattet vom Kirchenrechtlichen Institut der Evangelischen Kirche in Deutschland, 1983 (Jus Ecclesiasticum, Bd. 30), S. 1 (7).

¹⁴⁵ Zum Gesetzgebungsverfahren nach Art. 26a GO EKD, siehe *Claessen*, Grundordnung (o. Fn. 14), Art. 26a, S. 442 ff.; *Guntau*, Das (neue) Gesetzgebungsrecht (o. Fn. 34), S. 639 ff.

¹⁴⁶ Die Neuregelung nach Art. 10a Abs. 3 GO EKD trifft nur auf Gesetze zu, die nach Inkrafttreten der hier in Rede stehenden Grundordnungsänderung, also nach 2000, erlassen worden sind und werden. Damit bleibt es dabei, dass für ältere EKD-Gesetze, wie das Mitgliedschaftsgesetz und das Datenschutzgesetz, auch bei künftigen Änderungen keine „Ausstiegsmöglichkeit“ eröffnet ist.

Schritten bei der Rechtsvereinheitlichung geführt.¹⁴⁷ So ist es seither gelungen, in wichtigen Bereichen eine gesamtkirchliche Gesetzgebung auf den Weg zu bringen, so im gemeinsamen Kirchenbeamten-, Pfarrdienst- und Disziplinarrecht, im Arbeitsrecht mit dem Arbeitsrechtsregelungsgrundsatzgesetz und dem neugefassten Mitarbeitervertretungsgesetz sowie im Bereich der kirchlichen Gerichtsbarkeit.

*d) Förderung der Gemeinschaft durch Koordination
und verwaltungspraktische Unterstützung*

Die Aufgabe der EKD, die Gemeinschaft unter den Gliedkirchen zu vertiefen, hat nach Art. 6 ff. GO EKD vielfältige weitere Ausprägungen. So fördert die EKD den Austausch der Gliedkirchen untereinander. Sie kann nach Art. 8 GO EKD den Gliedkirchen Anregungen für ihre Arbeit geben und nach Art. 9 GO EKD Richtlinien für eine Reihe von Regelungsmaterien aufstellen.¹⁴⁸ Diese sind für die Gliedkirchen rechtlich zwar nicht verbindlich, geben aber sehr wohl orientierende Anregungen zum eigenen gesetzgeberischen oder administrativen Handeln. In vielen Bereichen geht die verwaltungspraktische Unterstützung der Gliedkirchen durch die EKD noch erheblich weiter. Denn zunehmend übertragen die Gliedkirchen der EKD Verwaltungsaufgaben, damit diese möglichst gebündelt wahrgenommen werden können. Dazu gehört z.B. die Wahrnehmung der Datenschutzaufsicht¹⁴⁹ in Gliedkirchen durch den Beauftragten für den Datenschutz der EKD nach § 18b DSGVO-EKD, die Rechnungsprü-

43

¹⁴⁷ Einen weiteren Schritt zu einer Rechtsvereinheitlichung sieht Art. 10a Abs. 2 Buchst. b GO EKD vor. Er ergänzt die Regelung des Artikels 13 GO EKD. Nach Art. 10a Abs. 2 Buchst. b GO EKD kann die EKD auch nur für mehrere Gliedkirchen Recht setzen, wenn diese einem entsprechenden Kirchengesetz zustimmen, *de Wall/Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 44 IV, Rn. 14, S. 381; *Hendrik Munsonius*, Die Zustimmung der Gliedkirchen zu der Regelung eines Sachgebietes durch Kirchengesetz der EKD nach Art. 10a Abs. 2 GO EKD, in: *ZevKR* 50 (2005), S. 231 ff. Aus gesamtkirchlichem Interesse bedürfen solche Kirchengesetze der EKD der Zustimmung der Kirchenkonferenz nach Art. 26 Abs. 5 GO EKD.

¹⁴⁸ So insbesondere für die Ausbildung der Pfarrerschaft und ihre Versorgung, die Erhebung kirchlicher Abgaben, die Verwaltung kirchlichen Vermögens, die Vereinheitlichung von Amtsbezeichnungen und das Archiv- und Kirchenbuchwesen.

¹⁴⁹ Dazu *Michael Jacob*, in: Herbert Auernhammer, Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, hg. von Martin Eßer/Philipp Kramer/Kai von Lewinski, Art. 91 DSGVO, Rn. 15 ff.; *Arne Ziekow*, → § 33.

fung in Gliedkirchen durch das Oberrechnungsamt der EKD, die Konzentration von Fragen des Arbeitsschutzes in der Evangelischen Fachstelle für Arbeits- und Gesundheitsschutz bei der EKD (EFAS) oder die gemeinsame Nutzung gebündelter Marktmacht durch Sammel- und Rahmenverträge der EKD im Bereich des Versicherungswesens oder der Urheberrechte gegenüber der GEMA, der VG Musikedition und der VG Wort. Die Finanzierung der EKD läuft im Wesentlichen über eine Umlage der Gliedkirchen (Art. 33 Abs. 1 u. 2 GO EKD). Auf der Ebene der EKD wird weiter ein solidarischer Finanzausgleich ausgestaltet, der insbesondere den östlichen Gliedkirchen zu Gute kommt.

e) Theologische Arbeit

44 Weiter und vor allem hat die EKD auch vielfältige Kompetenzen zur theologischen Arbeit für die Gemeinschaft der Gliedkirchen. Sie soll darauf hinwirken, dass in den wesentlichen Fragen des kirchlichen Lebens und Handelns nach übereinstimmenden Grundsätzen verfahren wird (Art. 6 Abs. 2 GO EKD). Von besonderer Prägekraft ist die Verantwortung der EKD für Kernprodukte für das Glaubensleben evangelischer Christen und die Arbeit in den Kirchengemeinden. Dazu gehört die Pflege der Lutherbibel¹⁵⁰ und des Evangelischen Gesangbuches. Die Verantwortung für die Perikopen- bzw. Gottesdienst- und Liedgutordnung geht die EKD gemeinschaftlich mit der VELKD und der UEK an.¹⁵¹

45 Ein Schwerpunkt der Arbeit der EKD liegt in der Wahrnehmung öffentlicher Verantwortung der Kirche, das heißt, sich öffentlich zu den ethischen, sozialen und politischen Fragen der Gesellschaft zu Wort zu melden.¹⁵² Dies geschieht vielfach durch Denkschriften. Entscheidend dabei ist, dass die Kirche auch bei solchen Aufgaben nicht nur die dafür unabdingbare Sachkunde und professionelle Kompetenz beiträgt, sondern dass sie ihre öffentlichen Äußerungen auf ih-

¹⁵⁰ Die Bibel. Nach der Übersetzung Martin Luthers, revidierte Fassung 2017, hg. von der Ev. Kirche in Deutschland.

¹⁵¹ *Munsonius*, Gottesdienst und Verkündigung (o. Fn. 53), Rn. 44 ff., S. 640. Zum 1. Advent 2018 haben UEK, VELKD und EKD eine neue „Ordnung gottesdienstlicher Texte und Lieder“ eingeführt.

¹⁵² *Rat der EKD*, Das rechte Wort (o. Fn. 94), näher dazu *Hermann Barth*, Öffentlichkeitsanspruch der Kirche, in: *EvStL*⁴, Sp. 1664 ff.; *Burkhard Guntau*, Denkschriften der EKD, in: *EvStL*⁴, Sp. 342 ff.; *Martin Morlok*, → § 35.

ren besonderen kirchlichen Auftrag zurückführen kann. Deshalb soll sie sich also nur da zu Wort melden, wo sie als Kirche Spezifisches auf der Grundlage ihres Verkündigungsauftrages beitragen kann. Sie ist auf dieser Grundlage dazu aufgerufen, den Anliegen auch derjenigen Gehör zu verschaffen, die dazu selbst nicht in der Lage sind. Die Kirche soll nicht selbst Politik machen, aber Politik möglich machen. Es geht darum, eine ethische Urteilsbildung auf christlicher Grundlage zu ermöglichen.¹⁵³

f) Evangelische Medienarbeit

Für vielfältige Aufgaben der Medien- und Öffentlichkeitsarbeit unterhält die EKD das Gemeinschaftswerk der Evangelischen Publizistik gGmbH (GEP).¹⁵⁴ Es soll mit seinen Tochterunternehmen das gemeinsame Mediendienstleistungsunternehmen der EKD und ihrer Gliedkirchen, Werke und Einrichtungen sein. Außerdem ist das GEP die Trägerorganisation für „chrismon, das evangelische Magazin“ und für die Zentralredaktion des Evangelischen Pressedienstes (epd). Unter dem Dach des GEP findet auch die Rundfunkarbeit des Medienbeauftragten des Rates der EKD statt, zu der neben der Arbeit an Verkündigungsformaten für den Rundfunk auch zahlreiche Aktivitäten im Jugendmedienschutz und in den Bereichen Medienpädagogik und Medienethik gehören. Bei all diesen Aufgaben kommt es für die von der evangelischen Kirche getragene Medienarbeit wesentlich darauf an, in Auseinandersetzung mit den Themen der Zeit „die ihr aufgetragene Botschaft so umfassend und allgemein zugänglich, also öffentlich, zu Gehör zu bringen, dass deren Bedeutung für alle Menschen und Völker und für alle Bereiche unseres Lebens vernehmbar wird“.¹⁵⁵

46

¹⁵³ Barth, Öffentlichkeitsanspruch (o. Fn. 152), Sp. 1664, 1668.

¹⁵⁴ Götz Klostermann, Der kirchliche Öffentlichkeitsauftrag (§ 22), in: HEKR, Rn. 18 f.

¹⁵⁵ Rat der EKD, Das rechte Wort (o. Fn. 94), Rn. 10 f.; ausführlich dazu Hans Ulrich Anke, Auf die Botschaft kommt es an! Glaube und Verantwortung in der evangelischen Publizistik, in: Glaube und Verantwortung. Festschrift für Nikolaus Schneider, hg. von Petra Bosse-Huber/Christian Dräger, 2012, S. 77–95; kritische Gegenstimmen dazu u. a. in: Nachrichten der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern, 2013, S. 101–116: Norbert Schneider, Evangelische Publizistik und Kirche. Ein Begriff erinnert an sich, S. 101–103, Elke Rutzenhöfer, Ein fröhliches Herz und ein dickes Fell, S. 103–105, Karin Achtelstetter, Kommunikation – unser tägliches Brot, S. 105–108, Daniel Meier, Vom User zum Producer, S. 108–110, Volker Lilienthal, Eine

g) *Einrichtungen und Werke*¹⁵⁶

47 Die EKD fördert und unterstützt nach Art. 7 GO EKD Aktivitäten, die für den ganzen Protestantismus in Deutschland bedeutsam sind, so unter anderem in der Akademiearbeit¹⁵⁷ und in verschiedenen wissenschaftlichen Einrichtungen, wie der auf Grundlagenforschung zur Theologie und den Korrespondenzwissenschaften ausgerichteten „Forschungsstätte der Evangelischen Studiengemeinschaft. Institut für interdisziplinäre Forschung e.V. (FEST)“ in Heidelberg, dem Kirchenrechtlichen Institut der EKD an der Universität Göttingen¹⁵⁸, dem Sozialwissenschaftlichen Institut der EKD in Hannover, dem auf Bildungsfragen ausgerichteten Comenius-Institut in Münster, der Evangelischen Zentralstelle für Weltanschauungsfragen in Berlin und dem Institut für Kirchenbau und kirchliche Kunst der Gegenwart mit Sitz an der Philipps-Universität Marburg. Zur Förderung der Verständigung unter den Kirchen betreibt die EKD gemeinsam mit dem 1886 gegründeten Evangelischen Bund das Konfessionskundliche Institut e.V. in Bensheim an der Bergstraße. Und gemeinsam mit der UEK unterhält sie in Berlin das Evangelische Zentralarchiv.

48 Mit Blick auf ihre gesamtkirchliche Bedeutung fördert die EKD auch gliedkirchenübergreifende Verbände, Werke und Einrichtungen in ganz unterschiedlichen Trägerschaften und Rechtsformen. Das geht von der „gruppenbezogenen“ Arbeit der Kirche nach Art. 14 GO EKD, z. B. an Männern, Frauen und der Jugend, in der Arbeitswelt, mit Unternehmern und Handwerkern, mit Schaustellern, Aussiedlern, Seeleuten und Urlaubern, über die Werke der inneren wie der äußeren Mission und der Diasporaarbeit nach Art. 15 f. GO EKD¹⁵⁹

Ungebührlichkeit, S. 110–113, *Roland Rosenstock*, Ungebunden oder gebunden?, S. 113–115, und *Johanna Haberer*, Räume für Debatten, S. 115 f.; *Hartmut Meesmann*, Bedrohte Freiheit, in: Publik-Forum 8/2013, S. 10.

¹⁵⁶ Übergreifender Überblick bei: *Anne-Ruth Wellert*, Einrichtungen und Werke der Kirche (§ 14), in: HEKR.

¹⁵⁷ So durch die Ev. Akademie zu Berlin, vgl. *Wolfgang Bock*, → § 48.

¹⁵⁸ Das Kirchenrechtliche Institut der EKD hat den Auftrag, die EKD und ihre Gliedkirchen sowie kirchliche Zusammenschlüsse in Fragen des Kirchen- und Staatskirchenrechts zu beraten und Rechtsgutachten anzufertigen. Weiter ist dem Institut die Fort- und Weiterbildung für Angehörige der Kirchenverwaltungen sowie die Förderung der Bedeutung des Kirchen- und Staatskirchenrechts in der universitären Forschung und Lehre aufgetragen. Das Institut gibt die Zeitschrift für Evangelisches Kirchenrecht heraus.

¹⁵⁹ Dazu *Hans-Tjabert Conring*, Mission (§ 18), in: HEKR, Rn. 20 ff.

bis hin zu der Unterstützung evangelisch geprägter Orden wie z.B. des Johanniter-Ordens.¹⁶⁰ Die Gemeinschaft der Gliedkirchen unterstützt mit Blick auf dessen gesamtkirchliche Bedeutung auch den „Verein zur Förderung des Deutschen Evangelischen Kirchentages e.V.“ mit Sitz in Fulda. Dieser führt alle zwei Jahre mehrtägige Großveranstaltungen in Form der Evangelischen Kirchentage durch. Die Leitung obliegt dem Präsidium. An seiner Spitze steht für eine Amtszeit von zwei Jahren der jeweilige Präsident. Zur Ausrichtung der einzelnen Kirchentage wird jeweils ein eigener Trägerverein gegründet, der dann in Zusammenarbeit mit der gastgebenden Landeskirche eine Tagungsgeschäftsstelle einrichtet.

Zu den wichtigsten Werken der EKD zählt das Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung e.V. (EWDE).¹⁶¹ Die christliche Hilfe für andere gehört seit dem Beginn der Kirche zu ihrer Wesens- und Lebensäußerung (Art. 15 Abs. 1 S. 2 GO EKD).¹⁶² Mit dem EWDE als Wohlfahrtsverband und Entwicklungsdienst nimmt die EKD im Zusammenwirken mit den evangelischen Freikirchen den Auftrag nach Art. 15 GO EKD wahr, die in Christus erwiesene Liebe Gottes zur Welt allen Menschen durch Wort und Tat zu bezeugen. Dazu leistet das Werk diakonischen und volksmissionarischen Dienst, verantwortet die Aktion „Brot für die Welt“ und nimmt die Verantwortung für den Evangelischen Entwicklungsdienst und für humanitäre Hilfe in Katastrophenfällen wahr. Die EKD wirkt auf der Grundlage des Diakonie- und Entwicklungsdienstgesetzes an der Erfüllung der Aufgaben des Vereins, insbesondere durch die Mitarbeit von Vertretern der EKD-Organen in den Leitungsorganen des EWDE und durch direkte Beteiligungsrechte bei wesentlichen Entscheidungen wie Satzungsänderungen oder der Berufung der Vorsitzenden des Werkes mit.

49

¹⁶⁰ Dazu *Claessen*, Grundordnung (o. Fn. 14), Art. 14, S. 326 ff.

¹⁶¹ Im EWDE sind seit 2012 die bisher selbstständigen Werke „Diakonie Deutschland – Evangelischer Bundesverband“ und „Brot für die Welt – Evangelischer Entwicklungsdienst“ zusammengeführt; *Wellert*, Kirchliche Zusammenschlüsse (o. Fn. 111), Rn. 48, 50.

¹⁶² Dazu *Peter Unruh*, → § 49 und *Jörg Winter*, → § 51.

h) Ökumene und Auslandsarbeit

50 Die EKD fördert nach Art. 17 Abs. 3 GO EKD die mehr als 100 deutschsprachigen evangelischen Gemeinden im Ausland.¹⁶³ Diese sind rechtlich eigenständig und mit der EKD in der Regel auf der Grundlage von Verträgen verbunden. Die EKD ist sich mit den Gliedkirchen darüber einig, dass nur über die EKD Pfarrer in den Dienst der Auslandsgemeinden entsandt werden. Voraussetzung für eine Entsendung ist u. a. die Anforderung der Auslandsgemeinde, weiter dass die Gliedkirche den Pfarrer für den vorgesehenen Dienst freistellt und bereit ist, auch während der Zeit des Entsendungsverhältnisses Kontakt zu halten und den Pfarrer nach dem Ende der Entsendungszeit wieder in den Dienst nehmen wird. Die geistliche Aufsicht über die Pfarrer nimmt der Bischof für Ökumene und Auslandsarbeit der EKD, der zugleich als Vizepräsident des Kirchenamts der EKD die gleichlautende Hauptabteilung leitet, wahr.

51 Darüber hinaus pflegt die EKD nach Art. 17 Abs. 1 und 2 GO EKD ökumenische Partnerschaften mit vielen evangelischen Kirchen weltweit und engagiert sich in den internationalen ökumenischen Organisationen, insbesondere dem Ökumenischen Rat der Kirchen und der Konferenz Europäischer Kirchen. Auf nationaler Ebene steht die EKD zudem in einem regelmäßigen Meinungsaustausch mit der katholischen Deutschen Bischofskonferenz und engagiert sich in der Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen in Deutschland e.V. (ACK).¹⁶⁴

i) Seelsorge in der Bundeswehr und in der Bundespolizei

52 Im Zusammenwirken mit der Bundeswehr nimmt die EKD nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 141 WRV und Art. 18 GO EKD die Gemeinschaftsaufgabe der evangelischen Seelsorge in der Bundeswehr auf

¹⁶³ Art. 17 Abs. 3 GO EKD i.V.m. dem Kirchengesetz über die Mitarbeit der Evangelischen Kirche in Deutschland in der Ökumene. Zum Ganzen *Britta Wellnitz*, Deutsche evangelische Gemeinden im Ausland, 2003 (Jus Ecclesiasticum, Bd. 71); *Claessen*, Grundordnung (o. Fn. 14), Art. 17 Abs. 3, S. 356 ff.

¹⁶⁴ *Katrin Hatzinger / Patrick Roger Schnabel*, Konfessionsübergreifende Ökumene (§ 15), in: HEKR, Rn. 30 ff.; *Martin Schuck / Ilona Riedel-Spangenberg*, Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen in Deutschland (AcK), in LKStKR, Bd. I, S. 149 ff.

der Grundlage des im Jahr 1957 mit der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossenen Militärseelsorgevertrages wahr.¹⁶⁵ Auf der Grundlage von Art. 18 GO EKD nimmt die Evangelische Kirche in Deutschland im Zusammenwirken mit den Gliedkirchen die Seelsorge in der Bundespolizei als Gemeinschaftsaufgabe nach den Vorschriften des Kirchengesetzes zur Regelung der Evangelischen Seelsorge im Bundesgrenzschutz vom 6.11.2003 wahr.¹⁶⁶ Sie wird unter der Leitung eines Beauftragten des Rates der EKD, der ordinarierter Geistlicher ist, durchgeführt.

j) Politische Vertretung gesamtkirchlicher Anliegen

Die EKD vertritt nach Art. 19 GO EKD die gesamtkirchlichen Anliegen gegenüber der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union (EU). Dazu ist die Dienststelle des Bevollmächtigten des Rates der EKD bei der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Gemeinschaft geschaffen worden.¹⁶⁷

53

2. Die Organe der EKD

Die EKD weist drei Organe auf: die Synode, die Kirchenkonferenz und den Rat (Art. 22 Abs. 1 GO EKD).¹⁶⁸

54

¹⁶⁵ Jörg Ennuschat, Militärseelsorge, 1996; ders., Seelsorge (o. Fn. 58), Rn. 17 ff.; ders., → § 54.

¹⁶⁶ ABL. EKD S. 407. Dazu *Unruh*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 16), Art. 141 WRV, Rn. 33; *Christian Waldhoff*, Die rechtliche Grundlage der Seelsorge in der Bundespolizei, in: 50 Jahre Seelsorgevereinbarung in Bundesgrenzschutz und Bundespolizei, hg. von Helmut Blanke/Hans-Jochen Jaschke/Karl-Hinrich Manzke/Jordanus von Sachsen Brand, 2015, S. 43 ff.; *Markus Heintzen*, Die Vereinbarung über die Seelsorge in der Bundespolizei in staatsrechtlicher Perspektive, ebd., S. 55 ff.; *Ennuschat*, Seelsorge (o. Fn. 58), Rn. 37 f.

¹⁶⁷ Dazu *Joachim Gaertner/Kathrin Hatzinger*, → § 36, Rn. 24–41.

¹⁶⁸ Anders als in den Landeskirchen ist in der EKD ein leitendes geistliches Amt nicht ausdrücklich geregelt. Der Vorsitzende des Rates muss de jure nicht einmal ordiniert sein. Mit dem Ratsvorsitz ist aber der Sache nach auch die geistliche Leitung der EKD verbunden, so dass die Ratsvorsitzenden aus dem Kreis der leitenden Geistlichen aus den Gliedkirchen gewählt werden.

a) Synode

55 Wie in den Landeskirchen kommen der Synode die wesentlichen Aufgaben der Gesetzgebung (Art. 23 Abs. 2, Art. 26a GO EKD) und das Budgetrecht (Art. 33 Abs. 2 GO EKD) zu.¹⁶⁹ Darüber hinaus hat sie die Aufgabe, Fragen des gesamtkirchlichen Lebens zu beraten und die Arbeit des Rates zu begleiten (Art. 23 Abs. 1 und 2 GO EKD). Sie kann sich in Kundgebungen äußern (Art. 20 Abs. 1 GO EKD).¹⁷⁰ Die Synode darf keine dem lutherischen, reformierten oder unierten Bekenntnisstand widersprechenden Beschlüsse fassen. Bei Bedenken, ob der Bekenntnisstand berührt ist, tritt die Synode in bekenntnisgebundene Konvente auseinander (Art. 27 GO EKD). Im Ergebnis kann die Synode nicht gegen die Stellungnahme eines Konvents entscheiden. Praktisch bedeutsam ist das bisher nicht geworden. Schließlich wählt die Synode gemeinsam mit der Kirchenkonferenz den Rat der EKD (Art. 23 Abs. 3 und Art. 30 GO EKD i.V.m. dem Kirchengesetz der EKD zur Durchführung der Wahl der Mitglieder des Rates der EKD). Die Synode kommt in der Regel einmal im Jahr an wechselnden Orten zu einer mehrtägigen Tagung zusammen. Diese ist öffentlich. Fast immer behandelt die Synode ein sogenanntes „Schwerpunktthema“.

56 Die Synode besteht nach Art. 24 Abs. 1 GO EKD aus 128 Mitgliedern. 100 Synodale werden durch die Synoden der 20 Gliedkirchen gewählt. Die Anzahl der zu wählenden Synodalen hängt von der Größe der jeweiligen Landeskirche ab und ist durch das Kirchengesetz über die Verteilung der von den Gliedkirchen zu wählenden Mitglieder der Synode der EKD näher geregelt. 28 Synodale beruft der Rat unter besonderer Berücksichtigung von Persönlichkeiten, die für das Leben der Gesamtkirche und die Arbeit der kirchlichen Werke Bedeutung haben. Für jeden Synodalen werden zwei Stellvertreter gewählt bzw. berufen.

¹⁶⁹ *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 44 III, Rn. 6 f., S. 376 f.; *Welert*, Kirchliche Zusammenschlüsse (o. Fn. 111), Rn. 22.

¹⁷⁰ *Claessen*, Grundordnung (o. Fn. 14), Art. 20, S. 379.

b) *Kirchenkonferenz*

Die Kirchenkonferenz der EKD ist das föderale Organ der EKD.¹⁷¹ Es wird von den Leitungen der Gliedkirchen gebildet. Diese entsenden jeweils zwei Mitglieder, in aller Regel den leitenden Geistlichen und den leitenden Juristen der landeskirchlichen Verwaltung. Die Kirchenkonferenz tagt in der Regel viermal im Jahr. Die Mitglieder dürfen nicht dem Rat der EKD angehören (Art. 28 Abs. 2 GO EKD). Vorsitzender der Kirchenkonferenz ist der Ratsvorsitzende (Art. 28 Abs. 4 GO EKD). In der Kirchenkonferenz haben Gliedkirchen mit mehr als zwei Millionen Kirchenmitgliedern zwei Stimmen, die anderen Gliedkirchen haben eine Stimme.¹⁷²

57

In der Kirchenkonferenz und ihrer Arbeit findet die direkte Mitverantwortung und Einflussnahme der Landeskirchen für den Weg der EKD ihren Niederschlag. Die Kirchenkonferenz hat die Aufgabe, die Arbeit der EKD und der Gliedkirchen zu beraten. Sie kann dem Rat und der Synode Vorlagen zuleiten und Anregungen geben (Art. 28 Abs. 1 S. 1 GO EKD). Dies beschreibt allerdings nur unzureichend das politische Gewicht der Kirchenkonferenz. Denn die EKD ist in ihrem Handeln auf die Akzeptanz ihrer Gliedkirchen angewiesen, so dass wesentliche Vorhaben der EKD in der Kirchenkonferenz beraten werden.¹⁷³ Die Kirchenkonferenz wirkt zudem bei der Wahl des Rates mit (Art. 30 Abs. 1 GO EKD). Bei der Gesetzgebung hat sie die Stellung einer zweiten Kammer.¹⁷⁴ Schon vor der Beschlussfassung des Rates der EKD über einen Gesetzentwurf, den er der Synode zuleiten will, ist dieser nach Art. 26a Abs. 1 S. 3 GO EKD der Kirchenkonferenz zur Stellungnahme zuzuleiten. Der Synode wird das Gesetz mit der abgegebenen Stellungnahme vorgelegt. Auch kann die Kirchenkonferenz Gesetzentwürfe nach Art. 26a Abs. 1 GO EKD einbringen. Die Mitglieder der Kirchenkonferenz aus den Gliedkirchen der UEK beziehungsweise der VELKD bilden je einen Konvent (Art. 28a GO EKD).¹⁷⁵ Dieser hat bisher praktisch keine Bedeutung erlangt.

58

¹⁷¹ *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 44 III, Rn. 8, S. 377 f.; *Welbert*, Kirchliche Zusammenschlüsse (o. Fn. 111), Rn. 23.

¹⁷² Kirchengesetz über die Verteilung der Stimmen in der Kirchenkonferenz vom 10. 1. 1949 (ABl. EKD S. 5), i. d. F. d. B. v. 10. 11. 1977 (ABl. EKD 1978 S. 1), zuletzt geändert durch Kirchengesetz vom 7. 11. 2007 (ABl. EKD S. 410).

¹⁷³ *Claessen*, Grundordnung (o. Fn. 14), Art. 28, S. 462 ff.

¹⁷⁴ Dazu *Gunttau*, Das (neue) Gesetzgebungsrecht (o. Fn. 34), S. 639 ff.

¹⁷⁵ Da der UEK wie der VELKD gastweise Gliedkirchen angehören können, sieht Art. 28a Abs. 1 S. 2 GO EKD vor, dass auch der Konvent einen

c) Rat

59 Der Rat leitet die EKD und vertritt diese nach außen (Art. 29 Abs. 1 S. 1–3 und Art. 34 Abs. 1 GO EKD).¹⁷⁶ Ihm gehören 15 Mitglieder an. 14 von ihnen werden gemeinsam von Synode und Kirchenkonferenz jeweils mit einer Zweidrittelmehrheit¹⁷⁷ für eine Amtszeit von sechs Jahren gewählt. Eine Abwahlmöglichkeit besteht nicht. Der Präses der Synode ist kraft Amtes Mitglied des Rates. Aus der Mitte der gewählten Ratsmitglieder wählen Synode und Kirchenkonferenz wiederum gemeinsam ebenfalls mit einer Zweidrittelmehrheit den Vorsitzenden des Rates und dessen Stellvertreter. Art. 30 Abs. 3 GO EKD legt fest, dass bei der Wahl die bekenntnismäßige und landsmannschaftliche Gliederung der EKD zu berücksichtigen und auf ein ausgewogenes Geschlechterverhältnis zu achten ist.¹⁷⁸

60 Der Rat tagt i. d. R. monatlich und leitet die EKD in allen Angelegenheiten, die ihm die Grundordnung ausdrücklich zuweist¹⁷⁹ oder die nicht ausdrücklich anderen Organen vorbehalten sind. Das Aufgabenspektrum ist umfassend und reicht von grundlegenden theo-

solchen Gaststatus einräumen kann. Damit soll die bereits in dem gliedkirchlichen Zusammenschluss gelebte Verbindung fortgesetzt werden.

¹⁷⁶ *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 44 III, Rn. 8 ff., S. 377 ff.

¹⁷⁷ Dies ist eine hohe Hürde, was im Ergebnis bis zu zehn oder mehr Wahlgänge nach sich ziehen kann. Dennoch haben Synode und Kirchenkonferenz bei Überprüfungen des Ratswahlverfahrens immer wieder an der Zweidrittelmehrheit festgehalten, weil diese einen hohen Legitimationsgrad für die Mitglieder des Rates mit sich bringt.

¹⁷⁸ Es spielen noch weitere Kriterien, die nicht ausdrücklich festgelegt sind, eine wesentliche Rolle bei den Ratswahlen. Dazu gehört es, die theologische Wissenschaft, herausragende kirchleitende Verantwortung oder ehrenamtliche Tätigkeit und die Verantwortung in wichtigen Handlungsfeldern der Kirche zu berücksichtigen. *Claessen*, Grundordnung (o. Fn. 14), Art. 30, S. 489 ff.

¹⁷⁹ So kann er nach Art. 29 GO EKD Gegenstände, die durch Gesetze zu regeln sind, durch Verordnung regeln, wenn die Synode nicht versammelt ist und die Sache keinen Aufschub duldet. Ihm gegenüber ist die Zustimmung der Gliedkirchen zu Gesetzen der EKD nach Art. 10a GO EKD zu erklären (Art. 10a Abs. 2 S. 2 GO EKD). Das gleiche gilt für das Außerkraftsetzen von Gesetzen der EKD durch eine Gliedkirche (Art. 10a Abs. 3 S. 4 und 5 GO EKD). Er kann Richtlinien nach Art. 9 GO EKD für die dort benannten Bereiche aufstellen, dazu *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 2), § 44 IV, Rn. 15, S. 381 f. Nach Art. 12 GO EKD hat er die Befugnis, gliedkirchliches Recht auf die Vereinbarkeit mit dem EKD-Recht zu prüfen. Er kann gegen Beschlüsse der Synode Einwendungen erheben (Art. 26 Abs. 3 GO EKD). Der Rat vertritt die EKD in Rechtsangelegenheiten (Art. 34 GO EKD) und kann, wenn die Synode nicht versammelt ist, Kundgebungen verabschieden.

gischen Fragen über ethische Positionierungen zu gesellschaftspolitischen Themen bis hin zu innerkirchlichen und organisatorischen Entscheidungen, z.B. im Hinblick auf die Arbeit kirchlicher Werke, Verbände und Einrichtungen. Der Rat nimmt dabei in besonderer Weise den kirchlichen Öffentlichkeitsauftrag wahr. In der Regel geschieht dies entweder durch kurzfristige, aktuelle Stellungnahmen oder in Form von Veröffentlichungen, Studien, Diskussionsbeiträgen und Grundsatzserklärungen. Dabei unterstützen ihn vor allem bei der Erarbeitung von Publikationen Kammern, die für besondere Sachgebiete mit sachverständigen Persönlichkeiten gebildet werden (Art. 22 Abs. 2 GO EKD).¹⁸⁰ Darüber hinaus richtet der Rat für die vertiefte fachliche Begleitung seiner Arbeit Kommissionen aus Fachleuten der landeskirchlichen Verwaltungen ein.¹⁸¹ Und er beruft besondere haupt- oder ehrenamtliche Beauftragte für herausgehobene Arbeitsbereiche oder die Förderung gruppenbezogener Arbeit nach Art. 14 GO EKD.¹⁸² In der medialen Welt erlangt der Rat von allen drei Organen der EKD die größte Aufmerksamkeit. Da in der Regel der Ratsvorsitzende nach außen in Erscheinung tritt, wird mit ihm – neben dem Synodenpräses für Themen der Synode – in den Medien die Leitung der EKD verbunden. Nach Art. 29 Abs. 1 S. 4 GO EKD hat der Rat der EKD der Synode zu jeder ihrer Tagungen einen Rechenschaftsbericht vorzulegen.

d) Kirchenamt

Das Kirchenamt der EKD erfüllt nach Art. 31 GO EKD die Verwaltungsaufgaben für die Organe der EKD sowie der gliedkirchlichen

61

¹⁸⁰ Überblick bei Claessen, Grundordnung (o. Fn. 14), Art. 22, S. 412 ff. Dazu gehören die Kammer für Öffentliche Verantwortung, die Kammer für Theologie, die Kammer für soziale Ordnung, die Kammer für weltweite Ökumene, die Kammer für Migration und Integration, die Kammer für nachhaltige Entwicklung und die Kammer für Bildung und Erziehung, Kinder und Jugend.

¹⁸¹ So der Finanzbeirat, die Dienstrechtliche Kommission, die Grundstücks- und Baurechtskommission, die Versicherungskommission, die Steuerkommission und die Kommission für Europafragen.

¹⁸² Dazu gehören z.B. der Medienbeauftragte, der Kulturbbeauftragte, der Beauftragte für die Seelsorge in der Bundespolizei, der Friedensbeauftragte, der Beauftragte für den Datenschutz und der Umweltbeauftragte; Werner Heun, Die Beauftragten in der Kirche, in: ZevKR 36 (1991), S. 113 ff.; Erich Koch, Die Beauftragten in der Kirche, 1992.

Zusammenschlüsse, ohne selbst Organstatus zu haben.¹⁸³ Es wird von einem Kollegium unter dem Vorsitz des Präsidenten geleitet und ist in vier Hauptabteilungen gegliedert¹⁸⁴. Es hat für die Geschäftsführung in den Kammern und Kommissionen zu sorgen. Es wirkt an der ständigen Zusammenarbeit zwischen der EKD, ihren Gliedkirchen und den gliedkirchlichen Zusammenschlüssen sowie den kirchlichen Werken, Verbänden und Einrichtungen mit. Es holt ihre Stellungnahmen und Auskünfte in Angelegenheiten von gesamtkirchlicher Bedeutung ein und unterstützt durch Beratung und Information die Gliedkirchen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben (Art. 6 und 8 GO EKD). Es bereitet Entscheidungen seiner Organe vor, insbesondere auf dem Gebiet der Rechtssetzung, nimmt die ökumenischen Verbindungen der EKD wahr und erfüllt die ihm kirchengesetzlich auf dem Gebiet der Auslandsarbeit und in anderen Bereichen zugewiesenen Aufgaben. Es hat die Öffentlichkeit über die Arbeit der Evangelischen Kirche in Deutschland zu unterrichten und im Rahmen von Regelungen des Rates öffentliche Erklärungen abzugeben. Es vertritt gesamtkirchliche Anliegen gegenüber staatlichen und anderen Stellen im Rahmen von Vorgaben des Rates, soweit die Vertretung nicht besonderen Bevollmächtigten übertragen ist.

VII. Die kirchliche Gerichtsbarkeit

62 Das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht der Kirchen aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV schließt ein, dass sie das Handeln ihrer Verfassungsorgane und ihr Verwaltungshandeln durch eigene unabhängige Kirchengerichte überprüfen lassen können.¹⁸⁵ Die kirchliche Gerichtsbarkeit verdrängt nicht die

¹⁸³ Claessen, Grundordnung (o. Fn. 14), Art. 31, S. 503 ff.

¹⁸⁴ Stand 2018: „Leitung, Recht und Finanzen“, „Kirchliche Handlungsfelder und Bildung“, „Öffentliche Verantwortung“ und „Ökumene und Auslandsarbeit“.

¹⁸⁵ Michael Germann, Kirchliche Gerichtsbarkeit (§ 31), in: HEKR, Rn. 1 f., 25 ff.; Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 16), Art. 137 WRV, Rn. 109; Guntau, Die Neuordnung (o. Fn. 16), S. 327. Als einer gerichtlichen Prüfung entzogen werden geistliche Handlungen angesehen, so z. B. die Verweigerung der Konfirmation und Entscheidungen in der Sakramentsverwaltung sowie Entscheidungen in Lehrbeanstandungsverfahren, dazu Christoph Thiele, Gerichtsweg, kirchlicher, in: LKStKR, Bd. II, S. 87 (88); kritisch: Renate Penßel, Gerichtliche Kontrolle von kirchlichen Amtshandlungen / Sakramenten, in: ZevKR 59 (2014), S. 279 (304 ff.); Germann, Kirchliche Gerichtsbarkeit (o. Fn. 185), Rn. 53–55.

Gewährleistung eines umfassenden staatlichen Rechtsschutzes, sondern ergänzt ihn, denn die Kirchen sind in das weltliche Verfassungsgefüge eingeordnet.¹⁸⁶ Die Gerichtsbarkeit ist nicht, wie im Staat, einheitlich aufgebaut, sondern verteilt sich auf die Landeskirchen und deren Zusammenschlüsse¹⁸⁷. Dabei sind Verfassungs-, Verwaltungs-, Disziplinar- und Mitarbeitervertretungssachen zu unterscheiden.¹⁸⁸ Eine Besonderheit bilden die äußerst seltenen Lehrbeanstandungsverfahren.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Dazu *Wolfgang Rüfner*, → § 78, und *Jacob Joussen*, → § 57. *Germann*, Kirchliche Gerichtsbarkeit (o. Fn. 185), Rn. 25 ff.; *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 16), Art. 137 WRV, Rn. 111 ff.; *Joussen*, Das Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 66), Rn. 40 f.: Für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten aus dem Individualarbeitsrecht privatrechtlich Beschäftigter der Kirche sind die staatlichen Arbeitsgerichte und bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten zwischen Pfarrern oder Kirchenbeamten mit der Kirche sowie bei dienstrechtlichen Maßnahmen, die gegen elementare Grundsätze der staatlichen Rechtsordnung verstoßen, grundsätzlich die staatlichen Verwaltungsgerichte zuständig, BVerwG, U. v. 27.2.2014 – 2 C 19.12, in: NVwZ 2014, S. 1101. Die Prüfung an Hand des kirchlichen Rechts dagegen ist Sache der kirchlichen Gerichte. In Kirchensteuersachen sind die staatlichen Verwaltungs- und Finanzgerichte zuständig.

¹⁸⁷ Die EKD hat seit 2004 das Gerichtswesen in seiner Grundordnung verankert und einen wesentlichen Beitrag zur Vereinheitlichung geleistet, von der die Gliedkirchen zunehmend Gebrauch machen, dazu *Guntau*, Die Neuordnung (o. Fn. 16), S. 327; *Harald Schliemann*, Die neue Ordnung der Kirchenggerichtsbarkeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland, in: NJW 2005, S. 392 ff.

¹⁸⁸ *Hartmut Maurer*, Grundprobleme der kirchlichen Gerichtsbarkeit, in: Abhandlungen zum Kirchenrecht und Staatskirchenrecht, 1998 (Jus Ecclesiasticum, Bd. 59), S. 137 ff.

¹⁸⁹ *Wolfgang Huber*, Lehrbeanstandung in der Kirche der Lehrfreiheit, in: Das Recht der Kirche (o. Fn. 28), S. 118; *Gerhard Robbers*, Lehrbeanstandung und Lehrfreiheit, ebd., S. 138; *Wolfgang Strietzel*, Das Disziplinarrecht der deutschen evangelischen Landeskirchen und ihrer Zusammenschlüsse, 1988 (Jus Ecclesiasticum, Bd. 34), S. 208 ff.; *Schilberg*, Die Evangelische Kirche in Deutschland und die Einheit des evangelischen Kirchenrechts seit der Wiedervereinigung (o. Fn. 143), S. 298; *Germann*, Kirchliche Gerichtsbarkeit (o. Fn. 185), Rn. 93 ff. Zwar gibt es in den evangelischen Kirchen kein kirchliches Lehramt. Aber nach Art. 28 CA gehört es zur geistlichen Leitungsverantwortung, Lehre, die gegen das Evangelium ist, zu verwerfen. Was die wahre Lehre ist, wird nicht autoritär, sondern durch den allgemeinen Konsens über das Bekenntnis festgelegt. Das Feststellungsverfahren wird von einem einberufenen Spruchkollegium durchgeführt. Kommt das Spruchkollegium zum Schluss ein Lehrverbot auszusprechen, verliert der Beschuldigte alle ihm aus der Ordination und aus seinem kirchlichen Amt oder Auftrag zustehenden Rechte. Die Entscheidung ist unanfechtbar.

1. Verfassungsgerichtsbarkeit¹⁹⁰

- 63 Für Verfassungsstreitigkeiten sind Gerichte einzelner Landeskirchen,¹⁹¹ für die Kirchen der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen der Rechtshof der Konföderation,¹⁹² für die weiteren Kirchen der VELKD das Verfassungs- und Verwaltungsgericht der VELKD¹⁹³ und der Verfassungsgerichtshof der EKD¹⁹⁴ in den ausdrücklich in den Verfahrensordnungen vorgesehenen Fällen zuständig¹⁹⁵.

2. Verwaltungsgerichtsbarkeit¹⁹⁶

- 64 Die kirchliche Verwaltungsgerichtsbarkeit wird in erster Instanz für die EKD und die Kirchen der UEK¹⁹⁷ durch das Kirchengericht der EKD wahrgenommen.¹⁹⁸ Darüber hinaus haben Landeskirchen eigene oder gemeinsame Verwaltungsgerichte.¹⁹⁹ Rechtsmittelgerichte

¹⁹⁰ *Germann*, Kirchliche Gerichtsbarkeit (o. Fn. 185), Rn. 65 ff.

¹⁹¹ Die Kirchlichen Verfassungs- und Verwaltungsgerichte der Ev.-Luth. Kirche in Norddeutschland, der Ev. Kirche in Hessen und Nassau und der Ev. Kirche der Pfalz.

¹⁹² §§ 1, 11 Kirchengesetz der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen über den Rechtshof (Rechtshofordnung – ReHO) vom 20.11.1973 (KABl. Hannover S. 217), zuletzt geändert am 13.3.2010 (KABl. Hannover S. 42).

¹⁹³ Art. 22 Verf. VELKD; §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 Kirchengesetz über die Errichtung eines Verfassungs- und Verwaltungsgerichts der VELKD (VVG VELKD) i. d. F. vom 1.11.1978 (ABl. VELKD Bd. V S. 142).

¹⁹⁴ Art. 32 Abs. 2 Nr. 1, Art. 32b, 32c GO EKD; §§ 25 bis 27 Kirchengesetz der EKD (KGG EKD) vom 6.11.2003 (ABl. EKD S. 408), zuletzt geändert am 12.11.2014 (ABl. EKD S. 366).

¹⁹⁵ So ist die Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofs der EKD für Organstreitigkeiten und die konkrete Normenkontrolle gegeben, so dass der Verfassungsgerichtshof der EKD auch Kirchengesetze der EKD außer Kraft setzen kann (Art. 32b und 32c GO EKD).

¹⁹⁶ *Germann*, Kirchliche Gerichtsbarkeit (o. Fn. 185), Rn. 75 ff.

¹⁹⁷ Kirchengesetz zur Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der UEK (VGG UEK) vom 9.11.2010 (ABl. EKD 2011 S. 21).

¹⁹⁸ Kirchengesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit der EKD (VGG EKD) vom 10.11.2010 (ABl. EKD S. 330, ber. 2011 S. 149).

¹⁹⁹ Eigene Gerichte unterhalten: Die Bremische Ev. Kirche mit dem Gericht der Bremischen Evangelischen Kirche, die Ev.-Luth. Kirche in Bayern mit dem Verwaltungsgericht, die Ev. Kirche in Hessen und Nassau mit dem Kirchlichen Verfassungs- und Verwaltungsgericht, die Ev. Kirche von Kurhessen-Waldeck mit dem Landeskirchengericht, die Ev.-Luth. Kirche in Nord-

sind der Kircheng Gerichtshof der EKD und das Verfassungs- und Verwaltungsgericht der VELKD.²⁰⁰ Betroffen sind Entscheidungen aus dem Bereich der kirchlichen Aufsicht wie von kirchlichen Organen, z.B. Kirchenvorstands- oder Kirchenleitungsbeschlüsse²⁰¹ oder verwaltungsrechtliche Entscheidungen des Kirchenamts der EKD, der Landeskirchenämter, der Kirchenkreisämter und anderer Kirchenbehörden²⁰².

3. Disziplinargerichtsbarkeit²⁰³

Für Disziplinarangelegenheiten nach dem Disziplinargesetz der EKD sind in erster Instanz für die Kirchen der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen und die VELKD der Rechtshof der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen, eigene Disziplinarkammern der Landeskirchen,²⁰⁴ im Übrigen das Kircheng Gericht der EKD und in zweiter Instanz der Kircheng Gerichtshof der EKD zuständig.²⁰⁵

65

deutschland mit dem kirchlichen Verfassungs- und Verwaltungsgericht, die Ev. Kirche der Pfalz mit dem Verfassungs- und Verwaltungsgericht, die Ev.-Luth. Landeskirche Sachsens mit dem Verwaltungsgericht, die Ev. Landeskirche in Württemberg mit dem Verwaltungsgericht, dazu Weiss, Kirchenrecht (o. Fn. 19), S. 151 ff. Die Zuständigkeit des Kircheng Gerichts der EKD streben die Ev. Kirche im Rheinland und die Ev. Kirche von Westfalen an. Für Verwaltungsstreitverfahren der Kirchen der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen ist der Rechtshof in erster Instanz zuständig.

²⁰⁰ Art. 32 Abs. 2 Nr. 3 GO EKD; § 5 Abs. 3 KGG EKD; § 2 Abs. 1 Nr. 2 VGG UEK; § 2 Abs. 1 Nr. 3 VVG VELKD.

²⁰¹ Daher können auch Nichtkirchenmitglieder verfahrensbeteiligt sein; strittig, vgl. einerseits: *Hendrik Munsonius*, Wen bindet und berechtigt das evangelische Kirchenrecht?, in: ZevKR 59 (2014), S. 257 (266 ff.), und andererseits: *Germann*, Kirchliche Gerichtsbarkeit (o. Fn. 185), Rn. 59 ff., 132 f.

²⁰² Siehe zum Verfahrensgegenstand der verwaltungsrechtlichen Entscheidungen: *Wißmann*, Gegenstand und Ordnung kirchlicher Verwaltungsverfahren (o. Fn. 27), Rn. 22 ff.; *Guntau*, Das Verwaltungsverfahren- und -zustellungsgesetz der EKD (o. Fn. 27), S. 371 ff.

²⁰³ *Germann*, Kirchliche Gerichtsbarkeit (o. Fn. 185), Rn. 85 ff.

²⁰⁴ Ev. Landeskirche in Baden, Ev.-Luth. Kirche in Bayern, Bremische Ev. Kirche, Ev. Kirche in Hessen und Nassau, Ev. Kirche in Kurhessen-Waldeck, Ev.-Luth. Kirche in Norddeutschland, Ev. Kirche der Pfalz, Ev. Kirche im Rheinland, Ev.-Luth. Landeskirche Sachsens und Ev. Landeskirche in Württemberg.

²⁰⁵ § 47 Disziplinargesetz der EKD vom 28.10.2009 (ABl. EKD S. 316, ber. 2010 S. 263), zuletzt geändert am 13.11.2019 (ABl. EKD S. 322).

4. Arbeitsgerichtsbarkeit²⁰⁶

66 Die Kirchen können im Rahmen ihres Selbstbestimmungsrechts aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV die Arbeitsorganisation bei sich und ihren diakonischen Einrichtungen selbst regeln. Daher sind sie vom Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsgesetz ausgenommen (§ 118 Abs. 2 BetrVG, § 112 BPersVG) und haben eigene Regelungen über die Mitarbeitervertretungen²⁰⁷. Für Streitigkeiten im Rahmen des kirchlichen Kollektivarbeitsrechts sind in erster Instanz das Kirchengericht der EKD oder landeskirchliche, oft als Schieds- oder Schlichtungsstellen bezeichnete Kirchengerichte, für das Beschwerdeverfahren der Kirchengerichtshof der EKD zuständig.²⁰⁸

5. Besetzung und Organisation der kirchlichen Gerichte

67 Das Richteramt in der evangelischen Kirche ist als Ehrenamt ausgestaltet und auf Unabhängigkeit der Gerichte ausgerichtet.²⁰⁹ Die Vorsitzenden in den Spruchkörpern und gegebenenfalls weitere Beisitzer müssen neben der Wählbarkeit zu kirchlichen Ämtern die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz haben.²¹⁰ So leisten viele herausragende staatliche Richterpersönlichkeiten ehrenamtlich Dienst in den Kirchengerichten. Im Zusammenwirken mit in der Regel theologisch ausgebildeten Beisitzern sichert dies in besonderem Maße die Qualität der Rechtsprechung und hilft, den Rechtsfrieden in der Kirche herzustellen. Eine eigenständige Behördenorganisation für die Kirchengerichte besteht nicht. Die Ge-

²⁰⁶ *Germann*, Kirchliche Gerichtsbarkeit (o. Fn. 185), Rn. 88 ff.

²⁰⁷ *Antje Rech*, Die Arbeitsgerichtsbarkeit der evangelischen Kirche, 2020, S. 73 ff.; *Joussen*, Das Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 66), Rn. 4, 20 ff. Maßgebend ist das Mitarbeitervertretungsgesetz der EKD vom 12.11.2013 (ABl. EKD S. 425).

²⁰⁸ *Rech*, Die Arbeitsgerichtsbarkeit der evangelischen Kirche (o. Fn. 207), S. 86 ff.; *Joussen*, Das Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 66), Rn. 42 ff.; *Detlev Fey / Olaf Rehren*, Praxiskommentar zum Kirchengesetz über Mitarbeitervertretungen in der EKD, Losebl., Stand: August 2013, § 56, Rn. 7 mit einem Abdruck der Liste der Kirchengerichte; *Reinhard Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, 6. Aufl. 2012, § 22; *Arno Schilberg*, Rechtsschutz und Arbeitsrecht in der evangelischen Kirche, 1992, S. 178; *Gregor Thüsing*, → § 59, Rn. 77–80.

²⁰⁹ *Germann*, Kirchliche Gerichtsbarkeit (o. Fn. 185), Rn. 101 ff., 119 ff.

²¹⁰ *Germann*, ebd., Rn. 103 ff.

richtsverwaltung wird für die Gerichte der EKD im Kirchenamt der EKD und für die anderen Gerichte entsprechend wahrgenommen. Nach § 17 des Kirchengerichtsgesetzes der EKD ist der Geschäftsbetrieb der Geschäftsstelle der Kirchengerichte von dem des sonstigen zu trennen. Die Gerichtsbarkeit ist in der Regel zweistufig. Die Verfahrensordnungen sind an das staatliche Recht angelehnt.²¹¹ Eine Besonderheit des kirchengerichtlichen Verfahrens besteht darin, dass die Richter nicht nur „an Recht und Gesetz“, sondern nach Art. 32a Abs. 1 S. 2 GO EKD auch an „Schrift und Bekenntnis“ gebunden sind.²¹² Verfahrensbevollmächtigte müssen nach § 21 Kirchengerichtsgesetz der EKD Mitglied einer Kirche sein, die der Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen angehört.²¹³ Eine Besonderheit der kirchlichen Rechtspflege besteht darin, dass es keine Möglichkeit gibt, die Entscheidungen zwangsweise zu vollstrecken, da das Gewaltmonopol ausschließlich beim Staat liegt.²¹⁴

VIII. Die evangelischen Kirchen in der internationalen Ökumene

Die Landeskirchen und ihre Zusammenschlüsse in Deutschland sind Teil der internationalen Ökumene, die Wege sucht, die Spaltung der weltumspannenden Christenheit in ihre vielfältigen Bekenntnisformen und nationalen Abgrenzungen hin zu der einen Kirche Jesu Christi zu überwinden.²¹⁵ Dabei geht es den Kirchen darum, eine möglichst weitgehende Gemeinschaft zu erreichen, sich wechselseitig am kirchlichen Leben teilhaben zu lassen, sich gegenseitig zu unter-

68

²¹¹ *Germann*, ebd., Rn. 129 ff.

²¹² Dazu siehe *Germann*, ebd., Rn. 44 ff.; *ders.*, Die Bindung der kirchlichen Gerichte an Schrift und Bekenntnis, in: ZRG 122 KA 91 (2005), S. 499 ff.; *Karl Hermann Kästner*, Gesammelte Schriften, 2011 (Jus Ecclesiasticum, Bd. 94), S. 408.

²¹³ Vertiefend: *Germann*, Kirchliche Gerichtsbarkeit (o. Fn. 185), Rn. 132 f.; *krit. Rech*, Die Arbeitsgerichtsbarkeit der evangelischen Kirche (o. Fn. 207), S. 223 ff.

²¹⁴ *Germann*, Kirchliche Gerichtsbarkeit (o. Fn. 185), Rn. 137 f.; *Dirk Ehlers*, Rechtsfragen der Vollstreckung kirchlicher Gerichtsentscheidungen, in: ZevKR 49 (2004), S. 496 ff.; *Rech*, Die Arbeitsgerichtsbarkeit der evangelischen Kirche (o. Fn. 207), S. 276 ff. Oft ist dies auch nicht erforderlich, so bei Feststellungsurteilen oder bei Gehaltskürzungen, abweichend *Christoph Thiele*, Gerichte, kirchliche, in: LKStKR, Bd. II, S. 67 (69 f.).

²¹⁵ *Dietrich Pirson*, Die Ökumenizität des Kirchenrechts, in: Das Recht der Kirche (o. Fn. 28), Bd. 1, 1997, S. 499–517; *Hatzinger / Schnabel*, Konfessionsübergreifende Ökumene (o. Fn. 164), Rn. 7 ff.

stützen und damit als Teilkirchen sichtbare Zeichen der Einheit der Christen zu setzen. Das kann von der Anerkennung der Taufe über die Einladung zu gottesdienstlicher Gemeinschaft und die Erlaubnis zu gemeinsamen Amtshandlungen, z.B. Trauungen bekenntnisverschiedener Eheleute, bis hin zur Erklärung der Kanzel- und Abendmahlsgemeinschaft und zum unmittelbaren Übergang von Kirchenmitgliedschaften bei Wohnsitzwechsel gehen.²¹⁶ Dazu bieten sich neben bilateralen Vertragspartnerschaften und multilateralen Erklärungen insbesondere die Mitarbeit ökumenischen Zusammenschlüssen auf europäischer Ebene wie weltweit an:

1. Die Gemeinschaft Evangelischer Kirchen in Europa (GEKE)

69 Die GEKE schließt als Gemeinschaft von über 94 Kirchen, darunter die EKD und die Landeskirchen, fast alle lutherischen, reformierten und methodistischen Kirchen Europas ein.²¹⁷ Sie ist aus der Leuenberger Kirchengemeinschaft hervorgegangen. Seit 1973 haben die Mitgliedskirchen untereinander die gegenseitige Kanzel- und Abendmahlsgemeinschaft anerkannt. Sie beendete die Kirchentrennung zwischen den reformierten, unierten und den lutherischen Kirchen und stellte Kirchengemeinschaft unter ihnen her. Die Mitgliedskirchen erkennen die Ordinationen gegenseitig an und verpflichten sich zur Verwirklichung der Kirchengemeinschaft in Zeugnis und Dienst. In fortlaufenden Lehrgesprächen werden theologische Grundsatzfragen behandelt und reformatorische Positionen zu geistlichen und gesellschaftlichen Herausforderungen formuliert. Seit 2001 versucht die GEKE die Positionen ihrer Mitgliedskirchen zu gesellschaftspolitischen Fragen zu bündeln und in den Dialog mit den politischen europäischen Institutionen einzubringen. Diese Arbeit geschieht in enger Kooperation mit der Konferenz Europäischer Kirchen (KEK). Die GEKE hat ihren Sitz und ihre Geschäftsstelle in Österreich und ist dort als Körperschaft des Kirchenrechts konstituiert. Sie hat zwei Organe, die alle sechs Jahre zusammentretende Vollversammlung und den von ihr gewählten Rat.²¹⁸

²¹⁶ *Heinrich de Wall*, Einheit im Bekenntnis und territorialer Partikularismus – Staatskirchenrechtliche Aspekte der Einheit der Evangelischen Kirche, in: *EssGespr.* 37, 2003, S. 123–138; *Munsonius*, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 55), S. 170 ff.

²¹⁷ <<https://www.leuenberg.eu/about-us/>>; *Hatzinger / Schnabel*, Konfessionsübergreifende Ökumene (o. Fn. 164), Rn. 34 ff.; *Claessen*, Grundordnung (o. Fn. 14), S. 355 f.

²¹⁸ *Weiss*, Kirchenrecht (o. Fn. 19), S. 457.

2. Die Konferenz Europäischer Kirchen (KEK)

Die Bewegung, die 1958 zur Gründung der KEK führte, geht auf die Zeit nach 1945 zurück.²¹⁹ Damals begann eine kleine Gruppe von kirchenleitenden Persönlichkeiten in West- und Osteuropa, Möglichkeiten zu erörtern, die Kirchen in den verschiedenen europäischen Ländern mit ihren unterschiedlichen politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Systemen miteinander ins Gespräch zu bringen. Ihr Ziel war dabei, den Kirchen Europas zu helfen, eine Vermittlerrolle für Frieden und Verständigung zu übernehmen. Die KEK, der heute mehr als 120 Mitgliedskirchen, einschließlich der EKD und ihrer Gliedkirchen, angehören, ist ein Zusammenschluss orthodoxer, anglikanischer, altkatholischer, lutherischer, reformierter, unierter, methodistischer und baptistischer Kirchen Europas. Die römisch-katholische Kirche ist nicht Mitglied der KEK, arbeitet aber über den Rat der Europäischen (katholischen) Bischofskonferenzen mit der KEK zusammen. Die KEK bemüht sich, das Zusammenwachsen der Kirchen durch Lehrgespräche zu stärken²²⁰ und gemeinsam öffentliche Verantwortung in Europa wahrzunehmen. Ihre Tagungen sind für leitende und andere Glieder der Kirchen wichtige Gelegenheiten zur Begegnung und zum gemeinsamen Nachdenken über theologische und gesellschaftliche Fragen. Die KEK hat ihren Sitz in Brüssel und ist eine Körperschaft nach belgischem Recht. Sie hat zwei Organe, die Vollversammlung, die mindestens alle fünf Jahre tagt, und den 20-köpfigen Vorstand, der für die Leitung der Konferenz verantwortlich ist. Ein Generalsekretär führt mit dem Sekretariat die laufenden Geschäfte.

70

²¹⁹ *Hatzinger / Schnabel*, Konfessionsübergreifende Ökumene (o. Fn. 164), Rn. 23 ff., S. 607; *Hans Ulrich Reuter*, Die Europäische Ökumenische Kommission für Kirche und Gesellschaft (EECCS) als Beispiel für das Engagement des Protestantismus auf europäischer Ebene, 2002.

²²⁰ Dabei gab es allerdings auch Rückschläge, so haben 1997 die Bulgarisch-Orthodoxe Kirche und die Georgische Orthodoxe Apostelkirche die Organisation verlassen, und im Herbst 2008 hatte die Russisch-Orthodoxe Kirche ihre Mitarbeit in der europäischen Kirchenvereinigung ausgesetzt.

3. Der Ökumenische Rat der Kirchen (ÖRK)

- 71 Der ÖRK mit Sitz in Genf wurde 1948 gegründet und gilt als zentrale Institution der ökumenischen Bewegung.²²¹ Er ist ein weltweiter Zusammenschluss von rund 350 Mitgliedskirchen²²², darunter die EKD und die Landeskirchen. Die römisch-katholische Kirche ist nicht Mitglied. Auch der ÖRK bemüht sich um die Herstellung der Einheit der Christenheit. Dazu hat er verschiedene Programme, wie zum Beispiel: „Interreligiöser Dialog und interreligiöse Zusammenarbeit“, „Vertrauen und Respekt zwischen Religionen“, „Christliches Selbstverständnis“ und „Kirchen in Konfliktsituationen“. Er hat drei Organe: die Vollversammlung, die in der Regel alle sieben Jahre zusammentritt, den von ihr gewählten Zentralausschuss mit 158 Mitgliedern, der alle 12 bis 18 Monate tagt, und den aus seiner Mitte gewählten Exekutivausschuss, der die Aufgabe eines geschäftsführenden Ausschusses wahrnimmt und zweimal im Jahr tagt.

4. Der Lutherische Weltbund (LWB)

- 72 Der 1947 gegründete LWB vereint mehr als 140 lutherische Mitgliedskirchen.²²³ Ihm gehören die lutherischen Landeskirchen an, die EKD nicht. Der LWB dient der Stärkung der Gemeinschaft und Zusammenarbeit der lutherischen Kirchen in der Welt. Er stärkt die Ökumene und die interreligiösen Beziehungen. Er trägt zur Klärung theologischer Fragen sowie des lutherischen Zeugnisses in Kirche und Gesellschaft bei und tritt für die Verantwortung und Teilhabe der Menschen in der Gesellschaft ein. Deshalb engagiert sich der LWB neben der theologischen Arbeit insbesondere in der Not- und Katastrophenhilfe und für die Einhaltung der Menschenrechte, außerdem in

²²¹ *Hatzinger / Schnabel*, Konfessionsübergreifende Ökumene (o. Fn. 164), Rn. 9 ff., 20 ff.; *Burkhard Guntau*, Ökumenischer Rat der Kirchen (ÖRK), in: LKStKR, Bd. III, S. 71 ff.; *Ulrich Scheuner*, Die Ökumenische Gemeinschaft der Kirchen, in: ZevKR 21 (1976), S. 351 ff.; *Erhard Stiller*, Der Ökumenische Rat der Kirchen, seine Rechtsnatur und seine Rechtsbeziehungen zur Evangelischen Kirche in Deutschland, in: ZevKR 43 (1998), S. 71 ff.; *Lukas Vischer*, Rechtsprobleme der ökumenischen Bewegung, in: ZevKR 21 (1976), S. 337 ff.

²²² Mitglied können Kirchen mit mehr als 50.000 Mitgliedern werden, Ausnahmen sind allerdings möglich. Kleinere Kirchen, die sonst alle Voraussetzungen erfüllen, können ohne Stimmrecht aufgenommen werden.

²²³ *Wellert*, Kirchliche Zusammenschlüsse (o. Fn. 111), Rn. 55 ff.; *Frost*, Strukturprobleme (o. Fn. 19), § 44, S. 537 ff.; *Grethlein / Böttcher / Hofmann / Hübner*, Kirchenrecht (o. Fn. 19), S. 596 ff., 601.

der Missionsarbeit und im Entwicklungsdienst. Ferner vergibt der LWB weltweit Stipendien für Studierende. Der LWB hat vier Organe: die Vollversammlung der Mitgliedskirchen, den Rat, den Generalsekretär und den Präsidenten. Höchstes Entscheidungsgremium ist die Vollversammlung, die in der Regel alle sechs Jahre zusammenkommt. Zwischen den Vollversammlungen wird der LWB durch einen Rat und dessen Exekutivkomitee geleitet. Der Rat tagt alle 12 bis 18 Monate und setzt sich aus dem Präsidenten, dem Schatzmeister sowie 48 weiteren Personen zusammen. Alle Ratsmitglieder werden von der Vollversammlung gewählt. Das Sekretariat des LWB, an dessen Spitze der Generalsekretär steht, befindet sich in Genf. Zur Koordinierung der Beziehungen mehrerer lutherischer Kirchen können nationale Komitees gebildet werden. Das Deutsche Nationalkomitee des Lutherischen Weltbundes (DNK/LWB) vertritt die deutschen Mitgliedskirchen.²²⁴

5. Die Weltgemeinschaft Reformierter Kirchen (WGRK)

Die Weltgemeinschaft Reformierter Kirchen ist aus dem Reformierten Weltbund und dem Reformierten Ökumenischen Rat hervorgegangen.²²⁵ Ihm gehören rund 230 reformierte Kirchen, darunter auch die reformierten und unierten Landeskirchen, nicht aber die EKD, an. Sie ist Körperschaft des öffentlichen Rechts und hat ihren Sitz in Hannover. Sie setzt sich besonders für den ökumenischen und interreligiösen Dialog ein. Wirtschaftliche und soziale Gerechtigkeit sowie die Bewahrung der Schöpfung stehen im Fokus der theologischen und der Missionsarbeit. Die Generalversammlung ist das wichtigste Leitungsorgan. Sie tagt alle sieben Jahre. Der Exekutiv-ausschuss besteht aus 22 von der Generalversammlung gewählten Mitgliedern. Der Generalsekretär ist ex officio Mitglied ohne Stimmrecht. Der Exekutiv-ausschuss führt die Geschäfte der Weltgemeinschaft Reformierter Kirchen. Er trifft sich jährlich. Der Generalsekretär trägt gegenüber der Generalversammlung und dem Exekutiv-ausschuss die Verantwortung für die Führung und Koordinierung der Arbeit.

73

²²⁴ Dazu gehören neben den Mitgliedskirchen der VELKD auch die Ev.-Luth. Kirche in Oldenburg, die Ev. Landeskirche in Württemberg, die Luth. Klasse der Lippischen Landeskirche sowie die Ev.-Luth. Kirche in Baden an. Die Geschäftsstelle des Hauptausschusses des DNK/LWB ist in Hannover angesiedelt.

²²⁵ Wellert, Kirchliche Zusammenschlüsse (o. Fn. 111), Rn. 59 ff.

IX. Herausforderungen für die Organisation der evangelischen Kirche

74 Von der Reformation an ist für die Organisationsstrukturen der evangelischen Kirche kennzeichnend, dass sie offen für Veränderungen sind. Da der äußeren Gestalt der Kirche nur eine Hilfsfunktion für die rechte Verkündigung des Evangeliums und die stiftungsgemäße Sakramentsverwaltung zukommt, ist diese immer wieder daraufhin anzupassen, dass sie in der jeweiligen Zeit dem Auftrag der Kirche möglichst gut dienen kann (*ecclesia semper reformanda*). Die christlichen Kirchen stehen im 21. Jahrhundert vor großen Herausforderungen. Die demografische Entwicklung und Säkularisierungstendenzen in der Gesellschaft lassen einen weiteren Verlust an Kirchengliedern und materiellen Ressourcen für die kirchliche Arbeit erwarten.²²⁶ Darauf muss sich die evangelische Kirche auch mit ihren Organisationsstrukturen auf allen Ebenen einstellen. Dazu gehört eine konsequente Aufgabenkritik, die nicht auf die lange oder gute Tradition einer Aufgabenerfüllung abstellt, sondern darauf, was nach den Möglichkeiten unserer Zeit für die Erfüllung des kirchlichen Auftrags auch zukünftig angezeigt ist. Das wird mit Stellenreduzierungen, der Aufgabe von Arbeitsbereichen, verstärkten Kooperationen und der Zusammenführung von kirchlichen Körperschaften und Arbeitsstrukturen verbunden sein.

75 Viele Landeskirchen setzen dabei u. a. auf eine Stärkung der mittleren Ebene: Die Landeskirche gestaltet vornehmlich die Rahmenbedingungen für die Arbeit in den Kirchenkreisen und Kirchengemeinden inhaltlich, rechtlich und budgetär aus. Die Kirchengemeinden konzentrieren sich auf die gottesdienstlichen Aufgaben, den Gemeindeaufbau und einige besondere Schwerpunktsetzungen. Die Kirchenkreise organisieren die regionale Zusammenarbeit zwischen den Kirchengemeinden und übernehmen dabei zunehmend Aufgaben von ihnen, wie die Trägerschaft von Kindergärten und Beratungseinrichtungen, in der Diakonie oder der Jugendarbeit sowie im Bereich der Vermögensverwaltung.

²²⁶ Vgl. *Thomas Begrich*, Kirche – wohin?, in: *ZevKR* 52 (2007), S. 650 (655 f.); *Fabian Peters / Wolfgang Ilg / David Gutmann*, Demografischer Wandel und nachlassende Kirchenzugehörigkeit: Ergebnisse aus der Mitgliederprojektion der evangelischen und katholischen Kirche in Deutschland und ihre Folgen für die Religionspädagogik, in: *Zeitschrift für Pädagogik und Theologie* 71 (2019), S. 196–207.

Entscheidender aber noch ist, notwendige Organisationsreformen an geistlich geprägten Vorstellungen von einer zukunftsfähigen Gestalt der evangelischen Kirche nach den Möglichkeiten unserer Zeit auszurichten. Dazu gibt es mit den Reformprozessen in den Landeskirchen, in vielen Kirchenkreisen und Kirchengemeinden und auch in der EKD vielversprechende Ansätze. Diese setzen vor allem auf neue missionarische Aufbrüche, einen Mentalitätswechsel mit geistlicher Profilierung, Außenorientierung statt Selbstgenügsamkeit, Schwerpunktsetzung statt Vollständigkeit und Beweglichkeit in den Formen statt Klammern an Strukturen.²²⁷ Damit ist auch verbunden, sorgfältig überlegt sich von überkommenen Organisationsstrukturen und Handlungsformen zu lösen, wenn und soweit diese kirchliches Wirken und kirchliche Gemeinschaft mehr bremsen und einengen als ermöglichen und befördern. Die Chancen und Herausforderungen des digitalen Wandels sollten diese Ausrichtung der evangelischen Kirche verstärken. Denn für die Kirche im digitalen Wandel kommt es weniger auf formale Grenzen als darauf an, dass ein jeder seine Aufgaben und Möglichkeiten wahrnimmt, um in Gemeinschaft mit anderen Zeugnis von der uns in Christus erwiesenen Liebe Gottes in Wort und Tat zu leisten und „allezeit bereit [zu sein] zur Verantwortung vor jedermann, der von euch Rechenschaft fordert über die Hoffnung, die in euch ist“ (1 Petr 3, 15). So hat die evangelische Kirche in Deutschland trotz absehbarer Rückgänge bei den Mitgliederzahlen und finanziellen Ressourcen nach wie vor hervorragende Möglichkeiten für ihren Predigtdienst, den Gemeindeaufbau und gelingendes kirchliches Leben, um ihrem Auftrag nachzukommen, „durch Predigt und Sakrament die Botschaft von der freien Gnade Gottes auszurichten an alles Volk“ (Barmen VI²²⁸).

²²⁷ So z.B. Kernsätze für den Reformprozess der EKD in: *Rat der EKD, Kirche der Freiheit – Perspektiven für die evangelische Kirche im 21. Jahrhundert*, 2005, S. 8; dazu *Hermann Barth*, Von falschen Erwartungen, Risikovermeidung und anderen Gefahren für eine Kirche im Wandel, in: *EssGespr.* 44, 2010, S. 29 ff.; *Jörg Winter*, Strukturprobleme in der evangelischen Kirche – Stärken, Schwächen, Chancen und Risiken, in: *EssGespr.* 44, 2010, S. 157 ff.; vgl. auch *David Gutmann / Fabian Peters / André Kendel / Tobias Faix / Ulrich Riegel* (Hg.), *Kirche – ja bitte! Innovative Modelle und strategische Perspektiven gelungener Mitgliederorientierung*, 2019.

²²⁸ 6. These der Theologischen Erklärung der Bekenntnissynode von Barmen 1934, abgedr. in: *Ev. Gesangbuch* Nr. 810.

§ 22

Die Organisation der orthodoxen Kirchen in Deutschland

Von Anargyros Anapliotis

I. Die innerorthodoxe Rechtsordnung in Deutschland und die einzelnen Jurisdiktionen	1–3
II. Die Orthodoxe Bischofskonferenz (OBKD) als Dachverband der orthodoxen Jurisdiktionen in Deutschland. Entstehung, Struktur und Aufgaben	4–6
III. Kurze Geschichte und Verfassung der Orthodoxen Kirchen in Deutschland mit dem Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts	7–20
1. Die Russische Orthodoxe Kirche im Ausland und die Berliner Diözese des Moskauer Patriarchats	7–14
2. Die Griechisch-Orthodoxe Metropole von Deutschland	15–16
3. Die Rumänische Orthodoxe Metropole für Deutschland, Zentral- und Nordeuropa	17–20
IV. Orthodoxe Kirchen mit privatrechtlichem Rechtsstatus	21
V. Orthodoxe res sacrae. Bedeutung und Widmung	22–24
VI. Orthodoxe Feiertage	25–27

I. Die innerorthodoxe Rechtsordnung in Deutschland und die einzelnen Jurisdiktionen

Die Orthodoxe Kirche ist eine Gemeinschaft von vierzehn selbst-
ständigen Kirchen, welche durch den gemeinsamen Glauben, die ge-
meinsame Lehre, die gleiche Liturgie und das gemeinsame kanoni-
sche Recht verbunden sind. Jede einzelne dieser Kirchen ist mit ei-
nem gewissen Kirchenvolk verbunden und hat eine eigene selbstän-

1

dige innere Gesetzgebung, Verwaltungsorganisation und Rechtsprechung.¹

- 2 In Deutschland sind sieben von diesen orthodoxen Kirchen präsent, manche davon mit mehreren Bistümern. Vier dieser Bistümer sind in mehreren Bundesländern als Körperschaften des öffentlichen Rechts anerkannt. Insgesamt besteht die Orthodoxie in Deutschland heute aus folgenden Jurisdiktionen und Bistümern²:
- 3
 - (1) Das *Ökumenische Patriarchat von Konstantinopel* umfasst a) die Griechisch-Orthodoxe Metropole von Deutschland und Exarchat von Zentraleuropa (KöR); sowie b) die Ukrainische Orthodoxe Eparchie von Westeuropa.
 - (2) Die *Griechische Orthodoxe Kirche von Antiochien* mit ihrer Metropole für West- und Mitteleuropa.
 - (3) Die *Russische Orthodoxe Kirche* umfasst: a) die Berliner Diözese der Russischen Orthodoxen Kirche des Moskauer Patriarchats (KöR); b) die Russisch-Orthodoxe Diözese des orthodoxen Bischofs von Berlin und Deutschland, Sitz in München (Russische Orthodoxe Kirche im Ausland / KöR).
 - (4) Die *Serbische Orthodoxe Kirche*: die Diözese von Frankfurt und ganz Deutschland.
 - (5) Die *Rumänische Orthodoxe Kirche*: die Rumänische Orthodoxe Metropole von Deutschland, Zentral- und Nordeuropa (KöR).
 - (6) Die *Bulgarische Orthodoxe Kirche*: Bulgarische Diözese von West- und Mitteleuropa.
 - (7) Die *Georgische Orthodoxe Kirche*: Diözese für Deutschland und Österreich.

¹ Vgl. *Ioan Vasile Leb / Ilie Ursa*, Einführung in die Geschichte der Orthodoxen Kirche, in: Die Orthodoxe Kirche in der Selbstdarstellung. Ein Kompendium, hg. von Konstantinos Nikolakopoulos / Ioan-Vasile Leb / Ilie Ursa, 2016, S. 11 (11 f.); *Theodor Nikolaou*, Die Orthodoxe Kirche im Spannungsfeld von Kultur, Nation und Religion, 2005, S. 68 f.; *Anargyros Anapliotis*, Primus und Synode in den gegenwärtigen Statuten der Orthodoxen Kirche am Beispiel des Ökumenischen und des Moskauer Patriarchates, in: Autorität und Synodalität. Eine interdisziplinäre und interkonfessionelle Umschau nach ökumenischen Chancen und ekklesiologischen Desideraten, hg. von Christoph Böttigheimer / Johannes Hofmann, 2008, S. 275 (275 f.).

² Vgl. die offizielle Webseite der Orthodoxen Bischofskonferenz in Deutschland, <<http://www.obkd.de/Texte/OBKD%20-%20Mitglieder.pdf>>. Inzwischen gehen Hochrechnungen von einer Gesamtzahl von orthodoxen Christen in Deutschland von ca. 2 Millionen, vgl. *Nikolaj Thon*, Ethnische Vielfalt und Einheit im Glauben. Orthodoxie in Deutschland und ihr historischer Weg zu einer Bischofskonferenz, in: Orthodoxie in Deutschland, hg. von Thomas Bremer / Assad Elias Kattan / Reinhard Thöle, 2016, S. 51 (51) und Fn. 1.

II. Die Orthodoxe Bischofskonferenz (OBKD) als Dachverband der orthodoxen Jurisdiktionen in Deutschland. Entstehung, Struktur und Aufgaben

Alle orthodoxen Bischöfe mit Gemeinden in Deutschland und in kanonischer Gemeinschaft mit allen autokephalen orthodoxen Ortskirchen bildeten – gemäß dem von der III. Vorkonziliaren Panorthodoxen Konferenz getroffenen Beschluss³ – zunächst eine „Kommission der Orthodoxen Kirche in Deutschland“ (KoKiD, 1993) und dann eine Bischofskonferenz (seit Februar 2010). Die Orthodoxe Bischofskonferenz hat keine Rechtspersönlichkeit; sie ist lediglich ein Dachverband aller orthodoxen Jurisdiktionen in Deutschland und hat als Ziel, „die Einheit der Orthodoxen Kirche sichtbar zu machen, die Zusammenarbeit der Kirchen in allen Bereichen des pastoralen Dienstes zu intensivieren, die Interessen der Gemeinden, die den orthodoxen kanonischen Bischöfen Deutschlands unterstehen, zu unterstützen, zu wahren und zu fördern“⁴. Der Vorsitzende der Bischofskonferenz ist der Primus der Bischöfe des Ökumenischen Patriarchats.⁵ Stellvertretender Vorsitzender ist der dienstälteste Bischof des Kollegiums. Die Bischofskonferenz tagt mindestens einmal im Jahr auf Einladung des Vorsitzenden. Sie kann so oft zusammentreten, wie es der Ständige Rat für nötig erachtet, oder aber auf schriftlichen und begründeten Antrag eines Drittels der Mitglieder. Entscheidungen der Bischofskonferenz können nur einstimmig ge-

4

³ S. ausführlich auch die Beschlüsse der IV. Panorthodoxen Konferenz vom Juni 2009 über die Organisation der Orthodoxen Diaspora und die „Mustersatzung der Bischofskonferenzen in der Orthodoxen Diaspora“, in: *Orthodoxes Forum* 23 (2009), S. 209 ff. Die Mustersatzung gilt für die weltweite orthodoxe Diaspora; vgl. *Daniilo Jojić*, Entwicklung der Orthodoxen Bischofskonferenz in Deutschland, in: *Orthodoxes Forum* 26 (2012), S. 197 (207). Vgl. auch die fast wörtliche Entscheidung der Synaxis der Vorsteher der Orthodoxen Autokephalen Kirchen (21.–28.1.2016) und des Panorthodoxen Konzils auf Kreta (18.–26.6.2016) in: *Synodos*. Die offiziellen Dokumente des Heiligen und Grossen Konzils der Orthodoxen Kirche (Kreta, 18.–26. Juni 2016), 2018, S. 71–79.

⁴ Art. 2 der Satzung der OBKD, <<http://www.obkd.de/Texte/OBKD%20-%20Satzung.pdf>>, in: *Orthodoxes Forum* 24 (2010), S. 93; vgl. auch auf panorthodoxer Weltebene in: *Synodos*. Die offiziellen Dokumente des Heiligen und Grossen Konzils (o. Fn. 3), S. 74.

⁵ Aus diesem Grund haben die zwei russischen Bischöfe (der Russischen Orthodoxen Kirche im Ausland und der Russischen Orthodoxen Kirche des Moskauer Patriarchats) ihre Mitarbeit in der OBKD nach der Autokephalieproklamation der „Ukrainischen Orthodoxen Kirche“ durch das Ökumenische Patriarchat 2018 vorläufig eingestellt.

fällt werden.⁶ Die Bischofskonferenz ist für die einzelnen Bischöfe ein unterstützendes und koordinierendes Organ. Nur in Fällen, in denen eine einstimmige Entscheidung getroffen wurde, „vertritt der Vorsitzende (oder kraft Delegation ein anderes Mitglied der Bischofskonferenz) vor dem Staat, der Gesellschaft oder anderen religiösen Organisationen die gemeinsame Stellungnahme der Orthodoxen Kirche in Deutschland“⁷.

- 5 Die Bischofskonferenz verfügt über einen Ständigen Rat, der sich aus den sieben jeweils ersten Bischöfen jeder kanonischen Kirche der Region zusammensetzt. Der Ständige Rat tagt auf Einladung des Vorsitzenden (welcher der gleiche wie bei der Bischofskonferenz ist) zweimal jährlich oder sooft es ihm notwendig erscheint, oder auf schriftlichen und begründeten Antrag eines Drittels seiner Mitglieder.
- 6 Alle sieben Jurisdiktionen in Deutschland sind nach den orthodoxen Prinzipien in der Diaspora „Filialen“⁸ der Mutterkirchen. Sie sind miteinander nur durch ihre Teilnahme an der Orthodoxen Bischofskonferenz verbunden, dagegen sind sie untrennbarer Bestandteil der jeweiligen nationalen Jurisdiktion. Im Folgenden seien einige Grundpfeiler ihrer Organisation und Verwaltung genannt.

III. Kurze Geschichte und Verfassung der Orthodoxen Kirchen in Deutschland mit dem Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts

1. Die Russische Orthodoxe Kirche im Ausland und die Berliner Diözese des Moskauer Patriarchats

- 7 Seit den umfassenden Umwälzungen im Zuge der Revolution von 1917 kam es zu starken Emigrations- und Flüchtlingswellen aus

⁶ Art. 11 der Satzung der OBKD, in: *Orthodoxes Forum* 24 (2010), S. 93; vgl. die Entscheidung auf Weltebene in: Synodos. Die offiziellen Dokumente des Heiligen und Grossen Konzils (o. Fn. 3), S. 77 f.

⁷ Art. 4 der Satzung der OBKD, in: *Orthodoxes Forum* 24 (2010), S. 93; vgl. auch auf panorthodoxer Weltebene in: Synodos. Die offiziellen Dokumente des Heiligen und Grossen Konzils (o. Fn. 3), S. 75.

⁸ Auch „heimische Insel“; siehe *Longin Erzbischof Talypin*, Gelebte Gemeinschaft. Die Kommission der Orthodoxen Kirchen in Deutschland und ihre Aufgaben, in: *Orthodoxie in Begegnung und Dialog. Festgabe für Metropolit Augoustinos*, hg. von Anastasios Kallis, 1998, S. 237 (238 f.); vgl. *Danilo Jojić*, Entwicklung der Orthodoxen Bischofskonferenz (o. Fn. 3), S. 198.

Russland. Infolgedessen kamen in den 1920er Jahren über 300.000 Menschen nach Deutschland. Dies führte rasch zu jurisdiktionellen Problemen innerhalb der russischen Gemeinden und zur Spaltung in drei verschiedene Gruppierungen: einerseits die „offiziellen“ Gemeinden des Moskauer Patriarchates, andererseits die stark antikommunistisch und teilweise monarchistisch orientierten Gemeinden der „Russischen Orthodoxen Kirche im Ausland“ sowie eine Randgruppe, die dem Ökumenischen Patriarchat freiwillig unterstellt wurde.⁹ Die Nationalsozialisten favorisierten die Russische Orthodoxe Auslandskirche, weshalb sie deren Bistum 1936 die „Rechte einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft“ verliehen.¹⁰ Alle orthodoxen Personen sollten – unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit – in diese Jurisdiktion aufgenommen werden.¹¹ Durch ein weiteres Gesetz wurde der Russischen Orthodoxen Kirche im Ausland zugebilligt, Kirchensteuern zu erheben. Nach dem Krieg verlor die Diözese ihr Eigentum in der sowjetisch besetzten Zone und später ihren Status als „Körperschaft des öffentlichen Rechtes“ sowohl in der DDR als auch in der Bundesrepublik. Ab 1950 erhielt die Diözese den Status zurück, welcher ihr nunmehr in den einzelnen westlichen Bundesländern (außer Bremen) verliehen wurde.

Nach dem Zerfall des Kommunismus und nach langjährigen Verhandlungen erfolgte im Mai 2007 die offizielle Wiedervereinigung der Russischen Orthodoxen Kirche im Ausland mit der Kirche des Moskauer Patriarchates durch die Unterzeichnung des „Aktes über die kanonische Gemeinschaft“¹². Hierdurch ist erstere der übergeordneten Jurisdiktion des Moskauer Patriarchates unterstellt, bleibt im Hinblick auf ihre administrativen Angelegenheiten aber selbstständig und in inneren Angelegenheiten eine autonome Kirche.

8

⁹ Vgl. Thon, *Orthodoxe Kirche* (o. Fn. 2), S. 56 f.

¹⁰ Vgl. Gerhard Feige, *Die Orthodoxen Kirchen in Deutschland von den Anfängen bis zur Gegenwart*, in: *Orthodoxes Forum* 10 (1996), S. 201 (210–216); Gernot Seide, *Geschichte der Russischen Orthodoxen Kirche im Ausland von der Gründung bis in die Gegenwart*, 1983, S. 238 ff.

¹¹ Siehe dazu ausführlich: Michail Shkarovskij, *Die Kirchenpolitik des Dritten Reiches gegenüber den orthodoxen Kirchen in Osteuropa*, 2004. Vgl. auch Thon, *Orthodoxe Kirche* (o. Fn. 2), S. 57. Es handelte sich um eine Art „Gleichschaltung“ aller orthodoxen Jurisdiktionen unter der Auslandskirche.

¹² Akt über die kanonische Gemeinschaft zwischen dem Moskauer Patriarchat und der Russischen Orthodoxen Kirche im Ausland vom 17.5.2007, in: Anargyros Anapliotis (Hg.), *Die Statuten der Russischen Orthodoxen Kirche* (2013), der Russischen Orthodoxen Kirche im Ausland und der Deutschen Diözese der ROKA, 2015, S. 177–180.

- 9 Heute wird die „Russisch-Orthodoxe Diözese des orthodoxen Bischofs von Berlin und Deutschland (Russische Orthodoxe Kirche im Ausland)“ durch einen Erzbischof, eine Diözesanversammlung und einen Diözesanrat verwaltet.¹³ Der Erzbischof, der ihr vorsteht, wird von dem Bischofskonzil der Auslandskirche mit Sitz in New York gewählt und vom „Patriarchen von Moskau und ganz Russland“¹⁴ bestätigt.¹⁵ Er hat die vollständige bischöfliche Macht inne, die in der Verkündigung der Lehre, dem Abhalten der gottesdienstlichen Feierlichkeiten, der Verwaltung in allen Angelegenheiten der Diözese und der Gerichtsbarkeit ihren Ausdruck findet.¹⁶ Darüber hinaus ist er auch für die allgemeine Pflege und das Wohlergehen der Diözese verantwortlich¹⁷ und hat die Pflicht, seine Diözese gegenüber allen staatlichen Behörden und kirchlichen Institutionen zu vertreten.¹⁸ Zur Unterstützung der Verwaltungsaufgaben stehen dem Erzbischof eine Diözesanversammlung und Diözesanräte beratend zur Seite.¹⁹ Die Diözesanversammlung, die in periodischen Abständen auf Einberufung des Bischofs stattfindet, besteht aus allen Priestern der Diözese und der gleichen Anzahl an Laien, die bei den Gemeindeversammlungen gewählt werden. Sie ist eher ein beratendes Organ des Diözesanbischofs und des Diözesanrates. Zu den Aufgaben der Versammlung gehören die Wahl der Mitglieder des Diözesanrates, die Klärung allgemeiner Fragen des kirchlichen Lebens, die Anhörung der Jahresberichte verschiedener kirchlicher Bereiche und Angelegenheiten, die Besprechung der finanziellen Darlegung seitens des Diözesanrates, ferner die allgemeine Beratung des Bischofs zum Wohle der Diözese und zur Unterstützung der Gemeinden.²⁰

¹³ Vgl. auf Weltebene das „Statut der Russischen Orthodoxen Kirche im Ausland (ROKA)“, §§ 40 ff. übersetzt in: <http://www.synod.com/synod/eng/documents/enov_polozenierocor.html>. Vgl. *Anapliotis*, Statuten (o. Fn. 12), S. 202 ff., und die „Diözesanordnung der Russischen Orthodoxen Diözese des orthodoxen Bischofs von Berlin und Deutschland (KDÖR)“, in: *Anapliotis*, a. a. O., S. 225 ff.

¹⁴ Schreibweise gem. *Johannes Oeldemann*, Die Kirchen des christlichen Ostens. Orthodoxe, orientalische und mit Rom unierte Ostkirchen, 4. Aufl. 2016, S. 96.

¹⁵ Vgl. Statut der ROKA (o. Fn. 13), § 11 Buchst. f.

¹⁶ Vgl. Statut der ROKA (o. Fn. 13), §§ 45 f.

¹⁷ Vgl. Statut der ROKA (o. Fn. 13), § 47; Diözesanordnung (o. Fn. 13), § 7.

¹⁸ Vgl. Statut der ROKA (o. Fn. 13), § 48.

¹⁹ Vgl. Statut der ROKA (o. Fn. 13), § 56 Buchst. b und c; Diözesanordnung (o. Fn. 13), § 8 Abs. 1 S. 1.

²⁰ Vgl. Statut der ROKA (o. Fn. 13), §§ 59 ff.; Diözesanordnung (o. Fn. 13), §§ 11–14.

Dem Diözesanrat, in welchem der Bischof den Vorsitz führt, gehören außer dem Vorsitzenden ein Vikarbischof und noch sieben weitere Mitglieder (insgesamt also neun) an, von denen nicht weniger als die Hälfte den Rang eines Priesters haben müssen. Dieser Rat ist für Verwaltungs-, Wirtschafts- und Finanzfragen zuständig, insbesondere über die Versorgung der Gemeinden mit Priestern, die Errichtung von Kirchen und die Gründung von neuen Gemeinden.²¹ **10**

Unabhängig und parallel zu der Entwicklung der Russischen Auslandskirche wurde im Jahr 1960 die erste Gemeinde des Moskauer Patriarchates in der Bundesrepublik Deutschland errichtet. Nur wenige Jahre darauf wurde eine Westdeutsche Diözese mit Residenz in München geschaffen, welche 1971 in eine Diözese von Baden und Bayern und eine weitere Diözese von Düsseldorf für die übrigen deutschen Bundesländer unterteilt worden ist.²² Nach dem Zusammenbruch des Kommunismus in der Sowjetunion und der Öffnung der Grenzen kamen schätzungsweise über 100.000 getaufte orthodoxe Christen aus den Ländern der ehemaligen Sowjetunion nach Deutschland. So waren nach der Statistik des Jahres 1997, als dies erstmals eigens erfasst wurde, rund 10 % der deutschstämmigen Übersiedler und ihrer Familienangehörigen orthodox. Heute werden die Mitgliederzahlen aller russischen orthodoxen Jurisdiktionen auf 240.000²³ bis 400.000²⁴ geschätzt. **11**

Mit Blick auf die neuen politischen Verhältnisse nach der Wende vereinigte das Moskauer Patriarchat nach der deutschen Wiedervereinigung die drei deutschen Diözesen im Dezember 1992 zu einer einzigen „Berliner Diözese der Russisch-Orthodoxen Kirche“. Dieser wurden 1992 in Berlin und Brandenburg die Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts verliehen. **12**

Der bisherigen Diözese von Düsseldorf wurde die Funktion der „Ständigen Vertretung der Russischen Orthodoxen Kirche des Moskauer Patriarchats in Deutschland“ übertragen. Ihr Zuständigkeitsbereich umfasste alle Angelegenheiten mit Bezug zu kirchlichen, staatlichen, sozialen und anderen vergleichbaren Institutionen in Deutschland. 2016 ging sie in die „Berliner Diözese“ über. **13**

²¹ Vgl. Statut der ROKA (o. Fn. 13), §§ 67 ff.; Diözesanordnung (o. Fn. 13), §§ 8–10; *Seide*, Geschichte der Russischen Orthodoxen Kirche (o. Fn. 10), S. 154.

²² Vgl. <<http://kokid.w-srv.net/bistuemer/russorth/rok03.htm>>.

²³ Vgl. <https://www.remid.de/info_zahlen/orthodoxie/>

²⁴ Vgl. *Johannes Oeldemann*, Die Kirchen des christlichen Ostens (o. Fn. 14), S. 96.

- 14 Beide russischen orthodoxen Diözesen, die in Deutschland existieren, sind heute „Filialen“ des Moskauer Patriarchates. Die Bischöfe sind Mitglieder der Moskauer Lokalsynode und des Bischofskonzils. In kanonischer Hinsicht sind die Entscheidungen der Lokal- und Bischofssynode und des Heiligen Synods in Moskau auch für alle deutschen Diözesen verbindlich.

2. Die Griechisch-Orthodoxe Metropole von Deutschland

- 15 Seit dem 18. Jh. gab es in Deutschland kleinere griechisch-orthodoxe Gemeinden²⁵, die nach der Errichtung der „Heiligen Metropole von Thyateira“ in Großbritannien für Zentral- und Westeuropa im Jahr 1922 dieser zugeordnet wurden. Anfang der 1960er Jahre stieg die Anzahl der griechischen Arbeitnehmer in Deutschland sprunghaft an. Grund dafür war die „Vereinbarung zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung des Königreichs Griechenland über die Anwerbung und Vermittlung von griechischen Arbeitnehmern in die Bundesrepublik Deutschland“ vom 30.3.1960²⁶. Mit der Zahl der Gläubigen wuchsen auch die Bedürfnisse und die Probleme der Gemeinden erheblich. 1963 entschied die Synode des Ökumenischen Patriarchates, das Erzbistum von Zentral- und Westeuropa in vier selbständige Metropolen aufzuteilen. Am 5.2.1963 wurde die „Heilige Metropole von Deutschland und Exarchat von Holland und Dänemark“ gegründet. Als später Holland und Dänemark jurisdiktionell umorientiert wurden, erhielt die deutsche Metropole den Zusatz(ehren)titel „Exarchat von Zentraleuropa“²⁷.
- 16 Die „Griechisch-Orthodoxe Metropole von Deutschland, Exarchat von Zentraleuropa“ wird anhand ihrer Verfassung vom 20.12.1972 organisiert und wurde in allen westdeutschen Bundesländern zwischen 1974 (in Nordrhein-Westfalen) und 1981 (in Bremen) als Körperschaft des öffentlichen Rechts anerkannt. Ihre Verfassung stützt sich auf einen Beschluss des Ökumenischen Patriarchates in Konstantinopel (Istanbul) von 1963. Sie regelte zunächst das jurisdiktionelle Gebiet der Metropole, namentlich das Gebiet der Bun-

²⁵ Vgl. z.B. ausführlich *Konstantin Kotsowilis*, Die Griechische Kirche in München, 1998.

²⁶ Vgl. *Anastasios Kallis*, Dienst am Volk Gottes, 1992, S. 315–322.

²⁷ Zur Geschichte der Griechisch-Orthodoxen Metropole s. u. a. *Feige*, Die Orthodoxen Kirchen in Deutschland (o. Fn. 10), S. 218–226.

desrepublik Deutschland (einschließlich damals Westberlin und der Deutschen Demokratischen Republik), die Gesamtheit der Mitglieder (alle griechisch-orthodoxen Kleriker und alle in der griechischen Kirche getauften Laien unabhängig ihrer Staatsangehörigkeit) und den Sitz, der sich in Bonn befindet.²⁸ Darüber hinaus wird die Wahl, Einsetzung und Abberufung des Metropoliten geregelt, welche ohne Beteiligung der deutschen Gemeinden durch die Bischofssynode in Konstantinopel durchgeführt werden. Der Metropolit vertritt die Metropole gegenüber allen staatlichen Instanzen der Bundesrepublik – gerichtlich und außergerichtlich – und ist berechtigt, „allein Willenserklärungen für die Metropole abzugeben und zu empfangen sowie hierzu einen anderen zu bevollmächtigen“²⁹. Darüber hinaus ist er berechtigt, rechtlich unselbstständige Gemeinden und Generalvikariate, Klöster, Schulen und Universitäten, Dienststellen und andere Institutionen zu errichten und nach deutschem Recht eingetragene und nicht eingetragene Vereine zu gründen und aufzulösen. Zur Unterstützung des Metropoliten und zu seiner Beratung in wirtschaftlichen, finanziellen und allgemeinen Verwaltungsaufgaben wird ein Metropolitanrat, bestehend aus fünf Priestern und fünf Laien, die vom Metropoliten selbst eingesetzt und abberufen werden, gebildet.³⁰ Nach Anhörung des Metropolitanrates verwaltet der Metropolit das kirchliche Vermögen und entscheidet über die Verwendung des Vermögens. Jeder Priester soll den Anweisungen des Metropoliten Folge leisten und in der Lage sein, ihm jederzeit Rechenschaft abzulegen und Auskunft zu erteilen.³¹

3. Die Rumänische Orthodoxe Metropole für Deutschland, Zentral- und Nordeuropa

Nach dem Ende des letzten Weltkrieges gab es eine große Zahl von Rumänen, die sich im Ausland befanden (Diplomaten, Studenten,

17

²⁸ Art. 1 der Verfassung der Griechisch-Orthodoxen Metropole von Deutschland, Exarchat von Zentraleuropa, in: Verfassung der Griechisch-Orthodoxen Metropole von Deutschland, Exarchat von Zentraleuropa, 1972, S. 1–12.

²⁹ Vgl. Art. 3 Abs. V der Verfassung (o. Fn. 28).

³⁰ Art. 3 der Verfassung (o. Fn. 28).

³¹ Art. 6 der Verfassung (o. Fn. 28). Die Griechisch-Orthodoxe Metropole umfasst und betreut heute ca. 400.000 Mitglieder. Vgl. <https://www.remidi.de/info_zahlen/orthodoxie/>; vgl. auch *Oeldemann*, Die Kirchen des christlichen Ostens (o. Fn. 14), S. 87.

Armeeangehörige, Arbeiter und Lehrlinge) und welche sich nicht mehr in ihre von der sowjetischen Armee besetzte Heimat wagten. Ihnen schlossen sich im Laufe der Jahre auch zahlreiche Landsmänner an, die auf der Flucht vor den Kommunisten waren. Die rumänische Diaspora nahm von Tag zu Tag einen betont politischen Charakter an. Nach dem Fall des Kommunismus (im Dezember 1989) entschied das Patriarchat in Bukarest, die Gestaltung der Diaspora den Gemeinden selbst anzuvertrauen. Die Bischofssynode gab in ihrer Sitzung vom Januar 1993 den Gemeinden in Deutschland den Segen zur Bildung einer eigenständigen Diözese mit dem Titel „Rumänische Orthodoxe Metropole für Deutschland und Zentraleuropa“³². Diese wählte noch im selben Jahr einen Metropoliten und einen Diözesanrat.³³

- 18** Die „Rumänische Orthodoxe Metropole für Deutschland, Zentral- und Nordeuropa“ mit Sitz in Nürnberg ist in Bayern, Baden-Württemberg, Hessen und im Saarland als Körperschaft des öffentlichen Rechts anerkannt. Ihr Statut³⁴ wurde vom Rumänischen Patriarchat durch dessen Heilige Synode mit Beschlüssen vom März und vom Juni 2003 genehmigt und im Mai 2014 teilweise geändert. Die Metropole stellt als Ortskirche eine selbständige Metropole unter der Jurisdiktion der Rumänischen Orthodoxen Kirche des Bukarester Patriarchates dar. Die Metropole gliedert sich in zwei untergeordnete Eparchien, nämlich das Rumänische Orthodoxe Erzbistum von Deutschland, Österreich und Luxemburg mit Sitz in Nürnberg (Deutschland) und Jurisdiktion über Deutschland, Österreich und Luxemburg und das Rumänische Orthodoxe Bistum von Nordeuropa mit Sitz in Stockholm (Schweden) und Jurisdiktion über Schweden, Norwegen und Dänemark. Der Metropolitan wird durch die Heilige Synode der Rumänischen Orthodoxen Kirche aus einem oder zwei Kandidaten gewählt, die von der Bistumsversammlung vorgeschla-

³² Diese Entscheidung der Synode wurde den Gemeinden in Deutschland mit dem Schreiben Nr. 436 vom 11.2.1993 mitgeteilt.

³³ Zur Geschichte der rumänischen Orthodoxie in Deutschland s.u.a. *Mircea Basarab*, Rumänisch Orthodoxe Kirche: Rumänische Orthodoxe Metropole für Deutschland und Zentraleuropa, in: *Orthodoxes Forum* 14 (2000), S. 25–34. Die Rumänische Orthodoxe Metropole umfasst in Deutschland ca. 400.000, vgl. *Oeldemann*, Die Kirchen des christlichen Ostens (o. Fn. 14), S. 100.

³⁴ Statut der Rumänischen Orthodoxen Metropole für Deutschland, Zentral- und Nordeuropa, <<http://www.mitropolia-ro.de/index.php/de/die-metropole/statut-de>>.

gen werden.³⁵ Er ist selbst ordentliches Mitglied der Synode in Bukarest.³⁶

Die Metropole wird in allen inneren und äußeren Angelegenheiten vom Metropoliten vertreten, er ist ihr Vertreter gegenüber staatlichen Institutionen, Körperschaften, kirchlichen und weltlichen Organisationen sowie vor Gericht, wobei er einen Vertreter bevollmächtigen kann. Der Metropolit leitet alle Einrichtungen des Erzbistums und beaufsichtigt die Pfarrgemeinden. Er ist Vorsitzender des Bistumsrates und der Bistumsversammlung. Letztere besteht aus Klerikern und Laien als Vertreter der Pfarrgemeinden und ist zuständig für alle Fragen, die das Statut der Metropole betreffen. Jede Änderung des Statuts bedarf jedoch der Bestätigung der Heiligen Synode der Rumänischen Orthodoxen Kirche in Bukarest.³⁷

Mitglieder des Bistumsrates sind neben dem Metropoliten auch der Weihbischof der Rumänischen Orthodoxen Metropole sowie die vom Metropoliten ernannten Verwaltungsräte. Für eine Amtszeit von vier Jahren werden weitere nichtständige Mitglieder gewählt, zwei Priester und drei Laien. Sitzungen finden mindestens einmal jährlich statt, zur Beschlussfähigkeit ist mehr als die Hälfte der Stimmen notwendig. Der Metropolitanrat³⁸ ist das Exekutivorgan der Metropolitanversammlung. Zu seinen Aufgaben gehört die Leitung aller administrativen, kirchlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Aktivitäten der Metropole und darüber hinaus die Umsetzung der Beschlüsse der Metropolitanversammlung. Der Bistumsrat ist (im Gegensatz zu russischen und griechischen Diözesen) ein entscheidendes Organ und hat das Recht, Pfarrgemeinderäte zu suspendieren und bis zur Neuwahl eine Übergangskommission einzusetzen. Des Weiteren behandelt er alle Bauangelegenheiten des Erzbistums, führt Buch über sein Vermögen und seine Liegenschaften und entscheidet über deren Nutzung und Verwaltung.

³⁵ §§ 35 ff. des Statuts der Rumänischen Metropole (o. Fn. 34) i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Buchst. m des Statuts der (gesamten) Rumänischen Orthodoxen Kirche in Bukarest veröffentlicht im Regierungsblatt des rumänischen Staates (Monitorul oficial Nr. 50 vom Januar 2008); siehe ausführlich *Anargyros Anapliotis*, in: Kirchenstatut der Rumänischen Orthodoxen Kirche (2011), 2012, S. 59. Es handelt sich um eine einzigartige Regelung im Orthodoxen Kirchenrecht; keine andere autokephale Kirche verleiht so ein starkes Vorschlagsrecht an ein Diasporabistum.

³⁶ Art. 12 Abs. 1 des Statuts der (gesamten) Rumänischen Orthodoxen Kirche, abgedruckt in: *Anapliotis*, Kirchenstatut (o. Fn. 35), S. 56–62.

³⁷ Vgl. § 68 des Statuts der Rumänischen Metropole (o. Fn. 34).

³⁸ Vgl. §§ 25 ff. des Statuts der Rumänischen Metropole (o. Fn. 34).

IV. Orthodoxe Kirchen mit privatrechtlichem Rechtsstatus

- 21 In Deutschland sind noch weitere orthodoxe Kirchen präsent, die jedoch auf der Gemeindeebene durch eine schwache Zentralorganisation organisiert sind. Es gibt mehrere Gemeinden, die als „e.V.“ nach dem BGB organisiert sind, so die serbischen, bulgarischen, georgischen und antiochenischen Kirchen. Die Orthodoxe Bischofskonferenz gibt jährlich ein Verzeichnis mit allen orthodoxen Bistümern und Gemeinden in Deutschland³⁹ heraus. Die allermeisten der orthodoxen Gemeinden mit privatrechtlichen Status gehören der serbischen orthodoxen Jurisdiktion an. Durch das Anwerbeabkommen der Bundesrepublik Deutschland mit der damaligen Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien im Jahre 1969 – im gleichen Jahr wurde auch eine serbische Gesamtdiözese für Mitteleuropa gegründet – stieg die Zahl der in Deutschland eingewanderten Jugoslawen (Serben, Kroaten, Bosniaken u. s. w.) in den Jahren 1969–1991 von 330.000 auf 775.000⁴⁰. 2017 umfasste die serbische Kirche 26 Kirchengemeinden, die als eingetragene Vereine (e.V.) registriert waren, zwei Klöster und 337.000 Mitglieder⁴¹.

V. Orthodoxe res sacrae. Bedeutung und Widmung

- 22 Zur Verrichtung der heiligen Handlungen sind res sacrae, das heißt gesegnete Orte und Gegenstände bestimmt. Orthodoxe res sacrae entstehen durch Widmung (Weihe, Segnung) durch den festgelegten Ritus der Orthodoxen Kirche. Im öffentlichen Sachenrecht der Bundesrepublik Deutschland zählen nach der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung die res sacrae zu den „öffentlichen Sachen“ im Sinne des staatlichen Verwaltungsrechts. Doch sind die res sacrae nur dann öffentliche Sachen, wenn deren Kirchen und Re-

³⁹ *Orthodoxe Bischofskonferenz in Deutschland* (Hg.), Orthodoxe Bistümer und Gemeinden in Deutschland, 14. Aufl. 2012.

⁴⁰ *Armin Laschet*, Ein Beispiel gelungener Integration: Die serbisch-orthodoxe Diözese von Mitteleuropa, in: *Orthodoxie Aktuell*, 8 (2009), S. 2 (2). Die durch den Bürgerkrieg ausgelöste Migrationswelle brachte einen Anstieg von orthodoxen Serben um etwa 100.000. Zu diesen Zahlen und über die Hintergründe vgl. *Radomir Kolundiz*, Orthodoxe Serben in Deutschland als „Gastarbeiter“ und ihre vermehrte Zuwanderung seit 1990, in: *Orthodoxie in Deutschland* (o. Fn. 2), S. 45 (50).

⁴¹ Quelle: <https://www.remid.de/info_zahlen/orthodoxie/>.

ligionsgemeinschaften Körperschaften des öffentlichen Rechts sind.⁴² Dies bedeutet, dass nur die *res sacrae* der vier o.g. orthodoxen Kirchen, die den Status von Körperschaften des öffentlichen Rechts genießen, „öffentliche Sachen“ sind.⁴³

Unter *gesegnete Orte als res sacrae* fällt natürlich auch das Kirchengebäude, in dem Gottesdienst gefeiert wird und die Heiligen Reliquien verwahrt werden. Die Weihe einer Kirche ist allein dem Bischof vorbehalten; nur im Verhinderungsfall kann dies ein dazu delegierter Priester vornehmen. Die Weihe erfolgt durch einen speziellen Gottesdienst (ἐγκαίνια), wo als Zeichen der bischöflichen Billigung ein von diesem geweihtes Antimensium (ein Tuch mit Reliquien, das unter dem Altar platziert wird, ἐνσωριασμός τῶν θείων λειψάνων) niedergelegt wird.⁴⁴ Ebenso zählt auch die Grundsteinlegung zur bischöflichen Kompetenz, die allerdings wiederum an einen Priester delegiert werden kann. Es ist darauf zu achten, dass der Tag der Kirchweihe und des Patroziniums nicht zusammenfallen. Neben Kirchen werden auch Friedhöfe geweiht. Durch die Kirchweihe werden nicht nur das Gebäude, sondern auch alle Gegenstände, welche sich während der Zeremonie der Kirchweihe in der Kirche befinden und auch die Umfriedung des Kirchengebäudes zu *res sacrae*.⁴⁵ In diesem Raum darf nichts unternommen werden, was der Heiligkeit entgegensteht (weltliche Unterhaltung, Handelsgeschäfte u. s. w.), andernfalls sollen Kleriker abgesetzt und Laien exkommuniziert werden.⁴⁶

Bei den sog. Heiligen Gegenständen unterscheidet man zwischen *geweihten Gegenständen*, die in Zusammenhang mit der Eucharistie verwendet werden – wie heilige Gefäße oder das Antimensium –, und den *gesegneten Gegenständen*, die in keinem Zusammenhang mit der Eucharistie stehen, sondern im weiteren gottesdienstlichen oder allgemein kirchlichen Bereich Verwendung finden – wie Glocken, liturgische Gewänder, Messbücher. Heilige Gegenstände genießen nach

⁴² Vgl. Peter Axer, → § 60, Rn. 39–42; Dieter Schütz, *Res sacrae* (§ 38), in: HSKR², Bd. 2, 1995, S. 3–18 (6 f.).

⁴³ Vgl. Anargyros Anapliotis, Die Quellen des orthodoxen Kirchenrechtes heute und ihr staatlicher Rahmen, in: Die Orthodoxe Kirche in der Selbstdarstellung (o. Fn. 1), S. 229 (240).

⁴⁴ Vgl. Nikodemus Milasch, Das Kirchenrecht der Morgenländischen Kirche. Nach den Allgemeinen Kirchenrechtsquellen und nach den in den autokephalen Kirchen geltenden Spezialgesetzen. Übersetzt von Alexander R. v. Pessic, 1905, S. 568 f.

⁴⁵ Vgl. Anapliotis, Die Quellen (o. Fn. 43), S. 240f.

⁴⁶ Vgl. Milasch, Das Kirchenrecht (o. Fn. 44), S. 570 f.

dem orthodoxen Kirchenrecht dieselbe Immunität wie gesegnete Orte.⁴⁷

VI. Orthodoxe Feiertage

25 Der Sonntag ist für die Orthodoxe Kirche der Urfeiertag.⁴⁸ Der Sonntagschutz des Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV gilt auch für die orthodoxen Christen in Deutschland. Dagegen genießen die orthodoxen Feiertage – beruhend auf dem Feiertagsrecht in Art. 140 GG i.V.m. 139 WRV – keinen besonderen Schutz. Durch die Gewährleistung der Religionsfreiheit in Art. 4 GG kann jedoch dem Bedürfnis nach Rücksicht auf die religiösen Belange orthodoxer Beschäftigter und Schüler Rechnung getragen werden.⁴⁹ Die Länder haben sich darauf beschränkt, eine Sonderrolle für die Gottesdienste einzuräumen.⁵⁰ Mitgliedern einer orthodoxen Gemeinde, die in einem Ausbildungs- oder Beschäftigungsverhältnis stehen, wird die Möglichkeit zum Besuch des Gottesdienstes gewährt.⁵¹ Zum Beispiel werden Schüler orthodoxer Bekenntnisse in Bayern an folgenden Feiertagen vom Unterricht und sonstigen schulischen Veranstaltungen befreit⁵²:

- 26
1. Karfreitag,
 2. Karsamstag,
 3. Ostermontag,
 4. Pfingstmontag,
 5. Erster Weihnachtsfeiertag,

⁴⁷ Vgl. *Milasch*, ebd., S. 572.

⁴⁸ Vgl. den offiziellen Dialogtext: *Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, Kommission der Orthodoxen Kirche in Deutschland* (Hg.), *Das Kirchenjahr in der Tradition des Ostens und des Westens. I. Der Sonntag – „Urfeiertag“ der Christen. Mit einleitenden Anmerkungen zum Stichwort „Kirche und Zeit“*, 2010, in: *Orthodoxes Forum* 24 (2010), S. 94–100.

⁴⁹ Vgl. *Anapliotis*, *Die Quellen* (o. Fn. 43), S. 240.

⁵⁰ Vgl. *Axel Frhr. v. Campenhausen / Heinrich de Wall*, *Staatskirchenrecht. Eine systematische Darstellung des Religionsverfassungsrechts in Deutschland und Europa*, 4. Aufl. 2006, S. 331.

⁵¹ Vgl. *Anapliotis*, *Die Quellen* (o. Fn. 43), S. 241.

⁵² Auswirkungen des Gesetzes über den Schutz der Sonn- und Feiertage sowie anderer religiöser und nationaler Feiertage auf den Unterricht an den Schulen. Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus vom 13. 6. 1978 (ABl. I S. 434), geändert durch Bekanntmachung vom 3. 11. 1993 (ABl. I S. 630).

6. Fest der Theophanie,

7. Christi Himmelfahrt.

Bei besonderen Anlässen ist eine Befreiung vom Unterricht mit einer Bestätigung der Gemeinde, in welcher das Kind den Religionsunterricht besucht, möglich. Nach z.B. § 20 Abs. 3 S. 2 BaySchO⁵³ oder nach § 14 Abs. 4 S. 3 BFSO Pflege in Bayern⁵⁴ ist den Schülern ausreichend Gelegenheit zur Erfüllung ihrer religiösen Pflichten und zur Wahrnehmung religiöser Veranstaltungen auch außerhalb der Schule zu geben; Möglichkeiten, von denen orthodoxe Schüler und Auszubildende sehr oft Gebrauch machen.

27

⁵³ Schulordnung für schulartübergreifende Regelungen an Schulen in Bayern (Bayerische Schulordnung) vom 1. 7. 2016 (GVBl. S. 164, 241), zuletzt geändert am 10. 7. 2018 (GVBl. S. 634).

⁵⁴ Schulordnung für die Berufsfachschulen für Krankenpflege, Kinderkrankenpflege, Altenpflege, Krankenpflegehilfe, Altenpflegehilfe, Hebammen und Notfallsanitäter (Berufsfachschulordnung Pflegeberufe) vom 19. 5. 1988 (GVBl. S. 134), zuletzt geändert am 19. 6. 2018 (GVBl. S. 552).

§ 23

Die Organisation der kleineren christlichen Kirchen in Deutschland

Von Michael Germann und Claus Gienke

I. Die Pluralität der christlichen Kirchen im Staatskirchenrecht	1–9
1. Die christlichen Kirchen in der staatskirchenrechtlichen Pluralität der Religionsgemeinschaften	1–2
2. Christliche Kirchen als „kleine“ Religionsgemeinschaften im Staatskirchenrecht	3–4
3. Die Kirche im Staatskirchenrecht	5–6
4. Zwischenkirchliche Abgrenzungen, Beziehungen und Organisationen im Staatskirchenrecht	7–9
II. Bestandsaufnahme der kleineren christlichen Kirchen in Deutschland im Überblick	10–46
1. Freikirchen	11–32
2. Pfingstlich-charismatische Bewegungen, Gemeinden und Kirchen	33–38
3. Neuapostolische Kirche und aus ihr stammende Kirchen	39–40
4. Den christlichen Kirchen fernstehende Religionsgemeinschaften mit christlichem Hintergrund	41–46
III. Organisationen zur Zusammenarbeit christlicher Kirchen	47–50
1. Vereinigung Evangelischer Freikirchen (VEF)	47
2. Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen in Deutschland (ACK)	48–50
IV. Besondere Rechtsverhältnisse der kleineren christlichen Kirchen im Staatskirchenrecht	51–62
1. Staatskirchenverträge	52
2. Religionsunterricht und Theologie	53–56
3. Rundfunk	57–58
4. Einrichtungen	59–62

I. Die Pluralität der christlichen Kirchen im Staatskirchenrecht

1. Die christlichen Kirchen in der staatskirchenrechtlichen Pluralität der Religionsgemeinschaften

- 1 Das deutsche Staatskirchenrecht setzt den Rahmen zur Freiheitsentfaltung für Religionen und Weltanschauungen gleich welcher Richtung und für Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften jeder Größe. Seine historische Verbindung mit den Verhältnissen der christlichen Kirche und Konfessionen hat es mit der Weimarer Verfassung 1919 abschließend hinter sich gelassen.¹ Es hat die Gegebenheiten der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften als Ausdruck ihres Selbstverständnisses und ihrer Selbstbestimmung in ihrer Pluralität und Diversität zu berücksichtigen.
- 2 Neben der Organisation der großen christlichen Konfessionen in Gestalt der römisch-katholischen Kirche mit ihren Bistümern² und der in der Evangelischen Kirche in Deutschland zusammengeschlossenen Landeskirchen³, dazu der orthodoxen Kirchen⁴, sodann der Organisation der jüdischen Gemeinden⁵ und der muslimischen Gemeinschaften⁶ in Deutschland verlangt auch die Präsenz und Organisation der zahlreichen kleineren Religionsgemeinschaften sowie der Weltanschauungsgemeinschaften zur Kenntnis genommen zu werden.⁷ Dabei muß eine umfassende Darstellung ihrer Pluralität der Religionskunde überlassen bleiben.⁸ Ein brauchbares Bild von den

¹ Zur Pluralisierung der staatlichen Konfessionspolitik seit dem Augsburger Religionsfrieden von 1555 konzis *Ernst-Lüder Solte*, Die Organisationsstruktur der übrigen als öffentliche Körperschaften verfaßten Religionsgemeinschaften und ihre Stellung im Staatskirchenrecht (§ 13), in: HSKR², Bd. 1, 1994, S. 417–436 (418).

² *Stephan Haering*, → § 20.

³ *Hans Ulrich Anke / Burkhard Guntau*, → § 21.

⁴ *Anargyros Anapliotis*, → § 22.

⁵ *Michael Demel*, → § 24.

⁶ *Katharina Pabel*, → § 25.

⁷ Zur religiösen Pluralisierung nach 1945 *Karl Gabriel*, → § 2, Rn. 45–49.

⁸ Dem dient beispielhaft das Handbuch der Religionen. Kirchen und andere Glaubensgemeinschaften in Deutschland und im deutschsprachigen Raum, hg. von Michael Klöcker / Udo Tworuschka, Losebl., 1997 ff.; aus konfessioneller Perspektive: Handbuch Weltanschauungen, Religiöse Gemeinschaften, Freikirchen, im Auftrag der Kirchenleitung der Vereinigten Evangelisch-Lutherischen Kirche Deutschlands hg. von Matthias Pöhlmann / Christine Jahn, 2015 (HWRf); im Überblick *Volkhard Krech*, Kleine Religionsgemeinschaften in Deutschland – eine religionssoziologische Bestandsaufnahme

Verhältnissen, mit denen das Staatskirchenrecht insoweit zu rechnen hat, läßt sich exemplarisch von den Rändern des größten Feldes aus erschließen. Das ist der Gedanke, mit dem hier die kleineren christlichen Kirchen⁹ mit den Übergängen bis hin zu den aus der christlichen Ökumene herausgetretenen Weltanschauungsgemeinschaften in den Blick genommen werden sollen. Nicht entsprechend abgedeckt sind damit die Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, die weder hier von den christlichen Kirchen her noch im Umkreis der jüdischen und muslimischen Religionsgemeinschaften¹⁰ behandelt werden können; das sind insbesondere die Religionsgemeinschaften aus dem asiatischen Raum und die daran anschließenden Gruppen und Strömungen¹¹, außerdem das Panorama esoterischer, neugnostischer und atheistischer Weltanschauungsgemeinschaften oder Bewegungen.¹² Schon das Spektrum der kleineren christlichen Kirchen

me, in: *Religiöser Pluralismus im vereinten Europa. Freikirchen und Sekten*, hg. von Hartmut Lehmann, 2005, S. 116–144.

⁹ Auch sie nicht vollständig. Nicht gesondert berücksichtigt werden insbesondere die Auslandskirchen, die ihre in Deutschland lebenden Mitglieder in eigenen Gemeinden organisieren. Unter ihnen dürfte die anglikanische Kirche die bekannteste sein; siehe <<https://europe.anglican.org/where-we-are/church-locations/germany>>; <<http://www.tec-europe.org>>; *Charlotte Methuen*, Die Anglikanische Kirche in Deutschland (II-1.4), in: *Handbuch der Religionen* (o. Fn. 8), 38. Erg.-Lfg. (Stand 2013). Zu den zwischenkirchlichen Beziehungen der Mitgliedskirchen der Anglikanischen Gemeinschaft *Hanns Engelhardt*, Zwischenkirchliche Beziehungen, Kirchenzugehörigkeit, Religionswechsel. Eine anglikanische Stimme, in: *Religiöse Vielfalt. Herausforderungen für das Recht*, hg. von Wilhelm Rees / Ludger Müller / Christoph Ohly / Stephan Haering, 2019, S. 143–153. Einen weiteren Einblick bietet das *Handbuch der Religionen* (o. Fn. 8), Abschnitt II-6: Außereuropäische Christen in Deutschland.

¹⁰ Also bei *Michael Demel*, → § 24, und *Katharina Pabel*, → § 25.

¹¹ *Handbuch der Religionen* (o. Fn. 8), Abschnitt VII: Buddhismus; Abschnitt VIII: Asiatische bzw. von Asien ausgehende Gruppen und Bewegungen; Abschnitt X: Sikhismus; HWRF (o. Fn. 8), Abschnitte 9 und 10: Religiöse Gruppen und Strömungen mit hinduistischem und mit buddhistischem Kontext. Hierzu gehören einige, die gelegentlich in der staatskirchenrechtlichen Praxis und Diskussion hervorgetreten sind: Bhagwan / Osho; Hare Krishna; Transzendente Meditation; Sikh; Falung Gong; Zen.

¹² *Handbuch der Religionen* (o. Fn. 8), Abschnitt IX; HWRF (o. Fn. 8), Abschnitte 6, 7 und 11. Darunter etwa – unbeschadet divergenter Selbst- und Fremdverständnisse davon, ob und inwiefern die verbindenden Überzeugungen als Religion oder Weltanschauung einzuordnen sind und wie sich die Selbstbezeichnung dazu verhält –: Freireligiöse Gemeinden; Freidenker-Verband e.V.; der Internationale Bund der Konfessionslosen und Atheisten e.V.; die Humanistische Union; der Humanistische Verband Deutschlands; die Giordano-Bruno-Stiftung; Scientology. Dazu *Christine Mertesdorf*, Weltanschauungsgemeinschaften. Eine verfassungsrechtliche Betrachtung mit Dar-

schöpft so viel von der Fähigkeit des Staatskirchenrechts zum Umgang mit religiöser und organisatorischer Vielfalt¹³ aus, daß eine Fortschreibung für das weitere Spektrum der Religionen und Weltanschauungen kaum einen weiteren staatskirchenrechtlichen Erkenntnisgewinn verspräche. Die Auswahl ist so auch nicht auf die öffentlich-rechtlich verfaßten Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften beschränkt¹⁴, was zwar einige der hier nicht weiter behandelten Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften in den Blick brächte, aber dafür diesen Blick am vielfach nur selektiven Gebrauch jener Rechtsform hängenbleiben ließe.

2. Christliche Kirchen als „kleine“ Religionsgemeinschaften im Staatskirchenrecht

- 3 Vergleichsweise „klein“ sind die christlichen Kirchen außerhalb der römisch-katholischen Kirche und der Evangelischen Kirche in Deutschland gemessen an ihrer Mitgliederzahl: Sie macht unter den 46,5 Millionen Christen einen Anteil von zusammen etwa 2,4 Millionen (5,2 %) aus, davon in orthodoxen Kirchen etwa 1,5 Millionen (3,3 %), in Mitgliedskirchen der Vereinigung evangelischer Freikirchen 0,3 Millionen (0,6 %), in den übrigen Mitgliedskirchen der Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen 0,4 Millionen (0,9 %), in anderen christlichen Gemeinschaften 0,2 Millionen (0,4 %).¹⁵ Immerhin ließe sich mit diesen Gruppen je eine Stadt bevölkern, wobei sie freilich jeweils eine Vielzahl von Körperschaften ungleicher Kleinheit zusammenfassen.
- 4 Von der Größe einer Religionsgemeinschaft ist ihre Rechtsstellung grundsätzlich unabhängig. Das deutsche Staatskirchenrecht ist keineswegs auf die „großen“ Kirchen zugeschnitten. Es gewährleistet Parität durch Gleichbehandlung auch der kleinen Religionsgemeinschaften, solange die Mitgliederzahl nicht als ein sachlicher Grund

stellung einzelner Gemeinschaften, 2008; Volker Pitzer, *Freireligiöse Bewegung(en)*, in: TRE, Bd. 11, 1983, S. 567–572.

¹³ Christian Walter, „Sekten“ und Freidenker als Motor der Modernisierung in den Staat-Kirche-Beziehungen, in: *Religiöser Pluralismus* (o. Fn. 8), S. 173–199.

¹⁴ Wie bei Solte, *Organisationsstruktur* (o. Fn. 1).

¹⁵ Angaben nach *Kirchenamt der EKD* (Hg.), *Gezählt 2019. Zahlen und Fakten zum kirchlichen Leben* (Stand: Juli 2019), 2019, S. 4. Siehe auch die Zahlen bei Karl Gabriel, → § 2, Rn. 45.

eine Differenzierung rechtfertigt.¹⁶ Die Einrichtung eines Religionsunterrichts als ordentliches Lehrfach gemäß Art. 7 Abs. 3 GG wird durch das Landesrecht ohne Diskriminierung davon abhängig gemacht, daß eine Mindestzahl an Schülern einen Religionsunterricht nach den Grundsätzen der betreffenden Religionsgemeinschaft besuchen wird.¹⁷ Dazu müssen allerdings alle Mittel ausgeschöpft werden, um Lerngruppen in der Mindestzahl zusammenzustellen. Die Verfassung selbst bindet in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV die Verleihung der Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts an die Gewähr der Dauer nach der „Zahl ihrer Mitglieder“. Damit ist aber kein Quorum vorgesehen, wie es die frühere Verwaltungspraxis als Promille-Anteil an der Bevölkerung festlegte. Vielmehr ist die Mitgliederzahl nur als ein Indiz für die Prognose der Dauer bedeutsam, die gerade bei einer „kleinen“ Religionsgemeinschaft auch zu berücksichtigen hat, ob sie ihren wenn auch geringen Mitgliederbestand bisher bereits zu regenerieren in der Lage war und ob sie einer jenseits der Grenzen Deutschlands bestehenden Gemeinschaft zugehört.¹⁸ Deshalb sind nicht nur unter den „altkorporierten“ Religionsgemeinschaften gemäß Art. 137 Abs. 5 S. 1 WRV etliche „kleine“ Re-

¹⁶ BVerfGE 19, 1 (8, 10) – Gebührenfreiheit für die Neuapostolische Kirche; *Kyrill-A. Schwarz*, → § 17, Rn. 2 f., 28; *Jost-Benjamin Schrooten*, Gleichheitssatz und Religionsgemeinschaften. Die gleichheitsrechtliche Behandlung von Religionsgemeinschaften nach den Bestimmungen des Grundgesetzes, der EMRK und der EU-Grundrechte-Charta unter besonderer Berücksichtigung ihrer Organisationsformen, 2015, S. 166–168, 229 f., 250, 269–275.

¹⁷ *Markus Ogorek*, → § 44, Rn. 52. Zur Praxis siehe unten Rn. 53–56.

¹⁸ BVerwG, U. vom 28.11.2012 – 6 C 8.12; *Stefan Magen*, → § 27, Rn. 58; *Peter Unruh*, in: Hermann von Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl., hg. von Peter M. Huber / Andreas Voßkuhle, 2018, Bd. 3, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 206. Siehe jetzt den 2017 zwischen den Ländern abgestimmten „Leitfaden für die Verleihung der Körperschaftsrechte an Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften“, veröffentlicht z.B. in: Staatsanzeiger für das Land Hessen 2017, S. 425, unter B. 2. c. (2). Eine „Richtgröße“ von einem Promille der Bevölkerungszahl verteidigt *Stefan Muckel*, Die Verleihung der Körperschaftsrechte an Religionsgemeinschaften in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung des Erfordernisses der Gewähr der Dauer durch „die Zahl ihrer Mitglieder“, in: Neuere Entwicklungen im Religionsrecht europäischer Staaten, hg. von Wilhelm Rees / María Roca / Balázs Schanda, 2013, S. 435–448 (441–444). Ältere Angaben zur früheren Verwaltungspraxis einzelner Bundesländer bei *Gottfried Held*, Die kleinen öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften im Staatskirchenrecht der Bundesrepublik, 1974, S. 120 f.

ligionsgemeinschaften.¹⁹ Auch im Erwerb gleicher Rechte nach Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV sind sie erfolgreich.²⁰

3. Die Kirche im Staatskirchenrecht

5 Die in der Klassifikation als „christliche Kirche“ tautologisch (auch in diesem Beitrag und seinem Titel) zusammengenannte Zugehörigkeit zum Christentum und Bezeichnung oder Anerkennung als Kirche machen für das staatliche Recht keinen Unterschied.²¹ Alle vor der Trennung von Staat und Kirche durch Art. 137 Abs. 1 WRV geltenden Besonderheiten der christlichen Kirchen gehen im säkularen Rechtsbegriff der Religionsgemeinschaft auf. Wo das staatliche Recht, insbesondere in den Landesverfassungen, neben den Religionsgemeinschaften die Kirchen eigens aufführt²², ist dies eine symbolische, rechtsfolgenlose Reverenz gegenüber der historischen und sozialen Prägekraft des Christentums, vielleicht auch Rücksicht gegenüber terminologischen Empfindlichkeiten im kirchlichen Selbstverständnis, ähnlich der nur verbalen Unterscheidung von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften.

6 Auch der häufig verwendete Begriff der „Freikirche“²³ ist keiner des geltenden staatlichen Rechts. Diente er einst zur Abgrenzung einer „freien“ Kirche von der Staatskirche, ist er seit deren Aufhebung gemäß Art. 137 Abs. 1 WRV nur noch eine historische Reminiszenz.²⁴ Vom früheren Gegensatz her gesprochen, könnten seither alle Kirchen Freikirchen genannt werden. Wo heute eine Religionsge-

¹⁹ Auf älterem Stand siehe *Godehard Ebers*, Staat und Kirche im neuen Deutschland, 1930, S. 40–44, 179 f.; *Held*, Die kleinen öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften (o. Fn. 18), S. 149–155.

²⁰ Für die erste Phase nach 1919 *Ebers*, Staat und Kirche (o. Fn. 19), S. 180 Fn. 5. Zum gegenwärtigen Stand siehe die nach Bundesländern sortierte Liste unter <<https://www.personenstandsrecht.de>>.

²¹ Siehe oben Rn. 1. Zur Neutralisierung des Verhältnisses des Staates zu den christlichen Kirchen *Christian Walter*, → § 18, Rn. 11, 20–33. Zur Bezeichnung des Rechtsgebiets als Staats-„Kirchen“-Recht siehe *Michael Germann*, → § 7, Rn. 70 f.

²² So Art. 4 Abs. 1 Verf. BW; Art. 142 Abs. 3 BayVerf.; Art. 36 Abs. 2 Verf. Bbg.; Art. 59 Abs. 1 Verf. Bremen; Art. 49 Verf. Hessen; Art. 9 Verf. MV; Art. 19 Abs. 2 Verf. NRW; Art. 41 Verf. RP; Art. 35 Verf. Saarl.; Art. 109 Verf. Sachsen; Art. 32 Abs. 1 Verf. LSA; Art. 28 Abs. 3, Art. 41 ThürVerf.

²³ Siehe unten Rn. 11.

²⁴ *Erich Geldbach*, Freikirchen. Erbe, Gestalt und Wirkung, 2. Aufl. 2005, S. 30–34.

meinschaft die Bezeichnung als Freikirche für sich in Anspruch nimmt, kann dies aber Ausdruck einer betonten, für die staatskirchenrechtlichen Verhältnisse wiederum faktisch relevanten Abstandnahme von manchen als „staatsnah“ empfundenen Rechten sein, vor allem vom Recht zur Erhebung von Mitgliedsbeiträgen in Form einer Steuer nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 6 WRV.

4. Zwischenkirchliche Abgrenzungen, Beziehungen und Organisationen im Staatskirchenrecht

Der Umgang christlicher Kirchen mit ihrer Zusammengehörigkeit und ihre Selbstunterscheidung von anderen Religionsgemeinschaften können mittelbar im Staatskirchenrecht beachtlich werden. So bestimmt sich die Kirchenmitgliedschaft auch in ihren bürgerlichen Wirkungen nach Tatbeständen des kirchlichen Mitgliedschaftsrechts, die in manchen Merkmalen auf die Übereinstimmung, Verwandtschaft oder Differenz im christlichen Bekenntnis verweisen.²⁵ Nach den zwischenkirchlichen Beziehungen richtet sich auch, inwieweit damit zu rechnen ist, daß die einer Religionsgemeinschaft zustehenden Rechte durch mehrere Kirchen gemeinsam ausgeübt werden. Die Grundsätze, nach denen der Religionsunterricht gemäß Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG zu erteilen ist, können von mehreren Kirchen gemeinsam oder von einer Kirche zugleich für andere verantwortet werden, wenn sie darin hinreichend übereinstimmen.²⁶ Bei der Besetzung pluraler Gremien nach Medien- und Jugendschutzrecht ist die Partikularität und Zusammengehörigkeit der Kirchen von Bedeutung für eine angemessene Bestimmung des Proporz und der Zuständigkeit für die Ausübung von Vorschlagsrechten.²⁷ Ebenso spielt sie eine Rolle für die Repräsentation verschiedener Kirchen in der Wahrnehmung von Drittsenderechten²⁸ und in der Organisation ihrer weiteren Medien-

7

²⁵ Michael Germann / Wolfgang Rübner, → § 30, Rn. 25 f., 70, 74, 78, 138–142.

²⁶ Siehe dazu unten Rn. 55.

²⁷ Zum Zusammenhang Claus Dieter Classen, → § 38, Rn. 58–60, 70–73, 76–79.

²⁸ Zu ihnen Claus Dieter Classen, → § 38, Rn. 89–99. – Ein Beispiel für eine entsprechende Bündelung ist die Wahrnehmung der Verantwortung für die Ausgestaltung von Fernsehgottesdiensten durch den gemeinsamen Medienbeauftragten der EKD und der VEF; s. u. Rn. 47.

arbeit²⁹, in der Diakonie, in der Bildungsarbeit, in der Seelsorge in staatlichen Einrichtungen³⁰ und in kirchlichen Beiträgen zum öffentlichen Diskurs.

- 8 Die Möglichkeiten und Grenzen einer gegenseitigen Vertretung von Religionsgemeinschaften im Staatskirchenrecht sind Sache ihres Selbstbestimmungsrechts aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV. Staatliche Stellen können zum Beispiel das Interesse einer christlichen Kirche an einem eigenen Religionsunterricht gemäß Art. 7 Abs. 3 GG nicht von sich aus auf den Religionsunterricht einer anderen, vermeintlich hinreichend verwandten christlichen Kirche verweisen.³¹ Das gleiche gilt für den Anspruch auf Errichtung einer Bekenntnisschule.³² Eine Behörde, die das Interesse am Besuch des Gottesdienstes einer lutherischen Freikirche nicht für schutzwürdig hält, weil stattdessen auch der Gottesdienst der lutherischen Landeskirche besucht werden könne, verletzt – wenn sie sich dafür nicht auf eine entsprechende Entscheidung der Freikirche stützen kann – die Religionsfreiheit.³³
- 9 Die kirchliche Selbstbestimmung über die Möglichkeiten und Grenzen rechtserheblicher Beziehungen untereinander artikuliert sich formell in Erklärungen der Kirchengemeinschaft, in Vereinbarungen über das Zusammenwirken und insbesondere in gemeinsamen Institutionen. Für die gegenseitige Anerkennung als christliche

²⁹ Zur Berücksichtigung von Freikirchen in der Arbeit des Gemeinschaftswerks der evangelischen Publizistik und der Nachrichtenagentur idea Claus Dieter Classen, → § 38, Rn. 7.

³⁰ Jede einzelne Religionsgemeinschaft kann sich auf das Zutrittsrecht aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 141 WRV berufen; Jörg Ennuschat, → § 54, Rn. 51. Eingehend zur Praxis Klaus-Dieter Zunke, An der Seite der Soldaten. Der seelsorgerlich-missionarische Dienst evangelischer Werke, Verbände und Freikirchen als eigenständige Soldatenseelsorge (1864–2011), 2017, der die Vielfalt der von ihm so genannten „zivilkirchlichen“ Soldatenseelsorge seit der Mitte des 19. Jahrhunderts und Formen der Zusammenarbeit zwischen verschiedenen kirchlichen Trägern beschreibt.

³¹ Zum Bestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften nach Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG Markus Ogorek, → § 44, Rn. 59 f., 66 f.

³² VG Aachen, U. vom 29. 4. 2016 – 9 K 1365/12: Anspruch von Mennoniten auf Errichtung einer eigenen öffentlichen Bekenntnisschule nach nordrhein-westfälischem Landesrecht.

³³ Nicht erkannt von VG Leipzig, U. vom 23. 6. 2005 – A 3 K 30099/05, EZAR NF 95 Nr. 17; dagegen Michael Germann, Die Erlaubnis zum Verlassen des Aufenthaltsbereichs nach §§ 57 I, 58 I 2 AsylVfG zum Zweck der Religionsausübung, in: ZAR 2008, S. 177–181.

Kirchen elementar ist die Anerkennung der Taufe.³⁴ Weitere Merkmale der Kirchengemeinschaft sind Kanzel- und Abendmahlsgemeinschaft, wie sie für eine Vielzahl evangelischer Kirchen in der Leuenberger Konkordie³⁵ erklärt worden ist. Das Verhältnis der römisch-katholischen Kirche zu anderen Kirchen wird wesentlich durch die Unterscheidung der „communio plena“ von der „communio non plena“ bestimmt.³⁶ Eine ekklesiologisch erheblich weniger dichte, aber auf ein gemeinsames Auftreten auch gegenüber staatlichen Stellen angelegte organisatorische Form gegenseitiger Anerkennung als christliche Kirchen bildet die *Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen in Deutschland e. V.* (ACK, s.u. Rn. 48–50). Neben den beiden großen Kirchen gehören ihr die meisten kleinen christlichen Kirchen an. Die *Vereinigung Evangelischer Freikirchen* (VEF, s.u. Rn. 47) bildet die Verbundenheit einer Teilmenge kleiner Kirchen organisatorisch ab.

II. Bestandsaufnahme der kleineren christlichen Kirchen in Deutschland im Überblick

An religionskundlichen oder konfessionellen Ordnungsmerkmalen, nach denen sich die plurale Wirklichkeit der kleinen christlichen Religionsgemeinschaften gliedern läßt, hat das Recht des religiös neutralen Staates kein originäres Interesse. Doch wie schon die phänomenologische Unterscheidung der christlichen Kirchen im Gesamtbild aller Religionsgemeinschaften (s.o. Rn. 2), so hilft auch die Kenntnisnahme von Konfessionsverwandtschaft und -distanz zwischen den verschiedenen christlichen Kirchen, um ihre religiösen Selbstverständnisse mit der gebotenen Aufmerksamkeit bei der Rechtsanwendung in Betracht zu ziehen. Nähe und Distanz im Bekenntnis ist dabei selbst Gegenstand des Bekenntnisses. Die römisch-

10

³⁴ So in der Magdeburger Erklärung vom 29. 4. 2007, umfassend dokumentiert etwa unter <<https://www.oekumene-ack.de/themen/theologische-reflexion/taufe/>>.

³⁵ Konkordie reformatorischer Kirchen in Europa (Leuenberger Konkordie) vom 16. 3. 1973. Die beteiligten Kirchen bilden die Gemeinschaft Evangelischer Kirchen in Europa, siehe <<https://www.leuenberg.eu>>; im Zusammenhang *Hans Ulrich Anke / Burkhard Guntau*, → § 21, Rn. 69.

³⁶ *Michael Germann / Wolfgang Rübner*, → § 30, Rn. 25 f., 28; *Rüdiger Althaus*, Zugehörigkeit zur Kirche (§ 16), in: HKKR³, S. 268–288 (270–275); *Thomas A. Amann*, Ökumenische Gottesdienstgemeinschaft (§ 72), ebd., S. 1095–1106.

katholische Lehre betrachtet jenseits des durch die apostolische Sukzession im hierarchisch verfaßten geweihten Priesteramt nach ihrem Verständnis gezogenen Horizonts die Vielfalt „kirchlicher Gemeinschaften“ grundsätzlich aus einer Warte der Äquidistanz. Die in der Evangelischen Kirche in Deutschland zusammengeschlossenen Bekenntnisse beurteilen sie nach dem Maß der Übereinstimmung in der Verkündigung des Evangeliums und der evangeliumsgemäßen Feier der Sakramente. Kein solches Kriterium kann für die staatskirchenrechtliche Einordnung ein verbindlicher Koordinatenursprung sein. Auch ein religionskundliches Schema vermag der notwendigen Relativität jeder Verhältnisbestimmung zwischen religiösen Selbstverständnissen nicht zu entgehen. Die Gliederung der hier unternommenen – unvollständigen – Bestandsaufnahme folgt so weit wie möglich den historischen und organisatorischen Beziehungen der Religionsgemeinschaften untereinander, in denen sich naturgemäß die Grade der wechselseitigen Anerkennung und Nichtanerkennung spiegeln; diese Beziehungen können auch am ehesten für das Staatskirchenrecht bedeutsam werden.³⁷

1. Freikirchen

- 11 Die Bezeichnung „Freikirche“³⁸ faßt locker die christlichen Kirchen zusammen, die sich in Abgrenzung von den historisch infolge

³⁷ Nur aus praktischen Darstellungsgründen lehnt sich die folgende Gliederung in manchem an den Aufbau des konfessionell positionierten Handbuchs Weltanschauungen, Religiöse Gemeinschaften, Freikirchen (o. Fn. 8) an. Das Handbuch der Religionen (o. Fn. 8) gliedert den Abschnitt „II. Christentum“ etwas gröber, aber in manchem übereinstimmend und auch nicht viel weniger offen für eine entschiedene Aufteilung in „Freikirchen“, „Bewegungen“ oder „Glaubensgemeinschaften außerhalb der Großkirchen“.

³⁸ *Geldbach*, Freikirchen (o. Fn. 24), speziell zur Begriffsgeschichte S. 20–34; siehe auch *dens.*, Die Freikirchen. Allgemeines (II-2.2.1), in: Handbuch der Religionen (o. Fn. 8), 32. Erg.-Lfg. (Stand 2012); *Karl Heinz Voigt*, Freikirchen in Deutschland (19. und 20. Jahrhundert), 2004; *Hans-Martin Niehammer*, Kirchenmitgliedschaft in der Freikirche. Kirchensoziologische Studie aufgrund einer empirischen Befragung unter Methodisten, 1995; *Wolfgang Thönissen*, Freikirchen, in: Staatslexikon, hg. von der Görres-Gesellschaft, 8. Aufl., Bd. 2, 2018, Sp. 887–894; *Hans Schwarz*, Freikirche, in: TRE, Bd. 11, 1983, S. 550–563; *Hans Jörg Urban*, Freikirchen, in: LThK³, Bd. 4, 1995, Sp. 115 f.; *Karl-Heinz Fix*, Freikirchen I. Kirchengeschichtlich, in: RGG⁴, Bd. 3, 2000, Sp. 323–326; *Christian Grethlein*, Freikirchen II. Praktisch-theologisch, ebd., Sp. 326–328; *Michael Germann*, Freikirchen (J), in: EvStL⁴, Sp. 652–655; *Erich Geldbach*, Freikirchen (Th), ebd., Sp. 655–661; *Klaus Peter Voss*, Freikirchen, in: Lexikon christlicher Kirchen und Sonder-

des *ius reformandi*³⁹ vorherrschenden Territorialkirchen gebildet haben. Evangelische Freikirchen stehen organisatorisch den evangelischen Landeskirchen gegenüber, wie sie heute in der Evangelischen Kirche in Deutschland zusammengeschlossen sind. Ein entsprechendes Gegenüber zu den römisch-katholischen Bistümern und der in ihnen organisierten Jurisdiktionshierarchie kann als katholische Freikirche hier mitbehandelt werden. Das Motiv für die Selbstunterscheidung ist entweder in einer Opposition gegen konfessionelle Entwicklungen begründet; das läßt sich als Merkmal „konfessioneller“ Freikirchen ausdrücken (gleich Rn. 12–16). Oder es steht allgemeiner eine Tradition im Vordergrund, die der früheren staatskirchlichen Inpflichtnahme der Bürger für die Landeskirche die Freiwilligkeit der individuellen Glaubensentscheidung entgegenhielt; dafür kann man die Beschreibung als „klassische“ Freikirchen übernehmen (unten Rn. 17–31).⁴⁰ Bei manchen Religionsgemeinschaften, die sich in einem weiteren Sinn ebenfalls als Freikirche bezeichnen oder bezeichnen lassen, liegt der Akzent weniger auf der Abgrenzung von bestehenden Territorialkirchen als auf einem intrinsischen Impuls der religiösen Erneuerung; sie werden deshalb hier unter einer eigenen Überschrift vorgestellt (unten 2.). Umgekehrt lehnen manche der hier eingeordneten Kirchen für sich die Bezeichnung als Freikirche ab, weil sie weitere, ihrem Selbstverständnis fremde Eigenschaften damit verbinden. Im folgenden aber dient sie allein zur Unterscheidung von den Territorialkirchen.

Zur *Selbständigen Evangelisch-Lutherischen Kirche (SELK)*⁴¹ haben sich „altlutherische“ Kirchen zusammengeschlossen, die sich im 19. Jahrhundert der Verwirklichung von landeskirchlichen Unionen zwischen lutherischen und reformierten Gemeinden⁴² verweigerten oder sich aus anderen Gründen des Bekenntnisdissenses von den Landeskirchen trennten. Sie zählt rund 33.000 Mitglieder in 174 Gemeinden, die alleine oder zusammen mit anderen

12

gemeinschaften, hg. von Hans Gasper/Harald Baer/Johannes Sinabell/Joachim Müller, 2009, S. 94–97; *Ulrich Doose*, Die Stellung der evangelischen Freikirchen in Deutschland, Diss. jur. Marburg 1963, S. 27–40.

³⁹ Siehe *Dietrich Pirson*, → § 1, Rn. 18–37.

⁴⁰ Unterscheidung nach *Geldbach*, Freikirchen (o. Fn. 24), S. 191.

⁴¹ *Geldbach*, Freikirchen (o. Fn. 24), S. 192–194; *Peter Noss*, Die Selbständige Evangelisch-Lutherische Kirche (SELK) (II-2.2.2.9b), in: *Handbuch der Religionen* (o. Fn. 8), 46. Erg.-Lfg. (Stand 2015); *Werner Klän*, Selbständige Evangelisch-Lutherische Kirche (SELK), *EvStL*⁴, Sp. 2140–2142; *ders.*, *Altlu-theraner*, in: *RGG*⁴, Bd. 1, 1998, Sp. 379–381.

⁴² *Christoph Link*, *Kirchliche Rechtsgeschichte. Kirche, Staat und Recht in der europäischen Geschichte von den Anfängen bis ins 21. Jahrhundert*, 3. Aufl. 2017, § 21, Rn. 3 f.

111 Pfarrbezirke bilden.⁴³ Mehrere Pfarrbezirke sind zu Kirchenbezirken zusammengefaßt, diese in Sprengeln. Die Gesamtkirche und ihre Organisationseinheiten sind Körperschaften des öffentlichen Rechts. Die Organe der Gesamtkirche und der Kirchenbezirke sind jeweils ein geistliches Leitungsamt (Bischof, Superintendent), Amtsträgerkollegien (Kollegium der Superintendenden und Allgemeiner Pfarrkonvent, Bezirkspfarrkonvent), eine Synode (Kirchensynode, Bezirkssynode) und ein unterstützendes Leitungsgremium (Kirchenleitung, Bezirksbeirat). Die Gliederung in Sprengel soll die geistliche Leitung erleichtern; das ist dort die Aufgabe der Pröpste. Sitz der SELK mit Bischof und Kirchenleitung ist Hannover. Die SELK ist Mitglied der ACK.

13 Weitere altlutherische Freikirchen mit ähnlichem historischem Hintergrund sind die *Evangelisch-Lutherische Kirche in Baden*⁴⁴ und die *Evangelisch-Lutherische Freikirche*⁴⁵.

14 Die *Evangelisch-altreformierte Kirche in Niedersachsen (EAK)* stammt aus Gemeindebildungen, die sich im 19. Jahrhundert in der Grafschaft Bentheim und in Ostfriesland von liberalen Strömungen der Theologie innerhalb der reformierten Gemeinden absetzten.⁴⁶ Sie hat heute 12 Gemeinden mit knapp 6.500 Mitgliedern.⁴⁷ Die EAK ist synodal verfaßt.⁴⁸ Sie ist seit 1950 Körperschaft des öffentlichen Rechts, ebenso sind es ihre Gemeinden, seit 2005 auch die beiden Synodalverbände, die die Gemeinden noch auf einer mittleren Organisationsebene verbinden. Besondere Kooperationsbeziehungen bestehen mit der Protestantischen Kirche in den Niederlanden und mit der (der EKD als Gliedkirche angehörenden) Evangelisch-reformierten Kirche.⁴⁹ Die EAK ist Mitglied der ACK.

⁴³ Siehe <<https://www.selk.de/index.php/strukturen-zahlen>>. Die Organisation bestimmt sich nach der Grundordnung der Selbständigen Evangelisch-Lutherischen Kirche in der Fassung vom 16.6.2007, abrufbar unter <http://wp11090540.server-he.de/selk-media/pdf/Grundordnung-SELK_2007.pdf>.

⁴⁴ Siehe <<https://elkib.de>>.

⁴⁵ Siehe <<https://elfk.de>>.

⁴⁶ Siehe <https://www.altreformiert.de/de/altreformierte_geschichte.php>; Geldbach, Freikirchen (o. Fn. 24), S. 194–197; Christoph Strohm, Reformierte Kirchen. II. Reformierte Kirchen der Gegenwart. 2. Altreformierte, in: RGG⁴, Bd. 7, 2004, Sp. 175 f.; Gerrit Jan Beuker, Evangelisch-altreformierte Kirche in Niedersachsen (II-2.2.2.9a), in: Handbuch der Religionen (o. Fn. 8), 5. Erg.-Lfg. (Stand 2001).

⁴⁷ Statistik zum 31.12.2019, in: Der Grenzbote 2020, Nr. 1, abrufbar unter <<https://www.altreformiert.de/de/grenzbote/>>, S. 7.

⁴⁸ Verfassung der Evangelisch-altreformierten Kirche in Niedersachsen vom 1.1.2010 in der Fassung vom 8.11.2017, abrufbar unter <<https://www.altreformiert.de/de/archiv.php>>.

⁴⁹ Assoziations-Vereinbarung zwischen der Protestantischen Kirche in den Niederlanden und der Evangelisch-altreformierten Kirche in Niedersachsen vom 20./26.11.2003; Kooperationsvertrag zwischen der Evangelisch-reformierten Kirche und der Evangelisch-altreformierten Kirche in Niedersachsen vom 1.1.2007, geändert am 11.5.2007. Zu den Gesprächen

Daneben gibt es weitere reformierte Gemeinden außerhalb der EKD. Nurmehr drei solcher Gemeinden umfaßt der *Bund evangelisch-reformierter Kirchen Deutschlands*, in dem früher eine größere Zahl zusammengeschlossen war.⁵⁰

Das *Katholische Bistum der Alt-Katholiken in Deutschland*⁵¹ ist aus der römisch-katholischen Kirche hervorgegangen, nachdem das Erste Vatikanische Konzil 1870 die Unfehlbarkeit des päpstlichen Lehramts ex cathedra und den Jurisdiktionsprimat des Papstes zu verbindlichen Dogmen erhoben hatte.⁵² Mit anderen europäischen altkatholischen – in der Schweiz: christkatholischen – Kirchen, die diese und weitere Lehren der römisch-katholischen Kirche ablehnen, ist das Bistum der Alt-Katholiken in Deutschland in der 1889 gegründeten Utrechter Union der Altkatholischen Kirchen⁵³ zusammengeschlossen.⁵⁴ Die rund 15.500 Mitglieder⁵⁵ verteilen sich auf 60 Gemein-

über eine weitere Annäherung siehe den Abschlußbericht des Gemeinsamen Ausschusses der Evangelisch-altreformierten Kirche und der Evangelisch-reformierten Kirche vom 4.9.2012. Die Texte sind abrufbar unter <<https://www.altreformiert.de/de/archiv.php>>.

⁵⁰ Vgl. noch die Angaben bei *Solte*, Organisationsstruktur (o. Fn. 1), S. 423. Die meisten Gemeinden des Bundes sind inzwischen der der EKD als Gliedkirche angehörenden Evangelisch-reformierten Kirche beigetreten; siehe ferner *Hans Ulrich Anke / Burkhard Guntau*, → § 21, vor Rn. 31, Fn. 116. Der Bund und die verbliebenen Gemeinden in Bückeburg, Stadthagen und Dresden sind Körperschaften des öffentlichen Rechts. Der Bund ist der EKD als „bekenntnisverwandte kirchliche Gemeinschaft“ angeschlossen gemäß Art. 21 Abs. 4 GO EKD aufgrund Vereinbarung vom 18.12.1959, bestätigt durch Kirchengesetz betreffend die Angliederung des Bundes evangelisch-reformierter Kirchen Deutschlands an die Evangelische Kirche in Deutschland vom 25.2.1960 (ABl. S. 115).

⁵¹ Siehe <<https://alt-katholisch.de>>; *Günter Eßer*, Die Alt-Katholischen Kirchen, 2003; *Volker Ochsenfahrt*, Die staatskirchenrechtliche Stellung des Katholischen Bistums der Alt-Katholiken in Deutschland, 2007; *Werner Küppers*, Altkatholizismus, in: TRE, Bd. 2, 1978, S. 337–344; *Ernst Hamerschmidt*, Altkatholische Kirchen, in: LThK³, Bd. 1, 1993, Sp. 468–471; *Andreas Krebs*, Alt-katholische Kirche, in: Lexikon für Kirchen- und Religionsrecht (LKRR), hg. von Heribert Hallermann / Thomas Meckel / Michael Droege / Heinrich de Wall, Bd. 1, 2019, S. 93–97; *Christian Oeyen*, Alt-Katholiken, in: RGG⁴, Bd. 1, 1998, Sp. 375–379; *Wolfgang Thönissen*, Altkatholische Kirche, in: Staatslexikon, hg. von der Görres-Gesellschaft, 8. Aufl., Bd. 1, 2017, Sp. 125–130.

⁵² *Ochsenfahrt*, Alt-Katholiken (o. Fn. 51), S. 7–24; *Eßer*, Die Alt-Katholischen Kirchen (o. Fn. 51), S. 9–15.

⁵³ Siehe <<http://www.utrechter-union.org>>.

⁵⁴ *Ochsenfahrt*, Alt-Katholiken (o. Fn. 51), S. 25–28; *Eßer*, Die Alt-Katholischen Kirchen (o. Fn. 51), S. 78–91.

⁵⁵ Diese Zahl ergibt sich aus einer Meldung vom April 2018, <<https://www.katholisch.de/artikel/17339-zahl-der-altkatholiken-in-deutschland-geht-zu-rueck>>; für 2014: <https://www.remid.de/info_zahlen/katholizismus/>. *Solte*, Organisationsstruktur (o. Fn. 1), S. 424 f., konnte noch eine Mitgliederzahl von 31.000 nennen.

den. Das Bistum ist Körperschaft des öffentlichen Rechts. Die „Synodal- und Gemeindeordnung“ (SGO)⁵⁶ hält „fest an der alten bischöflich-synodalen Verfassung der Kirche. Danach leitet die Bischöfin oder der Bischof unmittelbar und selbständig die Ortskirche unter Mitwirkung und Mitentscheidung der Gemeinschaft der Ordinierten und des ganzen Gottesvolkes.“ (§ 1 Abs. 4 SGO). Das „oberste Organ“ ist die Synode (§ 5 Abs. 1 SGO). Der Bischof leitet die Kirche unter Mitwirkung und Mitentscheidung der Synodalvertretung.⁵⁷ In Baden-Württemberg, in Bayern, in Hessen und in Nordrhein-Westfalen haben sich jeweils alle Gemeinden zu „Landessynoden“ zusammengeschlossen. Im Unterschied zur römisch-katholischen Kirche hat die altkatholische Kirche die Frauenordination eingeführt;⁵⁸ so sind alle Ämter gleichermaßen Männern und Frauen zugänglich (§ 1 Abs. 5 SGO). Die Alt-Katholiken sind Mitglied der ACK.

- 17 Die *Brüderbewegung* (*Brüdergemeinden, Brüderversammlungen, Christliche Versammlungen, Freier Brüderkreis, Darbysten, Plymouth-Brüder*)⁵⁹ hat ihren Ursprung in Erweckungsbewegungen in Großbritannien am Anfang des 19. Jahrhunderts, die sich von der anglikanischen Staatskirche absetzten. In Deutschland fand sie in „Christlichen Versammlungen“ Anklang, die sich zuerst 1843 in Württemberg und im Rheinland gründeten. Prägend waren *Carl Brockhaus* (1822–1899) und sein Sohn *Rudolf Brockhaus* (1856–1932), unter anderem mit der Herausgabe der Elberfelder Bibelübersetzung. Innerhalb der Bewegung unterscheiden sich „geschlossene“ (oder „exklusive“) Brüdergemeinden von „offenen“ dadurch, daß sie die persönliche Heiligung in einer deutlicheren Absonderung nach außen suchen. Unter den national-sozialistischen Repressionen bildeten 1937 zunächst die „geschlossenen“ Brüder einen regimekonformen „Bund freikirchlicher Christen“, dem die „offenen“ dann beitraten. 1941 schloß dieser sich mit den Baptisten zum Bund Evangelisch-Freikirchlicher Gemeinden (BEFG, siehe gleich Rn. 20) zusammen. Nach 1945 verließ ein Teil der Brüdergemeinden den BEFG wieder.

- 18 Heute lassen sich die Brüdergemeinden in vier Gruppen einteilen: (1) Etwa 130 „offene“ Gemeinden mit rund 9.000 Mitgliedern bilden die Arbeitsgemeinschaft der Brüdergemeinden im BEFG („Bundgemeinden“). (2) Etwa 200 Gemeinden mit rund 13.000 Mitgliedern der „offenen“ Ausrichtung haben Beziehungen zu den Brüdergemeinden im BEFG, ohne diesem anzugehören („bundfreie Gemeinden“, „Freier Brüderkreis“). (3) Etwa 215 „geschlossene Versammlungen“ mit geschätzt 14.000 Mitgliedern pflegen

⁵⁶ Abrufbar unter <<https://neu.alt-katholisch.de/wp-content/uploads/2019/10/OS2019.pdf>>.

⁵⁷ Näher *Ochsenfahrt*, Alt-Katholiken (o. Fn. 51), S. 30–34.

⁵⁸ *Eßer*, Die Alt-Katholischen Kirchen (o. Fn. 51), S. 52–58.

⁵⁹ HWRf (o. Fn. 8), S. 65–73. Eine private Initiative bietet Material unter <<https://www.bruederbewegung.de>>. Zur Geschichte *Gisa Bauer/Paul Metzger*, Grundwissen Konfessionskunde, 2019, S. 216–221; *Gerhard Jordy*, Die Brüderbewegung in Deutschland, Bd. 1, 1979, Bd. 2, 1981, Bd. 3, 1986, Neuausgabe: 2012; *Thomas Hill*, Darby, in: LThK³, Bd. 3, 1995, Sp. 25; *James P. Callahan*, Darbysten (Plymouthbrüder), in: RGG⁴, Bd. 2, 1999, Sp. 579–581; *Erich Geldbach*, Darby/Darbysten, in: TRE, Bd. 8, 1981, S. 357 f.; *ders.*, Darbyismus, in: EKL³, Bd. 1, 1986, Sp. 792 f.

Beziehungen ausschließlich untereinander. (4) Etwa 60 Gemeinden mit rund 4.000 Mitgliedern sind ab den 1990er Jahren durch Abspaltungen aus der Gruppe der „geschlossenen Versammlungen“ entstanden und verstehen sich ebenso wie Neugründungen außerhalb der drei „Blöcke“ als „blockfreie Gemeinden“.

Weil sich die Brüderbewegung mit der Ausprägung einer übergreifenden Gruppenidentität zurückhält, sind die Namen ihrer Gemeinden vielfach eher von außen zugeschrieben, unbestimmt, fluid und verwechslungsanfällig. Ansätze zur rechtlichen Organisation finden sich am ehesten bei den Bundgemeinden und beschränken sich auf die Rechtsform des eingetragenen Vereins. Funktionen werden weit überwiegend ehrenamtlich wahrgenommen und sind Männern vorbehalten.

Der *Bund Evangelisch-Freikirchlicher Gemeinden in Deutschland (BEFG)*⁶⁰ gilt mit rund 81.000 Mitgliedern in seinen 673 Baptisten- und 128 Brüdergemeinden (siehe eben Rn. 17–19) als größte Freikirche in Deutschland. Die Baptistengemeinden haben Wurzeln im englischen Puritanismus, wo sich Ende des 16. und Anfang des 17. Jahrhunderts von der anglikanischen Kirche unabhängige Gemeinden zu versammeln begannen.⁶¹ Die erste deutsche Baptistengemeinde wurde 1834 in Hamburg gegründet. Der 1849 gebildete und 1888 im Reich anerkannte „Bund der Baptistengemeinde in Deutschland“ erhielt 1930 die Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Unter dem Druck der nationalsozialistischen Religionspolitik vereinigte er sich 1941 mit den Brüdergemeinden (s. nochmals Rn. 17–19) zum BEFG; dieser erhielt 1942 die Anerkennung durch den nationalsozialistischen Staat. Die Anpassung an das Regime ist Gegenstand des „Hamburger Schuldbekenntnisses“ von 1984.⁶² Theologisch betonen die Baptisten die Bekehrung des Einzelnen, binden die Taufe deshalb an das mündige Bekenntnis des eigenen Glaubens und lehnen die Kindertaufe ab. Ihre Organisation⁶³ ist von einem kongregationalistischen Vorrang der Autonomie der

⁶⁰ <<https://www.baptisten.de>>; HWRF (o. Fn. 8), S. 74–87; *Geldbach*, Freikirchen (o. Fn. 24), S. 211–222; *ders.*, Der Bund Evangelisch-Freikirchlicher Gemeinden (BEFG) (II-2.2.2.2), in: *Handbuch der Religionen* (o. Fn. 8), 36. Erg.-Lfg. (Stand 2013); *Andrea Strübind*, Baptisten in Deutschland, in: KZG 13 (2000), S. 391–414; *Eduard Schütz*, Baptisten, in: EKL³, Bd. 1, 1986, Sp. 355–360; *Hans Jörg Urban*, Bund Evangelisch-Freikirchlicher Gemeinden in Deutschland, in: LThK³, Bd. 2, 1994, Sp. 791; *G. Thomas Halbrooks*, Baptisten I. Konfessionskundlich, in: RGG⁴, Bd. 1, 1998, Sp. 1091–1094; *Erich Geldbach*, Baptisten II. Kirchengeschichtlich 1. Europa, ebd., Sp. 1094–1097.

⁶¹ *John David Hughey / Rudolf Thaut*, Baptisten, in: TRE, Bd. 5, 1980, S. 190–197.

⁶² Abrufbar unter <<https://www.baptisten.de/fileadmin/bgs/media/dokumente/Hamburger-Schuldbekenntnis-1984.pdf>>. Zu den Vorgängen *Andrea Strübind*, Die unfreie Freikirche. Der Bund der Baptistengemeinden im „Dritten Reich“, 2. Aufl. 1995; *Andreas Liese*, Wir konnten immer das Evangelium verkünden. Baptisten und Brüdergemeinden im „Dritten Reich“, in: KZG 30 (2000), S. 93–133.

⁶³ Allgemein zur Rechtsordnung des BEFG *Holger Bauknecht*, Das Recht der Baptisten in Deutschland. Die Strukturen des Bundes Evangelisch-Freikirchlicher Gemeinden in Deutschland, K.d.ö.R., zum Zeitpunkt der

einzelnen Gemeinde geprägt. Der BEFG nimmt auf der Ebene des Bundes „Aufgaben wahr, die die Gemeinden in ihrer Gesamtheit betreffen“ (Art. 5 Abs. 2 Verf. BEFG⁶⁴), die von Gemeinden eines Gebiets gebildeten Landesverbände tun dies auf regionaler Ebene (Art. 20 Verf. BEFG). Die Rechtsform von Gemeinden und Landesverbänden wird von der Verfassung des BEFG nicht festgelegt. Soweit sie keine eigene Rechtspersönlichkeit als eingetragener Verein oder als Körperschaft des öffentlichen Rechts erworben haben, sind sie „rechtlich unselbständig“ und „haben Anteil an den Körperschaftsrechten des Bundes“ (Art. 4 Abs. 5 Verf. BEFG).⁶⁵ Vom Besteuerungsrecht machen der BEFG und seine Gemeinden keinen Gebrauch; sie finanzieren sich aus Spenden. Oberstes Organ des Bundes ist der Bundesrat (Art. 6, 7 Verf. BEFG), der in Aufgaben, Zusammensetzung und Arbeitsweise synodal angelegt ist. Daneben nimmt das aus zwölf vom Bundesrat und einem von der Arbeitsgemeinschaft der Brüdergemeinden gewählten Mitgliedern bestehende Präsidium des Bundes „vornehmlich eine geistliche Leitungsaufgabe“ (Art. 13 Abs. 2 S. 1 Verf. BEFG) und weitere leitende Funktionen wahr. Aus seiner Mitte wählt der Bundesrat den Präsidenten des Bundes. Operative und koordinierende Aufgaben erledigt die Bundesgeschäftsführung unter dem Vorsitz des Generalsekretärs. Zur Entscheidung über Verfassungsstreitigkeiten, dienstrechtliche und andere öffentlich-rechtliche Streitigkeiten innerhalb des Bundes sowie über Streitigkeiten aus der Anwendung des Mitarbeitervertretungsrechts ist das Verfassungs- und Verwaltungsgericht des BEFG berufen.⁶⁶ Der BEFG gehört der VEF und der ACK an.

Verfassungsreform 2005, 2006; *Andreas Weiss*, Kirchenrecht der Evangelischen Landeskirche in Württemberg und ausgewählter evangelischer Freikirchen. Ein Rechtsvergleich, 2012, S. 100–106, 211–234, 322–330, 361–372, 397–401, 424–429, 442–447, 492–500; *Birgit Marchlowitz*, Freikirchlicher Gemeindeaufbau, 1995.

⁶⁴ Verfassung des Bundes [Evangelisch-Freikirchlicher Gemeinden in Deutschland] in der Fassung der Beschlüsse vom 7.5.2005 bis zum 26.5.2017, abrufbar bei den Ordnungen des BEFG unter <<https://www.baptisten.de/medien-service/online-lesen/ordnungen/>>.

⁶⁵ Siehe dazu noch die Ordnung zum Selbstbestimmungsrecht von Gemeinden, Landesverbänden, der Arbeitsgemeinschaft der Brüdergemeinden und bundesunmittelbaren Einrichtungen vom 4.6.2011, geändert am 7.5.2016; außerdem die Ordnung für rechtlich selbständige Einrichtungen im Status der Bekenntnismgemeinschaft mit dem BEFG vom 11.5.2018, geändert am 1.6.2019; beide abrufbar bei den Ordnungen des BEFG (o. Fn. 64).

⁶⁶ Ordnung zur Gerichtsbarkeit des Bundes vom 4.6.2011, zuletzt geändert am 11.5.2018, abrufbar bei den Ordnungen des BEFG (o. Fn. 64). Selbstbewußt erklärt § 1 Abs. 2 dieser Ordnung die Anrufung staatlicher Gerichte im Zuständigkeitsbereich des Kirchengerichts für „ausgeschlossen“. Soweit sich das auf Streitigkeiten bezieht, die die bürgerlichen Rechtsverhältnisse berühren wie im Dienst- und Mitarbeitervertretungsrecht, kann das nur im Sinne einer Vorschaltgerichtsbarkeit bürgerliche Wirksamkeit entfalten, siehe *Wolfgang Rülfer*, → § 78, Rn. 15 und passim.

Der *Bund Freier evangelischer Gemeinden in Deutschland* (BFeG)⁶⁷ ist ein 1874 in Wuppertal gegründeter Zusammenschluß von Gemeinden mit neupietistischem Ursprung und evangelikaler Ausrichtung.⁶⁸ Ihm gehören heute rund 500 Gemeinden mit etwa 42.000 Mitgliedern an.⁶⁹ Der BFeG ist Körperschaft des öffentlichen Rechts.⁷⁰ Vom Besteuerungsrecht macht er keinen Gebrauch. Seine Mitgliedsgemeinden ordnen sich „selbstständig innerhalb der Verfassung des Bundes“⁷¹. Sie sind zu 24 Kreisen, diese zu fünf Regionen zusammengefaßt. „Oberstes Bundesorgan“ ist der Bundestag mit synodaler Zusammensetzung und Funktion (Art. 5 Verf. BFeG). Ein Ständiger Ausschuß nimmt etliche Aufgaben des Bundestages wahr, soweit dieser sie nicht an sich zieht (Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Verf. BFeG). Operatives Organ ist die Geschäftsführende Bundesleitung (Art. 7 Verf. BFeG), strategische Aufgaben hat die Erweiterte Bundesleitung (Art. 8 Verf. BFeG). Der BFeG ist Mitglied in der VEF und in einigen regionalen ACK; in der ACK in Deutschland ist er Gastmitglied.

*Evangelische Brüder-Unität – Herrnhuter Brüdergemeine*⁷² ist der in Deutschland geführte Name der Europäisch-Festländischen Brüder-Unität, die als eine von 29 Provinzen der weltweiten Brüder-Unität (Unitas Fratrum) Gemeinden in Deutschland, Dänemark, Estland, Lettland, Schweden, den Niederlanden und der Schweiz mit zusammen 13.700 Mitgliedern organisiert.⁷³ Die Brüder-Unität führt ihre Geschichte⁷⁴ aufs 15. Jahrhundert zu-

⁶⁷ <<https://feg.de>>; HWRF (o. Fn. 8), S. 88–101; *Geldbach*, Freikirchen (o. Fn. 24), S. 222–231; *Gerhard Hörster*, Freie evangelische Gemeinden, in: TRE, Bd. 11, 1983, S. 493–497; vertiefend Johannes Demandt (Hg.), *Freie Evangelische Gemeinden*, 2012; darin besonders *ders.*, Der Bund Freier Evangelischer Gemeinden in Deutschland, S. 70–78.

⁶⁸ Zur Entstehung *Hartmut Weyel*, Geschichte des Bundes Freier Evangelischer Gemeinden in Deutschland, in: Demandt (Hg.), *Freie Evangelische Gemeinden* (o. Fn. 67), S. 14–35.

⁶⁹ *Bauer / Metzger*, Konfessionskunde (o. Fn. 59), S. 254; zum missionarischen Selbstverständnis gehört, daß die Zahlen wachsen; siehe dazu die fortgeschriebene Statistik unter <<https://feg.de/fakten/>>.

⁷⁰ Art. 1 Abs. 1 der Verfassung des Bundes Freier evangelischer Gemeinden in Deutschland KdöR vom 21. 3. 2015, geändert am 21. 9. 2018, abrufbar unter <<https://feg.de/verfassung/>>.

⁷¹ Nach dem gemäß Art. 1 Abs. 4 S. 3 Verf. BFeG grundsätzlich verbindlichen Muster für die Gemeindeordnung, abrufbar ebenfalls unter <<https://feg.de/verfassung/>>, Nr. 5.1.

⁷² *Geldbach*, Freikirchen (o. Fn. 24), S. 300–309; *Dietrich Meyer*, Brüderunität / Brüdergemeine, in: TRE, Bd. 7, 1981, S. 225–233; *Helmut Bintz*, Brüder-Unität, in: EKL³, Bd. 1, 1986, Sp. 549–551; *Hans-Beat Motel*, Brüderunität, in: LThK³, Bd. 2, 1994, Sp. 722; *Dietrich Meyer*, Brüder-Unität II. Erneuerte Brüder-Unität, in: RGG⁴, Bd. 1, 1998, Sp. 1792–1796.

⁷³ <<https://www.ebu.de>>. Die Kirchenordnung der Europäisch-Festländischen Brüder-Unität (KO EBU) vom 4. 4. 1986 mit nachfolgenden Änderungen inkorporiert die Kirchenordnung der Unitas Fratrum; eine Ausgabe der Fassung von 2018 ist abrufbar unter <https://www.ebu.de/fileadmin/media/unitaet/KO/KO_D_2018_20.11.2018.pdf>; das Vorwort (S. 7) erläutert die eigenartige, nach Abschnitten jeweils unterbrochene Zählung der inkorpo-

rück, wo sich im Gefolge des Wirkens und der Lehren des Reformators *Jan Hus* in Böhmen ihre ersten Gemeinden bildeten. Als reformatorische Bewegung außerhalb der dann drei im Westfälischen Frieden von 1648 reichsrechtlich exklusiv anerkannten Bekenntnisse⁷⁵ standen die „Böhmischen Brüder“ unter konfessionellem Druck.⁷⁶ Ihm wichen einige in die Oberlausitz aus und gründeten 1722 auf dem Gut des lutherischen Reichsgrafen *Nikolaus Ludwig von Zinzendorf* die Siedlung Herrnhut.⁷⁷ Unter dessen pietistisch geprägter Führung entstand die neue Brüder-Unität und begann eine weltweite Missionsarbeit zu entfalten. Die Unitas Fratrum, ihre Provinzen und Gemeinden sind presbyterial-synodal verfaßt. Die „höchste verfassungsmäßige Vertretung einer Provinz“ ist die Provinzialsynode, ihre höchste Verwaltungsbehörde die von der Provinzialsynode gewählte und ihr verantwortliche Provinzialbehörde.⁷⁸ In Deutschland hat die Brüder-Unität heute 17 Gemeinden, dazu drei „Sozietäten“, deren Mitglieder in der Regel einer anderen Kirche als Mitglieder angehören.⁷⁹ Auch die Mitgliedschaft in den Gemeinden setzt nicht die Aufgabe der Mitgliedschaft in einer anderen evangelischen Kirche voraus.⁸⁰ Die Evangelische Brüder-Unität – Herrnhuter Brüdergemeine ist seit 1922 Körperschaft des öffentlichen Rechts. Sie finanziert sich maßgeblich aus einem verbindlichen „Gemeinbeitrag“ der Mitglieder, der nicht im Wege der Besteuerung, sondern nach Selbsteinschätzung anhand von Mindestsätzen und Richtlinien erhoben wird.⁸¹ Durch eine Vereinbarung mit der EKD ist sie dieser als „bekenntnisverwandte kirchliche Gemeinschaft“ angeschlossen.⁸² Der VEF gehört sie als Gastmitglied an.⁸³

rierten Bestimmungen (§§ 1–708) und der Bestimmungen für die Europäisch-Festländische Brüder-Unität (§§ 1000–1704). Zu deren Rechtsstellung als Provinz §§ 1000 f., 218 Nr. 1 Buchst. b KO EBU. Die Mitgliederzahl ist der Statistik für 2019 entnommen, <https://www.ebu.de/fileadmin/media/unitaet_weltweit/Statistik_Weltweite_2019.pdf>.

⁷⁴ *Bauer / Metzger*, Konfessionskunde (o. Fn. 59), S. 216–221; *Geldbach*, Freikirchen (o. Fn. 24), S. 300–309.

⁷⁵ *Dietrich Pirson*, → § 1, Rn. 18.

⁷⁶ *Otakar A. Funda*, Brüder-Unität I. Böhmisches-mährische Brüder-Unität, in: RGG⁴, Bd. 1, 1998, Sp. 1789–1791.

⁷⁷ *Hans Schneider*, Zinzendorf, in: TRE, Bd. 36, 2004, S. 691–697.

⁷⁸ §§ 400; 406 KO EBU, für die Europäisch-Festländische Brüder-Unität: Direktion, § 1435 KO EBU.

⁷⁹ § 1002 Abs. 1 Buchst. g, § 1471 KO EBU.

⁸⁰ § 1006 KO EBU: Doppelmitgliedschaft.

⁸¹ § 1482 KO EBU.

⁸² Vereinbarung vom 22./28.12.1948, bestätigt durch das Kirchengesetz betreffend die Angliederung der Evangelischen Brüder-Unität in Deutschland an die Evangelische Kirche in Deutschland vom 12.1.1949 (ABl. EKD S. 3) auf der Grundlage des Art. 21 Abs. 4 GO EKD.

⁸³ Freikirchenhandbuch, hg. von der Vereinigung Evangelischer Freikirchen, 2. Aufl. 2004, S. 49.

Die *Evangelisch-methodistische Kirche (EmK)*⁸⁴ entstammt einer Reformbewegung innerhalb der Kirche von England im 18. Jahrhundert. Ihre Entwicklung zur Freikirche spiegelt weniger das Bestreben, sich von der Staatskirche abzugrenzen, als eine aus ihr heraustretende Missions- und Evangelisationstätigkeit. In ihre Lehre und Glaubenspraxis flossen anglikanische, lutherische und calvinische Theologie und Frömmigkeit sowie Begegnungen mit dem deutschen Pietismus und den Herrnhuter Brüdern ein. Methodistische Prediger gründeten 1784 in Nordamerika die Methodist Episcopal Church. Nach Deutschland wurde der Methodismus im 19. Jahrhundert von Rückwanderern aus England und Amerika gebracht. Gemeinden verschiedener methodistischer Zweige in Deutschland schlossen sich schrittweise zur Methodistenkirche, die 1921 den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts annahm, und 1968 zur Evangelisch-methodistischen Kirche zusammen. Seit 2019 befindet sich die weltweite Methodistische Kirche wegen unüberwindbarer Differenzen über Theologie und Praxis in einem Trennungsprozeß, der 2021 abgeschlossen werden soll.⁸⁵

Die Organisation der Evangelisch-methodistischen Kirche ergibt sich aus der weltweiten Verfassung der United Methodist Church.⁸⁶ Diese gliedert sich

⁸⁴ <<https://www.emk.de>>. Zur ihr allgemein: Methodistische Kirchen, hg. von Walter Klaiber, 2011; darin besonders *Ulrike Schuler*, Die Entstehung der methodistischen Bewegung, S. 7–42; *Manfred Marquardt*, Methodistische Lehre und Theologie, S. 43–72; *Kenneth Cracknell / Susan J. White*, Die Ausbreitung des Methodismus, S. 73–108; *Walter Klaiber*, Die Evangelisch-methodistische Kirche in Deutschland, S. 141–168; außerdem: Geschichte der Evangelisch-Methodistischen Kirche. Weg, Wesen und Auftrag des Methodismus unter besonderer Berücksichtigung der deutschsprachigen Länder Europas, hg. von Karl Steckel / Carl Ernst Sommer, 3. Aufl. 2007; *Patrick Philipp Streiff*, Der Methodismus in Europa im 19. und 20. Jahrhundert, 2003; *Jörg Kibitzki*, Zwischen Restauration und Erneuerung. Die bischöfliche Methodistenkirche in Deutschland von 1945 bis 1968, 1990; *Ulrike Schuler*, Methodisten in Deutschland nach 1945, in: KZG 13 (2000), S. 429–455. Zusammenfassend und ergänzend: Freikirchenhandbuch (o. Fn. 83), S. 36–38; HWRF (o. Fn. 8), S. 102–115; *Geldbach*, Freikirchen (o. Fn. 24), S. 232–253; *William Reginald Ward*, Methodistische Kirchen, in: TRE, Bd. 22, 1992, S. 666–680.

⁸⁵ „Protocol of Reconciliation and Grace Through Separation“ vom 17. 12. 2019, abrufbar unter <<https://cdnsc.umc.org/-/media/umc-media/2020/01/03/15/48/Protocol-of-Reconciliation-and-Grace-through-Separation>>, in deutscher Übersetzung unter <https://www.emk.de/fileadmin/meldungen/2020/200117_Vereinbarung.pdf>. Es handelt sich um Differenzen „related to the full participation of LGBTQ persons in the life of the Church“. Zum Vorgang siehe <<https://www.gracethroughseparation.com>>.

⁸⁶ Die Verfassung der United Methodist Church ist Teil des „Book of Discipline“ (einsehbar unter <<https://www.cokesbury.com/book-of-discipline-book-of-resolutions-free-versions>>). Die Zentralkonferenz in Deutschland hat die deutsche Ausgabe mit ergänzenden Regelungen beschlossen: Verfassung, Lehre und Ordnung der Evangelisch-methodistischen Kirche, Stand März 2018 (abrufbar unter <<https://www.emk.de/fileadmin/kirche/vlo/2017.pdf>>) (VLO EmK); siehe darin die Erläuterungen zur Änderungsgeschichte und zum Aufbau, S. 7–10. Besondere Regelungen für den Bereich der Zen-

in „Konferenzen“, die sich jeweils zur Hälfte aus gewählten Geistlichen und Laien zusammensetzen. Die „Zentralkonferenz“ in Deutschland ist „gesetzgebende Körperschaft und oberstes Organ“ der Evangelisch-methodistischen Kirche in Deutschland als Körperschaft des öffentlichen Rechts.⁸⁷ Die in der Verfassung der Gesamtkirche als „grundlegend“ („basic body“) bezeichneten „Jährlichen Konferenzen“⁸⁸ sind unter der Zentralkonferenz in Deutschland die Norddeutsche, die Ostdeutsche und die Süddeutsche Konferenz. Ihren Weisungen unterstehen die Körperschaften des öffentlichen Rechts der Evangelisch-methodistischen Kirche in den Bundesländern.⁸⁹ Unterhalb der Jährlichen Konferenzen gliedert sich die EmK in Gemeinden und Bezirke.⁹⁰ Die Zentralkonferenz wählt einen Bischof und einen Kirchenvorstand. Der Bischof sitzt dem Kirchenvorstand vor und leitet die Jährlichen Konferenzen.⁹¹ Ein von der Zentralkonferenz eingesetzter Rechtsrat entscheidet gerichtsförmig „über alle Rechtsfragen, die sich aus den Entscheidungen der Zentralkonferenz sowie der Ordnung der Evangelisch-methodistischen Kirche ergeben“.⁹²

- 25** Die Kirchengliedschaft in einer methodistischen Gemeinde setzt außer der Taufe auch ein Glaubensbekenntnis in der liturgisch vorgeschriebenen Form voraus. Von der Kirchengliedschaft wird die Kirchenangehörigkeit der getauften Kinder bis zum eigenen religionsmündigen Bekenntnis unterschieden. Ungetaufte können auf Antrag für eine begrenzte Zeit als Kirchenzuge-

tralkonferenz in Deutschland stehen in Art. 701 ff. VLO EmK. Art. 951 VLO EmK enthält die „Verfassung der Körperschaften der Evangelisch-methodistischen Kirche in Deutschland“ vom 17.11.2012 mit eigener Artikelzählung [Verf. EmK]. – Siehe auch Weiss, Kirchenrecht (o. Fn. 63), S. 106–115.

⁸⁷ Art. 4 Abs. 2 Verf. EmK. Zu den Zentralkonferenzen allgemein Art. 540–547 VLO EmK; zu den Gremien der Zentralkonferenz in Deutschland Art. 721–738 VLO EmK. Zum Aufbau der EmK näher Weiss, Kirchenrecht (o. Fn. 63), S. 249–283.

⁸⁸ Art. 11, 33 VLO EmK; s. a. Art. 601–651 VLO EmK; besondere Regelungen für die Jährlichen Konferenzen in Deutschland stehen in Art. 781–785 VLO EmK.

⁸⁹ Art. 6 Abs. 5 Verf. EmK: „Jährliche Konferenzen können für ihr Gesamtgebiet oder für Teile ihres Gebietes Körperschaften des öffentlichen Rechts sein.“ Art. 950 VLO EmK; Abs. 1: „Die Körperschaften des öffentlichen Rechts der Evangelisch-methodistischen Kirche nehmen durch ihre verfassungsmäßigen Organe die Rechte der Kirche innerhalb der staatlichen Rechtsordnung auf Weisung der zuständigen kirchlichen Organe wahr.“ Abs. 4: „Ist eine Jährliche Konferenz nicht zugleich verfassungsmäßiges Organ der Körperschaft des öffentlichen Rechts der Kirche für ihren Bereich, so ist die Körperschaft an die Weisungen der Jährlichen Konferenz gebunden.“ Abs. 2 enthält eine Aufzählung aller Körperschaften und der Anerkennungsakte der Bundesländer.

⁹⁰ Art. 6 Abs. 1 Verf. EmK; s. a. Art. 201–205, 243–261 VLO EmK.

⁹¹ Art. 5 Abs. 2 und 3, Art. 6 Abs. 4 Verf. EmK; s. a. Art. 45–54, 401–416 VLO EmK.

⁹² Art. 765 VLO EmK.

hörige geführt werden.⁹³ Die EmK in Deutschland zählt knapp 50.000 Kirchenglieder und Kirchenangehörige in 454 Gemeinden.⁹⁴ Sie finanziert sich aus Beiträgen der Kirchenglieder, die aber nicht als Kirchensteuer erhoben werden.⁹⁵

Die EmK ist Gründungsmitglied der VEF, der ACK in Deutschland und der Konferenz Europäischer Kirchen (KEK).⁹⁶

Die *Kirche des Nazareners*⁹⁷ hat sich 1908 mit einer akzentuierten Heilungslehre von der methodistischen Kirche in den USA abgesetzt. Ihre erste Gemeinde in Deutschland ist 1958 gegründet worden. Heute hat sie hier etwa 1.100 Mitglieder in 20 Gemeinden.⁹⁸ Ihre innere Organisation richtet sich nach der durch den „Weltkirchentag“, das internationale Repräsentationsorgan der Kirche, beschlossenen Kirchenordnung.⁹⁹ Die Gemeinden in Deutschland sind als eingetragene Vereine verfaßt und deutschlandweit in der „Kirche des Nazareners, Deutscher Bezirk e.V.“ repräsentiert. Dieser ist Mitglied der VEF und Gastmitglied in der ACK.

Die *Heilsarmee*¹⁰⁰ ist eine im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts aus dem Methodismus heraus selbstständige Organisation der christlichen Sozialarbeit und Mission. Sie versteht sich als überkonfessionelle Gemeinschaft,

⁹³ Art. 215 VLO EmK. Näher dazu Weiss, Kirchenrecht (o. Fn. 63), S. 330–337. Siehe auch Niethammer, Kirchenmitgliedschaft in der Freikirche (o. Fn. 38).

⁹⁴ Mit Stand vom 31.12.2018, <<https://www.emk.de/nc/emk-presseinformationen/statistische-zahlen>>.

⁹⁵ Art. 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Verf. EmK: „Die Kirchenglieder tragen nach Maßgabe ihres Einkommens und ihres Vermögens zum Personal- und Sachaufwand der Kirche nach den von den Jährlichen Konferenzen festgelegten Grundsätzen und Richtlinien bei. [...] Die Kirche unterhält sich selbst. Sie sieht von der Erhebung einer Kirchensteuer ab. Die Berechtigung zur Erhebung einer Kirchensteuer bleibt unberührt.“ – Zu den Finanzen außerdem Weiss, Kirchenrecht (o. Fn. 63), S. 447–449.

⁹⁶ Geldbach, Freikirchen (o. Fn. 24), S. 244.

⁹⁷ <<https://www.kirchedesnazareners.de>>; HWRF (o. Fn. 8), S. 125–133; Geldbach, Freikirchen (o. Fn. 24), S. 259–263; Edward H. McKinley, Church of the Nazarene, in: RGG⁴, Bd. 2, 1999, Sp. 376 f.

⁹⁸ Angabe nach <<https://www.kirchedesnazareners.de/unsere-kirche-1/wir-wir-sind>>. Weltweit zählt die Kirche 2,5 Millionen Mitglieder in 30.000 Gemeinden, <<https://nazarene.org/our-impact/statistics>>.

⁹⁹ „Manual 2017–2021“, abrufbar unter <<https://nazarene.org/manual>>, deutsche Ausgabe unter <https://www.whdl.org/sites/default/files/publications/DE_Manual_2017-2021_ver2019_03_28.pdf>.

¹⁰⁰ <<https://www.heilsarmee.de>>; Uwe Heimowski, Die Heilsarmee. Practical religion – gelebter Glaube, 2006; HWRF (o. Fn. 8), S. 116–124; Bauer / Metzger, Konfessionskunde (o. Fn. 59), S. 236 f.; Geldbach, Freikirchen (o. Fn. 24), S. 254–259; David M. Thompson, Heilsarmee, in: TRE, Bd. 14, 1985, S. 757–759; Karl Heinz Gaßner, Heilsarmee (The Salvation Army), in: EKL³, Bd. 3, 1992, Sp. 457–460; Hans Jörg Urban, Heilsarmee, in: LThK³, Bd. 4, 1995, Sp. 1335; Gerhard Lindemann, Heilsarmee (The Salvation Army), in: RGG⁴, Bd. 3, 2000, Sp. 1579 f.

vermeidet eine Abgrenzung von anderen christlichen Kirchen und ähnelt insofern einem christlichen Orden, hat dazu aber eine freikirchliche Struktur und Praxis ausgebildet. Ihr Vorbild für äußeres Auftreten, innere Ordnung, Amtsbezeichnungen etc. ist das Militär. In einem Mitgliedschaftsverhältnis stehen die hauptamtlichen („Offiziere“) und ehrenamtlichen Mitarbeiter („Heilssoldaten“). Von Anfang an stehen alle Offiziersämter Frauen und Männern gleichermaßen offen. Die Mitgliedschaft wird nach einer „Rekrutenzeit“ durch „Einreihung“ mit einem Gelübde (Verpflichtung auf die „Kriegsartikel“ mit den darin anzunehmenden Glaubenssätzen) begründet,¹⁰¹ sie setzt weder eine Taufe noch eine Aufgabe der Mitgliedschaft in einer anderen Kirche voraus. Der Kreis derer, die in den Gottesdiensten, über die Sozialtätigkeit und durch Förderung anteilnehmen, reicht über die Mitglieder hinaus („Angehörige“). Die Heilsarmee in Deutschland wurde 1868 in Stuttgart gegründet und erhielt 1950 in Berlin, 1954 in Hessen und 1967 in Nordrhein-Westfalen die Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Sie wird von einem durch den Leiter („General“) der internationalen Army of Salvation ernannten und beaufsichtigten „Kommandeur“ geleitet. Ihm unterstehen die beiden Bezirksverwaltungen („Divisionen“: Distrikt Nord-Ost und Distrikt Süd-West), diese gliedern sich in die örtlichen Gemeinden (zusammen 44 „Korps“ mit „Vorposten“) und Sozialeinrichtungen.¹⁰² Die Mitgliederzahl wird mit knapp 1.500 angegeben.¹⁰³ Die Heilsarmee finanziert sich aus freiwilligen Gaben ihrer Mitglieder, Spenden, Erträgen und Leistungsentgelten für ihre Sozialarbeit. Sie ist Mitglied in der VEF und in der ACK.¹⁰⁴

- 29 *Mennoniten*¹⁰⁵ führen sich auf die Täuferbewegung der Reformationszeit zurück. Deren Bestreben, die Kirche von der „Welt“ und ihrer Obrigkeit abzusondern, und die Ablehnung der Kindertaufe setzte sie von ihren Anfängen an – um 1525 in Zürich – der Verfolgung aus. *Menno Simons* (1496–1551) sammelte ab 1536 in den Niederlanden und in Norddeutschland verfolgte „Taufgesinnte“ unter einer pazifistischen Theologie und rigorosen Kirchenzucht. In den folgenden Jahrhunderten bewirkte der Wechsel zwischen lan-

¹⁰¹ In Deutschland gemäß § 2 Abs. 1, § 4 der Verfassung der Heilsarmee vom 10.10.1967, abrufbar unter <<https://www.heilsarmee.de/leitung-und-struktur.html>>.

¹⁰² § 3 Verf. Heilsarmee.

¹⁰³ Auf dem Stand von 2019 nach <<https://www.heilsarmee.de/unser-auftrag.html>>.

¹⁰⁴ Freikirchenhandbuch (o. Fn. 83), S. 40.

¹⁰⁵ <<https://www.mennoniten.de>>; *Diether Götz Lichdi*, Die Mennoniten in Geschichte und Gegenwart. Von der Täuferbewegung zur weltweiten Freikirche, 2. Aufl. 2004; *Fernando Enns*, Mennoniten. Plurale Minderheitskirche im Pluralismus, in: KZG 13 (2000), S. 359–375; HWRF (o. Fn. 8), S. 134–148; *Geldbach*, Freikirchen (o. Fn. 24), S. 198–211; *ders.*, Die Mennoniten (II-2.2.2.1), in: Handbuch der Religionen (o. Fn. 8), 36. Erg.-Lfg. (Stand 2013); *Heinold Fast*, Mennoniten, in: EKL³, Bd. 3, 1992, Sp. 358–361; *Hans-Jürgen Goertz*, Menno Simons/Mennoniten, in: TRE, Bd. 22, 1992, S. 444–457; *ders.*, Mennoniten, in: RGG⁴, Bd. 5, 2002, Sp. 1039–1044; *Hans Jörg Urban*, Mennoniten, in: LThK³, Bd. 7, 1998, Sp. 102 f.

desherrlicher Repressions- und Siedlungspolitik weitreichende Wanderungsbewegungen der Mennoniten, insbesondere nach Osteuropa und Amerika.

Die heute in Deutschland lebenden Mennoniten verteilen sich je nach ihrer Herkunft auf recht unterschiedliche Traditionen und Verbände. Deren Diversität erklärt sich auch aus dem kongregationalistischen Vorrang der Einzelgemeinde vor jeder übergemeindlichen Vereinigung. Die Gesamtzahl der Mennoniten in Deutschland liegt in der Größenordnung von 40.000.¹⁰⁶ Die Mehrheit davon gehört zu Gemeinden, die ab 1972 von Aussiedlern aus der früheren Sowjetunion gegründet worden sind.¹⁰⁷ Es gibt eine Reihe von Gemeindeverbänden in der Rechtsform eines eingetragenen Vereins.¹⁰⁸ Gut 50 ältere Gemeinden mit etwa 4.500 Mitgliedern organisieren ihre Zusammenarbeit in Körperschaften des öffentlichen Rechts: in der Vereinigung der Deutschen Mennonitengemeinden, der Arbeitsgemeinschaft Südwestdeutscher Mennonitengemeinden und dem Verband deutscher Mennonitengemeinden.¹⁰⁹ Diese drei Verbände bilden zusammen die Arbeitsgemeinschaft Mennonitischer Gemeinden in Deutschland (AMG), ebenfalls eine Körperschaft des öffentlichen Rechts¹¹⁰. Die AMG ist Mitglied in der VEF und in der ACK.¹¹¹

30

¹⁰⁶ <<https://www.mennoniten.de/mennoniten/mennoniten-in-deutschland>>. Die Mennonite World Conference gibt die weltweite Zahl der Glaubensverwandten mit 2,13 Millionen an, davon rund 63.000 in Europa, rund 47.000 in Deutschland, <<https://mwc-cmm.org/world-map-and-statistics>>. Die Zahlen hängen davon ab, welche rußlanddeutschen Gemeinden zu den Mennoniten gezählt werden; siehe HWRF (o. Fn. 8), S. 143.

¹⁰⁷ Dazu *Diether Götz Lichdi*, Mennoniten, in: Rußlanddeutsche Migration und evangelische Kirchen, hg. von Lothar Weiß, 2013, S. 95–112.

¹⁰⁸ Aufzählung nach <<https://mwc-cmm.org/world-map-and-statistics>> in der Reihenfolge der dort angegebenen Zahl der Gemeinden (in Klammern): Bruderschaft der Christengemeinden in Deutschland (82); Bund Taufgesinnter Gemeinden (29, <<https://btg-kef.de>>); Arbeitsgemeinschaft zur geistlichen Unterstützung in Mennonitischen Gemeinden (19); Arbeitsgemeinschaft Mennonitischer Brüdergemeinden in Deutschland (14, <<https://www.ambd.de>>); AGAPE-Gemeindewerk – Mennonitische Heimatmission (6, <<http://www.agape-gemeindewerk.de>>); Arbeitsgemeinschaft der Gemeinden Wolfsburg, Espelkamp, Bechterdissen und Bielefeld – WEBB (5); Verband der Evangelischen Freikirchen Mennonitischer Brüdergemeinden in Bayern (4). 48 Gemeinden sind als „independent“ verzeichnet. Siehe auch die Auswahl bei <<https://www.mennoniten.de/mennoniten/mennoniten-in-deutschland/>>. Zahlen bis 2012 bietet die Global Anabaptist Mennonite Encyclopedia Online unter <https://gameo.org/index.php?title=Germany#Reunification_of_Germany.2C_1990-present>.

¹⁰⁹ <<https://www.mennoniten.de/mitgliedsverbaende>>. Die 1886 gegründete Vereinigung der Deutschen Mennonitengemeinden ist der älteste unter diesen Verbänden. Sie ist Gründungsmitglied des Ökumenischen Rates der Kirchen; HWRF (o. Fn. 8), S. 144.

¹¹⁰ <<https://www.mennoniten.de>>. Zu den Aufgaben Weiss, Kirchenrecht (o. Fn. 63), S. 83–99.

¹¹¹ HWRF (o. Fn. 8), S. 144.

31 Die *Religiöse Gesellschaft der Freunde (Quäker)*¹¹² ist eine Religionsgemeinschaft christlichen Ursprungs, die ein überindividuelles Bekenntnis, eine theologisch-dogmatische Gestalt und einen liturgischen Vollzug des christlichen Glaubens ablehnt. Sie sucht stattdessen die mystische Erfahrung des Göttlichen in der stillen Andacht. Ihre Praxis ist geprägt von entschiedenem Pazifismus und tatkräftiger Sozialarbeit. Schon kurz nach ihrer Entstehung Mitte des 17. Jahrhunderts in England fand sie auch in Deutschland Anhänger, aber – anders als dann in Amerika – nur phasenweise eine nennenswerte Verbreitung. Erst nach dem ersten und noch einmal nach dem zweiten Weltkrieg bildete sie dauerhaftere Strukturen in Deutschland aus. Eine eigene deutsche „Jahresversammlung“ wurde 1925 gegründet, 1938 mit der österreichischen vereint. Nach ihrer Ost-West-Teilung 1969–1989 ist sie seit 1991 wieder einheitlich als „Religiöse Gesellschaft der Freunde (Quäker), Deutsche Jahresversammlung e.V.“ organisiert.¹¹³ Ihr gehören etwa 250 Mitglieder an.¹¹⁴ Sie gliedert sich in Andachtskreise, örtliche Gruppen und Bezirke ohne eigene Rechtspersönlichkeit. An den Versammlungen können neben den Mitgliedern, die als Mitgliederversammlung („Geschäftsversammlung“) ihre Befugnisse als Vereinsorgan ausüben, alle weiteren Interessierten teilnehmen. Eine Doppelmitgliedschaft in einer anderen Religionsgemeinschaft wird geduldet. In der ACK hat die deutsche Jahresversammlung einen Beobachterstatus.

32 Die *Siebenten-Tags-Adventisten (STA)*¹¹⁵ unterscheiden sich von anderen christlichen Kirchen durch eine pointierte Naherwartung des göttlichen Endgerichts, die darauf ausgerichtete unmittelbare Übernahme des alttestamentarischen Gebots der Sabbatheiligung und weitere Einstellungen zur bibeltreuen Lebensführung. Im 19. Jahrhundert in Amerika aufgekommen, faßten sie ab 1876 auch in Deutschland Fuß. Hier sind sie – unterhalb der

¹¹² HWRF (o. Fn. 8), S. 149–158; *Geldbach*, Freikirchen (o. Fn. 24), S. 290–300; *Wilmer A. Cooper*, Quäker, in: TRE, Bd. 28, 1997, S. 35–41; *John Punshon*, Quäker, in: EKL³, Bd. 3, 1992, Sp. 1409–1412; *Hans Jörg Urban*, Quäker, in: LThK³, Bd. 8, 1999, Sp. 754 f.; *H. Larry Ingle*, Quäker, in: RGG⁴, Bd. 6, 2003, Sp. 1853–1857.

¹¹³ <<https://quaeker.org>>.

¹¹⁴ Ebd. (Stand 2015). Weltweit wird die Zahl der Quäker auf 355.000 geschätzt, HWRF (o. Fn. 8), S. 155. Über das Verhältnis der deutschen Quäker zu ihren differenten Traditionen außerhalb Deutschlands <<https://quaeker.org/ueber-quaeker/glaubensfragen/quaekervielfalt-weltweit>>.

¹¹⁵ <<https://www.adventisten.de>>; *Helmut Obst*, Apostel und Propheten der Neuzeit. Gründer christlicher Religionsgemeinschaften des 19. und 20. Jahrhunderts, 4. Aufl. 2000, S. 351–408; HWRF (o. Fn. 8), S. 159–178; *Geldbach*, Freikirchen (o. Fn. 24), S. 309–321; Freikirchenhandbuch (o. Fn. 83), S. 57 f.; *Martin Schmidt / Josef Butscher*, Adventisten, in: TRE, Bd. 1, 1977, S. 454–462; *Rolf J. Pöhler / Hans-Diether Reimer*, Adventisten, in: EKL³, Bd. 1, 1986, Sp. 44–47; *Friederike Valentin*, Adventisten, Siebenten-Tags-Adventisten, in: LThK³, Bd. 1, 1993, Sp. 173–175; *Georg R. Knight*, Adventisten I. Entstehung, Geschichte, Ausbreitung und Lehre, in: RGG⁴, Bd. 1, 1998, Sp. 127–129; *Roswith Gerloff*, Adventisten II. Missionen, ebd., Sp. 129 f.; *Helmut Obst*, Siebenten-Tags-Adventisten, in: Lexikon christlicher Kirchen und Sondergemeinschaften (o. Fn. 38), S. 212–215.

international verbindlich über Lehre und Organisationsgrundsätze entscheidenden Generalkonferenz¹¹⁶ – heute in einer drei- bis vierfach gestuften Verbandsstruktur von jeweils eigenen Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert: Die „Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten in Deutschland“ gliedert sich in einen „Norddeutschen“ und einen „Süddeutschen Verband“, diese in vier und drei „Vereinigungen“, die jeweils eine oder mehrere der 16 Körperschaften in den einzelnen Bundesländern umfassen.¹¹⁷ Ihnen gehören knapp 35.000 Mitglieder in 554 Gemeinden an.¹¹⁸ Die Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten in Deutschland ist Gastmitglied in der ACK und in der VEF.

2. Pfingstlich-charismatische Bewegungen, Gemeinden und Kirchen

In ihrem organisatorischen und rechtlichen Auftreten im allgemeinen schwieriger zu fassen sind die religiösen Gemeinschaftsformen der pfingstlichen und charismatischen Strömungen christlicher Frömmigkeit.¹¹⁹ Ihre Ursprünge im 20. Jahrhundert sind divers, ihre Entwicklung vielfach von singulären Persönlichkeiten und Ereignissen getrieben.¹²⁰ Ihre in vielfältigen Varianten ausgeprägte Besonderheit ist, daß sie die sinnliche Erfahrbarkeit des göttlichen Wirkens im Heiligen Geist in den Mittelpunkt ihres Bibelverständnisses und ihrer religiösen Praxis stellen. Die Dynamik ihrer globalen Verbreitung hat Schwerpunkte in Afrika, Lateinamerika und Asien; in Deutschland macht sie sich weniger massenhaft bemerkbar. Die oft fluiden Gemeindestrukturen organisieren sich überörtlich teils in vergleichsweise losen, teils in freikirchlich verdichteten Verbänden.

Die größten von ihnen haben 1979 das *Forum Freikirchlicher Pfingstgemeinden* (FFP) als Dachverband gegründet.¹²¹ Zum ihm gehört an erster Stelle der *Bund Freikirchlicher Pfingstgemeinden*, der in der Rechtsform einer Körperschaft des öffentlichen Rechts mit kongregationalistisch-syn-

¹¹⁶ Die weltweit geltenden Grundsätze sind niedergelegt im Church Manual, 19. Aufl. 2015, aktualisiert 2016, abrufbar unter <<https://www.adventist.org/beliefs/documents/church-manual>>.

¹¹⁷ Siehe <<https://www.adventisten.de/organisation/landeskirchen>>.

¹¹⁸ Stand 31.12.2019, <<https://www.apd.info/2020/04/23/34-735-sieben-tagen-tags-adventisten-in-deutschland>>.

¹¹⁹ HWRf (o. Fn. 8), S. 179–267; Geldbach, Freikirchen (o. Fn. 24), S. 267–289; J. Steven O'Malley, Pfingstkirchen / Charismatische Bewegungen, in: TRE, Bd. 26, 1996, S. 398–410.

¹²⁰ Einen phänomenologischen Überblick bietet Peter Zimmerling, Charismatische Bewegungen, 2. Aufl. 2018.

¹²¹ HWRf (o. Fn. 8), S. 187, 189 f.

odaler Struktur 836 Gemeinden mit gut 62.000 Mitgliedern organisiert.¹²² Seine Gemeinden sind entweder rechtlich unselbständig („körperschaftsdi-
rekt“) oder als eingetragene Vereine verfaßt.¹²³ Viele von ihnen sind durch die
schrittweise Integration anderer Verbände verschiedener Provenienz ab 1988
zum Bund gekommen, wo diese Verbände teilweise ihre rechtliche Selbstän-
digkeit fortführen.¹²⁴ Der Bund ist Mitglied der VEF (seit 2001) und Gastmit-
glied in der ACK (seit 2011, zuvor bereits 1975–1984).¹²⁵ – Kleinere Freikir-
chen im FFP sind: die *Gemeinde Gottes*, die 1940 in Stuttgart gegründet
wurde, sich der pfingstlerischen, in den USA ansässigen Church of God zu-
rechnet, 2004 die Rechtsform einer Körperschaft des öffentlichen Rechts
angenommen hat und heute 70 Ortsgemeinden mit knapp 4.500 Mitgliedern
hat¹²⁶; *Foursquare Deutschland e. V.*, ein in Deutschland 1986 gegründeter
Zweig der amerikanischen Gemeindegründungsbewegung gleichen Namens,
mit inzwischen etwa 30 Gemeinden¹²⁷; sowie die *Apostolische Kirche
Deutschland e. V.*, ein Ableger der in Wales entstandenen Apostolic Church,
mit heute drei Gemeinden¹²⁸. Die beiden erstgenannten sind auch Mitglieder
der VEF.

- 35 Etliche pfingstliche Gemeinden sind von entsprechend geprägten Aussied-
lern aus der früheren Sowjetunion gegründet worden. Während etwa 30 da-
von dem Bund Freikirchlicher Pfingstgemeinden (eben Rn. 34) beigetreten
sind, ist die Mehrzahl allenfalls in gesonderten Bruderschaften verbunden.
Die *Bruderschaft der Freien Evangeliums Christen Gemeinden* ist mit 120
Gemeinden und 15.500 Mitgliedern die größte davon.¹²⁹

¹²² <<https://www.bfp.de>>. Vorläufer war die 1954 gegründete „Arbeitsge-
meinschaft der Christengemeinden in Deutschland“ e.V., die 1974 den Status
einer Körperschaft des öffentlichen Rechts und 1982 ihren neuen Namen
annahm.

¹²³ Nr. 4.7 der Richtlinien des Bundes Freikirchlicher Pfingstgemeinden
KdÖR vom 6./26.9.2017, abrufbar unter <[https://www.bfp.de/bfp-ordnun-
gen](https://www.bfp.de/bfp-ordnun-
gen)>.

¹²⁴ Nämlich die Volksmission entschiedener Christen e.V. (<[https://www-
.volksmission.de](https://www-
.volksmission.de)>) mit etwa 60 Gemeinden in Süddeutschland und die Ge-
meinde der Christen „Ecclesia“ e.V. (<<https://www.ecclesia-kirchen.de>>) mit
etwa 50 Gemeinden.

¹²⁵ HWRF (o. Fn. 8), S. 184, 187 f., 192 f., 202 f., 205; Materialdienst der
EZW 2011, S. 60 f. (abrufbar unter <[https://www.ezw-berlin.de/html/15-
_1348.php](https://www.ezw-berlin.de/html/15-
_1348.php)>).

¹²⁶ Angaben nach <<https://gemeindegottes.de>>; HWRF (o. Fn. 8), S. 190,
194 f., 203.

¹²⁷ <<https://foursquare-deutschland.de>>. Noch unter der Bezeichnung
Freies evangelische Gemeindegwerk aufgeführt im HWRF (o. Fn. 8), S. 190,
196.

¹²⁸ <<https://www.ak-deutschland.de>>. Bei der Gründung 1953 enthielt der
Name noch den Zusatz „Urchristliche Mission“. Der Bestand an Gemeinden
ist wechselhaft, vgl. HWRF (o. Fn. 8), S. 195, in anderen Weltregionen aber
nennenswert.

¹²⁹ <<https://bfecg.de>>; HWRF (o. Fn. 8), S. 264; *Vjatschelav Dreier / Leon-
nard Frank*, Pfingstler, in: Rußlanddeutsche Migration und evangelische
Kirchen (o. Fn. 152), S. 152–170.

Der *Mülheimer Verband Freikirchlich-Evangelischer Gemeinden e. V.* hat sein Verhältnis zur Pfingstbewegung, die er in seinen Anfängen um 1913 maßgeblich repräsentierte, zugunsten einer milderer evangelikal-charismatischen Ausrichtung verändert. Das von ihm mitgegründete FFP hat er 2002 verlassen. Als „Dachverband“ und „Freikirche“ bietet er seinen 44 Gemeinden mit etwa 4.600 Mitgliedern „ein Beziehungsnetzwerk und eine Dienstgemeinschaft“ an.¹³⁰ Er ist Mitglied in der VEF (Gast ab 1970, Vollmitglied seit 1991) und in der ACK (Gast ab 1981, Vollmitglied seit 2009).

36

Eine Vielzahl von Gemeinden mit charismatischem oder auch urchristlichem Anspruch beschränkt die formelle Zusammenarbeit mit anderen auf einzelne Handlungsfelder; bleibt aber sonst jeder überörtlichen Organisation grundsätzlich fern.¹³¹ Einem eigenen Entstehungstyp können Gemeinden rußlanddeutscher Aussiedler zugeordnet werden, die nicht den Weg in eine vorgefundene Gemeinde ihrer Konfession gegangen sind, sondern eigene gegründet haben.¹³²

37

Die charismatische Bewegung findet im übrigen auch innerhalb der evangelischen Landeskirchen, der Freikirchen und der römisch-katholischen Kirche Widerhall und zeigt sich dort in organisierten Beziehungen, ohne aus den bestehenden Gemeinde- und Kirchenstrukturen herauszutreten.¹³³

38

¹³⁰ Siehe <<https://muelheimer-verband.de>>; dort abrufbar: Selbstverständnis. Die DNA des Mülheimer Verbandes Freikirchlich-Evangelischer Gemeinden e.V., hg. von dems., Ausgabe 2015; Zitate: S. 3, 24. Erste Organisationsform des „Christlichen Gemeinschaftsverbands Mülheim an der Ruhr“ 1913 war eine GmbH mit Verlagsaktivitäten. Der gegenwärtige Name wurde 1998 als Ausdruck des bis dahin allmählich ausgebildeten Selbstverständnisses als Freikirche angenommen. Ergänzend HWRF (o. Fn. 8), S. 185 f., 190–192.

¹³¹ Kooperationsstrukturen zwischen solchen Gemeinden und ihren Einrichtungen finden sich in der Konferenz für Gemeindegründung e.V. (<<https://kfg.org>>) und in der Arbeitsgemeinschaft Pfingstlich Charismatischer Missionen e.V. (<<https://www.apcm.de>>). Ergänzend HWRF (o. Fn. 8), S. 237, 256–258.

¹³² Zu mennonitischen Aussiedlergemeinden siehe bereits oben Rn. 30, zu pfingstlichen eben Rn. 35. Zu diesen und den weiteren konfessionellen Profilen HWRF (o. Fn. 8), S. 258–266; allgemein *John Niebuhr Klassen*, Russland-deutsche Freikirchen in der Bundesrepublik Deutschland. Grundlinien ihrer Geschichte, ihrer Entwicklung und Theologie, 2007.

¹³³ So die Geistliche Gemeinde-Erneuerung in der Evangelischen Kirche e.V. (<<https://gge-deutschland.de>>), die Geistliche Gemeinde-Erneuerung im BEFG (<<https://www.gemeinderneuerung.de>>), der Arbeitskreis Geistliche Gemeindeerneuerung in der Evangelisch-methodistischen Kirche (<<http://www.emk-agg.de>>), der Verein zur Förderung der Charismatischen Erneuerung in der Katholischen Kirche e.V. (<<https://www.erneuerung.de>>). Ergänzend HWRF (o. Fn. 8), S. 212–218.

3. Neuapostolische Kirche und aus ihr stammende Kirchen

39 Aus der Endzeit-Naherwartung in einer anglikanischen Gemeinde in London entstand ab 1831 mit der spontanen Inanspruchnahme des urchristlichen Apostelamts die apostolische Bewegung.¹³⁴ Nach der umstrittenen Neubesetzung der ohne die bis dahin erwartete Wiederkunft Christi vakant gewordenen Apostelämter in Deutschland entwickelte sich in einem „komplizierten Ablösungs- und Verwerfungsprozeß“¹³⁵ die ab Anfang des 20. Jahrhunderts so genannte *Neuapostolische Kirche (NAK)*.¹³⁶ Anders als die schwindenden Nachfolgegemeinschaften der mit der Nachberufung von Aposteln nicht einverstandenen Teile der Bewegung ist die NAK mit ihren heute rund 330.000 Mitgliedern in etwa 1.600 Gemeinden in Deutschland eine sichtbare Größe. Sie organisiert sich hier in vier Körperschaften des öffentlichen Rechts, die als Gebietskirchen der weltweiten NAK angehören.¹³⁷ Sie ist hierarchisch verfaßt.¹³⁸ Die „oberste geistliche Autorität aller neuapostolischen Gebietskirchen der Erde“ ist der „Stammapostel“. Die Verfassungen der deutschen Gebietskirchen räumen ihm unmittelbar die Stellung eines Leitungsorgans neben Landesvorstand und Landesversammlung ein.¹³⁹ Die Kirchenbezirke und Gemeinden sind rechtlich unselbständig.¹⁴⁰ Vom Kirchensteuerrecht macht die NAK keinen Gebrauch. – Das Selbstverständnis der NAK ist in jüngerer Zeit dabei, sich dogmatisch zu konsolidieren¹⁴¹ und für die Zusammenarbeit mit anderen Kirchen zu öffnen. Es läßt Analogien zum Amts- und Kirchenverständnis der römisch-katholischen Kirche erkennen. Seit 2019 ist die NAK Gastmitglied der ACK.

40 Als kleinere, früher aus der NAK hervorgegangene Kirchen bestehen in Deutschland ferner das *Apostelamt Jesu Christi* als Körperschaft des öffentlichen Rechts mit 74 Gemeinden¹⁴² und die *Apostolische Gemeinschaft e. V.*

¹³⁴ Zu ihr *Obst*, Apostel und Propheten (o. Fn. 115), S. 55–142; *ders.*, Neuapostolisch, in: TRE, Bd. 24, 1994, S. 286–289; *ders.*, Neuapostolische Kirche, in: Lexikon christlicher Kirchen und Sondergemeinschaften (o. Fn. 38), S. 161–163. Im Überblick HWRF (o. Fn. 8), S. 268–319.

¹³⁵ HWRF (o. Fn. 8), S. 295.

¹³⁶ <<http://www.nak.de>>; HWRF (o. Fn. 8), S. 294–319.

¹³⁷ Die meisten der weltweit ungefähr 9 Millionen Mitglieder finden sich in Afrika. Angaben nach <<http://www.nak.de/zahlen.html>> und <<http://www.nak.org/de/nak-weltweit>>.

¹³⁸ Ähnlich der römisch-katholischen Kirche; so *Obst*, Neuapostolisch, in: TRE (o. Fn. 134), S. 287.

¹³⁹ Art. 4 und 5 der NAK Westdeutschland von 2018, abrufbar unter <<https://www.nak-west.de/kirche/verfassung>>, sowie der auch sonst im wesentlichen gleichlautenden Verfassungen der NAK Süddeutschland, NAK Nord- und Ostdeutschland und NAK Berlin-Brandenburg.

¹⁴⁰ Art. 3 Abs. 1 Verf. NAK Westdeutschland etc.

¹⁴¹ Erstmals hat sie ihre Lehre ausformuliert in ihrem 2012 erschienenen Katechismus, abrufbar unter <<http://www.nak.org/de/katechismus>>.

¹⁴² <<https://kirche-ajc.de>>. Näher, auch zur bewegten Entwicklung der vorausgegangenen und abgespaltenen Organisationen: HWRF (o. Fn. 8),

mit etwa 4.300 Mitgliedern in 47 Gemeinden.¹⁴³ Beide sind Gastmitglieder in der ACK, die Apostolische Gemeinschaft auch in der VEF.

4. Den christlichen Kirchen fernstehende Religionsgemeinschaften mit christlichem Hintergrund

Aus Sicht einer Bestandsaufnahme kleinerer christlicher Kirchen unter den Subjekten des Staatskirchenrechts ist der Übergang zu Religionsgemeinschaften, die durch fundamentale Differenzen vom kleinsten gemeinsamen Nenner der christlichen Ökumene getrennt sind, fließend. Hier sind Religionsgemeinschaften in den Blick zu nehmen, die in ihrer Entstehung und einzelnen Elementen ihrer Lehre und Praxis einen christlichen Hintergrund zeigen, sich aber in wesentlichen, nicht mehr in einer bloßen Partikularisierung des christlichen Bekenntnisses darstellbaren Merkmalen davon abgesondert haben. Der früher zur zusammenfassenden Kennzeichnung gebräuchliche Begriff der „Sekte“ ist unbrauchbar geworden, weil er mit einer diffusen, oft polemisch wertenden Tendenz belastet ist.¹⁴⁴ Die Fremdbezeichnung als „christliche Sondergemeinschaften“ versucht den christlichen Hintergrund und zugleich den Abstand dazu aufzunehmen; diese und die weitere theologische und religionskundliche Klassifikation danach, ob eine neue Offenbarung neben die Bibel („Neuoffenbarungsbewegungen“) oder an ihre Stelle gesetzt wird („Neureligionen“),¹⁴⁵ hat für die staatskirchliche Wahrnehmung der beteiligten Selbstverständnisse allenfalls heuristische Bedeutung. Eine auch für die gesellschaftliche Kommunikation merkliche Wirkung der Abgrenzung solcher Religionsgemeinschaften von christlichen Kirchen ist, daß sie von einer Mitgliedschaft in der ACK ausgeschlossen sind.

41

S. 276–284. Danach waren in dieser Körperschaft 2015 etwa 5.000 Mitglieder in 88 Gemeinden und daneben in einem eingetragenen Verein mit etwa 3.700 Mitglieder in 20 Gemeinden organisiert; Veränderungen zeichneten sich ab.

¹⁴³ <<https://www.apostolisch.de>>; HWRF (o. Fn. 8), S. 285–293.

¹⁴⁴ Diese Erkenntnis findet einen prominenten Ausdruck im Endbericht der – übrigens auf einen breiteren Phänomenbereich gerichteten – Enquête-Kommission „Sogenannte Sekten und Psychogruppen“, BT-Drs. 13/10950 vom 9.6.1998, S. 17–22, 154.

¹⁴⁵ Zu diesen Klassifikationskriterien siehe etwa aus evangelisch-lutherischer Sicht HWRF (o. Fn. 8), S. 320–323, 443–445.

42

Unter den Religionsgemeinschaften mit christlichem Hintergrund sind *Jehovas Zeugen*¹⁴⁶ in der staatskirchenrechtlichen Praxis besonders sichtbar geworden. Ihr aus adventistischem Kontext ab den 1870er Jahren in den USA herausgebildeter, von der Naherwartung des Endgerichts geprägter „heilsgeschichtlicher Exklusivismus“¹⁴⁷ motiviert einerseits eine rigorose, auch polemische soziale Abgrenzung von der Außenwelt, andererseits eine strategische Missionierungsaktivität. Das hat häufig in Konflikte mit Ansprüchen und Erwartungen des Staates und der Gesellschaft geführt. So kollidierte die früher prinzipielle Verweigerung einer Übernahme jeglicher staatsbürgerlicher Funktionen mit Wehr- und Zivildienstpfllichten und mit den Konstitutionsbedingungen einer republikanischen und demokratischen Ordnung, die unbedingte Ablehnung von Bluttransfusionen mit den Standards des öffentlichen Gesundheitswesens. Unter nicht rechtsstaatlichen Verhältnissen sind Jehovas Zeugen eine Gruppe, die regelmäßig ins Visier religiöser Verfolgung und Diskriminierung geriet¹⁴⁸ und gerät. Im freiheitlichen Rechtsstaat bestimmt sich der Umgang mit ihrer religiösen Praxis allein nach den maßvollen Schranken des Grundrechts der Religionsfreiheit.¹⁴⁹ Die Haltung zu Staat und Gesellschaft scheint sich teilweise zu entspannen.¹⁵⁰ Im

¹⁴⁶ <<https://www.jehovaszeugen.de>>; HWRF (o. Fn. 8), S. 406–431. Der Name – „Jehova’s Witnesses“, die deutschen Fassungen „Jehovas Zeugen“ und „Zeugen Jehovas“ sind gleichwertig – wurde 1931 gewählt; bis dahin trat die Gemeinschaft in Deutschland unter der Bezeichnung „Ernste Bibelforscher“ auf. Siehe HWRF (o. Fn. 8), S. 409. Ferner: *Obst*, Apostel und Propheten (o. Fn. 115), S. 409–454; *Matthias Schreiber*, Zeugen Jehovas, in: TRE, Bd. 36, 2004, S. 660–663; *Hans Gasper / Friederike Valentin*, Zeugen Jehovas, in: LThK³, Bd. 10, 2001, Sp. 1446 f.; *Irving Hexham*, Zeugen Jehovas, in: RGG⁴, Bd. 8, 2005, Sp. 1851 f.; *Klaus-Dieter Pape*, Zeugen Jehovas. 1. Geschichte, 2. Verhältnis zu Kirchen, Staat und Gesellschaft, in: Lexikon christlicher Kirchen und Sondergemeinschaften (o. Fn. 38), S. 232–234; *Gary Lukas Albrecht*, Zeugen Jehovas. 3. Theologische Lehre und religiöse Praxis, ebd., S. 234 f.

¹⁴⁷ HWRF (o. Fn. 8), S. 406.

¹⁴⁸ Siehe zum Beispiel: *Gerald Hacke*, Die Zeugen Jehovas im Dritten Reich und in der DDR. Feindbild und Verfolgungspraxis, 2011; *Detlef Garbe*, Zwischen Widerstand und Martyrium. Die Zeugen Jehovas im „Dritten Reich“, 4. Aufl. 1999; *Hans-Hermann Dirksen*, „Keine Gnade den Feinden unserer Republik“. Die Verfolgung der Zeugen Jehovas in der SBZ/DDR 1945–1990, 2. Aufl. 2003 – dazu *Michael Germann*, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 30 (2009), S. 112–116.

¹⁴⁹ BVerfGE 19, 135–138; 23, 127–135: Gewissensfreiheit berechtigt nicht zur Verweigerung des Zivildienstes, setzt aber den Sanktionen Grenzen. Dazu *Hans Michael Heinig / Tobias Schieder*, → § 15, Rn. 8. – BVerwGE 30, 29–34: ein Beamter darf in seiner Freizeit für Jehovas Zeugen werben, sofern hierfür nicht die Autorität des Amtes in Anspruch genommen wird. Zum paradigmatischen Problemfeld der Ablehnung von Bluttransfusionen *Alexandra Vogt*, Der rechtliche Umgang mit dem Blutveto der Zeugen Jehovas, 2012.

¹⁵⁰ So die Beobachtung im HWRF (o. Fn. 8), S. 423. Etliche Konfliktfelder, die sich insbesondere aus Lehrschriften und Einzelberichten erheben ließen, sind zusammengestellt bei *Christoph Link*, Zeugen Jehovas und Körperschaftsstatus, in: ZevKR 43 (1998), S. 1–54 (23–54), auch in: ders., Gesammel-

Rechtsstreit um die Verleihung der Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts an Jehovas Zeugen in Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht eine Leitentscheidung zur Auslegung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV gefällt, die auch grundsätzliche Bedeutung für das System des deutschen Staatskirchenrechts hat.¹⁵¹ In der Folge haben Jehovas Zeugen 2006 im Land Berlin und bis 2017 auch in den anderen Bundesländern den öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus verliehen bekommen.

Jehovas Zeugen in Deutschland unterstehen der „Leitenden Körperschaft“, einem in der Zentrale der Religionsgemeinschaft in den USA ansässigen, durch Kooptation besetzten Gremium mit weltweiter Leitungsvollmacht. Das Leitungsverständnis ist theokratisch, alle Organisationsbeziehungen demzufolge hierarchisch. Die Leitende Körperschaft beruft das Zweigkomitee als „aufsichtsführendes Organ“ von Jehovas Zeugen in Deutschland, dieses den Vorstand zur rechtlichen Vertretung der Körperschaft.¹⁵² Die bei rund 169.000 Mitgliedern etwa 2.100 örtlichen Versammlungen und die Kreise, zu denen sie zusammengefaßt werden, haben grundsätzlich keine Rechtsfähigkeit nach staatlichem Recht.¹⁵³ Von erheblichem organisatorischem Gewicht ist das Netz der Verlags- und Vertriebsunternehmen, über die die Verkündigungsmedien verbreitet werden, in Deutschland die „Wachturm Bibel- und Traktat-Gesellschaft der Zeugen Jehovas e.V.“¹⁵⁴

Im weiteren Feld der Religionsgemeinschaften mit christlichem Hintergrund sind mit der anthroposophisch geprägten *Christengemeinschaft*¹⁵⁵, der

te Abhandlungen zu Geschichte und Gegenwart des Rechts in Staat und Kirche, hg. von Heinrich de Wall/Michael Germann, 2020, S. 1046–1100; in der Praxis staatlicher Gerichte und Behörden blieben die Folgen allerdings nach Erkenntnis des OVG Berlin, U. vom 24.3.2005 – 5 B 12/01, in: NVwZ 2005, S. 1450–1456, in einem nicht grundsätzlich problematischen Rahmen.

¹⁵¹ BVerfG, U. vom 19.12.2000 – 2 BvR 1500/97, E 102, 370–400; nachfolgend OVG Berlin, U. vom 24.3.2005 – 5 B 12/01, in: NVwZ 2005, S. 1450–1456; BVerwG, in: NJW 2006, S. 3156–3158; zur Zweitverleihung: BVerfG, B. vom 30.6.2015 – 2 BvR 1282/11 (Bremen). Siehe auch die Darstellung der Bemühungen um den Körperschaftsstatus unter <<https://www.jehovaszeugen.de/anerkennungsverfahren/>>. Zum Zusammenhang *Stefan Magen*, → § 27, Rn. 8, 11, 61, 67.

¹⁵² §§ 3 und 4 des Statuts der Religionsgemeinschaft Jehovas Zeugen in Deutschland, K.d.ö.R., in der Neufassung vom 22.1.2020 (ABl. 2020 Nr. 2 S. 1, abrufbar unter <<https://www.jehovaszeugen.de/recht/rechtssammlung/>>).

¹⁵³ § 5 Abs. 5 des Statuts. Die Versammlungen sind nur „religionsrechtlich selbständige Gliederungen“, § 8 Abs. 1 des Statuts. Zahlenangaben nach <<https://www.jehovaszeugen.de/geschichte-und-gegenwart/statistik/>>; leicht abweichend <<https://www.jw.org/en/library/books/2019-service-year-report/2019-country-territory>>.

¹⁵⁴ § 10 des Statuts. Siehe auch *Martin Morlok*, → § 35, Rn. 57.

¹⁵⁵ <<https://christengemeinschaft.de>>; *Obst*, Apostel und Propheten (o. Fn. 115), S. 575–606; HWRF (o. Fn. 8), S. 331–346; *Helmer Ringgren*, Anthroposophie, in: TRE, Bd. 3, 1978, S. 8–20 (18 f.); *Joachim Ringleben*, Christengemeinschaft, in: RGG⁴, Bd. 2, 1999, Sp. 178–180; *Mertesdorf*, Weltanschauungsgemeinschaften (o. Fn. 12), S. 291–294.

*Christlichen Wissenschaft*¹⁵⁶, der *Johannischen Kirche*¹⁵⁷ und zwei Gliederungen der *Unitarier – Religionsgemeinschaft freien Glaubens*¹⁵⁸ weitere Körperschaften des öffentlichen Rechts in einzelnen Bundesländern auszumachen.

45 Die *Kirche Jesu Christi der Heiligen der Letzten Tage in Deutschland*¹⁵⁹ ist eines der bekannteren Beispiele für eine hier öffentlich-rechtlich verfaßte Religionsgemeinschaft aus dem Spektrum der Neuoffenbarungsbewegungen. Die umgangssprachliche Fremdbezeichnung ihrer Anhänger als Mormonen spielt auf das „Buch Mormon“ an, den Titel der in den 1820er Jahren in Amerika niedergeschriebenen Vision, auf die sie sich gründet. Von den weltweit etwa 16 Millionen Mitgliedern leben gut 39.000 in 150 Gemeinden in Deutschland.¹⁶⁰ Die Organisation wird auf allen Ebenen hierarchisch geleitet.¹⁶¹ Zur Sichtbarkeit tragen die Missionseinsätze bei, in denen junge Mitglieder üblicherweise zu zweit in einem fremden Land für 18 Monate Dienst tun.

46 Die zahlreichen weiteren Religionsgemeinschaften mit mehr oder weniger christlichem Hintergrund¹⁶² sind kleiner und zumindest ganz überwiegend privatrechtlich organisiert. Die fließenden Übergänge setzen sich in verschiedene Richtungen zu esoterischen, neugnostischen, aus „freireligiösen“ Entwicklungen stammenden oder antireligiösen Weltanschauungen fort.¹⁶³

¹⁵⁶ <<https://www.christianscience.com>>; <<https://christliche-wissenschaft.de>>; HWRf (o. Fn. 8), S. 347–355.

¹⁵⁷ <<https://www.johannische-kirche.org>>; *Obst*, Apostel und Propheten (o. Fn. 115), S. 517–545; HWRf (o. Fn. 8), S. 363–377.

¹⁵⁸ Siehe <<https://www.unitarier.de>>; HWRf (o. Fn. 8), S. 399–405; *Mertesdorf*, Weltanschauungsgemeinschaften (o. Fn. 12), S. 439–446; *Andre M. Hill*, Unitarier, in: TRE, Bd. 34, 2002, S. 332–339; *Andreas Rössler*, Unitarier, in: EKL³, Bd. 4, 1996, Sp. 1047–1051; *Lothar Ullrich*, Unitarier, in: LThK³, Bd. 10, 2001, Sp. 414 f.; *Charles H. Lippy*, Unitarier / Universalisten, in: RGG⁴, Bd. 8, 2005, Sp. 760–762. Der bundesweite Verband ist ein eingetragener Verein.

¹⁵⁹ <<https://de.kirchejesuchristi.org>>; *Obst*, Apostel und Propheten (o. Fn. 115), S. 266–315; HWRf (o. Fn. 8), S. 461–481; *Åke V. Ström*, Mormonen, in: TRE, Bd. 23, 1994, S. 311–318; *Klaus-Jürgen Hansen*, Mormonen, in: RGG⁴, Bd. 5, 2002, Sp. 1508–1511; *Gerald Kluge*, Kirche Jesu Christi der Heiligen der letzten Tage, in: Lexikon christlicher Kirchen und Sondergemeinschaften (o. Fn. 38), S. 134–137.

¹⁶⁰ Angaben nach <<https://nachrichten-de.kirchejesuchristi.org/zahlen-und-fakten>>.

¹⁶¹ HWRf (o. Fn. 8), S. 475 f.

¹⁶² Zum Überblick siehe nochmals HWRf (o. Fn. 8), S. 320–560.

¹⁶³ Zum weiteren Umkreis siehe wieder oben Rn. 2.

III. Organisationen zur Zusammenarbeit christlicher Kirchen

1. Vereinigung Evangelischer Freikirchen (VEF)

1926 gründeten Freikirchen zur gemeinsamen Vertretung ihrer Rechte aus der Weimarer Verfassung gegenüber staatlichen Stellen eine Arbeitsgemeinschaft, insbesondere um sie dabei zu unterstützen, die ihnen aus Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV zustehenden öffentlich-rechtlichen Körperschaftsrechte verliehen zu bekommen.¹⁶⁴ Heute gehören der Vereinigung Evangelischer Freikirchen e.V. zwölf Freikirchen und Gemeindebünde an,¹⁶⁵ außerdem drei Gastmitglieder¹⁶⁶. Sie dient über die Vertretung gemeinsamer Belange nach außen hinaus der Zusammenarbeit der Freikirchen untereinander und der Verwirklichung eines gemeinsamen freikirchlichen Selbstverständnisses, ohne dabei die Selbständigkeit und kirchliche Ordnung ihrer Mitglieder einzuschränken.¹⁶⁷ Zu ihren Organen gehören neben der Mitgliederversammlung und dem Vorstand auch Arbeitsgruppen als ständige Einrichtungen zur Wahrnehmung bestimmter Sachaufgaben, darunter Evangelisation und missionarischer Gemeindeaufbau, Theologie, gesellschaftliche Verantwortung, Öffentlichkeitsarbeit, Rundfunk, Datenschutz. Für die Vertretung gesamtfreikirchlicher Interessen sorgen besonders der Beauftragte der VEF am Sitz der Bundesregierung, weitere Beauftragte für Rundfunk, Privatfunk und Ökumene sowie der gemeinsame Medienbeauftragte des Rates der EKD und der VEF.

47

¹⁶⁴ Freikirchenhandbuch (o. Fn. 83), S. 12; *Geldbach*, Freikirchen (o. Fn. 24), S. 327–332.

¹⁶⁵ Bund Evangelisch-Freikirchlicher Gemeinden (o. Rn. 20), Bund Freier evangelischer Gemeinden (o. Rn. 21), Evangelisch-methodistische Kirche (o. Rn. 23–26), Kirche des Nazareners (o. Rn. 27), Heilsarmee (o. Rn. 28), Arbeitsgemeinschaft Mennonitischer Gemeinden (o. Rn. 30), Anskar-Kirche e.V. (zu o. Rn. 33), Foursquare (o. Rn. 34), Gemeinde Gottes (o. Rn. 34), Mülheimer Verband Freikirchlich-Evangelischer Gemeinden (o. Rn. 36), Freikirchlicher Bund der Gemeinde Gottes e.V. (zu o. Rn. 37).

¹⁶⁶ Evangelische Brüder-Unität (o. Rn. 22), Siebenten-Tags-Adventisten (o. Rn. 32), Apostolische Gemeinschaft (o. Rn. 40).

¹⁶⁷ § 3 i.V.m. § 1 und § 2 Abs. 2 S. 2 der Satzung für die Vereinigung Evangelischer Freikirchen e.V., abrufbar unter <<https://www.vef.de/unsere-ordnung/>>.

2. Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen in Deutschland (ACK)

48 Die Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen in Deutschland e.V. (ACK)¹⁶⁸ ist die umfassendste gemeinsame Vertretung christlicher Kirchen hierzulande. Ihr gehören heute die beiden großen Kirchen in Gestalt der römisch-katholischen Deutschen Bischofskonferenz und der Evangelischen Kirche in Deutschland, fünf orthodoxe Kirchen¹⁶⁹, die Arbeitsgemeinschaft Anglikanisch-Episkopaler Gemeinden in Deutschland¹⁷⁰ und weitere neun der kleinen Kirchen¹⁷¹ an. Acht kleine Kirchen beschränken sich auf eine Gastmitgliedschaft,¹⁷² daneben nehmen fünf Gemeinschaften und Institutionen als Beobachter Anteil¹⁷³. Die ACK wurde 1948 im Vorfeld der ersten Vollversammlung des Ökumenischen Rats der Kirchen¹⁷⁴ gegründet und ist diesem als ein nationaler ökumenischer Rat angeschlossen.

49 Zu den Aufgaben der ACK gehört es, die lokale, regionale und internationale Zusammenarbeit der Kirchen zu unterstützen, das theologische Gespräch zu fördern, gemeinsame Anliegen bei politi-

¹⁶⁸ <<https://www.oekumene-ack.de>>. Ferner *Hans Vorster*, Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen, in: EKL³, Bd. 1, 1986, Sp. 250–252; *Wilhelm Hüffmeier*, Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen in Deutschland, in: RGG⁴, Bd. 1, 1998, Sp. 697; *Martin Schuck*, Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen in Deutschland (ACK), Ev., in: LKStKR, Bd. 1, 2000, S. 149 f.; *Ilona Riedel-Spangenberg*, Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen in Deutschland (ACK), Kath., ebd., S. 150 f.; *Geldbach*, Freikirchen (o. Fn. 24), S. 332–335.

¹⁶⁹ Die Orthodoxe Bischofskonferenz in Deutschland (siehe *Anargyros Anapliotis*, → § 22, Rn. 4–6), ferner die Armenisch-Apostolische Orthodoxe Kirche in Deutschland, die Äthiopisch-Orthodoxe Kirche in Deutschland, die Koptisch-Orthodoxe Kirche in Deutschland und die Syrisch-Orthodoxe Kirche von Antiochien in Deutschland.

¹⁷⁰ Siehe oben Fn. 9.

¹⁷¹ Selbständige Evangelisch-Lutherische Kirche (o. Rn. 12), Evangelisch-altreformierte Kirche in Niedersachsen (o. Rn. 14), Katholisches Bistum der Alt-Katholiken in Deutschland (o. Rn. 16), Bund Evangelisch-Freikirchlicher Gemeinden (o. Rn. 20), Evangelische Brüder-Unität (o. Rn. 22), Evangelisch-methodistische Kirche (o. Rn. 23–26), Heilsarmee (o. Rn. 28), Arbeitsgemeinschaft Mennonitischer Gemeinden (o. Rn. 30), Mülheimer Verband Freikirchlich-Evangelischer Gemeinden (o. Rn. 36).

¹⁷² Bund Freier evangelischer Gemeinden (o. Rn. 21), Kirche des Nazareners (o. Rn. 27), Siebenten-Tags-Adventisten (o. Rn. 32), Bund Freikirchlicher Pfingstgemeinden (o. Rn. 34), Freikirchlicher Bund der Gemeinde Gottes e.V. (zu o. Rn. 37), Neupapstliche Kirche (o. Rn. 39), Apostelamt Jesu Christi (o. Rn. 40), Apostolische Gemeinschaft (o. Rn. 40).

¹⁷³ So die Quäker (o. Rn. 31); die übrigen vier sind zwischenkirchliche oder kirchenübergreifende Einrichtungen und Arbeitsgemeinschaften.

¹⁷⁴ <<https://www.oikoumene.org>>.

schen Institutionen zu vertreten und die Öffentlichkeit über ökumenische Ereignisse und Bemühungen zu unterrichten.¹⁷⁵ Kirchenrechtliche Bedeutung kann die Verbundenheit in der ACK unter anderem für die grundsätzliche Bereitschaft zur Überlassung kirchlicher Räume und für die Zuordnung der Angehörigen anderer Kirchen zu einem christlichen Bekenntnis insbesondere bei der Anstellung im kirchlichen Dienst bekommen („ACK-Klausel“).¹⁷⁶ Außer ihren Organen – Mitgliederversammlung und Vorstand – nehmen zwei Einrichtungen die Aufgaben der ACK wahr: Die *Ökumenische Centrale* arbeitet als Sekretariat und ständige Einrichtung ökumenischer Zusammenarbeit, der *Deutsche Ökumenische Studienausschuß* als Einrichtung zur Pflege und Förderung der Ökumene in Lehre und Forschung.

Neben der nationalen ACK gibt es ungefähr nach Bundesländern verteilte regionale,¹⁷⁷ zudem vor Ort vielfach lokale Arbeitsgemeinschaften christlicher Kirchen. Die regionalen und lokalen ACK sind voneinander und von der nationalen ACK unabhängig; sie arbeiten informell zusammen. Ihre Zusammensetzung ist uneinheitlich. Sie können als eingetragene Vereine verfaßt sein, sehen aber oft davon ab.

50

IV. Besondere Rechtsverhältnisse der kleineren christlichen Kirchen im Staatskirchenrecht

Von den ihnen im deutschen Staatskirchenrecht wie allen Religionsgemeinschaften nach gleichem Maß¹⁷⁸ zustehenden Rechten machen die kleineren christlichen Kirchen in unterschiedlichem Umfang Gebrauch. Das kann zum einen ihren unterschiedlichen Gegebenheiten geschuldet sein, die als sachliche Gründe auch seitens des Staates eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können. Es ist zum

51

¹⁷⁵ § 2 der Satzung der Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen in Deutschland e.V. in der Fassung vom 20.10.2005, abrufbar unter <<https://www.oekumene-ack.de/ueber-uns/grundlagen-der-zusammenarbeit/>>.

¹⁷⁶ So § 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie des Rates über kirchliche Anforderungen der beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und ihrer Diakonie vom 9.12.2016 (ABl. 2017 S. 11). Zum arbeitsrechtlichen Kontext *Jacob Joussen*, → § 57, Rn. 57–76. – Im kollektiven Arbeitsrecht der Kirchen (*Gregor Thüsing*, → § 59) können ACK-Klauseln in Tatbeständen für die Fähigkeit zu Ämtern in Gremien und Organen der Arbeitsrechtsregelung und der Mitarbeitervertretung begegnen.

¹⁷⁷ <<https://www.oekumene-ack.de/regionale-acks/>>.

¹⁷⁸ Siehe oben Rn. 4.

anderen aber auch oft ihrer freien Entscheidung zuzurechnen, von bestimmten Organisations- und Handlungsmöglichkeiten abzusehen. So ziehen manche auch dann private Rechtsformen vor, wenn sie die formalen Voraussetzungen für den Anspruch auf die öffentlich-rechtlichen Körperschaftsrechte aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV erfüllen. Manche nehmen diese zwar an, nutzen aber nicht alle, insbesondere nicht das Recht zur öffentlich-rechtlichen Beitragserhebung in Form der „Steuer“ nach Art. 137 Abs. 6 WRV.¹⁷⁹ Zum Selbstverständnis gerade der aus einer Differenz zu den großen Kirchen hervorgegangenen Religionsgemeinschaften gehört es vielfach, sich von allem Staatlichen, zuweilen sogar von allem „Weltlichen“, mehr oder weniger fernzuhalten. Der öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus kann auch nur zu dem Zweck interessant sein, frei von den Formenzwängen des bürgerlichen Rechts eine hierarchische Verfassung zu organisieren¹⁸⁰ oder sich prestigefördernd die „Gewähr der Dauer“ öffentlich bescheinigen zu lassen. Alle diese Optionen bietet das deutsche Staatskirchenrecht den Religionsgemeinschaften selbstverständlich an. Die Gleichheit in dieser Freiheit ist die Ursache für im Ergebnis durchaus ungleiche Rechtsverhältnisse.¹⁸¹

1. Staatskirchenverträge

- 52 Während die römisch-katholische Kirche, die Gliedkirchen der EKD und die jüdischen Gemeinschaften inzwischen mit allen Bundesländern Staatskirchenverträge geschlossen haben, kommen die hier behandelten kleinen Kirchen im Staatskirchenvertragsrecht so gut wie gar nicht vor.¹⁸² Zu notieren sind nur der Vollständigkeit hal-

¹⁷⁹ Soweit ersichtlich, ist die einzige der hier behandelten Kirchen, die vom Kirchensteuerrecht Gebrauch macht, das Katholische Bistum der Alt-Katholiken in Deutschland (s. o. Rn. 16). Siehe auch *Felix Hammer*, → § 72, Rn. 26. – Zur Wahl zwischen der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Gestaltung von Dienstverhältnissen *Hendrik Munsonius*, → § 58, Rn. 69–71.

¹⁸⁰ Als ein Beispiel dafür kann die Neuapostolische Kirche betrachtet werden, s. o. Rn. 39.

¹⁸¹ *Michael Germann*, → § 7, Rn. 76, mit Hinweis auf *Martin Heckel*, Gleichheit oder Privilegien? Der Allgemeine und der Besondere Gleichheitssatz im Staatskirchenrecht, 1993, S. 49.

¹⁸² Zum allgemeinen Stand und der Entwicklung bis dahin *Stefan Mückl*, → § 10, Rn. 1–18.

ber zwei sporadische Finanzierungsregelungen.¹⁸³ Wenn von einer „wachsenden“ Bedeutung der Staatskirchenverträge mit „kleinen“ Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften die Rede ist, dann bezieht sich das auf orthodoxe Kirchen, jüdische Gemeinschaften, neuerdings auch muslimische Gemeinschaften, daneben jedenfalls noch Weltanschauungsgemeinschaften,¹⁸⁴ nicht aber auf die hier behandelten kleinen Kirchen. Läge das daran, daß die Länder kleine Kirchen grundsätzlich nicht als vertragswürdig ansähen, wäre das ein Verstoß gegen ihren Anspruch auf Parität. Es ist hingegen gleichheitskonform, soweit und solange bei kleinen Kirchen auch der Regelungsbedarf klein ist, vor allem aber, wenn sie selbst vom Staatskirchenvertragsrecht Abstand nehmen möchten. Sobald allerdings die Funktionen des Staatskirchenvertragsrechts auf sie passen, steht es als Instrument auch für die Regelung ihrer staatskirchenrechtlichen Rechtsverhältnisse bereit.¹⁸⁵

2. Religionsunterricht und Theologie

Das Recht aller Religionsgemeinschaften darauf, daß an den öffentlichen Schulen ein Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach nach ihren Grundsätzen gemäß Art. 7 Abs. 3 GG erteilt wird, setzt die Bereitschaft und die Fähigkeit der Religionsgemeinschaft voraus, hierzu verlässlich mit dem Staat zusammenzuarbeiten, außerdem eine zur praktischen Durchführung hinreichende Nachfrage seitens der Schüler und Eltern.¹⁸⁶

53

¹⁸³ Die Vereinbarung zwischen dem Freistaat Bayern und der Altkatholischen Kirche in Bayern über die Pauschalvergütung für die Erteilung des Religionsunterrichts vom 22.10.1986/28.4.1987 (Bayerischer Landtag, 11. Wahlperiode, Drucksachen 11/2411 und 11/4638) legt einen Berechnungsschlüssel fest. Der Vertrag zwischen dem Land Niedersachsen und der Evangelisch-methodistischen Kirche in Nordwestdeutschland vom 26.1.1978 (Nds. MBl. S. 899), regelt einen Personalkostenzuschuß, der aufgrund Vertragsänderung vom 9.8.1993 (Nds. MBl. 1994 S. 453) schrittweise sinkt und bis 2022 ausläuft. Beiden Verträgen hat das Parlament nicht durch Gesetz, sondern durch schlichten Beschluß zugestimmt, so daß sie formal keine Staatsverträge sind.

¹⁸⁴ *Solte*, Organisationsstruktur (o. Fn. 1), S. 430 f.; *Stefan Mückl*, → § 10, Rn. 15–18.

¹⁸⁵ *Schrooten*, Gleichheitssatz und Religionsgemeinschaften (o. Fn. 16), S. 247–252.

¹⁸⁶ *Markus Ogorek*, → § 44, Rn. 41–46, 52 f., allgemein zur Inanspruchnahme durch kleine Religionsgemeinschaften ebd., Rn. 2, 50 f.

54 Auf dieser Grundlage findet sich ein Religionsunterricht der *Alt-Katholiken* in Baden-Württemberg, Bayern und Hessen,¹⁸⁷ ein *mennonitischer* Religionsunterricht in Hessen, Rheinland-Pfalz und versuchsweise in Nordrhein-Westfalen.¹⁸⁸ Ein „freireligiöser“ Religionsunterricht nach Grundsätzen der *Unitarier* in Hessen¹⁸⁹ dürfte bereits jenseits der Schwelle zwischen christlichem Religionsunterricht und Weltanschauungsunterricht stehen.¹⁹⁰ In Berlin, wo das Land als durch Art. 141 GG von Art. 7 Abs. 3 GG dispensiert gilt¹⁹¹ und deshalb anstelle eines ordentlichen Lehrfachs nur schulorganisatorische und finanzielle Unterstützung für die Erteilung von Religions- und Weltanschauungsunterricht leistet, hat die *Christengemeinschaft* hieran für einen eigenen anthroposophischen Unterricht Anteil.¹⁹² – Der Religionsunterricht nach Grundsätzen der *Neuapostolischen Kirche* in Bayern¹⁹³ ist 2010 „aus strukturellen Gründen“ eingestellt worden.¹⁹⁴ In Anbetracht ihrer Mitgliederzahl, die von den anderen hier behandelten Kirchen nicht erreicht wird, wirft dies ein Schlaglicht auf die praktischen Grenzen eines eigenen Religionsunterrichts für kleine Kirchen.¹⁹⁵

55 Wo die Angehörigen der kleinen Kirchen aus diesen Gründen keinen eigenen Religionsunterricht antreffen, können sie den Religions-

¹⁸⁷ *Claudia Maria Corlazzoli*, Religionsunterricht von kleineren Religionsgemeinschaften an öffentlichen Schulen in Deutschland, 2009, S. 65–80. Zu Rheinland-Pfalz s. u. Fn. 195.

¹⁸⁸ *Corlazzoli*, Religionsunterricht (o. Fn. 187), S. 215–219 (zu Hessen), S. 221–225 (zu Rheinland-Pfalz). – Der Schulversuch in Nordrhein-Westfalen gilt einem Religionsunterricht „nach den Grundsätzen der Mennonitischen Brüdergemeinden“ (rußlanddeutscher Prägung, s. o. Rn. 30) an Grundschulen; siehe dazu Runderlasse des Ministeriums für Schule und Weiterbildung bzw. Bildung vom 17.5.2016, ABl. NRW 2016/06, S. 42, und vom 7.9.2018, ABl. NRW 2018/11, S. 39; *Matthias Roser*, Mennonitischer Religionsunterricht in Nordrhein-Westfalen. Rechtliche Grundlagen – schulpädagogische Normen – praktisch-theologische Anfragen, Materialdienst der EZW 2020, S. S. 114–123.

¹⁸⁹ *Corlazzoli*, Religionsunterricht (o. Fn. 187), S. 287–291; zu den übrigen „freireligiösen“ Angeboten ebd., S. 95–112.

¹⁹⁰ Er belegt deshalb die Aporien, in die eine Ausgrenzung von Weltanschauungsunterricht aus der Garantie in Art. 7 Abs. 3 GG führen würde; allgemein dazu überzeugend *Markus Ogorek*, → § 44, Rn. 47–49.

¹⁹¹ *Markus Ogorek*, → § 44, Rn. 99.

¹⁹² Zahlen sind abrufbar unter <<https://daten.berlin.de/datensatze/teilnehmerzahlen-am-religions-und-weltanschauungsunterricht>>, <<https://daten.berlin.de/datensatze/zuschüsse-zum-religions-und-weltanschauungsunterrichts>>.

¹⁹³ Dazu noch *Corlazzoli*, Religionsunterricht (o. Fn. 187), S. 231–236.

¹⁹⁴ Siehe <<https://www.nak-sued.de/was-wir-tun/seelsorge/unterricht/>>.

¹⁹⁵ Wohl auch nicht unter Art. 7 Abs. 3 GG zu subsumieren ist, was *Corlazzoli*, Religionsunterricht (o. Fn. 187), S. 81–84, 249–253, als Religionsunterricht der Altkatholiken und der SELK in Rheinland-Pfalz beschreibt; die Auskünfte zweier Gemeinden, aus denen sie schöpft, zeichnen nicht das Bild einer geordneten Unterrichtsorganisation.

unterricht einer anderen Kirche besuchen, sofern deren Grundsätze dies nicht ausschließen.¹⁹⁶ Ein darauf gerichtetes Zusammenwirken zeigt sich in den Regelungen evangelischer Landeskirchen, die die Bevollmächtigung von Angehörigen bestimmter Freikirchen für den evangelischen Religionsunterricht vorsehen.¹⁹⁷

Die wissenschaftliche Forschung und Lehre zur Theologie der kleinen Kirchen ist an den staatlichen Universitäten nicht eigenständig

56

¹⁹⁶ *Markus Ogorek*, → § 44, Rn. 60.

¹⁹⁷ Nach § 2 Abs. 2 der Rechtsverordnung über die kirchliche Bevollmächtigung von Religionslehrkräften auf dem Gebiet der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Norddeutschland (Vokationsverordnung) vom 17.4.2018 (KABl. S. 240) können im Einzelfall Angehörige „einer evangelischen Kirche oder evangelischen Freikirche“ bevollmächtigt werden, mit der die Landeskirche eine entsprechende Vereinbarung getroffen hat oder die Mitglied einer ACK ist. Ebenso § 4 der Gemeinsamen Vokationsordnung der Evangelischen Kirche im Rheinland, der Evangelischen Kirche von Westfalen und der Lippischen Landeskirche vom 11.5.2001/29.3.2001/13.12.2000 (KABl. Rheinland 2001 S. 378); dort gelten entsprechende Vereinbarungen mit der SELK (KABl. Rheinland 2003 S. 171) und mit dem Bund Freier Evangelischer Gemeinden, dem Bund Evangelisch-Freikirchlicher Gemeinden und der Evangelisch-methodistischen Kirche (KABl. Rheinland S. 91), die die genannten Freikirchen sogar dazu ermächtigen, ihre Angehörigen unter entsprechender Anwendung der landeskirchlichen Bestimmungen für den evangelischen Religionsunterricht selbst zu bevollmächtigen. Ebenso, aber ausschließlich auf die Vereinigung Evangelischer Freikirchen bezogen, § 5 der Rechtsverordnung über die kirchliche Bevollmächtigung (Vokation) zur Erteilung von Evangelischem Religionsunterricht (Vokationsordnung) der Evangelischen Kirche in Brandenburg-schlesische Oberlausitz vom 20.1.2012 (KABl. EKBO S. 30) i. V. m. der Vereinbarung zwischen der Vereinigung Evangelischer Freikirchen und der Evangelischen Kirche in Berlin-Brandenburg über die kirchliche Beauftragung zur Erteilung von evangelischem Religionsunterricht vom 9.12.2003 (KABl. EKBO 2004 S. 10). – Ähnlich § 3 Abs. 3 des Kirchengesetzes über die kirchliche Bestätigung von Religionslehrkräften (Vokationsgesetz) der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen vom 17.6.2006 (KABl. Hannover S. 94), zuletzt geändert am 12.12.2017 (KABl. Hannover S. 164), für Angehörige der SELK, der Evangelisch-methodistischen Kirche, des Bundes evangelisch-reformierter Kirchen, der Evangelisch-altreformierten Kirche und der Herrnhuter Brüdergemeine. – Ähnlich schließlich die Vereinbarung zwischen dem Bund Freier evangelischer Gemeinden, dem Bund Evangelisch-Freikirchlicher Gemeinden, der Evangelisch-methodistischen Kirche und der Evangelischen Landeskirche in Württemberg über die Erteilung des Unterrichtsfachs Evang. Religionslehre durch die Mitglieder einer Freikirche und über die Teilnahme von Schülern, die einer Freikirche angehören, am evangelischen Religionsunterricht vom 1.1.1984 (KABl. Bd. 51 S. 24). – Die Bevollmächtigungen von Angehörigen anderer Kirchen werden unter bestimmten Bedingungen auch berücksichtigt in der Vereinbarung zur wechselseitigen Anerkennung der Vocato durch die Gliedkirchen der Evangelischen Kirche in Deutschland vom 1.7.2010 (ABl. EKD 2011 S. 61).

vertreten, mit der bemerkenswerten Ausnahme des Alt-Katholischen Seminars der Universität Bonn.¹⁹⁸ Für eine wissenschaftliche Bildung und Ausbildung ihrer Theologen sind die kleinen Kirchen auf die evangelischen oder katholischen Fakultäten¹⁹⁹ oder auf eigene Hochschulen²⁰⁰ angewiesen.

3. Rundfunk

57 Die Besetzung pluraler Gremien im Medienrecht weist unter den Sitzen für Religionsgemeinschaften in der Regel keinen für kleine Kirchen aus.²⁰¹ Eine singuläre Ausnahme ist der „Vertreter der Freikirchen“ im Medienrat in Baden-Württemberg.²⁰² Ein entsprechender Sitz im Rundfunkrat des Südwestrundfunks ist seit 2014 zugunsten der muslimischen Verbände weggefallen.²⁰³

58 Zur Wahrnehmung der kirchlichen Verantwortung insbesondere für die Übertragung von Gottesdiensten und anderer religiöser Sendungen hat der Mitteldeutsche Rundfunk neben den Senderbeauftragten der römisch-katholischen Kirche und der evangelischen Landeskirchen auch einen der Evangelischen Freikirchen.²⁰⁴ Die Medienarbeit der VEF wird von einer eigenen Arbeitsgruppe sowie von Be-

¹⁹⁸ <<http://www.ak-seminar.de>>. Dazu: Zwischen Freiheit und Gebundenheit. Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Alt-Katholischen Seminars der Universität Bonn, hg. von Günter Eßer/Matthias Ring, 2002; *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zur Weiterentwicklung von Theologien und religionsbezogenen Wissenschaften an deutschen Hochschulen, Drs. 9678-10, 2010, S. 23.

¹⁹⁹ Die für den Zugang zu theologischen Studiengängen und Graduierungen maßgeblichen Konfessionsklauseln werden eingehend analysiert und bewertet von *Joachim E. Christoph*, Kirchen- und staatskirchenrechtliche Probleme der Evangelisch-theologischen Fakultäten. Neuere Entwicklungen unter besonderer Berücksichtigung des Bologna-Prozesses, 2009, S. 83–99. Zur praktischen Reichweite: *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zur Weiterentwicklung von Theologien und religionsbezogenen Wissenschaften (o. Fn. 198), S. 20 mit Fn. 21.

²⁰⁰ Siehe unten Rn. 60.

²⁰¹ Zur Berücksichtigung der Pluralität christlicher Kirchen siehe bereits oben Rn. 7; allgemein *Claus Dieter Classen*, → § 38, Rn. 70–72.

²⁰² § 41 Abs. 1 Nr. 4 Landesmediengesetz Baden-Württemberg vom 19. 7. 1999 (GBl. S. 273), zuletzt geändert am 11. 2. 2020 (GBl. S. 129).

²⁰³ § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 Staatsvertrag über den Südwestrundfunk vom 31. 5. 1997 (GBl. Ba.-Wü. S. 297) in der bis zum 31. 12. 2013 geltenden a.F., geändert am 3. 7. 2013 (GBl. Ba.-Wü. S. 314).

²⁰⁴ <<https://www.mdr.de/religion/religion/senderbeauftragte102.html>>.

auftragten für den öffentlich-rechtlichen und den privaten Rundfunk, allgemein vom gemeinsamen Medienbeauftragten des Rates der EKD und der VEF wahrgenommen.²⁰⁵ Die Präsenz der kleinen Kirchen im öffentlich-rechtlichen Medienwesen bleibt also insgesamt sporadisch. Das ergibt sich insbesondere aus den quantitativen Kriterien²⁰⁶ für die Berücksichtigung von Religionsgemeinschaften in der geregelten Abbildung gesellschaftlicher Vielfalt.²⁰⁷ Der Schwerpunkt ihrer medialen Präsenz liegt im nichtgeregelten Bereich.

4. Einrichtungen

Die zahlreichen sozialen Einrichtungen, die kleine Kirchen zur Erfüllung ihrer Aufgaben geschaffen haben, haben grundsätzlich die gleiche staatskirchenrechtliche Stellung wie die Caritas der römisch-katholischen Kirche und die Diakonie der Kirchen in der EKD²⁰⁸. Die in der VEF verbundenen Kirchen unterhalten mehrere Diakoniewerke mit Einrichtungen wie Altenheimen, Krankenhäusern, Erholungsheimen, Kindergärten, Kinder- und Jugendeinrichtungen.²⁰⁹ Etliche davon sind im Verband Freikirchlicher Diakoniewerke e.V. zusammengeschlossen.²¹⁰

Für die wissenschaftliche Pflege ihrer Theologie und die Ausbildung ihres Personals betreiben einige Freikirchen eigene Hochschulen²¹¹ und andere Ausbildungsstätten. Für die „Freikirchenforschung“ hat sich ein Verein aus Theologen und Historikern gebildet.²¹²

²⁰⁵ Siehe <<https://www.rundfunk.evangelisch.de/evangelische-rundfunkarbeit>>; o. Rn. 47.

²⁰⁶ Claus Dieter Classen, → § 38, Rn. 73.

²⁰⁷ Schrooten, Gleichheitssatz und Religionsgemeinschaften (o. Fn. 16), S. 272–276.

²⁰⁸ Peter Unruh, → § 49; Gernot Sydow, → § 50, Rn. 4; Jörg Winter, → § 51.

²⁰⁹ Eine Liste findet sich im Freikirchenhandbuch (o. Fn. 83), S. 95–115.

²¹⁰ <<http://www.evangelische-freikirchen-diakonie.de>>.

²¹¹ SELK (o. Rn. 12): Lutherische Theologische Hochschule in Oberursel, <<https://lthh.de>>. Bund Evangelisch-Freikirchlicher Gemeinden (o. Rn. 20): Theologische Hochschule Elstal, <<https://www.th-elstal.de>>. Evangelisch-methodistische Kirche (o. Rn. 23–26): Theologische Hochschule Reutlingen, <<https://www.th-reutlingen.de>>. Siebenten-Tags-Adventisten (o. Rn. 32): Theologische Hochschule Friedensau, <<https://www.thh-friedensau.de>>. Mit evangelikalem Profil in freier Trägerschaft ohne institutionelle Verbindung mit einer bestimmten Freikirche: Freie Theologische Hochschule Gießen, <<https://www.fthgiessen.de>>; Evangelische Hochschule Tabor (Marburg), <<https://www.eh-tabor.de>>. Siehe dazu auch die weiteren Angaben bei Man-

- 61 Die Aufzählung der Tätigkeitsfelder, in denen kleine Kirchen mit ihren Einrichtungen anzutreffen sind und öffentlichkeitswirksam von ihrem Selbstbestimmungsrecht Gebrauch machen, setzt sich – nicht abschließend – fort über die Mission, das Freie Schulwesen, die Publizistik, die Finanzwirtschaft²¹³ und weiteres bis hin zum Friedhofswesen²¹⁴.
- 62 Die Rechtsverhältnisse der kleineren christlichen Kirchen im Staatskirchenrecht ergeben somit ein sporadisches Gesamtbild. Das erklärt sich aus der Diversität ihrer Interessen und Ressourcen. So weit es deshalb von der Breite der Präsenz der großen Kirchen abweicht, so deutlich illustriert es doch die Tauglichkeit des Staatskirchenrechts, einen nach eigenem Maß und Sinn frei ausfüllbaren Entfaltungsraum auch den kleinen und kleinsten Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu bieten.

fred Baldus, → § 47, Rn. 3, 7. Zur Einordnung in das öffentliche Hochschulwesen ferner: *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zur Weiterentwicklung von Theologien und religionsbezogenen Wissenschaften (o. Fn. 198), S. 24 f., 26, 60, mit statistischen Angaben in den Anhängen; *ders.*, Kriterien der Hochschulförmigkeit bekenntnisgebundener Einrichtungen im nichtstaatlichen Sektor, Drs. 3644-14, 2014; sowie die Stellungnahmen zur Akkreditierung, Drs. 2844-13, 2013 (Elstal), Drs. 1007-11, 2011 (Reutlingen), Drs. 6976-18, 2019 (Gießen), Drs. 7659-19, 2019 (Tabor). Die darauf gegründete staatliche Anerkennung ist teilweise erst jüngerer Datums.

²¹² Verein für Freikirchenforschung, <<https://www.freikirchenforschung.de>>.

²¹³ So mit der Spar- und Kreditbank Evangelisch-Freikirchlicher Gemeinden eG, <<https://www.skb-badhomburg.de>>.

²¹⁴ So mit dem seit 1855 bestehenden Freikirchlichen Friedhof in Wuppertal-Elberfeld, siehe <<https://www.kirche-auf-dem-oelberg.de/index.php/erleben/soziales-engagement/friedhof/ueber-uns>> sowie näher die Satzung, abrufbar unter <<http://www.kirche-auf-dem-oelberg.de/images/stories/friedhof/ordnung.PDF>>.

§ 24

Die Organisation der jüdischen Gemeinden in Deutschland

Von Michael Demel

I. Jüdische Gemeinden im Staatskirchenrecht	1–6
1. Historische Entwicklung	1–3
2. Sonderstellung im Staatskirchenrecht	4–6
II. Die Gemeinde als bestimmende Organisationsform	7–11
1. Bedeutung	7
2. Entwicklung bis 1990	8
3. Entwicklung seit 1990	9
4. Organisation	10–11
III. Mitgliedschaftsrecht	12–18
1. Selbstverständnis und staatskirchenrechtliche Mindeststandards	12–13
2. Parochialrecht der jüdischen Gemeinden	14–18
IV. Korporative Organisationen auf Landesebene	19–28
1. Das Grundmuster: Landesverbände, Landesgemeinden, Großstadtgemeinden	19–22
2. Sonderfälle	23–28
a) Baden-Württemberg: Landeskirchliche Strukturen	23
b) Niedersachsen und Schleswig-Holstein: Parallelstrukturen unter dem Dach des Zentralrats	24–25
c) Brandenburg: Einheitsgemeinden und Separatorthodoxie	26–28
V. Der Zentralrat der Juden in Deutschland	29–42
1. Entstehung und Organisation	29–34
2. Schieds- und Verwaltungsgerichtsbarkeit	35–39
3. Staatskirchenrechtliche Bedeutung des Zentralrats	40–41

4. Das Verhältnis zur Union progressiver Juden in Deutschland	42
VI. Weitere überörtliche jüdische Einrichtungen	43–55
1. Rabbinerkonferenzen	43–47
2. Die Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland	48–50
3. Jüdische Hochschuleinrichtungen	51–55
a) Die Hochschule für Jüdische Studien in Heidelberg	51
b) Rabbinerausbildungsstätten	52–55

I. Jüdische Gemeinden im Staatskirchenrecht

1. Historische Entwicklung

- 1 Das Staatskirchenrecht hat die jüdischen Gemeinden erst im 19. Jahrhundert entdeckt. Zwar siedelten Juden auf dem Gebiet des heutigen deutschen Staates seit dem frühen Mittelalter.¹ Immer auch bildeten sie Gemeinden als von der nichtjüdischen Umgebung klar getrennte Selbstverwaltungseinheiten. Jedoch wurden diese nicht vornehmlich als Organisationen einer Religionsgemeinschaft wahrgenommen. Die jüdischen Gemeinden zeichnen sich nämlich durch eine Doppelnatur als Religionsgemeinschaften und zugleich Teile einer auch national gedachten Kulturgemeinschaft („Volk“) aus.² Die nationale Natur war bis zur jüdischen Emanzipation der entscheidende Anknüpfungspunkt für die Einpassung in obrigkeitliche Ordnungssysteme in Deutschland. Es überwog im Selbst- wie im Fremdverständnis die Betrachtung der Juden als Angehörige eines versprengten Volkes. Dementsprechend fanden im Reich und in den Territorien bis ins 19. Jahrhundert Bestimmungen des Fremdenrechts Anwendung auf die Juden und ihre Gemeinden. Seit dem Mittelalter festigte sich so in Bezug auf die jüdischen Gemeinden eine organisatorische Sonderstruktur mit relativer Autonomie bei gleichzeitiger obrigkeitlicher Überwachung.³ Gemeindeeigene Leitungsämter wur-

¹ *Friedrich Battenberg*, Das Europäische Zeitalter der Juden, Band I: Von den Anfängen bis 1650, 2. Aufl. 2000, S. 45 ff.; *Arno Herzig*, Jüdische Geschichte in Deutschland. Von den Anfängen bis zur Gegenwart, 1997, S. 9 ff.

² Dazu: *Michael Demel*, Gebrochene Normalität. Die staatskirchenrechtliche Stellung der jüdischen Gemeinden in Deutschland, 2011, S. 69 und passim.

³ Zum Folgenden: *Demel*, Normalität (o. Fn. 2), S. 76 f.; *Renate Penßel*, Jüdische Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts. Von 1800 bis 1919, 2014, S. 144 ff.

den dabei zu staatlichen Zwecken, insbesondere zur Eintreibung von Abgaben, mitgenutzt. Diese korporativen Organisationen waren anschlussfähig an staatskirchenrechtliche Körperschaftsmodelle. Mit der Zuerkennung von Staatsbürgerrechten für die Juden in den deutschen Staaten im Verlauf des 19. Jahrhunderts fiel der Ordnungsrahmen des Fremdenrechts weg und der Ordnungsrahmen des Staatskirchenrechts wurde unter Rekurs auf die Natur der jüdischen Gemeinden als Religionsgemeinschaften bestimmend. Die jüdischen Gemeinschaften in Deutschland erlangten so durchweg in den einzelnen deutschen Staaten die Rechtsstellung öffentlicher Körperschaften.⁴ Sie waren daher bei Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung altkorporierte Religionsgemeinschaften, gleich den christlichen Großkirchen. In ihrem Rechtsstatus waren die jüdischen Gemeinden damit bereits im 19. Jahrhundert in der „staatskirchenrechtlichen Normalität“⁵ angekommen. Auch in Bezug auf die individuelle Religionsausübung waren spätestens mit der Reichsgründung 1871 die Juden den Christen gleichgestellt, u. a. mit Berücksichtigung in öffentlichen Schulen, eigenen Militärseelsorgern etc.

Die Emanzipation der Juden führte zum Verblenden der Doppelnatur ihrer Gemeinden. In der Eigen- und Fremdwahrnehmung dominierte nun der Charakter als Religionsgemeinschaft gegenüber dem Charakter als Volk. Mit der nationalsozialistischen Rassegesetzgebung wurden den jüdischen Deutschen jedoch sukzessive ihre Bürgerrechte wieder entzogen. Sie wurden erneut zu Fremden erklärt. Dementsprechend lebte in der Sicht des nationalsozialistischen Staates die zweite Natur der jüdischen Gemeinden als Nation, zur „Rasse“ verzerrt, wieder auf. Wieder folgte die Rechtsstellung der Korporationen der individuellen Rechtsstellung ihrer Mitglieder: Der Körperschaftsstatus wurde den jüdischen Gemeinden im Jahr 1938 durch Reichsgesetz entzogen.⁶

2

⁴ Überblick über die deutschen Staaten: *Demel*, Normalität (o. Fn. 2), S. 99 ff.; ausführliche Herleitung und detaillierte Darstellung bei *Penßel*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 3), passim.

⁵ Begriff bei *Demel*, Normalität (o. Fn. 2), S. 19 ff.

⁶ Dem Unrechtsakt des Entzugs des Körperschaftsstatus muss wegen dessen Einordnung als Teilschritt auf dem Weg zur Schoah schon aus naturrechtlichen Erwägungen jede rechtliche Wirkung abgesprochen werden. Folgt man dem Naturrechtsansatz, ist es konsequent zu fordern, dass „weder Recht noch Tat“ der nationalsozialistischen Staatsgewalt den Körperschaftsstatus der jüdischen Gemeinden beeinträchtigen konnten (*Philip Kunig/Robert Uerpmann*, Zum Verlust des Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts am Beispiel der altkorporierten jüdischen Religionsgemeinschaft Adass Jisroel, in: DVBl. 1997, S. 248 [249]) und damit auch der vollständige

- 3 Sehr rasch nach dem 2. Weltkrieg entstand wieder neues jüdisches Leben in Deutschland. Personell war es ein Judentum, das sich überwiegend aus „Displaced Persons“ zusammensetzte, Menschen, die mit dem Ziel der Auswanderung auf ihrer Durchreise in Deutschland verblieben waren.⁷ Wenige Rückkehrer fanden sich dazu. Das Judentum in Deutschland nach 1945 war nicht nur erheblich dezimiert worden (von ehemals über 500.000 Juden im Jahr 1933⁸ auf weniger als 30.000 Juden im Jahr 1990⁹), es war auch im Hinblick auf seine kulturelle Herkunft ausgetauscht worden. Nicht mehr das verbürgerlichte und in Deutschland akkulturierte Reformjudentum bildete die Majorität, sondern das orthodox geprägte Judentum der überwiegend osteuropäischen „Displaced Persons“ und Zuwanderer.

2. Sonderstellung im Staatskirchenrecht

- 4 Die Katastrophe der Schoah und die Gründung des jüdischen Staates Israel bewirkten ein Wiederaufleben des Bewusstseins für die abstammungsrechtliche Seite der Doppelnatur.¹⁰ Gleichwohl verstehen sich die jüdischen Gemeinden in Deutschland als Religionsgemeinschaften und nicht als Interessenverbände einer ethnischen Minorität.¹¹ Eine gelegentlich diskutierte rechtliche Behandlung als nationale Minderheit¹² kommt schon deswegen nicht in Betracht. Das Staatskirchenrecht ist damit der rechtlich entscheidende Konstrukti-

Verlust sämtlicher Gemeindemitglieder nicht zum – an sich staatskirchenrechtlich zwingenden – tatsächlichen Untergang führte (Herleitung und weitergehender dogmatischer Ansatz bei *Demel*, Normalität [o. Fn. 2], S. 148 ff.).

⁷ Hierzu: *Demel*, Normalität (o. Fn. 2), mit weiterführenden Literaturangaben.

⁸ Zahl nach: Gedenkbuch. Opfer der Verfolgung der Juden unter der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft in Deutschland 1933–1945, bearbeitet und hg. vom Bundesarchiv, Vorbemerkung zur Druckfassung von 2006; Online-Fassung unter <<https://www.bundesarchiv.de/gedenkbuch/einfuehrung.html.de?page=2>>.

⁹ Zahl nach: Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland (Hg.), Auszüge aus der Mitgliederstatistik; <<https://www.zwst.org/de/service/mitgliederstatistik/>>.

¹⁰ *Demel*, Normalität (o. Fn. 2), S. 220 ff.

¹¹ *Dietrich Murswiek*, Schutz der Minderheiten in Deutschland, in: HStR¹, Bd. VIII, 1995, § 201, Rn. 19.

¹² Etwa *Silke Messtorff*, Die Rechtsstellung der ethnischen Minderheiten in der Bundesrepublik Deutschland, 1987, S. 14.

onsrahmen beim staatlichen Umgang mit diesen Gemeinden und nicht die Bestimmungen zum Schutze nationaler Minderheiten.

Mit der Zentralwohlfahrtsstelle,¹³ der Hochschule für jüdische Studien in Heidelberg, dem Abraham Geiger Kolleg und dem Zacharias Frankel College in Potsdam sowie dem Rabbinerseminar zu Berlin¹⁴ existieren auch bei der Wohlfahrtspflege und im Hochschulbereich Paralleleinrichtungen zu denen der großen christlichen Kirchen. Auf reduzierter Basis stellen die Juden im deutschen Staatskirchenrecht gerade im Hinblick auf ihre Organisationen immer noch (oder wieder) die „dritte Konfession“¹⁵ dar, zu der sie sich unter dem Staatskirchenrecht in der Kaiserzeit entwickelt hatten.

Diese äußerliche Rückkehr zu einer derartigen staatskirchenrechtlichen „Normalität“ ist jedoch von der Hypothek der Schoah belastet. Die Behandlung der jüdischen Gemeinden in Bund und Ländern wird getragen vom Bestreben nach Restitution.¹⁶ Es geht dabei jedoch nicht um konkrete Wiedergutmachung von an bestimmten Personen verübtem Unrecht, sondern um eine im Recht wirksame moralische Verpflichtung gegenüber allen Juden in Deutschland und ihren Gemeinden. Besonders sichtbar wird die Kraft eines solcherart verstandenen Restitutionsbegriffs im Staatskirchenvertragsrecht. Inzwischen haben flächendeckend alle Länder sowie der Bund Staatskirchenverträge mit den jeweiligen jüdischen Gemeinden und ihren Verbänden abgeschlossen.¹⁷ Form und Inhalt sind dabei den Verträgen mit christlichen Großkirchen nachempfunden. Damit wird eine Parität der jüdischen Gemeinden mit diesen hergestellt, welche sie aus der Menge der kleinen öffentlich-rechtlich korporierten Religionsgemeinschaften heraushebt. Auch bei der Besetzung öffentlicher

¹³ Unten Kapitel VI. 2.

¹⁴ Unten Kapitel VI. 3.

¹⁵ Begriff bei: Werner Conze, Sozialer und wirtschaftlicher Wandel, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte, hg. von Knut Jeserich / Hans Pohl / Georg-Christoph von Unruh, 1983–1988, Bd. 2, S. 19 (46); weiterführend: Demel, Normalität (o. Fn. 2), S. 120 f.

¹⁶ Herleitung und Beispiele: Demel, Normalität (o. Fn. 2), S. 167 ff.; 263 ff.

¹⁷ Ausführliche Gesamtdarstellung aller Verträge von Bund und Ländern mit jüdischen Gemeinden und ihren Verbänden bei Julia Lutz-Bachmann, *Mater rixarum? Verträge des Staates mit jüdischen und muslimischen Religionsgemeinschaften*, 2015, S. 93 ff.; Demel, Normalität (o. Fn. 2), S. 249 ff. – Für die neuen Bundesländer: Axel Vulpius, Verträge mit der Jüdischen Gemeinschaft in den neuen Ländern, in: NVwZ 1996, S. 756 ff.; Kyrill-Alexander Schwarz, Rechtsstellung jüdischer Gemeinden in der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Situation in den „neuen“ Bundesländern, in: LKV 2008, S. 344 (345 ff.).

Gremien, insbesondere im Rundfunkrecht, lässt sich eine paritätische Berücksichtigung der jüdischen Gemeinden im Verhältnis zu den christlichen Großkirchen feststellen, die zugleich aber eine Disparität gegenüber anderen öffentlich-rechtlich korporierten Religionsgemeinschaften mit sich bringt.¹⁸

II. Die Gemeinde als bestimmende Organisationsform

1. Bedeutung

- 7 Die Gemeinde ist Kern und Bezugspunkt des jüdischen religiösen und kulturellen Lebens.¹⁹ Nach religiöser Tradition existiert keine übergemeindliche Ebene. Überörtliche Zusammenschlüsse haben lediglich administrative und repräsentative Aufgaben. Sie dienen einem koordinierten Auftreten gegenüber den entsprechenden staatlichen Ebenen. So sind es (vom Sonderfall Baden-Württemberg abgesehen²⁰) auch immer die örtlichen Gemeinden, die jede für sich als Religionsgesellschaften im Sinne von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV zu betrachten sind. Den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts haben die einzelnen Gemeinden zu einem großen Teil aus altem Recht.²¹ Wo nicht, muss er in einem Verleihungsakt zuerkannt werden. Neugründungen auf dem Gebiet eines mit Körperschaftsrechten ausgestatteten Landesverbandes partizipieren nicht an dessen Status, da sie keine Untergliederungen darstellen (wieder mit der Ausnahme Baden-Württemberg).

¹⁸ Zur Gleichheitsproblematik in Bezug auf jüdische Gemeinden: *Jost-Benjamin Schrooten*, Gleichheitssatz und Religionsgemeinschaften. Die gleichheitsrechtliche Behandlung von Religionsgemeinschaften nach den Bestimmungen des Grundgesetzes, der EMRK und der EU-Grundrechte-Charta unter besonderer Berücksichtigung ihrer Organisationsformen, 2014, S. 268 ff.; 272 ff.; *Demel*, Normalität (o. Fn. 2), S. 316 ff.

¹⁹ Dazu und zum Folgenden: Art. „Gemeinde“, in: *Neues Lexikon des Judentums*, hg. von Julius H. Schoeps, überarbeitete Neuausgabe 2000, S. 289 f.; *Johannes Kuntze*, Bürgerliche Mitgliedschaft in Religionsgemeinschaften. Studie über die Rechtsbeziehungen der Mitglieder zu den römisch-katholischen, evangelischen, jüdischen und islamischen Religionsgemeinschaften in Deutschland, 2013, S. 301.

²⁰ Unten Kapitel IV. 2. a.

²¹ *Penßel*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 3), passim; *Demel*, Normalität (o. Fn. 2), S. 99 ff.

2. Entwicklung bis 1990

Das Fehlen einer mit religiöser Autorität ausgestatteten überörtlichen Organisationsebene führt dazu, dass die einzelnen Gemeinden auch in ihrer religiösen Ausrichtung völlig autonom sind.²² Nach der Aufspaltung des organisierten Judentums im 19. und frühen 20. Jahrhundert in Orthodoxie und liberales Judentum²³, die sich mitunter und gerade in größeren Städten im Nebeneinander von zwei unabhängigen jüdischen Gemeinden zeigte, galt es für die wenigen nach 1945 in der Bundesrepublik Deutschland gestrandeten, zurückgekehrten oder verbliebenen Juden, eine überlebensfähige gemeinsame Basis zu finden.²⁴ So etablierte sich mit der Selbstverständlichkeit des Notwendigen erneut das Modell der „Einheitsgemeinde“, das schon vor 1933 das Bild vieler jüdischer Gemeinden bestimmt hatte, indes von den überwiegend orthodoxen Ausrichtungen hinsichtlich ihres Anspruchs in Frage gestellt worden war.²⁵ Als Idealtypus stellt die Einheitsgemeinde die Vereinigung von Juden aller Strömungen und Ausrichtungen unter einem Dach dar. In großstädtischen Gemeinden mit einer größeren Zahl an Gemeindemitgliedern kann dies zu einem Arrangement der religiösen Hauptrichtungen führen. In kleineren Gemeinden mit oft kaum mehr als 100 Mitgliedern dominierte zumindest bis zur großen Zuwanderungswelle in den 1990er Jahren die orthodoxe Ausrichtung. Dies hing mit der Herkunft der Majorität der Gemeindemitglieder seit 1945 zusammen. Die ehemaligen „Displaced Persons“ entstammten osteuropäischen Ländern, wo

8

²² Michael Klöcker/Udo Tworuschka (Hg.), Handbuch der Religionen, Losebl., Grundwerk 1997, III – 5.1.

²³ Die nicht-orthodoxen Strömungen sind ihrerseits vielfältig ausdifferenziert. Grob gesagt, kann man zwischen Reformjudentum und konservativem Judentum unterscheiden. Gemeinsam ist allen nicht-orthodoxen Strömungen, dass religiöse Überlieferung historisch-kritisch aufgefasst und somit für Auslegungen und Weiterentwicklungen zugänglich betrachtet werden (vgl. Michael A. Meyer, Art. „Reformjudentum“, in: Neues Lexikon des Judentums [o. Fn. 19], S. 693 ff.). Bis zur Schoah verstanden sich alle nicht-orthodoxen Strömungen als dem „liberalen Judentum“ zugehörig (Handbuch der Religionen [o. Fn. 22], 28. EL 2011, III – 6.6.9.2, S. 2).

²⁴ Da die DDR nicht an die Traditionen des Staatskirchenrechts vor 1933 anknüpfte, beschreibt dieser Beitrag in historischer Perspektive die staatskirchenrechtliche Situation nur für den westdeutschen Teilstaat. 1989 zählten die fünf jüdischen Gemeinden in der Deutschen Demokratischen Republik zusammen rund 400 Mitglieder, die Mehrzahl, etwa 250, lebte in Ostberlin. Diese Gemeinden wurden 1990 als Mitglieder in den Zentralrat aufgenommen (<<https://www.zentralratderjuden.de/der-zentralrat/geschichte/>>).

²⁵ Dazu Demel, Normalität (o. Fn. 2), S. 177 f.

das Judentum durchgängig orthodox geprägt war. Diese religiöse Prägung brachten sie in die wiedererstehenden deutschen Gemeinden ein.²⁶ War das deutsche Judentum vor 1933 Keimzelle und Hort der reformerisch-liberalen Ausrichtung, kehrte sich dies nun deutlich zugunsten der Orthodoxie um.²⁷ Mit dem nahezu vollständigen Austausch der Gemeindemitglieder war auch das Judentum in Deutschland hinsichtlich seiner Grundströmung gleichsam „ausgetauscht“ worden. Es galt in den kleinen jüdischen Gemeinden pointiert gesagt der „Grundsatz, dass das religiöseste Mitglied die Grenzen an- und vorgab“.²⁸ Zwar waren die Gemeinden insgesamt auch in Bezug auf verschiedene religiöse Strömungen mitunter heterogen zusammengesetzt, die geringe Zahl ihrer Mitglieder nötigte allerdings zum Konsens.²⁹

3. Entwicklung seit 1990

- 9 Die Gemeinden haben durch Zuwanderung von Juden aus den ehemaligen Ostblockstaaten seit 1990 einen erheblichen Mitgliederzuwachs erlebt. Zählten die im Zentralrat organisierten Gemeinden

²⁶ *Edna Brocke*, Jüdisches Leben in der Bundesrepublik Deutschland, in: Jüdische Gemeinden: Kontinuitäten und Brüche, hg. von Eleonore Lappin, 2002, S. 267 (269); *Heinz-Peter Katlewski*, Judentum in Deutschland. Von der neuen Vielfalt jüdischen Lebens in Deutschland, Österreich und der Schweiz, 2002, S. 14 f.; *Julius H. Schoeps*, Art. „Juden“, in: Handbuch zur deutschen Einheit, hg. von Werner Weidengeld / Karl-Rudolf Korte, 2. Aufl. 1999, S. 466 (467).

²⁷ *Rainer Hess / Jarden Kranz*, Jüdische Existenz in Deutschland heute: Probleme des Wandels der jüdischen Gemeinden in der Bundesrepublik Deutschland infolge der Zuwanderung russischer Juden nach 1989, 2000, S. 206 f.

²⁸ *Brocke*, Jüdisches Leben (o. Fn. 26), S. 269.

²⁹ Noch 1998 konnte daher *Georg Heuberger* im Einleitungskapitel zum Begleitbuch der Ausstellung anlässlich des 50-jährigen Bestehens der wiedergegründeten jüdischen Gemeinde in Frankfurt am Main feststellen: „Heute bedeutet ‚Einheitsgemeinde‘ gerade umgekehrt den Verzicht auf religiöse Flügel innerhalb der Gemeinde und eine einheitlich orthodoxe Ausrichtung der religiösen Institutionen.“ (Die jüdische Gemeinde Frankfurt am Main: Anfänge, Gegenwart, Zukunft, in: Wer ein Haus baut, will bleiben. 50 Jahre Jüdische Gemeinde Frankfurt am Main. Anfänge und Gegenwart, hg. vom Jüdischen Museum der Stadt Frankfurt am Main, 1998, S. 22); ebenso *Michael Klöckner / Udo Tworuschka* (Hg.), Handbuch der Religionen (o. Fn. 22), Grundwerk 1997, III – 6.3, S. 4 und III – 7, S. 2.

im Jahr 1989 zusammen gerade noch rund 28.000 Mitglieder,³⁰ so hat sich die Zahl der gemeindeangehörigen Juden in Deutschland seitdem mehr als verdreifacht.³¹ Mit der Verbreiterung der personellen Basis geht eine allmähliche institutionelle Wiederentfaltung der innerjüdischen Pluralität einher, die sich mancherorts in der Ausgründung oder Neugründung liberaler und orthodoxer Separatgemeinden zeigt. An entsprechenden überörtlichen Zusammenschlüssen existieren bislang zwei eigenständige liberale Landesverbände in Niedersachsen und Schleswig-Holstein³² und die den deutschsprachigen Raum umfassende „Union progressiver Juden“.³³ Ein sich damit in den 1990er Jahren abzeichnendes institutionelles Schisma des organisierten Judentums wurde jedoch jedenfalls im Hinblick auf die liberale Strömung abgewendet. Mit der seit 2004 unternommenen Modifizierung der Strukturen des Zentralrats und seiner Einrichtungen zur Einbindung der Mitgliedsgemeinden der Union progressiver Juden ist es gelungen, zumindest die Einheitlichkeit der Repräsentanz gegenüber dem Staat aufrecht zu erhalten. Dadurch konnten neu aufgekommene staatskirchenrechtliche Konfliktfelder entschärft werden, etwa im Hinblick auf die Beteiligung an den in den Staatsverträgen von Bund und Ländern gewährten staatlichen Leistungen und die Beteiligungen jüdischer Vertreter in öffentlichen Aufsichtsgremien.³⁴ Eine ähnliche Integration orthodoxer Separatgemeinden etwa in Berlin und Brandenburg ist bislang nicht gelungen. Noch ist das Modell der örtlichen Einheitsgemeinde aber für die ganz überwiegende Anzahl der jüdischen Gemeinden in Deutschland vorherrschend.

4. Organisation

Die Organisationsstruktur der Gemeinden weist durchweg folgendes Muster auf: Üblich ist die Wahl einer Vertreterversammlung un-

10

³⁰ Zahl nach: Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland (Hg.), *Auszüge aus der Mitgliederstatistik* (o. Fn. 9).

³¹ Nach einem Höchststand von rund 108.000 Mitgliedern im Jahr 2006 ist die Zahl seitdem wieder leicht gesunken und betrug im Jahr 2018 rund 96.000 (<<https://www.zwst.org/medialibrary/service-information/ZWST-Mitgliederstatistik-2018-Auszug.pdf>>).

³² Unten Rn. 24 f.

³³ Unten Kapitel V. 4.; ausführlich dazu und zum Folgenden: *Demel*, Normalität (o. Fn. 2), S. 185 ff., 198 ff., 205 f.

³⁴ Dazu ausführlich: *Demel*, ebd., S. 288 ff., 295 ff., 330 f.

terschiedlicher Stärke meist für eine Wahlperiode von drei bis vier Jahren durch die volljährigen und geschäftsfähigen Gemeindemitglieder (bei der Jüdischen Gemeinde Berlin beispielsweise heißt sie „Repräsentantenversammlung“ und besteht aus 21 Mitgliedern,³⁵ die Jüdische Gemeinde Düsseldorf wählt einen 15-köpfigen „Gemeinderat“³⁶). Aufgaben der Vertreterversammlung sind üblicherweise die Bestimmung allgemeiner Richtlinien, nach denen die Gemeinde geführt wird, Genehmigung des jährlichen Haushaltsplans, Wahl und Überwachung des mehrköpfigen Gemeindevorstands, Wahl der Delegierten der Gemeinde für die Organe des Zentralrats der Juden in Deutschland und der Zentralwohlfahrtsstelle sowie die Zustimmung zur Ernennung oder Entlassung von Rabbinern. Der Vorstand führt die Geschäfte der Gemeinde, vertritt sie rechtlich nach außen, setzt die Beschlüsse der Vertreterversammlung um und legt den Haushaltsplan vor.

- 11 Gemeinderabbiner sind nicht mit Verwaltungs- oder Leitungsaufgaben befasst. Sie sind Angestellte der Gemeinde und als solche formal gesehen den Weisungen des Vorstands unterworfen. Traditionell wird dem Rabbiner hohe Autorität in religiösen Fragen zugesprochen.³⁷ Einer förmlichen Aufgabenzuordnung bedarf es daher nicht. Manche Satzung erwähnt den Rabbiner daher überhaupt nicht.³⁸ Mitunter billigen ihnen die Satzungen aber ausdrücklich gewisse Anhörungsrechte zu. So bestimmt die Satzung der Jüdischen Gemeinde Berlin, dass der Vorstand in religiösen Fragen von grundsätzlicher Bedeutung rabbinischen Rat einholen muss.³⁹ Auch ist der Rabbiner dort vor der Anstellung von Kultusfunktionären, als mit der Verrichtung religiöser Aufgaben betrauter Angestellter, zu hören.⁴⁰ Das zeigt, dass die formal bestehende Entscheidungskompetenz religiöser Laien jedenfalls im Kernbereich der Religion der geistlichen Autorität als Stütze bedarf.

³⁵ Satzung vom 11.2.1997 in der Fassung vom 12.11.2008 (einzusehen unter: <<http://gemeindewatch.blogspot.de/2013/10/wahlordnung-und-satzung-der-jgzb-und.html>>).

³⁶ <<https://jgd.de/institutionen/>>.

³⁷ Handbuch der Religionen (o. Fn. 22), Grundwerk 1997, III – 5.2; s. u. Rn. 43.

³⁸ Etwa die Satzung der Jüdischen Gemeinde Frankfurt am Main vom 19.6.2017 <https://jg-ffm.de/mandanten/1/images/unsere_gemeinde/vorstand_gemeinderat/01%20Satzung%20Juedische%20Gemeinde%2019.06.2017.pdf>.

³⁹ Oben Fn. 35, § 25 der Satzung.

⁴⁰ Ebd., § 27 Abs. 2.

III. Mitgliedschaftsrecht

1. Selbstverständnis und staatskirchenrechtliche Mindeststandards

Die einzelnen Gemeinden haben ihr Mitgliedschaftsrecht unterschiedlich geregelt. Teilweise wird eine förmliche Anmeldung verlangt.⁴¹ Eine solche Anmeldung kann bis zur Religionsmündigkeit bei Kindern und Jugendlichen auch von den Erziehungsberechtigten vorgenommen werden. Insoweit gilt nichts anderes als bei der Mitgliedschaft in einer christlichen Kirche begründenden Kindstau- fe. Mitunter aber wird auf eine ausdrückliche Willensbekundung des Mitglieds oder seines gesetzlichen Vertreters verzichtet. Die Mitgliedschaft soll dann allein durch Glaubenszugehörigkeit und Wohnsitz- nahme begründet werden.⁴² Das wirft staatskirchenrechtliche Fragen auf.

12

Das Kriterium der Glaubenszugehörigkeit bestimmt sich in der jüdischen Tradition nach der Abstammung. Der Halacha⁴³ gemäß ist Jude oder Jüdin, wer von einer jüdischen Mutter geboren wurde (Matrilinearität).⁴⁴ Staatskirchenrechtlich relevant wird dies insbesondere im Kirchensteuerrecht. In der Rechtsprechung der Finanzge- richte dazu hat sich einhellig die Forderung nach einer zusätzlichen „nach außen hin erkennbare[n] Willensäußerung, sei es persönlich, sei es durch gesetzliche Vertreter“⁴⁵ etabliert. In der Literatur wird diese Auffassung überwiegend geteilt, wenn auch mit unterschiedlicher

13

⁴¹ Exemplarisch hierfür § 3 der Satzung der Jüdischen Gemeinde zu Ber- lin: „(1) Mitglieder der Gemeinde sind alle Personen, die dem jüdischen Glauben angehören und in Berlin ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufent- halt haben und sich bei der Gemeinde anmelden. [...]“ (Satzung vom 11.2. 1997 in der Fassung vom 12. 11. 2008; o. Fn. 35).

⁴² Exemplarisch hierfür § 2 der Satzung der Jüdischen Gemeinde Frank- furt am Main (o. Fn. 38): „Mitglieder der Jüdischen Gemeinde sind alle Per- sonen jüdischen Glaubens, die in Frankfurt ihren Wohnsitz oder gewöhnli- chen Aufenthalt haben und nicht binnen einer Frist von drei Monaten nach ihrem Zuzug nach Frankfurt am Main gegenüber dem Gemeindevorstand schriftlich erklären, dass sie nicht Mitglieder der Gemeinde sein wollen. [...]“

⁴³ I. e. das gesamte gesetzliche System des Judentums, also alle Ge- und Verbote der schriftlichen und mündlichen Überlieferung (Art. „Halacha“, in: Neues Lexikon des Judentums [o. Fn. 19], S. 322 f.).

⁴⁴ *Demel*, Normalität (o. Fn. 2), S. 231 f. mit Nachweisen; selbstredend be- steht auch die Möglichkeit einer Konversion zum Judentum, vgl. *Walter Ho- molka / Esther Seidel* (Hg.), Nicht durch Geburt allein. Übertritt zum Juden- tum, 1995.

⁴⁵ BFHE 188, 245 (2. Leitsatz).

Herleitung. Wer die negative Religionsfreiheit absolut setzt und Analogien zur christlichen Säuglingstaufe verwirft, wird hier dem jüdischen Selbstverständnis die staatskirchenrechtliche Anerkennung vollständig versagen müssen.⁴⁶ Doch auch die Stimmen, welche die eine Mitgliedschaft begründende Abstammung als Ausdruck religiöngemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrechts grundsätzlich im Staatskirchenrecht für relevant halten,⁴⁷ verkennen die Kollision mit der negativen Religionsfreiheit nicht. Daher wird man unabhängig vom dogmatischen Standpunkt schon um der Rechtssicherheit willen und nicht zuletzt aus Gründen der Beweislast die Notwendigkeit einer Heranziehung objektiver Hinweise auf ein positives Bekenntnis bejahen müssen.⁴⁸ Mit dem Bundesverfassungsgericht muss jedoch „überzogenen Anforderungen an den erkennbaren Willen“⁴⁹, namentlich der Forderung nach einem ausdrücklichen formalen Beitritt zu einer konkreten Gemeinde, eine Absage erteilt werden. Vielmehr sind in einer Einzelfallbetrachtung äußere Tatsachen daraufhin zu bewerten, inwieweit sie Rückschlüsse auf die innere Tatsache des religiösen Bekenntnisses erlauben. Als äußere Tatsache kommt hier die Beschneidung ebenso gut in Betracht wie eine Hochzeit nach jüdischem Ritus oder etwa die Angabe gegenüber staatlichen Meldebehörden, die eigene Religionsangehörigkeit sei „jüdisch“, „israelitisch“ oder „mosaisch“.⁵⁰

⁴⁶ So *Axel von Campenhausen*, Die staatskirchenrechtliche Bedeutung des kirchlichen Mitgliedschaftsrechts (§ 26), in: HSKR², Bd. 1, S. 755 (771); *ders.* / *Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 157; *Stefan Magen*, in: Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, hg. von Dieter Umbach / Thomas Clemens, 1. Aufl. 2002, Art. 140, Rn. 118; *Kuntze*, Mitgliedschaft (o. Fn. 19), S. 317 f.

⁴⁷ Etwa *Felix Hammer*, Rechtsfragen der Kirchensteuer, 2002, S. 281; *Markus Kapischke*, Mitgliedschaft und Steuerpflicht in jüdischen Gemeinden, in: ZevKR 50 (2005), S. 112 (114); *Josef Isensee*, Die Finanzquellen der Kirchen im deutschen Staatskirchenrecht, in: JuS 1980, S. 94 (98, Fn. 38); *Demel*, Normalität (o. Fn. 2), S. 236.

⁴⁸ *Demel*, ebd., S. 235 f.

⁴⁹ BVerfG, B. v. 17.12.2014 – 2 BvR 278/11, Rn. 57.

⁵⁰ *Demel*, Normalität (o. Fn. 2), S. 234 ff. mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; für den Begriff „mosaisch“ ausdrücklich zustimmend BVerfG (o. Fn. 49), Rn. 62.

2. Parochialrecht der jüdischen Gemeinden

Soweit einzelne Gemeinden neben der jüdischen Abstammung nicht auf einen ausdrücklichen Beitrittsakt, sondern lediglich auf die Wohnsitznahme abstellen, ist damit der Anspruch auf die Ausübung des Parochialrechts verbunden. Dieses wird insbesondere beim innerstaatlichen Wohnsitzwechsel oder beim Auslandszuzug relevant. Die seit dem 19. Jahrhundert gewohnheitsrechtliche Betrachtung der jüdischen Gemeinden als Glieder eines virtuellen überörtlichen Gesamtjudentums⁵¹ ist auch in der Rechtspraxis der Bundesrepublik faktisch übernommen worden.⁵² Wenn beispielsweise *Hammer* in Bezug auf die christlichen Kirchen wie auf die jüdischen Gemeinden unterschiedslos feststellt, dass „ein Zuziehender allein schon aufgrund dieser Merkmale [Taufe bzw. Abstammung] kirchensteuerpflichtig“ wird,⁵³ so kommt darin ein als selbstverständlich betrachtetes Parochialrecht der öffentlich-rechtlich korporierten jüdischen Gemeinden in Bezug auf alle Juden mit Wohnsitz innerhalb des jeweiligen Gemeindegebiets zum Ausdruck.

Diese Selbstverständlichkeit ist höchstrichterlich erstmals vom Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2010 hinterfragt worden.⁵⁴ Das Gericht anerkennt zwar, dass das Parochialrecht „als ungeschriebene Befugnis nach dem Herkommen mit dem Körperschaftsstatus verbunden ist“. Dies habe jedoch unmittelbar nur Auswirkungen bei Religionsgemeinschaften, die sich in Ausübung ihrer Organisationsgewalt in bestimmter Weise örtlich strukturierten und rechtlich selbständige Untergliederungen bildeten, wie dies bei der katholischen Kirche im Hinblick auf die Pfarrgemeinden und bei den evangelischen Landeskirchen im Hinblick auf die Kirchengemeinden der Fall sei. Ohne eine solche Einordnung in einen höherstufigen Verband seien Vereinbarungen der selbständigen Religionsgemeinschaften auf der Ebene der Gleichordnung nötig. Allerdings hält das Gericht es auch für möglich, dass statt derartiger vertraglicher Vereinbarungen entsprechendes Gewohnheitsrecht existiert.

⁵¹ Dazu *Demel*, Normalität (o. Fn. 2), S. 239 ff.

⁵² Auch das BVerfG lässt dies anklingen, wenn es darauf abstellt, dass es sich bei den unterschiedlichen Strömungen „jedenfalls um Strömungen innerhalb des Judentums handelt“ (o. Fn. 49, Rn. 63).

⁵³ *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 47), S. 447.

⁵⁴ BVerwG, U. v. 23. 9. 2010 – 7 C 22/09.

16 Diesen allgemeinen Ausführungen ist zuzustimmen, sie sprechen jedoch nicht gegen eine Ausübung des Parochialrechts durch jüdische Gemeinden gegenüber zuziehenden Juden, weswegen das Bundesverfassungsgericht zu Recht das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufgehoben hat.⁵⁵ Wenn auch dem Judentum eine religiös relevante überörtliche Organisationsebene fremd ist, so darf doch nicht übersehen werden, dass die jüdischen Gemeinden in Deutschland durchgängig Landesverbände gebildet und sich auf Bundesebene im Zentralrat zusammengeschlossen haben.⁵⁶ Hinzu kommt, dass mit den beiden Rabbinerkonferenzen gemeinsame religiöse Oberinstanzen für alle im Zentralrat der Juden vereinten Gemeinden bestehen,⁵⁷ die für diese Gemeinden insbesondere verbindliche Entscheidungen über die Zugehörigkeit einzelner Personen zum Judentum treffen. Auch wenn man dem jüdischen Selbstverständnis von der völligen Autonomie der einzelnen Gemeinden folgt, so wird man daher jedenfalls für diejenigen jüdischen Gemeinden, die selbst unmittelbar Mitglied des Zentralrats der Juden in Deutschland oder Mitglied eines zentralratsangehörigen Landesverbandes sind, sagen können, dass sie mit dieser Zugehörigkeit zu einem Dachverband die wechselseitige Anerkennung als Gemeinschaften eines gleichartigen religiösen Bekenntnisses unmissverständlich zum Ausdruck gebracht haben und mit der Unterstellung unter die religiöse Autorität einer der beiden Rabbinerkonferenzen auch dezidiert über ein gemeinsames Religionszugehörigkeitsrecht verfügen.⁵⁸ Wo für die Mitgliedschaft in einer jüdischen Gemeinde nichts weiter gefordert wird, als dass der oder die Betroffene „nach dem jüdischen Religionsgesetz Jude ist und nicht nach den Bestimmungen innerstaatlichen Rechts aus einer Synagogengemeinde ausgetreten ist“⁵⁹, kommt darin auch zum Ausdruck, dass jüdische Gemeinden sich nach ihrem Selbstverständnis trotz völliger rechtlicher Autonomie eben sehr wohl als Teil eines als Ganzes betrachteten übergemeindlichen Judentums ansehen.⁶⁰

⁵⁵ BVerfG (o. Fn. 49).

⁵⁶ Siehe unten Kapitel IV. und V.

⁵⁷ Siehe unten Kapitel VI. 1.

⁵⁸ Vgl. Handbuch der Religionen (o. Fn. 22), 22. EL 2009, III – 4.1, S. 1.

⁵⁹ So exemplarisch § 1 der Steuerordnung der Jüdischen Gemeinde Frankfurt a.M. vom 27.8.2007, geändert am 2.12.2014 (veröffentlicht im Staatsanzeiger des Landes Hessen 2014, S. 1123). Diese Bestimmung konkretisiert das satzungsmäßige Mitgliedschaftsrecht (o. Fn. 42) für den Bereich der Kultussteuer.

⁶⁰ Demel, Normalität (o. Fn. 2), S. 238; zustimmend zitiert von BVerfG (o. Fn. 49), Rn. 71.

Wenn es zutrifft, dass die Gemeinde im Judentum Kern und Bezugspunkt des religiösen Lebens ist, dann bedeutet ein wie immer geartetes Bekenntnis zum Judentum zugleich die Bejahung der Gemeinde als unausweichliche Lebensform dieses Bekenntnisses.⁶¹ Ein Jude, der innerhalb Deutschlands von der einen unmittelbar oder über einen Landesverband mittelbar dem Zentralrat der Juden angehörenden jüdischen Gemeinde in eine andere solcherart zentralratsangehörige Gemeinde umzieht, kann daher ohne jede weitere eigene Mitwirkung nach dem Parochialrecht von der neuen Gemeinde als Mitglied in Anspruch genommen werden – analog zur Rechtslage bei den der EKD angehörenden evangelischen Landeskirchen.⁶² Indes folgt die automatische Mitgliedschaft durch Wohnsitznahme aus der widerleglichen Vermutung, durch das Bekenntnis zum Judentum auch die Zugehörigkeit zur zuständigen Ortsgemeinde zu bejahen. Hier ist also grundrechtswahrend die institutionalisierte Möglichkeit eines *votum negativum* zu fordern. Existieren mehrere öffentlich-rechtlich korporierte Gemeinden vor Ort, muss die zuziehende Person sich ohnehin eindeutig durch Bekenntnisakt zuordnen. Unterlässt sie dies, ist in einem solchen Fall die allgemeine Angabe, „jüdisch“ zu sein, staatskirchenrechtlich folgenlos.

Auch beim Zuzug aus dem Ausland wird man trotz des Fehlens eines supranationalen Verbandes der betreffenden jüdischen Gemeinden oder ausdrücklicher Vereinbarungen zum Mitgliedschaftsrecht zwischen ihnen die Ausübung des Parochialrechts nicht grundsätzlich verneinen können. Hier sind wiederum die Umstände des jeweiligen Einzelfalls genau zu betrachten. Ein aus dem Ausland Zuziehender, der an seinem Herkunftsort Mitglied einer jüdischen Gemeinde war und sich gegenüber den zuständigen staatlichen Behörden im Hinblick auf seinen Bekenntnisstand als „jüdisch“, „israelitisch“, „mosaisch“ oder mit einem anderen synonymen Adjektiv bezeichnet, kann durchaus von der örtlichen öffentlich-rechtlich korporierten jüdischen Gemeinde als Mitglied in Anspruch genommen werden, wenn hier wiederum die latente Grundrechtsproblematik durch die ausdrückliche Eröffnung eines *votum negativum* entschärft wird. Auch hier gilt: Wer sich zum Judentum als Religion bekennt, setzt sich eben der widerleglichen Vermutung aus, damit die Ortsge-

⁶¹ Demel, ebd., S. 238 f.; zustimmend zitiert von BVerfG (o. Fn. 49), Rn. 71; ablehnend Kuntze, Mitgliedschaft (o. Fn. 19), S. 323.

⁶² Sog. „Möbelwagenkonversion“, vgl. BVerfGE 19, 206 und 30, 415; gegen diese Analogie: Kuntze, Mitgliedschaft (o. Fn. 19), S. 322.

meinde „als unausweichliche Lebensform dieses Bekenntnisses“ anzuerkennen.⁶³

IV. Korporative Organisationen auf Landesebene

1. Das Grundmuster:

Landesverbände, Landesgemeinden, Großstadtgemeinden

19 Jüdische Landesverbände als Dachorganisationen der jüdischen Einheitsgemeinden mit Körperschaftsstatus existieren in Bayern, Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt sowie in Nordrhein-Westfalen mit den beiden Landesverbänden Nordrhein und Westfalen-Lippe (zu den Sonderfällen Niedersachsen und Schleswig-Holstein sogleich). In den Stadtstaaten Berlin, Bremen und Hamburg existieren jeweils Einheitsgemeinden (in Berlin daneben mit Körperschaftsstatus die orthodoxe Gemeinde *Adass Jisroel*).

20 Nicht den jeweiligen Landesverbänden gehören in einigen Flächenstaaten bestimmte Großstadtgemeinden an, so in Hessen die „Jüdische Gemeinde Frankfurt am Main“ (mit rund 6.400 Mitgliedern im Jahr 2018 gegenüber rund 4.500 Mitgliedern des Landesverbandes), in Bayern die „Israelitische Kultusgemeinde München und Oberbayern“ (mit rund 9.300 Mitgliedern im Jahr 2018 gegenüber rund 8.600 Mitgliedern des Landesverbandes) und in Nordrhein-Westfalen die „Synagogen-Gemeinde Köln“ (mit rund 4.100 Mitgliedern im Jahr 2018 gegenüber rund 16.000 Mitgliedern des Landesverbandes Nordrhein).⁶⁴ Dies hat seinen Grund darin, dass korporative Zusammenschlüsse mehrerer Gemeinden zu überörtlichen Verbänden seit jeher reine Zweckgebilde sind. Gemeinden mit großer Mitgliederzahl und infolgedessen reichem kulturellem Leben und guter Infrastruktur benötigen keinen Landesverband zur Erfüllung

⁶³ Das BVerfG (o. Fn. 49) hat diese weiterreichende Schlussfolgerung in der zitierten Entscheidung nicht gezogen und die Frage eines derart umfassenden Parochialrechts offen gelassen. Der Entscheidung lag zwar ein Fall des Auslandszuzugs zugrunde, jedoch war der Betroffene bereits zuvor Mitglied einer mit Körperschaftsstatus ausgestatteten deutschen jüdischen Gemeinde, war nach Frankreich verzogen und hatte dann erneut seinen Wohnsitz zurück nach Deutschland gewechselt.

⁶⁴ Alle Zahlen nach der Statistik des *Zentralwohlfahrtsverbandes* <<https://www.zwst.org/medialibrary/service-information/ZWST-Mitgliederstatistik-2018-Auszug.pdf>>.

ihrer religiösen und kulturellen Aufgaben. Der zahlenmäßige Unterschied zwischen den betreffenden Großstadtgemeinden und den entsprechenden Landesverbänden wird noch deutlicher, wenn man sich die Mitgliederzahlen vor der Zuwanderungswelle ab 1990 betrachtet. Im Verband Nordrhein etwa hatten alle dem Landesverband angehörenden Gemeinden zusammen im Jahre 1990 2.679 Mitglieder, die Jüdische Gemeinde Köln alleine 1.358 Mitglieder.⁶⁵ Gleichwohl gibt es eine Zusammenarbeit zwischen der Gemeinde Frankfurt und dem hessischen Landesverband (Übernahme von wichtigen religiösen und sozialen Dienstleistungen für Mitglieder des hessischen Landesverbandes durch die Frankfurter Gemeinde), zwischen der Gemeinde in München und dem bayerischen Landesverband und auch zwischen der Kölner Gemeinde und dem Landesverband Nordrhein.⁶⁶

Wegen der geringen Zahl jüdischer Religionsangehöriger existieren derzeit nur überörtliche Einheitsgemeinden in den Bundesländern Thüringen („Jüdische Landesgemeinde Thüringen“) und im Saarland („Synagogengemeinde Saar“).

Alle diese Landesverbände, Großgemeinden und Landesgemeinden sind Mitglieder im Zentralrat der Juden in Deutschland. Abgesehen von den Großstadtgemeinden und den Sonderfällen der Israelitischen Gemeinschaften in Baden und Württemberg, die altkorporiert sind, handelt es sich bei den übrigen Landesverbänden und Landesgemeinden um Neuschöpfungen nach 1945.

2. Sonderfälle

a) Baden-Württemberg: Landeskirchliche Strukturen

In Baden-Württemberg existieren zwei atypische Landesverbände: die Israelitische Religionsgemeinschaft Baden und die Israelitische Religionsgemeinschaft Württembergs.⁶⁷ Sie knüpfen in ihrem Titel unmittelbar an die „Judenschaften“ des Großherzogtums Baden und des Königreichs Württemberg an, die in der Frühzeit der Judenemanzipation staatlicherseits nach dem Modell der evangelischen Landes-

⁶⁵ Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland (Hg.), Auszüge aus der Mitgliederstatistik (o. Fn. 9).

⁶⁶ Siehe *Demel*, Normalität (o. Fn. 2), S. 286 f.

⁶⁷ Zu Baden: *Achim Nolte*, Jüdische Gemeinden in Baden und Basel. Eine rechtsvergleichende Studie über ihr Recht und ihre Stellung, 2002; Überblick zu beiden Gemeinschaften bei *Demel*, Normalität (o. Fn. 2), S. 194 ff.

kirchen organisiert worden waren. Darum tragen sie auch immer noch den Titel der „Religionsgemeinschaft“ und orientieren sich an den Landesgrenzen des 19. Jahrhunderts. Ihr Status als Körperschaften des öffentlichen Rechts ist der von altkorporierten Religionsgemeinschaften, da sie diesen Status seit 1809 in Baden und seit 1832 in Württemberg innehaben.⁶⁸ Im Gegensatz zu den Landesverbänden der übrigen Bundesländer sind ihre Mitglieder nicht die Gemeinden, sondern natürliche Personen jüdischen Glaubens.⁶⁹ Anders als im übrigen Bundesgebiet sind hier die Gemeinden wie bei den großen christlichen Kirchen Untergliederungen der jeweiligen israelitischen Religionsgemeinschaft. Wenn den Gemeinden überhaupt Körperschaftsrechte zukommen, dann nur aufgrund von religionsgemeinschaftlichem Eigenorganisationswillen der übergeordneten Landesgemeinschaft.⁷⁰

*b) Niedersachsen und Schleswig-Holstein:
Parallelstrukturen unter dem Dach des Zentralrats*

- 24** Im Jahre 1998 wurde in Niedersachsen ein „Landesverband der Israelitischen Kultusgemeinden“ als Zusammenschluss von Mitgliedsgemeinden der Union progressiver Juden nach Konflikten innerhalb des bestehenden Landesverbandes der jüdischen Gemeinden von Niedersachsen gegründet.⁷¹ Zunächst privatrechtlich organisiert, fand er schnell staatliche Anerkennung etwa in Bezug auf die Vergabe öffentlicher Mittel. Schon im Jahre 2005 wurde ihm der Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts verliehen.⁷² Daraufhin nahm der Zentralrat der Juden ihn neben dem bereits bestehenden Landesverband der Einheitsgemeinden als Mitglied auf.⁷³
- 25** Die nach dem Krieg wiedererstandenen jüdischen Gemeinden auf dem Gebiet des Bundeslandes Schleswig-Holstein dagegen wurden

⁶⁸ Demel, ebd.

⁶⁹ Vgl. Art. 5 der Satzung der Israelitischen Religionsgemeinschaft Badens (abgedr. bei Nolte, Jüdische Gemeinden [o. Fn. 67], S. 331).

⁷⁰ Bestätigt von BVerwG, B. v. 8.1.2009 – 7 B 42/08, in: NVwZ 2009, S. 390 f. (Ortsgemeinden in Baden unterliegen der Organisationsgewalt der Israelitischen Religionsgemeinschaft Baden).

⁷¹ Katlewski, Judentum (o. Fn. 26), S. 150.

⁷² Bekanntmachung vom 3.11.2005, Niedersächsisches Ministerialblatt 2005, S. 918.

⁷³ Presseerklärung des Zentralrats der Juden vom 20. 11. 2005.

wegen Mitgliederschwundes 1968 aufgelöst. Die wenigen in Schleswig-Holstein lebenden Juden wurden Mitglieder der Jüdischen Gemeinde in Hamburg.⁷⁴ Dieser wurden vom Land Schleswig-Holstein im Jahre 1976 die Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts verliehen.⁷⁵ Damit erhielt die Gemeinde in Hamburg das Parochialrecht und das Besteuerungsrecht für alle jüdischen Glaubensangehörigen mit Wohnsitz in Schleswig-Holstein. Demgemäß schloss das Land Schleswig-Holstein seinen ersten Staatsvertrag zur Förderung jüdischen Lebens in Schleswig-Holstein im Jahre 1998 mit der Jüdischen Gemeinde Hamburg.⁷⁶ Infolge der Zuwanderung bildeten sich jedoch auch in Schleswig-Holstein zu Beginn des 21. Jahrhunderts neue jüdische Gemeinden.⁷⁷ Insgesamt existieren inzwischen eigenständige jüdische Gemeinden liberaler Ausrichtung in Ahrensburg, Bad Segeberg, Elmshorn, Kiel, Lübeck und Pinneberg. Die Gemeinden Bad Segeberg und Pinneberg haben sich im Jahre 2002 zum „Landesverband der Jüdischen Gemeinden von Schleswig-Holstein e.V.“ zusammengeschlossen, dem inzwischen auch die Gemeinden Ahrensburg, Elmshorn, Kiel und die Liberale Jüdische Gemeinde Lübeck angehören.⁷⁸ Daneben hat sich im Jahre 2004 die „Jüdische Gemeinschaft Schleswig-Holstein“ gegründet, zu der die jüdischen Gemeinden orthodoxer Ausrichtung in Flensburg, Kiel und Lübeck gehören. Beide jüdischen Dachverbände haben vom Land Schleswig-Holstein mit Wirkung vom 11. 3. 2005 die Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts verliehen bekommen⁷⁹ und sind beide Mitglied im Zentralrat der Juden⁸⁰. In Schleswig-Holstein liegt damit der bundesweit neben Niedersachsen zweite Fall vor, dass zwei konkurrierende jüdische Landesverbände nebeneinander existieren, die

⁷⁴ Jörg Deventer, Art. „Schleswig-Holstein“, in: Neues Lexikon des Judentums (o. Fn. 19), S. 745; vgl. Regierungsbegründung zum Vertrag zwischen der Jüdischen Gemeinde in Hamburg und dem Land Schleswig-Holstein über die Förderung jüdischen Lebens in Schleswig-Holstein (Schleswig-Holsteinscher Landtag, Drs. 14/1254).

⁷⁵ Abl. Schleswig-Holstein 1976, S. 262.

⁷⁶ Schleswig-Holsteinscher Landtag, Drs. 14/1254.

⁷⁷ Vgl. hierzu und zum Folgenden Bericht und Verhandlungsergebnis zur Neuordnung der vertraglichen Beziehungen zwischen dem Land Schleswig-Holstein in den jüdischen Verbänden in Schleswig-Holstein (Schleswig-Holsteinscher Landtag, Umdruck 15/5363).

⁷⁸ <<http://www.lvjgsh.de/landesverband/>>.

⁷⁹ Für den „Landesverband der Jüdischen Gemeinden“: Abl. Schleswig-Holstein 2005, S. 284; für die „Jüdische Gemeinschaft“: Abl. Schleswig-Holstein 2005, S. 409.

⁸⁰ Presseerklärung des Zentralrats der Juden vom 20. 11. 2005.

jeweils mit Körperschaftsrechten ausgestattet sind und jeweils dem Zentralrat der Juden in Deutschland angehören.

c) Brandenburg: Einheitsgemeinden und Separatorthodoxie

26 Auch in Brandenburg existiert ein dem Zentralrat angehörender Landesverband. Er wurde nach der deutschen Wiedervereinigung als „Jüdische Gemeinde Land Brandenburg e.V.“ gegründet und ist 1993 von der brandenburgischen Landesregierung als Körperschaft des öffentlichen Rechts anerkannt worden.⁸¹ Seitdem haben sich in Brandenburg unter dem Dach der Landesgemeinde sieben Ortsgemeinden gegründet, so dass das Notmodell der einheitlichen Landesgemeinde im Jahr 2006 aufgegeben werden konnte und die Gemeinde sich in „Landesverband der Jüdischen Gemeinden – Land Brandenburg“ umbenannte. Der Verband hatte im Jahr 2018 rund 1.000 Mitglieder.⁸²

27 Daneben gründete sich im Jahr 1999 die orthodoxe „Gesetzestreue jüdische Landesgemeinde“.⁸³ Sie sieht sich als Nachfolgerin des Preußischen Landesverbandes Gesetzestreuer Synagogengemeinden, eines Verbandes orthodoxer Austrittsgemeinden aus dem 19. Jahrhundert. Bislang hat sie die Rechtsform des eingetragenen Vereins. In ihrer Rechtsauffassung, ihr komme der altrechtliche Körperschaftsstatus des vormaligen preußischen orthodoxen Landesverbandes zu, ist sie gerichtlich nicht bestätigt worden.⁸⁴ Trotz geringer Mitgliederstärke⁸⁵ ist die orthodoxe Gemeinde entschlossen, ihre gleichberechtigte Anerkennung als jüdische Interessenvertretung gegenüber dem Land Brandenburg zu erstreiten. So hatte die Gemeinde im Jahr 2009 vor dem Bundesverfassungsgericht immerhin mit einer Verfassungsbeschwerde gegen die Finanzierungsmodalitäten des brandenburgischen Staatsvertrages Erfolg⁸⁶, in welcher sie ihren Anspruch auf

⁸¹ Kurz gefasste Entstehungsgeschichte bei BVerfGE 123, 148 (149 ff.).

⁸² Statistik des Zentralwohlfahrtsverbandes (o. Fn. 64).

⁸³ Hierzu die offizielle Internetseite der Gemeinde <http://toratreu.de/vor_nach/nach.php>.

⁸⁴ OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 29.3.2011 – OVG 5 N 24.08.

⁸⁵ Im Jahr 2014 zählte die Gemeinde nach eigenen Angaben mindestens 257 Mitglieder (vgl. VG Potsdam, U. v. 19.5.2014 – VG 12 K 1993/13). Neuere Zahlen sind nicht verfügbar.

⁸⁶ BVerfGE 123, 148.

paritätische Berücksichtigung neben dem zentralratsangehörigen Landesverband erwirkte.

Konnte der Zentralrat nach Jahren der Konfrontation die Gefahr des Bruches mit Gemeinden der liberalen Ausrichtung im Judentum durch Integration in die eigenen Strukturen vorerst bannen, ist nicht absehbar, dass dies nun auch mit der erneuerten Separatorthodoxie gelingen kann. Der ausdrückliche Rekurs des neuen Konkurrenzverbandes in Brandenburg auf die Weimarer Zeit lässt erwarten, dass die künftige Konfrontation ebenfalls an die – bis zur Zwangsvereinigung im Dritten Reich unversöhnlichen – seinerzeitigen Gegensätze anknüpfen wird. Wegen der orthodoxen Ausrichtung vieler Einheitsgemeinden ist die Separatorthodoxie außerhalb der Strukturen des Zentralrats der Juden in Deutschland bislang lediglich eine Randerscheinung geblieben.

28

V. Der Zentralrat der Juden in Deutschland

1. Entstehung und Organisation

Der im Jahre 1950 gegründete Zentralrat der Juden versteht sich als Spitzenorganisation der jüdischen Gemeinden in Deutschland und ihrer Landesverbände (so § 2 der Satzung des Zentralrats)⁸⁷. Signifikant ist zunächst seine offizielle Bezeichnung: Nicht Zentralrat der „deutschen Juden“, sondern der „Juden in Deutschland“. Bereits in der Namenswahl wird hier die jüngste deutsche Geschichte manifest: Das „deutsche Judentum“ wurde ausgerottet. Die meisten Juden, die jetzt in Deutschland leben, kamen aus Polen, dem Gebiet der ehemaligen Tschechoslowakei, dem Gebiet der ehemaligen Sowjetunion und vielen anderen Ländern. Der bei der Gründung gewählte Terminus zeigte aber auch eine Distanz der Überlebenden der Schoah zum Volk der Täter an.

29

Das Hauptaugenmerk der Gründer des Zentralrats der Juden in Deutschland galt der Förderung und Pflege religiöser und kultureller Aufgaben der jüdischen Gemeinden wie auch der Vertretung der politischen Interessen der jüdischen Gemeinschaft. In den Anfangsjahren war die Arbeit des Zentralrats vorwiegend nach innen gerichtet. Die

30

⁸⁷ Satzung vom 21.04.1996 in der Fassung der satzungsändernden Beschlüsse der Ratsversammlungen vom 15.12.1996, 30.11.1997, 29.11.1998, 25.11.2001, 24.11.2002, 28.11.2004, 20.11.2005, 29.11.2009 und 27.11.2016.

wiedererstandenen jüdischen Gemeinden hatten die Auswirkungen der Nazizeit zu verkraften. Insbesondere waren Synagogen und Gemeindezentren neu- und wiederaufzubauen. Neben der Vertretung jüdischer Interessen gegenüber den Staatsorganen ist heute einer der Schwerpunkte der Arbeit des Zentralrats die Unterstützung bei der Integration von jüdischen Zuwanderern aus der ehemaligen Sowjetunion.

- 31** Der Zentralrat der Juden in Deutschland besitzt gemäß § 4 seiner Satzung drei Organe: die Ratsversammlung, das Direktorium und das Präsidium. Oberstes Entscheidungsgremium ist die Ratsversammlung (§ 5 der Satzung). Sie tagt mindestens einmal jährlich, beschließt den Jahreshaushalt des Zentralrats und entscheidet über alle Grundsatzfragen der jüdischen Gemeinschaft. Dem Rat gehören alle Mitgliedsverbände an. Für je 1.000 Gemeindemitglieder wird ein Delegierter entsandt. Die Ratsversammlung wählt aus ihrer Mitte für die Dauer von jeweils vier Jahren drei Mitglieder, die dem Präsidium des Zentralrats angehören.
- 32** Auch das Direktorium besteht gemäß § 8 der Satzung aus von den einzelnen Mitgliedsverbänden entsandten Vertretern. Jeder Landesverband entsendet je angefangene 5.000 Gemeindemitglieder einen Vertreter in diese Ländervertretung. Aktuell besteht es aus 35 Mitgliedern.⁸⁸ Das Direktorium wählt spätestens zwei Monate nach der entsprechenden Wahl in der Ratsversammlung aus seiner Mitte weitere sechs Mitglieder, die für die Dauer von vier Jahren dem Präsidium angehören.
- 33** Aufgabe des Präsidiums ist die Führung der Geschäfte im Rahmen des genehmigten Haushalts und unter Beachtung der Richtlinien der Ratsversammlung und des Direktoriums. Dieses wählt aus seinen neun Mitgliedern den Präsidenten sowie zwei Vizepräsidenten, die den Zentralrat als Vorstand i. S. d. § 26 BGB vertreten (§ 10 der Satzung) und in der Öffentlichkeit repräsentieren.
- 34** Das Direktorium wählt außerdem gemäß § 11 der Satzung einen Geschäftsführer oder Generalsekretär. Er führt die laufenden Geschäfte des Zentralrats. Dabei ist er an die Beschlüsse des Präsidiums gebunden.

⁸⁸ <<https://www.zentralratderjuden.de/der-zentralrat/organe/direktorium/>>.

2. Schieds- und Verwaltungsgerichtsbarkeit

Der Zentralrat verfügt über eine eigene Schieds- und Verwaltungsgerichtsbarkeit für innere Angelegenheiten, welche insoweit den ordentlichen Rechtsweg ausschließen soll.⁸⁹ Sie ist zweigliedrig aufgebaut.

Das Schieds- und Verwaltungsgericht entscheidet bei Streitigkeiten zwischen dem Zentralrat oder einem seiner Organe und den Mitgliedern⁹⁰ sowie bei Streitigkeiten aus Dienstverhältnissen der im unmittelbaren Dienst des Zentralrats, eines Mitglieds oder einer zugehörigen Gemeinde stehenden Bediensteten (Beamte, Ruhestandsbeamte und Angestellte)⁹¹. Es hat zudem eine Auffangfunktion bei satzungsrechtlichen Streitigkeiten für solche Mitglieder und mitgliedsangehörige Gemeinden, die auf ihrer Ebene kein eigenes Schiedsgericht eingerichtet haben.⁹² Es kann für Streitigkeiten dienstrechtlicher Art zwischen Kultusbeamten oder Kultusangestellten und deren Dienstherrn ausdrücklich in den Dienstverträgen für zuständig erklärt werden. Im Übrigen hat es auch im Dienstrecht eine Auffangfunktion in Fällen, in denen keine andere Schiedsinstanz existiert.⁹³ Schließlich weist die Satzung des Zentralrats dem Schieds- und Verwaltungsgericht über eine Generalklausel die Zuständigkeit für Streitigkeiten nichtsatzungsrechtlicher Art zu, „sofern der Rechtsstreit einen Bezug zu den Angelegenheiten der jüdischen Gemeinschaft“ aufweist.⁹⁴ Hierbei ist es allerdings erforderlich, dass sich die Streitparteien der Schiedsgerichtsbarkeit des Zentralrats ausdrücklich unterwerfen.⁹⁵

Für die Auslegung der Satzung bei Streitigkeiten zwischen den Organen des Zentralrats ist als eigene Instanz das Obere Schieds- und Verwaltungsgericht eingerichtet worden.⁹⁶ Es besteht aus dem Präsidenten, dem Vizepräsidenten und drei weiteren Richtern. Präsident, Vizepräsident und mindestens ein weiterer Richter müssen die Befähigung zum Richteramt nach dem deutschen Richtergesetz be-

⁸⁹ § 15 Abs. 1 und 2 der Satzung (o. Fn. 87).

⁹⁰ § 15 Abs. 4 Buchst. a der Satzung (o. Fn. 87).

⁹¹ § 15 Abs. 4 Buchst. d der Satzung (o. Fn. 87).

⁹² § 15 Abs. 4 Buchst. b der Satzung (o. Fn. 87).

⁹³ § 15 Abs. 4 Buchst. c der Satzung (o. Fn. 87).

⁹⁴ § 15 Abs. 4 Buchst. e der Satzung (o. Fn. 87).

⁹⁵ § 15 Abs. 5 der Satzung (o. Fn. 87).

⁹⁶ § 15 Abs. 3 der Satzung (o. Fn. 87).

sitzen. Um die theologische Expertise des Gremiums zu gewährleisten, muss eines der Mitglieder amtierender Rabbinen in einer dem Zentralrat angehörenden Gemeinde sein. Die Richter werden von der Ratsversammlung auf gemeinsamen Vorschlag des Direktoriums und des Präsidiums mit einfacher Mehrheit für die Dauer von fünf Jahren gewählt.⁹⁷ Sie wählen wiederum aus ihrer Mitte den Präsidenten und den Vizepräsidenten.⁹⁸

- 38** Beim Schieds- und Verwaltungsgericht entscheiden Kammern. Sie setzen sich aus drei Richtern zusammen. Je einen Schiedsrichter bestimmen Antragsteller und Antragsgegner. Diese wählen wiederum einen Vorsitzenden, welcher über die Befähigung zum Richteramt nach dem deutschen Richtergesetz verfügen muss und Mitglied des Oberen Schieds- und Verwaltungsgerichts sein soll. Die Beteiligten können die Entscheidung über den Rechtsstreit auch einvernehmlich einem gemeinsamen Einzelrichter übertragen.⁹⁹
- 39** Für das Schiedsverfahren gelten die einschlägigen Vorschriften der ZPO. In satzungsrechtlichen Fragen kann das Gericht auch nach den Grundsätzen der VwGO verfahren.¹⁰⁰ Es besteht die Möglichkeit, zur Befolgung eines Schiedsspruches oder anderer Anordnungen Zwangsgelder festzusetzen.¹⁰¹

3. Staatskirchenrechtliche Bedeutung des Zentralrats

- 40** Im Hinblick auf die staatskirchenrechtliche Einordnung ist der Satz des langjährigen Präsidenten des Zentralrats, *Paul Spiegel*, sicher überspitzt, dass „der Zentralrat keine religiöse Organisation ist“.¹⁰² Jedenfalls ist der Zentralrat keine Religionsgemeinschaft im staatskirchenrechtlichen Sinne, wohl aber sind es die einzelnen Gemeinden.¹⁰³ Diese sind teils unmittelbar, teils über ihre Landesverbände mittelbar Mitglieder des Zentralrates und werden auf gesamtstaatlicher Ebene durch ihn in ihrer Eigenschaft als Religionsge-

⁹⁷ § 15 Abs. 9 der Satzung (o. Fn. 87).

⁹⁸ Lit. 2) der Schieds- und Kostenordnung des Oberen Schieds- und Verwaltungsgerichts bei dem Zentralrat der Juden.

⁹⁹ § 15 Abs. 6 der Satzung (o. Fn. 87).

¹⁰⁰ Lit. 7) der Schieds- und Kostenordnung (o. Fn. 98).

¹⁰¹ § 15 Abs. 7 der Satzung (o. Fn. 87).

¹⁰² Interview mit der Jüdischen Allgemeinen vom 9.1.2003.

¹⁰³ Oben Rn. 7.

meinschaft gleichsam mediatisiert: Der Zentralrat handelt als Repräsentationsorgan eines Kollektivs von gleichartigen Religionsgemeinschaften, die sich als Teil eines überörtlichen Judentums betrachten. Eine juristisch präzise Umschreibung des Namens müsste lauten: „Zentralrat der jüdischen Gemeinden und ihrer Landesverbände in Deutschland“, denn „Juden“, also natürliche Personen, können nicht Mitglieder im Zentralrat sein.

Erst der freiwillige überörtliche Zusammenschluss der jüdischen Gemeinden in Landesverbänden und dem Zentralrat der Juden in Deutschland hat eine staatskirchenrechtlich handhabbare Größe geschaffen, die es etwa erlaubt, als Objekt der paritätischen Berücksichtigung im Vergleich mit den christlichen Großkirchen behandelt zu werden. Obschon also weder die meisten Landesverbände und erst recht nicht der Zentralrat „Religionsgemeinschaften“ im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs sind (immer mit den Ausnahmen Baden, Württemberg und denjenigen Korporationen auf Landesebene, die nicht aus mehreren selbständigen Gemeinden zusammengesetzt sind, s. o. Rn. 19 ff.), erfüllen sie einen staatskirchenrechtlichen Zweck. Sie sind das Medium der kollektiven Wahrnehmung der Rechte der Gemeinden in deren Eigenschaft als „Religionsgesellschaften“ im Sinne von Art. 137 Abs. 5 WRV. Daher ist wie die einzelnen Landesverbände auch der Zentralrat zu Recht in seinem Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts gemäß Art. 137 Abs. 5 S. 3 WRV anerkannt worden.¹⁰⁴

41

4. Das Verhältnis zur Union progressiver Juden in Deutschland

Erstmals in der deutschen Geschichte existiert mit dem Zentralrat der Juden eine nationale Interessenvertretung mit Körperschaftsstatus. Man ist staatlicherseits über Jahrzehnte hin selbstverständlich davon ausgegangen, dass die jüdischen Einheitsgemeinden, ihre Landesverbände und der Zentralrat die staatskirchenrechtliche Normalität des deutschen Judentums exklusiv verkörpern. Mit dem Auftreten liberaler und orthodoxer Separatgemeinden neben und in Konkurrenz zu den etablierten Einheitsgemeinden wird diese Exklusivität in Frage gestellt. Insbesondere die Gründung eines Dachverbandes

42

¹⁰⁴ Das geschah durch Bekanntmachung des Kultusministers von Nordrhein-Westfalen vom 27.2.1963 (MBl. S. 287). Dieser war für einen solchen deklaratorischen Akt zuständig, weil der Zentralrat seinen Sitz damals in Nordrhein-Westfalen hatte (heute in Berlin).

unabhängiger liberaler Gemeinden im Jahr 1997 zunächst als Arbeitsgemeinschaft liberaler und konservativer jüdischer Gemeinden im deutschsprachigen Raum und dann 2002 als „Union progressiver Juden in Deutschland e.V.“ kollidierte mit dem Anspruch des Zentralrats, der Repräsentant aller Juden in Deutschland zu sein. Zwar hatte der Zentralrat auch in der Vergangenheit immer betont, er sei offen für alle jüdischen Strömungen auf der Grundlage der Halacha, insbesondere auch für liberale Strömungen im Judentum.¹⁰⁵ Er verhielt sich indes gegenüber der Union progressiver Juden in den ersten Jahren nach ihrer Gründung abweisend. Seit 2004 werden aber auch Mitgliedsgemeinden der Union progressiver Juden bei der finanziellen Förderung in Programmen und Projekten des Zentralrats berücksichtigt. Die Aufnahme zweier dezidiert liberaler Landesverbände am 20.11.2005 in den Zentralrat, nämlich des Landesverbands Jüdischer Gemeinden in Schleswig-Holstein und des Landesverbands der Israelitischen Kultusgemeinden in Niedersachsen, hat für eine deutliche Entspannung gesorgt. Zur Gründung weiterer liberaler Landesverbände neben bereits bestehenden ist es seitdem nicht mehr gekommen. Die Union progressiver Juden hat sich zwar inzwischen erfolgreich um den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts bemüht.¹⁰⁶ Eine organisatorisch exklusive Vertretung der Gemeinden liberaler Ausrichtung innerhalb des deutschen Judentums verfolgt sie damit aber nicht. Neben den genannten liberalen Landesverbänden ist etwa auch die Jüdische Kultusgemeinde Bielefeld zugleich Mitglied im zentralratsangehörigen Landesverband der jüdischen Gemeinden von Westfalen-Lippe als auch in der Union progressiver Juden.¹⁰⁷ Damit sind nun 13 von gegenwärtig 26 Gemeinden, die der Union progressiver Juden in Deutschland angehören, zugleich über ihre Landesverbände in die Strukturen des Zentralrats eingebunden. Zudem hat sich die Union progressiver Juden mit ihren Mitgliedsgemeinden der religiösen Autorität der unter dem Dach des Zentralrats angesiedelten Allgemeinen Rabbinerkonferenz unterstellt.¹⁰⁸ Dementsprechend haben sich die Rabbiner ihrer Gemeinden der Allge-

¹⁰⁵ Exemplarisch der langjährige Präsident des Zentralrats, *Paul Spiegel*, im Interview mit der Jüdischen Rundschau vom 18.1.2001.

¹⁰⁶ Die Verleihung erfolgte durch das Land Nordrhein-Westfalen mit Wirkung zum 30.9.2015 (GVBl. NRW 2015, S. 683).

¹⁰⁷ Siehe die Mitgliederlisten des Zentralrats der Juden einerseits (<<https://www.zentralratderjuden.de/vor-ort/landesverbaende/key//juedisch-de-kultusgemeinde-bielefeld-kdoer-beit-tikwa/>>) und der Union progressiver Juden andererseits (<<https://www.liberales-juden.de/Gemeinden/bielefeld>>); vgl. auch: Handbuch der Religionen (o. Fn. 22), 28. EL 2011, III – 6.6.9.2, S. 9.

¹⁰⁸ Siehe unten Rn. 47.

meinen Rabbinerkonferenz angeschlossen, unabhängig davon, ob die betreffenden Gemeinden in die Zentralratsstrukturen eingebunden sind.

VI. Weitere überörtliche jüdische Einrichtungen

1. Rabbinerkonferenzen

Oberste religiöse Autorität jeder Gemeinde ist der Rabbiner.¹⁰⁹ Nach der religiösen Tradition hat er, obgleich in den Gemeinden formal weisungsgebundener Angestellter,¹¹⁰ die Aufgaben des religiösen Lehrers, Richters, Predigers und Fachmanns der Halacha. Die Rabbiner der jüdischen Gemeinden in Deutschland sind zusammengeschlossen in Rabbinerkonferenzen. Bis zur großen Einwanderungswelle zu Beginn der 1990er Jahre bestand eine einheitliche Rabbinerkonferenz für alle Zentralratsgemeinden. Sie war ebenso wie die Einheitsgemeinden von der jüdischen Orthodoxie geprägt. Das Erstarken der liberalen Strömung führte dann zu Spannungen auch im Hinblick auf die Anerkennung der Autorität der Rabbinerkonferenz.¹¹¹ Die Union progressiver Juden unterstellte sich in ihrer ersten Satzung 1997 in Opposition zu der auf das orthodoxe Oberrabbinat Israels hin ausgerichteten Rabbinerkonferenz der Zentralratsgemeinden dem Europäischen *Bet Din*¹¹² der „World Union for Progressive Judaism“ in London. Durch diesen Beschluss der Union unterstanden Einheitsgemeinden und Unionsgemeinden nun je eigenen religiösen Autoritäten. Ein weiterer Schritt hin zu einer Konfessionalisierung des deutschen Judentums schien gemacht.

Diesen zentrifugalen Kräften wurde durch die Neuorganisation der Rabbinerkonferenz im Jahre 2004 Einhalt geboten.¹¹³ Man wollte

¹⁰⁹ Dazu und zum Folgenden: Lutz Doering, Art. „Rabbiner“, in: Neues Lexikon des Judentums (o. Fn. 19), S. 686 f.; Handbuch der Religionen (o. Fn. 22), Grundwerk 1997, III – 5.2, S. 1 f.

¹¹⁰ S. o. Rn. 11.

¹¹¹ Handbuch der Religionen (o. Fn. 22), Grundwerk 1997, III – 6.3, S. 5.

¹¹² *Bet Din* ist ein Rabbinatsgericht, das die Funktion eines Schiedsgerichts in religiösen Fragen, insbesondere über die Zugehörigkeit einzelner Personen zum Judentum oder die Gültigkeit von Eheschließungen und Scheidungen innehat (Lutz Doering / Theodore Kwasman, Art. „Bet Din“, in: Neues Lexikon des Judentums [o. Fn. 19], S. 125).

¹¹³ Dazu und zum Folgenden: Handbuch der Religionen (o. Fn. 22), 28. EL 2011, III – 6.6.4.

damit der Tatsache Rechnung tragen, dass auch bei Zentralratsgemeinden die progressiven Strömungen immer stärker wurden und die sich mehrende Zahl dezidiert liberal oder konservativ ausgerichteter Zentralratsgemeinden mit einer mehrheitlich orthodox ausgerichteten Rabbinerkonferenz Probleme hatte. Unter dem Dach des Zentralrats sind daher seit 2004 eine „Orthodoxe Rabbinerkonferenz Deutschland“ (ORD) und eine sämtliche nicht-orthodoxe Strömungen abdeckende „Allgemeine Rabbinerkonferenz“ (ARK) organisiert.

- 45 Zunächst war eine Zusammenarbeit in einer einheitlichen „Deutschen Rabbinerkonferenz“ vorgesehen.¹¹⁴ Die ORD und die ARK sollten jeweils einen dreiköpfigen Vorstand wählen. Diese sechs gewählten Rabbiner sollten den Vorstand der Dachorganisation bilden. Dieser wiederum sollte aus seiner Mitte einen Vorstandssprecher und einen Stellvertreter wählen. Sprecher und Stellvertreter sollten nicht aus derselben Unterorganisation stammen, sondern je eine der beiden Hauptströmungen vertreten. Es war vorgesehen, dass Erklärungen oder Entscheidungen von beiden abgezeichnet werden müssen. Diese Konstruktion ist inzwischen aufgegeben worden. Die theologischen Unterschiede zwischen den Strömungen sind offenbar derart groß, dass es derzeit keine Basis für eine institutionalisierte Zusammenarbeit gibt.¹¹⁵
- 46 Beide Rabbinerorganisationen haben je ein eigenes Rabbinatsgericht (*Bet Din*), das vom Zentralrat der Juden finanziell unterstützt wird. So kann bei religionsrechtlichen Einzelentscheidungen dasjenige *Bet Din* angerufen werden, welches der religiösen Ausrichtung der jeweiligen Gemeinde entspricht. Bei der ORD werden zwei der drei Mitglieder des *Bet Din* vom Israelischen Oberrabbinat gestellt, lediglich eines der Mitglieder entstammt dem Kreis der deutschen Ortsrabbiner.¹¹⁶ Die ARK rekrutiert die drei Mitglieder ihres *Bet Din* dagegen aus den eigenen Reihen.¹¹⁷
- 47 Die Mitgliederversammlung der Union progressiver Juden in Deutschland beschloss am 16. 7. 2006, sich mit ihren Rabbinerinnen

¹¹⁴ Dazu und zum Folgenden noch: Handbuch der Religionen (o. Fn. 22), 28. EL 2011, III – 6.6.4, S. 1 f.

¹¹⁵ Handbuch der Religionen (o. Fn. 22), 57. EL 2018, III – 6.6.4, S. 11.

¹¹⁶ Siehe die Angaben der offiziellen Internetpräsenz der ORD <<http://www.ordonline.de/der-beit-din-aufgabe-und-funktion/>>; Handbuch der Religionen (o. Fn. 22), 57. EL 2018, III – 6.6.4, S. 8.

¹¹⁷ Handbuch der Religionen (o. Fn. 22), 57. EL 2018, III – 6.6.4, S. 10.

und Rabbinern der nicht-orthodoxen ARK anzuschließen.¹¹⁸ Dies war nach der Aufnahme von Unionsgemeinden in den Zentralrat im Jahr 2005 der zweite bedeutende Schritt zur Wahrung beziehungsweise Wiederherstellung eines einheitlichen Organisationsrahmens der jüdischen Gemeinschaft in Deutschland.

2. Die Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland

Die Zentralwohlfahrtsstelle sieht sich in der Tradition der 1917 gegründeten „Zentralwohlfahrtsstelle der deutschen Juden“.¹¹⁹ Aufgabe dieser Einrichtung war es, die verschiedenen sozialen Einrichtungen der jüdischen Gemeinschaft zu koordinieren und sich darüber hinaus um die jüdischen Kriegsteilnehmer und ihre Hinterbliebenen zu kümmern. Während des Nationalsozialismus bestand die vorrangige Aufgabe der Zentralwohlfahrtsstelle in der Fürsorge für die Auswanderer sowie sozialen Dienstleistungen für die in Deutschland verbliebenen Juden. 1939 wurde der Verband zwangsaufgelöst. Die Mitarbeiter wurden in Konzentrationslager deportiert.

1951 wurde die Zentralwohlfahrtsstelle vom Zentralrat der Juden wiedergegründet. Sie hat den Rechtsstatus eines eingetragenen Vereins mit Sitz in Frankfurt am Main.¹²⁰ Sie ist eine Dachorganisation der jüdischen Gemeinden in Deutschland und ihrer Landesverbände. Als nicht-politische Vertretung der jüdischen Gemeinden ist sie neben dem Zentralrat die zweite überörtliche Institution der jüdischen Gemeinden in Deutschland. Die Mitgliedschaft im Zentralrat der Juden wird regelmäßig vorausgesetzt (§ 5 Abs. 1 Buchst. a der Satzung). In „begründeten Ausnahmefällen“ können auch solche gemeinnützigen jüdischen Organisationen mit und ohne Körperschaftsstatus aufgenommen werden, die nicht zugleich Mitglied im Zentralrat der Juden sind (§ 5 Abs. 1 Buchst. b der Satzung).

Ihre Arbeitsschwerpunkte waren zunächst die sozialmedizinische und rechtliche Beratung von Überlebenden der Konzentrationslager sowie Starthilfen für berufliche Wiedereingliederung und Wohn-

¹¹⁸ Presseerklärung der Union progressiver Juden vom 18.7.2006 (nicht mehr online verfügbar; Text auszugsweise abgedruckt bei *Demel*, Normalität [o. Fn. 2], S. 208, Fn. 272).

¹¹⁹ Dazu und zum Folgenden: <<https://zwst.org/de/zwst-ueber-uns/geschichte/>>.

¹²⁰ § 1 der Satzung in der Fassung vom 21.11.1993, zuletzt geändert am 19.1.2020 (<<https://zwst.org/medialibrary/ueber%20uns/Satzung-ZWST.pdf>>).

raumbeschaffung. Zunehmend erweiterte sich der Aufgabenkreis um Fragen der Jugendbildung und Erziehung, Kranken- und Seniorenbetreuung. Die Zuzugswelle von Juden aus der ehemaligen Sowjetunion schließlich hat die Zentralwohlfahrtsstelle vor neue Herausforderungen gestellt. Integrationshilfen wie der Umgang mit Behörden, Unterstützung bei der Wohnungssuche, Sprachkurse und Informationen über das politisch-soziale System in Deutschland bilden seither einen weiteren Schwerpunkt ihrer Tätigkeit. Von der Feststellung ausgehend, dass nur wenige der Zuwanderer einen gefestigten Bezug zur jüdischen Religion und Tradition haben, sieht die Zentralwohlfahrtsstelle ein neues Aufgabengebiet seit 1990 zusätzlich darin, den Zuwanderern Wissen um das Judentum zu vermitteln und somit deren jüdische Identität zu stärken.¹²¹

3. Jüdische Hochschuleinrichtungen

a) Die Hochschule für Jüdische Studien in Heidelberg

- 51 Die Heidelberger Hochschule für Jüdische Studien wurde 1979 gegründet, um die Erforschung und das Studium der jüdischen Kultur, Geschichte und Religion in Deutschland in der Tradition der Berliner „Hochschule für die Wissenschaft des Judenthums“ zu erneuern.¹²² Sie wird vom Zentralrat der Juden in Deutschland getragen und ist seit dem Jahr 1981 staatlich anerkannt. Die Finanzierung erfolgt gemeinschaftlich durch Bund und Länder. Das Promotionsrecht hat sie 1995 erhalten. Die Hochschule kooperiert eng mit der staatlichen Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, an der die Studierenden regelmäßig mindestens ein weiteres Studienfach belegen müssen (Doppelimmatrikulation). Die Einrichtung ist im Grundsatz offen für nicht-jüdische Studenten. Sie bietet eine Vielzahl von kulturwissenschaftlich orientierten Studienabschlüssen an, die keinen zwingenden Bezug zu einer späteren Tätigkeit in einer jüdischen Gemeinde haben. Erst seit 2001 ist für angehende jüdische Religionslehrer an der Hochschule ein zum Staatsexamen führendes Studium möglich (neuerdings: Bachelor-Studiengang mit „Lehramtsoption“). Eine im Wintersemester 2001/2002 ins Leben gerufene Rabbinerausbildung

¹²¹ <<https://zwst.org/de/zwst-ueber-uns/>>.

¹²² Hierzu und zum Folgenden: *Nolte*, Jüdische Gemeinden (o. Fn. 67), S. 307 ff. sowie die offizielle Internetpräsenz der Hochschule unter <<http://www.hfjs.eu/profil/geschichte.html>>.

hat die Hochschule inzwischen wieder aufgegeben. Der dazu angebotene Masterstudiengang wollte beide Hauptströmungen des Judentums umfassen, trat aber in Konkurrenz zu den inzwischen neu gegründeten Rabbinerausbildungsstätten (dazu sogleich) und wurde zu wenig nachgefragt.¹²³ Stattdessen bietet die Hochschule nun einen Bachelor-Studiengang „Jüdische Studien und Gemeindepraxis“ an, der anschlussfähig für die Rabbinerausbildung anderer Ausbildungsstätten sein soll.

b) Rabbinerausbildungsstätten

Neben der Hochschule für jüdische Studien haben die religiösen Hauptströmungen des Judentums eigene Ausbildungsstätten für angehende Rabbiner neu gegründet. 52

Im Jahr 1999 entstand zunächst das *Abraham Geiger Kolleg*, das im Oktober 2001 seinen regulären Studienbetrieb aufgenommen hat.¹²⁴ Durch einen im November 2001 zwischen den Rektoren der beiden Einrichtungen abgeschlossenen Kooperationsvertrag ist das Abraham Geiger Kolleg ein An-Institut der Universität Potsdam, frei in der inhaltlichen Ausgestaltung, aber mit der Universität verbunden durch den Rektor des Kollegs, der dort eine Professur innehat und als geschäftsführender Direktor das im Jahr 2013 an der Universität gegründete „Institut für jüdische Theologie“ leitet (das sich inzwischen internationalisiert „School of Jewish Theology“ nennt). Unverkennbar ist die enge Verbindung mit der Union der progressiven Juden, die sich schon bei der Gründung in personellen Verschränkungen zeigte. Die daraus resultierende anfängliche Reserviertheit des Zentralrats der Juden gegenüber dem Kolleg ist im Zuge der allgemeinen Entspannung zwischen Zentralrat und Union der Anerkennung und finanziellen Unterstützung gewichen. Bereits zur Ordination der ersten in Potsdam ausgebildeten Rabbiner im September 2006 veranstaltete der Zentralrat zusammen mit dem Kolleg 53

¹²³ Einzelheiten im Bericht von *Daniel Krochmalnik* unter <http://www.hfjs.eu/md/hfjs/studium/studiengaenge/ba_praktische_j_dischestudien_ws_2011.pdf>.

¹²⁴ Die Darstellung folgt: *Katlewski*, Judentum (o. Fn. 26), S. 165 ff., sowie den offiziellen Internetseiten des Abraham-Geiger-Kollegs <<https://www.abraham-geiger-kolleg.de>>.

einen Festakt¹²⁵, der seine Wertschätzung für die Arbeit dieser Einrichtung demonstrierte.

54 Als weitere Ausbildungsstätte für Rabbiner in Deutschland nahm im Jahr 2009 das *Rabbinerseminar zu Berlin* seinen Ausbildungsbetrieb auf.¹²⁶ Es sieht sich in der Tradition des im Jahr 1873 in Berlin von *Esriel Hildesheimer* gegründeten Rabbinerseminars. Auch seine Arbeit wird vom Zentralrat der Juden unterstützt. Mit der Orthodoxen Rabbinerkonferenz Deutschland besteht eine enge Zusammenarbeit. Neben dem Studium des talmudischen Rechts am Rabbinerseminar müssen die Studenten den seit 2011 bestehenden Studiengang „Jüdische Sozialarbeit“ an der Fachhochschule Erfurt belegen, der mit einer Bachelor-Prüfung abgeschlossen wird.¹²⁷ Das Rabbinerseminar kann somit als orthodoxes Pendant zum Abraham Geiger Kolleg bezeichnet werden.

55 Schließlich wurde im Jahr 2013 wiederum als An-Institut der Universität Potsdam das *Zacharias Frankel College* gegründet.¹²⁸ Es widmet sich der Rabbinerausbildung für die Strömung des Konservativen oder *Masorti* Judentums.¹²⁹ Die Kooperation mit der dem progressiven Judentum verbundenen „School of Jewish Theologie“ an der Universität Potsdam zeigt die Nähe der beiden nichtorthodoxen Strömungen zueinander. So, wie in der Allgemeinen Rabbinerkonferenz Vertreter der progressiven wie der konservativen Ausrichtung zusammenarbeiten,¹³⁰ besteht auch bei der in Potsdam gebündelten Rabbinerausbildung eine partnerschaftliche Nähe dieser beiden Strömungen.

¹²⁵ Bericht in der *Jüdischen Allgemeinen* vom 14. 9. 2006 <<https://www.juedische-allgemeine.de/article/view/id/6463>>.

¹²⁶ Die Darstellung folgt der offiziellen Internetpräsenz des Rabbinerseminars <<https://rabbinerseminar.de/>>.

¹²⁷ <<https://www.fh-erfurt.de/soz/so/juedische-sozialarbeit/>>.

¹²⁸ Handbuch der Religionen (o. Fn. 22), 57. EL 2018, III – 6.6.4, S. 4; Darstellung auf der Internetseite der Universität Potsdam: <<https://www.juedischetheologie-unipotsdam.de/de/an-institute-und-kooperationen/frankel.html>>.

¹²⁹ Eigendarstellung unter: <<http://zacharias-frankel-college.de/>>.

¹³⁰ Oben Rn. 44.

§ 25

Die Organisation muslimischer Gemeinschaften in Deutschland

Von Katharina Pabel

I. Einleitung	1–4
II. Die lokale Ebene	5–10
III. Die regionale Ebene	11–12
IV. Die Bundesebene	13–64
1. Übersicht	13–15
2. DİTİB	16–22
3. Islamrat für die Bundesrepublik Deutschland (IRD)	23–28
4. Verband Islamischer Kulturzentren (VIKZ)	29–34
5. Zentralrat der Muslime in Deutschland e.V. (ZMD)	35–41
6. Koordinationsrat der Muslime (KRM)	42–46
7. Ahmadiyya Muslim Jamaat (AMJ)	47–50
8. Alevitische Gemeinde Deutschland e.V. (AABF)	51–54
9. Islamische Gemeinschaft der Bosniaken in Deutschland – Zentralrat e.V. (IGBD)	55–57
10. Islamische Gemeinschaft der schiitischen Gemeinden in Deutschland e.V. (IGS)	58–61
11. Türkische Gemeinde in Deutschland e.V. (TGD)	62
12. Zentralrat der Marokkaner in Deutschland e.V. (ZRMD)	63–64
V. Die Bedeutung der muslimischen Organisationen in Deutschland	65–71

I. Einleitung

- 1 Nach dem im Auftrag der Deutschen Islamkonferenz im Jahr 2009 vorgelegten Forschungsbericht „Muslimisches Leben in Deutschland“ leben ca. 4 Mio. Muslime in Deutschland.¹ Da die Religionszugehörigkeit nicht statistisch erhoben wird, bedarf die Ermittlung der Anzahl der Muslime in Deutschland einer Befragung sowie einer darauf basierenden Hochrechnung.² Diese Zahl mag sich in den vergangenen Jahren verändert haben, möglicherweise besonders erheblich durch die Migrationsbewegungen in den Jahren 2015 und 2016. Aus dem Bekenntnis zum Islam folgt unmittelbar keine in irgendeiner Weise formalisierte Zugehörigkeit zu einer Institution oder Organisation. Eine Darstellung der muslimischen Organisationen in Deutschland lässt daher nicht den Schluss zu, dass jede in Deutschland lebende Person, die sich zum Islam bekennt, einer der Organisationen angehört.³ Umgekehrt können die Organisationen weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit den Anspruch begründen, die in Deutschland lebenden Muslime zu vertreten.
- 2 Die muslimischen Organisationen in Deutschland bilden ein vielfältiges Bild.⁴ Es handelt sich um Zusammenschlüsse, die inhaltlich ganz unterschiedlich geprägt sind. Sie weisen unterschiedliche religiöse Ausrichtungen auf und repräsentieren so verschiedene Strömungen innerhalb des Islam, der von sich aus keine den christlichen Kirchen vergleichbaren hierarchischen Strukturen mit Letztautorität aufweist.⁵ Gruppierungen bildeten sich auch nach der Herkunft ihrer

Der Beitrag wurde im Januar 2019 abgeschlossen; nur die Verweise auf Internetangebote sind nachgeführt.

¹ *Sonja Haug / Stephanie Müssig / Anja Sticks*, Muslimisches Leben in Deutschland. Forschungsbericht im Auftrag der Deutschen Islam Konferenz, 2009, S. 57 ff. Zur Frage der Anzahl der Muslime in Deutschland s. auch *Matthias Rohe*, Der Islam in Deutschland. Eine Bestandsaufnahme, 2016, S. 75 ff.

² Vgl. *Haug / Müssig / Sticks*, ebd., S. 59.

³ *Hildegard Becker*, Der organisierte Islam in Deutschland und einige ideologische Hintergründe, in: *Integration und Islam*, hg. vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Schriftenreihe Migration, Flüchtlinge und Integration, Bd. 14, 2006, S. 62 (66).

⁴ *Dirk Halm / Martina Sauer*, Angebote und Strukturen der islamischen Organisationen in Deutschland. Studie im Auftrag der Deutschen Islam Konferenz, 2012, S. 39, sprechen von einer Fragmentierung des organisierten Islam in Deutschland.

⁵ *Becker*, Organisierter Islam (o. Fn. 3), S. 66; *Janbernd Oebbecke*, Der Islam als Herausforderung für das deutsche Religionsrecht, in: *Muslimische*

Mitglieder; sie sind zudem unterschiedlichen politischen Richtungen vielfach mit Bezug zu den Herkunftsländern zuzuordnen. Das zeigt auch, dass muslimische Organisationen nicht allein religiöse Ziele, sondern – zumindest teilweise – auch politische, gesellschaftliche, kulturelle, wohltätige und soziale Zwecke verfolgen.

Vor diesem Hintergrund ist eine auch nur annähernd vollständige Erfassung aller muslimischen Organisationen in Deutschland nicht möglich. Die Organisationen lassen sich auf drei Ebenen verorten: Auf lokaler Ebene finden sich Vereinigungen, in denen das religiöse Leben sowie das weitere Gemeinschaftsleben der Muslime auf Gemeindeebene organisiert ist, insbesondere in Moscheevereinen. Auf der regionalen Ebene finden sich zumeist koordinierende Zusammenschlüsse von Vereinigungen der lokalen Ebene. Schließlich können auf einer dritten Ebene bundesweit agierende muslimische Verbände festgestellt werden.

Dieser Beitrag stellt – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – Organisationen auf den drei Ebenen dar. Für die lokale und regionale Ebene werden generell, das heißt ohne Bezugnahme auf einzelne Vereinigungen, die typischen Organisationsstrukturen beschrieben. Auf der Bundesebene werden einzelne bundesweit agierende muslimische Dach- und Spitzenverbände vorgestellt. Dargelegt werden nur die Strukturen der muslimischen Organisationen in Deutschland. Der Beitrag zielt nicht darauf ab, die in inhaltlicher (religiöser, kultureller, politischer) Hinsicht vertretenen Positionen der muslimischen Organisationen zu erörtern oder sie zu bewerten.

II. Die lokale Ebene

Auf lokaler Ebene finden sich als muslimische Organisationen vor allem Gemeindestrukturen, in denen in erster Linie die gemeinsame Religionsausübung, konkret die Erfüllung der Gebetspflichten, gepflegt wird. Diese Moscheegemeinden haben sich im Wesentlichen in größerer Zahl in der Zeit nach dem zweiten Weltkrieg gebildet, in denen sich Arbeitsmigranten, aber auch Selbständige und Studenten zusammenschlossen.⁶ Moscheevereine kümmern sich insbesondere

Gemeinschaften zwischen Recht und Politik, hg. von der Heinrich-Böll-Stiftung, 2010, S. 3 (4).

⁶ Zur Entwicklung der Moscheevereine s. *Thomas Lemmen*, Islamische Organisationen in Deutschland, 2000, S. 26; *Halm / Sauer*, Angebote und

um die religiösen Belange der in Deutschland lebenden Muslime. Die bei der Religionsausübung entstehenden Kosten, etwa für Räume, sollten gemeinsam getragen werden.⁷ Gewissermaßen im Wege der religiösen Selbstorganisation⁸ wurden Moscheevereine gegründet, deren Zweck zunächst in der Anmietung bzw. dem Kauf und Bau geeigneter Gebetsräumlichkeiten bestand,⁹ die in der Folge häufig aber auch über diesen Zweck hinaus Aktivitäten entwickelten. So sollen religiöse Kenntnisse vermittelt werden, was etwa durch die Einrichtung und die Unterhaltung von Koranschulen umgesetzt wird. Die Organisation von Pilgerfahrten nach Mekka oder die Sorge für Beerdigungen werden ebenfalls von Moscheegemeinden übernommen. Moscheevereine haben aber auch häufig die Zielsetzung, das Gemeinschaftsleben der ihr angehörenden Muslime überhaupt zu fördern, kulturelle Bräuche zu pflegen und soziale Aktivitäten umzusetzen. So sind vielfach Teehäuser oder Läden mit einem Moscheeverein verbunden. Darüber hinaus widmen sich Moscheevereine bestimmten Gruppen innerhalb der muslimischen Gemeinschaft, beispielsweise Jugendlichen, Studenten und Frauen, oder betreiben Hilfs- oder Bildungseinrichtungen.¹⁰ Ihre Aktivitäten umfassen somit religiöse und nichtreligiöse Angebote.¹¹ Studien zeigen, dass die Moscheegemeinden durchaus heterogen sind, was die Herkunft ihrer Anhänger anbelangt. Allerdings überwiegen häufig Personen mit bestimmten Herkunftsn in den einzelnen Vereinen.¹²

- 6 Die Zahl der Moscheevereine und alevitischen Cem-Häuser wird deutschlandweit mit ca. 2350 angegeben.¹³ Mit Abstand der größte

Strukturen (o. Fn. 4), S. 61; die meisten Gemeinden entstanden in den 80er und 90er Jahren des zwanzigsten Jahrhunderts.

⁷ Nach jüngeren Studien steht Moscheevereinen zu 93 % ein Imam zur Verfügung, *Halm / Sauer*, Angebote und Strukturen (o. Fn. 4), S. 72.

⁸ *Wiebke Hennig*, Muslimische Gemeinschaften im Religionsverfassungsrecht, 2010, S. 28.

⁹ *Hennig*, ebd., S. 32.

¹⁰ *Lemmen*, Islamische Organisationen (o. Fn. 6), S. 25; *Hennig*, Muslimische Gemeinschaften (o. Fn. 8), S. 33; *Halm / Sauer*, Angebote und Strukturen (o. Fn. 4), S. 69 ff., zu den verschiedenen Angeboten von Moscheevereinen und ihrer Widerspiegelung in der Organisation.

¹¹ *Halm / Sauer*, ebd., S. 74 ff.

¹² *Halm / Sauer*, ebd., S. 59.

¹³ *Halm / Sauer*, ebd., S. 58; *Thomas Volk*, Muslimische Verbände in Deutschland – ein Überblick, in: *Die Politische Meinung* 60 (2015), Nr. 351, S. 71. Die Gemeindegrößen sind unterschiedlich und reichen von ca. 50 bis zu 500 und mehr Mitgliedern, vgl. *Halm / Sauer*, Angebote und Strukturen (o. Fn. 4), S. 69 f.

Teil der Moscheevereine ist sunnitisch geprägt, gefolgt von alevitischen Gemeinden.¹⁴

Rechtlich sind die meisten Moscheevereine als eingetragene Vereine i.S.d. §§ 21, 55 ff. BGB organisiert.¹⁵ Entsprechend den vereinsrechtlichen Vorgaben des Zivilrechts setzt die Erlangung der Rechtsfähigkeit voraus, dass der Verein mindestens sieben Gründungsmitglieder vorweisen kann, eine Vereinssatzung nach den §§ 57 und 58 BGB erlassen wurde und der Verein nach § 21 BGB im Vereinsregister eingetragen wurde. Erst mit der Erlangung der Rechtsfähigkeit haben die Vereine die Möglichkeit, Gebetsstätten für ihre Zwecke zu errichten und zu betreiben. Die Rechtsform des eingetragenen Vereins ist bis heute die vorherrschende Organisationsform der Muslime in Deutschland, gerade auch auf lokaler Ebene.¹⁶

Aus Gründen der Religion müssen muslimische Gläubige keiner Organisation angehören. Die Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft der Muslime beruht auf einem persönlichen Bekenntnis, das aber in keiner Weise formalisiert ist.¹⁷ Dem entspricht es, dass nur wenige muslimische Gläubige im Rechtssinn Mitglieder eines Moscheevereins sind. Eine Mitgliedschaft zu einem Moscheeverein ist jedenfalls für die Mitwirkenden an der Gründung zu bejahen sowie für diejenigen, die dem Moscheeverein formal beigetreten sind. Die meisten muslimischen Gläubigen nehmen am religiösen Leben eines Moscheevereins teil, ohne formal Vereinsmitglied zu sein und ohne entsprechende vereinsrechtliche Mitbestimmungsrechte zu haben.¹⁸

¹⁴ *Halm / Sauer*, ebd., S. 58.

¹⁵ *Hennig*, *Muslimische Gemeinschaften* (o. Fn. 8), S. 33. Die Quote der als Verein organisierten Moscheevereine wird mit 91 % angegeben, vgl. *Halm / Sauer*, *Angebote und Strukturen* (o. Fn. 4), S. 62. Darüber hinaus existieren in Deutschland Gemeinschaften, die sich nicht als rechtsfähige Vereine organisiert haben, z.B. die Union der Islamisch Albanischen Zentren in Deutschland, oder die als gemeinnützige GmbH gegründet sind, z.B. die König-Fahd-Akademie, s. dazu *Thomas Lemmen*, *Islamische Vereine und Verbände in Deutschland*, Friedrich-Ebert-Stiftung (Hg.), Gesprächskreis Migration und Integration, 2002, S. 27.

¹⁶ *Lemmen*, ebd., S. 27; *Hennig*, *Muslimische Gemeinschaften* (o. Fn. 8), S. 33.

¹⁷ *Becker*, *Organisierter Islam* (o. Fn. 3), S. 66; *Faruk Şen / Martina Sauer*, *Religiöse Praxis und organisatorische Vertretung der türkischstämmigen Muslime in Deutschland*, in: ZAR 2006, S. 14 f. Mit theologischem Hintergrund *Thomas Lemmen*, *Islamische Religionsausübung in Deutschland*, in: *Islamisches Alltagsleben in Deutschland*, hg. von Thomas Lemmen / Melanie Miehl, 2001, S. 52 ff.

¹⁸ *Riem Spielhaus*, *Organisationsstrukturen islamischer Gemeinden*, in: *Islamisches Gemeindeleben in Berlin*, hg. von dems./Alexa Färber, 2006,

Umgekehrt stehen Moscheevereine mit ihren religiösen Angeboten regelmäßig allen Muslimen offen. Die Teilnahme an religiösen Angeboten eines Vereins ist nicht von der Mitgliedschaft in diesem Verein abhängig, so dass auch aus diesem Grund eine formale Mitgliedschaft nicht erforderlich ist.

9 Die Tatsache, dass eine Mitgliedschaft in einem Moscheeverein nicht vorausgesetzt wird, führt dazu, dass keine klaren Aussagen über die tatsächliche Anzahl der aktiven Mitglieder der einzelnen Gemeinden oder der muslimischen Gemeinschaften getroffen werden können. Hinzu kommt, dass ein nennenswerter Anteil von Personen, die sich selbst als Muslime verstehen, sich dennoch keiner Gemeinde zugehörig fühlt.¹⁹ Damit ist unklar, in welchem Ausmaß die Moscheevereine die in Deutschland lebenden Muslime erfassen.

10 Die einzelnen Moscheevereine sind teilweise den muslimischen Dachverbänden angeschlossen, die regional oder bundesweit tätig sind (s. dazu IV. und V.). Dabei gibt es sowohl den Fall, dass sich ein Verein nachträglich einem Dachverband anschließt, als auch die Variante, dass ein Verein als lokale Niederlassung eines Dachverbands gegründet wird.²⁰ Grundsätzlich verlangt die Zugehörigkeit zu einem Dachverband ein gewisses Maß an Gleichklang mit den Zielen und der Ausrichtung des Verbands, wobei der Grad an geforderter inhaltlicher Übereinstimmung unterschiedlich ist. Auch die Frage, in welchem Maß der Anschluss an einen Dachverband die Eigenständigkeit der lokalen Gemeinde in organisatorischen Fragen einschränkt, kann nur im Einzelfall beantwortet werden. Der häufig von den Verbänden geäußerte Vertretungsanspruch darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass viele Moscheegemeinden von den Verbänden jedenfalls formal, aber auch tatsächlich unabhängig sind.²¹

S. 12; *Anja Sticks / Sonja Haug / Stephanie Müssig*, Muslimische Verbände in Deutschland aus der Sicht der muslimischen Bevölkerung, in: ZAR 2010, S. 127 (128).

¹⁹ *Halm / Sauer*, Angebote und Strukturen (o. Fn. 4), S. 69.

²⁰ Es ist festgestellt worden, dass Neugründungen von Gemeinden vermehrt jenseits der vorhandenen Verbandsstrukturen stattfinden, vgl. *Halm / Sauer*, Angebote und Strukturen (o. Fn. 4), S. 94.

²¹ *Halm / Sauer*, ebd., S. 39.

III. Die regionale Ebene

Auf regionaler Ebene, die der Ebene der Länder entsprechen kann, findet sich wiederum eine Vielzahl von muslimischen Vereinigungen, die zumeist in der Rechtsform des eingetragenen Vereins organisiert sind. Es handelt sich hierbei um Zusammenschlüsse von örtlichen Moscheevereinen und sonstigen muslimischen Vereinen mit dem Zweck, deren Aktivitäten zu koordinieren und nach außen hin zu repräsentieren. Gleichzeitig ist häufig der Anspruch vorhanden, für den Staat – konkret für die Landesverwaltung bzw. Landesregierung – einen Ansprechpartner für muslimische Angelegenheiten und Interessen zu bieten.²² Die regionalen Vereinigungen sind zum Teil Zusammenschlüsse, die sich ihrerseits einem der bundesweit handelnden Dachverbände (s. unter IV.) anschließen.²³ Zum Teil handelt es sich aber auch umgekehrt um dezentrale oder föderale Einheiten eines Dachverbands.²⁴ Die Zugehörigkeit zu einem Dachverband kann trotz einer (relativen) Eigenständigkeit der regionalen Organisation bestehen oder zu einer (relativen) Abhängigkeit führen, was nicht immer aus der Rechtsform als eingetragener Verein ablesbar ist. Auf regionaler bzw. Landesebene bestehen aber auch weitgehend unabhängige Vereine, in denen sich Muslime unterschiedlicher ethnischer Herkunft und unterschiedlicher islamischer Glaubensrichtungen zusammengeschlossen haben.²⁵

11

Die muslimischen Vereine auf regionaler bzw. Landesebene sind wichtige Ansprechpartner für den Staat, da aufgrund der Kompetenzverteilung häufig die Länder für Fragen im Zusammenhang mit Religionsgemeinschaften zuständig sind. Das gilt insbesondere für die Frage der Veranstaltung von Religionsunterricht an öffentlichen Schulen.²⁶ In Hamburg hat das Land mit dem DİTİB-Landesverband

12

²² *Spielhaus*, Organisationsstrukturen (o. Fn. 18), S. 13.

²³ Z. B. die Islamische Föderation in Berlin (IFB), die Mitglied des Islamrats ist, oder die Islamische Föderation Bremen, die mit der Milli Görüs personell verbunden ist. S. zu diesen Organisationen *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Islamische Organisationen in Deutschland, Dokumentation, WD 1-3000-004/15, S. 29 ff.

²⁴ Beispiel sind die Landesuntergliederungen der DİTİB, dazu unten IV. 2.

²⁵ Ein Beispiel bildet der SCHURA – Rat der Islamischen Gemeinschaften Hamburg e.V.; dazu *Thomas Lemmen*, Muslimische Organisationen in Deutschland: Ansprechpartner für einen islamischen Religionsunterricht?, in: *Islamischer Religionsunterricht?*, hg. von Wolfgang Bock, 2006, S. 151 (168 f.).

²⁶ S. dazu *Markus Ogorek*, → § 44, Rn. 103–106. S. auch *Lemmen*, Muslimische Organisationen (o. Fn. 25), S. 168; *Heinrich de Wall*, Verfassungsrecht-

Hamburg, mit der Schura – Rat der Islamischen Gemeinschaften in Hamburg²⁷ und dem Verband der Islamischen Kulturzentren einen Vertrag über wesentliche Aspekte im Verhältnis zwischen dem Land und den islamischen Gemeinschaften geschlossen.²⁸ Ein entsprechender Vertrag wurde in Bremen geschlossen,²⁹ für Niedersachsen liegt ein Entwurf vor.³⁰

IV. Die Bundesebene

1. Übersicht

- 13** Auf der Bundesebene haben sich bundesweit agierende Dach- und Spitzenverbände der Muslime gebildet. Sie vertreten verschiedene muslimische Bevölkerungsgruppen mit einer Vielzahl von Verbänden bzw. Vereinen, die sich nach nationalen, ethnischen, sprachlichen, politischen, religiösen und organisatorischen Gesichtspunkten unterscheiden.³¹ Eine einheitliche Vertretung aller in Deutschland lebenden Muslime besteht nicht.
- 14** Der Begriff des Dachverbands oder jener des Spitzenverbands ist nicht legaldefiniert. Beschrieben werden damit im hiesigen Kontext der muslimischen Organisationen Zusammenschlüsse von mehreren religiösen Vereinigungen (z.B. Moscheevereinen).³² Die Zusammenschlüsse zu einem Dachverband können neben juristischen Personen auch natürliche Personen umfassen. Die in einem Dachverband organisierten juristischen und natürlichen Personen gehören zu einer gemeinsamen religiösen Strömung innerhalb des Islam; sie weisen

liche Rahmenbedingungen des islamischen Religionsunterrichts, in: Muslimische Gemeinschaften (o. Fn. 5), S. 8 (10).

²⁷ Vgl. zu dieser Organisation *Lemmen*, Muslimische Organisationen (o. Fn. 25), S. 168 f.

²⁸ Vertragstext unter <<https://www.hamburg.de/contentblob/3551370/data/download/muslimverbaende.pdf>>.

²⁹ Vertragstext unter <https://www.senatspressestelle.bremen.de/sixcms/media.php/13/2013_01_04%20Vertragsentwurf.pdf>. Zum beteiligten SCHURA Niedersachsen – Landesverband der Muslime in Niedersachsen e.V. s. *Lemmen*, Muslimische Organisationen (o. Fn. 25), S. 169 f.

³⁰ Entwurf unter <https://www.mk.niedersachsen.de/download/102950/Vertragsentwurf_D%C4%B0T%C4%B0B_SCHURA.pdf>.

³¹ *Barbara Gartner*, Der religionsrechtliche Status islamischer und islamistischer Gemeinschaften, 2011, S. 41.

³² *Hennig*, Muslimische Gemeinschaften (o. Fn. 8), S. 34.

zudem häufig eine gemeinsame religionspolitische Ausrichtung und / oder einen gemeinsamen ethnisch-nationalen Hintergrund auf.³³ Unter den Dachverbänden können jene als Spitzenverbände eingeordnet werden, die selbst keinem weiteren Dachverband als Mitglied angehören.

Die Darstellung der bundesweit agierenden muslimischen Dach- und Spitzenverbände kann nicht umfassend sein. Die folgende Auswahl geht zunächst auf die vier größten bundesweit handelnden islamischen Dachverbände bzw. Spitzenverbände (in alphabetischer Reihenfolge, s. unten 2. bis 5.) ein, die sich im Koordinationsrat der Muslime in Deutschland (vgl. unten 6.) zusammengeschlossen haben. Die bundesweit organisierten Verbände „Islamische Gemeinschaft Millî Görüş“ und „Islamische Gemeinschaft Deutschland“ sind jeweils Mitglied in einem der genannten Verbände und werden im Zusammenhang mit diesen dargestellt. Diese vier Verbände sind Teilnehmer der Deutschen Islamkonferenz,³⁴ ebenso wie weitere sechs Dachverbände, die im Folgenden (in alphabetischer Reihenfolge, s. unten 7. bis 11.) aufgeführt sind.

15

³³ Hennig, ebd., S. 34.

³⁴ Die „Deutsche Islam Konferenz“ (DIK) wurde beginnend mit der 16. Gesetzgebungsperiode für einen langfristigen Dialog zwischen dem deutschen Staat (Bund, Länder und Gemeinden) und den in den Deutschland lebenden Muslimen eingerichtet. Die erstmalige Einberufung erfolgte 2006 durch den damaligen Bundesinnenminister Wolfgang Schäuble. Die DIK wurde in den folgenden Gesetzgebungsperioden fortgesetzt. Sie ist Ausdruck einer Anerkennung des Beitrags der Muslime und der islamischen Organisationen am religiösen, kulturellen und sozialen Leben in Deutschland. Angestrebt wird eine partnerschaftliche Weiterentwicklung der Beziehungen zwischen dem deutschen Staat und muslimischen Organisationen. Zentrale Themen sind Wohlfahrtspflege und gesellschaftliche Teilhabe sowie die Religionsausübung und die religionsrechtliche Teilhabe. Integration und öffentliche Sicherheit sind hingegen keine Gegenstände der DIK. An der DIK nehmen Vertreter von Bund, Ländern und Gemeinden teil sowie muslimische Verbände. Während zu Beginn der Arbeit der DIK auch muslimische Einzelpersonen vertreten waren, nehmen nunmehr Experten teil. Zur Arbeit und zu wesentlichen Ergebnissen der DIK s. <<https://www.deutsche-islam-konferenz.de/>>; s. auch Hamideh Mohagheghi, Neue Aspekte in der Beziehung zwischen Muslimen und Staat in Deutschland, in: Neuere Entwicklungen im Religionsrecht europäischer Staaten, hg. von Wilhelm Rees/Maria Roca/Balázs Schanda, 2013, S. 413 ff.

2. DİTİB

- 16 Mit der Abkürzung DİTİB (Diyanet İşleri Türk-İslam Birliği) wird die Türkische Union der Anstalt für Religion bezeichnet. Sie wurde 1984 als bundesweite Organisation mit Sitz in Köln zu dem Zweck gegründet, alle Moscheen und türkisch-islamischen Gemeinden in der Bundesrepublik unter einem Dach zu vereinen.³⁵ Die DİTİB umfasst ca. 900 Ortsgemeinden, die in ganz Deutschland verteilt sind.³⁶ Sie bezeichnet sich selbst als die mitgliederstärkste Migrantenorganisation in Deutschland.³⁷ Mit Blick auf die Zahl der ihr angehörenden Moscheen ist sie die größte islamische Organisation in Deutschland.³⁸
- 17 Entsprechend seiner Satzung hat der Verband DİTİB als Dachorganisation die Aufgabe, in Deutschland lebende Muslime in allen religiösen Fragen zu betreuen, aufzuklären und zu unterweisen, Gebets- und Unterrichtsstätten einzurichten und zu unterhalten, Laienprediger auszubilden, soziale und kulturelle Aktivitäten sowie Sprachkurse zu veranstalten und Maßnahmen zur beruflichen Bildung von türkischen Staatsbürgern durchzuführen.³⁹ Weiterhin sind die schon gegründeten oder noch zu gründenden türkisch-islamischen Kulturvereine in der Bundesrepublik Deutschland zu beaufsichtigen. Sie sind außerdem in allen, vor allem in religiösen, sozialen, kulturellen und gemeinnützigen Fragen zu unterstützen und es ist ihnen Gründungshilfe zu gewähren.⁴⁰ Ihrem Selbstverständnis nach ist die DİTİB überparteilich, sie bekennt sich zur freiheitlich demokratischen Grundordnung.⁴¹
- 18 Die DİTİB ist ein eingetragener Verein. Der Dachverband DİTİB verbindet in seiner Organisationsstruktur zentralistische, dezent-
-
- ³⁵ *Lemmen*, Islamische Vereine (o. Fn. 15), S. 34.
- ³⁶ *Wissenschaftliche Dienste*, Islamische Organisationen (o. Fn. 23), S. 14.
- ³⁷ Selbstdarstellung der DİTİB (<<https://www.ditib.de/default1.php?id=5&sid=8&lang=de>>).
- ³⁸ *Thomas Schmitt*, Islamische Organisationen und Moscheevereine in Deutschland, 2003, S. 4; *Lemmen*, Muslimische Organisationen (o. Fn. 25), S. 152.
- ³⁹ *Sevket Kücühüseyin*, Türkische politische Organisationen in Deutschland (Zukunftsforum Politik 45), 2002, S. 17; *Ina Wunn / Christa Moser*, Der offizielle türkische Islam – die DİTİB-Moscheen, in: Ina Wunn, Muslimische Gruppierungen in Deutschland. Ein Handbuch, 2007, S. 26 (36).
- ⁴⁰ *Lemmen*, Islamische Vereine (o. Fn. 15), S. 34 f.
- ⁴¹ Vgl. Selbstdarstellung der DİTİB (o. Fn. 37); *Wissenschaftliche Dienste*, Islamische Organisationen (o. Fn. 23), S. 15.

tralistische sowie föderative Elemente.⁴² Die als Verein eingetragenen, eigenständigen Ortsvereine schließen sich dem Dachverband als Mitglieder an, wodurch nicht nur die Ortsvereine selbst, sondern auch deren Mitglieder zu Mitgliedern der DİTİB werden. Als Mitglieder der DİTİB haben sie zwar keine Beitragspflicht, jedoch auch kein Stimmrecht.⁴³ Die Möglichkeit, sich der DİTİB anzuschließen, haben neu gegründete sowie bereits bestehende Ortsvereine.⁴⁴ Schließen sie sich an, so müssen sie in der Regel eine neue Satzung erlassen, die auf das Verhältnis zum Dachverband ausdrücklich hinweist und dieses rechtlich definiert.⁴⁵ Mit dem Anschluss an den Dachverband geht für die Moscheevereine die Verpflichtung einher, mit der DİTİB zusammenzuarbeiten, sie als beratende Institution anzuerkennen und sich durch deren Vorstand betreuen und kontrollieren zu lassen.⁴⁶ Sie bleiben zwar als eingetragene Vereine rechtlich und wirtschaftlich eigenständig, räumen dem Dachverband in ihren Satzungen aber weitreichende Mitwirkungs- und Aufsichtsrechte ein.⁴⁷ Der Verband nimmt diese Aufsichtsmöglichkeiten wahr, indem er die Ortsverbände beaufsichtigt und berät.⁴⁸

Seit Anfang des Jahres 2009 gründeten sich in allen westlichen Bundesländern Landesverbände der DİTİB als Zweigorganisationen des Bundesverbands. Sie fassen die in den jeweiligen Bundesländern befindlichen DİTİB-Gemeinden und deren Mitglieder zusammen.⁴⁹ Der DİTİB-Landesverband in Hessen wurde als Religionsgemein-

19

⁴² Hennig, Muslimische Gemeinschaften (o. Fn. 8), S. 35.

⁴³ Lemmen, Islamische Vereine (o. Fn. 15), S. 35; Hennig, Muslimische Gemeinschaften (o. Fn. 8), S. 35.

⁴⁴ Die meisten Vereine innerhalb der DİTİB wurden vor dem Dachverband gegründet, *Küçükhüseyin*, Türkische politische Organisationen (o. Fn. 39), S. 17.

⁴⁵ Hennig, Muslimische Gemeinschaften (o. Fn. 8), S. 35; Lemmen, Muslimische Organisationen (o. Fn. 25), S. 153.

⁴⁶ Hennig, Muslimische Gemeinschaften (o. Fn. 8), S. 35.

⁴⁷ *Küçükhüseyin*, Türkische politische Organisationen (o. Fn. 39), S. 16, der darauf hinweist, dass viele Ortsgemeinden dem Dachverband auch ihren Grundbesitz übertragen, wodurch dieser ein effektives Kontrollinstrument erhält; Lemmen, Muslimische Organisationen (o. Fn. 25), S. 154. Es besteht ein Satzungsmuster für die der DİTİB angehörenden Vereine, vgl. Lemmen, Islamische Vereine (o. Fn. 15), S. 35.

⁴⁸ Lemmen, ebd., S. 36.

⁴⁹ Vgl. Hennig, Muslimische Gemeinschaften (o. Fn. 8), S. 35.

schaft anerkannt.⁵⁰ In anderen Bundesländern laufen Anerkennungsverfahren.⁵¹

- 20 Auf Bundesebene bestehen die Mitgliederversammlung, der Vorstand und der Beirat als Vereinsorgane. Der Vorstand der DİTİB wird im Rahmen der Mitgliederversammlung auf Vorschlag des Beirats bestimmt.⁵² Er besteht traditionell aus in Deutschland ansässigen Türken.⁵³ Oberster Repräsentant der DİTİB ist der jeweilige Vorstandsvorsitzende. Entsprechend der Satzung sind der DİTİB-Bundesverband, die Landesverbände und die Gemeinden an das staatliche Präsidium für Religiöse Angelegenheiten der Türkei in Ankara (Diyanet) gebunden und mit diesem auch institutionell verwoben. Das türkische Präsidium für Religiöse Angelegenheiten ist inhaltlich der türkischen Staatsdoktrin des Laizismus verpflichtet;⁵⁴ es ist organisatorisch eine direkt dem Ministerpräsidenten unterstellte Behörde und dem Ministerpräsidialamt angeschlossen.⁵⁵ Zu seinen Aufgaben zählt ganz allgemein die Religionsverwaltung in der Türkei (Einrichtung und Verwaltung von Moscheen, Bestellung und Besoldung des dafür erforderlichen Personals, Organisation von Koran-kursen, gutachterliche Klärung von theologischen Fragen) sowie ausdrücklich die Betreuung der Auslands Türken.⁵⁶ Gegenüber der DİTİB nimmt es Leitungs-, Steuerungs- und Kontrollbefugnisse wahr.⁵⁷ Entsprechend der Satzung der DİTİB besteht der fünfköpfige Beirat, dem Entscheidungsbefugnis in allen wesentlichen Fragen des Vereins zukommt,⁵⁸ aus Diyanet-Funktionären. Der Präsident des türkischen Amtes für Religiöse Angelegenheiten ist zugleich Vorsitzender des Beirats. In den Mitgliederversammlungen der DİTİB haben die Ver-

⁵⁰ Die Anerkennung erfolgte im Zusammenhang mit der Einrichtung von islamischem Religionsunterricht, s. dazu *Rohe*, Islam in Deutschland (o. Fn. 1), S. 134.

⁵¹ <https://web.archive.org/web/20200127045822/https://www.deutsche-islam-konferenz.de/DIK/DE/DIK/01_UeberDieDIK/07_DIK_2014-2017/03_%20Verbaende/dik2014teilnehmer-node.html>.

⁵² § 9 Abs. 2 der Satzung der DİTİB.

⁵³ *Ursula Spuler-Stegemann*, Muslime in Deutschland, 1998, S. 111.

⁵⁴ Das führt zu der paradoxen Situation, dass der laizistische Staat und seine Beamten die religiösen Belange der Bürger organisieren und teilweise auch inhaltlich bestimmen, vgl. *Lemmen*, Islamische Vereine (o. Fn. 15), S. 34.

⁵⁵ *Lemmen*, ebd., S. 34.

⁵⁶ *Lemmen*, ebd., S. 34.

⁵⁷ *Wissenschaftliche Dienste*, Islamische Organisationen (o. Fn. 23), S. 15.

⁵⁸ S. § 11 Abs. 1 der Satzung der DİTİB, z. B. die Genehmigung von Satzungsänderungen (vgl. § 8 Abs. 6 lit. e der Satzung der DİTİB) oder Vorschlag der Vorstandskandidaten (vgl. § 9 Abs. 2 der Satzung der DİTİB).

treter des Diyanet größeres Stimmgewicht als die Vertreter der Ortsgemeinden der DİTİB. Diese enge Anbindung der DİTİB an das türkische Präsidium für Religiöse Angelegenheiten sichert dem türkischen Staat erheblichen Einfluss auf den Verein. Nicht zuletzt wird auch die Finanzierung des Vereins neben Mitgliedsbeiträgen durch Zuweisungen des türkischen Staates gewährleistet.⁵⁹

Als Dachverein vertritt DİTİB den türkischen Staatsislam mit dessen laizistischem Prinzip der Trennung von Staat und Religion.⁶⁰ Aufgrund der engen Beziehungen zu staatlichen Organisationen in der Türkei ist sie faktisch vom türkischen Staat und der jeweiligen dortigen Regierungskoalition und deren Leitlinien in religiösen Fragen abhängig.⁶¹ Die DİTİB vermittelt die Entsendung hauptamtlicher Hodschas (Gemeindeleiter und Vorbeter) aus der Türkei in die Ortsgemeinden, um diese religiös und seelsorgerisch zu betreuen. Diese Personen sind Beamte oder Angestellte des türkischen Staates und werden durch die türkischen Konsulate beaufsichtigt. Sie bleiben in der Regel zwischen 3 und 5 Jahre in Deutschland.⁶² Sie haben mehrheitlich ihre Ausbildung durch ein Studium in islamischer Theologie oder der bekenntnisfreien Islamwissenschaften erworben. Der überwiegende Teil hat ein religiöses Gymnasium oder eine private religiöse Bildungseinrichtung besucht.⁶³

Die DİTİB ist weder Mitglied im Zentralrat der Muslime in Deutschland noch im Islamrat.⁶⁴ Sie ist an der Deutschen Islamkonferenz beteiligt.

⁵⁹ *Küçüküseyin*, Türkische politische Organisationen (o. Fn. 39), S. 16.

⁶⁰ *Spuler-Stegemann*, Muslime (o. Fn. 53), S. 111.

⁶¹ *Ursula Spuler-Stegemann*, Muslime in Deutschland. Organisationen und Gruppierungen, in: *Der Bürger im Staat* 2001, hg. von der Landeszentrale für politische Bildung Baden-Württemberg, S. 221 (222); *Lemmen*, Islamische Vereine (o. Fn. 15), S. 38; *Rohe*, Islam in Deutschland (o. Fn. 1), S. 131 ff. Allerdings haben einzelne Landesverbände in ihren Satzungen vorgesehen, dass der Religiöse Beirat keinen Einfluss auf die Inhalte des Religionsunterrichts hat, vgl. dazu näher *Stefan Muckel*, Muslimische Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts, in: *Muslime in Deutschland*, hg. von Peter Antes / Rauf Ceylan, 2017, S. 77 (102).

⁶² *Becker*, Organisierter Islam (o. Fn. 3), S. 79; *Lemmen*, Muslimische Organisationen (o. Fn. 25), S. 155; *Mohagheghi*, Neue Aspekte (o. Fn. 34), S. 408.

⁶³ *Jana Schmidt / Anja Sticks*, Islamische Religionsbedienstete in Deutschland. Studie im Auftrag der Deutschen Islam Konferenz, 2012, S. 290 ff.

⁶⁴ Zu den Hintergründen *Lemmen*, Islamische Vereine (o. Fn. 15), S. 38.

3. Islamrat für die Bundesrepublik Deutschland (IRD)

- 23** Der Islamrat wurde im Jahr 1986 in Berlin gegründet. Gründungsmitglieder waren der Verband Islamischer Kulturzentren (VIKZ, s. u. 4.), der den Islamrat allerdings nach zwei Jahren wieder verließ,⁶⁵ die Jama'at un-Nur Köln e.V., die sufische Gemeinschaft Les amis de l'Islam e.V. und der Islamische Weltkongress / Deutsche Sektion e.V.⁶⁶ 1997 erfolgte die Eintragung des IRD als Verein.⁶⁷ Der IRD ist ein Dachverband konservativ islamischer Organisationen und umfasst 25 Mitgliedsgemeinschaften, wobei die Islamische Gemeinschaft Millî Görüş der größte Mitgliedsverein ist.⁶⁸ Weitere, der Millî Görüş nahestehende Organisationen gehören ebenfalls zum Islamrat. Der Islamrat vertritt ca. 400 Moscheevereine. Die geschätzten Mitgliederzahlen schwanken zwischen 40.000 und 185.000.⁶⁹
- 24** Der Islamrat bezeichnet sich selbst als „eine islamische Religionsgemeinschaft“, die „Strukturen für das muslimische Leben in Deutschland“ schaffen und festigen soll.⁷⁰ Damit sollte eine Koordinierungsinstanz („leitende Instanz“) etabliert werden; der Islamrat soll eine Religionsgemeinschaft auf nationaler Ebene ermöglichen.⁷¹ Gleichzeitig sollte die Politik mit dem Islamrat einen Ansprechpartner für die Umsetzung des islamischen Religionsunterrichts haben.⁷²
- 25** Die Islamische Gemeinschaft Millî Görüş e.V. (IGMG) stellt mit Abstand die größte Organisation im Islamrat dar. Sie ist über diesen im Koordinationsrat der Muslime (KRM, s. u. 6.) und in der Deutschen Islamkonferenz vertreten, aber nicht selbst Mitglied in diesen

⁶⁵ *Lemmen*, Islamische Vereine (o. Fn. 15), S. 85.

⁶⁶ Zur Rolle und zur Entwicklung des Islamischen Weltkongresses s. näher *Gartner*, Religionsrechtlicher Status (o. Fn. 31), S. 51 f.

⁶⁷ *Gartner*, ebd., S. 51.

⁶⁸ <<https://www.islamrat.net/ueber-uns>>. Weitere Mitgliedsvereine s. *Wissenschaftliche Dienste*, Islamische Organisationen (o. Fn. 23), S. 12. Es wird angenommen, dass viele der Mitgliedsvereine direkt oder indirekt der Islamischen Gemeinschaft Milli Görüş zuzurechnen sind, wodurch sich die Breite der Repräsentation muslimischer Vereine durch den Islamrat reduziert, *Lemmen*, Islamische Vereine (o. Fn. 15), S. 85 f.; s. auch *Gartner*, Religionsrechtlicher Status (o. Fn. 31), S. 53.

⁶⁹ Vgl. *Gartner*, ebd., S. 52; *Wissenschaftliche Dienste*, Islamische Organisationen (o. Fn. 23), S. 12 mit Fn. 21. Die Deutsche Islamkonferenz (o. Fn. 51) geht von 40.000 bis 60.000 Mitgliedern aus.

⁷⁰ <<https://www.islamrat.net/ueber-uns>>.

⁷¹ Ebd.

⁷² *Mohagheghi*, Neue Aspekte (o. Fn. 34), S. 407 f.

Gremien. Nach eigenen Angaben verfügt die IGMG über 323 Moscheegemeinden in Deutschland.⁷³ Sie wurde im Jahr 1995 als eingetragener Verein aus Vorläuferorganisationen neu gegründet.⁷⁴

Die IGMG ist in Deutschland auf drei Ebenen organisiert: Die Zentralebene sorgt für die verbandsweite Koordinierung religiöser Dienstleistungen, der Bildungsarbeit und der sozialen Angebote. Sie gibt außerdem die Strategie der Gemeinschaft zu grundlegenden Themen vor und ist für die Ausbildung und Bereitstellung von Imamen zuständig. Organe des Zentralverbands sind die Delegiertenversammlung und der Vorstand.⁷⁵ Auf der mittleren Ebene finden sich in Deutschland 15 Regionalverbände, in denen die lokalen Gemeinden (Moscheevereine) zusammengefasst sind. Sie übernehmen die Funktion eines Bindeglieds zwischen der Zentrale und der lokalen Ebene und koordinieren die Arbeit in den ihnen zugeordneten Gemeinden. Auf lokaler Ebene finden sich neben den Moscheevereinen eine Vielzahl von Frauen-, Jugend-, Sport- und Bildungsvereinen.⁷⁶ Die IGMG vereint zentrale, dezentrale und föderative Elemente in ihrer organisatorischen Gliederung.⁷⁷ Ihr angeschlossen sind eine Vielzahl von Moscheegemeinden und örtlichen Vereinen, die in verschiedenen Bundesländern vertreten sind und häufig ihren Sitz in einer der IGMG-Moscheen der jeweiligen Landeshauptstadt haben. Die Bindung des einzelnen Vereins an die IGMG ist unterschiedlich eng. Teilweise weisen die angeschlossenen Vereinigungen zwar eine eigenständige Rechtspersönlichkeit auf und sind somit formal eigenständig. Ein Bezug zur IGMG kann aber dennoch über die Vorstandsmitglieder und über die Satzungen, nach der die IGMG im Fall der Auflösung des jeweiligen Vereins Begünstigte ist, bestehen.⁷⁸ Andere Moscheevereine sind eindeutig Zweigstellen der IGMG und auch

26

⁷³ Vgl. die Selbstdarstellung der IGMG unter <https://www.igmg.org/wp-content/uploads/2015/08/igmg_selbstdarstellung_2015_de.pdf>. Die Zahl der Mitglieder wird für Europa, Kanada und Australien mit 127.000 angegeben; auch Rohe, Islam in Deutschland (o. Fn. 1), S. 137 f.

⁷⁴ Zur Entwicklung s. Lemmen, Islamische Vereine (o. Fn. 15), S. 40 f.; Ina Wunn / Diana Schild / Christa Moser, Die Islamische Gemeinschaft Milli Görüs, in: Wunn, Gruppierungen (o. Fn. 39), S. 42 f.

⁷⁵ *Wissenschaftliche Dienste*, Islamische Organisationen (o. Fn. 23), S. 25.

⁷⁶ So die Selbstdarstellung der IGMG (o. Fn. 73), S. 11 ff.

⁷⁷ *Küçüküseyin*, Türkische politische Organisationen (o. Fn. 39), S. 21; Wunn / Schild / Moser, Milli Görüs (o. Fn. 74), S. 43. S. auch die Selbstdarstellung der IGMG (o. Fn. 73).

⁷⁸ *Küçüküseyin*, Türkische politische Organisationen (o. Fn. 39), S. 21; Wunn / Schild / Moser, Milli Görüs (o. Fn. 74), S. 43; Hennig, Muslimische Gemeinschaften (o. Fn. 8), S. 36.

formal abhängig; dazu zählen alle Vereine, die nach 1985 gegründet wurden und in ihrem Namen die Bezeichnung „AMGT-Ortsverein“⁷⁹ angeben. Es handelt sich dabei um eingetragene Vereine, deren örtlicher Vorstand von der Dachorganisation eingesetzt oder abgelöst wird. Bestimmte Rechtsgeschäfte können nur mit Zustimmung des IGMG-Vorstands vorgenommen werden.⁸⁰ Islamische Föderationen sind Zusammenschlüsse von Vereinen in verschiedenen Bundesländern; sie sind formell eigenständig, haben ihren Sitz jedoch in der Regel bei einer IGMG-Moschee der jeweiligen Landeshauptstadt und setzen sich aus Vereinen zusammen, die fast ausschließlich direkt oder indirekt der IGMG zuzuordnen sind.⁸¹

- 27 Die IGMG ist nach ihren Angaben eine islamische Gemeinschaft, die das religiöse Leben der Muslime umfassend organisiert. Als Grundlage ihres Islamverständnisses nennt sie die Quellen von Koran und Sunna.⁸² Die IGMG ist der sog. Millî Görüş-Bewegung zuzurechnen, mit der sie die grundsätzliche ideologisch-religiöse Ausrichtung in Orientierung an den türkischen Politiker *Necmettin Erbakan* (1926–2011) teilt.⁸³ Dieser zielte auf die Herstellung einer „gerechten Ordnung“, die auf der durch den Islam geprägten göttlichen Offenbarung gründet, was gleichzeitig mit der Ablehnung der westlichen Zivilisation und Demokratie als einer auf Gewalt, Unrecht und Ausbeutung der Schwachen basierenden Ordnung verbunden ist. Politisch wird damit die Abschaffung des Laizismus in der Türkei und – letztlich mit globalem Anspruch – die Errichtung einer islamischen Staats- und Gesellschaftsordnung auf der Grundlage der Scharia angestrebt. Diese islamistische Strömung, die allerdings durch politische und gesellschaftliche Einflussnahme, nicht gewaltorientiert oder terroristisch, umgesetzt werden soll, steht im Widerspruch zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung des GG. Die Millî Görüş-

⁷⁹ Die Abkürzung deutet auf die Vorläuferorganisation zur IGMG hin, die Avrupa Milli Görüş Teskilatları (AMGT), s. *Wunn / Schild / Moser*, Milli Görüş (o. Fn. 74), S. 42.

⁸⁰ *Wunn / Schild / Moser*, ebd., S. 43.

⁸¹ *Lemmen*, Islamische Vereine (o. Fn. 15), S. 43; *Hennig*, Muslimische Gemeinschaften (o. Fn. 8), S. 36.

⁸² So die Selbstdarstellung der IGMG (o. Fn. 73), S. 8.

⁸³ Zur personellen und ideologischen Verbundenheit der IGMG und ihrer Vorläuferorganisationen mit der islamistischen Partei in der Türkei unter *N. Erbakan* s. *Küçüküseyin*, Türkische politische Organisationen (o. Fn. 39), S. 18 f.; *Becker*, Organisierter Islam (o. Fn. 3), S. 67 ff.; *Wunn / Schild / Moser*, Milli Görüş (o. Fn. 74), S. 38 ff.

Bewegung wird daher durch den Verfassungsschutz des Bundes und etlicher Länder beobachtet.⁸⁴

In den letzten Jahren ist allerdings festzustellen, dass die IGMG im Wandel begriffen ist, sich stärker auf die religiöse Betreuung ihrer Mitglieder konzentriert und versucht, einen Abstand zu den politischen Zielen der Bewegung zu schaffen. Die IGMG-Zentrale ist bestrebt, sich möglichst von den übrigen der Millî Görüş-Bewegung zuzuordnenden Organisationen⁸⁵ abzusetzen. Der Verfassungsschutzbericht des Jahres 2017 stellt daher fest, dass das Personenpotential bei nicht gewaltorientierten Gruppierungen, zu denen die Millî Görüş-Bewegung gezählt wird, signifikant zurückgeht. Die Mitglieder dieser Organisation werden daher nicht mehr in ihrer Gesamtheit dem extremistischen Personenpotential zugerechnet.⁸⁶

28

4. Verband Islamischer Kulturzentren (VIKZ)

Der Verband Islamischer Kulturzentren e.V. (VIKZ) wurde als Dachverband 1980 gegründet und ist aus den bereits 1973 in Köln gegründeten Islamischen Kulturzentren hervorgegangen. Er gilt als der älteste ununterbrochen bestehende türkisch-islamische Verband in Deutschland. Dem Dachverband sind ca. 300 selbständige Moschee- und Bildungsvereine angeschlossen.⁸⁷

29

Ziel des VIKZ sind die Errichtung und Organisation von Gemeinden sowie die Betreuung der in Deutschland bzw. in Europa lebenden Muslime in sozialen Fragen. Besondere Bedeutung wird der Unterweisung von Kindern und Jugendlichen in religiöser Praxis und der Vermittlung islamischer kultureller Werte zugemessen.⁸⁸ Der VIKZ will auch die berufliche, schulische und universitäre Bildung von Jugendlichen mit Migrationshintergrund fördern und soziale Hilfe-

30

⁸⁴ Vgl. *Wissenschaftliche Dienste*, Islamische Organisationen (o. Fn. 23), S. 25.

⁸⁵ Dazu sind insbesondere folgende Organisationen zuzuordnen: Ismail Aga Cemaati (IAC), Deutschlandvertretung der Saadet Partisi (SP), Europavertretung der Erbakan-Stiftung, Milli Gazete (türkische Tageszeitung); vgl. Verfassungsschutzbericht 2017 des Bundes, S. 214 ff.

⁸⁶ Verfassungsschutzbericht des Bundes 2017, S. 172.

⁸⁷ Selbstdarstellung des VIKZ unter <<http://vikz.de/index.php/ueber-uns.html>>; s. auch *Wissenschaftliche Dienste*, Islamische Organisationen (o. Fn. 23), S. 18; *Rohe*, Islam in Deutschland (o. Fn. 1), S. 135 ff.

⁸⁸ *Küçüküseyin*, Türkische politische Organisationen (o. Fn. 39), S. 26.

leistungen sowie integrationsunterstützende Dienste gewähren.⁸⁹ Explizit bekennt sich der Verband in der Satzung, aber auch in seiner Selbstdarstellung zur Einhaltung der Rechtsordnung und zur Achtung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes. Der Verband versteht sich als parteipolitisch neutral und überparteilich.⁹⁰

31 Die religiöse Ausrichtung des VIKZ gilt als konservativ-orthodox. Die Mitglieder und Anhänger des Verbands gehören der sunnitisch-hanafitischen Ausrichtung des Islam an, wobei viele auch eine mystische Ausrichtung des Islam befolgen. Der Verband steht in einem gewissen Gegensatz zum türkischen Laizismus und zielt als Teil der Süleymanci-Bewegung auf die Aufhebung des Laizismus ab.⁹¹

32 Organisiert ist der VIKZ als Verein. Die Finanzierung erfolgt durch monatliche Beiträge der Gemeindemitglieder und durch regelmäßige Spenden von Muslimen. Der VIKZ bezeichnet sich in seiner Satzung als Religionsgemeinschaft i. S. d. Art. 140 GG i. V. m. den Bestimmungen der WRV.⁹² Bremen und Hamburg haben im Jahr 2013 Verträge mit dem VIKZ geschlossen, worin neben gemeinsamen Wertgrundlagen die „klassischen Kooperationsbereiche“ des Staates und einer religiösen Gemeinschaft geregelt werden. Dazu zählen insbesondere das Bildungs- und Hochschulwesen, die religiöse Betreuung in besonderen Einrichtungen, das Bestattungswesen und Feiertagsregelungen. Die Veranstaltung von Religionsunterricht an staatlichen Schulen wird in der Hamburger Vereinbarung als gemeinsames Ziel festgelegt, wobei die nähere Ausgestaltung der Verantwortungsstruktur weiteren Vereinbarungen vorbehalten ist.⁹³ Die zunächst in Niedersachsen und Schleswig-Holstein angestrebten Kooperationen mit dem Verband sind bislang nicht zustande gekommen. In Nordrhein-Westfalen sowie im Saarland hat der VIKZ die Anerkennung als Religionsgemeinschaft beantragt. In Nordrhein-Westfalen liegt

⁸⁹ Lemmen, *Islamische Vereine* (o. Fn. 15), S. 49.

⁹⁰ Vgl. § 2 Abs. 1 der Satzung des VIKZ (<<http://vikz.de/info/satzung.pdf>>); dazu auch Lemmen, *Islamische Vereine* (o. Fn. 15), S. 49.

⁹¹ Lemmen, ebd., S. 51 ff.; Schmitt, *Islamische Organisationen* (o. Fn. 38), S. 9 f.; Küçüküseyin, *Türkische politische Organisationen* (o. Fn. 39), S. 26; Ina Wunn, *Der Verband islamischer Kulturzentren VIKZ*, in: dies., *Gruppierungen* (o. Fn. 39), S. 71 (73 ff.); Rohe, *Islam in Deutschland* (o. Fn. 1), S. 135 ff.

⁹² S. auch Lemmen, *Islamische Vereine* (o. Fn. 15), S. 49.

⁹³ Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, Drs. 20/5830 v. 30.11.2012. Eine entsprechende Vereinbarung besteht auch mit Bremen: Bremische Bürgerschaft, Drs. 18/693 v. 11.12.2012.

ferner ein Antrag auf Anerkennung als Körperschaft des öffentlichen Rechts vor.⁹⁴

Die Satzung sieht die Delegiertenversammlung, den Vorstand und den Aufsichtsrat als Organe des Verbands vor.⁹⁵ Das Verhältnis zu den Mitgliedsvereinen, die als lokale, gemeinnützige Vereine formal selbständig und in eigenem Namen handeln, wird in einem Fördervertrag geregelt. Im Rahmen dieses Fördervertrags sind die Vereine dazu verpflichtet, in allen Belangen transparent zu handeln und sich sowohl an das islamische Glaubensbekenntnis und die Arbeitsprinzipien des Verbands als auch an die freiheitlich-demokratische Grundordnung Deutschlands zu halten. Die Vorstände der örtlichen Gemeinden werden vom Vorstand des Gesamtverbands eingesetzt und abberufen, sie arbeiten in seinem Namen und sind ihm gegenüber verantwortlich.⁹⁶ Durch diese zentralistisch organisierte Binnenstruktur sind die einzelnen Gemeinden faktisch abhängige Zweigstellen des Gesamtverbands.⁹⁷ Neben den lokalen Gemeinden bestehen Landesverbände der Islamischen Kulturzentren, die auf das Gebiet von Bundesländern bezogen sind und ihren Sitz in der jeweiligen Landeshauptstadt haben.⁹⁸

33

Der VIKZ war Gründungsmitglied der beiden Spitzenverbände Islamrat für die Bundesrepublik Deutschland und Zentralrat der Muslime in Deutschland, ist aber aus beiden Verbänden nach einigen Jahren wieder ausgetreten. Er ist Mitglied im Koordinationsrat der Muslime in Deutschland und ist in der Deutschen Islamkonferenz vertreten.

34

5. Zentralrat der Muslime in Deutschland e.V. (ZMD)

Der Zentralrat der Muslime in Deutschland e.V. (ZMD) wurde im Jahr 1994 gegründet.⁹⁹ Er ist ein Dachverband, in dem nach eigenen

35

⁹⁴ S. dazu auch *Schmitt*, Islamische Organisationen (o. Fn. 38), S. 8.

⁹⁵ § 9 der Satzung des VIKZ (o. Fn. 90).

⁹⁶ *Lemmen*, Islamische Vereine (o. Fn. 15), S. 49; *Schmitt*, Islamische Organisationen (o. Fn. 38), S. 10.

⁹⁷ *Lemmen*, Islamische Vereine (o. Fn. 15), S. 49; *Wunn*, VIKZ (o. Fn. 91), S. 72.

⁹⁸ *Lemmen*, Islamische Vereine (o. Fn. 15), S. 50.

⁹⁹ Der ZMD ging aus dem 1988 entstandenen „Islamischen Arbeitskreis in Deutschland“ hervor, der einen relativ losen Verband wichtiger islamischer Organisationen in Deutschland zur Zusammenarbeit in bestimmten Fragen

Angaben derzeit 33 muslimische Dachorganisationen (zumeist eingetragene Vereine), ca. 300 Moscheegemeinden und Einzelpersonen zusammengeschlossen sind.¹⁰⁰ Größter Verband im Zentralrat ist die Union der Türkisch-islamischen Kulturvereine in Europa (ATIB).¹⁰¹ Gründungsmitglied ist auch die Islamische Gemeinschaft Deutschland e.V. (IGD, s. dazu sogleich in Rn. 39–41). Der VIKZ hat den ZMD im Jahr 2000 verlassen.¹⁰² Im Unterschied zu anderen Dachverbänden umfasst der ZMD aber islamische Vereinigungen verschiedener nationaler Herkunft (z. B. albanisch, bosnisch, iranisch, türkisch, arabischer oder nordafrikanischer Bezug) und sowohl sunnitisch als auch schiitisch ausgerichtete Vereinigungen.¹⁰³ Mitglieder sind außerdem verschiedene regionale muslimische Vereine. Andere regionale Vereine, z. B. die Islamischen Zentren in München, Nürnberg und Frankfurt etc., sind ihrerseits Mitglied in der IGD, die wiederum Mitglied im ZMD ist. Angenommen wird, dass einige der Mitgliedsverbände des ZMD der Muslimbruderschaft und somit dem islamistischen Spektrum nahe stehen.¹⁰⁴ Die Angaben über die Zahlen jener Personen, die direkt oder indirekt im ZMD vertreten sind, schwanken zwischen 12.000 und 16.000.¹⁰⁵

- 36 Dem ZMD obliegt satzungsgemäß die allseitige Religionspflege der in seinen Mitgliedsorganisationen vertretenen natürlichen Personen. Dazu gehören etwa die Bestimmung der Gebetszeiten, des Fastenmonats Ramadan und der islamischen Feiertage, die Klärung von Halal-

(Religionsunterricht, Schächten) darstellte, vgl. *Lehmen*, Islamische Vereine (o. Fn. 15), S. 89; *Gartner*, Religionsrechtlicher Status (o. Fn. 31), S. 45; *Rohe*, Islam in Deutschland (o. Fn. 1), S. 137.

¹⁰⁰ Vgl. die Selbstdarstellung <<http://zentralrat.de/2594.php>>. Aus Sicherheitsgründen wird die Mitgliederliste derzeit nicht veröffentlicht. Es ist davon auszugehen, dass ca. 15.000 bis 20.000 Personen durch den ZMD vertreten sind, vgl. die Information der Deutschen Islamkonferenz (o. Fn. 51).

¹⁰¹ Die im Jahr 1987 gegründete Union der Türkisch-Islamischen Kulturvereine in Europa e.V. (ATIB) hat den Zweck, die kulturellen, sozialen und rechtlichen Interessen der türkisch-muslimischen Minderheit in Deutschland zu vertreten. Die Organisation versteht sich als überparteilich; sie hat die Pflege und Bewahrung der kulturellen und religiösen Identität der türkischstämmigen Einwanderer sowie deren Integration in die deutsche Gesellschaft als Aufgabe. Es handelt sich weniger um eine religiöse Organisation als vielmehr um eine Migrantenselbstorganisation. S. auch *Wissenschaftliche Dienste*, Islamische Organisationen (o. Fn. 23), S. 27 f.

¹⁰² *Lehmen*, Islamische Vereine (o. Fn. 15), S. 90.

¹⁰³ S. zu diesem Aspekt auch *Spuler-Stegemann*, Muslime in Deutschland (o. Fn. 61), S. 222; *Gartner*, Religionsrechtlicher Status (o. Fn. 31), S. 46.

¹⁰⁴ *Volk*, Muslimische Verbände (o. Fn. 13), S. 71.

¹⁰⁵ *Gartner*, Religionsrechtlicher Status (o. Fn. 31), S. 46.

Fragen sowie die Erstellung von Leitlinien für das religiöse Leben.¹⁰⁶ Als besonders wichtiger Aspekt der Religionspflege wird die Förderung der Errichtung und Unterhaltung von Moscheen und Gebetsräumen verankert.¹⁰⁷ Der ZMD setzt sich für die Förderung des Religionsunterrichts i. S. d. Art. 7 Abs. 3 GG und für die Einrichtung und den Ausbau islamischer Lehrstühle an staatlichen und privaten Hochschulen sowie für die Aus- und Weiterbildung insbesondere von Imamen, Islamwissenschaftlern und Lehrern durch die islamischen Religionsgemeinschaften ein.¹⁰⁸ Hinzu kommt die Förderung sozialer und wohltätiger Zwecke.¹⁰⁹

Im Jahr 2002 hat der ZMD eine „Islamische Charta“ veröffentlicht, in der das Verhältnis der Muslime zum Rechtsstaat, zum Grundgesetz, zu Demokratie, Pluralismus und Menschenrechten niedergelegt wurde und die ein Bekenntnis zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes enthält.¹¹⁰ Auch wenn die Charta als Standortbestimmung und als Referenztext eine gewisse Bedeutung hat, ist doch zu bedenken, dass sie weder innerhalb des ZMD unumstritten blieb, noch dass sie – anders als postuliert – einen tatsächlich verbindlichen Charakter entfalten kann und schon gar nicht, dass sie die Mehrheitsposition aller in Deutschland lebenden Muslime widerspiegelt.¹¹¹

Der Zentralrat ist ein eingetragener Verein mit Sitz in Köln. Er sieht sich als Religionsgemeinschaft im Rahmen der deutschen Rechtsordnung.¹¹² Der ZMD weist eine föderale Struktur auf: Bislang wurden acht Landesverbände gegründet, darunter einer für die neuen Bundesländer.¹¹³ Die Landesverbände betreiben teilweise in den Bundesländern die Verleihung des öffentlich-rechtlichen Körper-

¹⁰⁶ § 2 Abs. 3 Satzung des ZMD (<<http://islam.de/files/pdf/u/SatzungdesZMDvom13.03.2016.pdf>>).

¹⁰⁷ § 3 Abs. 2 Satzung des ZMD (o. Fn. 106).

¹⁰⁸ § 3 Abs. 3, 4, 6 Satzung des ZMD (o. Fn. 106).

¹⁰⁹ Vgl. § 7 Satzung des ZMD (o. Fn. 106).

¹¹⁰ Text unter <<http://zentralrat.de/3035.php>>. Zur kritischen Auseinandersetzung vgl. *Lemmen*, Islamische Vereine (o. Fn. 15), S. 90 ff.; *Adel Khoury / Alexander Kraljic / Richard Potz*, Stellungnahme zur „Islamischen Charta“ des Zentralrats der Muslime in Deutschland, in: *öarr* 2002, S. 464 ff.; *Alexandra Petersohn*, Der Islam „ante portas“ – Sprengstoff für den Staat des Grundgesetzes?, in: *ZRP* 2002, 521 ff.

¹¹¹ *Lemmen*, Islamische Vereine (o. Fn. 15), S. 91.

¹¹² § 2 Abs. 1 Satzung des ZMD (o. Fn. 106).

¹¹³ Vgl. auch §§ 5, 6 Satzung des ZMD (o. Fn. 106).

schaftsstatus.¹¹⁴ Moscheegemeinschaften oder sonstige Mitgliedsorganisationen, die die Mitgliedschaft in mindestens zwei Landesverbänden beantragt haben oder innehaben, können Mitglied im ZMD werden. Als Organe des ZMD sind die Vertreterversammlung, der Vorstand, der islamische Gelehrtenrat sowie der Aufsichtsrat vorgesehen.¹¹⁵ Während der Aufsichtsrat ein Beratungs- und Kontrollgremium des ZMD ist, das über keine operativen Befugnisse verfügt, obliegt dem islamischen Gelehrtenrat die umfassende religiöse Betreuung der natürlichen Mitglieder des ZMD und seiner Mitgliedsorganisationen. Er gibt religiöse Stellungnahmen und Gutachten gegenüber den Mitgliedsorganisationen und den Organen des ZMD ab, die allerdings lediglich empfehlenden Charakter haben. In der Vertreterversammlung als dem höchsten Entscheidungsgremium sind die Mitgliedsorganisationen mit bis zu sieben Stimmen vertreten. Hervorzuheben ist, dass entsprechend dem Selbstverständnis des ZMD bei der Zusammensetzung des Vorstands der multi-ethnischen Prägung des Islam möglichst auch unter Beachtung der klassischen islamischen Denkschulen (Madhahib) angemessen Rechnung getragen werden soll. Der Anteil von Frauen soll mindestens 30 % betragen.¹¹⁶

- 39 Ein wichtiges Mitglied im ZMD ist die Islamische Gemeinschaft in Deutschland e.V. (IGD), die im Jahr 1958 in München zunächst als Moscheebauverein gegründet wurde. In der Folge setzte sie sich auch für muslimische Bildungseinrichtungen ein. 1982 wurde die IGD in ihrer heutigen Form gegründet. Der IGD sind bundesweit Moscheegemeinden und sogenannte Islamische Zentren zuzuordnen.¹¹⁷ Ihr gehören ca. 1040 Mitglieder in Deutschland an.¹¹⁸
- 40 Die IGD wird vom Verfassungsschutz des Bundes sowie einiger Länder beobachtet. Sie wird als mitgliederstärkste Organisation von Anhängern der Muslimbruderschaft in Deutschland angesehen und

¹¹⁴ Zur Schaffung der Voraussetzungen für die Verleihung fand im März 2016 eine umfassende Satzungsänderung statt, vgl. die Presseerklärung v. 14.3.2016 unter <<http://zentralrat.de/27276.php>>.

¹¹⁵ §§ 8 ff. Satzung des ZMD (o. Fn. 106).

¹¹⁶ § 10 Abs. 3 Satzung des ZMD (o. Fn. 106).

¹¹⁷ Anders als bei den übrigen dargestellten islamischen Organisationen sind Informationen über die IGD, insbesondere über ihren Vereinszweck, ihre Organisation und Leitung und ihre Aktivitäten, derzeit (Oktober 2018) nicht im Internet verfügbar.

¹¹⁸ Verfassungsschutzbericht Bayern 2017, S. 42.

repräsentiert deren ägyptischen Zweig.¹¹⁹ Die IGD soll durch soziales, gesellschaftliches und religiöses Engagement die Ideologie der Muslimbruderschaft, die auf die Errichtung eines weltweiten Gemeinwesens als Gottesstaat auf der Grundlage von Koran und Sunna ausgerichtet ist, in Deutschland vermitteln und damit auf eine Islamisierung der gesellschaftlichen und politischen Strukturen hinwirken.¹²⁰

Als Mitglied des ZMD ist die IGD mittelbar in der Deutschen Islamkonferenz vertreten. Über den ZMD ist sie auch an den Koordinationsrat der Muslime in Deutschland angegliedert.¹²¹

41

6. Koordinationsrat der Muslime (KRM)

Der Koordinationsrat der Muslime (KRM) wurde 2007 im Kontext der Deutschen Islamkonferenz als ein Dachverband von vier islamischen Dachverbänden gegründet (Gründungsmitglieder: DİTİB, IRD, ZMD und VIKZ). Er dient als Arbeits- und Kommunikationsplattform der in ihm vereinigten Organisationen.¹²² Bislang ist es bei diesen vier Mitgliedern geblieben, auch wenn der KRM grundsätzlich offen für die Mitgliedschaft weiterer islamischer Dachorganisationen oder Spitzenverbände ist. Allerdings haben die Mitglieder des KRM als Dachverbände wiederum eine Vielzahl von Organisationen und Vereinen zum Mitglied, die somit auch an den KRM angebunden sind. Es wird angenommen, dass der KRM über seine Mitgliederverbände und die dort organisierten Muslime ca. 280.000 der rund 4 Mio. in Deutschland lebenden Muslime und ca. 85 % der Moscheegemeinden vertritt.¹²³

42

¹¹⁹ Verfassungsschutzbericht des Bundes 2017, S. 211; Verfassungsschutzbericht Baden-Württemberg 2017, S. 59 ff., 63 ff.; Verfassungsschutzbericht Bayern 2017, S. 40 ff.; Verfassungsschutzbericht des Landes Nordrhein-Westfalen über das Jahr 2017, S. 114 f.

¹²⁰ Verfassungsschutzbericht des Landes Nordrhein-Westfalen 2014, S. 94 ff.

¹²¹ S. auch *Wissenschaftliche Dienste*, Islamische Organisationen (o. Fn. 23), S. 23.

¹²² Dazu *Thomas Lemmen*, Muslimische Organisationen in Deutschland, in: *Muslime in Deutschland* (o. Fn. 61), S. 309 (319 f.).

¹²³ Zahlen nach *Wissenschaftliche Dienste*, Islamische Organisationen (o. Fn. 23), S. 7, Stand: Februar 2015.

- 43** Der KRM ist kein eingetragener Verein und hat keine eigene Rechtspersönlichkeit.¹²⁴ Er arbeitet auf der Grundlage einer Geschäftsordnung.¹²⁵ Zentrales Organ ist die Mitgliederversammlung, die sich aus Delegierten bzw. Vertretern der Mitgliedsorganisationen zusammensetzt. Der DITB kommen nach dem in der Geschäftsordnung verankerten Verteilungsschlüssel 3 Vertreter zu, den anderen Verbänden je 2 Vertreter. Die Mitgliederversammlung entscheidet mit einfacher Mehrheit, dem Dachverband DITB kommt ein Vetorecht für alle Entscheidungen zu. Aus beiden Geschäftsordnungsbestimmungen ergibt sich eine gewisse Sonderrolle der DITB.¹²⁶
- 44** Zweck des Zusammenschlusses ist die Schaffung einer einheitlichen Vertretungsstruktur der Muslime in Deutschland.¹²⁷ Entsprechend seiner Geschäftsordnung sieht der KRM seine Aufgabe in der Funktion als Ansprechpartner für Politik und Gesellschaft und in der Erarbeitung einer einheitlichen Vertretungsstruktur auf Bundesebene. Gemeinsam mit den bereits bestehenden Strukturen auf Landes- und auf kommunaler Ebene sollen die rechtlichen und organisatorischen Voraussetzungen für die Anerkennung des Islam geschaffen werden.
- 45** Aussagen zu konkreten religiösen Fragestellungen trifft der KRM kaum, dies wird eher durch die in ihm vertretenen Dachverbände wahrgenommen. Stellungnahmen des KRM betreffen vor allem die Stellung der islamischen Gemeinschaften in Gesellschaft und Politik in Deutschland, wie etwa die Veranstaltung von Religionsunterricht an öffentlichen Schulen oder die Islamische Theologie an Hochschulen, oder sie betreffen politische Themen in Zusammenhang mit dem Islam, wie Reaktionen auf Anschläge oder Attentate.¹²⁸
- 46** Der KRM ist nicht an der Deutschen Islamkonferenz beteiligt, wohl aber seine vier Mitgliedsverbände.

¹²⁴ *Wissenschaftliche Dienste*, Islamische Organisationen (o. Fn. 23), S. 7.

¹²⁵ <http://www.islam.de/files/misc/krm_go.pdf>.

¹²⁶ Dazu *Lemmen*, Muslimische Organisationen in Deutschland (o. Fn. 122), S. 320.

¹²⁷ S. auch *Halm / Sauer*, Angebote und Strukturen (o. Fn. 4), S. 37.

¹²⁸ Vgl. die Pressemitteilungen und Reden / Dokumente unter <<http://vikz.de/index.php/krm-102.html>>.

7. Ahmadiyya Muslim Jamaat (AMJ)

Die Ahmadiyya Muslim Jamaat (AMJ), deutsch Ahmadiyya Muslim Gemeinschaft, wurde bereits im Jahr 1955 gegründet. Sie hat ihren Sitz in Frankfurt am Main. Die Gemeinschaft ist ein Zusammenschluss von ca. 225 Ortsgemeinden, die ca. 35.000 Mitglieder aufweisen.¹²⁹ Sie unterhält in Deutschland ca. 30 Moscheen. **47**

Die Ahmadiyya Muslim Jamaat ist eine Ende des 19. Jahrhunderts in Indien entstandene Strömung innerhalb des Islam, die *Mirza Ghulam Ahmad* als Messias ansieht.¹³⁰ Sie versteht sich selbst als Erneuerungsbewegung und als die größte islamische Reformgemeinschaft weltweit.¹³¹ Dennoch bezieht sich die Ahmadiyya Muslim Jamaat klar auf den Koran und ist der sunnitischen Richtung innerhalb des Islam zuzuordnen. **48**

Die AMJ wird von einem Kalifen als geistlichem Oberhaupt geleitet, der seit 1984 in London residiert. Sie bildet ein internationales Netzwerk, das in Landesverbänden organisiert ist. Größeren Landesverbänden, so auch dem deutschen, steht ein Präsident (Emir) vor. Die Landesverbände sind wiederum in Regionalverbände unter der Leitung von regionalen Emiren gegliedert, denen die verschiedenen Lokalgemeinden zugeordnet sind.¹³² In Deutschland wird insofern die Organisationsform des eingetragenen Vereins genutzt.¹³³ Beschlüsse werden auf jeder Ebene in Versammlungen (Schura) gefasst. Die verbandlichen Strukturen sind in drei Bereichen (Frauen, Männer bis 40 Jahren und Männer ab 40 Jahren) organisiert, die ihre Angelegenheiten jeweils selbständig in einer Versammlung (Schura) regeln. Die Mitgliedschaft in der AMJ wird durch einen Treueschwur auf den Kalifen, der im Rahmen der Jahresversammlung als Höhepunkt des religiösen Lebens geleistet wird, begründet.¹³⁴ **49**

Der Ahmadiyya Muslim Gemeinschaft ist im Jahr 2013 im Bundesland Hessen als erster muslimischer Religionsgemeinschaft der Sta- **50**

¹²⁹ Zahlen nach den Angaben der Deutschen Islamkonferenz (o. Fn. 51).

¹³⁰ Näher zur Geschichte s. *Ina Wunn / Ada Herwig*, Die Ahmadiyya, in: Wunn, Gruppierungen (o. Fn. 39), S. 151 ff.

¹³¹ Vgl. die Selbstdarstellung unter <<https://ahmadiyya.de/ahmadiyya/einfuehrung/>>.

¹³² Wunn / Herwig, Ahmadiyya (o. Fn. 130), S. 164.

¹³³ Die Vereinssatzungen der nationalen und regionalen Ebenen sind nicht öffentlich verfügbar.

¹³⁴ Wunn / Herwig, Ahmadiyya (o. Fn. 130), S. 164 f.

tus einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zuerkannt worden. 2014 erfolgte die Verleihung des Körperschaftsstatus auch in Hamburg. Die Ahmadiyya Muslim Gemeinschaft nimmt an der Deutschen Islamkonferenz teil.

8. Alevitische Gemeinde Deutschland e.V. (AABF)

- 51 Die Alevitische Gemeinde Deutschland e.V. (türkisch: Almanya Alevi Birlikleri Federasyonu, AABF), gegründet 1989, bildet den Dachverband von ca. 160 alevitischen Ortsgemeinden in Deutschland mit Sitz in Köln. Die Zahl der Aleviten in Deutschland wird mit 500.000 bis 800.000 angegeben, von denen sich zwei Drittel selbst als Muslime bezeichnen.¹³⁵ Die AABF nimmt für sich in Anspruch, alle Aleviten in Deutschland zu vertreten.¹³⁶
- 52 Ziele und Aufgaben der AABF sind nach ihren eigenen Angaben die Revitalisierung des Alevitentums in Deutschland und in der Türkei und die Verschriftlichung und Veröffentlichung der alevitischen Lehre. Hervorgehoben werden auch die Förderung des interreligiösen Dialogs sowie Bildungs- und Öffentlichkeitsarbeit.¹³⁷ Die AABF ist Kooperationspartner bei der Einführung von alevitischem Religionsunterricht, der derzeit in sieben Bundesländern angeboten wird.¹³⁸
- 53 Die AABF ist ein eingetragener Verein.¹³⁹ Neben der Mitgliederversammlung und dem Vorstand weist dieser den Aufsichtsrat als Kontrollorgan, den Disziplinarrat und den Geistlichenrat als Organe auf. Der Geistlichenrat besteht aus zwölf Geistlichen und einem Vertreter des Vorstands. Die originäre Aufgabe des Geistlichenrats ist die religiöse Betreuung der Mitglieder der AABF sowie die Aus- und Fortbildung der Geistlichen. Er entscheidet außerdem über Fragen, die den Glaubensinhalt betreffen. Kommt es zu Unstimmigkeiten über einzelne religiöse Fragen oder Praktiken, so entscheidet die nächste

¹³⁵ Angaben der Deutschen Islamkonferenz (o. Fn. 51).

¹³⁶ S. die Selbstdarstellung der AABV unter <<https://alevi.com/>>.

¹³⁷ Selbstdarstellung der AABV (o. Fn. 136); *Rohe*, Islam in Deutschland (o. Fn. 1), S. 145 f.

¹³⁸ Beginnend mit dem Schuljahr 2006/07 in Baden-Württemberg; alevitischer Religionsunterricht wird auch in Bayern, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und dem Saarland erteilt. In Berlin und Hamburg ist die AABV am nichtkonfessionellen Religionsunterricht beteiligt, <<https://alevi.com/ueber-uns/>>.

¹³⁹ Die Satzung findet sich unter <<https://alevi.com/aabf-satzung/>>.

Mitgliederversammlung der AABF. Bis zur Mitgliederversammlung ist die Entscheidung des Geistlichenrats maßgebend.¹⁴⁰ Mitglieder des AABF können nur im Vereinsregister eingetragene gemeinnützige Vereinigungen sein, die die Ziele und das Programm des Dachverbands akzeptieren. Natürliche Personen können nur Fördermitglieder sein.¹⁴¹ Wie in der Satzung vorgesehen hat die AABF Landesvertretungen gegründet, um die Zusammenarbeit mit den Gemeinden besser zu koordinieren und auf die föderale Struktur Deutschlands zu reagieren.¹⁴² Die Landesvertretungen sind rechtlich weitgehend unselbständige Einheiten des AABF.

Die AABF ist in Baden-Württemberg, Bayern und Hessen als Religionsgemeinschaft anerkannt und strebt die Verleihung des Körperschaftsstatus an. Sie ist Vertragspartner der Hamburger Vereinbarung.¹⁴³ Die AABF vertritt in der Deutschen Islamkonferenz die Interessen ihrer Verbandsmitglieder.

54

9. Islamische Gemeinschaft der Bosniaken in Deutschland – Zentralrat e.V. (IGBD)

Die Islamische Gemeinschaft der Bosniaken in Deutschland wurde im Jahr 1994 als Dachverband der bosniakischen Muslime in der Rechtsform eines eingetragenen Vereins gegründet.¹⁴⁴ Ihr Hauptsitz ist in Wiesbaden. Entsprechend seiner Satzung verfolgt der Dachverband den Zweck, zur Praktizierung des islamischen Glaubens insbesondere die Arbeit, Aufgaben und Aktivitäten seiner Mitglieder zu koordinieren und islamische Einrichtungen zu schaffen, die die Religionsausübung für Muslime ermöglichen. Ferner verfolgt der Verband wohltätige und soziale Zwecke.¹⁴⁵ In einer Grundsatzerklärung haben sich die Imame der IGBD im Jahr 2015 explizit für die Achtung

55

¹⁴⁰ Vgl. § 15 der Satzung der AABV (o. Fn. 139).

¹⁴¹ Vgl. §§ 4, 5 der Satzung der AABV (o. Fn. 139).

¹⁴² § 7 der Satzung der AABV (o. Fn. 139). Landesvertretungen bestehen in Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Nordrhein-Westfalen und für Norddeutschland.

¹⁴³ Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, Drs. 20/5830 v. 30. 11. 2012. Für Bremen: Bremische Bürgerschaft, Drs. 18/693 v. 11. 12. 2012.

¹⁴⁴ Zur Entstehung s. *Rohe*, Islam in Deutschland (o. Fn. 1), S. 141 f.

¹⁴⁵ Vgl. § 2 der Satzung der IGBD (<http://igbd.org/?page_id=84>).

der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes ausgesprochen.¹⁴⁶

- 56 Mitglieder in der IGBD sind islamische Gemeinden von Bosniaken und anderen Staatsangehörigen, die selbst als gemeinnützige Vereine tätig sind. Organe des Dachverbands sind die Mitgliederversammlung, der Vorstand, der religiöse Rat und der regionale Rat.¹⁴⁷ Das religiöse Oberhaupt und die fünf Hauptimame für die Regionen sind Mitglied im Vorstand und im religiösen Rat. Diese Personen werden von der Mitgliederversammlung des IGBD gewählt und von der Islamischen Gemeinschaft in Bosnien-Herzegowina bestätigt.¹⁴⁸ Auf diese Weise besteht ein organisatorisches Band zur entsprechenden religiösen Gemeinschaft im Haupt-Herkunftsland der Personen, die sich den der IGBD angehörenden Moscheegemeinden zugehörig fühlen. Nach eigenen Angaben unterhält die IGBD 61 Moscheegemeinden mit etwa 30.000 Mitgliedern.
- 57 Die IGBD ist assoziiertes Mitglied des Islamrats für die Bundesrepublik Deutschland e.V. (IRD, s. o. Rn. 23–28) sowie des Zentralrats der Muslime in Deutschland (ZMD, s. o. Rn. 35–41); sie nimmt an der Deutschen Islamkonferenz teil.

10. Islamische Gemeinschaft der schiitischen Gemeinden in Deutschland e.V. (IGS)

- 58 Die Islamische Gemeinschaft der schiitischen Gemeinden in Deutschland e.V. (IGS) ist ein 2009 gegründeter Verband mit Sitz in Berlin, dem etwa 138 Moscheevereine angehören. Er sieht sich als Vertretung der ca. 280.000 Muslime, die sich zur schiitischen Glaubensrichtung bekennen, wobei nur etwa 10 % der Schiiten in Deutschland in religiösen Vereinen organisiert sind.¹⁴⁹
- 59 Ihrer Satzung nach versteht sich die IGS als Religionsgemeinschaft, die ihre Mitglieder umfassend bei der Erfüllung der durch die islamische Religion gesetzten Aufgaben und Pflichten unterstützt, ihre Belange koordiniert und ihre Interessen nach außen vertritt. Sie

¹⁴⁶ S. unter <http://igbd.org/?page_id=10155>.

¹⁴⁷ Vgl. § 4 der Satzung der IGBD (o. Fn. 145).

¹⁴⁸ Vgl. §§ 6, 7 der Satzung der IGBD (o. Fn. 145).

¹⁴⁹ Zur Bedeutung s. *Rohe*, Islam in Deutschland (o. Fn. 1), S. 143.

strebt den Status der Körperschaft des öffentlichen Rechts an.¹⁵⁰ Im Rahmen der satzungsmäßigen Beschreibung der Aufgaben werden neben der Pflege und der Verkündung des islamischen Religionsbekenntnisses unter besonderer Beachtung der schiitischen Ausrichtung und der Förderung entsprechender Gemeinden sowie der islamischen Wissenschaften unter besonderer Beachtung der schiitischen Rechtsschule auch die Förderung des innerislamischen und des interreligiösen Dialogs genannt. Konkret werden auch die Veranstaltung von islamischem Religionsunterricht, die Erarbeitung entsprechender Lehrunterlagen und die Ausbildung der Lehrer als Zielsetzung genannt.

Mitglied in der IGS können juristische Personen mit Sitz in Deutschland werden, die die Ziele und die Satzung des IGS anerkennen und deren Mitglieder sich zur schiitischen Ausrichtung des Islam bekennen.¹⁵¹ Satzungsmäßig sind als Organe der IGS die Mitgliederversammlung, der Vorstand und der Gelehrtenrat vorgesehen. Der Gelehrtenrat besteht aus dem Vorstandsvorsitzenden und zwei in Europa ansässigen Religionsgelehrten. Er ist verantwortlich für die Behandlung und Beschlussfassung über religiöse und theologische Angelegenheiten, für Lehrentscheidungen und religiöse Gutachten (Fatwa). Im Einzelnen zählen auch die Begutachtung von Lehrplänen und die Ausarbeitung und Begutachtung der Inhalte der Bücher für den islamischen Religionsunterricht zu seinen Aufgaben.¹⁵² Die IGS ist in vier Ländervertretungen gegliedert (West, Nord, Ost, Mitte), eine fünfte (Süd) ist in Planung. Diese bilden untergeordnete Einheiten zur IGS, die bislang keine rechtliche Selbständigkeit haben. In den Niederlassungen sind die Vorstände der Gemeinden und die Vorstände von gemeinde-ungebundenen schiitischen Vereinen vertreten, die sich regelmäßig zur Länderversammlung treffen und die die Bedürfnisse und Wünsche der ansässigen Mitglieder zusammentragen. Ländersekretäre vermitteln diese an den Bundesverband.¹⁵³

Die IGS nimmt an der Deutschen Islamkonferenz teil.

¹⁵⁰ § 2 Satzung der IGS s. unter <<http://www.igs-deutschland.org/die-igs/satzung>>.

¹⁵¹ § 5 Satzung der IGS (o. Fn. 150).

¹⁵² S. §§ 9, 10 Satzung der IGS (o. Fn. 150); dazu *Rohe*, Islam in Deutschland (o. Fn. 1), S. 143.

¹⁵³ Zu Details s. <<http://www.igs-deutschland.org/die-igs/niederlassungen>>.

11. Türkische Gemeinde in Deutschland e.V. (TGD)

- 62** Teilnehmer an der Deutschen Islamkonferenz ist auch der Verband Türkische Gemeinde in Deutschland e.V. (TGD). Hierbei handelt es sich um eine 1995 in Berlin gegründete Dachorganisation, die nach eigenen Angaben 260 Vereine mit Sitz in Deutschland vertritt.¹⁵⁴ Die TGD ist in elf Landesverbände gegliedert; ihr gehören neben Einzelvereinen auch Fachverbände und Föderationen, die etwa bestimmte Berufsgruppen vertreten, an. Die Zielsetzung des Verbands ist nicht primär eine religiöse. Vielmehr verfolgt die TGD rechtliche, politische, ökonomische, soziale und kulturelle Ziele der türkischstämmigen Bevölkerung in Deutschland, wobei insbesondere die Umsetzung des Grundsatzes der Gleichstellung und Gleichbehandlung hervorgehoben wird.¹⁵⁵ Sie kann daher als Selbstorganisation von Migranten, die sich allerdings mehrheitlich als Muslime verstehen, angesehen werden.

12. Zentralrat der Marokkaner in Deutschland e.V. (ZRMD)

- 63** Der Zentralrat der Marokkaner in Deutschland e.V. (ZRMD) wurde im Jahr 2008 als eingetragener Verein mit Sitz in Offenbach gegründet. Mitglieder des ZRMD sollen ca. 50 marokkanische Moscheen deutschlandweit sein; der Verband soll außerdem mit 150 marokkanischen Gemeinden in Deutschland vernetzt sein.¹⁵⁶ Ein Anspruch, alle in Deutschland bestehenden marokkanischen Gemeinden zu vertreten, besteht nicht. Der ZRMD verfolgt soziale, religiöse und kulturelle Ziele sowie Bildungsziele. Dementsprechend können neben religiösen Vereinen auch Kultur-, Sozial- oder Sportvereine mit marokkanischer Führung Mitglied im ZRMD sein.¹⁵⁷ Der marokkanische Staat unterstützt den Verband; insbesondere findet die Auswahl der Imame, die aus Marokko nach Deutschland kommen, in Kooperation mit dem marokkanischen Ministerium für religiöse Angelegenheiten statt.¹⁵⁸
- 64** Der ZRMD ist Teilnehmer bei der Deutschen Islamkonferenz.

¹⁵⁴ Siehe die Angaben bei der Deutschen Islamkonferenz (o. Fn. 51).

¹⁵⁵ Vgl. die Satzung der TGD (<<https://www.tgd.de/uber-uns/satzung/>>).

¹⁵⁶ S. die Informationen der Deutschen Islamkonferenz (o. Fn. 51). Der Verein betreibt keinen Internetauftritt.

¹⁵⁷ Rohe, Islam in Deutschland (o. Fn. 1), S. 142.

¹⁵⁸ So die Deutsche Islamkonferenz (o. Fn. 51).

V. Die Bedeutung der muslimischen Organisationen in Deutschland

Die meisten muslimischen Organisationen in Deutschland haben sich der Rechtsform des eingetragenen Vereins nach dem Zivilrecht bedient. Das trifft sowohl auf die Moscheegemeinden auf lokaler Ebene als auch auf die Zusammenschlüsse auf regionaler Ebene und die Dach- und Spitzenverbände auf Bundesebene zu. Damit haben die betreffenden Gemeinden und Verbände Rechtspersönlichkeit. Entsprechend den gesetzlichen Vorgaben bestehen gewisse Mindestanforderungen an die Organisation und an die inhaltliche Ausrichtung der Vereine. Vereine, deren Zweck oder Tätigkeit Strafgesetze verletzen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richten, können nach dem Vereinsgesetz verboten werden.¹⁵⁹ Das gilt seit der Abschaffung des sog. Religionsprivilegs auch für als Verein organisierte Religionsgemeinschaften.¹⁶⁰ Damit übt die staatliche Verwaltung eine gewisse Kontrolle über die Vereine aus.

65

Viele muslimische Vereine, insbesondere etliche Dachverbände, bekennen sich in ihrer Satzung oder in ihrer Selbstdarstellung zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung, zum Grundgesetz oder zu den Grundlagen des deutschen Staates (Demokratie, Rechtsstaat, Menschenrechte). Zudem versichern sie ihre Gesetzestreue. Diese satzungsmäßigen Festlegungen oder Selbstauskünfte sind sicherlich ein Indiz für die Haltung einer Vereinigung gegenüber dem Staat und seiner Rechtsordnung. Gleichzeitig ist bei einer inhaltlichen Bewertung die tatsächliche Umsetzung solcher Bekenntnisse zu berücksichtigen. Ob ein Verein in seiner tatsächlichen Gestalt die Grundprinzipien des Staates achtet und sich gesetzeskonform verhält, kann nicht allein aufgrund der Selbstauskünfte beurteilt werden.

66

Entsprechend den gesetzlichen Vorgaben für die Organisation von Vereinen lassen sich jedenfalls für jene muslimischen Organisationen, die als Verein organisiert sind, bestimmte Organisationselemente feststellen.¹⁶¹ Vorgesehen sind jedenfalls Mitgliederversammlungen, in denen die im Moscheeverein oder Dachverband zusammengeschlossenen natürlichen und juristischen Personen repräsentiert sind.

67

¹⁵⁹ Zu den Voraussetzungen eines Vereinsverbots s. *Christian Baudewin*, Das Vereinsverbot, in: NVwZ 2013, S. 1049 ff.

¹⁶⁰ Zur Verfassungskonformität der Abschaffung des Religionsprivilegs im Vereinsgesetz s. BVerfG, v. 2. 10. 2003 – 1 BvR 536/03. S. auch *Kathrin Groh*, Das Religionsprivileg des Vereinsgesetzes, in: KritV 2002, S. 39 ff.

¹⁶¹ Vgl. dazu *Lemmen*, Islamische Vereine (o. Fn. 15), S. 27 ff.

Weiterhin ist ein Vorstand eingerichtet, der Leitungsaufgaben ausübt und die Repräsentation des Vereins nach außen wahrnimmt. In mehreren Verbänden ist als weiteres Organ ein Gelehrtenrat vorgesehen, der Stellungnahmen oder Gutachten zu religiösen Fragen erstattet. Dieses Gremium spiegelt in der Organisation der Verbände deren spezifische religiöse Zwecksetzung wider.

68 Der Prozess der Organisation der muslimischen Gemeinschaften in Deutschland war zunächst eine Form der Selbstorganisation zum Zwecke der gemeinschaftlichen Religionsausübung, aber auch zur Verfolgung weiterer Zwecke, etwa gesellschaftlicher, politischer und sozialer Art. Dabei war häufig die gemeinsame Herkunft der Personen, die sich als Muslime verstehen, oder aber der gemeinsame Migrationshintergrund ein wichtiger Ausgangspunkt für die Bildung organisierter Gemeinschaften, vor allem auf lokaler Ebene. Auf regionaler Ebene und auf Ebene der Dachverbände trat neben den Zweck der Selbstorganisation auch das Ziel, wie insbesondere die christlichen Kirchen im Rahmen des Religionsverfassungsrechts, in Kooperation mit dem Staat zu treten. Diese Entwicklung zeigte sich insbesondere in den achtziger und neunziger Jahren des zwanzigsten Jahrhunderts, als deutlich wurde, dass viele zugewanderte Personen, die sich als Muslime verstehen, dauerhaft in Deutschland bleiben würden. Damit entstand auch auf Seite des Staates das Bewusstsein, dass der Islam sich als weitere große Religion in Deutschland etabliert, und damit der Wunsch und der Bedarf danach, von Seiten der Muslime Ansprechpartner zu haben.¹⁶²

69 Mit dem beiderseitigen Ziel des Austauschs, des Dialogs und der Kooperation stellt sich die Frage, ob und in welchem Maße die bestehenden muslimischen Verbände die in Deutschland lebenden Muslime vertreten und ob sie als Repräsentation der Muslime anzusehen sind.¹⁶³ Diese Frage ist nach wie vor im Einzelnen umstritten und schwer nach messbaren Kriterien zu beurteilen. Die muslimischen Dach- und Spitzenverbände weisen regelmäßig darauf hin, dass eine Vielzahl von Gemeinden in ihnen zusammengeschlossen ist und dass sie daher eine große Anzahl von Muslimen vertreten, wobei konkrete Zahlen genannt werden. Zwar lässt sich die Anzahl der juristischen und natürlichen Personen, die Mitglied in einem eingetragenen Verein sind, tatsächlich feststellen. Die Relevanz dieser Zahl ist allerdings beschränkt. Das liegt, wie bereits oben ausgeführt, daran, dass für

¹⁶² Hennig, *Muslimische Gemeinschaften* (o. Fn. 8), S. 30 f.

¹⁶³ Halm / Sauer, *Angebote und Strukturen* (o. Fn. 4), S. 38.

die Zugehörigkeit von Muslimen zu einer Moscheegemeinde keine formale Mitgliedschaft erforderlich ist, so dass nicht klar ist, wie viele Personen einer Moscheegemeinde zugeordnet werden können bzw. sich zugehörig erachten.¹⁶⁴ Viele in Deutschland lebende Personen, die sich selbst als Muslime verstehen, gehören zudem keiner Moscheegemeinde an. Damit können schon auf lokaler Ebene keine genauen Zahlen der Zugehörigkeit zu muslimischen Organisationen ermittelt werden. Das setzt sich auf der Verbandsebene fort.¹⁶⁵ Eine beträchtliche Zahl von Muslimen hat keinen Kontakt zu den Verbänden, ja kennen sie noch nicht einmal.¹⁶⁶ Die von den Gemeinden und Verbänden genannten Mitgliederzahlen haben daher nur Indizcharakter und sagen über die tatsächliche Reichweite der jeweiligen Organisation wenig aus.¹⁶⁷ Von einer Repräsentation „der Muslime in Deutschland“ durch die Dach- und Spitzenverbände kann daher nicht ausgegangen werden. Das spricht allerdings nicht dagegen, dass der Staat mit den bestehenden Verbänden kooperiert, solange nicht eine Exklusivität angenommen wird, die tatsächlich nicht besteht.

Für eine Kooperation des Staates mit muslimischen Organisationen überhaupt genügt deren Organisation als Verein, durch die vertretungsberechtigte Personen benannt werden können und eine gewisse Organisationsstruktur vorhanden ist. Für besondere Formen der Kooperation ist jedoch notwendig, dass eine religiöse Gemeinschaft als Religionsgemeinschaft i. S. d. Art. 7 Abs. 3 GG qualifiziert werden kann.¹⁶⁸ Vielfach streben die Dachverbände die Einführung des islamischen Religionsunterrichts als ordentliches Lehrfach an öffentlichen Schulen sowie die Ausbildung geeigneter Lehrkräfte an deutschen Universitäten an. Auch der Aufbau organisierter seelsorgerischer Angebote in Krankenhäusern, Gefängnissen und weiteren Einrichtungen (sog. Anstaltsseelsorge) ist häufig ein Ziel. Für beide Bereiche der Zusammenarbeit einer religiösen Gemeinschaft mit dem Staat ist deren Qualifikation als Religionsgemeinschaft erforderlich.¹⁶⁹ Die Dachverbände verstehen sich als Religionsgemeinschaften i. S. d. Rechtsbegriffs und haben dies zum Teil in ihren Satzungen

70

¹⁶⁴ Lemmen, *Muslimische Organisationen* (o. Fn. 122), S. 314 f.

¹⁶⁵ Stichs / Haug / Müssig, *Muslimische Verbände* (o. Fn. 18), S. 127 f.

¹⁶⁶ Zahlen bei Haug / Müssig / Stichs, *Muslimisches Leben* (o. Fn. 1), S. 173 ff.; Halm / Sauer, *Angebote und Strukturen* (o. Fn. 4), S. 39.

¹⁶⁷ Stichs / Haug / Müssig, *Muslimische Verbände* (o. Fn. 18), S. 128; Halm / Sauer, *Angebote und Strukturen* (o. Fn. 4), S. 38.

¹⁶⁸ S. dazu Markus Ogorek, → § 44, Rn. 105.

¹⁶⁹ S. dazu Arno Schilberg, → § 56.

festgelegt oder in ihrer Selbstdarstellung dargelegt. Ein förmliches Anerkennungsverfahren für eine Verleihung eines „Status“ als Religionsgemeinschaft besteht nicht. Die Rechtsprechung des BVerfG sowie des BVerwG hat wesentliche Kriterien für das Vorliegen einer Religionsgemeinschaft geklärt.¹⁷⁰ So müssen natürliche Personen sich mit einem Minimum an organisatorischer Struktur mit dem Zweck zusammengeschlossen haben, ein gemeinsames religiöses Bekenntnis zu pflegen. Eine solche Gemeinschaft muss umfassend der Erfüllung der durch das religiöse Bekenntnis gestellten Aufgabe dienen und darf andere Ziele nur als Nebenzweck verfolgen.¹⁷¹ Das BVerwG hat begründet, dass auch Dachverbände die Qualität einer Religionsgemeinschaft haben können, wenn sie sich nicht auf die Vertretung gemeinsamer Interessen nach außen oder auf die Koordinierung von Mitgliedsverbänden beschränken, sondern wesentliche Aufgaben einer Religionsgemeinschaft in der Pflege des gemeinsamen Bekenntnisses selbst übernehmen.¹⁷² Jedenfalls kommt es für die Einordnung einer muslimischen Organisation als Religionsgemeinschaft nicht allein auf ihre satzungsmäßige Verfasstheit und ihr Selbstverständnis als Religionsgemeinschaft an. Vielmehr ist im Einzelfall anhand der durch die Rechtsprechung im Wege der Auslegung gewonnenen Kriterien von Seiten des Staates zu prüfen, ob eine muslimische Organisation als Religionsgemeinschaft anzusehen ist und damit die Voraussetzung für eine Kooperation in bestimmten Formen, wie etwa dem Religionsunterricht, in Betracht kommt.

- 71 Muslimische Dachverbände streben zumeist auch die Verleihung des Status als öffentlich-rechtliche Körperschaft an, um in vollem Umfang die Rechte der als solche anerkannten Kirchen und Religionsgemeinschaften zu genießen.¹⁷³ Nicht unterschätzt werden darf, dass durch die Verleihung auch eine Art staatliches „Gütesiegel“ verliehen wird und aus Sicht der betroffenen Gemeinschaften eine volle Akzeptanz des von ihnen vertretenen Islam in Deutschland sowie eine Gleichstellung insbesondere mit den christlichen Kirchen erreicht wäre. Etliche Dachverbände haben einen Antrag auf Verleihung des Körperschaftsstatus gestellt. Bislang wurde lediglich der Ahmadiyya Muslim Gemeinschaft in zwei Bundesländern der Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts verliehen.

¹⁷⁰ BVerfGE 83, 341 ff.; BVerwGE 123, 49 ff.

¹⁷¹ Vgl. etwa *de Wall*, Rahmenbedingungen (o. Fn. 26), S. 8 f.

¹⁷² BVerwGE 123, 49 (59). S. auch *Muckel*, Körperschaften des öffentlichen Rechts (o. Fn. 61).

¹⁷³ Zu den Voraussetzungen und Folgen der Verleihung des Körperschaftsstatus vgl. *Stefan Magen*, → § 27.

§ 26

Der allgemeine Rechtsstatus der Religionsgemeinschaften

Von Emanuel V. Towfigh

I. „Religionsgemeinschaft“ als Rechtsstatus	1–17
1. Religion	6–7
2. Gemeinschaft	8–10
3. Religionsbezogenheit der Gemeinschaft	11–12
4. Einheitlichkeit des Begriffs	13–15
5. Deutungs- und Feststellungshoheit über die Begriffsmerkmale	16–17
II. Funktionen des Status	18–26
1. Tatbestandsvoraussetzung für Privilegierungen	19–20
2. Kollisionsordnung für säkulares und religiöses Recht	21–26
III. Rechtsstatus und Rechtsfähigkeit	27–35
1. Erwerb der Rechtsfähigkeit	27–31
a) Numerus Clausus der Rechtsformen	28–30
b) Durch den Rechtsstatus gerechtfertigte Differenzierungen	31
2. Verlust der Rechtsfähigkeit	32–35

I. „Religionsgemeinschaft“ als Rechtsstatus

- 1 Religionsgemeinschaften¹ sind zentraler Bestandteil des religiösen Lebens des Einzelnen. Vielfach ist die gemeinschaftliche Religionsausübung zentraler Bestandteil der individuellen religiösen Praxis, und vielfach wacht die verfasste Gemeinschaft über die Einhaltung religiöser Normen. Diese Normen tangieren und regeln die Lebensführung der Gläubigen so umfassend wie sonst nur das staatliche Recht. Die Verfassung erkennt diese Bedeutung der Religionsgemeinschaften an und schützt sie über Art. 4 GG, der die Religionsfreiheit folgerichtig sowohl individuell wie kollektiv garantiert.² In der kollektiven Dimension wird die religiöse Vereinigungsfreiheit gewährleistet, die Gläubigen die Möglichkeit gibt, sich zum Zwecke der gemeinsamen Religionsausübung zu organisieren.
- 2 An den Begriff der Religionsgemeinschaft³ knüpfen Verfassung und einfaches Recht zahlreiche Vergünstigungen, ohne dass es sich deshalb um einen formalen Rechtsstatus oder eine eigene Rechtsform handeln würde. Dieser „allgemeine Rechtsstatus“ privilegiert Religi-

Der Beitrag wurde auf dem Stand vom September 2018 abgeschlossen.

¹ Die hier getroffenen Aussagen gelten *mutatis mutandis* auch für Weltanschauungen und Weltanschauungsgemeinschaften, der Fokus der vorliegenden Ausführungen liegt indessen auf Religion und Religionsgemeinschaften; vgl. *Hans Michael Heinig*, → § 14.

² *Hans Michael Heinig*, → § 14, Rn. 29–32; s. *Hermann Weber*, → § 19, Rn. 5–18.; dazu auch *Christian Hillgruber*, Hat das deutsche Staatskirchenrecht Bestand?, KuR 2018, S. 1 (6); vgl. auch *Johannes Kuntze*, Bürgerliche Mitgliedschaft in Religionsgemeinschaften. Studie über die Rechtsbeziehungen der Mitglieder zu den römisch-katholischen, evangelischen, jüdischen und islamischen Religionsgemeinschaften in Deutschland, 2013, S. 76 ff.; 133 ff.; zur Einschränkung der Gewährleistungen der Religionsfreiheit vgl. *Markus Ogorek*, Religionsfreiheit – eine absolute Größe?, KuR 2017, S. 117 ff.

³ Der über Art. 140 GG ins Grundgesetz inkorporierte und im hiesigen Kontext bedeutsame Art. 137 Abs. 2 WRV spricht von *Religionsgesellschaften*, während das Grundgesetz den Begriff der *Religionsgemeinschaft* benutzt; da mit diesen Begriffen jedoch keinerlei Bedeutungsunterschiede einhergehen, wird im Folgenden ausschließlich der Begriff der Religionsgemeinschaft Verwendung finden. Siehe auch *Stefan Koriath*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz Kommentar, 42. Erg.-Lfg. 2003, Art. 137 WRV, Rn. 13; *Christine Mertesdorf*, Weltanschauungsgemeinschaften. Eine verfassungsrechtliche Betrachtung mit Darstellung einzelner Gemeinschaften, 2008, S. 247; *Kuntze*, Bürgerliche Mitgliedschaft (o. Fn. 2), S. 118 ff.; zu den Begrifflichkeiten im europäischen Primärrecht vgl. *Christian Waldhoff*, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hg.), EUV / AEUV, 5. Aufl. 2016, Rn. 18.

ongemeinschaften unabhängig von ihrer tatsächlichen Rechtsform – als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisierte Religionsgemeinschaften können sich auf ihn genauso berufen wie privatrechtlich verfasste. Dabei ist zu betonen, dass mit der Qualifikation als „Religionsgemeinschaft“ nur jeweils aus einzelnen Normen abzuleitende Rechtsfolgen einhergehen, dass mit dem Begriff mithin, wie bei anderen rechtswissenschaftlich konstruierten Sammelbegriffen,⁴ kein eigenständiger, von konkreten Normen losgelöster Bedeutungsgehalt verbunden ist – auch wenn die Rechtswirkungen hier dogmatisch zu einem allgemeinen Rechtsstatus verdichtet dargestellt werden, um durch die Systematisierung einen rechtswissenschaftlichen Mehrwert zu stiften.

Die an die Eigenschaft als Religionsgemeinschaft anknüpfenden Vorrechte sollen die Religionsausübung des Einzelnen und in Gemeinschaft ermöglichen bzw. erleichtern.⁵ Daraus folgt, dass sich Religionsgemeinschaften grundsätzlich innerhalb der für jegliche Art von (Personen-)Vereinigungen allgemein geltenden Normen des staatlichen Rechts organisieren können und müssen (dazu unten Rn. 27–30); in gewissem Umfang werden diese Regeln jedoch durch überlagerndes Verfassungsrecht modifiziert, um auf organisatorische Eigenheiten des Glaubens Rücksicht zu nehmen (dazu unten Rn. 31). Diese organisatorische Freiheit, aber auch die mit der Qualifizierung als Religionsgemeinschaft einhergehende Vielzahl an weiteren Rechtsfolgen führen dazu, dass der Frage, ob eine Gemeinschaft auch *Religions-Gemeinschaft* ist, nicht unerhebliche Bedeutung zukommt.

Um zu spezifizieren, welchen religiösen Gruppierungen dieser verfassungsrechtlich garantierte Grundstatus, dessen Voraussetzungen jedoch nicht ausdrücklich geregelt sind, nun zukommt – nicht jede Gemeinschaft, die dies von sich behauptet, kann als Religionsgemeinschaft im verfassungsrechtlichen Sinne qualifiziert werden – hat sich unter Einbeziehung des das Religionsverfassungsrecht prägenden Neutralitätsgebots, des Trennungsprinzips und des Diskriminierungsverbots⁶ eine Begriffsbestimmung herauskristallisiert, über die

⁴ Vgl. etwa für das Gebot religiöser und weltanschaulicher Neutralität *Emanuel V. Towfigh*, Die rechtliche Verfassung von Religionsgemeinschaften. Eine Untersuchung am Beispiel der Bahai, 2006, S. 31 und für das Rechtsstaatsprinzip *ders.*, Komplexität und Normenklarheit, in: *Der Staat* 48 (2009), S. 29 (44) mit Fn. 80.

⁵ *Alexander Hollerbach*, Grundlagen des Staatskirchenrechts (§ 138), in: *HStR*², Bd. VI, 2001, Rn. 90; *Ralf Poscher*, Totalität – Homogenität – Zentralität – Konsistenz, in: *Der Staat* 39 (2000), S. 49 (52).

⁶ *S. Hans Michael Heinig*, → § 14, Rn. 100–103; s. *Christian Walter*, → § 18.

all jene Gemeinschaften, deren Religionsausübung der kollektiven Religionsfreiheit unterfällt, Schutz und Förderung der Verfassung erfahren sollen.⁷ Die Merkmale der Definition, wie sie von Rechtssprechung und herrschender Meinung auch heute verwendet werden, gehen auf *Gerhard Anschütz* zurück, der in seiner Kommentierung zur Weimarer Reichsverfassung eine Religionsgemeinschaft als

„ein die Angehörigen eines und desselben Glaubensbekenntnisses – oder mehrerer verwandter Glaubensbekenntnisse [...] – für ein Gebiet [...] zusammenfassender Verband zu allseitiger Erfüllung der durch das gemeinsame Bekenntnis gestellten Aufgaben“⁸

bezeichnet.⁹

- 5 Damit eine Gemeinschaft als Religionsgemeinschaft qualifiziert werden kann, muss es sich demnach um eine Religion handeln (dazu sogleich 1.), deren Anhänger sich in einer homogenen Gemeinschaft zusammengeschlossen haben (dazu 2.) und die sich der umfassenden Erfüllung ihrer religiösen Aufgaben widmet (dazu 3.). Der Religionsgemeinschafts-Begriff ist über die Rechtsordnung hinweg grundsätzlich einheitlich zu verwenden (dazu 4.), die Prüfung seiner einzelnen Merkmale ist dem Staat nur in gewissen Grenzen möglich (dazu 5.).

1. Religion

- 6 Der Verfassungstext enthält keine Definition des Begriffs „Religion“.¹⁰ Eine solche wird auch durch das Gebot staatlicher Neutralität erschwert, welches die inhaltliche Bewertung eines Religionsqualität beanspruchenden Phänomens durch den Staat im Prinzip verhindert.¹¹ In Abkehr von der „Kulturvölkerformel“, der zufolge der

⁷ Towfigh, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 4), S. 123.

⁸ *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Art. 137, 14. Aufl. 1933, S. 633.

⁹ Statt vieler nur BVerwGE 123, 49 (54).

¹⁰ *Elke Dorothea Bohl*, Der öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus der Religionsgemeinschaften. Verleihungsvoraussetzungen und Verfahren, 2001, S. 22; *Claus Dieter Classen*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Grundrechtsordnung, 2003, S. 20; *Ino Augsberg*, Noli me tangere. Funktionale Aspekte der Religionsfreiheit, in: *Der Staat* 48 (2009), S. 239 (244). Für den Begriff der Weltanschauung *Hans Michael Heinig*, → § 14, Rn. 54, und *Mertesdorf*, Weltanschauungsgemeinschaften (o. Fn. 3), S. 89, 132.

¹¹ *Karl-Hermann Kästner*, Hypertrophie des Grundrechts auf Religionsfreiheit?, in: *JZ* 1998, S. 974 (978); *Michael Brenner*, Staat und Religion, in: *VVDStRL* 59 (1999), S. 265 (272 f.); s. auch *Christian Walter*, → § 18.

Schutzbereich des Art. 4 GG auf solche Glaubensrichtungen beschränkt sein sollte,

„die sich bei den heutigen Kulturvölkern auf dem Boden gewisser übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen im Laufe der geschichtlichen Entwicklung herausgebildet“¹²

haben, definiert die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung „Religion“ heute als eine

„mit der Person des Menschen verbundene Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel des menschlichen Lebens [...]; dabei legt die Religion eine den Menschen überschreitende und umgreifende (‚transzendente‘) Wirklichkeit zugrunde.“¹³

Dabei muss es sich „tatsächlich, nach geistigem Gehalt und äußerem Erscheinungsbild, um eine Religion [...] handeln.“¹⁴ Diese Definition trägt der in den letzten Jahrzehnten auch in der Bundesrepublik zunehmenden Bedeutung nicht-christlicher Religionen Rechnung. Allerdings entziehen sich Gerichte häufig einer konkreten Antwort auf die Frage nach der Qualifizierung einer Glaubensüberzeugung als Religion.¹⁵ Dies dürfte auf die dem Grundsatz der Neutralität geschuldete staatliche Inkompetenz in Religionsfragen einerseits und das dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften zuzubilligende Gewicht andererseits zurückzuführen sein¹⁶ – wenngleich die bloße Behauptung der Anhänger, ihr Glaubenssystem sei Religion, für eine Qualifikation als Religion freilich nicht auszureichen vermag.¹⁷

7

¹² BVerfGE 12, 1 (4).

¹³ BVerwGE 90, 112 (115).

¹⁴ BVerfGE 83, 341 (353).

¹⁵ *Kästner*, Religionsfreiheit (o. Fn. 11), S. 979 mit Verweis auf die Fälle der „Transzendentalen Meditation“ und „Scientology“; vgl. *Towfigh*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 4), S. 160; OLG Brandenburg, KuR 2017, 246 zur „Kirche des fliegenden Spaghettimonsters“.

¹⁶ *Claus Dieter Classen*, Religionsrecht, 2006, Rn. 85; *Hans Michael Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften. Studien zur Rechtsstellung der nach Art. 137 Abs. 5 WRV korporierten Religionsgesellschaften in Deutschland und in der Europäischen Union, 2003, S. 52 ff.; *Josef Jurina*, Die Aufgaben des Staates im Staatskirchenrecht, in: KuR 2009, S. 207 (211); BVerfGE 83, 341 (354); zum Neutralitätsgebot *Stefan Huster*, Die Bedeutung des Neutralitätsgebotes für die verfassungstheoretische und verfassungsrechtliche Einordnung des Religionsrechts, in: Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, hg. von Hans Michael Heinig / Christian Walter, 2007, S. 107 ff.

¹⁷ BVerfGE 83, 341 (354). Siehe dazu auch unter 5.

2. Gemeinschaft

- 8 Die an den Zusammenschluss natürlicher Personen zum Zweck der Pflege der Religion gestellten Anforderungen sind niedrigschwellig: Es genügt bereits, dass sich zwei Gläubige zu einer Gemeinschaft verbinden, und dass der in Deutschland ansässige und damit im Geltungsbereich des Grundgesetzes agierende Zusammenschluss ein Minimum organisatorischer Strukturen vorweisen kann.¹⁸ Dabei kommt es noch nicht darauf an, dass diese Gemeinschaft eine bestimmte Rechtsform hat (dazu sogleich unten Rn. 27 ff.). Ein Minimum an Organisation ist aber auch nicht schon dadurch erfüllt, dass Menschen eine religiöse Überzeugung teilen, sondern setzt vielmehr voraus, dass die Gemeinschaft als eigene, von anderen Vereinigungen abgrenzbare Vereinigung im allgemeinen Rechtsverkehr handlungsfähig sein kann.¹⁹
- 9 Den nächsten Punkt der Prüfung, ob es sich um eine Religionsgemeinschaft handelt, markiert die Frage nach dem Vorliegen eines *re-*

¹⁸ Axel Freiherr von Campenhausen/Heinrich de Wall, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 116; Bodo Piero, Muslimische Gemeinschaften als Religionsgesellschaften nach deutschem Recht, in: Muslimische Gemeinschaften im deutschen Recht, hg. von Janbernd Oebbeke, 2003, S. 109 (113); Wiebke Hennig, Muslimische Gemeinschaften im Religionsverfassungsrecht, 2010, S. 91; Hans Hofmann, Die Religionsverfassung des Grundgesetzes im Zusammentreffen mit dem Islam, in: ZG 2009, S. 201 (212); Jurina, Staatskirchenrecht (o. Fn. 16), S. 215; Hillgruber, Staatskirchenrecht (o. Fn. 2), S. 14, erwartet daher eine Zunahme an – insb. muslimischen – Religionsgemeinschaften, welche „die formalen, organisatorischen Voraussetzungen des Körperschaftsstatus erfüllen werden [...]“; allgemein zur Mitgliedschaft in christlichen, jüdischen und islamischen Religionsgemeinschaften in Deutschland, siehe Kuntze, Bürgerliche Mitgliedschaft (o. Fn. 2), S. 201 ff.

¹⁹ Vgl. Leitfaden für die Verleihung der Körperschaftsrechte an Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, KuR 2017, S. 58 (61). Im Februar 2017 hat die Konferenz der Chefin und der Chefs der Senats- und Staatskanzleien einen „Leitfaden für die Verleihung der Körperschaftsrechte an Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften“ der für Angelegenheiten der Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zuständigen Referentinnen und Referenten der Länder der Bundesrepublik Deutschland zur Kenntnis genommen. Dieser Leitfaden berücksichtigt die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung und soll fortan als rechtliche Grundlage für Verleihungen des Körperschaftsstatus gelten. Dieser Leitfaden wurde etwa vom Hessischen Kultusministerium im hess. StAnz. und von weiteren Ministerien in den offiziellen Amts- und Ministerialblättern veröffentlicht. Dazu Stefan Muckel, Körperschaftsstatus im 21. Jahrhundert – Anachronismus oder Zukunftsmodell?, in: ZevKR 63 (2018), S. 30 (31).

ligiösen Konsenses.²⁰ Auch hier sind eingedenk staatlicher Inkompetenz keine hohen Anforderungen an die Homogenität der Gruppe zu stellen. Die Ausprägung verschiedener Bekenntnisse innerhalb einer Religionsgemeinschaft ist ebenso unschädlich wie Uneinigkeit in theologischen Fragen, solange über die religiösen Grundüberzeugungen Einigkeit herrscht.²¹ So sind etwa sowohl die unierten Landeskirchen als auch islamische Gemeinschaften, in denen sich Sunniten und Schiiten gemeinsam zur Religionsausübung verbunden haben, als homogene Gemeinschaften zu qualifizieren. „Homogenität“ oder „religiöser Konsens“ stellen mithin kein trennscharfes Kriterium dar, so dass sich Schwierigkeiten bei der Abgrenzung durchaus vorstellen lassen;²² soweit ersichtlich hat es in der Praxis hier aber bislang keine Probleme gegeben.

Ferner hat – insbesondere im Zusammenhang mit islamischen Gemeinschaften – die Frage Bedeutung erlangt, ob es sich zwingend um einen Zusammenschluss *natürlicher Personen* handeln muss, oder ob etwa auch Dachverbände (also allein oder überwiegend aus juristischen Personen bestehende Organisationen) oder „Religionsanstalten“ (also nicht durch ein Mitgliedschafts-, sondern durch ein Benutzungsverhältnis der Gläubigen charakterisierte Vereinigungen) Religionsgemeinschaft sein können.²³ Verfügen solche Organisationen über ein „personales Substrat“, das (zurückgehend auf die *Anschütz*’sche Definition und das Preußische Allgemeine Landrecht sowie im Hinblick auf den grundrechtlich aufgeladenen Gehalt der mit der Religionsgemeinschaftsqualität verbundenen Gewährleistun-

10

²⁰ *Classen*, Religionsfreiheit (o. Fn. 10), S. 25; *Bodo Pieroth / Christoph Görisch*, Was ist eine „Religionsgemeinschaft“?, in: JuS 2002, S. 937 (938); *Stefan Muckel*, Wann ist eine Gemeinschaft Religionsgemeinschaft? Überlegungen zum Begriff der Religionsgemeinschaft im Sinne von Art. 7 Abs. 3 GG unter besonderer Berücksichtigung muslimischer Dachverbände, in: *Recht in Kirche und Staat. Festschrift für Joseph Listl*, hg. von Wilhelm Rees, 2004, S. 715 (728); *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 16), S. 70.

²¹ Dazu BVerwGE 123, 49 (56 f.); *Christian Hillgruber*, Islamische Gemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts? – Voraussetzungen und (Rechts-)Folgen, in: KuR 2011, S. 225 (232); *Muckel*, Religionsgemeinschaft (o. Fn. 20), S. 728; *Poscher*, Totalität (o. Fn. 5), S. 60.

²² Vgl. *Karl-Heinz Ladeur / Ino Augsberg*, Toleranz – Religion – Recht. Die Herausforderung des „neutralen“ Staates durch neue Formen von Religiosität in der postmodernen Gesellschaft, 2007, S. 96 f., wobei diese wohl das Gebot staatlicher Neutralität zu gering gewichten.

²³ Vor dem Zweiten Vatikanum verstand sich auch die katholische Kirche als anstaltliche Organisation, vgl. *Hermann Weber*, Die Verleihung der Körperschaftsrechte an Religionsgemeinschaften: Grundsätzliche und aktuelle Probleme, in: ZevKR 34 (1989), S. 337 (347).

gen) bisweilen als Voraussetzung für die Qualifikation einer Religionsgemeinschaft betrachtet wird?²⁴ Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Frage insoweit einer Klärung zugeführt, als nach seiner Rechtsprechung Dachverbände als Religionsgemeinschaft anzuerkennen sind, wenn sie sich – worauf noch genauer einzugehen sein wird – der umfassenden Pflege des religiösen Lebens widmen, und wenn ihr Wirken in Abgrenzung zu dem religiöser Vereine nicht nur Teilbereiche des religiösen Lebens ihrer Mitglieder tangiert.²⁵ Sind die Tätigkeiten des Dachverbandes „in der Weise auf die Gläubigen in den örtlichen Vereinen bezogen“, dass sie sich „als Teil eines gemeinsamen, alle diese Gläubigen umfassenden Glaubensvollzugs“ darstellen, so sei eine Rückbindung an natürliche Personen auf der Ebene der Mitgliedsvereine erreicht und das erforderliche personale Substrat werde auch an den Dachverband vermittelt.²⁶ Das Gericht hat die Frage nach der Unmittelbarkeit des personalen Substrats damit letztlich in eine Frage nach der Religionsbezogenheit der Gemeinschaft umgedeutet (dazu unten 3.). Das bedeutet im Umkehrschluss, dass ein unmittelbares personales Substrat nicht verlangt werden kann, und dass wohl auch eine anstaltliche Ausgestaltung der „Zugehörigkeit“ zu einer Gemeinschaft der Qualifikation als Religionsgemeinschaft nicht entgegensteht. Das ist schon deshalb richtig, weil Religionsausübung ohne Menschen undenkbar ist, so dass jede

²⁴ *Muckel*, Religionsgemeinschaft (o. Fn. 20), S. 736 f.; *Towfigh*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 4), S. 128 f.

²⁵ BVerwGE 123, 49 (57). Es beendete damit eine langanhaltende Diskussion in der Literatur (s. ausführlich *Muckel*, Religionsgemeinschaft [o. Fn. 20], S. 736 ff; so nun auch der Leitfaden [o. Fn. 19], S. 62 f.) und eine uneinheitliche Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte (vgl. etwa OVG Berlin, in: NVwZ 1999, S. 786 [788]; OVG Münster, in: NVwZ-RR 2004, S. 492 [494]) zur grundsätzlichen Fähigkeit von Dachverbänden, Religionsgemeinschaft im Sinne der Verfassung sein zu können; vgl. hierzu umfassend *Towfigh*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 4), S. 127 f.

²⁶ BVerwGE 123, 49 (60); vgl. auch *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 253; *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 16), S. 70; *Hennig*, Muslimische Gemeinschaften (o. Fn. 18), S. 97; *Christian Waldhoff*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität. Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates?, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, hg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Band I, 2010, Gutachten D, S. 78; *Emanuel V. Towfigh*, Religionsunterricht an staatlichen Schulen. Zum Erkenntnisstand nach dem Urteil des BVerwG vom 23. Februar 2005, in: NWVB 2006, S. 131 (132); a.A. *Christian Hillgruber*, Der deutsche Kulturstaat und der muslimische Kulturimport, in: JZ 1999, S. 538 (545); *Janbernd Oebbecke*, Die rechtliche Ordnung des islamischen Religionsunterrichts in Deutschland – Stand und Perspektiven, in: EssGespr. 49 (2016), S. 153 (167).

Religionsgemeinschaft denknotwendig auch ein personales Substrat hat; soweit Menschen ihren Glauben innerhalb organisatorischer Strukturen ausüben, sind diese Strukturen als Religionsgemeinschaft zu privilegieren, auf die konkrete Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse darf es dagegen nicht ankommen.²⁷

3. Religionsbezogenheit der Gemeinschaft

Weitere Voraussetzung für die Qualifikation als Religionsgemeinschaft ist, dass die Gemeinschaft auf die Ausübung und Pflege des gemeinsamen Bekenntnisses ausgerichtet ist – oder kurz: die Religionsbezogenheit der Gemeinschaft. In Abgrenzung zum religiösen Verein, der sich lediglich der Erfüllung einer Teilaufgabe des religiösen Lebens verpflichtet, ist bei einer Religionsgemeinschaft die Aufgabenerfüllung umfassend und bezieht sämtliche Aspekte des religiösen Lebens einer Religionsgemeinschaft ein.²⁸ Zu diesen können neben kultischen Aufgaben und der Pflege des gemeinsamen Bekenntnisses auch soziale Aufgaben der Gemeinschaft gehören, die je nach Organisationsstruktur der Gemeinschaft jedoch von ihren Untergliederungen wahrgenommen werden können; wichtig ist allein, dass die Religionsgemeinschaft sich der Gesamtheit dieser Aufgaben verpflichtet sieht und diese maßgeblich ausführt bzw. die Ausführung koordiniert und verantwortet.²⁹ Religiöse Vereinigungen und Untergliederungen der Gemeinschaft, die zum Beispiel als Träger einer sozialen Einrichtung eine Teilaufgabe wahrnehmen und damit

11

²⁷ *Towfigh*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 4), S. 132; kritisch dazu wohl *Hans Michael Heinig*, Diskussionsbeitrag, in: *EssGespr.* 49 (2016), S. 179 (183).

²⁸ *Poscher*, Totalität (o. Fn. 5), S. 59; *Hennig*, Muslimische Gemeinschaften (o. Fn. 18), S. 94; *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 16), S. 69; *Stefan Magen*, Körperschaftsstatus und Religionsfreiheit, 2004, S. 230 f.; vgl. auch Leitfaden (o. Fn. 19), S. 60 f.; ferner *Achim Janssen*, Aspekte des Status von Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts, 2. Aufl. 2017, S. 122 ff.; zur Abgrenzung der Begriffe Religionsgemeinschaft und religiöser Verein im europäischen Primärrecht, siehe *Claus Dieter Classen*, in: *Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim* (Hg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 63. Erg.-Lfg. Dezember 2017, AEUV, Art. 17, Rn. 27 m. w. N.

²⁹ Vgl. BVerwGE 123, 49 (57); *Hennig*, Muslimische Gemeinschaften (o. Fn. 18), S. 94; *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 16), S. 69; *Poscher*, Totalität (o. Fn. 5), S. 59; *Towfigh*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 4), S. 137; *Piero*, Muslimische Gemeinschaften (o. Fn. 18), S. 114; *Korioth*, in: *Maunz/Dürig* (o. Fn. 3), Art. 137 WRV, Rn. 14.

zur Erfüllung einzelner Ziele einer Religionsgemeinschaft beitragen, sind also gerade keine Religionsgemeinschaft, da sie schon ihrem Anspruch nach nicht sämtliche Aspekte des religiösen Lebens umfassen.³⁰ Für die bereits angesprochenen Dachverbände bedeutet dies, dass die religiöse Praxis (auch) auf Dachverbandsebene ihren Platz haben muss, die Aufgaben des Dachverbandes dürfen sich also nicht etwa in logistisch-organisatorischen Angelegenheiten für die Mitgliedsvereine erschöpfen. Auch darf der Dachverband sich nicht lediglich aus verschiedenen religiösen Vereinen, die unterschiedliche Fachbereiche abdecken, aber jeweils nur partiell die Pflege des religiösen Lebens ihrer Mitglieder zum Ziel haben, zusammensetzen.³¹

- 12 Nicht als Religionsgemeinschaft zu qualifizieren sind ferner solche Organisationen, die überwiegend wirtschaftliche, politische oder andere nicht-religiöse Zwecke verfolgen.³² So wird die Religionsbezogenheit der Gemeinschaft etwa bei den „Jugendreligionen“ und der Scientology-Kirche wegen ihrer umfassenden wirtschaftlichen Tätigkeiten immer wieder in Frage gestellt.³³ Nach der herrschenden „Schwerpunkttheorie“ ist bei der Beurteilung der Zwecke einer Gemeinschaft darauf abzustellen, ob der Schwerpunkt der Betätigung in der Förderung und Pflege des religiösen Konsenses zu finden ist, oder ob die wirtschaftliche Betätigung im Zentrum der Tätigkeiten der Gemeinschaft steht;³⁴ es wird also von den Aktivitäten auf den Zweck geschlossen. Gerichte haben eine Neigung, sich angesichts

³⁰ *Classen*, Religionsrecht (o. Fn. 16), Rn. 243; *von Campenhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 18), S. 125.

³¹ BVerwGE 123, 49 (60 f.); vgl. auch *Oebbecke*, Islamischer Religionsunterricht (o. Fn. 26), S. 167 f.; das OVG Münster (OVG Münster, U. v. 09.11.2017, Az. 19 A 997/02) kam nunmehr dem Auftrag des BVerwG aus dem genannten Urteil nach und hat die vom BVerwG entwickelten Grundsätze auf den Zentralrat der Muslime und den Islamrat für Deutschland angewendet mit dem Ergebnis, dass die islamischen Dachverbände die Voraussetzungen nicht erfüllten und somit keine Religionsgemeinschaften seien, vgl. *Vera Niestegge*, Dachverbandsorganisationen als Religionsgemeinschaften?, KuR 2018, S. 140 ff.; vgl. auch Leitfaden (o. Fn. 19), S. 63.

³² *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), GG-Kommentar, Band III, 2. Aufl. 2008, Art. 137 WRV, Rn. 37.

³³ *Arnd Diring*, Wirtschaftliche Betätigung und grundrechtlicher Schutz von Jugendreligionen, in: NVwZ 2004, S. 1312 (1313).

³⁴ *Diring*, ebd., S. 1313; *ders.*, Der grundrechtliche Schutz von sog. Jugendreligionen – Zur Diskussion um den Begriff der Religions- bzw. Weltanschauungsgemeinschaft, bezogen auf neue religiöse und parareligiöse Bewegungen, in: BayVBl 2005, S. 97 (103); *Jörg Müller-Volbehr*, Die sogenannten Jugendreligionen und die Grenzen der Religionsfreiheit, in: EssGespr. 19 (1985), S. 111 (120 f.); *Poscher*, Totalität (o. Fn. 5), S. 64.

eines solch vagen Maßstabs einer komplizierten Sachverhaltsvermittlung und damit einer klaren Stellungnahme zu entziehen.³⁵ Eine wirtschaftliche Vermarktung der Glaubenslehre oder von „Techniken“, die nach objektiver Betrachtung vor allem auf den wirtschaftlichen Erfolg gerichtet sind und nicht die gemeinsame Glaubensbezeugung zum Kern haben, kann nicht Religionsausübung im Sinne der Verfassung sein; die Vereinigung zu einem solchen Zwecke vermag damit keine Religionsgemeinschaft zu konstituieren.³⁶ Freilich ist umgekehrt eine erfolgreiche wirtschaftliche Betätigung allein noch kein Grund, einer Gemeinschaft ihre Religionsbezogenheit abzusprechen: Jede Gemeinschaft bedarf zur Erfüllung ihrer Aufgaben und zur Aufrechterhaltung ihrer Organisation finanzieller Mittel, die sie nach ihren eigenen Vorstellungen und garantiert durch ihr Selbstbestimmungsrecht etwa durch Spenden, Mitgliedsbeiträge oder auf andere Weise erwirtschaften kann.

4. Einheitlichkeit des Begriffs

Der Begriff der Religionsgemeinschaft findet sich an zahlreichen Stellen des Verfassungs- und des einfachen Rechts. Als Tatbestandsvoraussetzung für Religionsgemeinschaften gewährte Privilegien haben sich zum Teil vom hier dargestellten verfassungsrechtlichen Grundstatus abweichende Anforderungen ausgeprägt, die eine Gemeinschaft zu erfüllen hat, um in den Genuss der Gewährleistungen zu kommen. Prominente Beispiele sind die Durchführung von Religionsunterricht an staatlichen Schulen, die Verleihung der Körperschaftsrechte oder das betäubungslose rituelle Schlachten (Schächten).

Dabei handelt es sich nicht um funktionsdifferente Auslegungen des Begriffs der Religionsgemeinschaft, sondern um neben diesen

13

14

³⁵ Vgl. etwa die Rechtsprechung zu Scientology: BVerwG, in: NJW 1998, S. 1166 ff.; VGH Mannheim, in: NVwZ-RR 2004, S. 904 ff. (m. Anmerkung Ulrich Segna, Die Scientology-Church: (k)ein wirtschaftlicher Verein?, in: NVwZ 2004, S. 1446 ff.); VG Stuttgart, in: NVwZ-RR 2000, S. 612 ff. und NVwZ 1994, S. 612; VG Hamburg, in: NJW 1996, S. 3363 ff.; ausführlich auch Diring, Jugendreligionen (o. Fn. 33), S. 1314; ders., Jugendreligionen (o. Fn. 34), S. 97 ff.; Müller-Volbehr, Jugendreligionen (o. Fn. 34), S. 120 f.; von Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 18), S. 117; Poscher, Totalität (o. Fn. 5), S. 64.

³⁶ von Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 18), S. 117; Diring, Betätigung (o. Fn. 33), S. 1313; Leitfadens (o. Fn. 19), S. 60.

tretende besondere Tatbestandsvoraussetzungen.³⁷ So stellte das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil zur Erteilung islamischen Religionsunterrichts in staatlichen Schulen zwar einerseits fest, dass Religionsunterricht grundsätzlich durch alle Religionsgemeinschaften, unabhängig von ihrer konkreten Organisationsform, erteilt werden könne.³⁸ Allerdings leitet es aus dem Tatbestandsmerkmal des „ordentlichen Lehrfachs“ zusätzliche, über den allgemeinen Rechtsstatus hinausgehende Erfordernisse an Religionsgemeinschaften ab, die Religionsunterricht erteilen wollen, vor allem die Organisationsstruktur und die Regelung der Mitgliedschaftsverhältnisse der Gemeinschaft betreffend.³⁹ In seinem Urteil zum Schächten hat das Bundesverwaltungsgericht einer funktionsdifferenten Auslegung des Begriffs der Religionsgemeinschaft ebenfalls eine Absage erteilt und ausgeführt, dass in § 4a Abs. 2 Nr. 2 Tierschutzgesetz (TierSchG) mit dem Begriff der Religionsgemeinschaft nicht eine Gemeinschaft gemeint sei, welche im Sinne des Art. 137 Abs. 5 WRV die Voraussetzungen für die Anerkennung als Körperschaft des öffentlichen Rechts erfülle oder gemäß Art. 7 Abs. 3 GG berechtigt sei, Religionsunterricht zu erteilen; vielmehr sei für die Bewilligung der Ausnahme des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG ausreichend, „dass der Antragsteller einer Gruppe von Menschen angehört, die eine gemeinsame Glaubensüberzeugung verbindet.“⁴⁰

- 15 Daraus folgt, dass der deutschen Rechtsordnung grundsätzlich ein einheitlicher Begriff der Religionsgemeinschaft zugrunde liegt. Unterschiede beruhen nicht auf verschiedenen Begriffen der Religionsgemeinschaft, sondern sind Ausdruck des Zusammenspiels der verschiedenen Tatbestandsmerkmale einer Norm.⁴¹

³⁷ *Pieroth / Görisch*, Religionsgemeinschaft (o. Fn. 20), S. 940; *Towfigh*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 4), S. 136.

³⁸ BVerwG, in: NJW 2005, S. 2101 (2107).

³⁹ Damit werden die Voraussetzungen zur Erteilung des Religionsunterrichts an die Voraussetzungen zur Verleihung der Körperschaftsrechte angelehnt; kritisch dazu *Towfigh*, Religionsunterricht (o. Fn. 26), S. 135.

⁴⁰ BVerfG, in: NJW 2002, S. 663 (665).

⁴¹ Vgl. auch *Emanuel V. Towfigh*, Walter, Christian / von Ungern-Sternberg, Antje / Lorentz, Stephan: Die „Zweitverleihung“ des Körperschaftsstatus an Religionsgemeinschaften, in: ZevKR 2013, S. 423 (426).

5. Deutungs- und Feststellungshoheit über die Begriffsmerkmale

Die Einordnung einer Gemeinschaft als Religionsgemeinschaft lässt sich nicht anhand statischer Maßstäbe vornehmen, sondern erfordert eine sorgfältige Einschätzung und Beurteilung der jeweiligen Besonderheiten und Eigenheiten der in Rede stehenden Gemeinschaft.⁴² Der Staat kann wegen seiner religiös-weltanschaulichen Neutralität die Antworten auf innerreligiöse Fragen nicht „definieren“ oder womöglich durch eigene Auslegung der Glaubenslehre ermitteln; vielmehr ist er zu großer Zurückhaltung verpflichtet und es ist ihm verwehrt, *außerrechtlich* wertende Aussagen zu treffen, etwa über den Anspruch eines Glaubenssystems „Religion“ zu sein. Das erschwert jedenfalls hinsichtlich religiös motivierter Organisationsfragen die Einschätzung und Beurteilung der Erfüllung der Merkmale des Begriffs der Religionsgemeinschaft. Dennoch ist aufgrund der sich aus der *rechtlichen* Qualifizierung als Religionsgemeinschaft ergebenden Privilegien und Rechtsfolgen eine Beurteilung durch den Staat unausweichlich.

16

Den staatlichen Organen – letztlich vor allem den Gerichten – obliegt im Streitfall die Entscheidung, ob eine Gemeinschaft als Religionsgemeinschaft zu qualifizieren ist. Bei der vollständigen inhaltlichen Überprüfung behördlicher Entscheidungen haben sich die Gerichte an Sinn und Zweck der verfassungsrechtlich verbürgten Religionsfreiheit und dem daraus folgenden – weit von einer konkreten Definition entfernten – Begriff der Religion zu orientieren.⁴³ Ausgangspunkt ihrer Betrachtung ist das Selbstverständnis der Gemeinschaft, welches einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen ist.⁴⁴ Dies soll auch und gerade dazu dienen, zu klären, ob die Glaubenslehre der Gemeinschaft lediglich als ein Vorwand für die Verwirklichung anderer, insbesondere wirtschaftlicher, Ziele dient.⁴⁵ Das Bundesverfassungsgericht prägte die Formulierung, dass allein

17

⁴² So auch der Leitfaden (o. Fn. 19), S. 60.

⁴³ BVerfGE 83, 341 (353).

⁴⁴ BVerfGE 108, 282 (299); *Christian Hillgruber*, Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und die Jurisdiktionsgewalt des Staates, in: *Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat*. Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag, hg. von Stefan Muckel, 2003, S. 297 (315); *Ino Augsberg*, Die Zulässigkeit des Arbeitskampfs in kirchlichen Einrichtungen aus Sicht des Verfassungsrechts, SAE 2012, S. 11 (13); *Kästner*, Religionsfreiheit (o. Fn. 11), S. 978.

⁴⁵ Vgl. BVerwGE 90, 112, 118.

„die Behauptung und das Selbstverständnis, eine Gemeinschaft bekenne sich zu einer Religion und sei eine Religionsgemeinschaft, für diese und ihre Mitglieder die Berufung auf die Freiheitsgewährleistung des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG“

nicht zu rechtfertigen vermöge; vielmehr müsse es sich „tatsächlich, nach geistigem Gehalt und äußerem Erscheinungsbild, um eine Religion und Religionsgemeinschaft handeln.“⁴⁶ Damit wird der „Innensicht“ der Religionsgemeinschaft gleichsam eine „Außensicht“ des Staates auf die Religionsgemeinschaft gegenübergestellt, bei der der Staat die von der Gemeinschaft ins Feld geführten religiösen Inhalte auf ihren geistigen Gehalt hin untersucht und einordnet. Eine Bewertung im Sinne von „richtig“ oder „falsch“ verbietet sich gleichwohl, auch dürfen als Maßstäbe nicht die Errungenschaften oder sittlichen Grundwerte des abendländischen Kulturkreises gelten.⁴⁷ Es ist eine der mit dem offenen und zugewandten Umgang des deutschen Verfassungsrechts mit Religion einhergehenden Herausforderungen, dass den handelnden Akteuren gerade hier der Spagat zwischen neutraler und wertfreier Ausfüllung interpretationsbedürftiger säkularer Rechtsbegriffe und der Gewährung verfassungsrechtlich verbürgter Rechte gelingen muss. Dabei legt die grundrechtliche Dimension eine Auslegung und Anwendung des Rechts nahe, die im Zweifel *pro libertate* ausfällt.

II. Funktionen des Status

- 18** Das Grundgesetz knüpft aufgrund Art. 4 Abs. 1, 2 GG, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 2, 3 S. 1 WRV⁴⁸ bereits an den Status „Religionsgemeinschaft“ eine Reihe von Vorzügen, die unabhängig von der konkreten Rechtsform gleichermaßen allen Vereinigungen gewährt sind, die sich auf den allgemeinen Rechtsstatus der Religionsgemeinschaft berufen können.⁴⁹

⁴⁶ BVerfGE 83, 341 (353).

⁴⁷ *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 16), S. 64; *Ute Sacksofsky*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, in: VVDStRL 68 (2008), S. 7 (17); *Jurina*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 16), S. 211.

⁴⁸ Zur Rolle des Art. 9 GG in diesem Zusammenhang vgl. *Hermann Weber*, → § 19, Rn. 5–14.

⁴⁹ *von Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 18), S. 103, 119; so wohl auch *Janbernd Oebbecke*, Islamischer Religionsunterricht (o. Fn. 26), S. 166; vgl. auch die Übersicht (mit zahlreichen Gesetzestexten; allerdings vorrangig für korporierte Religionsgemeinschaften) bei *Janssen*, Religions-

1. Tatbestandsvoraussetzung für Privilegierungen

Das Tatbestandsmerkmal „Religionsgemeinschaft“ findet sich in einer Vielzahl verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Normen und verschafft den als solche qualifizierten Vereinigungen Zugang zu Privilegien, die über die bloße Duldung religiöser Besonderheiten hinausgehen und mannigfaltige praktische Konsequenzen für das Wirken der Gemeinschaft und des religiösen Lebens des einzelnen Gläubigen nach sich ziehen.⁵⁰ So gibt Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG Religionsgemeinschaften das Recht, Religionsunterricht durchzuführen.⁵¹ Art. 141 WRV ermöglicht Religionsgemeinschaften, im Heer, in Krankenhäusern, in Gefängnissen oder sonstigen öffentlichen Anstalten seelsorgerisch tätig zu sein.⁵² Das öffentliche Baurecht und insbesondere die Vorschriften zur Bauleitplanung sehen ihrerseits Privilegierungen vor, die sicherstellen sollen, dass die religionsgemeinschaftlichen Belange bei der Bauleitplanung berücksichtigt werden.⁵³ Die BauNVO ermöglicht die Errichtung von „Anlagen für kirchliche Zwecke“ in allen Baugebieten – und schließt trotz des Wortlautes nicht-christliche Religionsgemeinschaften nicht aus; weitergehende Privilegierungen sieht das Baurecht für Religionsgemeinschaften mit Körperschaftsstatus vor.⁵⁴ § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG erlaubt Religionsgemeinschaften unter bestimmten Voraussetzungen das betäu-

19

gemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts (o. Fn. 28), S. 112 ff.

⁵⁰ Janbernd Oebbecke, *Tua res agitur*, in: Kirche in der Minderheit, hg. von Wilhelm Geerlings / Thomas Sternberg, 2004, S. 104 (109).

⁵¹ S. o. auch I. 5.; Markus Ogorek, → § 44, Rn. 40–46. Ausführlich zu islamischem Religionsunterricht: Martin Heckel, *Der Rechtsstatus des Religionsunterrichts im pluralistischen Verfassungssystem*, 2002; Ladeur / Augsburg, *Toleranz – Religion – Recht* (o. Fn. 22), S. 92; Oebbecke, *Tua res agitur* (o. Fn. 50), S. 121; ders., *Islamischer Religionsunterricht* (o. Fn. 26), S. 156 ff., mit einer Übersicht über die Unterrichtsangebote für muslimische Schülerinnen und Schüler; Muckel, *Religionsgemeinschaft* (o. Fn. 20), S. 715 ff.

⁵² S. Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 3), Art. 141 WRV, Rn. 3; Arno Schilberg, → § 56.

⁵³ Classen, *Religionsrecht* (o. Fn. 16), Rn. 383 f.

⁵⁴ Vgl. etwa § 1 Abs. 6 Nr. 6 und § 26 Nr. 2b BauGB; inwiefern die Privilegierungen durch verfassungskonforme Auslegung auf alle Religionsgemeinschaften auszuweiten sind, ist bislang nicht abschließend geklärt (vgl. BVerwG, in: NWVBl. 1994, S. 282 und Janbernd Oebbecke, *Das deutsche Recht und der Islam*, in: Handbuch Recht und Kultur des Islams in der deutschen Gesellschaft: Probleme im Alltag – Hintergründe – Antworten, hg. von Adel Theodor Khoury / Peter Heine / Janbernd Oebbecke, 2000, S. 287 [299]). Zum Ganzen Ansgar Hense, → § 65, Rn. 28–39.

bungslose Schlachten (Schächten) von Tieren.⁵⁵ Treten Religionsgemeinschaften als Arbeitgeber auf, so sind sie zwar grundsätzlich auf das staatliche Arbeitsrecht verwiesen, das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV⁵⁶ ermöglicht aber Modifizierungen, welche den Besonderheiten von Religionsgemeinschaften als „Tendenzbetrieben“ Rechnung tragen und beispielsweise erlauben, Loyalitätspflichten für ihre Mitarbeiter zu etablieren.⁵⁷ Weitere Privilegien finden sich im Immissionschutzrecht, etwa hinsichtlich des Glockengeläuts und des *Azan* (Ruf des *Muezzin* zum Gebet).⁵⁸ Schließlich finden sich im Steuerrecht Vergünstigungen, die Religionsgemeinschaften unabhängig von ihrer konkreten Rechtsform zugutekommen können. Zwar sind Religionsgemeinschaften nicht generell steuerrechtlich begünstigt, sie können aber gemäß § 52 Abs. 2 Nr. 2 AO wegen der Förderung der Religion als gemeinnützig anerkannt werden und sind infolgedessen von der Körperschaftsteuer (§ 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG), der Erbschaft- und Schenkungssteuer (§ 13 Abs. 1 Nr. 16b ErbStG) und der Grundsteuer (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 GrStG) befreit. Auch Leistungen Dritter zugunsten einer Religionsgemeinschaft sind gemäß § 10b Abs. 1 S. 1 EStG in begrenzter Höhe als Sonderausgaben abziehbar.⁵⁹

- 20 Ein neueres Beispiel für eine privilegierte Behandlung von Religionsgemeinschaften findet sich in § 1631d BGB. Als Antwort auf ein Urteil des Landgerichts Köln⁶⁰, welches eine religiös begründete Be-

⁵⁵ BVerfGE 104, 337; kritisch zur Rechtsprechung des BVerfG *Karl-Hermann Kästner*, Das tierschutzrechtliche Verbot des Schächtens aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts, in: JZ 2002, S. 491 ff; *Stefan Kirchner / Nafisa Yeasmin*, Ein Recht auf Schächten? Tierschutz und Religionsfreiheit in der EMRK aus nordeuropäischer Sicht, KuR 2018, 114 ff.; vgl. zu diesem und weiteren Beispielen auch *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 26), Rn. 132 ff.; *von Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 18), S. 57; ferner bereits oben I. 5.

⁵⁶ Dazu unten 2.; *Stefan Koriath*, → § 16.

⁵⁷ *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 26), Rn. 188 ff; *Classen*, Religionsrecht (o. Fn. 16), Rn. 358 f.; s. *Jacob Jousen*, → § 57, Rn. 78–105; *Hendrik Munsonius*, → § 58; *Gregor Thüsing*, → § 59.

⁵⁸ S. *Ansgar Hense*, → § 65, Rn. 47–50.

⁵⁹ S. *Michael Droege*, → § 74, Rn. 39–41. – Aus der primärrechtlichen Perspektive des Art. 107 AEUV handelt es sich bei diesen steuerlichen Privilegierungen auch nicht um unzulässige staatliche Beihilfen: Die Teile der Religionsgemeinschaften, die unternehmerisch tätig sind, werden von den Privilegierungen von vornherein nicht erfasst, unabhängig davon, ob sie rechtlich verselbstständigt sind oder nicht; vgl. hierzu EuGH, U. v. 27.6.2017, Rs. C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania) m. Anm. *Felix Hammer*, KuR 2017, S. 232 (234 f.).

⁶⁰ LG Köln, in: NJW 2012, S. 2128.

schneidung eines minderjährigen Jungen als rechtswidrige Körperverletzung gemäß § 223 Abs. 1 StGB qualifizierte, wurde diese Vorschrift in das BGB eingefügt.⁶¹ Neben einer Stärkung des Elternrechts, auch in eine medizinisch nicht notwendige, aber nach den Regeln ärztlicher Kunst durchgeführte Beschneidung eines Jungen einwilligen zu dürfen, trägt § 1631d Abs. 2 BGB der Praxis Rechnung, dass Religionsgemeinschaften zum Teil die Beschneidungen durch Personen durchführen lassen, die über die entsprechenden medizinischen Fertigkeiten verfügen, ohne jedoch Arzt zu sein (etwa in jüdischen Gemeinden der *Mohel*).

2. Kollisionsordnung für säkulares und religiöses Recht

Die Wirkungen des allgemeinen Rechtsstatus der Religionsgemeinschaften gehen aber weiter, sie überlagern andere Vorschriften des staatlichen Rechts bisweilen auch dort, wo „Religionsgemeinschaft“ nicht ausdrücklich als Tatbestandsmerkmal etabliert ist. Das hängt damit zusammen, dass der Anspruch der Religion, das Leben der Gläubigen und der Gemeinschaft nicht nur partiell, sondern universell zu regeln und zu beeinflussen, gleichsam in Konkurrenz zur Aufgabe des Staates steht, durch seine Rechtsordnung die Wohlfahrt aller Bürger zu gewährleisten. Das führt dazu, dass sich religiöse und staatliche Rechtsordnung auf eine Weise gegenüber treten können, dass jede für sich Vorrang beansprucht, so dass sich für den Normadressaten – den gläubigen Bürger – Normkollisionen ergeben. Der allgemeine Rechtsstatus der Religionsgemeinschaften hilft dann die Orte zu identifizieren, an denen andere, weniger stark grundrechtlich aufgeladene staatliche Rechtsnormen zugunsten individueller oder kollektiver Religionsausübung zurücktreten, indem Rechtsnormen des staatlichen Rechts religiös motiviertes Verhalten privilegieren.

Die Qualifizierung einer religiösen Organisation als Religionsgemeinschaft ist ein wichtiges Mittel zur Handhabung derartiger Kollisionen, denn die inhärenten Gewährleistungen verdichten sich im Begriff der Religionsgemeinschaft zu einem (staatlichen) Kollisionsrecht, das die Normen der staatlichen und der religiösen Rechtsordnung in Ausgleich zu bringen vermag. Neben Art. 4 GG und seinen individuellen und kollektiven Gewährleistungsgehalten ist das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften gemäß Art. 140

⁶¹ BGBl. 2012 Teil I, S. 2749.

GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV ein wichtiger Baustein dieses Kollisionsrechts, weil es den Religionsgemeinschaften garantiert, dass sie ihre Angelegenheiten selbständig verwalten und vom Staat unabhängig wirken können.⁶² Im Rahmen der Schranken des Art. 137 Abs. 3 WRV ist ein Ausgleich zwischen dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft und dem für alle geltenden Gesetz im Wege der Abwägung herbeizuführen.⁶³

23 Solange sich in solchen Konstellationen im Wesentlichen der Staat und die großen christlichen Kirchen gegenüber stehen, ist das Konfliktpotenzial – mittlerweile, nach langen Jahrhunderten des Kampfes – gering, weil viele Entwicklungen des Religionsverfassungsrechts gerade das Bemühen reflektieren, das Verhältnis zwischen Staat und Religion zu regeln und konfligierende Normbefehle in schonenden Ausgleich zu bringen. Mit der (auch und vor allem: religiösen) Pluralisierung entstehen indessen neuartige Konfliktlagen, und zwar sowohl auf der individuellen Ebene (etwa beim Kopftuch der Lehrerin im Schuldienst⁶⁴) wie auf der kollektiv-organisatorischen Ebene (wenn beispielsweise die sakrale innere Ordnung einer Religionsgemeinschaft nicht mit den Anforderungen des säkularen Vereinsrechts vereinbar ist).

24 So kann etwa die Regelung der Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft Konfliktpotential mit der staatlichen Rechtsordnung bergen. Da es sich bei der Regelung der Mitgliedschaft um einen zentralen Bereich der eigenen Angelegenheiten der Religionsgemeinschaft handelt, liegt die Verantwortung hierfür unmittelbar bei dieser; das Regelungsregime des allgemeinen Rechtsstatus der Religionsgemeinschaften kann daher im Einzelfall andere Regelungen des staatlichen Rechts überlagern. So entscheidet die Religionsgemeinschaft autonom über die Voraussetzungen der Mitgliedschaft, die Art der Aufnahme und auch über Austritt bzw. Ausschluss. Der Staat hat sich mit Anforderungen an die rechtliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Religionsgemeinschaft und Gläubigen soweit wie möglich zurückzuhalten.⁶⁵ Deshalb brauchen Religionsgemeinschaften keine klassische mitgliedschaftliche Struktur aufzuweisen, die für den Staat eindeutig nachvollziehbar macht, wer ihr angehört.

⁶² Zum Selbstbestimmungsrecht s. ausführlich *Stefan Koriath*, → § 16.

⁶³ *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 32), Art. 137 WRV, Rn. 63.

⁶⁴ Vgl. dazu *Oebbecke*, Islamischer Religionsunterricht (o. Fn. 26), S. 173 f. m. w. N.

⁶⁵ *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 28), S. 269; *Hennig*, Muslimische Gemeinschaften (o. Fn. 18), S. 90; *Classen*, Religionsfreiheit (o. Fn. 10), S. 74 f.

Eine solche Struktur ist, wie erörtert, keine Voraussetzung für die Qualifizierung als Religionsgemeinschaft, denn sie ist für die mit diesem allgemeinen Status einhergehenden, staatlich gewährten Vergünstigungen nicht erforderlich. Erst wenn es für staatliche Gewährleistungen darauf ankommt, die Mitgliedschaft zweifelsfrei feststellen zu können – etwa bei der hoheitlichen Erhebung von Kirchensteuern – können zusätzliche Tatbestandsvoraussetzungen eine nachvollziehbare mitgliedschaftliche Struktur erforderlich machen.

Der Status der Religionsgemeinschaft führt aber nicht nur zur Modifikation des staatlichen Rechts zugunsten der Religionsgemeinschaft, sondern auch zugunsten der einzelnen Gläubigen. So wird die vom staatlichen Recht zwingend erforderliche Freiwilligkeit der Mitgliedschaft und das daraus folgende Recht eines jederzeitigen Austritts durch die negative Religionsfreiheit des Art. 4 GG noch verstärkt: Der Austritt darf nicht an Fristen geknüpft werden, wie dies beispielsweise bei weltlichen Vereinen nach § 39 Abs. 2 BGB möglich ist.⁶⁶

Der Begriff der Religionsgemeinschaft dient ferner zur Unterscheidung der staatlichen und der religiösen Rechtssphäre, indem er Zuständigkeiten klar abgrenzt, etwa wenn es um die Einsetzung eigener Gerichte und die verbindliche Streitbeilegung durch diese geht.⁶⁷ Diese Gerichte sind für diejenigen Klagen zuständig, die sich gegen Rechtsakte des religiösen Rechts richten und mangels Berührung mit dem staatlichen Rechtskreis nicht in die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte fallen.⁶⁸ Das Bundesverfassungsgericht führt hierzu aus, dass eine Überprüfung innerkirchlicher Maßnahmen, die im staatlichen Zuständigkeitsbereich keine unmittelbaren Rechtswirkungen entfalten, eine Einschränkung der verfassungsrechtlich

⁶⁶ *Classen*, Religionsrecht (o. Fn. 16), Rn. 347.

⁶⁷ S. ausführlich *Wolfgang Rübner*, → § 78; *Michael Germann*, Legal Protection in Ecclesiastical Courts. The German Perspective, in: *Transformation of Church and State Relations in Great Britain and Germany*, hg. von Christian Walter/Antje von Ungern-Sternberg, 2013, S. 107 (109); ausführlich *ders.*, Staatliche und kirchliche Gerichtsbarkeit, in: *Recht in Kirche und Staat. Festschrift für Joseph Listl*, hg. von Wilhelm Rees, 2004, S. 627 f.

⁶⁸ *Peter M. Huber*, Die korporative Religionsfreiheit und das Selbstbestimmungsrecht nach Art. 137 Abs. 3 WRV einschließlich ihrer Schranken, in: *Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht*, hg. von Hans Michael Heinig/Christian Walter, 2007, S. 154 (175); *Jurina*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 16), S. 225; *Hillgruber*, Selbstbestimmungsrecht (o. Fn. 44), S. 297 (303 f.).

gebotenen Selbstbestimmung und Eigenständigkeit der Religionsgemeinschaft darstelle und daher unzulässig sei.⁶⁹

III. Rechtsstatus und Rechtsfähigkeit

1. Erwerb der Rechtsfähigkeit

- 27 Für eine außenwirksame Organisation und die aktive Teilnahme am Rechtsverkehr sind Religionsgemeinschaften darauf angewiesen, dass sie im staatlichen Rechtskreis sichtbar und wirksam werden, dass sie mit anderen Worten rechtsfähig sein können. Das Verfassungsrecht garantiert Religionsgemeinschaften mit Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 2 WRV umfassende Vereinigungsfreiheit, ist damit aber auch in der Pflicht, Rechtsformen bereitzustellen, die für Religionsgemeinschaften geeignet sind.⁷⁰ Diese Pflicht wird durch die Inkorporierung des Art. 137 Abs. 4 und 5 WRV in das Grundgesetz durch Art. 140 GG eingelöst: Danach ist mit dem allgemeinen Rechtsstatus zwar keine „automatische“ Rechtsfähigkeit verbunden, den Religionsgemeinschaften wird aber der Weg zur Rechtsfähigkeit dadurch gewiesen, dass ihnen die Möglichkeit eröffnet wird, sich in der verfassungsunmittelbaren Rechtsform der (Religions-)Körperschaft des öffentlichen Rechts zu verfassung oder nach den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Rechts Rechtsfähigkeit zu erlangen.

a) *Numerus Clausus der Rechtsformen*

- 28 Der Verweis des Grundgesetzes auf die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts bedeutet, dass auch für die Religionsgemeinschaften der im Bürgerlichen Recht bzw. Gesellschaftsrecht bestehende abschließende Numerus Clausus der Rechtsformen verbindlich ist. Ein Anspruch auf eine *bestimmte* Rechtsform kann damit nicht begründet

⁶⁹ BVerfGK 14, 485; siehe aber auch die neue Rechtsprechung des BVerwG, BVerwGE 149, 139. Vgl. *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 3), Art. 137 WRV, Rn. 23.

⁷⁰ *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 32), Art. 137 WRV, Rn. 30; *Gunnar Folke Schuppert*, Skala der Rechtsformen für Religionen: Vom privaten Zirkel zur Körperschaft des öffentlichen Rechts. Überlegungen zur angemessenen Organisationsform für Religionsgemeinschaften, in: *Die verrechtlichte Religion*, hg. von Hans G. Kippenberg / Gunnar Folke Schuppert, 2004, S. 11 (15).

werden, vielmehr müssen auch Religionsgemeinschaften grundsätzlich die allgemeinen Voraussetzungen für die Erlangung einer Rechtsform erfüllen.⁷¹ Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 4 WRV stellt lediglich sicher, dass Religionsgemeinschaften eine Möglichkeit haben, sich rechtlich zu verfassung und so im Rechtsverkehr agieren zu können.⁷²

Die Verfassung einer Religionsgemeinschaft als nichtwirtschaftlicher Verein nach §§ 21 ff. BGB ist – neben dem Körperschaftsstatus – die am häufigsten anzutreffende Rechtsform, daneben kommen aber prinzipiell auch andere Rechtsformen des Bürgerlichen Rechts in Betracht, etwa die bürgerlich-rechtliche Stiftung gemäß §§ 80 ff. BGB oder kapitalgesellschaftsrechtliche Rechtsformen.⁷³ Natürlich steht es jeder Religionsgemeinschaft frei, sich auch als nichtrechtsfähiger Verein nach § 54 BGB zu verfassung; tatsächlich wird eine Gruppierung, welche Religionsgemeinschaft ist, in der Regel derart verfasst und organisiert sein, dass sie zugleich auch die Voraussetzungen für eine Qualifizierung als nichtrechtsfähiger Verein erfüllt.⁷⁴ Allerdings kann der Staat eine Religionsgemeinschaft nicht auf diese Rechtsform verweisen, weil trotz der Weiterentwicklung der Regelungen zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts (auf die § 54 BGB verweist) in der jüngeren Rechtsprechung insbesondere des Bundesgerichtshofs⁷⁵ („partielle Rechtsfähigkeit“⁷⁶) damit die von Art. 137 Abs. 4 WRV gewährleistete umfassende Rechtsfähigkeit *per definitionem* gerade nicht einhergeht. Man wird daher folgern können, dass der nichtwirtschaftliche eingetragene Verein nach §§ 21 ff. BGB die „Minimalrechtsform“ für Religionsgemeinschaften darstellt; das bedeutet wiederum, dass etwa – was freilich ein theoretischer Fall sein dürfte – eine aus zwei Personen bestehende Religionsgemeinschaft

29

⁷¹ BVerfGE 83, 341 (355).

⁷² Jörg Winter, Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland. Eine Einführung mit kirchenrechtlichen Exkursen, 2. Aufl. 2008, S. 223; Morlok, in: Dreier (o. Fn. 32), Art. 137 WRV, Rn. 37 f.

⁷³ Towfigh, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 4), S. 145; Christian Walter, Religionsverfassungsrecht, 2006, S. 239; Morlok, in: Dreier (o. Fn. 32), Art. 137 WRV, Rn. 31.

⁷⁴ Towfigh, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 4), S. 147 und von Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 18), S. 122.

⁷⁵ Vgl. etwa BGH, in: NJW 2001, S. 1056.

⁷⁶ Jürgen Ellenberger, in: Otto Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 54, Rn. 2, 7; vgl. Karsten Schmidt, Die BGB-Außengesellschaft: Rechts- und parteifähig. Anmerkung zu: BGH, U. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, in: NJW 2001, S. 993 (1002).

entgegen §§ 56, 60 BGB Anspruch auf Eintragung ins Vereinsregister hat.⁷⁷

- 30 Die Organisation einer Religionsgemeinschaft als Stiftung oder als Gesellschaft ist prinzipiell möglich, begegnet jedoch, wie auch die übrigen Rechtsformen des Gesellschaftsrechts, Vorbehalten, da diese an verselbständigtes Kapital anknüpfen – die Stiftung gründet im Stiftungsvermögen, die GmbH ist als Kapitalgesellschaft vom Gesellschaftsvermögen abhängig. Auch die im Interesse eines reibungslosen Rechtsverkehrs an die Binnenorganisation gestellten Anforderungen dürften, selbst wenn man Religionsgemeinschaften in gewissem Umfang Modifizierungen zubilligt, große Hürden für eine sachgerechte religiöse Binnenorganisation darstellen. In der Regel sind es daher den Religionsgemeinschaften zugeordnete religiöse Vereine, die diese Rechtsformen wählen, um spezifische (Teil-)Aufgaben der Religionsgemeinschaft wahrnehmen zu können.

b) Durch den Rechtsstatus gerechtfertigte Differenzierungen

- 31 Auch wenn sich Religionsgemeinschaften bei der Wahl ihrer Rechtsform den staatlichen Regelungen des Bürgerlichen Rechts unterwerfen müssen, können sich über ihr Selbstbestimmungsrecht aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV Privilegierungen ergeben.⁷⁸ Daher ist der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zufolge – gleichsam als Ausprägung der religionsverfassungsrechtlichen Kollisionsordnung auf institutioneller Ebene – bei der Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Rechts das zwingende Binnenrecht der Religionsgemeinschaft in der verfassungsrechtlich gebotenen Abwägung zu berücksichtigen und mit den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben in Ausgleich zu bringen.⁷⁹ Im Zuge einer solchen Abwägung hat das Bundesverfassungsgericht beispielsweise aufgrund des religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrechts dem sakralen Organisationsrecht der Religionsgemeinschaft der Bahá'í einen höheren Wert beigemessen als der im Bürgerlichen Recht von einem rechtsfähigen Verein geforderten Autonomie und daher eine modifizierte Anwendung des Vereinsrechts verlangt.⁸⁰ Das

⁷⁷ So auch OLG Hamm, in: NJW-RR 1997, S. 1397.

⁷⁸ S. o. II. 1.

⁷⁹ BVerfGE 83, 341 (355).

⁸⁰ BVerfGE 83, 341 (357). Zum Ganzen auch *Martin Morlok*, Die korporative Religionsfreiheit, in: Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht,

bürgerlich-rechtliche Gesellschaftsrecht setzt demzufolge den Rahmen und etabliert die Voraussetzungen, unter denen eine Rechtsform erlangt werden kann; im konkreten Fall kann es jedoch erforderlich sein, diese mit Blick auf das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft verfassungskonform auszulegen.⁸¹

2. Verlust der Rechtsfähigkeit

Die meisten privatrechtlich⁸² organisierten Religionsgemeinschaften nehmen als nichtwirtschaftliche eingetragene Vereine nach dem BGB am Rechtsverkehr teil. Die daraus resultierende Rechtsfähigkeit kann dementsprechend nur nach den für alle, auch weltliche, Vereine geltenden Regeln verloren werden. Neben der Auflösung des Vereins nach § 74 BGB kann einem Verein nach § 73 BGB die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn die Zahl seiner Mitglieder unter zwei⁸³ herabsinkt.

Auch die Verleihung des Körperschaftsrechts an eine Religionsgemeinschaft kann dazu führen, dass ihr angehörige privatrechtlich organisierte Vereine ihre Rechtsfähigkeit verlieren: In ihrer Gründungsphase können diese Vereine durch Kirchengesetz in die Körperschaft eingliedert werden, was die eigenständige rechtliche Existenz der eingegliederten Vereine beendet. Hieran knüpft der Bundesgerichtshof im Sinne des Gläubigerschutzes und Schutzes des Rechts-

hg. von Hans Michael Heinig / Christian Walter, 2007, S. 185 (206); Waldhoff, Religionskonflikte und staatliche Neutralität (o. Fn. 26), S. 84 f.; Classen, Religionsfreiheit (o. Fn. 10), S. 71 f. mit zahlreichen weiteren Beispielen; Gerhard Robbers, Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, in: Staat und Kirche in der Europäischen Union, hg. von dems., 1995, S. 66; vgl. ferner Walter, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 73), S. 242; Morlok, in: Dreier (o. Fn. 32), Art. 137 WRV, Rn. 34.

⁸¹ von Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 18), S. 122 f.

⁸² Der Verlust der mit dem Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts verbundenen Rechte (damit auch der Rechtsfähigkeit) wird in einem gesonderten Kapitel behandelt: Stefan Magen, → § 27, Rn. 70–73.

⁸³ Der Wortlaut des § 73 BGB sieht vor, dass die Rechtsfähigkeit zu entziehen ist, wenn die Mitgliederzahl unter drei herabsinkt. Wie dargelegt (o. bei Fn. 77), ist indessen der nichtwirtschaftliche eingetragene Verein als Minimalrechtsform für Religionsgemeinschaften anzusehen, mit der Folge, dass Religionsgemeinschaften die Rechtsfähigkeit schon dann erlangen können, wenn sie zwei oder mehr Mitglieder aufweisen. Das bedeutet allerdings, dass die Rechtsfähigkeit erst dann nach § 73 entzogen werden kann, wenn die Religionsgemeinschaft zu existieren aufhört: Ein Gläubiger allein ist keine Religionsgemeinschaft und auch kein Verein.

verkehrs allerdings Voraussetzungen, die in der Literatur umstritten sind:

„Dies erfordert ein – im Amtsblatt der Religionsgemeinschaft zu veröfentlichendes – hinreichend klares Gesetz der Körperschaft, in welchem Gesamtrechtsnachfolge angeordnet, der einzugliedernde Verein benannt und der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Eingliederung eindeutig geregelt ist. Zudem muss sich der Verein der Regelungsbefugnis der Religionsgemeinschaft hinsichtlich einer Eingliederung und einer damit verbundenen Vermögensübertragung unterworfen haben.“⁸⁴

- 34 Anders sieht es im Falle des Verbots einer Religionsgemeinschaft aus, welches in der Regel eine Auflösung der organisatorischen Strukturen nach sich zieht und damit eine Ausübung der kollektiven Religionsfreiheit unmöglich macht.⁸⁵ Dieser sehr einschneidende Eingriff in die religiöse Vereinigungsfreiheit bedarf einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung und einer Ermächtigungsgrundlage.⁸⁶ Bis zur Abschaffung des in § 2 Abs. 2 S. 3 a. F. VereinsG verankerten „Religionsprivilegs“, welches einer Anwendbarkeit des Vereinsgesetzes auf Religionsgemeinschaften entgegenstand, fehlte eine solche Ermächtigungsgrundlage. Der Gesetzgeber versprach sich von der Änderung des Vereinsgesetzes größeren Handlungsspielraum vor allem gegenüber solchen Vereinigungen, welche als Religionsgemeinschaft ein Verhalten an den Tag legen, das den Strafgesetzen zuwiderläuft, sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richtet.⁸⁷ Obwohl die genaue verfassungsrechtliche Rechtfertigung und Einzelheiten der Anwendung umstritten sind, besteht Einigkeit insoweit, dass die Möglichkeit besteht, Religionsgemeinschaften zu verbieten.⁸⁸

⁸⁴ BGHZ 197, 61; vgl. dazu krit. *Michael Droege*, Religionsgemeinschaftliche Organisationsautonomie und der Schutz des Zivilrechtsverkehrs – Anmerkungen zu BGH, U. v. 15. 3. 2013 – V ZR 156/12, in: npoR 2013, S. 216 ff., dort auch zur Kritik an Methodik und Dogmatik des BGH-Urteils.

⁸⁵ *Katrin Groh*, Das Religionsprivileg des Vereinsgesetzes, in: KritV 2002, S. 39 (52).

⁸⁶ *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 26), Rn. 273 ff.

⁸⁷ *Jurina*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 16), S. 227.

⁸⁸ Ausführlich zu dieser Diskussion *Stefan Muckel/Thomas Traub*, → § 28, Rn. 23 f.; *Bodo Pieroth/Thorsten Kingreen*, Das Verbot von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, in: NVwZ 2001, S. 841; *Katrin Groh*, Selbstschutz der Verfassung gegen Religionsgemeinschaften. Vom Religionsprivileg des Vereinsgesetzes zum Vereinigungsverbot, 2004, S. 196 ff.; *dies.*, Religionsprivileg (o. Fn. 85), S. 49; *Ralf Poscher*, Vereinsverbote gegen Religionsgemeinschaften?, in: KritV 2002, S. 298 ff.; *Christian Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 73), S. 274 ff.; *Henning Radtke*, Das Verbot von Religionsgemeinschaften nach der Abschaffung des vereinsrechtlichen Reli-

Das Bundesverwaltungsgericht geht von einer zumindest mittelbaren Anwendbarkeit des Art. 9 Abs. 2 GG und damit auch seiner Schranken auf Religionsgemeinschaften aus, indem es Art. 9 Abs. 2 GG als „für alle geltendes Gesetz“ im Sinne des Art. 137 Abs. 3 WRV betrachtet.⁸⁹ In seinem Urteil zum Verbot des „Kalifatstaats“ hat es bekräftigt, dass

„die Vereinigungsfreiheit der Religionsgemeinschaften gemäß Art. 4 Abs. 1 und 2, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 2 WRV grundsätzlich ihre Schranke in der Abwehr von Gefahren für die verfassungsmäßige Ordnung findet.“

Bei der Abwägung der kollidierenden Verfassungsgüter sind die Verfassungsgüter des Art. 79 GG als Maßstab für die Rechtfertigung des schwerwiegenden Eingriffes in die Religionsfreiheit heranzuziehen.⁹⁰ Die Literatur steht dieser Ableitung durch die Rechtsprechung überwiegend kritisch gegenüber, sie sieht in ihr eine unzulässige Ausweitung der Anwendbarkeit des Art. 9 Abs. 2 GG durch Art. 137 Abs. 3 WRV, der die Selbstverwaltung der Religionsgemeinschaften regelt und daher keinen Gesetzesvorbehalt für Art. 137 Abs. 2 WRV einführen könne.⁹¹ Sie sucht und findet ihr Heil in verfassungsimmanenten Schranken, und kommt damit ebenfalls zu dem Ergebnis, dass Religionsgemeinschaften verboten werden können.⁹² Die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit des Verbots einer Religionsgemeinschaft vermag aber nicht darüber hinwegzutäuschen, dass die Abschaffung des Religionsprivilegs im Vereinsgesetz auf der Ebene der einfachgesetzlichen Verbotstatbestände nicht alle Unklarheiten hinsichtlich einer Ermächtigungsgrundlage für Verbote von Religionsgemeinschaften beseitigt hat.⁹³

gionsprivilegs, in: ZevKR 50 (2005), S. 95; *Lothar Michael*, Verbote von Religionsgemeinschaften, in: JZ 2002, S. 482 ff.; *Silvia Tellenbach*, Das Religionsprivileg im deutschen Vereinsrecht und seine Streichung, in: Koexistenz und Konflikt von Religionen im vereinten Europa, hg. von Hartmut Lehmann, 2004, S. 100.

⁸⁹ BVerwGE 37, 344 (363); BVerwGE 105, 117 (121).

⁹⁰ BVerwG, U. v. 27. 11. 2002, in: NVwZ 2003, S. 986 (987).

⁹¹ Vgl. *Michael*, Verbote von Religionsgemeinschaften (o. Fn. 88), S. 484; *Radtke*, Verbot von Religionsgemeinschaften (o. Fn. 88), S. 108.

⁹² *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 73), S. 276; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 26), Rn. 273; *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 16), S. 369; *Michael*, Verbote von Religionsgemeinschaften (o. Fn. 88), S. 485 ff.; *Pieroth / Kingreen*, Verbot von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften (o. Fn. 88), S. 846; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 32), Art. 137 WRV, Rn. 35.

⁹³ Statt vieler *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 73), S. 277.

§ 27

Kirchen und andere Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts

Von Stefan Magen

I. Bedeutung und Funktion des Körperschaftsstatus im Grundgesetz	1–25
1. Die korporierten Religionsgemeinschaften in der Dichotomie von grundrechtlicher Freiheit und Staatsgewalt	3
2. Die verfassungsrechtliche Stellung der Religionsgemeinschaften als soziale Institutionen	4–15
a) Der institutionelle Status der Kirchen im historischen Wandel	5–6
b) Die religionssoziologische Entwicklung und die Interpretationsaufgabe der Gegenwart	7–8
c) Zur Gemeinwohlrelevanz religiöser Institutionen	9–11
d) Verfassungsunmittelbare Gemeinwohlvermutung	12–14
e) Der Körperschaftsstatus als Kooperationsstatus?	15
3. Die grundrechtliche Funktion des Körperschaftsstatus	16–22
a) Religionsgemeinschaften als organisierte symbolische Gemeinschaften	17–18
b) Religionsfreiheit und Selbstverwaltungsgarantie als grundrechtliche Autonomiegewährleistung	19–21
c) Umsetzung der grundrechtlichen Autonomie- gewährleistung durch den Körperschaftsstatus	22
4. Grundrechtsferne Elemente des Körperschaftsstatus	23–25
a) Hoheitsgewalt oder gesteigerte Grundrechtsmacht	24
b) Zuordnung zum öffentlichen Recht als Sonderrecht der Staatsgewalt oder als Mittel der Autonomiegewährung	25

II. Die Rechtsstellung der korporierten Religionsgemeinschaften	26–53
1. Die verfassungsrechtlich garantierten öffentlich-rechtlichen Befugnisse	27–30
a) Art. 137 WRV als institutionelle Garantie der Körperschaftsbefugnisse	28
b) Umsetzung durch einfaches staatliches Recht	29
c) Ausgestaltung durch das Recht der Religionsgemeinschaften	30
2. Verfassungsrechtliche Grenzen und Bindungen	31–36
a) Verfassungsunmittelbare Pflichten zur Rechtstreue und zur Nichtgefährdung fundamentaler Verfassungswerte	32–34
b) Verfassungsrechtliche Direktiven für die Ausgestaltung der Körperschaftsbefugnisse	35–36
3. Die Körperschaftsbefugnisse im Einzelnen	37–49
a) Rechtsetzungsautonomie	37–40
b) Organisationsgewalt	41
c) Parochialrecht	42–43
d) Besteuerungsrecht	44–46
e) Dienstherrnenfähigkeit	47–48
f) Widmungsbefugnis	49
4. Handeln nach öffentlichem Recht	50–52
5. Einfach-rechtliche Vergünstigungen	53
III. Erwerb und Verlust	54–73
1. Altkorporierte und neukorporierte Religionsgemeinschaften	54
2. Grundrechtlicher Verleihungsanspruch	55–61
a) Antrag einer Religionsgemeinschaft	56
b) Gewähr der Dauer	57–58
c) Rechtstreue	59–61
3. Kompetenz der Länder	62–63
a) Keine Landeskompetenz zur Regelung der Verleihungsvoraussetzungen	62
b) Keine Spielräume bei der Anwendung der Verleihungsvoraussetzungen	63
4. Form und Verfahren der Verleihung	64–67
a) Form	65
b) Rechtsschutz	66

c) Diskriminierungsfreie Verfahrensgestaltung	67
5. Zweitverleihung	68–69
6. Verlust des Körperschaftsstatus	70–73
a) Kein Bestandsschutz der altkorporierten Religionsgemeinschaften gegen allgemeine Rechtsbedingungen der Inkorporierung	71
b) Mögliche Verlusttatbestände	72
c) Gesetzliche Grundlage und Verfahren	73

I. Bedeutung und Funktion des Körperschaftsstatus im Grundgesetz

Ungeachtet seiner Herkunft aus dem staatlichen Organisationsrecht ist der für Religionsgemeinschaften vorgehaltene Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts in seiner heutigen Ausgestaltung kein „Liquidationsrest vergangenen Staatskirchentums“,¹ keine „Verlegenheitsbezeichnung für ein Bündel überkommener Privilegien“² und auch kein „rätselhafter Ehrentitel“³ für die großen christlichen Kirchen.⁴ Im Kontext des Grundgesetzes ist der Körperschaftsstatus vielmehr ein Mittel zur Entfaltung der Religionsfreiheit.⁵ In den Kategorien heutiger Grundrechtsdogmatik hat er die

1

¹ *Rudolf Smend*, Zur Gewährung der Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, in: *ZevKR* 2 (1952/53), S. 374 (376) (das Prädikat ablehnend).

² *Ernst Friesenhahn*, Die Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 11), in: *HSKR*¹, Bd. 1, S. 545 (560) (das Prädikat ablehnend).

³ *Rudolf Smend*, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, in: *ZevKR* 1 (1951), S. 4 (9).

⁴ Für die Abschaffung aber *Ute Sacksofsky*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, in: *VVDStRL* 68 (2009), S. 26 ff.; für eine zusätzliche Organisationsform „unterhalb“ des Körperschaftsstatus *Christian Waldhoff*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität, Gutachten D zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, S. D 87 ff.

⁵ *BVerfGE* 102, 370 (387 ff.); 139, 321 (349 f.); *Klaus Meyer-Teschendorf*, Der Körperschaftsstatus der Kirchen, in: *AöR* 103 (1978), S. 289 (329 ff.); *Martin Morlok/Hans Michael Heinig*, Parität im Leistungsstaat, in: *NVwZ* 1999, S. 697 (701); *Hans Michael Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003, S. 265 ff.; *Stefan Magen*, Körperschaftsstatus und Religionsfreiheit, 2004; *Emanuel Towfigh*, Die rechtliche Verfassung von Religionsgemeinschaften, 2006, S. 27 f.; *Christian Walter*, Religionsverfassungsrecht, 2006, S. 546 ff.; *Hermann Weber*, Der öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus der Religionsgemeinschaften nach Art. 137 Abs. 5 WRV, in: *Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?*, hg. von Hans Michael Heinig/Christian Walter, 2007, S. 229 (230 ff.); *ders.*, Körperschaftsstatus für

Funktion, objektiv-rechtliche Gehalte der Religionsfreiheit umzusetzen und eine der Entfaltung der korporativen Religionsfreiheit angemessene Form rechtlicher Organisation zu schaffen.⁶ Religionsgemeinschaften sind in erster Linie auf religiöser Tradition und Identität gegründete symbolische Gemeinschaften, nicht Zweckorganisationen.⁷ Die Rechtsformen des bürgerlichen Vereins- und Arbeitsrechts können für sie deshalb in grundlegender Weise problematisch sein.⁸ Mit dem Körperschaftsstatus werden den Religionsgemeinschaften dagegen öffentlich-rechtliche Befugnisse eingeräumt, die in ihren Wirkungen eine weitreichende rechtliche Selbstbestimmung ermöglichen. In seinem Kern ist der Körperschaftsstatus eine auf die Eigenart von Religion bedachte grundrechtliche Autonomiegewährung.⁹ Er erweist sich darin als eine Form des Grundrechtsschutzes durch Organisation und Verfahren *avant la lettre*.

- 2 Die dazu eingesetzten rechtlichen Mittel, die mit dem Körperschaftsstatus verbundenen öffentlich-rechtlichen Befugnisse, entstammen zwar historisch der engen Verbindung der Kirchen mit dem Staat.¹⁰ Der Gehalt dieser Befugnisse hatte sich aber schon damals

Religionsgemeinschaften, in: ZevKR 57 (2012), S. 347 (353 ff.); *Michael Germann*, in: BeckOK GG, hg. von Volker Epping/Christian Hillgruber, 37. Ed. 2018, Art. 140, Rn. 68–69; *Stefan Muckel*, in: Berliner Kommentar zum GG, hg. von Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling, Bd. 5, Losebl. Stand 34. Erg.-Lfg. 2011, Art. 140 GG/Art. 137 WRV, Rn. 74; *ders.*, Körperschaftsstatus im 21. Jahrhundert, in: ZevKR 63 (2018), S. 30 ff.; *Peter Unruh*, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Kommentar zum GG, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle, Bd. 3, Art. 137 WRV, Rn. 198; relativierend *Karl-Hermann Kästner*, in: BK, Losebl. Stand 145. Erg.-Lfg. 2010, Art. 140, Rn. 361; ablehnend *Christian Hillgruber*, Der öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus nach Art. 137 Abs. 5 WRV, in: Heinig/Walter, a. a. O., S. 213 (215 ff.); *Stefan Koriath*, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts in Deutschland seit der Reformation, ebd., S. 64 ff.; *Christian Waldhoff*, Die Zukunft des Staatskirchenrechts, in: EssGespr. 42 (2008), S. 55 (81 f. u. 92 ff.); *Stefan Mückl*, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: HStR³, Bd. VII, 2009, § 159, Rn. 96; *Arnd Uhle*, Ein „rätselhafter Ehrentitel“?, in: Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, hg. von Otto Depenheuer, 2007, S. 1033 (1035 ff.).

⁶ *Morlok/Heinig*, Parität (o. Fn. 5), S. 701; *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 5), S. 265 ff.; Überlegungen in diese Richtung bereits bei *Alexander Hollerbach*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, in: VVDStRL 26 (1968), S. 57 (86 f.); *Paul Kirchhof*, Die Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 22), in: HSKR², Bd. 1, S. 651 (671).

⁷ S. u. Rn. 17.

⁸ S. u. Rn. 18.

⁹ S. u. Rn. 19–22.

¹⁰ *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 5), S. 289.

dadurch verselbständigt, dass weite Bereiche kirchlicher Tätigkeit durch Kirchenrecht geregelt waren. Nicht erst unter dem Grundgesetz haben sich die Körperschaftsbefugnisse deshalb zu eigenständigen Instituten des Religionsrechts entwickelt. Sie bilden den verfassungsrechtlich garantierten Kern des Körperschaftsstatus und ermöglichen seine grundrechtlichen Funktionen.¹¹ Vom Besteuerungsrecht abgesehen beinhalten die Körperschaftsbefugnisse auch keine dem Staat vorbehaltenen Hoheitsbefugnisse, sondern nur gesteigerte, grundrechtlich legitimierte, autonome Rechtsmacht.¹² Die korporierten Religionsgemeinschaften sind dem öffentlichen Recht nur formell zugeordnet, weil dieses für Kirchen und Religionsgemeinschaften angemessenere Gestaltungsformen ermöglicht.¹³ Materiell rechnen die korporierten Religionsgemeinschaften aber nicht zum öffentlichen Recht als der Sonderrechtsordnung der verfassungsgebundenen Staatsgewalt.¹⁴ Auch unterliegen sie keinen analogen Gemeinwohlbindungen oder einem sonstigen Zwang zur Staatsnähe. Zwar unterstellt die Verfassung mit der öffentlich-rechtlichen Inkorporierung, dass diese Religionsgemeinschaften gemeinwohldienliche Wirkungen entfalten. Aus dieser Verfassungsvermutung erwachsen aber keine Handlungspflichten. Weil der Staat ihnen gesteigerte Rechtsmacht verschafft und den Anschein der Staatsnähe gibt, unterliegen die korporierten Religionsgemeinschaften allerdings strengeren Pflichten zum Rechtsgehorsam und zur Nichtgefährdung fundamentaler Verfassungswerte.¹⁵ Dadurch wird der Körperschaftsstatus auch zu einem Kennzeichen für rechtliche Unbedenklichkeit¹⁶ und wird von nicht wenigen Religionsgemeinschaften gerade als Symbol der Rechtstreue angestrebt.

¹¹ *P. Kirchhof*, Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften (o. Fn. 6), S. 670 ff.; s. u. II. 1. a.

¹² *Germann*, in: BeckOK GG (o. Fn. 5), Art. 140, Rn. 80 f.; *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 90 ff.; *Christian Traulsen*, Rechtsstaatlichkeit und Kirchenordnung, 2013, S. 180 ff. Anders die h.M.; nach BVerfGE 102, 370 (388); 139, 321 (350 f., 357) sind jedenfalls auch Dienstherrnenfähigkeit und Widmungsbefugnis hoheitlicher Natur; für die Hoheitlichkeit aller Körperschaftsbefugnisse *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 5), S. 288 ff.; *P. Kirchhof*, Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften (o. Fn. 6), S. 670 ff.

¹³ *P. Kirchhof*, Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften (o. Fn. 6), S. 675.

¹⁴ S. u. Rn. 25.

¹⁵ BVerfGE 102, 370 (386 ff.).

¹⁶ *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 286 ff.

1. Die korporierten Religionsgemeinschaften in der Dichotomie von grundrechtlicher Freiheit und Staatsgewalt

- 3 Maßgeblich für die Stellung der korporierten Religionsgemeinschaften in der Rechts- und Verfassungsordnung ist der Umstand, dass ihre Tätigkeit ausschließlich die Ausübung grundrechtlicher Freiheit zum Gegenstand hat, nämlich die umfassende Pflege und Ausübung des gemeinsamen Glaubens. Im Zusammenspiel mit den religionsverfassungsrechtlichen Prinzipien des Grundgesetzes folgt daraus zwingend, dass dem Körperschaftsstatus als Organisationsform für Religionsgemeinschaften die wesentlichen Merkmale von Körperschaften des öffentlichen Rechts im eigentlichen, verwaltungsrechtlichen Sinn abgehen müssen. Zuallererst üben die korporierten Religionsgemeinschaften keine Staatsaufgaben aus, da es mit dem Neutralitätsprinzip unvereinbar wäre, Religionsausübung zum unmittelbaren Gegenstand einer Staatsaufgabe zu machen (im Unterschied zur Förderung der Religionsausübung von Grundrechtsträgern). Weiterhin gehören die korporierten Religionsgemeinschaften nicht oder allenfalls in einem sehr formalen Sinn zur staatlichen Organisationssphäre. Denn es stünde mit dem Staatskirchenverbot und der Selbstverwaltungsgarantie nicht in Einklang, sie einer staatlichen Aufsicht zu unterwerfen oder sie sonst in die hierarchische Staatsorganisation zu integrieren.¹⁷ Die korporierten Religionsgemeinschaften sind deshalb vollumfänglich grundrechtsfähig und stehen darin den privatrechtlich verfassten Religionsgemeinschaften in keiner Weise nach.¹⁸ Bezogen auf die verfassungsrechtliche Dichotomie von verfassungsgebundener Staatsgewalt und grundrechtsberechtigter Gesellschaft stehen deshalb auch die korporierten Religionsgemeinschaften dem Staat als Teile der Gesellschaft gegenüber.¹⁹ Mit der Sphäre staatlicher Hoheitsausübung verbindet sie allerdings, dass ihnen öffentlich-rechtliche Befugnisse eingeräumt sind und zumindest mit dem Besteuerungsrecht auch genuine Hoheitsgewalt übertragen werden kann.²⁰

¹⁷ BVerfGE 102, 370 (388); 139, 321 (350).

¹⁸ BVerfG, ebd.

¹⁹ BVerfG, ebd.

²⁰ S. u. Rn. 44.

2. Die verfassungsrechtliche Stellung der Religionsgemeinschaften als soziale Institutionen

Auch wenn der Körperschaftsstatus für die Grundrechtsentfaltung der korporierten Religionsgemeinschaften förderlich ist, galt es doch lange als eine der Erwähnung nicht bedürftige Selbstverständlichkeit, dass sich die verfassungsrechtliche Bedeutung des Körperschaftsstatus daraus nicht erklären lasse.²¹ Gegenüber der Religionsfreiheit gewähre er einen „institutionellen Überhang“²² an öffentlichen Vorrechten und Funktionen. Dieser erschließe sich nur einem institutionell verstandenen Staatskirchenrecht,²³ welches den historisch gewachsenen Besonderheiten des Staat-Kirche-Verhältnisses und dem Beitrag der Kirchen zum Gemeinwohl angemessenen Raum gibt.²⁴ Für institutionelle Deutungen zeigt der Körperschaftsstatus deshalb seinen Sinn primär bei den großen christlichen Kirchen,²⁵ nämlich in der verfassungsrechtlichen Anerkennung des Eigenwerts der Kirchen als öffentlich bedeutsamer Institutionen.²⁶

4

a) Der institutionelle Status der Kirchen im historischen Wandel

Allerdings ist der Eigenwert der Kirchen historisch unterschiedlich bestimmt worden und hat sich auch unterschiedlich in ihrem

5

²¹ Vgl. *Smend*, Zur Gewährung der Rechte (o. Fn. 1), passim; *Friesenhahn*, Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften (o. Fn. 2), S. 546 ff.; *P. Kirchhof*, Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften (o. Fn. 6), S. 658 ff.

²² *Josef Isensee*, Verfassungsstaatliche Erwartungen an die Kirche, in: *EssGespr.* 25 (1991), S. 104 (112 f.).

²³ *Isensee*, ebd.; *Korioth*, Entwicklung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 5), S. 66 f.; *Waldhoff*, Zukunft des Staatskirchenrechts (o. Fn. 5), S. 81.

²⁴ Daran festhaltend u.a. *Hillgruber*, Der öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 226.

²⁵ *Friesenhahn*, Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften (o. Fn. 2), S. 545 („Es wird im folgenden vorwiegend von den „Kirchen“ gesprochen, weil die staatskirchenrechtlichen Normen [...] auch in der Gegenwart noch primär auf sie bezogen und daher in dieser Sicht interpretiert werden.“); zustimmend *P. Kirchhof*, Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften (o. Fn. 6), S. 654.

²⁶ *P. Kirchhof*, Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften (o. Fn. 6), S. 653 ff.; *ders.*, Die Freiheit der Religion und ihr unterschiedlicher Beitrag zu einem freien Gemeinwesen, in: *EssGespr.* 39 (2005), S. 105 ff.; *ders.*, Der kirchliche Beitrag zu Freiheit und Demokratie, in: *EssGespr.* 48 (2015), S. 71 ff.

Rechtsstatus als öffentlich-rechtliche Körperschaften niedergeschlagen. Im System der staatlichen Kirchenhoheit des 19. Jahrhunderts waren insbesondere die evangelischen Landeskirchen noch in die hoheitliche Verwaltung des Staates eingebunden und auch die katholischen Bistümer der Kirchenhoheit der Länder unterworfen. Der Status der Kirchen als öffentliche Korporationen war dabei einerseits Ausdruck ihrer öffentlichen Bedeutung und Nützlichkeit.²⁷ Im Vergleich zum Staatskirchentum war er aber mit gewissen Selbstverwaltungsrechten verbunden und insofern auch Ausdruck wachsender Selbständigkeit vom Staat.²⁸ Als dann mit dem Übergang vom Kaiserreich zur Republik dem Landeskirchentum der Boden entzogen worden war und sozialdemokratische Kräfte auf eine strikte Trennung von Staat und Kirche drängten, hielt man in einem Formelkompromiss am Körperschaftsstatus fest, obwohl den Beteiligten klar war, dass der rechtliche Gehalt des Status in dem neuen Kontext weitgehend unklar war und von den Ländern festgelegt werden sollte. Einig war man sich nur, dass der Körperschaftsstatus notwendig sei, um insbesondere den von staatlicher Bevormundung befreien, aber auch von staatlicher Unterstützung abgeschnittenen protestantischen Kirchen das Besteuerungsrecht und die Dienstherrenfähigkeit zu erhalten. In diesem formellen Verständnis hatte der Körperschaftsstatus eine rein instrumentelle Funktion. Ob ihm darüber hinaus auch eine materielle Bedeutung zugesprochen werden sollte, blieb umstritten und fand jedenfalls keine Verankerung im Verfassungstext. Für die kirchennahen Parteien (Zentrum, DVP und DNVP) sollte der Körperschaftsstatus die fortdauernde öffentliche Bedeutung der Kirchen unterstreichen und verhindern, dass sie zu privaten Vereinen herabgesetzt würden. Für die liberale DDP und die SPD dagegen sollte der Körperschaftsstatus keinesfalls ein Ehrenzeugnis oder gar ein Vorrecht für die großen Kirchen darstellen, sondern allen Religionsgemeinschaften – selbst obskuren Sekten – offenstehen, sofern diese von dauerhaftem Bestand sind.²⁹

²⁷ *Korioth*, Entwicklung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 5), S. 53.

²⁸ *Heinrich de Wall*, in: ders./Stefan Muckel, Kirchenrecht, 5. Aufl. 2017, § 6, Rn. 7–10.

²⁹ Zur Entstehung der Weimarer Kirchenartikel vgl. *Ludwig Richter*, Kirche und Schule in den Beratungen der Weimarer Nationalversammlung, 1996; speziell zum Körperschaftsstatus *Elke Dorothea Bohl*, Der öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus der Religionsgemeinschaften, 2001, S. 45 ff.; *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 5), S. 92 ff.; *P. Kirchhof*, Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften (o. Fn. 6), S. 658 ff.; *Korioth*, Entwicklung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 5), S. 54 ff.; *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 156 ff.; *Stefan Muckel*, Religionsgemeinschaften als

Im Unterschied zu den kirchenpolitischen Kämpfen in der Weimarer Nationalversammlung war der Status der Kirchen in den Beratungen des Parlamentarischen Rates weitgehend unbestritten. Von einem „doppelten Kompromiss“ im Sinne eines materiellen Dissenses kann deshalb nicht die Rede sein.³⁰ Im Gegenteil war die Stellung der Kirchen in der Frühzeit der Bundesrepublik Deutschland so stark, dass man den Körperschaftsstatus mit der Koordinationslehre zur Anerkennung einer der Staatsgewalt gleichrangigen souveränen Kirchengewalt übersteigern konnte.³¹ Als sich dann der Primat der Verfassung gegenüber den Kirchen durchsetzte, wurde dem Staat zwar ein schwaches Kontrollrecht über die Kirchen zugestanden, der Körperschaftsstatus aber immer noch als Anerkennung einer eigenständigen Hoheitsgewalt gedeutet.³² In der Folgezeit verblasste der Gedanke der Kirchengewalt weiter zu einem rein geistigen, nicht-rechtlichen Einfluss der Kirchen über ihre Mitglieder. Dafür rückten die Beiträge in den Vordergrund, die die Kirchen zum Gemeinwohl leisten.³³ Sie werden jetzt als komplementäre Diener des Gemeinwohls mit einem eigenen Öffentlichkeitsauftrag gesehen und heben sich darin von anderen Religionsgemeinschaften ab.³⁴ Oder sie werden mit anderen gesellschaftlich relevanten Verbänden einer eigenen Sphäre der Öffentlichkeit zwischen privater Grundrechtsausübung und Staatstätigkeit zugeordnet.³⁵ Statt von Kirchengewalt ist eher von Sinnstiftung und geistiger Daseinsvorsorge die Rede.³⁶ Nicht selten werden dafür die Leistungen der Kirchen in der Pflege der

Körperschaften des öffentlichen Rechts, in: *Der Staat* 38 (1999), S. 569 (581 ff.).

³⁰ *Stefan Magen*, in: GG. Mitarbeiterkommentar, hg. von Dieter C. Umbach/Thomas Clemens, 2002, Bd. II, Art. 140, Rn. 14; zutreffend neutral auch *Hollerbach*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz (o. Fn. 6), S. 59, auf den aber oft verwiesen wird.

³¹ *Paul Mikat*, Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Die Grundrechte, hg. von Karl August Bettermann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner, Bd. 4, Hbd. 2, 1960, S. 111 (145 ff.); siehe auch *Korioth*, Entwicklung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 5), S. 59 f.

³² Beispielfhaft *Friesenhahn*, Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften (o. Fn. 2), S. 550 f.

³³ Etwa *P. Kirchhof*, Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften (o. Fn. 6), S. 651 (655); vgl. *Korioth*, Entwicklung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 5), S. 60 ff.

³⁴ *Wolfgang Conrad*, Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirche, 1964; *P. Kirchhof*, Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften (o. Fn. 6), S. 665.

³⁵ *Korioth*, Entwicklung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 5), S. 65.

³⁶ *Korioth*, ebd., S. 61.

moralisch-ethischen Grundlagen des Staates gesehen, die der Staat aus sich heraus nicht garantieren könne.³⁷

b) Die religionssoziologische Entwicklung und die Interpretationsaufgabe der Gegenwart

7 Angesichts der religionssoziologischen Entwicklungen der letzten Jahrzehnte³⁸ stellt sich allerdings die Frage, ob die Legitimation des Körperschaftsstatus noch plausibel mit einer staatsanalogen öffentlichen Funktion der beiden großen Kirchen begründet werden kann.³⁹ Nicht nur sind mit der Säkularisierung religiöse Sinnbezüge aus vielen Lebensbereichen verschwunden. Die großen Kirchen haben auch ein erhebliches Maß an De-Institutionalisierung hinnehmen müssen, leiden unter dem Verlust an Mitgliedern, dem Rückgang der Teilnahme an Gottesdiensten und sinkender gesellschaftlicher Akzeptanz. Gleichzeitig ist die Religiosität der Mitglieder individualistischer und die religiöse Landschaft durch neue und zugewanderte Religionen pluraler geworden. Diese Entwicklungen bedeuten zwar keineswegs, dass Religion alle Bedeutung für den Einzelnen oder die Gesellschaft eingebüßt hat oder einbüßen wird. Sie implizieren aber doch einen Wandel der gesellschaftlichen Rolle von Religion, der die von institutionellen Ansätzen unterstellte staatsanaloge Öffentlichkeitsfunktion der großen Kirchen untergräbt. Für institutionelle Ansätze müsste daraus folgen, dass der Körperschaftsstatus zunehmend seine Legitimation verliert. Richtigerweise geht es aber nur darum, die Fehlentwicklungen der staatsanalogen Interpretation des Status zu verabschieden und dessen Funktion für die Grundrechtsentfaltung und damit auch für die kleinen und eingewanderten Gemeinschaften mit in den Blick zu nehmen.

³⁷ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien, Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, 1967, S. 75 (93), auch in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 92 (112 f.); dazu Heinig, Religionsgesellschaften (o. Fn. 5), S. 39 ff.

³⁸ Guter Überblick bei Waldhoff, Neue Religionskonflikte (o. Fn. 4), S. D 13 ff.; auch Franz-Xaver Kaufmann, Gegenwärtige Herausforderungen der Kirchen durch die Säkularisierung, in: EssGespr. 38 (2004), S. 103 ff.; Detlef Pollack, Religion und soziale Integration in Deutschland, in: Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder, hg. von Hans Michael Heinig / Christian Walter, 2015, S. 129 ff.

³⁹ Vgl. Muckel, in: de Wall / Muckel, Kirchenrecht (o. Fn. 28), § 14, Rn. 6.

Beides wurde mit der Zeugen-Jehovas-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts unternommen. Allerdings setzt sich das Gericht dort mit der institutionellen Sicht auf den Körperschaftsstatus nicht explizit auseinander, obwohl es diese früher selbst zugrunde gelegt hatte. Die Entscheidung enthält dazu aber eine zentrale Aussage: Gerade die Freiheit von staatlicher Bevormundung und Einflussnahme sei Bedingung und geeigneter Rahmen dafür, dass Religionsgemeinschaften zu den Grundlagen von Staat und Gesellschaft beitragen.⁴⁰ Das Gericht schreibt den Religionsgemeinschaften damit durchaus, wie die institutionellen Ansätze, grundlegende Gemeinwohlfunktionen zu. Es lehnt aber zugleich die im Verhältnis zu anderen gesellschaftlichen Institutionen verbreiteten Formen staatlicher Gewährleistungsübernahme für gemeinwohlrelevante Tätigkeiten ab, und verpflichtet die korporierten Religionsgemeinschaften nur auf Rechtstreue. Das zugrundeliegende Konzept kann man beschreiben als Gemeinwohlverwirklichung durch rechtsstaatlich begrenzte, aber staatlich nicht gesteuerte Grundrechtsverwirklichung. Darin liegt in der Sache eine grundrechtliche Formulierung für die alte Vorstellung einer verfassungsrechtlich anerkannten Kirchengewalt. Erläuterungsbedürftig ist allerdings, worin die den Religionsgemeinschaften zugeschriebenen Gemeinwohlfunktionen bestehen und wieso trotz anerkannter Gemeinwohlrelevanz staatliche Gewährleistungsmaßnahmen ausgeschlossen sind. Beide Fragen sind nicht angemessen zu beantworten, ohne die Eigenheiten von Religion zu bedenken.

c) Zur Gemeinwohlrelevanz religiöser Institutionen

In ihrer Vielfältigkeit lassen sich die Tätigkeitsbereiche von Religionsgemeinschaften nicht erschöpfend beschreiben. So bieten Religionsgemeinschaften eine Sprache, um Erklärungen über die Welt und den Ort der Menschen in ihr zu formulieren oder um Antworten auf Fragen nach einem guten oder richtigen Leben zu finden, organisieren Praktiken und Rituale, die Transzendentes zugänglich und Gemeinschaft erlebbar machen sollen, widmen sich der Seelsorge in schwierigen Lebenslagen wie Armut, Krankheit oder Tod, organisieren Wohlfahrt für Kranke und Bedürftige, bieten in Kindergärten und Schulen Erziehung im Sinne der Glaubensüberzeugung an oder äußern sich zu moralischen und politischen Fragen. Diese diversen Tätigkeiten eint, dass sie ihren Sinn auch aus einem geteilten Glau-

⁴⁰ BVerfGE 102, 370 (387).

ben und der ihm zugrundeliegenden religiösen Tradition beziehen, mit denen sie die empirische Welt zu transzendieren versuchen.⁴¹ Auch wenn dem religiös-weltanschaulich neutralen Staat die Kompetenz fehlt, die Wahrheit der Glaubensüberzeugungen zu beurteilen, kann er doch zur Kenntnis nehmen, dass Menschen in religiösen Erfahrungen, Traditionen, Glaubensformen und Praktiken für sich Sinn, Erfüllung, Hoffnung, Trost, moralische Orientierung, Gemeinschaft und Motivation für ein Engagement in Gesellschaft und Politik finden. Wie auch immer man die Kriterien dafür bestimmt, kann kein Zweifel bestehen, dass diese religiös motivierten Phänomene im Vergleich zu den auch sonst als gemeinwohldienlich anerkannten Tätigkeiten nicht anders qualifiziert werden können. Daran ändern auch die religionssoziologischen Trends der Individualisierung, Pluralisierung und Säkularisierung nichts. Sie ändern nur die Formen, die Bereiche und die Intensität, in und mit der Religiosität gelebt wird.

- 10 Die beschriebenen Gemeinwohlwirkungen beziehen sich allerdings auf die Grundrechtsausübung der religiösen Individuen. Aus einer institutionellen Sicht auf das Staatskirchenrecht liegen deshalb zwei Einwände nahe, weshalb darin die Bedeutung des Körperschaftsstatus noch nicht gefunden werden könne. Zunächst scheinen die dargestellten Gemeinwohlwirkungen von den religiösen Individuen auszugehen, während der Körperschaftsstatus den Eigenwert der Religionsgemeinschaften als Institutionen anerkennt. Beides widerspricht sich allerdings nicht. Religiöse Institutionen sind emergente soziale Phänomene, die aus dem individuellen Verhalten der sie tragenden Individuen hervorgehen und dennoch in ihrer Bedeutung und Funktion über die Individuen hinausgehen. Durch Arbeitsteilung und Spezialisierung ermöglichen religiöse Institutionen nämlich Leistungen, die ohne sie verloren gingen, weil sie von den isolierten Individuen nicht erbracht werden könnten, namentlich die Überlieferung und Pflege der religiösen Tradition.⁴² Insoweit besteht auch kein Widerspruch zwischen der Anerkennung eines Eigenwerts der Institution und deren grundrechtlicher Deutung. Institutionen werden um der Menschen willen verfassungsrechtlich mit besonderen Rechten oder Befugnissen ausgestattet, weil gerade dadurch die grundrechtli-

⁴¹ *Christoph Möllers*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, in VVDStRL 68 (2009), S. 47 (70).

⁴² Dazu *Martin Morlok*, Die korporative Religionsfreiheit und das Selbstbestimmungsrecht nach Art. 140 GG / Art. 137 Abs. 3 WRV, in: Heinig / Walter (o. Fn. 5), S. 185 (198 ff.).

che Entfaltung der Bürger verstärkt oder Persönlichkeitsentfaltung in der Gemeinschaft ermöglicht wird.⁴³ Dies gilt auch unabhängig davon, wie genau das Verhältnis von Gemeinschaft und gläubigem Einzelnen in der jeweiligen Tradition ausgeprägt ist, etwa stärker partizipativ-individualistisch oder traditional-hierarchisch. Solange die Freiwilligkeit des Beitritts zur Gemeinschaft und die ungehinderte Möglichkeit eines Austritts aus ihr gesichert sind und in der Gemeinschaft die Grundrechte der Mitglieder nicht in verfassungsrechtlich relevanter Weise gefährdet sind, steht es der Gemeinschaft frei, das Verhältnis zwischen Gläubigen und den Vertretern der Institution so zu gestalten, wie es ihrem tradierten oder neu gefundenen religiösen Selbstverständnis entspricht.⁴⁴

Aus institutioneller Sicht könnte weiter eingewandt werden, für die Interpretation des Körperschaftsstatus komme es nicht auf die Funktion der Religionsgemeinschaften für die individuelle Religionsausübung an, sondern auf deren Wirkungen für die Gesellschaft insgesamt oder den Staat. Dieser Einwand beruht allerdings auf einem falschen Gegensatz. Denn die positiven Wirkungen für die Gesellschaft oder den Staat bestehen der Substanz nach in nichts anderem als in den unmittelbaren und mittelbaren, aggregierten und gegebenenfalls potenzierten, geistigen, spirituellen oder auch materiellen Wirkungen auf die betroffenen Individuen. Relevant wird der Unterschied nur, wenn die positiven gesellschaftlichen Wirkungen der korporierten Religionsgemeinschaften inhaltlich nach anderen, staatlich definierten Maßstäben überprüft werden sollen. Beispielsweise meinte das Bundesverwaltungsgericht, den Zeugen Jehovas müsse der Körperschaftsstatus versagt werden, weil sie dem demokratischen Verfassungsstaat nicht die gebotene Loyalität entgegenbringen.⁴⁵

11

d) Verfassungsunmittelbare Gemeinwohlvermutung

Zunächst aber haben institutionelle Ansätze Recht mit der Annahme, dass der Körperschaftsstatus eine Gemeinwohldienlichkeit

12

⁴³ *Martin Heckel*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, in: VVDStRL 26 (1968), S. 5 (12 ff.); *P Kirchhof*, Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften (o. Fn. 6), S. 653; *Martin Morlok*, in: GG. Kommentar, hg. von Horst Dreier, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 137 WRV, Rn. 78.

⁴⁴ Grundlegend *Martin Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 431 ff. und passim.

⁴⁵ BVerwGE 105, 117 ff.

der Religionsgemeinschaft unterstellt. Nicht nur gehört es zu den unstrittigen Voraussetzungen zur Errichtung von Körperschaften des öffentlichen Rechts im Allgemeinen, dass deren Tätigkeit gemeinwohldienlich sein muss.⁴⁶ Dies war auch in der Weimarer Nationalversammlung als eines der wenigen Merkmale anerkannt, welches auch für die korporierten Religionsgemeinschaften Geltung beansprucht.⁴⁷ Dass das Bundesverfassungsgericht auf deren Beitrag zu den Grundlagen von Staat und Gesellschaft ausdrücklich hinweist, spricht dafür,⁴⁸ dass sich dies auch unter dem Grundgesetz nicht geändert hat.

- 13** Ein Einwand gegen eine grundrechtliche Deutung des Status ließe sich hieraus aber nur ableiten, wenn dem Staat die Kompetenz zukäme, die vorausgesetzte Gemeinwohldienlichkeit materiell zu konkretisieren und daraus Bindungen abzuleiten, die über die Pflicht zur Rechtstreue hinausgehen. Ohne dies bleibt die Gemeinwohldienlichkeit eine verfassungsrechtliche Vermutung, die die freiheitliche Ausrichtung des Status unangetastet lässt. Bereits die Beratungen der Weimarer Nationalversammlung sprechen eindeutig für diese Auslegung.⁴⁹ Sie zeigen, dass Art. 137 Abs. 5 WRV die Frage der Gemeinwohldienlichkeit von Religionsgemeinschaften bereits auf Verfassungsebene positiv entschieden hat. Die zentrale Funktion der Bestandsgarantie für den Körperschaftsstatus in Art. 137 Abs. 5 S. 1 WRV war nämlich gerade zu verhindern, dass die Länder den Kirchen den Körperschaftsstatus mangels Gemeinwohldienlichkeit entziehen können. Im Gegenzug sollte Art. 137 Abs. 5 S. 1 WRV den Körperschaftsstatus aus Gründen der Gleichbehandlung⁵⁰ allen anderen Religionsgemeinschaften zugänglich machen.⁵¹ Keine Mehrheit fand

⁴⁶ BVerfGE 38, 281 (298 f.); BVerfG (Kammer), in: NVwZ 2002, S. 335 (336); *Udo Di Fabio*, Staatsaufsicht über formelle Körperschaften des öffentlichen Rechts, in: BayVBl. 1999, S. 449 (451 f.).

⁴⁷ Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Protokolle, Bd. 336, S. 194 ff.; *Muckel*, Religionsgemeinschaften als Körperschaften (o. Fn. 29), S. 584.

⁴⁸ BVerfGE 102, 370 (387).

⁴⁹ Vgl. *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 157 ff., insbes. S. 169 ff.

⁵⁰ *Martin Heckel*, Die religionsrechtliche Parität (§ 20), in: HSKR², Bd. 1, S. 589 (605), bezeichnet Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV als „einzige explizite Paritätsnorm der Weimarer Reichsverfassung“; vgl. *Michael Heinig*, Die Verfassung der Religion, 2014, S. 213 ff.

⁵¹ „[...] den kleinen Kirchengemeinden, den Nebenkirchen, den Sekten, den aus der Landeskirche herausgetretenen Kirchengemeinschaften, ebenso aber auch den antikirchlichen Religionsgemeinschaften, den Monisten, den Unitariern und wie sie heißen mögen [...]“, *Friedrich Naumann* in den Bera-

sich dagegen für Bestrebungen, für die Verleihung eine „erhebliche Bedeutung für das öffentliche Leben“⁵² zu verlangen.⁵³ „Da es keine Staatskirche mehr gibt, so sind alle Nebenkirchen gleicher Ehre.“⁵⁴

Dieser Befund wird durch den neuen Kontext des Grundgesetzes noch unterstrichen. Denn Art. 137 Abs. 5 WRV ist nunmehr im Lichte der tragenden Wertentscheidungen des Grundgesetzes auszulegen, zu denen auch die Grundsätze der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates und der Parität der Religionen und Bekenntnisse gehören.⁵⁵ Das hindert nicht nur, den gleichheitsrechtlichen Gehalt des Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV⁵⁶ zugunsten einer positiven Gemeinwohlprüfung zurückzunehmen. Aufgrund ihrer Verpflichtung zur Neutralität fehlt staatlichen Behörden und Gerichten auch die inhaltliche Beurteilungsbefugnis, um den gesellschaftlichen Nutzen von Religionsgemeinschaften positiv zu spezifizieren oder gar zu überprüfen.⁵⁷ Nicht nur ist staatlichen Instanzen eine unmittelbare Bewertung von Glauben und religiöser Lehre untersagt. Das Identifikationsverbot hindert den Staat auch daran, zugunsten der in seinen Augen sozial nützlichen Religionsgemeinschaften Partei zu ergreifen.⁵⁸ Als zulässiger Maßstab der Bewertung der Gemeinwohldienlichkeit von Religionsgemeinschaften kommen deshalb nur diejenigen Anforderungen in Betracht, die die Verfassung selbst an die korporierten Religionsgemeinschaften stellt, nämlich die Rechtstreue als Gegenstand einer negativen Gemeinwohlprüfung.⁵⁹ Die positiven Gemeinwohlwirkungen werden dagegen von der Verfassung vermutet, ohne dass daraus Handlungspflichten erwachsen.⁶⁰

14

tungen des Plenums der Nationalversammlung, in: Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, 59. Sitzung, 17.7.1919, Stenographische Berichte, Bd. 328, S. 1654.

⁵² *Joseph Mausbach*, in: Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung (o. Fn. 51), S. 1661.

⁵³ *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 170 ff.

⁵⁴ *Naumann*, in: Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung (o. Fn. 51), S. 1654.

⁵⁵ BVerfGE 102, 370 (390 ff.).

⁵⁶ *Heinig*, Verfassung der Religion (o. Fn. 50), S. 213 ff.

⁵⁷ *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 172 ff.

⁵⁸ BVerfGE 30, 415 (422); 93, 1 (17); 108, 282 (299 f.); 123, 148 (178).

⁵⁹ S. u. Rn. 32.

⁶⁰ Vgl. BVerfGE 102, 370 (395 f.); VG Mainz, in: NVwZ-RR 2012, S. 417 (419).

e) Der Körperschaftsstatus als Kooperationsstatus?

- 15 Schließlich überzeugt es auch nicht, die verfassungsunmittelbare Gemeinwohlvermutung dadurch zu verkürzen, dass man die Kooperation zwischen Staat und Religionsgemeinschaften zum Sinn und Zweck des Körperschaftsstatus erklärt und quasi als Gegenleistung für die übertragenen Rechtsvorteile besondere Gemeinwohlbeiträge einfordert. Gegen eine solche Zweckbestimmung als Kooperationsstatus spricht schon, dass der Zugang zu den beiden im Grundgesetz ausdrücklich vorgesehenen Kooperationsformen, nämlich Religionsunterricht und Anstaltsseelsorge, vom Körperschaftsstatus unabhängig ist. Dem Grundgesetz ist es auch fremd, Grundrechtsträger durch Privilegierung zur Kooperation mit dem Staat anzuhalten oder ihnen im Gegenzug eine besondere Loyalität abzuverlangen.⁶¹ Basis jeder Kooperation ist vielmehr die grundrechtliche Freiheit der Religionsgemeinschaften.⁶²

3. Die grundrechtliche Funktion des Körperschaftsstatus

- 16 In der grundrechtlichen Deutung findet der Körperschaftsstatus seine verfassungsrechtliche Bedeutung und Legitimation in seiner Funktion, objektiv-rechtliche Gehalte der Religionsfreiheit in einer der Eigenart von Religion angemessenen Weise umzusetzen. Die staatskirchenrechtliche Sicht auf die Kirchen als staatsanaloge Institutionen verhinderte allerdings lange, dass die grundrechtlichen Funktionen des Körperschaftsstatus auch als solche gesehen wurden. Sie übersah auch, dass die Kirchen auch symbolische Gemeinschaften sind, für welche die Rechtsformen des privaten Rechts in fundamentaler Weise problematisch sein können und die deshalb auf staatliche Rücksichtnahme angewiesen sind, um sich in den Formen des Rechts organisieren zu können. Für sie bot der Körperschaftsstatus die Möglichkeit, sich weitgehend unabhängig von Vorgaben des Privatrechts nach eigenem Kirchenrecht zu verfassen. Diese Möglichkeit wurde in der Tradition des institutionellen Staatskirchenrechts aber nicht grundrechtlich gedeutet, sondern als Ausdruck einer institutionellen Kirchengewalt. Möchte man dagegen einen dogmatischen Sonderbereich zwischen Grundrechtsfreiheit und Staatsgewalt ver-

⁶¹ BVerfGE 102, 370 (395 f.).

⁶² BVerfGE 137, 273 (304 f.); 139, 321 (351).

meiden, kann es sich bei der Kirchengewalt verfassungsrechtlich nur um eine gesteigerte grundrechtliche Autonomie handeln. Sie unterscheidet sich von der Autonomie der Verträge, Vereine und Koalitionen nicht durch ihre vermeintlich staatsanaloge Fundierung, sondern durch ihre besondere Prägung und Reichweite, die aus der Eigenart von Religionsgemeinschaften als symbolische Gemeinschaften folgt.

a) Religionsgemeinschaften als organisierte symbolische Gemeinschaften

Ohne den Körperschaftsstatus stände als Möglichkeit zur rechtlichen Organisation im Wesentlichen nur die Rechtsform eines eingetragenen Vereins zur Verfügung.⁶³ Der bürgerlich-rechtliche Verein ist aber wie die anderen Rechtsformen des Gesellschaftsrechts auch auf einen Organisationstypus zugeschnitten, den die Organisationssoziologie „formale Organisation“ nennt und der in modernen Gesellschaften den vorherrschenden Organisationstyp stellt.⁶⁴ Formale Organisationen verfolgen auf arbeitsteilige Weise relativ spezifische und konkrete Zwecke, wobei Mitgliedschaft und Willensbildung rechtlich strukturiert sind und die Organe den Mitgliedern für die Zweckerreichung verantwortlich sind. Solcher rationaler Organisationsformen bedienen sich auch Religionsgemeinschaften, aber ihr religiöser Anspruch geht über die üblichen zweckrationalen Organisationsziele hinaus.⁶⁵ Religionsgemeinschaften sind im Kern symbolische Gemeinschaften.⁶⁶ Sie verfolgen nicht operationalisierbare Zwecke, sondern pflegen religiöse Werte, Praktiken und Traditionen.⁶⁷ Bei ihnen stellt sich deshalb das Verhältnis von Mitgliedern und Organi-

17

⁶³ Vgl. BVerfGE 83, 341 (356 ff.); zur Tauglichkeit der anderen privatrechtlichen Rechtsformen vgl. *Towfigh*, Verfassung von Religionsgemeinschaften (o. Fn. 5), S. 197 ff.

⁶⁴ Zum Folgenden ausführlich *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 225–229; Zusammenfassung hier aus *ders.*, Zwischen Komplementarität und Konflikt, in: Heinig / Walter (o. Fn. 38), S. 95 (100 f.); zustimmend, aber mit anderen Folgerungen, *Bernd Grzeszick*, Verfassungstheoretische Grundlagen des Verhältnisses von Staat und Religion, in: Heinig / Walter (o. Fn. 5), S. 131 (135 ff.).

⁶⁵ *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 229 ff.

⁶⁶ *Karl Gabriel*, Modernisierung als Organisation von Religion, in: *Institution – Organisation – Bewegung*, hg. von Michael Krüggeler / Karl Gabriel / Winfried Gebhardt, 1999, S. 19 (34).

⁶⁷ *Hans Geser*, Zwischen Anpassung, Selbstbehauptung und politischer Agitation, in: Krüggeler / Gabriel / Gebhardt (o. Fn. 66), S. 39 (57).

sation oft grundsätzlich anders dar als in Zweckorganisationen. Ihrem Sinn nach werden religiöse Traditionen nicht von den Mitgliedern definiert. Die Sinngebung verläuft vielmehr von der Institution zu den Individuen, die bei religiösen Institutionen nach Gemeinschaft, Gewissheit, Erfüllung oder Spiritualität suchen.⁶⁸

- 18 Religiöse Traditionen sind aber kein austauschbares Instrumentarium, über das Religionsgemeinschaften nach Belieben verfügen könnten, sondern Teil ihrer Identität.⁶⁹ Dabei werden – von Religion zu Religion in unterschiedlicher Weise und in unterschiedlichem Ausmaß – Organisationsstruktur und Glaubensidentität verschränkt, mit der Folge, dass die Organisationsstruktur nicht mehr frei wählbar ist.⁷⁰ Wenn die Kirchenverfassung auf einer bestimmten religiösen Lehre aufbaut, kann man sie nicht ohne theologische Konsequenzen ändern. Noch schwieriger wird es, wenn Kompetenzen nach Auffassung der Gemeinschaft auf göttlichem Recht beruhen, wie die Leitungsfunktion der katholischen Bischöfe.⁷¹ Will das Recht Rechtsformen bereitstellen, die eine religionsangemessene Institutionalisierung von Religionsgemeinschaften erlauben, muss es Konflikte zwischen religiöser Sozialform und rechtlichen Organisationsformen möglichst vermeiden und dem religiösen Selbstverständnis größten Raum geben.⁷² Der rechtliche Weg dazu besteht in der Einräumung von Autonomiebefugnissen, welche von der Verfassung durch Religionsfreiheit und Selbstverwaltungsgarantie gefordert und von den Körperschaftsbefugnissen in besonders religionsfreundlicher Weise umgesetzt werden.

*b) Religionsfreiheit und Selbstverwaltungsgarantie
als grundrechtliche Autonomiegewährleistung*

- 19 Vor diesem Hintergrund zeigt sich, dass die den korporierten Religionsgemeinschaften übertragenen öffentlich-rechtlichen Befugnisse nicht beliebige Privilegien oder Subventionen sind, die in unspezifischer Weise der Religionsausübung zugute kommen, sondern Antwort-

⁶⁸ Magen, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 238 ff. m. w. N.

⁶⁹ Geser, Anpassung (o. Fn. 67).

⁷⁰ Magen, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 234 ff.

⁷¹ Lumen gentium, 20; Muckel, in: de Wall/Muckel, Kirchenrecht (o. Fn. 28), § 17, Rn. 27 ff.

⁷² Am Beispiel der Bahá'í Towfigh, Verfassung von Religionsgemeinschaften (o. Fn. 5).

ten auf spezifische verfassungsrechtliche Direktiven der Religionsfreiheit. Diese ergeben sich nicht nur aus der Religionsfreiheit und der religiösen Vereinigungsfreiheit, sondern auch aus der Selbstverwaltungsgarantie, welche die Religionsfreiheit in institutioneller Hinsicht konkretisiert und ergänzt.⁷³ Während die religiöse Vereinigungsfreiheit nur einen Anspruch auf eine irgendwie geartete rechtliche Existenz und die Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr garantiert,⁷⁴ gewährleistet die Selbstverwaltungsgarantie zudem auch die zur Wahrnehmung der religiösen Aufgaben unerlässliche Freiheit der Bestimmung über Ämter,⁷⁵ Organisation, Normsetzung, Verwaltung, Finanzierung⁷⁶ und über Sachen mit religiösen Zwecken.⁷⁷ Die Freiheit zur Selbstbestimmung liefe allerdings weitgehend ins Leere, wenn diesbezügliche Rechtsakte der Religionsgemeinschaften nicht mit Verbindlichkeit im staatlichen Recht ausgestattet wären. Die Selbstverwaltungsgarantie beinhaltet deshalb notwendig einen Anspruch auf Einräumung entsprechender Befugnisse zur Selbstbestimmung mit Außenwirkung im staatlichen Recht.

Entgegen verbreiteter Auffassung beinhaltet die Selbstverwaltungsgarantie deshalb nicht nur ein Abwehrrecht gegenüber staatlicher Ingerenz, sondern enthält – vergleichbar den grundrechtlichen Garantien der Privatautonomie, der Vereinsautonomie oder der Tarifautonomie – auch einen grundrechtlichen Anspruch gegen den Staat auf Einräumung der zur rechtlichen Selbstorganisation notwendigen Rechtsbefugnisse.⁷⁸ Dass die korporierten Religionsgemeinschaften auf staatlich eingeräumte Befugnisse angewiesen sind, wird aber verdeckt, wenn man die Selbstverwaltungsgarantie als verfassungsrechtliche Anerkennung einer eigenen, vorstaatlichen Kirchengewalt interpretiert, welche die Kompetenzen zur Selbstregulierung mit

20

⁷³ BVerfGE 137, 273 (303); 139, 321 (349).

⁷⁴ BVerfGE 83, 341 (355).

⁷⁵ Art. 137 Abs. 3 S. 2 WRV.

⁷⁶ BVerfGE 72, 278 (289); 137, 273 (306); *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 5), Art. 137 WRV, Rn. 267.

⁷⁷ Durch die Selbstverwaltungsgarantie und durch Art. 138 Abs. 2 WRV als Konkretisierung der Religionsfreiheit; BVerfGE 100, 99 (120).

⁷⁸ Dass Einrichtungsgarantien neben der historischen auch eine grundrechtsfunktionale Schutzrichtung haben, die den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten zuzurechnen ist, ist anerkannt (*Horst Dreier*, in: ders. [o. Fn. 43], Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vor Art. 1 GG, Rn. 107 f.; *Ute Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003, S. 405 ff.). Eine einheitliche Terminologie hat sich dafür nicht eingebürgert. Es wird von „Rechte auf Kompetenzen“ gesprochen (*Robert Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S. 414 ff.) oder von „Autonomiegewährleistungen“ (*Mager*, a. a. O., S. 406 ff.).

Wirksamkeit für das staatliche Recht schon in sich trägt. Träfe das zu, wären nicht nur Befugnisse wie die Rechtsetzungsautonomie, die Dienstherrenfähigkeit und die Organisationsgewalt ganz bzw. in weiten Bereichen überflüssig. Auch die als eingetragene Vereine organisierten Religionsgemeinschaften müssten sich dann eigentlich ohne die durch das BGB eingeräumte Satzungsautonomie mit Außenrechtswirkung organisieren können. Richtigerweise wird unmittelbar durch Art. 137 Abs. 3 WRV aber weder eine vorstaatliche Rechtsgewalt anerkannt, noch werden durch diese Gewährleistung verfassungsunmittelbar unbenannte rechtliche Selbstbestimmungsbefugnisse übertragen. Vielmehr enthält Art. 137 Abs. 3 WRV nur einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Übertragung von Befugnissen, welche die rechtsverbindliche Selbstbestimmung der Religionsgemeinschaft über ihre Organisation, Normsetzung und Verwaltung ermöglichen. Der eingetragene Verein und die Körperschaft des öffentlichen Rechts sind die beiden Rechtsformen, die die Verfassung in Art. 137 Abs. 4 und 5 WRV zur Umsetzung dieses Anspruchs vorsieht.

- 21 Angesichts der besonderen Probleme der rechtsförmigen Organisation von Religion hat die freiheitsrechtliche Formulierung der Selbstverwaltungsgarantie aber einen zutreffenden Kern, der für die Bestimmung des inhaltlichen Gehalts der religionsverfassungsrechtlichen Autonomiegewährleistung leitend sein sollte. Sie verlangt eine Ausgestaltung der juristischen Personen, die für die korporative Grundrechtsausübung möglichst förderlich ist. Insoweit stellen sich aber für Religionsgemeinschaften grundlegend andere Anforderungen als bei den Zweckorganisationen, auf die das bürgerliche Vereinsrecht zugeschnitten ist.⁷⁹ Primärer Zweck von Religionsgemeinschaft ist die Pflege und Ausübung der religiösen Tradition, und alle zweckrationalen Tätigkeiten beziehen ihre Bedeutung erst aus dieser Tradition. Zur religiösen Identität gehört regelmäßig aber auch eine bestimmte Organisationsform, bei der religiöse Gemeinschaften – mehr oder weniger ausgeprägt und auf je eigene Weise – in einen Kern religiöser Rollen- oder Funktionsträger und ein Umfeld an Religionsanhängern gegliedert sind. Die je besondere Sozialform ist für viele Religionsgemeinschaften aber nicht beliebig verfügbar, sondern Teil der religiösen Identität selbst. Um dieser Identität willen gewährleistet die Selbstverwaltungsgarantie deshalb Autonomiebefugnisse, die weitest mögliche Freiräume zur Selbstbestimmung über Organisation, Normsetzung und Verwaltung zulassen.

⁷⁹ Magen, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 266 ff.

*c) Umsetzung der grundrechtlichen Autonomiegewährleistung
durch den Körperschaftsstatus*

Diese Autonomiebefugnisse gewährt der Körperschaftsstatus mit dem ausdrücklich gewährleisteten Besteuerungsrecht und den fünf ungeschriebenen öffentlich-rechtlichen Befugnissen.⁸⁰ Sie decken die zentralen Gewährleistungsbereiche der Selbstverwaltungsgarantie ab und ermöglichen jeweils Rechtsgestaltungen, die der Selbstbestimmung der Religionsgemeinschaft und dem Schutz ihrer religiösen Identität größeren Raum geben als parallele Rechtsinstitute des bürgerlichen Rechts. Alle Körperschaftsbefugnisse setzten dabei spezifische, nicht-abwehrrechtliche Gewährleistungsgehalte der Religionsfreiheit und ihrer Konkretisierung durch die Selbstverwaltungsgarantie um: Die Dienstherrenfähigkeit setzt das Recht zur Selbstbestimmung für den Bereich der religiösen Beschäftigungsverhältnisse um, indem sie die Schaffung von Treueverhältnissen erlaubt, die über arbeitsrechtliche Loyalitätspflichten hinaus die ganze Lebensführung erfassen. Die Rechtsetzungsautonomie setzt das Recht zur Selbstbestimmung im Bereich der Organisation, der Normsetzung und der Verwaltung um, indem sie die Schaffung eines bekenntnisgebundenen Rechts ermöglicht, das eine weitgehend freie Gestaltung, am religiösen Selbstverständnis ausgerichtete Bestimmung von Organen, Kompetenzen und Verfahren erlaubt. Die Organisationsgewalt erweitert die Selbstbestimmung über die Binnenstruktur durch die Befugnis zur Schaffung rechtlich selbständiger Untergliederungen. Das Parochialrecht erleichtert – in den Grenzen der negativen Religionsfreiheit – die Ausrichtung der rechtlichen Mitgliedschaft an religiösen Zugehörigkeitskriterien. Das Besteuerungsrecht setzt die von der Selbstverwaltungsgarantie garantierte Befugnis zur Erhebung von Mitgliedsbeiträgen um, indem es erlaubt, durch Schaffung von Vollstreckungstiteln Beiträge mit weniger Rechtskonflikten einzuziehen. Und die Widmungsbefugnis setzt Schutzpflichten zugunsten von Sachen im religiösen Gebrauch um, indem sie deren widmungsgemäßen Gebrauch Vorrang vor einem gutgläubigen Erwerb einräumt. Der Körperschaftsstatus ist damit mehr als eine unspezifische Subventionierung von Grundrechtsbetätigungen. Er antwortet vielmehr auf konkrete und spezifische Probleme und Spannungslagen, mit denen Religionsgemeinschaften als symbolische Gemeinschaften bei ihrer rechtsförmigen Organisation konfrontiert sind.

⁸⁰ BVerfGE 102, 370 (371); 139, 321 (323); Weber, Der öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus (Fn. 5), S. 353 f.

4. Grundrechtsferne Elemente des Körperschaftsstatus

- 23 Einige Elemente des Körperschaftsstatus scheinen allerdings mit einer grundrechtlichen Interpretation schwer in Einklang zu bringen.

a) Hoheitsgewalt oder gesteigerte Grundrechtsmacht

- 24 Problematisch erscheint zunächst die Einräumung öffentlich-rechtlicher Befugnisse zu Zwecken grundrechtlicher Freiheitsausübung. In den Händen von Verwaltungsträgern wären die Körperschaftsbefugnisse wegen der mit ihnen verbundenen Befugnis zur einseitigen Begründung von Pflichten ohne weiteres als Hoheitsgewalt zu betrachten. Wären sie auch in den Händen von Grundrechtsträgern als Hoheitsbefugnisse zu beurteilen, wäre ihre Übertragung zwar immer noch durch Art. 137 Abs. 5 WRV verfassungsunmittelbar legitimiert, bliebe aber ein dogmatischer Fremdkörper im Grundgesetz. Dem ersten Anschein zum Trotz können aber für die Beurteilung der Hoheitlichkeit von Befugnissen staatlicher und grundrechtlicher Akteure nicht die gleichen Maßstäbe in Anschlag gebracht werden.⁸¹ Das gilt insbesondere für solche Konstellationen, bei denen ein Rechtsakt zwar nicht auf der aktuellen Zustimmung aller Adressaten beruht, die Adressaten dem Rechtsakt aber mittelbar zugestimmt haben, etwa durch den Beitritt zu einem Verband oder die Teilnahme an Abstimmungen. Man kann insoweit von mittelbarer Autonomie oder konsentierter Heteronomie sprechen. Dass hier unterschiedliche Maßstäbe gelten, zeigt sich am Vergleich von privaten und öffentlichen Satzungen. Vereinssatzungen zum Beispiel sind auch gegenüber denjenigen Mitgliedern verbindlich, die in der Mitgliederversammlung gegen sie gestimmt haben, gelten aber dennoch als durch den Vereinsbeitritt mittelbar privatautonom legitimiert. Dagegen gelten die autonomen Satzungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften auch bei freiwilliger Mitgliedschaft als Hoheitsakte.⁸² Allerdings fragt sich, wie sehr vermittelt die Zustimmung sein darf, um noch als grundrechtlich legitimiert gelten zu können. Die privatautonome Legitimation der Tarifverträge zeigt insoweit, dass Schwächen der

⁸¹ Magen, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 77 ff.; ders., Zur Legitimation privaten Rechts, in: Privates Recht, hg. von Christian Bumke/ Anne Röthel, 2012, S. 234 ff.; Traulsen, Rechtsstaatlichkeit und Kirchenordnung (o. Fn. 12), S. 179 ff.

⁸² Magen, Legitimation (o. Fn. 81), S. 238.

mittelbaren Legitimation ausgeglichen werden können, wenn die Einräumung von Befugnissen an einen Verband der Verwirklichung der Grundrechte der Mitglieder dient und/oder die Befugnisse des Verbands selbst grundrechtlich gewährleistet sind.⁸³ Beide Voraussetzungen liegen auch in Bezug auf die Körperschaftsbefugnisse vor, denn sie setzen die Autonomiegewährleistung der Selbstverwaltungsgarantie um und dienen dadurch der Religionsfreiheit der Mitglieder. Legt man diese für Befugnisse in der Hand von Grundrechtsträgern geltenden Maßstäbe an die Körperschaftsbefugnisse an, können – mit Ausnahme der Vollstreckbarkeit kirchlicher Steuerbescheide – alle Befugnisse als grundrechtlich legitimiert angesehen werden.⁸⁴ Materiell beruhen die Körperschaftsbefugnisse deshalb nicht auf übertragener staatlicher Hoheitsgewalt, sondern auf gesteigerter Privatrechtsmacht.⁸⁵ Dagegen erschließt sich das Besteuerungsrecht verfassungsdogmatisch erst durch die verfassungsunmittelbare Gemeinwohlvermutung für die Tätigkeit der korporierten Religionsgemeinschaften.⁸⁶

*b) Zuordnung zum öffentlichen Recht als Sonderrecht
der Staatsgewalt oder als Mittel der Autonomiegewährung*

Da die korporierten Religionsgemeinschaften weder staatliche Aufgaben erfüllen, noch – vom Besteuerungsrecht abgesehen – staatliche Hoheitsgewalt ausüben, lassen sich ihre Rechtsakte materiell nicht dem öffentlichen Recht als der Sonderrechtsordnung der verfassungsgebundenen Staatsgewalt zurechnen.⁸⁷ Entsprechend ist das

25

⁸³ *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 87 f.

⁸⁴ *Germann*, in: BeckOK GG (o. Fn. 5), Art. 140, Rn. 80 f.; *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 90 ff.; *Traulsen*, Rechtsstaatlichkeit und Kirchenordnung (o. Fn. 12), S. 183 f.; wohl auch *Kästner*, in: BK (o. Fn. 5), Art. 140, Rn. 372; a.A. die h.M.: BVerfGE 102, 370 (388); 139, 321 (350 f.) (Hoheitlichkeit jedenfalls der Dienstherrenfähigkeit und Widmungsbefugnis); *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 5), S. 288 ff.; *P. Kirchhof*, Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften (o. Fn. 6), S. 670 ff.

⁸⁵ Begriff bei *Udo Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, S. 69.

⁸⁶ *P. Kirchhof*, Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften (o. Fn. 6), S. 668.

⁸⁷ *Udo Steiner*, Staatliche und kirchliche Gerichtsbarkeit, in: NVwZ 1989, S. 410 (414); *Stefan Magen*, Der Rechtsschutz in Kirchensachen nach dem materiell-rechtlichen Ansatz, in: NVwZ 2002, S. 897 (899); *ders.*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 120 ff., *Dirk Ehlers*, Anmerkung zu BGH

für die regulären Körperschaften des öffentlichen Rechts geltende Verwaltungsorganisationsrecht, Verwaltungsverfahrensrecht und Beamtenrecht auf die korporierten Religionsgemeinschaften nicht anwendbar. Die heutige Bedeutung der formellen Zuordnung der korporierten Religionsgemeinschaften zum öffentlichen Recht ist demgegenüber primär rechtstechnischer Art. Sie erlaubt es, die korporierten Religionsgemeinschaften rechtstechnisch dem Anwendungsbereich des privaten Vereins- und Arbeitsrechts zu entziehen und sie stattdessen mit weitreichenden Autonomiebefugnissen auszustatten. Im Übrigen kommt in der Zuordnung zum öffentlichen Recht auch die Verfassungsvermutung der Gemeinwohldienlichkeit zum Ausdruck, die insoweit einen durchaus greifbaren Gehalt hat, als die korporierten Religionsgemeinschaften aufgrund strenger staatlicher Prüfung als rechtstreu gelten dürfen. Als Symbol der Rechtstreue hilft der Körperschaftsstatus insoweit der Entfaltung der Religionsgemeinschaft, als er den kleinen, neuen oder zugezogenen Religionsgemeinschaften hilft, Vorbehalten in der Gesellschaft und bei staatlichen Stellen zu begegnen. Von nicht wenigen Religionsgemeinschaften wird er gerade deswegen angestrebt.⁸⁸

II. Die Rechtsstellung der korporierten Religionsgemeinschaften

- 26 Prägend für die besondere Rechtsstellung einer als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierten Religionsgemeinschaft sind die mit dem Status übertragenen sechs öffentlich-rechtlichen Befugnisse (Besteuerungsrecht, Rechtsetzungsautonomie, Organisationsgewalt, Parochialrecht, Dienstherrnenfähigkeit und Widmungsbefugnis). Deren Inhalt ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Verfassungsrecht, Landesrecht und religionsgemeinschaftlichem Recht (1.). Weil mit den Körperschaftsbefugnissen zum Teil staatliche Hoheitsgewalt und im Übrigen eine gesteigerte Rechtsmacht übertragen wird, unterliegen die korporierten Religionsgemeinschaften erweiterten Pflichten zur Rechtstreue. Zudem müssen sie bei der Ausgestaltung ihrer Autonomieräume fundamentale Direktiven des Verfassungsrechts beachten (2.). Aus dem Zusammenspiel von Inhalt und Grenzen ergibt sich der Gehalt der einzelnen Körperschaftsbefugnisse (3.). Nur bei der Betä-

v. 20.2.2003, in: JZ 2004, S. 196 (197); *ders.*, Grundfragen kirchlicher Gebührenerhebung, in: ZevKR 54 (2009), S. 186 (199).

⁸⁸ Zum österreichischen Status einer Bekenntnisgemeinschaft als „staatlichem Gütesiegel“ vgl. *Waldhoff*, Neue Religionskonflikte (o. Fn. 4), S. D 88.

tigung dieser Befugnisse ist das Handeln dem öffentlichen Recht zuzuordnen (4.). Zudem bestehen weitere Begünstigungen aus einfachem Recht (5.).

1. Die verfassungsrechtlich garantierten öffentlich-rechtlichen Befugnisse

Welche öffentlich-rechtlichen Befugnisse den korporierten Religionsgemeinschaften von Verfassungen wegen zu übertragen sind, ergibt sich aus Art. 137 Abs. 5 WRV als institutioneller Garantie (a.). Ihre einfach-rechtliche Grundlage finden die öffentlich-rechtlichen Befugnisse im Landesrecht (b.). Die für ihre Anwendung notwendige Konkretisierung erfahren viele der Befugnisse erst durch das eigene Recht der Religionsgemeinschaften (c.).

27

a) Art. 137 WRV als institutionelle Garantie der Körperschaftsbefugnisse

Die verfassungsrechtliche Garantie des Körperschaftsstatus in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV ist ihrer Gewährleistungsstruktur nach eine institutionelle Garantie.⁸⁹ Sie räumt den berechtigten Religionsgemeinschaften einen verfassungsunmittelbaren subjektiven Anspruch auf den Erhalt bzw. auf die Übertragung bestimmter Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ein. Das Bundesverfassungsgericht betrachtet Art. 137 Abs. 5 WRV mittlerweile als Konkretisierung der Religionsfreiheit und ordnet den Verleihungsanspruch aus Satz 2 entsprechend als einen grundrechtlichen Anspruch ein.⁹⁰ Nichts anderes kann dann für den Erhaltungsanspruch der altkorporierten Religionsgemeinschaften aus Satz 1 gelten. Der materielle Gewährleistungsgehalt ist bei beiden Ansprüchen der gleiche, denn Satz 2 garantiert „gleiche Rechte“. Zu diesen nach Art. 137 Abs. 5 WRV garantierten Rechten gehören zunächst die

28

⁸⁹ *Friesenhahn*, Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften (o. Fn. 2), S. 553; *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 5), S. 284.

⁹⁰ BVerfGE 139, 321 (322, 348, 356 u. 369 f.). Entsprechend stellt der Tenor eine Verletzung der Beschwerdeführerin „in ihrem Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 140 GG und Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV“ fest, und nicht nur, wie noch in der Zeugen Jehovas-Entscheidung, in ihrem „Recht aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV“.

allgemeine Rechtsfähigkeit, die Zuordnung der Rechtsperson zum öffentlichen Recht sowie das in Art. 137 Abs. 6 WRV ausdrücklich garantierte Besteuerungsrecht. Welche weiteren, in Art. 137 WRV nicht benannten Befugnisse den korporierten Religionsgemeinschaften darüber hinaus übertragen werden sollten, war nach den ursprünglichen Vorstellungen der Weimarer Nationalversammlung weitgehend den Ländern überlassen. In dem damaligen formellen Verständnis war der Körperschaftsstatus ein für die Übertragung des Besteuerungsrechts notwendiger rechtlicher Mantel, der im Übrigen von den Ländern auszustaffieren war.⁹¹ In Rechtspraxis und Rechtsüberzeugung hat sich aber über die Zeit ein materielles Verständnis des Körperschaftsstatus herausgebildet,⁹² demzufolge mit dem Körperschaftsstatus neben dem Besteuerungsrecht auch fünf unbenannte Körperschaftsbefugnisse übertragen werden, nämlich Rechtsetzungsautonomie, Organisationsgewalt, Parochialrecht, Dienstherrenfähigkeit und Widmungsbefugnis.⁹³ Sie werden mittlerweile unstreitig zu den „gleichen Rechten“ gezählt, die Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV den neukorporierten Religionsgemeinschaften garantiert. Entsprechend wird in langjähriger Übung und Überzeugung davon ausgegangen, dass alle korporierten Religionsgemeinschaften mit Verleihung des Körperschaftsstatus ipso iure über diese Befugnisse verfügen, obwohl in den Verleihungsakten regelmäßig nur von der Verleihung der „Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts“ die Rede ist, die einzelnen Rechte aber keine Erwähnung finden. Diese Verleihungspraxis spiegelt den unter dem Grundgesetz etablierten Kerngehalt des religionsrechtlichen Instituts einer Körperschaft des öffentlichen Rechts wider, der für die gegenwärtige Auslegung des Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV maßgeblich ist.⁹⁴ Zu dem garantierten Kerngehalt sind die

⁹¹ S. o. Rn. 5.

⁹² *Hermann Weber*, Die Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts, 1966, S. 92 ff.; *P. Kirchhof*, Kirchen und Religionsgemeinschaften (o. Fn. 6), S. 670 („hergebrachte Rechtspositionen“); *Bohl*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 29), S. 54 f.; *Dirk Ehlers*, in: Michael Sachs (Hg.), GG, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 140, Rn. 23.

⁹³ *Ehlers*, ebd.; *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 5), S. 291 ff.; *P. Kirchhof*, Kirchen und Religionsgemeinschaften (o. Fn. 6), S. 670 ff.; *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 5), Art. 137 WRV, Rn. 214 ff.

⁹⁴ BVerfGE 102, 370 (371), vgl. auch S. 396, wo Vergünstigungen danach unterschieden werden, ob sie „mit dem Status selbst gewährleistet“ sind; BVerfGE 139, 321 (350); *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 5), S. 291 ff.; *P. Kirchhof*, Kirchen und Religionsgemeinschaften (o. Fn. 6), S. 670 ff.; *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 202; *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 5), Art. 137 WRV, Rn. 214; *Weber*, Körperschaftsstatus für Religionsgemeinschaften (o. Fn. 5), S. 353.

fünf unbenannten Körperschaftsbefugnisse auch deshalb zu rechnen, weil auf ihnen die grundrechtlichen Funktionen beruhen, die der Körperschaftsstatus für die Religionsfreiheit entfaltet.⁹⁵

b) Umsetzung durch einfaches staatliches Recht

Art. 137 Abs. 5 WRV gewährt zwar ein subjektives Verfassungsrecht auf Übertragung der Körperschaftsbefugnisse. Er vollzieht aber die Übertragung nicht selbst und stellt auch keine Rechtsgrundlage dar, aus der sich im Einzelnen der Inhalt und der Umfang der übertragenen Kompetenzen ergäben. Eine Rechtsgrundlage zur Übertragung der unbenannten Körperschaftsbefugnisse findet sich aber im Wohnheitsrecht der Länder, das sich in der langjährigen Übertragungspraxis gebildet hat.⁹⁶ Das Besteuerungsrecht ist zwar aufgrund des Gesetzgebungsauftrags in Art. 137 Abs. 6 WRV in allen Ländern ausdrücklich geregelt.⁹⁷ Für die unbenannten Körperschaftsbefugnisse fehlen dagegen geschriebene staatliche Regelungen über Inhalt, Umfang und Grenzen der Körperschaftsbefugnisse sowie über Zuständigkeit, Form und Verfahren ihrer Ausübung weitgehend.⁹⁸ Solche Regelungen können insbesondere nicht dem für Körperschaften der mittelbaren Staatsverwaltung geltenden Verwaltungsrecht entnommen werden, welches auf die korporierten Religionsgemeinschaften nicht unmittelbar anwendbar ist.⁹⁹ Die Länder haben aber auch von der in Art. 137 Abs. 8 WRV normierten Gesetzgebungskompetenz für Durchführungsregelungen nur vereinzelt Gebrauch gemacht und spezifische Regelungen der Körperschaftsbefugnisse erlassen, nämlich für die Organisationsgewalt.¹⁰⁰ Staatliche Regelungen der Kör-

29

⁹⁵ *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 5), S. 289; *Unruh*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 5), Art. 137 WRV, Rn. 214; ausführlich *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 197 ff.

⁹⁶ *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 5), S. 289; *P. Kirchhof*, Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften (o. Fn. 6), S. 670; vgl. auch *Ehlers*, Grundfragen kirchlicher Gebührenerhebung (o. Fn. 87), S. 192.

⁹⁷ BVerfGE 77, 388 (399); *Jens Petersen*, Kirchensteuer kompakt, 3. Aufl. 2017, S. 287 f.

⁹⁸ Vgl. *Ehlers*, Anmerkung (o. Fn. 87), S. 197; *ders.*, Grundfragen kirchlicher Gebührenerhebung (o. Fn. 87), S. 199 ff.

⁹⁹ Auch wenn die korporierten Religionsgemeinschaften ihr Beamtenrecht auf Grundlage des fortgeltenden § 135 BRRG entsprechend dem staatlichen Beamtenrecht regeln, gilt dieses nur aufgrund kirchlicher Verweisung.

¹⁰⁰ § 1 Abs. 4, § 3 Körperschaftsstatusgesetz NRW; dazu *Klaus Hartung*, Gesetz zur Regelung der Verleihung von Körperschaftsrechten an Religions-

perschaftsbefugnisse wären allerdings auch verfassungsrechtlich problematisch, wenn sie die von Art. 137 Abs. 3 und Abs. 5 WRV bezweckten und garantierten Autonomiebefugnisse beschränken. Als milderer Mittel gegenüber staatlichen Regelungen ist es vorzugswürdig, Regelungen der Religionsgemeinschaften die Anerkennung als wirksam zu versagen, soweit sie mit verfassungsrechtlichen Direktiven nicht in Einklang stehen. Anders liegt es freilich beim Besteuerungsrecht und der Organisationsgewalt. Sie bilden Sonderfälle, weil sowohl die Besteuerung als auch die Schaffung neuer Rechtspersonen notwendig mit der Betätigung staatlicher Hoheitsgewalt einhergehen¹⁰¹ und eine staatliche Regelung deshalb angezeigt ist.

c) Ausgestaltung durch das Recht der Religionsgemeinschaften

- 30** Von den wenigen Ausnahmen abgesehen finden sich Regelungen der Körperschaftsbefugnisse nur in den von den korporierten Religionsgemeinschaften selbst geschaffenen Normen, beispielsweise für die katholische Kirche in den Partikularrechten der katholischen Diözesen oder für die evangelische Kirche in den Verfassungen oder Pfarrerdienstgesetzen der Landeskirchen.¹⁰² Die Rechtsstellung der korporierten Religionsgemeinschaften unterscheidet sich von derjenigen der privatrechtlichen Religionsgemeinschaften mithin nicht nur darin, dass das private Vereins- und Arbeitsrecht auf die korporierten Religionsgemeinschaften nicht anwendbar ist. Der relevantere Unterschied liegt darin, dass einfach-gesetzliche Regelungen des staatlichen Rechts für die korporierten Religionsgemeinschaften weitgehend nicht vorhanden sind. Dieser Rechtszustand ist zunächst Resultat einer historischen Entwicklung, die aber weder ohne Sachgrund so verlaufen ist, noch aus verfassungsrechtlicher Sicht zu bedauern wäre. Im Gegenteil liegt gerade in der weitgehenden Abwesenheit staatlichen Rechts der grundrechtsfunktionale Mehrwert des Körperschaftsstatus. Denn erst die Abwesenheit staatlichen Rechts ermöglicht es den korporierten Religionsgemeinschaften, sich ein ihrem religiösen Selbstverständnis angemessenes Organisations-, Mitgliedschafts-, Dienst- oder Sachenrecht selbst zu geben. Die dafür

und Weltanschauungsgemeinschaften (Körperschaftsstatusgesetz), in: ZevKR 60 (2015), S. 165 (170 ff.).

¹⁰¹ S. u. Rn. 41.

¹⁰² Muckel, in: de Wall / Muckel, Kirchenrecht (o. Fn. 28), §§ 16 ff.; de Wall, ebd., §§ 24 ff.

notwendige Befugnis zur Normsetzung ergibt sich allerdings nicht schon aus Art. 137 Abs. 3 WRV, sondern aus der mit dem Körperschaftsstatus übertragenen Rechtsetzungsautonomie.¹⁰³ Je nachdem, ob die ausgestaltete Körperschaftsbefugnis hoheitlichen Charakter hat oder nicht, gehört das religionsgemeinschaftliche Recht zum autonomen oder zum eigenständigen Recht der Religionsgemeinschaften.¹⁰⁴

2. Verfassungsrechtliche Grenzen und Bindungen

Für die Rechtsstellung der korporierten Religionsgemeinschaften sind zudem Bindungen relevant, die sich unmittelbar aus der Verfassung ergeben. Sie betreffen zum einen die für korporierte Religionsgemeinschaften allgemein geltenden gesteigerten Rechtstreuepflichten, zum anderen aber auch verfassungsrechtliche Direktiven, die die korporierten Religionsgemeinschaften bei der Ausgestaltung der Körperschaftsbefugnisse zu beachten haben. **31**

a) Verfassungsunmittelbare Pflichten zur Rechtstreue und zur Nichtgefährdung fundamentaler Verfassungswerte

Wie jeden Verband trifft auch die korporierten Religionsgemeinschaften die staatsbürgerliche Pflicht zur Beachtung des für sie geltenden Rechts. Zu dem für sie verbindlichen Recht gehören im Grundsatz aber nicht die Grundrechte. Denn abgesehen von Fällen punktueller Beleihung erfüllen die korporierten Religionsgemeinschaften keine staatlichen Aufgaben und sind deshalb nicht grundrechtsverpflichtet, sondern grundrechtsberechtigt.¹⁰⁵ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt freilich, soweit ihnen mit den Körperschaftsbefugnissen genuine Hoheitsgewalt in die Hand gegeben wird. Welche der Körperschaftsbefugnisse in diese Kategorie fallen, ist unklar. Unstreitig hoheitlicher Natur ist nur das Besteuerungsrecht. Das Bundesverfassungsgericht geht ohne weitere Begründung auch von der Hoheitlichkeit der Dienstherrenfähigkeit und der Widmungsbefugnis aus.¹⁰⁶ Da Hoheitsgewalt ihre Grundrechtsbindung **32**

¹⁰³ Traulsen, Rechtsstaatlichkeit und Kirchenordnung (o. Fn. 12), S. 50 ff.

¹⁰⁴ S. u. Rn. 39.

¹⁰⁵ S. o. Rn. 3.

¹⁰⁶ BVerfGE 102, 370 (388); 139, 321 (350 f., 357).

aus Art. 1 Abs. 3 GG nicht abstreifen kann, sind die korporierten Religionsgemeinschaften bei der Ausübung hoheitlicher Befugnisse unmittelbar grundrechtsverpflichtet.¹⁰⁷ Dann ergibt sich aber das Problem, dass grundrechtsgebundene Hoheitsgewalt von Grundrechtsträgern in Ausübung grundrechtlicher Freiheit in Anspruch genommen wird. Wie in dieser verfassungsrechtlichen Ausnahmekonstellation die Grundrechtsbindung von Hoheitsgewalt mit der korporativen Religionsfreiheit und deren Konkretisierung und Verstärkung im religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrecht in Bezug gesetzt werden soll, liegt nicht auf der Hand. Die Grundrechtsbindung der hoheitlichen Befugnisse könnte die Grundrechtsberechtigung der Religionsgemeinschaft bei deren Ausübung verdrängen.¹⁰⁸ Umgekehrt könnte aber auch die Grundrechtsberechtigung die Grundrechtsbindung verdrängen,¹⁰⁹ wie dies von der fachgerichtlichen Rechtsprechung implizit für den sog. innerkirchlichen Bereich angenommen wird. Überzeugender erscheint es, dass die Grundrechtsbindung durch die Grundrechte der korporierten Religionsgemeinschaften, insbesondere die Religionsfreiheit und die Selbstverwaltungsgarantie, relativiert wird, so dass die resultierenden Bindungen aus einer Abwägung zu bestimmen sind.¹¹⁰

- 33** Auch die Körperschaftsbefugnisse, die keine Hoheitsgewalt beinhalten, räumen den korporierten Religionsgemeinschaften doch eine Rechtsmacht ein, die substantiell über die Befugnisse hinausgeht, welche den privatrechtlichen Vereinen eingeräumt werden. Zudem verschafft der Staat den korporierten Religionsgemeinschaften durch die öffentlich-rechtliche Form ein Mehr an Ansehen und Einfluss in der Gesellschaft. Den Staat trifft deshalb in Bezug auf das Verhalten der korporierten Religionsgemeinschaften eine Garantenpflicht zum Schutz verfassungsrechtlicher Grundwerte.¹¹¹ Diese Schutzpflichten sind auch stärker als gegenüber nicht-korporierten Religionsgemeinschaften.¹¹² Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Problem allerdings nicht als Frage verfassungsimmanenter Schranken betrachtet,

¹⁰⁷ BVerfGE 102, 370 (390 f.).

¹⁰⁸ So wohl BVerfG (Kammer), in: NVwZ 2002, S. 1496 (Verwerfung einer kirchlichen Steuersatzung wegen Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG); BVerfG (Kammer), in: NVwZ 2015, S. 517 (519).

¹⁰⁹ *Germann*, in: BeckOK GG (o. Fn. 5), Art. 140, Rn. 80.

¹¹⁰ BVerwG, in: NVwZ 2016, S. 453 (456); *P. Kirchhof*, Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften (o. Fn. 6), S. 677.

¹¹¹ BVerfGE 102, 370 (392 ff.).

¹¹² Offen gelassen in BVerfG, in: NVwZ 2001, S. 908 (909).

die von den Landesgesetzgebern zu konkretisieren gewesen wären.¹¹³ Es ist vielmehr davon ausgegangen, dass mit der Inkorporation des Art. 137 Abs. 5 WRV in den neuen Kontext des Grundgesetzes eine Regelungslücke entstanden ist, die durch eine verfassungsunmittelbare und allen korporierten Religionsgemeinschaften auferlegte Pflicht zur Nichtgefährdung fundamentaler Verfassungswerte zu schließen ist.¹¹⁴ Die Pflicht soll einen Missbrauch der besonderen Machtmittel und Einflussmöglichkeiten zum Schaden der Verfassungsordnung verhindern. Das Gericht hat daraus zunächst eine Voraussetzung für die Verleihung des Status abgeleitet, nach der eine Religionsgemeinschaft die Gewähr bieten muss, die in Art. 79 Abs. 3 GG umschriebenen fundamentalen Verfassungsprinzipien, die dem staatlichen Schutz anvertrauten Grundrechte Dritter sowie die Grundprinzipien des freiheitlichen Religions- und Staatskirchenrechts nicht zu beeinträchtigen oder zu gefährden.¹¹⁵ Eine solche Verleihungsvoraussetzung impliziert aber, dass die korporierten Religionsgemeinschaften auch nach der Verleihung und damit in ihrer gesamten Tätigkeit verfassungsunmittelbar zur Nichtgefährdung der genannten Verfassungsgüter verpflichtet sind.¹¹⁶ Wie die Verleihungsvoraussetzung¹¹⁷ ist diese allgemeine Verhaltenspflicht verfassungsrechtlich abschließend vorgegeben, so dass für allgemeine Konkretisierungen durch den Landesgesetzgeber kein Raum bleibt.

Keine über die Rechtstreue hinausgehenden rechtlichen Bindungen erwachsen den korporierten Religionsgemeinschaften dagegen aus dem Umstand, dass die Verfassung mit deren Tätigkeit die Vermutung gemeinwohldienlicher Wirkungen verbindet. Denn aus Gründen der Neutralität und Parität ist es dem Staat verwehrt, den gesellschaftlichen Nutzen religiöser Betätigungen zu bewerten oder die Religionsgemeinschaften zu weltlichen Dienstleistungen zu verpflichten. Die Charakterisierung der religionsgemeinschaftlichen

34

¹¹³ Dafür *Morlok / Heinig*, Parität (o. Fn. 5), S. 171 ff.; *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 5), S. 327 ff.; *Bohl*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 29), S. 148 ff.; *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 5), S. 561 ff.

¹¹⁴ Vgl. BVerfGE 102, 370 (389); *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 144 f.

¹¹⁵ BVerfGE 102, 370 [Ls. 1. b) und 392 ff.]; BVerfGE 139, 321 (351).

¹¹⁶ BVerwG, in: NVwZ 2014, S. 1101 (1104); BVerwG, in: NVwZ 2016, S. 453 (456); *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 5), Art. 137 WRV, Rn. 121.

¹¹⁷ BVerfGE 139, 321 (356 u. 366 f.).

Ziele als öffentliche Aufgaben bleibt mithin eine reine Verfassungsvermutung.¹¹⁸

b) Verfassungsrechtliche Direktiven für die Ausgestaltung der Körperschaftsbefugnisse

35 Von den allgemeinen und erweiterten Rechtstreuepflichten zu unterscheiden sind verfassungsrechtliche Direktiven, welche die korporierten Religionsgemeinschaften bei der Ausgestaltung der öffentlich-rechtlichen Befugnisse durch religionsgemeinschaftliches Recht zu beachten haben. Soweit es sich um hoheitliche Befugnisse handelt, unterliegt deren Ausgestaltung durch autonomes Recht bereits den verfassungsrechtlichen Bindungen staatlicher Hoheitsgewalt,¹¹⁹ die allerdings durch Religionsfreiheit und Selbstverwaltungsgarantie relativiert werden. Bei den grundrechtlich legitimierten Körperschaftsbefugnissen dagegen aktualisiert sich die Garantenstellung des Staates zugunsten verfassungsrechtlicher Grundwerte. Sie kann dem Staat auferlegen, Regelungen des eigenständigen Rechts der Religionsgemeinschaften die Anerkennung und damit die Wirksamkeit im staatlichen Recht zu verweigern.¹²⁰ Gegenstand der Ausgestaltungsdirektiven sind deshalb nicht Verhaltenspflichten, sondern Rechtsbedingungen für die Ausgestaltung der Körperschaftsbefugnisse. Im Sinne einer Obliegenheit müssen die korporierten Religionsgemeinschaften diese Direktiven einhalten, wenn sie die staatliche Anerkennung als rechtswirksam erlangen wollen.¹²¹

36 Inhaltlich betreffen die Ausgestaltungsdirektiven vor allem den Schutz der Mitglieder, der öffentlich-rechtlichen Bediensteten, der von öffentlich-rechtlichen Rechtsakten betroffenen Dritten sowie des Rechtsverkehrs. In Bezug auf die Regelung der Binnenorganisation richten sie sich auf eine funktionsfähige Regelung der Organe, ihrer Kompetenzen, die Außenvertretung und das Verfahren der Willensbildung. Diese müssen eine im Grundsatz funktionsfähige Organisation vorsehen und hinreichend normenklar geregelt sein. Denn der Staat kann nicht Bürgern hoheitliche Befugnisse über andere Bürger übertragen, ohne sicherzustellen, dass rechtsverbindlich festgelegt

¹¹⁸ S. o. Rn. 12–14.

¹¹⁹ BVerfGE 102, 370 (391).

¹²⁰ S. o. Rn. 32.

¹²¹ Vgl. BGHZ 197, 66 ff.

ist, wer in welchem Verfahren zu ihrer Ausübung befugt ist. Anders als im Vereinsrecht ist es aber nicht geboten, den Einfluss der Mitglieder auf die Willensbildung sicherzustellen. Denn die Ausgestaltung des Körperschaftsstatus hat sich ebenso daran auszurichten, dass der Körperschaftsstatus ein Mittel zur Verwirklichung der Religionsfreiheit ist. Religionsgemeinschaften dienen den religiösen Bedürfnissen ihrer Mitglieder nun dadurch, dass sie primär symbolische Gemeinschaften, und nur sekundär Zweckorganisationen sind.¹²² Insoweit ist es die verfassungsrechtliche Funktion des Körperschaftsstatus, der für Religionsgemeinschaften typischen Verschränkung von Organisationsstruktur und religiöser Identität Rechnung zu tragen und eine dem Selbstverständnis entsprechende Organisation der Willensbildung zu ermöglichen. Sie besteht in nicht wenigen Fällen darin, die Leitung der Gemeinschaft auf diejenigen Personen zu beschränken, die nach den religiösen Vorstellungen dazu berufen sind. Bei der Ausgestaltung der Dienstherrenfähigkeit sind zudem die Berufsfreiheit der Bediensteten und das Sozialstaatsgebot zu berücksichtigen, die unter anderem eine Grundsicherung gebieten. Zudem gelten elementare Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit und des Verkehrsschutzes.¹²³

3. Die Körperschaftsbefugnisse im Einzelnen

a) Rechtsetzungsautonomie

Die Rechtsetzungsautonomie beinhaltet die Befugnis zur Setzung von Normen mit Wirkung für das staatliche Recht. Diese Befugnis ist gegenständlich beschränkt auf die Regelung der verbandsmäßigen Angelegenheiten der Gemeinschaft. Zu diesen gehören neben den bei privaten Vereinen durch Satzung konkretisierten Gegenständen wie Ziele und Zwecke der Gemeinschaft, Ämter und Organe, Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft, Verfahren der Willensbildung und Außenvertretung auch der Erlass von Normen zur Ausgestaltung der Körperschaftsbefugnisse.¹²⁴ Der Rechtsnatur nach handelt es sich bei den

37

¹²² S. o. Rn. 17 u. 18.

¹²³ BGHZ 197, 61 (69 ff.); BVerwG, in: NVwZ 2016, S. 453 (456); ausführlich Traulsen, Rechtsstaatlichkeit und Kirchenordnung (o. Fn. 12), S. 318 und passim.

¹²⁴ BVerwG, in: NVwZ 2008, S. 1357 (1358); dazu Ehlers, Grundfragen kirchlicher Gebührenerhebung (o. Fn. 87), S. 186 ff.

auf dieser Grundlage erlassenen Normen um das Satzungsrecht eines Personalverbands, auch wenn die Normen von den Religionsgemeinschaften selbst anders bezeichnet werden, etwa als Verfassungen oder Gesetze. Regelungen, die die Rechtsstellung Dritter betreffen, können deshalb im Grundsatz durch religionsgemeinschaftliches Recht nicht getroffen werden.¹²⁵ Eine Ausnahme gilt nur, wenn die Drittwirkung, wie bei der Dienstherrenfähigkeit und der Widmungsbefugnis, in der ausgestalteten Körperschaftsbefugnis bereits angelegt ist.¹²⁶

- 38** Für die Grundrechtsfunktionen des Körperschaftsstatus ist die Rechtsetzungsautonomie von überragender Bedeutung. Erst sie ermöglicht es den korporierten Religionsgemeinschaften, sich „eine auf die Religionsfreiheit (Art. 4 GG) und die kirchliche Eigenständigkeit (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV) zugeschnittene Ausgestaltung ihrer Rechtsform zu schaffen.“¹²⁷ Darüber hinaus erfüllt die Rechtsetzungsautonomie aber noch eine weitere wichtige Funktion für die Religionsgemeinschaft. Sie ermöglicht, was dem auf Neutralität verpflichteten staatlich gesetzten Recht versagt wäre, nämlich die Schaffung bekenntnisgebundener Rechtsnormen mit Wirksamkeit im weltlichen Recht, etwa indem Normen religiöse Tatbestände enthalten oder wenn das Verständnis von Normen des religionsgemeinschaftlichen Rechts im Lichte des Glaubens zu erschließen ist.¹²⁸ Je umfangreicher eine Religionsgemeinschaft ihre Angelegenheiten durch eigenes Recht regeln kann, umso weiter kann sie die Spannungen zwischen religiösem Auftrag und formalem Recht mildern. Diese

¹²⁵ Zur grundsätzlichen Unzulässigkeit von Regelungen zu Lasten Dritter BVerwG, in: NVwZ 2008, S. 1357 (1358); *Hinnerk Wißmann*, Öffentliches Amt und öffentliches Wirken der Kirchen, in: VerwArch 96 (2005), S. 369 (378); a. A. *Ehlers*, Grundfragen kirchlicher Gebührenerhebung (o. Fn. 87), S. 190 ff.

¹²⁶ So kann die Religionsgemeinschaft in Bezug auf die Widmungsbefugnis die Voraussetzungen der öffentlich-rechtlichen Widmung von Sachen konkretisieren, aber sie ist nicht befugt, ein eigenes Sachenrecht zum Eigentumsübergang zwischen kirchlichen Rechtsträgern zu schaffen, vgl. BVerfG (Vorprüfungsausschuss), in: NJW 1983, S. 2571 f.; BGHZ 197, 61 (67 ff.) (mit einer Ausnahme aus Zumutbarkeitsgründen für die Sonderkonstellation der Eingliederung eingetragener Vereine in eine neu geschaffene Körperschaft); OLG Hamm, OLGZ 1980, 170; *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 92), Art. 140, Rn. 23; a. A. *Michael Germann*, Die kirchliche Vermögensverwaltung nach evangelischem Kirchenrecht, in: EssGespr. 47 (2013), S. 57 (69 ff.); *Michael Droege*, Religionsgemeinschaftliche Organisationsautonomie und der Schutz des Zivilrechts, in: npoR 2013, S. 216 (219).

¹²⁷ *P. Kirchhof*, Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften (o. Fn. 6), S. 671.

¹²⁸ *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 248; *ders.*, Rechtsschutz in Kirchensachen (o. Fn. 87), S. 902 f.

grundrechtsfunktionalen Leistungen des religionsgemeinschaftlichen Rechts sind bei der Bestimmung des institutionellen Gewährleistungsgehaltes des Art. 137 Abs. 5 WRV dahingehend zu berücksichtigen, dass die Länder den Autonomieraum der korporierten Religionsgemeinschaften im Grundsatz nicht durch staatliche Regelungen beschränken dürfen, sondern als milderer Mittel dem religionsgemeinschaftlichen Recht die Wirksamkeit zu versagen ist, wenn es verfassungsrechtliche Direktiven wie die Nichtgefährdung der Grundrechte Dritter verletzt.¹²⁹

Umstritten, aber folgenreich, ist die schwierige Frage, welcher Status dem von den Religionsgemeinschaften erlassenen Recht in der staatlichen Rechtsordnung zukommt. Dafür ist zunächst maßgeblich, ob den religionsgemeinschaftlichen Normen überhaupt Wirksamkeit für das staatliche Recht zukommt oder ob jenem als bloß geistlichem Recht die Verbindlichkeit fehlt. Bloß geistliches Recht bedarf keiner staatlichen Anerkennung und wird von den abwehrrechtlichen Gehalten der Selbstverwaltungsgarantie geschützt. Es ist aber mangels Rechtswirkungen für die Ausgestaltung der Körperschaftsbefugnisse unzureichend. Soll religionsgemeinschaftlichen Normen dagegen in irgendeiner Form Wirksamkeit für das staatliche Recht zukommen, bedarf es wegen des staatlichen Monopols der Rechtsanerkennung¹³⁰ eines staatlichen Geltungsbefehls. Die Selbstverwaltungsgarantie spricht einen solchen Geltungsbefehl noch nicht selbst aus, sondern enthält nur einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Zuerkennung der Wirksamkeit im staatlichen Recht. Umgesetzt wird dieser Anspruch bei den korporierten Religionsgemeinschaften erst durch die Rechtsetzungsautonomie, beziehungsweise durch die Satzungsautonomie bei eingetragenen Vereinen.

Der durch Einräumung der Rechtsetzungsautonomie ausgesprochene Geltungsbefehl kann allerdings auf drei Weisen interpretiert werden, nämlich (1.) als eine Übertragung staatlicher Rechtsetzungsbefugnisse, wie sie bei regulären Körperschaften des öffentlichen Rechts stattfindet, (2.) als eine staatliche Anerkennung privaten Rechts, wie sie zum Beispiel durch die Satzungsautonomie privatrechtlicher Vereine vollzogen wird, oder (3.) als eine staatliche Anerkennung quasi-fremden Rechts wie im internationalen Privatrecht, dessen Anwendbarkeit angeordnet wird, ohne die Normen materiell

¹²⁹ S. o. Rn. 35.

¹³⁰ *Ferdinand Kirchhof*, Private Rechtssetzung, 1987, S. 107 ff., *Fritz Osensbühl*, Satzung, in: HStR³, Bd. V, 2007, § 105, Rn. 22; *Traulsen*, Rechtsstaatlichkeit und Kirchenordnung (o. Fn. 12), S. 45 ff.

in die staatliche Rechtsordnung zu integrieren.¹³¹ Von einer Übertragung staatlicher Rechtsetzungsbefugnisse ist nur auszugehen, wenn das religionsgemeinschaftliche Recht hoheitliche Körperschaftsbefugnisse ausgestaltet, weil es dann selbst hoheitlichen Charakter annimmt. Man kann insoweit vom autonomen Recht der Religionsgemeinschaft sprechen. Religionsgemeinschaftliche Normen dagegen, die nicht-hoheitliche Körperschaftsbefugnisse ausgestalten oder die sonstige Verbandsangelegenheiten regeln, können durch staatliche Anerkennung Wirksamkeit erlangen.¹³² Unabhängig davon, ob diese Normen eher privatem Recht oder eher fremdem Recht vergleichbar sind, müssen sie jedenfalls keine übertragenen staatlichen Normbefugnisse in Anspruch nehmen. Man kann bei ihnen vom eigenständigen Recht der Religionsgemeinschaft sprechen. Auch das eigenständige Recht rechnet formal zum öffentlichen Recht, gehört aber materiell nicht zum öffentlichen Recht als Sonderrecht der Ausübung von Staatsgewalt.¹³³

b) Organisationsgewalt

- 41** Mit der sog. Organisationsgewalt wird den korporierten Religionsgemeinschaften die Möglichkeit gewährleistet, öffentlich-rechtliche Untergliederungen mit eigener Rechtspersönlichkeit zu errichten. Sie wird häufig zur Errichtung örtlicher Gemeinden in Anspruch genommen, kann aber auch andere Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts zum Gegenstand haben. Die Organisationsgewalt dient der Religionsfreiheit, indem sie die Selbstbestimmung der Gemeinschaft über eine ihrem Selbstverständnis entsprechende Binnenstruktur durch die Möglichkeit zur Schaffung rechtlich selbständiger Untergliederungen erweitert. Wie im Privatrecht bleibt allerdings auch bei den korporierten Religionsgemeinschaften die Schaffung neuer Rechtspersonen einem staatlichen Hoheitsakt vorbehalten. Wegen der Selbstverwaltungsgarantie darf eine der Religionsgemeinschaft zuzurechnende juristische Person aber nur auf deren Antrag und nach deren Vorgaben errichtet werden, die etwa in einem kirchenrechtlichen Konstitutionsakt niedergelegt werden.¹³⁴

¹³¹ Magen, Rechtsschutz in Kirchensachen (o. Fn. 87), S. 898 ff. m. w. N.

¹³² Traulsen, Rechtsstaatlichkeit und Kirchenordnung (o. Fn. 12), S. 45 ff.

¹³³ S. o. Rn. 25.

¹³⁴ Kai Engelbrecht, Die Entziehung des Körperschaftsstatus bei Untergliederungen von Religionsgemeinschaften, in: ZevKR 55 (2010), S. 227 (231).

Entspricht dieser den rechtlichen Voraussetzungen, hat die Religionsgemeinschaft einen Anspruch auf den zur Errichtung der Rechtsperson notwendigen Verleihungsakt. Ihrem Regelungsgehalt nach ist die Organisationsgewalt damit keine den korporierten Religionsgemeinschaften übertragene hoheitliche Befugnis, sondern ein gegen den Staat gerichtetes Recht auf den staatlichen Organisationsakt. Zu einer echten Übertragung von Hoheitsgewalt kommt es dagegen erst, wenn der Staat beispielsweise in Kirchenverträgen auf einen Verleihungsakt verzichtet und religionsgemeinschaftliche Konstitutionsakte für das staatliche Recht rezipiert.¹³⁵ Diese Befugnisübertragung ist allerdings nicht von Art. 137 Abs. 5 WRV garantiert und deshalb auch nicht verfassungsunmittelbar legitimiert. Angesichts des allgemeinen Grundsatzes, dass eine isolierte Übertragung von Hoheitsbefugnissen jenseits der Beleihung verfassungswidrig ist, ist ihre Verfassungsmäßigkeit zweifelhaft.

c) *Parochialrecht*

Das Parochialrecht bezeichnet die Befugnis der korporierten Religionsgemeinschaften, ihre Mitglieder nach einem Wohnsitzwechsel in das Gebiet einer anderen örtlichen Gemeinde oder Untergliederung ipso iure als Mitglied dieser Untergliederung zu behandeln. Negative Religionsfreiheit und Neutralitätsprinzip schließen es allerdings aus, die Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft einseitig-hoheitlich zu begründen. Religionsgemeinschaften sind deshalb unter dem Grundgesetz zwingend Personalkörperschaften auf der Grundlage freiwilliger Mitgliedschaft.¹³⁶ Nur bezogen auf die einer bestimmten Körperschaft angehörigen Mitglieder kann sich eine Religionsgemeinschaft territorial organisieren. Richtigerweise erstreckt sich das Parochialrecht deshalb nur auf die Mitglieder der Religionsgemeinschaft als einer bestimmten inländischen juristischen Person – zum Beispiel einer bestimmten Diözese oder Landeskirche – und erfasst damit nur einen Wohnsitzwechsel innerhalb dieser Verbände. In diesen Grenzen leistet das Parochialrecht einen Beitrag zur Übertragung der religiösen Zugehörigkeit in die territoriale Organisation von Religionsgemeinschaften und dient insoweit der Entfaltung der Religionsgemeinschaft.

42

¹³⁵ Engelbrecht, ebd., S. 232.

¹³⁶ BVerfGE 19, 206 (216 f.).

- 43** Der Wohnsitzwechsel zwischen verschiedenen Rechtspersonen und der Zuzug aus dem Ausland betrifft dagegen richtigerweise nicht das Parochialrecht,¹³⁷ sondern ist eine Frage des Erwerbs der Mitgliedschaft in der aufnehmenden Körperschaft, die sich nach dem Mitgliedschaftsrecht der Religionsgemeinschaft richtet. Regelungen des religionsgemeinschaftlichen Mitgliedschaftsrechts können hier einen automatischen Mitgliedschaftserwerb vorsehen, sind aber für das staatliche Recht nur wirksam, wenn die von der negativen Religionsfreiheit geforderte Freiwilligkeit des Beitritts gewahrt ist.¹³⁸ Das ist jedenfalls der Fall, wenn das Mitglied oder seine gesetzlichen Vertreter ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten ihren Willen bekunden, der juristischen Person am neuen Wohnsitz angehören zu wollen.¹³⁹

d) Besteuerungsrecht

- 44** In den Beratungen der Weimarer Nationalversammlung war das Besteuerungsrecht der ausschlaggebende Faktor, aufgrund dessen – ungeachtet der kirchenpolitischen Differenzen – eine Mehrheit für den Erhalt des Körperschaftsstatus gefunden werden konnte, welche die kirchennahen Parteien allein nicht hatten. Liberale und Sozialdemokraten wollten das Besteuerungsrecht erhalten wissen – erstere, um die Kirche vor staatlichem Einfluss zu schützen, letztere, um den Einfluss des Großkapitals auf die Kirchen abzuwehren – und meinten, ohne den Körperschaftsstatus sei das Besteuerungsrecht nicht zu haben. Allerdings kann der Begriff der Steuer in Art. 137 Abs. 6 WRV nicht mit dem modernen Steuerbegriff der Art. 105 ff. GG gleichgesetzt werden, der erst unter dem Grundgesetz entwickelt wurde.¹⁴⁰ Er beruht auf dem im Grundgesetz kompetenzrechtlich wie systematisch wichtigen Gegensatz von Steuern und nicht-steuerlichen Abgaben, den die Steuerrechtswissenschaft bei Erlass der WRV so nicht kannte.¹⁴¹ Nach Aufhebung des landesherrlichen Kirchenregiments sind die Kirchen aber keine Territorialverbände mehr, sondern religi-

¹³⁷ BVerwG, in: NVwZ-RR 2011, S. 90 (92); offen gelassen BVerfG (Kammer), in: NVwZ 2015, S. 517 (523).

¹³⁸ BVerfG (Kammer), in: NVwZ 2015, S. 517 (519 ff.).

¹³⁹ BVerfG (Kammer), in: NVwZ 2015, S. 517 (519 f.); BFHE 188, 245 (248).

¹⁴⁰ *Ferdinand Kirchhof*, Grundlagen und Legitimation der deutschen Kirchenfinanzierung, in: EssGespr. 47 (2013), S. 7 (24 f.).

¹⁴¹ *F. Kirchhof*, ebd.

öse Zweckverbände der in ihnen zusammengeschlossenen Mitglieder. Entgegen der wohl herrschenden Auffassung ist das Besteuerungsrecht der korporierten Religionsgemeinschaften in der heutigen Begrifflichkeit deshalb keine Steuer, sondern ein öffentlich-rechtlicher Mitgliedsbeitrag, den ein Zweckverband als Verbandslast von seinen freiwilligen Mitgliedern erhebt.¹⁴²

Die Garantie des Besteuerungsrechts in Art. 137 Abs. 6 WRV gewährleistet die Befugnis, von den Mitgliedern öffentlich-rechtliche Abgaben zu verlangen und diese durch Steuerbescheide festzusetzen, die der Bestandskraft fähig sind und auch ohne staatliche Mitwirkung vollstreckbare Titel darstellen. Garantiert ist zudem ein Zugang zu den „bürgerlichen Steuerlisten“, der heute als Anspruch auf Weitergabe einer für die Besteuerung geeigneten Informationsgrundlage zu verstehen ist.¹⁴³ Das Besteuerungsrecht besteht allerdings nur nach Maßgabe des Landesrechts, dem verschiedene Möglichkeiten der Umsetzung offen stehen. Die Länder können die Befugnis zur Abgabenerhebung an die Religionsgemeinschaft übertragen – wie es nur in Bayern teilweise Praxis ist –, sie können aber auch auf der Grundlage kirchlicher Steuersatzungen eine kirchliche Steuer einziehen und verwalten – wie gegenwärtig überwiegend praktiziert –, sie könnten aber auch eine staatliche Kirchensteuer erheben, deren Erträge an die Kirchen abgeführt werden.¹⁴⁴ Das Besteuerungsrecht ist in jeder Ausgestaltung eine Hoheitsbefugnis, weil vollstreckbare Titel den Zugang zum staatlichen Gewaltmonopol eröffnen. Aber nur im ersteren Fall einer Steuererhebung durch die Kirchen selbst werden hoheitliche Befugnisse auf die Religionsgemeinschaften übertragen, während die Hoheitsbefugnisse bei einem staatlichen Kirchensteuereinzug und bei staatlichen Kirchensteuern in staatlicher Hand bleiben.¹⁴⁵

Das Besteuerungsrecht ist zunächst insoweit eine Form der grundrechtlichen Religionsförderung, als es die Tätigkeit der Religionsge-

¹⁴² F. Kirchhof, ebd., S. 23 ff.; anders die h. M., vgl. Michael Droege, Die delegierte Steuerhoheit, in: Aktuelle Rechtsfragen der Kirchensteuer, hg. von Dieter Birk / Dirk Ehlers, 2012, S. 23 (26); Felix Hammer, Rechtsfragen der Kirchensteuer, 2002, S. 143 ff.; vgl. auch Vergabekammer Niedersachsen, B. v. 25. 4. 2018 – VgK-Niedersachsen 07/2018, Rn. 68, juris.

¹⁴³ Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 92), Art. 140, Rn. 31.

¹⁴⁴ F. Kirchhof, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 140), S. 26; Droege, Steuerhoheit (o. Fn. 142), S. 32.

¹⁴⁵ F. Kirchhof, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 140), S. 26 ff.; a.A. BVerfG (Kammer), in: NVwZ 2002, S. 1496 (1497 ff.).

meinschaft zu finanzieren erlaubt.¹⁴⁶ Es setzt aber auch die durch die Selbstverwaltungsgarantie garantierte Befugnis zur Erhebung von Mitgliedsbeiträgen in religionsfreundlicher Weise um, weil die Möglichkeit zur Schaffung der Bestandskraft zugänglicher und vollstreckbarer Steuerbescheide es erlaubt, Beiträge mit weniger Rechtskonflikten einzuziehen.¹⁴⁷ Das Beispiel der Rundfunkfreiheit zeigt zudem, dass es verfassungsrechtlich möglich ist, eine hoheitliche Finanzierung als grundrechtsadäquat zu verstehen, wenn die Grundrechtsausübung zugleich eine öffentliche Funktion erfüllt.¹⁴⁸ In vergleichbarer Weise lässt sich die mit dem Besteuerungsrecht verbundene Möglichkeit zur Übertragung von Hoheitsbefugnissen aufgrund der verfassungsunmittelbaren Gemeinwohlvermutung noch in einem grundrechtlichen Kontext erklären.

e) Dienstherrenfähigkeit

- 47** Mit der Dienstherrenfähigkeit erhalten die korporierten Religionsgemeinschaften die Befugnis, öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse zu begründen, die – wie staatliche Beamtenverhältnisse auch – nicht dem staatlichen Sozial- und Arbeitsrecht für Arbeitnehmer unterliegen. Die Beamten der korporierten Religionsgemeinschaften stehen aber in keinem Dienstverhältnis zum Staat, sondern nur zur Religionsgemeinschaft, und sie erfüllen auch keine staatlichen Aufgaben, sondern dienen den Zielen der Religionsgemeinschaft. Auch ist das staatliche Beamtenrecht auf Beamte der Religionsgemeinschaften nur anwendbar, wenn die Religionsgemeinschaften dieses im Wege der Verweisung rezipiert haben. Die korporierten Religionsgemeinschaften können das Dienstrecht aber auch vollständig durch eigenes Recht regeln. Die Dienstherrenfähigkeit befugt aber nicht zur Schaffung von Dienstverhältnissen beliebiger Art, sondern muss den Grundtypus eines besonderen Treue- und Fürsorgeverhältnisses mit lebenslanger Anstellung, Existenzsicherung und Fürsorgepflichten wahren.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 92), Art. 140, Rn. 31.

¹⁴⁷ Magen, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 275 f.

¹⁴⁸ Vgl. BVerfGE 90, 60 (90).

¹⁴⁹ Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 5), Art. 137 WRV, Rn. 220; Gernot Sydow, Kirchliche Beamtenverhältnisse zwischen staatlichem Recht und kirchlicher Ämterautonomie, in: KuR 2009, S. 229 (234 ff.).

Das Bundesverfassungsgericht sieht in der Dienstherrenfähigkeit ohne nähere Begründung eine Hoheitsbefugnis. Beachtet man aber, dass religiöse Dienstverhältnisse freiwillig eingegangen werden und insoweit mittelbar autonom legitimiert sind, und zudem den religiösen Lebensweg des Bediensteten ermöglichen, sprechen überwiegende Gründe dafür, die Dienstherrenfähigkeit als nicht hoheitliche, sondern grundrechtlich fundierte Befugnis anzusehen.¹⁵⁰ Ihren Beitrag zur Entfaltung der Religionsfreiheit der Gemeinschaft leistet die Dienstherrenfähigkeit, indem sie das Recht zur Selbstbestimmung im Bereich der Beschäftigungsverhältnisse in einer Weise umsetzt, die der Eigenart des religiösen Dienstes besser entspricht. So wie religiöse Gemeinschaften nicht auf rationale Zwecke beschränkt werden können, lässt sich der religiöse Dienst nicht auf den synallagmatischen Austausch von Dienstleistungen gegen Entgelt reduzieren. Vielmehr richten sich an Träger religiöser Ämter Erwartungen, die die Person und die private Lebensführung im Ganzen oder doch wesentlich umfassender betreffen als in üblichen Arbeitsverhältnissen. Auch sind Religionsgemeinschaften in stärkerem Maße auf die Authentizität und Loyalität der Amtsträger angewiesen, die regelmäßig für die Vermittlung und Weitergabe der religiösen Tradition zu sorgen haben. Dienstverhältnisse erlauben insoweit, Geistliche und Amtsträger durch Treuepflichten auf die religiöse Tradition der Gemeinschaft zu verpflichten und durch Lebensführungspflichten besondere Rollenerwartungen an diese abzusichern.

48

f) Widmungsbefugnis

Die Widmungsbefugnis erlaubt es, an Sachen eine öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit zu begründen, mit deren Hilfe Beeinträchtigungen des widmungsgemäßen Gebrauchs abgewehrt werden können. Das Bundesverfassungsgericht sieht in der Widmungsbefugnis zu Unrecht eine Hoheitsbefugnis gegenüber Dritten. Da die Widmung nur wirksam ist, wenn die Sache im Eigentum der Religionsgemeinschaft steht oder das Einverständnis des Eigentümers vorliegt, greift sie in die Rechte des Sacheigentümers nicht ein. Ihre Wirkung gegenüber Dritten besteht nur darin, dass die öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit auch gegenüber einem gutgläubigen Erwerb Bestand hat. Diese Rechtsfolge ist auch dem Privatrecht nicht fremd und begrün-

49

¹⁵⁰ S. o. I. 4. a.; *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 99 ff.; *Traulsen*, Rechtsstaatlichkeit und Kirchenordnung (o. Fn. 12), S. 183.

det noch keine Hoheitsgewalt. Grundrechtlich verstärkt die Widmungsbefugnis den von der Religionsfreiheit geforderten Schutz der sächlichen Grundlagen der Religionsausübung und die von Art. 137 Abs. 3 WRV gewährleistete Freiheit der Vermögensverwaltung.¹⁵¹

4. Handeln nach öffentlichem Recht

50 Unstrittig ist das Handeln der korporierten Religionsgemeinschaften als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, wenn diese die ihnen mit dem Status übertragenen Körperschaftsbefugnisse betätigen.¹⁵² Bereits diese Zuordnung bleibt allerdings insoweit formal, als die Rechtsgrundlagen dieses Handelns im Wesentlichen im Recht der Religionsgemeinschaft zu finden sind.¹⁵³ Auf der anderen Seite ist anerkannt, dass das Wirken der korporierten Religionsgemeinschaften nicht im Sinne eines öffentlichen Gesamtstatus vollständig dem öffentlichen Recht unterstellt werden kann, wie es auch für Hoheitsträger nicht der Fall ist.¹⁵⁴ Umstritten ist die Zuordnung von schlichtem Handeln sowie von rechtsförmigem Handeln außerhalb der Körperschaftsbefugnisse. Bundesverwaltungsgericht und Bundesgerichtshof vertreten dazu, alle dem Kernbereich kirchlichen Wirkens zuzurechnenden Verhaltensweisen müssten als öffentlich-rechtlich qualifiziert werden. Andernfalls würde der Status seiner Bedeutung beraubt werden, weil er darauf ziele, die Kirchen wegen ihrer öffentlichen Bedeutung als Teil der öffentlichen Ordnung zur Wirkung kommen zu lassen.¹⁵⁵ Diese Begründung beruht freilich auf den Prämissen der institutionellen Interpretation des Körperschaftsstatus als öffentlicher Standeserhebung für die großen Kirchen.¹⁵⁶ Ihr wurde mit der Zeugen-Jehovas-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts der Boden entzogen.

¹⁵¹ Magen, Körperschaftsstatus (o. Fn. 5), S. 283 f.

¹⁵² Steiner, Staatliche und kirchliche Gerichtsbarkeit (o. Fn. 87), S. 414.

¹⁵³ S. o. Rn. 30.

¹⁵⁴ Germann, in: BeckOK GG (o. Fn. 5), Art. 140, Rn. 81.1; Kästner, in: BK (o. Fn. 5), Art. 140, Rn. 369.

¹⁵⁵ BVerwG 68, 62 (64 f.); BGHZ 148, 307 (309 ff.); Josef Isensee, Rechtsschutz gegen Kirchenglocken, in: Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration, Gedächtnisschrift für Léotin-Jean Constantinesco, hg. von Gerhard Lüke u. a., 1983, S. 301 (307 f.).

¹⁵⁶ S. o. Rn. 4.

Unter grundrechtlichen Prämissen kommt eine Zuordnung zum öffentlichen Recht jenseits der Körperschaftsbefugnisse nur in Betracht, wenn dadurch der Funktion des Körperschaftsstatus als Mittel der Grundrechtsentfaltung gedient wäre¹⁵⁷ oder soweit es zum Schutz grundlegender Verfassungswerte notwendig ist. Keiner dieser Gründe greift durch. Allerdings käme es der Grundrechtsentfaltung der korporierten Religionsgemeinschaften durchaus zugute, wenn diesen beispielsweise ein Wahlrecht zustände, die Benutzung von Einrichtungen wie Friedhöfen oder Kindergärten durch Satzungsrecht öffentlich-rechtlich auszugestalten¹⁵⁸ und dabei gegenüber Nichtmitgliedern Verwaltungsakte zu erlassen,¹⁵⁹ oder wenn ihnen die Möglichkeit eröffnet wäre, ein öffentlich-rechtliches Vermögensregime zu erlassen, welches sie vom bürgerlichen Sachenrecht befreit.¹⁶⁰ Derartigen öffentlich-rechtlichen Gestaltungen steht aber entgegen, dass die korporierten Religionsgemeinschaften nur rechtswirksam handeln können, wenn dies durch Privatrecht oder die Körperschaftsbefugnisse staatlich anerkannt ist.¹⁶¹ Die Körperschaftsbefugnisse sind aber in ihrer persönlichen Reichweite auf Mitglieder beschränkt, soweit nicht Abweichendes in der Befugnis selbst angelegt ist, wie bei der Dienstherrenfähigkeit oder der Widmungsbefugnis. Weitergehende Befugnisse haben sie nur, wenn sie ihnen gesetzlich gesondert übertragen wurden.

Kein Anlass besteht auch, schlichtes, nicht-rechtsförmiges Handeln der korporierten Religionsgemeinschaften als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. Sie würden damit materiell der Sonderrechtsordnung der verfassungsgebundenen Staatsgewalt unterstellt, der sie aber nicht angehören.¹⁶² Abzulehnen ist deshalb, dass gegen Äußerungen von Sektenbeauftragten Amtshaftungsansprüche gewährt werden.¹⁶³ Zwar hat der Staat eine Garantenstellung gegenüber den von ihm mit besonderen Einflussmöglichkeiten ausgestatteten Körperschaften, aus der auch gesteigerte Sorgfaltspflichten für die korporierten Religionsgemeinschaften folgen können.¹⁶⁴ Gesteigerte

¹⁵⁷ Ehlers, Grundfragen kirchlicher Gebührenerhebung (o. Fn. 87), S. 192.

¹⁵⁸ Ehlers, ebd., S. 193.

¹⁵⁹ Ehlers, ebd., S. 197 f.

¹⁶⁰ S. o. Fn. 126.

¹⁶¹ S. o. Rn. 39 u. 40.

¹⁶² S. o. Rn. 25.

¹⁶³ So aber BGHZ 154, 54 (57 ff.); zutreffend kritisch Wißmann, Öffentliches Amt (o. Fn. 125), S. 374 ff.

¹⁶⁴ A. A. Wißmann, Öffentliches Amt (o. Fn. 125), S. 388 f.

Pflichten ändern aber nichts an der grundrechtlichen Natur des religionsgemeinschaftlichen Handelns und können auch im Privatrecht durchgesetzt werden.

5. Einfach-rechtliche Vergünstigungen

- 53** Neben den Körperschaftsbefugnissen werden den korporierten Religionsgemeinschaften durch einfaches Bundes- und Landesrecht noch eine ganze Reihe weiterer Vergünstigungen eingeräumt, die von Land zu Land variieren und zum Teil kirchenvertraglich abgesichert sind.¹⁶⁵ Derartige sog. Privilegien sind im Unterschied zu den fünf unbenannten Körperschaftsbefugnissen nicht bereits mit dem Körperschaftsstatus selbst gewährleistet und müssen sich deshalb vor den Grundsätzen der Neutralität und der Parität rechtfertigen lassen.¹⁶⁶ Zweifelhaft ist dabei, ob sich Vergünstigungen im Sinne einer gestuften Parität allein mit dem Körperschaftsstatus rechtfertigen lassen, der jedenfalls als Ausweis einer herausgehobenen Bedeutung nicht mehr taugt.¹⁶⁷

III. Erwerb und Verlust

1. Altkorporierte und neukorporierte Religionsgemeinschaften

- 54** Religionsgemeinschaften und deren Untergliederungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Weimarer Reichsverfassung den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts besaßen,¹⁶⁸ blieb und bleibt dieser Status nach Art. 137 Abs. 5 S. 1 WRV erhalten.¹⁶⁹ Andere Religionsgemeinschaften konnten und können den Körperschaftsstatus nach Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV auf Antrag erlangen. Sowohl der Erhaltungsanspruch aus Satz 1 als auch der Verleihungsan-

¹⁶⁵ Übersichten bei *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 5), S. 299 ff.; *Towfigh*, Verfassung von Religionsgemeinschaften (o. Fn. 5), S. 209 ff.

¹⁶⁶ BVerfGE 102, 370 (396).

¹⁶⁷ BVerfGE 102, 370 (396) lehnt einen Automatismus zwischen dem Körperschaftsstatus und Privilegierungen ab; dazu *Weber*, Körperschaftsstatus für Religionsgemeinschaften (o. Fn. 5), S. 364 ff.

¹⁶⁸ Aufgezählt bei *Godehard Ebers*, Staat und Kirche im neuen Deutschland, 1930, S. 179 f.

¹⁶⁹ Zum Bestandsschutz s. u. III. 6. a.

spruch aus Satz 2 sind im Kontext des Grundgesetzes grundrechtliche Ansprüche, deren Verletzung mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann.¹⁷⁰

2. Grundrechtlicher Verleihungsanspruch

Die Neuverleihung steht unter drei Voraussetzungen: dem Antrag einer Religionsgemeinschaft, der Gewähr der Dauer und der ungeschriebenen Voraussetzung der Rechtstreue, die sich aus dem Kontext des Grundgesetzes ableitet. 55

a) Antrag einer Religionsgemeinschaft

Antragsberechtigt sind nur inländische Religionsgemeinschaften, die als reale Gemeinschaft schon und noch existieren. Nicht antragsberechtigt sind religiöse Vereine, die nur partielle Zwecke verfolgen, und sich nicht wie Religionsgemeinschaften der umfassenden Pflege des gemeinsamen religiösen Glaubens widmen.¹⁷¹ Die Abgrenzung beider Vereinigungsformen ist entscheidend für die Frage, ob ein muslimischer Dachverband die Verleihung des Körperschaftsstatus beantragen kann.¹⁷² Ein Dachverband qualifiziert sich aber nur dann als Religionsgemeinschaft, wenn er selbst Aufgaben wahrnimmt, die für die Identität der Gemeinschaft wesentlich sind.¹⁷³ Nicht erforderlich ist, dass die Religionsgemeinschaft bereits vor der Inkorporierung als juristische Person verfasst war.¹⁷⁴ Der Antrag muss von den vertretungsberechtigten Organen der Religionsgemeinschaft gestellt werden. Mit ihm muss eine Satzung vorgelegt werden, die den verfassungsrechtlichen Ausgestaltungsdirektiven, insbesondere zum Schutz 56

¹⁷⁰ BVerfGE 139, 321 (322, 348, 356 u. 369 f.); s. o. Rn. 28.

¹⁷¹ Statt Vieler *Towfigh*, Verfassung von Religionsgemeinschaften (o. Fn. 5), S. 125 ff.

¹⁷² *Stefan Muckel*, Wann ist eine Gemeinschaft Religionsgemeinschaft?, in: *Recht in Kirche und Staat. Josef Listl zum 75. Geburtstag*, hg. von Walter Rees, 2004, S. 715 ff.; *Wiebke Hennig*, Muslimische Gemeinschaften als Partner des Staates bei der Einführung islamischen Religionsunterrichts, in: ZAR 2007, S. 133 ff.; *Christian Hillgruber*, Islamische Gemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts?, in: KuR 2011, S. 225 (228 ff.).

¹⁷³ BVerwGE 123, 49 (54 ff.).

¹⁷⁴ BVerfGE 102, 370 (385 f.); BVerwG, in: NVwZ 2013, S. 943 (945).

Dritter und des Rechtsverkehrs, genügt.¹⁷⁵ Zudem müssen die Mitglieder namentlich benannt werden.

b) Gewähr der Dauer

57 Dass eine Religionsgemeinschaft nach ihrer Verfassung und der Zahl der Mitglieder die Gewähr der Dauer bieten muss, hat primär verwaltungspraktische Gründe. Es soll der hohe Verwaltungsaufwand vermieden werden, der mit der Verleihung des Status und der Verwaltung des Besteuerungsrechts verbunden ist. Ungeachtet des Hinweises auf die Zahl der Mitglieder dient die Verleihungsvoraussetzung dagegen nicht dazu, sicherzustellen, dass eine Religionsgemeinschaft schon eine erhebliche Bedeutung für das öffentliche Leben aufweist.¹⁷⁶ Diese Ansicht war schon in der Weimarer Nationalversammlung in der Minderheit.¹⁷⁷ Sie läuft zudem auf eine inhaltliche Überhöhung des Körperschaftsstatus hinaus, die dem Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV prägenden Gleichheitsgedanken widerspricht,¹⁷⁸ und würde die Religionsfreiheit derjenigen kleinen Religionsgemeinschaften verkürzen, denen die mit dem Körperschaftsstatus verbundenen Entfaltungsmöglichkeiten vorenthalten würden.¹⁷⁹ Die Verfassungsvermutung einer von den korporierten Religionsgemeinschaften ausgehenden Gemeinwohlwirkung hängt dagegen nicht von der Größe der Religionsgemeinschaft ab und kann ebenso von einer Vielzahl kleiner Religionsgemeinschaften realisiert werden.

58 Eine Religionsgemeinschaft bietet die Gewähr der Dauer, wenn sie aufgrund ihrer Verfassung und der Zahl ihrer Mitglieder die Erwartung rechtfertigt, dass sie auch für die Zukunft dauerhaft bestehen wird. Diese Beurteilung ist aufgrund einer prognostischen Gesamteinschätzung zu treffen. Die im Verfassungstext genannten Merkmale der Zahl der Mitglieder und der Verfassung sind Beurteilungskriterien, nach denen die Gesamteinschätzung durchzuführen ist, formulieren aber keine selbständigen Verleihungsvoraussetzungen. Das Merkmal der Verfassung meint dabei nicht nur eine den Erfordernissen des Rechtsverkehrs genügende Satzung der Gemeinschaft, son-

¹⁷⁵ S. o. Rn. 36.

¹⁷⁶ BVerwG, in: NVwZ 2013, S. 943 (944).

¹⁷⁷ S. o. Rn. 12.

¹⁷⁸ *Heckel*, Parität (o. Fn. 50), S. 605.

¹⁷⁹ So das BVerfG allgemein zur Verweigerung des Status, BVerfGE 139, 321 (369).

dern vor allem den tatsächlichen Gesamtzustand der Gemeinschaft, für den etwa auch die bisherige Bestandszeit, die Intensität des religiösen Lebens, die Finanzlage oder die Altersstruktur der Mitglieder zählen.¹⁸⁰ Die Verleihungspraxis kann sich dazu auf bestimmte Richtwerte stützen, aber nur, wenn diese verlässliche allgemeine Erfahrungswerte widerspiegeln.¹⁸¹ Dem genügt zum Beispiel eine Mindestgrenze von einem Promille der Landesbevölkerung nicht, weil der Körperschaftsstatus schon vielfach an kleinere Religionsgemeinschaften verliehen wurde, ohne dass sich deren dauerhafter Bestand als gefährdet erwiesen hätte.¹⁸² Keines der Kriterien darf schematisch angewandt werden, und für alle Kriterien einschließlich des in der Verfassung ausdrücklich genannten Kriteriums der Mitgliederzahl gilt, dass letztendlich maßgeblich nur die Gesamteinschätzung aller Indizien ist.

c) *Rechtstreue*

Dass die grundsätzliche Bereitschaft zum Rechtsgehorsam eine Voraussetzung für die Verleihung des Körperschaftsstatus sein muss, war allgemein anerkannt, aber im Text des Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV nicht ausdrücklich geregelt. Zudem trifft den Staat seit der Inkorporation der Weimarer Kirchenartikel eine Garantenpflicht gegenüber den korporierten Religionsgemeinschaften, die mit hoheitlichen Befugnissen, gesteigerter Rechtsmacht und dem Ansehen einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft ausgestattet sind. Das Bundesverfassungsgericht hat daraus eine verfassungsunmittelbare und allen korporierten Religionsgemeinschaften auferlegte Pflicht zur Nichtgefährdung fundamentaler Verfassungswerte abgeleitet, die Gegenstand einer ungeschriebenen Verleihungsvoraussetzung ist. Eine antragstellende Religionsgemeinschaft muss danach die Gewähr der Rechtstreue bieten. So muss zum einen gewährleistet sein, dass die Religionsgemeinschaft das geltende Recht beachten, insbesondere die ihr übertragene Hoheitsgewalt nur in Einklang mit den verfassungsrechtlichen und sonstigen gesetzlichen Bindungen ausüben wird, und zum anderen, dass sie durch ihr Verhalten die in Art. 79 Abs. 3 GG umschriebenen Verfassungsprinzipien, die Grundrechte Dritter und die Grundprinzipien des freiheitlichen Religions- und Staatskirchen-

59

¹⁸⁰ BVerfGE 102, 370 (385).

¹⁸¹ BVerwG, in: NVwZ 2013, S. 943 (944).

¹⁸² BVerwG, in: NVwZ 2013, S. 943 (944).

rechts nicht beeinträchtigen oder gefährden wird.¹⁸³ Ob eine solche Gefährdung vorliegt, müssen die verleihenden Stellen im Wege einer komplexen Prognose beurteilen, bei der im Wege einer typisierenden Gesamtbetrachtung und Gesamtwürdigung alle relevanten Umstände zu berücksichtigen sind.¹⁸⁴

60 Als Verleihungsvoraussetzung bedeutet die Rechtstreue eine nicht unerhebliche prozedurale und materielle Verschärfung der Anforderungen im Vergleich zu privatrechtlichen Religionsgemeinschaften. Mit ihr werden nicht nur konkrete Rechtsverstöße mit den dafür vorgesehenen rechtlichen Reaktionen beantwortet, sondern der Bestand des Rechtsstatus und die mit ihm verbundenen Entfaltungsmöglichkeiten werden insgesamt in Frage gestellt. Zudem reicht bereits eine hinreichende Gefahr künftiger Rechtsverstöße oder die Beeinträchtigung fundamentaler Verfassungswerte aus, um den Körperschaftsstatus zu versagen. Die mit einer präventiven Kontrolle verbundenen Belastungen rechtfertigen sich aber dadurch, dass von öffentlich-rechtlichen Körperschaften rechtskonformes Verhalten auch ohne zwangsweise Durchsetzung erwartet werden muss, und eine Rechtsaufsicht über die laufende Tätigkeit einer korporierten Religionsgemeinschaft mit Blick auf die Selbstverwaltungsgarantie unzulässig wäre.

61 Allerdings sind bei der Konkretisierung der Rechtstreuepflichten zugunsten der antragstellenden Religionsgemeinschaften auch die von der Religionsfreiheit geschützten Eigenheiten religiöser Gemeinschaften zu berücksichtigen.¹⁸⁵ Vereinzelte Konflikte mit dem Recht, die sich aus der Unvereinbarkeit staatlichen Rechts mit unabdingbaren Glaubensgeboten ergeben, müssen zum Beispiel die Rechtstreue nicht in Frage stellen, wenn die Religionsgemeinschaft im Übrigen bereit ist, Recht und Gesetz zu achten und sich in die verfassungsmäßige Ordnung einzufügen. Wegen des Neutralitätsprinzips darf eine Besorgnis der Gefährdung fundamentaler Verfassungswerte nur auf das tatsächliche oder zu erwartende Verhalten der Religionsgemeinschaft gestützt werden, während Glaube und Lehre nur insoweit berücksichtigt werden dürfen, als sie zuverlässig auf zukünftiges Verhalten schließen lassen. Von einer antragstellenden Religionsgemeinschaft kann auch weder eine besondere Loyalität gegenüber dem Staat erwartet werden, noch eine über die Rechtstreue hinausgehen-

¹⁸³ BVerwG, in: NVwZ 2013, S. 943 (944).

¹⁸⁴ BVerfGE 102, 370 (396 f.); BVerwG, in: NVwZ 2001, S. 924 (925).

¹⁸⁵ BVerfGE 102, 370 (391 f.).

de Bereitschaft zur Kooperation.¹⁸⁶ Die ungeschriebenen Verleihungsvoraussetzungen folgen damit nicht dem Konzept einer staatlich gewährleisteten Daseinsvorsorge für religiöse oder kulturstaatliche Verfassungsvoraussetzungen,¹⁸⁷ sondern dem Konzept einer verfassungsrechtlichen Gefahrenabwehr in Bezug auf solche Gemeinschaften, für deren Verhalten der Staat eine besondere Verantwortung trägt, weil er sie mit besonderen Machtmitteln und Einflussmöglichkeiten ausgestattet hat. Die Verleihung des Körperschaftsstatus an die Zeugen Jehovas scheiterte dementsprechend nicht daran, dass diese in ihren Schriften die politische Ordnung des Grundgesetzes als „Bestandteil der Welt Satans“ bezeichneten.¹⁸⁸ Dagegen hätte ihre ablehnende Haltung zu staatlichen Wahlen durchaus zur Verweigerung des Status geführt, wenn zu befürchten gewesen wäre, dass sie tatsächlich erhebliche Teile der wahlberechtigten Bevölkerung von staatlichen Wahlen abhalten werden.¹⁸⁹

3. Kompetenz der Länder

a) Keine Landeskompetenz zur Regelung der Verleihungsvoraussetzungen

Grundlage und Prüfungsmaßstab für die Verleihung des Körperschaftsstatus ist alleinig Art. 4 Abs. 1, 2 i.V.m. Art. 140 GG und Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV.¹⁹⁰ Nur dem Bundesverfassungsgericht als Letztinterpret der Verfassung kommt die Kompetenz zu, diese Verleihungsvoraussetzungen durch Auslegung zu konkretisieren. Die Länder verfügen deshalb über keinerlei Entscheidungs- oder Wertungsspielräume, die den Landesgesetzgebern eine Konkretisierung der Verleihungsvoraussetzungen erlauben würden. Die Landeskompetenz bei der Verleihung beschränkt sich auf die funktional rein exekutive Tätigkeit der Ermittlung und Würdigung des Sachver-

62

¹⁸⁶ Kritisch Joachim Lang, Staatsloyalität kirchensteuerberechtigter Religionsgemeinschaften, in: Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag, hg. von Stefan Muckel, 2003, S. 497 (509): Eine innere Rechtstreue im Sinne einer Akzeptanz der staatlichen Ordnung auch in den religiösen Lehren sei unabdingbar.

¹⁸⁷ Zutreffende Kritik bei Möllers, Religiöse Freiheit als Gefahr? (o. Fn. 41), S. 59 ff.

¹⁸⁸ BVerfGE 102, 370 (397).

¹⁸⁹ BVerfGE 102, 370 (398 f.).

¹⁹⁰ BVerfGE 139, 321 (256).

halts.¹⁹¹ Verfassungswidrig sind deshalb richtigerweise nicht nur Landesregelungen, die die Verleihungsvoraussetzungen gegenüber Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV verschärfen, sondern auch solche, die sie erleichtern. Denn letzteres würde eine Übertragung von Hoheitsbefugnissen zu grundrechtlichen Zwecken beinhalten, welche durch das Grundgesetz nicht mehr legitimiert ist und zudem die Schutzfunktionen der Verleihungsvoraussetzungen zugunsten der Verfassungsgüter untergräbt. Von landesrechtlichen Regelungen der Verleihungsvoraussetzungen ist deshalb abzuraten. Sie sind im besten Fall überflüssig, und im Übrigen verfassungswidrig.

*b) Keine Spielräume bei der Anwendung
der Verleihungsvoraussetzungen*

- 63** Auch bei der Anwendung der Verleihungsvoraussetzungen haben die Länder keine Spielräume. Zwar erfordert sowohl die Feststellung der Gewähr der Dauer als auch die Feststellung der Rechtstreue eine Prognose des zukünftigen Verhaltens der Religionsgemeinschaft auf der Grundlage ihres bisherigen Verhaltens und der sonst relevanten Umstände. Ungeachtet des prognostischen Charakters der Entscheidung kommt den Ländern aber kein Prognose- oder sonstiger Wertungsspielraum bei der Beurteilung der Verleihungsvoraussetzungen zu. Ebenso wenig besteht auf der Rechtsfolgende Seite Ermessen. Die Verleihungsentscheidung ist mithin eine gebundene, verfassungsrechtlich determinierte Entscheidung, die gerichtlich uneingeschränkt überprüfbar ist.¹⁹²

4. Form und Verfahren der Verleihung

- 64** Die Entscheidung über Verleihung und ggf. Entziehung des Körperschaftsstatus liegt in der Verbandskompetenz der Länder. Von welchem Organ und in welchem Verfahren sie erlassen wird, richtet sich nach der Form der Verleihung, die durch Landesgesetz oder die Staatspraxis des Landes bestimmt sein kann. Obwohl die Schaffung einer Rechtsperson des öffentlichen Rechts im Allgemeinen nur durch oder aufgrund eines Gesetzes zulässig ist, ist eine einfach-gesetzliche

¹⁹¹ BVerfGE 139, 321 (366 f.).

¹⁹² BVerfGE 139, 321 (366 f.), ebenso die abw. Meinung, ebd., S. 372 ff.

Grundlage für die Verleihung nicht erforderlich, weil Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Verleihung in Art. 137 Abs. 5 WRV verfassungsunmittelbar bereits abschließend geregelt sind.¹⁹³

a) Form

Die Staatspraxis der Länder kannte bislang die Verleihung durch Gesetz, Rechtsverordnung und durch Verleihungsakt, bis das Bundesverfassungsgericht die Verleihung durch Parlamentsgesetz unlängst wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung für verfassungswidrig erklärt hat.¹⁹⁴ Für ein Einzelfallgesetz fehle der erforderliche sachliche Grund, weil angesichts der verfassungsrechtlichen Determinierung der Verleihungsentscheidung kein Raum bleibe für eine vom Parlament zu verantwortende politische Entscheidung. Zudem werde durch Ausfall des Verwaltungsrechtswegs effektiver Rechtsschutz substantiell geschmälert.¹⁹⁵ Jedenfalls was den gerichtlichen Schutz der Religionsfreiheit und ihrer institutionellen Konkretisierung durch Art. 137 Abs. 2 WRV betrifft, ist damit ein relevantes Hindernis beseitigt worden.¹⁹⁶ Denn für die Verleihungsentscheidung ist die Erhebung und Würdigung der Prognosestatsachen regelmäßig von entscheidender Bedeutung. Für diese Aufgabe sind die Fachgerichte besser gerüstet als das Bundesverfassungsgericht.

65

b) Rechtsschutz

Erfolgt die Verleihungsentscheidung durch Verwaltungsakt, kann Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten im Wege der Verpflichtungsklage erlangt werden. Ist über die Verleihung nach Landesrecht durch Rechtsverordnung zu entscheiden und wird der Erlass einer entsprechenden Rechtsverordnung abgelehnt, kann Rechtsschutz zwar nicht durch abstrakte Normenkontrolle nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO begehrt werden, der eine Normerlassklage nicht zulässt.

66

¹⁹³ BVerfGE 139, 321 (356 u. 366 f.); zustimmend die abw. Meinung, ebd., S. 372 ff.

¹⁹⁴ BVerfGE 139, 321 (361 ff.); a.A. die bis dahin wohl vorherrschende Meinung, vgl. *Bohl*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 29), S. 86 ff.; *Heinig*, Verfassung der Religion (o. Fn. 50), S. 248 ff.

¹⁹⁵ BVerfGE 139, 321 (364 ff.).

¹⁹⁶ Kritisch *Christoph Möllers*, Anmerkung, in: JZ 2015, S. 1103 ff.

Statthaft ist aber eine Klage auf Feststellung der Verpflichtung zum Erlass einer verleihenden Rechtsverordnung.¹⁹⁷ Subsidiär kann gegen die Ablehnung oder das Unterlassen der Verleihung die Verfassungsbeschwerde erhoben werden, und zwar unabhängig von der Handlungsform.¹⁹⁸ Die Beschwerdebefugnis scheitert nicht daran, dass Art. 137 Abs. 5 WRV für sich kein verfassungsbeschwerdefähiges grundrechtsgleiches Recht darstellt, weil das Bundesverfassungsgericht mittlerweile von einem grundrechtlichen Verleihungsanspruch aus Art. 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 140 GG und Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV ausgeht.¹⁹⁹

c) Diskriminierungsfreie Verfahrensgestaltung

67 Das über fünfundzwanzig Jahre hingezogene Verfahren über den Antrag der Zeugen Jehovas auf Verleihung der Körperschaftsrechte ist ein wenig rühmliches Beispiel dafür, dass möglicherweise nicht alle der mit der Verleihungsentscheidung betrauten exekutiven oder legislativen Instanzen immer die Gewähr dafür bieten, die Verleihungsentscheidung ausschließlich an den von der Verfassung bindend vorgegebenen verfassungsrechtlichen Entscheidungsmaßstäben auszurichten, und religionspolitischen Erwägungen keinen Raum zu geben.²⁰⁰ Nicht ohne Anlass wurde insoweit daran erinnert, dass die antragstellenden Religionsgemeinschaften aus Art. 14 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 EMRK auch einen Anspruch auf ein faires und diskriminierungsfreies Verfahren haben, der durch eine Ablehnung aus politischen Gründen verletzt wird.²⁰¹ Dieser Anspruch besteht ungeachtet der Möglichkeit, dass Gerichte die Folgen einer unfairen Verfahrensgestaltung in einem nachfolgenden Rechtsschutzverfahren korrigieren können. Die Verfassung erwartet zudem von allen Trägern hoheitlicher Gewalt, dass sie sich rechtskonform verhalten und nicht erst durch gerichtliche Sanktionen dazu angehalten werden müssen.²⁰²

¹⁹⁷ *Benedikt Beckermann*, Die Verleihung des Körperschaftsstatus an Religionsgemeinschaften, in: DÖV 2016, S. 112 (116 f.); Bedenken bei *Heinig*, Verfassung der Religion (o. Fn. 50), S. 248 ff.

¹⁹⁸ Vgl. BVerfGE 139, 321 (348).

¹⁹⁹ So die Tenorierung (BVerfGE 139, 322); s. o. Rn. 28.

²⁰⁰ Vgl. die Dokumentation von Zweitverleihungsverfahren in *Christian Walter / Antje von Ungern-Sternberg / Stephan Lorentz*, Die „Zweitverleihung“ des Körperschaftsstatus an Religionsgemeinschaften, 2012, S. 53 ff.

²⁰¹ *Walter / von Ungern-Sternberg / Lorentz*, ebd., S. 56.

²⁰² BVerfGE 102, 370 (391).

5. Zweitverleihung

Nach der kürzlich durch das Bundesverfassungsgericht bestätigten Verleihungspraxis erhält eine Religionsgemeinschaft mit der Verleihung des Körperschaftsstatus im Land ihres Hauptsitzes mit Wirkung für das ganze Bundesgebiet zunächst nur die allgemeine Rechtsfähigkeit und bundesrechtlich normierte Rechte, während sie die ihr übertragenen Körperschaftsbefugnisse und landesrechtlich normierten Rechte nur im Land der Verleihung ausüben darf. Um Körperschaftsbefugnisse und Landesrechte auch in einem anderen Bundesland ausüben zu können, muss sie zusätzlich noch einen Antrag auf sog. Zweitverleihung der Körperschaftsrechte in diesem Bundesland stellen.²⁰³ Jedem Land kommt dabei eine eigenständige Prüfungskompetenz über die Verleihungsvoraussetzungen zu, ohne dass eine rechtliche Bindung an die Entscheidung über die Erstverleihung bestünde.²⁰⁴ Einheitliche Entscheidungen der Länder werden auch nicht dadurch gewährleistet, dass die Verleihung aufgrund eines verfassungsunmittelbaren gebundenen Verleihungsanspruchs ergeht, der für die Verwaltung keine Spielräume zulässt. Denn die Verleihung wird auf der Grundlage komplexer Prognoseentscheidungen getroffen, deren Tatsachengrundlage von Land zu Land Unterschiede aufweisen kann, und die außerdem im Rechtsschutzverfahren von den Tatsacheninstanzen in einer revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Weise unterschiedlich beurteilt werden kann.

68

Richtigerweise ist die Notwendigkeit einer Zweitverleihung aber mit dem Sondervotum abzulehnen.²⁰⁵ Zwar stellt die Verleihungsentscheidung keinen Vollzug von Bundesrecht nach Art. 83 GG dar, weil die Rechtsgrundlage für die Übertragung der Körperschaftsbefugnisse im Landesgewohnheitsrecht zu finden ist,²⁰⁶ so dass mit ihr Lan-

69

²⁰³ BVerfGE 139, 321 (352 ff.); a. A. abw. Meinung, ebd., S. 371 ff.; zur Diskussion *Nina Huxdorff*, Rechtsfragen der Erst- und Zweitverleihung des öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus an Religionsgemeinschaften, 2013, S. 269 ff.; *Stefan Muckel*, Die Zweitverleihung der Körperschaftsrechte an Religionsgemeinschaften, in: NVwZ 2015, S. 1426 ff.; *Walter/von Ungern-Sternberg/Lorentz*, Zweitverleihung (o. Fn. 200); *Diana Zacharias*, Die Zweitverleihung der Körperschaftsrechte an Religionsgesellschaften, in: NVwZ 2007, S. 1257 ff.

²⁰⁴ BVerfGE 139, 312 (110).

²⁰⁵ BVerfGE 139, 312 (371 ff.), abw. Meinung der Richter Voßkuhle, Hermanns und Müller.

²⁰⁶ S. o. Rn. 29.

desrecht vollzogen wird.²⁰⁷ Aber das Bundesstaatsprinzip und die Grundrechte gebieten eine Anerkennung von landesrechtlichen Berechtigungen, wenn diese auf materiell gleichwertigen Voraussetzungen beruhen.²⁰⁸ Das ist für den Körperschaftsstatus der Fall, der auf verfassungsrechtlich determinierten und damit identischen Vorgaben beruht. Allein die Mutmaßung, einzelne Bundesländer könnten die Verleihungsvoraussetzungen nicht in der gebotenen Strenge überprüfen, rechtfertigt den grob unverhältnismäßigen Verfahrensaufwand nicht.

6. Verlust des Körperschaftsstatus

- 70 Dass der Körperschaftsstatus einer Religionsgemeinschaft im Prinzip auch wieder entzogen werden oder diese ihn sonst verlieren kann, ist anerkannt. In vieler Hinsicht ungeklärt ist dagegen, in welchen Konstellationen und unter welchen Voraussetzungen dies möglich ist.²⁰⁹

a) Kein Bestandsschutz der altkorporierten Religionsgemeinschaften gegen allgemeine Rechtsbedingungen der Inkorporierung

- 71 Entgegen verbreiteter Auffassung ist es für die Fragen des Entzugs und des Verlusts verfassungsrechtlich unerheblich, ob es sich bei der betroffenen Religionsgemeinschaft um eine altkorporierte Religionsgemeinschaft handelt, deren Körperschaftsstatus durch Art. 137 Abs. 5 S. 1 WRV garantiert ist, oder um eine neukorporierte Religionsgemeinschaft, die den Körperschaftsstatus über Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV erlangt hat. Insbesondere setzt der Verlust des Körperschaftsstatus bei altkorporierten Religionsgemeinschaften keine Ver-

²⁰⁷ Ähnlich *Huxdorff*, Rechtsfragen der Erst- und Zweitverleihung (o. Fn. 203), S. 295 f.

²⁰⁸ *Josef Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: *HStR*³, Bd. VI, 2009, § 126, Rn. 43 ff.; *Walter / von Ungern-Sternberg / Lorentz*, Zweitverleihung (o. Fn. 200), S. 36 f.

²⁰⁹ Dazu *Heinig*, Verfassung der Religion (o. Fn. 50), S. 250 ff.; *Berend Lindner*, Entstehung und Untergang von Körperschaften des öffentlichen Rechts, 2002, S. 95 ff.; *ders.*, Zum Verlust des Körperschaftsstatus bei korporierten Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, in: *VerwArch* 95 (2004), S. 88 ff.; *Karsten Stein*, Die Beendigung des öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus bei Religionsgemeinschaften, 2006.

fassungsänderung voraus.²¹⁰ Denn die materiell-verfassungsrechtlichen Bedingungen für die Innehabung des Körperschaftsstatus sind für alle korporierten Religionsgemeinschaften dieselben. Nur existierende, dauerhafte und rechtstreue inländische Religionsgemeinschaften können diesen Status bekleiden. Von den altkorporierten Religionsgemeinschaften wurden diese Bedingungen bei Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung selbstverständlich erfüllt. Weil die Bestandsgarantie des Art. 137 Abs. 5 S. 1 WRV nur den Übergang vom alten in ein neues staatskirchenrechtliches System zum Gegenstand hat, bedurften die selbstverständlichen Voraussetzungen einer Inkorporierung auch keiner Erwähnung. Seinem Regelungsgehalt nach gewährt Art. 137 Abs. 5 S. 1 WRV Bestandsschutz gegenüber dem religionspolitischen Ermessen der Länder, welche ohne diese Bestandsgarantie die in manchen Ländern angestrebte Abschaffung des Körperschaftsstatus zugelassen hätten.²¹¹ Er dispensiert aber nicht von der Einhaltung der für alle korporierten Religionsgemeinschaften geltenden Rechtsbedingungen einer öffentlich-rechtlichen Inkorporierung.²¹²

b) Mögliche Verlusttatbestände

So wie der Körperschaftsstatus aus Gründen der Religionsfreiheit nur auf Antrag verliehen werden kann, garantieren Art. 4 GG und Art. 137 Abs. 3 WRV allen korporierten Religionsgemeinschaften, ihren öffentlich-rechtlichen Status aus eigenem Entschluss aufzugeben und sich als Religionsgemeinschaft aufzulösen oder als privatrechtlicher Verein zu organisieren.²¹³ Da der Körperschaftsstatus nur von existierenden²¹⁴ inländischen Religionsgemeinschaften bekleidet werden kann, ist der Rechtsstatus zu entziehen, wenn eine Religionsgemeinschaft wegen Verlusts aller Mitglieder oder durch jahrelange

72

²¹⁰ Wie hier *Heinig*, Verfassung der Religion (o. Fn. 50), S. 252 ff.; *Ralf Röger*, Die Aberkennung des Körperschaftsstatus von Religionsgemeinschaften, in: Festschrift Rüfner (o. Fn. 186), S. 749 (773); *Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 5), S. 574; a. A. *Kästner*, in: BK (o. Fn. 5), Art. 140, Rn. 490; *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 5), Art. 137 WRV, Rn. 213; *Lindner*, Entstehung und Untergang (o. Fn. 209), S. 123; *Muckel*, in: Friauf / Höfling (o. Fn. 5), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 94.

²¹¹ *Heinig*, Verfassung der Religion (o. Fn. 50), S. 253.

²¹² *Heinig*, ebd., S. 253.

²¹³ *Heinig*, ebd., S. 254 f.

²¹⁴ OVG Berlin, in: NVwZ 1997, 396 (399).

Untätigkeit zu existieren aufhört, wenn der Verband die Eigenschaft einer Religionsgemeinschaft verliert oder wenn er seinen Sitz ins Ausland verlegt. Zu entziehen ist der Körperschaftsstatus zudem, wenn die Religionsgemeinschaft nicht mehr die erforderliche Rechts-treue aufweist.²¹⁵ Mangels Gewähr der Dauer ist der Körperschafts-status schließlich zu entziehen bei andauernder Handlungsunfähig-keit wegen dauerhaft fehlender oder unklärbarer Besetzung der Or-gane sowie bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit des Ver-bands.²¹⁶

c) Gesetzliche Grundlage und Verfahren

- 73** Die öffentlich-rechtliche Rechtspersönlichkeit der korporierten Religionsgemeinschaft ist formal Teil der staatlichen Organisations-gewalt. Zur Beendigung des Körperschaftsstatus bedarf es deshalb – wie zu dessen Errichtung – eines konstitutiven staatlichen Hoheits-aktes.²¹⁷ Dabei ist für alle nicht auf dem ausdrücklichen Willen der Religionsgemeinschaft beruhenden Formen des Verlusts des Körper-schaftsstatus eine gesetzliche Eingriffsgrundlage unumgänglich,²¹⁸ weil die Vorenthaltung des Körperschaftsstatus einen Eingriff in die Religionsfreiheit begründet.²¹⁹ Im Fall der Verleihung durch Verwal-tungsakt kann diese für einige Konstellationen in den Rücknahme- und Widerrufstatbeständen der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gefunden werden.²²⁰ Im Übrigen sind spezialgesetzliche Grundlagen erforderlich und aufgrund der staatlichen Garantenstel-lung gegenüber den korporierten Religionsgemeinschaften²²¹ auch

²¹⁵ *Heinig*, Verfassung der Religion (o. Fn. 50), S. 261 f.; *Hartung*, Körper-schaftsstatusgesetz (o. Fn. 100), S. 172 ff.; *Röger*, Die Aberkennung des Kör-perschaftsstatus (o. Fn. 210), S. 759 ff.

²¹⁶ *Heinig*, Verfassung der Religion (o. Fn. 50), S. 260 f.

²¹⁷ Zum Untergang verwaltungsrechtlicher Körperschaften *Stein*, Beendi-gung des Körperschaftsstatus (o. Fn. 209), S. 80 f. Für den Körperschaftssta-tus der Religionsgemeinschaften anders OVG Berlin, in: NVwZ 1997, 396 (399); offen gelassen bei *Heinig*, Verfassung der Religion (o. Fn. 50), S. 261 f. Jedenfalls ist aus Gründen der Publizität eine deklaratorische Bestätigung notwendig (*Heinig*, ebd.).

²¹⁸ So bereits *Heinig*, Verfassung der Religion (o. Fn. 50), S. 264.

²¹⁹ BVerfGE 139, 321 (Rn. 146).

²²⁰ *Bohl*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 29), S. 102 ff.; *Lindner*, Entstehung und Untergang (o. Fn. 209), S. 105 f.

²²¹ S. o. Rn. 39.

verfassungsrechtlich geboten.²²² Die landesgesetzlichen Rechtsgrundlagen müssen sich dabei im Wesentlichen auf den deklaratorischen Nachvollzug der verfassungsrechtlichen Maßstäbe beschränken, weil die Verlusttatbestände verfassungsunmittelbar vorgegeben sind.²²³ Derartige Rechtsgrundlagen wurden bislang nur in Bayern (Art. 1 KiStG Bay.) und in Nordrhein-Westfalen (§ 4 Körperschaftsstatusgesetz NRW) geschaffen. Da die den Verlusttatbeständen zugrundeliegenden verfassungsrechtlichen Maßstäbe auch für die altkorporierten Religionsgemeinschaften gelten und in Bezug auf die allgemeinen Rechtsbedingungen einer Inkorporierung auch keinen Bestandschutz genießen, verstoßen die in Art. 1 Abs. 3 S. 3 KiStG Bay. und § 4 Abs. 3 KStG vorgesehenen Bereichsausnahmen für altkorporierte Religionsgemeinschaften nicht nur gegen den verfassungsrechtlichen Schutzauftrag. Als gleichheitswidrige Privilegierungen sind sie auch verfassungswidrig und – da die Schaffung einer Entzugsgrundlage geboten ist – auch nichtig.

²²² Diese Pflicht des objektiven Verfassungsrechts ist unabhängig davon, ob Bürger einen subjektiven grundrechtlichen Anspruch auf Erlass entsprechender Entzugsregelungen haben oder nicht; vgl. BVerfG (Kammer), in: NVwZ 2001, S. 908 f.

²²³ *Heinig*, Verfassung der Religion (o. Fn. 50), S. 274.

§ 28

Religiöse Vereine und Gesellschaften

Von Stefan Muckel und Thomas Traub

A. Einführung	1–3
I. Begriffsbestimmung	1–2
II. Aufgabe und Bedeutung religiöser Vereine und Gesellschaften	3
B. Religiöse Vereine und Gesellschaften in der staatlichen Rechtsordnung	4–31
I. Verfassungsrechtliche Grundlagen	4–17
1. Der verfassungsrechtliche Begriff des religiösen Vereins	4
2. Das Grundrecht auf Bildung religiöser Vereine und Gesellschaften	5–7
3. Der Schutz des Bestandes religiöser Vereine und Gesellschaften	8
4. Der grundrechtliche Schutz der Tätigkeit religiöser Vereine und Gesellschaften	9
5. Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften im Hinblick auf religiöse Vereine und Gesellschaften	10–17
a) Religionsgemeinschaften als unmittelbare Träger des religiösen Selbstbestimmungsrechts	11
b) Die Zuordnung religiöser Vereine und Gesellschaften zur Religionsgemeinschaft	12–17
II. Religiöse Vereine und Gesellschaften im einfachen Recht	18–24
1. Privatrecht	18–22
a) Religiöse Vereine im BGB	19–20
b) Religiöse Gesellschaften als Kapitalgesellschaften	21
c) Sonstige Rechtsformen religiöser Vereine und Gesellschaften	22

2. Vereinsgesetz	23–24
a) Anwendbarkeit auf religiöse Vereine	23
b) Verbot religiöser Vereine	24
III. Satzungsautonomie und religiöses Selbstbestimmungsrecht	25–31
1. Das Problem der Fremdbestimmung religiöser Vereine und Gesellschaften	25
2. Der Grundsatz der Vereinsautonomie	26
3. Die Sonderstellung religiöser Vereine und Gesellschaften aufgrund des religiösen Selbstbestimmungsrechts	27–31
C. Überblick: Religiöse Vereine und Gesellschaften in den kirchlichen Rechtsordnungen	32–34
I. Das Recht der katholischen Kirche	32–33
II. Das Recht der evangelischen Kirche	34
D. Zusammenfassung und Fazit	35

A. Einführung

I. Begriffsbestimmung

- 1 Der Begriff des religiösen Vereins ist mehrdeutig. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist zunächst festzustellen, dass im Hinblick auf religiöse Vereinigungen zwischen Religionsgemeinschaften und religiösen Vereinen differenziert werden muss. Im Verfassungstext wird dies deutlich in Art. 140 GG i. V. m. Art. 138 Abs. 2 WRV. Die Begriffe des bürgerlich-rechtlichen Vereins mit religiösem Zweck und des religiösen Vereins im staatskirchenrechtlichen Sinne decken sich nicht.¹ Einerseits gibt es Religionsgemeinschaften, also Vereinigungen, die keine religiösen Vereine im verfassungsrechtlichen Sinne sind, die aber in der Rechtsform eines eingetragenen Vereins organisiert sind. Andererseits stehen religiösen Vereinen im verfassungsrechtlichen Sinne nicht nur die Rechtsform des eingetragenen Vereins, sondern auch andere Rechtsformen offen. Wenn im Folgenden von religiösen Vereinen gesprochen wird, so ist dieser Begriff also einerseits weiter, andererseits enger als der Vereinsbegriff der §§ 21 ff. BGB.

¹ Zutreffend *Reinmar Wolff*, Der drittbestimmte Verein, 2005, S. 244, 249.

Die verfassungsrechtlichen Regeln über die religiösen Vereine sind nicht auf christliche oder gar kirchliche Vereine² beschränkt. Wenn daher in den folgenden Erläuterungen neben dem Begriff des „religiösen Vereins“ auch der Ausdruck „kirchlicher Verein“ verwendet wird, so folgen daraus keine inhaltlichen Besonderheiten für christliche Vereine gegenüber anderen religiösen Vereinen und Gesellschaften.

2

II. Aufgabe und Bedeutung religiöser Vereine und Gesellschaften

Religiöse, insbesondere kirchliche Vereine nehmen in der heutigen³ Gesellschaftsordnung eine Vielzahl von unterschiedlichen Aufgaben wahr. Besonders hervorzuheben ist ihre Arbeit im sozialen Bereich. Insoweit sind vor allem die Caritasverbände der katholischen Kirche⁴ und die Diakonischen Werke⁵ der evangelischen Kirche⁶ zu nennen, aber auch z.B. das Bischöfliche Hilfswerk Misereor e.V.⁷ oder das Kolpingwerk e.V. Daneben erfüllen kirchliche Vereine häufig Aufgaben der Jugendarbeit⁸, Bildungsarbeit und der Mission. Die große gesellschaftliche Bedeutung des kirchlichen Vereinswesens wird besonders deutlich, wenn man neben diesen überregionalen, teilweise

3

² Schon die Überschrift des Beitrags „Kirchliche Vereine in der staatlichen Rechtsordnung“ in der Voraufgabe dieses Handbuchs war nur der herkömmlichen Terminologie verpflichtet, ohne einer inhaltlichen Verengung auf christliche Vereinigungen das Wort zu reden.

³ Zur historischen Entwicklung des kirchlichen Vereinswesens vgl. *Günter Wasse*, Die Werke und Einrichtungen der evangelischen Kirche, 1954, S. 5 f.; *Erwin Robert Bürgel*, Die Beziehung der katholischen Kirche zu ihren Vereinigungen im kirchlichen Recht und im Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1982, S. 7 ff. m. w. N.

⁴ Dazu näher *Gernot Sydow*, → § 50.

⁵ Z. B. das Diakonische Werk der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern – Landesverband der Inneren Mission e.V. gem. § 2 Diakoniegesetz der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern.

⁶ Ausführlich dazu *Jörg Winter*, → § 51.

⁷ Zu dessen rechtlich-organisatorischer Struktur näher *Florian Herrmann*, Die rechtliche Organisation international tätiger kirchlicher Hilfswerke, 2006, S. 119 ff.

⁸ Umfassend zur geschichtlichen Entwicklung und organisationsrechtlichen Bewertung der katholischen Jugendverbände *Reiner Tillmanns*, Der Bund der Deutschen Katholischen Jugend und seine Mitgliedsverbände, 1999.

global⁹ tätigen Vereinen noch die vielen Zusammenschlüsse und Vereinigungen auf der Ebene der Gemeinden, Bistümer und Landeskirchen berücksichtigt, etwa Trägervereine für kirchliche Krankenhäuser¹⁰, Schulen¹¹, Kindertagesstätten¹² und soziale Dienste vielfältiger Art¹³.

B. Religiöse Vereine und Gesellschaften in der staatlichen Rechtsordnung

I. Verfassungsrechtliche Grundlagen

1. Der verfassungsrechtliche Begriff des religiösen Vereins

- 4** Von den Religionsgemeinschaften mit ihrem umfassenden religiösen Auftrag sind diejenigen Vereinigungen zu unterscheiden, die hinsichtlich der Pflege des religiösen Lebens ihrer Mitglieder nur eine partielle Zielsetzung haben. Sie beschränken sich – anders als Religionsgemeinschaften¹⁴ – auf einzelne Aufgaben, z. B. im karitativen oder missionarischen Bereich. Die Vorschriften des Grundgesetzes, die sich ausdrücklich auf eine Religionsgemeinschaft (bzw. Religi-

⁹ Ausführlich dazu, insbesondere zu den Entwicklungshilfswerken der christlichen Kirchen *Herrmann*, Die rechtliche Organisation international tätiger kirchlicher Hilfswerke (o. Fn. 7).

¹⁰ Näher dazu *Winfried Kluth*, → § 52.

¹¹ Vgl. dazu *Hinnerk Wißmann*, → § 45.

¹² Näher dazu *Renate Penßel*, → § 53.

¹³ *Axel von Campenhausen / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 125; vgl. die Auflistung bei *Danielle Gaukel*, Vereinsbildungen im evangelischen Kirchenrecht, 2011, S. 30 ff.

¹⁴ Vgl. zum Kriterium umfassender religiöser Aktivitäten als definitorische Voraussetzung für den Begriff „Religionsgemeinschaft“ näher *Stefan Muckel*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Karl Heinrich Friauf / Wolfram Höfling, 34. Erg.-Lfg., Stand August 2011, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 14 m. w. N; das Kriterium der „begrenzten religiösen Zielsetzung“ ist zur Abgrenzung religiöser Vereine von Religionsgemeinschaften allgemein anerkannt, vgl. nur *Stefan Koriath*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz – Kommentar, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 16; *von Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 13), S. 124 f. m. w. N.

onsgesellschaft¹⁵) beziehen, sind nicht unmittelbar auf religiöse Vereine anwendbar.¹⁶

2. Das Grundrecht auf Bildung religiöser Vereine und Gesellschaften

Während die freie Bildung der Religionsgemeinschaften durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 2 WRV garantiert ist¹⁷, bezieht sich diese Vorschrift ihrem eindeutigen Wortlaut nach nicht auf religiöse Vereine. Stattdessen wird deren Bildung durch Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistet.¹⁸

Aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 4 WRV wird deutlich, dass religiöse Vereine keinen über die „allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts“ hinausgehenden Anspruch auf Erwerb der Rechtsfä-

¹⁵ Aus den unterschiedlichen Begriffen ergeben sich keine inhaltlichen Unterschiede, vgl. nur *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 251.

¹⁶ BVerwGE 123, 49 (56, 61); *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 14), Art. 140 GG/Art. 137 WRV, Rn. 16; *Karl-Hermann Kästner*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Rudolf Dolzer/Klaus Vogel, 144. Aktualisierung, Stand März 2010, Art. 140, Rn. 278; *Stefan Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, S. 166.

¹⁷ *Dirk Ehlers*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 140 GG/Art. 137 WRV, Rn. 3; *Detlef Merten*, Vereinsfreiheit, in: HStR³, Bd. VII, § 165, Rn. 71; *Muckel*, Religiöse Freiheit (o. Fn. 16), S. 164 f. m.w.N.; a.A.: *Peter Unruh*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle, Bd. 3, Art. 137 WRV, Rn. 18; *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 14), Art. 140 GG/Art. 137 WRV, Rn. 11; *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2018, Bd. 3, Art. 137 WRV, Rn. 27: die Freiheit, Religionsgemeinschaften zu bilden, folge aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG.

¹⁸ *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 17), Art. 140 GG/Art. 137 WRV, Rn. 3; *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, Hbd. 2, 2011, § 119, S. 1272; *Ute Mager*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl. 2012, Bd. II, Art. 140, Rn. 27; *Kästner*, in: Bonner Kommentar (o. Fn. 16), Art. 140, Rn. 285; *Merten*, Vereinsfreiheit (o. Fn. 17), Rn. 72; *Michael Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 17), Bd. 1, Art. 9, Rn. 39; näher zu den verschiedenen verfassungsrechtlichen Grundlagen der religiösen Vereinigungsfreiheit *Muckel*, Religiöse Freiheit (o. Fn. 16), S. 164 ff.; a.A.: *Wolfgang Löwer*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl. 2012, Bd. I, Art. 9, Rn. 42, Stichwort: „Religiöse Vereine und Gesellschaften“; *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 14), Art. 140 GG/Art. 137 WRV, Rn. 11: religiöse Vereinigungsfreiheit allein aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG.

higkeit haben.¹⁹ Ein solcher Anspruch folgt auch nicht aus der religiösen Vereinigungsfreiheit. Sie gibt einer religiösen Vereinigung kein – über die Gewährleistungen des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV hinausgehendes – Recht auf eine bestimmte Rechtsform.²⁰

- 7 Die religiöse Vereinigungsfreiheit hat neben der Gewährleistung der Bildung religiöser Vereine auch eine negative Komponente. Aus Art. 9 Abs. 1 GG folgt, dass niemand verpflichtet ist, einem religiösen Verein anzugehören. Damit ist auch der Austritt aus einem religiösen Verein verfassungsrechtlich geschützt.²¹

3. Der Schutz des Bestandes religiöser Vereine und Gesellschaften

- 8 Ebenso wie die Frage nach der verfassungsrechtlichen Grundlage der Freiheit zur Bildung religiöser Vereine ist der verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkt für ein Verbot religiöser Vereine umstritten. Es wird vorgeschlagen, eine Unterscheidung des Verbots nach der Motivrichtung vorzunehmen. Danach soll sich ein Verbot wegen des Bekenntnisinhalts am Maßstab von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG messen lassen müssen, während sich ein Eingriff aus „spezifisch vereinsrechtlichen Motiven“ nach den Kriterien des Art. 9 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich rechtfertigen ließe.²² Schon weil eine solche Abgrenzung in der Praxis auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen wird, erscheint es vorzugswürdig, den grundrechtlichen Schutz gegen eine Auflösung, ein Verbot oder den Entzug der Rechtsfähigkeit eines religiösen Vereins normativ allein in Art. 9 Abs. 1 und 2 GG verankert zu sehen²³. Ein religiöser Verein unterliegt damit dem verfassungsrechtlichen²⁴ Verbotsvorbehalt des Art. 9 Abs. 2 GG. Allerdings ist bei einem Verbot im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch die

¹⁹ *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 14), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 59.

²⁰ Vgl. BVerfGE 83, 341 (355).

²¹ Näher zur negativen religiösen Vereinigungsfreiheit *Muckel*, Religiöse Freiheit (o. Fn. 16), S. 167 f., dort auch zur Auseinandersetzung mit der Gegenposition von *Hellermann*: keine negative Seite der Handlungsrechte, zu denen auch die religiöse Vereinigungsfreiheit zähle.

²² *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 14), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 16.

²³ *Wolfram Höfling*, in: Sachs (o. Fn. 17), Art. 9, Rn. 50; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 15), Rn. 254; zur umstrittenen Frage, ob Art. 9 Abs. 2 GG Maßstab für das Verbot einer Religionsgemeinschaft ist, vgl. *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 14), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 20 ff.

²⁴ Zur einfachgesetzlichen Rechtslage nach dem Vereinsgesetz vgl. unten B.II.2.

Bedeutung der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zu beachten.²⁵

4. Der grundrechtliche Schutz der Tätigkeit religiöser Vereine und Gesellschaften

Der grundrechtliche Schutz der Tätigkeit religiöser Vereine richtet sich im Einzelnen nach dem jeweils sachlich einschlägigen Grundrecht. Im Hinblick auf religiöse Aktivitäten kommen dabei vor allem die religiösen Grundrechte aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in Betracht, auf die sich religiöse Vereine unabhängig von ihrer zivil- und gesellschaftsrechtlichen Rechtsform berufen können.²⁶ Daneben können aber im Einzelfall auch die Versammlungsfreiheit gem. Art. 8 Abs. 1 GG, die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG, die Eigentumsgarantie gem. Art. 14 Abs. 1 GG oder die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG einschlägig sein.

9

5. Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften im Hinblick auf religiöse Vereine und Gesellschaften

Von besonderer Bedeutung für die Arbeit religiöser Vereine ist das kirchliche Selbstbestimmungsrecht aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV. Es steht nicht nur der Kirche selbst, sondern – unabhängig von der konkreten Rechtsform – auch allen der Kirche zugehörigen Einrichtungen zu.²⁷ Auf dieses Selbstbestimmungsrecht kann ein religiöser Verein sich nur berufen, wenn er Träger dieses Rechts ist.

10

²⁵ BVerwG, in: NVwZ 2006, S. 694 (695 f.); OVG Bremen, in: NVwZ-RR 2012, S. 64.

²⁶ Grundlegend insofern der „Lumpensammler-Beschluss“ des BVerfG, BVerfGE 24, 236; *Michael Germann*, in: Volker Epping / Christian Hillgruber (Hg.), GG, 2. Aufl. 2013, aktualisiert: BeckOK, Edition 38, Stand 15.8.2018, Art. 4, Rn. 33; *Stefan Mückl*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 135. Aktualisierung, Stand 2008, Art. 4, Rn. 66; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 15), Rn. 254.

²⁷ BVerfGE 46, 73 (85); 53, 366 (391); 70, 138 (162); *Kästner*, in: Bonner Kommentar (o. Fn. 16), Art. 140, Rn. 296; *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 18), S. 1244 m.w.N.; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 15), Rn. 153; einschränkend: *Joachim Rottmann*, Sondervotum, in: BVerfGE 53, 408 (409 f.); ablehnend: *Joachim Wieland*, Die Angelegenheiten der Religionsgesellschaften, in: Der Staat (1986), S. 321 (333, 343); näher zum Ganzen *Muckel*, Religiöse Freiheit (o. Fn. 16), S. 192 ff.

Träger des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts ist ein Verein, dessen Zweck darin besteht, „ein Stück des Auftrags der Kirche in dieser Welt wahrzunehmen und zu erfüllen“²⁸ und der von der Kirche als ihr zugeordnet anerkannt ist. Erhebliche praktische Relevanz hat diese Zuordnung und Qualifikation als kirchliche Einrichtung insbesondere für die Frage der Anwendbarkeit kirchlichen Arbeitsrechts bzw. die Exemption von bestimmten staatlichen Gesetzen (z.B. gem. § 118 Abs. 2 BetrVG).²⁹

*a) Religionsgemeinschaften als unmittelbare Träger
des religiösen Selbstbestimmungsrechts*

- 11** Bereits aus dem Wortlaut des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV ergibt sich, dass das Selbstbestimmungsrecht unmittelbar nicht den religiösen Vereinen, sondern (nur) Religionsgemeinschaften zusteht. Der religiöse Verein ist demnach nicht originär Träger des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, sondern leitet seine besondere verfassungsrechtliche Stellung vom Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft ab.³⁰ Daraus folgt, dass im Falle eines Konflikts des Selbstverständnisses eines religiösen Vereins als selbständigem Rechtsträger mit dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft letzteres ausschlaggebend ist.³¹

*b) Die Zuordnung religiöser Vereine und Gesellschaften
zur Religionsgemeinschaft*

- 12** Für die Frage, ob nicht nur die Religionsgemeinschaft, sondern auch der Verein sich auf das Selbstbestimmungsrecht aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV berufen kann, kommt es darauf an, ob

²⁸ BVerfGE 46, 73 (85 f.) m. w. N.; vgl. auch BVerfGE 70, 138 (162); OLG Köln, in: NJW 1992, S. 1048 (1049).

²⁹ Vgl. dazu nur *Reinhard Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, 7. Aufl. 2015, § 3, Rn. 1 ff, § 16, Rn. 38 ff.

³⁰ *Mager*, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 18), Art. 140, Rn. 27, 32; *Stefan Mückel*, Freiheit kirchlichen Wirkens, in: HStR³, 2009, Bd. VII, § 161, Rn. 52; *Gaukel*, Vereinsbildungen (o. Fn. 13), S. 79; *Muckel*, Religiöse Freiheit (o. Fn. 16), S. 194; *ders.*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 14), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 30.

³¹ *Heinrich de Wall*, in: *ders./Stefan Muckel*, Kirchenrecht, 5. Aufl. 2017, § 43, Rn. 4.

der religiöse Verein der Religionsgemeinschaft „in bestimmter Weise zugeordnet“³² ist. Das Bundesverfassungsgericht hat als Maßstab dafür das Ausmaß der institutionellen Verbindung mit der Religionsgemeinschaft oder die Art der mit der Vereinigung verfolgten Ziele genannt,³³ wobei unklar bleibt, in welchem Verhältnis diese beiden Aspekte im Einzelnen stehen. Eine religiöse Zielsetzung allein kann allerdings nicht ausreichen.³⁴ Entscheidend ist, weil nur sie unmittelbarer Träger des Selbstbestimmungsrechts ist, vielmehr die Sicht der Religionsgemeinschaft. Maßgeblich ist daher, ob die Religionsgemeinschaft, also z.B. die verfasste Kirche, in der Arbeit des Vereins einen Beitrag zur Erfüllung ihres Auftrags sieht, nicht dagegen, ob der Verein sich mit den Zielen der Kirche identifiziert. Ansonsten könnte sich auch eine Vereinigung auf das religiöse Selbstbestimmungsrecht berufen, die zwar einen kirchlichen Zweck, z.B. der Caritas, verfolgt, im Übrigen aber die Lehre der Kirche entschieden ablehnt oder sogar bekämpft.³⁵ Für die Kirche entstünde dadurch die Gefahr einer Zerfaserung ihrer Lehre dadurch, dass juristische Personen mit dem Anschein der Kirchennähe bestehen und in den Genuss weitgehender verfassungsrechtlich verbürgter Freiheiten kommen, obwohl sie wesentliche Teile der kirchlichen Lehre ablehnen.

Häufig wird die erforderliche Anerkennung der Kirche ihren Ausdruck finden in einer kirchenrechtlich zulässigen organisatorischen oder institutionellen Verbindung mit dem Verein.³⁶ Ausreichend ist aber auch eine kirchenamtliche Erklärung, aus der sich unzweideutig ergibt, dass die Arbeit des Vereins kirchlichen Zielen entspricht und von der Kirche anerkannt wird.³⁷ In jedem Falle bedarf es für die Anerkennung eines religiösen Vereins durch eine Religionsgemeinschaft eines Mindestmaßes an Formalisierung. Andernfalls ist für die mit der Frage befassten und an eine kirchliche Anerkennung gebun-

13

³² BVerfGE 46, 73 (85); BVerfGE 70, 138 (162).

³³ BVerfGE 46, 73 (87); BVerfGE 53, 366 (392).

³⁴ Insofern zweifelhaft BVerfGE 46, 73 (86 f.); 53, 366 (392 f.), als dort maßgeblich auf den Zweck der jeweiligen Organisation abgestellt wird.

³⁵ Vgl. *Bürgel*, Die Beziehung der katholischen Kirche (o. Fn. 3), S. 190 f.

³⁶ Vgl. LG Oldenburg, in: JZ 1992, S. 250 (252); *Bürgel*, Die Beziehung der katholischen Kirche (o. Fn. 3), S. 181 ff.; einen eigenen Erklärungsansatz der Zuordnung einer Einrichtung zur Kirche entwickelt *Ulrich Bälz*, Die verfassungsrechtliche Zuordnung der Diakonie zur Kirche, in: KuR 2008, S. 35 (43 ff.), der einen „staatskirchenrechtlichen Beherrschungsvertrag“ nach dem Modell des konzernrechtlichen Beherrschungsvertrages konstruiert.

³⁷ Vgl. *Wasse*, Die Werke und Einrichtungen (o. Fn. 3), S. 97 f.; *Herbert Frost*, Strukturprobleme evangelischer Kirchenverfassung, 1972, S. 417 f.

denen staatlichen Stellen die „Kirchlichkeit“ des Vereins nicht hinreichend deutlich erkennbar.³⁸ Auch schützt das Erfordernis einer gewissen Formalisierung die Kirche davor, dass der Verein gewissermaßen schleichend von ihr anerkannt wird, z.B. infolge mehrmaliger finanzieller Zuwendungen. Die Teilhabe am religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrecht wird sich nicht schematisch, sondern immer nur im konkreten Fall anhand einer wertenden Gesamtwürdigung³⁹ feststellen lassen.

- 14** Im Bereich der katholischen Kirche sind alle öffentlichen Vereine im Sinne der cc. 301, 312 ff. CIC⁴⁰ als kirchliche Vereine anzusehen und diejenigen privaten Vereine, die gem. c. 299 § 2 CIC von der kirchlichen Autorität belobigt oder empfohlen sind, deren Statuten gem. c. 299 § 3 CIC von der zuständigen Autorität anerkannt sind oder denen gem. c. 300 CIC von der kirchlichen Autorität die Erlaubnis erteilt wurde, sich „katholisch“ zu nennen. Auch die übrigen privaten Vereine, einschließlich der nach c. 215 CIC zulässigen so genannten freien Zusammenschlüsse, werden von einem kirchlichen Zweck getragen. Ob sie kirchlich anerkannt sind (z.B. organisatorisch durch eine in der Satzung festgeschriebene Mitarbeit kirchlicher Amtsträger), ist im Einzelfall zu prüfen.⁴¹ Zwischenzeitlich hatte eine Entscheidung eines Delegationsgerichts der Apostolischen Signatur erhebliche Unsicherheit über die Teilhabe selbständiger Einrichtungen am kirchlichen Selbstbestimmungsrecht im Hinblick auf das kirchliche Arbeitsrecht verursacht.⁴² Danach sollte für die sonstigen kirchlichen Rechtsträger im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Grundordnung a. F. keine zwingende rechtliche Verpflichtung bestehen, für alle ihre Einrichtungen die Grundordnung zu übernehmen und damit das kirchliche Arbeitsrecht anzuwenden. Vielmehr hatten diese Einrich-

³⁸ So auch *Anne-Ruth Glawatz-Wellert*, Die Zuordnung der Diakonie zur Kirche, in: ZevKR 51 (2006), S. 352 (362), die zu Recht von einer Bindung der staatlichen Gerichte an das Selbstverständnis ausgeht, aber verlangt, dass die Anerkennung nachvollziehbar sein muss.

³⁹ Treffend *de Wall*, in: Kirchenrecht (o. Fn. 31), § 43, Rn. 4, der mehrere Zuordnungskriterien benennt, diese aber ausdrücklich nicht als „schematische Checkliste“ verstanden wissen will; *Glawatz-Wellert*, Die Zuordnung der Diakonie zur Kirche (o. Fn. 38), S. 363.

⁴⁰ Näher zum innerkirchlichen Vereinsrecht der katholischen Kirche unten C. I.

⁴¹ Vgl. etwa BVerfGE 53, 366 (394 f.); OLG Köln, in: NJW 1992, S. 1048 (1049); LG Oldenburg, in: JZ 1992, S. 250 (252).

⁴² Entscheidung des Delegationsgerichts der Apostolischen Signatur v. 31.3.2010, 42676/09 VT, in: GesundheitsRecht 2010, S. 497 ff. m. Anm. *Stefan Muckel*.

tungen nach Auffassung des kirchlichen Gerichts die Möglichkeit, die Übernahme der Grundordnung abzulehnen, ohne aber ansonsten die Eigenschaft als kirchliche Einrichtung zu verlieren. Ein solches Wahlrecht hätte das Leitbild der kirchlichen Dienstgemeinschaft erheblich abgeschwächt und das gesamte kirchliche Arbeitsrecht in Frage stellen können. Als Reaktion auf die entstandenen Irritationen wurde eine Änderung des Art. 2 der Grundordnung beschlossen. Danach sind die kirchlichen Rechtsträger, die nicht ohnehin der bischöflichen Gesetzgebungsgewalt unterliegen, verpflichtet, bis spätestens zum 31.12.2013 die Grundordnung durch Übernahme in ihr Statut verbindlich zu übernehmen. Wenn sie dieser Verpflichtung nicht nachkommen, haben sie im Hinblick auf die arbeitsrechtlichen Beziehungen nicht mehr am Selbstbestimmungsrecht der Kirche gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV teil.⁴³ Weitere Impulse für die kirchenrechtliche Absicherung der Zuordnung karitativer Werke zur Amtskirche, die Klärung der kirchlichen Strukturen und zur Durchsetzung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts gehen von dem Motu proprio „Intima Ecclesiae natura“ über den Dienst der Nächstenliebe vom 11.11.2012 aus.⁴⁴ So werden die Aufsichts- und Kontrollrechte sowie die Eingriffsbefugnisse des Bischofs konkretisiert und teilweise ausgeweitet.⁴⁵ Dies dient der Rechtssicherheit bei der Ausübung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts im Hinblick auf religiöse Vereine, weil dadurch auch kirchenrechtlich die Position des Diözesanbischofs gegenüber den katholischen Vereinen und damit die Institution gestärkt wird, die aus staatskirchenrechtlicher Perspektive ohnehin die Kompetenz hat, im Zweifelsfall als Ansprechpartner gegenüber staatlichen Stellen verbindlich Auskunft über das Selbstverständnis der katholischen Kirche⁴⁶ bei der Verwaltung und Ordnung der eigenen Angelegenheiten zu geben.

⁴³ Näher zu der Novelle der Grundordnung *Reiner Tillmanns*, Die Geltung des kirchlichen Arbeitsrechts für kirchliche Einrichtungen nach der neuen Grundordnung der katholischen Kirche, in: NZA 2013, S. 178 ff.; *Joachim Eder*, Grundordnung des kirchlichen Dienstes novelliert!, in: ZTR 2011, S. 714 ff.; *Martin Fuhrmann*, Weltliches oder kirchliches Arbeitsrecht? Tertium non datur, in: ZAT 2013, S. 6 ff.

⁴⁴ AAS 104 (2012), S. 996 ff.

⁴⁵ Näher dazu *Georg Neureither*, Gesetzeslücke im CIC geschlossen, in: ZAT 2013, S. 32; *Joachim Eder*, Kirchlichkeitskriterien für caritative Rechtsträger, ZTR 2013, S. 119 ff.; ausführliche Analyse bei *Helmuth Pree*, Das Motu proprio „Intima Ecclesiae natura“ (IEN) über den Dienst der Liebe, in: AfKR 181 (2012), S. 361 ff.

⁴⁶ Dazu, dass eine Klärung, wen „die Kirche“ als ihr zugehörig betrachtet, maßgeblich von der Bewertung des zuständigen Bischofs abhängt, an dessen

- 15 Auch die Werke der evangelischen Kirche⁴⁷ sind Träger des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts und damit kirchliche Vereine. Welche der allein nach staatlichem Recht geordneten Zusammenschlüsse, die ihrer Zielsetzung nach der evangelischen Kirche nahestehen, als kirchliche Vereine angesehen werden können, bedarf wiederum der näheren Prüfung im Einzelfall. Auch hier kann die erforderliche Anerkennung durch die Kirche in einer organisatorischen oder institutionellen Verzahnung ihren Niederschlag finden.⁴⁸ Die innerkirchlichen Voraussetzungen für die Zuordnung zur evangelischen Kirche sind durch Kirchengesetze der Landeskirchen⁴⁹ und die Zuordnungsrichtlinie⁵⁰ näher konkretisiert worden. Bei den rechtlich selbständigen Trägern diakonischer Arbeit erfolgt die Zuordnung und Anerkennung einzelner Werke meist über die Aufnahme in das Diakonische Werk⁵¹ der jeweiligen Landeskirche⁵².

Feststellung der Staat bis zur Grenze des Missbrauchs gebunden ist, vgl. *Wolfgang Rüfner*, Fusion oder Kooperation? – Eine staatskirchenrechtliche Bewertung der Entwicklung in der Caritas, in: KuR 2005, S. 11 (15) (= KuR 230, S. 1 ff.).

⁴⁷ Vgl. dazu noch unten C. II.

⁴⁸ Beispiel: Nach § 5 Abs. 2 und 3 Diakoniegesezt der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern bedürfen die Satzung des Diakonischen Werkes sowie deren Änderungen der Genehmigung des Landeskirchenrats, die Mitglieder des Vorstands des Diakonischen Werkes Bayern werden im Einvernehmen mit dem Landeskirchenrat berufen und abberufen.

⁴⁹ Z. B. § 2 ff. Anerkennungs- und Zuwendungsgesetz der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern; vgl. auch das Werkegesetz der VELKD, näher dazu *Joachim E. Christoph*, Das Werkegesetz der Vereinigten Evangelisch-Lutherischen Kirche Deutschlands, in: Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link zum siebzigsten Geburtstag, hg. von Heinrich de Wall / Michael Germann, 2003, S. 67 ff.

⁵⁰ Richtlinie des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland über die Zuordnung diakonischer Einrichtungen zur Kirche (Zuordnungsrichtlinie) vom 8.12.2007, ABl. EKD S. 405; Darstellung und Kritik bei *Joachim E. Christoph*, Die Zuordnung der Dienste, Einrichtungen und Werke der sog. „verfassten Kirche“, in: ZevKR 54 (2009), S. 354 ff.; *Jörg Winter*, Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 2008, S. 173; *Gaukel*, Vereinsbildungen (o. Fn. 13), S. 85 ff.

⁵¹ Welche Probleme durch diese über das Diakonische Werk vermittelte Zuordnung entstehen können, wurde deutlich bei der Auseinandersetzung um die Mitgliedschaft des von katholischen Laien gegründeten Vereins *Donum vitae* im Diakonischen Werk der Rheinischen Landeskirche, vgl. dazu *Joachim E. Christoph*, Der gemeinsame Rechtsrahmen von Kirche und Diakonie, in: ZevKR 49 (2004), S. 465 (481).

⁵² Z. B. §§ 5 f. Diakoniegesezt der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern: Anerkennung durch Aufnahme in das „Diakonische Werk Bayern“, das wiederum ein Werk der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern ist, vgl. auch § 3 Abs. 2 Zuordnungsrichtlinie (o. Fn. 50): „Im Regelfall trifft der

Besondere Herausforderungen für die Zuordnung eines selbständigen Vereins zu einer Religionsgemeinschaft ergeben sich aus organisatorischen Umstrukturierungen. Dabei kommt es zur Ausgliederung („Outsourcing“), zu Beteiligungen privater Investoren, einer organisatorischen Zusammenarbeit mit Kommunen im Rahmen einer Öffentlich-Privaten Partnerschaft und auch zu ökumenischen Kooperationen⁵³ zwischen den Kirchen. Hier ist jeweils im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die erforderliche Zuordnung der Einrichtung zu der Religionsgemeinschaft noch gewahrt bleibt.⁵⁴

16

Weitere Schwierigkeiten ergeben sich für die gebotene formalisierte Zuordnung bei religiösen Vereinen, die sich einer nicht verfassten Religionsgemeinschaft zurechnen, der die formelle Anerkennung eines religiösen Vereins oder institutionell-organisatorische Verbindungen fremd sind. Dieses Problem stellt sich insbesondere für islamische Gemeinschaften und Vereinigungen.⁵⁵

17

Landesverband der Diakonie als Werk der Kirche für diese die kirchliche Zuordnungsentscheidung durch Aufnahme der betreffenden Einrichtung als Mitglied.“ (Hervorhebung nur hier).

⁵³ Näher zu den Rechtsfragen ökumenischer Trägerschaft im karitativ-diakonischen Bereich *Gregor Thüsing*, Dienstgemeinschaft trotz konfessioneller Verschiedenheit, in: *Recht in Kirche und Staat*. Joseph Listl zum 75. Geburtstag, hg. von Wilhelm Rees, 2004, S. 811 ff.; *Gaukel*, Vereinsbildungen (o. Fn. 13), S. 117 ff.

⁵⁴ Näher zu diesen Fragen *Rüfner*, Fusion oder Kooperation? (o. Fn. 46), S. 11; *Joussen*, Outsourcing und Ausgründungen in kirchlichen Einrichtungen, in: *KuR* 2009, S. 1 ff.; *Peter Hanau / Gregor Thüsing*, Grenzen und Möglichkeiten des Outsourcings aus dem kirchlichen Dienst, in: *KuR* 2002, S. 9 ff.; *Reinhard Richardi*, Preisgabe kirchlicher Einrichtungen durch Ausgliederung in eine Kapitalgesellschaft, in: *Dem Staate was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist*, Festschrift für Joseph Listl, hg. von Josef Isensee, 1999, S. 481 ff.; *Glawatz-Wellert*, Die Zuordnung der Diakonie zur Kirche (o. Fn. 38), S. 366 ff.

⁵⁵ Vgl. dazu den Ansatz von *Germann*, in: *Epping / Hillgruber* (o. Fn. 26), Art. 140, Rn. 40.3; zum Problem auch *Claus Dieter Classen*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Grundrechtsordnung, 2003, S. 94 ff.; *ders.*, *Religionsrecht*, 2. Aufl. 2015, Rn. 373 ff., der allerdings die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Religionsgemeinschaft weit zurücknehmen will.

II. Religiöse Vereine und Gesellschaften im einfachen Recht

1. Privatrecht

- 18 Religiöse Vereine im verfassungsrechtlichen Sinne können nach staatlichem Recht in unterschiedlichen privatrechtlichen Rechtsformen organisiert sein.⁵⁶

a) Religiöse Vereine im BGB

- 19 Eine weitverbreitete Rechtsform religiöser Vereine ist die des eingetragenen Vereins. Die Voraussetzungen, unter denen religiöse Vereine als Idealvereine in das Vereinsregister eingetragen werden und im staatlichen Rechtskreis Rechtsfähigkeit erlangen können, ergeben sich grundsätzlich⁵⁷ aus den Vorschriften der §§ 21 ff. BGB.⁵⁸
- 20 Neben der Rechtsform des eingetragenen Vereins kann sich ein religiöser Verein auch als nichtrechtsfähiger Verein gem. § 54 BGB⁵⁹ oder als Gesellschaft bürgerlichen Rechts organisieren.⁶⁰

b) Religiöse Gesellschaften als Kapitalgesellschaften

- 21 Ein religiöser Verein im verfassungsrechtlichen Sinne kann zivilrechtlich auch in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft organisiert sein. Wählt eine kirchliche Vereinigung diese Rechtsform, so sind die jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Spezialvorschriften zu beachten, etwa das Aktiengesetz (AktG) oder das GmbH-Gesetz

⁵⁶ Überblick mit zahlreichen Hinweisen auf praktische Vor- und Nachteile der unterschiedlichen Rechtsformen bei *Klaus Bielitz*, Privatrechtliche Organisationsformen in der evangelischen Kirche, in: ZevKR 47 (2002), S. 56 ff.

⁵⁷ Dazu ausführlich unten B.III.3.

⁵⁸ Zu den Voraussetzungen für die Gründung eines bürgerlich-rechtlichen Vereins *Barbara Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, S. 191 ff.

⁵⁹ Zum nichtrechtsfähigen bürgerlich-rechtlichen Verein *Grunewald*, ebd., S. 235 ff.

⁶⁰ *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 14), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 59; *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 17), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 183; *ders.*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 15), Rn. 268.

(GmbHG)⁶¹. Dabei erweist sich die GmbH⁶² gegenüber der Aktiengesellschaft häufig als die günstigere Rechtsform,⁶³ um die Besonderheiten religiöser Vereinigungen zu berücksichtigen und insbesondere die Zuordnung⁶⁴ zur Religionsgemeinschaft sicherzustellen. Denn einerseits ist die Geschäftsführung einer GmbH grundsätzlich den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterworfen, während der Vorstand einer Aktiengesellschaft diese gem. § 76 Abs. 1 AktG zwingend eigenständig und weisungsunabhängig zu leiten hat.⁶⁵ Andererseits ergibt sich aus dem Prinzip der Satzungsautonomie gem. § 45 Abs. 1 GmbHG⁶⁶ im Unterschied zum Grundsatz der Satzungsstrenge gem. § 23 Abs. 5 AktG⁶⁷ eine höhere Flexibilität, um bei der Gestaltung der Satzung die kirchlichen Einflussmöglichkeiten und Mitgliedschaftsrechte abzusichern.

c) Sonstige Rechtsformen religiöser Vereine und Gesellschaften

Neben dem bürgerlich-rechtlichen Verein und der GmbH kommen auch andere Rechtsformen für religiöse Vereine (im verfassungsrechtlichen Sinne) in Betracht. Besonders hervorzuheben ist hier die kirchliche Stiftung.⁶⁸

22

⁶¹ Zahlreiche organisations-, haftungs- und arbeitsrechtliche Spezialfragen dieser Gesellschaftsform werden erörtert bei *Rolf Krämer*, Aktuelle kirchen- und wirtschaftsrechtliche Probleme einer diakonischen GmbH, in: ZevKR 41 (1996), S. 66 ff.; *Thomas Bauer*, Die GmbH als Rechtsform karitativer Einrichtungen der Kirche, 2003, S. 57 ff.

⁶² Demgegenüber ist die „gemeinnützige GmbH“ keine eigenständige Rechtsform, sondern bezeichnet solche GmbHs, die ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigte Zwecke i. S. d. §§ 51 ff. AO verfolgen. Seit dem 29.3.2013 darf die Firma der Gesellschaft gem. § 4 S. 2 GmbHG die Abkürzung „gGmbH“ enthalten, vgl. *Carsten Jaeger*, in: BeckOK GmbHG, hg. von Hildegard Ziemons / Carsten Jaeger, Edition 36, Stand 1.8.2018, § 4, Rn. 21a.

⁶³ Vgl. auch die Überlegungen zur Rechtsformwahl bei *Gaukel*, Vereinsbildungen (o. Fn. 13), S. 38 ff.

⁶⁴ S. dazu oben B. I. 5. b.

⁶⁵ Vgl. *Matthias Schüppen*, in: Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, hg. von dems. / Bernhard Schaub, 2. Aufl. 2010, § 2, Rn. 16 ff.

⁶⁶ Vgl. nur *Wolfgang Zöllner / Ulrich Noack*, in: GmbHG, hg. von Adolf Baumbach / Alfred Hueck, 21. Aufl. 2017, § 45, Rn. 1 ff. m. w. N.

⁶⁷ Vgl. nur *Jens Koch*, in: Aktiengesetz, hg. von Uwe Hüffer / Jens Koch, 13. Aufl. 2018, § 23, Rn. 34 m. w. N.

⁶⁸ S. dazu den gesonderten Beitrag von *Wilhelm-Albrecht Achilles*, → § 71; *Karl-Hermann Kästner / Daniel Couzinet*, Der Rechtsstatus kirchlicher Stiftungen staatlichen Rechts des 19. Jahrhunderts, 2008; die Beiträge in: *Ansgar*

2. Vereinsgesetz

a) Anwendbarkeit auf religiöse Vereine

- 23 Das Vereinsgesetz findet auf religiöse Vereine Anwendung.⁶⁹ Die frühere Regelung in § 2 Abs. 2 Nr. 3 VereinsG, nach der Religionsgemeinschaften keine Vereine im Sinne des Vereinsgesetzes waren (sog. Religionsprivileg),⁷⁰ wurde zudem im Jahre 2001 gestrichen.⁷¹

b) Verbot religiöser Vereine

- 24 Damit ist auch § 3 Abs. 1 S. 1 VereinsG als Ermächtigungsgrundlage anwendbar für ein Verbot religiöser Vereine.⁷² Materiell-rechtliche Voraussetzung für ein Verbot ist, dass die Zwecke des Vereins oder seine Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder dass er sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richtet.⁷³ Diese Voraussetzung ist nicht bereits dann erfüllt, wenn die Autorität staatlicher Gesetze grundsätzlich anerkannt wird, aber ein Vorbehalt zu Gunsten des Gewissens und aus dem religiösen Glauben begründeter Entscheidungen erhoben wird

Hense / Martin Schulte (Hg.), Kirchliches Stiftungswesen und Stiftungsrecht im Wandel, 2009.

⁶⁹ *Kästner*, in: Bonner Kommentar (o. Fn. 16), Art. 140, Rn. 288.

⁷⁰ Zu der Diskussion, ob ein Verbot von Religionsgemeinschaften nach der früheren Rechtslage auf andere Eingriffsermächtigungen gestützt werden konnte, vgl. nur *Bodo Pieroth / Thorsten Kingreen*, Das Verbot von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, in: NVwZ 2001, S. 841 (845) m. w. N.; zu der Frage, ob auch nach der jetzigen Rechtslage verfassungsrechtliche Gründe gegen die Möglichkeit des Verbots einer Religionsgemeinschaft auf der Grundlage des VereinsG sprechen BVerwG, in: NVwZ 2003, S. 986 (987 f.); *Kathrin Groh*, Selbstschutz der Verfassung gegen Religionsgemeinschaften, 2004, S. 311 ff.; *Rainer Schmidt*, Das Verbot von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften nach Grundgesetz und Vereinsgesetz nach Fall des Religionsprivilegs, 2012, S. 275 ff.

⁷¹ Gesetz v. 4. 12. 2001, BGBl. I S. 3319.

⁷² *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 14), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 15; *Pieroth / Kingreen*, Das Verbot von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften (o. Fn. 70), S. 843.

⁷³ Allg. zu diesen Voraussetzungen eines Vereinsverbots *Höfling*, in: Sachs (o. Fn. 23), Art. 9, Rn. 45 ff. m. w. N; speziell im Hinblick auf das Verbot einer Religionsgemeinschaft *Germann*, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 26), Art. 4, Rn. 59 ff., dessen Überlegungen auf das Verbot religiöser Vereine übertragbar sein dürften.

und daraus abgeleitet wird, im Fall eines unausweichlichen Konflikts den Glaubensgeboten mehr zu gehorchen als den Geboten des staatlichen Rechts⁷⁴. Ein Verbot kann sich aber auf die grundsätzliche Ablehnung der Autorität staatlicher Gesetze stützen, wenn daraus ein Anspruch abgeleitet wird, die eigenen Vorstellungen auch mit Gewalt im Widerstand zum Staat durchzusetzen, und die verfassungsmäßige Ordnung nach den Zielen des Vereins aktiv bekämpft und kämpferisch-aggressiv untergraben werden soll.⁷⁵ Außerdem muss das Verbot eines religiösen Vereins nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unerlässlich sein; die verfassungsfeindliche Tätigkeit darf sich nicht mit milderer Mitteln – insbesondere durch Maßnahmen gegen einzelne Personen – unterbinden lassen.

III. Satzungsautonomie und religiöses Selbstbestimmungsrecht

1. Das Problem der Fremdbestimmung religiöser Vereine und Gesellschaften

In den Satzungen kirchlicher Vereine finden sich häufig Bestimmungen, die der Amtskirche in Gestalt des Kirchenvorstandes, des Bischofs oder einer anderen Instanz einen entscheidenden Einfluss auf die Vereinsarbeit sichern. Satzungen enthalten z.B. Regelungen darüber, dass bestimmte Amtsträger der Kirche geborene Mitglieder des Vereins sind oder dass eine Entscheidung über die Aufnahme sonstiger Personen in den Verein der Zustimmung einer bestimmten kirchlichen Stelle bedarf.⁷⁶ Weist die Vereinssatzung derartige Bestimmungen auf, so haben die Registergerichte bisweilen eine Eintragung des Vereins in das Vereinsregister mit der Begründung abgelehnt, der Verein sei in unzulässiger Weise fremdbestimmt, dies sei mit dem Grundsatz der Vereinsautonomie nicht vereinbar.⁷⁷

25

⁷⁴ Vgl. dazu BVerfGE 102, 370 (391) im Hinblick auf die Rechtstreue der Religionsgemeinschaft der „Zeugen Jehovas“.

⁷⁵ Zu diesen Voraussetzungen beim Verbot des „Verbandes der islamischen Vereine und Gemeinden“ – „Kalifatsstaat“: BVerwG, in: NVwZ 2003, S. 986 (989); vgl. auch OVG Bremen, in: NVwZ-RR 2012, S. 64.

⁷⁶ Vgl. etwa die bei OLG Köln, in: NJW 1992, S. 1048, und LG Oldenburg, in: JZ 1992, S. 250, mitgeteilten Satzungsbestimmungen.

⁷⁷ Vgl. etwa die folgenden Entscheidungen bzw. die dort mitgeteilten Entscheidungen der Rechtspfleger: OLG Frankfurt, in: NJW 1983, S. 2576; OLG Stuttgart, OLGZ 1986, 257 (aufgehoben durch BVerfGE 83, 341); BayObLG,

2. Der Grundsatz der Vereinsautonomie

26 Der Grundsatz der Vereinsautonomie ist ein elementares Strukturprinzip des staatlichen Vereinsrechts.⁷⁸ Er gibt dem Verein das Recht, seine Angelegenheiten selbst zu regeln und sich in freier Selbstbestimmung eine eigene Ordnung zu geben. Kernpunkt der Vereinsautonomie ist danach die Satzungsautonomie.⁷⁹ Die Grundlage dieses in den §§ 21 ff. BGB nicht ausdrücklich festgelegten⁸⁰ Prinzips der Vereinsautonomie wird überwiegend in der Privatautonomie der Mitglieder des Vereins gesehen.⁸¹ Der Erlass der Satzung ist demgemäß ein privates Rechtsgeschäft der Vereinsgründer. Der rechtsgeschäftliche Charakter der Satzung ermöglicht es aber den Vereinsmitgliedern nicht nur, in weitgehender Selbstbestimmung die Geschicke des Vereins zu steuern, sondern auch Begrenzungen ihrer Gestaltungsmöglichkeiten festzuschreiben. Eine Bindung an Dritteinflüsse einzugehen kann Ausdruck der Vereinsautonomie sein.⁸² Derartige Bindungen dürfen andererseits nicht so weit gehen, dass dem Verein kein Freiraum für selbstbestimmte Entscheidungen verbleibt. Der Verein darf sich seiner Autonomie nicht vollständig begeben.⁸³

in: NJW 1980, S. 1757; LG Bonn, in: Rpfleger 1991, S. 156 (aufgehoben durch OLG Köln, in: NJW 1992, S. 1048); LG Oldenburg, in: JZ 1992, S. 250.

⁷⁸ Zweifelnd aber *Martin Schockenhoff*, Vereinsautonomie und Autonomie kirchlicher Vereine, in: NJW 1992, S. 1013 (1015): eine befriedigende Fundierung dieses Grundsatzes sei nicht ersichtlich.

⁷⁹ Vgl. *Werner Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Hbd. 2, 1983, S. 193.

⁸⁰ BVerfGE 83, 341 (358).

⁸¹ Ausführlich zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen für eine Vereinsautonomie *Wolff*, Der drittbestimmte Verein (o. Fn. 1), S. 114 ff.; zu abweichenden Ansichten vgl. *Schockenhoff*, Vereinsautonomie (o. Fn. 78), S. 1015.

⁸² BVerfGE 83, 341 (359); KG, OLGZ 1974, 385 (387); *Wilhelm Dütz*, Tendenzaufsicht im Vereinsrecht, in: Festschrift für Wilhelm Herschel zum 85. Geburtstag, hg. von Peter Hanau / Gerhard Müller / Herbert Wiedemann / Otfried Wlotzke, 1982, S. 55 (73 f.); *Bürgel*, Die Beziehung der katholischen Kirche (o. Fn. 3), S. 162; a. A. *Werner Flume*, Die Vereinsautonomie und ihre Wahrnehmung durch die Mitglieder hinsichtlich der Selbstverwaltung der Vereinsangelegenheiten und der Satzungsautonomie, in: Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, hg. von Norbert Horn, Bd. 2, 1982, S. 97 (110); *ders.*, Vereinsautonomie und kirchliche oder religiöse Vereinigungsfreiheit und das Vereinsrecht, in: JZ 1992, S. 238 (239).

⁸³ Ausführlich zum Spannungsverhältnis zwischen Gestaltungsfreiheit und notwendiger Selbstbestimmung *Anja Steinbeck*, Vereinsautonomie und Dritteinfluß, 1999, S. 31 ff., die ein unabdingbares Mindestmaß an körper-

Dies wäre mit der gerade durch die Autonomie geprägten Rechtsform des eingetragenen Vereins nicht vereinbar.

3. Die Sonderstellung religiöser Vereine und Gesellschaften aufgrund des religiösen Selbstbestimmungsrechts

Die Frage, wie weit dieses Verbot weitgehender Fremdbestimmung auch für religiöse Vereine gilt, ist mit Blick auf Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV⁸⁴ zu beantworten. Danach gilt der Grundsatz der Vereinsautonomie für religiöse Vereine nicht ohne Modifikationen.⁸⁵ Die Bildung der Strukturen, derer sich eine Religionsgemeinschaft wie die Kirche bedient, wird entscheidend durch ihr Selbstverständnis geprägt. Staatliche Reglementierungen der Organisationshoheit berühren daher das kirchliche Selbstbestimmungsrecht aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV.⁸⁶ Der Grundsatz der Vereinsautonomie und die vereinsrechtlichen Regelungen sind folglich bei der Bildung religiöser Vereine nur dann zu beachten, wenn in ihnen ein „für alle geltendes Gesetz“ im Sinne des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV gesehen werden kann.⁸⁷ Diese Schrankenformel erfordert nach überwiegender Ansicht eine wertende Gegenüberstellung von kirchlicher Tätigkeit und einschränkendem Gesetz. Die Schrankenklausel wird danach zum Ansatzpunkt einer abwägenden Zuordnung (*Hesse*)⁸⁸ der gegenläufigen Interessen gemacht: der kirchlichen Freiheit einerseits und des Rechtsgutes, welches in dem einschränkenden Gesetz seinen Niederschlag gefunden hat, andererseits. Die Abwägung erfolgt nach dem Muster der vom Bundesverfassungsgericht für Einschränkungen der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 und 2 GG entwickelten so genannten

27

schaftlicher Selbstbestimmung, das einem Verein mindestens verbleiben muss, aus einem Verbot der Selbstentmündigung nach § 138 BGB ableitet, a. a. O., S. 42 ff.

⁸⁴ A. A. Wolff, Der drittbestimmte Verein (o. Fn. 1), S. 246 ff., demzufolge Art. 137 Abs. 4 WRV insoweit *lex specialis* gegenüber Art. 137 Abs. 3 WRV sei.

⁸⁵ So auch Steinbeck, Vereinsautonomie (o. Fn. 83), S. 142 f.

⁸⁶ von Campenhausen/de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 13), S. 122 f., 126.

⁸⁷ Vgl. Schockenhoff, Vereinsautonomie (o. Fn. 78), S. 1017.

⁸⁸ Vgl. Konrad Hesse, Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: HSKR², Bd. I, 1994, S. 521 (554).

Wechselwirkungstheorie⁸⁹. Vereinsrechtliche Normen, die geeignet sind, das kirchliche Selbstbestimmungsrecht zu beschränken, müssen im Lichte des Selbstbestimmungsrechts ausgelegt und so in ihrer die religiöse Freiheit begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden. Die Autonomie in der Bildung und Organisation eines religiösen Vereins kann dahin betätigt werden, dass als Zweck des Vereins gewollt wird, TeiIgliederung einer Religionsgemeinschaft zu sein und sich in deren religionsrechtlich bestimmte Struktur einzufügen.⁹⁰

28 Diese Grundsätze führen zu einer nur eingeschränkten, modifizierten Geltung des staatlichen Vereinsrechts für religiöse Vereine.⁹¹ Für alle geltende Gesetze im Sinne des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV sind diejenigen Vorschriften des bürgerlichen Rechts, die die Beziehungen des Vereins nach außen regeln. Sie gelten im Interesse der Sicherheit und Klarheit des Rechtsverkehrs und zum Schutz der Rechte außenstehender Dritter⁹² auch für religiöse Vereine. Daher muss ein religiöser Verein in seinem Namen den Zusatz „eingetragener Verein“ führen.⁹³ Der Verein muss gem. § 26 BGB einen vertretungsberechtigten Vorstand haben. Eine Änderung des Vorstands oder Einschränkungen seiner Vertretungsmacht bedürfen der Eintragung

⁸⁹ Vgl. BVerfGE 53, 366 (401); 72, 278 (289): „Wechselwirkung von Kirchenfreiheit und Schranken zweck“; die Prüfung des Schrankenvorbehalts der „allgemeinen Gesetze“ am Maßstab der Wechselwirkungs- bzw. Abwägungslehre hat sich gegenüber früheren, eher formalen Erklärungsansätzen zutreffend und ganz überwiegend durchgesetzt, s. dazu nur *Unruh*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 17), Art. 137 WRV, Rn. 42; *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 18), S. 1257; *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 14), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 51; grundlegend zur Wechselwirkungstheorie BVerfGE 7, 198 (208 f.).

⁹⁰ BVerfGE 83, 341 (360).

⁹¹ von *Campenhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 13), S. 124; *Flume*, Die Vereinsautonomie und ihre Wahrnehmung (o. Fn. 82), S. 109 f.; *Bürgel*, Die Beziehung der katholischen Kirche (o. Fn. 3), S. 206 ff.; *Dirk-Ulrich Otto*, in: Handbuch zum Vereinsrecht, hg. von Kurt Stöber/Dirk-Ulrich Otto, 11. Aufl. 2016, Rn. 42 ff.; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 15), Rn. 270; *Klaus Machanek*, Der bürgerlichrechtliche Verein mit kirchlichem Zweck, 1999, S. 71 ff., 80; krit. *Wolfram Waldner*, Gibt es ein Sonderrecht für religiöse Vereine kraft Verfassung?, in: Zweite Erlanger Festschrift für Karl Heinz Schwab, hg. von Wolfram Waldner/Reinhard Künzl, 2000, S. 155 (161 ff., 164), der ein Sonderrecht für kirchliche Vereine ablehnt, allerdings aufgrund eines weiten Verständnisses der Satzungsautonomie im Hinblick auf die nachfolgend aufgeführten Einzelfragen teilweise zu vergleichbaren Ergebnissen kommt; *ders.*, in: Der eingetragene Verein, hg. von Eugen Sauter/Gerhard Schwyer/Wolfram Waldner, 20. Aufl. 2016, Rn. 39, 52.

⁹² BVerfGE 83, 341 (358); *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 15), Rn. 271.

⁹³ *Otto*, in: Handbuch zum Vereinsrecht (o. Fn. 91), Rn. 44.

in das Vereinsregister, §§ 67, 68, 70 BGB.⁹⁴ Ist dem religiösen Verein gegenüber eine Willenserklärung abzugeben, so genügt die Abgabe einem Vorstandsmitglied gegenüber, § 28 Abs. 2 BGB. Auch der religiöse Verein haftet gem. § 31 BGB für schädigende Handlungen seiner Organe.⁹⁵

Bei der Ausgestaltung seiner inneren Angelegenheiten und der rechtlichen Beziehungen zu einer Religionsgemeinschaft ist der religiöse Verein demgegenüber nicht uneingeschränkt an das staatliche Vereinsrecht gebunden,⁹⁶ beide Aspekte werden wesentlich durch das religiöse Selbstverständnis bestimmt⁹⁷. Das spezifisch religiöse Verständnis, welches die Basis für die gesamte Vereinsarbeit bildet, schlägt sich notwendigerweise auch in der Struktur und Organisation des Vereins nieder.⁹⁸ Dadurch, dass der Verein sich in die hierarchische Ordnung der Kirche einfügt oder sich ihr in gewissem Maße unterstellt, verlässt er nicht den Bereich autonomer Regelungsbefugnis.⁹⁹ Das für weltliche Vereine geltende Verbot übermäßigen Fremdeinflusses gilt folglich für kirchliche Vereine nicht, soweit Befugnisse kirchlicher Instanzen in Rede stehen.¹⁰⁰ Kirchliche Vereine dürfen sich in weitem Maße dem Einfluss kirchlicher Würdenträger oder

29

⁹⁴ *Steinbeck*, Vereinsautonomie (o. Fn. 83), S. 143; *Kästner*, in: Bonner Kommentar (o. Fn. 16), Art. 140, Rn. 352.

⁹⁵ *Kästner*, in: Bonner Kommentar (o. Fn. 16), Art. 140, Rn. 352; *Machanek*, Der bürgerlichrechtliche Verein (o. Fn. 91), S. 137.

⁹⁶ Vgl. die Entscheidung des BVerfG zur Religionsgemeinschaft der Baha'í, BVerfGE 83, 341, die, wie *Schockenhoff*, Vereinsautonomie (o. Fn. 78), S. 1013, mit Recht herausstellt, weitreichende Bedeutung für das religiöse Vereinswesen hat; vgl. ferner OLG Düsseldorf, in: NZG 2009, S. 1227; OLG Köln, in: NJW 1992, S. 1048 (1049 f.); LG Oldenburg, in: JZ 1992, S. 250 (251); *Steinbeck*, Vereinsautonomie (o. Fn. 83), S. 141 ff.; *Otto*, in: Handbuch zum Vereinsrecht (o. Fn. 91), Rn. 44; ferner *Wolfgang Rübner*, Zur Bindung kirchlicher Vereine an die Amtskirche nach kanonischem und weltlichem Recht, in: Verantwortlichkeit und Freiheit. Die Verfassung als wertbestimmte Ordnung. Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag, hg. von Hans Joachim Faller/Paul Kirchhof/Ernst Träger, 1989, S. 620 (628 f.) m.w.N., der aber im Ergebnis über diese Ansicht hinausgeht.

⁹⁷ Anschaulich der Vortrag des Beschwerdeführers in BVerfGE 83, 341 (349).

⁹⁸ BVerfGE 53, 366 (403); *Machanek*, Der bürgerlichrechtliche Verein (o. Fn. 91), S. 102 ff.

⁹⁹ Vgl. BVerfGE 83, 341 (360); OLG Köln, in: NJW 1992, S. 1048 (1050); *Flume*, Die Vereinsautonomie und ihre Wahrnehmung (o. Fn. 82), S. 110.

¹⁰⁰ Vgl. *Axel von Campenhausen*, Staatskirchenrechtliche Grundsatzfragen im Vereinsrecht. Bedeutung des Art. 137 Abs. 4 WRV im Rahmen des Art. 140 GG, in: Rpfleger 1989, S. 349 (351); im Ergebnis so auch *Schockenhoff*, Vereinsautonomie (o. Fn. 78), S. 1018.

kirchlicher Behörden unterwerfen,¹⁰¹ wenn dies der Sicherung und Einordnung in die Religionsgemeinschaft im Rahmen der bestehenden religiösen Verknüpfung dient und auf solche Zwecke wie die Wahrung der Identität der Glaubenslehre und grundlegender glaubensbedingter Lebensführungspflichten begrenzt ist.¹⁰²

- 30 Bereits bei der Gründung eines religiösen Vereins können sich Besonderheiten im Hinblick auf die Mindestmitgliederzahl gem. § 56 BGB ergeben.¹⁰³ Das Innenverhältnis oder die Beziehungen des Vereins zur Kirche betreffen etwa Regelungen über besondere Organe des Vereins (z. B. einen Verwaltungs- oder Beirat), besondere Verhaltenspflichten der Vereinsmitglieder¹⁰⁴ und Vorschriften über Beginn und Ende der Mitgliedschaft im Verein¹⁰⁵. So kann die Vereinsmitgliedschaft an die Zugehörigkeit zur Kirche gekoppelt werden. Bestimmte kirchliche Amtsträger können zu „geborenen“ Vereinsmitgliedern bestimmt werden.¹⁰⁶ Zulässig ist es auch, nur einer bestimmten Gruppe von Mitgliedern das Recht auf Teilnahme an der Willensbildung des Vereins einzuräumen.¹⁰⁷ Einer kirchlichen Stelle kann das Recht eingeräumt werden, Vereinsmitglieder zu benennen, oder die Aufnahme kann von der Zustimmung einer kirchlichen Stelle

¹⁰¹ Vgl. *Machanek*, Der bürgerlichrechtliche Verein (o. Fn. 91), S. 108 ff.; *Schockenhoff*, Vereinsautonomie (o. Fn. 78), S. 1018.

¹⁰² BVerfGE 83, 341 (360 f.); *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 15), Rn. 271.

¹⁰³ OLG Hamm, in: NJW-RR 1997, S. 1397 f., danach ist ein religiöser Verein eintragungsfähig, der aus lediglich fünf Mitgliedern besteht, wenn sich in der geringen Zahl der Gründungsmitglieder die Gliederung der katholischen Kirche im Land NRW widerspiegelt (fünf Diözesen); krit. dazu *Otto*, in: Handbuch zum Vereinsrecht (o. Fn. 91), Rn. 1310.

¹⁰⁴ Vgl. LG Köln, KirchE 16, 58 (62 ff.), bestätigt durch OLG Köln, KirchE 16, 242.

¹⁰⁵ Vgl. OLG Köln, in: NJW 1992, S. 1048 (1050); *von Campenhausen*, Staatskirchenrechtliche Grundsatzfragen (o. Fn. 100), S. 350 f.

¹⁰⁶ OLG Köln, in: NJW 1992, S. 1048 (1050); OLG Hamm, in: NJW-RR 1995, S. 119 (120); *Machanek*, Der bürgerlichrechtliche Verein (o. Fn. 91), S. 125 f.; krit. dazu wegen der Bedeutung der negativen Vereinigungsfreiheit *Waldner*, Sonderrecht (o. Fn. 91), S. 169 f., der aber eine Auslegung entsprechender Klauseln in dem Sinn für zulässig hält, dass der Betreffende – sein Einverständnis vorausgesetzt – ohne Aufnahmeverfahren und ohne ausdrückliche Beitrittserklärung Vereinsmitglied werden soll; ablehnend auch *Otto*, in: Handbuch zum Vereinsrecht (o. Fn. 91), Rn. 233.

¹⁰⁷ OLG Frankfurt a. M., in: NJW-RR 1997, S. 482 (483) im Hinblick auf eine Unterscheidung zwischen „eingeschriebenen Mitgliedern“ und „tätigen Mitgliedern“ in der Satzung des CVJM e.V.; für eine Kompetenz kirchlicher Vereine zur freien Regelung der Mitgliedschaftsrechte auch *Machanek*, Der bürgerlichrechtliche Verein (o. Fn. 91), S. 129 f.

abhängig gemacht werden¹⁰⁸. Der Verein kann ferner kirchlichen Stellen bestimmte Kontrollrechte¹⁰⁹ und weitgehende Mitwirkungsrechte bei Satzungsänderungen¹¹⁰ sowie bei der Auflösung des Vereins¹¹¹ einräumen. Für bestimmte Rechtsgeschäfte, etwa Grundstücksgeschäfte oder die Anstellung von Mitarbeitern, kann die vorherige Zustimmung eines kirchlichen Gremiums vorgesehen werden.¹¹²

Die Grenze zulässiger Einflussnahme durch die Kirche ist erst dann erreicht, wenn der Verein seine körperschaftliche Struktur verliert, Selbstbestimmung und Selbstverwaltung nicht nur in einzelnen, näher bestimmten Angelegenheiten, sondern darüber hinaus in weitem Umfang ausgeschlossen werden und der Verein zur bloßen Verwaltungsstelle oder zu einem bloßen Sondervermögen der Kirche wird¹¹³. Eine zu weitgehende Fremdbestimmung liegt nach der Rechtsprechung aber z. B. dann noch nicht vor, wenn eine in der Vereinssatzung ausdrücklich als übergeordnet bezeichnete kirchliche Instanz die Zuständigkeit des Vereins festlegt und selbst für die Entscheidung über den Ausschluss eines Vereinsmitgliedes¹¹⁴ zuständig ist,

31

¹⁰⁸ OLG Köln, in: NJW 1992, S. 1048 (1049); OLG Düsseldorf, in: NZG 2009, S. 1227 (1230), zu einer Satzungsregelung, nach der die Aufnahme in einen Verein, der ein „Evangelisches Altenheim“ betreibt, der Zustimmung des Presbyteriums der Kirchengemeinde bedarf; Otto, in: Handbuch zum Vereinsrecht (o. Fn. 91), Rn. 228.

¹⁰⁹ Vgl. Frost, Strukturprobleme (o. Fn. 37), S. 417 f.

¹¹⁰ Vgl. OLG Köln, in: NJW 1992, S. 1048 (1050) m. w. N.; OLG Düsseldorf, in: NZG 2009, S. 1227 (1229), im Hinblick auf eine Regelung, wonach Satzungsänderungen, die den Zweck des Vereins, die Zusammensetzung, die Zuständigkeit seiner Organe oder die Bestimmungen über die Zuordnung zur Kirche verändern, neben der Zustimmung von drei Viertel der Mitglieder die Zustimmung des Presbyteriums der Evangelischen Kirchengemeinde bedürfen; vgl. zu der Entscheidung Reinmar Wolff, „Kirchenaustritt“ religiöser Vereine – Freiheit, Bindung und die Reichweite der Vereinsautonomie, in: NZG 2009, S. 1217 ff.

¹¹¹ Vgl. BayObLG, in: NJW 1980, S. 1756; OLG Köln, in: NJW 1992, S. 1048 (1050); LG Aachen, in: DVBl. 1976, S. 914; Unruh, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 17); Art. 137 WRV, Rn. 189; Machanek, Der bürgerlichrechtliche Verein (o. Fn. 91), S. 149 f.; differenzierend Waldner, in: Der eingetragene Verein (o. Fn. 91), Rn. 392.

¹¹² Vgl. OLG Köln, in: NJW 1992, S. 1048 (1050).

¹¹³ Vgl. BVerfGE 83, 341 (360); KG, OLGZ 1974, 385 (390) m. w. N.; BayObLG, in: NJW 1980, S. 1756 (1757); Kästner, in: Bonner Kommentar (o. Fn. 16), Art. 140, Rn. 352.

¹¹⁴ Vgl. zum Ausschluss eines Mitglieds aus einem eingetragenen religiösen Verein auch LG Frankfurt a. M., in: NJW-RR 2003, S. 1436; Otto, in: Handbuch zum Vereinsrecht (o. Fn. 91), Rn. 1013.

wenn zudem Satzungsänderungen ihrer Genehmigung bedürfen und sie das Recht hat, den Verein aufzulösen¹¹⁵.

C. Überblick: Religiöse Vereine und Gesellschaften in den kirchlichen Rechtsordnungen

I. Das Recht der katholischen Kirche

32 Das kanonische Recht enthält eine umfassende kircheninterne Regelung des Vereinsrechts.¹¹⁶ Der Codex Iuris Canonici garantiert den Gläubigen¹¹⁷ in c. 215 das Recht, Vereinigungen zu bilden zum Zwecke der Caritas, der Frömmigkeit oder zur Förderung der christlichen Berufung in der Welt. C. 215 CIC enthält somit eine allgemeine Gewährleistung,¹¹⁸ die den Gläubigen nicht nur das Recht einräumt, sich zu kanonischen Vereinen im Sinne der cc. 298 ff. CIC zusammenzuschließen, sondern ihnen auch das Recht gibt, andere Zusammenschlüsse mit einer der in c. 215 CIC umschriebenen Zielsetzung zu bilden (sog. freie Zusammenschlüsse¹¹⁹).¹²⁰ Die allgemeinen Bestimmungen über kanonische Vereine von Gläubigen in den cc. 298 ff. CIC enthalten Vorschriften über den Mindestinhalt der Statuten, die Aufsichtsrechte der kirchlichen Autorität, den Erwerb und Verlust der

¹¹⁵ BVerfGE 83, 341 (343 ff., 360) für die Religionsgemeinschaft der Bahá'í; vgl. auch die weitgehenden Rechte kirchlicher Stellen im Falle des OLG Köln, in: NJW 1992, S. 1048; ferner KG, OLGZ 1974, 385.

¹¹⁶ Vgl. die Darstellungen von *Thomas Schüller*, Allgemeine Fragen des kirchlichen Vereinsrechts, in: HKKR³, S. 796 ff. und *ders.*, Die privaten und öffentlichen kirchlichen Vereine, ebd., S. 813 ff.; *Heribert Hallermann*, Die Vereinigungen im Verfassungsgefüge der lateinischen Kirche, 1999, S. 321 ff.; *Tillmanns*, Der Bund der Deutschen Katholischen Jugend (o. Fn. 8), S. 183 ff.

¹¹⁷ Zur Frage, ob die Mitgliedschaft in katholischen Vereinigungen auch Nichtkatholiken offensteht, differenzierend *Reiner Tillmanns*, Die Mitgliedschaft von Nichtkatholiken in katholischen Vereinigungen, in: *Recht in Kirche und Staat*. Joseph Listl zum 75. Geburtstag, hg. von Wilhelm Rees, 2004, S. 479 (497 ff.).

¹¹⁸ Näher zum Inhalt dieses Rechts *Hallermann*, Die Vereinigungen (o. Fn. 116), S. 348 ff.

¹¹⁹ Nachdrücklich für eine Qualifizierung dieser freien Zusammenschlüsse als eigene, von den kirchlichen Vereinen im Sinne der cc. 298 ff. CIC wesensverschiedene Vereinigungsform *Tillmanns*, Der Bund der Deutschen Katholischen Jugend (o. Fn. 8), S. 192.

¹²⁰ *Winfried Aymanns*, Kirchliche Vereinigungen, 1988, S. 22.

Mitgliedschaft und das Recht, die Bezeichnung „katholisch“¹²¹ zu führen. Das kanonische Recht kennt verschiedene Formen von Vereinen (cc. 298 ff. CIC). Zu unterscheiden¹²² sind der öffentliche Verein, der von der kirchlichen Autorität errichtet¹²³ wird (c. 301 § 3, cc. 312 ff. CIC), und der private Verein, der auf einer Gründungsvereinbarung von Gläubigen beruht (cc. 321 ff. CIC)¹²⁴. Der öffentliche kanonische Verein ist stets rechtsfähig im Sinne des kirchlichen Rechts (c. 313 CIC).¹²⁵ Private Vereine sind regelmäßig nicht rechtsfähig (c. 310 CIC), ihnen kann aber durch Dekret die Rechtsfähigkeit verliehen werden (c. 322 § 1 CIC).¹²⁶

Die Verleihung und der Verlust der kirchlichen Rechtsfähigkeit betreffen nicht die Stellung des Vereins im weltlichen Rechtskreis. Will die Kirche mit Wirkung für das weltliche Recht gegen den Verein vorgehen, so kann sie ihm allein die kirchliche Anerkennung entziehen bzw. ihn nach kirchlichem Recht auflösen¹²⁷ und ggf. anschließend dem Verein gerichtlich untersagen lassen, sich „katholisch“ zu nennen¹²⁸.

33

¹²¹ Dazu im Einzelnen *Reiner Tillmanns*, Die Führung der Bezeichnung „katholisch“ nach dem Recht der lateinischen Kirche, in: *Recht – Bürge der Freiheit. Festschrift für Johannes Mühlsteiger SJ zum 80. Geburtstag*, hg. von Konrad Breitsching / Wilhelm Rees, 2006, S. 699 (700 ff.).

¹²² Vgl. zu den vereinsrechtlichen Kategorien des CIC *Tillmanns*, Mitgliedschaft von Nichtkatholiken (o. Fn. 117), S. 485 ff.; *Schüller*, Die privaten und öffentlichen kirchlichen Vereine (o. Fn. 116), S. 813 ff.; *Aymanns*, Kirchliche Vereinigungen (o. Fn. 120), S. 28 ff.; *Winfried Schulz*, Der neue Codex und die kirchlichen Vereine, 1986, S. 40 ff.

¹²³ Näher zum hoheitlichen Errichtungsakt als maßgebliches Abgrenzungsmerkmal öffentlicher gegenüber privater Vereine *Hallermann*, Die Vereinigungen (o. Fn. 116), S. 414 f.

¹²⁴ Beispielhaft der Deutsche Caritasverband e.V., vgl. § 2 Abs. 2 Satzung: „Er ist ein privater Verein von Gläubigen im Sinne der Canones 299, 321–326 des Codex Iuris Canonici“; näher zur innerkirchlichen Rechtsstellung des Deutschen Caritasverbandes *Alfred E. Hierold*, Struktur- und Satzungsfragen im Deutschen Caritasverband, in: *Dienst an Glaube und Recht. Festschrift für Georg May zum 80. Geburtstag*, hg. von Anna Egler / Wilhelm Rees, 2006, S. 443 (445 f.).

¹²⁵ Zu den Folgen für die Verwaltung und Vertretung des Vereinsvermögens s. *Schüller*, Die privaten und öffentlichen kirchlichen Vereine (o. Fn. 116), S. 823 f.

¹²⁶ Vgl. *Schüller*, ebd., S. 819; *Hallermann*, Die Vereinigungen (o. Fn. 116), S. 445 f.

¹²⁷ Dazu *Schüller*, Die privaten und öffentlichen kirchlichen Vereine (o. Fn. 116), S. 819 f.

¹²⁸ Zum bürgerlich-rechtlichen Namensschutz in diesem Zusammenhang näher *Reiner Tillmanns*, Im Namen der Kirche – Zum Schutz der Bezeich-

II. Das Recht der evangelischen Kirche

34 Das Recht der evangelischen Kirche kennt keine dem kanonischen Recht vergleichbare Kodifizierung des kirchlichen Rechts der Vereine und Verbände.¹²⁹ Die Verfassungen der Landeskirchen enthalten meist nur einzelne programmatische Vorschriften, die sich vor allem mit den Missions- und Diakonischen Werken befassen.¹³⁰ Aufgrund der historisch gewachsenen Eigenständigkeit¹³¹ kirchlicher Vereine kennen die evangelischen Landeskirchen regelmäßig keine allgemeinen Kirchengesetze über das Vereinswesen. Die Rechtsbeziehungen zwischen der Kirche und den ihr nahestehenden Zusammenschlüssen regeln sich daher meist nach den für die jeweilige Gruppe geltenden kirchlichen Spezialvorschriften¹³² oder nach der Vereinssatzung. Gruppen mit mitgliedschaftlich-körperschaftlicher Struktur, bei denen die Vereinigung von Menschen gegenüber der Konzentration sachlicher Mittel im Vordergrund steht, werden im Recht der evangelischen Kirche mit dem Begriff „Werk“ gekennzeichnet.¹³³ Als Beispiele können die Jugendwerke, Missionswerke und die Diakonischen Werke¹³⁴ genannt werden. Die Werke werden zumeist ungeachtet ih-

nung „katholisch“ nach § 12 BGB, in: NJW 2006, S. 3180 ff.; *Gaukel*, Vereinsbildungen (o. Fn. 13), S. 103 ff.

¹²⁹ Treffend die Feststellung von *Christoph*, Das Werkegesetz (o. Fn. 49), S. 82: „Das evangelische Kirchenrecht hat bisher keine stringente Lehre der kirchlichen Rechtspersönlichkeit entwickelt“; s. aber *Dietrich Pirson*, Juristische Personen des kirchlichen Rechts, in: ZevKR 16 (1971), S. 1 ff.; *Hendrik Munsonius*, Die juristische Person des evangelischen Kirchenrechts, 2009, S. 59 ff.

¹³⁰ Vgl. etwa EKD: Art. 14 f. GO EKD; Rheinland: Art. 166 KO; Bayern: Art. 2, 37 ff. KVerf.; Westfalen: Art. 163 ff. KO; Hannover: Art. 118 KVerf.; Nordkirche: Art. 115 ff. KVerf.; Mitteldeutschland: Art. 77 f. KVerf.

¹³¹ Vgl. dazu *Wasse*, Die Werke und Einrichtungen (o. Fn. 3), S. 7; *Christoph*, Der gemeinsame Rechtsrahmen (o. Fn. 51), S. 466 ff.; *Glawatz-Wellert*, Die Zuordnung der Diakonie zur Kirche (o. Fn. 38), S. 354 ff.; *Winter*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 50), S. 173 ff.

¹³² Vgl. z.B. Bayern: § 4 Kirchengesetz über Ökumene, Mission, Entwicklungsdienst und Partnerschaft; §§ 5 f. Diakoniegeseztz; zum Ganzen *Frost*, Strukturprobleme (o. Fn. 37), S. 416 f.

¹³³ Vgl. *Wasse*, Die Werke und Einrichtungen (o. Fn. 3), S. 14 f.; Überblick zu den Rechtsfragen im Zusammenhang mit kirchlichen Werken und Einrichtungen, insbesondere der Diakonie bei *de Wall*, in: Kirchenrecht (o. Fn. 31), § 43.

¹³⁴ Näher dazu *Hans Liermann*, Recht und Rechtsstellung des Diakonischen Werkes – Innere Mission und Hilfswerk – der Evangelischen Kirche in Deutschland, in: ZevKR 16 (1971), S. 130 (159 f.).

rer Rechtsform als „Wesens-¹³⁵ und Lebensäußerung der Kirche“¹³⁶ angesehen. Die Verleihung einer eigenen kirchlichen Rechtspersönlichkeit ist in den meisten Territorialkirchen nicht vorgesehen.¹³⁷ Sofern die Werke und Einrichtungen nach staatlichem Recht nicht rechtsfähig sind, ist Rechtsträger die verfasste Kirche in Gestalt der Evangelischen Kirche in Deutschland, der einzelnen Landeskirchen und Gemeinden.¹³⁸ Der größere Teil der Einrichtungen, insbesondere die Diakonischen Werke der evangelischen Landeskirchen und das Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung der EKD sind dagegen – zumeist als eingetragener Verein¹³⁹ – nach staatlichem Recht rechtsfähig und stehen zur Kirche in einer durch Kirchengesetz¹⁴⁰ oder Vereinssatzung festgeschriebenen Verbindung¹⁴¹.

D. Zusammenfassung und Fazit

Viele kirchliche Vereine haben rechtlich eine „Doppelexistenz“¹⁴² im staatlichen und kirchlichen Recht¹⁴³. Im staatlichen Rechtskreis genießen sie aufgrund des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts aus

35

¹³⁵ Krit. zu der Charakterisierung der diakonischen Tätigkeiten als „Wesensäußerung“ aber *Christoph*, Der gemeinsame Rechtsrahmen (o. Fn. 51), S. 468, 474, mit Blick darauf, dass das Wesen der Kirche gem. Art. VII CA nach lutherischem Verständnis in der Predigt des Evangeliums und der Verwaltung der Sakramente liegt.

¹³⁶ Vgl. etwa EKD: Art. 15 GO EKD; Rheinland: Art. 166 Abs. 2 KO; Nordkirche: Art. 121 KVerf.; Bayern: § 6 Diakoniesgesetz; näher dazu *Frost*, Strukturprobleme (o. Fn. 37), S. 120.

¹³⁷ Vgl. aber Hannover: Art. 116 KVerf.; Bayern: Art. 8 Abs. 3 KVerf.; Braunschweig: Art. 20 KVerf.; VELKD: § 1 S. 3 Werkegesetz; näher zu diesen Regelungen *Munsonius*, Die juristische Person (o. Fn. 129), S. 43 ff.; grundlegend zur Rechtsfähigkeit von Personenverbänden und Sachinbegriffen nach kirchlichem Recht *Dietrich Pirson*, Juristische Personen (o. Fn. 129), S. 1 ff.

¹³⁸ *Wasse*, Die Werke und Einrichtungen (o. Fn. 3), S. 72.

¹³⁹ Z. B. das Evangelisch-Lutherische Missionswerk Leipzig e.V., das Evangelische Missionswerk in Süddeutschland e.V.

¹⁴⁰ Z. B. das Kirchengesetz über die Anerkennung und die finanzielle Förderung von rechtlich selbständigen kirchlichen Einrichtungen und Diensten (Anerkennungs- und Zuwendungsgesetz) v. 11.5.1998, KABL. S. 162, der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern.

¹⁴¹ Vgl. dazu im Einzelnen *de Wall*, in: Kirchenrecht (o. Fn. 31), § 43, Rn. 5 ff.; *Wasse*, Die Werke und Einrichtungen (o. Fn. 3), S. 77 ff.; *Albert Stein*, Evangelisches Kirchenrecht, 3. Aufl. 1992, S. 157 ff.

¹⁴² *Bürge*, Die Beziehung der katholischen Kirche (o. Fn. 3), S. 151.

¹⁴³ So auch *Christoph*, Das Werkegesetz (o. Fn. 49), S. 84.

Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV eine Sonderstellung, die es ihnen erlaubt, sich in weitgehendem Maße der Entscheidungsgewalt kirchlicher Stellen zu unterwerfen. Träger des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts sind solche Vereine, die nicht nur einen kirchlichen Zweck verfolgen, sondern von der Kirche auch formal anerkannt sind. Diese Voraussetzung ist bei den nach kanonischem Recht geordneten Vereinen ebenso erfüllt wie bei den in Vereinsform organisierten Werken der evangelischen Kirche. Durch die verfassungsrechtliche Garantie des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts und die damit einhergehende Offenheit der staatlichen Rechtsordnung für die Besonderheiten religiöser Vereine erhalten diese die Möglichkeit, ihre besonderen Ziele und Zwecke in einem „weltlich-rechtlichen Kleid“¹⁴⁴ verwirklichen zu können.

¹⁴⁴ *Alexander Hollerbach*, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: HStR², Bd. VI, 2001, § 138, Rn. 2.

§ 29

Die Ordensgemeinschaften und die Rechtsstellung ihrer Angehörigen

Von Andreas Sailer

I. Einführung	1–7
1. Katholische und evangelische Ordensgemeinschaften	1–3
2. Selbstbestimmungsrecht, Eigentumsgarantie	4–5
3. Religionsfreiheit	6
4. Konkordatäre Gewährleistungen	7
II. Die Rechtsstellung der Ordensgemeinschaften	8–25
1. Die verschiedenen Arten katholischer Ordensgemeinschaften	8–10
2. Rechtsformen im staatlichen Recht	11–15
3. Arbeitsrecht	16–23
4. Datenschutz	24
5. Die Deutsche Ordensobernkonferenz (DOK)	25
III. Die Rechtsstellung der Ordensangehörigen	26–58
1. Begriff des Ordensangehörigen	26–30
2. Allgemeine Folgen der Ordensmitgliedschaft im staatlichen Recht	31–36
3. Gestellungsverträge / Steuerrecht	37–45
4. Ansprüche von Ordensangehörigen gegen die Ordensgemeinschaft bei Austritt	46–47
5. Rechtsfragen bezüglich ausländischer Ordensangehöriger	48–54
6. Betreuungsrecht / Vorsorgevollmachten	55–57
7. Ordensname	58
IV. Die Sozialversicherung der Ordensangehörigen	59–82
1. Rentenversicherung	59–71

2. Krankenversicherung	72–78
3. Arbeitslosen-, Unfall- und Pflegeversicherung	79–82

I. Einführung

1. Katholische und evangelische Ordensgemeinschaften

- 1 Der weit überwiegende Teil der Ordensangehörigen gehört katholischen Ordensgemeinschaften an. Katholische Ordensangehörige zeichnen sich dadurch aus, dass sie sich zur Befolgung der evangelischen Räte (Ehelosigkeit, Armut, Gehorsam) verpflichtet und einer rechtlich verfassten und von der zuständigen kirchlichen Autorität errichteten Gemeinschaft (Ordensgemeinschaft) angeschlossen haben, um in Bindung an diese Gemeinschaft eine besondere Form der Nachfolge Jesu zu leben. Die meisten Ordensgemeinschaften sehen für ihre Angehörigen ein gemeinschaftliches (klösterliches) Leben vor.¹ Die Ordensgemeinschaften sind besondere und typische Ausdrucksform kirchlichen Lebens; ohne sie ist die katholische Kirche nicht vorstellbar. Aus diesem Grunde verfügt die Kirche über ein in Jahrhunderten ausgebildetes und differenziertes Ordensrecht, das detaillierte Regelungen der verschiedenen Formen des Ordenslebens bereithält.² Ausgangspunkt sind die Bestimmungen des CIC, beginnend mit den Eingangsnormen cc. 573 und 574 CIC, wonach der Stand derer, die durch Gottes Berufung in enger Nachfolge Christi eine besondere Bindung eingehen, zum Leben und zur Heiligkeit der Kirche gehört. Ergänzt und ausgestaltet werden die Vorgaben des CIC durch das Eigenrecht und die Satzungen der einzelnen Gemeinschaften.
- 2 Obwohl das Ordensleben als typisch katholisches Phänomen bezeichnet werden kann, finden sich auch im evangelischen Bereich Kommunitäten und Einrichtungen, die ein den katholischen Ordensgemeinschaften vergleichbares Erscheinungsbild aufweisen.³ Einer-

¹ *Stephan Haering*, Grundfragen der Lebensgemeinschaften der evangelischen Räte, in: HKKR³, S. 831 m. w. N.; *Karl Suso Frank*, Art. „Orden“, in: LThK³, Bd. 7, 1998, Sp. 1090; umfassend *Bruno Primetshofer*, Ordensrecht, 4. Aufl. 2003.

² *Joseph Listl*, Die Ordensgemeinschaften und ihre Angehörigen in der staatlichen Rechtsordnung, in: HSKR², Bd. 1, S. 841.

³ Vgl. *Christoph Joest*, Art. „Orden“, in: LKStKR, Bd. 3, 2004, S. 77 ff. mit weiterführenden Literaturhinweisen.

seits gibt es Gemeinschaften mit Bindung an die evangelischen Räte, andererseits zahlreiche Schwestern- und Bruderschaften ohne diese formelle Bindung, aber gleichwohl gemeinschaftlicher Lebensführung.⁴ Innerkirchliche allgemeine Regelungen zu den verschiedenen Gemeinschaftsformen, ihrer kirchlichen Anerkennung und ihren Angehörigen existieren jedoch nicht.⁵ Als Formen der Zuordnung der evangelischen Bruderschaften und Kommunitäten zur verfaßten Kirche kommen in Betracht die unmittelbare verfassungsgesetzliche Anerkennung, die Anerkennung aufgrund einer verfassungsgesetzlichen Ermächtigung, durch Kirchengesetz, durch Verordnung oder durch Vereinbarung.⁶

Die zahlenmäßige Dominanz ist Grund dafür, dass die staatliche Rechtsordnung und Rechtsprechung vornehmlich katholische Ordensgemeinschaften und Ordensangehörige im Blick hat. Gleichwohl sind die evangelischen Kommunitäten als Adressaten staatskirchenrechtlicher Bestimmungen den katholischen Ordensgemeinschaften gleichgestellt. Die nachfolgenden Ausführungen gelten deshalb gleichermaßen für den katholischen wie für den evangelischen Bereich.

3

2. Selbstbestimmungsrecht, Eigentumsgarantie

Ausgangspunkt für die aktuelle staatskirchenrechtliche Stellung der Ordensgemeinschaften ist die den Religionsgesellschaften in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV garantierte Freiheit der selbständigen Ordnung der eigenen Angelegenheiten innerhalb der Grenzen des für alle geltenden Gesetzes – die sogenannte Selbstordnungs- und Selbstverwaltungsgarantie. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts steht diese Gewährleistung auch den rechtlich selbständigen Teilen und Einrichtungen der Religionsgemeinschaften zu, wenn diese nach kirchlichem Selbstverständnis oder ihrer Aufgabe entsprechend berufen sind, ein Stück des

4

⁴ Christian Zippert, Art. „Orden, kirchliche“, in: EvStL⁴, Sp. 1691 ff.

⁵ Martin Daur, Die Rechtsbeziehungen zwischen der evangelischen Kirche und den Kommunitäten, Bruderschaften und Orden, in: ZevKR 36 (1991), S. 238 ff.

⁶ Zu den Verfassungen der Gemeinschaften vgl. Christoph Joest, Art. „Ordensregeln“, in: LKStKR, Bd. 3, S. 77.

Auftrags der Kirche wahrzunehmen und zu erfüllen.⁷ Zu diesen mit den Kirchen verbundenen selbständigen Einrichtungen gehören unzweifelhaft die verschiedenen Ordensgemeinschaften, unabhängig von ihrer Rechtsform und von ihrem konkreten Betätigungsfeld. Bei ihnen, so das Bundesverfassungsgericht, ergibt sich die Teilhabe an der Verwirklichung des Auftrags der Kirche „schon aus ihrer Eigenschaft als kirchliche Orden“.⁸

- 5 Die Ordensgemeinschaften sind daneben auch in den Schutzbereich der den Kirchen gewährten Eigentumsgarantie gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV einbezogen. Dies legt die identische Begriffsverwendung („Religionsgesellschaften“) in Art. 137 Abs. 3 und Art. 138 Abs. 2 WRV nahe. Als den Religionsgesellschaften eingegliederten Verbänden ist ihnen das Eigentum an ihren für Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecken bestimmten Anstalten, Stiftungen und sonstigen Vermögen gewährleistet.⁹

3. Religionsfreiheit

- 6 Gleichermaßen steht den Ordensgemeinschaften das Grundrecht der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 2 GG zu, dessen Träger nicht nur die Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, sondern auch die diesen ein- und zugeordneten Vereinigungen sind, die sich die Pflege des religiösen oder weltanschaulichen Lebens ihrer Mitglieder zum Ziel gesetzt haben. Voraussetzung ist lediglich, dass der Zweck der Vereinigung auf die Erreichung eines solchen Zieles gerichtet ist. Dies gilt ohne weiteres für die organisatorisch oder institutionell mit den Kirchen verbundenen Vereinigungen wie kirchliche Orden, deren Daseinszweck eine Intensivierung der gesamtkirchlichen Aufgaben enthält.¹⁰ Die Ordensgemeinschaften sind deshalb –

⁷ BVerfGE 46, 73 (85); 53, 366 (391); 57, 220 (242); 70, 138 (162). Ebenso das BAG im Beschluss v. 30. 4. 2014 – 7 ABR 30/12, das die Ordensgemeinschaften als Träger des von den Religionsgesellschaften vermittelten Selbstbestimmungsrechts bezeichnet.

⁸ BVerfGE 70, 138 (163); vgl. *Listl*, Ordensgemeinschaften (o. Fn. 2), S. 846.

⁹ So das BVerfGE 46, 73 (86) und ihm folgend BAG, KirchE 39, 252 (257) und BAGE 125, 100 (110 ff.). Anderer Ansicht sind *Klaus Obermayer*, in: BK, Art. 140, Zweitbearbeitung, 1971 (28. Lieferung), Rn. 50 und *Ernst Friesenhahn*, Die Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts, in: HSKR¹, Bd. 1, 1974, S. 545 (566).

¹⁰ BVerfGE 24, 236 (246). Vgl. *Christian Schleithoff*, Innerkirchliche Gruppen als Träger der verfassungsmäßigen Rechte der Kirchen, 1992, S. 67.

ebenso wie die Kirchen und Religionsgemeinschaften selbst – unmittelbare Träger des Grundrechts der individuellen und korporativen Religionsfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG.¹¹

4. Konkordatäre Gewährleistungen

Den katholischen Ordensgemeinschaften sind außerdem durch Konkordate umfangreiche Garantien gewährt. Gem. Art. 15 Abs. 1 RK unterliegen die Orden und religiösen Genossenschaften in Bezug auf ihre Gründung, Niederlassung, die Zahl und die Eigenschaften ihrer Mitglieder sowie ihrer Tätigkeit, der Ordnung ihrer Angelegenheiten und der Verwaltung ihres Vermögens keiner besonderen Beschränkung.¹² Der traditionell besonders ausgeprägte Tätigkeitsbereich des Schulwesens ist Grund für das in Art. 25 Abs. 1 S. 1 RK explizit gewährleistete Recht zur Gründung und Führung von Privatschulen. Zudem ist anerkannt, dass diese Privatschulen die gleichen Berechtigungen (Schulabschlüsse) wie die staatlichen Schulen verleihen dürfen, soweit sie die entsprechenden lehrplanmäßigen Vorschriften erfüllen. Nach Art. 9 § 1 BayK werden die Orden und Kongregationen unter den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen zur Gründung und Führung von Privatschulen zugelassen; deren Anerkennung erfolgt nach den für andere Privatschulen geltenden Grundsätzen. Gleiches gilt für die Lehrer: für den Erwerb der Lehrbefähigung für die Angehörigen von Orden und religiösen Kongregationen gelten gem. Art. 25 Abs. 2 RK, Art. 5 § 7 BayK die allgemeinen Bedingungen.

7

¹¹ Vgl. zu den kollektivrechtlichen Aspekten der Religionsfreiheit *Ansgar Hense*, Kirche und Staat in Deutschland, in: HKKR³, S. 1830 (1848 ff.).

¹² Ebenso Art. 2 Abs. 1 BayK und Art. V Abs. 1 BadK. Eingeschränkt war diese Garantie nur durch das Erfordernis der deutschen Staatsangehörigkeit der Ordensobern. Vgl. auch die Regelungen zu den Ordensgemeinschaften in den Konkordaten neueren Datums: Art. 14 KathKV Sachsen, Art. 13 KathKV LSA, Art. 6 Abs. 2 KathKV Thür. Eine Übersicht findet sich bei *Christian Hermens*, Konkordate im vereinigten Deutschland, 2009, S. 438.

II. Die Rechtsstellung der Ordensgemeinschaften

1. Die verschiedenen Arten katholischer Ordensgemeinschaften

- 8 Maßgeblich für die Definition katholischer Ordensgemeinschaften ist das kanonische Ordensrecht, das in Buch II Teil III des CIC kodifiziert ist und den Titel „Institute des geweihten Lebens und Gesellschaften des apostolischen Lebens“ trägt. Die meisten Normen des CIC betreffen die erstgenannte Gruppe.¹³ Demnach sind Institute des geweihten Lebens (*instituta vitae consecratae*) gem. c. 573 § 2 CIC jene von der zuständigen kirchlichen Autorität errichteten Verbände, in denen Gläubige in freier Entscheidung das durch die Profess der evangelischen Räte geweihte Leben übernehmen. Das Bekenntnis zu den evangelischen Räten der Keuschheit, der Armut und des Gehorsams kann nach den eigenen Satzungen der Institute durch Gelübde oder andere heilige Bindungen erfolgen. Jene Personen, die sich in solchen Instituten zu den evangelischen Räten bekennen, bilden gem. c. 574 § 1 CIC den Stand des geweihten Lebens (*status vitae consecratae*), also den „Ordensstand“ im eigentlichen Sinne.
- 9 Die Institute des geweihten Lebens untergliedern sich wiederum in die Ordensinstitute gem. c. 607 § 2 CIC¹⁴ und die Säkularinstitute gem. c. 710 CIC.¹⁵ Von den Ordensinstituten unterscheiden sich die Säkularinstitute dadurch, dass ihre Angehörigen in der Regel nicht in einer (klösterlichen) Gemeinschaft leben, sondern gem. c. 714 CIC ein Leben unter den gewöhnlichen Bedingungen der Welt führen.
- 10 Die neben den Instituten des geweihten Lebens bestehenden Gesellschaften des apostolischen Lebens (*societates vitae apostolicae*) zeichnen sich wiederum gem. c. 731 § 1 CIC dadurch aus, dass ihre Mitglieder ohne Ordensgelübde das der Gesellschaft eigene apostolische Ziel verfolgen, ein brüderliches Leben in Gemeinschaft führen

¹³ *Andreas Sailer*, Die Stellung der Ordensangehörigen im staatlichen Sozialversicherungs- und Vermögensrecht, 1996, S. 29.

¹⁴ *Ulrich Rhode*, Die Religiosenverbände, in: HKKR³, S. 846. *Victor Dammertz*, Die Institute des geweihten Lebens im neuen Kirchenrecht, in: OK 23 (1982), S. 259. Die Unterscheidung zwischen Orden (Gemeinschaften mit feierlichen Gelübden) und Kongregationen (Gemeinschaften mit einfachen Gelübden) findet sich im CIC/1983 nicht mehr; gleichwohl unterscheiden das *Annuario Pontificio* ebenso wie die Schematismen der Diözesen weiterhin zwischen diesen beiden Formen.

¹⁵ *Dominicus M. Meier*, Die Säkularinstitute, in: HKKR³, S. 879.

und gemäß der eigenen Lebensordnung durch Befolgung der Konstitutionen nach Vollkommenheit der Liebe streben.¹⁶

2. Rechtsformen im staatlichen Recht

Für die Teilnahme der Ordensgemeinschaften am weltlichen Rechtsverkehr sind zunächst die zivilen Rechtsformen bedeutsam, derer sich die Ordensgemeinschaften bedienen.¹⁷ Denn der Umstand, dass ein Ordensverband, eine Ordensprovinz oder ein einzelnes Kloster nach kanonischem Recht als öffentliche juristische Person Rechtsfähigkeit besitzt, hat keine Auswirkung auf die staatliche Rechtsordnung. Hier müssen die Ordensgemeinschaften nach Maßgabe des staatlichen Rechts rechtsfähig sein.

Bis zum Inkrafttreten der WRV konnten die Ordensgemeinschaften die Rechtsfähigkeit nach staatlichem Recht nur Kraft besonderer staatlicher Zulassung, Verleihung oder Genehmigung erwerben. Erfolgte sie, erhielt die Ordensgemeinschaft den Status der Körperschaft öffentlichen Rechts. Das private staatliche Vereinsrecht war den Ordensgemeinschaften aufgrund Art. 84 EGBGB nicht zugänglich.

Die staatlichen Einschränkungen bei der Wahl der Rechtsform sind durch Art. 124 und Art. 137 Abs. 3 WRV beseitigt worden. Art. 124 Abs. 1 S. 1 WRV garantierte das Recht aller Bürger, Vereine und Gesellschaften zu bilden. Diese Gewährleistung wurde durch Art. 124 Abs. 1 S. 3 WRV ausdrücklich auch auf die religiösen Vereine und Gesellschaften erstreckt. Bereits zu Zeiten der WRV wurde zudem die Auffassung herrschend, dass sich die Ordensgemeinschaften im Hinblick auf die Erlangung ihrer Rechtsfähigkeit auf das Selbstbestimmungs- und Selbstordnungsrecht des Art. 137 Abs. 3 WRV berufen können. Art. 13 RK, Art. 2 Abs. 2 BayK und Art. V Abs. 1 BadK stellen übereinstimmend fest, dass die Ordensgemeinschaften

¹⁶ Ausführlich *Rudolf Henseler*, Die Gesellschaften des apostolischen Lebens, in: HKKR³, S. 890. Die Gesellschaften des apostolischen Lebens kennen keine Ordensgelübde im eigentlichen Sinne, wohl aber andere eigenrechtliche Formen der Bindung.

¹⁷ Vgl. *Audomar Scheuermann*, Die Rechtspersönlichkeit religiöser Orden und Genossenschaften nach kanonischem und nach deutschem Recht, in: Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London, 1950, S. 114 ff. *Ulrich Rhode*, Die Beziehung zwischen einer Ordensgemeinschaft und ihrem zivilen Rechtsträger, in: OK 55 (2014), S. 208.

Körperschaften öffentlichen Rechts bleiben, soweit sie dies vor Inkrafttreten der Konkordate bereits waren. Den anderen können die gleichen Rechte gem. Art. 13 RK nach Maßgabe des für alle geltenden Gesetzes gewährt werden. Dieses allgemeine Gesetz wurde nie flächendeckend erlassen. Die Verleihung des öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus war deshalb aufgrund ordnungsfreundlicher Verwaltungspraxis über viele Jahrzehnte nur in Bayern möglich. Nur dort erfolgte auch eine Normierung: Der Körperschaftsstatus kann seit 1.1.2006 gem. Art. 26a KiStG Bay. den Orden und ähnlichen Vereinigungen, die einer öffentlich-rechtlichen Kirche angehören, verliehen werden.¹⁸ Voraussetzung ist – wie bei der Verleihung des Körperschaftsstatus an Religionsgemeinschaften – die Gewähr der Dauer und Rechtstreue.¹⁹ Den in Bayern gewährten Körperschaftsstatus haben mehrere Provinzen von Ordensverbänden durch „Fusion“ mit einer in Bayern diesen Status besitzenden Provinz erreicht.

- 14 Im Übrigen bleiben den Ordensgemeinschaften in Deutschland für ihre Teilnahme am Rechtsverkehr nur die zivilen Rechtsträger; dies sind überwiegend die von den Ordensgemeinschaften gegründeten Vereine.²⁰ Daneben finden sich vereinzelt auch die Rechtsformen der Aktiengesellschaft oder der Gesellschaft mit beschränkter Haftung.²¹

¹⁸ Ordensgemeinschaften werden von § 1 Abs. 4 Körperschaftsstatusgesetz NRW v. 16.9.2014 (GVBl. S. 604) nicht erfaßt.

¹⁹ Siehe hierzu das Gutachten von *Stefan Koriath / Kai Engelbrecht*, *Erwerb und Verlust des Körperschaftsstatus von Orden und ordensähnlichen Gemeinschaften nach bayerischem Landesrecht*, in: OK 48 (2007), S. 139. Gegenstand des Gutachtens ist die staatliche Befugnis zum Entzug des Körperschaftsstatus. Zu der bis 2006 geübten Verwaltungspraxis vgl. *Listl*, *Ordensgemeinschaften* (o. Fn. 2), S. 850.

²⁰ Ordensgemeinschaften bedürfen für die Gründung eines Vereins nicht der gesetzlichen Mindest-Mitgliederzahl; vgl. BVerfG v. 4.2.1991 – 2 BVR 263/8 und OLG Hamm, in: NJW-RR 1997, S. 1397. Das Vereinsrecht läßt es zu, bei einem religiösen Verein, der sich als Teilgliederung einer Religionsgesellschaft konstituiert, in der Satzung festgelegte Einschränkungen der autonomen Auflösungs-, Ausschließungs- oder Betätigungsbefugnis nicht als eine mit der Vereinsautonomie unvereinbare Fremdbestimmung von außen anzusehen, sofern sie der Sicherung der Einordnung in die größere Religionsgemeinschaft im Rahmen der bestehenden religionsrechtlichen Verknüpfung dienen und sich darauf begrenzen; vgl. BVerfGE 83, 341. Das staatliche Vereinsrecht ist nur insoweit für alle geltendes Gesetz i. S. d. Art. 137 Abs. 3 WRV, als es um die Regelung der nach außen wirkenden Rechtsverhältnisse geht. Anderes gilt für die inneren Angelegenheiten: Dort können die der Kirche zugeordneten Vereine ihre Satzung ohne Bindung an bestehende vereinsrechtliche Vorschriften gestalten (OLG Köln, B. v. 20.9.1991 – 2 Wx 64/90).

²¹ *Sailer*, *Ordensangehörige* (s. Fn. 13), S. 23; Übersicht über die verschiedenen Rechtsformen bei *Karl Siepen*, *Vermögensrecht der klösterlichen Ver-*

Bislang nicht judiziert ist die Frage, ob Rechtsakte des Vertreters des zivilen Rechtsträgers der Ordensgemeinschaft wirksam sind, wenn es an einer erforderlichen Genehmigung der zuständigen Autorität (Ordensoberer, Ortsbischof, Apostolischer Stuhl) fehlt. Dies ist insbesondere bei Veräußerungsgeschäften relevant.²² Ebenfalls ungeklärt ist die Harmonisierung von staatlichen und kirchenrechtlichen Vorschriften bei der Auflösung eines Vereins (Bestellung von Liquidatoren u. s. w.) bzw. einer Körperschaft des öffentlichen Rechts.

15

3. Arbeitsrecht

Die Ordensgemeinschaften sind in vielfacher Form apostolisch, karitativ, sozial und pädagogisch tätig: sie betreiben Krankenhäuser, Universitäten, Schulen und andere Einrichtungen. Für diese Betätigungen genießen sie das verfassungsrechtlich gewährleistete Selbstbestimmungsrecht gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV, das sich auch auf die Gestaltung der arbeitsrechtlichen Beziehungen erstreckt. Die Ordensgemeinschaften haben dort Teil an dem den Kirchen gewährten Recht, ihre arbeits- und dienstrechtlichen Beziehungen selbst zu gestalten, und zwar unabhängig von der verwendeten Rechtsform.²³

16

Die deutschen katholischen Bistümer haben ein eigenes kirchliches Arbeitsrecht entwickelt, das in der „Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse“²⁴, den „KODA-

17

bände, 1963, S. 311 ff. und *Hans Heimerl / Helmuth Pree* (Hg.), Handbuch des Vermögensrechts der katholischen Kirche, 1993, S. 928.

²² Dogmatisch wird die Unwirksamkeit dieser Rechtsgeschäfte einerseits über die zivilrechtlichen Vertretungsregelungen (§§ 177–179 BGB), andererseits über § 134 BGB konstruiert. Vgl. hierzu *Primetshofer*, Ordensrecht (o. Fn. 1), S. 179.

²³ BVerfGE 46, 73 (85); 53, 366 (391); 57, 220 (242). Dem BVerfG folgend das BAG, in: NJW 1988, S. 3283; in: NZA 2008, S. 653 und B. v. 30.4.2014 – 7 ABR 30/12. Vgl. auch *Dominicus M. Meier*, Ordenseinrichtungen und ihre Eingebundenheit in das kirchliche Arbeitsrecht und Besoldungssystem, in: OK 50 (2009), S. 366.

²⁴ GrO in der Fassung vom 27.4.2015, siehe in: ZAT 3 (2015), S. 80, und unter <<https://www.dbk.de/>>. Die GrO ist in den meisten Bistümern einheitlich und mit gleichem Wortlaut in Kraft gesetzt worden; vgl. hierzu *Martin Fuhrmann*, Weltliches oder kirchliches Arbeitsrecht? Tertium non datur, in: ZAT 1 (2013), S. 6.

Ordnungen“²⁵ und den „Mitarbeitervertretungsordnungen“ (MAVO)²⁶ normiert worden ist. Diese Kirchengesetze binden unmittelbar all jene Einrichtungen, die nach kanonischem Recht der bischöflichen Autorität unterstehen.

- 18 Im Bereich der Ordensgemeinschaften sind Adressaten zunächst die Gemeinschaften diözesanen Rechts. Bereits für diese Ordensgemeinschaften wird die Frage diskutiert, ob sie das bischöflich gesetzte kirchliche Arbeitsrecht anzuwenden haben.²⁷ Erst recht gilt diese Fragestellung hinsichtlich der Ordensgemeinschaften päpstlichen Rechts. Diese unterstehen gem. c. 593 CIC in Bezug auf die interne Leitung und Rechtsordnung unbeschadet c. 586 CIC unmittelbar und ausschließlich der Gewalt des Apostolischen Stuhls.
- 19 Vertreten wird die Auffassung, das Arbeitsrecht falle als Teil der Vermögensverwaltung in den Kernbereich der Ordensautonomie, der diözesaner Regelung entzogen sei. Diese Autonomie stehe gleichermaßen den Instituten päpstlichen und diözesanen Rechts zu. Unbeschadet der kirchenrechtlichen Aufsichtsbefugnisse des Bischofs ende die Ordensautonomie nicht an den Klostermauern; die Autonomie der Ordensgemeinschaft gelte auch für die äußere apostolische Betätigung. Anwendbar sei das bischöflich gesetzte Recht deshalb nur, wenn es von den Ordensgemeinschaften freiwillig übernommen worden sei.²⁸
- 20 Dieser Auffassung wurde entgegengehalten, das kirchliche bischöfliche Arbeitsrecht gelte für alle Rechtsträger, mithin auch für die

²⁵ Zu den verschiedenen KODA-Ordnungen (Zentral-, Rahmen-, Regional- und Bistums-KODA-Ordnung sowie die Caritas-KODA-Ordnung) vgl. die Zentral KODA-Ordnung bei <<http://www.zentralkoda.de>>. Die einzelnen KODA-Ordnungen sind veröffentlicht in den Amtsblättern der Diözesen.

²⁶ Vgl. die Rahmen-MAVO bei <<https://www.caritas.de>>. Die einzelnen MAVO sind jeweils veröffentlicht in den Amtsblättern der Diözesen.

²⁷ Umfassend und ausführlich hierzu *Wilhelm Dütz*, Rechtsgutachten zu den Möglichkeiten einer kirchenarbeitsrechtlichen Gestaltung von Arbeitsverhältnissen für und durch die Orden – Ordensgemäße Gestaltung von Kirchenarbeitsrecht – erstattet für die Deutsche Ordensobernkonzferenz, in: OK 49 (2008), S. 47.

²⁸ *Helmuth Pree*, Aktuelle Fragen zur Ordensautonomie, in: OK 45 (2004), S. 153; *ders.*, Mehr Freiheit bei den Orden, in: neue caritas 2004, S. 15; *Wolfgang Rübner*, Weltliches Arbeitsrecht gilt auch für die Kirche, in: neue caritas 2004, S. 19; *Ulrich Rhode*, Der Bischof und der Dritte Weg – zur Bedeutung des Diözesanbischofs für das Arbeitsrechts-Regelungsverfahren der katholischen Kirche in Deutschland, in: Recht in Kirche und Staat. Joseph Listl zum 75. Geburtstag, hg. von Wilhelm Rees, 2004, S. 313. Differenzierend *Stephan Haering*, Vermögensverwaltung in den Orden, in: OK 45 (2004), S. 171.

Ordensgemeinschaften. Diese seien zwar gem. cc. 586, 732 CIC befugt, ihren Innenbereich autonom zu regeln. Verließen sie jedoch diesen Innenbereich durch die Begründung profaner Arbeitsverhältnisse, sei das Kirchenarbeitsrecht maßgebend. Während sich dies für die Ordensgemeinschaften bischöflichen Rechts bereits aus dem bischöflichen Gesetzgebungsrecht gem. c. 594 CIC ergebe,²⁹ sei für die Ordensgemeinschaften päpstlichen Rechts entscheidend, dass diese bei der Begründung von Arbeitsverhältnissen im „Außenbereich“ gem. c. 678 § 1, c. 738 § 2 CIC der bischöflichen Aufsicht unterstünden.³⁰ Zudem wurde darauf hingewiesen, dass für die Gestaltung kirchlicher Arbeitsverhältnisse eine Gesetzgebung erforderlich sei, für die den Ordensgemeinschaften die Kompetenz fehle; sie könnten keine Normen, sondern nur normgebundenes Satzungsrecht erlassen.³¹ Dies gelte für Ordensgemeinschaften päpstlichen und bischöflichen Rechts gleichermaßen; sie unterschieden sich nicht in ihrer Normgebungskompetenz, sondern nur in ihrem Aufsichtsorgan.

Für diese Auffassung der bischöflichen Weisungsbefugnis gegenüber allen Ordensgemeinschaften – seien sie bischöflichen oder päpstlichen Rechts – spricht die staatskirchenrechtliche Beziehung zu den Religionsgesellschaften als solchen. Die Ordensgemeinschaften nehmen zwar über die Kirche am Selbstbestimmungs- und Selbstverwaltungsrecht teil, können sich aber nicht auf eine eigenständige von der gesamtkirchlichen Rechtsstellung abweichende Position berufen.³²

Die Diskussion über die Verbindlichkeit bischöflich gesetzten kirchlichen Arbeitsrechts für eigenständige Verbände war durch das Urteil des Delegationsgerichts der Apostolischen Signatur vom

²⁹ Gem. c. 586 § 2 CIC hat der Diözesanbischof bei der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung die Ordensautonomie zu wahren.

³⁰ Reinhard Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, 7. Aufl. 2015, S. 61. Rudolf Henseler, Grundsätzliche Überlegungen zum Verhältnis Ortskirche – Ordensverbände, in: OK 30 (1989), S. 5 (14); weitere zahlreiche Nachweise bei Dütz, Gutachten (o. Fn. 27), Fn. 7.

³¹ Thomas Amann, Wie autonom sind kirchliche Lebensverbände und Vereine in der Gestaltung ihrer Arbeitsverhältnisse wirklich?, in: Salus animarum suprema lex. Festschrift für Offizial Max Hopfner, hg. von Ulrich Kaiser / Ronny Raith / Peter Stockmann, 2006, S. 39, 51.

³² Dütz, Gutachten (o. Fn. 27), S. 53. So auch der Arbeitsgerichtshof der Deutschen Bischofskonferenz, U. v. 19.3.2010 – M 11/09. Ungeachtet dieses staatskirchenrechtlichen Regelungsbedürfnisses bleibt kirchenrechtlich umstritten, ob die bischöfliche Rechtsetzung die Autonomie der Ordensgemeinschaften (c. 586 § 1 CIC) beschränken kann.

31.3.2010 (sog. „Kolping-Urteil“)³³ erneut aufgeflammt. Das Gericht hatte entschieden, dass juristische Personen des kanonischen Rechts gem. Art. 2 Abs. 1 GrO kirchengesetzlich an die Grundordnung gebunden seien. Selbständige kirchliche Vereinigungen oder kirchliche Träger von Einrichtungen, denen diese Qualifizierung fehle, wären hingegen gem. Art. 2 Abs. 2 GrO nur dann an die Grundordnung gebunden, wenn sie diese als für sich verbindlich übernommen hätten.³⁴

- 23** Die Vollversammlung des Verbandes der Diözesen Deutschlands (VDD) hat daraufhin am 20.6.2011 eine Änderung von Art. 2 GrO dahingehend beschlossen, den kirchlichen Rechtsträgern, die nicht der bischöflichen Gesetzgebungsgewalt unterliegen, die Übernahme der Grundordnung verbindlich vorzuschreiben. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GrO sanktioniert die Nichtübernahme mit dem Entzug der Teilhabe am Selbstbestimmungsrecht der Kirche gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV.³⁵ Auch wenn sich aus dem Wortlaut von Art. 2 GrO eine Verpflichtung entnehmen lässt, bleibt es gleichwohl bei einem Optionsrecht. Einige Ordensgemeinschaften haben sich für die Übernahme entschieden, andere dagegen. Wird die Übernahme der GrO erklärt, hat dies konstitutive Wirkung; im profanen Arbeitsrecht finden dann die das Selbstverwaltungsrecht der Kirchen umsetzenden Sondervorschriften Anwendung.³⁶ Art. 2 Abs. 3 GrO stellt klar, dass die aufgrund eines Gestellungsvertrags tätigen Ordensangehörigen nicht der Grundordnung unterfallen.

³³ Abgedr. in: ZMV 2010, S. 145.

³⁴ Vgl. die kritischen Anmerkungen zu diesem Urteil von *Wilhelm Dütz*, Kirchliche Einrichtungen im gesetzlichen Normengeflecht, in: KuR 2010, S. 151 ff.; *Joachim Eder*, Grundordnung des kirchlichen Dienstes novelliert!, in: ZTR 2011, 714 ff.; *Fuhrmann*, Arbeitsrecht (o. Fn. 24), S. 6, Fn. 4.

³⁵ Damit ist der VDD der Empfehlung von *Dütz*, Kirchliche Einrichtungen (o. Fn. 34), S. 157, gefolgt. Diese Lösung trägt dem Umstand Rechnung, dass das staatlicherseits den Religionsgemeinschaften gewährleistete Selbstordnungs- und Selbstbestimmungsrecht auch beinhaltet, ihnen die Definition der Zugehörigkeit einzelner Untergliederung zum Adressaten der Gewährleistung zu überlassen. Davon unberührt bleibt das Recht der Untergliederung, sich auch ohne Zugehörigkeit zur Religionsgemeinschaft auf verfassungsrechtliche Gewährleistungen zu berufen.

³⁶ So hatte bereits das BAG judiziert (U. v. 26.7.2001 – 6 AZR 350/00). *Fuhrmann*, Arbeitsrecht (o. Fn. 24), S. 6 ff., betrachtet Art. 2 Abs. 2 GrO als Kollisionsnorm, die festlegt, ob profane oder kirchliche Rechtsnormen anwendbar sind. Vgl. auch *Dominicus M. Meier*, Kirchliches Arbeitsrecht – Belastungsprobe für das Verhältnis von Bischöfen und päpstlichen Orden?, in: OK 53 (2012), S. 341 ff. *Jacob Joussen*, Konsequenzen aus der nicht erfolgten Übernahme der Grundordnung, in: ZAT 2 (2014), S. 13.

4. Datenschutz

Die Aufmerksamkeit, die der Datenschutz im staatlichen und kirchlichen Bereich mittlerweile genießt, hat auch die Ordensgemeinschaften zu aktuellen Regelungen veranlaßt.³⁷ Auf der Grundlage von Art. 91 EU-DSGVO hat die Deutsche Ordensobernkonzferenz (DOK) die am 24.5.2018 in Kraft getretene Kirchliche Datenschutzregelung der Ordensgemeinschaft päpstlichen Rechts (KDR-OG) beschlossen; sie ist weitgehend wortgleich mit dem Kirchlichen Datenschutzgesetz (KDG) der verfassten Kirche.³⁸ Bereits zum 1.1.2015 wurde die Einrichtung eines gemeinsamen Ordensdatenschutzbeauftragten geschaffen, für dessen Zuständigkeit die Ordensgemeinschaften päpstlichen Rechts optieren können. Für Ordensgemeinschaften bischöflichen Rechts gilt das jeweilige diözesane KDG, mit der Zuständigkeit des diözesanen Datenschutzbeauftragten.³⁹ KDR-OG und KDG sehen Rechtsbehelfe gegen die Entscheidungen der Datenschutzaufsicht vor. Deren Verfahren regelt die Kirchliche Datenschutzgerichtsordnung (KDSGO).

24

5. Die Deutsche Ordensobernkonzferenz (DOK)

Um die Anliegen der Ordensgemeinschaften gegenüber staatlichen Stellen wirksam vertreten zu können, hatten die Ordensgemeinschaften übergreifende Einrichtungen geschaffen: die Vereinigung Deutscher Ordensobern (VDO), die Vereinigung der Ordensobern der Brüderorden und -kongregationen (VOB) und die Vereinigung der Ordensoberinnen Deutschlands (VOD). Diese drei Vereinigungen

25

³⁷ Lars Westinger, Art. „Datenschutz / Datenschutzbeauftragter, Deutschland“, in: 100 Begriffe aus dem Ordensrecht, hg. von Dominicus M. Meier / Elisabeth Kandler-Mayr / Josef Kandler, 2015, S. 131 m.w.N. Zum allgemeinen kirchlichen Datenschutzrecht vgl. Michael Hermann, Das kirchliche Datenschutzrecht als Ausdruck kirchlicher Selbstbestimmung, in: ZevKR 48 (2003), S. 446. Zum Datenschutz im Ordensbereich vgl. Jupp Joachimski, Das Datenschutzrecht der Ordensgemeinschaften, in: OK 57 (2016), S. 351 ff.; ders., Änderungen im Datenschutzrecht 2018, in: OK 59 (2018), S. 84 ff.

³⁸ Die KDR-OG ist einsehbar auf der Webseite <<https://www.orden.de>>.

³⁹ Das von der Vollversammlung des Verbandes der Diözesen Deutschlands am 20.11.2017 beschlossene KDG und die KDSGO sind einsehbar auf der Webseite <<https://www.datenschutz-kirche.de/>>. Bis zur Einführung des KDG in den einzelnen Diözesen galt die Anordnung über den kirchlichen Datenschutz – KDO (Ordensversion) vom 4.6.2014, abgedr. in: OK 56 (2014), S. 72.

wurden im Jahre 2006 zur Deutschen Ordensobernkonzferenz (DOK) zusammengeschlossen.⁴⁰ Kirchenrechtlich ist die DOK gem. cc. 116 und 708 CIC eine kirchliche juristische Person päpstlichen Rechts, zivilrechtlich ist sie eingetragener Verein mit Sitz in Bonn.⁴¹ Satzungszweck ist einerseits die Förderung der Ziele der einzelnen Ordensgemeinschaften, andererseits die Vertretung der Ordensgemeinschaften bei der Abstimmung und Zusammenarbeit mit kirchlichen, staatlichen und zivilen Einrichtungen. Die DOK vertritt die Interessen der Ordensgemeinschaften nach außen und berät die Höheren Oberinnen und Obern. Für ihre Mitglieder ist die DOK Forum und Ansprechstelle in Ordensbelangen für Staat, Kirche und Gesellschaft.⁴²

III. Die Rechtsstellung der Ordensangehörigen

1. Begriff des Ordensangehörigen

26 Das kanonische Recht definiert den Begriff des „Ordensangehörigen“ nicht. Es kennt vielmehr unterschiedliche Typen geistlicher Verbände, deren Art und Prägung sie so sehr voneinander abhebt, dass sie nicht unter einem einheitlichen Oberbegriff zusammengefasst werden. Angehörige dieser Ordensverbände im weitesten Sinne sind jene Personen, die nach kodikarischem und kanonischem Satzungsrecht der einzelnen Gemeinschaft in sie aufgenommen wurden. Das kanonische Recht unterscheidet die Ordensangehörigen hierbei danach, ob sie sich noch auf die Gelübdeablegung vorbereiten oder bereits auf Zeit bzw. für immer an die Gemeinschaft gebunden haben. Bei der Qualifikation der Ordensangehörigen ist deshalb „horizontal“ nach der Art des kanonischen Verbandes zu differenzieren, in

⁴⁰ Auf evangelischer Seite existiert seit 1978 die Konferenz Evangelischer Kommunitäten (KevK); nähere Angaben finden sich unter <<https://www.evangelische-kommunitaeten.de>>.

⁴¹ AG Bonn Vereinsregister-Nr. 8623. Die aktuelle Satzung der DOK vom 10.6.2013 ist einsehbar auf der Website <<http://www.orden.de>>. Vgl. auch Westinger, Art. „Ordensvereinigungen“ in: 100 Begriffe aus dem Ordensrecht (o. Fn. 37), S. 323.

⁴² *Dominicus M. Meier*, Gemeinsam und doch autonom! – Die Deutsche Ordensobernkonzferenz (DOK) in der nachkonziliaren Kirche Deutschlands, in: Rezeption des Zweiten Vatikanischen Konzils in Theologie und Kirchenrecht heute. Festschrift für Klaus Lüdicke, Beihefte z. Münsterischen Kommentar, Bd. 55, hg. von Dominicus M. Meier / Peter Platen / Heinrich J. F. Reinhardt / Frank Sanders, 2008, S. 413.

dem sie leben, andererseits „vertikal“ nach dem Stadium der Ordenszugehörigkeit.⁴³

Allen Arten von Ordensgemeinschaften (Religioseninstitute, Säkularinstitute, Gesellschaften des apostolischen Lebens) ist gemein, dass in ihnen der Erwerb der Ordensmitgliedschaft stufenweise erfolgt. Bei den Religioseninstituten unterscheidet das kanonische Recht drei Stadien der Ordensmitgliedschaft: das Noviziat (c. 646 CIC), die Zeit der zeitlichen Gelübdebindung (Triennium, c. 655 CIC) und die Zeit der ewigen Profess (c. 657 § 1, c. 658 CIC).⁴⁴ 27

Das Noviziat, das in der Regel mit der Einkleidung beginnt und gem. c. 648 CIC mindestens zwölf und höchstens 24 Monate dauert, ist aus kanonischer Sicht ein Vertragsverhältnis zwischen dem Novizen und dem Verband. Es berechtigt den Novizen, in der Gemeinschaft mitzuleben, verpflichtet ihn aber zur Beachtung der verbandsinternen Regeln. Der Verband seinerseits verpflichtet sich zur Unterhaltsleistung (c. 670 CIC). 28

Nach dem Eigenrecht des Verbandes kann dem Noviziat ein Postulat vorausgehen. Dieser Zeitabschnitt bezeichnet die erste Vorbereitungszeit in die Einführung zum Ordensleben. Auch das Postulat ist aus kanonischer Sicht ein Vertragsverhältnis zwischen Kandidat und Verband; es ist jederzeit kündbar.⁴⁵ 29

Gem. c. 654 CIC nehmen die Mitglieder in der Ordensprofess durch ein öffentliches Gelübde die Befolgung der drei evangelischen Räte auf sich, werden Gott durch den Dienst der Kirche geweiht und dem Verband mit den vom Recht festgesetzten Rechten und Pflichten eingegliedert. Das kanonische Ordensrecht kennt die zeitliche (cc. 655, 656, 657 §§ 1 und 2 CIC) und die ewige Profess (c. 657 § 3, c. 658 CIC), wobei es – je nach Eigenrecht – zeitliche Gelübde gibt, die der Ablegung der ewigen Gelübde vorausgehen, und solche, die nach Ablauf der Zeit immer wieder erneuert werden. Während die Mitglieder eines Ordensinstitutes stets öffentliche Gelübde ablegen, verpflichten 30

⁴³ *Sailer*, Ordensangehörige (o. Fn. 13), S. 27.

⁴⁴ Die Säkularinstitute und Gesellschaften des apostolischen Lebens kennen die einführende Probezeit (cc. 722, 735 CIC), die zeitliche Eingliederung (c. 723 §§ 1 und 2 CIC) und die ewige oder endgültige Eingliederung (c. 723 §§ 3 und 4 CIC).

⁴⁵ Zur vormaligen Rechtslage nach dem CIC/1917 vgl. *Sailer*, Ordensangehörige (o. Fn. 13), S. 67. Manche Ordensgemeinschaften sehen auch eine dem Postulat vorgelagerte Bindungsphase (z.B. Kandidatur) vor; vgl. hierzu *Wolfgang Schumacher*, Rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Postulat und Noviziat, in: OK 38 (1997), S. 325.

sich die Angehörigen von Säkularinstituten zwar ebenfalls gem. c. 712 CIC zur Übernahme der evangelischen Räte, wofür das Eigenrecht die Form der Gelübde vorsehen kann, doch sind diese Gelübde dann keine öffentlichen Gelübde im eigentlichen Sinne gem. cc. 654 und 1192 § 1 CIC. Dennoch sind die in diesen Verbänden statt einer ewigen Profess vielfach üblichen endgültigen Bindungen durch periodisch zu erneuernde zeitliche Gelübde in ihren Rechtswirkungen der ewigen Profess gleichgestellt (vgl. c. 268 § 2, cc. 623, 723 § 4 CIC). Die Gesellschaften des apostolischen Lebens sehen dagegen gem. c. 731 § 1 CIC keine Ordensgelübde vor, kennen aber oftmals andere eigenrechtliche Formen der Bindung.

2. Allgemeine Folgen der Ordensmitgliedschaft im staatlichen Recht

- 31** Fraglich ist, ob der nach kanonischem Recht mit Ablegung der Profess geschlossene Vertrag zwischen Ordensmitglied und Verband Ansprüche begründet, die auch im weltlichen Rechtskreis wirksam sind.
- 32** Das Reichsgericht, das erstmals dazu Stellung nahm, ob der Professvertrag Wirkungen über den Bereich des kanonischen Rechts hinaus auch im bürgerlichen Recht hervorbringt, hat diese Frage offengelassen: „Daß bei oder anläßlich der Profeßleistung des Klägers etwas vorgenommen worden sei, was außerhalb des Rahmens des kirchenrechtlich Gebotenen oder Üblichen läge und den Tatbestand eines bürgerlichrechtlichen Vertragsschlusses enthielte, hat der Kläger nicht dargelegt. So, wie der Feststellungsantrag [...] begründet ist, muß [...] er wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen werden, ohne daß zu der Frage Stellung zu nehmen ist, ob nach katholischem Kirchenrecht bei der Profeßleistung ein Vertrag über gemeinsamen Erwerb und gemeinsamen Besitz oder auf Unterhaltsgewährung abgeschlossen wird, oder ob ein Anspruch hierauf, wie es der herrschenden Lehre entspricht, nur als eine der vom kanonischen Gesetze bestimmten Folgen der Profeßleistung in Betracht kommt.“⁴⁶ Da die Profess somit als ausschließlich kirchenrechtlicher Vertrag zwischen dem Ordensmitglied und seinem klösterlichen Verband geschlossen wird, gehören die Ansprüche aus der Profess zu den „eige-

⁴⁶ RGZ 113, 125 (133). Ebenso hat der BGH diese Frage im „Hummel“-Urteil, in: OK 16 (1975), S. 316, offengelassen.

nen Angelegenheiten“ der Religionsgemeinschaften, die für die staatlichen Gerichte nicht justitiabel sind.⁴⁷

Obwohl die staatsrechtliche und zivilrechtliche Stellung des Professens durch die Inkorporation in den Ordensverband nicht berührt wird, kann die Ordensmitgliedschaft *inzident* eine Rolle spielen, z.B. bei der Frage des Bestehens von Unterhaltsansprüchen gegen Ordensangehörige,⁴⁸ von Schadensersatzansprüchen von Ordensangehörigen gegen Dritte⁴⁹ und der Bemessung der Tagessatzhöhe bei Geldstrafen.⁵⁰ 33

Nach Art. 6 RK sind Ordensleute frei von der Verpflichtung zur Übernahme öffentlicher Ämter und anderer Verpflichtungen, die mit dem Ordensstand nicht vereinbar sind. Dies gilt insbesondere vom Amt eines Schöffen, zu dem Ordensangehörige gem. § 34 Abs. 1 Nr. 6 GVG nicht berufen werden sollen. 34

Das unbefugte Tragen eines Ordensgewandes ist gem. § 126 Abs. 1 Nr. 2 OWiG sanktioniert.⁵¹ 35

Ordensangehörige sind gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 WPflG vom Wehrdienst befreit. Diese Vorschrift gilt unmittelbar für Ordensangehörige, die die Diakonatsweihe empfangen haben; während der Dauer der Vorbereitung auf das geistliche Amt werden sie gem. § 12 Abs. 2 WPflG vom Wehrdienst zurückgestellt.⁵² Durch Erlasse des Bundesverteidigungsministeriums werden jedoch auch jene Ordensangehörige in den Geltungsbereich dieser Vorschriften einbezogen, die kein geistliches Amt anstreben oder bekleiden (Laienbrüder, Novizen und Postulanten).⁵³ 36

⁴⁷ BAG, in: NJW 43 (1990), S. 2082. Vgl. *Dominicus M. Meier*, Die Rechtswirkungen der klösterlichen Profeß. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung der monastischen Profeß und ihrer Rechtswirkungen unter Berücksichtigung des Staatskirchenrechts, 1993.

⁴⁸ Vgl. LG München I, in: AfKKR 159 (1990), S. 271.

⁴⁹ Vgl. OLG Bamberg, in: OK 1 (1960), S. 122 (128).

⁵⁰ Vgl. OLG Frankfurt, in: NJW 41 (1988), S. 2624.

⁵¹ Hierzu ausführlich *Sailer*, Ordensangehörige (o. Fn. 13), S. 59.

⁵² Entsprechendes gilt gem. § 10 Abs. 1 Nr. 2, § 23 Abs. 6 Nr. 3, § 11 Abs. 2 und § 79 Nr. 4 ZDG für den Zivildienst.

⁵³ Fundstellen bei *Sailer*, Ordensangehörige (o. Fn. 13), S. 61 ff.

3. Gestellungsverträge / Steuerrecht

- 37** Übernimmt ein Ordensangehöriger außerhalb der Einrichtungen seiner Ordensgemeinschaft eine seelsorgerische, karitative oder auch rein weltliche Tätigkeit, so erfolgt diese Tätigkeit in der Regel nicht auf der Grundlage eines zwischen ihm und dem außenstehenden Dritten geschlossenen Einzeldienstvertrags, sondern im Rahmen sogenannter Gestellungsverträge. Im Ordensbereich handelt es sich hierbei um vertragliche Vereinbarungen zwischen der Ordensgemeinschaft und einer außenstehenden juristischen Person (Diözese, Landkreis, Krankenhauszweckverband u. s. w.), durch die sich die Ordensgemeinschaft verpflichtet, dem Vertragspartner eine (bestimmte) Anzahl von Ordensmitgliedern – gegebenenfalls mit besonderen Qualifikationsmerkmalen – zum Einsatz in der von ihm betriebenen Einrichtung (Pfarrei, Schule, Krankenhaus u. s. w.) zur Verfügung zu stellen; der Vertragspartner hat der Ordensgemeinschaft die Gestellung vereinbarungsgemäß zu vergüten.⁵⁴
- 38** Unter bürgerlich-rechtlichem Aspekt ist die Vertragsform des Gestellungsvertrags eine besondere Form des Dienstverschaffungsvertrags, ähnlich einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag.⁵⁵ In der Praxis orientieren sich die Ordensgemeinschaften beim Abschluss von Gestellungsverträgen an dem von der Vollversammlung des Verbandes der Diözesen Deutschlands am 25. 11. 1991 beschlossenen Mustergestellungsvertrag, der als Sammelvertrag für mehrere Ordensmitglieder oder als Einzelvertrag verwendet werden kann.⁵⁶
- 39** Die steuerliche Behandlung von Einkünften aus Gestellungsverträgen war Gegenstand mehrfach wechselnder Rechtsprechung. Der RFH hatte die Einkommen- bzw. Lohnsteuerpflicht von Ordensangehörigen für die an die Ordensgemeinschaft fließenden Gestellungserträge bejaht.⁵⁷ Er begründete diese Auffassung damit, dass zwischen

⁵⁴ Vgl. BSGE 53, 278 (280). Ein Gestellungsvertrag kann auch dann vorliegen, wenn sich die Ordensgemeinschaft zur Gestellung eines bestimmten genau bezeichneten Ordensangehörigen verpflichtet; vgl. FG Karlsruhe, KirchE 6, 140 (142). Vgl. *Rudolf Henseler*, Ordensleute als „Arbeitnehmer“ bei kirchlichen und weltlichen Arbeitgebern, in: OK 36 (1995), S. 455.

⁵⁵ Gleichwohl sind die im Rahmen von Gestellungsverträgen tätigen Ordensangehörigen keine Arbeitnehmer i. S. d. Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Vgl. *Gregor Thüsing*, Die Zukunft von Gestellung in Diakonie und Caritas, in: ZAT 6 (2016), S. 178 ff.

⁵⁶ Der Mustergestellungsvertrag ist abgedruckt in: OK 33 (1992), S. 336; er wurde seither geringfügig geändert und weitere Änderungen sind geplant.

⁵⁷ RFHE 28, 270.

dem Ordensmitglied und dem außenstehenden Dritten auch dann ein Arbeits- und Dienstverhältnis zustandekomme, wenn die Verträge von der Ordensgemeinschaft geschlossen würden und diese das von dem dienstberechtigten Dritten gezahlte Gehalt vereinnahme. Dies gelte zumindest dann, wenn die Ordensgemeinschaft mit dem Dritten übereinkomme, ein ganz bestimmtes Ordensmitglied abzustellen. Die Ordensgemeinschaft trete in diesen Fällen – wie auch vom kanonischen Standpunkt gefordert – als Stellvertreterin des Ordensangehörigen auf, so dass die Verträge für seine Person geschlossen würden. Die Einkommen- bzw. Lohnsteuerpflicht werde auch nicht dadurch beseitigt, dass der Ordensangehörige nach kanonischem Recht das Arbeitseinkommen nicht für sich, sondern für sein Institut erwerbe. Diese kanonische Verpflichtung sei hinsichtlich künftiger Vermögensvorteile gem. § 310 BGB⁵⁸ unwirksam.

Diese Rechtsprechung weitete der RFH später dahingehend aus, dass auch in den Fällen eine Einkommen- bzw. Lohnsteuerpflicht des Ordensangehörigen bestehe, in denen die Tätigkeit bei einem Dritten oder einer außenstehenden Körperschaft nicht einem bestimmten Ordensmitglied, sondern dem Orden generell übertragen sei, dieser den zu stellenden Angehörigen auswähle und die mit dessen Tätigkeit verbundenen Bezüge erhalte.⁵⁹

Mit Urteil vom 23.12.1940 gab der RFH seine frühere Rechtsprechung auf und entschied, dass Vergütungen, die für die Tätigkeit eines Ordensangehörigen gezahlt werden, unmittelbare Einkünfte des Ordens sind.⁶⁰ Diese Rechtsprechung beruhte auf der von der Finanzverwaltung entwickelten sog. „Familientheorie“, wonach Ordensangehörige weder Arbeitsnehmer des Ordens noch des Dritten seien, bei dem sie arbeiten. Sie stünden vielmehr zu ihrer Ordensgemeinschaft in einem familienähnlichen Verhältnis, unabhängig davon, ob sie innerhalb der Ordensgemeinschaft oder auf Außenstationen tätig seien.

Die Familientheorie und die auf ihr aufbauende Rechtsprechung des RFH hat der BFH mit Urteil vom 9.2.1951 aufgegeben;⁶¹ im Ergebnis wurde dadurch die vom RFH zuerst vertretene Rechtsauffassung wiederaufgenommen. Der BFH vertrat die Auffassung, die der

⁵⁸ § 310 BGB a.F. = § 311b Abs. 2 BGB.

⁵⁹ RFH, in: RStBl. 22 (1932), S. 497; RStBl. 24 (1934), S. 615; RStBl. 25 (1935), S. 1339.

⁶⁰ RFHE 49, 334.

⁶¹ BFHE 55, 192.

Ordensgemeinschaft zugeflossenen Einkünfte für die Tätigkeit eines ihrer Angehörigen außerhalb der Ordensgemeinschaft müssten steuerlich so behandelt werden, als habe sie der Ordensangehörige persönlich vereinnahmt.

- 43 Die zweifelhafte Trennung der steuerrechtlichen von der bürgerlich-rechtlichen Betrachtungsweise des Verhältnisses zwischen dem Ordensangehörigen und einem außenstehenden Dritten, für den er tätig wird, hat der BFH im Jahre 1962 wieder aufgegeben und entschieden, dass die zwischen der Ordensgemeinschaft und dem außenstehenden Dritten bürgerlich-rechtlich ernsthaft vereinbarte und durchgeführte Regelung ihrer beiderseitigen Beziehungen (Gestellungsvertrag) grundsätzlich auch für die einkommensteuerrechtliche Beurteilung maßgebend sei.⁶² Derartige Vereinbarungen begründeten zumindest dann kein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 19 EStG, wenn die Ordensgemeinschaft nicht ein bestimmtes Mitglied abzustellen habe. Die bürgerlich-rechtliche Gestaltungsfreiheit dürfe nicht dadurch beschränkt werden, dass um einer Erweiterung der Steuerpflicht willen bürgerlich-rechtliche wirksame Rechtsformen nicht beachtet oder umgedeutet werden.⁶³
- 44 Die Finanzverwaltung hat die Rechtsprechung des BFH in einer Reihe von Erlassen und Verfügungen umgesetzt und ihre Behörden angewiesen, die Gestellungsverträge als Verträge anzusehen, durch die kein Arbeitsverhältnis zwischen der Außenstation und dem Ordensangehörigen begründet wird. Dies soll auch dann gelten, wenn sich der außenstehende Dritte verpflichtet, bestimmte Leistungen unmittelbar dem Ordensangehörigen zukommen zu lassen. Die Anwendung dieser Grundsätze gilt sowohl für Fälle der Gestellung auswechselbarer Ordensangehöriger als auch für Fälle, in denen namentlich benannte Ordensmitglieder abgeordnet werden.⁶⁴
- 45 Hinsichtlich des Umsatzsteuerrechts hat der Gesetzgeber die Praxis der Finanzbehörden durch Änderung von § 4 Nr. 27 Buchst. a UStG vereinheitlicht. Umsatzsteuerfrei ist nunmehr die Gestellung von Personal für bestimmte im UStG genannte Tätigkeiten (u. a. in

⁶² BFHE 75, 112, unter Berufung auf BVerfGE 13, 331.

⁶³ Das FG Karlsruhe, KirchE 6, 140, ist über die Auffassung des BFH insoweit hinausgegangen, als ein einkommen- bzw. lohnsteuerpflichtiges Arbeitsverhältnis selbst dann nicht besteht, wenn sich die Ordensgemeinschaft zur Gestellung eines bestimmten Ordensangehörigen zu genau festgelegten Bedingungen verpflichtet.

⁶⁴ Fundstellen zu den Erlassen der Finanzbehörden bei *Sailer*, Ordensangehörige (o. Fn. 13), S. 148, Fn. 55.

Krankenhäusern, Altenheimen, Schulen, Universitäten) und für Zwecke geistigen Beistands.⁶⁵

4. Ansprüche von Ordensangehörigen gegen die Ordensgemeinschaft bei Austritt

Verläßt ein Ordensmitglied seine Gemeinschaft (Ordensaustritt), so bestimmt c. 702 § 1 CIC, dass es für jegliche von ihm geleistete Arbeit von seinem Ordensinstitut nichts verlangen kann. Das staatliche Recht statuiert in § 8 Abs. 2 Nr. 3 SGB VI einen Anspruch auf Nachversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung (hierzu s.u.). Darüber hinausgehende Kompensationsansprüche gegen die Ordensgemeinschaft aufgrund der zurückliegenden Ordenszugehörigkeit bestehen hingegen nicht.⁶⁶ Bereicherungsrechtliche Ansprüche scheitern daran, dass das Ordensmitglied das Vermögen der Ordensgemeinschaft durch Bereitstellung seiner Arbeitskraft bewußt und zweckgerichtet und in Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Professvertrag vermehrt hat; die Leistungen sind deshalb *mit* Rechtsgrund erfolgt. Schenkungsrechtliche Ansprüche sind zu verneinen, weil die unentgeltliche Tätigkeit für die Ordensgemeinschaft keinen Schenkungstatbestand erfüllt.⁶⁷ Zuletzt scheiden auch Ansprüche nach § 313 BGB (Wegfall der Geschäftsgrundlage) aus, weil die Annahme der unbegrenzten Fortdauer der Ordensmitgliedschaft nicht Geschäftsgrundlage, sondern Inhalt des Professvertrags ist.⁶⁸

46

⁶⁵ Änderung des UStG durch Gesetz v. 2. 11. 2015 (BGBl. I S. 1834 ff.), das die Umsatzsteuer-Freiheit nunmehr vornehmlich von der Art der Tätigkeit abhängig macht. Zur Körperschaftsteuerpflicht vgl. *Rainer Hüttemann*, Rechtsgutachten zu steuerlichen Fragen bei Ordensgestellungsverträgen, in: OK 59 (2018), S. 225 ff., 354 ff.

⁶⁶ Das den Ordensgemeinschaften gewährleistete Selbstbestimmungsrecht gem. Art. 140 i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV steht einer grundsätzlichen Prüfung von bürgerlich-rechtlichen Ansprüchen nicht entgegen. Vgl. *Gisela Lauer*, Ansprüche ehemaliger Ordensangehöriger nach ihrem Austritt aus der Ordensgemeinschaft, in: OK 41 (2000), S. 33.

⁶⁷ Anderer Ansicht ist *Lauer*, ebd., S. 40, die im Verzicht auf eine Vergütung eine unentgeltliche Zuwendung sieht. Zu Rückforderungsansprüchen für Schenkungen an die Ordensgemeinschaft vor Professablegung vgl. *Sailer*, Ordensangehörige (o. Fn. 13), S. 105 f.

⁶⁸ Nach Auffassung des BGH, in: ZIP 12 (1991), S. 1599 (1600), kann das, was Vertragsinhalt ist, nicht Geschäftsgrundlage sein. Anderer Ansicht ist *Lauer*, Ansprüche (o. Fn. 66), S. 41, wonach Ansprüche gem. § 242 BGB aus dem Grundsatz von Treu und Glauben bestehen sollen. Das LG Würzburg hat

- 47** Das Fehlen jeglicher Unterhalts- und Abfindungsansprüche bei Ausscheiden eines Ordensangehörigen wurde auch von den Ordensgemeinschaften mit einer gewissen Berechtigung als unbillig empfunden, zumal ihnen c. 702 § 2 CIC die Beachtung von Billigkeit und evangelischer Liebe gegenüber dem ausgeschiedenen Mitglied nahelegt. Die vormaligen drei Ordensobernvereinigungen haben deshalb im Jahre 1992 eine Schlichtungsstelle geschaffen, um in ihrem internen Bereich Härtefälle nach dem Ausscheiden satzungsmäßiger Mitglieder in einvernehmlicher Weise regeln zu helfen. Nach dem Zusammenschluß der Ordensobernvereinigungen zur Deutschen Ordensobernkonferenz wurde die Verfahrensordnung der Schlichtungsstelle durch Beschlüsse vom 16. 6. 2008 und 16. 5. 2012 überarbeitet.⁶⁹

5. Rechtsfragen bezüglich ausländischer Ordensangehöriger

- 48** Für die Einreise nach Deutschland benötigen ausländische Ordensangehörige aus Nicht-EU-Mitgliedsstaaten gem. § 4 Abs. 1 AufenthG einen Aufenthaltstitel, sofern nicht durch das Recht der EU oder durch Rechtsverordnung etwas anderes bestimmt ist oder aufgrund des Assoziationsabkommens zwischen der EWG und der Türkei ein Aufenthaltsrecht besteht. Aufenthaltstitel sind u. a. das Visum, die Aufenthaltserlaubnis, die Niederlassungserlaubnis und die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU.⁷⁰
- 49** Einer Erwerbstätigkeit dürfen Ordensangehörige – ebenso wie alle anderen Ausländer – gem. § 4 Abs. 3 S. 1 AufenthG nur nachgehen, wenn sie der Aufenthaltstitel dazu berechtigt. Daneben kann die Ausübung einer Beschäftigung jedoch erlaubt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit (BA) zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung gem. § 42 AufenthG bestimmt ist, dass eine Beschäftigung auch ohne Zustimmung der BA zulässig ist. Dies muss im Auf-

im Urteil vom 15. 6. 2015 – 71 O 1640/14, Ansprüche gegen die Ordensgemeinschaft verneint.

⁶⁹ Die Ordnung für das Verfahren bei der Schlichtungsstelle der Deutschen Ordensobernkonferenz (Stand 16. 5. 2012) ist auf der Webseite <<https://www.orden.de>> einsehbar. Vgl. zur Schlichtungsstelle Sailer, Ordensangehörige (o. Fn. 13), S. 110 ff.

⁷⁰ Vgl. zu dieser Thematik die instruktive und praxisorientierte Handreichung „Rechtliche Aspekte beim Einsatz ausländischer Ordensangehöriger in der Bundesrepublik Deutschland“, erarbeitet von einer Arbeitsgruppe der Unterkommission Gestellungsgelder der Finanzkommission des Verbandes der Diözesen Deutschlands, Stand 26. 9. 2013.

enthaltstitel dokumentiert sein. Nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 der hierzu ergangenen Rechtsverordnung (BeschV)⁷¹ ist keine Zustimmung erforderlich für vorwiegend aus karitativen oder religiösen Gründen Beschäftigte. Diesen Personen unterstellt die Vorschrift, nicht in erster Linie zu Erwerbszwecken tätig zu sein. Sie betrifft z.B. ordensangehörige Seelsorger, die in Deutschland tätig werden.

Zu dieser Thematik haben das Kommissariat der deutschen Bischöfe und die Vertreter der Orden mit dem zuständigen Bundesministerium detaillierte Absprachen erarbeitet. In einer Anordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung vom 20.6.2002 wird die Zustimmung der BA zum Einsatz ausländischer Ordensangehöriger für entbehrlich festgelegt beim ordensinternen Einsatz in Einrichtungen des eigenen Ordens (auch zur Krankenpflegeausbildung), beim Einsatz im internen Bereich (z.B. innerhalb der Klausur oder in bischöflichen Haushalten), beim Einsatz im pastoralen und liturgischen Dienst, bei der Ausbildung zum Ordensangehörigen und beim Einsatz aufgrund eines Gestellungsvertrags in kirchlichen karitativ-sozialen Einrichtungen im Rahmen des Befürwortungsverfahrens der Vereinigung katholischer Orden zur Förderung internationaler Solidarität e.V. (VKO).⁷² Diese Regelungen der ministeriellen Anordnung sind in die Durchführungsanweisung der BA zur BeschV aufgenommen worden.

Einkommensteuerpflichtig sind ausländische Ordensangehörige in Deutschland nur, wenn sie aufgrund eines Einzeldienstvertrages tätig werden. Gestellungsgelder, die an die Ordensgemeinschaft bezahlt werden, führen nicht zur Einkommensteuerpflicht des Ordensangehörigen.

Gem. § 4 Nr. 27 Buchst. a UStG sind die Umsätze einer ausländischen Ordensgemeinschaft für die Gestellung einzelner ihrer Mitglieder umsatzsteuerfrei, wenn diese Gestellung für bestimmte im UStG genannte Tätigkeiten erfolgt.

⁷¹ Verordnung über die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern (BeschV) v. 6.6.2013 (BGBl. I S. 1499), zuletzt geändert am 31.7.2016 (BGBl. I S. 1950, 1953).

⁷² Das LSG RP ist im Urteil vom 29.1.2004 – L 1 AL 113/01, zur Einreise ausländischer Ordensangehöriger davon ausgegangen, dass bei der Tätigkeit im Rahmen eines Gestellungsvertrags keine arbeitsgenehmigungsbedürftige Tätigkeit vorliegt. Ähnlich bereits VG Minden, B. v. 10.5.1999 – 2 L 490/99. Damit würde sich das Befürwortungsverfahren in Gestellungsfällen erübrigen, weil es dort bereits an einem Beschäftigungsverhältnis fehlt.

- 53** Zahlungen von Gestellungsgeldern an eine ausländische Ordensgemeinschaft auf deren Konten im Ausland sind körperschaftsteuerfrei. Werden die Gestellungsgelder hingegen auf ein inländisches Konto der ausländischen Ordensgemeinschaft überwiesen, besteht grundsätzlich Körperschaftsteuerpflicht, wenn die Ordensangehörigen dieser Gemeinschaft in einem Konvent oder einer Kommunität zusammenleben, die das deutsche Steuerrecht als „Betriebsstätte“ qualifiziert. Die Steuerpflicht entfällt bei dieser Konstellation jedoch, wenn für die ausländischen Ordensangehörigen ein eingetragener Verein gegründet und für diesen nach den Vorschriften der Abgabenordnung die Anerkennung der Gemeinnützigkeit beantragt wird.⁷³
- 54** In sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht findet für ausländische Ordensangehörige, die aufgrund eines Einzeldienstvertrages tätig sind, deren Heimatrecht (Sitz ihrer Ordensgemeinschaft) Anwendung, soweit es sich um sog. Einstrahlungsfälle gem. § 5 Abs. 1 SGB IV handelt. Dies sind Beschäftigungsverhältnisse aufgrund einer Entsendung, die nach ihrer Eigenart oder vertraglich im Voraus zeitlich begrenzt sind.⁷⁴ In der Praxis problematisch ist die Klärung der Frage, ab welcher Aufenthaltsdauer nicht mehr von einer vorübergehenden oder befristeten Beschäftigung ausgegangen werden kann – mit der Folge der Anwendbarkeit des deutschen Sozialversicherungsrechts.⁷⁵ Für Ordensangehörige aus den EU-Mitgliedsstaaten sowie der Schweiz gilt vorrangig Art. 12 Abs. 1 S. 1 EG-VO 883/2004, wonach bei Entsendungsfällen von Arbeitnehmern das Heimatrecht nur Anwendung findet, wenn die voraussichtliche Dauer des Arbeitsverhältnisses vierundzwanzig Monate nicht überschreitet.⁷⁶

⁷³ Vorrangig zu beachten sind Befreiungstatbestände aufgrund von Doppelbesteuerungsabkommen.

⁷⁴ Die sich aus der Eigenart ergebende Befristung im Voraus ergibt sich aus der Amtszeit des Ordensoberen, der das Recht besitzt, alle Entsendungen zu bestätigen oder zu widerrufen.

⁷⁵ Mit Schreiben vom 13.9.1995 hat die damalige Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) gegenüber dem Verband der Diözesen Deutschlands (VDD) bestätigt, eine zeitliche Befristung von bis zu sieben Jahren zu akzeptieren. Eine allgemeinverbindliche Regelung fehlt jedoch bislang.

⁷⁶ Dort besteht gleichwohl die Möglichkeit von Ausnahmevereinbarungen gem. Art. 16 Abs. 1 EG-VO 883/2004. Weiterhin vorrangig sind zwischenstaatliche Sozialversicherungsabkommen.

6. Betreuungsrecht / Vorsorgevollmachten

Wird ein Ordensangehöriger aufgrund seines geistigen oder gesundheitlichen Zustandes i.S.d. § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB betreuungsbedürftig, so bestellt das Betreuungsgericht auf Antrag oder von Amts wegen für ihn einen Betreuer. Bei der Auswahl des Betreuers hat das Gericht gem. § 1897 Abs. 4 S. 1 BGB dem Vorschlag des Betroffenen zu entsprechen, wenn dies seinem Wohl nicht zuwiderläuft. In der Regel benennen Ordensangehörige einen Angehörigen derselben Kommunität oder ihren Ordensoberen als zu stellenden Betreuer. Dabei ergibt sich das Problem, dass § 1897 Abs. 3 BGB die Bestellung einer Person zum Betreuer verbietet, die zu der Anstalt, dem Heim oder der Einrichtung, in der der Betreuungsbedürftige lebt, in einem Abhängigkeitsverhältnis oder in einer anderen engen Beziehung steht. Zweck der Vorschrift ist es, Interessenkonflikte – insbesondere finanzieller Art – zwischen dem Betreuten und dem Betreuer zu vermeiden.⁷⁷

55

Obwohl nach dem Willen des Gesetzgebers der Begriff der „Einrichtung“ weit zu verstehen ist, sind Klöster und Ordenshäuser nicht per se in den Anwendungsbereich von § 1897 Abs. 3 BGB einbezogen. Erst wenn durch ihre Eigenschaft als Klinik, Altenpflegeheim oder Wohnheim ein medizinischer oder pflegerischer Aspekt hinzutritt, könnte der Einrichtungsbegriff zu bejahen sein. Auch die enge Beziehung des als Betreuer vorgeschlagenen Ordensangehörigen zu seinem Ordenshaus wäre Tatbestandsmerkmal von § 1897 Abs. 3 BGB. Gleichwohl passt der Schutzzweck der Vorschrift nicht auf die besonderen Verhältnisse innerhalb einer Ordensgemeinschaft. Das abgegebene Armutsgelübde, das familienähnliche Verhältnis der Ordensangehörigen untereinander und die freiwillige Eingliederung in eine Ordensgemeinschaft mit den damit verbundenen Abhängigkeitsverhältnissen verwehrt die Anwendung des Ausschlussstatbestands § 1897 Abs. 3 BGB.⁷⁸

56

⁷⁷ Vgl. die Begründung zum Gesetzesentwurf der BReg., BT-Drs. 11/4528, S. 126.

⁷⁸ Schon dem Grunde nach stellt sich hier die Frage, ob Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV die Begründung von wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnissen zwischen Ordensangehörigem, Ordensgemeinschaft und Ordensoberen so in Schutz nimmt, dass sie auch im Betreuungsrecht zu respektieren sind. Vgl. hierzu *Roland Weis*, Betreuerbestellung innerhalb von Ordensgemeinschaften, in: *Neue Zeitschrift für Familienrecht (NZFam)* 2 (2015), S. 948 ff. und OK 57 (2016), S. 83 ff.; *Thomas Meyer*, Rechtliche Betreuung in Ordensgemeinschaften. Abgrenzungsfragen im Zusammenhang mit § 1897

- 57 Für die Auswahl eines Bevollmächtigten im Rahmen einer Vorsorgevollmacht – die Vorrang vor der Betreuerbestellung hat – gelten gem. § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB dieselben Grundsätze.

7. Ordensname

- 58 Mit Gesetz vom 20.7.2007⁷⁹ wurde die Eintragung, Erhebung und Speicherung des Ordensnamens im Melde-, Pass- und Personalausweisrecht abgeschafft, auf Protest der katholischen Interessenverbände mit Gesetz vom 18.12.2008 wieder eingeführt.⁸⁰

IV. Die Sozialversicherung der Ordensangehörigen

1. Rentenversicherung

- 59 Seit dem Jahre 1957 unterwirft die staatliche Gesetzgebung alle Ordensangehörigen grundsätzlich der Rentenversicherungspflicht, stellt aber gleichzeitig den überwiegenden Teil von ihnen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen von der Versicherungspflicht frei. In den Fällen, in denen Versicherungsfreiheit gewährt wird, muss ein Ordensangehöriger bei Ausscheiden aus seinem Verband nachversichert werden.
- 60 Nach dem Selbstverständnis der Kirchen fällt die Altersversorgung von Geistlichen und Ordensangehörigen als Teil des kirchlichen Dienstrechts in den Bereich der eigenen „Angelegenheiten“ im Sinne von Art. 137 Abs. 3 WRV. Kleriker haben gem. c. 281 § 2 CIC Anspruch gegen ihren Ordinarius auf soziale Sicherung bei Krankheit und Arbeitsunfähigkeit sowie im Alter. Für die Ordensangehörigen lassen sich vergleichbare Ansprüche aus c. 670 CIC herleiten. Auch

Abs. 3 BGB, in: Nichtalltägliche Fragen aus dem Alltag des Betreuungsrechts. Festschrift für Werner Bienwald zum 70. Geburtstag, hg. von Susanne Sonnfeld, 2006, S. 195 (199 f.); *Dominicus M. Meier*, Wenn es dann nicht mehr geht [...] – Entscheidungen im Rahmen einer Klosterauflösung, in: OK 51 (2010), S. 49 (66); *Lars Westinger*, Art. „Betreuungsverfügung / Patientenverfügung, Deutschland“, in: 100 Begriffe aus dem Ordensrecht (o. Fn. 37), S. 118 m. w. N.

⁷⁹ BGBl. I S. 1566.

⁸⁰ Vgl. *Gisela Fleckenstein*, Der Ordensname im Personalausweis, in: OK 52 (2011), S. 468 m. w. N.

aus dem Professvertrag ergibt sich nach kanonischem Recht eine Unterhaltsverpflichtung des Ordensverbandes.

Die staatlicherseits beanspruchte Regelungskompetenz für den Bereich der sozialen Sicherung der Ordensangehörigen greift in diesen durch Art. 137 Abs. 3 WRV eröffneten Schutzbereich ein. Sie hält sich aber deshalb innerhalb des Schrankenvorbehalts des „für alle geltenden Gesetzes“ gem. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV, weil die Sozialversicherungspflicht die Ordensangehörigen nicht härter trifft als andere,⁸¹ diese also nur die soziale Sicherheit erhalten, die ihnen zustünde, wenn sie nicht in einem besonderen kirchlichen Gewaltverhältnis stehen würden.⁸² Zudem hat der Gesetzgeber der Wechselwirkung zwischen Kirchenfreiheit und Schranken zweck dadurch Rechnung getragen, dass § 1 S. 1 Nr. 4, § 5 Abs. 1 Nr. 3 und § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB VI die besondere Situation der Ordensgemeinschaften und Ordensangehörigen berücksichtigen.⁸³

61

Gem. § 1 S. 1 Nr. 4 SGB VI sind Mitglieder geistlicher Genossenschaften, Diakonissen und Angehörige ähnlicher Gemeinschaften während ihres Dienstes für die Gemeinschaft und während der Zeit ihrer außerschulischen Ausbildung in der gesetzlichen Rentenversicherung versicherungspflichtig.

62

Gleichzeitig bestimmt § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB VI, dass die satzungsgemäßen Mitglieder geistlicher Genossenschaften, Diakonissen und Angehörige ähnlicher Gemeinschaften versicherungsfrei sind, wenn ihnen nach den Regeln der Gemeinschaft Anwartschaft auf die in der Gemeinschaft übliche Versorgung bei verminderter Erwerbsfähigkeit und im Alter gewährleistet und die Erfüllung der Gewährleistung gesichert ist.

63

Mit dieser Wechselbeziehung von (grundsätzlicher) Versicherungspflicht und Versicherungsfreiheit für nahezu denselben Personenkreis macht der Gesetzgeber von seiner Zuständigkeit zur Regelung des Sozialversicherungsrechts Gebrauch, erkennt jedoch gleichzeitig die ausreichenden sozialen Schutz gewährende ordensinterne Sicherung an. Er trägt dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht auch dadurch Rechnung, dass er für die Frage der Mitgliedschaft auf die Konstitutionen verweist und sich die Anwartschaft auf eine ausreichende Ver-

64

⁸¹ BVerfGE 42, 312 (334).

⁸² *Peter Storr*, Die Sozialversicherung der Ordensleute und Priester der katholischen Kirche, 1977, S. 49.

⁸³ *Winfried Boecken*, in: Gemeinschaftskommentar zum SGB VI, hg. von Franz Ruland / Joachim Försterling, Losebl., Stand Juni 2012, § 5, Rn. 95.

sorgung „nach den Regeln der Gemeinschaft“ bemessen und (nur) „die in der Gemeinschaft übliche Versorgung“ gewährleisten muss.

- 65 Versicherungspflichtig sind gem. § 1 S. 1 Nr. 4 SGB VI die Mitglieder einer geistlichen Genossenschaft. Bezüglich der Mitgliedschaft gilt, dass deren Regelung in den von Art. 137 Abs. 3 WRV geschützten Autonomiebereich fällt.⁸⁴ Wer Mitglied bzw. Angehöriger einer Ordensgemeinschaft ist, richtet sich deshalb ausschließlich nach kodikarischem Recht und dem kanonischen Satzungsrecht der betreffenden Gemeinschaft.
- 66 Nach kodikarischem Recht gehören unstreitig zu den Ordensangehörigen jene Ordensleute, die zeitliche oder ewige Gelübde abgelegt haben, da sie durch die Profess gem. c. 654 CIC dem Institut eingliedert werden. Daneben sind auch Novizen Mitglieder einer Ordensgemeinschaft, weil gem. c. 646 CIC mit dem Noviziat das Leben im Institut beginnt. Auch die Satzungen der Ordensgemeinschaften behandeln die Novizen explizit oder konkludent als Mitglieder des Verbandes.⁸⁵ Weniger eindeutig ist die Qualifikation von Postulanten. Trotz der klaren Aussage von c. 646 CIC enthält diese Vorschrift keine abschließende Regelung. Es ist den Ordensverbänden nicht verwehrt, durch ihr Eigenrecht die Postulanten ihres Verbandes als Ordensmitglieder zu qualifizieren. Von dieser Möglichkeit haben zahlreiche Ordenssatzungen Gebrauch gemacht.
- 67 Versicherungspflichtig sind Ordensangehörige jedoch gem. § 1 S. 1 Nr. 4 SGB VI nur während ihres Dienstes für die Gemeinschaft und während der Zeit ihrer außerschulischen Ausbildung. Sowohl der Begriff des „Dienstes für die Gemeinschaft“ als auch die „außerschulische Ausbildung“ sind weit zu verstehen, zumal das kanonische Recht gem. c. 650 § 1 CIC das Noviziat als Zeit der Ausbildung versteht. Entsprechendes gilt für die Postulatszeit.⁸⁶
- 68 § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB VI stellt von den versicherungspflichtigen *Mitgliedern* der Ordensgemeinschaften deren *satzungsmäßige Mitglieder* von der Versicherungspflicht frei. Obgleich die Begriffswahl

⁸⁴ BVerfGE 30, 415 (422).

⁸⁵ Vgl. hierzu Sailer, Ordensangehörige (o. Fn. 13), S. 165 ff.

⁸⁶ So das FG Münster, vgl. Wolfgang Schumacher, Ordensrelevante Gerichtsurteile und anhängige Verfahren, in: OK 33 (1992), S. 317 (321 f.); a. A. das im Verfahren unterlegene Finanzamt, das die Postulats- und Noviziatszeit lediglich als Orientierungsphase auf dem Lebensweg eines Menschen qualifiziert hat. Vgl. zur Frage, ob Postulat und Noviziat die Ausbildung zum Beruf des Ordensangehörigen beinhalten Sailer, Ordensangehörige (o. Fn. 13), S. 179 ff.

vermuten läßt, der Gesetzgeber verweise auf die ordensinterne Regelung zur Ordensmitgliedschaft, erachtet er seine eigene Einschätzung für relevant. Ungeachtet des kirchenrechtlichen Verständnisses der Ordensmitgliedschaft von Novizen und Postulanten hält sie der Gesetzgeber nicht für „satzungsmäßige Mitglieder“ und damit nicht für versicherungsfrei.⁸⁷ Die Ordensgemeinschaften werden deshalb mit der Entrichtung von Pflichtbeiträgen auch für jene Postulanten und Novizen belastet, die später mit Ablegung der Profess versicherungsfrei werden und eine staatliche Rente aufgrund lebenslanger Ordenszugehörigkeit nicht in Anspruch nehmen. Ungeachtet dieses Nachteils sind die Vorschriften in § 1 S. 1 Nr. 4, § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB VI so aufeinander abgestimmt, dass satzungsmäßige Mitglieder versicherungsfrei, jedoch bei Ausscheiden nachzuversichern sind, für Postulanten und Novizen es hingegen bei der Versicherungspflicht bleibt.⁸⁸

Voraussetzung der Versicherungsfreiheit gem. § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB VI ist nicht nur die Anwartschaft auf die in der Gemeinschaft übliche Versorgung, sondern die Gewährleistung von deren Erfüllung.

Um diesem Erfordernis zu genügen, haben die drei Interessenverbände der Ordensgemeinschaften im Jahre 1991 das „Solidarwerk der katholischen Orden Deutschlands e.V.“ gegründet.⁸⁹ Gem. § 2 seiner Satzung (SSW) ist Zweck des Solidarwerks, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass seine Mitglieder – die einzelnen Ordensgemeinschaften – ihre durch Abschluss des Professvertrages ihren eigenen satzungsmäßigen Mitgliedern gegenüber übernommenen Verpflichtungen, sie bei verminderter Arbeitsfähigkeit und im Alter

⁸⁷ Vgl. den Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP zum Rentenreformgesetz 1992, BT-Drs. 11/4124, S. 151. Klaus Gürtner, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, hg. von Anne Körner/Stephan Leitherer/Bernd Mutschler, Losebl., Stand Juni 2018, § 5 SGB VI, Rn. 23b.

⁸⁸ Der zur Rentenversicherung zu entrichtende Beitragssatz bemisst sich dabei gem. § 161 Abs. 1, § 162 Nr. 4 SGB VI nach dem Einkommen; dies sind in der Regel nur die Sachbezüge, deren Wert anhand der Sachbezugsverordnung ermittelt wird.

⁸⁹ Das Solidarwerk ist im Vereinsregister des Amtsgerichts München unter VR 13729 eingetragen. Die Satzung ist einsehbar über die Webseite des Solidarwerks (<<https://www.solidarwerk.de>>). Dem Solidarwerk gehören derzeit ca. 300 Ordensverbände an, die ca. 20.000 Ordensangehörige repräsentieren. Vgl. auch Westinger, Art. „Solidarwerk der katholischen Orden Deutschlands“, in: 100 Begriffe aus dem Ordensrecht (o. Fn. 37), S. 438 ff. sowie Wolfgang Schumacher, Kommentar zur Satzung des Solidarwerks der katholischen Orden Deutschlands, in: OK 33 (1992), S. 187.

zu versorgen, jederzeit erfüllen und dies den zuständigen staatlichen Behörden und Sozialhilfeträgern gegenüber nachweisen können.⁹⁰ Die Hilfeleistung besteht nach § 13 Abs. 3 SSW insbesondere aus der Zuweisung von Ordensangehörigen in geeignete Einrichtungen anderer Mitgliedsgemeinschaften, der Vermittlung oder Gewährung von Darlehen und aus der Bereitstellung von Zuschüssen. Die erforderlichen Geldmittel werden auf der Grundlage eines Umlageverfahrens von den Mitgliedsgemeinschaften erhoben.

- 71 Gem. § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB VI werden Personen, die als satzungsmäßige Mitglieder geistlicher Genossenschaften, Diakonissen oder Angehörige ähnlicher Gemeinschaften versicherungsfrei waren oder von der Versicherungspflicht befreit worden sind, nachversichert, wenn sie ohne Anspruch oder Anwartschaft auf Versorgung aus der Beschäftigung ausgeschieden sind oder ihren Anspruch auf Versorgung verloren haben und Gründe für einen Aufschub der Beitragszahlung nicht gegeben sind. Mit dieser Regelung sorgt der Gesetzgeber für die Wiederherstellung der sozialen Absicherung von Ordensangehörigen, die keinen Anspruch auf ordensinterne Versorgung mehr haben, weil sie aus der Gemeinschaft ausgeschieden sind.⁹¹ Nachversichert werden können nur Zeiträume, in denen der Ordensangehörige dem Grunde nach versicherungspflichtig war, jedoch aus einem der in § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 4 SGB VI genannten Gründe Versicherungsfreiheit bestand. Beitragsbemessungsgrundlage für die Nachversicherung sind gem. § 181 Abs. 2 S. 1 SGB VI die beitragspflichtigen Einnahmen aus der Beschäftigung. Dies sind gem. § 162 Nr. 4 SGB VI die Geld- und Sachbezüge, die das Ordensmitglied persönlich von seiner Gemeinschaft erhalten hat. Da Ordensangehörige in der Regel kein persönliches beitragspflichtiges Einkommen erhalten haben, erfolgt die Berechnung nach der gesetzlichen Mindestbeitragsbemessungsgrundlage, die dazu führt, dass die nach Durchführung der Nachversicherung auszahlbare Rente im Regelfall auf Sozialhilfeniveau liegt.⁹²

⁹⁰ Vgl. Sailer, Ordensangehörige (o. Fn. 13), S. 193 f.

⁹¹ Zur den kodikarischen Formen und Folgen der Beendigung der Ordensmitgliedschaft vgl. Sailer, Ordensangehörige (o. Fn. 13), S. 201 ff. Das staatliche Recht definiert das „unversorgte Ausscheiden“ ohne Berücksichtigung kirchenrechtlicher Regelungen allein nach rentenversicherungsrechtlichen Merkmalen; vgl. BSGE 38, 221 ff. und Boecken, in: Gemeinschaftskommentar (o. Fn. 83), § 8, Rn. 48 ff.

⁹² Lauer, Ansprüche (o. Fn. 66), S. 33.

2. Krankenversicherung

Gem. § 6 Abs. 1 Nr. 7 SGB V sind in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherungsfrei satzungsmäßige Mitglieder geistlicher Genossenschaften, Diakonissen und ähnliche Personen, wenn sie sich aus überwiegend religiösen oder sittlichen Beweggründen mit Krankenpflege, Unterricht oder anderen gemeinnützigen Tätigkeiten beschäftigen und nicht mehr als freien Unterhalt oder ein geringes Entgelt beziehen, das nur zur Beschaffung der unmittelbaren Lebensbedürfnisse an Wohnung, Verpflegung, Kleidung und dergleichen ausreicht.⁹³ Das für die Versicherungsfreiheit erforderliche Tatbestandsmerkmal der Beschäftigung mit gemeinnützigen Tätigkeiten aus überwiegend religiösen oder sittlichen Beweggründen wird von den Krankenkassen bei Ordensangehörigen generell unterstellt, und zwar auch dann, wenn sie keine im eigentlichen Sinne (vgl. § 52 Abs. 1 S. 1 AO) gemeinnützigen Tätigkeiten ausüben oder rein kontemplativ leben. Auch das zuletzt für die Versicherungsfreiheit erforderliche Merkmal des Bezugs lediglich geringer Sach- und Geldmittel wird bei Ordensangehörigen als gegeben erachtet, und zwar auch dann, wenn sie aufgrund eines Einzeldienstvertrages tätig sind.⁹⁴

Mit der Beschränkung der Versicherungsfreiheit auf *satzungsmäßige Mitglieder* hatte der Gesetzgeber bezweckt, Postulanten und Novizen auszuklammern und es für sie bei der Versicherungspflicht zu belassen.⁹⁵ Gleichwohl war die Aufnahme eines Tatbestands für die grundsätzliche Versicherungspflicht von Ordensangehörigen – entsprechend der im Rentenversicherungsrecht gem. § 1 S. 1 Nr. 4 SGB VI bestehenden Regelung – zunächst unterblieben. Diese Regelungslücke hatte zu verschiedenen Hilfskonstruktionen geführt, um Postulanten und Novizen in die gesetzliche Krankenversicherung

⁹³ Umfassend zu dieser Thematik *Simone Glenski*, Die Ordensangehörige in der Krankenversicherung, 2000. Die Gewährung der Versicherungsfreiheit ist freilich gegenstandslos, wenn bereits dem Grunde nach keine Versicherungspflicht besteht, weil keiner der Tatbestände gem. § 5 Abs. 1 SGB V vorliegt.

⁹⁴ Vgl. *Joseph Pfab*, Mitteilungen, in: OK 35 (1994), S. 78 (96 f.). So auch SG Aachen, U. v. 18.5.2015 – S 6 R 452/13, wiedergegeben in OK 56 (2015), S. 365, das auf § 6 Abs. 3 S. 1 SGB V verweist, wonach die Versicherungsfreiheit auch dann bestehen bleibt, wenn ein die Versicherungspflicht begründender Tatbestand gem. § 5 Abs. 1 SGB V vorliegt.

⁹⁵ Vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zum Gesundheits-Reformgesetz v. 3.5.1988, BT-Drs. 11/2237, S. 160.

einzu beziehen. Zum einen wurde durch Rückschluss aus § 6 Abs. 1 Nr. 7 SGBV die Versicherungspflicht konstruiert, zum anderen wurde in Postulat und Noviziat ein entgeltliches oder unentgeltliches Beschäftigungsverhältnis zur Berufsausbildung gem. § 1 S. 1 Nr. 1 oder 10 SGBV gesehen. Daneben wurde die Auffassung vertreten, der Versicherungspflicht könnten nur die Postulanten und Novizen jener Ordensgemeinschaften unterfallen, deren satzungsmäßige Mitglieder gem. § 6 Abs. 1 Nr. 7 SGBV versicherungsfrei sind – mit der Konsequenz, dass Postulanten und Novizen kontemplativer Orden versicherungsfrei, jene gemeinnützig tätiger Ordensgemeinschaften jedoch versicherungspflichtig wären.⁹⁶

74 Mit Urteil vom 17.12.1996⁹⁷ hat das BSG die Versicherungspflicht von Postulanten und Novizen generell verneint, da ein eigener Tatbestand für die Versicherungspflicht fehle und die Fiktion eines Beschäftigungsverhältnisses zur Berufsausbildung das Selbstverwaltungsrecht der Kirchen berühren würde.⁹⁸ Das von den Vertretern der Ordensgemeinschaften und den Krankenkassen getroffene Übereinkommen, Postulanten und Novizen als versicherungspflichtig einzustufen, sei nicht ausreichend.

75 Die durch das Urteil des BSG offengelegte Regelungslücke hat der Gesetzgeber mittlerweile geschlossen.⁹⁹ Gem. § 5 Abs. 4a S. 3 SGBV gelten als zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1 auch Personen, die als nicht satzungsmäßige Mitglieder geistlicher Genossenschaften oder ähnlicher religiöser Gemeinschaften für den Dienst in einer solchen Genossenschaft oder ähnlichen religiösen Gemeinschaft außerschulisch ausgebildet werden.¹⁰⁰ Diese nunmehr gesetzlich eindeutig geregelte Versicherungspflicht von Postulanten und Novizen hat zur Folge, dass ihnen hierdurch die Vor-

⁹⁶ Zu den verschiedenen Hilfskonstruktionen vgl. *Andreas Sailer*, Die Krankenversicherungspflicht der Postulanten und Novizen von Ordensgemeinschaften, in: NZS 7 (1998), S. 464 f. m. w. N. sowie *Glenski*, Krankenversicherung (o. Fn. 93), S. 118 ff. m. w. N.

⁹⁷ BSGE 79, 307.

⁹⁸ Zur Kritik am Urteil des BSG vgl. *Glenski*, Krankenversicherung (o. Fn. 93), S. 122 ff.

⁹⁹ Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung v. 22.12.1999 (BGBl. I S. 2626); BT-Drs. 14/1245, S. 59.

¹⁰⁰ Die Versicherungspflicht ergibt sich deshalb nur bei der Annahme, die Zeit des Postulats und Noviziats sei außerschulische Ausbildung zum Beruf des Ordensangehörigen. Zur Kritik an der gesetzlichen „Klarstellung“ vgl. *Britta Wiegand*, in: Kommentar zum SGB V, hg. von Eberhard Eichenhofer / Ulrich Wenner, 2013, § 5, Rn. 15.

versicherungszeit gewährt wird, auf die sie gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 SGBV für den Zugang zur freiwilligen Krankenversicherung zwingend angewiesen sind.

Der Freistellung der Ordensangehörigen von der gesetzlichen Krankenversicherung lag die Annahme des Gesetzgebers zugrunde, die Ordensgemeinschaften könnten die Krankheitsfürsorge in der Regel durch Betreuung, Pflege und medizinische Versorgung innerhalb des Instituts oder in ordenseigenen Krankenhäusern gewährleisten. Die ungünstige Altersstruktur vieler Ordensgemeinschaften, die Abgabe zahlreicher Krankenhäuser in ordensfremde Trägerschaft und die hohen Kosten einer modernen Krankheitstherapie haben jedoch dazu geführt, dass die Ordensgemeinschaften eine dem allgemein üblichen Niveau entsprechende Krankheitsfürsorge nicht mehr ordensintern sicherstellen können. Aus diesem Grunde versichern in der Praxis fast alle Ordensgemeinschaften ihre Angehörigen gem. § 9 Abs. 1 SGBV in der freiwilligen Krankenversicherung, soweit diese nicht – wie Postulanten und Novizen – bereits gem. § 5 Abs. 4a S. 3 i. V. m. Abs. 1 Nr. 1 SGBV pflichtversichert sind.

76

Diese freiwillige Versicherung ist auch im Hinblick auf den Fall geboten, dass ein Ordensmitglied aus seiner Gemeinschaft ausscheidet. Wäre es anschließend nicht nach § 5 Abs. 1 SGBV versicherungspflichtig oder aber gem. § 6 Abs. 1 oder 7 SGBV versicherungsfrei, wäre es auf eine private Krankenversicherung angewiesen, deren Beiträge in Ermangelung eines frühen Versicherungsbeginns entsprechend hoch ausfallen.

77

Die Beitragshöhe in der freiwilligen gesetzlichen Krankenversicherung bemisst sich gem. § 223 Abs. 2 S. 1 SGBV nach den beitragspflichtigen Einnahmen. Dies sind bei den meisten Ordensangehörigen lediglich die nach der Sachbezugsverordnung zu bewertenden Unterhaltsleistungen der Ordensgemeinschaft sowie der Krankenversicherungsbeitrag selbst. Einnahmen aus Einzeldienstverträgen werden – in Fortführung ihrer Nichtberücksichtigung im Rahmen von § 6 Abs. 1 Nr. 7 SGBV – bei der Berechnung der Beitragshöhe außer Betracht gelassen.¹⁰¹ Die Beiträge sind nach § 251 Abs. 4b SGBV allein von der Ordensgemeinschaft zu tragen.

78

¹⁰¹ Die aufgrund eines Einzeldienstvertrags tätigen Ordensangehörigen werden deshalb durch die Krankenversicherungspraxis doppelt begünstigt.

3. Arbeitslosen-, Unfall- und Pflegeversicherung

- 79** In der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung sind gem. § 24 Abs. 1, § 25 Abs. 1 SGB III jene Personen versicherungspflichtig, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind. Ebenfalls versicherungspflichtig sind gem. § 26 Abs. 1 Nr. 5 SGB III Personen, die als nicht satzungsmäßige Mitglieder geistlicher Genossenschaften oder ähnlicher religiöser Gemeinschaften für den Dienst in einer solchen Genossenschaft oder ähnlichen religiösen Gemeinschaft außerschulisch ausgebildet werden.
- 80** Versicherungsfrei hingegen sind gem. § 27 Abs. 1 Nr. 4 SGB III die satzungsmäßigen Mitglieder von geistlichen Genossenschaften, Diakonissen und ähnliche Personen, wenn sie sich aus überwiegend religiösen oder sittlichen Beweggründen mit Krankenpflege, Unterricht oder anderen gemeinnützigen Tätigkeiten beschäftigen und nicht mehr als freien Unterhalt oder ein geringes Entgelt beziehen, das nur zur Beschaffung der unmittelbaren Lebensbedürfnisse an Wohnung, Verpflegung, Kleidung und dergleichen ausreicht. Im Ergebnis versicherungspflichtig sind deshalb neben den Postulanten und Novizen lediglich die Ordensangehörigen, die aufgrund eines Einzeldienstvertrags tätig sind und dort entweder einerseits mehr als nur freien Unterhalt bzw. ein geringes Entgelt beziehen oder andererseits keiner privilegierten Tätigkeit nachgehen.¹⁰²
- 81** In der gesetzlichen Unfallversicherung sind gem. § 4 Abs. 1 Nr. 3 SGB VII versicherungsfrei satzungsmäßige Mitglieder geistlicher Genossenschaften, Diakonissen und Angehörige ähnlicher Gemeinschaften, wenn ihnen nach den Regeln der Gemeinschaft Anwartschaft auf die in der Gemeinschaft übliche Versorgung gewährleistet und die Erfüllung der Gewährleistung gesichert ist. Damit entspricht die Regelung jener des Rentenversicherungsrechts (§ 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB VI). Obwohl eine Vorschrift für Postulanten und Novizen fehlt, besteht Einigkeit über deren Versicherungspflichtigkeit. Eine freiwillige Versicherung oder Nachversicherung besteht im Recht der Unfallversicherung nicht.¹⁰³

¹⁰² Vgl. *Glenski*, Krankenversicherung (o. Fn. 93), S. 155 ff., insbesondere auch zur Frage, ob und in welcher Form bei Ordensangehörigen der Fall der Arbeitslosigkeit eintreten kann.

¹⁰³ Die Regelung gem. § 541 Abs. 2 RVO, wonach ein Ordensmitglied bei Ausscheiden aus der Gemeinschaft Ansprüche gegen den Träger der gesetzlichen Unfallversicherung erwarb, wurde bei Novellierung des Unfallversiche-

In der sozialen Pflegeversicherung besteht gem. § 20 Abs. 1 und 3 SGB XI Versicherungspflicht für alle Personen, die krankenversichert sind.¹⁰⁴ Die im Regelfall in der gesetzlichen Krankenversicherung *freiwillig* versicherten Ordensangehörigen sind deshalb gem. § 20 Abs. 3 SGB XI ebenso pflegeversicherungspflichtig wie die *versicherungspflichtigen* Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung gem. § 20 Abs. 1 SGB XI. Für Postulanten und Novizen ergibt sich die Versicherungspflicht aus § 20 Abs. 2a SGB XI, wonach als zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte im Sinne des Absatzes 1 S. 2 Nr. 1 Personen gelten, die als nicht satzungsmäßige Mitglieder geistlicher Genossenschaften oder ähnlicher religiöser Gemeinschaften für den Dienst in einer solchen Genossenschaft oder ähnlichen religiösen Gemeinschaft außerschulisch ausgebildet werden. Privat krankenversicherte Ordensangehörige haben gem. § 23 Abs. 1 SGB XI bei ihrer Privatkrankenkasse einen Pflegeversicherungsvertrag abzuschließen. Gem. § 59 Abs. 4 SGB XI sind die Beiträge der satzungsmäßigen Mitglieder geistlicher Genossenschaften, Diakonissen und ähnlicher Personen von ihrer Gemeinschaft allein zu tragen. Obwohl es für Postulanten und Novizen beim Grundsatz der hälftigen Beitragsteilung gem. § 58 Abs. 1 SGB XI bleibt, übernehmen die Ordensgemeinschaften in der Praxis auch die Beiträge dieser Angehörigen in voller Höhe.¹⁰⁵

rungsrechts wegen fehlender praktischer Relevanz aufgegeben; vgl. Begründung des Gesetzesentwurfs der BReg. BT-Drs. 13/2204, S. 71, 76.

¹⁰⁴ Vgl. *Wolfgang Schumacher*, Die Umsetzung der Pflegeversicherung im Ordensbereich, in: OK 36 (1995), S. 317.

¹⁰⁵ Vgl. zur Pflegeversicherung der Ordensangehörigen *Dominicus M. Meier*, Art. „Pflegeversicherung (Deutschland)“, in: 100 Begriffe aus dem Ordensrecht (o. Fn. 37), S. 361 ff. sowie *Sailer*, Ordensangehörige (o. Fn. 13), S. 237 ff.

Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland

Band 2

Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland

Herausgegeben von

Dietrich Pirson, Wolfgang Rübner,
Michael Germann und Stefan Muckel

Dritte, grundlegend neubearbeitete Auflage

Band 2



Duncker & Humblot · Berlin

Für die Zitierung des Handbuchs
des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland
wird die Abkürzung HSKR empfohlen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Michael Germann/Claus Gienke
Druck: Das Druckteam Berlin
Printed in Germany

ISBN 978-3-428-18135-3 (Print)
ISBN 978-3-428-58135-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Inhaltsverzeichnis

Band 1

I.

Grundlagen des Staatskirchenrechts in Deutschland

§ 1	Geschichtliche Grundlagen des Staatskirchenrechts in Deutschland. Von <i>Dietrich Pirson</i>	3–66
§ 2	Die gesellschaftlichen Grundlagen des deutschen Staatskirchenrechts. Von <i>Karl Gabriel</i>	67–115
§ 3	Das Verhältnis von Staat und Kirche nach der Lehre der katholischen Kirche. Von <i>Ansgar Hense</i>	117–168
§ 4	Das Verhältnis von Staat und Kirche nach evangelischem Verständnis. Von <i>Heinrich de Wall</i>	169–214
§ 5	Das Verhältnis von Staat und Religion im Verständnis des Judentums. Von <i>Ronen Reichman</i>	215–232
§ 6	Das Verhältnis von Staat und Religion im islamischen Verständnis. Von <i>Mathias Rohe</i>	233–259
§ 7	Das System des Staatskirchenrechts in Deutschland. Von <i>Michael Germann</i>	261–329

II.

Rechtsquellen

§ 8	Das Staatskirchenrecht als Gegenstand des Verfassungsrechts – Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts. Von <i>Peter Badura</i>	333–392
§ 9	Gesetzesrecht als Rechtsquelle des Staatskirchenrechts. Von <i>Dirk Ehlers</i>	393–432
§ 10	Verträge zwischen Staat und Kirchen sowie anderen Religionsgemeinschaften. Von <i>Stefan Mückl</i>	433–481
§ 11	Europarecht und Staatskirchenrecht. Von <i>Claus Dieter Classen</i>	483–511
§ 12	Völkerrecht und Staatskirchenrecht. Von <i>Christian Hillgruber</i>	513–541
§ 13	Das Gewohnheitsrecht im Staatskirchenrecht. Von <i>Peter Landau</i> †	543–555

III.**Freiheit und Gleichheit im Staatskirchenrecht**

§ 14	Religions- und Weltanschauungsfreiheit. Von <i>Hans Michael Heinig</i>	559–613
§ 15	Gewissensfreiheit. Von <i>Hans Michael Heinig</i> und <i>Tobias Schieder</i>	615–649
§ 16	Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften. Von <i>Stefan Koriath</i>	651–705
§ 17	Das Gleichbehandlungsgebot im Hinblick auf Religion. Von <i>Kyrrill-A. Schwarz</i>	707–726
§ 18	Die religiöse und weltanschauliche Neutralität des Staates. Von <i>Christian Walter</i>	727–760
§ 19	Kirchen und andere Religionsgemeinschaften als Träger und Adressaten der Grundrechte. Von <i>Hermann Weber</i> ..	761–789

IV.**Die Rechtsgestalt der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften**

§ 20	Die Organisation der katholischen Kirche in Deutschland. Von <i>Stephan Haering</i>	793–834
§ 21	Die Organisation der evangelischen Kirche in Deutsch- land. Von <i>Hans Ulrich Anke</i> und <i>Burkhard Guntau</i>	835–893
§ 22	Die Organisation der orthodoxen Kirchen in Deutschland. Von <i>Anargyros Anapliotis</i>	895–909
§ 23	Die Organisation der kleineren christlichen Kirchen in Deutschland. Von <i>Michael Germann</i> und <i>Claus Gienke</i> ..	911–952
§ 24	Die Organisation der jüdischen Gemeinden in Deutschland. Von <i>Michael Demel</i>	953–984
§ 25	Die Organisation muslimischer Gemeinschaften in Deutschland. Von <i>Katharina Pabel</i>	985–1018
§ 26	Der allgemeine Rechtsstatus der Religionsgemein- schaften. Von <i>Emanuel V. Towfigh</i>	1019–1043
§ 27	Kirchen und andere Religionsgemeinschaften als Körper- schaften des öffentlichen Rechts. Von <i>Stefan Magen</i>	1045–1101
§ 28	Religiöse Vereine und Gesellschaften. Von <i>Stefan Muckel</i> und <i>Thomas Traub</i>	1103–1130
§ 29	Die Ordensgemeinschaften und die Rechtsstellung ihrer Angehörigen. Von <i>Andreas Sailer</i>	1131–1165

Band 2

V.

Personenrecht, Datenschutz, Archivwesen

§ 30	Die Mitgliedschaft in Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften. Von <i>Michael Germann</i> und <i>Wolfgang Rüfner</i>	1169–1254
§ 31	Staatliches und kirchliches Eherecht. Von <i>Arnd Uhle</i>	1255–1330
§ 32	Personenstandswesen und Meldewesen. Von <i>Arne Ziekow</i>	1331–1355
§ 33	Datenschutzrecht. Von <i>Arne Ziekow</i>	1357–1389
§ 34	Kirchliches Archivwesen. Von <i>Anne-Ruth Wellert</i>	1391–1403

VI.

Das öffentliche Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften

§ 35	Das Recht der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften zum öffentlichen Wirken. Von <i>Martin Morlok</i>	1407–1468
§ 36	Verbindungsstellen zwischen Staat und evangelischen Kirchen. Von <i>Joachim Gaertner</i> † und <i>Katrin Hatzinger</i> ..	1469–1488
§ 37	Verbindungsstellen zwischen Staat und katholischer Kirche. Von <i>Karl Jüsten</i>	1489–1514
§ 38	Präsenz und Mitwirkung der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften in den Massenmedien. Von <i>Claus Dieter Classen</i>	1515–1568
§ 39	Kirchliches Sammlungswesen. Von <i>Otto Luchterhandt</i> ..	1569–1598
§ 40	Der Schutz des Sonntags und der religiösen Feiertage. Von <i>Karl-Hermann Kästner</i>	1599–1645
§ 41	Religiöse Symbole im öffentlichen Raum. Von <i>Janbernd Oebbecke</i>	1647–1667

VII. Religion im Bildungswesen

§ 42	Das Recht der Eltern zur religiösen Erziehung. Von <i>Matthias Jestaedt</i>	1671–1749
§ 43	Das Verhältnis des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages zur Religion. Von <i>Jörg Ennuschat</i>	1751–1797
§ 44	Religionsunterricht. Von <i>Markus Ogorek</i>	1799–1862
§ 45	Bekenntnisschulen. Von <i>Hinnerk Wißmann</i>	1863–1890
§ 46	Theologie an staatlichen Hochschulen. Von <i>Christian Waldhoff</i>	1891–1977
§ 47	Kirchliche Hochschulen. Von <i>Manfred Baldus</i>	1979–2033
§ 48	Kirchliche Erwachsenenbildung und Akademien. Von <i>Wolfgang Bock</i>	2035–2065

VIII. Karitas und Diakonie

§ 49	Das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften im Verfassungsstaat. Von <i>Peter Unruh</i>	2069–2143
§ 50	Karitative Einrichtungen und Verbände in der katholischen Kirche. Von <i>Gernot Sydow</i>	2145–2187
§ 51	Die diakonischen Werke und Einrichtungen der evangelischen Kirche. Von <i>Jörg Winter</i>	2189–2212
§ 52	Krankenhäuser in kirchlicher Trägerschaft. Von <i>Winfried Kluth</i>	2213–2246
§ 53	Kindertageseinrichtungen in kirchlicher Trägerschaft. Von <i>Renate Penßel</i>	2247–2292

IX. Seelsorge in staatlichen Einrichtungen

§ 54	Seelsorge in der Bundeswehr. Von <i>Jörg Ennuschat</i>	2295–2327
§ 55	Polizeiseelsorge. Von <i>Markus Heintzen</i>	2329–2341
§ 56	Krankenhauseelsorge, Seelsorge im Strafvollzug und anderen Anstalten. Von <i>Arno Schilberg</i>	2343–2371

Band 3

X.

Kirchliches Dienst- und Arbeitsrecht

- § 57 Die Anwendung des staatlichen Arbeitsrechts auf
Arbeitsverhältnisse zu Kirchen und anderen Religions-
gemeinschaften. Von *Jacob Jousen* 2375–2448
- § 58 Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse zu Kirchen und
anderen Religionsgemeinschaften.
Von *Hendrik Munsonius* 2449–2482
- § 59 Das kollektive kirchliche Dienst- und Arbeitsrecht.
Von *Gregor Thüsing* 2483–2532

XI.

Die auf Gebäude, Friedhöfe und sonstige Gegenstände bezogenen Rechtsverhältnisse der Religionsgemeinschaften

- § 60 Recht der kirchlichen Sachen (res sacrae).
Von *Peter Axer* 2535–2565
- § 61 Bestattungswesen und Friedhöfe.
Von *Heidrun Schnell* † 2567–2593
- § 62 Simultankirchen. Von *Michael Frisch* 2595–2608
- § 63 Patronatswesen. Von *Andreas Thier* 2609–2637
- § 64 Baulasten an kirchlichen Gebäuden.
Von *Michael Droege* 2639–2670
- § 65 Die Wirkungen des Bau- und Immissionsschutzrechts für
Kirchen und andere Religionsgemeinschaften.
Von *Ansgar Hense* 2671–2709
- § 66 Denkmalschutz im staatlichen und kirchlichen Recht.
Von *Felix Hammer* 2711–2743
- § 67 Die Wirkungen des Urheber-, Marken- und Namensrechts
für Kirchen und andere Religionsgemeinschaften.
Von *Reiner Tillmanns* 2745–2764

XII.**Die finanziellen Angelegenheiten der Kirchen
und anderen Religionsgemeinschaften**

§ 68	Förderung von Kirchen und anderen Religionsgemein- schaften durch den Staat. Von <i>Ute Mager</i>	2767–2798
§ 69	Der verfassungsrechtliche Schutz des Vermögens von Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften. Von <i>Karl-Hermann Kästner</i>	2799–2817
§ 70	Die Selbstbestimmung der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften über ihr Vermögen. Von <i>Burkhard Kämper</i> und <i>Markus Schulten</i>	2819–2887
§ 71	Kirchliche Stiftungen. Von <i>Wilhelm-Albrecht Achilles</i>	2889–2946
§ 72	Die Kirchensteuer und das Besteuerungsrecht anderer Religionsgemeinschaften. Von <i>Felix Hammer</i>	2947–3016
§ 73	Staatsleistungen an die Kirchen und andere Religionsgemeinschaften. Von <i>Werner Heun</i> †	3017–3071
§ 74	Förderung der Kirchen und anderen Religionsgemein- schaften im Abgabenrecht. Von <i>Michael Droege</i>	3073–3127

XIII.**Die Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften im staatlichen
Rechtsschutzsystem**

§ 75	Der Schutz von Religion und Kirchen im Strafrecht. Von <i>Henning Radtke</i>	3131–3171
§ 76	Der Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses. Von <i>Henning Radtke</i>	3173–3201
§ 77	Rechtsschutz der Religionsgemeinschaften durch staatliche Gerichte. Von <i>Fabian Wittreck</i>	3203–3266
§ 78	Staatlicher Rechtsschutz gegen Kirchen und kirchliches Selbstbestimmungsrecht. Von <i>Wolfgang Rübner</i>	3267–3314
§ 79	Rechts- und Amtshilfe. Von <i>Dirk Ehlers</i>	3315–3346
Register		3347–3412
Verzeichnis der Mitarbeiter		3413–3417

V.

Personenrecht, Datenschutz, Archivwesen

§ 30

Die Mitgliedschaft in Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften

Von Michael Germann und Wolfgang Rübner

I. Die Mitgliedschaft in Kirchen und anderen Religions- gemeinschaften als Gegenstand des staatlichen Rechts	1–14
1. Religiöse Zugehörigkeit und Mitgliedschaft	1
2. Überblick über die historischen Voraussetzungen	2–5
3. Mitgliedschaft als Gegenstand der religiösen Selbstbestimmung	6–11
4. Die Rechtsform der Mitgliedschaft nach staatlichem Recht	12–14
II. Das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften von der Mitgliedschaft	15–104
1. Volk Gottes im Judentum	16–22
2. Gemeinschaft der Getauften im Christentum: gemeinchristliche Bedeutung der Taufe für die Kirchenmitgliedschaft	23–24
3. Mitgliedschaft in der römisch-katholischen Kirche	25–69
a) Ekklesiologische Grundlagen	25–27
b) Kirchenrechtliche Grundlagen	28
c) Organisatorische Grundlagen	29–36
d) Erwerb der Kirchenmitgliedschaft	37–43
e) Rechte und Pflichten der Kirchenmitglieder	44–47
f) Verlust der Mitgliedschaft? – Erklärung des Kirchenaustritts	48–51
g) Notwendigkeit kirchlicher Reaktion auf die Erklärung des Kirchenaustritts	52–54
h) Anwendbarkeit allgemeiner Regeln auf die Erklärung des Kirchenaustritts	55–59

i) Partikularrechtliche Regelungen und Äußerungen der deutschen Bischöfe zu den Folgen einer Erklärung des Kirchenaustritts	60–67
j) Wiederaufnahme	68–69
4. Mitgliedschaft in der evangelischen Kirche	70–99
a) Ekklesiologische Grundlagen	70–74
b) Kirchenrechtliche Grundlagen	75–79
c) Erwerb und Wechsel der Kirchenmitgliedschaft	80–85
d) Kirchenrechtliche Wirkungen einer Erklärung des Kirchenaustritts	86–88
e) Aufnahme und Wiederaufnahme	89–90
f) Rechte der Kirchenmitglieder	91–94
g) Pflichten der Kirchenmitglieder	95–98
h) „Abgestufte“ Kirchenmitgliedschaft?	99
5. Umma im Islam	100–104
III. Wirkungen der Mitgliedschaft im staatlichen Recht	105–125
1. Pflicht des Staates zu religiöser Neutralität und Gleichbehandlung gegenüber der Mitgliedschaft	105–107
2. Mitgliedschaftliche Verfassung von Religionsgemeinschaften als Voraussetzung für den Gebrauch korporativer Rechte	108–112
3. Durchsetzung finanzieller Beitragspflichten der Mitglieder, insbesondere der Kirchensteuerpflicht	113–114
4. Zuordnung zum Religionsunterricht an öffentlichen Schulen; Recht der Bekenntnisschulen	115–117
5. Konfessionsgebundene Staatsämter	118
6. Konfessionsklauseln in theologischen Studien- und Prüfungsordnungen und im Stiftungsrecht	119–120
7. Konfessionelle Einrichtungen der Daseinsvorsorge	121
8. Unterscheidung nach der Mitgliedschaft im bürgerlichen Rechtsverkehr, insbesondere im Arbeitsrecht	122–123
9. Mitgliedschaft als Gegenstand des Datenschutzrechts	124–125
IV. Die Begründung der Mitgliedschaft mit Wirkung für das staatliche Recht	126–147
1. Wirkung des Mitgliedschaftserwerbs nach dem Recht der Religionsgemeinschaft	126
2. Freiwilligkeit und Rechtssicherheit des Mitgliedschaftserwerbs	127–130
3. Mitgliedschaftserwerb in den Formen des Privatrechts	131–132

4. Mitgliedschaftserwerb in den Formen des öffentlichen Rechts	133–147
V. Die Beendigung und Wiederherstellung der Mitgliedschaft mit Wirkung für das staatliche Recht	148–170
1. Beendigung der Mitgliedschaft, religionsgemeinschaftliches Selbstbestimmungsrecht und individuelle Religionsfreiheit	148–150
2. Rechtsgrundlagen und Verfahren des Austritts aus einer Religionsgemeinschaft nach staatlichem Recht	151–158
3. Anforderungen an die öffentlich-rechtliche Austrittserklärung	159–163
4. Rechtsfolgen der Austrittserklärung	164–169
5. Wiederherstellung der Mitgliedschaft	170

I. Die Mitgliedschaft in Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften als Gegenstand des staatlichen Rechts

1. Religiöse Zugehörigkeit und Mitgliedschaft

Indem das deutsche Staatskirchenrecht Religionsgemeinschaften¹ als Vereinigungen von Menschen behandelt, kann es eine Zugehörigkeit des einzelnen zur Religionsgemeinschaft von der Nichtzugehörigkeit unterscheiden. Die Rechtsgestalt der Zugehörigkeit ist die Mitgliedschaft. Die rechtliche Ausgestaltung der Zugehörigkeit als Mitgliedschaft und die körperschaftliche Verfassung von Religionsgemeinschaften bedingen einander. Diesen Merkmalen entspricht die Rechtsgestalt der christlichen Kirchen, unbeschadet der ekklesiologischen Vorstellungen von der Kirche als einer nicht von ihren Mitgliedern, sondern von göttlicher Einsetzung und geistlichem Geschehen getragenen, aber eben doch eine rechtliche Form der Zugehörigkeit ausbildenden Institution. Sofern eine Religionsgemeinschaft – wie es insbesondere für muslimische Religionsgemeinschaften bisher typisch ist – nicht rechtlich verfaßt ist, hat sie keine Mitglieder im Rechtssinn; eine Zugehörigkeit kann sich hier nur in anderen Ausdrucksformen religiösen Selbstverständnisses und sozialer Praxis darstellen.

¹ Im folgenden steht durchweg pars pro toto „Religion“ für „Religion und Weltanschauung“.

2. Überblick über die historischen Voraussetzungen

- 2 Zu den historischen Voraussetzungen² dafür, die religiöse Zugehörigkeit von dem Hineingeborensein in (oder dem Unterworfensein unter) ein bestimmtes Volk mit einer ihm je eigenen Religion zu unterscheiden, gehört die wohl zuerst vom Christentum mit seiner Verkündigung an „alle Völker“ in Anspruch genommene Universalisierung der Religion. Die christliche Taufe löst die Zugehörigkeit zur christlichen Kirche von der Zugehörigkeit zum jüdischen Volk oder zu einem „Heiden“-Volk.³ Solange sich ihre Universalität in christlicher Homogenität darstellen konnte wie nach der Durchsetzung des Christentums als Staatsreligion im Vielvölkerstaat des späten Römischen Reiches und dann im Corpus Christianum des Mittelalters,⁴ wirkte sie freilich nur insoweit als Unterscheidungsmerkmal, als sie nichtchristliche fremde Völker von der universalen Christenheit unterschied. Sie war auch ein Merkmal der Abgesondertheit der Juden.⁵ Die Möglichkeit einer Taufe hielt aber zugleich der Idee nach – wiewohl vielfach überlagert von Vorbehalten gegenüber Konvertiten – den Übergang in das Corpus Christianum offen.
- 3 Infolge der Reformation enthomogenisierte sich die Zugehörigkeit zur christlichen Kirche: Seither wird sie vermittelt durch die Zugehörigkeit zu einer christlichen Konfession. Der Augsburger Religionsfrieden von 1555 überließ diese der Bestimmung durch den Landesherrn (ius reformandi), nahm aber bereits Rücksicht auf einen

² Einen „Überblick zur Geschichte der religiösen Zugehörigkeit“ bietet *Johannes Kuntze*, *Bürgerliche Mitgliedschaft in Religionsgemeinschaften. Studie über die Rechtsbeziehungen der Mitglieder zu den römisch-katholischen, evangelischen, jüdischen und islamischen Religionsgemeinschaften in Deutschland*, 2013, S. 5–51. Historische Untersuchungen zur ekklesiologischen Bedeutung der Taufe für die christliche Kirche finden sich in: Taufe und Kirchenzugehörigkeit. Studien zur Bedeutung der Taufe für Verkündigung, Gestalt und Ordnung der Kirche, hg. von Christine Lienemann-Perrin, 1983. Zur Entwicklung nach der Reformation aus kirchenrechtlicher Sicht *Eberhard Sperling*, *Die Geschichte des Mitgliedschaftsrechts in den deutschen evangelischen Landeskirchen*, Diss. jur. Köln 1956.

³ Zusammenfassend *Kuntze*, *Mitgliedschaft* (o. Fn. 2), S. 6–8 m. N.

⁴ *Dietrich Pirson*, *Die Mitgliedschaft in den deutschen evangelischen Landeskirchen als Rechtsverhältnis*, in: ZevKR 13 (1967/68), S. 337–358 (340–343).

⁵ Zur Entwicklung *Michael Demel*, *Gebrochene Normalität. Die staatskirchenrechtliche Stellung der jüdischen Gemeinden in Deutschland*, 2011, S. 46–96, 120 f., der die „Doppelnatur“ der jüdischen Gemeinden als nationale und religiöse Sondergemeinschaften bis zu ihrer Einbürgerung als „dritte Konfession“ hervorhebt.

konfessionellen Dissens der Untertanen, indem er ihnen den Wegzug an einen Ort ihrer Konfession zubilligte (*beneficium emigrandi*).⁶ Der grundsätzliche Konnex zwischen der Zugehörigkeit zum Untertanenverband eines bestimmten Landesherrn und dessen Konfession⁷ war insoweit einerseits bestätigt – denn zur Selbstbestimmung der Konfession war der Wechsel des Landes nötig –, andererseits schon durchbrochen – denn der Wechsel war möglich. Er lockerte sich weiter durch die Tolerierung anderer Konfessionen im selben Land, insbesondere nach Gebietsveränderungen oder konfessionellen Veränderungen im Fürstenhaus.

Die Konzepte der Aufklärung zur Organisation konfessioneller Pluralität im Staat verallgemeinerten die Rechtsgestalt kollektiver Religionsausübung zur korporativ verfaßten „Religionsgesellschaft“.⁸ Sie bestimmten so die religiöse Zugehörigkeit des einzelnen zu einer Mitgliedschaft im Sinne des allgemeinen Rechts der Korporationen. Beispielhaft regelte das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 (ALR) die Rechtsverhältnisse zwischen „Kirchengesellschaften“ (als „Religionsgesellschaften, welche sich zur ordentlichen Feyer des Gottesdienstes verbunden haben“, § 11 II 11 ALR) und ihren „Mitgliedern“ (§§ 58, 108–110 u. a. II 11 ALR).⁹ Jedem Staatsbürger sollte „die Wahl der Religionspartey, zu welcher er sich halten will, frey stehn“ (§ 40 II 11 ALR), einschließlich des „Uebergang[s] von einer Religionspartey zu einer andern“ durch ausdrückliche Erklärung oder Teilnahme an unterscheidungskräftigen Religionshandlungen (§§ 41, 42 II 11 ALR).¹⁰ Die Bestimmung darüber, „zu welcher der

4

⁶ Hans Michael Heinig, → § 14, Rn. 9; Christoph Link, *Kirchliche Rechtsgeschichte. Kirche, Staat und Recht in der europäischen Geschichte von den Anfängen bis ins 21. Jahrhundert*, 3. Aufl. 2017, § 12, Rn. 3–5.

⁷ Pirson, *Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis* (o. Fn. 4), S. 343 f., deutet ihn überzeugend als Fortsetzung des universalen Kirchenverständnisses, das einer Anerkennung der Partikularität der Landeskirche durch ein besonderes Kirchenmitgliedschaftsrecht weiter entgegentand.

⁸ Zum Kollegialismus Link, *Kirchliche Rechtsgeschichte* (o. Fn. 6), § 16, Rn. 8 f., 12 f.; Sperling, *Geschichte des Mitgliedschaftsrechts* (o. Fn. 2), S. 30–36; eingehend Roland M. Lehmann, *Die Transformation des Kirchenbegriffs in der Frühaufklärung*, 2013; Klaus Schlaich, *Kollegialtheorie. Kirche, Recht und Staat in der Aufklärung*, 1969. Zur Bedeutung für die Entwicklung des Kirchenmitgliedschaftsrechts Pirson, *Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis* (o. Fn. 4), S. 345–347.

⁹ Näher Sperling, *Geschichte des Mitgliedschaftsrechts* (o. Fn. 2), S. 50–55; Hans-Wolfgang Strätz, *Das staatskirchliche System des preußischen Allgemeinen Landrechts*, in: Civitas 1972, S. 156–183 (163–171).

¹⁰ Zur lange nachwirkenden Bindung der Freiheit zur Religionswahl an den Religionswechsel Gerhard Robbers, *Kirchenrechtliche und staatskir-*

verschiedenen Kirchengemeinen seiner eignen Religionspartey, jeder Einwohner als ein beytragendes Mitglied gerechnet werden soll“, oblag allerdings dem Staat (§ 111 II 11 ALR). Sie richtete sich grundsätzlich nach der Parochie des Wohnsitzes (§ 260 II 11 ALR) und nach dem Bekenntnis zu einer „Religionspartey“, wer von einer Religionspartei zur anderen übertrat, wechselte auch die Parochie (§ 303 II 11 ALR). Soweit das Parochialprinzip den einzelnen erfaßte „bey einer Parochialkirche von einer andern, als derjeniger Religionspartey, zu welcher er selbst sich bekennt“, war er von den daraus folgenden Abgaben befreit (§ 261 II 11 ALR). Einzelne Einwohner, welche ausnahmsweise vom Parochialprinzip nicht erfaßt wurden, mußten „eine Kirche ihrer Religionspartey wählen, zu welcher sie sich halten wollen“ (§ 293 II 11 ALR).

- 5 Sobald und soweit die individuelle Religionsfreiheit der Sache nach als negative religiöse Vereinigungsfreiheit anerkannt wurde, forderte sie die Möglichkeit, sich von jeglicher Mitgliedschaft in einer Kirche oder Religionsgemeinschaft loszusagen. Diese Forderung war im Mitgliedschaftsrecht der christlichen Kirchen für Getaufte nicht ohne ekklesiologische Widersprüche erfüllbar, und sie verflocht sich im Verlauf des 19. Jahrhunderts mit dem kirchenpolitischen Streitstoff des Kulturkampfs. Das staatliche Recht verwirklichte sie, indem es die Erklärung des Kirchenaustritts vor staatlichen Behörden regelte.¹¹ Ihren Entstehungszusammenhang im Arsenal des Kulturkampfs haben die staatlichen Kirchenaustrittsgesetze hinter sich gelassen, indem sie als Regelungen über die bürgerlichen Rechtsfolgen der Religionsfreiheit selbstverständlich wurden.¹² Diese ihre

chenrechtliche Fragen des Kirchenübertritts, in: ZevKR 32 (1987), S. 19–46 (21 f.).

¹¹ Zur Geschichte des Kirchenaustrittsrechts *Barbara Schmal*, Das staatliche Kirchenaustrittsrecht in seiner historischen Entwicklung, 2013; siehe dort insbesondere zu den Vorstufen in Gestalt von Regelungen über den Konfessionswechsel S. 84, 87 f., 100 f., 105, 106–111, dann zum preußischen Kirchenaustrittsgesetz vom 14.5.1873 S. 155–171 und zu den parallelen Entwicklungen S. 171–183; konzis *Ernst Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. IV, 2. Aufl. 1982, Nachdruck 1994, S. 714 f., 823, 824; Bd. V, 1. Aufl. 1978, Nachdruck 1992, S. 882 f.; ferner *René Löffler*, Ungestraft aus der Kirche austreten? Der staatliche Kirchenaustritt in kanonistischer Sicht, 2007, S. 48–72; *Christoph Link*, Kirchenrechtliche und staatskirchenrechtliche Fragen des kirchlichen Mitgliedschaftsrechts, in: ÖAKR 22 (1971), S. 299–322 (316 f.); *Georg May*, Der Kirchenaustritt in der Bundesrepublik Deutschland, in: ÖAKR 14 (1963), S. 3–67 (16–24). Zeitgenössisch *Arthur Benno Schmidt*, Der Austritt aus der Kirche, 1893.

¹² Siehe unten Rn. 152. – Als ein Rückfall erscheint demgegenüber die Regelung des Kirchenaustritts in der DDR, im Überblick dargestellt bei *Holger*

Funktion entspricht dem Verhältnis zwischen der Religionsfreiheit und dem religionsgemeinschaftlichen Mitgliedschaftsrecht auch im geltenden Staatskirchenrecht.¹³

3. Mitgliedschaft als Gegenstand der religiösen Selbstbestimmung

Die Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft ist aus staatskirchenrechtlicher Sicht eine Folge des Gebrauchs der „Freiheit der Vereinigung zu Religionsgesellschaften“, wie Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 2 S. 1 WRV sie gewährleistet. In der Mitgliedschaft verwirklicht sich mit der *religiösen Vereinigungsfreiheit* auch ein spezieller Aspekt der kollektiven Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG; die Mitgliedschaft ist insofern eine Weise, seine Religion – wie Art. 9 Abs. 1 EMRK die kollektive Religionsfreiheit beispielhaft ausdrückt – „gemeinsam mit anderen [...] zu bekennen“.

Die *individuelle* Religionsfreiheit schützt das Interesse des einzelnen, Mitglied einer Religionsgemeinschaft werden und es bleiben zu können, vor staatlichen Eingriffen. In ihrer Anwendung als *negative* Religionsfreiheit schützt sie das Interesse, einer Religionsgemeinschaft fernbleiben und sie verlassen zu können.¹⁴ Ergänzt wird sie durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 3 WRV, wonach grundsätzlich

Kremser, Der Rechtsstatus der evangelischen Kirchen in der DDR und die neue Einheit der EKD, 1993, S. 41 f.; Schmal, Kirchenaustrittsrecht (o. Fn. 11), S. 270; zu den kirchenrechtspolitischen Folgen Martin Richter, Kirchenrecht im Sozialismus. Die Ordnung der evangelischen Landeskirchen in der DDR, 2011, S. 130. Wo das staatliche Recht den Religionsgemeinschaften das Selbstbestimmungsrecht und damit ihrem Mitgliedschaftsrecht die bürgerliche Wirksamkeit vorenthält, erst recht wo die Mitgliedschaft umgekehrt als Diskriminierungsmerkmal bürgerlich wirksam wird, verkehrt sich das staatliche Austrittsrecht in ein Repressionswerkzeug. – Zum Kirchenaustrittsrecht unter dem Nationalsozialismus siehe Schmal, Kirchenaustrittsrecht (o. Fn. 11), S. 244–249. – Einen gehaltvollen Überblick zur Praxis und zu den Motiven des Kirchenaustritts „als quantitativ-statistische Wellenbewegung“ seit dem Kulturkampf bis zum Beginn des 21. Jahrhunderts gibt Löffler, Ungestraft aus der Kirche austreten? (o. Fn. 11), S. 19–47.

¹³ Axel Frhr. v. Campenhausen / Heinrich de Wall, Staatskirchenrecht. Eine systematische Darstellung des Religionsverfassungsrechts in Deutschland und Europa. Ein Studienbuch, 4. Aufl. 2006, S. 149–162; Matthias Haß, Der Erwerb der Kirchenmitgliedschaft nach evangelischem und katholischem Kirchenrecht. Eine Untersuchung der staatskirchenrechtlichen, kirchenrechtlichen und rechtstheologischen Bezüge der Kirchenmitgliedschaft, 1997; Kuntze, Mitgliedschaft (o. Fn. 2); Johannes Zimmermann (Hg.), Kirchenmitgliedschaft. Zugehörigkeit(en) zur Kirche im Wandel, 2008.

¹⁴ BVerfGE 44, 37 (49).

niemand verpflichtet ist, seine religiöse Überzeugung – einschließlich seiner Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft – zu offenbaren; nur ausnahmsweise haben die Behörden „das Recht, nach der Zugehörigkeit zu einer Religionsgesellschaft zu fragen“, soweit „davon Rechte und Pflichten abhängen oder eine gesetzlich angeordnete statistische Erhebung dies erfordert“.

- 8 Die *korporative* Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1–2 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) gewährleistet der Religionsgemeinschaft als „juristischer Person“ das Recht, Mitglieder aufzunehmen, sie zu behalten und die Wirkungen der Mitgliedschaft zu bestimmen, desgleichen *negativ* das Recht, Mitglieder fernhalten und ausschließen zu können. Die Begründung, Beendigung und Ausgestaltung der Mitgliedschaftsverhältnisse ist eine „eigene Angelegenheit“ der Kirchen und Religionsgemeinschaften, die zu ordnen und zu verwalten ihrem Selbstbestimmungsrecht innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV unterliegt.¹⁵

- 9 Soweit es für die Anwendung des staatlichen Rechts darauf ankommt, ob jemand Mitglied einer bestimmten Religionsgemeinschaft ist (s. u. III.), richtet sich dies – innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes – nach dem religionsgemeinschaftlichen Mitgliedschaftsrecht. In seiner Maßgeblichkeit für die Unterscheidung zwischen Mitgliedern und Nichtmitgliedern durch die staatlichen Behörden und Gerichte¹⁶ wird das religionsgemeinschaftliche Mitgliedschaftsrecht ‚bürgerlich wirksam‘. Wo ihm die Schranken des für alle geltenden Gesetzes entgegenstehen, endet seine bürgerliche Wirksamkeit und divergiert die Beurteilung des Bestehens oder Nichtbe-

¹⁵ BVerfGE 30, 415 (422); 44, 37 (52); BVerfG, B. vom 17.12.2014 – 2 BvR 278/11, Abs. 37.

¹⁶ BVerfGE 30, 415 (424); BVerfG, B. vom 17.12.2014 – 2 BvR 278/11, Abs. 37 f., 47; BVerwG, U. vom 23.9.2010 – 7 C 22/09, Abs. 12; zu der daraus folgenden Verpflichtung staatlicher Behörden und Gerichte, die Mitgliedschaft nach dem religionsgemeinschaftlichen Mitgliedschaftsrecht zu prüfen, beispielhaft BFH, U. vom 3.8.2005 – I R 85/03, in: NVwZ-RR 2007, S. 59; BVerwG, U. vom 27.11.2013 – 6 C 21/12, E 148, 271 (283–289), Abs. 44–64. Zusammenfassend *Stefan Mückl*, Kirchliche Organisation (§ 160), in: HStR³, Bd. VII, 2009, S. 791–830, Rn. 25. Zustimmend insoweit auch *Achim Janssen*, Aspekte des Status von Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts. Ausgewählte Fragestellungen des Körperschaftsstatus in der Rechtspraxis, 2. Aufl. 2017, S. 252, 259–263, 266 f., obwohl er eine bürgerliche Wirksamkeit religionsgemeinschaftlicher Freiheit sonst nicht ohne spezialgesetzliche Verleihung anerkennen will, vgl. S. 53–55, 63–65, 67, 152–156, 189, 205, 226 u. ö.

stehens der Mitgliedschaft für das staatliche Recht vom religionsgemeinschaftlichen Mitgliedschaftsrecht.

Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften schließt es aus, daß staatliches Recht sie zur Aufnahme von Mitgliedern verpflichtet. Das „für alle geltende Gesetz“ stützt daher *keinen Anspruch des einzelnen auf Zugang zur Mitgliedschaft*, auch nicht in der Gestalt eines Diskriminierungsverbots. Eine entsprechende Drittwirkung von Grundrechten des einzelnen gegenüber der Religionsgemeinschaft mag für die Mitgliedschaft in einer Staatskirche konstruierbar sein; mit Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 und 3 WRV wäre sie jedenfalls unvereinbar. Die von der Religionsgemeinschaft angewendeten Voraussetzungen für die Begründung der Mitgliedschaft sind einer Bewertung durch den religiös und weltanschaulich neutralen Staat vollständig entzogen. Die für Monopolvereine geltenden Ausnahmen von der Vereinsautonomie bezüglich der Mitgliederaufnahme¹⁷ lassen sich unter keinen Umständen auf die Mitgliedschaft in Religionsgemeinschaften übertragen.

Spiegelbildlich schließt es die negative individuelle Religionsfreiheit aus, daß der Staat jemanden gegen seinen Willen als Mitglied einer Religionsgemeinschaft behandelt. Die Mitgliedschaft kann nur insoweit bürgerlich wirksam werden und bleiben, als sie der Religionsfreiheit des Mitglieds zurechenbar ist. Gegenüber Regelungen im religionsgemeinschaftlichen Mitgliedschaftsrecht, die jemanden gegen seinen Willen in der Mitgliedschaft binden, setzt sich die *mittelbare Drittwirkung der negativen Religionsfreiheit* des Betroffenen als ein „für alle geltendes Gesetz“ gegen das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV unbedingt durch. Sie verbietet abweichendes religionsgemeinschaftliches Recht nicht, nimmt ihm aber die bürgerliche Wirksamkeit.¹⁸ Hiervon zu unterscheiden ist der Ausgleich von Interessen, die nicht das Bestehen oder Nichtbestehen der Mitgliedschaft selbst zum Gegenstand haben.¹⁹

¹⁷ BGH, U. vom 23. 11. 1998 – II ZR 54/98, m. w. N.; Dieter Reuter, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hg. von Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg, 7. Aufl., Bd. I, 2015, vor § 21, Rn. 112–119; Rupert Scholz, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz – Kommentar, Losebl. (Stand September 2015), Art. 9 (Stand 1999), Rn. 97 f.

¹⁸ Peter Unruh, Religionsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 178 f.

¹⁹ Nicht von der negativen Religionsfreiheit geschützt ist zum Beispiel ein Interesse des einzelnen, sich durch eine „modifizierte Austrittserklärung“ ohne Aufgabe der Mitgliedschaft ihren bürgerlichen Rechtsfolgen zu entzie-

4. Die Rechtsform der Mitgliedschaft nach staatlichem Recht

12 Für die bürgerlich wirksame Begründung von Mitgliedschaftsverhältnissen stellt die staatliche Rechtsordnung ohne weiteres die Formen des privaten Rechts zur Verfügung. Ebenso, wie Religionsgemeinschaften die Rechtsfähigkeit gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 4 WRV nach den Vorschriften des bürgerlichen (privaten) Rechts erwerben können, richten sich insoweit auch die Mitgliedschaftsverhältnisse nach diesen Vorschriften. Am nächsten liegt hierfür das Vereinsrecht.²⁰ Es sind die vom Staat allgemein für die Ausübung der Privatautonomie bereitgestellten, sich elementar in privatautonomen Willenserklärungen vollziehenden Handlungsformen, in die sich hier die religiöse Selbstbestimmung über die Begründung, Ausgestaltung und Beendigung der Mitgliedschaft kleidet.²¹ Soweit die hierauf anwendbaren allgemeinen Vorgaben des staatlichen Rechts nicht mit dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft übereinstimmen, wirken sie gegenüber dem Selbstbestimmungsrecht aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV grundsätzlich als Schranken des für alle geltenden Gesetzes; sofern sie deren Voraussetzungen am Maßstab des Art. 137 Abs. 3 WRV nicht erfüllen, finden sie allerdings nur eine verfassungskonform modifizierte Anwendung.²²

13 Eine von den Formzwängen des privaten Rechts gelöste Gestaltung der Mitgliedschaft eröffnen die Organisations- und Handlungsformen des öffentlichen Rechts, die den Religionsgemeinschaften nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV zugänglich sind.²³ Alle als Körperschaften des öffentlichen Rechts verfaßten Religionsgemeinschaften können die auf die Mitgliedschaft bezogenen Rechtsfolgen statt an Willenserklärungen an die Verwirklichung gesetzlicher Tatbestände knüpfen. So wäre die christliche Taufe nur mittels einer ihrem liturgischen Sinn widerstreitenden Deutung des tatsächlichen

hen (s. u. Rn. 162), oder ein Interesse daran, daß eine Religionsgemeinschaft die nach ihrem Recht erhebliche Tatsache einer früheren Mitgliedschaft nicht mehr dokumentiert (s. u. Rn. 169).

²⁰ *Emanuel V. Towfigh*, → § 26, Rn. 28–30.

²¹ A. A. offenbar *Janssen*, Körperschaften des öffentlichen Rechts (o. Fn. 16), S. 264 f., der das Parochialrecht – letztlich um seiner These von der Wirkungslosigkeit des öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus willen – ausnahmsweise (s. o. Fn. 16) nur auf Art. 137 Abs. 3 (zusätzlich Abs. 6) WRV stützen will, S. 263 f.

²² BVerfGE 83, 341 (357–362) – Bahá'í; *Emanuel V. Towfigh*, → § 26, Rn. 31.

²³ Zu dieser Funktion des Art. 137 Abs. 5 WRV *Stefan Magen*, → § 27, Rn. 17 f., 22, 30, 38.

Handelns in einen konkludenten Austausch privatrechtlicher Willenserklärungen zu übersetzen. Indem das kirchliche Mitgliedschaftsrecht sie stattdessen in den Formen des öffentlichen Rechts als Tatbestandsmerkmal der Kirchenmitgliedschaft aufnehmen kann (s.u. IV. 4.), wird es ihrem Charakter als liturgisches Handeln der Kirche, das im theologischen Selbstverständnis auf das Handeln Gottes am Menschen hin vollzogen wird, besser gerecht.

Die privat- oder öffentlich-rechtlichen Rechtsformen des staatlichen Rechts schaffen keine besonderen Körperschaften neben den durch das Recht der Religionsgemeinschaften konstituierten Körperschaften. Vielmehr geben sie der in den Formen des religionsgemeinschaftlichen Rechts ausgeübten Selbstbestimmung der Religionsgemeinschaft über ihre Organisation bürgerliche Wirksamkeit. Ein Auseinandertreten der Rechtspersönlichkeit nach religionsgemeinschaftlichem Recht und der nach staatlichem Recht ist möglich, aber der Selbstbestimmung der Religionsgemeinschaft überlassen. Sofern also sich aus dem Recht der Religionsgemeinschaft nichts anderes ergibt, ist die nach privatem oder öffentlichem staatlichem Recht rechtsfähige Körperschaft mit der nach dem Recht der Religionsgemeinschaft verfaßten Körperschaft identisch. Das bedeutet, daß auch die Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft nicht in zwei Mitgliedschaftsverhältnisse zu zwei Körperschaften zu zerlegen, sondern als ein identisches Mitgliedschaftsverhältnis zu behandeln ist. Bei einer Differenz zwischen den Regelungen des religionsgemeinschaftlichen Rechts und dem, was davon innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes bürgerlich wirksam werden kann, treten nur die Rechtsfolgen aus diesem einen Mitgliedschaftsverhältnis im religionsgemeinschaftlichen Recht einerseits, im staatlichen Recht andererseits auseinander.

14

II. Das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften von der Mitgliedschaft

- 15 Der Anwendung staatlichen Rechts ist hinsichtlich der Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft nach alldem das Mitgliedschaftsrecht dieser Religionsgemeinschaft zugrundezulegen, um ihm und dem religiösen Selbstverständnis, das darin Ausdruck findet, als Freiheitsgebrauch innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes Wirksamkeit zu verschaffen. Weitgehend repräsentativ für das Spektrum dessen, womit das Staatskirchenrecht in Deutschland zu rechnen hat, sind die Verhältnisse im Judentum (1.), in den beiden großen christlichen Konfessionen (2.–4.) und im Islam (5.).

1. Volk Gottes im Judentum

- 16 Jüdische Gemeinden setzen für die Mitgliedschaft die Zugehörigkeit zum Judentum voraus und beziehen sich für ihr Selbstverständnis davon auf das jüdische Religionsgesetz (Halacha). Bei dessen Auslegung und bei der rechtlichen Ausformung von Mitgliedschaftsbeziehungen in den körperschaftlichen Organisationsformen in Deutschland zeigen sich allerdings Varianzen, die das Staatskirchenrecht differenziert wahrzunehmen und aufzunehmen bereit sein muß.
- 17 Die *Zugehörigkeit zum Judentum* versteht sich als Zugehörigkeit zum jüdischen Volk als einer religiösen²⁴ Größe. Die Halacha bestimmt sie primär nach dem Prinzip der matrilinearen Abstammung: Zum jüdischen Volk gehört, wer von einer jüdischen Mutter geboren worden ist.²⁵ Dieses Prinzip kennt keine weiteren Bedingungen der Zugehörigkeit, insbesondere weder den Vollzug einer Handlung zu ihrer Begründung noch einen darauf gerichteten Willen.
- 18 Menschen, die nicht von einer jüdischen Mutter geboren sind, können in das jüdische Volk aufgenommen werden (Proselyten).²⁶ Die

²⁴ Allein das religiöse Selbstverständnis ist insoweit für das Staatskirchenrecht maßgeblich; eine damit etwa konkurrierende säkulare Bestimmung der Zugehörigkeit zum jüdischen Volk kommt nicht in Betracht; zu treffend *Demel*, Gebrochene Normalität (o. Fn. 5), S. 230 f.

²⁵ *Demel*, Gebrochene Normalität (o. Fn. 5), S. 231 f.; *Kuntze*, Mitgliedschaft (o. Fn. 2), S. 311 m. w. N.

²⁶ Dazu *Angelika Günzel*, Religionswechsel im Judentum, in: *Religiöse Vielfalt. Herausforderungen für das Recht*, hg. von Wilhelm Rees/Ludger Müller/Christoph Ohly/Stephan Haering, 2019, S. 131–142 (131–140).

Aufnahme knüpft an den Willen zum Eintritt in den Bund Gottes mit dem jüdischen Volk an und „gestaltet sich zum Akt der ‚Naturalisation‘“²⁷. Als wesentliche Voraussetzungen für die Aufnahme gelten eine vorausgehende Unterweisung, die Ernsthaftigkeit der Unterwerfung unter die Tora, bei Männern die rituelle Beschneidung, des weiteren das rituelle Tauchbad in einer Mikwe, schließlich die Entgegennahme des Eintritts durch ein Rabbinatsgericht.²⁸

Die Bedingungen, unter denen jemand als dem jüdischen Volk zugehörig anerkannt werden kann, sind zwischen den orthodoxen, konservativen und liberalen Richtungen kontrovers.²⁹ Gleichwohl teilen die verschiedenen Verständnisse eine Vorstellung von der „Einheit des jüdischen Volkes“.³⁰ Das Staatskirchenrecht hat demnach zum einen mit der Pluralität der Regeln zu rechnen, nach denen verschiedene jüdische ‚Konfessionen‘ die Zugehörigkeit zum Judentum bestimmen, zum anderen mit der Identität und Kontinuität der Zugehörigkeit des Einzelnen zum Judentum auch über konfessionelle Differenzen zwischen verschiedenen jüdischen Gemeinden hinweg.³¹

19

²⁷ *Jonathan Magonet*, Wer ist Jude? Konversion und jüdische Identität heute, in: Nicht durch Geburt allein. Übertritt zum Judentum, hg. von Walter Homolka / Esther Seidel, 1995, S. 136–167 (137). Das Verfahren zur Aufnahme enthält Elemente, die an eine Veränderung der Abstammungsverhältnisse durch Adoption erinnern: „Als äußeres Zeichen nimmt der Proselyt, der als neugeborenes Kind gilt, einen hebräischen Namen an. In diesem besteht keine Verbindung mehr zu den leiblichen Eltern, sondern zu Sara bzw. Abraham, dem Stammvater der Proselyten.“ *Heinz-Martin Döpp*, Proselyt, in: Neues Lexikon des Judentums, hg. von Julius H. Schoeps, Neuausgabe 2000, S. 677.

²⁸ *Döpp*, Proselyt (o. Fn. 27), S. 677; *Magonet*, Wer ist Jude? (o. Fn. 27), S. 137 f. Eingehender, auch zu den Differenzen zwischen den Auffassungen im orthodoxen und im progressiven Judentum, *Günzel*, Religionswechsel im Judentum (o. Fn. 26), S. 134–139.

²⁹ Zu den Konflikten eingehend die Beiträge in: Nicht durch Geburt allein (o. Fn. 27), darin insbesondere *Magonet*, Wer ist Jude? (o. Fn. 27), zu den Kontexten der Staatsangehörigkeitspolitik des Staates Israel (S. 139–148), der Diasporasituation in der religiösen Pluralität der US-amerikanischen Gesellschaft (S. 148–159) und der Verschiebungen, die sich aus der Emigration von Juden aus der ehemaligen Sowjetunion ergeben (S. 162–164). Siehe ferner *Menachem Finkelstein*, Conversion. Halakhah and Practice, 2006; *Günzel*, Religionswechsel im Judentum (o. Fn. 26), S. 139.

³⁰ Darauf läßt es jedenfalls schließen, wenn dieser Topos zur Vermittlung im Streit zwischen orthodoxen und nichtorthodoxen Ansichten herangezogen wird, so von *Magonet*, Wer ist Jude? (o. Fn. 27), S. 165.

³¹ *Michael Demel*, → § 24, Rn. 14; *ders.*, Gebrochene Normalität (o. Fn. 5), S. 185–187, 239–241.

20 Die Teilhabe der dem jüdischen Volk Zugehörigen an der religiösen Kultusgemeinschaft und am religiösen Leben ist in verschiedener Hinsicht differenziert. Für die Kultf higkeit kommt es auf die Einhaltung des religiösen Gesetzes an, in dem die rituelle Beschneidung der S hne als Merkmal des Bundes Gottes mit dem jüdischen Volk hervorhebenswert ist. Im orthodoxen jüdischen Gottesdienst ist die liturgische Mitwirkung auf Männer beschränkt; in Reformgemeinden sind Frauen hingegen weitgehend gleichgestellt. Die kultische Mündigkeit erreichen Jungen mit dem 13. Lebensjahr (Bar Mizwa), was mit dem Aufruf zur Toralesung in der Synagoge gefeiert wird. Mädchen werden mit dem 12. Lebensjahr religiös volljährig; das Reformjudentum hat hierzu eine Bat-Mizwa-Feier nachgebildet.³² Unterschiede im halachischen Status gibt es auch zwischen geborenen Juden und Proselyten.³³

21 Eine k rperschaftsrechtliche Gestalt hat die Zugehörigkeit zum Judentum in der *Mitgliedschaft in einer jüdischen Gemeinde*. Zu übergemeindlichen Organisationsformen haben die Gemeindemitglieder kein unmittelbares Mitgliedschaftsverhältnis.³⁴ Daher richten sich die Tatbestände für die Mitgliedschaft in einer jüdischen Gemeinde nach dem Statut der einzelnen Gemeinde. In jüdischen Gemeinden, die sich in den Formen des bürgerlichen Vereinsrechts organisieren, wird die Mitgliedschaft durch Beitritt und Aufnahme begründet. Die Mitgliedschaft in jüdischen Gemeinden, die von der Rechtsform einer Körperschaft des öffentlichen Rechts nach Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 WRV Gebrauch machen, setzt bei einer parochialen Zuordnung aller Juden mit Wohnsitz im Gemeindegebiet an. Dabei machen die Gemeindeverfassungen sie teils darüber hinaus von einer besonderen Anmeldung abhängig, teils stellen sie sie nur unter den Vorbehalt, daß ihr nicht ausdrücklich widersprochen wird (*votum negativum*).³⁵ Damit trägt das Mitgliedschaftsrecht der j di-

³² Lutz Doering, Bar Mizwa, in: Neues Lexikon des Judentums (o. Fn. 27), S. 98.

³³ Döpp, Proselyt (o. Fn. 27), S. 677.

³⁴ Zum Zusammenhang siehe Michael Demel, → § 24, Rn. 7.

³⁵ Siehe Michael Demel, → § 24, Rn. 12. Beispielhaft: § 3 Abs. 1 S. 1 Satzung der Jüdischen Gemeinde zu Berlin in der Fassung vom 12.11.2008: „Mitglieder der Gemeinde sind alle Personen, die dem jüdischen Glauben angehören und in Berlin ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben und sich bei der Gemeinde anmelden.“ – § 2 Abs. 1 S. 4 Hauptsatzung der Jüdischen Gemeinde zu Halle (Saale) – Körperschaft des öffentlichen Rechts – (abrufbar unter <https://jghalle.de/wordpress/dokumente/hauptsatzung_de.pdf>): „Die Mitgliedschaft wird in allen Fällen auf schriftlichen Antrag nach Prüfung der Aufnahmevoraussetzungen durch Beschluss des Vorstandes

schen Gemeinden sowohl ihrer Verbundenheit im Judentum als auch ihrer organisatorischen Pluralität Rechnung. Die für die Mitgliedschaft vorausgesetzte Zugehörigkeit zum Judentum obliegt im Zweifel der Feststellung durch ein Rabbinatsgericht.

Die Regelungen über die *Beendigung* der Mitgliedschaft nehmen auf den Austritt nach staatlichem Recht bezug. Zum Teil unterscheiden sie zwischen einem Austritt aus der Gemeinde und einer Abwendung vom Judentum.³⁶ Auch ein Ausschluß aus der Gemeinde ist möglich.³⁷ Für die Wiederherstellung der Mitgliedschaft nach Austritt oder Ausschluß ist dort, wo sie nicht in einer allgemeinen Eintrittsregelung aufgeht, die Möglichkeit der Wiederaufnahme vorgesehen.³⁸

22

(Aufnahmeerklärung) [...] erworben.“ Die weiteren Absätze regeln das Aufnahmeverfahren besonders ausführlich. – § 2 Abs. 2 und 3 Verfassung der Jüdischen Gemeinde in Hamburg, 2016 (abrufbar unter <<https://www.jghh.org/de/gemeinde/verfassung>>): „(2) Die Mitgliedschaft wird durch Aufnahme erworben [...]. (3) Mitglieder der Gemeinde werden ohne Aufnahme die minderjährigen Kinder von Eltern, welche beide Gemeindemitglieder sind.“ – § 2 S. 1 Satzung der Jüdischen Gemeinde Frankfurt am Main vom 19. 6. 2017 (abrufbar unter <<https://jg-ffm.de/de/media>>): „Mitglieder der Jüdischen Gemeinde sind alle Personen jüdischen Glaubens, die in Frankfurt ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben und nicht binnen einer Frist von drei Monaten nach schriftlicher Benachrichtigung über ihre Mitgliedschaft durch die Jüdische Gemeinde gegenüber dem Gemeindevorstand schriftlich erklären, dass sie nicht Mitglieder der Jüdischen Gemeinde sein wollen.“

³⁶ Zu Erscheinungsformen und Folgen der Apostasie nach jüdischem Religionsrecht *Günzel*, Religionswechsel im Judentum (o. Fn. 26), S. 140–142.

³⁷ Beispielhaft § 3 Abs. 1 Verfassung der Jüdischen Gemeinde in Hamburg (o. Fn. 35): „Die Mitgliedschaft geht verloren: a) durch Erklärung des Austritts aus der Gemeinde gegenüber dem zuständigen Standesbeamten, b) durch Austritt aus dem Judentum, erklärt gegenüber dem zuständigen Standesbeamten oder durch Annahme einer anderen Religion, c) durch Verlegung des Wohnsitzes von Hamburg, es sei denn, daß die Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft mit dem Gemeindevorstand vereinbart wird, d) durch Ableben, e) durch Ausschließung wegen Gemeindevorstandswürdigkeit gemäß Beschlüssen von Vorstand und Beirat der Gemeinde.“ Ähnlich § 3 Satzung der Jüdischen Gemeinde Frankfurt am Main (o. Fn. 35). – Zum Ausschluß etwas näher *Kuntze*, Mitgliedschaft (o. Fn. 2), S. 324 f.

³⁸ § 2 Abs. [2] Satzung der Jüdischen Gemeinde Frankfurt am Main (o. Fn. 35): „Durch Vorstandsbeschluss können ehemalige Gemeindemitglieder wieder aufgenommen werden, deren Mitgliedschaft gemäß § 3 lit. c) [Austritt] oder d) [Ausschluß] dieser Satzung endete. Der Vorstand kann unter Ausübung pflichtgemäßen Ermessens die Wiederaufnahme von einer Auflage abhängig machen.“

2. Gemeinschaft der Getauften im Christentum: gemeinchristliche Bedeutung der Taufe für die Kirchenmitgliedschaft

- 23** Die christlichen Kirchen verstehen sich als Gemeinschaft von Glaubenden. Unerlässlich für die Mitgliedschaft ist die Taufe, die Eintritt in die christliche Gemeinschaft und Sakrament zugleich ist. Die Taufe vermittelt die Mitgliedschaft in der kirchlichen Gemeinschaft, in der sie vollzogen wurde. Sie hat nach gemeinchristlicher Lehre einen character indelebilis, d.h. die sakramentalen und rechtlichen Wirkungen der Taufe sind nicht mehr zu beseitigen, wie immer auch staatliche und kirchliche Regeln über eine Beendigung der Mitgliedschaft in einer konkreten Kirche ausgestaltet sind.
- 24** Die Vorstellung einer umfassenden geistlichen Gemeinschaft aller Christen gilt für die katholische Kirche wie für die Kirchen der Reformation, allerdings in unterschiedlicher Weise.³⁹

3. Mitgliedschaft in der römisch-katholischen Kirche

a) Ekklesiologische Grundlagen

- 25** Die katholische Kirche sieht sich als die umfassende Organisation aller Christen, muß aber hinnehmen, daß nicht alle Christen mit ihr in voller Gemeinschaft (communio plena) leben, sondern in unterschiedlicher Weise nicht nur anders organisiert sind, sondern sich

³⁹ Ein Überblick über ein weiteres Spektrum von Konfessionen findet sich neben *Michael Plathow*, Kirchenmitgliedschaft, 1. Evangelisch, römisch-katholisch, in: EKL³, Bd. 2, 1989, Sp. 1140–1142, bei *Nikolaus Thon*, Kirchenmitgliedschaft, 2. Orthodox-katholisch, ebd., Sp. 1142, und *Erich Geldbach*, Kirchenmitgliedschaft, 3. Freikirchlich, ebd., Sp. 1142 f. Für exemplarische Perspektiven siehe *Monica-Elena Hergehelegiu*, Kirchenzugehörigkeit und „Kirchenaustritt“. Eine orthodoxe Perspektive, in: ThQ 188 (2008), S. 112–126; *Hanns Engelhardt*, Zwischenkirchliche Beziehungen, Kirchenzugehörigkeit, Religionswechsel. Eine anglikanische Stimme, in: Religiöse Vielfalt (o. Fn. 26), S. 143–153. Allgemein noch *ders.*, Einige Gedanken zur Kirchenmitgliedschaft im kirchlichen und staatlichen Recht, in: ZevKR 41 (1996), S. 142–158. – Die gegenseitige Anerkennung der Taufe kann in gemeinsamen Erklärungen Ausdruck finden wie der „Magdeburger Erklärung“ vom 29.4.2007, siehe <https://www.ekd.de/pm86_2007_wechselseitige_taufanerkennung.htm>. Zur staatskirchenrechtlichen Bedeutung solcher Anerkennung in der christlichen Ökumene *Michael Germann / Claus Gienke*, → § 23, Rn. 9; die Überblicksdarstellung ebd., Rn. 10–46, weist auch auf die zahlreichen divergenten Verständnisse vom Verhältnis der Mitgliedschaft oder Zugehörigkeit zur Taufe hin.

auch in anderen Fragen unterscheiden. Mit diesen Christen fühlt sich die Kirche verbunden.⁴⁰ Freilich besteht mit ihnen nur eine unvollständige Gemeinschaft (*communio non plena*).⁴¹ Die nichtkatholischen Kirchen und kirchlichen Gemeinschaften wurden vom Zweiten Vatikanischen Konzil in *Lumen Gentium*⁴² anerkannt⁴³, eine exklusive Gleichsetzung zwischen der Kirche Jesu Christi und der römisch-katholischen Kirche gibt es nicht (mehr).⁴⁴ An ihrem Anspruch, die einzig wahre Kirche Christi zu sein, hält die katholische Kirche fest.⁴⁵ Es ist aber zwischen der Zugehörigkeit zur Kirche Christi, der zur universalen Gemeinschaft aller Getauften⁴⁶ und der zur katholischen Kirche zu unterscheiden.⁴⁷

Der Grundsatz findet sich in c. 204 § 2 CIC: „Diese Kirche, in dieser Welt als Gesellschaft verfaßt und geordnet, ist in der katholischen Kirche verwirklicht, die von dem Nachfolger Petri und den Bischöfen in Gemeinschaft mit ihm geleitet wird.“⁴⁸ Die Aussage bezieht sich auf c. 204 § 1 CIC, wo als Gläubige jene bezeichnet werden, die durch die Taufe Christus eingliedert, zum Volk Gottes gemacht werden. Das Volk Gottes ist also die Grundlage der Kirche. Jedoch ist das keine eigentlich juristische Aussage.⁴⁹ Ungeachtet einer eher virtuellen

26

⁴⁰ *Lumen gentium* Art. 15, *Unitatis redintegratio*, Dekret über den Ökumenismus Art. 3.

⁴¹ Dazu und insbesondere zu den Konzilsaussagen in *Lumen gentium* Art. 14 *Georg Gänswein*, Kirchenmitgliedschaft – Vom Zweiten Vatikanischen Konzil zum Codex Iuris Canonici. Die Rezeption der konziliaren Aussagen über die Kirchenzugehörigkeit in das nachkonziliare Gesetzbuch der Lateinischen Kirche, 1995, S. 33 ff.; dazu die Besprechung von *Ludwig Schick*, in: AfKKR 164 (1995), S. 284–287.

⁴² *Lumen gentium* Art. 8 Abs. 2.

⁴³ *Gänswein* weist darauf hin, daß die ekklesiologische Würdigung der getrennten Kirchen im CIC fehlt: Kirchenmitgliedschaft (o. Fn. 41), S. 71 zum Entwurf, S. 229 zum Text des CIC.

⁴⁴ *Gänswein*, Kirchenmitgliedschaft (o. Fn. 41), S. 19, 36; *Rüdiger Althaus*, Zugehörigkeit zur Kirche (§ 16), in: HKKR³, S. 268–288, insbes. S. 269 f. zu früheren Auffassungen.

⁴⁵ *Gänswein*, Kirchenmitgliedschaft (o. Fn. 41), S. 19 f.

⁴⁶ Dazu aus evangelischer Sicht unten Rn. 70.

⁴⁷ *Althaus*, Zugehörigkeit zur Kirche (o. Fn. 44), S. 272.

⁴⁸ C. 204 § 2 CIC: „Haec Ecclesia, in hoc mundo ut societas constituta et ordinata, subsistit in Ecclesia catholica, a successore Petri et Episcopis in eius communione gubernata.“ Übersetzung im Text nach: Codex Iuris Canonici – Codex des kanonischen Rechtes, Lateinisch-deutsche Ausgabe, 8. Aufl. 2017.

⁴⁹ Dazu *Winfried Aymanns*, Die Kirche – Das Recht im Mysterium Kirche (§ 3), in: HKKR³, S. 32–41 (34 ff.). Auf die Schwierigkeit, was unter

Zugehörigkeit aller Getauften⁵⁰ sind – auch unter staatskirchenrechtlichen Aspekten – als Mitglieder der katholischen Kirche nur die in c. 205 CIC genannten Getauften zu verstehen: „Voll in der Gemeinschaft der katholischen Kirche in dieser Welt stehen jene Getauften, die in ihrem sichtbaren Verband mit Christus verbunden sind, und zwar durch die Bande des Glaubensbekenntnisses, der Sakramente und der kirchlichen Leitung.“⁵¹

- 27 Diskussionen über eine abgestufte Teilmitgliedschaft sind in der katholischen Kirche bisher nicht in nennenswertem Umfang geführt worden. Rechte ohne volle Mitgliedschaft gewährt das Katechumenat (c. 788 CIC) als Vorstufe der Taufe und damit der Mitgliedschaft, das für die Missionsgebiete, in Deutschland allenfalls für Ungetaufte Bedeutung hat. Der Katechumene hat ein Recht auf ein kirchliches Begräbnis (c. 1183   1 CIC).

b) Kirchenrechtliche Grundlagen

- 28 Auf die in voller Gemeinschaft stehenden Christen bezieht sich das Mitgliedschaftsrecht der katholischen Kirche, das nach dem Zweiten Vatikanischen Konzil wesentlich geändert wurde.⁵² Die katholische

christifideles in c. 204   1 CIC zu verstehen ist, weist Gänswein, Kirchenmitgliedschaft (o. Fn. 41), S. 11 ff., eindringlich hin, dazu auch ebd., S. 228 f.

⁵⁰ Winfried Aymanns, in: ders./Klaus Mörsdorf, Kanonisches Recht. Lehrbuch aufgrund des Codex Iuris Canonici, Bd. 1, 1991, S. 289 f., formuliert: „Durch den Empfang des Sakramentes der Taufe wird ein Mensch in die Kirche Jesu Christi eingegliedert und gewinnt damit das kanonische Personsein: Er ist Person des kanonischen Rechts. Mithin sind alle Getauften – seien sie katholisch oder nicht – Glieder der Kirche Jesu Christi und Personen des kanonischen Rechts, d. h. sie sind als Rechtssubjekte (i. w. S.) potentielle und in unterschiedlichem Umfang tatsächliche Träger von kanonischen Rechten und Pflichten.“

⁵¹ C. 205 CIC: „Plene in communione Ecclesiae catholicae his in terris sunt illi baptizati, qui in eius compage visibili cum Christo iunguntur, vinculis nempe professionis fidei, sacramentorum et ecclesiastici regiminis.“ Übersetzung im Text nach der zweisprachigen Ausgabe (o. Fn. 48).

⁵² Zusammenfassende Darstellungen: Stefan Muckel, in: Heinrich de Wall/Stefan Muckel, Kirchenrecht. Ein Studienbuch, 5. Aufl. 2017,   17, Rn. 4–22, 39–44; Stefan K rioth, Das Kirchenmitgliedschaftsrecht der römisch-katholischen Kirche, in: Zimmermann (Hg.), Kirchenmitgliedschaft (o. Fn. 13), S. 14–27; Wilhelm Rees, Beitritt, Austritt, Wechsel des Religionsbekenntnisses und Wiedereintritt. Theologische und kanonistische Anmerkungen aus römisch-katholischer Perspektive, in: Religiöse Vielfalt (o. Fn. 26), S. 155–202.

Kirche beansprucht keine Jurisdiktion mehr über nichtkatholische Christen.⁵³ Nach c. 11 CIC verpflichten rein kirchliche Gesetze nur diejenigen, die in der katholischen Kirche getauft oder in diese aufgenommen worden sind. Nichtkatholische Christen haben also nicht die Rechte der Katholiken, aber auch nicht die Pflichten. Sie werden von der Kirche nicht mehr in Anspruch genommen. Entscheidend ist die volle Gemeinschaft mit der katholischen Kirche, wie in c. 205 CIC umschrieben. Nur diejenigen, die in der vollen Gemeinschaft der Kirche stehen, können als Mitglieder bezeichnet werden, nur sie haben Rechte und Pflichten. Die anderen Getauften werden zwar der Kirche zugerechnet, jedoch ohne, daß die katholische Kirche ihnen Rechte verleiht oder Pflichten auferlegt.

c) Organisatorische Grundlagen

Die katholische Kirche versteht sich als Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Untergliederungen, die ebenfalls den Charakter von Körperschaften des öffentlichen Rechts haben.

Im Sinne des katholischen Kirchenrechts sind die Kirche und ihre Untergliederungen, insbesondere die *Teilkirchen* (regelmäßig die Diözesen) und die *Pfarreien* Gesamtheiten von Personen. Das kanonische Recht unterscheidet in c. 115 § 1 CIC unter den juristischen Personen Gesamtheiten von Personen (*universitates personarum*) und Gesamtheiten von Sachen (*universitates rerum*). Die Gesamtheiten von Personen sind kollegiale, wenn die Mitglieder deren Handeln bestimmen, sei es gleichberechtigt oder nicht. Andernfalls ist die Gesamtheit nichtkollegial. Gesamtkirche, Diözesen und Pfarreien sind nach diesen Begriffsbestimmungen den nichtkollegialen Personengesamtheiten⁵⁴ zuzuordnen, denn eine Bestimmung durch die Mitglieder als solche gibt es in diesen juristischen Personen nicht⁵⁵.

⁵³ Anders noch c. 87 CIC/1917: „Baptismate homo constituitur in Ecclesia Christi persona cum omnibus christianorum iuribus et officiis, nisi, ad iura quod attinet, obstat obex, ecclesiasticae communionis vinculum impediens, vel lata ab Ecclesia censura.“ (Übersetzt: „Durch die Taufe wird der Mensch in der Kirche Christi Person mit allen Rechten und Pflichten der Christen, wenn nicht, was die Rechte anlangt, ein Hindernis entgegensteht, sei es ein die kirchliche Gemeinschaft hindernde Bindung, sei es eine von der Kirche verhängte Zensur.“)

⁵⁴ Fortbestehende ältere juristische Personen (Kirchenfabrik, Pfründen für die Priester-, insbesondere Pfarrbesoldung, bischöfliche Stühle) sind

- 31 Die katholische Kirche steht unter einheitlicher Leitung mit einem umfassenden Weisungs- und Gehorsamsverh ltnis unter dem Papst.
- 32 Es gibt nur die eine Mitgliedschaft in der universalen Kirche, keine besondere Mitgliedschaft in Ritusgemeinschaften oder Teilkirchen, sondern eher eine Zuordnung, welche aber die grundsätzliche Mitgliedschaft nicht berührt. Hier liegt ein entscheidender Unterschied zur Mitgliedschaft in den Kirchen der Reformation, die sich nicht als weltumspannende organisatorische Einheiten verstehen, sondern eher als Teile der umfassenden geistlich verstandenen christlichen Kirche (s. u. 4.).
- 33 Die erste Untergliederung ist die in Rituskirchen, wobei die weit überwiegende *lateinische Kirche*  blicherweise nicht als besondere Rituskirche betrachtet wird. Bei einer rein logischen Unterteilung ist sie jedoch eine, wenn auch überwältigend große Rituskirche, also ein Teilverband, neben dem die anderen Rituskirchen stehen.⁵⁶
- 34 Unterhalb dieser Unterteilung ist die lateinische katholische Kirche grundsätzlich territorial organisiert. *Teilkirche* ist regelmäßig die Diözese (c. 368 CIC), neben der Gebietspr latur, Gebietsabtei (c. 370 CIC), Apostolisches Vikariat, Apostolische Präfektur, Apostolische Administratur (c. 371 CIC) geringere Bedeutung haben und in Deutschland seit der Neuordnung der Diözesanstruktur nach der Wiedervereinigung nicht mehr vorkommen. Grundsätzlich ist jeder Gläubige der Diözese zugeordnet, in der er seinen Wohnsitz hat. Staatskirchenrechtlich ist dies wegen der Kirchensteuer wichtiger als aus der Sicht des kanonischen Rechts: Die Diözese ist Ansprechpartner des Staates, sie ist für den Staat die Kirche. Der Wohnsitz in einer Diözese ist für die Kirchensteuer entscheidend.
- 35 Die *Rituskirchen* haben eine eigene Untergliederung. Prinzipiell sind sie auf ihr jeweiliges Gebiet beschränkt, Überschneidungen mit der Grundstruktur der lateinischen Kirche oder auch mit anderen Rituskirchen sind jedoch möglich, so daß die Zuordnung der Gläubigen insoweit personal bestimmt ist. In Deutschland gibt es eine Apo-

eher Sachgesamtheiten, wiewohl sie in Kirchenverträgen nicht selten als Körperschaften des öffentlichen Rechts bezeichnet werden.

⁵⁵ Partikularrechtlich bestehen Ausnahmen für die Vermögensverwaltung, die ursprünglich auf staatlichem Recht beruhen. Dazu *Stephan Haering*, → § 20, Rn. 50, 66; *Burkhard K mper / Markus Schulten*, → § 70, Rn. 62, 64–70. Die Pfarrgemeinderäte haben kein bindendes Beschl srecht.

⁵⁶ Zu dieser Sicht *Winfried Aymanns*, Gliederungs- und Organisationsprinzipien (§ 26), in: HKKR³, S. 430–441 (433): Rituskirchen sind prinzipiell gleichberechtigt neben der lateinischen Kirche.

stolische Exarchie für katholische Ukrainer in Deutschland und Skandinavien mit Sitz in München, die Körperschaft des öffentlichen Rechts nach bayerischem Recht ist. Die Exarchie erhebt keine Kirchensteuer, ihre Gläubigen melden sich in ihren Wohnorten als Katholiken an und zahlen dort ihre Kirchensteuer. Die Exarchie finanziert sich aus Zuschüssen der deutschen Diözesen. Die Ukrainische griechisch-katholische Kirche ist die größte Rituskirche.

Die Zwischeninstanzen der Metropolitanverbände (Kirchenprovinzen, heute von geringer Bedeutung), denen grundsätzlich jede Diözese zugeordnet ist, und der national organisierten Bischofskonferenzen spielen mitgliedschaftsrechtlich keine Rolle. Mitgliedschaftsrechtlich ohne Interesse sind auch die Personalprälaturen (cc. 294 ff. CIC).

36

d) Erwerb der Kirchenmitgliedschaft

Die Mitgliedschaft in der katholischen Kirche wird regelmäßig mit der Taufe durch einen dazu Berechtigten begründet (c. 861 CIC). Soweit das den Vorschriften gemäß geschieht, können Zweifel am Erwerb der Kirchenmitgliedschaft nicht entstehen. Eine Verletzung der Regeln über die berechtigte Taufe schließt die Gültigkeit des Sakraments nicht aus, kann aber u. U. den Erwerb der Mitgliedschaft hindern.

37

Die Regel ist die Kindertaufe, die nach c. 867 CIC vorgeschrieben ist. Die Eltern sind verpflichtet, für eine Taufe innerhalb der ersten Wochen zu sorgen. C. 868 CIC schreibt vor, daß die Eltern oder wenigstens ein Elternteil, bzw. wer rechtmäßig ihre Stelle einnimmt, zustimmen.

38

Die Erwachsenentaufe (Taufe von solchen, die dem Kindesalter entwachsen sind, mindestens derer, die das 14. Lebensjahr vollendet haben) ist nach c. 863 CIC dem Bischof anzutragen, damit sie von ihm persönlich gespendet wird, wenn er dies für angebracht hält. Sie unterliegt danach bischöflicher Überwachung.

39

In anderen Kirchen gültig getaufte Christen können in die katholische Kirche aufgenommen werden. Dazu ist die Zustimmung des Bischofs erforderlich. Da sich die katholische Kirche an Übertrittsregelungen, die in manchen Landesgesetzen Berücksichtigung fin-

40

den,⁵⁷ nicht beteiligt, wird immer eine Trennung von der früheren Kirche, d.h. eine Erklärung des Austritts aus einer Körperschaft des öffentlichen Rechts bzw. eine privatrechtliche Austrittserklärung gefordert⁵⁸.

- 41** Der Getaufte gehört der Rituskirche und der Teilkirche an, in der er getauft wurde. Einzelheiten regelt c. 111 CIC: Danach wird durch den Taufempfang in die lateinische Kirche ein Kind aufgenommen von Eltern, die zu ihr gehören oder die, falls ein Elternteil nicht zu ihr gehört, beide übereinstimmend gewünscht haben, daß ihr Kind in der lateinischen Kirche getauft wird. Wenn diese Übereinstimmung fehlt, wird das Kind der Rituskirche zugeschrieben, zu welcher der Vater gehört (c. 111 § 1 CIC). Ein Taufbewerber, der das 14. Lebensjahr vollendet hat, kann wählen, ob er in der lateinischen Kirche oder in einer anderen Rituskirche eigenen Rechts getauft werden soll (c. 111 § 2 CIC).
- 42** Die territoriale Gliederung der Kirche erlaubt ohne weiteres einen Wechsel der Zugehörigkeit zur Teilkirche. Der Umzug in eine andere Diözese ändert die Zugehörigkeit zur Teilkirche, und zwar auch über politische und sprachliche Grenzen aller Art hinaus. Ein italienischer Katholik, der nach Deutschland übersiedelt, gehört mit allen kirchlichen und staatskirchenrechtlichen Rechten und Pflichten der Diözese an, in die er umzieht.⁵⁹ Probleme der „Möbelwagenkonversion“ können angesichts der einheitlichen Kirche und der einheitlichen Mitgliedschaft nicht auftreten.
- 43** Problematischer ist der Wechsel der Rituskirche, ein für Deutschland wenig relevantes Problem, weil Rituskirchen außer der erwähnten Exarchie für katholische Ukrainer hier nicht als besondere Organisationen existieren. Die Zugehörigkeit zu einer Rituskirche ist unabhängig vom Wohnsitz und bleibt bei einem Wohnsitzwechsel bestehen. Der Wechsel ist grundsätzlich nur mit Erlaubnis des Apo-

⁵⁷ Siehe unten in und bei Fn. 203.

⁵⁸ Richtlinien für die ökumenische Praxis (Arbeitshilfen Nr. 39), hg. vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, 1985, IV, Nr. 1–17. Siehe auch *Robbers*, Fragen des Kirchenübertritts (Fn. 10), S. 19 f., 39–46.

⁵⁹ Einzelheiten in c. 107, zur Wohnsitzbegründung c. 102, zum Verlust c. 106 CIC. Dazu *Althaus*, Zugehörigkeit zur Kirche (o. Fn. 44), S. 275; *Winfried Aymanns*, in: *Kanonisches Recht* (o. Fn. 50), S. 299 ff.; *Helmuth Pree*, in: *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, hg. von Klaus Lüdike, Losebl., 1985 ff. (Stand 57. Erg.-Lfg. März 2019), c. 107 (24. Erg.-Lfg. November 1995).

stolischen Stuhls möglich (c. 112 CIC mit Sonderregelungen für Familien).⁶⁰

e) Rechte und Pflichten der Kirchenmitglieder

Die Kirchenmitglieder haben nach allgemeinem kanonischem Recht keine Rechte auf Mitbestimmung oder Mitwirkung in der Leitung oder Verwaltung der Kirche, der Teilkirchen oder Pfarreien.⁶¹ Von den Gläubigen gewählte Gremien gibt es nach dem CIC nicht, partikularrechtlich können sie vorgesehen werden. Sie haben jedoch, abgesehen von ursprünglich staatlich begründeten Mitbestimmungsrechten bei der Steuererhebung und Vermögensverwaltung, keine bestimmenden, sondern allenfalls beratende Aufgaben.⁶² Aktives und passives Wahlrecht steht nur Kirchenmitgliedern zu. 44

Die Rechte gewählter Gremien in finanziellen Fragen (Kirchenvorstände oder auch Diözesansteuerräte, regional unterschiedliche Bezeichnungen) beruhen in ihrem Ursprung auf staatlichem Octroi. Inzwischen hat die Kirche sie akzeptiert. Volle Klarheit besteht jedoch nicht, ob die einschlägigen Normen als Kirchenrecht gelten, und über sie deshalb auch in vollem Umfang von der Kirche disponiert werden kann, oder ob sie nach wie vor als staatliches Recht anzusehen sind. 45

Aus der Mitgliedschaft folgen religiöse, in der Regel für das Staatskirchenrecht nicht relevante, Rechte und Ansprüche gegen die Kirche, und zwar insbesondere das Recht auf Zugang zu den Sakramenten und auch ein Recht auf ein kirchliches Begräbnis⁶³. Nur ein Katholik kann Tauf- oder Firmpate sein (c. 874 § 1 Nr. 3, c. 893 § 1 46

⁶⁰ Dazu *Althaus*, Zugehörigkeit zur Kirche (o. Fn. 44), S. 275; *Helmuth Pree / Burkhard Josef Berkmann*, in: Münsterischer Kommentar zum CIC (o. Fn. 59), c. 112 (53. Erg.-Lfg. April 2017).

⁶¹ Das schließt nicht aus, daß sie zur Mitwirkung in der Leitung der Kirche berufen werden, dazu *Heribert Schmitz*, Codex Iuris Canonici (§ 6), in: HKKR³, S. 70–100 (87); dazu auch *Gerda Riedl*, Die Laien (§ 18), in: HKKR³, S. 302–312 (310 ff.); *Winfried Aymanns*, Die Träger kirchlicher Dienste (§ 19), in: HKKR³, S. 313–323 (317 ff.).

⁶² Dazu im einzelnen *Franz Kalde*, Pfarrpastoralrat, Pfarrgemeinderat und Pfarrvermögensverwaltungsrat (§ 47), in: HKKR³, S. 737–745, auch zu der im einzelnen unklaren Rechtslage bei Nichtübereinstimmung von Diözesanrecht und Recht des CIC.

⁶³ Dazu *Heinrich J. F. Reinhardt*, Das kirchliche Begräbnis (§ 94), in: HKKR³, S. 1437–1441.

CIC). Weitere Rechte, die in diesem Zusammenhang genannt werden, z. B. Vereinsfreiheit, Freiheit zum Apostolat, sind eher Bestimmungen darüber, wie die Gläubigen allgemeine Freiheitsrechte gebrauchen sollen, und weniger Mitgliedschaftsrechte in der Kirche.⁶⁴ Wichtig ist aber neben dem Zugang zu den Sakramenten auch der Zugang zur sonstigen Seelsorge und zu den Gottesdiensten, die freilich  hnehin regelmäßig öffentlich sind, ausnahmsweise aber nur für bestimmte Gruppen angeboten werden. Dies geht aus c. 213 CIC deutlich hervor.

- 47** Auch die Pflichten der Kirchenmitglieder sind größtenteils religiöser, für das Staatskirchenrecht nicht relevanter Natur, insbesondere die Pflicht zur Teilnahme am Gottesdienst und zum Sakramentenempfang. Staatskirchenrechtlich bedeutsam und nach weltlichem Recht durchsetzbar ist die in Deutschland mit der Mitgliedschaft verbundene Kirchensteuerpflicht. Sie hat unmittelbar im CIC keine Grundlage. In c. 222   1 CIC ist nur allgemein von Beiträgen für die Erfordernisse der Kirche die Rede. Die cc. 1262 f. CIC enthalten detailliertere Regelungen, schränken ein allgemeines Besteuerungsrecht des Bischofs sehr ein. C. 1263 CIC enthält jedoch am Ende einen Vorbehalt für partikulare Gesetze und Gewohnheiten, der die deutsche Kirchensteuer kirchenrechtlich legitimiert.⁶⁵ Hinzuweisen ist auch auf die kirchliche Meldepflicht – Angabe der Konfessionszugehörigkeit – bei Begründung eines neuen oder zusätzlichen Wohnsitzes.⁶⁶ Das kirchliche Strafrecht betrifft nur Mitglieder.

f) Verlust der Mitgliedschaft? – Erklärung des Kirchenaustritts

- 48** In der katholischen Kirche gilt der Grundsatz: Wer einmal Mitglied der Kirche geworden ist, bleibt an sie und auch an ihr Recht gebunden. In c. 1117 CIC von 1983 war eine einzige Ausnahme vorgesehen: Wer durch einen förmlichen Akt von der Kirche abgefallen war, war nicht mehr an die kirchliche Eheschließungsform gebunden.

⁶⁴ Dazu *Reinhild Ahlers*, Die rechtliche Grundstellung der Christgläubigen (  17), in: HKKR³, S. 289–301 (292 ff.).

⁶⁵ Dazu *Felix Hammer*,   72, Rn. 15 f.

⁶⁶   3 der Anordnung über das kirchliche Meldewesen (Kirchenmeldewesenanordnung – KMAO), z. B. für das Erzbistum Köln vom 9. 9. 2015 (ABl. S. 211).

Diese Ausnahme wurde durch das Motu Proprio „Omnium in mentem“ vom 26. 10. 2009 aufgehoben.⁶⁷

Ein Ausschluß aus der Kirche (wie bei Vereinen) ist mit dem Selbstverständnis der Kirche und mit dem character indelebilis der Taufe unvereinbar und kommt für die katholische Kirche (wie für alle christlichen Kirchen) nicht in Frage. Die katholische Kirche erkennt aber auch keinen Austritt und keinen Übertritt zu einer anderen (christlichen) Kirche an.

Das weltliche Recht muß in Deutschland um der Religionsfreiheit willen Kirchenaustritt und Religionswechsel zulassen und dadurch die Möglichkeit geben, sich von allen weltlich-rechtlichen Pflichten zu lösen, die mit der Kirchenzugehörigkeit verbunden sind (s. oben Rn. 11, unten Rn. 150). Die unauflösbare Bindung wird nach Kirchenaustritt oder Religionswechsel im weltlichen Recht nicht mehr anerkannt, trotzdem noch bestehende kirchliche Pflichten sind nicht mehr durchsetzbar, behalten aber im Verhältnis zur Kirche, soweit es nicht auf weltliche Ansprüche ankommt, ihre Bedeutung.⁶⁸ Wer aus der katholischen Kirche austritt bzw. einer anderen (auch christlichen) Religionsgemeinschaft beitrifft, bleibt kirchenrechtlich uneingeschränkt verpflichtet. Das müßte sogar für die Kirchensteuerpflicht⁶⁹ gelten, durchsetzbar ist diese Pflicht freilich ebenso wenig wie eventuelle andere in der Welt relevante kirchliche Pflichten.

Da die katholische Kirche weder Austritt noch Übertritt akzeptiert und anerkennt, ein förmlicher Kirchenaustritt zudem in den meisten Ländern nicht vorgesehen ist, gibt es dafür im allgemeinen Kirchenrecht keine besonderen Vorschriften. Kirchenmitglieder können sich zumeist ohne besondere Erklärung stillschweigend dadurch von der Kirche verabschieden, daß sie nicht mehr mitmachen. Wie die stillschweigende Verabschiedung sind Austritt und Übertritt nach allgemeinem katholischem Kirchenrecht nur kirchenstrafrechtlich oder

⁶⁷ Das Motu proprio ist im Internet in vielen Sprachen (u. a. in Latein und Deutsch) veröffentlicht. Dazu und zu den dort angeordneten Änderungen in c. 1086 § 1 und c. 1124 CIC *M. Antonia Sondermann*, Das Motu proprio Omnium in mentem und seine eherechtlichen Konsequenzen, in: AfKR 182 (2013), S. 64 ff.

⁶⁸ Insofern ist richtig, daß dem Austritt rein staatsrechtlicher Charakter zukommt, so *Klaus Lüdicke*, Wirtschaftsstrafrecht in der Kirche? Kanonistische Bemerkungen zu einem Kirchenaustritt, in: Vermögensverwaltung in der Kirche. Administrator bonorum – Oeconomus tamquam paterfamilias, hg. von Hans Paarhammer, 2. Aufl. 1988, S. 275 (278).

⁶⁹ Die deutsche Kirchensteuer ist zwar nicht universalkirchlich geregelt, aber in Deutschland auch kirchenrechtlich verpflichtend, s. o. Rn. 47.

disziplinarisch zu erfassen. Was nachstehend für den Austritt – er steht im Mittelpunkt des Interesses – ausgeführt wird, gilt im Prinzip auch für den Übertritt zu einer anderen Religionsgemeinschaft.

*g) Notwendigkeit kirchlicher Reaktion
auf die Erklärung des Kirchnaustritts*

- 52** Mit dem in Deutschland vorgesehenen Kirchnaustritt erklärt der Austretende eine förmliche Lossagung, die als solche – unbeschadet der Möglichkeit individueller Äußerungen außerhalb der Austrittserklärung – nicht einschränkbar oder modifizierbar ist (s. u. V. 3.). Nur eine solche förmliche Erklärung beendet die nach deutschem Staatskirchenrecht aus der Kirchenzugehörigkeit folgenden weltlich erheblichen Pflichten, insbesondere die Pflicht zur Zahlung der Kirchensteuer. Mit dem Austritt mögen diese Pflichten kirchenrechtlich fortbestehen, sie sind aber nicht mehr durchsetzbar. Es endet auch jede Berücksichtigung der Religionszugehörigkeit in anderen Bereichen, z. B. beim Besuch des Religionsunterrichts und beim Zugang zu konfessionsgebundenen Staatsämtern (s. u. V. 4.).
- 53** Die kirchenrechtlichen Folgen der Kirchnaustrittserklärung hat allein die betroffene Kirche zu regeln. Bei rein theoretischer Betrachtung könnte die Kirche sogar auf jede Reaktion verzichten. Das würde jedoch der Bedeutung der förmlichen Absage an die Kirche kaum gerecht. Davon abgesehen würde ein solches Ignorieren den staatskirchenrechtlichen Verpflichtungen widersprechen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Kirchensteuer.
- 54** Der Staat ist verpflichtet, die Kirchensteuern zu ermöglichen, die Kirchen müssen sich, wenn sie davon Gebrauch machen, an die grundsätzlichen Regeln des staatlichen Steuerrechts halten. Insbesondere muß die Kirchensteuer gleichmäßig von allen Kirchenangehörigen erhoben werden. Sie wird erhoben, solange ein Kirchenmitglied nicht förmlich den Austritt erklärt hat. Auf die Austrittserklärung nicht zu reagieren und Kirchenangehörigen so bei voll bestehenden kirchlichen Rechten eine Flucht aus der Kirchensteuer zu ermöglichen, würde die Kirchensteuer untergraben und dazu führen, daß sie wegen Gleichheitsverstößes nicht mehr erhoben werden könnte.⁷⁰ Das würde zu erheblichen Verwerfungen zwischen den kir-

⁷⁰ Dazu deutlich *Georg Dietlein / Jan-Gero Alexander Hannemann*, Katholisch ohne Kirchensteuer? Bleibende Unklarheiten nach dem Allgemeinen

chensteuerhebenden Kirchen führen und auch gegen konkordatäre Pflichten der katholischen Kirche verstoßen, welche die Kirchensteuer festschreiben.

*h) Anwendbarkeit allgemeiner Regeln
auf die Erklärung des Kirchenaustritts*

Eine gesamtkirchliche Regelung der Austrittsfolgen gibt es nicht, kann es auch nicht geben, weil es den Kirchenaustritt nicht gibt.⁷¹ Dies ist aber kein Grund, die Erklärung des Kirchenaustritts zu ver-harmlosen⁷². Er ist eine Trennung von der Kirche,⁷³ zu deren Sankti-on allgemein geltende Vorschriften des kirchlichen Strafrechts in Frage kommen.

Nach c. 1364 CIC ziehen sich der Apostat, der Häretiker oder der Schismatiker die Tatstrafe der Exkommunikation zu. Ob dem Austre-tenden Apostasie (Abfall vom Glauben) oder Häresie (Leugnung ein-zelner Glaubenssätze) vorzuwerfen ist, hängt von den Gründen der Austrittserklärung ab. Eine Trennung von der kirchlichen Einheit

Dekret der Deutschen Bischofskonferenz vom 15. März 2011, in: AfKKR 181 (2012), S. 467 (482).

⁷¹ Elmar Güthoff, Kirchenstrafrechtliche Aspekte des vor dem Staat voll-zogenen Kirchenaustritts, in: Der Kirchenaustritt im staatlichen und kirchli-chen Recht, hg. von Elmar Güthoff / Stephan Haering / Helmuth Pree, 2011, S. 124 ff.; Georg Bier, Abfall von der Kirche – „Kirchenaustritt“ – Schisma. Ein Rundschreiben des Päpstlichen Rates für die Gesetzestexte und seine rechtlichen Konsequenzen, in: Kirchenrecht und Theologie im Leben der Kirche. Festschrift für Heinrich J. F. Reinhardt, hg. von Rüdiger Althaus / Klaus Lüdicke / Matthias Pulte, 2007, S. 73 (97: kein Strafdelikt).

⁷² Dagegen mit Recht Peter Krämer, Freiheit der Religionszugehörigkeit, Menschenrechte und Laizität des Staates, in: TThZ 2008, S. 214–234 (229).

⁷³ Krämer, Freiheit der Religionszugehörigkeit (o. Fn. 72), S. 231. Joseph Listl, Die Rechtsfolgen des Kirchenaustritts in der staatlichen und kirchli-chen Rechtsordnung, in: Recht als Heildienst. Matthäus Kaiser zum 65. Ge-burtstag, hg. von Winfried Schulz, 1989, S. 160–186, auch in: ders., Kirche im freiheitlichen Staat. Schriften zum Staatskirchenrecht und Kirchenrecht, hg. von Josef Isensee / Wolfgang Rübner, 1996, S. 648–671 (650), sieht im Kirchen-austritt die „intensivste Form der Abwendung“ von der Kirche. Gerhard Ludwig Müller, Kirchenzugehörigkeit und Kirchenaustritt aus dogmatischer Perspektive, in: Kirchenaustritt (o. Fn. 71), S. 77 (87 f.), sieht im Kirchenaus-tritt eine schwere Schädigung der sakramental grundgelegten communio und ein schweres öffentlich wahrnehmbares Vergehen gegen die Einheit der Kir-che, auf welche die Kirche reagieren muß.

und damit der Vorwurf des Schismas wurde und wird in der kirchlichen Praxis überwiegend angenommen.⁷⁴

57 In der kirchenrechtlichen Literatur wird die Anwendung der Strafvorschrift des c. 1364 CIC auf die Kirchengaustrittserklärung vor allem in neuerer Zeit kritisch gesehen. Häresie kommt kaum in Frage, dagegen wird über Apostasie und Schisma diskutiert. Apostasie muß mit der Austrittserklärung nicht verbunden sein, eine Absonderung von der Kirche im Sinne eines Schismas liegt näher. Zweifel erweckt bei vielen, daß die Erklärung des Kirchengaustritts nicht als Absage an die Kirche gemeint sein muß, sondern oft nur die Kirchensteuer vermeiden soll. Die Literatur, die den Kirchengaustritt zum Teil milder bewerten wollte und noch heute milder bewerten will,⁷⁵ stößt sich vor allem an der Verbindung von Kirchenmitgliedschaft und Kirchensteuerpflicht. Es wird argumentiert, Nichtzahlung von Kirchensteuer dürfe ebensowenig wie Nichtzahlung der in anderen Ländern üblichen freiwilligen oder auch pflichtgemäßen Leistungen an die Kirche die Mitgliedschaft berühren.⁷⁶ Dabei wird freilich die mit der Kirchensteuer vorgegebene notwendige Verbindung von Mitgliedschaft und Steuerpflicht verkannt. Die Gegner der Verbindung von Mitgliedschaft und Steuerpflicht sind im Grunde Gegner der deutschen Kirchensteuer überhaupt. Die zwingende Verbindung von Kirchensteuer und Mitgliedschaft im heutigen deutschen System zu leugnen, ist weder eine zulässige noch eine wirksame Methode zur Bekämpfung der Kirchensteuer. Wer die Kirchensteuer abschaffen will, muß sich direkt um eine Rechtsänderung bemühen. Es handelt sich insoweit eher um Überlegungen de lege ferenda.

58 Die Diskussion wurde in den vergangenen Jahren auch mit der Diskussion um den *actus formalis defectionis ab Ecclesia* (förmlicher

⁷⁴ *Joseph Listl*, Die Erklärung des Kirchengaustritts (§ 16), in: HKKR², S. 209–219 (217).

⁷⁵ *Lüdicke*, Wirtschaftsstrafrecht in der Kirche? (o. Fn. 68); *Rainer Bucher*, Es geht um etwas Neues. Die pastoraltheologische Herausforderung des Kirchengaustritts, in: ThPQ 156 (2008), S. 4 ff., mit praktischen Konsequenzen für die Seelsorge bes. S. 11 f., wo *Bucher* für Beerdigung, Patenamnt, allgemeine Seelsorge sehr stark auf die innere Haltung des Ausgetretenen abstellen will. *Bucher* scheint dabei allerdings auch wesentlich österreichisches Recht im Blick zu haben. Dazu deutlicher *Bruno Primetshofer*, Der Kirchengaustritt und seine rechtlichen Folgen, in: ThPQ 156 (2008), S. 334 ff.

⁷⁶ In diesem Sinne *Lüdicke*, Wirtschaftsstrafrecht in der Kirche? (o. Fn. 68), S. 279 ff.; das Unbehagen über die Verbindung von Kirchensteuer und Kirchengaustritt wird sehr deutlich bei *Francesco Coccopalmerio*, Die kirchliche communio. Was das Konzil sagt und worüber die Codices schweigen, in: Kirchengaustritt (o. Fn. 71), S. 90 (123).

Abfall von der Kirche) verknüpft.⁷⁷ Die Voraussetzungen des förmlichen Abfalls von der Kirche, welche den Abgefallenen von den Vorschriften des kirchlichen Ehrechts (c. 1117 CIC⁷⁸ für die Eheschließungsform; c. 1124 CIC, grundsätzliches Verbot der Eheschließung mit Nichtkatholiken; c. 1086 § 1 CIC, Ungültigkeit der Ehe mit Nichtgetauften) ausnahm, konnten mit der Erklärung des Kirchenaustritts nach deutschem Recht, so wie der actus formalis vom päpstlichen Rat für die Gesetzestexte in einem an die Vorsitzenden aller Bischofskonferenzen versandten Rundschreiben vom 13.3.2006⁷⁹ definiert worden war, nicht erfüllt werden. Inzwischen sind diese eherechtlichen Vorschriften aufgehoben worden.⁸⁰ Die Frage, ob in der Erklärung des Kirchenaustritts immer ein schismatischer Akt zu sehen ist, ist aber nach wie vor nicht endgültig gelöst.

Richtig ist sicher, daß der Kirchenaustritt der Religions- und Gewissensfreiheit dienen soll,⁸¹ der Austritt aus steuerlichen Gründen ist sozusagen ein Mißbrauch der Austrittsmöglichkeit, von dem die Kirche regelmäßig nichts erfährt, weil Gründe nicht in die Austrittserklärung aufgenommen werden und der Kirche nicht mitgeteilt

59

⁷⁷ Dazu *Althaus*, Zugehörigkeit zur Kirche (o. Fn. 44), S. 282 ff.; *Markus Graulich*, Ist der Kirchenaustritt ein actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica? – Ein Beitrag zur Diskussion, in: *KuR* 2008, S. 1–16; siehe auch: Zugehörigkeit zur Katholischen Kirche. Kanonistische Klärungen zu den pastoralen Initiativen der Österreichischen Bischofskonferenz, hg. vom Generalsekretariat der Österreichischen Bischofskonferenz (Die österreichischen Bischöfe 10), 2010, mit einer Dokumentation sowie Beiträgen von: *Wilhelm Rees*, Formen der Kirchenfinanzierung in Europa. Vergleich und Wertung einzelner Systeme, S. 18–37; *dems.*, Der Kirchenaustritt und seine kirchenrechtliche Problematik, S. 38–61; *Ludger Müller*, Konsequenzen des weltlich-rechtlichen Kirchenaustritts im kirchlichen Eherecht? Thesen zur Reform einer Reform, S. 62–75; *dems.*, Der Kirchenaustritt – ein Delikt?, S. 76–88. Zur Unterscheidung von der Erklärung des Kirchenaustritts nach deutschem Recht: *Stefan Muckel*, Körperschafts Austritt oder Kirchenaustritt? Der sogenannte Kirchenaustritt im Schnittfeld von staatlichem Verfassungsrecht und katholischem Kirchenrecht, in: *JZ* 2009, S. 174–182 (181 f.); *ders.*, Kirchenaustritt, „Körperschafts Austritt“ und das Vorgehen Roms – Erwiderung auf Martin Zumbült und Überlegungen zu den Hintergründen der Diskussion, in: *KuR* 2010, S. 188–191.

⁷⁸ Der ursprüngliche Wortlaut des c. 1117 CIC lautete: „Die oben vorgeschriebene Eheschließungsform muß unbeschadet der Vorschriften des c. 1127 § 2 eingehalten werden, wenn wenigstens einer der Eheschließenden in der katholischen Kirche getauft oder in sie aufgenommen wurde und nicht durch einen formalen Akt von ihr abgefallen ist.“

⁷⁹ Abgedruckt bei *Gerald Gruber*, *Actu Formali ab Ecclesia Catholica deficere*, 2009, S. 327 ff.

⁸⁰ Dazu o. Fn. 67.

⁸¹ *Güthoff*, Kirchenstrafrechtliche Aspekte (o. Fn. 71), S. 129.

werden. Ob der Vorwurf des Schismas berechtigt ist, kann manchmal zweifelhaft sein. Am Beispiel der Italiener, die in Deutschland austreten, um mit dem ersparten Geld ihre Heimatpfarrei zu unterstützen, wird die Problematik einer – für die Tatstrafe der Exkommunikation erforderlichen – Schuld besonders deutlich.⁸²

i) Partikularrechtliche Regelungen und Äußerungen der deutschen Bischöfe zu den Folgen einer Erklärung des Kirchenaustritts

60 Partikularrechtlich wurde mehrfach versucht, die Erklärung des Kirchenaustritts kirchenrechtlich zu sanktionieren. Allerdings sind die Verlautbarungen nicht immer klar. Zum Teil handelt es sich nicht um Regelungen, sondern nur um erklärende Verlautbarungen.

61 Im Erzbistum Köln gibt es seit 1954 eine ausdrückliche Androhung der Exkommunikation für jeden Kirchenaustritt.⁸³

62 Die deutschen Bischöfe haben die Erklärung des Kirchenaustritts immer als eine sehr schwere Verfehlung betrachtet. Kirchenaustritt ist öffentlich erklärter und amtlich bekundeter Abfall von der Kirche, als Schisma zu betrachten und deshalb mit der Tatstrafe der Exkommunikation belegt (so die nicht als verbindliche Norm zu verstehende Erklärung vom 24.4.2006⁸⁴). Letzteres ist allerdings früheren Verlautbarungen nicht immer klar zu entnehmen. In älteren Erklärungen war nur von schwerer Sünde⁸⁵ oder einer schweren Verfehlung⁸⁶ die Rede. Damit war zwar der Sache nach annähernd dasselbe

⁸² Darauf weist *Güthoff*, Kirchenstrafrechtliche Aspekte (o. Fn. 71), S. 132 ff., hin.

⁸³ *Bier*, Abfall von der Kirche (o. Fn. 71), S. 80; *Muckel*, Körperschaftsaustritt oder Kirchenaustritt? (o. Fn. 77), S. 180, der unter Berufung auf *Löffler*, Ungestraft aus der Kirche austreten? (o. Fn. 11), S. 203, von einer Fortgeltung ausgeht.

⁸⁴ ABl. Erzbistum Köln 2006, S. 109 f. Der Charakter einer Partikularnorm kommt dem Schreiben nach Ansicht von *Güthoff*, Kirchenstrafrechtliche Aspekte (o. Fn. 71), S. 128, nicht zu. Im Vorspruch heißt es ausdrücklich: „Sie schafft kein neues Recht, sondern hält an der geltenden Rechtslage fest und bestätigt die bewährte Praxis.“

⁸⁵ Kanzelverkündigung der westdeutschen Bischöfe vom 15. 2. 1937; dazu *Listl*, Erklärung des Kirchenaustritts (o. Fn. 74), S. 212; *Bier*, Abfall von der Kirche (o. Fn. 71), S. 80.

⁸⁶ Erklärung der Diözesanbischöfe zu Fragen des kirchlichen Finanzwesens von 1969: Der Kirchenaustritt sei eine schwere Verfehlung, und der Ausgetretene könne am Leben der Kirche erst wieder teilnehmen, wenn er seine Austrittserklärung rückgängig mache. Die Erklärung ist mit unterschiedli-

angedroht wie eine Exkommunikation, es wurden aber weder der Straftatbestand des Schismas oder des Glaubensabfalls noch die Exkommunikation⁸⁷ genannt.

Unklarheiten, die um die Frage eines Austritts nur aus einer angeblich neben der Kirche bestehenden staatlichen Körperschaft des öffentlichen Rechts immer wieder und zuletzt im Fall des Freiburger Kirchenrechtlers *Zapp*⁸⁸ auftraten, veranlaßten die deutschen Bischöfe zu einem erneuten Dekret, das mit Billigung der römischen Kurie am 20. 9. 2012 erlassen wurde⁸⁹. In diesem Dekret, das Rechtsverbindlichkeit beansprucht, heißt es:

„Die Erklärung des Kirchenaustritts vor der zuständigen zivilen Behörde stellt als öffentlicher Akt eine willentliche und wissentliche Distanzierung von der Kirche dar und ist eine schwere Verfehlung gegenüber der kirchlichen Gemeinschaft. Wer vor der zuständigen zivilen Behörde aus welchen Gründen auch immer seinen Kirchenaustritt erklärt, verstößt damit gegen die Pflicht, die Gemeinschaft mit der Kirche zu wahren (c. 209 § 1 CIC), und gegen die Pflicht, seinen finanziellen Beitrag dazu zu leisten, dass die Kirche ihre Aufgaben erfüllen kann (c. 222 § 1 CIC i. V. m. c. 1263 CIC).“

Von Exkommunikation ist auch in diesem Dokument nicht ausdrücklich die Rede, obwohl viel dafür spricht, daß die Erklärung des Kirchenaustritts als klare Abwendung von der Kirche den Vorwurf des Schismas begründet⁹⁰. Die schwere Verfehlung gegenüber der kirchlichen Gemeinschaft schließt jedoch, solange sie andauert, den

cher Datierung Ende 1969 / Anfang 1970 in den Amtsblättern zu finden, abgedruckt u. a.: KAnz. Erzdiözese Köln 1970, S. 10 f.; *Heiner Marré*, Die Kirchenfinanzierung in Kirche und Staat der Gegenwart, 4. Aufl. unter Mitarbeit von Josef Jurina, 2006, S. 10 f.; dazu *Bier*, Abfall von der Kirche (o. Fn. 71), S. 81.

⁸⁷ Darauf weisen *Peter Krämer*, Kirchenaustritt – Beweggründe und Rechtsfolgen, in: *Stimmen der Zeit* 225 (2007), S. 44 (48), und *Graulich*, Kirchenaustritt (o. Fn. 77), S. 5, hin.

⁸⁸ Siehe *Hartmut Zapp*, Körperschafts Austritt wegen Kirchensteuern – kein „Kirchenaustritt“, in: *KuR* 2007, S. 66–90, sowie unten Rn. 163.

⁸⁹ Allgemeines Dekret der Deutschen Bischofskonferenz zum Kirchenaustritt vom 20. 9. 2012, Pressemitteilungen Nr. 145a. Das Dekret war am 15. 3. 2011 beschlossen und am 28. 8. 2012 von der Kongregation für die Bischöfe approbiert worden, *Stefan Muckel*, Nochmals: Verhältnis von Kirchenaustritt und Kirchensteuerpflicht, in: *NVwZ* 2013, S. 260–263 (262); *Althaus*, Zugehörigkeit zur Kirche (o. Fn. 44), S. 286 f. Sehr kritisch dazu *Georg Bier*, Wer nicht zahlen will, muss büßen?, in: *Herder-Korrespondenz* 2012, S. 551 ff., der meint (S. 555), den Bischöfen gehe es nur ums Geld, sie würden sich nicht für den Austritt interessieren, wenn die Abmeldung nicht das Kirchensteueraufkommen mindere.

⁹⁰ In diesem Sinne schon *Listl*, Die Rechtsfolgen des Kirchenaustritts, in: *Schriften* (o. Fn. 73), S. 667.

(würdigen) Empfang der Sakramente aus und kommt damit der Exkommunikation nahe.⁹¹

66 Die praktischen Probleme sind damit weitgehend gelöst.⁹² Das Dekret der deutschen Bischöfe vom 20.9.2012, dessen Gültigkeit angesichts päpstlicher Billigung nicht bestritten werden kann, sanktioniert die Erklärung des Kirchenaustritts partikularrechtlich. Wer in der schweren Verfehlung des Kirchenaustritts verharret, ist als öffentlicher Sünder zu betrachten, der in der Kirche keine Rechte wahrnehmen und auch kein Amt übernehmen kann, sei es eine bezahlte Aufgabe, sei es ein Ehrenamt (z.B. auch kein Patenamt).⁹³ Den Ausgetretenen an der Übernahme von solchen Funktionen und Aufgaben zu hindern, dürfte regelmäßig möglich sein, denn die Erklärung des Kirchenaustritts wird durch Eintragung in die Taufb cher amtlich und nachprüfbar bekundet⁹⁴. Ein Anspruch auf Löschung der Taufeintragung besteht nach weltlichem Recht nicht (s. u. Rn. 169), kirchliches Recht sieht eine Löschung nicht vor, das wäre mit dem charakter indelebilis der Taufe unvereinbar.

67 Der Empfang der Sakramente ist dagegen tatsächlich kaum zu verhindern, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Ausgetretene sich auch die Strafe der Exkommunikation zuzieht. Nach c. 915 CIC dürfen außer den Exkommunizierten und Interdizierten auch diejenigen nicht zur heiligen Kommunion zugelassen werden, die hartnäckig in einer offenkundigen schweren Sünde verharren. Die Bestimmung richtet sich an den Kommunionsspender, für den Empfänger enthält c. 916 CIC eine entsprechende Vorschrift. Angesichts der Voraussetzung der offenkundigen schweren Sünde wird die Verweigerung der Kommunion nur selten in Frage kommen.⁹⁵ Dagegen wird die Vorschrift des c. 916 CIC regelmäßig greifen, allerdings nicht ohne Rücksicht auf das Sündenbewußtsein des Ausgetretenen. Kirchliche Maßnahmen gegen den Sünder rechtfertigt c. 916 CIC nicht, man muß darauf vertrauen, daß ihn sein Gewissen am Kommunionempfang hindert.⁹⁶ Das ist aber auch bei Exkommunikation praktisch

⁹¹ In diesem Sinne *Althaus*, Zugehörigkeit zur Kirche (o. Fn. 44), S. 287.

⁹² In diesem Sinne *Felix Hammer*, Der Kirchenaustritt im staatlichen und kirchlichen Recht, in: ZevKR 58 (2013), S. 200–209 (203).

⁹³ Dazu im einzelnen *Listl*, Die Rechtsfolgen des Kirchenaustritts, in: Schriften (o. Fn. 73), S. 667 ff.

⁹⁴ *Listl*, Erklärung des Kirchenaustritts (o. Fn. 74), S. 216.

⁹⁵ *Löffler*, Ungestraft aus der Kirche austreten? (o. Fn. 11), S. 297 f.

⁹⁶ Dazu *Löffler*, ebd., S. 293 f.

nicht anders.⁹⁷ Ein Versuch zum Empfang des Bußsakraments dürfte bei Personen, die aus der Kirche ausgetreten sind, kaum vorkommen. Wird in der Beichte der Kirchenaustritt bekannt, muß die Lossprechung verweigert werden.

j) Wiederaufnahme

Die Wiederaufnahme (Rekonziliation) wird in der katholischen Kirche im Prinzip ähnlich gehandhabt wie die Aufnahme getaufter Erwachsener bei einer Konversion zur katholischen Kirche. Theoretisch mag das anfechtbar sein, weil die Mitgliedschaft in der katholischen Kirche nie verloren gegangen war, als praktische Regel aber verwendbar. Voraussetzung der Rekonziliation ist ein ernstlicher Gesinnungswandel und die Lossprechung von den kirchlichen Strafen. Bischöfliche Genehmigung ist erforderlich. In der Erzdiözese Köln ist daneben sowohl für die Wiederaufnahme Ausgetretener wie für die Aufnahme von Konvertiten ein besonderes Formular vorgeschrieben, in dem die Aufnahme in die katholische Kirche beantragt und die bischöfliche Genehmigung erbeten wird.⁹⁸ Eine Nachzahlung der Kirchensteuer ist nicht vorgesehen.

68

Die Wiederaufnahme wird mit einem seelsorgerischen Gespräch eingeleitet. Nach Zustimmung der bischöflichen Behörde wird das ehemalige Mitglied vor Zeugen (u. U. in einem Gottesdienst) wieder in die Kirche aufgenommen. Die Wiederaufnahme wird dem Meldeamt mitgeteilt.⁹⁹

69

⁹⁷ *Güthoff*, Kirchenstrafrechtliche Aspekte (o. Fn. 71), S. 131, der meint, die Mißachtung der Strafwirkung betreffe zunächst den Täter selbst, die abschreckende Wirkung der Exkommunikation könne jedoch verloren gehen, wenn dies häufig geschehe.

⁹⁸ Vgl. den Erlaß des Erzbischofs vom 17. 10. 1991, ABl. S. 257, und die dort abgedruckten verbindlich vorgeschriebenen Formulare für Übertritt und Wiederaufnahme bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres und für Erwachsenentaufe, Übertritt und Wiederaufnahme ab Vollendung des 14. Lebensjahres. Allgemein für alle Diözesen: Richtlinien für die ökumenische Praxis (o. Fn. 58), IV, Nr. 18–22.

⁹⁹ Dazu Richtlinien für die ökumenische Praxis (o. Fn. 58), IV, Nr. 21 und 11; *Althaus*, Zugehörigkeit zur Kirche (o. Fn. 44), S. 287 f.

4. Mitgliedschaft in der evangelischen Kirche

a) Ekklesiologische Grundlagen

70 Nach evangelischem Verstandnis hat die Kirchenmitgliedschaft einen dreifachen Bezug: Erstens verweist sie auf die jedem einzelnen Getauften in der Taufe verhe  ene, durch Gottes Gnade in der Rechtfertigung durch den geistgewirkten Glauben konstituierte Zugehörigkeit zur geistlichen Gemeinschaft der Heiligen, bildhaft formuliert als Gliedschaft am Leib Christi (*ecclesia spiritualis*). Zweitens bezieht sie sich auf die Zugehörigkeit zur universalen Gemeinschaft aller Getauften (*ecclesia universalis*). Drittens kleidet sie diese Zugehörigkeit in ein Rechtsverhältnis zu einer bestimmten partikular verfa  ten Gestalt der Kirche (*ecclesia particularis*).

71 Da das evangelische Selbstverstandnis nicht in einem autoritativen Lehramt institutionalisiert ist, mu   bei seinen   u erungen freilich mit terminologischer und theologischer Pluralität gerechnet werden. Seine Ma  st be bezieht es aus Schrift und Bekenntnis, entfaltet in den reformatorischen Bekenntnisschriften.¹⁰⁰ Ausdruck findet es in den kirchenverfassungsrechtlichen und kirchengesetzlichen Regelungen   ber die Kirchenmitgliedschaft (dazu sogleich unter b.). Kirchliche Lebensordnungen enthalten eine Vermittlung des Kirchenmitgliedschaftsrechts mit seinen biblisch-theologischen Grundlagen und seinen praktischen Kontexten.¹⁰¹

¹⁰⁰ Wissenschaftliche Ausgabe: Die Bekenntnisschriften der evangelisch-lutherischen Kirche (BSLK), Neuedition, hg. von Irene Dingel 2014; besonders zugänglich in: Unser Glaube. Die Bekenntnisschriften der evangelisch-lutherischen Kirche. Ausgabe für die Gemeinde, hg. vom Amt der Vereinigten Evangelisch-Lutherischen Kirche Deutschlands, 6. Aufl. 2013; außerdem: Evangelische Bekenntnisse. Bekenntnisschriften der Reformation und neuere theologische Erklärungen, hg. von Rudolf Mau im Auftrag der Evangelischen Kirche der Union, 2 Teilbände, 1997 (die darin abgedruckten Texte sind auch abrufbar unter <<https://www.evangelische-bekenntnisse.de>>).

¹⁰¹ Ordnung des kirchlichen Lebens der Evangelischen Kirche der Union [OKL EKU] vom 5.6.1999, eingeführt durch Kirchengesetz vom 5.6.1999 (ABl. EKD S. 403), Rn. 93–114 und Art. 31–41; Leitlinien kirchlichen Lebens der Vereinigten Evangelisch-Lutherischen Kirchen Deutschlands. Handreichung für eine kirchliche Lebensordnung vom 22.10.2002, abrufbar unter <<https://www.vekd.de/gemeinden/leitlinien.php>>, Abschnitt C.1. – Aus theologischer Sicht zu dogmatischen, kirchenrechtlichen und kirchensoziologischen Perspektiven *Jan Hermelink*, Praktische Theologie der Kirchenmitgliedschaft. Interdisziplinäre Untersuchungen zur Gestaltung kirchlicher Beteiligung, 2000. Siehe ferner: Taufe und Kirchenzugehörigkeit. Zum theologischen Sinn der Taufe, ihrer ekklesiologischen und kirchenrechtlichen

Der kirchenrechtlichen Ausgestaltung der Kirchenmitgliedschaft sind die Bezüge zur universalen Gemeinschaft aller Getauften und zur verheißenen geistlichen Gemeinschaft der Glaubenden unverfügbar. So begründet die Unverbrüchlichkeit der Verheißung Gottes, die dem Getauften in der Taufe zugesprochen ist, den character indelebilis der Taufe, dieser wiederum die Unwiederholbarkeit der Taufe; beides verbietet eine Reversibilität der Kirchenmitgliedschaft in den Status eines Ungetauften. Die Unbedingtheit der in der Taufe zugesprochenen Verheißung schließt es aus, daß der Zugang zur Kirchenmitgliedschaft mit rechtlichen Bedingungen jenseits der Essentialia befrachtet wird (zum Beispiel, indem sie von der Religionsmündigkeit des Täuflings abhängig gemacht würde). Mit dem liturgischen Wesen der Taufe als eines Handelns der Gemeinde, das sich auf das Handeln Gottes angewiesen weiß, vertrüge sich nicht ein Kirchenrecht, das – als Kopie des staatlichen Rechts (s. o. Rn. 6–8) – die Kirchenmitgliedschaft aus der privatautonomen oder religiösen Selbstbestimmung konstruierte.

72

Die Unterscheidung zwischen der rechtlichen Zugehörigkeit zu einer *ecclesia particularis* und der geistlichen Zugehörigkeit zur *ecclesia spiritualis* wird gewöhnlich in einer begrifflichen Differenzierung zwischen rechtlicher „Kirchenmitgliedschaft“ und geistlicher „Kirchengliedschaft“ wiedergegeben.¹⁰² Kirchengliedschaft in diesem Sinn bedeutet die jeder menschlichen, damit auch rechtlichen Verfügung entzogene, verborgene geistliche Wirklichkeit des Glaubens. Mit Blick auf die Verheißung dieser Wirklichkeit in der Taufe wird zuweilen schon die Zugehörigkeit zur Gemeinschaft der Getauften (*ecclesia universalis*) als Kirchengliedschaft bezeichnet.¹⁰³ Diese Redeweise darf aber nicht die sichtbare Gemeinschaft der Getauften mit der verborgenen Gemeinschaft der Glaubenden ineins setzen. Ebensowenig darf sie sie von den kirchlichen Rechtsfolgen der Taufe ablösen.

73

Die Partikularität der Kirchenmitgliedschaft als Rechtsverhältnis zu einer historisch, geographisch und konfessionell begrenzten Organisationsgestalt der Kirche folgt der historischen, geographischen und konfessionellen Bedingtheit kirchlichen Handelns. Sie berührt

74

Bedeutung. Im Auftrag der Vereinigten Evangelisch-Lutherischen Kirche Deutschlands (VELKD) hg. von Christine Axt-Piscalar / Claas Cordemann, 2017.

¹⁰² *de Wall*, in: Kirchenrecht (o. Fn. 52), § 26, Rn. 1.

¹⁰³ So zum Beispiel Art. 31 S. 1 OKL EKU: „Die Gliedschaft am Leibe Christi wird durch die Taufe begründet.“ Präziser Art. 12 S. 1 OKL EKU: Durch die Taufe werden „die Getauften zu Gliedern am Leibe Christi berufen [...] und ihre Mitgliedschaft in der Kirche begründet“.

die Teilhabe an der Einheit der Kirche nach evangelischem Verstandnis nicht.¹⁰⁴ Der hierfür aussagekräftige Art. 7 des Augsburgischen Bekenntnisses von 1530 bestimmt die eine heilige christliche Kirche als „Versammlung aller Gläubigen“, „bei denen das Evangelium rein gepredigt und die heiligen Sakramente gemäß dem Evangelium gereicht werden“. „Denn das ist genug zu wahrer Einigkeit der christlichen Kirche, dass einträchtig in reinem Verstandnis das Evangelium gepredigt und die Sakramente dem göttlichen Wort gemäß gereicht werden. Und es ist nicht notwendig für die wahre Einheit der christlichen Kirche, dass die von Menschen eingesetzten Ordnungen [wörtlich: Ceremonien] überall gleichförmig eingehalten werden“¹⁰⁵. Im Verhältnis zu den Merkmalen dieser Einheit der Kirche sind alle Partikularit tsmerkmale der Kirchenmitgliedschaft nachgiebig. Im Hinblick auf konfessionelle Differenzen ist zu unterscheiden zwischen einem kirchentrennenden und einem nicht kirchentrennenden Dissens. Die verschiedenen aus der Reformation hervorgegangenen Kirchen haben dazu in der Konkordie reformatorischer Kirchen in Europa (Leuenberger Konkordie) vom 16. 3. 1973¹⁰⁶ für ihr Verhältnis untereinander festgestellt, daß die zwischen ihnen fortbestehenden Bekenntnisunterschiede nicht kirchentrennend sind.¹⁰⁷

b) Kirchenrechtliche Grundlagen

75 Für die Gliedkirchen der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) gilt seit 1978 eine einheitliche Regelung im Kirchengesetz der EKD über die Kirchenmitgliedschaft¹⁰⁸ (KMG EKD). Kirchenmit-

¹⁰⁴ *Dietrich Pirson*, Die protestantischen Kirchen im universalkirchlichen Zusammenhang, in: *Universalität und Partikularität in der Kirche. Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, Bd. 37, hg. von Heiner Marré/Dieter Schümmelfeder/Burkhard Kämpfer, 2003, S. 23–41 mit Diskussion S. 42–56; *Heinrich de Wall*, Einheit im Bekenntnis und Territorialer Partikularismus – Staatskirchenrechtliche Aspekte der Einheit der Evangelischen Kirche, ebd., S. 123–138 (128 f.) mit Diskussion S. 139–160.

¹⁰⁵ *Confessio Augustana*, in: BSLK (o. Fn. 100), S. 63–225 (bearbeitet von Gottfried Seeba /Volker Leppin); hier zitiert nach: *Unser Glaube* (o. Fn. 100), S. 41–97 (50).

¹⁰⁶ Abgedruckt z. B. in: *Unser Glaube* (o. Fn. 100), S. 923–933.

¹⁰⁷ Zu der darauf gegründeten, auch im Mitgliedschaftsrecht wirksamen (s. u. Rn. 78, 82) Gemeinschaft bekenntnisverschiedener Kirchen in der EKD *Hans Ulrich Anke / Burkhard Guntau*, → § 21, Rn. 39.

¹⁰⁸ Kirchengesetz [der Evangelischen Kirche in Deutschland] über die Kirchenmitgliedschaft, das kirchliche Meldewesen und den Schutz der Daten der Kirchenmitglieder vom 10. 11. 1976 (ABl. EKD S. 389), inkraftgetreten am

glied innerhalb der EKD ist danach (vereinfacht) jeder getaufte evangelische Christ mit Wohnsitz in Deutschland (§ 1 Abs. 1 KMG EKD). Diesen Tatbestand bilden somit die Merkmale Taufe, Bekenntnis und Wohnsitz.

Das Merkmal der *Taufe* verweist auf die Universalität der Kirche als weltweite Gemeinschaft der Getauften. Die evangelische Kirche „erkennt alle Taufen an, die nach dem Auftrag Jesu Christi mit Wasser im Namen des Vaters, des Sohnes und des Heiligen Geistes vollzogen worden sind“.¹⁰⁹ Sie versteht die Taufe als die sakramentale Grundlage des „Priestertums aller Glaubenden“, an dem alle Getauften kraft des in der Taufe verheißenen Glaubens teilhaben. Mit der Teilhabe an Auftrag und Verheißung der Kirche begründet die Taufe die kirchliche Rechtsfähigkeit.¹¹⁰

76

1.1.1978 (§ 21), geändert am 8.11.2001 (ABl. EKD S. 486; 2003 S. 422). Das gliedkirchliche Recht nimmt die danach geltenden Regelungen vielfach in Kirchenverfassungen und einfachen Kirchengesetzen auf. – Zum Kirchenmitgliedschaftsrecht im Bereich der EKD siehe: *Johannes Kuntze*, Mitgliedschaft und Mitgliedschaftsrecht (§ 5), in: HEKR, S. 201–227, Rn. 6–50; *de Wall*, in: Kirchenrecht (o. Fn. 52), § 26; *dens.*, Zu aktuellen Fragen des kirchlichen Mitgliedschaftsrechts, in: Taufe und Kirchenzugehörigkeit (o. Fn. 101), S. 139–148; *Hendrik Munsonius*, Evangelisches Kirchenrecht, 2015, S. 100–104; *Christoph Thiele*, Das Mitgliedschaftsrecht der EKD, in: Zimmermann (Hg.), Kirchenmitgliedschaft (o. Fn. 13), S. 3–13; *dens.*, Erste Änderung des Kirchenmitgliedschaftsgesetzes der EKD, in: ZevKR 47 (2002), S. 79–89; *Wolfgang Bock*, Fragen des kirchlichen Mitgliedschaftsrechts, in: ZevKR 42 (1997), S. 319–337; *Christian Meyer*, Bemerkungen zum Kirchenmitgliedschaftsrecht, in: ZevKR 27 (1982), S. 225–253; *Albert Stein*, Kirchengliedschaft als rechtstheologisches Problem, in: ZevKR 29 (1984), S. 47–62. – Zur Entwicklung *Axel Frhr. v. Campenhausen*, Mitgliedschaft in der Volkskirche, in: Pastoraltheologie 55 (1966), S. 8–26, auch in: ders., Gesammelte Schriften, hg. von Joachim E. Christoph/Christoph Link/Jörg Müller-Volbehr/Michael Stolleis, 1995, S. 89–109; *Günther Wendt*, Bemerkungen zur gliedkirchlichen Vereinbarung über das Mitgliedschaftsrecht in der EKD, in: ZevKR 16 (1971), S. 23–37; zur Gesetzgebung in den evangelischen Kirchen in der DDR *Richter*, Kirchenrecht im Sozialismus (o. Fn. 12), S. 118–134.

¹⁰⁹ So zum Beispiel der Wortlaut des Art. 23 OKL EKU.

¹¹⁰ Zur kirchenrechtsdogmatischen Herleitung siehe *Michael Germann*, Grundfragen des evangelischen Kirchenrechts (§ 1): B. Die Diskussion über die Grundlagen des evangelischen Kirchenrechts, in: HEKR, S. 46–80, Rn. 159 im Zusammenhang der Rn. 154–171 und in Auseinandersetzung mit *Hendrik Munsonius*, Wen bindet und berechtigt das evangelische Kirchenrecht?, in: ZevKR 59 (2014), S. 257–278. – Daher sind nicht nur aus staatskirchenrechtlichen Gründen – so *Kuntze*, Mitgliedschaft, in: HEKR (o. Fn. 108), Rn. 15–17 –, sondern vor allem aus kirchenrechtlichen Gründen alle Vorschritten unhaltbar, die in Reminiszenz an staatskirchentümliche Zuordnungen die Möglichkeit einer Kirchenmitgliedschaft ohne Taufe andeuten, etwa Art. 10 Abs. 1 Grundordnung der Evangelischen Landeskirche in Baden in

77 Da sich die Taufe dem vorgängigen Handeln Gottes am Menschen und nicht der Verfügung des Menschen über sich selbst verdankt, bindet das evangelische Kirchenrecht ihre G lttigkeit nicht an Vorbedingungen, die der T ufeling zuvor erfüllen müßte, und deshalb auch nicht an ein Mindestalter, die Mündigkeit oder eine besondere Glaubens- oder Willens  u erung.¹¹¹ Ihren Vollzug erlaubt es aber selbstverständlich erst nach Vergewisserung über den persönlichen Taufwunsch, in dem nicht religionsm ndige Kinder durch ihre Personensorgeberechtigten wirksam vertreten sein müssen.¹¹² Eine Taufe ohne eine wirksame Einwilligung ist kirchenrechtswidrig, aber aus dem genannten theologischen Grund gleichwohl kirchenrechtlich gültig. Die mit ihr begründete Kirchenmitgliedschaft ist im Hinblick auf die Rechtsfolgen, denen die bürgerliche Wirksamkeit versagt bleiben muß (s. u. Rn. 127, 135), kirchenrechtlich als ruhend anzusehen.¹¹³

78 Das Merkmal des *evangelischen Bekenntnisses* beschreibt die konfessionelle Partikularität der Kirche.¹¹⁴ Die Weite dieses Merkmals macht, da es evangelische Kirchen auch außerhalb der EKD gibt, eine Eingrenzung nötig; dem trägt die Definition der Kirchenmitgliedschaft in der EKD Rechnung, indem sie die Mitglieder anderer evangelischer Kirchen ausnimmt (§ 1 Abs. 1 a.E. KMG EKD). Die Zuordnung zum evangelischen Bekenntnis setzt keinen inhaltlich besonders auszuweisenden positiven Bekenntnisakt voraus. Sie tritt

der Neufassung vom 28.4.2007 (ABl. EKD S. 316), zuletzt geändert am 24.10.2018 (GVBl. 2019 S. 30); Art. 9 Verfassung der Evangelisch-lutherischen Landeskirche in Braunschweig vom 6.2.1970, in der Neufassung vom 7.5.1984 (ABl. EKD S. 377), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.11.2018 (ABl. 2019 S. 3); ähnlich bis vor kurzem auch noch Art. 5 Abs. 2 Verfassung der Evangelisch-lutherischen Landeskirche Hannovers in der bis zur Neufassung vom 16.5.2019 (KABl. S. 31) mit Wirkung ab 1.1.2020 geltenden a.F. – Solche und andere konzeptionelle Brüche bei der Ablösung des Kirchenmitgliedschaftsrechts von staatskirchlichen Vorstellungen reflektieren *Hans Liermann*, Die kirchliche Mitgliedschaft nach geltendem evangelisch-lutherischen Kirchenrecht, in: ZevKR 4 (1955), S. 382–399; *Rudolf Smend*, Zum Problem des kirchlichen Mitgliedschaftsrechts, in: ZevKR 6 (1957/58), S. 113–127, auch in: ders., Abhandlungen zum Kirchen- und Staatskirchenrecht, hg. von Hans Michael Heinig / Hendrik Munsonius / Jens Reisgies, 2019, S. 214–226.

¹¹¹ Zur theologischen Diskussion um die Kindertaufe siehe zusammenfassend *Wilhelm Gr b*, Religion als Deutung des Lebens. Perspektiven einer Praktischen Theologie gelebter Religion, 2006, S. 93–104.

¹¹² Beispielhaft Art. 18 OKL EKV. – Keineswegs wird damit „ein geistlich-theologischer Akt rechtsgeschäftlich gedeutet“, so aber *Kuntze*, Mitgliedschaft, in: HEKR (o. Fn. 108), Rn. 21.

¹¹³ Zur parallelen Rechtslage nach Erklärung des Kirchenaustritts siehe gleich Rn. 86–88 und unten Rn. 168.

¹¹⁴ Dazu *Pirson*, Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis (o. Fn. 4), S. 348–352.

nur an den auf die konfessionelle Unterscheidung von anderen Kirchen bezogenen Übergängen hervor: bei der Taufe in der Bekenntniszugehörigkeit der taufenden Gemeinde, bei Zuzug, Übertritt, Aufnahme oder Wiederaufnahme in der entsprechenden Erklärung über die Bekenntniszugehörigkeit. Sie endet nicht durch informelle oder gar innere Distanzierung von evangelischen Bekenntnisinhalten, sondern nur durch formale Aufgabe beim Übertritt zu einer anderen Kirche oder bei der Erklärung des Kirchenaustritts.

Das Merkmal des *Wohnsitzes* oder gewöhnlichen Aufenthalts beschreibt die territoriale Partikularität der Kirche. Es bestimmt sie sowohl im Verhältnis zu evangelischen Kirchen außerhalb Deutschlands als auch im Verhältnis der Gliedkirchen der EKD untereinander sowie innerhalb der Gliedkirche durch die Zuordnung zu einer bestimmten Kirchengemeinde. Die EKD, ihre Gliedkirchen und deren Kirchengemeinden sind Gebietskörperschaften. Die Kirchenmitgliedschaft besteht in der Regel zur Kirchengemeinde und zur Gliedkirche des Wohnsitzes des Kirchenmitgliedes (§ 1 Abs. 2 S. 1 KMG EKD). Das damit zum Ausdruck gebrachte Parochialprinzip weist die Christen an die Gemeinschaft der im Bekenntnis einigen Getauften vor Ort, unter Ausschluß aller anderen sozialen Unterscheidungsmerkmale. Die dem gliedkirchlichen Recht überlassenen Ausnahmen vom Parochialprinzip (§ 1 Abs. 2 S. 2 KMG EKD) finden sich vor allem in Regelungen über die Umgemeindung von Kirchenmitgliedern in eine andere Kirchengemeinde und gegebenenfalls auch Gliedkirche als die ihres Wohnsitzes, ferner in Regelungen über die Errichtung von Personalgemeinden.¹¹⁵ Durch seine Mitgliedschaft in einer Kirchengemeinde und in einer Gliedkirche gehört das Kirchenmitglied zugleich der EKD an (§ 2 Abs. 2 KMG EKD).

79

c) Erwerb und Wechsel der Kirchenmitgliedschaft

Die Taufe in einer Kirchengemeinde, die einer Gliedkirche der EKD angehört, bewirkt kraft Kirchengesetzes (§ 6 S. 1 KMG EKD) die Kirchenmitgliedschaft in der Kirchengemeinde des Wohnsitzes (§ 1 Abs. 2 S. 1 KMG EKD). Damit ist also zugleich die partikular-kirchliche Zuordnung in konfessioneller und territorialer Hinsicht bestimmt.

80

¹¹⁵ Hans-Peter Hübner, Gemeinde und Kirchengemeinde (§ 10), in: HEKR, S. 402–436, Rn. 10–14, 53–56.

- 81** Bei einem *Wohnsitzwechsel* in den Bereich einer anderen Kirchengemeinde bewirkt das Parochialprinzip wiederum kraft Kirchengengesetzes, daß sich die Kirchenmitgliedschaft in der Kirchengemeinde des neuen Wohnsitzes fortsetzt.¹¹⁶ Gehört die Kirchengemeinde des neuen Wohnsitzes zu einer anderen Gliedkirche der EKD, wechselt das Kirchenmitglied durch den Umzug dementsprechend auch die Gliedkirche (§ 8 S. 1 KMG EKD). Das landeskirchliche Recht (§ 1 Abs. 2 S. 2 KMG EKD) sieht für bestimmte Fälle vor, daß das Kirchenmitglied auf Antrag abweichend vom Parochialprinzip der Kirchengemeinde und der Gliedkirche des alten Wohnsitzes zugehörig bleiben kann.
- 82** Beim Zuzug in ein Gebiet, in dem „mehrere Gliedkirchen bestehen“ – was tatsächlich wohl nur in lutherischen Landeskirchen vorkommt, auf deren Gebiet es Gemeinden der Evangelisch-reformierten Kirche gibt – bestimmt sich die Zuordnung nach der Wahl des zuziehenden Kirchenmitglieds (§ 12 Abs. 1 KMG EKD). Gleiches gilt nach dem Recht der Landeskirchen, in denen verschiedene reformatorische Bekenntnisstände (lutherisch, reformiert, konsensuniert) bestehen (§ 12 Abs. 2 KMG EKD), für die Zuordnung zur Kirchengemeinde mit dem übereinstimmenden Bekenntnisstand. Von diesen Fällen abgesehen ändert der Wechsel des Wohnortes gegebenenfalls auch die Zuordnung zum Bekenntnisstand. Eine solche „Möbelwagenkonversion“ ist eine Folge davon, daß die Lehrunterschiede zwischen den reformatorischen Bekenntnissen nicht mehr als kirchentrennend gelten (s.o. Rn. 74).¹¹⁷ Jedoch kann das zuziehende Kirchenmitglied durch ein „votum negativum“ die automatische Fortsetzung der Kirchenmitgliedschaft in der Gliedkirche des neuen Wohnsitzes verhindern: Neben der erwähnten Zuordnungsalternative innerhalb der EKD hat es auch die Möglichkeit, sich einer evangelischen Kirche anzuschließen, die nicht der EKD angehört; in diesem Fall „endet“ die Kirchenmitgliedschaft (§ 8 S. 2 KMG EKD) im Sinne der partikularkirchlichen Zuordnung zur EKD, bei einem weiteren Umzug kann sie durch einfache Erklärung gegenüber der zuständigen kirchlichen

¹¹⁶ Umfassend dazu *Rainer Rausch*, Die mitgliedschaftliche Erfassung Zuziehender, in: ZevKR 36 (1991), S. 337–394; s.a. *Christian Meyer*, „Zuziehende Evangelische“. Kirchenmitgliedschaft nach dem Recht der EKD, in: ZevKR 33 (1988), S. 313–323.

¹¹⁷ Zur Entwicklung *Axel Frhr. v. Campenhausen*, Verantwortete Partikularität. Mitgliedschaftsvereinbarung und Leuenberger Konkordie, in: Festschrift für Ulrich Scheuner, hg. von Horst Ehmke [u.a.], 1973, S. 53–65, auch in: *Gesammelte Schriften* (o. Fn. 108), S. 128–140. Zu den damit gelösten Schwierigkeiten noch *Smend*, Mitgliedschaftsrecht (o. Fn. 110), S. 124–127; *Link*, Mitgliedschaftsrecht (o. Fn. 11), S. 311–316.

Stelle oder der staatlichen Meldebehörde wieder aufgenommen werden (§ 9 Abs. 1 Buchst. a, Abs. 3 KMG EKD).

Wenn ein evangelischer Christ aus dem Ausland in den Bereich der EKD zieht, genügt zur Begründung der Kirchenmitgliedschaft in der Kirchengemeinde und Gliedkirche seines neuen Wohnsitzes entweder eine entsprechende Vereinbarung zwischen den beteiligten Kirchen (§ 9 Abs. 2 KMG EKD) oder eine Erklärung gegenüber der zuständigen kirchlichen Stelle oder der staatlichen Meldebehörde (§ 9 Abs. 1 Buchst. b, Abs. 3 KMG EKD).¹¹⁸

83

Der Fortzug aus dem Bereich der EKD¹¹⁹ beendet grundsätzlich auch die Zuordnung der Kirchenmitgliedschaft zur Wohnsitzkirchengemeinde und -gliedkirche; insoweit „endet“ die Kirchenmitgliedschaft (§ 10 Nr. 1 KMG EKD).¹²⁰ Das gilt nicht bei einer nur vorübergehenden¹²¹ Aufgabe des Wohnsitzes im Inland (§ 11 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 KMG EKD); in diesem Fall setzt sich bei der Rückkehr die Kirchenmitgliedschaft in der Gliedkirche des neuen Wohnsitzes ohne weiteres fort (§ 11 Abs. 2 S. 1 KMG EKD). Ansonsten unterscheidet sich die Rückkehr nicht von einem anderen Zuzug aus dem Ausland (siehe soeben Rn. 83).

84

Getaufte, die einer anderen christlichen Kirche angehören, erwerben die Kirchenmitgliedschaft in der EKD durch „Übertritt“ nach dem gliedkirchlichen Recht (§ 7 Abs. 1 S. 1, Abs. 2–3 KMG EKD). Auf die Merkmale der Kirchenmitgliedschaft bezogen, ist der Übertritt als eine Veränderung des Bekenntnisses im erwähnten (s.o. Rn. 78) formalen Sinn zu verstehen. Dementsprechend bewirkt der Übertritt aus der evangelischen zu einer anderen christlichen Kirche, daß die

85

¹¹⁸ *de Wall*, Einheit (o. Fn. 104), S. 129–131. Dazu wiederum *Rausch*, Die mitgliedschaftliche Erfassung Zuziehender (o. Fn. 116); sowie *Jörg Winter*, Probleme des Territorialprinzips im Mitgliedschaftsrecht der Evangelischen Kirche im europäischen Kontext, in: KuR 1999, S. 1–8 (Leitzahl 550, S. 25–32), S. 2–5. Zu den umstrittenen Voraussetzungen der bürgerlichen Wirksamkeit dieser Form des Mitgliedschaftserwerbs s. u. Rn. 137–140.

¹¹⁹ Dazu *Thiele*, Kirchenmitgliedschaftsgesetz (o. Fn. 108), S. 87 f.; *Jörg Winter*, Die neuere Entwicklung des Rechts der Kirchenmitgliedschaft bei Umzug ins Ausland, in: ZevKR 47 (2002), S. 544–554.

¹²⁰ *Pirson*, Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis (o. Fn. 4), S. 357 f.: Es endet die partikularkirchliche Zuständigkeit.

¹²¹ Zur Abgrenzung *Kuntze*, Mitgliedschaft, in: HEKR (o. Fn. 108), Rn. 30.

Kirchenmitgliedschaft in der evangelischen Kirche „endet“ (§ 10 Nr. 2, § 13 KMG EKD).¹²²

d) Kirchenrechtliche Wirkungen einer Erklärung des Kirchenaustritts

86 Ebenfalls als eine Veränderung im Bekenntnismerkmal läßt sich die *Erklärung des Kirchenaustritts* einordnen. Mit ihr wendet sich der Getaufte von der christlichen Gemeinschaft der Getauften in ihrer mitgliedschaftlich verfaßten partikularkirchlichen Gestalt überhaupt ab. § 10 Nr. 3 KMG EKD nennt das „Wirksamwerden der nach staatlichem Recht zulässigen Austrittserklärung“ unter den Tatbeständen, mit denen die Kirchenmitgliedschaft „endet“. Diese Rechtsfolgenanordnung läßt sich hier, anders als beim Fortzug (Nr. 1) und beim Übertritt (Nr. 2), nicht als eine nur auf die EKD bezogene Implikation des Wechsels zu einer anderen Partikularkirche verstehen, in welcher sich die Kirchenmitgliedschaft als rechtliche Gestalt der Zugehörigkeit zur Gemeinschaft der Getauften fortsetzt. Daraus kann aber nicht folgen, daß das „Ende“ der Kirchenmitgliedschaft nach § 10 Nr. 3 KMG EKD die Umkehrung ihres „Erwerbs“ mit der Taufe nach § 6 S. 1 KMG EKD bedeutet. Die Unverbrüchlichkeit der in der Taufe zugesprochenen Verheißung Gottes und die damit vorgegebene Irreversibilität der Taufe schließen es aus, daß das Kirchenrecht an die Austrittserklärung eine Rechtsfolge knüpft, nach der der Getaufte seinen Status als Getaufter verlöre und nicht mehr der Gemeinschaft der Getauften zuzurechnen wäre. Insofern bleibt die Kirche an die Kirchenmitgliedschaft gebunden.

87 Daher verweist das Kirchengesetz für die Erklärung eines „Austritts“ auf das staatliche Recht, das seinerseits nur die bürgerliche Wirkung der Kirchenmitgliedschaft beenden kann. Darin erkennt das evangelische Kirchenrecht die individuelle negative Religionsfreiheit als heute selbstverständliche Norm des staatlichen Rechts und der protestantischen politischen (nämlich auf die bürgerlichen Rechtsverhältnisse bezogenen) Ethik an.

88 Es verarbeitet die Erklärung des Kirchenaustritts folgerichtig als eine umfassende Abwendung von der verfaßten Gemeinschaft der Getauften, die eine weitere Inanspruchnahme auf die Pflichten und

¹²² *Pirson*, Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis (o. Fn. 4), S. 355, wie soeben in Fn. 120. Weitere Gesichtspunkte bei *Robbers*, Fragen des Kirchenübertritts (Fn. 10), S. 28–39.

die weitere Wahrnehmung der Rechte eines Kirchenmitglieds ausschließt. So „enden“ nach § 10 Nr. 3 KMG EKD genaugenommen nur die Rechte und Pflichten aus der Kirchenmitgliedschaft. Die Kirchenmitgliedschaft selbst bleibt aber in ihrem Grundstatus durch die Taufe „erworben“ (§ 6 S. 1 KMG EKD). Der rechtliche Grundstatus der Kirchenmitgliedschaft ist die kirchliche Rechtsfähigkeit des Getauften (s. o. Rn. 76). Sie geht durch die Austrittserklärung nicht verloren. Diese Unterscheidungen lassen sich besser dahin ausdrücken, daß die Kirchenmitgliedschaft mit dem Wirksamwerden der Austrittserklärung nicht „endet“¹²³, sondern „ruht“.

e) Aufnahme und Wiederaufnahme

Die *Wiederaufnahme* macht die Wirkungen einer Erklärung des Austritts aus einer Gliedkirche der EKD rückgängig. § 7 Abs. 2 KMG EKD definiert sie treffend als „Zurückverlangen der Rechte und Pflichten aus der Kirchenmitgliedschaft“. Jemand, der zuvor den Austritt aus einer anderen Kirche erklärt hat, erwirbt die Kirchenmitgliedschaft in der EKD durch *Aufnahme*. Zur Aufnahme und Wiederaufnahme genügt im wesentlichen eine entsprechende Erklärung gegenüber der nach gliedkirchlichem Recht zuständigen Stelle oder der staatlichen oder kommunalen Meldebehörde (§ 7a Abs. 1, § 9 Abs. 3 KMG EKD). Zur Erleichterung ist neben der Wohnsitzgemeinde auch jede im Bereich der EKD zu diesem Zweck besonders errich-

89

¹²³ Präzise dazu *Pirson*, Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis (o. Fn. 4), S. 355. Daher ist auch für das evangelische Kirchenmitgliedschaftsrecht richtig, daß „nach christlichem Verständnis [...] die Mitgliedschaft selbst nicht aufhebbar“ ist; so BVerwG, U. vom 26. 9. 2012 – 6 C 7.12, Abs. 19. Anders aber *Hans Michael Heinig*, Religionsfreiheit im Schul- und Mitgliedschaftsrecht. Ein Bericht über die jüngere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (2010–2015), in: ZevKR 61 (2016), S. 202–220 (218, Fn. 71); *Kuntze*, Mitgliedschaft (o. Fn. 2), S. 291 f.; *ders.*, Mitgliedschaft, in: HEKR (o. Fn. 108), Rn. 41; mit Erwägungen zur Rechtsgestaltung auch *Bock*, Mitgliedschaftsrecht (o. Fn. 108), S. 332–337. Wenn die überwiegend unterstellte Bindung der „Mitgliedschaft“ an ihre bürgerlich wirksamen Rechtsfolgen nur eine terminologische Beschränkung ist, bedarf es einer weiteren Bezeichnung für den durch die Taufe unverlierbar erworbenen Rechtsstatus, der nach Abzug der Rechte und Pflichten bleibt; etwa *Munsonius*, Kirchenrecht (o. Fn. 108), S. 106 f.: „Kirchenzugehörigkeit in Gestalt der Kirchengliedschaft“ im Unterschied zur „Kirchenmitgliedschaft“ (dazu oben Rn. 73); ebenso *de Wall*, in: Kirchenrecht (o. Fn. 52), § 26, Rn. 14. Allzu leicht wird er dabei aber überhaupt wie ein kirchenrechtliches Nullum behandelt, womit der kirchenrechtstheoretisch entscheidende dreifache Bezug der Kirchenmitgliedschaft (s. o. Rn. 70) in drei disparate Tatbestände aufgelöst würde.

tete Stelle für die Entgegennahme der Erklärung zuständig (§ 7a Abs. 2 KMG EKD).¹²⁴ Aufnahme und Wiederaufnahme vollziehen sich nach gliedkirchlichem Recht, das regelmäßig eine Beteiligung des Presbyteriums vorsieht und eine liturgische Form bereithält.¹²⁵

- 90 Abgesehen vom unterschiedlichen Ausgangstatbestand hinsichtlich der partikularkirchlichen Zuordnung des Getauften sind Aufnahme, Wiederaufnahme und  bertritt in Tatbestand und Rechtsfolge gleich (§ 7 Abs. 1 S. 1, Abs. 2–3 KMG EKD). Das Verfahren und die liturgische Form verbinden das Bekenntnismerkmal der Kirchenmitgliedschaft mit dem zuvor einmal erworbenen und unverfügbaren Grundstatus des Getauftseins.

f) Rechte der Kirchenmitglieder

- 91 In den Rechten aus der Kirchenmitgliedschaft verfaßt das evangelische Kirchenrecht die Teilhabe aller Getauften an Auftrag und Verheißung der Kirche (s.o. Rn. 76) in einer *Teilhabe der Kirchenmitglieder* am Handeln der Partikularkirche.¹²⁶ Daß die Gliedkirchen der EKD gemäß § 3 Abs. 1 KMG EKD „allen Kirchenmitgliedern den Dienst der Verkündigung, der Seelsorge und der Diakonie“ anbieten, beschreibt keine spezifische Folge aus der Kirchenmitgliedschaft, denn dieser Dienst der Kirche gilt allen Menschen unabhängig von der Kirchenmitgliedschaft.¹²⁷ Auch soweit liturgische Amtshandlungen wie die kirchliche Trauung und die kirchliche Bestattung regelmäßig die Kirchenmitgliedschaft voraussetzen, geht es darin nicht um aus der Kirchenmitgliedschaft abgeleitete Ansprüche, sondern um die Übereinstimmung zwischen dem geistlichen Sinn des kirchlichen Handelns und dem, was sein Adressat sich zusprechen und an sich geschehen lassen will. – Die *aktive* Teilhabe am Handeln der evangelischen Kirche ist hingegen an die Taufe gebunden.

- 92 Weitere Voraussetzungen bündeln sich in der *Zulassung zum Abendmahl*. Sie hat primär die „Teilnahme am Abendmahl in selbst-

¹²⁴ Dazu im einzelnen Thiele, Kirchenmitgliedschaftsgesetz (o. Fn. 108), S. 84–87; Jörg Ennuschat, Wiederaufnahme in die evangelische Kirche in Wiedereintrittsstellen, in: ZevKR 50 (2005), S. 616–630.

¹²⁵ Kuntze, Mitgliedschaft, in: HEKR (o. Fn. 108), Rn. 23. Zur Frage einer konkludenten Aufnahme oder Wiederaufnahme ebd., Rn. 24.

¹²⁶ Zur Abgrenzung von vereinsrechtlichen Denkmustern Pirson, Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis (o. Fn. 4), S. 352 f.

¹²⁷ übergangen von Kuntze, Mitgliedschaft, in: HEKR (o. Fn. 108), Rn. 42.

ständiger Verantwortung“ (Art. 28 Abs. 2 OKL EKU) zum Gegenstand; sekundär fungiert sie als Feststellung der kirchlichen Mündigkeit und Handlungsfähigkeit.¹²⁸ Sie folgt bei den im Kindesalter Getauften aus der Konfirmation, sonst unmittelbar aus der Taufe im Erwachsenenalter. Die Erklärung des Kirchenaustritts beendet die Zulassung zum Abendmahl und führt so zum Verlust der Rechte aus der Kirchenmitgliedschaft, die Wiederaufnahme stellt mit der Zulassung zum Abendmahl auch die Rechte aus der Kirchenmitgliedschaft wieder her. Das Recht der Gliedkirchen sieht außerdem teilweise vor, daß das Vertretungsorgan der Kirchengemeinde einem Kirchenmitglied, das „trotz wiederholter Ermahnung durch Wort oder Tat die Wahrheit des Evangeliums leugnet, die Kirche unglaublich zu machen versucht oder die kirchliche Gemeinschaft zerstört“ (so zum Beispiel geregelt in Art. 35 Abs. 2 OKL EKU), die Zulassung zum Abendmahl entziehen kann, gleichfalls mit der weiteren Folge des Verlusts der Rechte aus der Kirchenmitgliedschaft. Ist der Grund dafür ausgeräumt, stellt die Aufhebung des Entzugs der Zulassung zum Abendmahl auch die Rechte aus der Mitgliedschaft wieder her. Solche „Kirchenzucht“ ist weithin außer Gebrauch gekommen, bleibt aber im übrigen ein Ausweis für den Zusammenhang zwischen der kirchlichen Gemeinschaft und der Wahrnehmung von Rechten aus der Kirchenmitgliedschaft.

Ein Verlust der Rechte ist stets reversibel und läßt die Kirchenmitgliedschaft selbst unberührt. Ein Ausschluß aus der Kirche kommt unter keinen Umständen in Betracht.

Die wichtigsten Rechte aus der Kirchenmitgliedschaft sind das aktive und passive kirchliche *Wahlrecht* sowie allgemein die Fähigkeit, an der Gestaltung des kirchlichen Lebens und der Besetzung kirchlicher Ämter und bei der Bildung kirchlicher Organe mitzuwirken (§ 3 Abs. 2 KMG EKD), insbesondere die *Fähigkeit zur Bekleidung kirchlicher Ämter* vom Patenamnt bis zur ehrenamtlichen oder beruflichen Funktion in der Gemeinde- und Kirchenleitung. Dementsprechend setzt das kirchliche Arbeitsrecht für die Beschäftigung im kirchlichen Dienst grundsätzlich die Kirchenmitgliedschaft voraus.¹²⁹ Mit der Tendenz, von der Kirchenmitgliedschaft in weiterem Umfang abzusehen,¹³⁰ nehmen freilich die Praxis und die Rechtssetzung des

¹²⁸ Michael Germann, Das Kind im Kirchenrecht, in: ZevKR 65 (2020), S. 16–45 (22–25, 42–44).

¹²⁹ Dazu Ulrich Seelemann, Kirchenmitgliedschaft als Voraussetzung kirchlicher Anstellungsverhältnisse, in: ZevKR 44 (1999), S. 226–243.

¹³⁰ Siehe Jacob Joussen, → § 57, Rn. 16 f.

kirchlichen Arbeitsrechts die kirchlichen Dienstnehmer zunehmend in ihrer Eigenschaft als bürgerliche Rechtssubjekte wahr statt in ihrer aktiven Teilhabe am Auftrag der Kirche.¹³¹

g) Pflichten der Kirchenmitglieder

- 95 Die prominenteste Pflicht aus der Kirchenmitgliedschaft ist die *Kirchensteuerpflicht*. Sie ist die hauptsächliche Erscheinungsform der Pflicht, „den Dienst der Kirche durch Leistung gesetzlich geordneter kirchlicher Abgaben mitzutragen und zu fördern“ (§ 4 Abs. 2 KMG EKD).
- 96 Der effektiven Verwirklichung des Kirchenmitgliedschaftsrechts und der aus der Kirchenmitgliedschaft folgenden Rechte und Pflichten dient die kirchliche *Meldepflicht*, die durch Angabe der Bekenntniszugehörigkeit bei den staatlichen und kommunalen Meldebehörden zu erfüllen ist (§ 5 S. 2 KMG EKD). Der Verbund mit dem staatlichen Meldewesen sichert die bürgerliche Wirksamkeit der Kirchenmitgliedschaft, insbesondere der aus ihr folgenden, über die staatlichen Finanzämter unter Verwendung der Meldedaten geltend gemachten Kirchensteuerpflicht (s.u. Rn. 113). Er vereinfacht die Bestimmung der Kirchenmitgliedschaft nach dem Parochialprinzip (s.o. Rn. 79), indem er ihr eine verlässliche Anknüpfung an den durch das staatliche Melderecht eindeutig festgelegten Wohnsitz ermöglicht.
- 97 Datenschutzrechtlich bedeutsam ist die allgemeinere Pflicht der Kirchenmitglieder, „die Daten und Angaben mitzuteilen, die für die Wahrnehmung des Auftrages der Kirche in Verkündigung, Seelsorge und Diakonie erforderlich sind“ (§ 5 S. 1 KMG EKD). Ihre Bedeutung hat sie weniger als eigentliche Mitteilungspflicht: Es geht ja um Verkündigung, Seelsorge und Diakonie am betroffenen Kirchenmitglied selbst; da die Kirche ihren Dienst niemandem aufdrängt, können die Angaben von jemandem, der ihn nicht begehrt und deshalb keine Angaben macht, nicht erforderlich sein. Die Vorschrift legiti-

¹³¹ Diskutiert in: Kirchenzugehörigkeit als Voraussetzung zur Begründung und Aufrechterhaltung eines Arbeitsverhältnisses in der evangelischen Kirche. Fachgespräch, veranstaltet von der Forschungsstätte der Evangelischen Studiengemeinschaft und dem Kirchenrechtlichen Institut der EKD, epd-Dokumentation 2015, Nr. 43 (20.10.2015).

miert stattdessen allgemein die Verarbeitung der entsprechenden personenbezogenen Daten gemäß § 6 Nr. 1 DSGVO¹³².

Soweit § 4 Abs. 1 KMG EKD und entsprechende Normen des gliedkirchlichen Rechts von den Kirchenmitgliedern die Beteiligung am kirchlichen Leben und die Bereitschaft zu Spenden erwarten, wird dies nicht als eine aus der Kirchenmitgliedschaft folgende Rechtspflicht aktuell. Weitergehende Pflichten hinsichtlich der Führung eines christlichen Lebens unter Gottes Wort können nur im äußersten Fall im Zusammenhang mit der Zulassung zum Abendmahl (s. o. Rn. 92) rechtlich in Erscheinung treten. Ein auf die Kirchenmitgliedschaft gegründetes kirchliches Strafrecht kennt die evangelische Kirche nicht. Disziplinarrechtliche Verfahren knüpfen nur an Amtspflichten an, nicht an die Kirchenmitgliedschaft.

98

h) „Abgestufte“ Kirchenmitgliedschaft?

Kirchenpolitisch wird diskutiert, ob das Angebot einer „abgestuften“ Mitgliedschaft den Zugang zur Kirche erleichtern könnte.¹³³ Die Abstufung könnte beispielsweise mit einer Zugehörigkeit unter Aufschub der manchmal als Überforderung empfundenen Taufe einsetzen, jedenfalls aber soll sie eine Zugehörigkeit unter Vermeidung der Kirchensteuerpflicht ermöglichen. Die Begründungen für eine Abstufung der Kirchenmitgliedschaft unterstellen, daß sich die Möglichkeit der Öffnung des gemeindlichen Lebens und des kirchlichen Wirkens für alle daran interessierten Menschen in irgendeinem subjektiven Rechtsstatus einer partiellen Mitgliedschaft abbilden lassen müsse. Davon hängt die Zugänglichkeit des gemeindlichen Lebens und des

99

¹³² Kirchengesetz über den Datenschutz der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD-Datenschutzgesetz) vom 15. 11. 2017 (ABl. S. 353).

¹³³ *Wolfgang Huber*, Auf dem Weg zu einer Kirche der offenen Grenzen, in: Taufe und Kirchenzugehörigkeit (o. Fn. 2), S. 488–514 (509–514); *Stein*, Kirchengliedschaft (o. Fn. 108), S. 59–62; *Bock*, Mitgliedschaftsrecht (o. Fn. 108), S. 327–332; *Hermelink*, Praktische Theologie der Kirchenmitgliedschaft (o. Fn. 101), S. 168–171; *Jörg Ennuschat*, Kirchenzugehörigkeit ohne Kirchenmitgliedschaft?, in: ZevKR 55 (2010), S. 275–289; ferner die Beiträge bei Zimmermann (Hg.), Kirchenmitgliedschaft (o. Fn. 13). – Ältere Ansätze dazu, zwischen Kirchenmitgliedschaft und engeren oder weiteren Formen der Zugehörigkeit von Getauften und Nichtgetauften zur Kirche zu unterscheiden, verbinden sich u. a. mit der Idee einer institutionalisierten „Kerngemeinde“ innerhalb der Kirche; zögernd *Liermann*, Mitgliedschaft (o. Fn. 110) S. 391 f., 395–397; kritisch *Sperling*, Geschichte des Mitgliedschaftsrechts (o. Fn. 2), S. 3–6, 127–133, 155–157.

kirchlichen Wirkens aber nicht ab. Von der Summe der Rechte und Pflichten her betrachtet, gibt es für eine „abgestufte“ Mitgliedschaft keinen sinnvollen Raum. Eine Mitgliedschaftsstufe ohne Kirchensteuerpflicht müßte entweder die Tatbestände der Mitgliedschaft nach kirchlichem und nach staatlichem Recht¹³⁴ auseinanderfallen lassen, was die bürgerliche Wirksamkeit der kirchlichen Verfaßtheit mit der Abspaltung eines „Kirchensteuerverbands“ von der steuererhebungsberechtigten Religionsgemeinschaft belastete; oder sie müßte die Abstufung in einem persönlichen Steuerprivileg zur Wirkung bringen, was die Bemessung der Kirchensteuer schon im Ansatz vom staatlichen Steuertarif entkoppelte und sie damit von den staatlichen Maßstäben der Steuergerechtigkeit entfremdete. Die Idee einer „abgestuften“ Mitgliedschaft ist eine Option in der Ausübung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, aber dem effektiven Gebrauch der staatskirchenrechtlichen Wirkungsmöglichkeiten dient besser ein einheitlicher Tatbestand der Kirchenmitgliedschaft.¹³⁵

5. Umma im Islam

- 100** Die Zugehörigkeit zum Islam¹³⁶ versteht sich als Ergebnensein unter Gott (Allah), das ursprünglich jedem Menschen angeboren und nach dem M ndigwerden durch die Bezeugung des muslimischen Glaubens anzunehmen ist. In diesem Sinne unterscheiden sich Muslime von Nichtmuslimen durch kein weiteres Merkmal als das Bekenntnis. Es wird manifest, indem der Muslim vor zwei Zeugen die muslimische Bekenntnisformel spricht. Die Glaubensgemeinschaft der Muslime (Umma) ist somit auf örtlicher, nationaler und weltweiter Ebene allein durch das muslimische Bekenntnis verbunden.
- 101** Ihre gemeinschaftliche religiöse Praxis sucht keine korporative Verfassung. Wo sie sich in Institutionen organisiert, ist die Institution – etwa eine Moscheegemeinde – eher der Ort der religiösen Praxis als ihre Verkörperung. Somit prägt sich die Zugehörigkeit des Einzelnen

¹³⁴ Zur Bedeutung der Mitgliedschaft als Tatbestandsmerkmal der Kirchensteuerpflicht s. u. Rn. 113.

¹³⁵ Im Ergebnis ebenso *Kuntze*, Mitgliedschaft, in: HEKR (o. Fn. 108), Rn. 50; *Jens Neie*, Gestufte Mitgliedschaft in der Evangelischen Kirche, in: KuR 2008, S. 238–248.

¹³⁶ Zusammenfassend *Kuntze*, Mitgliedschaft (o. Fn. 2), S. 327–330, 353–358.

nicht in einem Mitgliedschaftsverhältnis aus.¹³⁷ Die Selbstorganisation einer Moscheegemeinde oder eines muslimischen Verbands in körperschaftlichen Rechtsformen wie der des Vereins begründet bürgerliche Rechtsverhältnisse, die für die Zugehörigkeit zur Glaubensgemeinschaft allenfalls indizielle Aussagekraft haben.

Es ist umgekehrt aber immerhin auch kein prinzipielles Hindernis dafür ersichtlich, daß sich Muslime zur Organisation und Repräsentation ihrer religiösen Interessen in Vereinen organisieren und insoweit, als das staatliche Recht für die Ausübung korporativer Freiheit auf eine entsprechende Zurechenbarkeit abstellt (s.u. III. 2.), ihre Teilhabe daran in der Vereinsmitgliedschaft abbilden.¹³⁸ Unter den Voraussetzungen des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV können muslimische Organisationen dann auch ein öffentlich-rechtliches Mitgliedschaftsrecht ausbilden.¹³⁹

Die Pluralität muslimischer Religionsgemeinschaften innerhalb des gemeinsamen Bekenntnisses ergibt sich aus Differenzen in der Tradition, insbesondere zwischen Sunniten und Schiiten, begleitet und überlagert von Prägungen aus der nationalen und kulturellen Herkunft der Muslime.¹⁴⁰ Die Differenzen können sich dahin auswirken, daß verschiedene Gemeinschaften muslimischen Ursprungs sich nicht unbedingt gegenseitig als muslimisch anerkennen.

Eine Abwendung vom Islam erscheint als Gegenakt zum muslimischen Bekenntnis und steht unter dem Verdikt der Apostasie. Sie gilt jedenfalls als Verletzung der religiösen Pflicht zum Bekenntnis gegenüber Allah. Ob sie Rechtsfolgen nach sich zieht, hängt notwendig damit zusammen, wie das Verhältnis zwischen Recht und Religion jeweils bestimmt ist¹⁴¹. Von etlichen islamischen, insofern eine ver-

¹³⁷ Katharina Pabel, → § 25, Rn. 8; Kuntze, Mitgliedschaft (o. Fn. 2), S. 332–335.

¹³⁸ Im Ansatz ebenso wohl auch Kuntze, Mitgliedschaft (o. Fn. 2), S. 359–364. – Ein Beispiel ist die als Verein aus natürlichen Personen und Moscheegemeinden organisierte Islamische Religionsgemeinschaft Hessen; siehe die Satzung vom 26. 4. 1998 in der Neufassung vom 2. 7. 2005 (abrufbar unter <http://www.irh-info.de/profil/pdf/IRH-Neufassung_der_Satzung_vom_02072005.pdf>).

¹³⁹ Ein erstes Beispiel für eine Religionsgemeinschaft muslimischer Provenienz, der die Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts verliehen worden sind, ist die Ahmadiyya Muslim Jamaat; siehe die Urkunde vom 25. 4. 2013 (StAnz. Hessen, S. 634).

¹⁴⁰ Katharina Pabel, → § 25, Rn. 2.

¹⁴¹ Dazu ausführlich Mathias Rohe, → § 6, Rn. 1; ders., Das islamische Recht. Geschichte und Gegenwart, 3. Aufl. 2011, S. 134 f., 268–272, 257 f.

breitete Auslegung der Scharia repräsentierenden Staaten ist bekannt, daß die Folgen vom familien- und erbrechtlichen Statusverlust über verschiedene Formen des Religionszwangs bis zur Todesstrafe reichen können. Unter der Geltung der menschen- und grundrechtlichen Freiheit zum Religionswechsel ist für islamistische Vorstellungen dieser Art selbstverständlich kein Raum. Da ein Mitgliedschaftsrecht, das die Abwendung von der muslimischen Glaubensgemeinschaft auf eine Rechtsbeziehung zu deren korporativen Institutionen abbilden könnte, fehlt, bleiben alle Wirkungen beschränkt auf die nichtrechtsf rmige Interaktion im Rahmen des individuellen Freiheitsgebrauchs. Nach einer Erklärung des Zentralrats der Muslime in Deutschland „akzeptieren“ die dort vertretenen Muslime „das Recht, die Religion zu wechseln. Der Koran untersagt jede Gewaltausübung und jeden Zwang in Angelegenheiten des Glaubens.“¹⁴²

III. Wirkungen der Mitgliedschaft im staatlichen Recht

1. Pflicht des Staates zu religiöser Neutralität und Gleichbehandlung gegenüber der Mitgliedschaft

105 Die Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft kann für das staatliche Recht insoweit erheblich werden, als sie für die Verwirklichung von Freiheitsinteressen des einzelnen oder der Religionsgemeinschaft von Belang ist. Ein unmittelbares staatliches Interesse an der religiösen Zugehörigkeit verträge sich nicht mit der Pflicht des Staates zu religiöser Neutralität und Gleichbehandlung, wie sie insbesondere in Art. 3 Abs. 3 und Art. 33 Abs. 3 GG ausgeformt ist. Die bürgerlichen Rechte und Pflichten sind durch die Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft weder bedingt noch beschränkt (Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV). Ebenso unverträglich wäre jedoch auch eine völlige Ignoranz des Staates gegenüber religiösen Zugeh rigkeitsverh ltnissen nach laizistischem Muster. Wo die Ausübung religiöser Freiheit sich in Mitgliedschaftsverhältnissen ausprägt oder daran anknüpft, beansprucht sie Rechtsfolgen mit bürgerlicher Wirksamkeit nach staatlichem Recht (s.o. Rn. 6–9). Soweit ihretwegen Rechte und Pflichten von der Mitgliedschaft abhängen, kann der ein-

¹⁴² Zentralrat der Muslime in Deutschland e.V., Islamische Charta. Grunds tzerkl rung des Zentralrats der Muslime in Deutschland (ZMD) zur Beziehung der Muslime zum Staat und zur Gesellschaft, 2. 2. 2002 (abrufbar unter <<http://zentralrat.de/3035.php>>), Nr. 11. Zur beschränkten Reichweite dieser Erklärung siehe *Katharina Pabel*, → § 25, Rn. 37.

zelne auch verpflichtet werden, staatlichen Stellen seine Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft zu offenbaren (Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 3 S. 2 WRV).

In Konflikten um die Rechte und Pflichten aus der Mitgliedschaft hat das staatliche Recht nur insoweit eine Funktion, als seine Schutzgüter betroffen sind. Stehen dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV durch staatliches Recht geschützte Interessen des einzelnen Mitglieds gegenüber, hat das staatliche Recht beides über die korrespondierenden Schranken miteinander auszugleichen. In diesem Rahmen kann die Religionsgemeinschaft Rechtsfolgen der Mitgliedschaft über vermögensrechtliche Ansprüche und die eigene Handlungsfreiheit durchsetzen. So kann sie eine Geldforderung mithilfe der staatlichen Gerichte und Vollstreckungsbehörden eintreiben oder die Teilhabe an ihrer religiösen Praxis oder an ihrer korporativen Willensbildung oder die Wahrnehmung eines religionsgemeinschaftlichen Amtes gewähren oder verwehren. Umgekehrt kann das einzelne Mitglied gegenüber der Religionsgemeinschaft grundsätzlich weder die Mitgliedschaft beanspruchen noch über einzelne bürgerlich wirksame Pflichten aus seiner Mitgliedschaft verfügen¹⁴³. Das staatliche Recht gewährleistet insoweit nur, daß das Mitglied sich ihnen durch „Austritt“, also Beendigung der Mitgliedschaft (genauer: ihrer bürgerlichen Wirksamkeit) überhaupt, entziehen kann.

Eine mittelbare Bedeutung kann die Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft für die Subsumtion eines Interesses unter den Schutzbereich der individuellen Religions- oder Gewissensfreiheit haben: Wer dafür auf die bekannte religiöse Lehre und Praxis der Religionsgemeinschaft verweisen kann, der er angehört, unterstützt damit die Plausibilität und Konsistenz seines Vorbringens. Abweichungen führen allerdings nicht zum Gegenschuß, sondern verlangen nur ein dichtereres individuelles Vorbringen.

2. Mitgliedschaftliche Verfassung von Religionsgemeinschaften als Voraussetzung für den Gebrauch korporativer Rechte

Der herkömmliche Begriff der „Religionsgemeinschaft“ oder – nach der altmodischen Terminologie der Art. 136 ff. WRV – „Religionsgesellschaft“ setzt wie selbstverständlich eine mitgliedschaftliche

¹⁴³ BVerfGE 30, 415 (426 f.).

Verfassung voraus.¹⁴⁴ Deren Ausprägung in einem Mitgliedschaftsrecht, das die Zugehörigkeit zur Religionsgemeinschaft in einem Rechtsverhältnis ausgestaltet, entspricht dem Selbstverständnis der christlichen Kirchen (s.o. II. 2.–4.); nicht ohne weiteres zu erwarten ist sie hingegen von einer Religion, die – wie der Islam (s.o. II. 5.) – von sich aus keine korporativen Institutionen ausbildet. Das staatliche Recht kann nicht von einer mitgliedschaftlichen Verfassung absehen, soweit die Rechte einer Religionsgemeinschaft notwendig an Mitgliedschaftsverhältnisse anknüpfen, wie etwa das Recht zur Erhebung von Mitgliedsbeiträgen. Bindet es deshalb aber schon den Begriff der Religionsgemeinschaft an eine mitgliedschaftliche Verfassung, unterwirft es auch solche Rechte dieser Voraussetzung, die nicht unbedingt auf Mitgliedschaftsverhältnisse angewiesen sind. Schon das Selbstbestimmungsrecht aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV wäre so nur um den Preis einer gegebenenfalls dem religiösen Selbstverständnis fremden „Verkirklichung“ zugänglich.

- 109 Eine dafür sensible Lösung kann darin gesucht werden, zu unterscheiden zwischen der „religiösen Gemeinschaft“, in der sich nicht mehr als eine religiöse Verbundenheit von Menschen darstellt, und der „Religionsgemeinschaft“, die sie lediglich insoweit organisatorisch repräsentieren muß, wie es die Inanspruchnahme korporativer Freiheit nach staatlichem Recht jeweils erfordert.¹⁴⁵ Eine solche Unterscheidung ist schon im Wortlaut des Art. 137 Abs. 4 WRV angelegt, in dem der Begriff der Religionsgemeinschaft dem Erwerb der Rechtsfähigkeit vorausgeht.¹⁴⁶ Sie ist außerdem schon immer darin wirksam, daß etwa die als „Religionsgemeinschaften“ auftretenden Institutionen der christlichen Kirchen als Repräsentationen einer sie übersteigenden, nicht oder anders verfaßten religiösen Gemeinschaft aufzufassen sind: die römisch-katholischen Bistümer als territorial

¹⁴⁴ Anknüpfend an *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, Nachdruck 1960, Art. 137, unter 2. (S. 633): „ein die Angehörigen eines [...] Glaubensbekenntnisses [...] zusammenfassender Verband“. Im Ansatz damit übereinstimmend BVerwGE 123, 49 (54).

¹⁴⁵ Für eine Unterscheidung zwischen dem einheitlichen Rechtsbegriff der Religionsgemeinschaft und den verschiedenen Tatbestandsvoraussetzungen ihrer Rechte *Emanuel V. Towfigh*, → § 26, Rn. 13–15. Selbst im Kirchensteuerrecht, das an Mitgliedschaftsverhältnisse anknüpfen muß, ist eine begriffliche Differenzierung zwischen der Religionsgemeinschaft und den für sie als Kirchensteuergläubiger auftretenden Körperschaften unvermeidlich, *Felix Hammer*, → § 72, Rn. 27, unbeschadet der Einheit des Mitgliedschaftsverhältnisses nach Maßgabe des religionsgemeinschaftlichen Rechts.

¹⁴⁶ BVerwGE 123, 49 (55).

abgegrenzte Organisationseinheiten und der Heilige Stuhl als völkerrechtliche Instanz für das nach ihrem Verständnis in der römisch-katholischen Weltkirche universal verfaßte Volk Gottes (s.o. Rn. 26), die evangelischen Landeskirchen und ihre Zusammenschlüsse für die nach ihrem Verständnis als solche nicht verfaßte universale und zugleich konfessionell partikularisierte Gemeinschaft der Getauften (s.o. Rn. 70). Ebenso verhält es sich mit den mitgliedschaftlich verfaßten jüdischen Gemeinden im Verhältnis zum nicht verfaßten jüdischen Volk (s.o. Rn. 17). Mit dieser Unterscheidung kann auch die nicht verfaßte muslimische Umma (s.o. Rn. 100) als eine religiöse Gemeinschaft verstanden werden, deren Repräsentation in muslimischen Religionsgemeinschaften sich anders bestimmt als über ein Mitgliedschaftsrecht.¹⁴⁷

Die Merkmale einer Religionsgemeinschaft, in denen sich die Voraussetzungen für die Wahrnehmung korporativer Rechte widerspiegeln, lassen sich so von den Erwartungen an bestimmte Formen ablösen, denen die religiöse Gemeinschaft ihre Verbundenheit anzupassen hätte. Sie setzen eine institutionelle Gestalt voraus, die die religiöse Gemeinschaft¹⁴⁸ repräsentieren kann, ohne hierzu selbst alle Merkmale religiöser Gemeinschaft in sich organisatorisch verwirklichen zu müssen. Eine mitgliedschaftliche Struktur der Institution – wie die der Kirchen – ist besonders tauglich, um sie als Repräsentation der religiösen Gemeinschaft erkennbar zu machen und den individuellen und institutionellen Freiheitsgebrauch wechselseitig zuzurechnen,¹⁴⁹ sie ist aber keine notwendige Bedingung dafür.¹⁵⁰ Knapp

110

¹⁴⁷ BVerwGE 123, 49 (55): „Der Begriff der Religionsgemeinschaft ist somit im Kern soziologisch zu verstehen. Die Gesamtheit aller Muslime auf der Erde („Umma“) ist keine Religionsgemeinschaft im Sinne des deutschen Rechts der Personenvereinigungen. Andererseits ist dieser Begriff nicht auf bestimmte Organisationsstrukturen [...] festgelegt.“ – Ohne diese Unterscheidung und daher gegen die Anwendung des Begriffs „Religionsgemeinschaft“ auf die Gemeinschaft der Muslime *Kuntze*, Mitgliedschaft (o. Fn. 2), S. 330.

¹⁴⁸ Als „die für das Bestehen einer Religionsgemeinschaft unentbehrliche personale Grundlage“, BVerwGE 123, 49 (57).

¹⁴⁹ *Kuntze*, Mitgliedschaft (o. Fn. 2), S. 344–346: „Legitimationskette (personelles Substrat)“. Siehe ferner *Hans Michael Heinig*, „Religionsgemeinschaft / Religionsgesellschaft“: Herkunft, aktuelle Bedeutung und Zukunft einer religionsverfassungsrechtlichen Zentralkategorie, in: ZevKR 64 (2019), S. 1–23 (11–15).

¹⁵⁰ BVerwGE 123, 49 (57): „Da das staatliche Recht den Religionsgemeinschaften keine bestimmte Organisationsform vorschreibt, kann nicht verlangt werden, dass die Gläubigen der Gemeinschaft selbst oder ihrer obersten Organisationseinheit als Mitglieder im Rechtssinne angehören.“ – *Emanuel V. Toufigh*, → § 26, Rn. 10, 24.

ausgedrückt: Die religiöse Gemeinschaft kann aus Mitgliedern ohne Verfassung bestehen, die Religionsgemeinschaft als ihre Rechtsgestalt aus einer Verfassung ohne Mitglieder. An die Stelle der Mitgliedschaftsverhältnisse muß dann freilich eine andere Grundlage für das Repräsentationsverhältnis treten, um die Zurechnung des Freiheitsgebrauchs zu tragen. Somit kann sich zum Beispiel ein Moscheeverein, der selbst nicht die Merkmale einer religiösen Gemeinschaft erfüllt, sondern nur die eines religiösen Vereins,¹⁵¹ für die Wahrnehmung der gemeinsamen religiösen Interessen seiner Mitglieder und Adressaten auf das Selbstbestimmungsrecht aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV berufen. Die Rechte einer Religionsgemeinschaft aus Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG kann auch ein Dachverband wahrnehmen,¹⁵² sofern er die „Grundsätze“ verantworten kann, die von Schülern und Eltern als die Grundsätze ihrer Religion wiedererkannt und durch die Entscheidung für die Teilnahme an einem daran ausgerichteten Religionsunterricht approbiert werden. An die Stelle der mitgliedschaftlichen Zuordnung tritt dann die Selbstzuordnung zum Religionsunterricht.¹⁵³

111 Eine mitgliedschaftliche Verfassung der Religionsgemeinschaft selbst verlangt jedoch Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV für den Erwerb der Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, indem er „die Gewähr der Dauer“ einer Antragstellerin an ihrer Verfassung und der „Zahl ihrer Mitglieder“ mißt.¹⁵⁴

112 Die Mitgliederzahl kann schließlich auch für die Teilhabe von Religionsgemeinschaften an staatlichen Leistungen eine Rolle spielen. So begegnet sie als Maßstab für die Verteilung staatlicher Pauschalzuwendungen gemäß den Verträgen der Bundesländer mit jüdischen Gemeinden und Verbänden.¹⁵⁵ Sie kann ein Indiz für die statistische

¹⁵¹ *Kuntze*, Mitgliedschaft (o. Fn. 2), S. 334 f.

¹⁵² *Markus Ogorek*, → § 44, Rn. 105; BVerwGE 123, 49 (57–61). – Eine Gegenposition fordert die Verwirklichung aller Merkmale der Religionsgemeinschaft in der rechtlichen Institution, bis hin zur „vollständige[n] und eben nicht nur weltliche[n] Unterwerfung unter das religiöse Recht der Gemeinschaft, der[er] sich das Mitglied erst wieder durch Austritt entledigen kann“: *Kuntze*, Mitgliedschaft (o. Fn. 2), S. 343, 348 f. Diese Forderung erfüllen nicht einmal die Kirchen.

¹⁵³ Siehe gleich unter Rn. 116. – Nicht in Betracht gezogen von *Kuntze*, Mitgliedschaft (o. Fn. 2), S. 341.

¹⁵⁴ *Stefan Magen*, → § 27, Rn. 57 f.

¹⁵⁵ So das Schlußprotokoll zu Art. 13 Abs. 1 des Vertrags des Landes Sachsen-Anhalt mit der Jüdischen Gemeinschaft in Sachsen-Anhalt vom 20. 3. 2006 (GVBl. LSA S. 468), Abs. 4 S. 5–7; zur Feststellung der Mitgliederzahl als staatskirchenvertraglicher Verteilungsmaßstab durch staatliche Ge-

Präsenz der durch die Religionsgemeinschaft repräsentierten religiösen Interessen in der Gesellschaft sein, auf die sich öffentliches Handeln einstellt, zum Beispiel für die gleichheitsgerechte Berücksichtigung von Religionen im Jugendschutzrecht, Rundfunkrecht oder Städtebaurecht. Die Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft wird darum auch statistisch erhoben.¹⁵⁶

3. Durchsetzung finanzieller Beitragspflichten der Mitglieder, insbesondere der Kirchensteuerpflicht

Die Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft ist ein Tatbestandsmerkmal des Kirchensteuerrechts,¹⁵⁷ da das Recht der öffentlich-rechtlich verfaßten Religionsgemeinschaften, gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 6 WRV Kirchensteuern zu erheben, nur gegenüber ihren Mitgliedern besteht; für Nichtmitglieder können sie keine Steuerpflicht begründen. Das staatliche Recht hält durch die Anknüpfung an die Mitgliedschaft die Steuerpflicht innerhalb der durch die negative Religionsfreiheit in ihrer Wirkung als negative Finanzierungsfreiheit gezogenen Schranke.¹⁵⁸ Um die Kirchensteuerpflicht im Besteuerungsverfahren bestimmen zu können, wird die Mitgliedschaft in einer steuererhebungsberechtigten Religionsgemeinschaft im Melderegister eingetragen¹⁵⁹ und auch beim Bundeszentralamt für Steuern nachgewiesen.¹⁶⁰

113

richte BVerwG, U. vom 27. 11. 2013 – 6 C 21/12, E 148, 271 (283–289), Abs. 44–64.

¹⁵⁶ Vor allem nach § 4 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 Gesetz über die Statistik der Bevölkerungsbewegung und die Fortschreibung des Bevölkerungsstandes (Bevölkerungstatistikgesetz – BevStatG) vom 20. 4. 2013 (BGBl. I S. 826), zuletzt geändert am 18. 12. 2018 (BGBl. I S. 2639); verfassungsrechtlich besonders vorgesehen in Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 3 S. 2 WRV. Dazu *Arne Ziekow*, → § 32, Rn. 23; zu den älteren Rechtsgrundlagen ebd., Rn. 5.

¹⁵⁷ *Felix Hammer*, → § 72, Rn. 24, 36, 43 f.; eingehend *ders.*, Rechtsfragen der Kirchensteuer, 2002, S. 261–289.

¹⁵⁸ BVerfGE 44, 37 (49 f.); ebenso im Ergebnis – allerdings beim „Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG“ ansetzend – bereits BVerfGE 19, 206 (216); 19, 226 (235–241); 19, 242 (247); a. A. noch BVerwGE 21, 330 (333).

¹⁵⁹ § 3 Abs. 1 Nr. 11 BMG. Zu den Einzelheiten siehe *Arne Ziekow*, → § 32, Rn. 19–45.

¹⁶⁰ Für das Lohnsteuerabzugsverfahren mit den elektronischen Lohnsteuerabzugsmerkmalen gemäß § 39, § 39e Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Abs. 3 S. 1 EStG; für den Abzug der Kapitalertragsteuer als automatisiert abrufbares Merkmal für den Kirchensteuerabzug gemäß § 51a Abs. 2b–2e EStG. – Zur Zulässigkeit der Übermittlung der Kirchenzugehörigkeit an den Arbeitgeber (damals

- 114** Verpflichtet eine Religionsgemeinschaft ihre Mitglieder zu finanziellen Beiträgen in Privatrechtsform, ist die Mitgliedschaft im Streitfall Gegenstand des Erkenntnisverfahrens vor dem zuständigen staatlichen Zivilgericht.

4. Zuordnung zum Religionsunterricht an öffentlichen Schulen;
Recht der Bekenntnisschulen

- 115** Das Schulrecht der Länder knüpft herkömmlich an die Mitgliedschaft der Schüler in einer Religionsgemeinschaft an, um sie dem gemäß Art. 7 Abs. 3 GG nach den Grundsätzen dieser Religionsgemeinschaft erteilten Religionsunterricht zuzuordnen.¹⁶¹ Darin trägt es dem grundsätzlich verpflichtenden Charakter des Religionsunterrichts als „ordentliches Lehrfach“ an den öffentlichen Schulen Rechnung, unbeschadet des Abmelderechts der Eltern gemäß Art. 7 Abs. 2 GG beziehungsweise der religionsmündigen Schüler gemäß Art. 4 Abs. 1–2 GG.
- 116** Bei religionssoziologischen Gegebenheiten, die die Zuordnung kraft Mitgliedschaft zur Ausnahme und die Selbstzuordnung von Nichtmitgliedern durch Anmeldung zur Regel werden lassen, kann das Schulrecht verfassungskonform ein Wahlpflichtverh ltnis zwischen den vorhandenen Angeboten an Religionsunterricht und dem Ethikunterricht vorsehen.¹⁶² Auf Selbstzuordnung durch Anmeldung

noch auf der Lohnsteuerkarte) im Ergebnis BVerfGE 49, 375 (376); BVerfG, in: NVwZ 2001, S. 909; BayVerfGH, E. vom 10.12.2010 – Vf. 19-VII-09; EGMR, U. vom 17.2.2011 – 12884/03 (Wasmuth gegen Deutschland); *Hans Ulrich Anke / Diana Zacharias*, Das Kirchenlohnsteuereinzugsverfahren aus der Sicht des Verfassungsrechts, in: DÖV 2003, S. 140–147 (145–147); *Hans Michael Heinig*, Grundlegende Rechtsfragen des gegenwärtigen Kirchensteuereinzugs, in: Aktuelle Rechtsfragen der Kirchensteuer, hg. von Dieter Birk / Dirk Ehlers, 2012, S. 113–126 (118–120); a.A. *Johannes Wasmuth / Gernot Schüller*, Verfassungsrechtliche Problematik der Impflichtnahme von Arbeitnehmern und Arbeitgebern beim Kirchenlohnsteuereinzug, in: NVwZ 2001, S. 852–859 (852–856); *Johannes Wasmuth*, Verfassungsrechtliche Problematik des Kirchensteuereinzugs, in: Aktuelle Rechtsfragen der Kirchensteuer, a. a. O., S. 91–111 (109 f.).

¹⁶¹ *Markus Ogorek*, → § 44, Rn. 42.

¹⁶² *Christoph Link*, Religionsunterricht (§ 54), in: HSKR², Bd. 2, 1995, S. 439–509 (445); *Claudia Erwin*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Schulfach Ethik/Philosophie, 2001, S. 114–159; *Michael Germann / Heinrich de Wall*, Schule und Hochschule (§ 18), in: Verfassungshandbuch Sachsen-Anhalt, hg. von Michael Kilian, 2004, S. 576–612 (599); *Martin Hekkel*, Religionsunterricht in Brandenburg. Zur Regelung des Religionsunter-

ist außerdem der Religionsunterricht nach den Grundsätzen einer Religionsgemeinschaft verwiesen, die – wie namentlich der Islam – keine förmlichen Mitgliedschaftsverhältnisse ausbildet (s.o. Rn. 101). Insoweit kommen die Regelungen des staatlichen Rechts über den Religionsunterricht ohne eine tatbestandliche Anknüpfung an die Mitgliedschaft aus.¹⁶³

Bekenntnisschulen sind darauf ausgerichtet, die Schüler nach den Grundsätzen ihres gemeinsamen Bekenntnisses zu unterrichten. Für die Aufnahme eines Schülers in eine staatliche Bekenntnisschule stellt das Schulrecht der Länder, in denen es solche gibt, nämlich in Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen, grundsätzlich auf die Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft desselben Bekenntnisses ab.¹⁶⁴ Für Bekenntnisschulen in freier, insbesondere kirchlicher oder sonst religionsgemeinschaftlicher Trägerschaft ist der Stellenwert der Bekenntnisomogenität der Schülerschaft nach Mitgliedschaft Gegenstand der Privatschulfreiheit (Art. 7 Abs. 4–5, Art. 4 Abs. 1–2 GG) und des Selbstbestimmungsrechts (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV). Auch für die Zulassung einer privaten Volksschule als Be-

117

richtes und des Faches Lebensgestaltung – Ethik – Religionskunde (LER), 1998, S. 87; *Stefan Koriath*, Der Auftrag des Religionsunterrichts nach Art. 7 Abs. 3 GG, in: *Religionsunterricht in der religiös pluralen Gesellschaft*. Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 49, hg. von Burkhard Kämper/Klaus Pfeffer, 2016, S. 7–37 (22), mit Diskussion S. 38–54; zögernd *Gerhard Robbers*, in: *Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck*, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl., hg. von Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle, 2018, Bd. 1, Art. 7, Rn. 136, 138; strenger *Michael Frisch*, Grundsätzliches und Aktuelles zur Garantie des Religionsunterrichts im Grundgesetz, in: *ZevKR* 49 (2004), S. 589–638 (616); *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 18), Rn. 432–434; wohl auch *Hinnerk Wißmann*, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, hg. von Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter, Art. 7 (Stand 172. Aktualisierung Mai 2015), Teil III, Rn. 161.

¹⁶³ *Claus Dieter Classen*, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Grundrechtsordnung, 2003, S. 104; *Michael Germann*, Entwicklungstendenzen im Verhältnis von Staat und Kirche unter dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: *öarr* 2014, S. 41–88 (73 f.). Zur Zuordnung ohne formelle Mitgliedschaft (undeutlich) BVerwGE 123, 49 (71 f.). A. A. im Ansatz *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 18), Rn. 459.

¹⁶⁴ § 129 Abs. 3, § 157 Abs. 1 S. 1 Niedersächsisches Schulgesetz (NSchG) i. d. F. vom 3.3.1998 (GVBl. S. 137), zuletzt geändert am 26.10.2016 (GVBl. S. 226): Regelhöchstquote bekenntnisfremder Schüler. Auslegungsbedürftig Art. 12 Abs. 3, Art. 13 Verf. NRW, § 26 Abs. 3 Schulgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (SchulG NRW) vom 15.2.2005 (GVBl. S. 102), zuletzt geändert am 6.12.2016 (GVBl. S. 1052); dazu OVG NRW, B. vom 21.3.2016 – 19 B 996/15: Vorrang bekenntnisangehöriger Schüler. Näher *Hinnerk Wißmann*, → § 45, Rn. 20.

kenntnisschule nach Art. 7 Abs. 5 GG muß es ausreichen, wenn der Schulträger die Bekenntnispr gung der Schule auf den Unterricht nach den Grundsätzen des Bekenntnisses unabhängig von der formellen Mitgliedschaft der Schüler in derselben Religionsgemeinschaft ausrichtet.¹⁶⁵

5. Konfessionsgebundene Staatsämter

- 118** Nach Art. 33 Abs. 3 GG wie nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 2 WRV sind „die Zulassung zu öffentlichen Ämtern sowie die im öffentlichen Dienste erworbenen Rechte [...] unabhängig von dem religiösen Bekenntnis“ und damit auch von der Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft. Eine gegebenenfalls durch die Funktion eines Staatsamts für die Verwirklichung der korporativen Religionsfreiheit einer Religionsgemeinschaft gerechtfertigte Ausnahme ist das „konfessionsgebundene“ Staatsamt.¹⁶⁶ Ein unmittelbar in der Verfassung angelegter Fall sind die Ämter zur Erteilung von Religionsunterricht: Dessen um der religiösen Neutralität des Staates willen in Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG geforderte Bindung an die „Grundsätze der Religionsgemeinschaften“ setzt die Bevollmächtigung (*missio, vocatio*) der Religionslehrer durch die betreffende Religionsgemeinschaft voraus,¹⁶⁷ die wiederum – sofern diese mitgliedschaftlich verfaßt ist – die Mitgliedschaft zur elementaren Bedingung hat. Entsprechend ist das akademische Lehramt für die Theologie an staatlichen Universitäten aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben und gemäß ihrer vertragsstaatskirchenrechtlichen und hochschulrechtlichen Ausgestaltung ein konfessionsgebundenes Staatsamt.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Das BVerwG, U. vom 19.2.1992 – 6 C 3/91, E 90, 1 (Abs. 24 f.), spricht insoweit allerdings davon, daß Lehrer und Elternhäuser mehrheitlich „dem fraglichen Bekenntnis angehören“ müssen. Siehe *Hinnerk Wißmann*, → § 45, Rn. 32.

¹⁶⁶ Dazu *Christian Jasper*, *Religiös und politisch gebundene öffentliche Ämter. Anschauungsgebundene Vergabe von Staatsämtern im Spannungsfeld zwischen besonderen Gleichheitssätzen und gegenläufigem Verfassungsrecht*, 2015.

¹⁶⁷ *Markus Ogorek*, → § 44, Rn. 69–73.

¹⁶⁸ *Christian Waldhoff*, → § 46, Rn. 37–42. Zu den Fragen, die sich dabei für den Islam als Religionsgemeinschaft ohne mitgliedschaftliche Verfassung stellen, ebd., Rn. 67–69, 76.

6. Konfessionsklauseln in theologischen Studien- und Prüfungsordnungen und im Stiftungsrecht

Die der religiösen Neutralität des Staates geschuldeten Bestimmungsrechte der Religionsgemeinschaften über die Bekenntnisbindung der Theologie an staatlichen Universitäten schließen neben der Mitwirkung an der Besetzung der akademischen Lehrämter das Recht ein, für Graduierungen in der Theologie eine Konfessionsklausel vorzusehen. Diese setzt für jemanden, der durch einen theologischen Studienabschluß, die Promotion zum Doctor theologiae oder die Habilitation für die theologische Lehre wissenschaftlich als Theologe ausgewiesen werden soll, die Mitgliedschaft in der Religionsgemeinschaft voraus, der diese Theologie zuzurechnen ist. Darin bildet sich die Stellung der Theologie als wissenschaftliche Form der Teilnahme an der Kommunikation und Praxis des Bekenntnisses ab.¹⁶⁹ **119**

Soweit der Zweck einer Stiftung gemäß dem historischen Stifterwillen Unterscheidungen nach der Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft voraussetzt, wird diese über die Verbindlichkeit des Stifterwillens für die Stiftungsverwaltung und die staatliche Stiftungsaufsicht auch im Rahmen des staatlichen Rechts erheblich. **120**

7. Konfessionelle Einrichtungen der Daseinsvorsorge

Kindertageseinrichtungen, Krankenhäuser oder Friedhöfe in der Trägerschaft einer Religionsgemeinschaft unterliegen grundsätzlich deren Selbstbestimmungsrecht gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV. Demnach kann die Religionsgemeinschaft innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes die Benutzungsverhältnisse ihren Mitgliedern vorbehalten oder bei der Ausgestaltung der Benutzungsverhältnisse ihre Mitglieder bevorzugen. Soweit die Einrichtungen aber durch staatliche Planung oder Förderung in die öffentliche Daseinsvorsorge eingebunden sind, kann das für alle geltende Gesetz den Betrieb von einer Gleichbehandlung der Nichtmit- **121**

¹⁶⁹ *Martin Heckel*, Die theologischen Fakultäten im weltlichen Verfassungsstaat, 1986, S. 270–321. Zu den Konfessionsklauseln in den Prüfungsordnungen der Evangelisch-Theologischen Fakultäten *Joachim E. Christoph*, Kirchen- und staatskirchenrechtliche Probleme der Evangelisch-theologischen Fakultäten. Neuere Entwicklungen unter besonderer Berücksichtigung des Bologna-Prozesses, 2009, S. 74–99. Einschränkend *Christian Waldhoff*, → § 46, Rn. 54 f. m. w. N.

glieder abhängig machen. Über das Verhältnismäßigkeitsprinzip muß es dabei einen Ausgleich zwischen der Selbstbestimmung des Trägers und der Indienstnahme für das öffentliche Interesse suchen. In der Praxis entspricht es aber meist schon dem Selbstverständnis der konfessionellen Träger, ihre Einrichtungen für alle Menschen unabhängig von der Mitgliedschaft zu öffnen.

8. Unterscheidung nach der Mitgliedschaft im bürgerlichen Rechtsverkehr, insbesondere im Arbeitsrecht

122 Anders als die grundrechtsgebundene öffentliche Gewalt sind nichtstaatliche Rechtssubjekte grundsätzlich frei darin, für ihr Handeln nach der Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft zu unterscheiden. Diese Freiheit ergibt sich aus den Grundrechten, im allgemeinen aus der Privatautonomie gemäß Art. 2 Abs. 1 GG, für Religionsgemeinschaften im besonderen aus dem Selbstbestimmungsrecht gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV. Zum Schutz vor gesellschaftlicher Diskriminierung auch aus religiösen Gründen beschränkt der Gesetzgeber die Privatautonomie dort, wo es ihm auf Gleichheit in der Teilhabe am bürgerlichen Rechtsverkehr ankommt. Diesen Zweck verfolgt das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) mit einem grundsätzlichen Verbot von Benachteiligungen u. a. wegen der Religion in Bezug auf den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit und zu „Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ (§ 1, § 2 Abs. 1, §§ 7, 19 AGG). Eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion und somit auch nach der Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft ist aber zulässig, wenn sie durch ein von der Religionsfreiheit oder vom Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft geschütztes Interesse unter Beachtung des jeweiligen Selbstverständnisses gerechtfertigt ist (§ 9 Abs. 1, § 20 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 4 AGG).

123 Von erheblicher Bedeutung ist das für das kirchliche Arbeitsrecht. Das Recht der römisch-katholischen Kirche und das der evangelischen Kirche setzen für die Beschäftigung im kirchlichen Dienst grundsätzlich die Kirchenmitgliedschaft voraus, auch wenn die Gründe dafür, die Reichweite und die Ausnahmespielräume in der Diskussion und im Fluß sind.¹⁷⁰ Für einen kirchlichen Dienst, der nach dem kirchlichen Selbstverständnis eine Ausformung christli-

¹⁷⁰ *Jacob Joussen*, → § 57, Rn. 58–73.

chen Handelns in seinen verschiedenen Weltbezügen ist, ist die Kirchenmitgliedschaft „eine gerechtfertigte berufliche Anforderung“ im Sinne des § 9 Abs. 1 AGG. Entsprechend darf auch im kollektiven Arbeitsrecht der Kirchen¹⁷¹ die paritätische Willensbildung auf eine christliche Dienstgemeinschaft bezogen werden, wenn diese sich über die Kirchenmitgliedschaft der Kirche zurechnen läßt und nicht ausschließlich über andere Merkmale bestimmt wird.

9. Mitgliedschaft als Gegenstand des Datenschutzrechts

Die Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft läßt Schlüsse auf die religiösen Überzeugungen einer Person zu und gehört deshalb zu den personenbezogenen Daten, die den „besonderen Kategorien“ im Sinne des Art. 9 EU-DSGVO beziehungsweise den entsprechenden Vorschriften des kirchlichen Datenschutzrechts unterfallen. Die Verarbeitung der Daten über die Mitgliedschaft ist daher nur für bestimmte Zwecke und unter besonderen Maßgaben zulässig. Darunter fällt im wesentlichen die Verarbeitung durch die Religionsgemeinschaften selbst (nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. d EU-DSGVO) und die Verarbeitung durch den Staat zum Vollzug des Kirchensteuerrechts (nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. g mit Erwägungsgrund 55 EU-DSGVO) und zur Sicherung der bürgerlichen Wirksamkeit weiterer Rechtsfolgen aus der Mitgliedschaft.¹⁷²

Der Zweck der Datenspeicherung über die Mitgliedschaft und damit die Zulässigkeit der Verarbeitung von Daten darüber bei der Religionsgemeinschaft können über das Ende der Mitgliedschaft hinaus andauern (s. u. Rn. 169).

¹⁷¹ Dazu *Gregor Thüsing*, → § 59.

¹⁷² Siehe oben Rn. 113. Zur Eintragung der Zugehörigkeit zu öffentlich-rechtlich verfaßten Religionsgemeinschaften in die Personenstandsregister und das Melderegister *Arne Ziekow*, → § 32, Rn. 2–12, 21–27, 31, 36–38, 43; zur Verarbeitung von Mitgliederdaten allgemein *ders.*, → § 33, Rn. 9, 45.

IV. Die Begründung der Mitgliedschaft mit Wirkung für das staatliche Recht

1. Wirkung des Mitgliedschaftserwerbs nach dem Recht der Religionsgemeinschaft

- 126** Das staatliche Recht enthält keine eigenen Tatbestände für den Erwerb der Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft. Indem seine Normen an die „Mitgliedschaft“ oder „Angehörigkeit“ anknüpfen, verweisen sie auf das insoweit bürgerlich wirksame Mitgliedschaftsrecht der Religionsgemeinschaften.¹⁷³ Kraft des Selbstbestimmungsrechts aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV wird demnach die Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft gemäß deren Recht zugleich mit Wirkung für das staatliche Recht begründet, sofern nicht die Schranken des für alle geltenden Gesetzes dies ausschließen (s. o. Rn. 8 f.).

2. Freiwilligkeit und Rechtssicherheit des Mitgliedschaftserwerbs

- 127** Der Schutz der individuellen Religionsfreiheit (s. o. Rn. 6 f.) verlangt hierfür, daß der Erwerb der Mitgliedschaft vom Willen des Mitglieds getragen ist. Die Begründung einer Mitgliedschaft nach Regeln der Religionsgemeinschaft ohne oder gar gegen den Willen des Betroffenen wäre nicht bürgerlich wirksam; der Betroffene wäre im staatlichen Recht als Nichtmitglied anzusehen.¹⁷⁴
- 128** Für den maßgeblichen Willen des Betroffenen kommt es auf dessen *Religionsmündigkeit* an. Die Religionsmündigkeit ist aber nicht etwa Voraussetzung für die Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft überhaupt. Grundrechtsfähigkeit kommt dem Menschen mit seiner Geburt zu, so auch die Religionsfreiheit und mit ihr die Freiheit, Mitglied einer Religionsgemeinschaft zu sein. Ferner gehört es zur kor-

¹⁷³ So ausdrücklich § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 1 S. 2 Kirchensteuergesetz des Landes Sachsen-Anhalt vom 7.12.2001 (GVBl. S. 557), zuletzt geändert am 17.12.2008 (GVBl. S. 454) (KiStG LSA).

¹⁷⁴ Grundlegend BVerfGE 30, 415 (423): „Allerdings verbietet Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, als Grundlage für die Kirchensteuerpflicht eine kirchliche Mitgliedschaftsregelung heranzuziehen, die eine Person einseitig und ohne Rücksicht auf ihren Willen der Kirchengewalt unterwirft.“ Im Ansatz schon BVerfGE 19, 206 (216). Zusammenfassend *Mückl*, Kirchliche Organisation (o. Fn. 16), Rn. 26, 28.

porativen Religionsfreiheit und zum Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften, Kinder als Mitglieder aufzunehmen. Bei der Ausübung der Religionsfreiheit und damit bei der für die Begründung der Mitgliedschaft erforderlichen Willensbetätigung werden Religionsunmündige *gesetzlich vertreten*, Kinder in der Regel durch ihre Eltern als Inhaber der Personensorge.¹⁷⁵ Die Regeln des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung (RKEG) erfassen auch die Entscheidung über die Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft. Nach §§ 1, 5 RKEG entscheiden bis zur Vollendung des zwölften Lebensjahrs die Eltern, danach können sie die Mitgliedschaft nicht mehr gegen den Willen des Kindes ändern, nach Vollendung des vierzehnten Lebensjahrs entscheidet das Kind allein darüber, ob es einer Religionsgemeinschaft und welcher es angehören will.¹⁷⁶

Auf Betreute ist das Gesetz über die religiöse Kindererziehung nicht anwendbar, auch nicht analog. Regelungen über ihre Vertretung, die auch die Entscheidung über die Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft umfassen, finden sich im Landesrecht.¹⁷⁷ **129**

Außer den Anforderungen an die Freiwilligkeit der Mitgliedschaft können die Normen des staatlichen Rechts um der Rechtssicherheit willen einen geeigneten Nachweis der Mitgliedschaftsverhältnisse verlangen.¹⁷⁸ Zur Vereinfachung des Vollzugs können sie die Rechtsfolgen des Mitgliedschaftserwerbs an einen nahen Stichtag binden.¹⁷⁹ **130**

¹⁷⁵ BVerfGE 30, 415 (424); *Matthias Jestaedt*, → § 42, Rn. 75–98; *v. Campenhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 13), S. 155 f.; *Axel Frhr. v. Campenhausen*, Religionsfreiheit (§ 157), in: HStR³, Bd. VII, 2009, S. 597–662, Rn. 101; *Link*, Mitgliedschaftsrecht (o. Fn. 11), S. 308–311; *Engelhardt*, Kirchenmitgliedschaft (o. Fn. 39), S. 148. Zu den Rechtsfolgen zutreffend BFH, U. vom 4. 5. 1983 – II R 180/79, in: JZ 1984, S. 49 f. (50), mit Anmerkung von *Axel Frhr. v. Campenhausen*, S. 50 f. – Bei der Auswahl eines Vormunds durch das Familiengericht ist unter anderem das religiöse Bekenntnis des Mündels zu berücksichtigen, § 1779 Abs. 2 S. 2 BGB.

¹⁷⁶ *Matthias Jestaedt*, → § 42, Rn. 99 f.

¹⁷⁷ Näher *Horst Deinert*, Kirchenaustritt und Betreuung, in: FamRZ 2006, S. 243–246.

¹⁷⁸ So zum Beispiel § 1 Abs. 2 S. 2 Gesetz zur Regelung der Verleihung und des Entzugs der Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts an Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften in Nordrhein-Westfalen (Körperschaftsstatusgesetz) 16. 9. 2014 (GVBl. S. 604).

¹⁷⁹ Wie § 2 Abs. 1 S. 1 KiStG LSA: „Die Kirchensteuerverpflichtung beginnt mit dem ersten Tag des Kalendermonats, der [...] auf die Aufnahme in eine steuerberechtigte Religionsgemeinschaft folgt.“

3. Mitgliedschaftserwerb in den Formen des Privatrechts

- 131** Die Mitgliedschaft in privatrechtlich verfaßten Religionsgemeinschaften wird in den Formen des Privatrechts erworben, also im wesentlichen nach dem Vereinsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seiner Ausgestaltung durch das Satzungsrecht der Religionsgemeinschaft. Konstitutiv für die Mitgliedschaft sind die privatrechtlichen Willenserklärungen des Bewerbers, der die Mitgliedschaft beantragt (Eintritt), und der Religionsgemeinschaft, die diesen Antrag ausdrücklich oder konkludent, individuell oder generell annimmt (Aufnahme). Eine religiöse Handlung – wie die Taufe – genügt dafür an sich nicht. Jedoch wird sich die Zustimmung des Täuflings oder seiner gesetzlichen Vertreter in der Regel als konkludente Erklärung des Vereinsbeitritts deuten lassen. Auf diese Weise kann auch bei privatrechtlich organisierten christlichen Kirchen der Vollzug der Taufe für den Erwerb der Mitgliedschaft genügen.
- 132** Die allgemeinen Voraussetzungen für die Wirksamkeit privatrechtlicher Willenserklärungen gewährleisten die Freiwilligkeit der Mitgliedschaft. Die Religionsgemeinschaft kann weitere Voraussetzungen für die Mitgliedschaft nach ihrem religiösen Selbstverständnis regeln.

4. Mitgliedschaftserwerb in den Formen des öffentlichen Rechts

- 133** Der Erwerb der Mitgliedschaft in einer öffentlich-rechtlich verfaßten Religionsgemeinschaft ist Rechtsfolge der Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestands nach dem religionsgemeinschaftlichen Recht. Ihre bürgerliche Wirksamkeit setzt voraus, daß sie dem zurechenbaren Willen des Mitglieds entspricht.
- 134** Der im Recht der christlichen Kirchen geregelte Erwerb der Kirchenmitgliedschaft durch die Taufe (s. o. Rn. 23, 37–39, 80) ist paradigmatisch für religionsgemeinschaftliche Regelungen, die den Mitgliedschaftserwerb an den *Vollzug einer liturgischen oder sonst religiösen Handlung* knüpfen. Die Taufe¹⁸⁰ begründet die Kirchenmitgliedschaft mit bürgerlicher Wirkung, wenn der religionsmündige Täufling oder die gesetzlichen Vertreter des religionsunmündigen

¹⁸⁰ Zur Maßgeblichkeit der kirchenrechtlichen Bindung der Kirchenmitgliedschaft an die Taufe *Mückl*, Kirchliche Organisation (o. Fn. 16), Rn. 27; *Engelhardt*, Kirchenmitgliedschaft (o. Fn. 39), S. 146–148.

Täuflings¹⁸¹ in die Taufe eingewilligt haben. Dem religionsunmündigen Getauften ist die Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter – wie sonst auch – unabhängig davon zuzurechnen, ob er selbst von seiner Taufe weiß.¹⁸² Für eine Einschränkung danach, ob „eine solche Person bei objektiver Betrachtung aufgrund besonderer Lebensumstände keine Veranlassung hatte, die Möglichkeit einer ihr verschwiegenen und auch sonst nicht bekannt gewordenen Taufe im Kindesalter auch nur in Erwägung zu ziehen, und daher als sicher davon ausgehen durfte, nicht Mitglied einer Kirche und deshalb auch nicht kirchensteuerpflichtig zu sein“¹⁸³, gibt es keinen Grund, ebensowenig wie bei „verschwiegenen“ privatrechtlichen Verbindlichkeiten.

Willensmängel oder Mängel in der gesetzlichen Vertretung können die Einwilligung unwirksam machen. Das ist etwa der Fall, wenn einer der Personensorgeberechtigten der Entscheidung des anderen widerspricht¹⁸⁴ oder wenn die Maßgaben des § 3 RKEG verletzt sind. Eine Taufe ohne wirksame Einwilligung ist – unbeschadet ihrer sakramentalen Gültigkeit nach dem kirchlichen Recht (s. o. Rn. 37, 72, 76 f., 80) – nicht bürgerlich wirksam, begründet also keine für das staatliche Recht wirksame Kirchenmitgliedschaft,¹⁸⁵ bis der Mangel durch eine wirksame Bestätigung nach dem Willen des Getauften oder seiner gesetzlichen Vertreter geheilt ist. Ein Anspruch auf Nichtigerklärung der Taufe folgt daraus nicht,¹⁸⁶ denn die kirchen-

135

¹⁸¹ Siehe oben Rn. 128. Grundlegend für die Anerkennung der Mitgliedschaft kraft Kindertaufe BVerfGE 30, 415 (424); bestätigt durch BVerfG, B. vom 30.11.1983 – 1 BvR 1016/83, in: NJW 1984, S. 969; BVerfG, B. vom 2.7.2008 – 1 BvR 3006/07, in: NJW 2008, S. 2978–2981, Abs. 35; BFH, U. vom 4.5.1983 – II R 180/79, in: JZ 1984, S. 49 f., mit Anmerkung (o. Fn. 175).

¹⁸² Zutreffend für einen Kirchensteuerpflichtigen, dem seine Eltern nie von seiner Taufe im Kleinkindalter erzählt hatten und der jahrzehntelang nicht zur Kirchensteuer herangezogen worden war, OVG Berlin-Brandenburg, B. vom 22.6.2010 – 9 N 169.08; im Ergebnis bestätigt durch VerfGH Berlin, B. vom 15.4.2011 – 131/10, in: ZevKR 56 (2011), S. 453–457; dazu Arne Ziekow, Anmerkung, in: ZevKR 56 (2011), S. 457–460.

¹⁸³ So – hypothetisch – VerfGH Berlin, B. vom 15.4.2011 – 131/10, in: ZevKR 56 (2011), S. 453 (455, Abs. 20); dagegen *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 18), Rn. 180; Ziekow, Anmerkung (o. Fn. 182), S. 459 f.

¹⁸⁴ Josef Jurina, Taufe eines gemeinsamen Kindes gegen den Willen eines Elternteils, in: KuR 2003, S. 179–186 (Leitzahl 905, S. 5–12); Mückl, Kirchliche Organisation (o. Fn. 16), Rn. 27.

¹⁸⁵ Engelhardt, Kirchenmitgliedschaft (o. Fn. 39), S. 148.

¹⁸⁶ BayVGh, B. vom 16.1.2012 – 7 ZB 11.1569, Abs. 10. – Zum Anspruch des Personensorgeberechtigten gegen die Großmutter auf Widerruf der unwahren Behauptung einer Nottaufe siehe die in mehrfacher Hinsicht kuriose Entscheidung des AG Hagen, U. vom 9.7.2012 – 10 C 187/12.

rechtlichen Rechtsfolgen selbst kann das staatliche Recht nicht kasieren, es kann sie nur unbeachtlich sein lassen.

136 Eine Mitgliedschaft, die das Recht einer Religionsgemeinschaft kraft *Abstammung* begründet sieht,¹⁸⁷ wird wiederum erst durch eine erkennbare Bestätigung durch das Mitglied oder seine gesetzlichen Vertreter bürgerlich wirksam.¹⁸⁸ Das setzt keine förmliche, dem religiösen Selbstverständnis möglicherweise fremde Beitrittserklärung voraus;¹⁸⁹ erforderlich, aber auch ausreichend ist eine Willensbetätigung, die zumindest konkludent die Zustimmung zur Mitgliedschaft in einer konkreten Körperschaft der Religionsgemeinschaft erkennen lässt. Zum Beispiel bestätigen Eltern, die selbst einer öffentlich-rechtlich verfaßten jüdischen Gemeinde angehören und ihren Sohn durch die rituelle Beschneidung, ihre Tochter durch eine zeremonielle Namensgebung in die religiöse Praxis ihrer Gemeinde hineinnehmen, die Mitgliedschaft ihres Kindes in dieser Gemeinde auch im Rechtsinn.

137 Nach dem Recht der öffentlich-rechtlich verfaßten Religionsgemeinschaften, welche ihren Wirkungsbereich territorial definieren oder gliedern und die Mitgliedschaft nach dem Parochialprinzip regeln,¹⁹⁰ ist die *Begründung des Wohnsitzes* grundsätzlich ein Tatbestand für den Erwerb der Mitgliedschaft in der betreffenden Gebietskörperschaft (Wohnsitzkörperschaft). Er setzt die Zugehörigkeit

¹⁸⁷ Zum Abstammungsprinzip im jüdischen Recht siehe oben Rn. 17. Zu staatskirchent mlichen Resten im evangelischen Kirchenrecht siehe oben Fn. 110.

¹⁸⁸ BFH, U. vom 24. 3. 1999 – I R 124/97; BVerwG, U. vom 23. 9. 2010 – 7 C 22/09; ebenso bereits BFH, U. vom 6. 10. 1993 – I R 28/93 (gestützt auf die Angabe des „Bekanntnisses“ bei der Meldebehörde); ferner FG Köln, U. vom 6. 2. 2002 – 11 K 3900/99, in: ZevKR 50 (2005), S. 117–121 – dazu *Markus Kapischke*, Mitgliedschaft und Steuerpflicht in jüdischen Gemeinden, in: ZevKR 50 (2005), S. 112–116. Ebenso u. a. v. *Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 13), S. 156 f.; *Claus Dieter Classen*, Religionsrecht, 2. Aufl. 2015, Rn. 340, 346; *Kuntze*, Mitgliedschaft (o. Fn. 2), S. 314–320; *Link*, Mitgliedschaftsrecht (o. Fn. 11), S. 310 f.; *Mückl*, Kirchliche Organisation (o. Fn. 16), Rn. 28; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 18), Rn. 181. – Anders noch BVerwG, U. vom 9. 7. 1965 – VII C 16.62, E 21, 330 (332–334); anders auch *Hammer*, Rechtsfragen der Kirchensteuer (o. Fn. 157), S. 281 f.

¹⁸⁹ So sinnvoll sie sein kann; *Kuntze*, Mitgliedschaft (o. Fn. 2), S. 320.

¹⁹⁰ Zu dem durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV öffneten Parochialrecht *Stefan Magen*, → § 27, Rn. 42 f. – Zum Parochialprinzip im evangelischen Kirchenrecht s. o. Rn. 79–84; zur parochial begründeten Mitgliedschaft in einer jüdischen Gemeinde s. o. Rn. 21; siehe jedoch zu der der Mitgliedschaft nachgeordneten Bedeutung des Wohnsitzes in der römisch-katholischen Kirche o. Rn. 34, 42.

des Zuziehenden zu der Religionsgemeinschaft voraus, als deren Organisationsgestalt die Wohnsitzkörperschaft auftritt. Die erforderliche Kontinuität zwischen der bestehenden Zugehörigkeit und der zu erwerbenden Mitgliedschaft muß von beiden Seiten gedeckt sein: Auf der einen Seite definiert das Recht der Wohnsitzkörperschaft, welche Zugehörigkeiten sich in der Mitgliedschaft kraft ihres Parochialrechts fortsetzen sollen; auf der anderen Seite muß sich entweder aus den zuvor bestehenden mitgliedschaftlichen Bindungen des Zuziehenden oder aus seinem Willen (*votum positivum*) ergeben, daß die Wohnsitzkörperschaft ihn als Mitglied in Anspruch nehmen darf.

Aus den zuvor bestehenden mitgliedschaftlichen Bindungen des Zuziehenden ergibt sich der Mitgliedschaftswechsel, wenn das Recht beider Körperschaften in den die Mitgliedschaft begründenden Tatbeständen übereinstimmt – sei es kraft einer für beide Körperschaften gemeinsam geltenden Norm, aufgrund einer Mitgliedschaftsvereinbarung oder aufgrund sonst einer kongruenten Regelung.¹⁹¹

Die Angabe der Religionszugehörigkeit bei den staatlichen Meldebehörden¹⁹² bringt ein *votum positivum* zum Ausdruck, wenn sie sich eindeutig genug auf eine bestimmte Religionsgemeinschaft bezieht.¹⁹³ Eine bestehende mitgliedschaftliche Bindung (soeben Rn. 138) wirkt umgekehrt auch dann, wenn ihre Angabe unterlassen wird; in diesem Fall hindert das Verschweigen nicht den Übergang des Mitglied-

138

139

¹⁹¹ *Klaus Obermayer*, Der automatische Erwerb der Kirchenmitgliedschaft nach evangelischem Kirchenrecht, in: NVwZ 1985, S. 77–81; *Hanns Engelhardt*, Kirchensteuer bei Zuzug aus dem Ausland, in: NVwZ 1992, S. 239–241; *Haß*, Kirchenmitgliedschaft (o. Fn. 13), S. 171 f., 185 f. Schon die „Bekenntnisidentität“ (nach Maßgabe ihrer selbstbestimmten Anerkennung durch die Religionsgemeinschaften) genügt nach BVerwG, U. vom 12. 4. 1991 – 8 C 62/88, in: NVwZ 1992, S. 66 f.; BFHE 177, 194 (197); näher *Axel Frhr. v. Campenhausen*, Die staatskirchenrechtliche Bedeutung des kirchlichen Mitgliedschaftsrechts (§ 26), in: HSKR², Bd. 1, 1994, S. 755–775 (774 f.), auch in: ders., *Gesammelte Schriften II*, hg. von Hans Michael Heinig/Hendrik Munsonius, 2014, S. 535–552; *ders.*, Verantwortete Partikularität (o. Fn. 117); siehe auch das Kirchenrechtliche Institut der EKD, Gutachten vom 12. 3. 1997: Zum Kirchenmitgliedschaftsrecht bei zuziehenden Ausländern, in: *Göttinger Gutachten II. Kirchenrechtliche Gutachten in den Jahren 1990–2000*, hg. von Axel Frhr. v. Campenhausen/Christoph Thiele, 2002, S. 31 f. (32), das dem einen Vorbehalt gegenüber einseitigen Eingriffen „in mitgliedschaftsrechtliche Kompetenzen der abgebenden Kirche“ anfügt.

¹⁹² § 17 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, § 24 Abs. 1 S. 1, § 3 Abs. 1 Nr. 11 BMG.

¹⁹³ *Classen*, Religionsrecht (o. Fn. 188), Rn. 356. So wohl auch – allerdings vom überbetonten Gegenteil her – *Kuntze*, Mitgliedschaft, in: HEKR (o. Fn. 108), Rn. 36–39. Eine solche Auslegung generell ausschließend *Haß*, Kirchenmitgliedschaft (o. Fn. 13), S. 193–197.

schaftsverhältnisses auf die Wohnsitzkörperschaft, sondern macht nur die Meldedaten unrichtig.

- 140 Die Anforderungen an ein *votum positivum* bei den staatlichen Meldebehörden sind in den Fällen umstritten, in denen aus dem Ausland Zuziehende ihre Religion angeben, ohne sich aller Rechtsfolgen – insbesondere einer möglichen Kirchensteuerpflicht – bewußt zu sein.¹⁹⁴ Die Religionsfreiheit fordert jedenfalls, daß der Zuziehende mit seiner Angabe zumindest sinngemäß eine Zugehörigkeit zur entsprechenden Körperschaft am neuen Wohnsitz identifiziert. Ob er sich darüber hinaus Vorstellungen über die Rechtsfolgen aus dieser Zugehörigkeit macht,¹⁹⁵ kann hier nicht erheblicher sein als für die anderen Tatbestände des Mitgliedschaftserwerbs¹⁹⁶: Ebensowenig wie für eine rechtsgeschäftliche Beitrittserklärung, für die Einwilligung in die Taufe, für den Übertritt oder für die Ableitung des Mitgliedschaftswechsels aus dem Recht der Religionsgemeinschaft, der der Zuziehende bereits angehörte, kommt es für das *votum positivum* auf eine positive Kenntnis von bestimmten Mitgliederpflichten an.¹⁹⁷

- 141 Für Mitglieder der römisch-katholischen Kirche betrifft ein Wechsel der Wohnsitzes in eine andere Gemeinde und gegebenenfalls Diö-

¹⁹⁴ Der Mitgliedschaftserwerb wird dann für unvereinbar mit der Religionsfreiheit gehalten von *Obermayer*, Erwerb der Kirchenmitgliedschaft (o. Fn. 191); dagegen *Meyer*, Zuziehende Evangelische (o. Fn. 116), S. 318–323; *Rausch*, Die mitgliedschaftliche Erfassung Zuziehender (o. Fn. 116), S. 351–355. Gegen die kirchengesetzliche Inanspruchnahme der melderechtlichen Angabe als *votum positivum* durch § 9 Abs. 3 KMG EKD (s.o. Rn. 83) auch *Engelhardt*, Kirchenmitgliedschaft (o. Fn. 39), S. 156 f.

¹⁹⁵ Vgl. *de Wall*, in: Kirchenrecht (o. Fn. 52), § 26, Rn. 12; *dens.*, Einheit (o. Fn. 104), S. 130 f.: Der Erklärende müsse über die Folgen seiner Erklärung aufgeklärt werden. Ebenso *Winter*, Probleme des Territorialprinzips (o. Fn. 118), S. 4 f.; früher *Axel Frhr. v. Campenhausen*, Die Zugehörigkeit zu den Kirchen und Religionsgemeinschaften (§ 13) – Staatskirchenrechtliche Probleme der Kirchenmitgliedschaft, in: HSKR¹, Bd. 1, 1974, S. 645–656 (656). – Anders (vom zuvor weitergehenden Ansatz her; s.o. Fn. 191) BVerwG, U. vom 12. 4. 1991 – 8 C 62/88, in: NVwZ 1992, S. 66 f.: Einer Aufklärung „bedarf es in solchen Fällen (jedenfalls) dann nicht, wenn [...] beide Kirchen eine Kirchensteuer erheben und der Zuziehende daher vom Bestehen der Kirchensteuerpflicht ausgehen muß“. Dem folgend BFHE 177, 194; v. *Campenhausen*, Die staatskirchenrechtliche Bedeutung des kirchlichen Mitgliedschaftsrechts (o. Fn. 191), S. 775. Für Billigkeitsmaßnahmen in Einzelfällen, in denen eine überraschende Heranziehung zur Kirchensteuer aufgrund besonderer Umstände unzumutbar erscheint, *Hammer*, Rechtsfragen der Kirchensteuer (o. Fn. 157), S. 287 f.

¹⁹⁶ *Engelhardt*, Kirchensteuer bei Zuzug (o. Fn. 191), S. 241.

¹⁹⁷ *Rausch*, Die mitgliedschaftliche Erfassung Zuziehender (o. Fn. 116), S. 387 f.

zese lediglich die Lokalisierung ihrer im übrigen unveränderten Zugehörigkeit zur römisch-katholischen Weltkirche (s. o. Rn. 42). Deren Wirkung bedarf deshalb keines *votum positivum*.¹⁹⁸

Für Mitglieder einer Gliedkirche der Evangelischen Kirche in Deutschland ist der Wechsel der Ortsgemeinde vom Recht der Landeskirche, der Wechsel der Landeskirche von § 8 KMG EKD gedeckt, jeweils unter dem Vorbehalt eines *votum negativum*. Der Mitgliedschaftserwerb zuziehender Mitglieder einer anderen evangelischen Kirche folgt gegebenenfalls aus einer Mitgliedschaftsvereinbarung nach § 9 Abs. 2 KMG EKD, wiederum unter dem Vorbehalt eines *votum negativum*, sonst aus einem *votum positivum* nach § 9 Abs. 1, 3 KMG EKD.¹⁹⁹

142

Das Parochialrecht der öffentlich-rechtlich verfaßten jüdischen Gemeinden kennt gegenwärtig keine übergemeindlichen Rechtsgrundlagen, auf die sich ein Mitgliedschaftserwerb allein durch Wohnsitznahme – also ohne ein besonderes Anmeldeverfahren – stützen könnte.²⁰⁰ Das deshalb erforderliche *votum positivum* beim Zuzug trägt jedenfalls dann den Mitgliedschaftserwerb, wenn es sich ausdrücklich auf die bestimmt bezeichnete Wohnsitzgemeinde richtet. Genügen kann aber auch die nicht so spezifische Angabe, zum Judentum zu gehören, wenn sie sich nach den Umständen eindeutig auf die jüdische Wohnsitzgemeinde beziehen läßt.²⁰¹

143

¹⁹⁸ FG Münster, U. vom 25.11.2011 – 4 K 597/10 Ki.

¹⁹⁹ Siehe oben Rn. 83. – Zur Wirksamkeit des *votum positivum* bei den staatlichen Meldebehörden s. o. Rn. 139 f.

²⁰⁰ Nur scheinbar anders insoweit *Michael Demel*, → § 24, Rn. 16, der aus der übergemeindlichen Verbundenheit aber nicht die Überflüssigkeit, sondern nur eine auf die Verbundenheit abstellende Interpretation des *votum positivum* bei Zuzug folgert.

²⁰¹ So BVerfG, B. vom 17.12.2014 – 2 BvR 278/11, Abs. 39, 41 f., 45–52, 57–74: Die Angabe „mosaisch“ beim Einwohnermeldeamt genügt für die Zuordnung zur örtlichen jüdischen Einheitsgemeinde. Enger zuvor noch BVerwG, U. vom 23.9.2010 – 7 C 22/09. Für eine Auslegung unter Berücksichtigung aller Umstände auch *Michael Demel*, → § 24, Rn. 13–18; *ders.*, Gebrochene Normalität (o. Fn. 5), S. 234 ff. Die engere Ansicht fordert zusätzlich zur ausdrücklichen Selbstzuordnung zum Judentum, daß der Zuziehende die Mitgliedschaft in der Wohnsitzgemeinde entweder durch die Mitgliedschaft in einer organisationsrechtlich mit ihr verbundenen Gemeinde „antizipiert“ hat oder sich durch eine Beitrittserklärung ausdrücklich aneignet: *Kuntze*, Mitgliedschaft (o. Fn. 2), S. 320–324 (dem genannten Urteil des BVerwG folgend); *ders.*, Selbstverschuldet Mitglied in einer Religionsgemeinschaft?, in: ZevKR 61 (2016), S. 86–96 (93–96: gegen die genannte Entscheidung des BVerfG); im Ergebnis ebenso *Heinig*, Religionsfreiheit im Schul- und Mitgliedschaftsrecht (o. Fn. 123), S. 216 f. – Nach § 4 Abs. 2 RAustrG Saarland

- 144** Für den Erwerb der Mitgliedschaft durch *Übertritt, Aufnahme oder Wiederaufnahme* darf das staatliche Recht wie für die anderen Erwerbsstatbestände nur Freiwilligkeit und Eindeutigkeit verlangen.
- 145** Übertritt, Aufnahme und Wiederaufnahme sind Gegenstand der Religionsfreiheit und des Selbstbestimmungsrechts der aufnehmenden Religionsgemeinschaft. Sie sind nicht von einer Gestattung durch staatliches Recht abhängig, sondern haben bürgerliche Wirkung innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes. Dafür genügen entsprechende Erklärungen²⁰² gegenüber der aufnehmenden Religionsgemeinschaft in Verbindung mit deren Regelungen ohne weiteres, wenn sie nicht an einem Mangel im Willen oder in der gesetzlichen Vertretung leiden und rechtssicher dokumentiert sind. Das staatliche Recht darf sie nicht von darüber hinausgehenden Formvorschriften, etwa einer besonderen Erklärung gegenüber einer staatlichen Behörde abhängig machen.
- 146** Die landesgesetzlichen Vorschriften, die für die Wirksamkeit eines Übertritts eine vorausgehende Austrittserklärung fordern,²⁰³ nehmen

(u. Fn. 214) wird ein Jude, der aus einer Synagogengemeinde ausgetreten ist, nur dann Mitglied einer anderen Synagogengemeinde, wenn er ihrem Vorstand seinen Beitritt schriftlich erklärt. Diese Anforderungen lassen sich im Ansatz damit rechtfertigen, daß die vorausgehende Austrittserklärung eine nur durch entsprechende Förmlichkeit widerlegbare Vermutung auch gegen einen neuen Willen zur Mitgliedschaft in einer anderen Gemeinde begründet.

²⁰² Die Wiederaufnahme kann noch nicht aus der Angabe der Religionszugehörigkeit bei der Meldebehörde, der Zahlung von Kirchensteuer oder der Entgegennahme kirchlicher Amtshandlungen allein geschlossen werden; siehe z.B. BFH, U. vom 3.8.2005 – I R 85/03, in: NVwZ-RR 2007, S. 59; VG Hannover, U. vom 9.3.1998 – 7 A 1132/97, in: ZevKR 46 (2001), S. 86–94, mit Anmerkung von *Christian Meyer*, S. 94–96; insoweit zutreffend auch *Kuntze*, Mitgliedschaft, in: HEKR (o. Fn. 108), Rn. 24; a.A. *Peter Unruh*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (o. Fn. 162), Bd. 3, Art. 140 GG/Art. 137 WRV, Rn. 145, Fn. 145. Allgemein zu den Anforderungen, allerdings ohne deren Zurechnung zu den religionsgemeinschaftlichen Regelungen einerseits, den Bedingungen für deren bürgerliche Wirksamkeit andererseits in jeder Hinsicht deutlich zu machen, *Haß*, Kirchenmitgliedschaft (o. Fn. 13), S. 223–228. Zu Erklärungsgehalt und Wirkung der Konfessionsangabe bei der Meldebehörde näher *Rausch*, Die mitgliedschaftliche Erfassung Zuziehender (o. Fn. 116), S. 385–390.

²⁰³ So für alle Fälle, in denen nicht die beiden beteiligten Religionsgemeinschaften den Übertritt durch Vereinbarung zugelassen haben, § 26 Abs. 4 KiStG Baden-Württemberg; Art. 3 Abs. 4 S. 3 KiStG Bayern; § 2 Abs. 4 Nr. 4 KiStG Berlin; § 6 Abs. 6–8 KiStG Mecklenburg-Vorpommern; § 5 KiAustrG Niedersachsen (u. Fn. 214); § 3 Abs. 4 KiStG Sachsen. – Hingegen trägt § 2 Abs. 3 S. 2 KiStG Brandenburg der Wirksamkeit eines Übertritts (S. 1 Nr. 4) ohne Nachweis einer Austrittserklärung (S. 1 Nr. 3) Rechnung; folgerichtig macht § 2 Abs. 6 S. 2 KiStG Brandenburg nur die Entgegennahme von

keine Rücksicht darauf, ob diese nicht dem Selbstverständnis der beteiligten Religionsgemeinschaften und des Übertretenden widerspricht. So läuft es etwa dem christlichen Taufverständnis zuwider, den Erwerb der Kirchenmitgliedschaft durch die Taufe von zusätzlichen Erklärungen gegenüber Dritten abhängig zu machen; ebenso ignoriert es die Ekklesiologie der evangelischen Kirchen, für den Übertritt aus einer anderen christlichen Kirche etwas anderes als eine positive Bekundung des evangelischen Bekenntnisses vorauszusetzen²⁰⁴ und dieser auch noch einen austrittsbedingten kirchenmitgliedschaftslosen Zwischenstatus vorausgehen zu lassen. Die landesgesetzlichen Vorschriften, die dies trotzdem verlangen, greifen in die Religionsfreiheit des Übertretenden und in das Selbstbestimmungsrecht der aufnehmenden Religionsgemeinschaft²⁰⁵ ein. Mangels eines überwiegenden Interesses daran, daß Freiwilligkeit und Rechtssicherheit gerade in der Form einer Austrittserklärung vor der staatlichen Behörde gewährleistet werden, sind sie unverhältnismäßig und verletzen somit Art. 4 Abs. 1–2 GG und Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3, 5 WRV.²⁰⁶ Von einer Zustimmung der Religionsgemeinschaft, der der Übertretende angehört,²⁰⁷ darf die bürgerliche Wirkung des

Übertrittserklärungen durch den Staat von einer Vereinbarung der beteiligten Religionsgemeinschaften abhängig. – Das Recht der übrigen Bundesländer gibt der bürgerlichen Wirksamkeit des Übertritts Raum, indem es keine besondere Regelung darüber trifft.

²⁰⁴ v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 13), S. 162.

²⁰⁵ Daran ändert es nichts, wenn sich das Recht der Religionsgemeinschaft notgedrungen oder aus ökumenischer Rücksicht darauf einstellt wie § 7 Abs. 2, § 13 Abs. 2 KMG EKD. Zu diesen Regelungen Robbers, Fragen des Kirchenübertritts (Fn. 10), S. 28–31.

²⁰⁶ So im Ansatz (siehe aber gleich die Einschränkung bei Fn. 207) Robbers, Fragen des Kirchenübertritts (Fn. 10), S. 24–26; v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 13), S. 162; Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, GG (o. Fn. 202), Art. 137 WRV, Rn. 56; ders., Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 18), Rn. 186.

²⁰⁷ Wie sie die in Fn. 203 genannten Vorschriften in Gestalt einer entsprechenden Übertrittsvereinbarung zwischen den beteiligten Religionsgemeinschaften voraussetzen wollen; ebenso Classen, Religionsrecht (o. Fn. 188), Rn. 351; Haß, Kirchenmitgliedschaft (o. Fn. 13), S. 211–215; Kuntze, Mitgliedschaft, in: HEKR (o. Fn. 108), Rn. 25; Mückl, Kirchliche Organisation (o. Fn. 16), Rn. 34; Unruh, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 18), Rn. 186; ders., in: v. Mangoldt / Klein / Starck, GG (o. Fn. 202), Art. 137 WRV, Rn. 56; de Wall, in: Kirchenrecht (o. Fn. 52), § 26, Rn. 8. Auch Robbers, Fragen des Kirchenübertritts (Fn. 10), S. 24–28, konstruiert die Subsidiarität der Tatbestände des staatlichen Rechts gegenüber den kirchenrechtlichen Übertrittstatbeständen wohl nur zugunsten von Übertrittsvereinbarungen, seine zutreffenden Argumente sind aber auf einseitige Regelungen der aufnehmenden Religionsge-

Übertritts ebensowenig abhängig gemacht werden wie die einer Austrittserklärung vor der staatlichen Behörde.

- 147** Das staatliche Melderecht unterstützt die Effektivität des öffentlich-rechtlich gestalteten Mitgliedschaftsrechts, indem es bei der Anmeldung des Wohnsitzes auch die Zugehörigkeit zu einer öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaft aufnimmt und spätere Veränderungen notiert. Der melderechtliche Informationsverbund, über den die Mitgliedschaftsdaten mit den öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften ausgetauscht und auf dem laufenden gehalten werden, dient nicht nur im Hinblick auf die Kirchensteuererhebung, sondern auch im Hinblick auf alle weiteren Rechtsfolgen der bürgerlichen Wirksamkeit des religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrechts.²⁰⁸

V. Die Beendigung und Wiederherstellung der Mitgliedschaft mit Wirkung für das staatliche Recht

1. Beendigung der Mitgliedschaft, religionsgemeinschaftliches Selbstbestimmungsrecht und individuelle Religionsfreiheit

- 148** Wie die Begründung (s.o. Rn. 126) ist auch die Beendigung der Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft in erster Linie eine Angelegenheit ihres Selbstbestimmungsrechts aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV. Demnach haben die Entscheidungen der Religionsgemeinschaft darüber, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Folgen die Mitgliedschaft endet, innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes bürgerliche Wirkung (s. o. Rn. 8 f.).
- 149** Das gilt zum einen für die Möglichkeit, daß eine Religionsgemeinschaft ein Mitglied ausschließt. Dem Selbstverständnis der großen christlichen Kirchen ist ein Ausschluß fremd (s.o. Rn. 49, 93); das Kirchenrecht antwortet auf Störungen des Verhältnisses allenfalls mit einer Minderung der Rechte aus der Mitgliedschaft (s.o. Rn. 51, 92). Bei anderen Religionsgemeinschaften hingegen können Ausschußregelungen begegnen, zum Beispiel in den Satzungen von jüdischen Gemeinden (s.o. Rn. 22). Das für alle geltende Gesetz sieht hierfür keine Schranken vor. Auch die individuelle Religionsfreiheit

meinschaft zu erweitern. – Die römisch-katholische Kirche erkennt Übertritt zu einer anderen Kirche nicht an, s. o. Rn. 40, 49, 51.

²⁰⁸ Arne Ziekow, → § 32, Rn. 21–45.

vermittelt keinen Anspruch gegen eine Religionsgemeinschaft, bei ihr Mitglied zu sein: So wenig sie diese verpflichtet, ein Mitglied aufzunehmen (s.o. Rn. 10), so wenig verpflichtet sie sie, ein Mitglied zu behalten.

Die – zum anderen – praktisch deutlich virulentere Möglichkeit eines Mitglieds, die Mitgliedschaft seinerseits durch Austritt aufzugeben,²⁰⁹ muß der Staat um der individuellen Religionsfreiheit in ihrer negativen Dimension willen gegenüber den Religionsgemeinschaften gewährleisten (s.o. Rn. 11).²¹⁰ Darin stößt die bürgerliche Wirksamkeit religionsgemeinschaftlicher Normen, die wie das Recht der christlichen Kirchen die Mitgliedschaft mit einem „character indelebilis“ verbinden (s.o. Rn. 23, 49, 72), an die Schranken des für alle geltenden Gesetzes. Der Staat muß die Religionsgemeinschaften aber nicht dazu zwingen, entgegen ihrem Selbstverständnis eigene Austrittsregelungen vorzuhalten. Vielmehr ist es ein gleich geeignetes, milderes und damit zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit vorrangiges Mittel, wenn der Staat selbst die nötigen Vorkehrungen dafür trifft, daß Mitglieder einer Religionsgemeinschaft für die Beendigung der bürgerlichen Wirkungen ihrer Mitgliedschaft den Austritt erklären können.²¹¹ Der Bedarf nach staatlicher Regelung ist eine Kehrseite der bürgerlichen Wirksamkeit der Mitgliedschaft und damit des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften.²¹²

150

2. Rechtsgrundlagen und Verfahren des Austritts aus einer Religionsgemeinschaft nach staatlichem Recht

Den Austritt aus einer Religionsgemeinschaft, die sich als Verein bürgerlichen Rechts organisiert, gewährleistet das staatliche Recht mit der allgemeinen, unabdingbaren Regelung in § 39 Abs. 1 BGB.²¹³

151

²⁰⁹ Dazu allgemein *Hanns Engelhardt*, Der Austritt aus der Kirche, 1972; *Güthoff / Haering / Pree* (Hg.), Kirchenaustritt (o. Fn. 71), dazu *Hammer*, Kirchenaustritt (o. Fn. 92). Zur Geschichte des Kirchenaustrittsrechts siehe oben Rn. 5 mit Fn. 11.

²¹⁰ BVerfGE 30, 415 (423 f., 425 f.); 44, 37 (49); *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, GG (o. Fn. 202), Art. 137 WRV, Rn. 51, 54, 60.

²¹¹ v. *Campehausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 13), S. 152, 161.

²¹² Vgl. dazu oben Fn. 12. Zur Kontroverse um die Kompetenzen des Staates zur Regelung und Ausführung des Kirchenaustrittsrechts unter der Weimarer Verfassung *Schmal*, Kirchenaustrittsrecht (o. Fn. 11), S. 222–226.

²¹³ *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, GG (o. Fn. 202), Art. 137 WRV, Rn. 53; siehe auch *May*, Kirchenaustritt (o. Fn. 11), S. 26 f.

- 152** Den Austritt aus öffentlich-rechtlich verfaßten Religionsgemeinschaften regelt das Landesrecht entweder in den staatlichen Kirchensteuergesetzen im Zusammenhang mit den für den Staat nächstliegenden steuerrechtlichen Wirkungen der Mitgliedschaft oder in besonderen Kirchnaustrittsgesetzen.²¹⁴

²¹⁴ *Baden-Württemberg*: § 26 Gesetz über die Erhebung von Steuern durch öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften in Baden-Württemberg (Kirchensteuergesetz – KiStG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.6.1978 (GBl. S. 369), zuletzt geändert am 23.2.2017 (GBl. S. 99, 102). *Bayern*: Art. 3 Abs. 4 Gesetz über die Erhebung von Steuern durch Kirchen, Religions- und weltanschauliche Gemeinschaften (Kirchensteuergesetz – KirchStG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 21.11.1994 (GVBl. S. 1026), zuletzt geändert am 24.7.2017 (GVBl. S. 394), mit § 2 Verordnung zur Ausführung des Kirchensteuergesetzes (AVKirchStG) vom 15.3.1967 (BayRS 2220-4-1-K), zuletzt geändert am 3.2.2015 (GVBl. S. 20). *Berlin*: Gesetz über den Austritt aus Religionsgemeinschaften öffentlichen Rechts (Kirchnaustrittsgesetz [KiAustrG]) vom 30.1.1979 (GVBl. S. 183), zuletzt geändert am 17.12.2014 (GVBl. S. 519). *Brandenburg*: § 2 Abs. 3 Nr. 3, Abs. 6 Gesetz über die Erhebung von Steuern durch Kirchen und andere Religionsgemeinschaften im Land Brandenburg (Brandenburgisches Kirchensteuergesetz – BbgKiStG) vom 18.12.2008 (GVBl. I S. 358), geändert am 10.7.2014 (GVBl. I Nr. 30), mit Verordnung zur Bestimmung der zuständigen Stelle zur Entgegennahme und über die Behandlung von Austrittserklärungen aus einer Kirche, einer Religionsgemeinschaft oder Weltanschauungsvereinigung des öffentlichen Rechts (Kirchnaustrittsverordnung – KiAusV) vom 28.10.2004 (GVBl. II S. 886), geändert am 22.8.2013 (GVBl. II Nr. 62). *Bremen*: § 10 Gesetz über die Erhebung von Steuern durch Kirchen, andere Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsgemeinschaften in der Freien Hansestadt Bremen (Kirchensteuergesetz – KiStG) vom 23.12.1974 in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.8.2001 (GBl. S. 263), zuletzt geändert am 22.3.2016 (GBl. S. 200); §§ 5–8 Kirchengesetz der Bremischen Evangelischen Kirche über die Kirchenmitgliedschaft (KMG-BEK) vom 27.11.2002 (GVM S. 44), zuletzt geändert am 20.5.2015 (GVM S. 92). *Hamburg*: Gesetz über den Austritt aus Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts [RAustrG] vom 5.3.1962 (GVBl. S. 65), zuletzt geändert am 28.5.2014 (GVBl. S. 196). *Hessen*: Gesetz zur Regelung des Austritts aus Kirchen, Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaften des öffentlichen Rechts (KRWAG) vom 13.10.2009 (GVBl. I S. 394), zuletzt geändert am 24.1.2017 (GVBl. S. 12). *Mecklenburg-Vorpommern*: § 6 Gesetz über die Erhebung von Kirchensteuern im Land Mecklenburg-Vorpommern (Kirchensteuergesetz Mecklenburg-Vorpommern – KiStG M-V) vom 30.10.2014 (GVBl. S. 586). *Niedersachsen*: Gesetz über den Austritt aus Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts in Niedersachsen (Kirchnaustrittsgesetz – KiAustrG) vom 4.7.1973 (GVBl. S. 221), zuletzt geändert am 16.12.2014 (GVBl. S. 436). *Nordrhein-Westfalen*: Gesetz zur Regelung des Austritts aus Kirchen, Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsgemeinschaften des öffentlichen Rechts (Kirchnaustrittsgesetz – KiAustrG) vom 26.5.1981 (GVBl. S. 260), zuletzt geändert am 1.4.2014 (GVBl. S. 251). *Rheinland-Pfalz*: Landesgesetz über den Austritt aus Religionsgemeinschaften (RelAuG) vom 12.10.1995 (GVBl. S. 421, 425). *Saarland*: Gesetz [des Freistaats Preußen] betreffend den

Danach nimmt eine *staatliche Stelle* – das Standesamt oder das Amtsgericht²¹⁵ – Austrittserklärungen entgegen, stellt eine Bescheinigung darüber aus und benachrichtigt die übrigen zuständigen staatlichen Stellen sowie die Religionsgemeinschaft.²¹⁶ – Allein in Bremen ist der Austritt „gegenüber der Kirche oder der von ihr zu bestimmenden kirchlichen Stelle zu erklären“. Sofern diese Inanspruchnahme der Religionsgemeinschaften deren Selbstverständnis zuwiderläuft,²¹⁷ greift sie in ihr Selbstbestimmungsrecht aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV ein; da sie das mildere Mittel der Entgegennahme von Austrittserklärungen durch eine zuständige staatliche Stelle übergeht, ist dieser Eingriff unverhältnismäßig.

153

Für die Entgegennahme und Bescheinigung einer Austrittserklärung kann die Behörde nach allgemeinen Grundsätzen *Verwaltungskosten* erheben. Es handelt sich um eine staatliche Verwaltungstätigkeit im Interesse des einzelnen. Daß dieses Interesse grundrechtlich gewährleistet ist, schließt eine Kostenpflicht – wie sonst auch – nicht

154

Austritt aus den Religionsgesellschaften öffentlichen Rechts [RAustrG] vom 30. 11. 1920 (PrGS 1921 S. 119), zuletzt geändert am 31. 3. 2004 (ABl. S. 1037). *Sachsen*: § 3 Sächsisches Kirchensteuergesetz [KiStG] vom 14. 2. 2002 (GVBl. S. 82), geändert am 10. 8. 2015 (GVBl. S. 468). *Sachsen-Anhalt*: Kirchenaustrittsgesetz [KiAustrG] vom 15. 4. 1998 (GVBl. S. 178), zuletzt geändert am 26. 3. 2004 (GVBl. S. 234). *Schleswig-Holstein*: Gesetz über den Austritt aus Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts in Schleswig-Holstein (Kirchenaustrittsgesetz – KiAustrG) vom 8. 12. 1977 (GVBl. S. 491), zuletzt geändert am 1. 7. 2014 (GVBl. S. 127). *Thüringen*: § 13 Thüringer Gesetz zur Regelung des Kirchensteuerwesens (Thüringer Kirchensteuergesetz – ThürKiStG) vom 3. 2. 2000 (GVBl. S. 12), zuletzt geändert am 10. 6. 2014 (GVBl. S. 157), mit Verordnung zur Regelung des Verfahrens beim Austritt aus einer öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaft oder Weltanschauungsgemeinschaft (ThürReWeAusDVO) vom 5. 2. 2009 (GVBl. S. 58).

²¹⁵ Gemäß den soeben (Fn. 214) genannten Rechtsgrundlagen das *Standesamt* in Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Thüringen; die *Gemeinde* – die ja die Aufgaben sowohl des Standesamts als auch der Meldebehörde wahrnimmt – in Hessen und im Saarland; das *Amtsgericht* in Berlin, Brandenburg, Nordrhein-Westfalen.

²¹⁶ Zur grundrechtskonformen Verfahrensgestaltung *Thomas Stuhlfauth*, Das Recht zum Austritt aus der Kirche, in: DÖV 2009, S. 225–232.

²¹⁷ Sollte das Recht der Religionsgemeinschaft hingegen selbst ein Austrittsverfahren vorsehen, kann es bürgerliche Wirkung beanspruchen und macht das Verfahren vor staatlichen Behörden überflüssig. *Ludwig Renck*, Verfassungsprobleme des Kirchenaustritts aus kirchensteuerlichen Gründen, in: DÖV 1995, S. 373–375, hält umgekehrt schon die Bindung an ein Verfahren vor staatlichen Behörden für verfassungswidrig, weil er das religionsgemeinschaftliche Selbstbestimmungsrecht als bürgerlich unwirksam behandelt.

aus. Einige Bundesländer sehen eine Verwaltungsgebühr ausdrücklich vor,²¹⁸ andere befreien den Kirchenaustritt ausdrücklich von der Kostenpflicht,²¹⁹ ansonsten ist das allgemeine Verwaltungs- oder Justizverwaltungskostenrecht anwendbar. Solange die Kosten nicht so hoch sind, daß sie prohibitiv wirken – dem stünde schon das Äquivalenzprinzip entgegen –, greifen sie nicht in die negative Religionsfreiheit des Austrittswilligen ein.²²⁰

- 155** Die Austrittserklärung unterliegt den allgemeinen, in den Landesgesetzen meist wiederholten Regeln über die *Religionsmündigkeit* und die gesetzliche Vertretung noch nicht religionsmündiger Kinder (s. o. Rn. 128). Die Befugnis eines Vormunds (§ 1793 Abs. 1 S. 1 BGB) oder Pflegers (§ 1909 ff. BGB) ist gegenüber elterlichen Entscheidungen nachrangig und erstreckt sich nicht auf eine Austrittserklärung für das Kind, soweit sie „eine schon erfolgte Bestimmung über die religiöse Erziehung“ ändern würde; im übrigen steht sie unter dem Vorbehalt familiengerichtlicher Genehmigung (§ 3 RKEG).

²¹⁸ *Berlin*: § 1 Abs. 3 Kirchenaustrittsgesetz i. V. m. § 1 Abs. 2 Justizverwaltungskostengesetz Berlin (JKostG Bln) in der Fassung vom 16.8.1993 (GVBl. S. 372), zuletzt geändert am 16.4.2014 (GVBl. S. 98), und Nr. 7 der Anlage (30 Euro). *Hessen*: § 6 KRWAG (30 Euro). *Niedersachsen*: § 6 KiAustrG i. V. m. dem Niedersächsischen Verwaltungskostengesetz (NVwKostG) i. d. F. vom 25.4.2007 (GVBl. S. 172), zuletzt geändert am 15.12.2016 (GVBl. S. 301), und Nr. 47 des Kostentarifs zur Verordnung über die Gebühren und Auslagen für Amtshandlungen und Leistungen (Allgemeine Gebührenordnung – ALLGO) vom 5.6.1997 (GVBl. S. 171, ber. 1998 S. 501), zuletzt geändert am 19.6.2017 (GVBl. S. 195) (25 Euro). *Nordrhein-Westfalen*: § 6 KiAustrG, jetzt i. V. m. § 124 S. 3 Gesetz über die Justiz im Land Nordrhein-Westfalen (Justizgesetz Nordrhein-Westfalen – JustG NRW) vom 26.1.2010 (GVBl. S. 30), zuletzt geändert am 6.12.2016 (GVBl. S. 1066), und Nr. 5 des Gebührenverzeichnisses (30 Euro). *Rheinland-Pfalz*: § 5 RelAuG i. V. m. dem Landesgebührengesetz (LGebG) vom 3.12.1974 (GVBl. S. 578), zuletzt geändert am 13.6.2017 (GVBl. S. 106), und der Landesverordnung über die Gebühren für Amtshandlungen allgemeiner Art (Allgemeines Gebührenverzeichnis) vom 8.11.2007 (GVBl. S. 277), geändert am 19.5.2016 (GVBl. S. 262) (nach Aufwand). *Thüringen*: § 5 ThürReWeAusDVO (30 Euro).

²¹⁹ *Bremen*: Nicht nur die amtliche Beglaubigung einer Austrittserklärung durch den Standesbeamten zur schriftlichen Einreichung bei der Kirche ist gebührenfrei (§ 10 Abs. 2 S. 3 KiStG), sondern auch der Kirche ist die Erhebung einer Gebühr für die Bescheinigung verboten (§ 10 Abs. 3 KiStG); das erstreckt die Verletzung ihres Selbstbestimmungsrechts (siehe soeben in Rn. 153) in den Kostenaspekt hinein.

²²⁰ Im Ergebnis ebenso BVerfG, B. vom 2.7.2008 – 1 BvR 3006/07, in: NJW 2008, S. 2978–2981, Abs. 23 f., 34, 36–41: Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt; dem folgend *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 18), Rn. 184; näher *Stuhlfauth*, Austritt (o. Fn. 216), S. 227, 230 f. Die Abwägung ist auf den Eingriff in die Allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG zu übertragen.

Einige Gesetze binden die Austrittserklärung über das Religionsmündigkeitsalter von 14 Jahren (§ 5 S. 1 RKEG) hinaus an die *Geschäftsfähigkeit* und stellen für die Austrittserklärung eines Geschäftsunfähigen auf dessen gesetzliche Vertretung ab.²²¹ Das kann aber nicht gelten, wenn die Geschäftsunfähigkeit nicht die für den Gebrauch der Religionsfreiheit maßgebliche Einsichtsfähigkeit erfaßt. In solchen Fällen gehört die Entscheidung über die Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft nicht in den Aufgabenkreis des Betreuers und damit nicht in seine Vertretungsbefugnis (§ 1902 BGB).²²² Der Betreute muß dann auch ohne Mitwirkung des Betreuers den Austritt erklären können.²²³ Ist der Betreute hingegen nicht mehr fähig, einen Willen hinsichtlich der Mitgliedschaft zu bilden, muß die Vertretungsbefugnis des Betreuers an die Stelle der persönlichen Entscheidung treten. Ebensowenig, wie Betreute von der Möglichkeit einer Mitgliedschaft ausgeschlossen werden dürfen, darf ihnen die Möglichkeit ihrer Beendigung vorenthalten werden.²²⁴ Maßstab für die Entscheidung des Betreuers ist gemäß § 1901 Abs. 2 und 3 BGB das Wohl des Betreuten, das vorrangig nach dessen Wünschen zu beurteilen ist. Der Betreuer darf nicht seine eigenen Vorstellungen über den Sinn oder gar Nutzen der Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft an die Stelle der in der Regel anfangs durch die Eltern getroffenen Entscheidung für die Mitgliedschaft setzen. Die Austrittserklärung durch den Betreuer kommt demnach nur in Betracht, wenn es konkrete Anhaltspunkt dafür gibt, daß die Mitgliedschaft der tatsächlichen Befindlichkeit des Betreuten wider-

²²¹ § 2 Abs. 1 S. 1–2 KiAustrG Berlin; § 2 Abs. 1–2 KiAusV Brandenburg; § 2 S. 1–2 RAustrG Hamburg; § 6 Abs. 1 S. 2 KiStG Mecklenburg-Vorpommern; § 1 Abs. 1–2 KiAustrG Schleswig-Holstein; § 13 Abs. 1 S. 1–2 KiStG Thüringen. Präziser § 1 Abs. 3 RelAuG Rheinland-Pfalz: „Für geschäftsunfähige Minderjährige, die das 14. Lebensjahr vollendet haben, können die gesetzlichen Vertreter, denen die Personensorge zusteht, den Austritt erklären. Für geschäftsunfähige Volljährige können Betreuer den Austritt erklären, wenn ihr Aufgabenkreis die Bestimmung über die Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft umfaßt.“

²²² Zum ganzen *Deinert*, Kirchenaustritt und Betreuung (o. Fn. 177).

²²³ Ausdrücklich insoweit § 3 Abs. 2 S. 3 KiStG Sachsen: „Volljährige, für die nach § 1896 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Betreuer bestellt ist, geben ihre Willenserklärung ohne Mitwirkung des Betreuers ab.“

²²⁴ Insoweit bedarf § 3 Abs. 2 S. 3 KiStG Sachsen einer verfassungskonformen Auslegung, siehe VG Leipzig, U. vom 10.8.2016 – 4 K 1568/14, Abs. 19–23 (mit grundrechtsdogmatischen Unschärfen in der Begründung).

spricht. Daher sollte der Betreuer den Austritt nur mit Zustimmung des Betreuungsgerichts erklären dürfen.²²⁵

157 Die *Austrittserklärung* kann persönlich zur Niederschrift oder schriftlich in öffentlich beglaubigter Form abgegeben werden. Eine rechtsgeschäftliche Vertretung ist ausgeschlossen.²²⁶

158 Eine Begründung für die Austrittserklärung darf der Staat nicht verlangen, eine Erforschung oder Nachprüfung der religiösen Überzeugungen verbietet ihm die negative Bekenntnisfreiheit, wie sie in Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 3 S. 1 WRV besonders ausgeprägt ist.²²⁷

3. Anforderungen an die öffentlich-rechtliche Austrittserklärung

159 Die Austrittserklärung ist nur wirksam, wenn sie klar und eindeutig ist. Das staatliche Recht muß Rechtssicherheit gewährleisten im Hinblick auf die bürgerliche Wirksamkeit der Rechtsfolgen aus der

²²⁵ Vorbildlich § 2 Abs. 3 KRWAG Hessen: „[E]in Betreuer, [...] dem die Personensorge zusteht, kann für [...] einen geschäftsunfähigen Betreuten eine Erklärung nach § 1 abgeben, wenn der Austritt dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen [...] des Betreuten entspricht. Die Erklärung bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts.“ Ähnlich § 1 Abs. 1 S. 2–4 KiAustrG Niedersachsen; § 2 Abs. 1–2 KiAustrG Nordrhein-Westfalen. – Ohne eine solche ausdrückliche Regelung ist eine Analogie zu den Genehmigungsvorbehalten in §§ 1904–1908 BGB geboten, unter deren Gegenständen die Aufgabe der Mietwohnung gemäß § 1907 BGB der Interessenlage hinsichtlich einer vertrauten Lebenssituation am nächsten steht. – Nicht folgerichtig insoweit VG Leipzig, U. vom 10. 8. 2016 – 4 K 1568/14, Abs. 25.

²²⁶ Meist durch eine Regelung wie in § 2 Abs. 2 KiAustrG Berlin: „Eine Austrittserklärung durch einen bevollmächtigten Vertreter ist nicht zulässig.“ Sonst ergibt sich das gleiche aus der Formvorschrift, wonach die Erklärung „persönlich zur Niederschrift abzugeben oder in öffentlich beglaubigter Form einzureichen“ ist, wie nach § 26 Abs. 1 S. 2 KiStG Baden-Württemberg; damit ist die Austrittserklärung „eine höchstpersönliche Rechtshandlung [...], die grundsätzlich einer Vertretung nicht zugänglich ist“, so zu § 3 Abs. 1 KiStG Sachsen VG Leipzig, U. vom 10. 8. 2016 – 4 K 1568/14, Abs. 16. Die von der entsprechenden Formvorschrift in Art. 3 Abs. 4 S. 2 KirchStG Bayern auf den ersten Blick abweichende Zulassung der Vertretung in § 2 Abs. 3 AVKirchStG Bayern ist damit vereinbar, weil sie eine öffentlich beglaubigte Vollmacht mit dem vollständigen Erklärungsinhalt verlangt.

²²⁷ Axel Frhr. v. Campenhausen, Der Austritt aus den Kirchen und Religionsgemeinschaften (§ 27), in: HSKR², Bd. 1, 1994, S. 777–785 (778), auch in: Gesammelte Schriften II (o. Fn. 191), S. 553–560. – Kirchliche Stellen dürfen selbstverständlich nach den Gründen fragen, auch in Bremen, wo § 10 Abs. 1 S. 2 KiStG sie zur Entgegennahme der Austrittserklärung für zuständig erklärt (s. o. Rn. 153). Der Austretende ist nicht zur Antwort verpflichtet, und die Wirksamkeit des Austritts ist von der Beantwortung unabhängig.

Mitgliedschaft, insbesondere – aber nicht nur – der Kirchensteuerpflicht (s.o. III).²²⁸ Zudem muß es das Austrittsverfahren präzise in das Verhältnis zwischen der individuellen Religionsfreiheit des austrittswilligen Mitglieds auf der einen Seite und dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft auf der anderen Seite einpassen. Dies fordert, daß das Austrittsverfahren nicht weniger, aber auch nichts anderes als den auf die Beendigung der Mitgliedschaft gerichteten Willen des Erklärenden zur Geltung bringt. Deshalb muß die Austrittserklärung die Religionsgemeinschaft eindeutig bezeichnen und darf keine Vorbehalte, Bedingungen oder Zusätze enthalten. In der gebotenen Unzweideutigkeit muß sie den Willen des Erklärenden zum Ausdruck bringen, nicht mehr Mitglied dieser Religionsgemeinschaft zu sein.

„Modifizierte“ Austrittserklärungen, in denen der Erklärende stattdessen oder daneben seine Ansichten über Gründe, Gegenstand, Reichweite oder andere Eigenarten seiner Austrittsabsicht mitteilt, sind unwirksam. Der Staat darf sie nicht förmlich entgegennehmen, erst recht nicht amtlich bescheinigen. Sie fallen unter den landesgesetzlichen Ausschluß von Vorbehalten, Bedingungen oder Zusätzen, mit deren Entgegennahme sich der Staat über den Zweck des Austrittsverfahrens hinaus in die religiöse oder weltanschauliche Kommunikation einschalten und dadurch seine Pflicht zu religiöser und weltanschaulicher Neutralität verletzen würde²²⁹.

Das gilt insbesondere für die – praktisch allein das Phänomen der modifizierten Austrittserklärung bestimmenden – Versuche, eine Kir-

160

161

²²⁸ Zur Wahrung der Rechtssicherheit *May*, *Kirchenaustritt* (o. Fn. 11), S. 30–32.

²²⁹ *Hammer*, *Rechtsfragen der Kirchensteuer* (o. Fn. 157), S. 285 f.; *Heinig*, *Religionsfreiheit im Schul- und Mitgliedschaftsrecht* (o. Fn. 123), S. 218 f.; siehe schon *Joseph Listl*, *Verfassungsrechtlich unzulässige Formen des Kirchenaustritts. Zur Rechtsprechung in der Frage der Zulässigkeit eines sog. „modifizierten“ Kirchenaustritts*, in: *JZ* 1971, S. 345–352. Deshalb sind Zusätze nicht „unschädlich“, wenn die Erklärung nur hinsichtlich der bürgerlichen Wirkung eindeutig ist; so aber noch *Axel Frhr. v. Campenhausen*, *Kircheneintritt – Kirchenaustritt – Kirchensteuer nach staatlichem und kirchlichem Recht*, in: *DÖV* 1970, S. 801–809 (804 f.), auch in: *Gesammelte Schriften* (o. Fn. 108), S. 110–127; *ders.*, in: *Hermann v. Mangoldt (Begr.) / Friedrich Klein / Christian Starck (Hg.)*, *Kommentar zum Grundgesetz*, 5. Aufl. 2005, Bd. 3, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 64 f.; *Unruh*, in: *v. Mangoldt / Klein / Starck*, *GG* (o. Fn. 202), Art. 137 WRV, Rn. 68 (anders aber Rn. 67: „unzulässig“); ferner *Dietrich Pirson*, *Zur Rechtswirkung des Kirchenaustritts*, in: *JZ* 1971, S. 608–612, auch in: *ders.*, *Gesammelte Beiträge zum Kirchenrecht und Staatskirchenrecht*, 2008, S. 827–837; *Link*, *Mitgliedschaftsrecht* (o. Fn. 11), S. 321.

chenaustrittserklärung auf einen Teilaspekt der Kirchenmitgliedschaft zu beschränken. In Schüben populär ist seit Ende der 1960er Jahre der Wunsch, „steuerfrei Katholik zu bleiben“²³⁰. Von Befürwortern in der katholischen wie in der evangelischen Kirche wird hierzu unterstellt, daß die Mitgliedschaft in einer „weltlichen“ Körperschaft, die als Kirchensteuergläubiger auftrete, von der „Kirche als Glaubensgemeinschaft“ ablösbar sei.²³¹ Das kommt zum Ausdruck, wenn der Erklärende seinen Austritt unter einen entsprechenden Vorbehalt stellt oder der Bezeichnung der Kirche ein Attribut wie „Körperschaft des öffentlichen Rechts“ hinzufügt, um die Erklärung dem kirchlichen Recht zu entziehen.

- 162** Das verschiedentlich damit befaßte Bundesverwaltungsgericht hat zu recht bestätigt, daß der Staat modifizierten Austrittserklärungen keine Wirksamkeit beilegen darf.²³² Mit der Entgegennahme eines beschränkten „Körperschafts Austritts“²³³ würde er eine Spaltung zwischen der Religionsgemeinschaft selbst und einer davon unterschiedenen Körperschaft nach staatlichem Recht rezipieren. Das kann allenfalls das religionsgemeinschaftliche Recht so konstruieren.²³⁴ Das staatliche Recht könnte eine solche abgespaltene Körperschaft nicht schaffen,²³⁵ vielmehr legt es der nach eigenem Recht ver-

²³⁰ So wiedergegeben, u.a. als Opposition des später publikumswirksam zum Kirchenaustritt schreitenden „Kölner Katholiken“ *Heinrich Böll* gegen eine „Fiskalisierung des Glaubens“, in einem zeitgeschichtlich aufschlußreichen, von antikerlicher Polemik getränkten Artikel „Auf dem Trittbrett“, in: *Der Spiegel* 49/1970, S. 124 f., abrufbar unter <<https://www.spiegel.de/spiegel/print/d-43822639.html>>.

²³¹ Siehe hiergegen oben Rn. 14 und 63 f.

²³² Zunächst nur auf das einfache Recht gestützt, das verfassungsrechtlich zulässig, aber nicht geboten sei, BVerwG, U. vom 23. 2. 1979 – 7 C 32/78, in: DÖV 1980, S. 450 mit zust. Anmerkung von *Wolfgang Rüfner*; BVerwG, U. vom 23. 2. 1979 – 7 C 37/78, in: NJW 1979, S. 2322–2324; wie hier mit verfassungsrechtlicher Begründung BVerwG, U. vom 26. 9. 2012 – 6 C 7.12 (Zapp), Abs. 15, 21–29, 35. Ebenso zuletzt BayVGh, B. vom 12. 5. 2014 – 7 ZB 14.373, Abs. 16–19, bestätigt durch BayVerfGH, E. vom 11. 4. 2016 – Vf. 68–VI-14, Abs. 24–28; ferner OVG Rheinland-Pfalz, B. vom 1. 2. 2016 – 6 A 10941/15. Überblick über den Gang der Diskussion bei *Schmal*, Kirchenaustrittsrecht (o. Fn. 11), S. 281–286.

²³³ *Zapp*, Körperschafts Austritt (o. Fn. 88).

²³⁴ Bei jüdischen Gemeinden ist eine Differenzierung zwischen dem Austritt aus einer jüdischen Gemeinde und der Abwendung vom Judentum die Regel, s. o. Rn. 22.

²³⁵ Insofern führt die Unterscheidung von *Ludwig Renck*, Kirchensteuer und Kirchenaustritt, in: BayVBl. 2004, S. 132–136 (134 f.), von „Steuerverband“ und „Überzeugungsgemeinschaft“ in die Irre. Eine aufgrund staatlichen Rechts organisierte, von der selbstverfaßten Religionsgemeinschaft ver-

faßten Religionsgemeinschaft bürgerliche Rechtsfähigkeit bei, gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV in Form der Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Religionsgemeinschaft und Körperschaft sind nicht zwei juristische Personen,²³⁶ sondern dieselbe.²³⁷ Über Rechtsfolgen der Mitgliedschaft in einer Religionsgemein-

schiedene Kirchenkörperschaft ist vielmehr ein Merkmal der Staatskirche, wie sie in Art. 137 Abs. 1 WRV ausgeschlossen ist, aber etwa in einigen Kantonen der Schweiz als römisch-katholische „Landeskirche“ oder „Kantonal-kirche“ neben den Diözesen besteht. In diesem staatskirchlichen Nebeneinander hat das schweizerische Bundesgericht eine auf die „Landeskirche“ beschränkte Austrittserklärung als wirksam angesehen: U. vom 16.11.2007 – 2P.321/2006, BGE 134 I 75 (X. gegen Katholische Kirchgemeinde Luzern sowie Römisch-katholische Landeskirche des Kantons Luzern); anders noch das U. vom 18.12.2002 – 2P.16/2002, BGE 129 I 68 (A. gegen Römisch-katholische Kirchgemeinde B. sowie Römisch-katholische Landeskirche des Kantons Luzern). Zur geänderten Rechtsprechung *Sabine Demel*, Handbuch Kirchenrecht. Grundbegriffe für Studium und Praxis, 2. Aufl. 2013, S. 327–332; *Libero Gerosa*, „Kirchenaustritt“: uscita dalla Chiesa o semplice uscita da una corporazione di diritto pubblico?, in: Chiesa Cattolica e Stato in Svizzera, hg. von dems., 2009, S. 221–239; kritisch *Giusep Nay*, Strukturelle Entwicklungen in der staatlichen Rechtsprechung und Gesetzgebung der Schweiz, ebd., S. 47–57 (55 f.).

²³⁶ So aber *Pirson*, Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis (o. Fn. 4), S. 356; *Philipp Reimer*, Der Kirchenaustritt zwischen Landesrecht, Bundesrecht und Kirchenrecht, in: JZ 2013, S. 136–140; *Martin Zumbült*, Körperschaft des öffentlichen Rechts und Corpus Christi Mysticum, in: KuR 2010, S. 176–191; auch noch *Engelhardt*, Der Austritt (o. Fn. 209), S. 18–23; wie hier aber *ders.*, Kirchensteuer bei Zuzug (o. Fn. 191), S. 240.

²³⁷ *Listl*, Verfassungsrechtlich unzulässige Formen des Kirchenaustritts (o. Fn. 229), S. 349; *ders.*, Die Rechtsfolgen des Kirchenaustritts, in: Schriften (o. Fn. 73), S. 664, sieht Kirche und Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Recht als realidentisch an. *Müller*, Kirchenzugehörigkeit und Kirchenaustritt (o. Fn. 73), S. 77 (89), bezeichnet eine doppelte Kirchengliedschaft eines Menschen in Bezug auf Heilsgemeinschaft und Körperschaft des öffentlichen Rechts als theologisch und staatskirchenrechtlich ein Unding. Vielmehr geht es um eine Kirche in zwei Rechtsordnungen, so zutreffend *Muckel*, Nochmals: Verhältnis von Kirchenaustritt und Kirchensteuerpflicht (o. Fn. 89), S. 262, der sich mit Recht gegen die „gekünstelte Konstruktion“ von zwei Mitgliedschaften wendet; siehe auch *dens.*, Körperschafts Austritt oder Kirchenaustritt? (o. Fn. 77), S. 176–178; *dens.*, Kirchenaustritt, „Körperschafts-austritt“ und das Vorgehen Roms (o. Fn. 77). Ebensowenig überzeugt die Vorstellung von einer Unabhängigkeit des kirchensteuerrechtlichen Mitgliedschaftsverhältnisses vom innerkirchlichen Recht, wie sie *Dietrich Pirson* vertritt: *ders.*, Kirchliches Recht in der weltlichen Rechtsordnung, Festschrift für Erich Ruppel, hg. von Heinz Brunotte/Konrad Müller/Rudolf Smend, 1968, S. 277–311 (296), auch in: Gesammelte Beiträge (o. Fn. 229), S. 773–807 (792 f.); *ders.*, Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis (o. Fn. 4), S. 356; *ders.*, Rechtswirkung des Kirchenaustritts (o. Fn. 229), in: Gesammelte Beiträge, S. 835 f. Sie wird dem Anspruch des kirchlichen Rechts auf Anerkennung seiner bürgerlichen Wirksamkeit in den Schranken des für alle geltenden

schaft darf der Staat nicht unabhängig vom Tatbestand der Mitgliedschaft verfügen. Ein Mitglied, das diesen Rechtsfolgen ihre bürgerliche Wirksamkeit nehmen will, muß daher den Tatbestand beenden, an den die bürgerlich wirksamen Rechtsfolgen geknüpft sind.²³⁸ Das ist die Mitgliedschaft in der Religionsgemeinschaft. Die Religionsfreiheit gewährleistet in diesem Sinn die Freiheit zur Mitgliedschaft mit ihren Rechtsfolgen und von der Mitgliedschaft mit ihren Rechtsfolgen, nicht hingegen die Freiheit zur Mitgliedschaft ohne Rechtsfolgen; demgemäß den Austritt aus der Religionsgemeinschaft, nicht aber einen davon isolierten ‚Austritt aus der Kirchensteuer‘.²³⁹ Ob und wie das religionsgemeinschaftliche Recht seinerseits den Austritt in einer Beendigung der Mitgliedschaft abbildet, ist davon unabhängig; soweit es die Mitgliedschaft in irgendeinem Sinn aufrechterhält, beschränkt das staatliche Recht lediglich deren bürgerliche Wirksamkeit.

163 In der jüngsten Entscheidung hat das Bundesverwaltungsgericht diese Grundsätze sorgfältig herausgearbeitet,²⁴⁰ allerdings einer

Gesetzes nicht gerecht; zutreffend demgegenüber schon *Link*, Mitgliedschaftsrecht (o. Fn. 11), S. 311, 318–320.

²³⁸ Insofern wie hier auch *Pirson*, Rechtswirkung des Kirchenaustritts (o. Fn. 229), in: Gesammelte Beiträge, S. 831 f. Für das entsprechende Wesensmerkmal der Steuer allgemein *Hammer*, Rechtsfragen der Kirchensteuer (o. Fn. 157), S. 287. Das verkennt *Renck*, Kirchensteuer und Kirchenaustritt (o. Fn. 235), S. 134 f.

²³⁹ Daher verletzt die Unwirksamkeit einer Austrittserklärung, die den Willen zur Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft in der Kirchengemeinschaft zum Ausdruck bringt, nicht die Religionsfreiheit; *Muckel*, Nochmals: Verhältnis von Kirchenaustritt und Kirchensteuerpflicht (o. Fn. 89), S. 261; entgegen *Martin Löhnig / Mareike Preisner*, Verhältnis von Kirchenaustritt zur Kirchensteuerpflicht, in: NVwZ 2013, S. 39–43; *dies.*, Aus aktuellem Anlass: Zu den Folgen eines Kirchenaustritts nach den Landeskirchenaustrittsgesetzen, in: AÖR 137 (2012), S. 118–134 (128–130). Die Gesetze, die Zusätze aus Gründen der Rechtsklarheit ausschließen, sind mit Art. 4 Abs. 1–2 GG vereinbar: BVerfG, B. vom 2. 7. 2008 – 1 BvR 3006/07, Abs. 42 f. m. w. N.; BVerwG, U. vom 23. 2. 1979 – 7 C 32/78; BVerwG, U. vom 26. 9. 2012 – 6 C 7.12, Abs. 30–35; BayVG, B. vom 12. 5. 2014 – 7 ZB 14.373, Abs. 18.

²⁴⁰ BVerwG, U. vom 26. 9. 2012 – 6 C 7.12 (Zapp), Abs. 13–35, 44 f. Vorinstanzen: VG Freiburg, U. vom 15. 7. 2009 – 2 K 1746/08; VGH Baden-Württemberg, U. vom 4. 5. 2010 – 1 S 1953/09. Zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts *Stefan Muckel*, Die Bedeutung der Religionsfreiheit beim Kirchenaustritt, in: JA 2013, S. 314–316; im Ergebnis zustimmend, zur Einzelheiten der Begründung kritisch *Reimer*, Kirchenaustritt (o. Fn. 236); kritisch *Johannes Kuntze*, Anmerkung, in: ZevKR 58 (2013), S. 101–103; im Ergebnis zustimmend, aber mit sehr polemischen und unberechtigten Angriffen gegen das Gericht *Löhnig / Preisner*, Verhältnis von Kirchenaustritt zur Kirchensteuerpflicht (o. Fn. 239) – hiergegen wiederum zutreffend *Muckel*, Nochmals: Verhältnis von Kirchenaustritt und Kirchensteuerpflicht (o. Fn. 89). Zu

durch einen einschränkenden Zusatz zur Bezeichnung der Kirche („Körperschaft des öffentlichen Rechts“) modifizierten Erklärung kurzerhand einen gegen die Intention des Erklärenden unveränderten Erklärungsinhalt unterlegt und sie mit diesem Inhalt als wirksam erachtet.²⁴¹ Selbstdeutungen, die der Erklärende außerhalb der eigentlichen Erklärung verbreitet, sind in der Tat unbeachtlich.²⁴² Im Ergebnis hat das Bundesverwaltungsgericht aber Spielraum dafür geschaffen, eine durch die staatliche Deutung für eindeutig ausgegebene Erklärung zum Vehikel für innerreligionsgemeinschaftlich zweideutige Erklärungen zu machen. So nimmt der Staat doch mittelbar Einfluß auf den Umgang mit dem Austritt innerhalb der Religionsgemeinschaft und verletzt darin deren Selbstbestimmungsrecht aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV. Diesen Spielraum können und sollten die Landesgesetzgeber freiheitsverträglich schließen, indem sie die Austrittserklärung einfach an ein Formular binden.

den Entscheidungen der Vorinstanzen *Stefan Muckel*, Kein „Körperschafts-austritt“ als „Kirchensteueraustritt“, in: KuR 2010, S. 26–32; *Johannes Kuntze*, Zur Erklärung des Kirchenaustritts vor staatlichen Stellen, in: ZevKR 55 (2010), S. 416–424. Sehr kritisch und polemisch schon *Löhnig / Preisner*, Folgen eines Kirchenaustritts (o. Fn. 239), die so etwas wie eine staatskirchenrechtliche Ekklesiologie gegen das kirchliche Selbstbestimmungsrecht ausspielen. Mit unterschiedlichen Ansätzen ferner *Ino Augsberg*, „Wer glauben will, muss zahlen“? Erwerb und Aufgabe der Kirchenmitgliedschaft im Spannungsfeld von Kirchenrecht und Religionsverfassungsrecht, in: AöR 138 (2013), S. 493–535; *Felix Hammer*, Neue Gerichtsentscheidungen zu Verfassungsfragen des Kirchensteuerrechts, in: KuR 2011, S. 108–112; *Kuntze*, Mitgliedschaft (o. Fn. 2), S. 106–108; *Stefan Muckel*, Bloßer „Körperschafts-austritt“ (nur) formal möglich, in: KuR 2012, S. 209–213; *ders.*, Kein bloßer „Körperschafts-austritt“. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.9.2012 aus juristischer Sicht, in: Der Kirchenaustritt. Rechtliches Problem und pastorale Herausforderung, hg. von Georg Bier, 2013, S. 107–119; a. A. *Hartmut Zapp*, Römisch-katholisch in Deutschland ohne Kirchensteuer – Zum religionsrechtlichen Körperschafts-austritt, in: Aktuelle Rechtsfragen der Kirchensteuer (o. Fn. 160), S. 237–252.

²⁴¹ BVerwG, U. vom 26.9.2012 – 6 C 7.12 (Zapp), Abs. 12, 42, 46–48. Die Angabe „römisch-katholisch, Körperschaft des öffentlichen Rechtes“ beziehe „sich nicht auf eine von der Glaubensgemeinschaft getrennte Körperschaft des öffentlichen Rechts, sondern auf die Glaubensgemeinschaft der römisch-katholischen Kirche in der Form, wie sie im Geltungsbereich des Kirchensteuergesetzes besteht.“ (Rn. 47). Die sich daraus schlüssig ergebende Folge, daß auch die Bescheinigung und die Mitteilung über den Austritt nur die Bezeichnung der römisch-katholischen Kirche ohne Zusatz aufnehmen dürfen, spricht das Gericht nicht an. – Gegen den vom Bundesverwaltungsgericht zugestandenen „Spielraum“ bei der Bezeichnung der Religionsgemeinschaft treffend *Muckel*, Bloßer „Körperschafts-austritt“ (nur) formal möglich (o. Fn. 240), S. 212 f.

²⁴² BVerwG, U. vom 26.9.2012 – 6 C 7.12 (Zapp), Abs. 36–40.

4. Rechtsfolgen der Austrittserklärung

- 164** Die Erklärung des Austritts beendet die bürgerliche Wirkung der Mitgliedschaft in der Religionsgemeinschaft. Wer den Austritt erklärt hat, ist von den staatlichen Rechtsanwendungsinstanzen in allen Rechtsverhältnissen, für die es im staatlichen Recht auf die Mitgliedschaft ankommt (s.o. III.), unbeschadet der innerreligionsgemeinschaftlichen Rechtsverhältnisse, als Nichtmitglied zu behandeln.²⁴³ Es endet insbesondere seine Kirchensteuerpflicht.
- 165** Die Beendigung der Mitgliedschaft wird sofort nach Zugang der Austrittserklärung bei der zuständigen Stelle wirksam. Danach wäre die staatliche Inanspruchnahme als Mitglied ein grundsätzlich nicht zu rechtfertigender Eingriff in die negative Religionsfreiheit. So wäre ein Aufschub der Austrittswirkungen für eine „Überlegungsfrist“, die zur erleichterten Umkehr von überstürzten Entschlüssen einl de, verfassungswidrig.²⁴⁴ Für den Austritt aus einer als Verein organisierten Religionsgemeinschaft (s.o. Rn. 151) muß deshalb § 39 Abs. 2 BGB, wonach die Vereinssatzung eine Austrittsfrist von bis zu zwei Jahren vorsehen kann, grundrechtskonform entsprechend eingeschränkt werden.²⁴⁵ Für den Austritt aus einer öffentlich-rechtlich verfaßten Religionsgemeinschaft bestimmen die Landesgesetze²⁴⁶, daß die Mitgliedschaft an dem Tag oder mit Ablauf des Tages endet, an dem die Austrittserklärung zugegangen ist. Nur die Kirchensteuerpflicht lassen sie bis zum Monatsende auslaufen. Das ist durch die Belange einer geordneten Besteuerung gerechtfertigt.²⁴⁷ Auch die anteilige Besteuerung des Jahreseinkommens – „Zw lftelung“ – ist zulässig.²⁴⁸
- 166** Die Folgen der Austrittserklärung für die innerreligionsgemeinschaftlichen Rechtsverhältnisse unterliegen allein der Selbstbestim-

²⁴³ BVerfGE 30, 415 (423, 426).

²⁴⁴ BVerfGE 44, 37 (51–54); 55, 32 (36).

²⁴⁵ *Emanuel V. Towfigh*, → § 26, Rn. 25; *Robbers*, Fragen des Kirchenübertritts (Fn. 10), S. 23.

²⁴⁶ Siehe wieder oben in Fn. 214.

²⁴⁷ Nach BVerfGE 44, 59 (68), ist das Ende des der Erklärung folgenden Monats „an der äußersten, durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gezogenen Grenze“. Demgemäß hat zugleich BVerfGE 44, 37 (54–58), eine Frist von bis zu drei Monaten für verfassungswidrig erklärt.

²⁴⁸ BVerwGE 79, 62 (63–65).

mung der Religionsgemeinschaft.²⁴⁹ Das staatliche Recht darf darauf nur insoweit Einfluß nehmen, als die Schranken des für alle geltenden Gesetzes es verlangen. Vermögensrechtliche Sanktionen, die den Austritt aus einer Religionsgemeinschaft erschweren sollen, haben keine bürgerliche Wirkung.²⁵⁰ Vor Sanktionen, die auf persönliche Rechtsgüter übergreifen, schützt das staatliche Strafrecht. Insbesondere tritt es jedem entgegen, der es etwa unternähme, die in der Rechts- und Kulturgeschichte früher mehr oder weniger selbstverständliche, heute einen religiösen Extremismus markierende Bestrafung eines Apostaten oder Häretikers mit dem Tod zu propagieren, anzudrohen oder in die Tat umzusetzen.

Innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes steht es den Religionsgemeinschaften frei, zwischen Mitgliedern, Nichtmitgliedern und ausgetretenen Mitgliedern Unterschiede zu machen.²⁵¹ Ihr Recht kann insofern auch auf die bürgerlichen Rechtsverhältnisse einwirken, indem es zum Beispiel die Erklärung des Austritts durch einen Arbeitnehmer als Verstoß gegen mitgliederspezifische arbeitsrechtliche Loyalitätspflichten²⁵² oder als Grund für den Wegfall der Eignung²⁵³ wertet.

Dem religionsgemeinschaftlichen Recht steht es außerdem frei, am Rechtsverhältnis mit dem Mitglied auch über dessen Austrittserklärung hinaus festzuhalten. Ob der innerreligionsgemeinschaftliche Rechtsstatus des Mitglieds untergeht oder fortbesteht, ob die daraus folgenden Rechte und Pflichten weitergelten, ruhen oder enden, kann die Religionsgemeinschaft nach ihrem Selbstverständnis ordnen.²⁵⁴ Das staatliche Recht versagt nur die bürgerlichen Wirkungen einer solchen Mitgliedschaft. In der Folge fallen gegebenenfalls die Mitgliedschaft nach religionsgemeinschaftlichem Recht und die Nicht-Mitgliedschaft nach staatlichem Recht auseinander.²⁵⁵

²⁴⁹ Hierzu beispielhaft *Muckel*, Körperschafts Austritt oder Kirchenaustritt? (o. Fn. 77); *ders.*, Zukunft der Kirchensteuer oder Mitgliedschaft ohne Steuerpflicht, in: Aktuelle Rechtsfragen der Kirchensteuer (o. Fn. 160), S. 229–236; siehe auch Bier (Hg.), Der Kirchenaustritt (o. Fn. 240).

²⁵⁰ So im Ergebnis LG München, U. vom 4.3.1986 – 6 O 22072/84, in: NJW 1987, S. 847 f.

²⁵¹ BVerwGE 118, 201 (208 f.).

²⁵² *Jacob Joussen*, → § 57, Rn. 94, 102, 118–123.

²⁵³ BAG, U. vom 25.4.2013 – 2 AZR 579/12.

²⁵⁴ Siehe zum Recht der christlichen Kirchen oben Rn. 48–51, 86–88.

²⁵⁵ Zu parallelen Divergenzen bei der Begründung der Mitgliedschaft s. o. Rn. 135.

- 169 Schließlich kann die nach staatlichem Recht beendete Mitgliedschaft datenschutzrechtlich nachwirken. So können sich die Kirchen für ihr Interesse daran, in den Kirchenbüchern die Einträge über Taufe, Firmung oder Konfirmation und Trauung stehenzulassen, die Angaben über den Kirchenaustritt zu speichern und die Gemeindeglieder darüber zu unterrichten sowie die Kontaktdaten noch einmal zu einem nachgehenden Seelsorgeangebot zu nutzen, auf ihr Selbstbestimmungsrecht aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV stützen.²⁵⁶

5. Wiederherstellung der Mitgliedschaft

- 170 Für die Wiederherstellung der Mitgliedschaft nach Austrittserklärung (Aufnahme und Wiederaufnahme) sieht das staatliche Recht keine besonderen Tatbestände vor. Insbesondere sieht es keinen vor staatlichen Behörden vorzunehmenden „actus contrarius“ zur Austrittserklärung vor. Es darf andererseits auch nicht ohne Rücksicht auf die Regelungen der Religionsgemeinschaft für eine Wiederbegründung der Mitgliedschaft die einfache Erklärung vor der Meldebehörde genügen lassen, etwa in Gestalt der entsprechenden Angabe beim Wohnsitzwechsel. Stattdessen fallen Aufnahme und Wiederaufnahme unter die allgemeinen Regelungen, die auf die Begr ndungstatbest nde nach dem Recht der Religionsgemeinschaften verweisen (s. o. Rn. 126, 144 f.). Deren besondere Regelungen zur Erleichterung der Aufnahme und Wiederaufnahme, aber gegebenenfalls auch die Vorkehrungen zur Einhaltung bestimmter Voraussetzungen, Formen oder Zust ndigkeiten²⁵⁷ haben wiederum bürgerliche Wirkung, sofern sie den Anforderungen des staatlichen Rechts an Freiwilligkeit und Rechtssicherheit genügen.

²⁵⁶ Michael Germann, Das kirchliche Datenschutzrecht als Ausdruck kirchlicher Selbstbestimmung, in: ZevKR 48 (2003), S. 446–491 (481–491), mit Nachweisen zu Rechtsprechung und kontroverser Literatur. – Einen Anspruch auf Löschung des Taufeintrags vermittelt das staatliche Recht nicht: VG München, U. vom 19.12.2013 – M 22 K 12.106; die Berufung hiergegen hat der BayVGh, B. vom 16.2.2015 – 7 ZB 14.357, in: NJW 2015, S. 1625 f., nicht zugelassen; dazu Stefan Muckel, Kein Rechtsschutz gegen kirchliche Maßnahmen in Fragen der Glaubenslehre vor staatlichen Gerichten, in: JA 2015, S. 636–638.

²⁵⁷ Zu den Vorschriften im Recht der römisch-katholischen und der evangelischen Kirche siehe oben Rn. 68 f., 89 f.

§ 31

Staatliches und kirchliches Eherecht

Von Arnd Uhle

I. Einleitung: Die Ehe als Gegenstand rechtlicher Ordnung	1–4
II. Das Verhältnis von staatlichem und kirchlichem Eherecht in historischer Perspektive	5–18
1. Spätantike	5–7
2. Frühmittelalter	8–9
3. Hoch- und Spätmittelalter	10–11
4. Frühe Neuzeit	12–14
5. Übergang zur Moderne	15–16
6. Gegenwart	17–18
III. Grundzüge des gegenwärtigen Verhältnisses von staatlichem und kirchlichem Eherecht	19–49
1. Normative Grundlagen	21–33
a) Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des staatlichen Eherechts	22–26
b) Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des kirchlichen Eherechts	27–33
(1) Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen	28–31
(2) Die Religionsfreiheit	32–33
2. Charakteristika des gegenwärtigen Verhältnisses von staatlichem und kirchlichem Eherecht	34–46
a) Trennungsbasierte Parallelgeltung	35–37
b) Inhaltliche Unabhängigkeit	38–39
c) Prinzipielle Perspektiv- und Zweckdivergenz	40–41
d) Unterschiedliche Regelungsschwerpunkte	42–43
e) Auseinanderstreben der Ehebegriffe und Eheverständnisse	44–46

3. Bedeutung für das gegenwärtige Verhältnis von Staat und Kirche	47–49
IV. Einzelaspekte des gegenwärtigen Verhältnisses von staatlichem und kirchlichem Eherecht	50–83
1. Eheschließung	51–62
a) Obligatorische Zivilehe	51–54
b) Aufhebung des Verbots der kirchlichen Voraustrauung	55–59
c) Kirchliche Trauung	60–62
2. Eheleiche Lebensgemeinschaft	63–65
3. Elterliches Erziehungsrecht	66–70
4. Auflösung der Ehe	71–80
a) Aufhebung und Nichtigerklärung	72–75
b) Scheidung	76–80
5. Stellung der Ehe im Verhältnis zu anderen Formen menschlicher Gemeinschaft	81–83
V. Entwicklungstendenzen und -perspektiven des Verhältnisses von staatlichem und kirchlichem Eherecht	84–88

I. Einleitung: Die Ehe als Gegenstand rechtlicher Ordnung

- 1 Die herkömmliche Ehe, verstanden als auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft von Mann und Frau, ist nicht das Resultat planmäßiger Rechtsgestaltung. Vielmehr stellt sie eine von der Rechtsordnung vorgefundene soziale Institution dar, für die in anthropologischer Hinsicht zweierlei kennzeichnend ist: ihre Funktion, das dauerhafte Zusammenleben der Ehepartner zu ordnen und ihre generelle familiäre Finalität, also ihre prinzipielle Ausrichtung auf Nachkommenschaft.
- 2 Geprägt wird die Gestalt der Ehe auf der einen Seite von außerrechtlichen Faktoren, namentlich von Sitte und Religion. So begreifen Judentum, Christentum und Islam die Ehe als Teil der göttlichen Schöpfungsordnung. Gleichwohl unterscheiden sie sich in ihren Sichtweisen, u. a. hinsichtlich der Zulassung von Polygamie, Ehebefristung oder auch Ehescheidung zum Teil fundamental voneinander. Historisch betrachtet, ist von diesen religiösen Eheverständnissen in Europa vor allem die christliche Vorstellung wirkmächtig geworden. Ihr zufolge ist – was im interkulturellen Vergleich eine Ausnahme darstellt – die Ehe eine monogame und unauflösliche Verbindung auf Lebenszeit.

Auf der anderen Seite ist die Ehe auch Gegenstand rechtlicher Normierung, ihre normative Relevanz ist geradezu eines ihrer Charakteristika.¹ So unterliegt das Eherecht heute zunächst der weltlichen Rechtsetzung. In der Folge ist die Ehe Gegenstand umfassender staatlicher Bestimmungen, die in Deutschland herkömmlich insbesondere Eheschließung und Ehescheidung regeln,² sich in jüngerer Zeit aber auch auf den Ehebegriff erstreckt haben.³ Doch auch die Religionen selbst, die, wenngleich in unterschiedlicher Weise, religionsrechtliche Ordnungen der Ehe kennen, tragen zur rechtlichen Ordnung der Ehe bei. Das belegen etwa das jüdische⁴ und das islamische Recht.⁵ In geradezu klassischer Weise ist es zudem das Recht der

¹ Zur herkömmlichen Ehe als Gegenstand rechtlicher Ordnung Wolfram Müller-Freienfels, *Ehe und Recht*, 1962, passim; Friedrich Wilhelm Bosch, *Ehe und Familie in der Rechtsordnung*, 1966, S. 10 ff.; Fritz Schwind, *Ehe und Recht*, in: Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag am 2. Dezember 1976, hg. von Walther J. Habscheid/Hans Friedhelm Gaul/Paul Mikat, 1976, S. 919; ders., *Verrechtlichung und Entrechtlichung der Ehe*, in: FamRZ 1982, S. 1053; Joachim Gernhuber, *Ehe und Familie als Begriffe des Rechts*, in: FamRZ 1981, S. 721; zur Ideengeschichte des Rechts der Partnerschaften Gerd Brudermüller, *Partnerschaften und Recht*, 2017. Gegenwartsdarstellung des Eherechts etwa bei Dieter Schwab, *Familienrecht*, 27. Aufl. 2019, Rn. 28 ff.

² Hierzu Arnd Uhle, *Eheschließung und Ehescheidung im staatlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland (§ 92)*, in: HKKR³, S. 1404 ff. Aus rechtsvergleichender Perspektive Rembert Süß/Gerhard Ring (Hg.), *Eherecht in Europa*, 3. Aufl. 2017.

³ Zu der 2017 vorgenommenen einfachgesetzlichen Änderung dieses Eheverständnisses und deren Folgen unten Rn. 17 f., 45, 81 ff. sowie Rn. 84.

⁴ Einführung bei Joseph Prader, *Das jüdische Eherecht*, in: *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, hg. von Alexander Bergmann/Murad Ferid/Dieter Henrich, Losebl. Stand: 231. Erg.-Lfg. 2019 (Vorausl., dort enthalten bis 223. Erg.-Lfg. 2017), Bd. 1; Suzanne Last Stone, *Jewish Marriage and Divorce Law*, in: *The Islamic Marriage Contract*, hg. von Asifa Quraishi/Frank E. Vogel, 2008, S. 57; Yitzhak Goldfine, *Jüdisches und Israelisches Eherecht*, 1975; Walter Homolka, *Das Jüdische Eherecht*, 2009. Siehe auch Menachem Elon, *Jewish Law. History, Sources, Principles*, 1994, Bd. IV, S. 1652 ff.

⁵ Hierzu näher David Pearl/Werner Menski, *Muslim Family Law*, 3. Aufl. 1998, S. 139 ff.; Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book*, 2002, passim; Peter Heine/Adel Theodor Khoury, *Ehe, Eheschließung und die Stellung der Frau*, in: *Handbuch Recht und Kultur des Islams in der deutschen Gesellschaft*, hg. von Adel Theodor Khoury/Peter Heine/Janbernd Oebbecke, 2000, S. 129 ff.; im Überblick Joseph Prader, *Das islamische Eherecht*, in: *Ehe- und Kindschaftsrecht* (o. Fn. 4). Siehe auch Mathias Rohe, *Das islamische Recht*, 3. Aufl. 2011, S. 81 ff., 207 ff.

christlichen Kirchen, das Vorschriften über die Ehe enthält.⁶ Das gilt vor allem für das kanonische Recht, das eine eingehende Ordnung der Ehe vornimmt, aber auch für das Recht der orthodoxen Kirchen. Das evangelische Kirchenrecht hingegen enthält sich einer rechtlichen Ordnung der Ehe weithin; einzelne ehebezogene Bestimmungen finden sich lediglich auf der Ebene der Ordnungen des kirchlichen Lebens und der gliedkirchlichen Regelwerke.

- 4 In der Konsequenz ist die Ehe heute sowohl Gegenstand des staatlichen als auch mögliches Objekt kirchlichen Rechts. Das ist Resultat historischer Entwicklungen, in deren Verlauf das Verhältnis von religiösem Eheverständnis und weltlicher Eheordnung unterschiedliche Gestalt annimmt.⁷

II. Das Verhältnis von staatlichem und kirchlichem Eherecht in historischer Perspektive

1. Spätantike

- 5 Das Christentum findet bei seinem Eintritt in die Menschheitsgeschichte das römische Eherecht vor, das durch die Grundsätze der freien Eingehung wie auch der freien Beendigung einer Ehe – namentlich durch deren Scheidung – geprägt wird.⁸ Hiervon müssen sich das christliche Verständnis von der Unauflöslichkeit der Ehe und die daraus resultierende Vorstellung eines Neuverheirathungsver-

⁶ Dazu näher unten Rn. 19 ff. und 50 ff. Aus vergleichender Perspektive *Joseph Prader*, Das religiöse Eherecht der christlichen Kirchen, der Mohammedaner und der Juden, 1973.

⁷ Die nachfolgende Darstellung der historischen Entwicklung knüpft zum einen an die bis zur 2. Aufl. von *Dietrich Pirson* verantwortete Bearbeitung des Beitrags „Staatliches und kirchliches Eherecht (§ 28)“, in: HSKR², S. 787 ff., und zum anderen an eine Studie des Verfassers an; siehe hierzu *Arnd Uhle*, Zweierlei Recht – Die Ehe als Gegenstand des kanonischen und des staatlichen Rechts, in: *Ius canonicum in communione christifidelium*, Festschrift zum 65. Geburtstag von Heribert Hallermann, hg. von Markus Graulich/Thomas Meckel/Matthias Pulte, 2016, S. 727 (728 ff.).

⁸ Überblick bei *Peter Weimar*, Ehe – B. Recht I. Römisches Recht, in: LexMA, Bd. III, 1986, Sp. 1621 f.; näher *Gabriela Eisenring*, Die römische Ehe als Rechtsverhältnis, 2002, passim; vgl. *Percy Ellwood Corbett*, The Roman Law of Marriage, 2. Aufl. 1930, Neudruck 1979, S. 24 ff.; *Suzanne Dixon*, The Roman Family, 1992, S. 61 ff.; *Judith Evans-Grubbs*, Law and Family in Late Antiquity, 1995, S. 140 ff. Zur Ehescheidung *Stefan Chr. Saar*, Ehe – Scheidung – Wiederheirat, 2002, S. 10 ff. Dazu auch Codex Iustinianus 8.38.2; Dig. 24.2.

bots nach erfolgter Scheidung zwangsläufig deutlich abheben.⁹ Gleichwohl folgt aus diesem Umstand für die Christen zunächst kein Anlass für einen Konflikt mit dem Eherecht der römischen Rechtsgemeinschaft. Das ist zum einen in dem Umstand begründet, dass das Christentum nicht die Rechtsetzungskompetenz der weltlichen Autorität für ehebezogene Bestimmungen in Frage stellt.¹⁰ Zum anderen liegt dies an dem Umstand, dass die besonderen Anforderungen, die der christliche Glaube an die Ehe stellt, nicht als Anforderungen verstanden werden, die zuvörderst im Raum von Gesellschaft und Reich zu verwirklichen gewesen wären.¹¹ Das christliche Eheverständnis ist vielmehr zunächst im Leben des Einzelnen zu realisieren, darüber hinaus auch im Zusammenleben der Christen untereinander. Das römische Eherecht erlaubt seinerzeit eine solche Realisierung in gewissem Umfang.¹² Das gilt etwa für die nach christlicher Auffassung – mit dem römischen Eherecht übereinstimmende – konstitutive Bedeutung des Ehwillens der Partner für die Eheschließung, für das Verhalten im ehelichen Alltag oder auch für die persönliche Abstandnahme der Christen von Scheidung und nachfolgender Neuverheiratung.¹³ Damit verfügt das christliche Eheverständnis durchaus über die Möglichkeit, sich in der Lebensführung des Einzelnen zu entfalten; es vermag sogar auf diese wirkmächtiger und nachhal-

⁹ Vgl. zur christlichen Ehevorstellung der frühen Kirche *Wendelin Knoch*, Ehe – A. Theologie und Liturgie I. Biblisch-theologisch-sakramentale Ehe-auffassung, in: *LexMA*, Bd. III, 1986, Sp. 1616; *Urs Baumann*, Ehe VI. Historisch-theologisch, in: *LThK*³, Bd. 3, 1995, Sp. 471 (471 f.); *Stephan Buchholz*, Ehe, in: *HRG*², Bd. I, Sp. 1192 (1192 f.).

¹⁰ *Willibald M. Plöchl*, Geschichte des Kirchenrechts, 2. Aufl., Bd. 1, 1960, S. 89 und 224 f.; *Korbinian Ritzer*, Formen, Riten und religiöses Brauchtum der Eheschließung in den christlichen Kirchen des ersten Jahrtausends, 2. Aufl. 1981, S. 38 f.; in der Voraufgabe dieses Handbuchs so auch bereits *Pirson*, Eherecht (o. Fn. 7), S. 789.

¹¹ Darstellung der ehebezogenen Anforderungen der frühen Kirchenordnungen bei *Herbert Preisker*, Christentum und Ehe in den ersten drei Jahrhunderten, 1926, Nachdr. 1979, S. 178 ff.

¹² Grenzen der Realisierbarkeit ergeben sich etwa aus der Heiratspflicht der augusteischen Ehegesetze; vgl. *Hans-Wolfgang Strätz*, Ehe VIII. Rechtshistorisch, in: *LThK*³, Bd. 3, 1995, Sp. 475 (475). Zu den augusteischen Ehegesetzen *Angelika Mette-Dittmann*, Die Ehegesetze des Augustus, 1991, passim; *Julian Krüger*, Die Ehegesetzgebung des Kaisers Augustus, 1994, S. 15 ff., 23 ff.

¹³ Zur Bedeutung des Ehekonsenses im römischen Eherecht *Josef Huber*, Der Ehekonsens im römischen Recht, 1977, S. 21 f., 29 f., 109 ff., 146 ff. und passim; *Max Kaser*, Das römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen, in: *Handbuch der Altertumswissenschaft*, 10. Abt., 3. Teil, Bd. 3, 2. Aufl. 1975, S. 169 ff.

tiger einzuwirken als die Vorgaben des römischen Rechts,¹⁴ zumal diese die Ehe nur hinsichtlich einzelner Aspekte und Bezüge regeln.¹⁵ Angesichts dessen besteht für die Christen kein unmittelbarer Anlass, prioritär auf eine Realisierung ihrer Ehevorstellungen im weltlichen Recht zu drängen.

6 Vor diesem Hintergrund sind die glaubensbedingten Anforderungen an das persönliche Verhalten der Christen bei Eheschließung und -führung in der Frühzeit der Kirche religiös-sittliche und damit zunächst vorrechtliche Gebote. Gleichwohl enthalten sie bereits erste Ansätze und Verbote der später eintretenden kirchlichen Rechtsentwicklung. Das betrifft nicht nur die Monogamie, sondern angesichts der als Ehebruch abgelehnten Neuverheiratung nach Scheidung vor allem die Unauflöslichkeit der Ehe, gilt aber auch in anderer Hinsicht, etwa für die kirchliche Infragestellung von Legitimität und Verbindlichkeit ständischer Hinderungsgründe für die Eingehung einer Ehe, wie sie durch den römischen Bischof *Calixt* verkörpert wird.¹⁶ Nicht zuletzt etablieren sich im Zusammenhang mit der Eheschließung gottesdienstliche Handlungen, da die nach römischem Recht erforderliche Form der Eheschließung den religiösen Bezug einer christlichen Ehe seinerzeit nicht hinreichend zum Ausdruck bringen kann.¹⁷ Allerdings haben die bereits in der kirchlichen Frühzeit anzutreffenden Segnungen hierbei noch keine konstitutive rechtliche Wirkung.¹⁸

7 In der späteren Kaiserzeit gewinnen christliche Vorstellungen Einfluss auf die Ausgestaltung des römischen Eherechts.¹⁹ Sie stärken auf der einen Seite die konstitutive Bedeutung, die das römische Recht traditionell dem Ehemann der Partner für die Eheschließung

¹⁴ Vgl. *Othmar Heggelbacher*, Geschichte des frühchristlichen Kirchenrechts bis zum Konzil von Nizäa 325, 1974, S. 172 ff., 230; *Ritzer*, Formen (o. Fn. 10), S. 38 ff.

¹⁵ Vgl. *Müller-Freienfels*, Ehe (o. Fn. 1), S. 4 ff.

¹⁶ Vgl. dazu *Hans Lietzmann*, Geschichte der Alten Kirche, 4./5. Aufl. 1999, Abschnitt II, S. 254 (576); *Heggelbacher*, Geschichte (o. Fn. 14), S. 174; *Gabriela Eisenring*, Die römische Ehe (o. Fn. 8), S. 31, Fn. 36.

¹⁷ *Plöchl*, Geschichte (o. Fn. 10), S. 226 f.; vgl. auch *Kenneth Stevenson*, Nuptial Blessing, 1983, S. 21; *Emil Joseph Lengeling*, Ehe – A. Theologie und Liturgie II. Liturgie, in: *LexMA*, Bd. III, 1986, Sp. 1619; *Emil Friedberg*, Das Recht der Eheschließung in seiner geschichtlichen Entwicklung, 1865, Neudruck 1965, S. 6 f.

¹⁸ Dazu *Ritzer*, Formen (o. Fn. 10), S. 52 ff., 76 ff., 82; siehe auch *Paul Mikat*, Ehe, in: *HRG*¹, Bd. I, Sp. 809 (818).

¹⁹ *Kaser*, Privatrecht (o. Fn. 13), S. 162 ff.; in der Voraufgabe dieses Handbuchs so auch *Pirson*, Eherecht (o. Fn. 7), S. 790.

beilegt und unterstreichen damit den das weltliche Recht prägenden Grundsatz „consensus facit nuptias“.²⁰ Dieser wird nunmehr zum Ausdruck einer wesentlichen Gemeinsamkeit von römischem Recht und kirchlichem Eheverständnis. Auf der anderen Seite kommt es infolge des Einflusses des Christentums auch zu partiellen Anpassungen des Eherechts an christliche Vorstellungen. So nimmt Kaiser *Konstantin* bereits im Jahre 331 eine weitreichende Umgestaltung vor, durch die Männern wie Frauen einseitige – nicht allerdings einverständliche – Scheidungen nur noch aus je drei Gründen erlaubt sind; seit *Justinian* sind Scheidungen ohne einen der gesetzlichen Gründe generell verboten, seit dem Jahre 556 nichtig.²¹ Nachdem bis dahin nur der Ehebruch der Frau Scheidungsgrund war, wird nun auch der Ehebruch des Mannes, zumindest in schweren Fällen, gesetzlicher Scheidungsgrund.²²

2. Frühmittelalter

Als die römische Herrschaft im Westen unter der Völkerwanderung zusammenbricht und die Kirche mit dem germanisch beherrschten Kultur- und Rechtskreis konfrontiert ist, wird die Durchsetzung ihres Eheverständnisses vor neue Herausforderungen gestellt. Grund dafür ist die Unverträglichkeit der kirchlichen Eheauffassung mit den weltlichen Vorstellungen von der Ehe, wie sie im germanischen Kultur- und Rechtsbereich bestehen. Diese Unverträglichkeit muss bereits deshalb deutlich zutage treten, weil in den germanischen Territorien die personalen Züge der Ehe kaum rechtliche Relevanz entfalten und dem beiderseitigen Willen der Ehepartner keine Rechtser-

8

²⁰ Zu diesem Grundsatz Dig. 23.1.11, 35.1.15, 50.17.30, vgl. auch Dig. 23.2.2. Aus dem Schrifttum *Huber*, Ehekonsens (o. Fn. 13); *Friedberg*, Recht (o. Fn. 17), S. 4 ff.; *Hermann Conrad*, Das Tridentinische Konzil und die Entwicklung des kirchlichen und weltlichen Eherechts, in: Das Weltkonzil von Trient, hg. von Georg Schreiber, 1951, Bd. I, S. 297 (298 f.); *Ralf Frassek*, Consensus facit nuptias, in: HRG², Bd. I, Sp. 884 (884 f.).

²¹ *Huber*, Ehekonsens (o. Fn. 13), S. 144; *Strätz*, Ehe (o. Fn. 12), Sp. 475; *Arnd Uhle*, Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, 2004, S. 260 f.; vgl. zur Ehegesetzgebung unter *Justinian* auch *Friedberg*, Recht (o. Fn. 17), S. 14 ff.; *Joachim Dürschke*, Ehekonsens und Irrtumsfragen in weltlichem und kirchlichem Recht, 1997, S. 202 f.; zu jener unter *Konstantin* *Georg Fischer*, Die Problematik der Ehe als Vertrag und Sakrament in der Entwicklung des kirchlichen Eherechts, 2003, S. 96.

²² Vgl. *Mikat*, Ehe (o. Fn. 18), Sp. 826; *Henri Crouzel*, Ehe / Eherecht / Ehescheidung. V. Alte Kirche, in: TRE, Bd. IX, 1982, S. 325 (328).

heblichkeit zuerkannt wird.²³ Zudem widerspricht die dort anzutreffende Wertschätzung des Geschlechtsakts als notwendiges Element der Eheschließung den überlieferten römisch-kirchlichen Vorstellungen.²⁴ Auch muss die Kirche am weltlichen Recht insoweit Anstoß nehmen, als dieses verschiedene Formen für das Zustandekommen einer Ehe und demzufolge unterschiedliche Typen von Geschlechtsgemeinschaften zulässt.²⁵ So wird die Unauflöslichkeit der Ehe durch die leicht auflösbare Friedelehe in Frage gestellt, der monogame Charakter der Ehe gleichermaßen durch die Friedel- wie die Kebsehe.²⁶

- 9 In dieser Situation sucht die Kirche den christlichen Grundsätzen des Eherechts durch Einwirkung auf die weltliche Gesetzgebung Anerkennung zu verschaffen.²⁷ Das gilt vor allem für den Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe, um den sie in Form des Scheidungs- und Neuverheirathungsverbots noch in der Karolingerzeit zu kämpfen hat, wie exemplarisch das Scheidungsverfahren *Lothars II.* belegt.²⁸ Immerhin vermag die Kirche gerade in der Karolingerzeit, die weltliche Gesetzgebung im Frankenreich zu Konzessionen an die christliche Ehevorstellung zu bewegen.²⁹ So wird etwa dem Willen der Frau bei der Eheschließung eine gewisse Beachtung zuerkannt³⁰ und die Praxis der einseitigen Verstoßung eingedämmt,³¹ zudem wird kirchlichen Eehinderungsgründen rechtliche Bedeutung beigemessen, wobei der kirchliche Einsatz hier besonders dem Verbot der Verwand-

²³ In der Voraufgabe dieses Handbuchs so auch *Pirson*, Eherecht (o. Fn. 7), S. 791.

²⁴ Dig. 35.1.15: „nuptias enim non concubitus, sed consensus facit“; siehe auch Dig. 50.17.30.

²⁵ Vgl. *Mikat*, Ehe (o. Fn. 18), Sp. 810 ff.; vgl. auch *Strätz*, Ehe (o. Fn. 12), Sp. 476 f.

²⁶ Vgl. dazu *Clausdieter Schott*, Ehe – B. Recht VI. Germanisches und deutsches Recht, in: LexMA, Bd. III, 1986, Sp. 1629; *Buchholz*, Ehe (o. Fn. 9), Sp. 1193. Zur Friedelehe *Eva Schumann*, Friedelehe, in: HRG², Bd. I, Sp. 1805; zur Kebsehe *dies.*, Kebsehe, ebd., Bd. II, Sp. 1695. Zur Abgrenzung von Friedel-, Keks- und Muntehe *Saar*, Ehe (o. Fn. 8), S. 207 ff.

²⁷ Zur Entwicklung des kirchlichen Eherechts im Mittelalter *Edgar Loening*, Geschichte des deutschen Kirchenrechts, Bd. 2, 1878, S. 540 ff.; *Plöchl*, Geschichte (o. Fn. 10), S. 399 ff.; zusammenfassend *Mikat*, Ehe (o. Fn. 18).

²⁸ Vgl. *Rudolf Weigand*, Ehe – B. Recht II. Kanonisches Recht, in: LexMA, Bd. III, 1986, Sp. 1623 f.

²⁹ Dazu *Georg Hayward Joyce*, Die christliche Ehe, 1934, S. 200 f.; vgl. *Plöchl*, Geschichte (o. Fn. 10), S. 399 ff.

³⁰ *Joyce*, Ehe (o. Fn. 29), S. 62 ff.; vgl. *Mikat*, Ehe (o. Fn. 18), Sp. 819.

³¹ Vgl. *Loening*, Geschichte (o. Fn. 27), S. 617 ff.; *Joseph Freisen*, Geschichte des kanonischen Eherechts, 2. Aufl. 1893, Neudruck 1963, S. 777 ff., 792 ff.; *Mikat*, Ehe (o. Fn. 18), Sp. 825 f.

tenehe in der Seitenlinie gilt.³² Daneben dringt die Kirche auf ihre Beteiligung an der Eheschließung, ohne diese jedoch als konstitutive Voraussetzung der Gültigkeit oder Rechtmäßigkeit einer Ehe einzufordern.³³

3. Hoch- und Spätmittelalter

Trotz ihrer Bemühungen, auf die weltliche Ehegesetzgebung einzuwirken, gelingt der Kirche eine Durchsetzung des christlichen Eheverständnisses im Frühmittelalter lediglich zum Teil. Das muss nahezu zwangsläufig dazu führen, den Versuch, eine Umformung des in den Händen der weltlichen Herrscher belassenen Eherechts zu erreichen, zu überdenken.³⁴ Hinzu kommt, dass sich im Hochmittelalter zunehmend der kirchliche Gestaltungsanspruch über das vinculum matrimonii verdichtet, weil die biblischen Aussagen über die Ehe als ius divinum nicht nur für das individuelle Gewissen Verbindlichkeit beanspruchen, sondern auch für die Sozialgestalt der Ehe³⁵ – was gerade für eine Epoche, in der innerkirchliche Reformbestrebungen von der Kirche die Gefahr der Verweltlichung abzuwehren und eine spezifisch christliche Lebensweise durchzusetzen suchen, von erheblicher Bedeutung sein muss. Mit der sich in jener Zeit durchsetzenden ganzheitlichen Sicht der Ehe als Sakrament³⁶ geht nicht nur die Hervorhebung deren spirituellen Gehalts einher, sondern auch eine Betonung der naturrechtlichen Rechtsverbindlichkeit des christlichen Eheverständnisses: *Gratians* klassische Formulierung „cum

10

³² Hierzu *Strätz*, Ehe (o. Fn. 12), Sp. 477; *Buchholz*, Ehe (o. Fn. 9), Sp. 1193 f.; näher *Paul Mikat*, Die Inzestgesetzgebung der merowingisch-fränkischen Konzilien (511-626/27), 1994.

³³ Vgl. *Dieter Schwab*, Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts, 1967, S. 15 ff. Eine spezifisch kirchliche Form der Eheschließung fehlt seinerzeit, *Mikat*, Ehe (o. Fn. 18), Sp. 818. Zu ihrer Entwicklung *Leendert Brink*, Ehe/Eherecht / Ehescheidung. VI. Mittelalter, in: TRE, Bd. IX, 1982, S. 330 (331 f.).

³⁴ Vgl. hierzu *Saar*, Ehe (o. Fn. 8), S. 95 ff. und 439 f.

³⁵ Hierzu, auch zum Folgenden, *Buchholz*, Ehe (o. Fn. 9), Sp. 1194; vgl. auch *Dieter Schwab*, Ehe- und Familienrecht, in: Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hg. von der Görres-Gesellschaft, Bd. 2, 7. Aufl. 1986, Sonderausgabe 1995 (Vorauf.), Sp. 118.

³⁶ *Baumann*, Ehe (o. Fn. 9), Sp. 472; *Brink*, Ehe/Eherecht (o. Fn. 33), S. 333 ff.

matrimonia hodie regantur iure poli, non iure fori“ spiegelt dies wider.³⁷

- 11 Diese Entwicklung führt dazu, dass das kirchliche Eherecht etwa ab dem 10./11. Jh. die vorrangige Geltung im Recht des Ehebandes beansprucht und sich auch die Sozialstruktur der Ehe unterwirft.³⁸ Damit verdrängt es in einem Prozess, der in der päpstlichen Gesetzgebung und den Dekretalen des 12. bis 13. Jh. zur Vollendung gelangt, das weltliche Eherecht und mit ihm die politische Obrigkeit als Ehegesetzgeber.³⁹ Ein wesentliches Ziel besteht seinerzeit in der Geltendmachung des Ehekonsenses als Wesenserfordernis der Ehe. So führt Rom im Streit der den Konsensgedanken hervorhebenden Pariser Schule und der auf den Ehevollzug abstellenden Bolognesischen Schule die Konsenslehre zum Sieg, freilich unter dem Vorbehalt einer Auflösbarkeit der Ehe bis zu deren Vollzug: „solus (nudus) consensus facit nuptias“.⁴⁰ In der Konsequenz wird auf der einen Seite die Zustimmung der Braut zur Eheschließung zu einem Gültigkeitserfordernis, was das Recht der freien Partnerwahl gegenüber familiären und gesellschaftlichen Übergriffen in Schutz nimmt; auf der anderen Seite aber führen der Sieg der Konsenstheorie sowie das Fehlen einer zur Gültigkeitsvoraussetzung erhobenen öffentlichen Form der Eheschließung dazu, dass auch formlos und ohne Zeugen abgegebene Willenserklärungen als gültig behandelt werden.⁴¹ Auch wenn die Kirche im 12./13. Jh. das Aufgebotsverfahren und die Mitwirkung des Priesters bei der Eheschließung zur Pflicht erhebt sowie auf die Öffentlichkeit der Konsenserklärung drängt, verursacht die Konsenslehre daher über Jahrhunderte hinweg eine Vielzahl klandestiner

³⁷ Decr. Grat. C. 2 qu. 3 c. 7; wie hier die Darstellung bei *Buchholz*, Ehe (o. Fn. 9), Sp. 1194.

³⁸ Dazu *Mikat*, Ehe (o. Fn. 18), Sp. 818. Vgl. auch *Uhle*, Verfassungsstaat (o. Fn. 21), S. 261 f.

³⁹ *Schwab*, Grundlagen (o. Fn. 33), S. 17 ff.; *Saar*, Ehe (o. Fn. 8), S. 439.

⁴⁰ *Mikat*, Ehe (o. Fn. 18), Sp. 819 unter Bezugnahme auf *Alexander III.*, c. 14 X, IV. 1. Vgl. zur Durchsetzung der Konsenslehre auch *Rudolph Sohm*, Das Recht der Eheschließung aus dem deutschen und canonischen Recht geschichtlich entwickelt, 1875, S. 125 ff.; *Freisen*, Geschichte (o. Fn. 31), S. 151 ff., 165 ff., 191 ff., 206 f., 211 f.; *Fischer*, Problematik (o. Fn. 21), S. 115 ff.; zusammenfassend *Strätz*, Ehe (o. Fn. 12), Sp. 477.

⁴¹ Vgl. *Mikat*, Ehe (o. Fn. 18), Sp. 819 f.; *Brink*, Ehe / Eherecht (o. Fn. 33), S. 331.

Ehen, gutgläubiger Ehebrüche und irrtümlicher Doppelhehen, kurz: erhebliche Missstände.⁴²

4. Frühe Neuzeit

In dieser Situation bringt das Konzil von Trient eine wesentliche Weichenstellung.⁴³ Es beschließt in dem vom 11.11.1563 datierenden Dekret „Tametsi“ die Einführung einer zwingenden Formvorschrift für die Eheschließung und bindet damit die Gültigkeit des Ehekonsenses an die Einhaltung der kanonischen Form.⁴⁴ Allerdings wird dieses – seinerzeit höchst umstrittene – Dekret selbst in den katholischen Staaten nur zögerlich rezipiert und bleibt Gegenstand der Diskussion.⁴⁵ So wird insbesondere von den Theoretikern des Gallikanismus, basierend auf dem im Grunde schon in der tridentinischen Reform in den Blick tretenden Doppelcharakter der Ehe als Vertrag und als Sakrament,⁴⁶ geltend gemacht, dass jedenfalls die Festlegung der Ehehindernisse und der Folgen der Eheschließung als spezifisch weltliche Angelegenheiten den Trägern der weltlichen Gewalt zukomme.⁴⁷ Zudem wird das kirchliche Monopol in Eheangelegenheiten im 17. und 18. Jh. gerade in den katholischen Staaten durch den ausgreifenden Kompetenzanspruch des absoluten Herrschers in Frage gestellt, denn in den absolut regierten Staaten ist die Praxis der be-

12

⁴² Strätz, Ehe (o. Fn. 12), Sp. 477; vgl. auch Joyce, Ehe (o. Fn. 29), S. 107 ff.; Friedberg, Recht (o. Fn. 17), S. 101 ff.; Fischer, Problematik (o. Fn. 21), S. 125 f.

⁴³ Näher zur Bedeutung des Konzils von Trient für die Entwicklung des Eherechts Conrad, Konzil (o. Fn. 20); Hubert Jedin, Geschichte des Konzils von Trient, Bd. III, 1970, S. 141 ff., Bd. IV/2, 1975, S. 96 ff. und 140 ff.

⁴⁴ *Concilium Tridentinum*, Sessio XXIV, 11. Nov. 1563, Doctrina de Sacramento matrimonii, in: Dekrete der Ökumenischen Konzilien, hg. von Josef Wohlmuth, 3. Aufl. 2002, Bd. 3, Konzilien der Neuzeit, S. 753 ff. Hierzu Friedberg, Recht (o. Fn. 17), S. 108 ff.; Reinhard Lettmann, Die Diskussion über die klandestinen Ehen und die Einführung einer zur Gültigkeit verpflichtenden Eheschließungsform auf dem Konzil von Trient, 1966, S. 32 ff.; Paul Mikat, Dotierte Ehe – rechte Ehe, in: Vorträge der Klasse für Geisteswissenschaften, Vorträge G 227, hg. von der Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften, 1978, S. 9 (10 f.).

⁴⁵ Mikat, Ehe (o. Fn. 18), Sp. 821; ders., Ethische Strukturen der Ehe in unserer Zeit, in: EssGespr. 21 (1986), S. 9 ff. (17, Fn. 40); vgl. auch Strätz, Ehe (o. Fn. 12), Sp. 477; Friedberg, Recht (o. Fn. 17), S. 127 ff.

⁴⁶ Dazu Fischer, Problematik (o. Fn. 21), passim; zur tridentinischen Reform S. 149 ff.

⁴⁷ Buchholz, Ehe (o. Fn. 9), Sp. 1198 f.

hördlichen Eheverbote und der gesetzlichen Genehmigungserfordernisse weit verbreitet. Das bewirkt, dass eine vorbehaltlose Anwendung des kirchlichen Eheschließungsrechts seinerzeit keineswegs gewährleistet ist.⁴⁸

- 13 In den protestantischen Territorien führt die Reformation zur Zuständigkeit des weltlichen Herrschers in Ehesachen:⁴⁹ Dieser wird zum Inhaber der Gesetzgebungskompetenz für das Eherecht, zudem auch zum Inhaber der Gerichtsbarkeit in Ehesachen. In dieser Funktion zählt es zu seinen Aufgaben, Kirchen- sowie Konsistorialordnungen für die Ehegerichtsbarkeit bzw. Ehe(-gerichts-)ordnungen zu erlassen, die die maßgeblichen Bestimmungen über Ehehindernisse, Ehekonsens und Trennung enthalten.⁵⁰ Die Zuständigkeit des weltlichen Herrschers beruht zum einen darauf, dass dieser in die Funktion der geistlichen Hoheitsgewalt eintritt. Zum anderen resultiert sie daraus, dass die Ehe aufgrund der reformatorischen Ordnungsvorstellungen auch dem weltlichen Bereich zugeordnet wird, der der selbständigen Verantwortung des Herrschers unterfällt. Wirkmächtig hierfür wird die Formulierung *Luthers* von der Ehe als „weltlich Geschafft“.⁵¹ Diese Sichtweise wirkt sich indessen nicht nur auf die Zuständigkeit für die Rechtsetzungskompetenz über ehebezogene Bestimmungen aus. Vielmehr ist mit ihr auch die Ablehnung der sakramentalen Natur der Ehe verbunden. Diese bahnt nicht nur der

⁴⁸ Vgl. *Schwab*, Grundlagen (o. Fn. 33), S. 194 ff.; *Dirk Blasius*, Ehescheidung in Deutschland 1794–1945, 1987, S. 25.

⁴⁹ Zur Entwicklung des Eherechts in den protestantischen Territorien vgl. *Friedberg*, Recht (o. Fn. 17), S. 153 ff.; *Walther Köhler*, Die Anfänge des protestantischen Eherechtes, in: ZRG 61 KA 30 (1941), S. 271; *Gerold Tietz*, Verlobung, Trauung und Hochzeit in den evangelischen Kirchenordnungen des 16. Jahrhunderts, 1969, passim; *Hartwig Dieterich*, Das protestantische Eherecht in Deutschland bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts, 1970, S. 24 ff., 75 ff., 150 ff., 175 ff.; *Ralf Frassek*, Eherecht und Ehegerichtsbarkeit in der Reformationszeit, 2005, S. 23 ff., 173 ff. Zusammenfassend *Uhle*, Zweierlei Recht (o. Fn. 7), S. 730 f.

⁵⁰ Zu diesen Regelungen *John Witte*, Vom Sakrament zum Vertrag, 2008, S. 71 ff. Siehe ferner *Buchholz*, Ehe (o. Fn. 9), Sp. 1202; vgl. auch *Strätz*, Ehe (o. Fn. 12), Sp. 477 f.

⁵¹ *Martin Luther*, Ein Traubüchlein für die einfeltigen Pfarrherrn, abgedruckt in: Die Bekenntnisschriften der evangelisch-lutherischen Kirche, hg. von Irene Dingel, 2014, S. 900. Zu Luthers Eheverständnis *Karl Michaelis*, Über Luthers eherechtliche Anschauungen und deren Verhältnis zum mittelalterlichen und neuzeitlichen Eherecht, in: Festschrift für Erich Ruppel zum 65. Geburtstag am 25. Januar 1968, hg. von Heinz Brunotte / Konrad Müller / Rudolf Smend, 1968, S. 43; *Klaus Suppan*, Die Ehelehre Martin Luthers, 1971, passim. Zusammenfassende Kurzdarstellung bei *Martin Honecker*, Evangelisches Kirchenrecht, 2009, S. 128 f.

Profanierung des im Mittelalter sakralisierten Eheverständnisses den Weg, sondern führt auch dazu, der ausnahmslosen Unauflöslichkeit der Ehe die theologische Grundlage zu entziehen und die Ehescheidung mit nachfolgender Neuverheiratung aus bestimmten Gründen zu ermöglichen.⁵² Das stellt eine einschneidende Veränderung des Eheverständnisses dar, auch wenn die Abkehr vom Prinzip der absoluten Unauflöslichkeit keine allgemeine Dispensierung des Gesetzgebers von jenen Charakteristika der Ehe bedeutet, die aufgrund ihrer biblischen Grundlage auch den Reformatoren als Bestandteile einer göttlich gestifteten Einrichtung gelten.

Einen tiefgreifenden Einschnitt in der Entwicklung des Eherechts und in das Verhältnis von Staat und Kirche auf diesem Gebiet markiert die Epoche der Aufklärung. In ihr muss sich die Ablösung der Einheit von Natur- und Offenbarungsrecht durch ein auf Rationalität gründendes profanes Naturrecht nahezu zwangsläufig auch auf die Entwicklung des Eherechts auswirken, weil auf diese Weise der Weg zu einer weltimmanenten Deutung der Ehe freigemacht wird.⁵³ So kann das Naturrecht der Aufklärung apriorische Wesenselemente der Ehe allenfalls noch in ihrer Unentbehrlichkeit für die Aufzucht des Nachwuchses und in ihrer Eigenschaft als vertragliche Einigung erkennen, was seinerzeit nicht zuletzt zur Infragestellung des Grundsatzes der Monogamie führt. Zudem vermag es utilitaristischen Tendenzen, die sich etwa im Verlangen nach einer Erleichterung der Ehescheidung äußern, kaum Schranken zu setzen.⁵⁴ Auf diese Weise führen die aufklärerischen Konzeptionen zu einer Reduktion des Kanons ehebezogener Naturrechtsnormen. Dieser Umstand ist für den weltlichen Ehegesetzgeber gleichermaßen Anlass wie Legitimation, um vom überkommenen Eherecht zunehmend Abstand zu neh-

14

⁵² Vgl. dazu näher *Schwab*, Grundlagen (o. Fn. 33), S. 172 ff.; *Blasius*, Ehescheidung (o. Fn. 48), S. 25 ff.; aus dem älteren Schrifttum *Ludwig Richter*, Beiträge zur Geschichte des Ehescheidungsrechts in der evangelischen Kirche, 1858, S. 72 ff.; *Ulrich Stutz*, Zu den ersten Anfängen des evangelischen Eherechts, in: ZRG 53 KA 22 (1933), S. 288 (323 ff.); im Überblick *Mikat*, Ehe (o. Fn. 18), Sp. 826 f.

⁵³ Eingehend dazu, auch zum Folgenden, *Buchholz*, Ehe (o. Fn. 9), Sp. 1203 ff.; *Schwab*, Ehe- und Familienrecht (o. Fn. 35), Sp. 119 f.; zusammenfassender Überblick bei *Uhle*, Zweierlei Recht (o. Fn. 7), S. 731. Vgl. aus dem zeitgenössischen Schrifttum stellvertretend *Johann Heinrich Gottlob von Justi*, Die Grundfeste zu der Macht und Glückseligkeit der Staaten, Bd. I, 1760, Neudruck 1965, S. 206 ff.

⁵⁴ Näher *Schwab*, Grundlagen (o. Fn. 33), S. 172 ff.; *ders.*, Die Familie als Vertragsgesellschaft im Naturrecht der Aufklärung, in: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 1 (1972), S. 357; *Buchholz*, Ehe (o. Fn. 9), Sp. 1203 f.

men. Das lässt sich an dem am 16. 1. 1783 promulgierten Ehepatent *Josephs II.* ablesen, welches das kanonische Eherecht umfassend ablöst und erstmals wieder ein geschlossenes staatliches Eherecht positiviert,⁵⁵ deutlicher aber noch an den einschlägigen Bestimmungen des mit Wirkung vom 1. 6. 1794 in Kraft getretenen Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten.⁵⁶ Beide Legislativakte verkörpern einen neuen Typus des durch die weltlichen Herrscher geschaffenen Eherechts, der das Auseinandertreten von staatlichem und kirchlichem Eherecht prägnant in Erscheinung treten lässt.

5. Übergang zur Moderne

- 15 Gleichwohl fehlt seinerzeit noch ein letzter Schritt, um den Säkularisierungsprozess, als der sich der Prozess der weltlichen Ehegesetzgebung begreifen lässt, abzuschließen: der Durchbruch zur (obligatorischen) Zivilehe, also die Bindung der Gültigkeit einer Eheschließung an die Bekundung des Ehekonsenses vor einer staatlichen Stelle.⁵⁷ Die hierin liegende Ausdehnung der weltlichen Kompetenz auch auf den Vorgang der Eheschließung indessen ist bereits in mehrfacher Hinsicht vorbereitet. So ist der Klerus zum einen in den absolutistisch regierten Staaten bei der Vornahme der Eheschließung an die Einhaltung staatlichen Rechts und staatlicher Weisungen gebunden; er wird in den deutschen Staaten bei Trauerverweigerungen

⁵⁵ Vgl. dazu *Hugo Hauser*, Die geistigen Grundlagen des Eherechts an der Wende des 18. zum 19. Jahrhundert, 1940, S. 13; *Hermann Conrad*, Staatliche Theorie und kirchliche Dogmatik im Ringen um die Ehegesetzgebung Josephs II., in: Wahrheit und Verkündigung. Michael Schmaus zum 70. Geburtstag, hg. von Leo Scheffczyk / Werner Dettloff / Richard Heinzmann, 1967, Bd. II, S. 1171; *Schwab*, Grundlagen (o. Fn. 33), S. 212 ff.

⁵⁶ Zweyter Theil, Erster Titel. Von der Ehe, abgedr. in: Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, hg. von Hans Hattenhauer, 3. Aufl. 1996, S. 351 ff. Dazu *Hauser*, Grundlagen (o. Fn. 55), S. 17 ff., 29 ff., 40 ff., 52 ff., 61 ff., 83 ff.; *Blasius*, Ehescheidung (o. Fn. 48), S. 27 ff.

⁵⁷ Zur Durchsetzung der Zivilehe *Friedberg*, Recht (o. Fn. 17), S. 309 ff., speziell für Deutschland S. 653 ff.; *Hermann Conrad*, Die Grundlegung der modernen Zivilehe durch die französische Revolution, in: ZRG GA 67 (1950), S. 336; *ders.*, Der parlamentarische Kampf um die Zivilehe bei Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in: Hist. Jb. 72 (1953), S. 474; *Siegfried Reicke*, Geschichtliche Grundlagen des deutschen Eheschließungsrecht, in: Weltliche und kirchliche Eheschließung, hg. von Hans Adolf Dombois / Friedrich Karl Schumann, 1953, S. 27 ff.; *Stephan Buchholz*, Beiträge zum Ehe- und Familienrecht des 19. Jahrhunderts, in: Ius Commune IX (1980), S. 229 ff.

unter Strafe zur Eheschließung gezwungen, während im Falle von Mischehen der Priester einer anderen Konfession für zuständig erklärt wird.⁵⁸ Auf diese Weise wird bei etwaigen Kollisionen zwischen kirchlichem und weltlichem Eherecht die Durchsetzung des staatlichen Rechts zu sichern gesucht.⁵⁹ Zum anderen ist die Trauung vor einer staatlichen Stelle als Form der Eheschließung in der Folge der Glaubensspaltung bereits seit dem Ende des 16. Jh. in Teilen der Niederlande, dort in der Form der fakultativen Zivilehe, möglich.⁶⁰ Vergleichbares gilt zunächst auch in Frankreich, wo 1787 die fakultative Zivilehe für Protestanten eingeführt wird. Dort indessen wird nur wenige Jahre später, 1792, durch die Ehegesetzgebung der dem antikirchlichen Affekt verhafteten französischen Revolution die obligatorische Zivilehe eingeführt.⁶¹

Die obligatorische Zivilehe wird durch den Code civil als ausschließliche Eheschließungsform beibehalten und findet in Deutschland gemeinsam mit diesem Verbreitung in den rheinischen Gebieten, in denen französisches Recht gilt. In der Folge spricht sich für sie u. a. die Frankfurter Nationalversammlung von 1849 aus.⁶² Gleichwohl bleibt ihre politische Durchsetzung im gesamten Deutschen Reich dem Kulturkampf zwischen Staat und katholischer Kirche vorbehalten, auch wenn sie – wie in Frankfurt 1850 – bereits vereinzelt eingeführt ist. Reichsweit etabliert wird sie daher erst im Jahre 1875 durch das Personenstandsgesetz.⁶³ Das BGB vom 18.8.1896 übernimmt

16

⁵⁸ Mikat, Ehe (o. Fn. 18), Sp. 822.

⁵⁹ Vgl. dazu Schwab, Grundlagen (o. Fn. 33), S. 244 f.; Hans Liermann, Die ordentliche und außerordentliche Form der Eheschließung in den verschiedenen Kirchenrechten, in: Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Brüssel 1958, hg. von Murad Ferid, 1958, S. 17 (19 ff.).

⁶⁰ Dazu, auch zum Folgenden, Buchholz, Ehe (o. Fn. 9), Sp. 1208 f.

⁶¹ Gesetz vom 20.9.1792, abgedruckt in: Marcel Garaud / Romauld Szramkiewicz, La Révolution française et la famille, 1978, S. 203 ff. Dazu Conrad, Grundlegung (o. Fn. 57), S. 338 ff.; Fritz Sturm, Ein Wendepunkt in der europäischen Rechtsgeschichte: Das französische Personenstandsgesetz vom 20. September 1792, in: StAZ 2007, S. 1 (1 ff.); Inken Fuhrmann, Die Diskussion über die Einführung der fakultativen Zivilehe in Deutschland und Österreich seit Mitte des 19. Jahrhunderts, 1998, S. 39; Friedrich Wilhelm Bosch, Staatliches und kirchliches Eherecht – in Harmonie oder im Konflikt?, 1988, S. 15 f.; vgl. auch Uhle, Verfassungsstaat (o. Fn. 21), S. 263; ders., Zweierlei Recht (o. Fn. 7), S. 731 f.

⁶² § 150 der Reichsverfassung vom 28.3.1849, RGBl. S. 101, 128.

⁶³ § 52 des Gesetzes über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6.2.1875, RGBl. S. 23. Hierzu Hermann Conrad, Zur Einführung der Zwangszivilehe in Preußen und im Reich (1874/75), in: Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Hein-

sie.⁶⁴ Seither übt der Staat in Deutschland die Legislativkompetenz für das weltliche Eherecht in vollem Umfang aus. In diesem Rahmen regelt er insbesondere Eheschließung und Ehescheidung nach säkularen Maßstäben. In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts wird – neben zahlreichen weiteren Änderungen – u. a. das Scheidungsrecht grundlegend reformiert.⁶⁵ Zu den zentralen Zielsetzungen des Ehegesetzgebers jener Zeit zählt u. a. die Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter.

6. Gegenwart

- 17 Seit der Jahrtausendwende verlagert sich der gesetzgeberische (Reform-)Fokus von der Herstellung der Gleichberechtigung von Mann und Frau in der Ehe auf eine tiefgreifende Erweiterung des Ehebegriffs. Seinen Anfang nimmt diese Entwicklung mit der einfachgesetzlichen Einführung eines Rechtsinstituts für Personen gleichen Geschlechts im Jahre 2001.⁶⁶ An sie schließt sich eine bundesverfassungsgerichtliche Judikatur an, in der zwar zunächst die Verfassungskonformität dieses neuen Instituts mit der Erwägung bestätigt wird, dass es sich bei diesem um „ein aliud zur Ehe“ handle,⁶⁷ hernach jedoch dessen weithin ehgleiche Ausgestaltung eingefordert wird.⁶⁸ Dieser Inpflichtnahme kommt der einfache Gesetzgeber

rich Lehmann zum 80. Geburtstag, hg. von Hans Carl Nipperdey, Bd. I, 2. Aufl. 1966, S. 113 (115); Werner Schubert, Zur Vorgeschichte und Entstehung der Personenstandsgesetze Preußens und des Deutschen Reichs (1869–1875), in: ZRG GA 97 (1980), S. 43 (76 ff.); Buchholz, Beiträge (o. Fn. 57), S. 284 ff.; Carl Holböck, Die Zivilehe, 1950, S. 60 ff., 70 ff.

⁶⁴ Bürgerliches Gesetzbuch, RGBL. S. 195; dazu Conrad, Kampf (o. Fn. 57), S. 476.

⁶⁵ Siehe hierzu das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG) vom 14. 6. 1976, BGBl. I S. 1421. Näher dazu unten Rn. 78 ff.

⁶⁶ Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften vom 16. 2. 2001, BGBl. I S. 266.

⁶⁷ BVerfGE 105, 313 (351).

⁶⁸ BVerfGE 124, 199 (225 f.); 126, 400 (420 f.); 131, 239 (259 ff.); 132, 179 (191 f.); 133, 59 (96); anders noch BVerfGK 12, 169 (175 ff.); 13, 501 (504). Zu dieser Rechtsprechung ausführlich Arnd Uhle, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2020, Art. 6, Rn. 36 ff.; Christian von Coelln, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 6, Rn. 6; Hans Hofmann, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Hans-Günter Henneke (Hg.), GG. Kommentar zum Grundgesetz, 14. Aufl. 2018, Art. 6, Rn. 9 f.

nach.⁶⁹ Seinen Höhepunkt erreicht dieser Prozess mit dem Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. 7. 2017⁷⁰ (sog. „Ehe für alle“). Dieses Gesetz gibt das Prinzip der Geschlechtsverschiedenheit auf.⁷¹

Diese Dynamik der Fortentwicklung des einfachen Rechts führt zum Konflikt mit der Kontinuität des Ehebegriffs im Grundgesetz, da Art. 6 Abs. 1 GG ein Verständnis zugrunde liegt, das die Ehe als eine auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft von Mann und Frau – in den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „als allein der Verbindung zwischen Mann und Frau vorbehaltenes Institut“ – begreift.⁷² In der Folge dieses, verfassungsgerichtlich bislang ungeklärten Konflikts kommt es zu einer Verunklärung des staatlichen Ehebegriffs, da die Ehebegriffe des Grundgesetzes und des einfachen Rechts auseinanderreten.

18

III. Grundzüge des gegenwärtigen Verhältnisses von staatlichem und kirchlichem Eherecht

Trotz der Ausdehnung der staatlichen Ehegesetzgebung ist die Ehe bis in die Gegenwart auch Gegenstand kirchlichen Rechts geblieben.

19

⁶⁹ Siehe hierzu vor allem das Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 15. 12. 2004, BGBl. I S. 3396, sowie das Gesetz zur Bereinigung des Rechts der Lebenspartner vom 20. 11. 2015, BGBl. I S. 2010.

⁷⁰ Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. 7. 2017, BGBl. I S. 2787.

⁷¹ Siehe hierzu § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB n.F.: „Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen.“

⁷² So wörtlich BVerfGE 131, 239 (259); 133, 377 (409); hierzu näher und m. w. N. unten Rn. 45, 82 und 84. – Zu den Begriffsmerkmalen der Ehe BVerfGE 10, 59 (66); 29, 166 (176); 49, 286 (300); 53, 224 (245); 62, 323 (330); 103, 89 (101); 105, 313 (345); 115, 1 (19); 121, 175 (193 und 198); 131, 239 (259); 133, 377 (409); 137, 273 (342); aus dem Schrifttum *Arnd Uhle*, Ehe (Rechtswissenschaft), in: StL⁸, Bd. 1, 2017, Sp. 1510 (1510 f.); *ders.*, Eheschließung und Ehescheidung (o. Fn. 2), S. 1405 f.; aus der Kommentarliteratur so auch *von Coelln*, in: Sachs (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 6; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 2a ff., v. a. Rn. 4 ff.; *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 9 f.; *Martin Burgi*, in: Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Losebl., Stand: Erg.-Lfg. 1/20 (Juni 2020), Art. 6, Rn. 18 f.; *Peter Badura*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Losebl., Stand: 90. Erg.-Lfg. (Februar 2020), Art. 6, Rn. 42.

Das belegt nicht nur das Eherecht der orthodoxen Kirchen,⁷³ sondern auch das kanonische Recht der römisch-katholischen Kirche.⁷⁴ In ihm hält diese bis heute an dem von ihr seit der Neuzeit verfolgten Konzept für die Aufteilung der eherechtlichen Regelungskompetenz zwischen Staat und Kirche fest. Diesem zufolge obliegt der weltlichen Gewalt die Regelung der „rein bürgerlichen Wirkungen“ einer Ehe, während die Regelungsbefugnis über das *vinculum matrimonii* der Kirche zusteht. In Wahrnehmung der kirchlichen Rechtsetzungskompetenz enthält das kanonische Recht traditionell eine selbständig-umfängliche rechtliche Ordnung der Ehe.⁷⁵

- 20 Dort, wo eine solche kirchliche Ehegesetzgebung besteht, gelten heute die Bestimmungen des staatlichen und des kirchlichen Eherechts nebeneinander.⁷⁶ Ob die Kirchen eine umfassende, in sich weitgehend geschlossene Eheordnung entwickeln, steht freilich in ihrer Entscheidungsfreiheit. Ein Exempel für den Verzicht auf eine solche Ordnung stellt das evangelische Kirchenrecht dar.⁷⁷ Dieses sieht vor dem Hintergrund der lutherischen Qualifizierung der Ehe als „weltlich Geschlecht“ traditionell von der Entwicklung eines umfänglich-eigenständigen Eherechts ab,⁷⁸ obgleich die Kirchenordnun-

⁷³ *Joseph Prader*, Das Eherecht der orthodoxen Kirchen, in: Ehe- und Kindschaftsrecht (o. Fn. 4); *John Meyendorff*, Die Ehe in orthodoxer Sicht, 1992; *Gregor Larentzakis*, Ehe, Ehescheidung und Wiederverheiratung in der orthodoxen Kirche, in: ThPQ 125 (1977), S. 250; *Anargyros Anapliotis*, Grundzüge des orthodoxen Eherechts, in: *Una Sancta* 69 (2014), S. 221. Siehe auch *Richard Potz / Eva Synek*, Orthodoxes Kirchenrecht, 2. Aufl. 2014, S. 471 ff.

⁷⁴ *Uhle*, Zweierlei Recht (o. Fn. 7), S. 732 f.

⁷⁵ Stellvertretend dazu *Nikolaus Schöch*, Die Ehe in der kirchlichen Rechtsordnung (§ 84), in: HKKR³, S. 1243 ff.; *Ludger Müller / Christoph Ohly*, Katholisches Kirchenrecht, 2018, § 23, S. 185 ff.; *Winfried Aymans / Klaus Mörsdorf*, Kanonisches Recht. Lehrbuch aufgrund des Codex Iuris Canonici, Bd. III, 13. Aufl. 2007, §§ 133 f., S. 325 ff.; *Hartmut Zapp*, Kanonisches Eherecht, 7. Aufl. 1988, S. 11 ff.; *Rüdiger Althaus / Joseph Prader / Heinrich J. F. Reinhardt*, Das kirchliche Eherecht in der seelsorgerischen Praxis, 5. Aufl. 2014, S. 1 ff.

⁷⁶ *Uhle*, Eheschließung und Ehescheidung (o. Fn. 2), S. 1404; näher *ders.*, Zweierlei Recht (o. Fn. 7), S. 733 ff.

⁷⁷ Vgl. zu den Regelungen über die Ehe *Hanns Engelhardt*, Ehe, Eheschließung, Ehescheidung und Wiedertrauung Geschiedener in der Evangelischen Kirche in Deutschland, in: Die Kirchen und die Ehe, hg. von *dems.*, 1984, S. 30 (33 ff.); *Gerhard Robbers*, Ehe und Familie in evangelischer Sicht – Ein Kurzbericht, in: *EssGespr.* 35 (2001), S. 81 (81 f.). Vgl. dazu auch *Honecker*, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 52), S. 129.

⁷⁸ Wie hier *Dietrich Pirson*, Eherecht, I. Evangelisch, in: LKStKR, Bd. 1, 2000, S. 526 f. – Zur Ehe als „weltlich Geschlecht“ oben Rn. 13. In der Folge lehnt *Luther* kirchliche Ehegesetze ab: „weil die Hochzeit und Ehestand ein

gen der Nachreformationszeit ein solches durchaus kannten.⁷⁹ Heute finden sich einzelne Bestimmungen über Ehe und kirchliche Trauung lediglich auf der Ebene der kirchlichen Lebensordnungen, zum Teil auch auf der Ebene gliedkirchlicher Gesetze.⁸⁰ Hieraus erhellt sich, dass die Ehe aus der evangelischen Perspektive der Gegenwart vornehmlich Gegenstand theologischer Ethik sowie staatlichen Rechts ist, nicht aber des Kirchenrechts.⁸¹ Das verdeutlicht, dass Bestimmungen des staatlichen und des kirchlichen Eherechts nebeneinander gelten *können*, aber nicht *müssen*.

1. Normative Grundlagen

Die mögliche Parallelgeltung ehebezogener Normen des staatlichen und des kirchlichen Rechts gründet darauf, dass diese die Ehe aus unterschiedlichen Perspektiven regeln und weder das staatliche noch das kirchliche Recht einem derartigen, divergierenden Zugriff entgegensteht. So ist die Gesetzgebung über die weltlichen Bezüge der Ehe für den Staat Teil seiner allgemeinen politischen Ordnungsaufgabe. Für die Kirchen hingegen ist die Normierung der religiösen Dimension der Ehe Ausfluss ihres Selbstbestimmungsrechts und ihrer korporativen Religionsfreiheit.⁸²

21

weltlich geschafft ist, gebührt uns Geistlichen oder Kirchen dienern nichts, darin zu ordnen oder regieren, sondern lassen ein ighlichen Stadt und Land hierin iren brauch und gewonheit“, so notiert in: *Luther*, Traubüchlein (o. Fn. 51).

⁷⁹ Dazu *Witte*, Sakrament (o. Fn. 50), S. 71 ff.; vgl. auch *Köhler*, Anfänge (o. Fn. 49); *Dieterich*, Eherecht (o. Fn. 49), S. 152 f., 167 ff.; *Frassek*, Eherecht (o. Fn. 49), S. 173 ff.

⁸⁰ So etwa die gem. Art. 14 Abs. 2 GO UEK als Recht der Union fortgeltende „Ordnung des kirchlichen Lebens der Evangelischen Kirche der Union“ vom 5. 6. 1999 (im Folgenden: OKL EKU), ABl. EKD S. 403, zuletzt geändert durch gesetzvertretende Verordnung vom 17. 3. 2016, ABl. EKD S. 90, Abschnitt 6; siehe ferner VELKD (Hg.), Leitlinien kirchlichen Lebens. Handreichung für eine kirchliche Lebensordnung (im Folgenden: LKL VELKD), 2003, Abschnitt B 2 (S. 66 ff.). Zu den Lebensordnungen sowie ihren teils fehlenden, teils eingeschränkten Rechtswirkungen *Martin Honecker*, Kirchliche Lebensordnung zwischen Recht und Pastoraletik, in: ZevKR 57 (2012), S. 146; *Heinrich de Wall / Stefan Muckel*, Kirchenrecht, 5. Aufl. 2017, § 25, Rn. 17.

⁸¹ *Honecker*, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 52), S. 129.

⁸² *Uhle*, Ehe (o. Fn. 72), Sp. 1513; näher *ders.*, Zweierlei Recht (o. Fn. 7), S. 733 ff. und 735 ff.

a) Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des staatlichen Eherechts

22 Das staatliche Recht erfasst die Ehe ausschließlich als Zivilehe. Das belegt bereits Art. 6 Abs. 1 GG. Dieser definiert den Rechtsbegriff der Ehe nicht, geht aber angesichts des Umstands, dass ein „verweltlichter“ Ehebegriff schon zur Zeit des Parlamentarischen Rates dem allgemeinen Verständnis entsprochen hat, erkennbar von einem bürgerlich-rechtlichen Ehebegriff aus, der zwar durch das christliche Eheverständnis traditionell geprägt wird, aber mit diesem inhaltlich nicht identisch ist.⁸³ Einem solchen Verständnis folgt auch der den §§ 1297 ff. BGB zugrunde liegende Ehebegriff. Hieran hat die einfachgesetzliche Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, so sehr diese auch im Übrigen auf eine Umgestaltung des bürgerlich-rechtlichen Eheverständnisses abzielt,⁸⁴ nichts geändert.⁸⁵

23 Die auf diese Weise erfasste Zivilehe ist aufgrund ihrer sozialpolitischen Funktion Gegenstand der staatlichen Kompetenz wie auch der staatlichen Verantwortung für die gemeinwohladäquate Ordnung der gesellschaftlichen Lebensverhältnisse.⁸⁶ Das beruht sowohl auf ihrer Funktion, das dauerhafte Zusammenleben der Ehepartner zu ordnen als auch auf ihrer generellen familiären Finalität, in deren Konsequenz ihr herausragende gesellschaftliche Bedeutung zukommt. Diese herausragende Bedeutung der Ehe wiederum ist der Grund für die verfassungsrechtliche Anordnung ihres „besonderen“ Schutzes, der in Art. 6 Abs. 1 GG mehrdimensional – als Grundrecht,

⁸³ Ausdrücklich so zuletzt BVerfGE 137, 273 (342). Zum Bild der „verweltlichten“ bürgerlich-rechtlichen Ehe auch BVerfGE 31, 58 (83); 53, 224 (245); BVerfG (K), in: NJW 2001, S. 2874; Uhle, Eheschließung und Ehescheidung (o. Fn. 2), S. 1405; ders., in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 2; von Coelln, in: Sachs (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 13; Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 14.

⁸⁴ Hierzu oben Rn. 17 f.; vgl. unten auch Rn. 45 und 83.

⁸⁵ Insofern erstreckt sich die aus der Divergenz von grundgesetzlichem und einfachgesetzlichem Ehebegriff resultierende Verunklarung des staatlichen Eheverständnisses (dazu oben Rn. 17 f. und 45) nicht auf die dem staatlichen Recht zugrunde liegende Erfassung der Ehe als Zivilehe.

⁸⁶ Allg. Ansicht: Dietrich Pirson, Das Verfassungsrecht als ehestabilisierendes Recht, in: Ehestabilisierende Faktoren, hg. von Gerhard Seifert, 1990, S. 111 (113 f.); ders., Das Auseinandertreten von kirchlichem und staatlichem Eheverständnis, in: Beginn und Ende der Ehe, hg. von Richard Puza/Abraham P. Kustermann, 1994, S. 99; Uhle, Zweierlei Recht (o. Fn. 7), S. 735 ff.; m. w. N. Alexandra Maschwitz, Die Form der Eheschließung, 2014, S. 150 f.

als Institutsgarantie und als wertentscheidende Grundsatznorm⁸⁷ – entfaltet wird und den Gesetzgeber zu einer eheschützenden Ausgestaltung der Rechtsordnung verpflichtet.

Nicht zuletzt aufgrund der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht bedarf die Ehe der rechtlichen Ausgestaltung durch den Staat. Regelungsbedürftig ist hier auf der einen Seite die Eheschließung. Folglich sind namentlich Voraussetzungen, Verfahren und Rechtsfolgen der Eheschließung Gegenstand staatlicher Regelung, wenngleich in unterschiedlicher Intensität. So erfasst das staatliche Recht die persönlichen Voraussetzungen für eine wirksame Eheschließung nur in verhältnismäßig knapp gehaltenen Bestimmungen.⁸⁸ Anderes gilt demgegenüber für Verfahren und Form der Eheschließung.⁸⁹ Sie mit der notwendigen Rechtsklarheit zu normieren, ist bereits erforderlich, um in der staatlichen Rechtsordnung eheschützende Regelungen verankern zu können. Art. 6 Abs. 1 GG fordert derartige Bestimmungen u. a. im Steuer-, Sozial- und Ausländerrecht.⁹⁰ Aber auch im Übrigen bedürfen die Folgen einer Eheschließung, etwa die wirtschaftlichen und vermögensrechtlichen Konsequenzen, detaillierter Regelung.

Auf der anderen Seite sind vor dem Hintergrund scheiternder Ehen auch die Voraussetzungen und Folgen der Auflösung einer Ehe normierungsbedürftig. Denn obgleich die Ehe auf Lebenszeit angelegt ist,⁹¹ ist sie im Falle ihres Scheiterns auflösbar. Im Einzelnen bedürfen einer eingehenden gesetzlichen Regelung hier insbesondere die möglichen Scheidungsgründe, das Scheidungsverfahren sowie die Scheidungsfolgen.⁹²

Sind angesichts dessen insbesondere die Voraussetzungen und Folgen von Eheschließung und -auflösung auf der einen Seite Gegenstand staatlicher Rechtsetzung, ist die Kompetenz des Staates auf der anderen Seite auf die Regelung der weltlichen Bezüge der Ehe be-

⁸⁷ Markus Kotzur / Johann Justus Vasel, in: Klaus Stern / Florian Becker (Hg.), Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. 2019, Art. 6, Rn. 11; Burgi, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 72), Art. 6, Rn. 23.

⁸⁸ §§ 1303 ff. BGB. Hierzu Uhle, Eheschließung und Ehescheidung (o. Fn. 2), S. 1409 ff. Dazu auch unten Rn. 42.

⁸⁹ §§ 12 ff. PStG, §§ 1310 ff. BGB. Vgl. hierzu auch unten Rn. 51 f.

⁹⁰ Hierzu Uhle, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 39 ff.

⁹¹ Vgl. § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB. Vgl. BVerfGE 105, 313 (345); 115, 1 (19); 121, 175 (193).

⁹² §§ 1564 ff. BGB. Dazu näher unten Rn. 76 ff.

grenzt.⁹³ Das ist letztlich Konsequenz aus dem Umstand, dass der moderne Verfassungsstaat säkularer und sektoraler Staat ist.⁹⁴ Die hieraus resultierende Kompetenzbegrenzung nimmt das einfache Recht ausdrücklich auf. So bestimmt § 1588 BGB, dass die „kirchlichen Verpflichtungen in Ansehung der Ehe [...] durch die Vorschriften dieses Abschnitts nicht berührt [werden].“⁹⁵ Mit dieser Vorschrift nimmt der Staat zwar weder den Anspruch auf seine alleinige Zuständigkeit für die Ordnung der weltlichen Bezüge der Ehe zurück noch schwächt er seinen Anspruch auf die Regelung der Zivilehe als Ordnungselement des weltlichen Gemeinschaftslebens. Gleichwohl notifiziert er mit ihr, dass er keinen Übergriff in den Bereich des religiösen Eherechts intendiert und von seinen Regelungen keine Gestaltungswirkung auf den Bereich des kirchlichen Eherechts ausgeht.

b) Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des kirchlichen Eherechts

- 27 Während das staatliche Eherecht in der allgemeinen politischen Ordnungsaufgabe des Staates und dem verfassungsrechtlichen Schutzauftrag des Art. 6 Abs. 1 GG wurzelt, findet das Eherecht der Kirchen seine Grundlage in der verfassungsrechtlichen Verbürgung ihres Selbstbestimmungsrechts und in der ihnen grundgesetzlich gewährleisteten korporativen Religionsfreiheit.⁹⁶

(1) Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen

- 28 Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen garantiert diesen gem. Art. 140 GG i. V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV die selbständige Ordnung und Verwaltung der eigenen Angelegenheiten innerhalb der Schranke des für alle geltenden Gesetzes. Inhaltlich erstreckt sich die

⁹³ Pirson, Auseinandertreten (o. Fn. 86), S. 100.

⁹⁴ Zur Säkularität des Staates Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 32 f.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Recht, Staat, Freiheit, 2006, S. 92; zum Staat als sektorialem Staat Josef Isensee, Staat und Verfassung, in: HStR³, Bd. II, 2004, § 15, Rn. 66 ff., v. a. 69 und 75 ff.

⁹⁵ Dazu Hans-Jürgen Becker, Der so genannte Kaiser-Paragraph (§ 1588 BGB), in: Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab zum siebzigsten Geburtstag am 15. August 2005, hg. von Sibylle Hofer / Diethelm Klippel / Ute Walter, 2005, S. 269.

⁹⁶ Dazu Uhle, Zweierlei Recht (o. Fn. 7), S. 733 ff.

Gewähr grundsätzlich auf alle Angelegenheiten, die das Wirken der Kirchen betreffen und sich als Verwirklichung deren Auftrages darstellen.⁹⁷ Auch wenn die abschließende Kompetenz für die Bestimmung der „eigenen Angelegenheiten“ bei den staatlichen Institutionen liegt, ist bei deren Bestimmung das kirchliche Selbstverständnis maßgeblich zu berücksichtigen.⁹⁸

Zu den Angelegenheiten, die nach diesem Selbstverständnis der Kirchen traditionell als „eigene“ betrachtet werden, gehört die Bestimmung der kirchlichen Lehre und deren Umsetzung durch die kirchliche Rechtsetzung.⁹⁹ Das gilt insbesondere auch für die religiösen Lehren über die Ehe und das kirchliche Eherecht.¹⁰⁰ Daher unterliegt keinem Zweifel, dass Erlass und Anwendung kirchenrechtlicher Bestimmungen über die Ehe zum grundgesetzlich gewährleisteten Selbstbestimmungsrecht der Kirchen gehören.

Freilich kann die Garantie der kirchlichen Selbstbestimmung ausweislich der Formulierung von Art. 137 Abs. 3 WRV durch ein „für alle geltendes Gesetz“ Einschränkungen erfahren. Hiermit sind nach zutreffender Ansicht religionsneutrale Gesetze gemeint, also Gesetze, die kein gegen die Kirchen und deren Selbstbestimmungsbefugnis gerichtetes Sonderrecht enthalten¹⁰¹ und im Falle einer formellen Gleichbehandlung sämtlicher Gesetzesadressaten die Kirchen auch

⁹⁷ BVerfGE 70, 138 (165).

⁹⁸ Wie hier *Dirk Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 68), Art. 140 GG i. V.m. Art. 137 WRV, Rn. 6; *Peter Unruh*, in: Hermann v. Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 137 WRV, Rn. 27; *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 137 WRV, Rn. 49. Vgl. aus der verfassungsgerichtlichen Judikatur BVerfGE 53, 366 (399); 66, 1 (22); 70, 138 (166); aus der jüngeren Zeit BVerfGE 137, 273 (301 ff., v. a. 329 ff.) mit der Feststellung, dass die Behauptung einer Religionsgesellschaft, eine Angelegenheit sei ihre eigene, lediglich einer gerichtlichen Plausibilitätskontrolle unterliegt; vgl. hierzu auch BAGE 143, 354 (391). Vgl. dazu ferner die Nachweise in Fn. 115.

⁹⁹ Für die kirchliche Rechtsetzung wie hier auch *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 98), Art. 140 GG i. V.m. Art. 137 WRV, Rn. 8; *Stefan Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 72), Art. 140 GG i. V.m. Art. 137 WRV, Rn. 39.

¹⁰⁰ Exemplarisch zur Begründung der eherechtlichen Zuständigkeit durch die katholische Kirche *Pirson*, Auseinandertreten (o. Fn. 86), S. 100.

¹⁰¹ Zu den „für alle geltenden Gesetzen“ gehören daher Gesetze, die für die Kirchen „dieselbe Bedeutung haben wie für den Jedermann“, BVerfGE 42, 312 (334); ähnlich BVerfGE 66, 1 (20); vgl. auch BVerfGE 83, 341 (355); aus jüngerer Zeit BVerfGE 137, 273 (312 f.). Siehe auch BVerfGK 12, 308 (331), BVerwGE 117, 145 (148); BAGE 130, 146 (157); *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 98), Art. 140 GG i. V.m. Art. 137 WRV, Rn. 13; vgl. *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 98), Bd. 3, Art. 137 WRV, Rn. 41.

nicht anders und härter als jedermann treffen.¹⁰² Indessen kennt das staatliche Recht der Gegenwart keine Rechtsvorschriften, die unmittelbar den Erlass und die Publikation kirchlicher Gesetze beschränken würden.¹⁰³ Das gilt namentlich für Bestimmungen des kirchlichen Eherechts, auch dort, wo dieses, wie etwa im Falle des orthodoxen oder kanonischen Eherechts, divergierende Regelungen hinsichtlich der Voraussetzungen oder der Auflösbarkeit einer Ehe enthält. Die damit verbundene Hinnahme unterschiedlicher eherechtlicher Bestimmungen reflektiert, dass für eine Harmonisierung des staatlichen und des kirchlichen Eherechts aus staatlicher Sicht kein Erfordernis besteht, soweit das kirchliche Eherecht keine Relevanz für die Beurteilung ehelicher Rechtsverhältnisse nach staatlichem Recht zu entfalten beansprucht. Letzteres stellt exemplarisch das kanonische Eherecht ausdrücklich klar. So bestimmt c. 1059 CIC – gleichsam als kirchenrechtliches Gegenstück zu § 1588 BGB –, dass sich die Ehe von Katholiken „unbeschadet der Zuständigkeit der weltlichen Gewalt hinsichtlich der rein bürgerlichen Wirkungen dieser Ehe“ nach göttlichem und kirchlichem Recht richtet. Damit stellt die katholische Kirche klar, dass die eherechtlichen Bestimmungen des CIC die Unterscheidung zwischen staatlicher und religiöser Sphäre achten und das staatliche Eherecht weder zu verdrängen noch in dieses überzugreifen beabsichtigen.¹⁰⁴

- 31 Von der Beschränkung der kirchlichen Ehegesetzgebung als solcher zu unterscheiden sind (potentielle) staatliche Einschränkungen, die den Vollzug von Normen des religiösen Eherechts betreffen. Auch für sie gilt, dass sie im Falle ihres Erlasses den Anforderungen eines „für alle geltenden Gesetzes“ zu genügen haben, also wiederum weder kirchenbezogenes Sonderrecht enthalten noch die Kirchen härter als die übrigen Gesetzesadressaten betreffen dürfen. Für Letzteres wäre die Rechtfertigung entsprechender staatlicher Restriktionen durch einen religionsneutralen, gemeinwohlrelevanten Ordnungszweck erforderlich, dessen Gewicht bei der dann vorzunehmenden

¹⁰² BVerfGE 42, 312 (334); 66, 1 (20); BVerwGE 101, 309 (314); vgl. auch BVerfGE 70, 138 (168); 72, 278 (289); BVerwGE 117, 145 (148). Aus dem Schrifttum stellvertretend *Michael Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 68), Art. 140, Rn. 42.

¹⁰³ Wie hier, auch zum Folgenden, in der Voraufgabe *Pirson* (o. Fn. 7), S. 818 f.

¹⁰⁴ *Uhle*, *Zweierlei Recht* (o. Fn. 7), S. 734 f.

Abwägung¹⁰⁵ mit dem Selbstbestimmungsrecht im Einzelfall überwiegen müsste.

(2) Die Religionsfreiheit

Kirchliche Lehren über die Ehe und die sie ausformenden Akte kirchlicher Gesetzgebung werden verfassungsrechtlich nicht allein von Art. 140 GG i. V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV gewährleistet, sondern auch durch die von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gewährleistete Religionsfreiheit in ihrer korporativen Dimension geschützt.¹⁰⁶ Das gilt unabhängig davon, ob Art. 4 Abs. 1 und 2 GG mit dem Bundesverfassungsgericht als einheitliches Grundrecht begriffen wird,¹⁰⁷ das aufgrund extensiver Auslegung die Freiheit verbürgt, das gesamte Verhalten an den Lehren des Glaubens auszurichten und der Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln¹⁰⁸ oder ob Art. 4 Abs. 1 und 2 GG alternativ als Vorschrift verstanden wird, die mit der Verbürgung von Glaubens-, Bekenntnis- und Religionsausübungsfreiheit unterschiedliche Schutzbereiche enthält.¹⁰⁹ Denn auch im letztgenannten Falle

32

¹⁰⁵ Hierzu BVerfGE 53, 366 (401); 66, 1 (22); 70, 138 (167); 72, 278 (289). – Für die Unanwendbarkeit des Vorbehalts des allgemeinen Gesetzes im Bereich rein innerkirchlicher Angelegenheiten BVerfGE 18, 385 (387 f.); 42, 312 (334); 66, 1 (20); 72, 278 (289); BVerwGE 95, 379 (380); 117, 145 (147 f.); a. A. *Stefan Magen*, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens (Hg.), Grundgesetz, Bd. 2, 2002, Art. 140, Rn. 76; *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 98), Art. 140 GG i. V.m. Art. 137 WRV, Rn. 12 a. E.

¹⁰⁶ *Uhle*, Zweierlei Recht (o. Fn. 7), S. 735. Vgl. aus der jüngeren Judikatur des Bundesverfassungsgerichts auch BVerfGE 137, 273 (302 ff.).

¹⁰⁷ BVerfGE 12, 1 (4); 24, 236 (245); 41, 29 (49); 83, 341 (354); 108, 282 (297); 125, 39 (79); 137, 273 (309); BVerfG (K), in: NJW 1994, S. 2346 (2346); NJW 2017, S. 381 (383); NJW 2017, S. 2333 (2334); BVerwG, in: NVwZ 2011, S. 1278 (1279).

¹⁰⁸ Grundlegend BVerfGE 24, 236 (247 f.); 32, 98 (106); 33, 23 (28); 41, 29 (49); zustimmend etwa *Martin Heckel*, Zur Zukunftsfähigkeit des deutschen „Staatskirchenrechts“ oder „Religionsverfassungsrechts“, in: AöR 134 (2009), S. 309 (381 ff.); *Juliane Kokott*, in: Sachs (o. Fn. 68), Art. 4, Rn. 11 ff.; *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 102), Art. 4, Rn. 19 ff.; *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 98), Bd. 1, Art. 4, Rn. 10, 32.

¹⁰⁹ Hierfür etwa *Friedrich Schoch*, Die Grundrechtsdogmatik vor den Herausforderungen einer multikonfessionellen Gesellschaft, in: Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, hg. von Joachim Bohnert/Christof Gramm/Urs Kindhäuser/Jourchim Lege/Alfred Rinken/Gerhard Robbers, 2001, S. 149 (157 f.); aus der Kommentarliteratur *Karl-Hermann Kästner/Michael Droege*, in: Stern/Becker (o. Fn. 87), Art. 4, Rn. 49 f.; *Stefan Muckel*, in: Berliner Kommentar (o.

erfährt die Herausbildung und Entfaltung kirchlicher Lehren grundrechtlichen Schutz. Das gilt namentlich für die Entwicklung eines theologisch fundierten Eheverständnisses, für dessen kirchenrechtliche Positivierung und für den Vollzug entsprechender Bestimmungen.

- 33 Trotz der schrankenlosen Formulierung von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG unterliegt auch die Religionsfreiheit der Möglichkeit gesetzlicher Beschränkung. Das Bundesverfassungsgericht begründet dies mit dem Konzept verfassungsimmanenter Schranken, in dessen Folge die Religionsfreiheit im Falle einer Kollision mit anderen Verfassungsgütern durch den Gesetzgeber in einen möglichst schonenden, verhältnismäßigen Ausgleich mit den übrigen Verfassungsrechtspositionen zu bringen ist („praktische Konkordanz“).¹¹⁰ Das unterstreicht, dass staatliche Einschränkungen der kirchlichen Ehegesetzgebung und deren Anwendung auch sub specie der Religionsfreiheit zwar prinzipiell möglich sind, zu ihrer Verfassungskonformität aber einer anspruchsvollen Rechtfertigung bedürfen. Zu ganz ähnlichen Ergebnissen gelangen jene Stimmen in der Literatur, die statt des Rückgriffs auf verfassungsimmanente Schranken die Anwendung von Art. 140 GG i. V.m. Art. 136 Abs. 1 WRV auf Art. 4 Abs. 1 und 2 GG bevorzugen, um die Einschränkung der Religionsfreiheit durch religionsneutrale und diskriminierungsfreie Gesetze zu begründen.¹¹¹

2. Charakteristika des gegenwärtigen Verhältnisses von staatlichem und kirchlichem Eherecht

- 34 Das gegenwärtige Verhältnis ehebezogener Normen des staatlichen und des kirchlichen Rechts wird von fünf Charakteristika geprägt:

Fn. 72), Art. 4, Rn. 5 ff. (v. a. Rn. 6); *Stefan Mückl*, in: BK, Stand: 196. Erg.-Lfg. (Februar 2019), Art. 4, Rn. 56 f.

¹¹⁰ BVerfGE 32, 98 (107 f.); 33, 23 (30 f.); 108, 282 (297); *Christian Walter*, Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive, 2006, S. 515 ff.; ebenso etwa *Kokott*, in: Sachs (o. Fn. 108), Art. 4, Rn. 129 ff.; *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 102), Art. 4, Rn. 48; *Mückl*, in: BK (o. Fn. 109), Art. 4, Rn. 163 f.

¹¹¹ BVerwGE 112, 227 (231 ff.); *Wolfgang Bock*, Die Religionsfreiheit zwischen Skylla und Charybdis, in: AöR 123 (1998), S. 444 (471); *Karl-Hermann Kästner*, Hypertrophie des Grundrechts auf Religionsfreiheit?, in: JZ 1998, S. 974 (982); *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 109), Art. 4, Rn. 52; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 108), Bd. 1, Art. 4, Rn. 92 f.

von trennungsbasierter Parallelgeltung, inhaltlicher Unabhängigkeit, prinzipieller Perspektiv- und Zweckdivergenz, von unterschiedlichen Regelungsschwerpunkten sowie von der Tendenz zu einem Auseinanderstreben der Ehebegriffe und Eheverständnisse.¹¹²

a) Trennungsbasierte Parallelgeltung

Kennzeichnend ist zunächst der Umstand, dass die Normen der staatlichen und der kirchlichen Rechtsordnungen nebeneinander gelten. Diese Parallelgeltung ist, wie die Exempel des katholischen Kirchenrechts auf der einen Seite und des evangelischen Kirchenrechts auf der anderen Seite verdeutlichen, unabhängig von der Frage, ob kirchlicherseits ein umfassendes, in sich weitgehend geschlossenes Eherecht entwickelt oder aber einer nur vereinzelt Normierung ehebezogener Regelungen der Vorrang gegeben wird: Parallelgeltung bedeutet insofern nicht zwingend Parallelordnung.¹¹³ Charakteristisch für das Nebeneinander von Bestimmungen des staatlichen und des kirchlichen Eherechts ist zudem, dass die jeweiligen Rechtsordnungen darauf verzichten, Gestaltungswirkung für den jeweils anderen Rechtsbereich zu entfalten: Die Normen des staatlichen Eherechts entfalten prinzipiell keine Relevanz für die Beurteilung der Rechtsverhältnisse nach kirchlichem Recht, umgekehrt geht von den Bestimmungen des kirchlichen Eherechts grundsätzlich keine Wirkung auf den Bereich des staatlichen Rechts aus.¹¹⁴ Demzufolge zeitigt etwa der Bestand einer kirchenrechtlich gültigen Ehe im weltlichen Bereich grundsätzlich keine Rechtswirkungen.¹¹⁵

35

¹¹² Hierzu Uhle, Zweierlei Recht (o. Fn. 7), S. 737 ff.

¹¹³ Hinweis auf das aus evangelischer Sicht fehlende Erfordernis einer Parallelordnung der Ehe bei Hans Michael Heinig, Keine Trauung ohne Eheschließung, in: FamRZ 2010, S. 81 ff. (82).

¹¹⁴ Uhle, Zweierlei Recht (o. Fn. 7), S. 738.

¹¹⁵ Das schließt nicht aus, dass einer nach kirchlichem Recht geschlossenen Ehe mittelbare Bedeutung auch im weltlichen Rechtsbereich beigelegt wird. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn arbeitsvertragliche Regelungen Bezug auf den Bestand einer kirchlichen Ehe nehmen. Vgl. dazu aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung BVerfGE 70, 138 (166); BVerfG (K), in: NZA 2001, S. 717 (717); BVerfG (K), in: NJW 2002, S. 2771 (2771); BVerfG (K), B. v. 14. 1. 2008 – 1 BvR 273/03, Rn. 17; aus jüngerer Zeit grundlegend BVerfGE 137, 273 (314 ff.). Aus der arbeitsgerichtlichen Judikatur BAG, KirchE 46 (2004), S. 126 (126, 134 f.); BAG, in: NZA 2011, S. 203 (204 ff.); abweichend von der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur BAGE 139, 144 (148 ff.); BAGE 156, 23 (33 f.); EuGH, in: NJW 2018, S. 3086; BAG, in:

36 Diese Parallelgeltung ehebezogener Normen des staatlichen und des kirchlichen Rechts gründet im geltenden Recht, weist aber zugleich auch über dieses hinaus: auf die Absage an die Identität von politischer und religiöser Ordnung, auf die Anerkennung der Wesensverschiedenheit von staatlichem und religiösem Bereich und auf die Säkularität des Staates.¹¹⁶ Die damit verbundene Anerkennung der Weltlichkeit der politischen Ordnung, die Entlassung dieser Ordnung aus der religiösen Jenseitsorientierung und die Beschränkung des Staates auf das innerweltliche Gemeinwohl sind Fundament der Selbständigkeit der staatlichen Rechtsordnung im Allgemeinen wie der staatlichen Ehegesetzgebung im Besonderen. Dem korrespondiert die Eigenständigkeit kirchlicher Ordnungen und ihrer ehebezogenen Vorschriften.

37 Die Selbständigkeit des staatlichen wie des kirchlichen Eherechts, die parallele Geltung und die Beschränkung der Gestaltungswirkung der eherechtlichen Bestimmungen auf den jeweils von ihnen erfassten Bereich liegen dem Eherecht der christlichen Kirchen als selbstverständliche Annahmen zugrunde. Das gilt zunächst für das orthodoxe Eherecht.¹¹⁷ Für das katholische Eherecht folgt dies aus c. 1059 CIC, für das evangelische Kirchenrecht aus dem Umstand, dass die einschlägigen Bestimmungen, auch wenn sie durchgängig an das Bestehen einer Ehe nach staatlichem Recht anknüpfen, zwischen der Eheschließung nach staatlichem und der Trauung nach kirchlichem Recht unterscheiden¹¹⁸ und zu ihrem Regelungsgegenstand nur die kirchliche Trauung machen.¹¹⁹

NZA 2019, S. 901 (907). Siehe auch EGMR, in: NZA 2011, S. 279 (281 f.); EGMR, in: NZA 2011, S. 277 (278 f.). Aus dem Schrifttum *Gregor Thüsing*, Grund und Grenzen der besonderen Loyalitätspflichten des kirchlichen Dienstes, in: *EssGespr.* 46 (2012), S. 129 (149 ff.); *Burkhard Kämper/ Adelheid Puttler* (Hg.), *Straßburg und das kirchliche Arbeitsrecht*, 2013; zuletzt *Stefan Greiner*, Funktionalität versus Institutionalität: Das kirchliche Arbeitsrecht als Exempel, in: *EssGespr.* 55 (2020), S. 101 ff.; *Reinhard Richardi*, *Arbeitsrecht in der Kirche*, 8. Aufl. 2020, S. 66 ff., v. a. 70 ff., 78 ff., 83 ff., v. a. 90 ff., und passim.

¹¹⁶ Uhle, *Zweierlei Recht* (o. Fn. 7), S. 738.

¹¹⁷ *Anapliotis*, *Grundzüge* (o. Fn. 73), S. 229; eine Ausnahme gilt angesichts des Staatskirchentums in Griechenland.

¹¹⁸ Art. 60 Abs. 1 OKL EKU (o. Fn. 80): „Eine Trauung wird nur gehalten, nachdem die Eheschließung nachgewiesen worden ist.“ In der Sache ebenso B 2 Nr. 2 Abs. 3 LKL VELKD.

¹¹⁹ Vgl. dazu Art. 57 OKL EKU (o. Fn. 80): „Die kirchliche Trauung ist eine gottesdienstliche Handlung, in der die eheliche Gemeinschaft unter Gottes Gebot und Verheißung gestellt wird. [...]“; B 2 Nr. 1 f. LKL VELKD (o. Fn. 80).

b) *Inhaltliche Unabhängigkeit*

Die Normen des staatlichen und des kirchlichen Eherechts gelten indes nicht lediglich nebeneinander. Vielmehr ist ihr heutiges Verhältnis auch von gegenseitiger inhaltlicher Unabhängigkeit geprägt.¹²⁰ Diese Unabhängigkeit folgt daraus, dass auf der einen Seite der säkulare, religiös neutrale Staat der Gegenwart in seiner Regelungskompetenz für das Eherecht ausschließlich verfassungsrechtlichen Bindungen unterliegt. Auf der anderen Seite genießt die kirchliche Ehegesetzgebung einen verfassungsrechtlichen Schutz, der nicht auf den Erlass von Regelungen beschränkt ist, die mit dem staatlichen Eherecht übereinstimmen. Besonders deutlich akzentuiert diesen Umstand das kanonische Recht, weniger das evangelische Kirchenrecht. Denn Letzteres knüpft mit seinen Regelungen durchgängig an das Bestehen einer Ehe nach staatlichem Recht an. Das kanonische Recht hingegen enthält wie das orthodoxe Kirchenrecht umfangreiche eigene Anforderungen an die Gültigkeit einer Ehe, die mit dem staatlichen Recht nicht identisch sind.¹²¹ Es kennt zudem, anders als das Zivilrecht, keine Scheidung.¹²²

Konsequenz dieser fehlenden inhaltlichen Identität ist, dass der Bestand einer Ehe nach staatlichem und nach kirchlichem Recht prinzipiell unabhängig voneinander zu beurteilen ist und dass unter Umständen das Bestehen einer Ehe aus kirchenrechtlicher Sicht anders zu beurteilen sein kann als aus der Perspektive des staatlichen Eherechts.¹²³ Es gibt daher Ehen, deren Bestand nach staatlichem Recht keinem Zweifel unterliegt, die namentlich im katholischen Kirchenrecht hingegen keine Anerkennung finden; die Eingehung einer zweiten Ehe vor dem Standesbeamten nach staatlicher Scheidung einer ersten, kirchlich gültigen Ehe belegt dies. Seltener ist der umgekehrte Fall, also eine Ehe, die nach staatlichem Recht nicht besteht, aber kirchenrechtlich gültig ist. Nachdem das Personenstandsrecht seit 2009 das Verbot der kirchlichen Voraustrauung nicht mehr

¹²⁰ Hierzu ausführlich *Uhle*, Zweierlei Recht (o. Fn. 7), S. 742 ff. Vgl. dazu am Exempel des Ehebegriffs auch BVerfGE 137, 273 (342: „[...] aus Sicht des Grundgesetzes ist [...] das Bild einer „verweltlichten“ bürgerlich-rechtlichen Ehe [maßgeblich], das durch das christliche Eheverständnis traditionell geprägt, aber mit diesem nicht inhaltlich identisch ist.“).

¹²¹ Dazu unten Rn. 61.

¹²² Zu Letzterem Rn. 77 ff.

¹²³ Zutreffend BVerfGE 137, 273 (342 f.). So bereits *Knut Wolfgang Nörr*, Bürgerliches Eheauflösungsrecht und Religion, in: JZ 1966, S. 545 (546 f.).

enthält, ist indessen nicht auszuschließen, dass derartige Konstellationen zukünftig häufiger auftreten werden, obgleich namentlich die katholische und die evangelische Kirche bemüht sind, dies weiterhin zu vermeiden.¹²⁴

c) Prinzipielle Perspektiv- und Zweckdivergenz

40 Charakteristisch für das Verhältnis von staatlichem und kirchlichem Eherecht ist darüber hinaus eine prinzipielle Perspektiv- und Zweckdivergenz.¹²⁵ So erfasst das staatliche Recht die Ehe ausschließlich aus weltlicher Perspektive: Es ist ein „verweltlichtes“ Eherecht,¹²⁶ das der Wahrnehmung einer staatlichen Ordnungsaufgabe, insbesondere der Realisierung der gesetzgeberischen Verantwortung für die Ordnung der gesellschaftlichen Lebensverhältnisse, dient. Sein Augenmerk liegt weniger auf der normativen Sicherung abstrakt vorgegebener Wesensmerkmale der Ehe, sondern mehr auf einer gemeinwohldienlichen sowie den Anforderungen der Rechtsklarheit und -sicherheit entsprechenden Ausgestaltung der bürgerlich-rechtlichen Ehe, deren soziale Funktion es unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen Lebenswirklichkeit zu stärken sucht.

41 Demgegenüber ist die Perspektive des kirchlichen Eherechts bereits deshalb eine andere, weil die einschlägigen Bestimmungen die Ehe gerade nicht in ihrer weltlichen, sondern in ihrer religiösen Dimension betreffen. Ihr Anliegen ist vor allem die normative Entfaltung und Gewährleistung des kirchlichen Eheverständnisses. Dies zeigt sich mit besonderer Deutlichkeit im katholischen sowie im orthodoxen Eherecht, lässt sich aber auch dem evangelischen Kirchenrecht entnehmen. So besteht die leitende Intention des kanonischen Eherechts darin, die der Ehe als von Gott geschaffener Institution¹²⁷ und als Sakrament entsprechenden Wesenseigenschaften zu sichern,¹²⁸ weshalb seine Vorschriften der Entfaltung jener Vorgaben

¹²⁴ Hierzu näher unten Rn. 55 ff.

¹²⁵ Uhle, Zweierlei Recht (o. Fn. 7), S. 745 f.

¹²⁶ Formulierung bei Peter Jäggi, Das verweltlichte Eherecht, 1955, S. 24 und passim.

¹²⁷ Vgl. *Vatikanum II*, Pastorale Konstitution „Gaudium et spes“, in: AAS 58 (1966), S. 1025 (1067, Art. 48 Abs. 1); *Pius XI.*, Enzyklika „Casti connubii“, in: AAS 22 (1930), S. 539 (541).

¹²⁸ Hierzu c. 1055 f. sowie 1134 CIC; vgl. auch *Vatikanum II*, Gaudium et spes (o. Fn. 127), S. 1068 f., Art. 48 Abs. 2; *Pius XI.*, Casti connubii (o. Fn. 127), S. 583; *Schöch*, Ehe (o. Fn. 75), S. 1249 ff. Zusammenfassende Darstellung der

dienen, die das *ius divinum* im Hinblick auf die Ehe enthält.¹²⁹ Für das Eherecht der orthodoxen Kirchen, die die Ehe ebenfalls ganz überwiegend zu den Sakramenten rechnen, gilt Vergleichbares.¹³⁰ Das evangelische Kirchenrecht schließlich behandelt die religiöse Dimension der Ehe insbesondere in den Vorschriften über die kirchliche Trauung, durch die die Ehe „unter Gottes Gebot und Verheißung gestellt wird.“¹³¹ Diese Entfaltung des kirchlichen Eheverständnisses schließt keineswegs aus, dass auch das kirchliche Recht die sozialpolitische Bedeutung der Ehe berücksichtigt,¹³² begründet aber, warum es sich hierin nicht erschöpfen kann. So vermag etwa die implizite Bezugnahme des c. 1055 § 1 CIC auf die traditionelle Ehezwecklehre, die ihrerseits gerade die soziale Bedeutung der Ehe verdeutlicht,¹³³ nicht, die durch das kanonische Recht zu gewährleisten gesuchten Wesenseigenschaften der Ehe umfassend zu begründen.

d) Unterschiedliche Regelungsschwerpunkte

Der Perspektiv- und Zweckdivergenz des staatlichen und des kirchlichen Eherechts entspricht, dass die Bestimmungen beider Rechtsordnungen durch unterschiedliche Regelungsschwerpunkte geprägt sind.¹³⁴ So behandelt das staatliche Eherecht zunächst die persönlichen Voraussetzungen für eine wirksame Eheschließung verhältnismäßig knapp, da es dem von Art. 6 Abs. 1 GG umfassten Schutz der Eheschließungsfreiheit entspricht, bei der Statuierung staatlicher Ehehindernisse Zurückhaltung walten zu lassen.¹³⁵ Das

42

theologisch-kanonistischen Grundlagen des Ehesakraments bei *Müller / Ohly*, *Katholisches Kirchenrecht* (o. Fn. 75), S. 185 ff.

¹²⁹ Wie hier in der Voraufgabe dieses Handbuchs auch *Pirson* (o. Fn. 7), S. 800 f.

¹³⁰ Vgl. dazu *Prader*, *Eherecht der orthodoxen Kirchen* (o. Fn. 73), S. 4 f.; *Meyendorff*, *Ehe* (o. Fn. 73), S. 7; *Larentzakis*, *Ehe* (o. Fn. 73), S. 254; *Potz / Synek*, *Kirchenrecht* (o. Fn. 73), S. 472.

¹³¹ So Art. 57 S. 1 OKL EKV (o. Fn. 80).

¹³² Die traditionelle Lehre von den Ehezwecken unterscheidet *proles, fides* und *sacramentum*: *Augustinus*, *De bono conjugali*, cap. 24 n. 32, in: *Patrologia Latina* 40, Sp. 371 (394 f.).

¹³³ Vgl. *Zapp*, *Eherecht* (o. Fn. 75), S. 36 ff.

¹³⁴ Hierzu und zum Folgenden näher *Uhle*, *Zweierlei Recht* (o. Fn. 7), S. 739 ff.

¹³⁵ BVerfGE 36, 146 (163); *Klaus Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IV/1, S. 315 (414); *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu / Hofmann / Henneke* (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 15; *Dagmar Coester-Waltjen*, in:

gilt auch für die rechtliche Ausgestaltung der ehelichen Beziehung als solcher. Sie ist dem staatlichen Eherecht bereits deshalb weithin verschlossen, weil Art. 6 Abs. 1 GG auch die freie Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft durch die Eheleute schützt¹³⁶ und dem staatlichen Gesetzgeber untersagt, bei der Ausgestaltung seiner Rechtsordnung ein spezifisches Bild der Eheverhältnisse zu formen und verbindlich bzw. drängend vorzuschreiben.¹³⁷ Hingegen enthält das staatliche Recht eingehende Regelungen zu Verfahren, Form und Folgen einer Eheschließung. Gleiches gilt für die Festlegung der Voraussetzungen und Konsequenzen einer Ehescheidung: Hier bestehen auf der einen Seite detaillierte Regelungen über das Scheidungsverfahren, auf der anderen Seite eingehende materielle Bestimmungen insbesondere über den nachehelichen Unterhalt, den Versorgungsausgleich sowie das Sorge- und Umgangsrecht.¹³⁸

- 43 Das kirchliche Eherecht weist demgegenüber eine geradezu entgegengesetzte Schwerpunktsetzung auf. So liegen im orthodoxen Eherecht ebenso wie im kanonischen Recht die Voraussetzungen einer gültigen Ehe,¹³⁹ im Falle des evangelischen Kirchenrechts die Voraussetzungen für eine kirchliche Trauung im Fokus der kirchlichen Ehegesetzgebung.¹⁴⁰ Namentlich das katholische Eherecht kennt zudem ergänzend zu den Vorgaben für die materielle Gültigkeit einer Ehe auch Bestimmungen für die formelle kirchliche Überprüfung, ob diese Anforderungen im Einzelfall eingehalten sind;¹⁴¹ hierzu gehört namentlich die Ausgestaltung eines eigenen kirchenge-

Ingo v. Münch / Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 6, Rn. 21 a. E.

¹³⁶ BVerfGE 68, 256 (268); vgl. auch BVerfGE 21, 329 (353); 66, 84 (94); 105, 1 (10).

¹³⁷ Aus dem Schrifttum so namentlich von *Coelln*, in: Sachs (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 30; *Gerhard Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 98), Bd. 1, Art. 6, Rn. 75. Vgl. auch BVerfGE 53, 257 (296 f.); 66, 84 (94); 87, 234 (258 f.).

¹³⁸ Zu Inhalt und Regelungsschwerpunkten des staatlichen Eherechts *Uhle*, *Zweierlei Recht* (o. Fn. 7), S. 740 ff.

¹³⁹ Vgl. für das orthodoxe Eherecht *Prader*, *Eherecht der orthodoxen Kirchen* (o. Fn. 73), S. 5 ff., 15 ff., für das kanonische Recht cc. 1073 ff., 1083 ff., 1095 ff., 1108 CIC. Zu den materiellen Anforderungen an die Gültigkeit einer Ehe nach kanonischem Recht *Zapp*, *Eherecht* (o. Fn. 75), S. 91 ff., 128 ff.; zu Ehehindernissen, dem Ehemillen und der Eheschließungsform auch *Müller / Ohly*, *Katholisches Kirchenrecht* (o. Fn. 75), S. 191 ff., 201 ff., 206 ff.; *Aymans / Mörsdorf*, *Kanonisches Recht* (o. Fn. 75), S. 423 ff., 463 ff., 490 ff.

¹⁴⁰ Art. 60 OKL EKV (o. Fn. 80); B 2 Nr. 2 LKL VELKD (o. Fn. 80).

¹⁴¹ Dazu zusammenfassend *Uhle*, *Zweierlei Recht* (o. Fn. 7), S. 739.

richtlichen Verfahrens.¹⁴² Zudem ist der kirchlichen Ehegesetzgebung das Verhältnis der Ehegatten zueinander zugänglich, weil das kirchliche anders als das staatliche Recht darauf abzielt, für deren personale Gemeinschaft einen dem kirchlichen Eheverständnis entsprechenden Maßstab zu entfalten.¹⁴³ Demgegenüber stehen, weil die einschlägigen Bestimmungen die Ehe nicht in ihrer weltlichen, sondern in ihrer religiösen Dimension erfassen, die Bestimmung der wirtschaftlichen und vermögensrechtlichen Folgen eines Eheschlusses ebenso wenig im Zentrum des Interesses des kirchlichen Gesetzgebers wie die detaillierte Regelung einer Scheidung und deren Folgen. Letzteres trifft in besonderer Weise auf das kanonische Recht mit seiner dezidierten Festlegung auf die Unauflöslichkeit einer wirksam zustande gekommenen Ehe zu,¹⁴⁴ in ähnlicher Weise aber auch auf das evangelische Kirchenrecht, das die Möglichkeit einer Scheidung lediglich unter dem Aspekt der Vornahme einer erneuten kirchlichen Trauung Geschiedener erfasst.¹⁴⁵ Mit Abstrichen gilt dieser Befund auch für das orthodoxe Eherecht, das zwar grundsätzlich ebenfalls von der Unauflöslichkeit der Ehe ausgeht, im Falle des Vorliegens

¹⁴² Siehe hierzu cc. 1671 ff. CIC. Siehe dazu auch die Instruktion „Dignitas connubii“ des Päpstlichen Rates für die Gesetzestexte vom 25. 1. 2005; hierzu *Klaus Lüdicke*, „Dignitas Connubii“, 2005. Siehe ferner das Apostolische Schreiben in Form eines Motu proprio „Mitis Iudex Dominus Iesus“ über die Reform des kanonischen Verfahrens für Ehenichtigkeitserklärungen im Codex des kanonischen Rechts von Papst Franziskus aus dem Jahre 2015, in: AAS 107 (2015), S. 958. Hierzu *Nikolaus Schöch*, Die Synopse der Veränderungen gegenüber dem bisherigen geltenden Eheprozessrecht, in: DPM 23 (2016), S. 325; *Klaus Lüdicke*, Die Reform des kirchlichen Ehenichtigkeitsprozesses – Inhalt und Bedeutung, in: DPM 23 (2016), S. 141; *Günter Assenmacher*, Schnellere sowie leichter zugängliche Prozesse unter sicherer Wahrung des Prinzips der Unauflöslichkeit. Ein Jahr Erfahrungen mit Mitis Iudex Dominus Iesus in Deutschland, in: DPM 24 (2017), S. 7; *Stefan Rambacher*, Kirchliche Ehejudikatur: Ein Auslaufmodell oder integrierendes Moment einer Pastoral für Geschiedene? Versuch einer Standortbestimmung nach „Amoris Laetitia“, in: Veritas vos liberabit. Festschrift zum 65. Geburtstag von Günter Assenmacher, hg. von Matthias Pulte / Thomas A. Weitz, 2017, S. 585; *Ludger Müller*, Das kirchliche Ehenichtigkeitsverfahren nach der Reform 2015 (Ergänzungsband zu Winfried Aymans / Klaus Mörsdorf / Ludger Müller, Kanonisches Recht, Bd. IV, 2013), 2017.

¹⁴³ So auch in der Voraufgabe dieses Handbuchs *Pirson* (o. Fn. 7), S. 801.

¹⁴⁴ Siehe hierzu cc. 1056 und 1141 CIC; vgl. auch c. 1134 CIC; hierzu *Uhle*, Zweierlei Recht (o. Fn. 7), S. 740.

¹⁴⁵ B 2 Nr. 5 LKL VELKD (o. Fn. 80); dazu *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 80), § 33, Rn. 13.

objektiver Gründe aber aus pastoralen Gründen Ausnahmen zugesteht, die der rechtlichen Fixierung bedürfen.¹⁴⁶

e) Auseinanderstreben der Ehebegriffe und Eheverständnisse

44 Die inhaltliche Unabhängigkeit der staatlichen und der kirchlichen Rechtsordnungen zeigt sich nicht zuletzt an den ihnen jeweils zugrunde liegenden Ehebegriffen und Eheverständnissen. Diese sind gleichzeitig von Konvergenz und Divergenz gekennzeichnet, in jüngerer Zeit zeigt sich eine Tendenz zu ihrem Auseinanderstreben, zugleich indes auch zur ihrer Verunklarung.

45 Gemeinsam ist den Ehebegriffen zunächst, dass sie unter einer Ehe die auf freiem Entschluss der Ehepartner beruhende, also konsensuale Verbindung zweier Menschen zu einer grundsätzlich lebenslangen Lebensgemeinschaft verstehen. Sie stimmen daher hinsichtlich Ehekonsens, Monogamie und Anlage auf Lebenszeit als grundlegenden Wesenszügen der Ehe überein.¹⁴⁷ Das verweist auf ihre gemeinsamen historischen Wurzeln. Diese Wurzeln nimmt die bundesverfassungsgerichtliche Formulierung in Bezug, nach der aus Sicht des Grundgesetzes ein Bild der Ehe maßgeblich ist, „das durch das christliche Eheverständnis traditionell geprägt [...] ist.“¹⁴⁸ Freilich ist der staatliche Ehebegriff, worauf das Bundesverfassungsgericht gleichfalls zu Recht hinweist, mit diesem christlichen Eheverständnis „nicht inhaltlich identisch“.¹⁴⁹ Vielmehr zeigen sich zunehmend weitreichende Divergenzen. Das gilt namentlich für die Geschlechtsverschiedenheit als konstitutives Merkmal des Ehebegriffs. So ist zwar zunächst für den verfassungsrechtlichen Ehebegriff die Geschlechtsverschiedenheit ebenso Wesenselement der Ehe¹⁵⁰ wie für das kanoni-

¹⁴⁶ Dazu m. w. N. unten Rn. 77. Stellvertretend dazu *Prader*, Eherecht der orthodoxen Kirchen (o. Fn. 73), S. 17 ff.

¹⁴⁷ Hinsichtlich der Unauflöslichkeit der Ehe freilich gilt im Lichte der (ausschließlich) im staatlichen Recht bestehenden Scheidungsmöglichkeit Abweichendes; hierzu näher unten Rn. 76–80.

¹⁴⁸ BVerfGE 137, 273 (242).

¹⁴⁹ BVerfGE 137, 273 (242).

¹⁵⁰ Zur Verschiedengeschlechtlichkeit als Strukturmerkmal der Ehe BVerfGE 105, 313 (345 f.); 131, 239 (259); BVerwGE 100, 287 (294); 129, 129 (131); vgl. auch BFHE 212, 236 (238). *Peter J. Tettinger*, Der grundgesetzlich gewährleistete besondere Schutz von Ehe und Familie, in: *EssGespr.* 35 (2001), S. 117 (128 und 133 f.); *Uhle*, in: *Epping/Hillgruber* (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 4 ff.; *Badura*, in: *Maunz/Dürig* (o. Fn. 72), Art. 6, Rn. 58. Zu ihrer Infragestellung *Michael Germann*, Dynamische Grundrechtsdogmatik von

sche und orthodoxe Eheverständnis;¹⁵¹ auf einfachgesetzlicher Ebene indes verzichtet das staatliche Recht seit der Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts auf dieses Essential des Ehebegriffs. Dies führt mangels Verfassungswandels¹⁵² nicht nur zu einer flagranten Verletzung von Art. 6 Abs. 1 GG,¹⁵³ son-

Ehe und Familie?, in: VVDStRL 73 (2014), S. 257 (284 ff.); *Maschwitz*, Form (o. Fn. 86), S. 306 ff.

¹⁵¹ Siehe für das kanonische Recht c. 1055 § 1 CIC; vgl. ferner cc. 1057 § 2, 1061, 1083, 1084 § 1, 1089, 1093, 1096 CIC. Vgl. auch das Nachsynodale Apostolische Schreiben „*Amoris laetitia*“ von Papst *Franziskus* vom 19.3.2016 (abgedruckt in: Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls Nr. 204, hg. vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, 2016). In ihm wird betont, dass die Ehe „voll verwirklicht [wird] in der Vereinigung zwischen einem Mann und einer Frau, die sich in ausschließlicher Liebe und freier Treue einander schenken, einander gehören bis zum Tod, sich öffnen für die Weitergabe des Lebens und geheiligt sind durch das Sakrament“ (Rn. 292). Dementsprechend wird in Nr. 251 hervorgehoben: „Was die Pläne betrifft, die Verbindungen zwischen homosexuellen Paaren der Ehe gleichzustellen, gibt es keinerlei Fundament dafür, zwischen den homosexuellen Lebensgemeinschaften und dem Plan Gottes über Ehe und Familie Analogien herzustellen, auch nicht in einem weiteren Sinne.“ Siehe hierzu auch unten Rn. 77 und 83. Für das orthodoxe Eherecht *Anapliotis*, Grundzüge, S. 221; *Larentzakis*, Ehe (o. Fn. 73), S. 252; *Potz / Synek*, Kirchenrecht (o. Fn. 73), S. 472.

¹⁵² Einen Verfassungswandel des Merkmals der Geschlechtsverschiedenheit hat das BVerfG auch im Lichte der Diskussion um gleichgeschlechtliche Partnerschaften zu Recht abgelehnt, siehe dazu BVerfGE 105, 313 (345); vgl. auch BVerfGE 131, 239 (259); ebenso zuvor bereits BVerfG (K), NJW 1993, 3058; BVerwGE 100, 287 (294); aus dem Schrifttum so auch *Jörn Ipsen*, Ehe und Familie, in: HStR³, Bd. VII, 2004, § 154, Rn. 9.

¹⁵³ Aus dem kaum überschaubaren Schrifttum wie hier für die Verfassungswidrigkeit der einfachgesetzlichen Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts *Christopher Schmidt*, „Ehe für alle“ – Ende der Diskriminierung oder Verfassungsbruch?, in: NJW 2017, S. 2225 (2228); *Jörn Ipsen*, Ehe für alle – verfassungswidrig?, in: NVwZ 2017, S. 1096 (1097 ff.); *Judith Froese*, Die „Ehe für alle“: mehr Symbolik als Kohärenz, in: DVBl. 2017, S. 1152 (1153 f.); *Sina Haydn-Quindeau*, Die „Ehe für alle“ – ein Verstoß gegen die Institutsgarantie des Art. 6 I GG? Zugleich eine Analyse der Lehre von den Einrichtungsgarantien, in: NJOZ 2018, S. 201 (205); *Christian von Coelln*, Wenn, dann richtig: „Ehe für alle“ nur per Verfassungsänderung, in: NJ 2018, S. 1; *ders.*, in: Sachs (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 6; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 4 ff., v.a. 4.3 ff.; bereits vor der Verabschiedung des Gesetzes das Erfordernis einer Verfassungsänderung akzentuierend *Christian Hillgruber*, Eingetragene Lebenspartnerschaft, in: StLR⁸, Bd. 2, 2018, Sp. 25 (27). Differenzierend *Carsten Bäcker*, Begrenzter Wandel. Das Gewollte als Grenze des Verfassungswandels am Beispiel des Art. 6 I GG, in: AöR 143 (2018), S. 339 (gegen einen Verfassungswandel des Ehebegriffs, für eine analoge Anwendung von Art. 6 Abs. 1 GG auf gleichgeschlechtliche Partnerschaften); *Jan Philipp Schaefer*, Die „Ehe für alle“ und die Grenzen der Verfassungsfortbildung, in: AöR 143 (2018), S. 393 (für den herkömmlichen Ehebegriff, zugleich für die verfassungsrechtliche Abstüt-

dern im Hinblick auf den Ehebegriff auch zu einer Verunklarung des staatlichen Verständnisses sowie zu einem Auseinanderstreben des staatlichen Eherechts auf der einen und des kanonischen wie des orthodoxen Eherechts auf der anderen Seite.¹⁵⁴ Ein uneinheitliches Bild des Ehebegriffes ergibt sich demgegenüber im Hinblick auf die Geschlechtsverschiedenheit aus der evangelischen Perspektive.¹⁵⁵ Da ein allgemein konsentrierter, homogener Ehebegriff in den einzelnen Gliedkirchen und ihren jeweiligen Zusammenschlüssen nicht (mehr) besteht,¹⁵⁶ ist in dieser Frage für das evangelische Kirchenrecht der

zung der „Ehe für alle“ auf Art. 2 Abs. 1 GG). Im Ergebnis a.A. *Ferdinand Wollenschläger*, Die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: ders./Dagmar Coester-Waltjen, Ehe für Alle, 2018, S. 129 ff. (Zusammenfassung); zu dem sich anschließenden Verzicht auf eine bundesverfassungsgerichtliche Überprüfung *Wolfgang Hecker*, Ehe für alle – Ende des Streits über die Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung, in: NJOZ 2018, S. 641; weiterhin a.A. *Maik Bäumerich*, Einfachrechtliche Öffnung der Ehe – ein Verfassungsverstoß?, in: DVBl. 2017, S. 1457; *Thomas Blome*, Die Geschlechtsverschiedenheit der Ehegatten – Kerngehalt der Ehe nach Art. 6 I GG?, in: NVwZ 2017, S. 1658; *Dagmar Kaiser*, Gleichgeschlechtliche Ehe – nicht ganz gleich und nicht für alle, in: FamRZ 2017, S. 1889 (1890 f.); *Stephan Mayer*, Gleichgeschlechtliche Ehe unabhängig vom Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsmäßig, in: FamRZ 2017, S. 1281; *Johannes Wasmuth*, Ende einer langen staatlichen Diskriminierung: Die Erweiterung des Ehebegriffs auf gleichgeschlechtlich orientierte Personen, in: NJ 2017, S. 353; vor der Verabschiedung des Gesetzes so auch bereits *Frauke Brosius-Gersdorf*, Die Ehe für alle durch Änderung des BGB, in: NJW 2015, S. 3557; *Nina Dethloff*, Ehe für alle, in: FamRZ 2016, S. 351; monographisch *Norman Koschmieder*, Grundrechtliche Dynamisierungsprozesse. Zur verfassungsrechtlichen Reflexion gesellschaftlicher Entwicklungen von Partnerschaft und Familie durch grundrechtliche Tatbestände, 2016, S. 176 ff., 226 ff., 246 ff. Siehe hierzu auch unten Rn. 82 und 84.

¹⁵⁴ Für das Verhältnis von kanonischem und staatlichem Eherecht so auch *Arnd Uhle*, Schwindende Gemeinsamkeiten. Aktuelle Entwicklungstendenzen im Verhältnis von kanonischem und staatlichem Eherecht, in: Rechtskultur und Rechtspflege in der Kirche. Festschrift für Wilhelm Rees zur Vollen- dung des 65. Lebensjahres, hg. von Christoph Ohly/Stephan Haering/Ludger Müller, 2020, S. 1231 (1246 ff.).

¹⁵⁵ Hierzu *Dietrich Pirson*, Ehe, I. Evangelisch, in: LKStKR, Bd. 1, 2000, S. 487 (487: „In den evangelischen Kirchen gilt die Ehe als die dem göttlichen Schöpferwillen entsprechende Form des Zusammenlebens von Mann und Frau.“); ebenso *de Wall/Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 80), § 33, Rn. 12 („Die Ehe ist die unlösbare, lebenslange Gemeinschaft von Mann und Frau“).

¹⁵⁶ Vgl. dazu auch die Änderung der Ordnung des kirchlichen Lebens der EKD vom 17.3.2016 (ABl. EKD S. 90), durch die in den Abschnitt über „Ehe und kirchliche Trauung“ eine neue Rn. 166a und ein neuer Art. 64a eingefügt worden sind. Rn. 166a lautet: „Das diesem Abschnitt zugrunde liegende Verständnis gleichgeschlechtlicher Partnerschaften wird nicht mehr von allen Mitgliedskirchen der Union Evangelischer Kirchen geteilt. Über die Einfüh-

Gegenwart die Hinnahme landeskirchlicher Heterogenität charakteristisch. In der Folge neigen die Landeskirchen in Abhängigkeit von ihrem jeweiligen Verständnis teils dem Eheverständnis des Grundgesetzes,¹⁵⁷ teils dem Ehebegriff des einfachen Gesetzes zu.¹⁵⁸

rung von Traugottesdiensten für Paare in eingetragener Lebenspartnerschaft entscheiden die Gliedkirchen je für ihren Bereich in eigener Verantwortung.“ Art. 64a formuliert unter der Überschrift „Öffnungsklausel“: „Die Gliedkirchen können durch eigene Rechtsvorschriften je für ihren Bereich Traugottesdienste für zwei Menschen, die in eingetragener Lebenspartnerschaft leben, den Gottesdiensten zur Trauung von Mann und Frau in Voraussetzung, Durchführung und Rechtsfolgen gleichstellen.“ Hierzu näher unten Rn. 83.

¹⁵⁷ Siehe hierfür exemplarisch etwa § 1 des Kasualgesetzes zur kirchlichen Trauung in der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Schaumburg-Lippe vom 22.11.2013 (Kirchl. ABl. S. 17): „Nach Martin Luther hat die Ehe von Mann und Frau ‚Gottes Wort für sich und ist nicht von Menschen erdichtet...‘. In der Überzeugung, dass der ehelichen Verbindung von Mann und Frau die Verheißung Gottes gilt und dass sie in unantastbarer Gemeinschaft aneinander gewiesen und miteinander in der Ehe verbunden sind, sieht die Kirche Jesu Christi in der Trauung einen wesentlichen Bestandteil der Lebensäußerungen der Kirche, um Menschen auf ihrem Lebensweg Orientierung zu geben und den Segen Gottes zuzusprechen. Wer die Ehe schließt, handelt nach christlicher Überzeugung, indem er sich unter Gottes Wort stellt, nicht nur vor Menschen, sondern vor Gott.“ Ebenso Nr. 1 der Trauordnung der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Sachsens vom 29.5.1956 (ABl. 1956 S. A 37), deren Fortgeltung durch landeskirchliche Mitteilung im Jahre 2003 ausdrücklich bestätigt worden ist (ABl. 2003 S. A 80): „Gott der Herr hat den Ehestand selbst eingesetzt. Er hat Mann und Frau nach seinem Bilde geschaffen, verbindet sie zu unauflöslicher und unantastbarer Gemeinschaft und setzt sie einander zu gegenseitiger Hilfe. Er ist es, der die Ehe mit Kindern segnet. [...] Mann und Frau sollen einander lieben und ehren. [...]“ (im Internet abrufbar unter <https://engagiert.evlks.de/Rechtssammlung/PDF/2.1.3_TrauO.pdf>). – Siehe hierzu B 2 Nr. 1 sowie ergänzend B 2 Nr. 3 Abs. 1 LKL VELKD (o. Fn. 80); Art. 60, 61, 63, 64 OKL EKV (o. Fn. 80; vgl. dort ferner auch Rn. 139: „Dank ihrer sozialen Bindungen und ihres rechtlichen Schutzes bildet in unserer Tradition die Ehe das Fundament für eine verlässliche Partnerschaft und tragfähige Familie. Für die evangelische Kirche ist die Ehe das Leitbild für das Zusammenleben von Mann und Frau.“). Allerdings konstatiert die OKL EKV seit ihrer Änderung vom 17.3.2016 (ABl. EKD S. 90) in einer neu aufgenommenen Rn. 166a, dass das dem Abschnitt über „Ehe und kirchliche Trauung“ zugrunde liegende Verständnis gleichgeschlechtlicher Partnerschaften „nicht mehr von allen Mitgliedskirchen der Union Evangelischer Kirchen geteilt wird“ (siehe hierzu auch Rn. 45 und 83). Aus dem Schrifttum *Hendrik Munsonius*, Evangelisches Kirchenrecht, 2015, S. 58: „Nach kirchlichem und staatlichem Verständnis ist die Ehe eine unlösliche, lebenslange Verbindung zwischen einem Mann und einer Frau.“

¹⁵⁸ Beispielhaft hierfür die Ordnung des kirchlichen Lebens in der Evangelischen Kirche in Hessen und Nassau (Lebensordnung) vom 15.6.2013 (ABl. S. 242), geändert am 30.11.2018 (ABl. S. 372), die in ihrem Abschnitt V Nr. 2.4 unter der Überschrift „Die Trauung gleichgeschlechtlicher Ehen“

46 Die Unterschiede zwischen staatlichem und kirchlichem Recht betreffen indes nicht nur den Ehebegriff, sondern ebenso das Eheverständnis. Das gilt insbesondere für den Ehekonsens und die Auflösbarkeit der Ehe. So richtet sich der Ehekonsens, der „verweltlichten“ Perspektive des Eherechts entsprechend, im staatlichen Recht auf die Begründung einer Zivilehe mit deren Rechtsfolgen, im kirchenrechtlichen Sinne hingegen auf die religiöse, im kanonischen und orthodoxen Eherecht namentlich auch auf die sakramentale Dimension und die Wesenseigenschaften der Ehe.¹⁵⁹ Hinzu tritt, dass zwar auch das staatliche Recht die Ehe als prinzipiell unauflöslich, zumindest als auf Dauer angelegt begreift,¹⁶⁰ indessen zunehmend dazu neigt, die Bedeutung dieses Wesenszugs der Ehe mit einem Scheidungsrecht, das für die Eheauflösung nur formale Hürden setzt, in der Praxis zurücktreten zu lassen.¹⁶¹ Demgegenüber hält namentlich das kanonische Recht explizit an der Unauflöslichkeit einer gültig geschlossenen Ehe fest,¹⁶² freilich gilt für das evangelische Kirchenrecht aufgrund seiner Anknüpfung an das Bestehen einer Ehe nach staatlichem Recht¹⁶³ hier ebenso Abweichendes wie aus pastoralen Gründen für das orthodoxe Eherecht.¹⁶⁴

bestimmt: „In den vergangenen Jahren hat sich die gesellschaftliche Sicht auf gleichgeschlechtliche Lebensbündnisse stark verändert. Eine Trauung ist immer dann möglich, wenn eine standesamtliche Eheschließung zweier Menschen vorliegt. Weitere Bedingungen hinsichtlich des Familienstandes oder des Geschlechts sind theologisch nicht zwingend.“ Siehe auch Abschnitt V. Nr. 1, Nr. 2.1 a. E. („Das Verständnis der Ehe unterliegt [...] einem Wandel und kann vielfältig gelebt werden“) sowie Nr. 2.3; vgl. auch Nr. 2.5 („Die Generativität steht [...] in keinem zwingenden Zusammenhang mit der Ehe.“).

¹⁵⁹ Vgl. für das kanonische Recht cc. 1055 ff., 1095 ff., v. a. 1099 und 1101 § 2 CIC; für das orthodoxe Eherecht *Larentzakis*, Ehe (o. Fn. 73), S. 254; *Potz / Synek*, Kirchenrecht (o. Fn. 73), S. 472; *Prader*, Eherecht der orthodoxen Kirchen (o. Fn. 73), S. 4 f.

¹⁶⁰ Vgl. § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB: „Die Ehe [...] wird auf Lebenszeit geschlossen.“

¹⁶¹ Dazu näher unten Rn. 76, 78 ff. und 86.

¹⁶² So zählt c. 1056 CIC die Unauflöslichkeit der Ehe zu deren Wesenseigenschaften, während c. 1141 CIC bestimmt, dass eine gültige und vollzogene Ehe zwischen Getauften „durch keine menschliche Gewalt und aus keinem Grunde, außer durch den Tod,“ aufgelöst werden kann. Die Unauflöslichkeit als Konsequenz der Sakramentalität der Ehe betonen *Müller / Ohly*, Katholisches Kirchenrecht (o. Fn. 75), S. 190.

¹⁶³ Vgl. hierzu bereits oben Rn. 37. – Zur kirchlichen Trauung Geschiedener exemplarisch B 2 Nr. 5 LKL VELKD (o. Fn. 80).

¹⁶⁴ Vgl. etwa *Larentzakis*, Ehe (o. Fn. 73), S. 259: Ehescheidung als „allerletzte, jedoch kirchlich-pastoral-legitime Notlösung“; *Potz / Synek*, Kirchenrecht (o. Fn. 73), S. 490 ff. Siehe auch die Darstellung bei *Thomas Pfammatt*

3. Bedeutung für das gegenwärtige Verhältnis von Staat und Kirche

Die normativen Grundlagen und Charakteristika des gegenwärtigen Verhältnisses von staatlichem und kirchlichem Eherecht gestatten dessen Einordnung in das heutige Beziehungsgefüge von Staat und Kirche. Hier zeigt sich zunächst, dass die Unterschiede der Regelungen hinsichtlich Geltungsbereich, Normierungsperspektive, Regelungsschwerpunkt sowie hinsichtlich Ehebegriff und Eheverständnis zwar die Wesensverschiedenheit der eherechtlichen Ordnungen sowie die Divergenz in zahlreichen Einzelfragen zum Ausdruck bringen. Gleichwohl wäre es allzu vordergründig, die Parallelgeltung des staatlichen und des kirchlichen Eherechts umstandslos als Fortsetzung des historischen Konflikts von Staat und (katholischer) Kirche um die Kompetenz zur Regelung des Eherechts und damit als Belastung des gegenwärtigen Verhältnisses von Staat und Kirche zu deuten.¹⁶⁵

47

Das liegt zunächst daran, dass diese Parallelgeltung um der kirchlichen Selbstbestimmung und Freiheit willen verfassungsrechtlich ermöglicht wird. Damit ist das Nebeneinander staatlichen und kirchlichen Eherechts von vornherein Ausdruck einer freiheitlichen verfassungsstaatlichen Ordnung des Verhältnisses von Staat und Kirche.¹⁶⁶ Hinzu tritt, dass das heutige Nebeneinander von Bestimmungen des staatlichen und des kirchlichen Eherechts dadurch charakterisiert und zugleich moderiert wird, dass die Eherechtsordnungen darauf verzichten, Gestaltungswirkung für den jeweils anderen Rechtsbereich zu entfalten. Unabhängig davon, ob diese Selbstbeschränkung ausdrücklich normativ erklärt oder stillschweigend zugrunde gelegt wird, tritt in ihr ein institutionelles Arrangement von Staat und Kirchen zutage – ein Arrangement, das die beidseitige Anerkennung der Wesensverschiedenheit von staatlicher und religiöser Ordnung sowie der Befugnis der jeweils anderen Potenz zur rechtlichen Ordnung ihrer Sphäre und die grundsätzliche Hinnahme einer inhaltlich unabhängigen Ehegesetzgebung der jeweils anderen Seite zum Ausdruck bringt. Diese wechselseitige Anerkennung bewahrt Staat und Kirche nicht nur davor, die Inanspruchnahme der eherechtlichen Regelungsbefugnis durch die jeweils andere Potenz

48

ter, Geschiedene und nach Scheidung wiederverheiratete Menschen in der katholischen Kirche, 2002, S. 143 ff.

¹⁶⁵ So auch in der Voraufgabe dieses Handbuchs bereits *Pirson* (o. Fn. 7), S. 798 f.

¹⁶⁶ *Uhle*, *Zweierlei Recht* (o. Fn. 7), S. 749.

als Infragestellung der eigenen Rechtsetzungskompetenz zu interpretieren. Vielmehr entlastet sie zugleich auch beide Rechtsordnungen von den Aufgaben der jeweils anderen: die staatliche Ordnung von der Letztentscheidung in religiösen Fragen, die kirchliche von weltlichen Ordnungsaufgaben.¹⁶⁷ Auf diese Weise ermöglicht sie den Eheordnungen eine Konzentration auf die Erfüllung ihrer unterschiedlichen Aufgaben. So kann das staatliche Recht eine gemeinwohladäquate Regelung der Voraussetzungen und Folgen der Zivilehe vornehmen und das kirchliche Recht die spezifisch religiöse Dimension der Ehe – aus der Sicht des orthodoxen und kanonischen Rechts: die sakramentale Qualität des Ehebundes – hervortreten lassen. Das gestattet nicht zuletzt, das jeweilige Proprium des staatlichen und des kirchlichen Eherechts zu verdeutlichen.

- 49 Insgesamt betrachtet, fügt sich das Nebeneinander von staatlichem und kirchlichem Eherecht bruchlos in das Staatskirchenrecht der Gegenwart ein. Denn dieses Nebeneinander verdeutlicht prägnant, dass das geltende Staatskirchenrecht zwar von einer Trennung von Staat und Kirche ausgeht, diese Trennung aber nicht laizistisch ausgestaltet und nicht als Mittel nutzt, um religiöse Positionen und Religionsgemeinschaften aus der Gesellschaft zu verdrängen. Damit gliedert sich die Parallelgeltung von staatlichem und kirchlichem Eherecht jedenfalls in ihren Grundzügen in ein staatskirchenrechtliches System ein, das seinerseits von einer „hinkenden“,¹⁶⁸ „positiven“¹⁶⁹ bzw. „balancierten“¹⁷⁰ Trennung von Staat und Kirche, kurz: von einer „Trennung zur Freiheit“¹⁷¹ gekennzeichnet ist. Letzteres gilt umso mehr, als durch das Nebeneinander von staatlichem und kirchlichem Eherecht der kirchlichen Ehegesetzgebung Raum gegeben wird.

¹⁶⁷ Zu dieser „doppelten Entlastungswirkung“ Uhle, *Zweierlei Recht* (o. Fn. 7), S. 750. Zu der Chance, aufgrund des zunehmenden Auseinandertretens von kanonischem und staatlichem Eherecht das Proprium des kirchenrechtlichen Eheverständnisses der katholischen Kirche deutlich werden zu lassen, ders., *Schwindende Gemeinsamkeiten* (o. Fn. 154), S. 1253 f.

¹⁶⁸ Ulrich Stutz, *Die päpstliche Diplomatie unter Leo XIII.*, 1926, S. 54, Fn. 2.

¹⁶⁹ Helmut Ridder, *Kirche und Staat. IV. Gegenwärtige Verhältnisse. 2. Kirche und Staat in Deutschland*, in: *Staatslexikon* (o. Fn. 35), Bd. 4, 6. Aufl. 1959 (Altauf.), Sp. 1020 (1028); zustimmend Paul Mikat, *Kirchen und Religionsgemeinschaften*, in: *Die Grundrechte*, hg. von Karl August Bettermann / Hans Carl Nipperdey / Ulrich Scheuner, Bd. IV/1, 1960, S. 111 (146).

¹⁷⁰ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat – Gesellschaft – Kirche*, in: *Enzyklopädische Bibliothek*, hg. von Franz Böckle / Franz-Xaver Kaufmann / Karl Rahner / Bernhard Welte, Teilbd. 15, 1982, S. 5 (64).

¹⁷¹ Arnd Uhle, *Staat – Kirche – Kultur*, 2004, S. 55.

Das entspricht der Freiheitsverpflichtung der staatskirchenrechtlichen Ordnung. Angesichts dessen wäre es verfehlt, dieses Nebeneinander als Spätwirkung des historischen Konflikts zwischen Staat und katholischer Kirche um die Zuordnung der Zuständigkeit zur Regelung des Eherechts verstehen zu wollen. Bei Lichte betrachtet zeigt sich vielmehr, dass die alte Konfrontation auch ohne förmlichen Abschluss friedlich beigelegt und damit geschichtlich geworden ist.

IV. Einzelaspekte des gegenwärtigen Verhältnisses von staatlichem und kirchlichem Eherecht

Aus dem Umstand, dass sich das heutige Verhältnis des staatlichen und kirchlichen Eherechts in seinen Grundzügen in die staatskirchenrechtliche Ordnung der Gegenwart einfügt, folgt nicht, dass sich bei der Konkretisierung dieser Grundzüge nicht vielfältige Einzelfragen stellen und unter Umständen auch Kollisionen ergeben könnten. Diese können etwa die Eheschließung, die Eheführung und das elterliche Erziehungsrecht, aber auch die mögliche Auflösung einer Ehe betreffen. Zudem können sie sich auf die rechtliche Stellung der Ehe im Verhältnis zu anderen Formen menschlicher Gemeinschaft erstrecken.

50

1. Eheschließung

a) *Obligatorische Zivilehe*

Einen wesentlichen Einzelaspekt des Verhältnisses von staatlichem und kirchlichem Eherecht stellt zunächst die Eheschließung dar. Sie ist in der Gegenwart Gegenstand des staatlichen wie des kirchlichen Rechts.¹⁷² Nach staatlichem Recht erfordert sie zwingend die Mitwirkung eines Standesbeamten, vor dem die Eheschließenden erklären müssen, die Ehe miteinander eingehen zu wollen.¹⁷³ Damit folgt das

51

¹⁷² Siehe dazu §§ 1303 ff. BGB, zum Eherecht der katholischen Kirche cc. 1055 ff., 1063 ff., 1073 ff., 1083 ff., 1095 ff., 1108 ff., 1124 ff., 1134 ff. CIC sowie zum Eherecht der Orthodoxie *Potz/Synek*, Kirchenrecht (o. Fn. 73), S. 474 f.; zusammenfassend *Maschwitz*, Form (o. Fn. 86), S. 175 f.

¹⁷³ Zur Mitwirkung des Standesbeamten *Wilfried Schlüter*, BGB – Familienrecht, 14. Aufl. 2012, Rn. 24; *Schwab*, Familienrecht (o. Fn. 1), Rn. 67 f.; *Uhle*, Eheschließung und Ehescheidung (o. Fn. 2), S. 1415 ff. Zum Ehekonsens *Nina Dethloff*, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 3, Rn. 15; *Joachim Gernhuber / Dagmar Coester-Waltjen*, Familienrecht, 7. Aufl. 2020, § 11, Rn. 14 ff.

in der Bundesrepublik Deutschland geltende Eherecht nach wie vor dem Modell der obligatorischen Zivilehe, obgleich Regelungsalternativen wie etwa die fakultative Zivilehe bestehen¹⁷⁴ und in anderen europäischen Staaten auch zur Anwendung gelangen.¹⁷⁵

52 Historisch ist die Einführung der obligatorischen Zivilehe zwar untrennbar mit dem antikirchlichen Affekt der französischen Revolution und dem Kulturkampf verbunden. Indessen hat sie sich unter der Geltung des Grundgesetzes von dieser Herkunft gelöst, so dass ihr neuer, vom Entstehungskontext zu unterscheidender Sinngehalt zugewachsen ist. Heute lässt sich zu ihrer Rechtfertigung darauf verweisen, dass der Staat mit ihr seiner politischen Ordnungsaufgabe nachkommt, die weltlichen Bezüge der Ehe in einer den Anforderungen der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit genügenden Weise zu regeln.¹⁷⁶ So ist die obligatorische Zivilehe nicht nur ein Instrument, um eine Eheschließung zweifelsfrei feststellen und ihre Vor- nahme öffentlich bekunden zu können. Vielmehr ermöglicht sie dem Staat auch die Durchsetzung seines auf Interessenausgleich ausge- richteten, den sozialen und rechtlichen Schutz beider Ehepartner intendierenden Eherechts – und damit eine effektive Realisierung der Schutz- und Ausgleichsfunktion des staatlichen Eherechts. Dem dürfte in einer an Pluralität zunehmenden Gesellschaft, in die zu- gleich mit bestimmten Formen der Migration auch prinzipiell abwei- chende Eheverständnisse vermehrt Einzug halten, wachsende Bedeu- tung zuzumessen sein.

53 Gleichwohl ist alternativen Regulationsformen der Eheschließung ihre Eignung zur Regelung der Eheschließung nicht abzusprechen.

¹⁷⁴ Als denkbare Modelle der Eheschließung lassen sich unterscheiden die obligatorische Zivilehe, die fakultative Zivilehe, die Notzivilehe, die obliga- torische Kirchengemeinschaft und die Notklerikalehe, siehe dazu *Gernhuber / Coester-Waltjen*, Familienrecht (o. Fn. 173), § 11, Rn. 4.

¹⁷⁵ *Adolf Bergmann*, Das Nebeneinander kirchlicher und weltlicher Ehe- schließung in christlichen Ländern, in: Familienrechtsreform, hg. von Hans Adolf Dombos / Friedrich Karl Schumann, 1955, S. 108 (115 ff.); *Paul Hein- rich Neuhaus*, Staatliche und kirchliche Eheschließung in rechtsvergleichen- der Sicht, in: FamRZ 1955, S. 305 (308 ff.); *ders.*, Ehe und Kindschaft in rechtsvergleichender Sicht, 1979, S. 51 ff., v. a. 55 f.; *Dagmar Coester-Walt- jen / Michael Coester*, Formation of Marriage, in: International Encyclopedia of Comparative Law, hg. von Aleck Chloros / Max Rheinstein / Mary Ann Glendon, Bd. IV, 2007, Kap. 3, S. 74 ff.; *Markus Graulich*, Die zivilrechtliche Bedeutung religiöser Eheschließung in den Ländern der Europäischen Uni- on, in: Recht – Bürge der Freiheit. Festschrift für Johannes Mühlsteiger SJ zum 80. Geburtstag, hg. von Konrad Breitsching / Wilhelm Rees, 2006, S. 979 (987 ff.).

¹⁷⁶ Vgl. dazu auch BVerfGE 29, 166 (176).

Das gilt insbesondere für die fakultative Zivilehe, bei der – eine entsprechende Ausgestaltung des staatlichen Eheschließungsrechts unterstellt – einer kirchlichen bzw. religiösen Eheschließung die Wirkung einer standesamtlichen Eheschließung beigelegt wird. Die fakultative Zivilehe ist freilich in unterschiedlichen Ausgestaltungen denkbar bzw. in den Staaten Europas anzutreffen.¹⁷⁷ Für sie streitet zum einen, dass die Nupturienten ihren Ehekonsens nicht doppelt bekunden müssen, zum anderen, dass sie sich in geradezu idealer Weise in ein freiheitliches, auf Kooperation von Staat und Kirche angelegtes Staatskirchenrecht einfügt.¹⁷⁸ Soll sie in gleichem Umfang wie die obligatorische Zivilehe die Durchsetzung des staatlichen Eherechts ermöglichen, bedarf es allerdings der Bindung kirchlicher Amtsträger an das staatliche Recht sowie umfangreicher Sicherungen, damit auch im Falle einer Kollision von staatlichem und kirchlichem Eherecht die Einhaltung des staatlichen Rechts gewährleistet ist. Letzteres dürfte bereits im Hinblick auf die komplexen Implikationen des Internationalen Privatrechts eine standesamtliche Prüfung voraussetzen, was in der Konsequenz die Erteilung einer standesamtlichen Unbedenklichkeitserklärung erforderlich machen würde, die dem kirchlichen Amtsträger vor der religiösen Eheschließung vorzulegen wäre. Umgekehrt müsste auch der Vollzug der kirchlichen Eheschließung in einer formalisierten, Rechtsunsicherheiten vermeidenden Weise dem Standesamt mitgeteilt werden. Der Aufwand eines solchen Vorgehens, die Bindung kirchlicher Amtsträger an staatliches Recht sowie die verbleibende Gefahr von Rechtsunsicherheiten dürften die rechtspolitische Attraktivität des Übergangs zur fakultativen Zivilehe erheblich schmälern.¹⁷⁹ Nicht zuletzt könnte aus Sicht der an einem solchen System partizipierenden Kirchen die Gefahr beste-

¹⁷⁷ Dazu *Bosch*, Eherecht (o. Fn. 61), S. 75 ff.; *Coester-Waltjen / Coester*, Formation (o. Fn. 175), S. 74 ff.

¹⁷⁸ Daher wird der fakultativen Zivilehe vielfach der Vorrang gegeben. Für das kanonische Recht so etwa *Ulrich Sellier*, Die Diskussion um die Verfassungsgemäßheit der obligatorischen Zivilehe in der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 48 f.; vgl. *Aymans / Mörsdorf*, Kanonisches Recht (o. Fn. 75), S. 345 ff.; *Zapp*, Eherecht (o. Fn. 75), S. 56; *Althaus / Prader / Reinhardt*, Eherecht (o. Fn. 75), S. 81 f. Für das evangelische Kirchenrecht *Hans Michael Heinig*, Neuere Entwicklungen im Eherecht an der Schnittfläche von staatlicher und kirchlicher Rechtsordnung, in: *ZevKR* 55 (2010), S. 20 (41 ff.); anders hingegen *Jens Kreuter*, Ehe (Th), in: *EvStL*⁴, Sp. 385 (389: Obligatorische Zivilehe als „völlig unproblematisch, wenn nicht sogar die angemessenere Form“).

¹⁷⁹ Vgl. *Bosch*, Eherecht (o. Fn. 61), S. 84; *ders.*, Fragen des Eheschließungsrechts, in: *Neuere Entwicklungen im Familienrecht*, hg. von *dems.*, 1990, S. 9 (26 ff.).

hen, dass die Unterschiede zwischen weltlicher und religiöser Eheschließung verwischt werden,¹⁸⁰ während im System der obligatorischen Zivilehe die Unterscheidung von standesamtlicher Eheschließung und kirchlicher Trauung gerade die „Mehrdimensionalität“ des Eheschlusses abbildet.¹⁸¹

- 54 Angesichts dessen bestehen in der Bundesrepublik Deutschland gegenwärtig keine politisch relevanten Bestrebungen, zur fakultativen Zivilehe überzugehen. Im Übrigen ist umstritten, ob ein solcher Übergang verfassungsrechtlich ohne Weiteres statthaft wäre. Das Bundesverfassungsgericht hat in einigen älteren Entscheidungen die der Prüfung von Ehevoraussetzungen und -hindernissen dienende Eheschließung vor einem staatlichen Standesbeamten als eines jener Ordnungselemente angesehen, die für den Ehebegriff des Grundgesetzes von entscheidender Bedeutung sind.¹⁸² Für eine solche Sichtweise lässt sich anführen, dass der historische Verfassungsgeber bei der Konzeption von Art. 6 Abs. 1 GG ersichtlich an die Ehe als Institut des bürgerlichen Rechts angeknüpft und insofern eine „Garantie des Herkömmlichen“,¹⁸³ also eine Gewährleistung der standesamtlich geschlossenen Ehe intendiert hat.¹⁸⁴ Allerdings hat sich diese Absicht nicht explizit im Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 GG niedergeschlagen. Daher lässt sich ebenso argumentieren, für den grundgesetzlichen Ehebegriff sei allein die staatliche Mitwirkung an der Eheschließung entscheidend, die bei entsprechender Ausgestaltung unter Umständen auch durch eine fakultative Zivilehe realisiert werden könne.¹⁸⁵ Unhintergehbare Voraussetzung dafür wäre freilich, dass die Ge-

¹⁸⁰ So bereits *Holböck*, Zivilehe (o. Fn. 63), S. 75 ff., v.a. 78; *Sabine Demel*, Kirchliche Trauung – unerlässliche Pflicht für die Ehe des katholischen Christen?, 1993, S. 270 ff.

¹⁸¹ *Walter Kasper*, Zur Theologie der christlichen Ehe, 2. Aufl. 1981, S. 88. Siehe dazu auch das *Kirchenamt der EKD* (Hg.), Soll es künftig kirchlich geschlossene Ehen geben, die nicht zugleich Ehen im bürgerlich-rechtlichen Sinne sind? (EKD-Texte Nr. 101), 2009, S. 21.

¹⁸² BVerfGE 29, 166 (176); 62, 323 (330); vgl. auch BVerfG (K), in: NJW 1993, S. 3316 (3317).

¹⁸³ *Axel v. Campenhausen*, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – Das Beispiel von Ehe und Familie, in: VVDStRL 45 (1986), S. 7 (13); insofern zustimmend *Eva Marie v. Münch*, Ehe und Familie, in: Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hg. von Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans-Jochen Vogel, 2. Aufl. 1995, § 9, Rn. 9.

¹⁸⁴ I. E. so *Mikat*, Strukturen (o. Fn. 45), S. 39; *von Coelln*, in: Sachs (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 9 und 13; *Badura*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 72), Art. 6, Rn. 42; *Stern*, StaatsR (o. Fn. 135), S. 387 f.

¹⁸⁵ Der „Mitwirkung des Staates“ misst BVerfGE 105, 313 (345) entscheidende Bedeutung zu.

währleistungsverantwortung für das Vorliegen der Ehevoraussetzungen sowie für Freiwilligkeit und Offenkundigkeit der Eheschließung beim Staat verbleibt.¹⁸⁶

b) Aufhebung des Verbots der kirchlichen Voraustrauung

Da es für den Übergang zu einer solchen Regelung in Deutschland gegenwärtig erkennbar an einem gesellschaftlichen Bedürfnis fehlt, wird es auf absehbare Zeit bei der Fortgeltung der obligatorischen Zivilehe bleiben. Daher kann eine bürgerliche Ehe auch zukünftig nicht vor einer kirchlichen oder einer anderen Stelle geschlossen werden.¹⁸⁷ Erfolgt eine Eheschließung ausschließlich nach religiösem Ritus, wird diese im staatlichen Recht als Nichtehe behandelt, bis es auch nach staatlichem Recht zu einer Eheschließung gekommen ist.¹⁸⁸ Nachdem das Personenstandsrecht seit dem 1.1.2009 das umstrittene Verbot der kirchlichen Voraustrauung nicht mehr enthält,¹⁸⁹ ermöglicht das staatliche Recht die Zunahme derartiger Fälle, da Brautpaare nun kirchlich heiraten können, ohne vorher eine Ehe nach staatlichem Recht einzugehen.¹⁹⁰ In der Konsequenz kann, so-

55

¹⁸⁶ Christian Seiler, in: BK (o. Fn. 109), Art. 6, Abs. 1, Rn. 64; Frauke Brosius-Gersdorf, in: Dreier (o. Fn. 98), Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 78 m. Anm. 330. Vgl. zudem Wolfgang Waldstein, Zum Problem der obligatorischen Zivilehe, in: Bürgerliche Freiheit und christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link zum siebzigsten Geburtstag, hg. von Heinrich de Wall / Michael Germann, 2003, S. 529 (542); Robbers, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 137), Art. 6, Rn. 39.

¹⁸⁷ Eine Ausnahme gilt unter den Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 4 S. 2 EGBGB für die Eheschließung von Ausländern.

¹⁸⁸ Zur ausschließlich kirchlich geschlossenen Ehe als Nichtehe Schlüter, Familienrecht (o. Fn. 173), Rn. 24; Dethloff, Familienrecht (o. Fn. 173), § 3, Rn. 8.

¹⁸⁹ Zur Diskussion um dessen Verfassungskonformität Michael Coester, Standesbeamter und Eheschließung, in: StAZ 1996, S. 33 (39 f.); Reiner Tillmanns, Die Unvereinbarkeit des § 67 PStG mit dem Grundgesetz, in: NVwZ 2003, S. 43 (44 ff.); Dirk Ehlers, Die Rechtmäßigkeit des Verbots kirchlicher Voraustrauungen, in: Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, hg. von Joachim Bohner / Christof Gramm / Urs Kindhäuser / Joachim Lege / Alfred Rinken / Gerhard Robbers, 2001, S. 811 (819 ff.); Klaus Rasquin, Das Voraustrauungsverbot des § 67 Personenstandsgesetz 1937/1957, 1985, S. 240 ff.

¹⁹⁰ Dies gilt freilich nur, sofern Braut und Bräutigam das 18. Lebensjahr vollendet haben, siehe dazu unten Rn. 59 – Zum Entfall des Verbots der kirchlichen Voraustrauung Dieter Schwab, Kirchliche Trauung ohne Standesamt, in: FamRZ 2008, S. 1121; Richard Puza, Zum neuen Personenstands-

fern das jeweilige Kirchenrecht eine eigenständige Form der Eheschließung kennt, ein Ehepaar nach kirchlichem Recht verheiratet, nach staatlichem Recht indessen unverheiratet sein und umgekehrt.¹⁹¹ Damit stehen kirchlich geschlossene Ehen nunmehr grundsätzlich beziehungslos neben staatlich geschlossenen Ehen.¹⁹²

- 56** Um ein solches Auseinanderfallen von kirchlicher und staatlicher Ehe möglichst zu verhindern, hat die Deutsche Bischofskonferenz – ausgehend vom Fortbestand der Regelung des Reichskonkordats¹⁹³ und vor dem Hintergrund der Bestimmungen des CIC¹⁹⁴ – bereits 2008 ihr Interesse an einer Synchronisierung von staatlicher und kirchlicher Eheschließung zum Ausdruck gebracht. Begründet hat sie dies damit, dass „das Eheversprechen ohne die bürgerlichen Rechtsfolgen nur schwer eingelöst werden kann“. Angesichts dessen hat sie beschlossen, dass eine kirchliche Trauung ohne vorherige Eheschließung nach staatlichem Recht auch nach dem Entfall des Verbots kirchlicher Voraustrauungen nur ausnahmsweise ermöglicht werden soll.¹⁹⁵

gesetz: Kirchliche Trauung ohne vorhergehende standesamtliche Eheschließung, in: KuR 2008, S. 207; *Heribert Schüller*, Die verblüffende Aufhebung des Voraustrauungsverbots und ihre Auswirkungen, in: NJW 2008, S. 2745; *Heinig*, Trauung (o. Fn. 113); *ders.*, Entwicklungen (o. Fn. 178), S. 23 f. und 36 ff.; vgl. auch *Uhle*, Eheschließung und Ehescheidung (o. Fn. 2), S. 1416 f.; *ders.*, Schwindende Gemeinsamkeiten (o. Fn. 154), S. 1236 f.

¹⁹¹ *Schwab*, Familienrecht (o. Fn. 1), Rn. 59.

¹⁹² *Uhle*, Eheschließung und Ehescheidung (o. Fn. 2), S. 1416 f.; so auch für das Verhältnis von kanonischem und staatlichem Eherecht *ders.*, Schwindende Gemeinsamkeiten (o. Fn. 154), S. 1237 ff.

¹⁹³ Vgl. dazu die *Deutsche Bischofskonferenz*, Pressebericht des Vorsitzenden, Pressemeldung Nr. 9 vom 14.2.2008, sub I.; *Alfred E. Hierold*, Ehe und Eherecht nach katholischem Verständnis, in: FamRZ 2011, S. 6 (8). Zur Fortgeltung des Reichskonkordats BVerfGE 6, 309 (332 ff.). – Art. 26 RK vom 20.7.1933 (RGBl. II 1933 S. 679, 686) enthält auf der Grundlage des seinerzeitigen Verbots der kirchlichen Voraustrauung Ausnahmen bei der lebensgefährlichen Erkrankung eines Verlobten und im Fall eines „schweren sittlichen Notstandes“. Für dessen Gegenstandslosigkeit nach Entfall des Voraustrauungsverbots *Frank Sanders*, Die rein kirchliche Trauung ohne zivilrechtliche Wirkung, 2001, S. 105; *Schüller*, Aufhebung (o. Fn. 190), S. 2747.

¹⁹⁴ Vgl. c. 1071 § 1 Nr. 2 CIC. Aus dem CIC folgt hierbei keine Vorgabe über die zeitliche Abfolge von staatlicher und kirchlicher Eheschließung, *Rasquin*, Voraustrauungsverbot (o. Fn. 189), S. 38; vgl. auch *Klaus Lüdicke*, in: *ders.* (Hg.), Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici, Bd. 5, Losebl. Stand: 56. Erg.-Lfg. (Oktober 2018), c. 1071, Rn. 6 ff.

¹⁹⁵ Vgl. *Deutsche Bischofskonferenz*, Pressebericht des Vorsitzenden, Pressemeldung Nr. 50 vom 26.9.2008, sub II. Vgl. dazu unter dem Aspekt des Brautexamens *Müller / Ohly*, Katholisches Kirchenrecht (o. Fn. 75), S. 192.

Die auf der Grundlage dieses Beschlusses geschaffenen und in den Bistümern in Kraft gesetzten kirchlichen Ordnungen betonen, dass der Kirche daran gelegen ist, dass auch eine zivilrechtliche Ehe geschlossen wird, „damit den Gläubigen deren Rechtswirkungen gewährleistet werden und sie auf diese Weise besser im Stande sind, die Pflichten gewissenhaft zu erfüllen, die mit der kirchlichen Trauung verbunden sind.“¹⁹⁶ Ausdrücklich wird vor diesem Hintergrund notifiziert, dass eine kirchliche Trauung ohne vorhergehende zivile Eheschließung „nur im Ausnahmefall“ erfolgen soll, „wenn eine standesamtliche Eheschließung für die Brautleute unzumutbar ist.“¹⁹⁷ Hierfür ist das *Nihil obstat* des zuständigen Ortsbischofs erforderlich.¹⁹⁸ Bei dessen Einholung müssen die Brautleute angeben, warum sie auf eine standesamtliche Eheschließung verzichten, sie müssen ferner bestätigen, dass sie die kirchliche Trauung in dem Bewusstsein erbiten, dass diese keine rechtlichen Wirkungen im staatlichen Bereich entfaltet und müssen schließlich versprechen, alle Pflichten zu übernehmen und gewissenhaft zu erfüllen, die mit der kirchlichen Trauung verbunden sind; hierzu wird ausdrücklich auch die materielle Fürsorge füreinander und für die aus der Ehe hervorgehenden Kinder gezählt.¹⁹⁹

57

Auch nach Ansicht der EKD soll die bürgerliche Eheschließung grundsätzlich Voraussetzung für eine kirchliche Trauung bleiben. Grund hierfür ist der Umstand, dass das Versprechen der ehelichen Lebensgemeinschaft „durch das staatliche Zivilrecht ausgeformt“ sei. Dessen Schutzfunktion sei von wesentlicher Bedeutung, weil der durch das staatliche Recht gewährleistete „Schutz und Ausgleich zwischen den Ehegatten“ nicht „durch ein rechtlich unverbindliches Versprechen materieller Fürsorge“ ersetzt werden könne. Daher hat die EKD ausdrücklich bekräftigt, dass auch sie an der Voraussetzung einer zivilrechtlichen Eheschließung für die Trauung solange festhält,

58

¹⁹⁶ Vgl. dazu die inhaltlich gleichlautenden „Ordnung[en] für kirchliche Trauungen bei fehlender Zivileheschließung“. Exemplarisch für das *Erzbistum Köln*, Amtsblatt des Erzbistums Köln 2008, S. 305; *Erzbistum Freiburg*, Amtsblatt der Erzdiözese Freiburg 2008, S. 453; *Erzbistum Paderborn*, Kirchliches Amtsblatt für die Erzdiözese Paderborn 2008, S. 165. Hierzu Uhle, *Schwindende Gemeinsamkeiten* (o. Fn. 154), S. 1238.

¹⁹⁷ Wann diese Voraussetzung vorliegt, wird nicht ausdrücklich spezifiziert. Erfasst werden sollen vor allem Einzelfälle, in der eine bürgerliche Eheschließung in wirtschaftlicher Hinsicht mit unannehmbaren Nachteilen verbunden wäre.

¹⁹⁸ Uhle, *Eheschließung und Ehescheidung* (o. Fn. 2), S. 1416 f.

¹⁹⁹ Vgl. dazu die vorstehend in Bezug genommenen „Ordnung[en] für kirchliche Trauungen bei fehlender Zivileheschließung“ (o. Fn. 196).

wie das staatliche Eherecht in der Lage ist, diese Schutzfunktion wahrzunehmen.²⁰⁰

- 59 Das mit der Aufhebung des Verbots der kirchlichen Voraustrauung zum 1. 1. 2009 verbundene beziehungslose Nebeneinander von kirchlichem und staatlichem Eherecht²⁰¹ ist durch das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17. 7. 2017 punktuell relativiert worden.²⁰² So untersagt das Personenstandsgesetz in seiner hierdurch bewirkten Fassung sowohl eine „religiöse oder traditionelle Handlung, die darauf gerichtet ist, eine der Ehe vergleichbare dauerhafte Verbindung zweier Personen zu begründen, von denen eine das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat“²⁰³ als auch den „Abschluss eines Vertrages, der nach den traditionellen oder religiösen Vorstellungen der Partner an die Stellung der Eheschließung tritt.“²⁰⁴ Das Verbot ist an Geistliche, Sorgeberechtigte und bestimmte weitere Mitwirkende adressiert und als Ordnungswidrigkeit mit Geldbuße bewehrt.²⁰⁵ Auch wenn sich dieses Verbot vor allem gegen „rituelle und traditionelle Formen anderer Kulturkreise“ richtet und insofern insbesondere auf die Verhinderung der in anderen Kulturkreisen vorkommenden Zwangsverheiratung Minderjähriger abzielt, erfasst es doch sämtliche „religiöse Formen der Eheschließung“.²⁰⁶ Daher entfaltet es auch für kirchliche Eheschließungen Relevanz.

²⁰⁰ Dazu das *Kirchenamt der EKD*, Ehen (o. Fn. 181), S. 18; *Heinig*, Trauung (o. Fn. 113).

²⁰¹ Vgl. dazu oben Rn. 55.

²⁰² BGBl. I S. 2429. Aus dem Schrifttum hierzu *Josef Bongartz*, Zur gebotenen rechtlichen Behandlung von Ehen unter Beteiligung Minderjähriger, in: *NZFam* 2017, S. 541 (545); *Katharina Lohse / Thomas Meysen*, Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen: Rechtliche Behandlung von Minderjährigen-ehen, in: *JAmT* 2017, S. 345 (348); *Thomas Rauscher*, Rechtskolonialismus oder Zweckverfehlung? Auswirkungen des Kinderehebekämpfungsgesetzes im IPR, in: *Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche*, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, hg. von Alexander R. Markus / Stephanie Hrubesch-Millauer / Rodrigo Rodriguez, 2018, S. 231 (237 f.). Wie hier die Bewertung bei *Schwab*, Familienrecht (o. Fn. 1), Rn. 77 ff., im hiesigen Kontext v. a. Rn. 59 a. E.

²⁰³ § 11 Abs. 2 S. 1 PStG.

²⁰⁴ § 11 Abs. 2 S. 3 PStG.

²⁰⁵ § 70 PStG, zu den Voraussetzungen im Einzelnen vgl. *Bertold Gaaz*, in: *ders. / Heinrich Bornhofen* (Hg.), *Personenstandsgesetz. Handkommentar*, 4. Aufl. 2018, § 11, Rn. 10 f.

²⁰⁶ BT-Drucks. 18/12086, S. 24 f.

c) *Kirchliche Trauung*²⁰⁷

Mit der Bekräftigung, auch zukünftig keine Trauung ohne standesamtliche Eheschließung vorzunehmen, bleibt – wie sie selbst hervor-
gehoben hat²⁰⁸ – für die EKD eine Frage aktuell, die sie seit der Ein-
führung der obligatorischen Zivilehe herausfordert: die Frage, ob der
kirchlichen Trauung konstitutive Bedeutung zukommen bzw. welche
sonstige (rechtliche) Bedeutung ihr beigelegt werden kann.²⁰⁹ Ange-
legt ist diese Frage in dem evangelischen Verständnis, demzufolge die
Ehe vor dem staatlichen Standesbeamten geschlossen und die kirch-
liche Ehe im Gegensatz zu ihrer sakramentalen Deutung durch das
katholische und orthodoxe Kirchenrecht nicht als besonderes
Rechtsverhältnis begriffen wird.²¹⁰ Überwiegend wird sie dahinge-
hend beantwortet, dass die Trauung als besonderer Gottesdienst für
Eheleute aus Anlass ihrer nach staatlichem Recht erfolgenden Ehe-
schließung zu verstehen ist.²¹¹ Die mit dieser Sichtweise verbundene

60

²⁰⁷ Die Anzahl kirchlicher Trauungen ist im Zeitraum der letzten 20 Jahre
signifikant gesunken. So gingen die katholischen Trauungen von 69.032 im
Jahr 1998 auf 42.523 im Jahr 2017 zurück (*Sekretariat der Deutschen Bi-
schofskonferenz*, Katholische Kirche in Deutschland. Zahlen und Fakten
2017/18, 2018, S. 47). Parallel dazu sanken im Bereich der evangelischen
Kirche die Trauungen von 73.763 im Jahr 1998 auf 44.190 im Jahr 2017 (*Kir-
chenamt der EKD*, Statistik über Äußerungen des kirchlichen Lebens in den
Gliederkirchen der EKD im Jahr 1998, korrigiertes Ergebnis, 2003, S. 9; *dass.*,
Gezählt 2018. Zahlen und Fakten zum kirchlichen Leben, 2018, S. 12). Zu der
im evangelischen Kirchenrecht anzutreffenden Unterscheidung zwischen der
Trauung von Mann und Frau auf der einen Seite und der Segnung gleichge-
schlechtlicher Partnerschaften auf der anderen Seite unten Rn. 83.

²⁰⁸ Hierzu das *Kirchenamt der EKD*, Ehen (o. Fn. 181), S. 24, Aufgabe
Nr. 3.

²⁰⁹ Zu den kontroversen Auffassungen *Kurt Dietrich Schmidt*, Die kirchli-
che Diskussion über die obligatorische Zivilehe im Jahrzehnt ihrer Einfüh-
rung, in: Familienrechtsreform (o. Fn. 175), S. 89 (101 ff.); zum Erfordernis
einer Klärung *Hans Liermann*, Evangelisches Kirchenrecht und staatliches
Eherecht in Deutschland, in: Existenz und Ordnung. Festschrift für Erik Wolf
zum 60. Geburtstag, hg. von Thomas Würtenberger/Werner Maihofer/
Alexander Hollerbach, 1962, S. 109 (114 ff.).

²¹⁰ Zur Begründung einer auch aus kirchlicher Sicht gültigen Ehe durch
die standesamtliche Eheschließung *Engelhardt*, Ehe (o. Fn. 77), S. 33; *Rob-
bers*, Ehe (o. Fn. 77), S. 86.

²¹¹ So etwa § 1 Abs. 1 des Kirchengesetzes zur Regelung des Rechtes der
kirchlichen Trauung der Evangelisch-reformierten Kirche vom 28.11.1974
(GVBl. Bd. 14 S. 141). Vgl. auch *Erwin Wilkens*, Probleme der kirchlichen
Trauung, in: Ehe und Ehescheidung, hg. von dems., 1963, S. 203 (215 f.);
Christian Grethlein, Grundinformation Kasualien, 2007, S. 212 f.; *Christian
Albrecht*, Kasualtheorie, 2006, S. 209 ff. *Honecker*, Evangelisches Kirchen-

Reduktion der innerkirchlichen Bedeutung der Trauung trifft freilich auch auf vereinzelte Ablehnung.²¹² Diese artikuliert sich in einer im Einzelnen unterschiedlich ausgestalteten Anerkennung einer spezifischen geistlichen Qualität der Trauung.²¹³

- 61 Während Ausfluss der Anerkennung der standesamtlichen Eheschließung durch die evangelische Kirche ist, dass diese bei der Vor-
nahme der kirchlichen Trauung lediglich den bestehenden Ehekon-
sens, die Durchführung der staatlichen Eheschließung sowie die reli-
giöse Verbundenheit der Ehepartner mit ihr überprüft,²¹⁴ ist die gül-
tige Eheschließung nicht nur im orthodoxen Eherecht,²¹⁵ sondern
auch im kanonischen Recht an eigenständige Voraussetzungen ge-
knüpft.²¹⁶ So dürfen keine Ehehindernisse im Sinne des katholischen
Kirchenrechts bestehen,²¹⁷ es muss ein ausreichender Konsens der
Eheleute vorliegen²¹⁸ und es muss schließlich die vorgeschriebene
Form der Eheschließung eingehalten werden.²¹⁹ Das kumulative Vor-
liegen dieser Voraussetzungen führt zu einer gültigen Eheschließung.
Spätere Entwicklungen, etwa eine Entfremdung der Ehepartner oder

recht (o. Fn. 52), S. 129 („Dank-, Bitte- und Segengottesdienst“); *Munsonius*, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 157), S. 58; *Dietrich Pirson*, Trauung, I. Evangelisch, in: LKStKR, Bd. 1, 2000, S. 696 (696).

²¹² Vgl. *Engelhardt*, Ehe (o. Fn. 77), S. 34 f.; *Pirson*, Auseinandertreten (o. Fn. 86), S. 107 f.; *ders.*, Eheschließung, I. Evangelisch, in: LKStKR, Bd. 1, 2000, S. 545 (546 f.).

²¹³ Siehe hierzu die Darstellung bei *Heinig*, Entwicklungen (o. Fn. 178), S. 29 ff. m. w. N.

²¹⁴ *Pirson*, Auseinandertreten (o. Fn. 86), S. 108 f. Vgl. auch *ders.*, Trauung (o. Fn. 211), S. 696 f.; *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 80), § 33, Rn. 12 ff.

²¹⁵ *Prader*, Eherecht der orthodoxen Kirchen (o. Fn. 73), S. 5 ff., 15 ff.; *Potz / Synek*, Kirchenrecht (o. Fn. 73), S. 472 ff.

²¹⁶ Zu ihnen und zum Folgenden im Überblick *Hierold*, Ehe (o. Fn. 193), S. 7 f.; näher *Zapp*, Eherecht (o. Fn. 75), S. 177 ff.; zu Ehehindernissen, dem Ehewillen und der Eheschließungsform auch *Aymans / Mörsdorf*, Kanoni-
sches Recht (o. Fn. 75), S. 423 ff., 463 ff., 490 ff.; *Müller / Ohly*, Katholisches
Kirchenrecht (o. Fn. 75), S. 191 ff., 201 ff.; 206 ff.; *de Wall / Muckel*, Kirchen-
recht (o. Fn. 80), § 21, Rn. 71 ff. – Zu den Partikularnormen der Deutschen
Bischofskonferenz zur Ehevorbereitung, Trauung und Registrierung von
Eheschließungen *Heinrich J. F. Reinhardt / Rüdiger Althaus*, Die kirchliche
Trauung, 3. Aufl. 2014.

²¹⁷ Siehe hierzu cc. 1073 ff., 1083 ff. CIC; dazu *Norbert Lüdecke*, Die recht-
liche Ehefähigkeit und die Ehehindernisse (§ 86), in: HKKR³, S. 1282.

²¹⁸ C. 1057 CIC, hierzu *Marcus Nelles*, Der Ehekonsens (§ 87), in: HKKR³,
S. 1315 ff.; zu Konsensmängeln vgl. cc. 1095 ff. und cc. 1101 ff. CIC; hierzu
Nelles, a. a. O., S. 1319 ff. und 1328 ff.

²¹⁹ Siehe cc. 1108 ff. CIC; dazu näher *Martin Rehak*, Die Eheschließung
(§ 88), in: HKKR³, S. 1338 (1341 ff.).

eine Zerrüttung der Ehe, sind nicht in der Lage, die so begründete Gültigkeit der Ehe in Frage zu stellen: Die gültige und als solche vollzogene Ehe ist unauflöslich.²²⁰ Daher ist nach kanonischem Recht auch eine Scheidung nicht möglich. Vielmehr vermutet das kanonische Recht die Gültigkeit der Ehe, bis in einem ggf. durchzuführenden kirchengerichtlichen Ehenichtigkeitsverfahren das Gegenteil bewiesen wird.²²¹ Nicht zuletzt dieser Umstand hat in jüngerer Zeit innerhalb der katholischen Kirche die Bedeutung einer gelingenden Ehevorbereitung in den Vordergrund treten lassen.²²² Dort, wo eine kirchliche Eheschließung unterbleibt und vor dem Standesamt lediglich eine Zivilehe geschlossen wird, ist diese kirchenrechtlich, jedenfalls dann, wenn beide Ehepartner katholischen Bekenntnisses sind, nicht gültig.²²³

Im Falle einer konfessionsverschiedenen Ehe, also bei einer Ehe zwischen zwei Getauften mit divergierender Kirchenzugehörigkeit, besteht wegen der unterschiedlichen Eheverständnisse die Möglichkeit einer ökumenischen Trauung nicht. Die Trauung folgt daher hier dem Ritus einer der Kirchen, und zwar jener Kirche, in der nach der Entscheidung des Brautpaares die kirchliche Trauung stattfindet.²²⁴

62

²²⁰ C. 1141 CIC. Zur Unauflöslichkeit stellvertretend *Müller / Ohly*, *Katholisches Kirchenrecht* (o. Fn. 75), S. 189 f.

²²¹ Vgl. c. 1060 CIC (sog. „favor iuris“ bzw. „favor matrimonii“). Zur kirchlichen Nichtigerklärung unten Rn. 72 ff.

²²² Siehe hierzu auch die Betonung des Stellenwerts der Ehevorbereitung im Nachsynodalen Apostolischen Schreiben „*Amoris laetitia*“ von Papst *Franziskus* vom 19. 3. 2016 (o. Fn. 151), Nr. 205 ff. Festgehalten wird hier u. a. ausdrücklich, dass die „komplexe gesellschaftliche Wirklichkeit und die Herausforderungen, mit denen sich die Familien heute auseinandersetzen müssen, [...] einen größeren Einsatz der ganzen christlichen Gemeinde im Hinblick auf die Vorbereitung der Brautleute auf die Ehe [erfordert]“ (Nr. 206). Siehe hierzu auch *Christoph Ohly*, Die Ehevorbereitung. Anmerkungen im Anschluss an „*Amoris Laetitia*“, in: *Veritas vos liberabit* (o. Fn. 142), S. 525; *Joachim Kardinal Meissner*, Herausforderungen für die Ehevorbereitung heute, in: 11 Kardinäle zu Ehe und Familie. Essays aus pastoraler Sicht, hg. von Winfried Aymans, 2015, S. 92 ff.; *Robert Kardinal Sarah*, Die Ehevorbereitung in einer säkularisierten Welt, ebd., S. 139. Siehe hierzu auch *José María Galván*, Die Ehevorbereitungskurse, in: *Ehe und Familie*. Die „anthropologische Frage“ und die Evangelisierung der Familie, hg. von Stefan Mückl, 2015, S. 131; *Paolo Bianchi*, Das Brautexamen als pastorales Instrument, ebd., S. 141. Zusammenfassende Darstellung der Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen für die Eheschließung bei *Müller / Ohly*, *Katholisches Kirchenrecht* (o. Fn. 75), S. 191 ff.

²²³ *Hierold*, Ehe (o. Fn. 193), S. 7; *Althaus / Prader / Reinhardt*, *Eherecht* (o. Fn. 75), S. 22 f.

²²⁴ Hierzu *Deutsche Bischofskonferenz / Rat der EKD* (Hg.), *Gemeinsame Feier der kirchlichen Trauung*, 1995. Siehe dazu aus evangelischer Perspekti-

Nach kanonischem Recht bedarf es hierfür einer ausdrücklichen Erlaubnis der zuständigen Autorität, in concreto des Ortsordinarius.²²⁵ Von konfessionsverschiedenen Ehen sind religionsverschiedene Ehen zu unterscheiden, also Ehen zwischen zwei Personen, von denen die eine getauft, die andere indes ungetauft ist. Das evangelische Kirchenrecht sieht für sie eine kirchliche Trauung grundsätzlich nicht vor, verschließt sich Ausnahmen aber nicht kategorisch.²²⁶ Nach kanonischem Recht stellt die Religionsverschiedenheit ein Ehehindernis dar, von dem der Ortsordinarius dispensieren kann.²²⁷

2. Eheleiche Lebensgemeinschaft

63 Auch die eheliche Lebensgemeinschaft ist Gegenstand des staatlichen wie des kirchlichen Eherechts. Gemeinsam ist den einschlägigen Bestimmungen die Vorstellung einer gegenseitigen Verpflichtung der Ehegatten zur Lebensgemeinschaft,²²⁸ die die eheliche Hinordnung auf das Wohl des anderen deutlich werden lässt.²²⁹ Gleichwohl erfassen sie die eheliche Lebensgemeinschaft in unterschiedlicher Weise. Dies zeigt sich zunächst anhand des Umstands, dass das staatliche Eherecht die eheliche Lebensgemeinschaft von vornherein nur aus

ve *Munsonius*, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 157), S. 59; *Honecker*, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 52), S. 130; *Walter Schöpsdau*, Konfessionsverschiedene Ehe, 3. Aufl. 1995, S. 96 ff.; aus der Perspektive des kanonischen Rechts *Judith Hahn*, Die konfessionsverschiedene Ehe (§ 89), in: HKKR³, S. 1360.

²²⁵ Siehe cc. 1124–1129 CIC. Aufgrund der konfessionellen Situation in Deutschland ist diese Befugnis zur Erlaubniserteilung, von besonderen Fällen abgesehen, jedem Kleriker mit allgemeiner Befugnis zur Eheassistentz übertragen. Hierzu *Müller/Ohly*, Katholisches Kirchenrecht (o. Fn. 75), S. 200 f.; *Hahn*, Die konfessionsverschiedene Ehe (o. Fn. 224), S. 1370 ff.

²²⁶ *Honecker*, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 52), S. 130 m. Anm. 17; ggf. ist ein Gottesdienst, der auf die besondere Situation Rücksicht nimmt, möglich, vgl. *Munsonius*, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 157), S. 59; *Pirson*, Trauung (o. Fn. 211), S. 696 f.

²²⁷ C. 1086 § 1 und § 2 CIC. Vgl. dazu *Müller/Ohly*, Katholisches Kirchenrecht (o. Fn. 75), S. 199; *Reinhardt/Althaus*, Die kirchliche Trauung (o. Fn. 216), Rn. 129 und 248 f. Zur religionsverschiedenen Ehe zwischen Katholiken und Muslimen *Elke Freitag*, Ehe zwischen Katholiken und Muslimen. Eine religionsrechtliche Vergleichsstudie, 2007; *Reinhardt/Althaus*, a. a. O., Rn. 187 ff.; *Althaus/Prader/Reinhardt*, Eherecht (o. Fn. 75), S. 155 ff.

²²⁸ § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB; cc. 1135, 1151 CIC.

²²⁹ Ausdrücklich so etwa c. 1055 § 1 CIC, implizit § 1353 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB.

jener begrenzten Perspektive wahrnehmen kann, die aus der staatlichen Zuständigkeit für eine gemeinwohladäquate Ordnung der gesellschaftlichen Lebensverhältnisse resultiert. Eheliche Rechte und Pflichten, die außerhalb dieser Kompetenz liegen, sind der staatlichen Gestaltungsmacht grundsätzlich entzogen. Das gilt namentlich für die gesetzgeberische Statuierung entsprechender Ge- und Verbote. So kann der Staat Ehepartnern keine Verhaltenspflichten auferlegen, die ausschließlich der Verwirklichung religiös geprägter Ehevorstellungen dienen. Zudem ist ihm aufgrund der grundrechtlich geschützten Freiheit der Ehegestaltung untersagt, gesetzlich ein spezifisches Bild der Eheverhältnisse zu formen und verbindlich bzw. drängend vorzuschreiben.²³⁰ Schließlich trifft das staatliche Eherecht auch auf Grenzen bei seinem Vollzug, weil sowohl die Konkretisierung ehelicher Rechte und Pflichten als auch deren Durchsetzung und Erzwingung an die Leistungsgrenzen des staatlichen Rechts führen,²³¹ wie die weitgehende Sanktionslosigkeit im Falle einer Verletzung der zivilrechtlichen Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft belegt.²³² Demgegenüber sind dem kirchlichen Eherecht die erstgenannten Grenzen nicht gezogen. Vielmehr steht in seinem Zentrum gerade die religiöse Dimension der Ehe. Dem entspricht, dass die Rechtsetzungsmacht des kirchlichen Gesetzgebers den Erlass solcher Bestimmungen umfasst, die dem Staat verwehrt sind.

Auch wenn die aus dem staatlichen Eherecht resultierende Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft nicht der Realisierung ausschließlich bekenntnisgebundener Ehevorstellungen dienen kann, kann sich diese ebenso auf die religiösen Überzeugungen eines Ehepartners auswirken wie umgekehrt auch religiöse Einstellungen Konsequenzen für die eheliche Lebensgemeinschaft haben können.²³³ Relevant ist dies vor allem im Hinblick auf eine Entfaltung religiöser Belange innerhalb der Ehe. Einer solchen Entfaltung steht die bürgerlich-rechtlich angeordnete Verpflichtung zur ehelichen Lebens-

64

²³⁰ Dazu m. N. aus Judikatur und Schrifttum näher oben III. 2. d.

²³¹ Vgl. *Hans-Martin Pawlowski*, Die Ehe als Problem des staatlichen Rechts, in: *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, hg. von Norbert Horn, 1982, Bd. 1, S. 637 (639 ff., 644 f., 651 ff.).

²³² *Andreas Roth*, in: Roland Rixecker/Franz Jürgen Säcker/Hartmut Oetker (Hg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 9, 8. Aufl. 2019, § 1353, Rn. 19; vgl. auch *Dieter Hahn*, in: Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth/Wolfgang Hau/Roman Poseck (Hg.), *BeckOK BGB*, 54. Edition, Mai 2020, § 1353, Rn. 37.

²³³ Wie hier in der Voraufgabe dieses Handbuchs *Pirson* (o. Fn. 7), S. 810.

gemeinschaft, die gerade eine wechselseitige Rücksichtnahme der Eheleute auf die religiösen Überzeugungen des jeweils anderen gebietet, nicht entgegen.²³⁴ Daher ist ein Ehegatte durch sie nicht daran gehindert, einen Konfessionswechsel vorzunehmen, selbst dann nicht, wenn er sich damit von jener Religionsgemeinschaft löst, der bis dahin beide Ehepartner angehört haben.²³⁵ Ein solcher Wechsel kann auch durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden.²³⁶ Freilich ist Ausfluss der gebotenen gegenseitigen Rücksichtnahme, dass ein Ehegatte durch die Art, in der er seine religiöse Überzeugung zum Ausdruck bringt, den jeweils anderen nicht verletzt.²³⁷

- 65** Gegenstand des staatlichen wie des kirchlichen, namentlich etwa des orthodoxen und kanonischen Eherechts ist nicht nur die Verpflichtung der Ehegatten zur Lebensgemeinschaft, sondern auch deren Aufhebung.²³⁸ Allerdings unterscheiden sich die in den einschlägigen Bestimmungen fixierten Voraussetzungen, unter denen eine derartige Aufhebung möglich ist. So sieht das staatliche Eherecht die Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft nur vor, wenn sich das Verlangen nach Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft als Rechtsmissbrauch darstellt oder die Ehe gescheitert ist. Nach kirchlichem Recht hingegen reicht hierfür „ein rechtmäßiger Grund“, der insbesondere im Falle des unverschuldeten, einseitigen Ehebruchs gegeben ist.²³⁹ Angesichts dieser Divergenz sind im Einzelfall bei der Aufhebung einer Lebensgemeinschaft Kollisionen zwischen den Be-

²³⁴ Vgl. aus der Zeit der Geltung des Verschuldensprinzips im Scheidungsrecht BGHZ 33, 145 (151); 38, 317 (322 ff.); KG, in: FamRZ 1954, S. 145 (146 f.); OLG Stuttgart, in: FamRZ 1955, S. 256 mit Anm. von W. Dunz; OLG Celle, in: FamRZ 1963, S. 183 (183 f.); BGH, in: FamRZ 1965, S. 126 (127 ff.).

²³⁵ Vgl. BVerfGE 17, 302 (305); Wolfram Müller-Freienfels, Zur Scheidung wegen Glaubenswechsels, in: JZ 1964, S. 305 (306 ff.) und S. 344 (345 ff.); Nörr, Eheauflösungsrecht (o. Fn. 123), S. 548 f.; siehe auch Hahn, in: BeckOK BGB (o. Fn. 232), § 1353, Rn. 29.

²³⁶ Roth, in: MüKo BGB (o. Fn. 232), § 1353, Rn. 30; Reinhard Voppel, in: Julius v. Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4: Familienrecht. §§ 1363–1407, Neubearb. 2018, § 1353, Rn. 51; Hahn, in: BeckOK BGB (o. Fn. 232), § 1353, Rn. 29.

²³⁷ BGHZ 38, 317 (327 ff.).

²³⁸ Siehe § 1353 Abs. 2 BGB einerseits und cc. 1151 ff. CIC sowie die Darstellung bei Prader, Eherecht der orthodoxen Kirchen (o. Fn. 73), S. 23, andererseits.

²³⁹ Vgl. Zapp, Eherecht (o. Fn. 75), S. 232; Aymans / Mörsdorf, Kanonisches Recht (o. Fn. 75), S. 517 f.

stimmungen des staatlichen und des kirchlichen Eherechts denkbar. Deren praktische Bedeutung freilich ist äußerst begrenzt.²⁴⁰

3. Elterliches Erziehungsrecht

Auch das elterliche Erziehungsrecht ist Gegenstand staatlicher und kirchlicher Bestimmungen. So enthalten etwa das Zivilrecht sowie das kanonische Recht nahezu gleichlautende Formulierungen über das Recht und die Pflicht der Eltern zur Erziehung ihrer Kinder und auch die evangelischen Lebensordnungen kennen die Pflicht zur religiösen Kindererziehung.²⁴¹ Allerdings ist das elterliche Erziehungsrecht nach deutschem Zivilrecht, gesetzessystematisch betrachtet, nicht Bestandteil des Eherechts, während es namentlich im kanonischen Recht zu den Wirkungen der Ehe gerechnet wird.²⁴²

Inhaltliche Auswirkungen folgen aus der systematisch divergierenden Regelung nicht. Insbesondere ergeben sich aus der Parallelgeltung staatlicher und kirchlicher Bestimmungen über das elterliche Erziehungsrecht keine prinzipiellen Konflikte. Das resultiert daraus, dass die staatlichen Regelungen, beginnend mit der grundrechtlichen Verbürgung des Elternrechts in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, die Freiheit der Eltern gewährleisten, die Erziehung ihres Kindes nach eigenen Vorstellungen zu gestalten.²⁴³ Dazu gehört auch die elterliche Freiheit, über die religiöse und weltanschauliche Erziehung ihrer Kinder zu

²⁴⁰ So kann einer der Ehegatten nach kirchlichem Recht berechtigt sein, die eheliche Lebensgemeinschaft aufzuheben, obgleich die hierfür bestehenden Voraussetzungen des staatlichen Rechts nicht erfüllt sind. Wenn er in dieser Situation aus Glaubensgründen zwar den Bestand der Ehe nicht gefährden will, aber das eheliche Zusammenleben aufhebt, läuft er Gefahr, hierdurch eine Scheidung nach staatlichem Recht zu befördern. Denn nach § 1566 Abs. 2 BGB wird im Falle eines dreijährigen Getrenntlebens das Scheitern der Ehe unwiderlegbar vermutet. Dazu bereits in der Voraufgabe dieses Handbuchs *Pirson* (o. Fn. 7), S. 812.

²⁴¹ Siehe Art. 6 Abs. 2 GG sowie §§ 1626, 1631 BGB. Siehe ferner c. 1136 CIC vgl. in diesem Kontext auch c. 1055 § 1 CIC. Siehe schließlich auch A 2 Nr. 4 Abs. 1 und 2 LKL VELKD (o. Fn. 80); Art. 15 OKL EKU (o. Fn. 80).

²⁴² Buch IV, Teil I, Titel VII, Kap. VIII CIC: „Wirkungen der Ehe“. – Wiederum anders die sog. Lebensordnungen, in denen das elterliche Erziehungsrecht im Kontext der Regelungen über die Taufe Erwähnung findet, vgl. Art. 15 f. OLK EKU und A 2 Nr. 4 Abs. 1 und 2 LKL VELKD (o. Fn. 80).

²⁴³ BVerfGE 24, 119 (142 f.); 31, 194 (204); 47, 46 (69 f.); 60, 79 (88); 98, 218 (244); 107, 104 (117); 121, 69 (92); BVerfGK 19, 295 (299); BVerfG (K), in: FamRZ 2009, S. 1897 (1897); in: NJW 2011, S. 3355 (3356); vgl. auch BVerfGE 96, 288 (308); 103, 89 (108); 130, 240 (251).

entscheiden²⁴⁴ und sich hierbei von kirchenrechtlich positivierten Verpflichtungen leiten zu lassen. Die Vorschriften des einfachen Rechts gewährleisten eine solche religiöse Kindererziehung nach Maßgabe der elterlichen Einigung ausdrücklich.²⁴⁵ Das gilt, wie seit 2012 gesetzlich klargestellt ist, auch für die elterliche Entscheidung über die Vornahme einer Beschneidung männlicher Kinder.²⁴⁶ Freilich bestehen für das staatlich gewährleistete Elternrecht auch Schranken. Diese ergeben sich aus dem Wohl des Kindes.²⁴⁷ Dessen gesetzliche Konkretisierung zieht der elterlichen Erziehung im Allgemeinen wie der religiösen Erziehung im Besonderen indes nur äußerste Grenzen, weil hiernach Voraussetzung für einen staatlichen Eingriff ist, dass das „körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes“ gefährdet wird und „die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage [sind], die Gefahr abzuwenden“.²⁴⁸ Diese Grenzen werden bei einer christlichen Kindererziehung, die die namentlich im kanonischen Recht positivierte „sehr strenge Pflicht“ ernst nimmt, „nach Kräften sowohl für die leibliche, soziale und kulturelle als auch für die sittliche und religiöse Erziehung der Kinder zu sorgen“,²⁴⁹ in aller Regel keine Aktualisierung finden. Das staatliche Recht hindert daher die

²⁴⁴ Siehe dazu BVerfGE 41, 29 (47); 93, 1 (17); 108, 282 (301); BVerfGK 10, 423 (428 f.); BVerfG (K), in: NJW 2009, S. 3151 (3152); Uhle, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 54; Badura, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 72), Art. 6, Rn. 118.

²⁴⁵ § 1 RKEG. Zur religiösen Kindererziehung als Bestandteil der elterlichen Sorge Dieter Schwab, Elterliche Sorge und Religion, in: FamRZ 2014, S. 1.

²⁴⁶ § 1631d BGB. Vgl. dazu aus dem Schrifttum Josef Isensee, Grundrechtliche Konsequenz wider geheiligte Tradition, in: JZ 2013, S. 317 (324 ff.); Stephan Rixen, Das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes, in: NJW 2013, S. 257. – Hintergrund der Klarstellung in § 1631d BGB war eine Entscheidung des LG Köln, in: NJW 2012, S. 2128; zur gesetzgeberischen Motivation BT-Drs. 17/11295, S. 6. Zur Rechtslage vor der 2012 erfolgten Klarstellung Kyrill-A. Schwarz, Verfassungsrechtliche Aspekte der religiösen Beschneidung, in: JZ 2008, S. 1125 (1128); Rolf Dietrich Herzberg, Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung, in: JZ 2009, S. 332 (333).

²⁴⁷ Dazu BVerfGE 60, 79 (88); vgl. auch BVerfGE 24, 119 (143 f.); 56, 363 (381 f.); 79, 51 (63 f.); 107, 104 (117); Uhle, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 55 ff.; Coester-Waltjen, in: v. Münch/Kunig (o. Fn. 135), Art. 6, Rn. 81; Brosius-Gersdorf, in: Dreier (o. Fn. 186), Art. 6, Rn. 142 ff. Vgl. auch § 1627 BGB.

²⁴⁸ So § 1666 Abs. 1 BGB.

²⁴⁹ So die Formulierung in c. 1136 CIC. Vgl. dazu Lüdicke, in: Münsterischer Kommentar (o. Fn. 194), c. 1136, Rn. 1.

Eltern nicht daran, ihrer kirchenrechtlichen Verpflichtung zur Kindererziehung nachzukommen.

Gleichwohl ist nicht ausgeschlossen, dass staatliche und kirchenrechtliche Vorgaben über das elterliche Erziehungsrecht zukünftig auseinandertreten, sofern sich die in jüngerer Zeit abzeichnende Tendenz des staatlichen Rechts fortsetzen und verstärken sollte, das Kindeswohl nicht mehr vorrangig der Familie, sondern zunehmend auch dem Staat zu überantworten: In diesem Falle geriete das Kindeswohl, entgegen dem abwehrrechtlichen Gehalt des Art. 6 Abs. 1 GG, zum Eingriffstitel in die Familie und gegen die Eltern. Anhaltspunkte für eine solche Entwicklung finden sich in der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur,²⁵⁰ aber auch in verfassungspolitischen Vorhaben und in der einfachen Gesetzgebung.²⁵¹ Einer solchen Entwicklung stünde nach kanonischem Verständnis c. 1136 CIC entgegen, aus dem ein Vorrang des Elternrechts bei der Kindererziehung abgeleitet wird.²⁵² Würde dieser Vorrang durch das staatliche Recht grundsätzlich in Frage gestellt, dürfte hierin ein nicht unerhebliches Konfliktpotenzial zwischen staatlichem und kirchlichem Recht liegen.

Ist das Auseinandertreten des staatlichen und des kirchlichen Rechts hinsichtlich des Vorrangs des Elternrechts weithin eine Frage zukünftiger Rechtsentwicklung, so gilt anderes hinsichtlich der zeitlichen Grenzen des Rechts zur religiösen Kindererziehung: Hier divergieren beide Rechtsordnungen bereits heute. Denn nach dem geltenden staatlichen Recht nimmt das Elternrecht nicht nur mit fortschreitender Reife und zunehmender Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes ab, um sodann mit dessen Volljährigkeit sein prinzipielles Ende zu finden.²⁵³ Vielmehr sieht die staatliche Rechtsordnung gerade im Hinblick auf die erzieherischen Entscheidungen in religiösen

²⁵⁰ Vgl. dazu das Exempel der verfassungsrechtlichen Herleitung eines subjektiven, notfalls mit staatlichem Zwang durchzusetzenden Rechts des Kindes gegen seine Eltern auf Erziehung BVerfGE 121, 69 (93 f. und 98 ff.); kritisch hierzu *Matthias Jestaedt*, Elternpflicht als Kindesrecht?, in: Das Jugendamt (JAm)/Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ), Sonderheft 2010, S. 32 (34 f.).

²⁵¹ Dazu m. w. N. *Christian Seiler*, Ehe und Familie – noch besonders geschützt?, in: *Zur Disposition gestellt?*, hg. von Arnd Uhle, 2014, S. 37 (47 ff.).

²⁵² Für einen nach c. 1136 CIC allenfalls subsidiären Charakter jedweder Mitwirkung Dritter – und damit auch des Staates – *Aymans / Mörsdorf*, Kanonisches Recht (o. Fn. 75), S. 514; für einen Vorrang des Elternrechts auch *Zapp*, Eherecht (o. Fn. 75), S. 211.

²⁵³ Dazu m. N. aus der Judikatur *Uhle*, in: *Epping / Hillgruber* (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 51.

Belangen eine nach dem Alter des Kindes gestufte Rücknahme bzw. Begrenzung des Elternrechts vor. In deren Konsequenz steht einem Kind nach Vollendung seines vierzehnten Lebensjahres die Entscheidung darüber zu, „zu welchem religiösen Bekenntnis es sich halten will“.²⁵⁴ Eine solche Beschränkung der Dauer des elterlichen Erziehungsrechts enthält namentlich das kanonische Recht nicht. Gleichwohl folgt aus dieser Divergenz keine Kollision staatlicher und kirchenrechtlicher Bestimmungen. Denn das staatliche Recht hindert die Eltern nicht daran, ihren erzieherischen Einfluss auch nach dem vierzehnten Lebensjahr des Kindes so auszuüben, dass sie ihren kirchenrechtlichen Verpflichtungen entsprechen; es bestimmt lediglich, dass diese Einflussnahme im staatlichen Rechtskreis keine Verbindlichkeit beanspruchen kann.

70 Anders kann sich die Lage für einen Ehegatten freilich darstellen, wenn eine elterliche Einigung über die religiöse Erziehung eines Kindes nicht oder nicht mehr besteht. Denn für diesen Fall sieht das staatliche Recht auch bei Fortbestand der Ehe die Vermittlung, unter Umständen die Entscheidung des Familiengerichts vor.²⁵⁵ Auf diese Weise kann einer der Ehepartner ggf. in weitem Umfang von der religiösen Kindererziehung ausgeschlossen werden und damit auch die Möglichkeit verlieren, uneingeschränkt einer diesbezüglichen kirchenrechtlichen Pflicht zu entsprechen. Gleiches droht, soweit die Entscheidung über Einzelfragen der religiösen Kindererziehung auf Antrag durch das Familiengericht auf einen Elternteil²⁵⁶ oder im Falle eines nicht nur vorübergehenden Getrenntlebens der Eltern die elterliche Sorge auf einen Elternteil allein übertragen wird.²⁵⁷ Der hierdurch bewirkte Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht ist zweifelsohne erheblich. Gleichwohl ist er unvermeidlich, um im Falle

²⁵⁴ § 5 RKEG.

²⁵⁵ § 2 RKEG.

²⁵⁶ Eine solche Übertragung ermöglicht § 1628 BGB, da es sich auch bei Einzelfragen der religiösen Kindererziehung um eine Angelegenheit handelt, die im Sinne dieser Vorschrift von erheblicher Bedeutung für das Kind ist. Dazu BGH, in: NJW 2005, S. 2080 (2081); vgl. auch AG Monschau, in: FamRZ 2012, S. 1883; bestätigt durch OLG Köln, Kirche 61 (2013), S. 304; dazu *Michael Cirullies*, Kindeswohlgefährdung durch Nichtteilnahme des Kindes an Religionsunterricht und Schulgottesdienst, in: FamFR 2012, S. 405.

²⁵⁷ § 1671 BGB. Zu der hiernach ggf. zu übertragenden elterlichen Sorge gehört auch die religiöse Erziehung, *Barbara Veit*, in: BeckOK BGB (o. Fn. 232), § 1631, Rn. 4. – Der Judikatur zufolge wird es i. d. R. dem Kindeswohl entsprechen, demjenigen Elternteil die religiöse Erziehung zu übertragen, bei dem das Kind überwiegend lebt, vgl. AG Osnabrück, Kirche 45, 347.

einer anderweitig nicht auflösbaren Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern eine verbindliche Entscheidung herbeizuführen.

4. Auflösung der Ehe

Ein uneinheitliches Bild des Verhältnisses von staatlichem und kirchlichem Eherecht zeigt sich hinsichtlich der Auflösung einer Ehe. Gewisse Parallelen bestehen bei der Aufhebung bzw. Nichtigserklärung solcher Ehen, denen von Anfang an rechtliche Hinderungsgründe entgegenstehen. Dem stehen zum Teil erhebliche Divergenzen bei der Scheidung einer gültig geschlossenen Ehe gegenüber. Hier zeigen sich auch Unterschiede zwischen kanonischem, evangelischem und orthodoxem Eherecht.

71

a) Aufhebung und Nichtigserklärung

Die Aufhebung bzw. Nichtigserklärung einer Ehe aufgrund von Mängeln, die bei der Eheschließung vorhanden sind, kennt sowohl das staatliche als auch das kirchliche, namentlich das kanonische Eherecht.²⁵⁸ Die zu ihr berechtigenden Gründe weisen in beiden Rechtsordnungen bestimmte Parallelen auf. So kann nach staatlichem Recht eine Ehe etwa aufgehoben werden, wenn sie von einem Eheunmündigen oder von einem Geschäftsunfähigen geschlossen oder entgegen der Eheverbote der Doppelehe und der Verwandtschaft eingegangen wird. Gleiches gilt, wenn die Eheschließungserklärungen nicht persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit oder aber nur bedingt abgegeben worden sind.²⁵⁹ Auch dem kanonischen Recht gelten fehlende Ehemündigkeit oder -fähigkeit, der Verstoß

72

²⁵⁸ Vgl. hierzu einerseits §§ 1313 ff. BGB zu möglichen kirchenrechtlichen Mängeln vgl. andererseits cc. 1073 ff., 1083 ff. 1095 ff., 1108 ff. CIC. Zum kirchengerichtlichen Verfahren cc. 1671 ff. CIC (Nachweise oben in Fn. 142 sowie nachfolgend in Fn. 260).

²⁵⁹ Zur aufhebbarer Ehe, die zwar an einem schweren Mangel leidet, aber zunächst zustande kommt, *Uhle*, Eheschließung und Ehescheidung (o. Fn. 2), S. 1417 ff.; *Schwab*, Familienrecht (o. Fn. 1), Rn. 100 ff.; *Schlüter*, Familienrecht (o. Fn. 173), Rn. 28 ff.; *Gernhuber / Coester-Waltjen*, Familienrecht (o. Fn. 173), § 14. Von ihr zu unterscheiden ist die sog. Nichtehe, bei der die Eheschließung als solche misslingt (siehe hierzu auch unten Fn. 266). Dazu *dies.*, a. a. O., § 13; *Schlüter*, Familienrecht (o. Fn. 173), Rn. 23 f.; *Karlheinz Muscheler*, Familienrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 232.

gegen trennende Ehehindernisse, zu denen hier freilich auch ein bereits bestehendes Eheband ebenso zählt wie bestimmte verwandtschaftliche Beziehungen, sowie die Missachtung der kanonischen Eheschließungsform als durchgreifende Ehemängel, die eine – im kirchengerichtlichen Verfahren erfolgende²⁶⁰ – Nichtigserklärung rechtfertigen.²⁶¹

- 73** Gleichwohl bestehen zwischen der staatlichen Aufhebung und der kirchenrechtlichen Nichtigserklärung einer Ehe Unterschiede von nicht unerheblichem Gewicht. Das gilt zunächst insofern, als nach kirchlichem Recht Mängel im Eheschließungswillen in weitaus größerem Umfang als im staatlichen Recht in Betracht zu ziehen sind. Das liegt maßgeblich daran, dass dem staatlichen Eherecht die formale Übereinstimmung des gegenseitigen Eheschließungswillens zur Annahme eines wirksamen Ehekonsenses ausreicht, während das kanonische Recht weitaus stärker die subjektive Dimension dieses Konsenses berücksichtigt und einen qualifizierten, wesentliche Ehe Merkmale einbeziehenden Eheschließungswillen der Ehepartner verlangt.²⁶² So ist etwa eine Ehe nach kanonischem Recht ungültig, wenn sie aufgrund von innerem Zwang geschlossen wird²⁶³ oder wenn ein geheimer Vorbehalt ein Wesenselement oder eine Wesenseigenschaft der Ehe auszuschließen sucht, beispielsweise die eheliche Treue oder Nachkommenschaft.²⁶⁴

²⁶⁰ Siehe hierzu cc. 1671 ff. CIC. Siehe ferner die Instruktion „Dignitas connubii“ des Päpstlichen Rates für die Gesetzestexte vom 25.1.2005 (o. Fn. 142); siehe ebenso dazu das Motu proprio „*Mitis Iudex Dominus Iesus*“ von Papst *Franziskus* (o. Fn. 142). Hierzu *Schöch*, Synopse (o. Fn. 142), S. 325; *Lüdicke*, Reform (o. Fn. 142), S. 141; *Assenmacher*, Schnellere sowie leichter zugängliche Prozesse (o. Fn. 142), S. 7; *Rambacher*, Kirchliche Ehejudikatur (o. Fn. 142), S. 585. Umfassend *Müller*, Das kirchliche Ehenichtigkeitsverfahren (o. Fn. 142), S. 8 ff. und passim.

²⁶¹ Näher dazu *Stefan Rambacher*, Nichtigserklärung, Auflösung und Trennung der Ehe (§ 91), in: HKKR³, S. 1382 (1392 ff.); *Hans Heimerl / Helmut Pree*, Kirchenrecht, 1983, S. 198 ff., 216 ff., 234; *Althaus / Prader / Reinhardt*, Eherecht (o. Fn. 75), S. 95 ff., 101 ff., 116 ff., 134 ff.; *Aymans / Mörsdorf*, Kanonisches Recht (o. Fn. 75), S. 423 ff., 466 ff., 483 ff., 525 ff.; *Klaus Lüdicke*, Die Nichtigserklärung der Ehe, 2. Aufl. 2014, S. 37 ff., 43 ff.

²⁶² In der Voraufgabe dieses Handbuchs so auch *Pirson* (o. Fn. 7), S. 817. Siehe zu den Anforderungen an eine Eheschließung nach kanonischem Recht auch vorstehend Rn. 61 m. w. N.

²⁶³ C. 1103 (1. Var.) CIC; dazu *Lüdicke*, in: Münsterischer Kommentar (o. Fn. 194), c. 1103, Rn. 3. – Demgegenüber ermöglicht § 1314 Abs. 2 Nr. 4 BGB eine Eheauflösung nur bei einer Eheschließung aufgrund rechtswidriger Drohung.

²⁶⁴ Vgl. c. 1101 § 2 CIC.

Ein weiterer, wesentlicher Unterschied zwischen der Aufhebung einer Ehe nach staatlichem und ihrer Nichtigkeitserklärung nach kirchlichem Recht besteht darin, dass im Falle der Aufhebung das eheliche Rechtsverhältnis *ex nunc*, also ohne Rückwirkung, erlischt.²⁶⁵ Das Institut der Ehenichtigkeit, also eine durch gerichtliche Entscheidung rückwirkend vernichtbare Ehe, kennt das staatliche Recht der Gegenwart, anders als früher, nicht mehr.²⁶⁶ Die Nichtigkeitserklärung einer Ehe nach kanonischem Recht beseitigt demgegenüber das Eheband *ex tunc*, also gerade mit Rückwirkung.²⁶⁷ Wo sie vorgenommen wird, ist kirchengerichtlich festgestellt, dass eine gültige Ehe im Sinne des Kirchenrechts zu keinem Zeitpunkt bestanden hat.

74

Schließlich divergiert auch die praktische Relevanz der Aufhebung bzw. Nichtigkeitserklärung einer Ehe. Während die Bedeutung der staatli-

75

²⁶⁵ Näher zu den Wirkungen der Aufhebung *Dethloff*, Familienrecht (o. Fn. 173), § 3, Rn. 55 f.; *Schwab*, Familienrecht (o. Fn. 1), Rn. 103; *Muscheler*, Familienrecht (o. Fn. 259), Rn. 276 ff.

²⁶⁶ Vgl. *Schwab*, Familienrecht (o. Fn. 1), Rn. 63 a.E. – Wohl kennt das staatliche Eherecht die sog. Nichtehe (zu ihr mit weiteren Nachweisen o. Fn. 259 a.E.), die in jüngerer Zeit vermehrte gesetzgeberische Aufmerksamkeit gefunden hat. Bei ihr kommt von vornherein keine Ehe zustande, weil der bei der Eheschließung unterlaufende Rechtsverstoß hier von solchem Gewicht ist, dass die Eheschließung als solche misslingt und keinerlei Ehwirkungen eintreten. Das ist etwa der Fall, wenn die Eheschließung nicht gemäß § 1310 Abs. 1 S. 1 BGB vor einem Standesbeamten erfolgt oder wenn die beiden potentiellen Ehegatten keine sich entsprechenden Ehwillenserklärungen abgeben. Gem. § 1303 S. 2 BGB, dessen geltende Fassung auf dem Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17.7.2017 (BGBl. I S. 2429) beruht, liegt eine Nichtehe zudem dann vor, wenn einer der Eheschließenden noch nicht das 16. Lebensjahr vollendet hat (aus dem Schrifttum hierzu *Bongartz*, Ehen unter Beteiligung Minderjähriger (o. Fn. 202), S. 541 ff.; *Rauscher*, Auswirkungen des Kinderehebekämpfungsgesetzes (o. Fn. 202), S. 236; *Schwab*, Familienrecht (o. Fn. 1), Rn. 62 und 77 ff., v.a. Rn. 79). Ist zweifelhaft, ob eine Ehe wirksam geschlossen worden ist oder ein Fall der Nichtehe vorliegt, kann vor dem Familiengericht gem. § 121 Nr. 3 FamFG ein Verfahren auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe betrieben werden. – Zusammenfassend zu den Konsequenzen einer fehlerhaften Eheschließung – sowohl zur Aufhebbarkeit einer Ehe als auch zur sog. Nichtehe – *Uhle*, Eheschließung und Ehescheidung (o. Fn. 2), S. 1417 ff.

²⁶⁷ Zur Feststellung der Nichtigkeit einer Ehe durch Urteil vgl. c. 1679 CIC; gem. c. 1682 § 1 CIC können die Parteien, deren Ehe für ungültig erklärt worden ist, nach der Vorstreckbarkeit des die Nichtigkeit feststellenden Urteils in aller Regel eine neue Ehe schließen. Wie generell, wenn der CIC von Nichtigkeit spricht, bedeuten diese Regelungen, dass die betreffende Ehe von Anfang an unwirksam ist; vgl. dazu *Aymans/Mörsdorf*, Kanonisches Recht (o. Fn. 75), Bd. I, 1991, S. 344. *Althaus/Prader/Reinhardt*, Eherecht (o. Fn. 75), S. 35; *Lüdicke*, Nichtigkeitserklärung (o. Fn. 261), S. 4; *Rambacher*, Nichtigkeitserklärung (o. Fn. 261), S. 1392 f.

chen Aufhebung einer Ehe in der ehegerichtlichen Praxis vergleichsweise gering ist,²⁶⁸ gilt für die Nichtigkeitserklärung nach kanonischem Recht das Gegenteil: Sie steht in der Praxis im Vordergrund der Tätigkeit der kirchlichen Gerichte.²⁶⁹ Das hängt nicht allein mit dem Umstand zusammen, dass das kanonische anders als das staatliche Recht nicht die Möglichkeit einer Scheidung kennt. Vielmehr kommt der Nichtigkeitserklärung einer Ehe auch wegen des sehr viel weiteren Kreises relevanter Mängel im Eheschließungswillen in der kirchengerichtlichen Praxis eine deutlich höhere Bedeutung zu als der Eheaufhebung im staatlichen Recht.

b) Scheidung

76 Während Gegenstand der Nichtigkeitsfeststellung eine aus kirchenrechtlicher Sicht von vornherein ungültige Ehe ist, betrifft eine Scheidung per definitionem eine Ehe, an deren gültigem Zustandekommen keine Zweifel bestehen. Das staatliche Recht ermöglicht sie.²⁷⁰ Zwar geht es wie das kirchliche Eherecht von dem Grundsatz aus, dass die Ehe auf Lebenszeit geschlossen wird,²⁷¹ doch verzichtet es auf dessen strikte, d.h. ausnahmslose Verwirklichung. Daher eröffnen die Bestimmungen des einfachen Rechts für den Fall des Scheiterns einer Ehe ausnahmsweise die Möglichkeit einer Auflösung. Art. 6 Abs. 1 GG steht einer solchen Auflösbarkeit nicht entgegen, sofern deren Regelung im einfachen Recht die institutionelle Garantie der Ehe und die diesbezügliche grundgesetzliche Wertentscheidung wahrt.²⁷² In der Konsequenz bilden heute die Regelungen

²⁶⁸ In Deutschland standen 2016 162.397 Ehescheidungen 118 Eheaufhebungen gegenüber; vgl. *Statistisches Bundesamt* (Hg.), *Statistisches Jahrbuch*, 2018, S. 62.

²⁶⁹ In Deutschland etwa kam es 2015 bei rund 23,960 Mio. Katholiken in 582 Fällen zur Aufnahme eines ordentlichen Eheverfahrens und in 185 Fällen zur Aufnahme des Dokumentenverfahrens, *Annuario Statisticum Ecclesiae* 2015, 2017 Nr. 1, 51, 52 (S. 40, 428, 438).

²⁷⁰ §§ 1564 ff. BGB.

²⁷¹ So ausdrücklich § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB. Auch im verfassungsrechtlichen Begriff der Ehe ist deren Anlage auf Dauer enthalten, dazu BVerfGE 115, 1 (19); Uhle, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 8. Monographisch dazu zuletzt *Christopher Marx*, *Die Ehe auf Lebenszeit. Ein unverbindlicher Programmsatz?*, 2015, S. 20 ff., 176 ff., 283 ff., 289 ff. und passim.

²⁷² BVerfGE 53, 224 (245 ff.); vgl. auch BVerfGE 62, 323 (329 f.); Betonung des Ausnahmecharakters einer Scheidung bei *Peter J. Tettinger*, *Schutz* (o. Fn. 150), S. 139. Wie hier auch *von Coelln*, in: Sachs (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 5; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 137), Art. 6, Rn. 62 ff.

über Voraussetzungen, Verfahren und Folgen einer Scheidung einen wesentlichen Teil des staatlichen Eherechts.²⁷³

Die christlichen Kirchen sehen sich demgegenüber mit dem biblischen Scheidungsverbot konfrontiert.²⁷⁴ Allerdings ziehen sie in ihren eherechtlichen Bestimmungen hieraus unterschiedlich akzentuierte Schlussfolgerungen. So ist das kanonische Recht dezidiert auf die Unauflöslichkeit einer wirksam zustande gekommenen Ehe festgelegt, die es zu den Wesenseigenschaften der Ehe zählt; ausdrücklich ordnet es an, dass eine gültige und vollzogene Ehe zwischen Getauften „durch keine menschliche Gewalt und aus keinem Grunde, außer durch den Tod, aufgelöst werden [kann]“.²⁷⁵ Anders verfährt das Ehe-

77

²⁷³ Überblick über die eine Scheidung regelnden Bestimmungen des staatlichen Rechts bei Uhle, Eheschließung und Ehescheidung (o. Fn. 2), S. 1420 ff., v. a. 1422 ff.

²⁷⁴ Vgl. Mk 10, 2–12; Lk 16, 18; Mt 5, 27–32; 19, 3–12; 1 Kor 7, 10–16; Röm 7, 2 f.

²⁷⁵ Siehe hierzu c. 1141 CIC; vgl. auch cc. 1056 und 1134 CIC. Vgl. auch den Katechismus der Katholischen Kirche, 1993, Nr. 1649 f. Stellvertretend dazu Müller / Ohly, Katholisches Kirchenrecht (o. Fn. 75), S. 189 f. – Die Bischofssynoden von 2014 und 2015 haben an dieser kirchlichen Lehre von der Unauflöslichkeit der Ehe nichts geändert. Kontrovers diskutiert worden ist in ihrem Kontext ausschließlich die Zulassung wiederverheirateter Geschiedener zur Kommunion. Siehe hierzu einerseits Walter Kardinal Kasper, Das Evangelium von der Familie, 2014, S. 54 ff.; andererseits Juan José Pérez-Soba / Stephan Kampowski, Das wahre Evangelium der Familie, 2014; Robert Dodaro (Hg.), „In der Wahrheit Christi bleiben“: Ehe und Kommunion in der katholischen Kirche, 2014. Dazu auch Markus Graulich / Martin Seidnader (Hg.), Zwischen Jesu Wort und Norm. Kirchliches Handeln angesichts von Scheidung und Wiederverheiratung, 2014; Andreas Wollbold, Pastoral mit wiederverheirateten Geschiedenen – gordischer Knoten oder ungeahnte Möglichkeiten?, 2015. Dokumentation der kirchlichen Lehre bei Rudolf Voderholzer (Hg.), Zur Seelsorge wiederverheirateter Geschiedener. Dokumente, Kommentare und Studien der Glaubenskongregation, 2. Aufl. 2014. Zur Situation wiederverheirateter Geschiedener auch das Nachsynodale Apostolische Schreiben „Amoris laetitia“ von Papst Franziskus vom 19.3.2016 (o. Fn. 151), Nr. 291 ff. Das Schreiben stellt zunächst klar, dass die christliche Ehe „voll verwirklicht [wird nur] in der Vereinigung zwischen einem Mann und einer Frau, die sich in ausschließlicher Liebe und freier Treue einander schenken, einander gehören bis zum Tod, sich öffnen für die Weitergabe des Lebens und geheiligt sind durch das Sakrament“ (Rn. 292). Hierbei stellt es fest, dass zwar andere Formen der Vereinigung diesem Ideal von Grund auf widersprechen, manche es indes „zumindest teilweise und analog“ verwirklichen können (Rn. 292). Angesichts der vielfältigen Unterschiede der hierbei anzutreffenden konkreten Lebenssituationen stellt es klar, „dass man von der Synode oder von diesem Schreiben keine neue, auf alle Fälle anzuwendende generelle gesetzliche Regelung kanonischer Art erwarten [dürfe]“. Eine pastorale Lösung für wiederverheiratete Geschiedene könne vielmehr nur im Blick auf den jeweiligen Einzelfall erfolgen, wobei

recht der orthodoxen Kirchen. Auch dieses basiert zwar auf dem Grundsatz einer lebenslangen Verbindung von Mann und Frau, doch wird nach dem Konzept der sog. Oikonomia bei Vorliegen objektiver Gründe die Möglichkeit einer Scheidung zugestanden;²⁷⁶ im Falle einer nachfolgenden Wiederverheiratung überwiegt bei deren Feier

die hierbei vorzunehmende Unterscheidung anerkennen müsse, „dass die Konsequenzen oder Wirkungen einer Norm nicht notwendig immer dieselben sein [müssten]“ (Rn. 300), auch „nicht auf dem Gebiet der Sakramentenordnung“ (Rn. 300, Fn. 336). Zur Interpretation der päpstlichen Ausführungen aus dem kaum überschaubaren Schrifttum *Gerhard Ludwig Kardinal Müller*, Barrieren abbauen (Interview), in: Herder Korrespondenz 70 (6/2016), S. 17; *ders.*, Was dürfen wir von der Familie erwarten? Eine Kultur der Hoffnung für die Familie ausgehend vom Nachsynodalen Apostolischen Schreiben *Amoris Laetitia*, in: Die Tagespost Nr. 54 v. 7.5.2016, S. 6; *Walter Kardinal Kasper*, „Amoris laetitia“. Bruch oder Aufbruch? Eine Nachlese, in: StdZ 234 (2016), S. 723; *Andreas Wollbold*, Ermutigung zur Seelsorge. „Amoris Laetitia“ bringt keine Änderung des Lehrgebäudes, in: Herder Korrespondenz 70 (2016), S. 13; *Rainer Bucher*, Mehr als Stellschrauben. „Amoris Laetitia“ ist Ausdruck eines pastoralen Lehramts, ebd., S. 15; *Reinhard Kardinal Marx*, *Amoris laetitia* als Herausforderung für die Kirche. Vortrag beim Internationalen Symposium „A point of No Return? Amoris laetitia on Discernment and Conscience for Divorced and Remarried Couples“, hg. vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, 2018 (Reihe „Der Vorsitzende der Deutschen Bischofskonferenz, Nr. 30). Siehe dazu auch *Josef Seifert*, Die Freude der Liebe: Freuden, Betrübnisse und Hoffnungen, in: AEMAET Bd. 5 (2016), S. 2; *Robert Spaemann*, Das Chaos zum Prinzip erhoben (Interview), in: Die Tagespost Nr. 51 v. 30.4.2016, S. 6. Siehe ferner die mit Schreiben („Klarheit suchen: eine Bitte, die Knoten in ‚Amoris Laetitia‘ zu lösen“) vom 19. September 2016 geäußerten fünf Dubia der Kardinäle *Walter Brandmüller*, *Raymond Leo Burke*, *Carlo Caffarra* und *Joachim Meisner* abgedruckt in: Die Tagespost Nr. 137 v. 17.11.2016, S. 5. Zusammenfassende Analyse bei *Christoph Ohly*, Ehe – Sakrament – Glaube. Eine postsynodale Bestandsaufnahme, in: DPM 23 (2016), S. 179. Pastorale Sicht auf Ehe und Familie bei *Aymans*, 11 Kardinäle zu Ehe und Familie (o. Fn. 222); *Mückl*, Ehe und Familie (o. Fn. 222).

²⁷⁶ *Larentzakis*, Ehe (o. Fn. 73), S. 259: Ehescheidung als „allerletzte, jedoch kirchlich-pastoral-legitime Notlösung“; *Prader*, Ererecht der orthodoxen Kirchen (o. Fn. 73), S. 17 ff.; *Potz/Synek*, Kirchenrecht (o. Fn. 73), S. 490 ff. Indessen können allenfalls bis zu drei Ehen geschlossen werden, dazu *Larentzakis*, Ehe (o. Fn. 73); vgl. auch *Potz/Synek*, Kirchenrecht (o. Fn. 73), S. 487 ff. Zu alledem näher *Anapliotis*, Grundzüge (o. Fn. 73), S. 226 ff.; *ders.*, Ehescheidung und Oikonomia im kanonischen Recht der Orthodoxen Kirche, in: Zwischen Jesu Wort und Norm, hg. von Markus Graulich/Martin Seidnader, 2014, S. 127 (129 ff.). Näher zum historischen und theologischen Hintergrund sowie zu kirchenspezifischen Unterschieden in der Praxis der Oikonomia *Cyрил Vasil*, Trennung, Scheidung, Auflösung des Ehebandes und Wiederheirat, in: Dodaro (Hg.), Wahrheit (o. Fn. 272), S. 77.

der Bußcharakter.²⁷⁷ Wiederum anders ausgestaltet ist das Eheverständnis der evangelischen Kirchen. Diese deuten zwar die Ehe ebenfalls als ein prinzipiell auf Lebenszeit angelegtes Rechtsverhältnis. Gleichwohl beziehen sie die Möglichkeit eines ehelichen Scheiterns dadurch ein, dass sich ihr Kirchenrecht einer erneuten kirchlichen Trauung auch Geschiedener nicht verschließt.²⁷⁸

Vor diesem Hintergrund sind im Vergleich von staatlichem Ehescheidungs- und kirchlichem Eherecht die zwischen staatlichem und kanonischem Recht bestehenden Diskrepanzen am gravierendsten. Mit besonderer Deutlichkeit sind sie, bedingt durch die Entwicklungen im staatlichen Scheidungsrecht, in den letzten Jahrzehnten hervorgetreten. Das gilt vor allem für die Voraussetzungen einer Scheidung. So nimmt zwar das staatliche Recht im Hinblick auf die Scheidungsvoraussetzungen nach wie vor die verfassungsrechtliche Vorgabe auf, dass eine Ehe weder durch schlichtes Einvernehmen der bisherigen Ehegatten noch durch einseitige Kündigung eines Ehegatten ohne staatliche Mitwirkung beendet werden kann, weil eine Ehe auf Antrag eines oder beider Ehegatten „nur durch richterliche Entscheidung“ geschieden werden kann.²⁷⁹ Gleichwohl ist die Ehescheidung im staatlichen Recht namentlich durch das zum 1.1.1977 in Kraft getretene „Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts“²⁸⁰ im Interesse der Rechtssicherheit und des Verzichts auf eine gerichtliche Ausforschung der ehelichen Privat- und Intimsphäre so umgestaltet worden, dass für sie im Rahmen des seither geltenden Zerrüttungsprinzips heute nur noch formelle Hürden bestehen.²⁸¹ In der Konsequenz treten im staatlichen Scheidungsrecht zunehmend Züge einer Konventionalscheidung zutage, die dem katholischen Kir-

78

²⁷⁷ Zudem kann in Abhängigkeit von den Gründen für das Scheitern der ersten Ehe vor einer nachfolgenden Heirat eine Bußzeit auferlegt werden. Dazu *Larentzakis*, Ehe (o. Fn. 73), S. 260.

²⁷⁸ B 2 Nr. 5 LKL VELKD (o. Fn. 80); dazu *de Wall/Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 80), § 33, Rn. 13; *Dietrich Pirson*, Ehescheidung, III. Kirchengeschichtlich 4. Protestantismus, in: RGG⁴, Bd. II, 1999, Sp. 1996 f. Nach *Honecker*, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 52), S. 130, wäre eine prinzipielle Versagung der Trauung Geschiedener nach evangelischem Verständnis „unstatthaft und [...] diskriminierend.“

²⁷⁹ Vgl. dazu § 1564 S. 1 BGB.

²⁸⁰ Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG) vom 14. 6. 1976, BGBl. I S. 1421.

²⁸¹ Zu den gesetzgeberischen Motiven für den Übergang vom Schuld- zum Zerrüttungsprinzip *Uhle*, Eheschließung und Ehescheidung (o. Fn. 2), S. 1422 f. – Zur Vereinbarkeit des Zerrüttungsprinzips mit Art. 6 Abs. 1 GG BVerfGE 53, 224 (Ls. 1 und 245 ff.).

chenrecht mit seinem sakramentalen Verständnis von der Unauflöslichkeit der Ehe entgegenstehen. So ist für eine Scheidung allein das Scheitern der Ehe entscheidend, das dann vorliegt, „wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen“.²⁸² Gesetzlich unwiderleglich vermutet wird ein solches Scheitern zum einen, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder der Antragsgegner der Scheidung zustimmt, zum anderen dann, wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt leben.²⁸³ Das gilt auch bei einem einseitigen Scheidungsbegehren.²⁸⁴ Ein katholischer Ehepartner, der die kirchliche Lehre von der Sakramentalität und Unauflöslichkeit der Ehe bejaht und eine Scheidung ablehnt, kann diese daher nicht verhindern.²⁸⁵ Verstärkt werden die Diskrepanzen zwischen staatlichem und kanonischem Recht schließlich durch Änderungen im staatlichen Unterhaltsrecht, die die nacheheliche Solidarität zunehmend schwächen, die Ehegatten zunehmend als Individuen, weniger als Gemeinschaft behandeln und insofern das Eheverständnis mittel- und langfristig verändern.²⁸⁶

²⁸² § 1565 Abs. 1 S. 2 BGB.

²⁸³ § 1566 BGB. Dazu *Marx*, Ehe auf Lebenszeit (o. Fn. 271), S. 183 ff.; *Gernhuber / Coester-Waltjen*, Familienrecht (o. Fn. 173), § 27, Rn. 29 ff.; *Muscheler*, Familienrecht (o. Fn. 259), Rn. 403 ff.; *Schlüter*, Familienrecht (o. Fn. 173), Rn. 178 ff.; Überblick über die eine Scheidung regelnden Bestimmungen des staatlichen Rechts bei *Uhle*, Eheschließung und Ehescheidung (o. Fn. 2), S. 1426 f.

²⁸⁴ Vgl. hierzu auch BGH, in: FamRZ 1979, S. 285 (287); in: FamRZ 1979, S. 1003 (1003); ebenso *Muscheler*, Familienrecht (o. Fn. 259), Rn. 405; *Klaus-Peter Blank*, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, 15. Aufl. 2017, § 1566, Rn. 4.

²⁸⁵ Die Härteklausele des § 1568 BGB, der in der Praxis ohnehin kaum Bedeutung zukommt, steht dem nicht entgegen, weil sie von der Rechtsprechung im Regelfall nicht zur Anwendung gebracht wird, wenn einer der Ehegatten die Scheidung aus religiösen Gründen ablehnt; vgl. dazu OLG Stuttgart, in: FamRZ 1991, S. 334; hierzu die Anmerkungen von *Friedrich Wilhelm Bosch*, in: FamRZ 1991, S. 334 und S. 951; ebenso AG Schorndorf, in: FamRZ 1992, S. 568 (568 f.). Ausnahmefall: OLG Stuttgart, in: NJW-RR 2002, S. 1443 (1444).

²⁸⁶ Vgl. das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007, BGBl. I S. 3189. Dazu *Werner Gutdeutsch*, Nachrangiger Unterhalt des früheren Ehegatten nach neuem Recht, in: FamRZ 2008, S. 661; *Winfried Born*, Das neue Unterhaltsrecht, in: NJW 2008, S. 1 (2); monographisch *Marx*, Ehe auf Lebenszeit (o. Fn. 271), S. 225 ff. Zu der Gesamtentwicklung und ihren Auswirkungen auf das Verhältnis von kanonischem und staatlichem Ehe-recht *Uhle*, Schwindende Gemeinsamkeiten (o. Fn. 154), S. 1242 f. Siehe zu diesem Fragenkreis auch unten Rn. 86.

Auch wenn das staatliche und das kanonische Recht vor diesem Hintergrund hinsichtlich der Möglichkeit einer Ehescheidung fundamental divergieren, lässt sich die Wucht dieser Divergenz in mehrfacher Hinsicht durch eine differenzierende, den Konflikt auf theoretischer Ebene entflechtende Betrachtung mildern. Maßgeblich hierfür ist zunächst, dass das staatliche Recht Katholiken, die sich dem kirchlichen Recht verpflichtet wissen, nicht daran hindert, ihre Ehe als personale, unauflösbare Lebensgemeinschaft zu verstehen und diese entsprechend auszugestalten. Zudem ist Ausfluss der trennungsbasierten Parallelgeltung von staatlichem und kirchlichem Eherecht, dass beide Rechtsordnungen ihren Geltungsanspruch auch im Hinblick auf die Scheidung einer gültig geschlossenen Ehe nur für den jeweils von ihnen erfassten Bereich erheben. In der Folge resultiert hieraus, dass eine Ehescheidung nach staatlichem Recht lediglich Auswirkungen auf den bürgerlich-rechtlichen Bereich entfaltet, aber einem kirchlichen Festhalten an der Lehre von der Sakramentalität und Unauflöslichkeit der Ehe nicht entgegensteht. Insbesondere bleibt es dem katholischen Kirchenrecht unbenommen, eine nach staatlichem Recht aufgelöste Ehe kirchenrechtlich als fortbestehend anzusehen. Damit spiegelt sich hier wider, was sich seit der Aufhebung des Verbots der kirchlichen Voraustrauung bereits bei der Eheschließung manifestieren kann: dass ein Auseinanderfallen von Zivilehe und kirchenrechtlich gültiger Ehe möglich ist. Diese Divergenz zwischen staatlichem und kanonischem Eherecht ist, was eine versachlichende Abmilderung ihrer Kollision hinsichtlich der Frage einer möglichen Ehescheidung ebenfalls befördern kann, weniger Ausdruck einer prinzipiellen Konkurrenz oder Rivalität beider Rechtsordnungen als vielmehr Ausfluss ihrer prinzipiellen Perspektiv- und Zweckdivergenz. So ist die Ehe der staatlichen Regelungsmacht vor allem um ihrer sozialpolitischen Funktion willen unterstellt. Im Falle scheiternder und damit aus staatlicher Sicht sozial funktionslos werdender Ehen erklärt eine solche, ausschließlich zweckrationale Sichtweise die Möglichkeit einer Eheauflösung durch Scheidung. Demgegenüber dient das kanonische Recht, auch wenn es soziale Zwecke der Ehe durchaus einberechnet,²⁸⁷ der Erfassung der religiösen, namentlich der sakramentalen Dimension der Ehe.

Trotz des Umstands, dass der Konflikt zwischen staatlichem und kanonischem Eherecht vor diesem Hintergrund einer Entflechtung auf theoretischer Ebene zugänglich ist, bleibt er im praktischen Ver-

²⁸⁷ Vgl. c. 1055 § 1 CIC: Wohl der Ehegatten und Hervorbringung sowie Erziehung von Nachkommenschaft.

hältnis von Staat und Kirche sensibel. Denn auch wenn das staatliche Scheidungsrecht nicht in die religiöse (Rechts-)Sphäre übergreift, sondern deren Eigenständigkeit unangetastet lässt, wirkt es auf das allgemeine Rechtsbewusstsein über die prinzipielle Möglichkeit einer Scheidung und deren Erlaubtsein ein und vermag so das gesellschaftliche Verständnis für die Verbindlichkeit des kirchenrechtlichen Scheidungsverbotes in der Praxis zu relativieren. Insbesondere nimmt eine nach staatlichem Recht vollzogene Ehescheidung dem kirchlichen Eheverhältnis, auch wenn dieses aus der Perspektive des kanonischen Rechts unverändert fortbesteht, den gesellschaftlichen Resonanzboden: Die Desynchronisation von staatlichem und kirchlichem Eheverhältnis macht aus einer ausschließlich kirchenrechtlich fortbestehenden Ehe faktisch ein „Rechtsverhältnis ohne gesellschaftliche Relevanz“.²⁸⁸ Auch das ist Konsequenz der trennungsbasierten Parallelgeltung beider Rechtsordnungen.

5. Stellung der Ehe im Verhältnis zu anderen Formen menschlicher Gemeinschaft

81 Außerhalb der Regelungen, die die Eingehung einer Ehe, die eheliche Lebensgemeinschaft, das elterliche Erziehungsrecht oder die Auflösung einer Ehe betreffen, steht die Frage, welche Stellung der Ehe im staatlichen und im religiösen Recht im Verhältnis zu anderen Formen menschlicher Gemeinschaft beigelegt wird.

82 Zu ihrer Beantwortung enthält das staatliche Recht der Bundesrepublik Deutschland mit Art. 6 Abs. 1 GG, der neben der Familie auch die Ehe unter den „besonderen Schutz der staatlichen Ordnung“ stellt, eine ausdrückliche Regelung. Aus ihr folgt bereits der Formulierung nach die verfassungsrechtliche Vorgabe, der Ehe im Verhältnis zu anderen Formen menschlicher Gemeinschaft eine exklusive Stellung einzuräumen, also zwischen ihr und allen sonstigen Formen von Lebensgemeinschaften einen rechtlichen Abstand einzuhalten (sog. „Abstandsgebot“).²⁸⁹ Trotz des eindeutigen Wortlauts hat sich diese Position bekanntlich im Fall der sog. eingetragenen Lebens-

²⁸⁸ So in der Voraufgabe dieses Handbuchs bereits *Pirson* (o. Fn. 7), S. 815.

²⁸⁹ *Martin Burgi*, Schützt das Grundgesetz die Ehe vor der Konkurrenz anderer Lebensgemeinschaften?, in: *Der Staat* 39 (2000), S. 487 (492); *Rupert Scholz/Arnd Uhle*, „Eingetragene Lebenspartnerschaft“ und Grundgesetz, in: *NJW* 2001, S. 393 (398); *Seiler*, Ehe (o. Fn. 251), S. 43; aus der Kommentarliteratur stellvertretend *von Coelln*, in: *Sachs* (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 50.

partnerschaft gleichgeschlechtlicher Personen in der verfassungsgerichtlichen Judikatur nicht durchgesetzt.²⁹⁰ Vielmehr ist das Bundesverfassungsgericht sogar umgekehrt davon ausgegangen, dass zwischen der Ehe und eingetragenen Lebenspartnerschaften eine Differenzierung unstatthaft sein soll, wenn „die Privilegierung der Ehe mit einer Benachteiligung anderer Lebensformen einher[geht], obgleich diese nach dem geregelten Lebenssachverhalt und den mit der Normierung verfolgten Zielen der Ehe vergleichbar sind“,²⁹¹ dem „besonderen Schutz“ soll hiernach im Ergebnis also gerade seine Besonderheit genommen werden.²⁹² Diese Rechtsprechung ist im Schrifttum zu Recht auf vielfältigen Widerspruch gestoßen.²⁹³ Gleichwohl hat die sie kennzeichnende Nivellierung der Unterschiede von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft ihre Wirkung im politischen Raum nicht verfehlt. Man wird nicht fehlgehen, die bundesverfassungsgerichtliche Judikatur daher als einen Wegbereiter jener rechtspolitischen Entwicklung zu sehen, die der einfachgesetzlichen Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts den Weg bereitet hat.²⁹⁴ In der Folge des betreffenden Gesetzes sind nicht nur die Ehebegriffe des Grundgesetzes und des einfachen Rechts in verfassungswidriger Weise auseinandergetreten.²⁹⁵ Vielmehr bildet das einfache Recht auch das verfassungsrechtliche Abstandsgebot zwischen der Ehe und anderen Formen menschlicher Gemeinschaft nicht mehr ab.

Eine ausdrückliche Bestimmung, die wie Art. 6 Abs. 1 GG die Stellung der Ehe im Verhältnis zu anderen Formen menschlicher Gemeinschaft determinieren würde, indem sie eine explizite Wertent-

83

²⁹⁰ BVerfGE 105, 313 (346 f.) mit abw. Meinung der Richter Papier und Haas (S. 357 und S. 359).

²⁹¹ BVerfGE 124, 199 (Ls. 2 und 226); vgl. auch BVerfGE 126, 400 (414 ff.); 131, 239 (256 f. und 259 ff.); 132, 179 (191 f., Rn. 39); 133, 59 (96, Rn. 98); 133, 377 (410 f., Rn. 83).

²⁹² Zutreffende Charakterisierung der Judikatur bei *Heinig*, Entwicklungen (o. Fn. 178), S. 26.

²⁹³ Kritik bei *Klaus Ferdinand Gärditz*, Verfassungsgebot Gleichstellung?, in: *Zur Disposition gestellt?* (o. Fn. 251), S. 85 (89 ff., v. a. 97); *Seiler*, Ehe (o. Fn. 251), S. 55 ff.; *von Coelln*, in: *Sachs* (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 50; *Uhle*, in: *Epping/Hillgruber* (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 36.3 ff.

²⁹⁴ Siehe hierzu bereits oben Rn. 17 f.

²⁹⁵ Dazu *Schmidt*, „Ehe für alle“ (o. Fn. 153), S. 2228; *Ipsen*, Ehe für alle (o. Fn. 153), S. 1097 ff.; *Haydn-Quindeau*, Die „Ehe für alle“ (o. Fn. 153), S. 205; *von Coelln*, „Ehe für alle“ nur per Verfassungsänderung (o. Fn. 153), S. 1 ff.; *ders.*, in: *Sachs* (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 6; *Uhle*, in: *Epping/Hillgruber* (o. Fn. 68), Art. 6, Rn. 4 ff., v. a. 4.2 ff.; hierzu oben Rn. 17 f. sowie m. w. N. Rn. 45.

scheidung zugunsten der Ehe trifft, enthält das kirchliche Recht nicht. Daher sind aus den kirchenrechtlichen Bestimmungen nur mittelbare Rückschlüsse zu ziehen. So lässt sich etwa für das orthodoxe und das kanonische Recht aus dem Umstand, dass dort ausschließlich die sakramentale Qualität der Ehe, nicht aber sonstiger Lebensformen anerkannt wird, ableiten, dass auch diesen kirchlichen Rechtsordnungen das Bild einer hervorgehobenen Stellung der Ehe zugrunde liegt.²⁹⁶ Dies verdeutlicht zudem auch die Lehre der katholischen Kirche im Übrigen.²⁹⁷ Weniger eindeutig sind in dieser Frage die evangelischen Landeskirchen und ihre Zusammenschlüsse. Die einschlägigen Regelungen der UEK und der VELKD in den Lebensordnungen gehen – allerdings in ihren Orientierungsteilen, denen rechtlicher Regelungscharakter weithin fehlt – mit unterschiedlichen Konnotationen von einem „Leitbild Ehe“ aus,²⁹⁸ sprechen sich zugleich aber gegen eine Abwertung nicht traditioneller Partner-

²⁹⁶ Vgl. cc. 1055, 1134 CIC. Vgl. auch das Apostolische Schreiben „Familiaris Consortio“ von Papst *Johannes Paul II.*, in: AAS 74 (1982), S. 81 (93). – Vgl. zum diesbezüglichen Verständnis des kanonischen Ehrechts *Uhle*, *Schwindende Gemeinsamkeiten* (o. Fn. 154), S. 1244 f.

²⁹⁷ Siehe dazu *Vatikanum II*, *Gaudium et spes* (o. Fn. 127), S. 1067 ff., Art. 47 ff.; weiterhin den Katechismus (o. Fn. 275), Nr. 2357 ff. Vgl. zur Schaffung zivilrechtlicher Institute für gleichgeschlechtliche Partnerschaften die 2003 von der *Kongregation für die Glaubenslehre* vorgelegten „Erwägungen zu den Entwürfen einer rechtlichen Anerkennung der Lebensgemeinschaften zwischen homosexuellen Personen“, in: AAS 96 (2004), S. 41. Siehe dazu auch das Nachsynodale Apostolische Schreiben „*Amoris laetitia*“ von Papst *Franziskus* vom 19. 3. 2016 (o. Fn. 151): „Was die Pläne betrifft, die Verbindungen zwischen homosexuellen Paaren der Ehe gleichzustellen, gibt es ‚keinerlei Fundament dafür, zwischen den homosexuellen Lebensgemeinschaften und dem Plan Gottes über Ehe und Familie Analogien herzustellen, auch nicht in einem weiteren Sinne.““ Es sei, so Papst *Franziskus* weiter, „unannehmbar“, „dass auf die Ortskirchen in dieser Frage Druck ausgeübt wird und dass die internationalen Organisationen Finanzhilfen für arme Länder von einer Einführung der ‚Ehe‘ unter Personen des gleichen Geschlechts in ihrer Gesetzgebung abhängig machen“.

²⁹⁸ Siehe hierzu etwa Art. 60, 61, 63, 64 OKL EKU (o. Fn. 80; vgl. dort ferner auch Rn. 139: „Dank ihrer sozialen Bindungen und ihres rechtlichen Schutzes bildet in unserer Tradition die Ehe das Fundament für eine verlässliche Partnerschaft und tragfähige Familie. Für die evangelische Kirche ist die Ehe das Leitbild für das Zusammenleben von Mann und Frau.“); vgl. auch B 2 LKL VELKD (o. Fn. 80; siehe dort S. 72 f.: „besondere Bedeutung“). Vgl. dazu die *Kirchenleitung der VELKD*, *Die Ehe als Leitbild christlicher Orientierung*, in: *ZevKR* 42 (1997), S. 183 (192 mit Anm. 19, 232 f., 236). – Demgegenüber fehlt eine ausdrückliche Bestätigung dieses Leitbildes in der 2013 vom *Kirchenamt der EKD* herausgegebenen Schrift „*Zwischen Autonomie und Angewiesenheit. Familie als verlässliche Gemeinschaft stärken*“.

schaftsformen aus.²⁹⁹ Die Frage der Segnung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, vor allem aber die Trauung oder Segnung homosexueller Partnerschaften wird kontrovers erörtert, da mit einer Trauung homosexueller Beziehungen auch aus evangelischer Perspektive die Vorrangstellung der Ehe infrage gestellt wird, während im Falle einer Segnung die Entleerung der Trauungsliturgie befürchtet wird.³⁰⁰ In der Folge ist die Übertragung des Trauritus auf homosexuelle Partnerschaften landeskirchlich nicht nur stark umstritten³⁰¹ und Gegenstand kompromisshafter Regelungen,³⁰² sondern wird lan-

²⁹⁹ OKL EKU (o. Fn. 80), Rn. 163; vgl. auch B 2 Nr. 16 LKL VELKD (o. Fn. 80; siehe dort auch S. 76). – Allerdings konstatiert die OKL EKU seit ihrer Änderung vom 17.3.2016 (ABl. EKD S. 90) ausdrücklich, dass das dem Abschnitt über „Ehe und kirchliche Trauung“ zugrunde liegende Verständnis gleichgeschlechtlicher Partnerschaften „nicht mehr von allen Mitgliedskirchen der Union Evangelischer Kirchen geteilt wird“ (Rn. 166a). Daher ist in diese Ordnung eine Öffnungsklausel aufgenommen worden, derzufolge die Gliedkirchen über die Einführung von Traugottesdiensten für hiervon betroffene Menschen gleichen Geschlechts je für ihren Bereich in eigener Verantwortung entscheiden (siehe hierzu auch oben Rn. 45).

³⁰⁰ Honecker, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 52), S. 130.

³⁰¹ Aus dem Schrifttum dazu *Christoph Link*, Die Einsegnung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften als Problem des evangelischen Kirchenrechts, in: ZevKR 58 (2013), S. 1; *Heinrich de Wall*, Darf es in den evangelischen Kirchen Deutschlands „homosexuelle Trauungen“ geben?, in: Trauung, Segnung, Hochzeitsfeier?, hg. von Peter Bubmann/Silvia Jühne/Anne-Lore Mauer, 2017, S. 7 ff.; *de Wall/Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 80), § 33, Rn. 16. Vgl. auch OKL EKU (o. Fn. 80), Rn. 143 f. und 164; ferner B 2 LKL VELKD (o. Fn. 80; siehe dort auch S. 76). Zum Teil werden trotz Hinweises auf den fehlenden innerkirchlichen Konsens auch Trauung und Segnung im Gleichklang geregelt, vgl. die Ordnung des kirchlichen Lebens in der Evangelischen Kirche in Hessen und Nassau (Lebensordnung) vom 15.6.2013 (ABl. S. 242), Abschnitt V Nr. 3.1; vgl. auch Abschnitt V Nr. 1, 2.2. – Zur Segnung in der Alt-Katholischen Kirche Deutschlands *Andreas Krebs/Matthias Ring* (Hg.), Mit dem Segen der Kirche. Die Segnung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in der theologischen Diskussion, 2018.

³⁰² Exemplarisch hierfür das am 23.3.2019 durch die Württembergische Evangelische Landessynode verabschiedete „Kirchliche Gesetz zur Einführung einer Ordnung des Gottesdienstes anlässlich der bürgerlichen Eheschließung zwischen zwei Personen gleichen Geschlechtes, der bürgerlichen Eheschließung zwischen zwei Personen, von denen zumindest eine Person weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht angehört, der Begründung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft oder der Umwandlung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft in eine Ehe“ (ABl. S. 409). Das Gesetz ermöglicht es bis zu einem Viertel der Kirchengemeinden der Landeskirche, Segnungsgottesdienste für gleichgeschlechtliche Paare in ihre örtliche Gottesdienstordnung aufzunehmen. Voraussetzung dafür ist, dass sich dafür eine Dreiviertelmehrheit sowohl der Pfarrerrinnen und Pfarrer einer Kirchengemeinde als auch des jeweiligen Kirchengemeinderates ausspricht. Für den Fall der Einführung einer entsprechenden Gottesdienstord-

deskirchlich auch unterschiedlich gehandhabt;³⁰³ im Einzelnen findet sich hier ein Regelungsspektrum, das von der umfassenden Gleichstellung der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft mit der Ehe durch eine sog. „Trauung für alle“³⁰⁴ über die deutlich akzentuierte Unterscheidung zwischen der Trauung von Mann und Frau und der Segnung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften³⁰⁵ bis hin zu einer Differenzierung zwischen Ehen und gleichgeschlechtlichen Partnerschaften reicht, die sich darin manifestiert, dass eine Trauung nur für die Ehe von Mann und Frau möglich ist, während eine öffentliche Segnung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften nicht vorgesehen ist.³⁰⁶ Demgemäß kennt das evangelische Kirchenrecht gleichermaßen Bestimmungen, die eine hervorgehobene Stellung der Ehe negieren wie Regelungen, die diese unterstreichen.

nung in einem Viertel aller Gemeinden ist die erneute Befassung der Landessynode mit der Frage von Segnungsgottesdiensten vorgesehen.

³⁰³ Siehe dazu im Überblick: *Thorsten Maruschke*, Stand und Perspektiven in anderen Landeskirchen, in: Bubmann/Jühne/Mauer, Trauung (o. Fn. 301), S. 34 ff.

³⁰⁴ Exemplarisch hierfür die Ordnung des kirchlichen Lebens in der Evangelischen Kirche in Hessen und Nassau (Lebensordnung) vom 15.6.2013 (ABl. S. 242), geändert am 30.11.2018 (ABl. S. 372), Abschnitt V Nr. 2.4 („Die Trauung gleichgeschlechtlicher Ehen“): „[...] Eine Trauung ist immer dann möglich, wenn eine standesamtliche Eheschließung zweier Menschen vorliegt. Weitere Bedingungen hinsichtlich des Familienstandes oder des Geschlechts sind theologisch nicht zwingend.“ Siehe hierzu bereits oben Rn. 45; vgl. dazu auch das vom 23.7.2018 datierende „Gutachten der Theologischen Fakultät Leipzig zur Bewertung des Ehebegriffs vor dem Hintergrund des Bundesgesetzes zur Einführung des Rechts zur Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.7.2017“ (Typoskript), S. 6.

³⁰⁵ Exemplarisch hierfür etwa die Evangelisch-Lutherische Landeskirche Sachsens: Hier gilt ausweislich der Trauordnung vom 29.5.1956 (ABl. 1956 S. A 37), deren Fortgeltung durch landeskirchliche Mitteilung im Jahre 2003 ausdrücklich bestätigt worden ist (ABl. 2003 S. A 80), dass die kirchliche Trauung (ausschließlich) der Ehe zwischen Mann und Frau gilt. Ergänzend hierzu stellt die aus dem Jahre 2016 stammende Handreichung der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Sachsens zur Segnung von Paaren in eingetragener Lebenspartnerschaft (im Internet abrufbar unter <https://engagiert.evliks.de/fileadmin/userfiles/EVLKS_engagiert/E_Materialien/PDF_Materialien/Handreichung_Segnung_2016_web.pdf>) dezidiert klar, dass sich die gottesdienstliche Segenshandlung für gleichgeschlechtliche Paare „nicht als Trauung, sondern als Segnung von Paaren in eingetragener Lebenspartnerschaft“ versteht. Zudem findet sich dort die Hervorhebung, dass die Segnung „in Unterscheidung zur Trauung“ in einem eigenen Register aktenkundig gemacht werden muss.

³⁰⁶ Siehe hierfür exemplarisch etwa § 1 des Kasualgesetzes zur kirchlichen Trauung in der Evangelisch-Lutherischen Landeskirche Schaumburg-Lippe vom 22.11.2013 (Kirchl. ABl. S. 17).

V. Entwicklungstendenzen und -perspektiven des Verhältnisses von staatlichem und kirchlichem Eherecht

In der Zusammenschau der vorstehend nachgezeichneten Entwicklungen werden die Gemeinsamkeiten von staatlichem und kirchlichem Eherecht erkennbar geringer. Das gilt zunächst in ebenso prominenter wie grundsätzlicher Weise für den Ehebegriff. Freilich stellt sich die diesbezügliche Lage differenzierter dar als dies prima facie erscheinen mag. So besteht zwischen der Ehevorstellung des Grundgesetzes und den Ehebegriffen des kanonischen und orthodoxen Kirchenrechts ein Verhältnis der Kompatibilität, weil diese hinsichtlich grundlegender Wesenszüge der Ehe – namentlich hinsichtlich Monogamie, Geschlechtsverschiedenheit und prinzipieller Unauflöslichkeit – übereinstimmen. Prinzipiell anderes gilt für das Verhältnis von einfachem Gesetzesrecht und kirchlichem Eherecht, da durch die Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts auf Seiten des staatlichen Rechts die Geschlechtsverschiedenheit als Essential des Ehebegriffs aufgegeben worden ist. Dies hat nicht nur zu einer verfassungswidrigen Überwältigung von Art. 6 Abs. 1 GG,³⁰⁷ sondern auch zu einem das Eheverständnis im Grundsätzlichen betreffenden Auseinanderstreben des staatlichen Eherechts auf der einen Seite und des kanonischen wie des orthodoxen Eherechts auf der anderen Seite geführt. Für das Verhältnis von staatlichem Eherecht und evangelischem Kirchenrecht ergibt sich demgegenüber aufgrund des Fehlens eines allseits konsentierten evangelischen Ehebegriffs ein heterogenes Bild. Dieses neigt je nach landeskirchlichem Verständnis mehr dem grundgesetzlichen oder mehr dem einfachgesetzlichen Eheverständnis zu.

Aus dem Auseinanderstreben von staatlichem und kirchlichem Eherecht hinsichtlich des Ehebegriffs folgen notwendigerweise Konsequenzen für die Frage, wie das Verhältnis der Ehe zu anderen Formen menschlicher Gemeinschaft – namentlich im Verhältnis zu Partnerschaften zwischen Personen gleichen Geschlechts – ausgestaltet ist. Auch wenn im kirchlichen Recht eine dem „besonderen Schutz“ des Art. 6 Abs. 1 GG entsprechende explizite Bestimmung fehlt, ergibt sich doch für das katholische wie auch für das orthodoxe Eherecht ein der verfassungsrechtlichen Ausgangslage ähnliches Bild; dieses wird durch eine hervorgehobene Stellung der Ehe charakterisiert, weshalb es sich von dem auf Gleichstellung abzielenden einfa-

³⁰⁷ Siehe hierzu oben Rn. 17 f., 45 und 82 sowie die Nachweise in Fn. 153.

chen Gesetzesrecht in grundsätzlicher Weise unterscheidet. Demgegenüber kennt das evangelische Kirchenrecht eine einheitliche Positionsbestimmung zum Verhältnis von Ehe und gleichgeschlechtlichen Gemeinschaften nicht; stattdessen ist es diesbezüglich durch die Hinnahme landeskirchlicher Heterogenität gekennzeichnet, deren Spannbreite von einer deutlichen Unterscheidung zwischen gleichgeschlechtlichen Gemeinschaften und Ehen im herkömmlichen Sinne bis zu einer umfassenden Gleichstellung von Ehepaaren und Partnerschaften zwischen Personen gleichen Geschlechts reicht.

- 86** Wachsende Diskrepanzen ergeben sich aufgrund der staatlichen Rechtsentwicklung indes nicht alleine hinsichtlich des Ehebegriffs und des Verhältnisses der Ehe zu anderen Formen menschlicher Partnerschaft, sondern auch bei Eheschließung und Eheauflösung. So sind standesamtliche Eheschließung und kirchliche Trauung durch die Aufhebung des Verbots der kirchlichen Voraustrauung in ein Verhältnis prinzipieller gegenseitiger Unabhängigkeit gebracht worden.³⁰⁸ In der Folge kommt es zu einer zunehmenden Entkopplung von ziviler und kirchlicher Ehe. Deren Auseinanderfallen ist zwar angesichts einer beträchtlichen Anzahl von Scheidungen mit nachfolgender Neueingehung einer Zivilehe bei gleichzeitigem kirchenrechtlichen Fortbestand der Ursprungsehe nicht neu. Gleichwohl ist das staatlich ermöglichte Auseinanderstreben bereits zum Zeitpunkt der Eheschließung eine Entwicklung der jüngeren Zeit. Hinzu kommt ein wachsendes Auseinandertreten zwischen staatlichem und kirchlichem Eherecht auch hinsichtlich der Auflösung einer Ehe. Sie resultiert aus der Fortentwicklung des staatlichen Scheidungsrechts, aber auch aus neueren Entwicklungen im Unterhaltsrecht. So hat die staatliche Rechtsentwicklung in den letzten Jahrzehnten nicht nur zunehmende Scheidungserleichterungen mit sich gebracht und zu einem Scheidungsrecht geführt, in dem Züge einer Konventionalscheidung zutage treten, sondern auch bewirkt, dass sich namentlich im Unterhaltsrecht unverkennbar eine Tendenz Bahn gebrochen hat, die Ehegatten zunehmend weniger als Gemeinschaft und verstärkt als Individuen in den Blick zu nehmen.³⁰⁹ Das hat zu einer Gesetz-

³⁰⁸ Zu der Relativierung dieses beziehungslosen Nebeneinanders von kirchlich und staatlich geschlossenen Ehen durch das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17.7.2017 siehe oben Rn. 59.

³⁰⁹ Dazu bereits oben Rn. 78. – Vgl. dazu das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007, BGBl. I S. 3189. Dazu *Gutdeutsch*, Nachrangiger Unterhalt des früheren Ehegatten (o. Fn. 286), S. 661; *Born*, Das neue Unterhaltsrecht (o. Fn. 286), S. 2; monographisch *Marx*, Ehe auf Lebenszeit (o. Fn. 271), S. 225 ff.

gebung geführt, die nicht nur eine Schwächung der nachehelichen Solidarität bewirkt, sondern die auch in bestehende eheliche Gemeinschaften hineinwirkt, indem sie Ehegatten dazu anhält, sich der Möglichkeit einer Trennung bewusst zu sein und sich hierfür, gleichsam präventiv, durch individuelle ökonomische Unabhängigkeit zu wappnen. Damit zeitigt das staatliche Scheidungsfolgenrecht durch eine Hervorhebung der individuellen Eigenverantwortung der Ehegatten Rückwirkungen auf die eheliche Lebensgemeinschaft – und dies nicht nur als unbeabsichtigte faktische Nebenfolge, sondern als unausgesprochen verfolgtes Ziel gesetzgeberischen Handelns. Auf diese Weise wird eine grundlegende Veränderung des Eheverständnisses intoniert, die im Gegensatz nicht nur zum katholischen Kirchenrecht gerade die Auflösbarkeit der Ehe betont, sich dadurch vom Bild einer auf Lebenszeit eingegangenen Lebensgemeinschaft zunehmend löst und stattdessen dem Bild eines temporären Miteinanders, unter Umständen auch eines Nebeneinanders zweier Individuen zustrebt.³¹⁰

Jenseits von Eheschließung und Ehescheidung zeigen sich Ansätze zu einer auseinanderstrebenden Entwicklung auch im Hinblick auf die Ausgestaltung des elterlichen Erziehungsrechts. Abnehmende (verfassungs-)politische Bedenken, das Kindeswohl und Kinderrechte als Eingriffstitel gegen das Elternrecht zu wenden, stoßen hier auf das etwa dem kanonischen Recht zugrunde liegende Bild vom Vorrang des Elternrechts.³¹¹ Indessen sind entsprechende politische Bestrebungen, anders als bei Eheschließung und -auflösung, bislang nicht in geltendes Recht überführt, sondern derzeit noch eine Frage zukünftiger Rechtsentwicklung.

Insgesamt ist zu konstatieren, dass die festzustellende Tendenz eines Auseinanderstrebens von staatlichem und kirchlichem Eherecht zwar nicht neu ist, sondern spätestens seit der Einführung der obligatorischen Zivilehe bestanden hat. Gleichwohl hat sie durch die seit der 2. Hälfte des 20. Jahrhunderts eingetretenen Entwicklungen eine neue Dynamik gewonnen. Symbolträchtig verkörpert dies die Schwächung der Kompatibilität der staatlichen und kirchlichen Ehebegrif-

³¹⁰ Der Formulierung wie der Sache nach so bereits *Seiler*, Ehe (o. Fn. 251), S. 46 f. Vgl. zu den Auswirkungen auf das Lebenszeitprinzip zusammenfassend *Marx*, Ehe auf Lebenszeit (o. Fn. 271), S. 292 f.

³¹¹ Aus der Diskussion um die Einführung von Kinderrechten stellvertretend und m. w. N. *Florian Becker*, Kinderrechte in die Verfassung? Zur Aufnahme eines Kindergrundrechts in das Grundgesetz, in: *Kinder im Recht. Kinderrechte im Spiegel der Kindesentwicklung*, hg. von Arnd Uhle, 2019, S. 251 ff.

fe, die zugleich auch die Grundzüge des Verhältnisses von staatlichem und kirchlichem Eherecht tangiert hat.³¹² Ein Ende dieses Entwicklungsprozesses ist gegenwärtig nicht abzusehen.

³¹² So galt bis zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts etwa im Hinblick auf die Bestimmung des Verhältnisses von kanonischem und staatlichem Eherecht, dass zu dessen Charakteristika die „Kompatibilität der Ehebegriffe in ihrem Kerngehalt“ gehört; hierzu *Uhle*, *Zweierlei Recht* (o. Fn. 7), S. 746 f. Die Eliminierung der Geschlechtsverschiedenheit aus dem staatlichen Ehebegriff hat dieses Charakteristikum beseitigt und auf diese Weise zugleich einen Grundzug des bis dahin bestehenden Verhältnisses von staatlichem und kirchlichem Eherecht verändert.

§ 32

Personenstandswesen und Meldewesen

Von Arne Ziekow

I. Personenstandswesen	1–18
1. Zuständigkeiten	1
2. Das Religionsmerkmal in den Personenstandsregistern	2–12
a) Das einzutragende Merkmal	2–3
b) Eintragung nur auf Wunsch	4–6
c) Das eingetragene Merkmal im weiteren Registerverfahren	7–12
3. Auskunftsrechte der Kirchen und Religionsgemeinschaften	13–18
II. Meldewesen	19–45
1. Rechtsgrundlagen	19–20
2. Die Erhebung des Religionsmerkmals im Melderegister	21–27
3. Der Datenübermittlungsanspruch	28–30
4. Voraussetzungen der staatlichen Datenübermittlung an Religionsgemeinschaften	31–41
a) Datenübermittlung nur an öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften	31–32
b) Datenübermittlung nur zur Aufgabenerfüllung	33–34
c) Datenübermittlungskataloge	35–40
d) Ausreichende Datenschutzmaßnahmen	41
5. Weitere Übermittlungen in Bezug auf das Religionsmerkmal	42–45

I. Personenstandswesen

1. Zuständigkeiten

- 1 Auch wenn die Beurkundung des Personenstandes historisch gesehen zu den Aufgaben der Kirchen zählte,¹ ist das Personenstandswesen heute keine eigene Angelegenheit der Kirchen und Religionsgemeinschaften gemäß Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 3 WRV. Denn dazu zählen nur solche Tätigkeiten, die nach dem Selbstverständnis der Kirche der Wahrnehmung ihres Auftrages in der Welt dienen.² Die Kirchen und Religionsgemeinschaften mögen ein Interesse an den in die Personenstandsregister aufzunehmenden Daten haben, aber bereits nach ihrem Selbstverständnis handelt es sich nicht um ihre Angelegenheit, sondern um eine solche des Staates,³ die innerhalb der verfassungsrechtlichen Kompetenzzuweisungen der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 2 GG unterfällt und von der dieser durch Erlass des Personenstandsgesetzes⁴ Gebrauch gemacht hat. Das Recht der Kirchen zur Führung eigener personenstandsbezogener Register, insbesondere also der Kirchenbücher, bleibt davon unberührt. Nur die vor

¹ Die Kirchenbücher können als Urform eines Personenstandsregisters angesehen werden. Die Verantwortlichkeit der kirchlichen Amtsträger für die Führung der Register blieb auch erhalten, als der Staat ab der 2. Hälfte des 18. Jh. die Bedeutung der Register für seine Zwecke erkannte und umfangreiche Vorgaben über die Kirchenbuchführung traf (vgl. z.B. ALR II, 11, §§ 481 ff.). Erst im 19. Jh. zog der Staat – beginnend mit den französisch beeinflussten Rheinprovinzen und endend im Rahmen der Kulturkampfgesetzgebung mit dem Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und über die Eheschließung v. 6.2.1875 (RGBl. S. 23) – die Zuständigkeit für das Personenstandswesen an sich. Vgl. zur Entwicklung, *Paul Schoen*, Das evangelische Kirchenrecht in Preußen, Bd. II/2, 1910, S. 411 ff.; *Hochgräfe*, Kirchenbücher und Standesregister in ihrer geschichtlichen Entwicklung, in: StAZ 1924, S. 231 ff.; *Günther Beitzke*, 100 Jahre deutsches Personenstandswesen, in: StAZ 1975, S. 17 ff.

² BVerfGE 66, 1 (21) m. w. N.; *Axel Isak*, Das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften und seine Bedeutung für die Auslegung staatlichen Rechts, 1994, S. 285; *Stefan Koriath*, → § 16, Rn. 14–31.

³ *Axel Fhr. von Campenhausen/Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 290; *Dieter Lorenz*, Personenstandswesen. Meldewesen. Datenschutz, in: HSKR², Bd. I, S. 717 (718).

⁴ Personenstandsgesetz v. 19.2.2007 (BGBl. I S. 122), zuletzt geändert durch Art. 17 des Gesetzes v. 20.11.2019 (BGBl. I S. 1626); Verordnung zur Ausführung des Personenstandsgesetzes (Personenstandsverordnung – PStV), v. 22.11.2008 (BGBl. I S. 2263), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes v. 18.12.2018 (BGBl. I S. 2639).

Inkrafttreten der staatlichen Personenstandsgesetzgebung geführten Kirchenbücher haben den Charakter öffentlicher Personenstandsregister, Auszüge aus ihnen sind öffentliche Personenstandsurkunden.⁵

2. Das Religionsmerkmal in den Personenstandsregistern

a) Das einzutragende Merkmal

In sämtliche Personenstandsregister kann die „rechtliche Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft, die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist“⁶ eingetragen werden. Damit wird im Kern ein Rechtszustand fortgeschrieben, der – mit Unterbrechungen – seit dem Personenstandsgesetz von 1875 die Erfassung der Religionszugehörigkeit in den Personenstandsregistern vorsah.⁷

2

⁵ Schoen, Kirchenrecht (o. Fn. 1), Bd. II/2, S. 414 mit Fn. 2; vgl. auch die deklaratorische Regelung in § 28 der Ordnung für die Führung der Kirchenbücher (Kirchenbuchordnung) v. 9.12.2016 (ABl. EKD 2017 S. 4).

⁶ Vgl. § 15 Abs. 1 Nr. 2 und § 16 Abs. 1 Nr. 7 PStG (Eheregister), § 17 i.V.m. § 16 Abs. 1 Nr. 7 PStG (Lebenspartnerschaftsregister), § 21 Abs. 1 Nr. 4 und § 27 Abs. 3 Nr. 5 PStG (Geburtenregister), § 31 Abs. 1 Nr. 1 PStG (Sterberegister). Über die Gleichstellungsklausel in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 7 WRV ist, obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich aufgeführt, auch die rechtliche Zugehörigkeit zu körperschaftlich verfassten Weltanschauungsgemeinschaften eintragungsfähig: *Berthold Gaaz/Heinrich Bornhofen*, Personenstandsgesetz, 4. Aufl. 2018, § 3, Rn. 29; *Monika Hochwald*, Bezeichnung der rechtlichen Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft, die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, in: StAZ 2018, S. 90; vgl. auch A 3.1.2 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Personenstandsgesetz (PStG-VwV), v. 29.3.2010 (BAnz. Nr. 57a), geändert durch Verwaltungsvorschrift vom 3.6.2014 (BAnz., Amtlicher Teil, 12.6.2014 B1).

⁷ Sah das PStG 1875 (o. Fn. 1) die Eintragung „der Religion“ vor, schaffte das Gesetz über den Personenstand v. 11.6.1920 (RGBl. S. 1209), nebst Verordnung zur Ausführung des Gesetzes über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung v. 6.7.1920 (RGBl. S. 1399), jegliche diesbezügliche Eintragung ab, führte aber im neuen § 82a PStG die Erfassung des Religionsmerkmals zu statistischen Zwecken ein. Unter dem PStG v. 3.11.1937 (RGBl. I S. 1146) wurde – auch in Verfolgung der nationalsozialistischen Rasseideologie, vgl. § 14 Nr. 2 PStG 1937 (Eintragung der „rassischen Einordnung“); § 12 Abs. 3 der 1. Verordnung zur Ausführung des Personenstandsgesetzes v. 19.5.1938 (RGBl. I S. 533) (Vermerk der früheren Zugehörigkeit zu einer jüdischen Religionsgemeinschaft); Art. 1 Nr. 7 und 8, Art. 2 Nr. 2 und 3 der 4. Verordnung zur Ausführung und Ergänzung des Personenstandsgesetzes v. 27.9.1944 (RGBl. I S. 219) (Beschränkung der Eintragung auf Angehörige der jüdischen Religionsgemeinschaft) – das „religiöse Bekenntnis“ eingetragen. Verstanden wurde darunter die rechtliche Zugehörigkeit zu einer Religionsgesellschaft oder Weltanschauungsgemeinschaft: Per-

- 3 Nicht eintragungsfähig sind damit die Zugehörigkeiten zu privatrechtlich organisierten Religionsgemeinschaften.⁸ Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser Beschränkung sind geäußert worden,⁹ sie sind im Ergebnis aber nicht durchgreifend. Weder ist der Staat gehindert, an unterschiedliche Rechtsformen unterschiedliche Rechtsfolgen zu knüpfen,¹⁰ noch beeinträchtigt die Nichteintragung der rechtlichen Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft die Freiheit des religiösen Bekenntnisses oder benachteiligt den Betroffenen wegen seines Bekenntnisses.¹¹ Die verfassungsrechtlichen Bedenken

sonen anderen oder fehlenden Bekenntnisses waren als „gottgläubig“ bzw. „glaubenslos“ einzutragen, vgl. § 12 der 1. Ausführungsverordnung v. 19.5.1938. Mit dem PStG i. d. F. d. B. v. 8.8.1957 (BGBl. I. S. 1125) bezog sich die Eintragung ausdrücklich auf die „rechtliche Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einer Kirche, Religionsgesellschaft oder Weltanschauungsgemeinschaft“, bevor durch Art. 1 des Gesetzes zur Reform des Personenstandsgesetzes (Personenstandsrechtsreformgesetz – PStRG) v. 19.2.2007 (BGBl. I S. 122), mit dem geradezu „nebenbei“ das seit 1875 gesetzlich festgeschriebene Verbot der kirchlichen Voraustrauung, vgl. dazu *Arnd Uhle*, → § 31, Rn. 55–58, entfiel, die jetzige Definition des Merkmals erfolgte. Die Gesetze über das Personenstandswesen (Personenstandsgesetz) v. 16.11.1956 (GBl. DDR I S. 1283) und v. 4.12.1981 (GBl. DDR I S. 421) der DDR sahen keine Eintragung vor.

⁸ Bis zur Novelle des PStG im Jahr 2007 war dies hingegen möglich, sofern die Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft selbst rechtlichen Bestand aufwies, also nach deutschem oder ausländischem Recht organisiert war, vgl. OLG Hamm, B. v. 21.11.1990 – 15 W 398/89, OLGZ 1991, 159 (161) = KirchE 28, 314 (319) = juris Rn. 43; OLG Frankfurt, B. v. 11.4.1997 – 20 W 109/97, KirchE 35, 122 (123) = juris Rn. 3; § 64 Abs. 4 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Personenstandsgesetz (Dienstanweisung für die Standesbeamten und ihre Aufsichtsbehörden – DA) i. d. F. d. B. v. 27.7.2000 (BAnz. Nr. 154a). Eine Begründung für die Engführung findet sich in den Gesetzesmaterialien nicht. Sie ist in der Anpassung der Eintragungsfähigkeit von Religionsgemeinschaften an deren Nutzungsmöglichkeiten der Personenstandsregister, die auch unter dem PStG 1957 uneingeschränkt nur körperchaftlich verfassten Religionsgemeinschaften zugestanden habe (vgl. § 86 Abs. 1 Nr. 1 DA), vermutet worden (vgl. BVerfG, B. v. 20.11.2012 – 1 Bv 13/10, juris, Rn. 8). Ihr Ursprung liegt aber wohl eher in dem Umstand, dass sich die starken Bestrebungen der standesamtlichen Praxis, auf die Eintragung der Religionszugehörigkeit ganz zu verzichten, auf Betreiben der großen Kirchen im Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen konnten (*Berthold Gaaz*, Die Reform des Personenstandsrechts – Vision und Wirklichkeit, in: StAZ 2008, S. 198 [203]), so dass sich die Reduzierung der Eintragungsfähigkeit als Kompromiss im Sinne einer Verwaltungsvereinfachung darstellte.

⁹ LG Münster, (Vorlage-)B. v. 17.9.2010 – 5 T 73/10, juris, Rn. 10 und 13.

¹⁰ *Wolfgang Schatzschneider*, Kirchenautonomie und Datenschutzrecht, 1984, S. 60; *Melanie Berkl*, Personenstandsrecht, 2015, Rn. 264.

¹¹ Vgl. BVerfG, B. v. 20.11.2012 – 1 BvL 13/10, juris, Rn. 9; B. v. 2.7.2015 – 1 BvR 1312/13, in: StAZ 2015, S. 341 (342) = NVwZ 2016, S. 135 (136) = juris, Rn. 16 ff.; zur alten Rechtslage so auch schon OLG Hamm, B. v. 21.11.1990 –

verfangen umso weniger, als die rechtliche Zugehörigkeit zu einer körperschaftlich verfassten Religionsgemeinschaft kein Personenstandsmerkmal im Sinne der durch die Reform 2007 neu eingeführten Legaldefinition des § 1 Abs. 1 PStG ist.¹²

b) Eintragung nur auf Wunsch

Eintragung und Änderung der rechtlichen Religionszugehörigkeit erfolgen seit der Neufassung des Gesetzes 2007 in alle Personenstandsregister nur auf Wunsch des von der Eintragung Betroffenen, bei dessen Religionsunmündigkeit auf Wunsch seines gesetzlichen Vertreters beziehungsweise im Falle des Sterberegisters des Anzeigenden.¹³ Unter den Gesetzesfassungen von 1875 (mit Ausnahme der Zeit nach der Novellierung 1920) und 1937 war die Eintragung hingegen obligatorisch, das PStG 1957 machte sie vom – widerruflichen¹⁴ – Einverständnis des Betroffenen beziehungsweise Anzeigenden abhängig.¹⁵ Grund dafür waren verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 136 Abs. 3 WRV.¹⁶

4

15 W 398/89, OLGZ 1991, 159 (162 f.) = KirchE 28, 314 (320 f.) = juris Rn. 49 ff.; Gaaz / Bornhofen, Personenstandsgesetz (o. Fn. 6), § 15, Rn. 14 (Fn. 7); Peter Kissner, Eintragung der Religionszugehörigkeit in den Personenstandsregistern; Ausstellung von Urkunden aus Altregistern, in: StAZ 2010, S. 18. Ebenso wenig stellt sich im Übrigen der durch die Reform 2007 bewirkte Fortfall der Eintragungsmöglichkeit der Nichtzugehörigkeit als Verletzung der negativen Religionsfreiheit dar.

¹² Vgl. Begr. der BReg. zum Entwurf des Gesetzes zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 17/10489, S. 46; 1. PStG-VwV; Gaatz, Reform (o. Fn. 8), S. 198 (203); Kissner, ebd. (o. Fn. 11), S. 18; Berkl, Personenstandsrecht (o. Fn. 10), Rn. 262; a. A. zur alten Rechtslage: Herbert Claessen, Personen- und Bekenntnisstand, in: KuR 1996, S. 231 (232).

¹³ Zu den einschlägigen Normen vgl. die Nachweise oben in Fn. 6.

¹⁴ BayObLG, B. v. 11. 12. 1981 – BReg. 1 Z 51/81, in: BayObLGZ 1981, 401 (404 f.) = KirchE 19, 179 (184 f.) = NJW 1983, S. 1680 (1681); OLG Frankfurt, B. v. 11. 4. 1997 – 20 W 109/97, KirchE 35, 122 (124) = juris, Rn. 3, mit der Folge der Berichtigung der abgeschlossenen Eintragung in entsprechender Anwendung des § 47 Abs. 1 PStG 1957.

¹⁵ Vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 1, § 12 Abs. 2 Nr. 1, § 21 Abs. 1 Nr. 1, § 37 Abs. 1 Nr. 1 PStG 1957.

¹⁶ Dazu Werner Weber, Staat und Kirche im Personenstandswesen, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag, hg. von Konrad Hesse / Siegfried Reicke / Ulrich Scheuner, 1962, S. 401 (405 ff.).

- 5 Allerdings blieben die Beteiligten zur Angabe ihrer rechtlichen Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft verpflichtet, da die Standesämter über die Religionszugehörigkeit zu statistischen Zwecken Zählkarten und daraus erwachsende Namenslisten zu führen hatten.¹⁷ Diese Verpflichtung ist mit der Neufassung 2007 entfallen, seit dem Inkrafttreten des neuen Bevölkerungsstatistikgesetzes¹⁸ am 1.1.2014 fehlt es zudem an der nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 136 Abs. 3 S. 2 WRV erforderlichen gesetzlichen Anordnung des Fragerechts, da das Gesetz die Übermittlung der Religionszugehörigkeit durch die Standesämter nicht mehr vorsieht.¹⁹
- 6 Verzichtet der Staat aber auf jegliche Erhebung des Religionsmerkmals von Amts wegen, ist der systematische Wechsel von der „obligatorischen Eintragung bei vorliegendem Einverständnis“²⁰ zur rein „fakultativen Eintragung auf Wunsch“ folgerichtig und geboten. Die dieser vorausgehende Erhebung bedarf im Hinblick auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht²¹ bzw. das Datenschutzgrundrecht²² des Betroffenen somit keiner weiteren Rechtfertigung.

¹⁷ § 69a Abs. 2 PStG 1957. Wegen der in § 2 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c, Nr. 2 Buchst. c und Nr. 3 Buchst. b des Gesetzes über die Statistik der Bevölkerungsbewegung und die Fortschreibung des Bevölkerungsstandes (Bevölkerungsstatistikgesetz – BevStatG) i. d. F. d. B. v. 14. 3. 1980 (BGBl. I S. 308) vorgeschriebenen standesamtlichen Mitteilungspflichten bestanden verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 3 S. 2 WRV nicht, vgl. Begr. der BReg. zum Entwurf eines 2. Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Personenstandsgesetzes, BT-Drs. 2/848, S. 33 und Schriftlicher Bericht des 8. Ausschusses, BT-Drs. 2/848, S. 3; Lorenz, Personenstandswesen (o. Fn. 3), S. 717 (723). Der Sache nach entsprach dies dem durch das Gesetz v. 11. 6. 1920 eingefügten § 82a und § 3 der Ausführungsverordnung v. 6. 7. 1920 (vgl. o. Fn. 7).

¹⁸ Gesetz über die Statistik der Bevölkerungsbewegung und die Fortschreibung des Bevölkerungsstandes (Bevölkerungsstatistikgesetz – BevStatG) v. 20. 4. 2013 (BGBl. I S. 826), zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes v. 18. 12. 2018 (BGBl. I S. 2639).

¹⁹ Zu statistischen Zwecken ist die rechtliche Zugehörigkeit zu einer öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaft nur noch durch die Meldebehörden zu übermitteln, vgl. § 4 Abs. 2 Nr. 5 BevStatG. Die Begr. der BReg. führt dazu aus, dass wegen der nur noch eingeschränkten Erfassung der rechtlichen Religionszugehörigkeit in den Personenstandsregistern belastbare Grundlagen für eine Statistik nicht mehr vorlägen (BT-Drs. 17/9219, S. 9 f.).

²⁰ Claessen, Personen- und Bekenntnisstand (o. Fn. 12), in: KuR 1996, S. 231 (233).

²¹ Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG; dazu BVerfGE 65, 1 (43); Arne Ziekow, → § 33, Rn. 1 f.

²² Art. 16 AEUV, Art. 8 EU-GRC. Dazu Arne Ziekow, Datenschutz-Grund-

c) Das eingetragene Merkmal im weiteren Registerverfahren

Eine Fortführung der Religionsmerkmalseintragungen von Amts wegen gibt es nicht. Wenn der Staat auch zu statistischen Zwecken keinen Erhebungsanspruch mehr hat, ist es nur konsequent, die Eintragung als Momentaufnahme zu behandeln, deren Fortführung der Initiative des Betroffenen überlassen bleibt. Als letzte amtliche Fortführungspflicht entfiel durch die Neufassung des § 27 Abs. 3 Nr. 5 PStG durch die Novelle von 2013²³ die des Religionsmerkmals des Kindes im Geburtenregister, die nunmehr ausdrücklich von dessen Wunsch abhängig gemacht wird.

7

Ein Verständnis der vorbezeichneten Norm, nach dem bereits die erstmalige Eintragung der Religionszugehörigkeit des Kindes im Geburtenregister als Folgebeurkundung anzusehen ist²⁴, greift jedenfalls dann zu kurz, wenn die Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft nach deren Selbstverständnis nicht erst zu einem späteren Zeitpunkt durch die Taufe, sondern bereits durch die Geburt begründet wird oder die Taufe der Eintragung im Geburtenregister vorausgeht.²⁵ In diesen Fällen ist die Religionszugehörigkeit daher bereits in den Haupteintrag aufzunehmen.²⁶

8

War in einem durch Unterschrift des Standesbeamten abgeschlossenen Eintrag das Religionsmerkmal von Anfang an unrichtig und erlangt das Standesamt davon durch berichtigende Mitteilung Kenntnis, hat es die Eintragung nach Anhörung der Betroffenen gemäß § 47 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 PStG zu berichtigen.²⁷ Ändert sich die ursprünglich zutreffend eingetragene Religionszugehörigkeit zum Beispiel durch einen späteren Kirchenaustritt, fehlt es an der Unrichtigkeit von Anfang an, so dass keine Berichtigung, sondern ent-

9

verordnung und kirchenrechtliche Adaption, in: ZevKR 63 (2018), S. 391 (393 f.).

²³ Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄndG), v. 7.5.2013 (BGBl. I S. 1122). Dazu *Rainer Bockstette*, Das Personenstandsrechts-Änderungsgesetz, in: StAZ 2013, S. 169 ff.

²⁴ *Berkl*, Personenstandsrecht (o. Fn. 10), Rn. 676.

²⁵ *Gaaz / Bornhofen*, Personenstandsgesetz (o. Fn. 6), § 21, Rn. 35 und § 27, Rn. 97.

²⁶ Ebd., § 27, Rn. 97.

²⁷ Vgl. zu den Voraussetzungen der Berichtigung z.B. BayObLG, B. v. 11.12.1981 – BReg. 1 Z 51/81, in: BayObLGZ 1991, 401 (402 f.) m.w.N. = KirchE 19, 179 (182) = NJW 1983, S. 1680 f.; *Gaaz / Bornhofen*, Personenstandsgesetz (o. Fn. 6), § 47, Rn. 8.

weder – sofern das Standesamt trotz fehlender Mitteilungspflicht der Kirchnaustrittsbehörden²⁸ vom Kirchnaustritt durch amtliche Mitteilung Kenntnis erlangt hat – zur Herstellung der Registerwahrheit²⁹ oder auf Wunsch des Betroffenen eine Folgebeurkundung vorzunehmen ist. Denn bei der fakultativen Eintragung des Religionsmerkmals kann der Betroffene unabhängig von einem Kirchnaustritt jederzeit eine Änderung und damit auch eine Löschung³⁰ des Religionsmerkmals im Wege einer Folgebeurkundung im Ehe-, Lebenspartnerschafts- und Geburtenregister verlangen. Eines Nachweises der die Änderung begründenden Umstände, insbesondere eines Kirchnaustritts, bedarf es nicht.³¹ Deshalb verbleibt wegen des ansonsten fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses im Hinblick auf die Gewährleistung aus Art. 4, 140 GG in Verbindung mit Art. 136 Abs. 3 WRV ein Anwendungsraum für eine Berichtigung infolge Widerrufs des Wunsches auf Eintragung nur für die Eintragung der Religionszugehörigkeit der Eltern im Geburtenregister, für die das Gesetz, wie auch beim Sterberegister, eine Fortführung durch Änderung (Löschung) nicht vorsieht.³²

- 10 Bei den aus den Personenstandsregistern zu erstellenden Urkunden ist eine im Register eingetragene Religionszugehörigkeit auch dann, wenn sie wegen fehlender körperschaftlicher Verfasstheit der Religionsgemeinschaft nicht mehr eintragungsfähig wäre und ohne weitere Prüfung, ob die Eintragungsvoraussetzungen noch vorliegen,

²⁸ Art. 2 Nr. 16 Buchst. c PStRÄndG (o. Fn. 23) hebt den die Mitteilungspflichten regelnden § 56 Abs. 7 PStV (o. Fn. 4) auf. Die Begr. der BReg. zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 17/10489, S. 51, führt dazu aus, dass es keiner behördlichen Mitteilung des Kirchnaustritts bedürfe, da die Religionszugehörigkeit nicht zu den Personenstandsmerkmalen gehöre.

²⁹ *Berkl*, Personenstandsrecht (o. Fn. 10), Rn. 263; *Gaaz / Bornhofen*, Personenstandsgesetz (o. Fn. 6), § 16, Rn. 47 stellen hingegen auf den in der Kirchnaustrittserklärung manifestierten konkludenten Wunsch des Ausgetretenen auf Streichung der Religionszugehörigkeit im Personenstandsregister ab.

³⁰ Begr. der BReg. zum Entwurf des PStRÄndG, BT-Drs. 17/10489, S. 45 und 46.

³¹ Vgl. 16.6.3 und 27.9.4 PStG-VwV; *Berkl*, Personenstandsrecht (o. Fn. 10), Rn. 263; *Gaaz / Bornhofen*, Personenstandsgesetz (o. Fn. 6), § 16, Rn. 47 und § 27, Rn. 99.

³² Im Ergebnis ebenso, die Löschung aber als gesetzlich nicht geregelte Folgebeurkundung behandelnd *Berkl*, Personenstandsrecht (o. Fn. 10), Rn. 263; a.A. wohl *Gaaz / Bornhofen*, Personenstandsgesetz (o. Fn. 6), § 21, Rn. 55.

in die Urkunde aufzunehmen,³³ nur bei der Geburtsurkunde hat dies auf Verlangen des Betroffenen zu unterbleiben.³⁴ Ist eine Zugehörigkeitseintragung im Register nicht vorhanden, ist das entsprechende Angabenfeld bei der Urkundenerstellung zu unterdrücken, um den aufgrund der Freiwilligkeit der Registereintragung möglicherweise falschen Eindruck fehlender Religionszugehörigkeit zu vermeiden.³⁵

Da der Gesetzgeber die Religionszugehörigkeit nicht mehr als Personenstandsmerkmal im Sinne des § 1 Abs. 1 PStG begreift, unterfällt sie der besonderen Beweiskraftregelung gemäß § 54 PStG nicht.³⁶

Das Religionsmerkmal nimmt am durch § 68 PStG, §§ 56 ff. PStV geregelten Mitteilungsverfahren seit der Abschaffung der Übermittlung von Kirchenaustrittsmitteilungen an das Standesamt nicht mehr teil. Auch ein Mitteilungsverkehr zwischen Religionsgemeinschaften und Standesämtern findet nicht statt.³⁷ Es sind dies die Konsequenzen der fakultativen Eintragung. Marginale Reste eines Mitteilungsverfahrens finden sich noch darin, dass für die Eintragung der Folgebeurkundung über die Religionszugehörigkeit des Kindes im Geburtenregister die Übermittlung des Taufzeugnisses oder eine Mitteilung der Religionsgemeinschaft genügt, wenn der Wunsch des Kindes oder seiner gesetzlichen Vertreter auf Eintragung hieraus zweifelsfrei erkennbar ist.³⁸

³³ Vgl. § 57 S. 1 Nr. 4; § 58 Abs. 1 S. 1 Nr. 4; § 59 Abs. 1 Nr. 5; § 60 Nr. 1 PStG; 56.2.5 PStG-VwV; *Gaaz / Bornhofen*, ebd., § 56, Rn. 12 und 19; *Kissner*, Eintragung (o. Fn. 11), S. 18 (19).

³⁴ § 59 Abs. 2 PStG. Vgl. dazu die wenig überzeugende Begr. der BReg. zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Personenstandsrechts, BT-Drs. 16/1831, S. 52.

³⁵ *Gaaz / Bornhofen*, Personenstandsgesetz (o. Fn. 6), § 56, Rn. 12, § 57, Rn. 23, § 59, Rn. 21 und § 60, Rn. 11; 56.1.4 PStG-VwV. Altrechtliche Eintragungen wie „gottgläubig“ oder „glaubenslos“ (vgl. o. Fn. 7) sind ebenso wenig aufzunehmen (56.1.1 PStG-VwV) wie die nach §§ 62–64 PStG 1957 vorgesehenen Eintragungen der Nichtzugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft (*Gaaz / Bornhofen*, a. a. O., § 57, Rn. 29, § 59, Rn. 32, § 60, Rn. 23). Gleiches gilt für nationalsozialistische Eintragungen zur Zugehörigkeit zur jüdischen Religionsgemeinschaft (vgl. o. Fn. 7): 56.2.3 und 4 PStG-VwV.

³⁶ *Berkl*, Personenstandsrecht (o. Fn. 10), Rn. 16; AG München, B. v. 10. 11. 2010 – 721 UR III 174/10, juris, Rn. 11.

³⁷ Anders noch § 100 DA (o. Fn. 8) (Mitteilungen an den Kirchenbuchführer). Ein verfassungsrechtlicher Anspruch auch der körperlich verfassten Religionsgemeinschaften auf Teilhabe am Mitteilungsverkehr besteht nicht: a. A. wohl *Claessen*, Personenstandswesen (o. Fn. 12), S. 234 (233).

³⁸ 27.9.2 PStG-VwV.

3. Auskunftsrechte der Kirchen und Religionsgemeinschaften

- 13** Als bereichsspezifische Datenschutzregelung beschreiben die die Benutzung der Personenstandsregister regelnden §§ 61 ff. PStG abschließend,³⁹ unter welchen Voraussetzungen der in der Benutzung liegende Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen zulässig ist.
- 14** Für öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften findet der die Benutzungsrechte von Behörden und Gerichten regelnde § 65 PStG Anwendung.⁴⁰ Der Behördenbegriff des Personenstandsrechts ist dabei weiter gefasst als der des Verwaltungsverfahrensgesetzes und umfasst alle Stellen, die Aufgaben im öffentlichen Interesse wahrnehmen und in diesem Zusammenhang auf die Kenntnis von Personenstandseinträgen angewiesen sind.⁴¹ Sofern Stellen und Organe der öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften zu ihrer Aufgabenerfüllung derartige Kenntnis benötigen, zählen auch sie zu den Behörden im Sinne des § 65 PStG.⁴²
- 15** Zwar ist ihr die Subsumption unter den Behördenbegriff ermöglichender Körperschaftsstatus ein solcher besonderer Art, der sie in Anerkennung ihrer in ihrem Auftrag begründeten Wirksamkeit über die Religionsgemeinschaften des Privatrechts erhebt, sie aber nicht in die mittelbare Staatsverwaltung eingliedert,⁴³ sondern vielmehr ihre Eigenständigkeit und Unabhängigkeit vom Staat und ihre originäre Kirchengewalt bekräftigt.⁴⁴ Erfüllt die Religionsgemeinschaft aber den ihr nach ihrem Selbstverständnis obliegenden spezifischen Auf-

³⁹ *Gaaz / Bornhofen*, Personenstandsgesetz (o. Fn. 6), § 61, Rn. 2; zu den bereichsspezifischen Datenschutzregelungen vgl. *Arne Ziekow*, → § 33, Rn. 5.

⁴⁰ Wegen des Fortfalls von Zählkarten und Namenslisten ist das frühere gesonderte Auskunftsrecht über die darin zu statistischen Zwecken erfasste rechtliche Zugehörigkeit (§ 82a S. 3 Hs. 2 PStG 1875 i. d. F. d. Gesetzes v. 11. 6. 1920; § 69a Abs. 2 S. 5 PStG 1957 – beide o. Fn. 7) entfallen.

⁴¹ 65.1.1 PStG-VwV.

⁴² 65.3.1 PStG-VwV; *Gaaz / Bornhofen*, Personenstandsgesetz (o. Fn. 6), § 65, Rn. 4; zur alten Rechtslage so schon: § 86 Abs. 1 Nr. 1 DA (o. Fn. 8); *Lorenz*, Personenstandswesen (o. Fn. 3), S. 717 (730 f.); *von Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 3), S. 297; a. A.: *Klaus G. Meyer-Teschendorf*, Die Weitergabe von Meldedaten an die Kirchen. Verfassungskräftiger Anspruch der Kirchen auf meldebehördliche Informationshilfe?, in: *Ess-Gespr. 15* (1981), S. 9 (33); *Weber*, Personenstandswesen (o. Fn. 16), S. 401 (418 ff.).

⁴³ BVerfGE 18, 385 (387); 66, 1 (19 f.) m. w. N.

⁴⁴ BVerfGE 30, 415 (428); *Stefan Magen*, → § 27, Rn. 1 und 19–22.

trag des öffentlich relevanten und als solchen verfassungsrechtlich anerkannten Wirkens in die Gesellschaft hinein in ihrer körperschaftlichen Verfasstheit, tut sie dies in der materiellen Form des öffentlichen Rechts, so dass ihre Teilhabe am Behördenbegriff rechtlich geboten ist.⁴⁵

Auf diesem Umstand aufbauend, unterwirft § 65 Abs. 2 PStG die körperschaftlich verfassten Religionsgemeinschaften bei Benutzung der Personenstandsregister allerdings besonderen Regelungen und bildet damit deren Status einfachgesetzlich ab. Seine Rechtfertigung findet die damit verbundene Beschränkung der Benutzungsrechte⁴⁶ darin, dass der Staat durch die Weitergabe der von ihm – wenn auch im Falle des Religionsmerkmals nur auf Wunsch des Betroffenen – erhobenen Daten an die Religionsgemeinschaften wegen der ihm weiter obliegenden grundrechtlichen Schutzverpflichtung in eine Daten-Garantenstellung einrückt, der er durch die Aufstellung verbindlicher Voraussetzungen für die Datenübermittlung genügt.⁴⁷

16

⁴⁵ Lorenz, Personenstandswesen (o. Fn. 3), S. 717 (728 f.); von Campenhause / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 3), S. 292.

⁴⁶ Insbesondere muss die Benutzung nicht nur wie bei Behörden und Gerichten zur Erfüllung der in der Zuständigkeit der benutzenden Stelle liegenden Aufgaben erforderlich sein, sondern ist auf die Erteilung von Personenstandsunterlagen und Auskünfte aus einem Personenstandsregister (nicht aber auf das Religionsmerkmal als solches) beschränkt. Die Auskunft ersuchende Stelle muss bei ihrem Ersuchen den ihre Benutzungsberechtigung kennzeichnenden amtlichen Grund sowie die Mitgliedschaft der betroffenen Person in der anfragenden Religionsgemeinschaft angeben (§ 65 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 1 S. 3 PStG). Wegen der fakultativen Eintragung des Religionsmerkmals kann sich die Mitgliedschaft auch aus anderen Dokumenten oder Umständen ergeben, wie Eintragungen in Kirchenbüchern, im Melderegister oder einem vom Betroffenen behaupteten, aber nicht nachgewiesenen Kirchenaustritt. Das Standesamt hat nur eine eingeschränkte Prüfungscompetenz (Gaaz / Bornhofen, Personenstandsgesetz [o. Fn. 6], § 65, Rn. 7; Berkl, Personenstandsrecht [o. Fn. 10], Rn. 333), ein Nachweis ist seitens der ersuchenden Stelle nicht zu führen, zumal die Verantwortung für die Zulässigkeit der Übermittlung bei der kirchlichen Körperschaft liegt (§ 65 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 1 S. 4 PStG). Die Gefahr arbeitsrechtlicher Maßnahmen bei Kenntnisnahme von Registereintragungen (z.B. Lebenspartnerschaft, gleichgeschlechtliche Ehe) rechtfertigt eine Benutzungsversagung nicht, so Peter Kissner, Benutzung des Geburtseintrags durch kirchliche Stellen nach Eintragung eines Hinweises über die Verpartnerung, in: StAZ 2012, S. 213 (214). A. A.: Maria Sabine Augstein, Nochmals: Benutzung des Geburtseintrages durch kirchliche Stellen nach Eintragung eines Hinweises über die Verpartnerung, in: StAZ 2012, S. 386.

⁴⁷ Hans-Ulrich Gallwas, Zum Verhältnis von staatlichem und kirchlichem Datenschutzrecht – Zugleich einer Erwiderung auf Wolfgang Schatzschneiders Aufsatz „Staatliche Aufsicht und kirchliches Datenschutzrecht“ in

- 17 Die Vorschrift regelt sämtliche Benutzungersuchen öffentlich-rechtlicher Religionsgemeinschaften abschließend,⁴⁸ sofern diese nicht über ihre eigenen Angelegenheiten hinaus auch staatliche Aufgaben wahrnehmen, wie zum Beispiel im Friedhofsrecht. In diesen Fällen, in denen auch Nichtmitglieder ihrem hoheitlichen Handeln unterfallen, sind sie als Behörden im Sinne des § 65 Abs. 1 PStG anzusehen, so dass die Benutzungsbeschränkungen des Absatzes 2 keine Anwendung finden.
- 18 Mangels öffentlich-rechtlicher Verfasstheit ist eine Erstreckung des Behördenbegriffs und damit eine Anwendung des § 65 Abs. 1 und 2 PStG auf privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften ausgeschlossen. Auch eine Anwendung des § 62 PStG kommt nicht in Betracht, da die Vorschrift nur auf natürliche Personen abstellt.⁴⁹ Ein Benutzungsrecht ist aber – schon wegen der Nichteintragbarkeit privatrechtlicher Mitgliedschaftsverhältnisse – auch nicht geboten, da sich der Benutzungsanspruch der verfassten Religionsgemeinschaften nicht aus dem diesen wie auch den privatrechtlich organisierten Religionsgemeinschaften gleichermaßen zukommenden Selbstbestimmungsrecht,⁵⁰ sondern aus ihrem sie zu öffentlich-rechtlichem Handeln befähigenden Körperschaftsstatus ergibt und der Staat an diese Rechtsformenunterschiedlichkeit in zulässiger Weise anknüpfen kann.

BayVBl. 1980, S. 362, in: BayVBl. 1980, S. 423 (425); *Schatzschneider*, Kirchenautonomie (o. Fn. 10), S. 52 f.; *Arne Ziekow*, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, 2002, S. 130; *Arne Ziekow*, → § 33, Rn. 36–38.

⁴⁸ A. A. (Anwendung der für Private geltenden Benutzungsregelungen für die körperschaftlich verfassten Religionsgemeinschaften außerhalb ihrer Aufgabenwahrnehmung in öffentlich-rechtlicher Gestalt) zur alten Rechtslage: *Lorenz*, Personenstandswesen (o. Fn. 3), S. 717 (729); *von Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 3), S. 297.

⁴⁹ Begr. der BReg. zum PStRG, BT-Drs. 16/1831, S. 52; *Gaaz / Bornhofen*, Personenstandsgesetz (o. Fn. 6), § 62, Rn. 3.

⁵⁰ *von Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 3), S. 120.

II. Meldewesen

1. Rechtsgrundlagen

Das staatliche Melderecht wird durch das Bundesmeldegesetz⁵¹ (BMG) und die in § 55 BMG vorgesehenen Ausführungsgesetze der Länder geregelt. Anders als das von ihm abgelöste Melderrechtsrahmengesetz⁵² und die diesem vorausgegangenen Entwürfe eines Bundesmeldegesetzes⁵³ findet das BMG seine kompetenzrechtliche Grundlage seit der Föderalismusreform I⁵⁴ nicht mehr im Bereich der Rahmengesetzgebung nach Art. 75 GG, sondern in der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG. Mit der Kompetenzüberführung sollte der Entwicklung des Meldewesens von einem im beginnenden 19. Jahrhundert wurzelnden Instrument des Polizeirechts zu einer multifunktionalen Grundlagen- und Querschnittsverwaltung, deren rechtliche Regelung dem Verwaltungsverfahren zuzuordnen ist, Rechnung getragen werden.⁵⁵ Anders als das Personenstandswesen war das Meldewesen daher schon immer eine eigene Angelegenheit des Staates.⁵⁶

Die Religionsgemeinschaften finden durch das BMG im Wesentlichen nur bei den sie betreffenden Datenübermittlungstatbeständen (§ 4 Abs. 3, §§ 42, 55 Abs. 2 BMG) Erwähnung. Sie können weder als (Melde-)Behörden im Sinne des § 1 BMG noch als andere öffentliche

⁵¹ Bundesmeldegesetz (BMG), verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Fortentwicklung des Meldewesens (MeldFortG) v. 3.5.2013 (BGBl. I S. 1084), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 22.11.2019 (BGBl. I S. 1746). Das BMG ist gemäß Art. 4 MeldFortG am 1.5.2015 in Kraft getreten.

⁵² MRRG v. 16.8.1980 (BGBl. I S. 1429) i. d. F. d. B. v. 19.4.2002 (BGBl. I S. 1342).

⁵³ Vgl. Gesetzentwürfe der BReg. betr. Gesetz über das Meldewesen – BMG, v. 4.10.1971 (BT-Drs. 6/2654) und 4.10.1973 (BT-Drs. 7/1059).

⁵⁴ 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, v. 28.8.2006 (BGBl. I S. 2034).

⁵⁵ Begr. der BReg. zum Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Meldewesens (MeldFortG), BT-Drs. 17/7746, S. 26. Zur Geschichte des Melderechts vgl. insbesondere Begr. der BReg. zum Entwurf eines Melderrechtsrahmengesetzes (MRRG), BT-Drs. 8/3825, S. 12 ff.; *Meyer-Teschendorf*, Weitergabe (o. Fn. 42), S. 9 (33).

⁵⁶ *Lorenz*, Personenstandswesen (o. Fn. 3), S. 717 (718); *von Campenhause / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 3), S. 290.

Stellen nach § 34 Abs. 1 BMG angesehen werden.⁵⁷ Trotz fehlender ausdrücklicher Exemption folgt dies einmal daraus, dass das BMG durch die Formulierung eines gesonderten Übermittlungstatbestandes deutlich macht, dass es die Religionsgemeinschaften gerade nicht als öffentliche Stelle ansieht, zum anderen daraus, dass der gemäß § 34 Abs. 1 BMG auf § 2 BDSG verweisende Begriff der öffentlichen Stelle die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften, anders als der Behördenbegriff des PStG, nicht umfasst.⁵⁸

2. Die Erhebung des Religionsmerkmals im Melderegister

21 Die rechtliche Zugehörigkeit zu einer öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaft zählt gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 11 BMG zu den im Melderegister zu speichernden Daten.⁵⁹ In Parallele zur Entwicklung im Personenstandswesen werden Zugehörigkeiten zu privatrechtlich organisierten Religionsgemeinschaften nicht erfasst, ohne dass dies auf durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken stieße.⁶⁰ Problematisch wäre im Hinblick auf Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 7 WRV aber ein am Wortlaut des Gesetzes orientierter Ausschluss von körperschaftlich verfassten Weltanschauungsgemeinschaften aus der für öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften geltenden melderechtlichen Speicherungs- und Übermittlungssystematik.⁶¹

⁵⁷ Anders noch § 1 Abs. 3 des Entwurfs der BReg. betr. Entwurf eines BMG (o. Fn. 53), BT-Drs. 7/1059. Dazu *Meyer-Teschendorf*, Weitergabe (o. Fn. 42), S. 9 (32).

⁵⁸ *Arne Ziekow*, → § 33, Rn. 21 f.

⁵⁹ Handelt es sich um eine nicht nur steuerberechtigte, sondern eine tatsächlich steuererhebende Religionsgemeinschaft, wird für Zwecke der Bildung und Anwendung der elektronischen Lohnsteuerabzugsmerkmale darüber hinaus auch das Datum des Ein- und Austritts gespeichert, § 3 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a BMG. In diesen Fällen gelten für das Religionsmerkmal nicht die Lösungsregelungen des § 14 Abs. 2 S. 2 BMG (1 Jahr nach Tod oder Wegzug des Betroffenen), sondern die allgemeinen Aufbewahrungsregelungen nach § 13 Abs. 1 und 2 BMG.

⁶⁰ Vgl. zur ähnlichen Problematik im Personenstandswesen oben Rn. 3. Zusätzliche Rechtfertigung erfährt die Beschränkung daraus, dass nur öffentlich-rechtlich verfassten Religionsgemeinschaften ein Datenübermittlungsanspruch zusteht, dazu unter Rn. 28–30.

⁶¹ Deswegen wird trotz des ebenfalls auf öffentlich-rechtlich verfasste Religionsgemeinschaften beschränkten Wortlauts der einschlägigen Vorschriften des PStG dort die Eintragungsfähigkeit der Zugehörigkeit auch zu einer körperschaftlich verfassten Weltanschauungsgemeinschaft bejaht, vgl. oben

Anders als im Personenstandswesen ist das Religionsmerkmal **22** zwingend zu erheben, das Einverständnis des Meldepflichtigen ist nicht erforderlich (vgl. § 24 BMG). Der in der Datenerhebung ohne Einwilligung liegende Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht, dessen Schutz im Hinblick auf die Religionszugehörigkeit durch Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 136 Abs. 3 WRV noch verstärkt wird, bedarf aber der normativen Rechtfertigung.⁶²

Diese ergibt sich unmittelbar aus Art. 140 GG in Verbindung mit **23** Art. 136 Abs. 3 S. 2 WRV, da die rechtliche Zugehörigkeit zu einer öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaft – nicht aber die zu einer Weltanschauungsgemeinschaft – eines der für Zwecke der Bevölkerungsstatistik von den Meldeämtern an die statistischen Ämter gemäß § 4 BevStatG⁶³ zu übermittelnden Merkmale ist, mithin also eine „gesetzlich angeordnete statistische Erhebung“ die Erfassung des Religionsmerkmals erfordert.

Gleiches gilt in den Fällen, in denen es nach § 39e Abs. 2 S. 2 EStG, **24** § 3 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a BMG Aufgabe der Meldebehörde ist, das Religionsmerkmal an das Bundeszentralamt für Steuern zur Bereitstellung der Lohnsteuerabzugsmerkmale zu melden, sofern es sich um eine steuererhebende öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaft handelt. Da von der Erhebung des Religionsmerkmals Pflichten, nämlich die Erfüllung der Kirchensteuerpflicht, abhängen und es Aufgabe der erhebenden Stelle ist, die Voraussetzungen für die Erfüllung dieser Pflicht zu schaffen, ist die Erhebung insoweit unmittelbar durch Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 136 Abs. 3 S. 2 WRV gedeckt.⁶⁴

Rn. 2, Fn. 6. Sie folgt für das Melderegister bei körperschaftlich verfassten Weltanschauungsgemeinschaften auch aus deren Teilhabe am Datenübermittlungsanspruch, vgl. Rn. 28. A. A. *Werner Süßmuth*, Bundesmeldegesetz, Stand Mai 2016, § 3, Rn. 50; ebenso zum MRRG wohl *Lorenz*, Personenstandswesen (o. Fn. 3), S. 717 (725); unklar *von Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 3), S. 297, Fn. 50.

⁶² Vgl. Art. 6 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung – EU-DSGVO), ABl. EU L 119/1.

⁶³ S. oben Fn. 18 f.

⁶⁴ *Lorenz*, Personenstandswesen (o. Fn. 3), S. 717 (721); *von Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 3), S. 298; *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2018, Art. 136 WRV, Rn. 21; *Peter Unruh*, in: Hermann von Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, Kommentar

- 25 Soll das Religionsmerkmal jenseits dieser Fallgruppen im Rahmen der allgemeinen melderechtlichen Erfassung erhoben werden, genügt Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 136 Abs. 3 S. 2 WRV als Grundlage für den Eingriff nicht, vielmehr bedarf es einer speziellen Ermächtigung,⁶⁵ die in § 2 Abs. 4, § 3 Abs. 1 Nr. 11 BMG zu finden ist. Gerechtfertigt ist die Erhebung, wenn sie zum Zwecke der Feststellung des Mitgliederbestandes als Voraussetzung für die nach dem Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften zu ihrem Auftrag zählende Entfaltung des öffentlich relevanten und als solchen verfassungsrechtlich anerkannten Wirkens der Kirchen und Religionsgemeinschaften in die Gesellschaft hinein erfolgt⁶⁶ und damit der Verwirklichung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts dient.⁶⁷
- 26 Die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit des so begründeten melderechtlichen Informationsverbundes zwischen Staat und körperschaftlich verfassten Religionsgemeinschaften setzt allerdings eine auf die Freiwilligkeit der Mitgliedschaft aufbauende, die Mitglieder innergemeinschaftlich treffende, rechtsverbindliche Meldepflicht und die Möglichkeit, dieser durch Anmeldung gegenüber den staatlichen Meldebehörden zu genügen, voraus.⁶⁸
- 27 Neben dieser verfassungsermächtigten Datenerhebung rechtfertigt auch die verfassungsgeboteene Erhebung zur Erfüllung des kirchli-

zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber / Andreas Voßkuhle, Bd. 3, Art. 136 WRV, Rn. 36 f.

⁶⁵ Meyer-Teschendorf, Weitergabe (o. Fn. 42), S. 9 (54); Lorenz, Personenstandswesen (o. Fn. 3), S. 717 (725).

⁶⁶ Lorenz, ebd., S. 717 (725); von Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 3), S. 298; zum Öffentlichkeitsauftrag z.B. Klaus Schlaich, Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen, in: HSKR², Bd. II, S. 131 (160 ff.); Karl-Hermann Kästner, Die Geltung von Grundrechten in kirchlichen Angelegenheiten, in: JuS 1977, S. 715 (717); Martin Morlok, → § 35.

⁶⁷ Es handelt sich insoweit um verfassungsrechtlich verankerte Ziele staatlich anerkannter Religionsgemeinschaften i. S. d. Erwägungsgrundes 55 zur Datenschutz-Grundverordnung, weshalb die Verarbeitung (und damit die Erhebung, vgl. Art. 4 Nr. 2 EU-DSGVO) der Meldedaten auch nach Art. 6 EU-DSGVO zulässig ist; Arne Ziekow, → § 33, Rn. 45 f.

⁶⁸ Lorenz, Personenstandswesen (o. Fn. 3), S. 717 (725 f.). Vgl. z.B. §§ 5, 16 Abs. 1 des Kirchengesetzes über die Kirchenmitgliedschaft, das kirchliche Meldewesen und den Schutz der Daten der Kirchenmitglieder (Kirchengesetz über die Kirchenmitgliedschaft) v. 10. 11. 1976 (ABl. EKD S. 389), geändert durch Kirchengesetz v. 8. 11. 2001 (ABl. EKD S. 486); § 3 der Anordnung über das kirchliche Meldewesen (Kirchenmeldewesenanordnung) – KMAO – v. 17. 10. 2005 (ABl. Erzbistum Berlin 11/2005, Nr. 160, S. 129), zuletzt geändert am 25. 8. 2015 (ABl. Erzbistum Berlin 10/2015, Nr. 109, S. 61).

chen Datenübermittlungsanspruchs zum Zwecke der Feststellung der Kirchensteuerpflicht den staatlichen Grundrechtseingriff.⁶⁹

3. Der Datenübermittlungsanspruch

Der Datenübermittlungsanspruch der Kirchen und öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften ergibt sich aus Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 6 WRV. Wegen des Wegfalls der dort aufgeführten bürgerlichen Steuerlisten sind den Kirchen zur Gewährleistung ihres Besteuerungsrechts die dafür notwendigen Daten zu übermitteln.⁷⁰ Dazu zählt auch die Kirchenmitgliedschaft als Grundvoraussetzung der Besteuerung. Der Datenübermittlungsanspruch steht nicht nur den sich der staatlichen Finanzverwaltung bedienenden steuererhebenden, sondern allen steuerberechtigten körperschaftlich verfassten Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu.⁷¹ Dies wegen des Zweckentfremdungsverbots⁷² der auf dieser Grundlage erhobenen Daten allerdings nur für Zwecke der Eigenerhebung von Steuern oder vergleichbaren mitgliederbezogenen Abgaben.

Für die im melderechtlichen Informationsverbund verfassungsermächtigt erhobenen Daten besteht kein Übermittlungsanspruch.⁷³

⁶⁹ Lorenz, Personenstandswesen (o. Fn. 3), S. 717 (721 und 725); von Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 3), S. 297; Süßmuth, Bundesmeldegesetz (o. Fn. 61), § 3, Rn. 45.

⁷⁰ Felix Hammer, → § 72, Rn. 23; ders., Rechtsfragen der Kirchensteuer, 2002, S. 221, Anm. 220; Hans Michael Heinig, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003, S. 314; Meyer-Teschendorf, Weitergabe (o. Fn. 42), S. 9 (22); Axel Frhr. von Campenhausen, Staat und Kirche im Meldewesen, in: Im Dienst an Recht und Staat. Festschrift für Werner Weber zum 70. Geburtstag, hg. von Hans Schneider / Volkmars Götze, 1974, S. 477 (480); Morlok, in: Dreier (o. Fn. 64), Art. 137 WRV, Rn. 121; Klaus M. Medert / Werner Süßmuth, Melderecht des Bundes und der Länder, Stand Juni 2014, § 19 MRRG, Rn. 11.

⁷¹ So auch die ablehnende Gegenäußerung der BReg. im Gesetzgebungsverfahren des BMG zum Vorschlag des Bundesrats, die Datenerhebung und -übermittlung auf steuererhebende Religionsgemeinschaften zu beschränken: BT-Drs. 17/7746, S. 51 und 60. Auch deshalb muss die Zugehörigkeit zu öffentlich-rechtlich verfassten Weltanschauungsgemeinschaften im Melderegister eintragungsfähig sein, vgl. oben Rn. 21.

⁷² Zum Zweckentfremdungsverbot vgl. BVerfGE 65, 1 (46); 118, 168 (188); Arne Ziekow, → § 33, Rn. 1 mit Fn. 2 und Rn. 33.

⁷³ Hans-Ulrich Evers, Probleme des Datenschutzes zwischen Staat und Kirche, in: ZevKR 25 (1980), S. 173 (198); Meyer-Teschendorf, Weitergabe (o.

Über die Besteuerungsdaten hinausgehende allgemeine kirchliche Datenübermittlungsansprüche ergeben sich allerdings vielfach aus Staat-Kirche-Verträgen.⁷⁴

- 30 Weil der Datenübermittlungsanspruch an das Steuererhebungsrecht und dieses gemäß Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 6 WRV an den öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus anknüpft, können sich privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften auf ihn nicht berufen.

4. Voraussetzungen der staatlichen Datenübermittlung an Religionsgemeinschaften

a) Datenübermittlung nur an öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften

- 31 Die staatliche Datenweitergabe stellt sich, auch soweit sie in Erfüllung des Datenübermittlungsanspruchs erfolgt, erst recht aber, wenn sie auf bloßer Verfassungsermächtigung beruht, als Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht bzw. das Datenschutzgrundrecht des Betroffenen dar. Die Wahrnehmung der staatlichen Daten-Garantenstellung⁷⁵ erfolgt bereits dadurch, dass die Datenübermittlung nach § 42 BMG, die ausweislich des Wortlautes („auch regelmäßig übermitteln“) sowohl die regelmäßige als auch die einzel-fallbezogene Übermittlung sowie nach Absatz 4a⁷⁶ die Übermittlung zum einmaligen Abgleich umfasst, nur an Religionsgemeinschaften erfolgen darf, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, und nach Absatz 1 zunächst einmal nur Daten von deren Mitgliedern umfasst. Die Rechtfertigung für diese Beschränkung ergibt sich daraus,

Fn. 42), S. 9 (18); a. A. *Christian Meyer*, Bemerkungen zum Kirchenmitgliedschaftsrecht, in: ZevKR 27 (1982), S. 225 (234).

⁷⁴ Vgl. z. B. Art. 25 des Vertrages des Landes Berlin mit der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz (Evangelischer Kirchenvertrag Berlin) v. 20. 2. 2006 (KABl. EKBO S. 150; GVBl. S. 715).

⁷⁵ Vgl. oben Rn. 16 und *Arne Ziekow*, → § 33, Rn. 36 f.

⁷⁶ Eingefügt durch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Fortentwicklung des Meldewesens, vom 20. 11. 2014 (BGBl. I S. 1738), findet die Vorschrift ihre Begründung in der für die Datenübermittlung zur Anwendung kommenden Standards OSCI-XMeld und OSCI-Transport, vgl. Beschlussfassung und Bericht des Innenausschusses (4. Ausschuss), BT-Drs. 18/2009, S. 7; *Jörgen Breckwoldt* (Hg.), Melderechts-Kommentar, 2. Aufl. 2017, § 42 BMG, Rn. 31.

dass nur öffentlich-rechtlichen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften aufgrund ihrer Steuerberechtigung gegenüber ihren Mitgliedern ein Datenübermittlungsanspruch zukommt. Da der Staat zulässigerweise nur die Zugehörigkeit zu körperschaftlich verfassten Gemeinschaften erhebt, muss die Übermittlung aus Gründen der Zweckbindung auf die Daten der Mitglieder derartiger Körperschaften beschränkt bleiben, auch wenn die Erhebung nicht verfassungsgeboten, sondern verfassungsermächtigt war.⁷⁷

Privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften sind damit nicht rechtlos gestellt, sondern können Melderegisterauskünfte nach den §§ 44, 45 BMG anfordern.⁷⁸ Die Entscheidung über die Auskunftserteilung ist nur dann ermessensfehlerfrei, wenn sie die auch privatrechtlich organisierten Religionsgemeinschaften zukommende Selbstbestimmungsgarantie des Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 3 WRV⁷⁹ hinreichend berücksichtigt und dem durch das Selbstverständnis bestimmten Auftrag Rechnung trägt.⁸⁰ Entsprechendes gilt für die privatrechtlich organisierten Einrichtungen der körperschaftlich verfassten Religionsgemeinschaften.

32

b) Datenübermittlung nur zur Aufgabenerfüllung

Darüber hinaus ist die Datenübermittlung nach § 42 BMG nur zur Erfüllung der Aufgaben der öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften zulässig. Durch die Verweisung auf § 34 Abs. 1 BMG gilt hier wie bei der Datenübermittlung an andere öffentliche Stellen auch, dass diese für die in der Zuständigkeit des Empfängers liegenden öffentlichen Aufgaben erforderlich sein muss. Darunter fällt potentiell die gesamte vom Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften umfasste und durch ihr Selbstverständnis definierte Tätigkeit,⁸¹ was durch den Verweis auf die „Erfüllung ihrer Aufgaben“ in § 42 Abs. 1 BMG klargestellt wird und zugleich die Überprüfungs-

33

⁷⁷ Meyer-Teschendorf, Weitergabe (o. Fn. 42), S. 9 (46).

⁷⁸ Lorenz, Personenstandswesen (o. Fn. 3), S. 717 (732); Süßmuth, Bundesmeldegesetz (o. Fn. 61), § 44, Rn. 11; Breckwoldt, Melderechts-Kommentar (o. Fn. 76), § 42 BMG, Rn. 7.

⁷⁹ von Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 3), S. 120.

⁸⁰ Vergleichbare Erwägungen sind auch bei der Entscheidung anzustellen, ob ein berechtigtes Interesse i. S. d. § 45 BMG (erweiterte Melderegisterauskunft) vorliegt.

⁸¹ von Campenhausen, Meldewesen (o. Fn. 70), S. 477 (486).

möglichkeit der übermittelnden Stelle stark einschränkt.⁸² Deshalb ist die Datenübermittlung nicht nur für die verfassungsgeboten erhobenen und dem Datenübermittlungsanspruch unterfallenden steuerrelevanten Daten ohne Verstoß gegen das Zweckentfremdungsverbot möglich, sondern auch für solche, die innerhalb des melderechtlichen Informationsverbundes verfassungsermächtigt für andere Aufgaben erhoben wurden, soweit diese nach dem Selbstverständnis der empfangenden Religionsgemeinschaft zu ihrem Auftrag gehören, seien es solche seelsorgerlicher, karitativer, kultureller oder sozialer Zwecksetzung aber auch solche der Selbstorganisation.⁸³ Ausgeschlossen ist eine Datenübermittlung zu arbeitsrechtlichen Zwecken.⁸⁴

- 34** Nimmt die Religionsgemeinschaft über ihre Aufgaben hinaus auch solche des Staates wahr, wird sie wegen ihres besonderen Körperschaftsstatus nicht zur öffentlichen Stelle im Sinne des § 34 BMG. Denn der Körperschaftsstatus gliedert sie gerade nicht in die mittelbare Staatsverwaltung ein und wandelt sich auch nicht bei Wahrnehmung staatlicher Aufgaben.⁸⁵ Die positiv-rechtliche Unanwendbarkeit des Begriffs der öffentlichen Stelle auf die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften vollzieht dies nach. Soweit diese aber bei der Aufgabenerfüllung andere als die nach § 42 BMG zu übermittelnden Daten benötigen, kommt es zur entsprechenden Anwendung

⁸² *Breckwoldt*, Melderechts-Kommentar (o. Fn. 76), § 42 BMG, Rn. 21; ebenso für das MRRG *Medert / Süßmuth*, Melderecht (o. Fn. 70), § 19 MRRG, Rn. 27 f. Gesetzestechisch ist der doppelte Verweis auf die Aufgaben der datenempfangenden Religionsgemeinschaften wie schon unter § 19 MRRG nicht glücklich. Eigenständige Bedeutung kommt der Verweisung auf die für öffentliche Stellen geltende Norm nur zu, soweit diese bei auch hoheitlichem Handeln der Religionsgemeinschaft entsprechend anwendbar ist, vgl. dazu Rn. 34.

⁸³ *Lorenz*, Personenstandswesen (o. Fn. 3), S. 717 (732); *von Campenhauen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 3), S. 299; *Medert / Süßmuth*, Melderecht (o. Fn. 70), § 19 MRRG, Rn. 26.

⁸⁴ Vgl. zu den Gründen dieser erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen des Änderungsgesetzes v. 20. 11. 2014 (o. Fn. 76) in § 42 Abs. 1 Hs. 1 BMG aufgenommenen Einschränkung (Besorgnis von beruflichen Nachteilen bei Übermittlung des Lebenspartnerschaftsdatums) die Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs. 102/14, S. 4 und Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses (4. Ausschuss), BT-Drs. 18/2009, S. 7. Ob vor diesem Hintergrund die Erstreckung des Ausschlusses auf den gesamten Datenkatalog dem Erfordernis der Herstellung praktischer Konkordanz entspricht, ist zweifelhaft, so *Arne Ziekow*, Daten und Datenschutz, Meldewesen und Archivwesen (§ 28), in: HEKR, Rn. 38 mit Fn. 133.

⁸⁵ *Ziekow*, Datenschutz (o. Fn. 47), S. 81; zum Körperschaftsstatus oben unter Rn. 15.

des § 34 BMG⁸⁶ mit der aus dem Zweckbindungsgrundsatz folgenden Konsequenz der Verwendungsbeschränkung für „hoheitliche“ Zwecke. Eine Datenübermittlung nach § 42 BMG ist ausgeschlossen bei Aufgaben außerhalb des spezifischen Auftrages der Religionsgemeinschaft, insbesondere bei Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr.⁸⁷ Hier finden die Regelungen über die Melderegisterauskünfte (§§ 44 f. BMG) Anwendung.

c) Datenübermittlungskataloge

Ferner müssen die zu übermittelnden Daten vom Katalog des § 42 Abs. 1 und 2 sowie des § 4 Abs. 3 BMG umfasst sein. Die Beschränkung der zu übermittelnden Daten ist Ausdruck der Wahrnehmung der staatlichen Daten-Garantenstellung. Bei der Aufstellung dieses Kataloges ist allerdings zu beachten, dass nicht nur die steuerrechtlich relevanten Grunddaten zur Erfüllung des Datenübermittlungsanspruchs enthalten sein müssen, sondern dass die Festlegung der für ihre darüber hinaus gehende Aufgabenerfüllung notwendigen Daten als Ausfluss des zum klassischen Bestand der eigenen Angelegenheiten zählenden Mitgliedschaftsrechts⁸⁸ ebenfalls grundsätzlich eigene Angelegenheit der Religionsgemeinschaften im Sinne des Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 3 WRV ist.⁸⁹ Der Staat darf auch im Rahmen einer bloß verfassungsermächtigten Datenübermittlung seine Leistungen aber nicht mit Auflagen verbinden, die die Religionsgemeinschaften zum Verzicht oder zur Einschränkung ihres Selbstbestimmungsrechts nötigten, denn dadurch verstieße er gegen

35

⁸⁶ Ebenso wohl *Breckwoldt*, Melderechts-Kommentar (o. Fn. 76), § 42 BMG, Rn. 8. A. A. (unmittelbare Anwendung) *Medert / Süßmuth*, Melderecht (o. Fn. 70), § 19 MRRG, Rn. 15.

⁸⁷ *Lorenz*, Personenstandswesen (o. Fn. 3), S. 717 (733); *von Campenhause / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 3), S. 299.

⁸⁸ BVerfGE 30, 416 (422); *von Campenhause / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 3), S. 299; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 64), Art. 137 WRV Rn. 51; *Stefan Koriath*, → § 16, Rn. 24.

⁸⁹ *Gerhard Robbers*, Das Datenschutzrecht und die Kirchen in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Europäisches Datenschutzrecht und die Kirchen*, hg. von Gerhard Robbers, 1994, S. 33 (37 f.). Das diesbezügliche Selbstverständnis findet seinen Ausdruck auch in kirchlichen Rechtsvorschriften, vgl. z. B. § 14 Abs. 1 Kirchenmitgliedschaftsgesetz (o. Fn. 68) i. V. m. den Datenkatalogen der Verordnung über die in das Gemeindegliederverzeichnis aufzunehmenden Daten der Kirchenmitglieder mit ihren Familienangehörigen v. 24. 6. 2016 (ABl. EKD S. 166); § 5 Abs. 3 KMAO (o. Fn. 68).

seine weltanschaulich-religiöse Neutralitätspflicht.⁹⁰ Letztlich muss es daher bereits bei Aufstellung des Übermittlungskataloges zu einer Abwägung der kollidierenden Rechtsgüter des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts und des vom Staat im Rahmen seiner Daten-Garantenstellung zu gewährleistenden informationellen Selbstbestimmungsrechts kommen.

36 Im Ergebnis dieser Abwägung stellt das Gesetz unterschiedliche Datenkataloge für Mitglieder und deren Familienangehörige auf und schränkt den Umfang der zu übermittelnden Daten für nicht der datenempfangenden Religionsgemeinschaft angehörende Familienangehörige deutlich ein. Er muss dabei so umfassend sein, dass die Religionsgemeinschaften ihr Steuererhebungsrecht auch in konfessions- oder glaubensverschiedenen Ehen oder Lebenspartnerschaften durchsetzen können.⁹¹ Insoweit umfasst der Datenübermittlungsanspruch auch die Daten der nicht zugehörigen Familienangehörigen, ohne dass diesen ein Widerspruchsrecht zustünde (vgl. § 42 Abs. 3 S. 3 BMG).

37 Im Bereich der verfassungsermächtigten Datenerhebung und -übermittlung fehlt es allerdings naturgemäß an der den melderechtlichen Informationsverbund rechtfertigenden innerkirchlichen Anmeldeverpflichtung des der Religionsgemeinschaft nicht angehörenden Familienmitgliedes. Zwar ist bei der Festlegung des Datenübermittlungskataloges zu berücksichtigen, dass die Kirchen und Religionsgemeinschaften nach ihrem Selbstverständnis zumindest in Umrissen Kenntnis von der familiären Situation ihrer Mitglieder benötigen, um ihrem Auftrag gerecht werden zu können,⁹² und die Definition des kirchlichen Familienverbundes grundsätzlich eigene Angelegenheit der Religionsgemeinschaften ist.⁹³ Doch ist im Rahmen der Abwägung zwischen kirchlichem und informationellem Selbstbestimmungsrecht dem Umstand der Nichtzugehörigkeit der Betroffenen zur datenempfangenden Religionsgemeinschaft durch eine Beschränkung des Übermittlungskataloges auf das zur Wahrnehmung

⁹⁰ *Gerhard Robbers*, Förderung der Kirchen durch den Staat, in: HSKR², Bd. 1, S. 867 (882).

⁹¹ *Medert / Süßmuth*, Melderecht (o. Fn. 70), § 19 MRRG, Rn. 43/44.

⁹² *Medert / Süßmuth*, ebd., § 19 MRRG, Rn. 38.

⁹³ Vgl. z.B. § 1 S. 1 Gemeindegliederverzeichnisverordnung EKD (o. Fn. 89). Deshalb ist die vom kirchlichen Selbstverständnis abweichende Definition des Familienverbundes in § 42 Abs. 3 BMG problematisch, vgl. dazu *Ziekow*, Daten und Datenschutz (o. Fn. 84), § 28, Rn. 43.

des kirchlichen Auftrages im Hinblick auf das Mitglied notwendige Maß Rechnung zu tragen.

Auch das den Familienangehörigen im Rahmen der verfassungs-ermächtigten Datenübermittlung eingeräumte Widerspruchsrecht gemäß § 42 Abs. 3 S. 2 BMG, auf das der Staat hinzuweisen hat, dient dem Ausgleich der kollidierenden Rechtsgüter.⁹⁴ Dieses führt zudem dazu, dass bei erklärtem Widerspruch die für steuerliche Zwecke übermittelten Daten im Bereich der bloß verfassungsermächtigten Datenerhebung und -übermittlung trotz Datenidentität an sich keine Verwendung finden dürfen.⁹⁵

Zu den nach § 42 Abs. 1 und 2 BMG zu übermittelnden Daten zählen auch Auskunftssperren und Sperrvermerke nach §§ 51 f. BMG.⁹⁶ Die empfangenden Religionsgemeinschaften rücken mit der Übernahme der Daten in die Daten-Garantenstellung des Staates ein und haben die Einhaltung der Sperre zu gewährleisten. Obwohl die Sperre des § 42 Abs. 3 S. 2 BMG vom Datenübermittlungskatalog der Absätze 1 und 2 nicht erfasst wird, ist auch sie mit zu übermitteln, da schutzwürdige Belange wegen der Nichtübermittlung der persönlichen Daten nicht beeinträchtigt werden.⁹⁷ Dementsprechend ist die Übermittlung mit den Bestandsdaten nach § 42 Abs. 4a S. 2 BMG ausdrücklich vorgesehen.

Die Länder haben aufgrund der Öffnungsklausel des § 55 Abs. 2 BMG die Möglichkeit, zu anderen Abwägungsergebnissen zu kommen und erweiterte Übermittlungskataloge festzulegen. Insbesondere wenn die bestehenden Staat-Kirche-Verträge umfangreichere Datenkataloge als das BMG vorsehen,⁹⁸ werden die Länder zur Erweiterung gehalten sein. Die Verträge enthalten vielfach auch Regelungen

⁹⁴ Meyer-Teschendorf, Weitergabe (o. Fn. 42), S. 9 (48 mit Fn. 149a).

⁹⁵ Lorenz, Personenstandswesen (o. Fn. 3), S. 717 (733). Weitergehend Reiner Belz, Bundesmeldegesetz, 2016, Rn. 117: Den Religionsgemeinschaften obliegt der Nachweis der kirchensteuerrechtlichen Erforderlichkeit für jedes einzelne Datum.

⁹⁶ Vgl. dazu Jürgen Bahl, Auskunfts- und Übermittlungssperren nach dem ab dem 1.5.2015 geltenden Bundesmeldegesetz – ein erster Überblick, in: LKV 2013, S. 385 ff. Einschränkungen für die Übermittlung ergeben sich aus § 42 Abs. 4 i.V.m. § 34 Abs. 5 BMG bei Eintragung der Sperre auf Veranlassung von Sicherheitsbehörden.

⁹⁷ Medert / Süßmuth, Melderecht (o. Fn. 70), § 19 MRRG, Rn. 39b.

⁹⁸ Vgl. z.B. Schlussprotokoll zu Art. 25 Evangelischer Kirchenvertrag Berlin (KABl. EKBO 2006 S. 150; GVBl. 2007 S. 176). Dazu Martin Richter / Arne Ziekow, Der Evangelische Kirchenvertrag Berlin, in: ZevKR 53 (2008), S. 1 (20 ff.).

zur Gebührenfreiheit der Datenübermittlung,⁹⁹ die nicht schon zwingende Folge des Datenübermittlungsanspruchs ist.

d) Ausreichende Datenschutzmaßnahmen

- 41 Schließlich ist eine Datenübermittlung nach § 42 Abs. 5 BMG nur zulässig, wenn bei den Datenempfängern ausreichende Datenschutzmaßnahmen getroffen worden sind. Hinreichend aber auch genügend dafür ist die Umsetzung des Gewährleistungsinhalts des europäischen Datenschutzgrundrechts.¹⁰⁰

5. Weitere Übermittlungen in Bezug auf das Religionsmerkmal

- 42 Das Religionsmerkmal ist Bestandteil des zwischen den Meldebehörden vorgeschriebenen Rückmeldeverfahrens (§ 33 Abs. 1 und 2 BMG), nicht jedoch der einfachen oder erweiterten Melderegisterauskunft (§§ 44, 45 BMG) oder einer der gesetzlich vorgeschriebenen Bescheinigungen (§§ 18, 24 Abs. 2, § 30 Abs. 2 BMG). Die Übermittlung an andere öffentliche Stellen ist nur zulässig, wenn sie zu deren Aufgabenerfüllung unabdingbar ist (§ 34 Abs. 3 BMG). Dies dürfte wohl nur zum Zwecke der Bildung und Anwendung der elektronischen Lohnsteuerabzugsmerkmale gemäß § 39e Abs. 2 und 3 EStG der Fall sein.¹⁰¹ Diese Übermittlungsbeschränkung ist Ausdruck der Zweckbezogenheit der Erhebung des Religionsmerkmals.
- 43 Kirchnaustritte sind von der für die Entgegennahme nach Landesrecht zuständigen staatlichen Stelle der zuständigen Meldebehörde mitzuteilen,¹⁰² die das Melderegister entsprechend fortzuschreiben hat (§ 6 Abs. 1 BMG). Handelt es sich um eine steuererhebende Reli-

⁹⁹ Vgl. z.B. Art. 25 S. 3 Evangelischer Kirchenvertrag Berlin mit der Einschränkung durch Abs. 4 des Schlussprotokolls zu Art. 25 (vgl. die Nachweise o. Fn. 74 und 98).

¹⁰⁰ Ziekow, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 22), S. 416; Arne Ziekow, → § 33, Rn. 46.

¹⁰¹ Zur alten Rechtslage so schon Lorenz, Personenstandswesen (o. Fn. 3), S. 717 (726).

¹⁰² Vgl. z.B. § 5 Abs. 2 S. 2 des Gesetzes zur Regelung des Austritts aus Kirchen, Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsgemeinschaften des öffentlichen Rechts (Kirchnaustrittsgesetz – KiAustrG [NRW]) v. 26. 5. 1981 (GVBl. S. 260), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 1. 4. 2014 (GVBl. S. 251).

gionsgemeinschaft, ist das Datum des Austritts nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a BMG zu speichern.

Das Religionsmerkmal und die empfangenden Religionsgemeinschaften werden vom Auskunftsanspruch des Betroffenen nach § 10 BMG i.V.m. Art. 15 EU-DSGVO umfasst.

44

Als Kehrseite des melderechtlichen Informationsverbundes verpflichten sich die Kirchen zur Übermittlung der von ihnen eigenthaltenen Daten, insbesondere der Amtshandlungsdaten an die staatlichen Meldebehörden.¹⁰³ Die Voraussetzungen hierfür ergeben sich aus den kirchlichen Rechtsvorschriften, insbesondere den Datenschutznormen.

45

¹⁰³ Vgl. § 4 Abs. 1 KMAO; § 16 Abs. 5 Kirchenmitgliedschaftsgesetz (beide o. Fn. 68).

§ 33

Datenschutzrecht

Von Arne Ziekow

A. Das Datenschutzrecht des Staates	1–8
I. Verfassungs- und primärrechtliche Vorgaben	1–3
1. Nationales Recht	1–2
2. Europäisches Recht	3
II. Einfachgesetzliche und sekundärrechtliche Regelungen	4–8
1. Nationales Datenschutzrecht	4–5
2. Europäisches Datenschutzrecht	6–8
B. Religionsverfassungsrechtlicher Rahmen	9–40
I. Die Anwendbarkeit staatlichen Datenschutzrechts	9–16
1. Die Kirchen als Datenverarbeiter	9–10
2. Der sekundärrechtliche Geltungsanspruch	11–14
3. Primärrechtliche Vorgaben	15–16
II. Religionsverfassungsrechtlicher Status und Datenschutzrecht in Deutschland	17–40
1. Datenschutz als eigene Angelegenheiten	17–19
a) Bei Körperschaftlich verfassten Kirchen und Religionsgemeinschaften	17
b) Bei zugeordneten Einrichtungen	18
c) Bei privatrechtlich organisierten Religionsgemeinschaften	19
2. Kirchlicher Datenschutz im Rahmen der für alle geltenden Gesetze	20–27
a) Schweigen des Gesetzes	20
b) Anwendbarkeit auf die Körperschaftlich verfassten Kirchen und Religionsgemeinschaften	22–25
c) Anwendbarkeit auf zugeordnete Einrichtungen und privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften	26–27

3. Verfassungsrechtliche Vorgaben	28–33
a) Für körperschaftlich verfasste Kirchen und Religionsgemeinschaften	28–30
b) Für zugeordnete Einrichtungen	31–32
c) Für privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften	33
4. Bindungen der Kirchen und Religionsgemeinschaften	34–40
a) An den Grundrechtskern	34–37
b) An das informationelle Selbstbestimmungsrecht	38
c) Bei den zugeordneten Einrichtungen und privat- rechtlich organisierten Religionsgemeinschaften	39–40
C. Freiheit und Bindung im datenschutzrechtlichen Mehrebenen-System	41–54
I. Die Freiheit der bedingten Exemption	41–49
1. Die Legitimität der Bedingung	41–43
2. Der verfassungsrechtliche Rahmen der Bedingung	44–49
a) Bei eigenerhobenen oder nicht-staatlich übermittelten Daten	44–46
b) Bei staatlich übermittelten Daten	47–49
II. Die Bindungen der gelenkten Selbstbestimmung	50–54

A. Das Datenschutzrecht des Staates

I. Verfassungs- und primärrechtliche Vorgaben

1. Nationales Recht

- 1 „Freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus. Dieser Schutz ist daher von dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG umfasst. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“. Mit diesen Worten umschreibt das Bundesverfassungsgericht in seinem Volkszählungsurteil¹ aus dem Jahr 1983 das von ihm so genannte „Recht auf informa-

¹ BVerfGE 65, 1 (43).

tionelle Selbstbestimmung“², das es seither in zahlreichen Entscheidungen verfestigt und ausgebaut hat.³

Als Einzelverbürgung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁴ dient das informationelle Selbstbestimmungsrecht dem Schutz und der Konkretisierung der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG als des alle Grundrechte beherrschenden obersten Konstitutionsprinzips.⁵ Als solches verstärkt Art. 1 Abs. 1 GG den grundrechtlichen Gewährleistungsinhalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, der Eingriffen zwar grundsätzlich zugänglich ist, dies jedoch nur unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit.⁶ Zugleich beschreibt der als uneinschränkbares Grundrecht wirkende Art. 1 Abs. 1 GG jedoch einen letzten unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung, in den selbst im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit nicht eingegriffen werden darf und bei dem eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht stattfindet.⁷ Denn soweit sich aus dem Verwendungszusammenhang eines Datums eine Objektivierung des Menschen ergibt, so dass er nicht mehr Subjekt, sondern bloßes Objekt und als solches Mittel zum Zweck ist, ist die Würde des Menschen als der Eigenwert verletzt, der dem Menschen um

2

² Zum Kernbestand des durch das BVerfG herausgearbeiteten Gewährleistungsinhaltes zählen insbesondere der Grundsatz der Irrelevanz der Formen des Datenumgangs (BVerfGE 65, 1 [42 f.]; 78, 77 [84]; 118, 168 [184]) und der Datenarten (BVerfGE 65, 1 [45]; 120, 378 [399]; 128, 1 [45]), das Gebot der Normenklarheit für im überwiegenden Allgemeininteresse liegende Eingriffsermächtigungen und der Grundsatz der Zweckumschreibung für die Verwendung der betroffenen Daten durch die Eingriffsgrundlage (BVerfGE 65, 1 [44 f.]; 103, 21 [33]; 120, 351 [363]; 128, 1 [47]), der Zweckbindungsgrundsatz für die einmal erhobenen beziehungsweise gespeicherten Daten und ihre weitere Verwendung (BVerfGE 65, 1 [46]; 118, 168 [187]) und das aus Zweckumschreibungs- und Zweckbindungsgebot folgende Zweckentfremdungsverbot (BVerfGE 65, 1 [46]; 118, 168 [188]); ferner verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen wie Aufklärungs-, Auskunft- und Löschungspflichten (BVerfGE 65, 1 [46]) sowie die Beteiligung unabhängiger Datenschutzbeauftragter (BVerfGE 65, 1 [46]).

³ Vgl. nur BVerfGE 78, 77 ff.; 84, 192 ff. und aus jüngerer Zeit BVerfGE 118, 168 ff.; 120, 274 ff.; 128, 1 ff.; 130, 151 ff. Zahlreiche Landesverfassungen haben darüber hinaus ausdrücklich ein Grundrecht auf Datenschutz aufgenommen, vgl. z.B. Art. 33 Verf. Berlin; weitere Nachweise bei *Peter Gola / Rudolf Schomerus*, BDSG. Kommentar, 12. Aufl. 2015, Einl. Rn. 3.

⁴ BVerfGE 65, 1 (43); 78, 77 (84); 84, 192 (194) und aus jüngerer Zeit BVerfGE 120, 351 (359 f.); 128, 1 (42).

⁵ BVerfGE 65, 1 (41).

⁶ BVerfGE 27, 344 (351); 34, 238 (246); 96, 56 (61); 96, 171 (182).

⁷ BVerfGE 34, 238 (245); 75, 369 (380); 80, 367 (373); 103, 21 (31).

seiner selbst willen und nicht um anderer Güter und Zwecke willen zukommt.⁸

2. Europäisches Recht

- 3 Auf europäischer Ebene bilden Art. 16 AEUV und Art. 8 EU-GRC ein europäisches Datenschutzgrundrecht ab.⁹ Dieses bietet Abwehrschutz gegenüber hoheitlichem Handeln, aber auch Anspruch auf staatlichen Schutz vor Beeinträchtigungen.¹⁰ Geschützt sind die personenbezogenen Daten, darunter fallen alle Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare (natürliche) Person.¹¹ Damit erfolgt keine Ableitung des Grundrechts aus dem Schutz der Privatsphäre mehr, wie sie seit der Datenschutz-Konvention des Europarates fester Bestandteil europäischen Rechts war.¹² Dies findet Ausdruck

⁸ Vgl. BVerfGE 27, 1 (6); Arne Ziekow, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, 2002, S. 124.

⁹ Gernot Sydow, in: ders. (Hg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung. Kommentar, 2. Aufl. 2018, Einl., Rn. 7. Wesentliche Bestandteile des Grundrechts sind das Zweckbindungsgebot mit korrespondierendem Zweckentfremdungsverbot, das Gebot der Einwilligung und der hinreichend bestimmten Eingriffsgrundlage, das Gebot der Verarbeitungsfairness sowie Auskunfts-, Berichtigungs- und Löschungsansprüche. Daneben schreibt das Datenschutzgrundrecht ausdrücklich auch die Überwachung der Datenschutzvorgaben durch unabhängige Behörden (Art. 16 Abs. 2 S. 2 AEUV; Art. 8 Abs. 3 EU-GRC) vor, trifft insoweit also schon eine inhaltliche Vorgabe für das Sekundärrecht (so Sydow, a.a.O., Einl., Rn. 16; Kai von Lewinski in: Martin Eßer/Philipp Kramer/Kai von Lewinski (Hg.), Auernhammer – DSGVO / BDSG. Kommentar, 6. Aufl. 2018, Einl. DSGVO, Rn. 12).

¹⁰ Sydow, Datenschutzgrundverordnung (o. Fn. 9), Einl., Rn. 14 f.; Hans D. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 8, Rn. 2.

¹¹ EuGH, U. v. 9.11.2010 – C-92/09 und C-93/09 (Schecke u.a. ./ Land Hessen), zit. nach juris, Rn. 52; vgl. auch Art. 2 lit. a) Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (EU-Datenschutzrichtlinie), ABl. EG Nr. L 281 v. 23.11.1995, S. 31; Jarass, Grundrechte (o. Fn. 10), Art. 8, Rn. 5; a.A. (auch juristische Personen): Hans-Peter Folz, in: Christoph Vedder/Wolff Heintschel von Heinegg (Hg.), Europäisches Unionsrecht. Kommentar, 2. Aufl. 2018, Art. 8 EU-GRC, Rn. 4; Jürgen Kühling/Johannes Raab, in: Jürgen Kühling/Benedikt Buchner (Hg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 2018, Einf., Rn. 27.

¹² Vgl. Art. 1 Datenschutz-Konvention des Europarates: „Zweck dieses Übereinkommens ist es, (...) für jedermann (...) sicherzustellen, dass seine Rechte und Grundfreiheiten, insbesondere sein Recht auf einen Persönlich-

bereits in der Ausgestaltung von Privatsphärenschutz und Datenschutz in zwei separaten Grundrechtsartikeln der EU-GRC¹³, deren Verhältnis zueinander allerdings unterschiedlich beschrieben wird.¹⁴

II. Einfachgesetzliche und sekundärrechtliche Regelungen

1. Nationales Datenschutzrecht

Das einfachgesetzliche staatliche Datenschutzrecht gliedert sich in allgemeine und bereichsspezifische Regelungen. Das allgemeine Datenschutzrecht umfasst dabei insbesondere die Datenschutzgesetze des Bundes¹⁵ und der Länder.¹⁶ Sie beruhen auf den Regelungsaufträgen und Öffnungsklauseln der EU-DSGVO zugunsten der Mitgliedstaaten¹⁷ und können Regelungen nur innerhalb des dadurch eröffneten Spielraums treffen. Das BDSG weist daher, anders als die Vorgängerregelung¹⁸, seinen Schutzzweck nicht mehr gesondert aus,

4

keitsbereich, bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten geschützt werden (Datenschutz)“. *Stefan Ernst*, in: Boris P. Paal/Daniel A. Pauly (Hg.), *Datenschutz-Grundverordnung/ Bundesdatenschutzgesetz*. Kommentar, 2. Aufl. 2018, Art. 1 DSGVO, Rn. 4.

¹³ Vgl. Art. 7 (Achtung des Privat- und Familienlebens) und Art. 8 (Schutz personenbezogener Daten) EU-GRC.

¹⁴ Vgl. zum Diskussionsstand *Sydow*, *Datenschutzgrundverordnung* (o. Fn. 9), Art. 1, Rn. 13 ff. m.w.N. Als *lex specialis* sehen Art. 8 z.B. *Kühling/Raab*, in: *Kühling/Buchner*, *Datenschutz-Grundverordnung* (o. Fn. 11), Einf., Rn. 26; als Überschneidung definiert von *Jarass*, *Grundrechte* (o. Fn. 10), Art. 8, Rn. 4; als akzessorisch zu anderen Grundrechten und ansonsten als bloßen objektiv-rechtlichen Gestaltungsauftrag bezeichnet von *Winfried Veil*, *Die Datenschutz-Grundverordnung: des Kaisers neue Kleider*, in: *NVwZ* 2018, 686 (694); in *Idealkonkurrenz* sieht sie *Alexander Roßnagel*, *Kein „Verbotssprinzip“ und kein „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ im Datenschutzrecht*, in: *NJW* 2019, S. 1 (2).

¹⁵ *Bundesdatenschutzgesetz v. 30.6.2017* (BGBl. I S. 2097), zuletzt geändert durch Art. 12 des Gesetzes v. 20.11.2019 (BGBl. I S. 1626).

¹⁶ Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung *Gola/Schomerus*, *BDSG* (o. Fn. 3), *Einl.*, Rn. 1 ff. Zur Parallelentwicklung des staatlichen und (evangelischen) kirchlichen Datenschutzrechts *Ziekow*, *Datenschutz* (o. Fn. 8), S. 5 ff.

¹⁷ *Peter Gola*, in: ders. (Hg.), *Datenschutz-Grundverordnung VO (EU) 2016/679*. Kommentar, 2. Aufl. 2018, *Einl.*, Rn. 46 f. geht von etwa 60 solcher Klauseln aus.

¹⁸ Vgl. § 1 Abs. 1 *Bundesdatenschutzgesetz i. d. F. d. B. v. 14.1.2003* (BGBl. I S. 66, zuletzt geändert durch Art. 7 und 8 des Gesetzes v. 30.6.2017 (BGBl. I S. 2097): „Zweck dieses Gesetzes ist es, den Einzelnen davor zu schützen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird.“

behält allerdings die herkömmliche Unterscheidung zwischen der Datenverarbeitung öffentlicher und nicht-öffentlicher Stellen bei.¹⁹ Somit findet es Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen des Bundes und, unter bestimmten Voraussetzungen²⁰, der Länder, sowie durch nicht-öffentliche Stellen, soweit die Verarbeitung im Inland oder im Rahmen einer inländischen Niederlassung und nicht in Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten erfolgt.²¹ Hingegen regeln die Datenschutzgesetze der Länder den Datenschutz bei deren öffentlichen Stellen und die unabhängige Aufsicht über die Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stellen.²²

- 5 Regelt eine Rechtsnorm des Bundes (oder bei den Landesdatenschutzgesetzen, der Länder) den gleichen Sachverhalt, der auch einer Regelung im allgemeinen Datenschutzrecht zugrunde liegt, verdrängt die bereichsspezifische Norm das allgemeine Datenschutzrecht in die Subsidiarität.²³

2. Europäisches Datenschutzrecht

- 6 Der datenschutzrechtliche Regelungsschwerpunkt liegt allerdings ab dem Zeitpunkt der Geltung der EU-DSGVO²⁴ im europäischen Sekundärrecht. Die Verordnung ist nicht die erste europarechtliche

¹⁹ Vgl. § 2 Abs. 1 und 2 (öffentliche Stellen) und Abs. 4 (nicht-öffentliche Stellen). Ob diese Trennung, die ursprünglich durch den Gedanken bestimmt war, dass Datenschutz im öffentlichen Bereich Abwehrschutz gegen hoheitliche Eingriffe in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen des Bürgers erfordert, während es im nicht-öffentlichen Bereich um den Ausgleich von Rechtspositionen Gleichgeordneter geht (vgl. *Michael Germann*, Das kirchliche Datenschutzrecht als Ausdruck kirchlicher Selbstbestimmung, in: ZevKR 48 [2001], S. 446 [453]), angesichts der vielfältigen Gefährdungen des Grundrechtsschutzes durch online-Anbieter noch zeitgemäß ist, mag bezweifelt werden.

²⁰ Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 BDSG.

²¹ Vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 i. V. m. Abs. 4 BDSG.

²² Vgl. bereits die dem bisherigen Recht entsprechende Zuweisung durch § 40 BDSG.

²³ § 1 Abs. 2 S. 1 BDSG.

²⁴ Die EU-DSGVO trat gemäß Art. 99 am 25.5.2016 in Kraft und gilt (d. h.: findet Anwendung, so *Cornelia Kibler / Aqilah Sandhu*, Vorwirkung von EU-Verordnungen am Beispiel der Datenschutz-Grundverordnung, in: NVwZ 2018, S. 528 [530]) ab dem 25.5.2018 unmittelbar in den Mitgliedsstaaten.

Regelung im Datenschutzbereich. Nach der bereits 1981 verabschiedeten Datenschutz-Konvention des Europarates²⁵ formulierte insbesondere die EU-Datenschutzrichtlinie²⁶ 1995 Grundsätze eines europäischen Datenschutzrechts. Ziel der der Rechtsangleichung im Binnenmarkt nach Art. 100a EGV dienenden Regelung, die als Richtlinie keine unmittelbare Wirkung im nationalen Rechtskreis entfaltete sondern der Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber bedurfte²⁷, war die Beseitigung der aus dem unterschiedlichen Datenschutzniveau der Mitgliedstaaten resultierenden wettbewerbsverfälschenden Hemmnisse für den Wirtschaftsverkehr.²⁸ Um dieses Zielles willen bezweckte sie entsprechend ihrer grundrechtlichen Legitimation aus Art. 8 EMRK²⁹ den Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten.³⁰

Hingegen findet die ohne nationalstaatliche Transformation gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV in den Mitgliedstaaten geltende EU-DSGVO ihre rechtliche Grundlage in dem einen Bestandteil des Datenschutzgrundrechts bildenden Art. 16 AEUV und schützt demgemäß ohne Umweg über den Privatsphärenschutz die personenbezogenen Daten natürlicher Personen als solche und unmittelbar (Art. 1 Abs. 2 EU-DSGVO).³¹

Als weiteren Schutzzweck benennt Art. 1 Abs. 3 EU-DSGVO in Nachbildung von Art. 1 Abs. 2 EU-Datenschutzrichtlinie die Gewährleistung freien Datenverkehrs. Dessen Notwendigkeit und sein Verhältnis zur Freiheitsgewährleistung des Art. 1 Abs. 2 EU-DSGVO sind trotz des Versuchs einer Verklammerung in Absatz 1 nicht ohne weiteres erkennbar.³²

²⁵ Übereinkommen v. 29.1.1981 zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten, ETS Na. 108; Ratifikationsgesetz v. 13.3.1985, BGBl. II S. 538.

²⁶ Vgl. o. Fn. 11.

²⁷ Vgl. das nach Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Europäische Kommission verabschiedete Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze vom 18.5.2001 (BGBl. I S. 904).

²⁸ Vgl. Erwägungsgrund 8 und Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Erwägungsgrund 9 EU-Datenschutzrichtlinie.

²⁹ Vgl. Erwägungsgrund 10 zur EU-Datenschutzrichtlinie.

³⁰ Art. 1 Abs. 1 EU-Datenschutzrichtlinie.

³¹ Kritisch dazu *Veil*, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 14), S. 694.

³² *Sydow*, in: ders., Datenschutzgrundverordnung (o. Fn. 9), Art. 1, Rn. 20 und 26; *von Lewinski*, in: Eßer / Kramer / von Lewinski, Auernhammer (o. Fn. 9), Art. 1 DSGVO, Rn. 8. Denn anders als die EU-Datenschutzrichtlinie, der durch die Ausrichtung auf die Rechtsangleichung im Binnenmarkt über-

B. Religionsverfassungsrechtlicher Rahmen

I. Die Anwendbarkeit staatlichen Datenschutzrechts

1. Die Kirchen als Datenverarbeiter

9 Die Kirchen und Religionsgemeinschaften empfangen, erheben und übermitteln personenbezogene Daten, verarbeiten sie also i. S. d. Art. 4 Nr. 2 EU-DSGVO. Der Status als Empfänger³³ steht dabei dann im Vordergrund, wenn, wie bei den körperschaftlich verfassten Kirchen, die Voraussetzungen für die staatliche Übermittlung kommunaler Meldedaten vorliegen. Diese erfolgt zum einen in Erfüllung des aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 6 WRV folgenden Anspruchs der verfassten Kirchen auf Übermittlung der Daten ihrer Mitglieder zur Gewährleistung ihres verfassungskräftigen Besteuerungsrechts.³⁴ Zum anderen aufgrund gesonderter gesetzlicher Ermächtigung,³⁵ die ihre Rechtfertigung in dem Umstand findet, dass die Feststellung des Mitgliederbestandes eine notwendige Voraussetzung für die nach dem Selbstverständnis der Kirchen zu ihrem Auftrag zählenden Entfaltung ihres öffentlich relevanten und als solchen verfassungsrechtlich anerkannten Wirkens in die Gesellschaft hinein ist³⁶ und damit der Verwirklichung des durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV geschützten kirchlichen Selbstbestimmungsrechts dient.³⁷

10 Daneben werden personenbezogene Daten aber auch eigenerhoben, insbesondere im Bereich der Amtshandlungen, dem Betrieb von Schulen, Kindergärten oder Friedhöfen, der Seelsorge oder der Durchführung von Fundraisingprojekten. Empfangene wie eigener-

haupt erst eine Kompetenzgrundlage verschafft wurde, ist die EU-DSGVO kompetenzziell in Art. 16 AEUV verankert. Auch ein an die Mitgliedsstaaten gerichtetes Beschränkungsverbot für den freien Datenverkehr ist nicht erforderlich, da die EU-DSGVO als unmittelbar geltende Verordnung unterschiedliche, den Datenverkehr behindernde Datenschutzniveaus selbst verhindert.

³³ Vgl. Art. 4 Nr. 9 EU-DSGVO.

³⁴ Arne Ziekow, → § 32, Rn. 24 und 28.

³⁵ Vgl. § 2 Abs. 4, § 3 Abs. 1 Nr. 11 BMG.

³⁶ Dieter Lorenz, Personenstandswesen, Meldewesen, Datenschutz, in: HSKR², Bd. I, S. 717 (725); Axel Frhr. von Campenhausen / Heinrich de Wall, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 298; Klaus G. Meyer-Teschendorf, Die Weitergabe von Meldedaten an die Kirchen. Verfassungskräftiger Anspruch der Kirchen auf meldebehördliche Informationshilfe?, in: EssGespr. 15 (1981), S. 9 (45).

³⁷ Arne Ziekow, → § 32, Rn. 25 f. und 29.

hobene Daten werden innerkirchlich, aber – wie insbesondere mitgliedschaftsbegründende Daten – auch an staatliche Stellen übermittelt. Damit ist zumindest potentiell der Schutzbereich von informationellem Selbstbestimmungsrecht und europäischem Datenschutzgrundrecht betroffen und der Anwendungsbereich der EU-DSGVO³⁸ und – im Rahmen von deren Regelungsermächtigungen – des nationalen Datenschutzrechts eröffnet.

2. Der sekundärrechtliche Geltungsanspruch

Das europäische Datenschutzrecht gilt jedoch gemäß Art. 91 Abs. 1 EU-DSGVO nicht für Kirchen oder religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung umfassende Regeln zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung anwenden. Sie dürfen diese Regeln weiter anwenden, sofern sie mit der Verordnung in Einklang gebracht werden. Der grundsätzlich bestehende Geltungsanspruch der EU-DSGVO tritt somit dann zurück, wenn die Kirchen eigene, dem Standard der Verordnung entsprechende Datenschutzregelungen haben. Es handelt sich insoweit nicht um eine schlichte Bereichsausnahme zugunsten der Kirchen³⁹, sondern um eine „bedingte Exemption“.⁴⁰

Die von Art. 91 EU-DSGVO verwandten Begriffe Kirchen, religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften setzen keine bestimmte Rechtsform voraus. Die bedingte Exemption betrifft daher in Deutschland sowohl die verfasste Kirche als auch die ihr zugeordneten Einrichtungen unbeschadet ihrer Rechtsform⁴¹ sowie privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften. Entsprechen deren datenschutzrechtlichen Regelungen, die demgemäß zwar hinreichend allgemein verbindlich, aber nicht zwingend öffentlich-rechtlicher Natur sein müs-

³⁸ Art. 2 EU-DSGVO.

³⁹ Ansgar Hense, in: Sydow, Datenschutzgrundverordnung (o. Fn. 9), Art. 91, Rn. 1; Eugen Ehmann / Thomas Kranig, in: Eugen Ehmann / Martin Selmayr (Hg.), Datenschutz-Grundverordnung. Kommentar, 2. Aufl. 2018, Art. 91, Rn. 16.

⁴⁰ Arne Ziekow, Datenschutz-Grundverordnung und kirchenrechtliche Adaption, in: ZevKR 63 (2018), S. 390 (409).

⁴¹ Tamina Preuß, Das Datenschutzrecht der Religionsgesellschaften, Zeitschrift für Datenschutz 2015, S. 217 (224); Pauly, in: Paal / Pauly, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 12), Art. 91 DSGVO, Rn. 10; Michael Jacob, in: Eßer / Kramer / von Lewinski, Auernhammer (o. Fn. 9), Art. 91 DSGVO, Rn. 10.

sen,⁴² den Anforderungen des Art. 91 EU-DSGVO nicht, misst sich die Verordnung umgekehrt auch gegenüber den Kirchen und Religionsgemeinschaften unbeschadet ihrer Rechtsform Geltung bei, da die EU-DSGVO eine Unterscheidung zwischen öffentlichen und nicht-öffentlichen Stellen nicht trifft.

- 13 Damit kirchliche Datenschutzregelungen als umfassend i.S.d. Art. 91 EU-DSGVO angesehen werden können, ist eine systemisch kohärente und erhebliche Schutzlücken ausschließende Gesamtregelung erforderlich, an deren Vollständigkeit aber im Hinblick auf die kirchliche Selbstbestimmung keine überspannten Ansprüche gestellt werden dürfen.⁴³
- 14 Und „in Einklang stehen“ bedeutet etwas anderes als Wiederholung, Übereinstimmung oder Deckungsgleichheit.⁴⁴ Es muss ein Gestaltungsspielraum erhalten bleiben⁴⁵, damit eigenständiges kirchliches Datenschutzrecht Sinn macht. Kontur erhalten diese Bedingungen erst durch die Heranziehung der primärrechtlichen Vorgaben.

3. Primärrechtliche Vorgaben

- 15 Nach Erwägungsgrund 165 findet die bedingte Exemtion gem. Art. 91 EU-DSGVO ihre Begründung darin, dass die Verordnung im Einklang mit Art. 17 AEUV „den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren bestehenden verfassungsrechtlichen Vorschriften genießen“,

⁴² Gola, in: ders., Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 17), Art. 91, Rn. 9.

⁴³ Hense, in: Sydow, Datenschutzgrundverordnung (o. Fn. 9), Art. 91, Rn. 18; Tobias Herbst, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 11), Art. 91 DSGVO, Rn. 10; Achim Seifert, in: Spiros Simitis/Gerrit Hornung/Indra Spiecker gen. Döhmman (Hg.), Datenschutzrecht. Kommentar, 2019, Art. 91, Rn. 12; a.A. (umfassend muss die einzelne Regelung sein, nur für nicht umfassende Regelungen tritt die EU-DSGVO an ihre Stelle) Pauly, in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 12), Art. 91 DSGVO, Rn. 14; Gola, in: ders., Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 17), Art. 91, Rn. 10 (kirchliche Regelung muss alle Aspekte der EU-DSGVO enthalten).

⁴⁴ Hense, in: Sydow, Datenschutzgrundverordnung (o. Fn. 9), Art. 91, Rn. 20; Gero Ziegenhorn/Hanka von Aswege, Kirchlicher Datenschutz nach staatlichen Gesetzen? in: KuR 2015, S. 198 (2019).

⁴⁵ Hense, in: Sydow, Datenschutzgrundverordnung (o. Fn. 9), Art. 91, Rn. 20.

achtet und ihn nicht beeinträchtigt.⁴⁶ Der im zitierten Erwägungsgrund nahezu wörtlich wiedergegebene Art. 17 Abs. 1 AEUV ist Ausdruck des Umstandes, dass der EU im Bereich des Religionsverfassungsrechts eine Regelungskompetenz nicht zukommt.⁴⁷ Die Vorschrift enthält ein Achtungsgebot und ein Beeinträchtigungs- sowie Harmonisierungsverbot⁴⁸, gewährleistet aber nicht, dass die Kirchen vom Unionsrecht völlig unberührt bleiben müssen.⁴⁹ Unabhängig davon, ob man den Statusbegriff weit im Sinne eines Platzhalters für das gesamte institutionelle Arrangement zwischen Mitgliedstaat und Religionsgemeinschaften begreift⁵⁰ oder enger auf die Bereiche von Verkündigung und Kultus sowie diesen dienende Betätigungen beschränkt⁵¹, bedeutet dies für den Datenschutz, dass Art. 17 Abs. 1 AEUV keine Bereichsausnahmen fordert, sondern eine hinreichende Beachtung des religionsverfassungsrechtlichen Status in den Mitgliedstaaten.⁵² Dem dient die bedingte Exemption nach Art. 91 EU-

⁴⁶ Der EuGH sieht in der Bezugnahme auf Art. 17 AEUV in den Erwägungsgründen ein ausreichendes Indiz dafür, dass dessen Grundsätze beim Erlass der Rechtsvorschrift und insbesondere der sich spezifisch mit den Kirchen befassenden Regelungen ausreichend Rechnung getragen wurde: EuGH, U. v. 17.4.2018 – C-414/16 (Egenberger *.f.* Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.), NJW 2018, S. 1869 (1871).

⁴⁷ Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hg.), EUV / AEUV. Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 17 AEUV, Rn. 6.

⁴⁸ Vedder, in: ders./Heintschel von Heinegg, Unionsrecht (o. Fn. 11), Art. 17 AEUV, Rn. 6 ff.; Markus Kotzur, in: Rudolf Geiger / Daniel-Erasmus Khan / Markus Kotzur (Hg.), EUV / AEUV. Kommentar, 6. Aufl. 2017, Art. 17 AEUV, Rn. 4.

⁴⁹ Claus Dieter Classen, Die Verwirklichung des Unionsrechts im Anwendungsbereich des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, in: ZevKR 60 (2015), S. 115 (116). Weitergehend EuGH, U. v. 10.7.2018 – C-25/17 (Tietosuoja *vt.* Juhon van todistajat – uskonnollinen yhdykskunta), NJW 2019, S. 285 (290).

⁵⁰ Waldhoff, in: Calliess / Ruffert, EUV / AEUV (o. Fn. 47), Art. 17 AEUV, Rn. 12.

⁵¹ Claus Dieter Classen, in: Eberhard Grabitz / Meinhard Hilf / Martin Nettesheim (Hg.), Das Recht der Europäischen Union. Kommentar, Bd. I, Stand August 2018, Art. 17 AEUV, Rn. 31; ders., Die Bedeutung von Art. 17 AEUV – zwanzig Jahre nach der Erklärung von Amsterdam, in: ZevKR 61 (2016), S. 333 (336); ders., → § 11, Rn. 28; Vedder, in: ders./Heintschel von Heinegg, Unionsrecht (o. Fn. 11), Art. 17 AEUV, Rn. 8. Dies läuft letztlich auf eine Reaktivierung der Bereichslehre hinaus, vgl. dazu Ziekow, Datenschutz (o. Fn. 8), S. 61 ff.

⁵² Hense, in: Sydow, Datenschutzgrundverordnung (o. Fn. 9), Art. 91, Rn. 1; Ehmann / Kranig, in: Ehmann / Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 39), Art. 91, Rn. 2; Vedder, in: ders./Heintschel von Heinegg, Unionsrecht (o. Fn. 11), Art. 17 AEUV, Rn. 3; Waldhoff, in: Calliess / Ruffert, EUV / AEUV (o. Fn. 47), Art. 17 AEUV, Rn. 10 und 13; einschränkend (Gewährleistung

DSGVO, die es den Kirchen ermöglicht, ihr ihnen nach dem nationalen Recht zustehendes Selbstbestimmungsrecht auszuüben⁵³, eine solche Ausübung aber zugleich für eine Zurückstellung des Geltungsanspruchs fordert und im Sinne einer „gelenkten Selbstbestimmung“ konturiert.⁵⁴

- 16 Die Rückkoppelung an Art. 17 Abs. 1 AEUV bedeutet zugleich, dass die bedingte Exemption des Art. 91 EU-DSGVO nicht nur auf solche Kirchen Anwendung findet, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung⁵⁵ über umfassende Datenschutzregelungen verfügen, sondern auch auf solche, die nach dem mitgliedstaatlichen Religionsverfassungssystem erst später zu solchen Regelungen kommen⁵⁶, die dann allerdings von Anbeginn an in Einklang mit der Verordnung stehen müssen. Denn gleich wie man den Statusbegriff im einzelnen definiert, beziehen sich Achtungsgebot und Beeinträchtigungsverbot auf einen religionsverfassungsrechtlichen Gesamtzusammenhang und nicht auf eine positivrechtliche Momentaufnahme. Wenn zu diesem Gesamtzusammenhang das Recht der Kirchen gehört, grundsätzlich selbst darüber zu bestimmen, was zu ihren eigenen Angelegenheiten zählt, muss dieses Recht über einen bestimmten, religionsverfassungsrechtlich willkürlichen Zeitpunkt des In-

einer begrenzten Bereichsausnahme) *Classen*, in: Grabitz / Hilf / Nettesheim, Recht der EU (o. Fn. 51), Art. 17 AEUV, Rn. 3.

⁵³ Die Norm ermöglicht damit das Fortbestehen des Regelungsdualismus zwischen staatlichem und kirchlichem Recht, so *Hense*, in: *Sydow*, Datenschutzgrundverordnung (o. Fn. 9), Art. 91, Rn. 18; *Pauly*, in: Paal / Pauly, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 12), Art. 91 DSGVO, Rn. 1; a. A. wohl *Classen*, Bedeutung (o. Fn. 51), S. 341, der das kirchliche Selbstbestimmungsrecht auch schon durch die in der EU-DSGVO selbst und unter Einschluss der mitgliedsstaatlichen Öffnungsklauseln vorgesehenen Regelungsspielräume als hinreichend geachtet ansieht.

⁵⁴ *Ziekow*, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 40), S. 412 f.

⁵⁵ Zum Auseinanderfallen von Inkrafttreten und Geltung (= Anwendbarkeit) vgl. o. Fn. 24.

⁵⁶ *Hense*, in: *Sydow*, Datenschutzgrundverordnung (o. Fn. 9), Art. 91, Rn. 14 ff.; *Preuß*, Datenschutzrecht (o. Fn. 41), S. 224; *Kai von Lewinski*, Europäisierung des Datenschutzrechts, in: *DuD* 2012, S. 564 (566); *Pauly*, in: Paal / Pauly, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 12), Art. 91 DSGVO, Rn. 19; *Ehmann / Kranig*, in: *Ehmann / Selmayr*, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 39), Art. 91, Rn. 15; a. A. *Herbst*, in: *Kühling / Buchner*, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 11), Art. 91 DSGVO, Rn. 13; *Classen*, Bedeutung (o. Fn. 51), S. 336 f., 340; *Gola*, in: ders., Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 17), Art. 91, Rn. 1; *Jacob*, in: *Eßer / Kramer / von Lewinski*, Auernhammer (o. Fn. 9), Art. 91 DSGVO, Rn. 12 und 14; *Seifert*, in: *Simitis / Hornung / Spiecker* gen. *Döhmman*, Datenschutzrecht (o. Fn. 43), Art. 91, Rn. 19.

krafttretens einer Verordnung hinausreichen. Alles andere ließe sich mit der religionsverfassungsrechtlichen Neutralität des Europarechts und dem mitgliedstaatlichen Gebot der Gleichbehandlung von Religionsgemeinschaften gleichen Rechtsstatus nicht vereinbaren.⁵⁷

II. Religionsverfassungsrechtlicher Status und Datenschutzrecht in Deutschland

1. Datenschutz als eigene Angelegenheiten

a) Bei körperschaftlich verfassten Kirchen und Religionsgemeinschaften

Datenschutz ist nach deutschem Religionsverfassungsrecht eigene Angelegenheit der Kirchen i. S. d. Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 3 WRV. Dazu zählen alle Tätigkeiten, die nach dem Selbstverständnis der Kirche der Wahrnehmung ihres Auftrages in der Welt dienen.⁵⁸ Grundlage des Selbstverständnisses bilden dabei die von der verfassten Kirche anerkannten Maßstäbe, nicht die Meinung einzelner Einrichtungen, Mitarbeiter oder breiter Kreise von Kirchengliedern.⁵⁹ Was nach dem so beschriebenen Selbstverständnis zu den eigenen Angelegenheiten zählt, lässt sich jedenfalls dann unproblematisch beantworten, wenn das kirchliche Selbstverständnis in kirchlichen Rechtssätzen seinen Niederschlag gefunden hat. Dies ist bei den körperschaftlich verfassten Kirchen und Religionsgemeinschaften in Datenschutzrecht durch deren Kodifizierungen der Fall.⁶⁰

17

⁵⁷ Ziekow, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 40), S. 413.

⁵⁸ BVerfGE 46, 73 (85); 53, 366 (391); 66, 1 (21); Axel Isak, Das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften und seine Bedeutung für die Auslegung staatlichen Rechts, 1994, S. 285; Stefan Koriath, → § 16, Rn. 18.

⁵⁹ BVerfGE 70, 138 (166).

⁶⁰ Vgl. insoweit z. B. das Kirchengesetz über den Datenschutz der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD-Datenschutzgesetz – DSG-EKD) v. 15.11.2017 (ABl. EKD S. 353; ber. ABl. EKD 2018 S. 35); Gesetz über den kirchlichen Datenschutz – KDG v. 20.11.2017, in Kraft gesetzt z. B. für den Bereich des Erzbistums Berlin am 2.2.2018 (ABl. Erzbistum Berlin 3/2018, S. 24); Bischöfliche Verordnung über den kirchlichen Datenschutz (KDO) im Katholischen Bistum der Alt-Katholiken in Deutschland v. 24. 5. 2018, Amtliches Kirchenblatt Bd. X Nr. 17 (2018/Nr. 1), S. 2; Datenschutzgesetz Jehovas Zeugen (DSGJZ) i. d. F.v. 21. 5. 2018 (ABl. von Jehovas Zeugen in Deutschland Nr. 2/2018, S. 1); eingeschränkt die Datenschutzordnung der Jüdischen Ge-

b) Bei zugeordneten Einrichtungen

- 18** Die Kompetenz zur Regelung des Datenschutzrechts steht der Kirche aber auch für die ihr in bestimmter Weise zugeordneten und sich damit ihrem Recht unterwerfenden⁶¹ Einrichtungen ohne Rücksicht auf deren Rechtsform zu. Soweit die Einrichtungen und Vereinigungen nach kirchlichem Selbstverständnis ihrem Zweck oder ihrer Aufgabe entsprechend berufen sind, ein Stück Auftrag der Kirche in der Welt wahrzunehmen und zu erfüllen, wofür Maßstäbe insbesondere das Ausmaß ihrer institutionellen Verbindung mit einer Religionsgemeinschaft und die Art der mit der Vereinigung verfolgten Ziele sind,⁶² kommt der hinter der Vereinigung stehenden Kirche oder Religionsgemeinschaft auch das Recht zur Regelung von deren Angelegenheiten zu.⁶³

c) Bei privatrechtlich organisierten Religionsgemeinschaften

- 19** Das Recht zur Regelungen der eigenen Angelegenheiten besteht auch für die privatrechtlich organisierten Religionsgemeinschaften. Auch sie sind Träger der Selbstbestimmungsgarantie des Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 3 WRV.⁶⁴ Sofern daher nach ihrem Selbstverständnis das Datenschutzrecht eigene Angelegenheit ist, können sie dieses im Rahmen der ihnen zukommenden Rechtsetzungsmacht selbst regeln.

meinde Frankfurt am Main v. 22.5.2018, <<https://jg-ffm.de/de/datenschutz>> Mediathek; Datenschutzrichtlinie Neuapostolische Kirche Berlin-Brandenburg KdöR v. 25.5.2018, <<https://www.nak-bbrb.de/datenschutz/>> Datenschutzrichtlinie.

⁶¹ Vgl. z.B. § 3 Abs. 3 des Kirchengesetzes zur Zuordnung rechtlich selbstständiger Einrichtungen zur Kirche (Zuordnungsgesetz der EKD – ZuOG EKD) vom 12. 11. 2014 (ABl. EKD S. 340).

⁶² BVerfGE 46, 73 (85 ff.).

⁶³ BVerfGE 46, 73 (86); 53, 366 (391); 57, 220 (243); 70, 138 (164); *Isak*, Selbstverständnis (o. Fn. 58), S. 288; *von Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 36), S. 126; *Bernd Jeand'Heur / Stefan Koriath*, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, S. 134; *Stefan Koriath*, → § 16, Rn. 10 f.; *Stefan Muckel / Thomas Traub*, → § 28, Rn. 11–17.

⁶⁴ *von Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 36), S. 120; *Jeand'Heur / Koriath*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 63), Rn. 172; *Wolfgang Schatzschneider*, Kirchenautonomie und Datenschutzrecht, 1984, S. 59.

2. Kirchlicher Datenschutz im Rahmen der für alle geltenden Gesetze

a) *Schweigen des Gesetzes*

Das Recht zur Regelung der eigenen Angelegenheit Datenschutz besteht nur im Rahmen der für alle geltenden Gesetze.⁶⁵ Das BDSG erwähnt die Kirchen und Religionsgemeinschaften nicht bzw. nur indirekt.⁶⁶ Weder werden sie in den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 BDSG einbezogen, noch enthält das Gesetz eine ausdrückliche Exemptionsklausel zu ihren Gunsten⁶⁷, mit deren Hilfe der staatliche Gesetzgeber im Wege einer vorweggenommenen Abwägung zwischen Kirchenfreiheit und Schranken zweck ersterer den Vorrang einräumt und dem Gesetz damit von vornherein die Möglichkeit nimmt, Wirkung als für alle geltendes Gesetz zu entfalten.⁶⁸ Diese Nichtregelung ist als „beredtes Schweigen“ interpretiert worden.⁶⁹ „Beredt“ deshalb, weil es sich insofern nicht nur um eine versehentliche Auslassung handelt, sondern auch eine nähere Analyse des Gesetzestextes zur Nichtanwendbarkeit des Gesetzes führt.

20

⁶⁵ Vgl. dazu *Stefan Koriath*, → § 16, Rn. 32–46.

⁶⁶ § 18 Abs. 1 S. 4 BDSG. Anders noch das Vorgängergesetz (o. Fn. 18), das die Kirchen in § 15 Abs. 4 im Zusammenhang mit der Anordnung der entsprechenden Geltung der für die öffentlichen Stellen geltenden Vorschriften für die öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften und in § 28 Abs. 9 in Form der aus der EU-Datenschutzrichtlinie übernommenen und daher mit den überkommenen Begriffen des deutschen Staatskirchenrechts nicht recht kompatiblen „religiös ausgerichteten Organisation“ anführte.

⁶⁷ Beispiele für derartige Klauseln finden sich z.B. in § 2 Abs. 1 VwVfG und § 118 Abs. 2 BetrVG.

⁶⁸ BVerfGE 46, 73 (95); *von Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 36), S. 113; *Isak*, Selbstverständnis (o. Fn. 58), S. 250 f.

⁶⁹ So für das bisherige Recht *Michael Stolleis*, Staatliche und kirchliche Zuständigkeiten im Datenschutzrecht, in: ZevKR 23 (1978), S. 230 (233); *Dieter Lorenz*, Datenschutz im kirchlichen Bereich, in: EssGespr. 15 (1981), S. 84 (91); *Schatzschneider*, Kirchenautonomie (o. Fn. 64), S. 31; *Hans-Ulrich Evers*, Probleme des Datenschutzes zwischen Staat und Kirche, in: ZevKR 25 (1980), S. 173 (176); *von Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 36), S. 293; *Peter Unruh*, in: Hermann von Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber / Andreas Voßkuhle, Bd. 3, Art. 137 WRV, Rn. 157.

b) Anwendbarkeit auf die körperschaftlich verfassten Kirchen und Religionsgemeinschaften

21 Die körperschaftlich verfassten Kirchen und Religionsgemeinschaften sind keine öffentlichen Stellen i.S.d. § 2 Abs. 1 und 2 BDSG. Denn dies würde eine Anknüpfung an den öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus der Kirchen und Religionsgemeinschaften voraussetzen. Dieser ist aber ein solcher besonderer Art, der die Kirchen zwar in Anerkennung ihrer in ihrem Auftrag begründeten Wirksamkeit über die Religionsgemeinschaften des Privatrechts erhebt, sie aber nicht in die mittelbare Staatsverwaltung eingliedert, sondern ihre Eigenständigkeit und Unabhängigkeit vom Staat und ihre originäre Kirchengewalt bekräftigt.⁷⁰ Dieser besondere, mit dem anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften nicht gleichzusetzende Körperschaftsstatus verhindert eine Einstufung der Kirchen als öffentliche Stellen.⁷¹

22 Zwar sind die Kirchen kraft ihres Körperschaftsstatus ohne weiteres in der Lage, außerhalb ihrer eigenen Angelegenheiten übertragene staatliche Gewalt auszuüben, ohne dass es eines weiteren Aktes, insbesondere einer Beleihung bedarf, aber selbst dann wandelt sich der besondere Körperschaftsstatus nicht zu einem der mittelbaren Staatsverwaltung vergleichbaren Status⁷², so dass allenfalls eine entsprechende Anwendung des BDSG in Betracht kommt.⁷³ Auch bei der Wahrnehmung fiskalischer Hilfsgeschäfte verhindert, anders als bei staatlichen Stellen, der besondere Körperschaftsstatus die Subsumti-

⁷⁰ BVerfGE 18, 385 (387); 30, 415 (428); 66, 1 (19 f.) m. w. N.; von Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 36), S. 130 f.; Stefan Magen, → § 27, Rn. 2 f.

⁷¹ So für das alte BDSG Lorenz, Datenschutz (o. Fn. 69), S. 91; Schatzschneider, Kirchenautonomie (o. Fn. 64), S. 30; Stolleis, Zuständigkeiten (o. Fn. 69), S. 232; von Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 36), S. 293; Gola / Schomerus, BDSG (o. Fn. 3), § 2, Rn. 14a; Unruh in: von Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 69), Art. 137 WRV, Rn. 157; Germann, Datenschutzrecht (o. Fn. 19), S. 460 f. A. A. zumindest für das BDSG v. 27.1.1977 (BGBl. I S. 201) Thomas Hoeren, Kirchen und Datenschutz – Kanonistische und staatskirchenrechtliche Probleme der automatisierten Datenverarbeitung, 1986, S. 59 und 65: Wegen des besonderen Körperschaftsstatus kommt keine direkte, aber eine analoge Anwendung des 2. Abschnitts in Betracht. Einschränkend aber ders., Die Kirchen und das neue Bundesdatenschutzgesetz, in: NVwZ 1993, S. 650 (651).

⁷² Ziekow, Datenschutz (o. Fn. 8), S. 80 f. m. w. N. A. A. Germann, Datenschutzrecht (o. Fn. 19), S. 461 f.

⁷³ Ziekow, Datenschutz (o. Fn. 8), S. 100; Germann, Datenschutzrecht (o. Fn. 19), S. 462.

on der Kirchen unter den Begriff der öffentlichen Stelle. Und schließlich stellen auch die gemeinsamen Angelegenheiten von Staat und Kirche keine datenschutzrechtlich gesondert zu behandelnde Kategorie dar.⁷⁴ Vielmehr ist hier in jedem Einzelfall eine Zuordnung der streitbefangenen Materie zur staatlichen oder kirchlichen Seite mit der Konsequenz der Anwendbarkeit des jeweiligen Datenschutzrechts erforderlich. Eine Subsumption der Kirchen unter den Begriff der nicht-öffentlichen Stellen i. S. d. § 2 Abs. 4 BDSG scheidet aber ebenfalls aus. Denn für dessen Anwendbarkeit ist allein die privatrechtliche Organisationsform entscheidend.⁷⁵ Eine solche weist die verfasste Kirche aber aufgrund ihres Körperschaftsstatus, auch wenn dieser ein solcher besonderer Art ist, nicht auf. Sie kann deshalb keine nicht-öffentliche Stelle sein.⁷⁶

Auch soweit die verfasste Kirche außerhalb ihrer eigenen Angelegenheiten am allgemeinen Rechtsverkehr teilnimmt, wandelt sie sich nicht allein durch die Art ihres Tätigwerdens zur nicht-öffentlichen Stelle: dem steht ihr besonderer Körperschaftsstatus entgegen,⁷⁷ so dass auch hier nur eine entsprechende Anwendung der für nicht-öffentlichen Stellen geltenden Vorschriften des BDSG in Betracht kommt.⁷⁸

23

*c) Anwendbarkeit auf zugeordnete Einrichtungen und
privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften*

Die der verfassten Kirche zugeordneten (privatrechtlich organisierten) Einrichtungen unterfallen hingegen nach dem Gesetzeswortlaut dem Begriff der nicht-öffentlichen Stelle gem. § 2 Abs. 4

24

⁷⁴ Ulrich Dammann, Die Anwendung des neuen Bundesdatenschutzgesetzes auf die öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften, in: NVwZ 1992, S. 1147 (1151); Ziekow, Datenschutz (o. Fn. 8), S. 79. A. A. Hoeren, Kirchen und Datenschutz (o. Fn. 71), S. 62: Im Bereich der gemeinsamen Angelegenheiten findet der 2. Abschnitt unmittelbare Anwendung.

⁷⁵ Gola / Schomerus, BDSG (o. Fn. 3), § 2, Rn. 19 für das bisherige Recht.

⁷⁶ So für das bisherige BDSG Lorenz, Datenschutz (o. Fn. 69), S. 91; Evers, Probleme (o. Fn. 69), S. 176; Stolleis, Zuständigkeiten (o. Fn. 69), S. 232; Hoeren, Kirchen und Datenschutz (o. Fn. 71), S. 60; Christian Meyer, Probleme des Datenschutzes aus Sicht der kirchlichen Verwaltung, in: ZevKR 25 (1980), S. 199 (202); von Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 36), S. 295. A. A. Dammann, Anwendung (o. Fn. 74), S. 1151.

⁷⁷ Lorenz, Datenschutz (o. Fn. 69), S. 96.

⁷⁸ Ziekow, Datenschutz (o. Fn. 8), S. 96.

BDSG,⁷⁹ da entscheidend für die Anwendbarkeit des Gesetzes allein die privatrechtliche Organisationsform der Einrichtungen ist.⁸⁰

- 25 Für privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften gilt nichts anderes: auch auf sie sind die Vorschriften über die nicht-öffentlichen Stellen positiv-rechtlich anwendbar.⁸¹

3. Verfassungsrechtliche Vorgaben

a) Für körperschaftlich verfasste Kirchen und Religionsgemeinschaften

- 26 Dieser positiv-rechtliche Befund steht für die körperschaftlich verfassten Kirchen und Religionsgemeinschaften in Einklang mit den Vorgaben des deutschen Verfassungsrechts. Das Gesetz vollzieht durch sein „beredtes Schweigen“ nur das ohnehin verfassungsrechtlich Gebotene nach.⁸² Denn eine Bindung der Kirche an das staatliche Datenschutzrecht, namentlich das BDSG, würde deren Selbstbestimmungsrecht erheblich stärker einschränken als dies zum Schutz der Grundrechte des von der Datenverarbeitung Betroffenen erforderlich wäre. Diese stehen mit dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht in einer Wechselwirkung, die durch eine auf die Herstellung praktischer Konkordanz gerichtete Güterabwägung unter besonderer Gewichtung des kirchlichen Selbstverständnisses aufzulösen ist. Hierbei werden beiden Gütern Grenzen gezogen, um beiden zu optimaler Wirksamkeit zu verhelfen.⁸³

⁷⁹ *Germann*, Datenschutzrecht (o. Fn. 19), S. 461. A. A. wohl *Dieter Lorenz*, Die Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes in ihren Auswirkungen auf die Kirchen, in: DVBl. 2001, S. 428 (431).

⁸⁰ Vgl. eben unter Rn. 22.

⁸¹ *Dieter Lorenz*, Personenstandswesen (o. Fn. 36), S. 717 (737); *von Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 36), S. 295.

⁸² *Dieter Lorenz*, Die Stellung der Kirchen nach dem Bundesdatenschutzgesetz 1990, in: ZevKR 37 (1992), S. 27 (38); *Schatzschneider*, Kirchenautonomie (o. Fn. 64), S. 26; *Gerhard Robbers*, Das Datenschutzrecht und die Kirchen in der Bundesrepublik Deutschland, in: Europäisches Datenschutzrecht und die Kirchen, hg. von dems., 1994, S. 33 (37); *Ziekow*, Datenschutz (o. Fn. 8), S. 101.

⁸³ Vgl. nur z. B. *Konrad Hesse*, Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, in: HSKR², Bd. I, S. 521 (554); *Karl-Herrmann Kästner*, Die Geltung von Grundrechten in kirchlichen Angelegenheiten, in: JuS 1977, S. 715 (718); *Stefan Koriath*, → § 16, Rn. 44 f.; ausgehend von der von ihm vertretenen

Das staatliche Datenschutzrecht verfolgt den Grundrechtsschutz anhand bestimmter, durch die Verfassung nicht vorgegebener Organisationsmodelle.⁸⁴ Die Organisation kirchlicher Betätigung dient aber dem umfassenden kirchlichen Auftrag, zu dessen Erfüllung die Kirche auf die Kenntnis und Verarbeitung nicht notwendigerweise von mehr, aber von anderen Daten als im staatlich-weltlichen Bereich angewiesen ist – welche dies sind, kann sich nur nach dem kirchlichen Selbstverständnis richten.⁸⁵ Eine Bindung der Kirche an das Organisationsmodell des staatlichen Rechts und damit eine Vorgabe hinsichtlich der Verwirklichung der Art und Weise des kirchlichen Auftrages würde einen Eingriff in die Freiheit innerkirchlicher Kommunikation als eines für das Wirken der Kirche essentiellen Bereichs und des Selbstorganisationsrechts bedeuten.⁸⁶ Praktische Konkordanz der betroffenen Rechtsgüter lässt sich so nicht herstellen.

Handelt die verfasste Kirche außerhalb ihrer eigenen Angelegenheiten durch Ausübung ihr übertragener staatlicher Gewalt oder Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr, besteht keine Wechselwirkungsproblematik und auch keine Rechtfertigung für eine weitergehende Unabhängigkeit als diejenige anderer Verbände⁸⁷, denn insofern ist die Kirche unmittelbar oder im Wege der Drittwirkung an die Grundrechte gebunden.⁸⁸ Bei der deshalb in Betracht kommenden entsprechenden⁸⁹ Anwendung der Vorschriften über öffentliche oder nicht-öffentliche Stellen ist allerdings zu beachten, dass auch die Wahrnehmung übertragener staatlicher Aufgaben beziehungsweise die Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr Bestandteil des durch den besonderen Körperschaftsstatus anerkannten Gesamtbereichs

verfeinerten Bereichslehre auch BVerfGE 53, 366 (401); 66, 1 (22); 70, 138 (167); 72, 278 (289).

⁸⁴ So zum früheren Recht *Lorenz*, Stellung (o. Fn. 82), S. 36; *Schatzschneider*, Kirchenautonomie (o. Fn. 64), S. 25; *Ziekow*, Datenschutz (o. Fn. 8), S. 93 und 99; *ders.*, Daten und Datenschutz, Meldewesen und Archivwesen, in: HEKR, § 28, Rn. 14.

⁸⁵ *Robbers*, Datenschutzrecht (o. Fn. 82), S. 37 f.

⁸⁶ *Robbers*, Datenschutzrecht (o. Fn. 82), S. 37 f.; *Herbert Claessen*, Datenschutz in der evangelischen Kirche, 3. Aufl. 2004, S. 29 f.; *Ziekow*, Datenschutz (o. Fn. 8), S. 93 f.; *Ziegenhorn / von Aswege*, Kirchlicher Datenschutz (o. Fn. 44), S. 204 f.

⁸⁷ *Hesse*, Selbstbestimmungsrecht (o. Fn. 83), S. 556.

⁸⁸ *Kästner*, Geltung (o. Fn. 83), S. 718.

⁸⁹ Eine unmittelbare Anwendung scheidet wegen der positiv-rechtlichen Unanwendbarkeit des Gesetzes auf die verfasste Kirche aus, vgl. oben unter Rn. 20–23.

kirchlichen Wirkens auf der Grundlage des spezifischen kirchlichen Auftrages und des geistlich geprägten, umfassenden Öffentlichkeitsauftrages ist, dem durch eine abgestufte Bindungswirkung des entsprechend anwendbaren staatlichen Datenschutzrechts Rechnung zu tragen ist.⁹⁰ Insofern ist auch die verfasste Kirche nicht gänzlich von der Anwendung des staatlichen Datenschutzrechts im Sinne einer (absoluten) „Exemtionslösung“ ausgenommen, vielmehr wirkt das staatliche Gesetz in entsprechender Anwendung in Teilbereichen kirchlichen Handelns auch gegenüber der verfassten Kirche, ist aber an deren ausstrahlendem spezifischen Auftrag zu messen und daher im Wege einer „Subsumptionslösung“ in seiner Wirksamkeit einzuschränken⁹¹ (relative Exemtion).⁹²

b) Für zugeordnete Einrichtungen

- 29 Nichts anderes kann für die zugeordneten privatrechtlich-organisierten Einrichtungen gelten. Sofern sie innerhalb der eigenen Angelegenheiten tätig werden, würde ihre Bindung an das Organisationsmodell des staatlichen Rechts ebenfalls zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts führen. Zwar kann der Staat an unterschiedliche Rechtsformenwahlen unterschiedliche Rechtsfolgen knüpfen, das Ergebnis verfassungsrechtlicher Abwägung kann aber bei den zugeordneten Einrichtungen trotz der positiv-rechtlichen Anwendbarkeit des staatlichen Rechts kein anderes sein als bei der verfassten Kirche: nämlich die Exemtion vom Anwendungsbereich des staatlichen Rechts.⁹³

⁹⁰ Kästner, Geltung (o. Fn. 83), S. 718; Lorenz, Datenschutz (o. Fn. 69), S. 92 f. und 96; Ziekow, Datenschutz (o. Fn. 8), S. 96 und 100.

⁹¹ Die Anwendung von Exemtions- oder Subsumptionslösung hängt also nicht von der Rechtsform der handelnden kirchlichen Stelle ab, so aber Germann, Datenschutzrecht (o. Fn. 19), S. 463, der ebd., S. 458, auch erstmalig die Begrifflichkeiten einführt; ebenso: Unruh, in: von Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 69), Art. 137 WRV, Rn. 159 f.

⁹² Ziekow, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 40), S. 406.

⁹³ Ebenso z.B. Schatzschneider, Kirchenautonomie (o. Fn. 64), S. 41 f.; Stolleis, Zuständigkeiten (o. Fn. 69), S. 251; Meyer, Probleme (o. Fn. 76), S. 236; Claessen, Datenschutz (o. Fn. 86), S. 28 f.; Lorenz, Personenstandswesen (o. Fn. 36), S. 737; wohl auch Hans Michael Heinig, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003, S. 305. A. A. im Rahmen der von ihnen vertretenen Subsumtionslösung Germann, Datenschutzrecht (o. Fn. 19), S. 461 ff.; Unruh, in: von Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 69), Art. 137 WRV, Rn. 159: Auf die zugeordneten Einrichtungen ist das staatliche Datenschutz-

Werden die zugeordneten Einrichtungen hingegen außerhalb der eigenen Angelegenheiten, insbesondere durch Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr tätig, kommt es mangels Wechselwirkungsproblematik zur Anwendung des staatlichen Datenschutzrechts. Da die Vorschriften über nicht-öffentliche Stellen positiv-rechtlich auf die zugeordneten Einrichtungen anwendbar sind und der besondere Körperschaftsstatus der verfassten Kirche infolge der kirchlichen Rechtsformenwahl bei den zugeordneten Einrichtungen keine Rolle spielt, gelten sie unmittelbar.

30

c) Für privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften

Mit diesen verfassungsrechtlichen Kriterien lässt sich auch die Frage nach der Geltung des staatlichen Datenschutzrechts für privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften beantworten. Regelmäßig wird es hier bereits nicht zu einer Rechtsgüterkollision kommen, da das Datenschutzrecht schon ausweislich der fehlenden eigenen Regelungen nach dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften ersichtlich nicht zu deren eigenen Angelegenheiten zählt.⁹⁴ Wo dies ausnahmsweise doch der Fall sein sollte, stellt sich die Abwägungsproblematik nicht anders als bei körperschaftlich verfassten Religionsgemeinschaften,⁹⁵ mit der Folge, dass das staatliche Recht trotz positivrechtlicher Anwendbarkeit im Wege verfassungskonformer Auslegung voraussetzungslos zurücktritt,⁹⁶ außerhalb der eigenen Angelegenheiten, insbesondere also bei Teilnahme am allgemei-

31

recht anwendbar, es ist in seinen Rechtsfolgen jedoch durch das kirchliche Selbstbestimmungsrecht begrenzt. Ähnlich schon *Lorenz*, Datenschutz (o. Fn. 69), S. 112.

⁹⁴ Zur Regelungskompetenz vgl. oben unter Rn. 19.

⁹⁵ So auch *Germann*, Datenschutzrecht (o. Fn. 19), S. 466; *Unruh*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 69), Art. 137 WRV, Rn. 160, die dies allerdings jeweils als Argument für die von ihnen für privatrechtliche Einrichtungen und Religionsgemeinschaften vertretene Subsumtionslösung sehen.

⁹⁶ *Schatzschneider*, Kirchenautonomie (o. Fn. 64), S. 59; einschränkend („Antragsrecht auf Freistellung“) *Lorenz*, Personenstandswesen (o. Fn. 36), S. 737 f., der dieses Antragsrecht wegen der fehlenden rechtsverbindlichen Sicherstellung des verfassungsrechtlich unverzichtbaren Datenschutzes durch privatrechtliche Religionsgemeinschaften sogleich wieder einschränkt; *von Campenhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 36), S. 295; a. A. *Unruh*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 69), Art. 137 WRV, Rn. 160; *Germann*, Datenschutzrecht (o. Fn. 19), S. 466; *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 93), S. 305.

nen Rechtsverkehr, mangels zu beachtender Statusbesonderheiten aber genauso voraussetzungslos zur Anwendung kommt. Die dadurch scheinbar bewirkte Weite der Freistellung ist bei näherem Hinsehen keineswegs so umfangreich, da die Kirchen und Religionsgemeinschaften auch bei Regelung des Datenschutzes als eigener Angelegenheit an gewisse datenschutzrechtliche Grundprinzipien gebunden sind.

4. Bindungen der Kirchen und Religionsgemeinschaften

a) An den Grundrechtskern

32 Während die körperschaftlich verfasste Kirche unter Berücksichtigung der Ganzheitlichkeit ihres Wirkens bei der Ausübung ihr übertragener staatlicher Gewalt an die Grundrechte unmittelbar, bei der Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr über die Drittwirkung der Grundrechte mittelbar an diese gebunden ist,⁹⁷ ergibt sich eine Grundrechtsbindung im Bereich der eigenen Angelegenheiten nur an den Menschenwürdekern des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in seiner Ausformung als informationelles Selbstbestimmungsrecht. Denn soweit die Kirche von ihrem verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrecht Gebrauch macht, muss sie ihre Freiheitsausübung an der übergeordneten Garantie des Art. 1 Abs. 1 GG ausrichten und ist daher an diese unmittelbar gebunden.⁹⁸ Da Art. 1 Abs. 1 GG nicht nur optimale, sondern absolute Wirksamkeit beansprucht, kann es zu einer auf die Herstellung praktischer Konkordanz gerichteten Güterabwägung zwischen kirchlichem Selbstbestimmungsrecht und Menschenwürdegarantie nicht kommen.

33 Die Kirche ist daher verpflichtet, sicherzustellen, dass die Betroffenen bei der Verarbeitung ihrer Daten Subjekt bleiben und nicht zum Objekt und als solches Mittel zum Zweck werden. Bindung an den Menschenwürdekern bedeutet weniger als eine Bindung an den Gewährleistungsinhalt des Grundrechts auf informationelle Selbst-

⁹⁷ Vgl. oben unter Rn. 28 und z.B. *Kästner*, Geltung (o. Fn. 83), S. 718; zur unmittelbaren Bindung auch *von Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 36), S. 115; *Jeand'Heur / Koriotoh*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 63), Rn. 214; BVerfGE 18, 385 (387); 19, 206 (216); 30, 415 (422) u. a.

⁹⁸ *Kästner*, Geltung (o. Fn. 83), S. 721; *Meyer*, Probleme (o. Fn. 76), S. 208; *Hoeren*, Kirchen und Datenschutz (o. Fn. 71), S. 51; *Ziekow*, Datenschutz (o. Fn. 8), S. 120 m. w. N.

bestimmung. Zum unmittelbar bindenden Grundrechtskern gehören aus dem Schutzzumfang des informationellen Selbstbestimmungsrechts⁹⁹ jedenfalls das Gebot der Zweckbindung mit dem korrespondierenden Verbot der Zweckentfremdung, da diese der Objektivierung des Menschen entgegenwirken. Hinzu kommen Aufklärungs-, Auskunfts- und Löschungspflichten, die eine allumfassende, dauerhafte Datenspeicherung verhindern und den einzelnen in seinem Herrschaftsrecht über seine Daten, mithin in seiner Subjektsqualität bestärken. Die weiteren Bestandteile des informationellen Selbstbestimmungsrechts dienen hingegen dem Persönlichkeits-, nicht dem eng zu fassenden Würdeschutz. Die Bindung an den Grundrechtskern verpflichtet die Kirche daher mindestens zur Umsetzung dieser Grundsätze und damit zu „Datenschutzmaßnahmen zum Würdeschutz“.¹⁰⁰

Diese Bindung gilt auch für die der verfassten Kirche zugeordneten privatrechtlichen Einrichtungen. Auch für diese sind daher zumindest diese Prinzipien umsetzende Regelungen zu schaffen.

Und schließlich haben auch die privatrechtlich organisierten Religionsgemeinschaften, soweit sie denn den Datenschutz als eigene Angelegenheit begreifen, „Datenschutzmaßnahmen zum Würde-

34

35

⁹⁹ Vgl. oben Rn. 1 f.

¹⁰⁰ Ziekow, Datenschutz (o. Fn. 8), S. 124; ders., Daten (o. Fn. 84), Rn. 18. Im Ergebnis in die gleiche Richtung führt es, wenn eine Bindung der Kirche an das „ob“ des Datenschutzes (so *Schatzschneider*, Kirchenautonomie [o. Fn. 64], S. 24) oder an das „Datenschutzprinzip“ (so insbesondere *Lorenz*, Datenschutz [o. Fn. 69], S. 98; ders., Stellung [o. Fn. 82], S. 37; ders., Personenstandswesen [o. Fn. 36], S. 735; *Robbers*, Datenschutzrecht [o. Fn. 82], S. 37; *von Campenhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht [o. Fn. 36], S. 294; *Unruh*, in: von Mangoldt/Klein/Starck [o. Fn. 69], Art. 137 WRV, Rn. 158; *Germann*, Datenschutzrecht [o. Fn. 19], S. 469) statuiert wird. Die Bindung kann dabei allerdings nicht über eine Einordnung des „Datenschutzprinzips“ als eine der unmittelbaren verfassungskräftigen Gewährleistungen, vergleichbar etwa dem Sozialstaatsprinzip erfolgen (so aber wohl z.B. *Lorenz*, Personenstandswesen [o. Fn. 36], S. 735; *von Campenhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht [o. Fn. 36], S. 294; *Germann*, Datenschutzrecht [o. Fn. 19], S. 469), da derartige Prinzipien vor allem als Konkretisierungsauftrag an den staatlichen Gesetzgeber verstanden werden müssen (vgl. zum Sozialstaatsprinzip z.B. BVerfGE 1, 97 [105]; 65, 182 [193]; 70, 278 [288]; 75, 348 [359 f.]). Auch bleibt der Umfang des Datenschutzprinzips vielfach unklar, vgl. z.B. *Lorenz*, Personenstandswesen (o. Fn. 36), S. 735: „unerlässliches Minimum eines grundsätzlichen informationellen Persönlichkeitsschutzes“; ebenso: *von Campenhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 36), S. 294; *Siegfried Fächet*, Datenschutz in der katholischen Kirche, 1998, § 1 KDO, Rn. 3.7.

schutz“ rechtsverbindlich sicherzustellen,¹⁰¹ was die Reichweite ihrer Freistellung vom staatlichen Recht innerhalb der eigenen Angelegenheiten erheblich reduziert.

b) An das informationelle Selbstbestimmungsrecht

36 Soweit die körperschaftlich verfassten Kirchen und Religionsgemeinschaften Empfängerinnen staatlicher Daten sind, macht der Staat die Übermittlung vom Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, insbesondere ausreichender Datenschutzmaßnahmen abhängig.¹⁰² Die Legitimation für derartige Auflagen liegt darin, dass sich die staatliche Datenweitergabe zunächst als Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen darstellt, weshalb die grundrechtliche Schutzverpflichtung des Staates erhalten bleibt und dieser durch die Weitergabe an andere Rechtsträger in eine Daten-Garantenstellung einrückt.¹⁰³ Um dieser Garantenstellung gerecht zu werden, muss der Staat verbindliche Voraussetzungen für die Datenübermittlung aufstellen.¹⁰⁴ Ihre Begrenzung finden derartige Auflagen in allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen wie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, insbesondere aber in dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht.¹⁰⁵ Dieses wäre unverhältnismäßig beein-

¹⁰¹ Unter der Maßgabe des von ihnen vertretenen Antragsrechts auf Freistellung ebenso *Lorenz*, Personenstandswesen (o. Fn. 36), S. 738; *von Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 36), S. 295.

¹⁰² Vgl. § 42 Abs. 5 BMG; § 15 Sächsisches Datenschutzgesetz vom 25.8.2003 (Sächs.GVBl. S. 330), zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes vom 22.8.2019 (Sächs.GVBl. S. 663); § 11 Abs. 4 Datenschutzgesetz Sachsen-Anhalt (DSG LSA) i. d. F. d. B. v. 13.1.2016 (GVBl. LSA S. 24, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 21.2.2018 (GVBl. LSA S. 10); anders § 27 Hessisches Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz (HDSIG) vom 3.5.2018 (GVBl. S. 82), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 12.9.2018 (GVBl. S. 570) („im Einklang mit der Verordnung (EU) Nr. 2016/679“).

¹⁰³ *Hans-Ullrich Gallwas*, Zum Verhältnis von staatlichem und kirchlichem Datenschutzrecht – Zugleich eine Erwiderung auf Wolfgang Schatzschneiders Aufsatz „Staatliche Aufsicht und kirchliches Datenschutzrecht“ in: BayVBl. 1980, S. 362, in: BayVBl. 1980, S. 423 (425); *Schatzschneider*, Kirchenautonomie (o. Fn. 64), S. 52; *Hoeren*, Kirchen und Datenschutz (o. Fn. 71), S. 104; *Lorenz*, Datenschutz (o. Fn. 69), S. 116.

¹⁰⁴ *Dieter Lorenz*, Aktuelle Probleme des Datenschutzes, in: ZevKR 29 (1984), S. 422 (437); *Schatzschneider*, Kirchenautonomie (o. Fn. 64), S. 53; *Ziekow*, Datenschutz (o. Fn. 8), S. 130; *ders.*, Daten (o. Fn. 84), Rn. 4.

¹⁰⁵ *Lorenz*, Probleme (o. Fn. 104), S. 437.

trächtigt, würde der Staat seine Datenübermittlung von der Übernahme seines Datenschutzrechts abhängig machen. Denn das Recht der Kirche zur Regelung der eigenen Angelegenheit Datenschutzrecht würde dadurch zumindest faktisch beeinträchtigt, da sie zur Übernahme eines ihren Bedürfnissen und Besonderheiten widersprechenden Organisationsmodells gedrängt würde, um die staatliche Datenübermittlung nicht zu gefährden.¹⁰⁶ Zur Wahrnehmung der staatlichen Daten-Garantenstellung genügt es aber, wenn die Kirche zur Umsetzung des Gewährleistungsinhalts des informationellen Selbstbestimmungsrechts verpflichtet ist. Auf die Feststellung des Bestehens von in diesem Sinne ausreichenden Datenschutzmaßnahmen beschränken sich die staatlichen Kontrollrechte.¹⁰⁷

c) Bei den zugeordneten Einrichtungen und privatrechtlich organisierten Religionsgemeinschaften

Die Datenübermittlung an die der verfassten Kirche zugeordneten privatrechtlich organisierten Einrichtungen richtet sich hingegen nach den für die nicht-öffentlichen Stellen geltenden Vorschriften.¹⁰⁸ Die verfassungsrechtliche Situation gebietet nichts anderes. Das auch für die zugeordnete Einrichtung geltende kirchliche Selbstbestimmungsrecht wird nicht beeinträchtigt, da die Datenübermittlung nicht von der Übernahme eines bestimmten Organisationsmodells abhängig gemacht wird. Der Staat nimmt seine Daten-Garantenstellung vielmehr dadurch wahr, dass er bereits im Vorfeld der Übermittlung deren Erforderlichkeit (§ 25 Abs. 2 Nr. 1 BDSG) oder das berechnete Interesse des Empfängers (§ 25 Abs. 2 Nr. 2 BDSG) einfordert. Er kann dabei legitimerweise an die von der Kirche bewusst gewählte Rechtsformenunterschiedlichkeit von verfasster Kirche und zugeordneter Einrichtung anknüpfen und die privilegierte Datenübermittlung nach den für öffentliche Stellen geltenden Vorschriften

37

¹⁰⁶ Ziekow, Datenschutz (o. Fn. 8), S. 130; ders., Daten (o. Fn. 84), Rn. 4.

¹⁰⁷ Lorenz, Datenschutz (o. Fn. 69), S. 116; Schatzschneider, Kirchenautonomie (o. Fn. 64), S. 53.

¹⁰⁸ So für die bisherige Rechtslage Gola / Schomerus, BDSG (o. Fn. 3), § 15, Rn. 21; Lorenz, Datenschutz (o. Fn. 69), S. 118; Schatzschneider, Kirchenautonomie (o. Fn. 64), S. 50; Unruh, in: von Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 69), Art. 137 WRV, Rn. 163.

wegen der vermuteten größeren Zuverlässigkeit auf die körperschaftlich verfasste Kirche beschränken.¹⁰⁹

- 38** Für privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften gilt nichts anderes. Die Datenübermittlung richtet sich nach den für nicht-öffentliche Stellen geltenden Vorschriften,¹¹⁰ die weitere datenschutzrechtliche Behandlung der übermittelten Daten hängt davon ab, ob die Religionsgemeinschaft das Datenschutzrecht als eigene Angelegenheit begreift und regelt und mit ihren Regelungen mindestens „Datenschutzmaßnahmen zum Würdeschutz“ gewährleistet oder ob mangels eigenen Regelungsanspruchs der Religionsgemeinschaft das staatliche Recht gilt.

C. Freiheit und Bindung im datenschutzrechtlichen Mehrebenen-System

I. Die Freiheit der bedingten Exemption

1. Die Legitimität der Bedingung

- 39** Art. 17 AEUV gebietet die hinreichende Beachtung des Status, den die Kirchen und Religionsgemeinschaften nach deutschem Religionsverfassungsrecht genießen. Dieses Gebot bildet den Maßstab, um die Reichweite der das Achtungsgebot und Harmonisierungs- und Beeinträchtigungsverbot des Primärrechts umsetzenden bedingten Exemption gemäß Art. 91 EU-DSGVO zu bestimmen. Das Recht, den Datenschutz in kirchlicher Selbstbestimmung als eigene Angelegenheit anzusehen und ihn innerhalb der bestehenden Bindungen an Datenschutzmaßnahmen zum Würdeschutz oder – im Rahmen der staatlichen Datenübermittlung – das informationelle Selbstbestimmungsrecht auszugestalten, ist die Grundfreiheit, die Art. 91 EU-DSGVO als Ausdruck des verfassungsrechtlich Gebotenen gewährt. Anders als der deutsche Gesetzgeber räumt der europäische Verordnungsgeber der durch das nationalstaatliche Verfassungsrecht geprägten kirchlichen Freiheit also im Rahmen einer vorweggenommen Abwägung bereits positiv-rechtlich ausdrücklich den Vorrang vor dem Schutzzweck der EU-DSGVO ein. Dies allerdings nur, soweit der

¹⁰⁹ von Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 36), S. 296, Fn. 39; Lorenz, Personenstandswesen (o. Fn. 36), S. 741 f.

¹¹⁰ Unruh in: von Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 69), Art. 137 WRV, Rn. 163; Lorenz, Personenstandswesen (o. Fn. 36), S. 742.

kirchliche Wille in rechtlichen Normen bestimmter Qualität seinen Niederschlag gefunden hat.

Dieses Modell ist nicht grundsätzlich neu, sondern wurde auch schon zum bisherigen deutschen Recht vertreten, wenn die Freistellung der Kirchen vom Anwendungsbereich des Datenschutzrechts von der Erwartung der Schaffung eines dem staatlichen Recht vergleichbaren kirchlichen Datenschutzrechts abhängig gemacht wurde.¹¹¹ Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass die schrankenziehende Wirkung des für alle geltenden Gesetzes durch die positiv-rechtliche Exemption der Kirche lediglich zurückgestellt wird, da der Ausgleich der kollidierenden Rechtsgüter bei Existenz entsprechenden kirchlichen Rechts auch unter Zurücknahme des staatlichen Regelungsanspruchs bewerkstelligt werden kann¹¹². Für eine solche Konzeption gab es im deutschen Datenschutzrecht bislang aber keinen positiv-rechtlichen Anknüpfungspunkt.¹¹³ Zudem setzte sie das Verständnis des staatlichen Datenschutzrechts als potentiell schrankenziehendes, für alle geltendes Gesetz voraus¹¹⁴ und verkannte, dass auch im Falle einer den verfassungsrechtlichen Bindungen nicht genügenden kirchlichen Rechtsetzung nur die Heranziehung solcher staatlicher Normen in Betracht kommt, die der Verwirklichung der „Datenschutzmaßnahmen zum Würdeschutz“ dienen¹¹⁵. Eine Erwartung an normative Regelungen der Kirche konnte der staatliche Gesetzgeber nur im Bereich der Bindung der Kirche an das informationelle Selbstbestimmungsrecht, also bei Inanspruchnahme staatlicher Datenübermittlung haben¹¹⁶ und hat diese durch die Aufstellung entsprechender Übermittlungsvoraussetzungen zum Ausdruck gebracht.¹¹⁷

40

¹¹¹ So z.B. von *Campenhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 36), S. 294; *Unruh*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 69), Art. 137 WRV, Rn. 158; weitergehend *Ziegenhorn/von Aswege*, Kirchlicher Datenschutz (o. Fn. 44), S. 205, nach denen das staatliche Datenschutzrecht auflebt, soweit die Kirchen keine hinreichenden Regelungen erlassen.

¹¹² Vgl. *Ziekow*, Datenschutz (o. Fn. 8), S. 69.

¹¹³ So auch *Classen*, Verwirklichung (o. Fn. 49), S. 122.

¹¹⁴ Diese Annahme ist auch von den Anhängern der Subsumptionslösung auf den Bereich zugeordneter privatrechtlich organisierter Einrichtungen der Kirche beschränkt worden, vgl. *Germann*, Datenschutzrecht (o. Fn. 19), S. 468; *Unruh*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 69), Art. 137 WRV, Rn. 159.

¹¹⁵ A. A. *Unruh*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 69), Art. 137 WRV, Rn. 158.

¹¹⁶ *Ziekow*, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 40), S. 410.

¹¹⁷ Vgl. oben bei Rn. 36.

- 41** Die Aufstellung von Bedingungen für die Exemption der Kirchen durch Art. 91 Abs. 1 EU-DSGVO ist daher legitim: für den Bereich staatlicher Datenübermittlung wegen der Datengarantenstellung des Staates ohnehin. Darüber hinaus, soweit sie der pauschalisierten Herstellung praktischer Konkordanz zwischen nationalstaatlich determinierter Kirchenfreiheit und europäischem Datenschutzgrundrecht dienen.

2. Der verfassungsrechtliche Rahmen der Bedingung

a) Bei eigenerhobenen oder nicht-staatlich übermittelten Daten

- 42** Soweit die körperschaftlich verfassten Kirchen und die ihnen zugeordneten Einrichtungen außerhalb der eigenen Angelegenheiten durch Ausübung hoheitlicher Gewalt oder Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr handeln, steht der deutsche religionsverfassungsrechtliche Status ihrer Bindung an das doppel funktionale¹¹⁸ europäische Datenschutzgrundrecht nicht entgegen. Begrenzt wird die Bindung ihrerseits durch den gemäß Art. 17 AEUV zu achtenden Umstand, dass das Handeln der verfassten Kirche auch hier Bestandteil des durch den besonderen Körperschaftsstatus anerkannten Gesamtbereichs kirchlichen Wirkens auf der Grundlage des spezifischen kirchlichen Auftrages und des geistlich geprägten, umfassenden Öffentlichkeitsauftrages ist.¹¹⁹
- 43** Soweit verfasste Kirche und zugeordnete Einrichtungen im Rahmen ihrer eigenen Angelegenheiten tätig sind, treten Achtungsgebot und Beeinträchtigungsverbot des Art. 17 AEUV stärker in den Vordergrund. Da das kirchliche Selbstbestimmungsrecht zu jenen Sachbereichen zu zählen ist, in denen die Übertragung auf und die Ausübung von Hoheitsrechten durch die Europäische Union in vorhersehbarer Weise sachlich zu begrenzen ist¹²⁰, bleibt die Bindung der Kirche an den Grundrechtskern des informationellen Selbstbestimmungsrechts und ihre Verpflichtung zu Datenschutzmaßnahmen zum Würdeschutz als Maßstab des Ausgleichs zwischen Datenschutzgrundrecht und kirchlichem Selbstbestimmungsrecht von Bedeu-

¹¹⁸ Vgl. oben bei Rn. 3.

¹¹⁹ Vgl. oben bei Rn. 28.

¹²⁰ BVerfGE 123, 267 (359).

tung.¹²¹ Soweit der Gewährleistungsinhalt des europäischen Datenschutzrechts über den die Kirche danach bindenden Grundrechtskern des informationellen Selbstbestimmungsrechts hinausgeht, wie z.B. durch die Vorgabe der Einrichtung einer unabhängigen Datenschutzaufsicht in Art. 8 Abs. 3 GRC, Art. 16 Abs. 2 AEUV, lässt sich der erforderliche Ausgleich im Bereich der eigenen Angelegenheiten der verfassten Kirche und ihrer zugeordneten Einrichtungen nur dadurch herstellen, dass zwar der Unabhängigkeitsbegriff Anwendung findet, wie er insbesondere durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes¹²² ausgearbeitet wurde, die konkrete Ausgestaltung aber Angelegenheit der Kirchen und Religionsgemeinschaften bleibt.¹²³ Denn in einer Gemeinschaft von Schwestern und Brüdern kann zwar unabhängige Kontrolle erfolgen, sie bleibt aber ausgerichtet auf die Gemeinschaft, der die Verwirklichung des kirchlichen Auftrages als Ganzes obliegt.

Diese Grundsätze gelten auch für die privatrechtlich organisierten Religionsgemeinschaften.

44

b) Bei staatlich übermittelten Daten

Die staatliche Datenübermittlung an die körperschaftlich verfassten Kirchen ist – gleich ob sie auf dem Datenübermittlungsanspruch beruht oder lediglich verfassungsermächtigt erfolgt¹²⁴ – Teil des deutschen religionsverfassungsrechtlichen Status und daher gemäß Art. 17 AEUV bei der Rechtsetzung der Europäischen Union zu achten. Dem trägt der Europäische Ordnungsgeber dadurch Rechnung, dass er in Erwägungsgrund 55 der EU-DSGVO die Verarbeitung (und damit auch die Übermittlung) personenbezogener Daten durch staatliche Stellen an Religionsgemeinschaften als im öffentlichen Interes-

45

¹²¹ Zur Bedeutung des informationellen Selbstbestimmungsrechts in der Auslegung des BVerfG für das Datenschutzgrundrecht und die EU-DSGVO *Rosnagel*, Verbotsprinzip (o. Fn. 14), S. 2.

¹²² EuGH, U. v. 9.3.2010 – C-518/07 (Kommission ./. Deutschland), NJW 2010, S. 1265 ff.

¹²³ *Ziekow*, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 40), S. 414. In diese Richtung auch *Hense*, in: Sydow, Datenschutzgrundverordnung (o. Fn. 9), Art. 91, Rn. 26; *Pauly*, in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 12), Art. 91 DSGVO, Rn. 21; *Herbst*, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 11), Art. 91 DSGVO, Rn. 18; a.A. *Classen*, Bedeutung (o. Fn. 51), S. 340.

¹²⁴ Vgl. dazu oben bei Rn. 9.

se liegend und damit nach mitgliedstaatlichem Recht zulässig erklärt, soweit die Übermittlung verfassungsrechtlich anerkannten Zielen der Religionsgemeinschaft dient.

- 46 Seiner schon nach deutschem Verfassungsrecht bestehenden Daten-Garantenstellung genügt der Staat dadurch, dass er die Datenübermittlung weiterhin und in zulässiger Wahrnehmung verordnungsrechtlicher Öffnungsklauseln von „ausreichenden Datenschutzmaßnahmen“ abhängig macht. Diese sind jedenfalls dann erfüllt, wenn die Kirchen und Religionsgemeinschaften den Inhalt des europäischen Datenschutzgrundrechts gewährleisten.¹²⁵ Eine weitergehende Bindung der Kirche an staatliches Datenschutzrecht verletzt das Achtungsgebot des Art. 17 Abs. 1 AEUV.
- 47 Angesichts der unmittelbaren Gewährleistung von Datenschutzaufsicht durch unabhängige Aufsichtsstellen durch das Grundrecht wird die Feststellung des Bestehens solcher Maßnahmen allerdings durch solche staatlichen Stellen und nicht wie bislang vielfach üblich, durch die Ministerialverwaltung¹²⁶ zu erfolgen haben. Die Kontrollreichweite bleibt aber auch dann auf das Bestehen von Datenschutzmaßnahmen in diesem Sinne beschränkt¹²⁷.

II. Die Bindungen der gelenkten Selbstbestimmung

- 48 Dieses System bedingter Exemption und abgestufter verfassungsrechtlicher Bindung (Bindung der verfassten Kirche und zugeordneter Einrichtungen im Bereich der eigenen Angelegenheiten an den Grundrechtskern mit der Verpflichtung zu „Datenschutzmaßnahmen zum Würdeschutz“; Bindung an den Inhalt des Datenschutzgrundrechts und Verpflichtung zu dessen Gewährleistung bei staatlicher

¹²⁵ Ähnlich wohl *Seifert*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht (o. Fn. 43), Art. 91, Rn. 12. A. A. *Gola*, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 17), Art. 91, Rn. 10, der „umfassende“ Datenschutzmaßnahmen fordert, wobei umfassend nur solche Regelungen sein sollen, die alle Aspekte der EU-DSGVO enthalten; § 27 Hessisches Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz (o. Fn. 102): „im Einklang mit der Verordnung (EU) Nr. 2016/679“.

¹²⁶ Vgl. z.B. § 4 des Gesetzes über das Meldewesen im Land Brandenburg (Brandenburgisches Meldegesetz – BbgMeldeG) i.d.F.d.B. v. 17.1.2006, GVBl. I/06, Nr. 02, S. 6, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 8.5.2018, GVBl. 1/18, Nr. 08, S. 2: Innenministerium.

¹²⁷ So zur bisherigen Rechtslage *Lorenz*, Stellung (o. Fn. 82), S. 35; *Schatzschneider*, Kirchenautonomie (o. Fn. 64), S. 53; *Ziekow*, Daten (o. Fn. 84), § 28, Rn. 4.

Datenübermittlung; Bindung an das staatliche Datenschutzrecht bei Ausübung hoheitlicher Gewalt oder Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr unter Berücksichtigung des gesamtheitlichen Auftrages der Kirche) bestimmt die Reichweite der positiv-rechtlichen Bindungen und lenkt die Ausübung kirchlicher Selbstbestimmung. Da die EU-DSGVO für die Inanspruchnahme der bedingten Exemption weder an bestimmte Rechtsformen noch an religionsspezifische Aufgaben anknüpft¹²⁸ wird die für eine umfangreiche Exemption notwendige Übereinstimmung zwischen kirchlichem und staatlichem Recht im Bereich der eigenen Angelegenheiten durch die weitreichendste Bindung, also die an das Datenschutzgrundrecht bestimmt.

Deshalb sind umfassend i.S.d. der oben gegebenen Definition¹²⁹ jedenfalls solche religionsgemeinschaftlichen Datenschutzregelungen, die den Gewährleistungsinhalt des Datenschutzgrundrechts kirchenrechtlich umsetzen. Eine Übernahme des Regelungsinhaltes der EU-DSGVO kann also nicht gefordert werden.¹³⁰

Und auch zur Herstellung von Einklang¹³¹ ist eine Übernahme von Aufbau und Regelungsmechanismen im Einzelnen nicht erforderlich.¹³² Dazu genügt vielmehr die Aufnahme struktureller Leitideen und Grundsätze der EU-DSGVO, ihrer Wertungen und ihres Schutzniveaus einschließlich dessen Durchsetzbarkeit.¹³³ Dies folgt schon daraus, dass der weitere Schutzzweck der EU-DSGVO, die Gewährleistung freien Datenverkehrs, im Bereich der eigenen Angelegenheiten der Kirchen keine Rolle spielt. Nimmt die Kirche, gleich in welcher

¹²⁸ *Preuß*, Datenschutzrecht (o. Fn. 41), S. 224; a.A. unter Hinweis auf den Statusbegriff des Art. 17 Abs. 1 AEUV *Classen*, Bedeutung (o. Fn. 51), S. 341.

¹²⁹ Rn. 13.

¹³⁰ A. A. *Hense*, in: *Sydow*, Datenschutzgrundverordnung (o. Fn. 9), Art. 91, Rn. 21; *Jacob*, in: *Eßer/Kramer/von Lewinski*, Auernhammer (o. Fn. 9), Art. 91 DSGVO, Rn. 13.

¹³¹ Rn. 14.

¹³² A. A. wohl *Thomas Hoeren*, Kirchlicher Datenschutz nach der Datenschutzgrundverordnung, NVwZ 2018, S. 373 (375); *Ehmann/Kranig*, in: *Ehmann/Selmayr*, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 39), Art. 91, Rn. 19 (es bestehen nur die Regelungsspielräume, die auch für die Mitgliedsstaaten bestehen).

¹³³ *Herbst*, in: *Kühling/Buchner*, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 11), Art. 91 DSGVO, Rn. 15; ähnlich *Jacob*, in: *Eßer/Kramer/von Lewinski*, Auernhammer (o. Fn. 9), Art. 91 DSGVO, Rn. 13; *Pauly*, in: *Paal/Pauly*, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 12), Art. 91 DSGVO, Rn. 16; *Seifert*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, Datenschutzrecht (o. Fn. 43), Art. 91, Rn. 13; *Gernot Sydow/Nicholas Otto*, Vollstreckung kirchlicher Bußgeldbescheide im Bereich des Datenschutzrechts, in: *KuR* 2018, S. 59 (62).

Rechtsform, am allgemeinen Rechtsverkehr teil und weist ihre Tätigkeit damit einen Bezug zum Binnenmarkt im Sinne des Art. 26 Abs. 2 AEUV auf, könnte dieser weitere Schutzzweck zwar Bedeutung gewinnen. Der besondere Körperschaftsstatus der verfassten Kirche bewirkt aber auch hier über Art. 17 AEUV eine Beschränkung der Einklangsanforderungen.¹³⁴ Da die EU-DSGVO selbst eine Unterscheidung nach der kirchlichen Rechtsform nicht kennt, gilt dies auch für zugeordnete Einrichtungen des Privatrechts und privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften.¹³⁵

51 Und schließlich enthält auch der Begriff der „Aufsicht spezifischer Art“ in Art. 91 Abs. 2 EU-DSGVO keine Vorgabe, nach der diese durch eine staatliche Behörde erfolgen muss¹³⁶ – und kann es im Hinblick auf den durch Art. 17 AEUV geschützten religionsverfassungsrechtlichen Status nicht. Vielmehr kann und muss der durch die Vorschrift erfolgte Bindung an ein im Einzelnen ausgeformtes Leitbild bei Berücksichtigung des Unabhängigkeitsbegriffes auch der kircheninterne Aufbau einer Aufsichtsorganisation genügen.¹³⁷

52 Im Rahmen dieser Bindungen¹³⁸ können – und müssen zur Inanspruchnahme der bedingten Exemption – die Kirchen und Religions-

¹³⁴ Ziekow, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 40), S. 418. Vgl. auch schon oben Rn. 15 und 28.

¹³⁵ Hingegen wäre das BDSG wegen seiner Beibehaltung der Unterscheidung von öffentlicher und nicht-öffentlicher Stelle auf diese Organisationen positiv-rechtlich anwendbar. Die Gesamtschau des datenschutzrechtlichen Mehrebenensystems, bei dem die Grundaussagen der EU-DSGVO zu beachten sind, muss aber zur Erstreckung der Exemption auch auf diese Organisationen führen. Insofern ist das Datenschutzrecht selbstbestimmungsfreundlicher geworden, so Hense, in: Sydow, Datenschutzgrundverordnung (o. Fn. 9), Art. 91, Rn. 12; Ziegenhorn / von Aswege, Kirchlicher Datenschutz (o. Fn. 44), S. 210; Ziekow, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 40), S. 411.

¹³⁶ So aber Classen, Bedeutung (o. Fn. 51), S. 340; wie hier Jacob, in: Eßer / Kramer / von Lewinski, Auernhammer (o. Fn. 9), Art. 91 DSGVO, Rn. 5 und 18.

¹³⁷ Hense, in: Sydow, Datenschutzgrundverordnung (o. Fn. 9), Art. 91, Rn. 27 f.; Jacob, in: Eßer / Kramer / von Lewinski, Auernhammer (o. Fn. 9), Art. 91 DSGVO, Rn. 18; Ehmann / Kranig, in: Ehmann / Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 39), Art. 91, Rn. 25; Seifert, in: Simitis / Hornung / Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht (o. Fn. 43), Art. 91, Rn. 24, der aber ebd., Rn. 26 f. den Aufsichtsbehörden von ev. und röm.-kath. Kirche die Eigenschaft als unabhängige Aufsicht abspricht. Dazu auch Ziekow, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 40), S. 428 f.

¹³⁸ Als umfassende und in Einklang stehende und damit den Bindungen entsprechende Regelung wird z.B. das EKD-Datenschutzgesetz (o. Fn. 60) angesehen von Seifert, in: Simitis / Hornung / Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht (o. Fn. 43), Art. 91, Rn. 12; Herbst, in: Kühling / Buchner, Da-

gemeinschaften ihr eigenes Datenschutzrecht erlassen und dabei zum Ausdruck bringen, was im Bereich des Datenschutzrechts nach dem Selbstverständnis der Kirche der Wahrnehmung ihres Auftrages in der Welt dient und es damit zu einer die bedingte Exemption ermöglichenden eigenen Angelegenheit im Sinne des deutschen Religionsverfassungsrechts macht. Es ist dies die Frage nach der Eigengeartetheit kirchlichen Datenschutzrechts, die nur auf der Grundlage der jeweils einschlägigen (rechts-)theologischen Erkenntnisse beantwortet werden kann.¹³⁹ Sie sollte allerdings auch beantworten können, wer die Inanspruchnahme staatlicherseits eingeräumter Rechtsetzungsbefugnisse und deren Fortbestand gerade auch vor dem Hintergrund europarechtlicher Bindungen begründen will.

tenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 11), Art. 91, Rn. 11; *Ziekow*, Datenschutz-Grundverordnung (o. Fn. 40), S. 422; *Uta Kleine*, Das neue Datenschutzgesetz der Evangelischen Kirche in Deutschland, in: *KuR* 2018, S. 199 (201); zweifelnd im Hinblick auf einige Einzelregelungen, *Hoeren*, Kirchlicher Datenschutz (o. Fn. 132), S. 374; *Alexander Golland*, Reformation 2.0 – Umsetzung der Anforderungen der Datenschutz-Grundverordnung durch die evangelische und die katholische Kirche, in: *Recht der Datenverarbeitung (RDV)* 2018, S. 8 (10 f.).

¹³⁹ Vgl. dazu für die evangelische Kirche *Ziekow*, Datenschutz (o. Fn. 8), S. 140 ff., 206 ff.; *Claessen*, Datenschutz (o. Fn. 86), S. 31 f.; kritisch *Germann*, Datenschutzrecht (o. Fn. 19), S. 474 ff.

§ 34

Kirchliches Archivwesen

Von Anne-Ruth Wellert

I. Die historische Entwicklung des kirchlichen Archivwesens	1–8
1. Katholische Kirche	1–4
2. Evangelische Kirche	5–8
II. Kirchliches Archivrecht	9–18
1. Allgemeines	9–11
2. Katholische Kirche	12–14
3. Evangelische Kirche	15–18
III. Kirchenbücher	19–25
1. Funktion der Kirchenbücher	19–23
2. Nutzung der Kirchenbücher	24–25
IV. Archivierung elektronischer Dokumente	26

I. Die historische Entwicklung des kirchlichen Archivwesens

1. Katholische Kirche

Das kirchliche Archivwesen erscheint im staatskirchenrechtlichen Kontext auf den ersten Blick als ein eher unwesentlicher Bestandteil kirchlicher Verwaltung. Dennoch ist seine Funktion und Geschichte im Horizont der über zweitausend jährigen Geschichte der christlichen Kirchen nicht zu unterschätzen. So ist das kirchliche Archivwesen in Europa Grundlage für das allgemeine Archivwesen geworden. 1

Die katholische Kirche kann vor dem Hintergrund einer früh ausgeprägten Schriftlichkeit auf eine lange Tradition kirchlicher Archive zurückblicken. Bereits aus dem 3. und 4. Jahrhundert existieren Hinweise auf päpstliche Archive, die die sichere Aufbewahrung wich- 2

tiger Schriften, z. B. Akten der Märtyrer, Konzilsakten, gewährleisteten.¹ Nach dem Vorbild der griechisch-römischen Antike entwickelte sich seit dem 5. Jahrhundert daneben ein systematisches Archivwesen auf den verschiedenen Verwaltungsebenen der katholischen Kirche, d. h. bei den Bischöfen, den Domkapiteln, den Klöstern und Kollegiatstiften, dem die Sammlung und sichere Aufbewahrung konstitutiver Verwaltungsdokumente und Urkunden oblag. Für die jeweiligen Herrschafts- bzw. Wirtschaftsgebiete war dies beispielsweise zum Nachweis von Eigentumsrechten notwendig. Den Bischöfen als Inhabern der kirchlichen Gerichtsbarkeit gewährleisteten die Archive eine Kontinuität in der Rechtsprechung.²

- 3 Seit dem 16. Jahrhundert sorgen gesamtkirchliche Dekrete für eine einheitliche sichere Lagerung und Verzeichnung der Archive.³ Im Rahmen der Säkularisationen kirchlicher Güter in Folge der Reformen und im Nachgang zur Französischen Revolution wurden in Deutschland große Teile des kirchlichen Archivguts in staatlichen Besitz überführt.⁴ In diesem Zusammenhang, aber auch aus anderen Gründen wie Bränden, Überflutungen, gingen zahlreiche wichtige Dokumente verloren oder wurden vernichtet.
- 4 Bis heute dienen die katholischen kirchlichen Archive auf den verschiedenen Verwaltungsebenen (Pfarrarchiv, Dekanatsarchiv, Bistumsarchiv auf Diözesanebene, Vatikanisches Archiv)⁵ der Verwaltung

¹ Toni Diederich, Archivwesen, kirchliches, in: Lexikon für Theologie und Kirche, Bd. 1, 1993, Sp. 949 (950).

² Gerhard Schäfer, Archivwesen, Kirchliches, in: TRE, Bd. 3, 1978, S. 678.

³ Z. B. Breve *Inter Omnes*, Pius V. vom 6. 6. 1566; Konstitution *Maxima vigilantia*, Benedikt XIII. vom 16. 6. 1727.

⁴ Zur Aufteilung der historischen kirchlichen Archivalien auf verschiedene Archive, insbesondere auch der Städte (Hospitäler) und des Adels (Patronate) vgl. Schäfer, Archivwesen, Kirchliches (o. Fn. 2), S. 687.

⁵ Diederich, Archivwesen, kirchliches (o. Fn. 1), Sp. 950 f.; Herbert W. Wurster, Kirchliche Archive, Katholische Kirche, in: Der Archivar 1984, Sp. 408–414. Die Päpstliche Kommission für die Kulturgüter der Kirche führt dazu aus: „Typologisch sind die kirchlichen Archive zu unterscheiden in: Diözesanarchive, Pfarrarchive, Archive anderer, nicht dem Diözesanbischof unterstehender Archivträger, Archive juristischer Personen. Der Funktion nach gibt es die Verwaltungsarchive (wo die das Leben und die Führung des Archivträgers betreffenden neueren und regelmäßig hinzukommenden Schriftstücke aufbewahrt werden), die historischen Archive (umfassen die älteren Bestände, denen historische Bedeutung zukommt) und die diözesanen Geheimarchive (wo Straftaten, Bescheinigungen von Gewissen, geheim erteilte Dispensen usw. aufbewahrt werden).“ In: Die pastorale Funktion der kirchlichen Archive. Schreiben vom 2. Februar 1997 (Anhang: Dokumente

des gesamten Schrift-, Bild- und Tongutes, soweit diesem aus rechtlichen, verwaltungsmäßigen, historischen, seelsorgerlichen, technischen oder künstlerischen Gründen Quellenwert zukommt. Als wichtiges Fachorgan ist die Bundeskonferenz der kirchlichen Archive⁶, Nachfolgerin der Bischöflichen Hauptkommission (bzw. späteren Fachkommission) für die kirchlichen Archive in Deutschland, für die Erarbeitung von Richtlinien zum Archivwesen zuständig, die von der Deutschen Bischofskonferenz erlassen werden.⁷

2. Evangelische Kirche

In den evangelischen Kirchen entwickelten sich erst seit der Trennung von Staat und Kirche unter der Weimarer Reichsverfassung 1919 eigenständige kirchliche Verwaltungen, denen allmählich ein kirchliches Archivwesen zugeordnet werden konnte.⁸ Auf der kirchlichen Mittelebene sowie bei den Pfarrämtern waren schon immer eigene Archive unterschiedlichen Umfangs vorhanden.⁹ Lediglich im Bereich der Rheinischen Kirche existierte bereits seit 1853 ein Provinzialarchiv in Koblenz.¹⁰ Die Deutsche Evangelische Kirche

5

zum kirchlichen Archivwesen für die Hand des Praktikers), Arbeitshilfen Nr. 142, hg. vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, 2016, S. 24 f.

⁶ Zur Geschichte vgl. *Toni Diederich*, Zur Geschichte des Archivwesens der katholischen Kirche in Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg, in: Führer durch die Bistumsarchive der Katholischen Kirche in Deutschland, hg. von der Bundeskonferenz der Kirchlichen Archive in Deutschland, 2. Aufl. 1991, S. 17–32.

⁷ *Hartmut Krüger*, Kirchliches Archivwesen, in: HSKR², Bd. 2, S. 743 (744). Eine Zusammenstellung der wichtigsten Texte, Empfehlungen und Rechtsgrundlagen findet sich als Anhang in: Arbeitshilfen Nr. 142 (o. Fn. 5).

⁸ Unter dem landesherrlichen Kirchenregiment waren die evangelischen Konsistorien staatliche Behörden; das Archivgut aus dieser Zeit nahm teilweise der Staat für sich in Anspruch. In anderen Fällen wurden die Archivalien im Bestand der landeskirchlichen Archive geführt. Zur Frage der Übertragung an kirchliche Archive vgl. *Eberhard Sperling*, Archiv, kirchliches, in: Lexikon für Kirchen- und Staatskirchenrecht, hg. von Axel Freiherr von Campenhausen / Ilona Riedel-Spangenberg / Reinhold Sebott, Bd. 1, 2000, S. 158 (159 f.).

⁹ *Hans Otte*, Segensreich mit wenigen Mitteln. Die Gründung der Arbeitsgemeinschaft landeskirchlicher Archivare (ALA) und die Entstehung des kirchlichen Archivwesens 1933–1946, in: Aus evangelischen Archiven, Nr. 51 (2011), S. 7 (8); *Schäfer*, Archivwesen, Kirchliches (o. Fn. 2), S. 688 f.

¹⁰ *Stefan Flesch*, Das Archiv der Evangelischen Kirche im Rheinland. Seine Geschichte und seine Bestände, 2003. Auch die Herrnhuter Brüdergemeine unterhält bereits seit 1764 ein eigenes Archiv in Herrnhut.

gründete ein eigenes Archiv, dem 1939 ein Archivamt folgte. Dieses konnte zentrale Vorschriften für das Archivwesen der evangelischen Kirche erlassen.

- 6 Seit 1945 nimmt die Evangelische Kirche in Deutschland im Bereich des Archivwesens nur noch koordinierende Funktionen wahr. Sie gibt Richtlinien gemäß Art. 9 Buchst. f) der Grundordnung.¹¹ Abgesehen von dem eigenen Archiv der Evangelischen Kirche in Deutschland¹² liegt die Verantwortung für das Archivwesen im Übrigen bei den Landeskirchen.
- 7 Die evangelischen Landeskirchen haben durchgehend eigene Archive, die als unselbständige Einrichtungen der öffentlich-rechtlichen Körperschaften zum Teil anstaltlich, in anderen Fällen als Teile der Verwaltung organisiert sind.¹³ In allen Fällen haben sie den Charakter einer Behörde, die zugleich im Auftrag der Kirchenleitung die Aufsicht über die Archive der Landeskirche ausübt.¹⁴
- 8 Ein wichtiger Impuls für die Entwicklung des evangelischen Archivwesens ging von der 1936 gegründeten Arbeitsgemeinschaft der landeskirchlichen Archivare aus. Diese organisierte sich 1961 neu als Arbeitsgemeinschaft für das Archiv- und Bibliothekswesen in der evangelischen Kirche.¹⁵ Innerhalb der Arbeitsgemeinschaft arbeiten die kirchlichen Archive seit 1979 im Verband evangelischer Archive zusammen. Die Arbeitsgemeinschaft gibt über den Verband wichtige Impulse und Empfehlungen in allen Fragen des kirchlichen Archivwesens und Archivrechts.¹⁶

¹¹ Zum kirchlichen Archivrecht der evangelischen Kirchen s. unten unter II. 3.

¹² Das Zentralarchiv der EKD ist gemeinsam mit dem Archiv der Union evangelischer Kirchen in der EKD (als Rechtsnachfolgerin der Ev. Kirche der Altpreußischen Union bzw. der Evangelischen Kirche der Union) im Kirchlichen Archivzentrum in Berlin verortet.

¹³ Einen Überblick bietet das Handbuch des kirchlichen Archivwesens, hg. von *Hans Otte* unter Mitarbeit von *Beate Magen*, 4. Aufl. 1997. Vgl. auch *Hartmut Baier*, Kirchliche Archive, Evangelische Kirche, in: *Der Archivar* 1984, Sp. 401–407.

¹⁴ *Schäfer*, Archivwesen, Kirchliches (o. Fn. 2), S. 689.

¹⁵ Der heutige Name lautet „Arbeitsgemeinschaft der Archive und Bibliotheken in der evangelischen Kirche“ (AABevK), *Otte*, Segensreich mit wenigen Mitteln (o. Fn. 9).

¹⁶ *Bettina Wischhöfer*, „Die Arbeit findet in den Verbänden statt ...“. Über den Verband kirchlicher Archive seit 1990, in: *Aus evangelischen Archiven*, Nr. 51 (2011), S. 122–154.

II. Kirchliches Archivrecht

1. Allgemeines

Die Kirchen nehmen im Bereich des Archivwesens das ihnen aufgrund von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV zustehende Recht auf Regelung ihrer eigenen Angelegenheiten in Anspruch. Aufgrund der historischen Bedeutung katholischer kirchlicher Archive hat sich hier bereits früh ein eigenständiges umfassendes Archivrecht herausgebildet. Seit der Trennung von Staat und Kirche 1919 haben auch die evangelischen Kirchen von diesem Recht Gebrauch gemacht und sich einen eigenen rechtlichen Rahmen für das Archivwesen geschaffen. Das kirchliche Archivwesen nimmt dabei für sich in Anspruch, durch die Dokumentation kirchlichen Wirkens in Vergangenheit und Gegenwart der Erfüllung des kirchlichen Auftrags zu dienen.¹⁷ Obwohl die kirchlichen Archive als öffentliche Archive zu definieren sind und ihre Bestände als Teil der weltlichen Kultur auch Gegenstand der staatlich garantierten Kulturpflege sind,¹⁸ nehmen daher die staatlichen Gesetze und Verordnungen für die öffentlichen Archive konsequenterweise die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften von der Geltung aus.¹⁹

9

Die Sammlung, Erschließung und Bereitstellung amtlichen Schriftguts zur Nutzung für amtliche Stellen, Wissenschaftler, Publizisten und andere Personen bedarf einer rechtlichen Ordnung. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass regelmäßig personenbezogene Daten betroffen sind. Um den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts an das Recht auf informationelle Selbstbestimmung²⁰ zu

10

¹⁷ Vgl. Präambel der Richtlinie vom 10.10.1997 gemäß Art. 9 Buchst. f der Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland für ein Kirchengesetz über die Sicherung und Nutzung kirchlichen Archivguts (Archivgesetz), ABl. EKD 1998 S. 1.

¹⁸ *Felix Hammer*, Der Auftrag der kirchlichen Archive zum Kulturgut- und Archivalienschutz nach katholischem Kirchenrecht und weltlichem Verfassungsrecht, in: KuR 2013, S. 157 (162); *Werner Jürgensen*, Rechtsfragen bei der Präsentation von Archivgut im Internet, in: Aus evangelischen Archiven, Nr. 43 (2003), S. 137–152 (137).

¹⁹ Vgl. z. B. § 1 Abs. 3 Hessisches Archivgesetz v. 26.11.2012 (GVBl. S. 458–463). *Alexander F.J. Freys*, Das Recht der Nutzung und des Unterhalts von Archiven, 1989, S. 19 f. weist zu Recht darauf hin, dass die Kirchen keine Träger öffentlicher Verwaltung sind.

²⁰ Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG anerkannt.

genügen, bedarf es für Einschränkungen desselben regelmäßig einer gesetzlichen Grundlage. Dies gilt insbesondere für die Frage von Schutzfristen für personenbezogenes Archivgut.²¹

- 11 Die Regelungsmaterien des Archivwesens sind aufgrund der vergleichbaren Ziele und Aufgaben aller Archive im staatlichen und kirchlichen Rechtsraum ähnlich. Neben Fragen der Organisation des Archivwesens und den Aufgaben der unterschiedlichen Ebenen werden die Verwahrung, Sicherung und Erschließung, die Benutzung des öffentlich zugänglichen Archivgutes einschließlich der Einschränkung in bestimmten Fällen sowie Ansprüche betroffener Personen geregelt. Ebenfalls zum Archivwesen können Fragen der Kassation von Schrift- und anderem Verwaltungsgut gezählt werden.

2. Katholische Kirche

- 12 Das kirchliche Archivrecht der katholischen Kirche ist grundlegend im Codex Iuris Canonici geregelt. Bereits der Codex von 1917 enthielt auf die Konstitution „Maxima vigilantia“²² zurückgehende Bestimmungen.²³ Diese wurden in den seit 1983 geltenden Codex Iuris Canonici weitgehend übernommen.²⁴ Die weltweit geltende Kodifikation bildet die Grundlage für weitere Erlasse und Empfehlungen der Deutschen Bischofskonferenz zur tatsächlichen Handhabung des katholischen Archivwesens in Deutschland. Einen weiteren rechtlichen Rahmen mit grundlegenden Empfehlungen zu einer organisatorischen Planung der Archive sowie die Aufbewahrung bildet das Schreiben der Päpstlichen Kommission für die Kulturgüter der

²¹ Zur Rolle der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in den 1980er Jahren für die Entwicklung des Archivrechts vgl. *Werner Jürgensen*, Archivgesetze nach der EKD-Richtlinie, in: *Aus evangelischen Archiven*, Nr. 41 (2001), S. 47–64 (50 ff.).

²² Siehe oben Fn. 3.

²³ CIC/1917, can. 304 § 1; can. 372 § 1; can. 375–384; can. 435 § 3; can. 470 § 4; can. 1010 § 1; can. 1522 Nr. 3; can. 1523 Nr. 6; can. 1548 § 2; can. 2405; can. 2406.

²⁴ CIC/1983, can. 173 § 4; can. 428 § 2; can. 482 § 1; can. 486–491; can. 535 § 4; can. 895; can. 1053; can. 1082; can. 1121 § 3; can. 1133; can. 1208; can. 1283 Nr. 3; can. 1284 § 2 Nr. 9; can. 1306 § 2; can. 1339 § 3; 1719; *Hammer*, Der Auftrag der kirchlichen Archive (o. Fn. 18), S. 160 f.; *Gerhard Sander*, Kirchliche Gesetze zum Archivwesen und Empfehlungen zur Archivführung, in: *Führer durch die Bistumsarchive der katholischen Kirche in Deutschland* (o. Fn. 6), S. 41 ff.

Kirche mit dem Titel „Die pastorale Funktion der kirchlichen Archive“ vom 2. 2. 1997.²⁵

Can. 486 § 1 stellt grundlegend fest: „Alle Dokumente, die sich auf die Diözese oder die Pfarrei beziehen, müssen mit größter Sorgfalt verwahrt werden.“ Im Folgenden werden Regelungen für die Archive auf der Diözesanebene (can. 486 bis 491) von denen für die Pfarreien (insbes. can. 535) unterschieden. Jede Kurie hat „an einem sicheren Ort“ ein Diözesanarchiv einzurichten. In der Kurie wird ein Kanzler bestellt, der für die Ausfertigung und Herausgabe der Akten sowie für die Aufbewahrung im Archiv Sorge trägt.²⁶ Das Archiv muss verschlossen sein, den Schlüssel dürfen nur der Bischof und der Kanzler haben, ohne deren Erlaubnis niemandem der Zutritt erlaubt ist.²⁷ Als besondere Archive sind in jeder Diözese ein Geheimarchiv²⁸ sowie ein historisches Archiv²⁹ einzurichten. Der Diözesanbischof ist für die sorgfältige Archivierung und Inventarisierung der Akten und Dokumente in den übrigen kirchlichen Archiven verantwortlich. Die Regelung der Nutzung der Pfarrarchive und der historischen Archive obliegt dem Diözesanbischof.³⁰ In jeder Pfarrei sind in einem Archiv die pfarramtlichen Bücher über die Amtshandlungen gemäß den Vorschriften der Bischofskonferenz sowie andere archivwürdige Dokumente zu verwahren. Für die Sicherung vor unbefugtem Zugriff ist der Pfarrer verantwortlich.³¹

Auf der Ebene der Erlasse der Deutschen Bischofskonferenz hat die „Anordnung über die Sicherung und Nutzung der Archive der Katholischen Kirche“³² (KAO) zentrale Bedeutung. Sie regelt Grundsätzliches über die Verwaltung von Registratur- und Archivgut, insbesondere auch über die Übernahme von Archivgut durch ein Archiv, sowie die Nutzung durch Betroffene zur Führung von Standesnachweisen sowie durch Dritte. Aufgrund der innerkirchlichen Funktion der Archive, das Wirken der katholischen Kirche zu dokumentieren und der Verwaltung der Kirche und der Erforschung ihrer Geschichte

²⁵ Abgedruckt in: Arbeitshilfen Nr. 142 (o. Fn. 5), S. 11–47.

²⁶ Can. 482 § 1.

²⁷ Can. 487 § 1. Zu den weiteren Nutzungsvorschriften des CIC vgl. *Krüger*, Kirchliches Archivwesen (o. Fn. 7), S. 747.

²⁸ Can. 489 § 1, can. 490.

²⁹ Can. 491 § 2.

³⁰ Can. 491 § 3.

³¹ Can. 535 § 4.

³² Vom 18. 11. 2013 i. d. F. vom 22. 6. 2015, abgedruckt in: Arbeitshilfen Nr. 142 (o. Fn. 5), S. 57–70.

zu dienen,³³ gilt bei den katholischen Archiven der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit. Nutzungswünsche Dritter müssen nicht erfüllt werden, allerdings kann unter bestimmten Voraussetzungen und bei einem berechtigten Interesse³⁴ auf Antrag die Nutzung von Archivgut erlaubt werden. Dabei sind darüber hinaus die Sperrfristen zu beachten.³⁵

3. Evangelische Kirche

- 15 Das Archivrecht der evangelischen Landeskirchen war lange Zeit Gegenstand untergesetzlicher kirchlicher Vorordnungen, Ordnungen und Richtlinien. Diese beruhten größtenteils auf Empfehlungen und Musterordnungen der Arbeitsgemeinschaft für das Archiv- und Bibliothekswesen. Die immer stärkere Selbstständigkeit der landeskirchlichen Archive mit ihrer besonderen Rolle innerhalb der kirchlichen Verwaltungen einerseits, datenschutzrechtliche Anforderungen aufgrund des verfassungsrechtlich gestärkten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung andererseits ließen Anfang der 1980er Jahre das Bedürfnis nach kirchlichen Archivgesetzen wachsen.³⁶ Nachdem zunächst einige Landeskirchen eigene Archivgesetze erlassen hatten³⁷, folgte die Evangelische Kirche in Deutschland 1995 mit einem eigenen Archivgesetz.³⁸
- 16 Nach dessen Vorbild erließ der Rat der EKD die Richtlinie gemäß Art. 9 Buchst. f GO EKD für ein Kirchengesetz über die Sicherung

³³ § 1 Ziff. 2 S. 1 KAO.

³⁴ Dies liegt gem. § 6 Ziff. 1 S. 2 KAO u. a. bei amtlichen, wissenschaftlichen, heimatkundlichen, familiengeschichtlichen oder pädagogischen Zwecken vor.

³⁵ § 8 KAO: Grundsätzlich 40 Jahre nach Schlussdatum, Archivgut des Bischöflichen Geheimarchivs sowie Bischöfliche Handakten und Nachlässe 60 Jahre, Personalakten und personenbezogenes Archivgut 30 Jahre nach Tod bzw. 120 Jahre nach Geburt der betr. Person.

³⁶ Zur Genese vgl. *Jürgensen*, Archivgesetze nach der EKD-Richtlinie (o. Fn. 21), S. 48 f.

³⁷ An einer ersten Archivschutzrichtlinie der EKD vom 10.12.1982 (ABl. EKD 1983 S. 38) orientierten sich: Ev. Kirche von Hessen-Nassau, KG vom 17.3.1984 (KABl. S. 47); Ev. Kirche der Union, KG vom 30.5.1988 (ABl. EKD S. 266); Nordelbische Ev.-Luth. Kirche, KG vom 11.2.1991 (GVBl. S. 99, 162).

³⁸ Kirchengesetz über die Sicherung und Nutzung von Archivgut der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD-Archiv-Gesetz) vom 9.11.1995 (ABl. EKD S. 579).

und Nutzung kirchlichen Archivguts (Archivgesetz)³⁹. Die Richtlinie gliedert sich in vier Abschnitte: I. Allgemeine Bestimmungen (u.a. zum Geltungsbereich, Begriffsbestimmungen, Aufgaben kirchlicher Archive, Benutzungsfragen), II. Archiv der Landeskirche, III. Archive der Kirchengemeinden, Kirchengemeindeverbände, Kirchenkreise und Kirchenkreisverbände sowie IV. Schlussvorschriften.

Der Empfehlung der Richtlinie folgend haben in den Folgejahren eine Reihe von Landeskirchen und gliedkirchlichen Zusammenschlüssen eigene Archivgesetze erlassen.⁴⁰ Parallel dazu existieren quasi flächendeckend Benutzungs- und Gebührenordnungen für die Archive auf untergesetzlicher Ebene.⁴¹ Anders als im katholischen Archivrecht ist das kirchliche Archivgut grundsätzlich öffentlich zugänglich.⁴² Die Benutzung kann jedem gewährt werden, der ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht.⁴³

Die Regelungen über das Ausscheiden wertlosen Schriftguts (Kasation) sind ebenfalls in untergesetzlichen Ordnungen und Richtli-

³⁹ Vgl. o. Fn. 17. Siehe dazu *Jürgen Linnewedel*, Erläuterungen zur Richtlinie des Rates der EKD vom 10. Oktober 1997 für ein gliedkirchliches Archivgesetz, in: Rundbrief Nr. 11 / Februar 1998, hg. vom Verband kirchlicher Archive in der Arbeitsgemeinschaft der Archive und Bibliotheken in der ev. Kirche, S. 44–45.

⁴⁰ Ev.-Luth. Kirche Mecklenburgs, KG vom 29. 3. 1998 (KABl. S. 16), abgelöst durch KG der Nordkirche vom 29. 11. 2017 (KABl. 2018 S. 3); Konföderation ev. Kirchen in Niedersachsen, KG vom 26. 2. 1999 (KABl. Hann. S. 31); Ev. Kirche der Pfalz (Protestantische Landeskirche), KG vom 7. 5. 1999 (KABl. S. 112); ELKB, KG vom 10. 4. 2000 (KABl. S. 185), dazu *Werner Jürgensen*, Das Archivgesetz für die Evangelisch-Lutherische Kirche in Bayern vom 10. April 2000, in: *Aus evangelischen Archiven*, Nr. 41 (2001), S. 65–70; EKV, KG vom 6. 5. 2000 (KABl. EKD S. 146) mit Geltung in: UEK, Ev. Landeskirche Anhalts, EKBO, Pommersche Ev. Kirche (abgelöst durch das genannte KG der Nordkirche), EKM, EKIR und EKvW; Lippische Landeskirche, KG vom 26. 11. 2002 (GVBl. S. 325). Das jeweils aktuell geltende Archivgesetz findet sich in den Rechtsammlungen der ev. Kirchen, die überwiegend unter <<https://www.wbv.de/fis-kirchenrecht.html>> abrufbar sind.

⁴¹ Grundlage sind entsprechende Richtlinien des Rates der EKD nach Art. 9 Buchst. f GO EKD: Ordnung für die Benutzung des kirchlichen Archivgutes (Benutzungsordnung) vom 15. 5. 1987 (ABl. EKD S. 281); Gebührenordnung für die Benutzung kirchlicher Archive vom 10. 4. 1978 (ABl. EKD S. 213).

⁴² Vgl. § 5 EKD-Archiv-Gesetz (o. Fn. 38).

⁴³ § 1 Abs. 2 Ordnung für die Benutzung des kirchlichen Archivgutes (Benutzungsordnung) vom 15. 5. 1987 (ABl. EKD S. 281).

nien enthalten, die aufgrund von Ermächtigungen in den jeweiligen Archivgesetzen und -ordnungen erlassen werden.⁴⁴

III. Kirchenbücher

1. Funktion der Kirchenbücher

- 19** Kirchenbücher, in der Katholischen Kirche auch Matrikelbücher genannt, sind ein wesentlicher Bestandteil kirchlicher Archive und gehören zu deren meist benutzten Schriftgut. Neben der genealogischen Forschung dienen sie insbesondere sozial- und wirtschaftshistorischen Interessen.
- 20** Die Kirchenbücher dokumentieren traditionell die (kirchlichen) Eckdaten eines Christen, zu denen neben Geburts- und Sterbedatum die Amtshandlungen bzw. Sakramente gehören. Bereits die frühe Kirche kannte Listen von Taufbewerbern und Getauften; auch Heiratsurkunden (tabulae nuptiales) finden Erwähnung. Im Mittelalter sind aufgrund ortskirchlicher Regelungen in der christlichen Welt Tauf-, Eheschließungs- und Totenlisten verbreitet. Nach dem Tridentinum 1563 wurde für die katholische Kirche gesamtlich die Führung von Tauf- und Trauregistern, durch das *Rituale Romanum* 1614 die Führung von Sterbebüchern verbindlich verordnet.⁴⁵ In den Kirchen der Reformation wurden durch die verschiedenen Kirchenbuchordnungen Tauf-, Trau- und Sterberegister geregelt.
- 21** Da eine entsprechende weitgehend flächendeckende Registrierung der Bevölkerung im staatlichen und kommunalen Bereich fehlte, bestand ein zunehmendes Interesse an der Führung der Kirchenbücher. Nach dem Dreißigjährigen Krieg fanden sie weite Verbreitung.⁴⁶ So wurden z.B. aufgrund der Bestimmungen des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 die Pfarrer zu öffentlichen Standesbeamten, deren Eintragungen in die Kirchenbücher fortan auch bindenden

⁴⁴ Die EKD hat eine Richtlinie über die Aufbewahrung, Aussonderung und Vernichtung (Kassation) von Unterlagen kirchlicher Körperschaften, Einrichtungen, Werke und Stiftungen (Aufbewahrungs- und Kassationsrichtlinie) vom 5.3.2014 (ABl. EKD S. 58) erlassen, an der sich die landeskirchlichen Regelungen orientieren. Vgl. auch *Udo Wennemuth*, Bewertung und Kassation, in: *Aus evangelischen Archiven*, Nr. 50 (2010), S. 75–98.

⁴⁵ *Friedemann Merkel*, Kirchenbücher, in: *RGG*⁴, Bd. 4, 2001, Sp. 1160 (1161).

⁴⁶ *Helmuth Baier*, Kirchenbücher, in: *TRE*, Bd. 18, 1989, S. 528 (529).

staatlichen Formvorschriften unterlagen. Diese öffentlich-rechtliche Funktion der Kirchenbücher und die Registrierpflicht bestimmter Daten durch die anerkannten Kirchen galt auch für Bürger, die anderen Kirchen angehörten.⁴⁷ In anderen Gebieten des Deutschen Reiches wurde die Personenstandsregistrierung ab dem Beginn des 19. Jahrhunderts nicht zuletzt durch den Einfluss des französischen Code Civil weitgehend den kommunalen Beamten übertragen. Die Personenstandsgesetzgebung *Bismarcks* beendete 1875/76 die kirchliche Präsenz im Bereich des Personenstandswesens. Seitdem unterliegt die Führung der Kirchenbücher ausschließlich binnenkirchlichem Recht.

Heute haben die Eintragungen in die Kirchenbücher wieder ausschließlich die Funktion, die kirchlichen Amtshandlungen⁴⁸ gemäß den Kirchenbuchordnungen⁴⁹ zu dokumentieren und die Vornahme nachzuweisen. Die Gültigkeit einer Amtshandlung ist von der Eintragung unabhängig. 22

Zunehmend werden Kirchenbücher digital geführt, u. a. um die Daten der Amtshandlungen unmittelbar mit den digital vorhandenen Meldedaten der Kirchenmitglieder zu verknüpfen zu können. Unabhängig davon wird regelmäßig ein Ausdruck als analoge Dokumentation der Kirchenbücher zu Nachweis- und Archivzwecken erstellt. 23

2. Nutzung der Kirchenbücher

Der Großteil der (historischen) Kirchenbücher wird heute zentral in den Archiven der Evangelischen Kirchen und katholischen Bistümer verwahrt. Aus archivtechnischen Gründen und zur besseren Nutzbarkeit sind die Bestände in der Vergangenheit zunächst mikroverfilmt und seit einiger Zeit digitalisiert verfügbar. Aufgrund der 24

⁴⁷ Karl Christian Becker, Wissenschaftliche Darstellung der Lehre von den Kirchenbüchern, 1831.

⁴⁸ Taufe, Firmung bzw. Konfirmation, Trauung, Bestattung sowie in der Evangelischen Kirche die Aufnahme durch Übertritt oder Wiederaufnahme in die Kirche und in der Katholischen Kirche Empfang von Weihe und Ablegung von Ordensprofess.

⁴⁹ Evangelische Kirche: Die jüngeren Kirchenbuchordnungen der Gliedkirchen der EKD orientieren sich an der als Richtlinie des Rates der EKD nach Artikel 9 GO EKD verabschiedeten Ordnung für die Führung der Kirchenbücher (Kirchenbuchordnung) 9.12.2016 (ABl. EKD 2017 S. 4), die älteren an der Vorgängerrichtlinie vom 11.9.1999 (ABl. EKD S. 425). Katholische Kirche: CIC c. 535.

historischen öffentlich-rechtlichen Funktion der Kirchenbücher besteht ein gesetzlicher Anspruch auf Auskunft und Beurkundung aus Kirchenbüchern für die Zeit vor dem 1. 1. 1876⁵⁰ hinsichtlich Geburten, Eheschließungen und Sterbefällen.⁵¹ Für die Zeit danach unterliegt die Nutzung⁵² der Kirchenbücher ausschließlich kirchlichem Archiv-, Kirchenbuch- bzw. Datenschutzrecht. Es gelten für alle Eintragungen aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes bestimmte Schutzfristen.⁵³ Allerdings besteht für Eintragungen in Taufregister, aus denen die Mitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften bewiesen werden kann, eine Auskunfts- und Beurkundungspflicht gegenüber zuständigen staatlichen Behörden und Personen, die ein rechtliches Interesse geltend machen können.⁵⁴ Die Archive können für die Recherche Gebühren auf der Grundlage eigener Gebührenordnungen erheben.

- 25 Die Recherche nach Daten in Kirchenbüchern wird durch die fortschreitende Digitalisierung der Einträge erleichtert. Schon heute sind viele der Ressourcen neben der klassischen Recherche am Archivierungsort auch weltweit über das Internet erreichbar.⁵⁵

IV. Archivierung elektronischer Dokumente

- 26 Eine Herausforderung für kirchliche wie alle übrigen Archive stellt die Archivierung elektronischer Dokumente dar.⁵⁶ Die kirchlichen

⁵⁰ Bzw. 1. 10. 1874 in Preußen.

⁵¹ Vgl. § 27 der Kirchenbuchordnung der EKD (o. Fn. 49).

⁵² Zu unterscheiden ist zwischen dem Recht auf Auskunft und Beurkundung einerseits und dem Recht auf persönliche Einsichtnahme andererseits.

⁵³ Vgl. für die katholischen Archive o. Fn. 35. Für die evangelischen Archive gelten die Schutzfristen der jeweiligen Kirchenbuchordnung.

⁵⁴ *Axel von Campenhausen*, Zur Frage der Verfügungsgewalt der Kirchen hinsichtlich der Kirchenbücher, in: Münchener Gutachten, Kirchenrechtliche Gutachten in den Jahren 1970–1980, hg. von dems., 1983, S. 178 ff.; *Joseph Listl*, Zur Auskunfts- und Beurkundungspflicht aus Kirchenbüchern, in: AfKR 143 (1974), S. 101 ff.

⁵⁵ Für die evangelischen Kirchen stehen unter dem Dach des EKD-Kirchenbuchportals Archion bereits eine große Anzahl von Kirchenbüchern online zur Verfügung: <<https://www.archion.de>>.

⁵⁶ Eine eindeutige Terminologie der Materie existiert nicht. In der Archivsprache ist für alle „maschinenlesbaren“ Unterlagen vom elektronischen Dokument oder digitalen Archivobjekt die Rede. Vgl. *Gabriele Stüber/Werner Jürgensen*, Archivierung elektronischer Unterlagen in kirchlichen Archiven. Empfehlungen des Verbandes kirchlicher Archive, in: Kleine

Regelungen stellen maschinenlesbare Informations- und Datenträger sowie die zur Auswertung, Sicherung und Nutzung erforderlichen Hilfsmittel und Programme dem übrigen Archivgut gleich.⁵⁷ Angesichts der raschen technologischen Weiterentwicklung elektronischer Dokumentenformate ist ein Konzept zur Langzeitarchivierung der unterschiedlichen Datentypen zu gewährleisten.

Schriften Bd. 1, hg. vom Verband kirchlicher Archive, 1998; *Christian Keitel*, Aufgaben digitaler Bestandserhaltung, in: *Transformation ins Digitale*, 85. Deutscher Archivtag in Karlsruhe, hg. vom Verband deutscher Archivarinnen und Archivare e.V., 2017, S. 123–130.

⁵⁷ § 2 Abs. 3 Richtlinie der EKD für ein Archivgesetz (o. Fn. 17).

VI.

Das öffentliche Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften

§ 35

Das Recht der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften zum öffentlichen Wirken

Von Martin Morlok

I. Einführung	1–34
1. Erscheinungsformen	1–15
a) Öffentliche Sichtbarkeit von Religion als praktisches Problem	1–3
b) Kommunikation nach innen und nach außen	4–7
c) Einzelne Formen des öffentlichen Wirkens	8–15
2. Terminologische Unterscheidungen	16–34
a) Öffentlichkeit	20–24
b) Öffentliches Wirken	25–26
c) Öffentlichkeitsarbeit	27–29
d) Öffentlichkeitsauftrag	30–32
e) Öffentlichkeitsanspruch	34
II. Gründe und Motive für das öffentliche Wirken der Religionsgemeinschaften	35–64
1. Adressaten	36–41
2. Spezifisch religiöse Motive	42–58
a) Christen	43–50
b) Juden	51–52
c) Muslime	53–56
d) Jehovas Zeugen	57
e) Buddhismus	58
3. Gründe für öffentliches Wirken aller Verbände und Organisationen	59–64

III. Historisch-kultureller Kontext des öffentlichen Wirkens	65–86
1. Kulturkampf	67–70
2. Der Weimarer Kompromiss	71–74
3. Die Zeit des Nationalsozialismus und der Kirchenkampf	75–77
4. Die Zeit der Loccumer Formel vom „Öffentlichkeitsauftrag“	78–81
5. Die gegenwärtigen Randbedingungen des öffentlichen Wirkens der Religionsgesellschaften	82–86
IV. Rechtliche Grundlagen des öffentlichen Wirkens	87–117
1. Ebenen und Gruppen einschlägiger Normen	88–102
a) Verfassungsrecht	89–95
b) Verträge zwischen Staat und Religionsgesellschaften	96
c) Einfaches Recht	97–100
d) Internationales Recht	101–102
2. Art. 5 Abs. 1 GG: Meinungs- und Rundfunkfreiheit	103–104
3. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG: Religionsfreiheit	105–106
4. Art. 137 Abs. 1 WRV: Das Verbot einer Staatskirche	107–108
5. Art. 137 Abs. 3 WRV: Die Selbstverwaltungsgarantie der Religionsgesellschaften	109–112
6. Art. 137 Abs. 5 WRV: Körperschaftsstatus für Religionsgesellschaften	113–117
V. Verfassungstheorie des öffentlichen Wirkens der Religionsgesellschaften	118–141
1. Öffentlichkeit als Medium der gesellschaftlichen (Selbst-)Beobachtung	119–128
2. Religionsgesellschaft als Verband unter Verbänden	129–132
3. Die Passivseite des öffentlichen Wirkens: Schutz vor Religionsbeschimpfung?	133–136
4. Der spezifische Beitrag der Religionen zur öffentlichen Meinungsbildung	137–141

I. Einführung

1. Erscheinungsformen

a) Öffentliche Sichtbarkeit von Religion als praktisches Problem

Religionen sind öffentlich sichtbar – und sie wollen es oft auch sein. Ihr öffentliches Wirken umfasst Worte wie Taten, es ist oft intentional auf die Wahrnehmung durch andere gerichtet oder auch ist die Wahrnehmung durch Nichtmitglieder der jeweiligen Religion schlicht eine tatsächliche Folge ihrer öffentlichen Präsenz. Die öffentliche Sichtbarkeit der Kirchen ist altgewohnt und wird als solche kaum mehr bewusst wahrgenommen, etwa in der Gestalt von Kirchen im Stadtbild oder akustisch in der Form des Glockenläutens, auch das „Wort zum Sonntag“ am Samstagabend im Programm der ARD gehört zum Inventar der Fernsehgewohnheiten.

Die Wahrnehmung von religiösen Äußerungsformen, zumal anderer als der eigenen oder jedenfalls der altvertrauten, kann aber auch irritieren. Die sichtbare Andersartigkeit macht die Auseinandersetzung mit anderen Möglichkeiten als der bisherigen religiösen Selbstverständlichkeit (und damit Selbstgewissheit) fast unausweichlich.¹ Das kann als bereichernd empfunden werden, aber auch als störend und verunsichernd. Jedenfalls ist die öffentliche Sichtbarkeit und damit zwangsläufige Wahrnehmbarkeit und Wahrnehmung religiöser Vielfalt ein Umstand, der eine neue Dimension des öffentlichen Wirkens der Religionsgemeinschaften darstellt. Das öffentliche Wirken umfasst dabei die ganze Breite des Wortsinns: intentionale wie nicht intentionale Wirkungen.

Wird vom „Recht zum öffentlichen Wirken“ gesprochen, so steht die bewusste Einwirkung auf die Öffentlichkeit im Vordergrund, die rein faktischen Wirkungen sind aber auch nicht zu unterschätzen – und auch rechtlich erheblich. Einerseits geht es um die rechtlichen Grundlagen öffentlicher religiöser Praxis, etwa in Gestalt einer Prozession, oder auch um die gezielte Darstellung der eigenen religiösen Überzeugung für Außenstehende; andererseits wirft religiöse Pluralität das Problem des Schutzes religiöser Überzeugungen vor verbalen

¹ Diese Beschreibung orientiert sich an der dritten Beschreibung von „Säkularität“ bei *Charles Taylor*, *Ein säkulares Zeitalter*, dt. Auflage von 2009 (Originalauflage von 2007), S. 147 f., wonach der (eigene) Glaube nur eine Option unter anderen ist.

Beeinträchtigungen und Beschimpfungen durch andere auf (s. u. unter V. 3.).

b) Kommunikation nach innen und nach außen

- 4 Die Formen und Absichten des öffentlichen Wirkens der Religionsgemeinschaften sind vielfältig. Will man sich einen geordneten Überblick verschaffen, so gilt es zunächst, das öffentliche Wirken zu bestimmen. Dies kann zum einen durch die Abgrenzung zur religiösen Binnenkommunikation erfolgen und zum anderen durch eine Vergegenwärtigung der Eigenarten der Öffentlichkeit.
- 5 Die *Binnenkommunikation*² einer Religion ist für diese essentiell. Hierin erhält sie sich, hier wird sie gepflegt, gegebenenfalls verändert und fortgeführt. Die kollektive und wechselseitige Benutzung religiöser Symbolik konstituiert erst eine Religion. Ohne Binnenkommunikation gibt es keine Religion und keine Religionsgemeinschaft. Bei den schriftzentrierten Religionen hat die Vergegenwärtigung der heiligen Texte und ihre Auslegung einen zentralen Stellenwert. Hinzu treten rituelle, individuelle, insbesondere aber auch kollektive Praktiken. Begleitet wird dies oft auch durch äußerlich sichtbare Merkmale der Religionszugehörigkeit. Die Befolgung religiöser Vorschriften macht die Zugehörigkeit eines Menschen zu einer gewissen Glaubensgemeinschaft sichtbar, hebt die Mitglieder von anderen ab und stärkt dadurch die Identifikation mit der eigenen Religionsgemeinschaft. Bekleidungsvorschriften, Speisegebote oder bestimmte Zeichen einer Religion, z. B. das christliche Kreuz, stehen dafür. Diese Binnenkommunikation wie auch die sichtbare Differenz zu anderen bestätigen und bekräftigen die Anhänger einer Religionsgemeinschaft in ihrem Glauben.
- 6 Die *Öffentlichkeit* lässt sich im ersten Zugriff bestimmen als eine unspezifische Zielgruppe; bei näherer Betrachtung umfasst das öffentliche Wirken einerseits Botschaften an eine Vielzahl nicht näher bestimmbarer Empfänger, zum anderen aber auch eine durchaus spe-

² Die Binnenkommunikation lässt sich verstehen als adressiert an einen bestimmten Empfängerkreis, sie kann mit bestimmten Voraussetzungen auf Seiten ihrer Empfänger rechnen. In der Terminologie von *Talcott Parsons* liegt der Binnenkommunikationen eine *partikularistische* Ausrichtung zugrunde, im Gegensatz zu darüber hinausgreifenden, an alle gerichteten universalistischen Botschaften; dazu *Talcott Parsons*, *The Social System*, Paperback-Ausgabe 1970, Neuauflage des Originals von 1951, insbes. S. 62 f.

zifische Orientierung auf bestimmte Zielgruppen hin, diese aber im Plural: auf unterschiedliche Zielgruppen. Öffentliches Wirken ist also einerseits zielgruppenadressiert, andererseits diffus.³

In einer modernen Gesellschaft wie der deutschen ist die Abgrenzung zwischen Binnenkommunikation und Außenadressierung durchaus schwierig, dies jedenfalls bei großen Religionsgesellschaften wie den christlichen Kirchen oder der Vielzahl der muslimischen Verbände. Die Anhängerschaft dieser Religionen ist groß und inhomogen. In der Folge gibt es einen breiten Überschneidungsbereich der Adressierung des Wirkens der Religionsgemeinschaften an Mitglieder und an Nichtmitglieder. Wer hört das „Wort zum Sonntag“: gläubige Christen, christlich Getaufte mit abgesenkten und idiosynkratischen Glaubensbeständen, Zweifelnde, Anhänger unterschiedlicher Intensität anderer Religionen, dezidiert Ungläubige? Anders ist die Lage bei kleinen glaubensstarken Religionsgemeinschaften. Hier kennen sich die Mitglieder regelmäßig von Angesicht zu Angesicht und treffen sich mit erheblicher Frequenz, so dass die Unterscheidung von Binnenkommunikation und Kommunikation nach außen verhältnismäßig einfach ist.

7

c) Einzelne Formen des öffentlichen Wirkens

Wie lassen sich die verschiedenen Formen des öffentlichen Wirkens der Religionsgemeinschaften strukturieren? Die reine Binnenkommunikation soll dabei nicht berücksichtigt werden, da sie keinen Beitrag zur Kommunikation nach außen leistet. An der Grenze zur Außengerichtetheit des öffentlichen Wirkens der Religionsgemeinschaften mit einem Ursprung und Anker in der Binnenkommunikation stehen kultische Handlungen, die öffentlich sind, also ohne Zutrittsschranken besucht werden können. Der Prototyp dafür ist der Gottesdienst. Insbesondere dort, wo wegen der Größenordnung jedenfalls ein erheblicher Anteil der Teilnehmer anonym ist, kann man sich der Zusammensetzung dieser Zuhörerschaft nicht mehr sicher sein und deswegen die Verlautbarungen häufig auch als für Außenstehende verständlich und akzeptabel machen. Beispiele für

8

³ Das Gegensatzpaar „diffus/spezifisch ist ebenfalls der Parsonsschen Konzeption der „pattern variables“ entnommen, welche unterschiedliche Orientierungsmöglichkeiten des Handels darstellen, siehe *Parsons, The Social System* (o. Fn. 2), S. 54.

diese Formen öffentlichen Wirkens sind die Predigt, der Schaukasten, der Gemeindebrief oder auch der Hirtenbrief.

- 9 An eine gänzlich unbestimmte Allgemeinheit gerichtet sind insbesondere Sendungen im Rundfunk, also die dort erfolgende Übertragung von Gottesdiensten, das sogenannte „Geistliche Wort“ im Frühprogramm, die Lesung einer Koransure mit Deutung im Deutschlandfunk, Presseorgane wie etwa Chrismon oder das Magazin „Christ und Welt“ in der Wochenzeitung „Die Zeit“⁴. Nicht zuletzt sind auch die Internetportale der Religionsgemeinschaften zu nennen, die dann weitere Links für spezifischere Themen anbieten.
- 10 An eine unbestimmte Teilnehmerschaft mit vielleicht einer gewissen Affinität zur sie tragenden Religionsgesellschaft richten sich auch die Veranstaltungen der Bildungseinrichtungen, paradigmatisch sind hier die Evangelischen und die Katholischen Akademien mit ihrem breit gefächerten Programm, das weit über die engere religiöse Thematik hinausgreift. Auch individuelle missionarische Bestrebungen, die an einen unbekannten Empfängerkreis gerichtet sind, mögen hier eingeordnet werden, so etwa das Verteilen von Koranexemplaren in der Fußgängerzone oder die Bibel im Hotelzimmer.
- 11 Eine eigene Gruppe stellen öffentliche Veranstaltungen und Aktionen dar, die regelmäßig auch von den Medien begleitet werden. An erster Stelle sind hier die Kirchentage⁵ zu nennen. Weiter ist an die großen Spendenaktionen der beiden großen Kirchen zu denken, also „Brot für die Welt“ und „Miserior“. Diese werden breit öffentlich beworben, und zwar auch unter Einsatz von Werbeagenturen.⁶
- 12 Eine andere Gruppe stellen gezielte themenspezifische öffentliche Verlautbarungen dar, dafür stehen die Denkschriften der EKD, Pastoralkonstitutionen oder auch päpstliche Enzykliken. Die Verant-

⁴ Früher war dieses Zeitungsbuch sogar eine eigene Wochenzeitung: „Christ & Welt“ – Zeitung für Glaube, Geist, Gesellschaft; seit dem 2.12.2010 erscheint dieses Magazin als Beilage in der Wochenzeitung „Die Zeit“.

⁵ *Harald Uhl*, Der Deutsche Evangelische Kirchentag als öffentliche Erscheinungsform der Kirche, in: Öffentlichkeitsarbeit der Kirche, hg. von Holger Tremel, 1984, S. 147 ff.; als empirische Studie zum Kirchentagsbesuch siehe *Gerd Pickel / Yvonne Jäckel / Alexander Yeddle*, Der Deutsche Evangelische Kirchentag – Religiöses Bekenntnis, Politische Veranstaltung oder einfach nur ein Event?, 2015. Darin findet sich auch die Herausarbeitung verschiedener Funktionen des Kirchentages, so etwa diejenige der identitätsbildenden Wirkung oder des Aufbaus von „religiösem Sozialkapital“.

⁶ Nachweise unter <<http://web.archive.org/web/20180829162602/http://www.kirchen-ez.de/impressum.0.html>>.

wortlichen wissen oder müssten jedenfalls wissen, dass diese innerhalb wie auch außerhalb der engeren Mitgliedschaft wahrgenommen und diskutiert werden, weshalb sie tatsächlich auch auf die allgemeine Öffentlichkeit gerichtet sind.

Daneben gibt es Formen des öffentlichen Wirkens der Religionsgemeinschaften, die ganz spezifisch adressiert sind, so etwa die Pressemitteilungen über bestimmte Ereignisse oder eigene Positionen zu bestimmten Themen, die beabsichtigen, über den Multiplikationseffekt der Presse öffentliche Wirksamkeit zu erlangen. Tatsächlich haben die großen christlichen Kirchen sogar eigene Nachrichtenagenturen: den evangelischen Pressedienst (epd)⁷ und die katholischen Nachrichtenagenturen (kathnews⁸, kath.net und KNA⁹). Außerdem seien in diesem Zusammenhang (bisher) für die evangelischen Kirchen die Evangelische Journalistenschule und für die katholische Kirche das Institut zur Förderung publizistischen Nachwuchses genannt.

Eine andere Qualität als verbale Botschaften an die Öffentlichkeit haben *künstlerische Darstellungen* mit religiösem Hintergrund. Die Kirchenmusik, die es im Rundfunk und in öffentlichen Konzerten gibt, hat ihr treues Publikum und auch auf Seiten der Kirchen erhebliche Bedeutung. Beispielhaft hervorgehoben seien die Aufführungen einer Bach-Passion am Karfreitag oder des Bachschen Weihnachtsoratoriums. Auch andere Werke mit geistlichem Hintergrund gehören zum ständigen Repertoire des Musiklebens und zählen auch zum öffentlichen Wirken dieser Religionsgemeinschaften, jedenfalls dann, wenn entsprechende Konzerte von den Religionsgemeinschaften selbst veranstaltet werden. Andernfalls sind sie jedenfalls faktische Erinnerungen an die geistliche Botschaft dieser Musikstücke. Ähnliches gilt für die darstellende Kunst. Die in der Kunstgeschichte breite Spur christlicher Ikonographie ist wohl ähnlich wie die geistliche Musik als faktische Einwirkung der christlichen Kirchen auf die Öffentlichkeit zu werten. Zeitgenössische Produktionen religiöser Kunst treten hinzu und finden auch immer wieder öffentliche Aufmerksamkeit, ein Beispiel bildet das von *Gerhard Richter* gestaltete Fenster im Südquerhaus des Kölner Doms.¹⁰ Davon, dass die alten Kirchenbauten Öffentlichkeitswirkungen erzeugen, war bereits die

⁷ <<https://www.epd.de/>>.

⁸ <<https://www.kathnews.de/>>.

⁹ <<https://www.kna.de/>>.

¹⁰ S. den Disput etwa unter <<https://www.sueddeutsche.de/kultur/kardinal-meisner-ueber-moderne-kunst-schlingensief-fuer-jesus-1.767478>>.

Rede, Neubauten von Gotteshäusern, auch Moscheen, werden unter verschiedenen Aspekten, auch architektonischen, diskutiert und verschaffen der tragenden Religionsgemeinschaft öffentliche Aufmerksamkeit.

- 15 Weiterhin findet öffentliches Wirken der Religionsgemeinschaften in staatlich-institutioneller Form statt. Zu nennen sind die Theologischen Fakultäten an den staatlichen Universitäten, die Mitwirkungsrechte in staatlichen Gremien wie den Aufsichtsorganen der staatlichen Rundfunkanstalten oder die Vertretung in der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien; auch in Ethikräten und ähnlichen Kommissionen haben Vertreter jedenfalls der größeren Religionsgemeinschaften regelmäßig ihren Sitz und können dort ihre Positionen zu den jeweils verhandelten Themen einbringen.

2. Terminologische Unterscheidungen

- 16 Für das Handeln der Religionsgesellschaften in der Öffentlichkeit sind verschiedene Begriffe im Umlauf. Lange Zeit hatte der „Öffentlichkeitsauftrag“ eine zentrale Stellung, demgemäß trugen die entsprechenden Beiträge in den ersten beiden Auflagen dieses Handbuchs auch diesen Titel.¹¹ Daneben gibt es die Formeln vom „Öffentlichkeitsanspruch“ und der jetzt titelgebende Begriff des „Öffentlichen Wirkens“. Hier soll ein kurzer Überblick über diese Bezeichnungen und ein Abscheiden dieser Begriffe voneinander versucht werden.
- 17 Dabei ist es hilfreich, die *Eigenperspektive* eines Begriffsverwenders von der *Beobachterperspektive* zu unterscheiden. Das, was mit der Wahl eines bestimmten Ausdrucks intendiert ist und objektiv transportiert wird, ist angereichert um das Selbstverständnis der entsprechenden Gruppierung, eine faktisch wirksame Einstellung, die der externe Beobachter nicht teilen muss. Insofern ist es nützlich zu wissen, ob eine bestimmte Begriffswahl aus der Eigenperspektive oder aus der Beobachterperspektive getroffen wurde.
- 18 Eine weitere Unterscheidung gilt der Seite der *Sender* einerseits und der *Empfänger* andererseits. Die Senderseite wird regelmäßig ihre Eigenperspektive zur Geltung bringen, die Gründe für das öf-

¹¹ Klaus Schlaich, Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen, in: HSKR¹, Bd. II, S. 231 ff.; ders., Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen, in: HSKR², Bd. II, S. 131 ff.

fentlichkeitswirksame Handeln werden dieses selbst inhaltlich mitbestimmen. Aus dem Blickwinkel der Sender einer kommunikativen Botschaft an die Öffentlichkeit gehört das Bewusstsein, die Grenzen der reinen Binnenkommunikation zu überschreiten und sich insofern also auch fremden Blicken und Beurteilungen auszusetzen, zu den ständig mitbedachten Bedingungen. Auch der rechtliche Rahmen mag als die Möglichkeiten der eigenen Aussendungen limitierend mit in den Blick genommen werden. Auf der Empfängerseite kann nicht von vornherein mit Wohlwollen für die kommunizierten Inhalte anderer gerechnet werden, Abwehrreaktionen mögen hier provoziert werden. Insbesondere bei religiösen Botschaften und dem diesen regelmäßig inhärenten Wahrheitsanspruch kann dies als Zumutung für die Empfänger verstanden werden.

Auch die Rezipienten mögen rechtliche Betrachtungen anstellen, bestimmte öffentlich vermittelte Botschaften gar als illegal einstufen, etwa wegen der gebotenen religiösen Neutralität des Staates in Ansehung von religiösen Sendungen des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Auch Religionsbeschimpfungen können unter diesem Gesichtspunkt thematisiert werden.

19

a) Öffentlichkeit

Wenn man sich über das öffentliche Wirken von Organisationen verständigen will, so kommt man nicht umhin, den Begriff der „Öffentlichkeit“ zu bestimmen, jedenfalls ein grobes Verständnis dessen zu entfalten, was damit gemeint ist.¹² Das Konzept der „Öffentlichkeit“ umfasst faktische Befunde wie auch normative Einfärbungen.

20

Rein tatsächlich steht die Öffentlichkeit für eine unbestimmte Vielzahl unterschiedlicher Sender und Empfänger von kommunizierten Botschaften, von durchaus heterogenen Sendungen und ebenso heterogenen und im Einzelnen oft unbekannten Empfängern dieser Botschaften. In der Menge der ungewissen Teilnehmer der Öffentlichkeit auf Rezipientenseite gibt es allerdings auch für die verschiedenen Aussender von Botschaften in die Öffentlichkeit mehr oder weniger klar definierte Adressatenkreise, auf welche die Botschaften dann spezifisch zugeschnitten werden können. Die Öffentlichkeit stellt also ein Sammelsurium unterschiedlichster Aussender und

21

¹² Siehe bereits oben unter I. 1. b. und ausführlich unter V. 1.

Empfänger von Botschaften dar, die ohne wesentliche Hindernisse empfangen und rezipiert werden können.

- 22 Dieses dynamische vielstimmige Konzert der Äußerungen wird unter der Geltung der Volkssouveränität auch normativ gedeutet. Die „Öffentlichkeit“ wird als ein Begleitphänomen zur Volkssouveränität verstanden – wenn nicht gar in gewisser Hinsicht als Substitut, jedenfalls bisweilen wird sie so in Anspruch genommen. In einer institutionalisierten Demokratie erschöpft sich die Volkssouveränität nicht in den formalisierten Entscheidungsprozessen, sondern kennt vor diesen liegende öffentliche Willensbildungsprozesse, deren Resultate dann über Wahlen in die demokratischen Institutionen eingespeist werden. Die Volkssouveränität geht aber nicht in dem formellen staatlichen Willensbildungsprozess auf, sondern nimmt auch während der Wahlperioden der Volksvertretungen Einfluss auf die gewählten Repräsentanten des Volkes: In der Öffentlichkeit werden Probleme benannt, Forderungen aufgestellt, Argumente vorgebracht, Stimmung evoziert und Stimmung gemacht, um so auch zwischen den Wahlen einen permanenten Prozess der Rückkopplung zwischen dem Volk und seinen Vertretern zu unterhalten.¹³ Mit *Jürgen Habermas*¹⁴ kann die (politische) Öffentlichkeit als die kritische Begleiterin der Herrschaft verstanden werden, als das zum kritischen Raisonnement versammelte Gegenüber der Herrschaft.

- 23 Darüber hinaus gibt es eine Öffentlichkeit auch auf anderen als den Feldern der Politik und sie wirkt auch auf anderen Bereichen. Die Öffentlichkeit lässt sich als allgemeines Medium der Selbstverständigung oder Selbstbeobachtung einer Gesellschaft und damit auch der wechselseitigen Beobachtung der verschiedenen gesellschaftlichen Gruppierungen verstehen, der Selbstreflexion und der Diskussion darüber, welche Ziele und Werte eine Gesellschaft verfolgen soll, welche Standards des öffentlichen und auch des privaten Lebens wünschenswert sind und gelten sollen. Positionen in diesem sich über die verschiedensten Themenfelder erstreckenden Diskussionsprozess werden dann auch als „öffentliche Meinung“¹⁵ fixiert,

¹³ Diese demokratiethoretische Deutung wurde vom BVerfG etwa im Brokdorfbeschluss angeführt, BVerfGE 69, 315 (344 ff.), siehe dazu auch die interdisziplinären Auslegungen bei *Anselm Doering-Manteuffel / Bernd Greiner / Oliver Lepsius*, Der Brokdorf-Beschluss, 2015.

¹⁴ *Jürgen Habermas*, Struktur und Wandel der Öffentlichkeit, 1. Aufl. 1990, unveränderter Nachdruck der 1962 erschienenen Ausgabe, ergänzt mit einem neuen ausführlichen Vorwort.

¹⁵ Aus der juristischen Literatur zur öffentlichen Meinung *Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 437 ff.; *Michael Kloepfer*, Öffentliche

jedenfalls als Momentaufnahme. Diese Behauptung einer „öffentlichen Meinung“ kann eine unausgewiesene Postulierung darstellen, kann auch mit Mitteln der Demoskopie exakter gefasst werden.

Das Geschehen in diesen öffentlichen Meinungsbildungsprozessen wird in einer modernen Gesellschaft weitgehend über die *Massenmedien* vermittelt. Öffentlichkeit wird in einem irgend relevanten Maße nicht mehr durch den Redner an Hydepark-Corner oder einem Äquivalent in einem anderen Land hergestellt, sondern über die Medien von Presse und Rundfunk. Die individual radizierte Öffentlichkeit über das Internet eröffnet eine ganz neue Dimension, sowohl der möglichen wie auch praktizierten Autorschaft, der Leserschaft, nicht zuletzt auch angesichts der hier möglichen und praktizierten Unkontrolliertheit, aufgrund der Unbeachtlichkeit professioneller Standards und der Möglichkeit der Anonymität.¹⁶ Was gesellschaftlich wahrgenommen wird, ist weithin das, was über die Medien vermittelt wird. Die Öffentlichkeit wird insofern weitgehend durch die Medien konstituiert und mag darüber hinausgehen, so dass diese auch eine wirklichkeitskonstitutive Rolle jedenfalls in einem lebenspraktischen Sinne haben kann.¹⁷

24

b) Öffentliches Wirken

Der Begriff des öffentlichen Wirkens ist anders als ähnliche Begriffe wie der des „Öffentlichkeitsauftrages“ oder des „Öffentlichkeitsanspruchs“ neutral. Er ist eine Kategorie der Beschreibung. Der Begriff wird in der Beobachterperspektive verwendet und ist nicht mit dem Selbstverständnis aus der Eigenperspektive einer bestimmten

25

Meinung, Massenmedien, in: HStR³, Bd. 3, S. 389 ff.; *Udo di Fabio*, Öffentlichkeit, in: Leitgedanken des Rechts, Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, hg. von Hanno Kube / Gerd Morgenthaler / Rudolf Mellinghoff / Ulrich Palm / Thomas Puhl / Christian Seiler, 2013, Bd. 1, S. 717 ff.

¹⁶ Hierzu etwa *Dirk Heckmann*, Persönlichkeitsschutz im Internet, Anonymität der IT-Nutzung und permanente Datenverknüpfung als Herausforderungen für Ehrschutz und Profilschutz, in: NJW 2012, S. 2631 (2632 f.); *Alexander Bruns*, Persönlichkeitsschutz im Internet – medienpezifisches Privileg oder medienpersönlichkeitsrechtlicher Standard?, in: AfP 2011, S. 421 ff.

¹⁷ Siehe dazu näher *Niklas Luhmann*, Die Realität der Massenmedien, 4. Aufl. 2009; Die Wirklichkeit der Medien, hg. von Klaus Merten / Siegfried J. Schmidt / Siegfried Weischenberg, 1994; Medialität und Realität – zur konstitutiven Kraft der Medien, hg. von Johannes Fromme / Stefan Iske / Winfried Marotzki, 2011.

Gruppierung beladen. Das öffentliche Wirken ist in seiner Weite ein Oberbegriff für unterschiedliche Einwirkungen auf die Öffentlichkeit. Er umfasst Stellungnahmen eines Verbandes für die Öffentlichkeit, durchgeplante Werbefeldzüge eines Unternehmens, das Bischofswort zu einer aktuellen Frage, aber auch die Pressekonferenz von Fußballtrainern und -managern. Regelmäßig dürfte das öffentliche Wirken intentional erfolgen.

- 26 Angesichts der Tatsache, dass wer in der Öffentlichkeit agiert, auch sichtbar und damit beobachtbar ist, soll auch das tatsächlich öffentlich wahrnehmbare Verhalten als eine Form des öffentlichen Wirkens verstanden werden, weil diese rein faktisch öffentlich wahrnehmbaren Handlungen von anderen kommentiert, bewertet, begrüßt oder abgelehnt werden können und damit auch einen Beitrag zur Öffentlichkeit und damit der öffentlichen Debatte bilden. Auch wenn das Kopftuch oder die Burka einer muslimischen Frau auf nichts zielt, keine Außenwirkung beabsichtigt, so kann doch wegen der darauf erfolgenden Reaktionen dies einen Beitrag zur Öffentlichkeit und der öffentlichen Diskussion bilden.

c) Öffentlichkeitsarbeit

- 27 Der Begriff der „Öffentlichkeitsarbeit“ fungiert als ein technischer Begriff und meint die überlegte und gezielte Einwirkung auf die Öffentlichkeit. Rein faktische Reaktionen auf öffentlich sichtbares Verhalten werden von ihm nicht umfasst. Es geht vielmehr um zielgerichtete Handlungen, welche für die die Öffentlichkeitsarbeit betreibende Organisation günstige Reaktionen in der Öffentlichkeit hervorrufen sollen. Der deutsche Begriff der „Öffentlichkeitsarbeit“ wurde 1917 als deutsche Übersetzung für das englische „Public Relations“¹⁸ – entwickelt und verbreitet im amerikanischen Raum von *Edward L. Bernays* – geprägt. Im Zusammenhang mit dem Thema dieses Beitrags darf daran erinnert werden, dass er im Rahmen der seinerzeitigen Diskussionen der evangelischen Presseverbände erst-

¹⁸ *Edward L. Bernays* definiert Public Relations wie folgt: „Public Relations sind der Versuch, durch Information, Überzeugung und Anpassung öffentliche Unterstützung für Tätigkeit, Anschauung, Entwicklungstendenz oder Institution zu verschaffen.“; *Edward L. Bernays*, *The Theory and Practice of Public Relations – A Résumé*, in: ders., *The Engineering of Consent*, 1955, S. 3 f., ins Deutsche übersetzt von C. Hundhausen, in: *E. L. Bernays*, *Biographie einer Idee*, 1967, S. 525 (527).

malig gebraucht wurde.¹⁹ Es geht in ganz allgemeiner Umschreibung um die Kommunikation einer Organisation zu ihrer Umwelt, um deren Aufmerksamkeit zu erlangen. Möchte eine Organisation nämlich in einer pluralistischen Gesellschaft überleben, hat sie einen Weg zu finden, um die gewünschte Unterstützung der Öffentlichkeit zu bekommen.²⁰

Das gezielte, mit wissenschaftlicher Akribie geplante und durchgeführte Einwirken auf die Öffentlichkeit zur Verfolgung eigener Ziele wurde von *Jürgen Habermas* als „Strukturwandel“ der Öffentlichkeit bezeichnet.²¹ Öffentlichkeit war nicht mehr zwanglose Diskussion des Publikums, sondern unterliegt jetzt geplanten Einwirkungsstrategien, erfährt Vermachtungen. Starke Gruppen versuchen über Öffentlichkeitsarbeit eben auch starken Einfluss auf die gesellschaftliche Meinungsbildung zu gewinnen. Ein wichtiger Teil dieser Öffentlichkeitsarbeit ist die kommerzielle Werbung. Darüber hinaus unternehmen aber praktisch alle Organisationen, die gesellschaftlich wichtig sein wollen und wichtig genommen werden wollen, Anstrengungen der Öffentlichkeitsarbeit. Aus organisationstheoretischer Sicht ist dies auch verständlich. Organisationen hängen immer von ihrer Umwelt ab.²² So verstanden gehört Öffentlichkeitsarbeit zur Überlebensstrategie jeder Organisation und erst recht zur Strategie des organisatorischen Erfolges in der gesellschaftlichen Umwelt, wenn man sich nicht mit einem unbemerkten Nischendasein abfinden möchte. Religionsgesellschaften unterliegen derselben Logik. Sie haben säkulare und religiöse Ziele, zu deren Verwirklichung sie zu den Instrumenten der Öffentlichkeitsarbeit greifen (s. u. unter II.).

Unterbegriffe von Öffentlichkeitsarbeit bilden unter anderem „Werbung“, „Reklame“, „Mission“ und „Propaganda“. Diese Begriffe haben teilweise unterschiedliche Konnotationen, so dass man etwa

¹⁹ *Romy Fröhlich*, Die Problematik der PR-Definitionen, in: Handbuch der Public Relations. Wissenschaftliche Grundlagen und berufliches Handeln, hg. von Günter Bentele / Romy Fröhlich / Peter Szyszka, 2. Aufl. 2008, S. 95; *Tobias Liebert*, Der Take-Off von Öffentlichkeitsarbeit. Beiträge zur theoriegestützten Real- und Reflexionsgeschichte öffentlicher Kommunikation und ihrer Differenzierung, 2003, S. 129 ff.

²⁰ *Bernays*, Biographie einer Idee (o. Fn. 18), S. 15.

²¹ *Habermas*, Öffentlichkeit (o. Fn. 14).

²² Diese Einsicht entstammt dem sogenannten „Contingency Approach“, siehe *Paul R. Lawrence / Jay W. Lorsch*, Organization and Environment: Managing Differentiation and Integration, 1986.

lesen mag, die Kirche betreibe keine Werbung.²³ Auf die unterschiedliche Wertung dieser Begriffe soll im Weiteren nicht eingegangen werden, auch weil diese durchaus voneinander abweichen. So wird Propaganda häufig etwa negativ bewertet, das nationalsozialistische Reichsministerium für Volksaufklärung und Propaganda (RMVP) sah dies anders. Auch die Sozialistische Tradition des „Agitprop“ – also „Agitation und Propaganda“ – verwendet den Begriff eher so, wie mittlerweile „Öffentlichkeitsarbeit“ verwendet wird. Auch die päpstliche Kongregation für die Evangelisierung der Völker („Congregatio pro Gentium Evangelizatione“), die für die Verbreitung des Glaubens zuständig ist, hieß früher „Congregatio de Propaganda fidei“ und teilte mithin ein positives Begriffsverständnis.

d) Öffentlichkeitsauftrag

30 Lange Zeit war der Leitbegriff des öffentlichen Wirkens der Kirchen der Ausdruck „Öffentlichkeitsauftrag“. Unter diesem Begriff wurden die vorhandenen Probleme erörtert, demgemäß lautete der Titel des entsprechenden Artikels in der Voraufgabe dieses Handbuchs auch „Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen“.²⁴ Der Begriff ist ersichtlich formuliert aus der Eigenperspektive der Religionsgemeinschaft, die ihn verwendet. Er bringt eine vom kirchlichen Selbstverständnis bestimmte Überzeugung zum Ausdruck.²⁵ Der darin liegende Auftrag wird zunächst verstanden als die Verkündigung des Evangeliums.²⁶ Mit dieser religiösen Fundierung hängt eine zweite Komponente zusammen: das Einwirken auf die Öffentlichkeit als Ausdruck der Übernahme von Verantwortung für das Gemeinwesen, wenn man so will, auch die Ausfüllung eines politischen Wächteramtes,²⁷ jedenfalls die Mitwirkung an der gesellschaftlichen Meinungsbildung. In dieser Hinsicht ist der „Öffentlichkeitsauftrag“ eine Reaktion auf den Nationalsozialismus und ein Erbe des Kirchenkampfes. Der Begriff steht in der Tradition der Barmer Theologischen

²³ Rolf Kriesi, Kirche und Werbung: Das gestörte Verhältnis, in: Öffentlichkeitsarbeit der Kirche (o. Fn. 5), S. 37 ff.

²⁴ Schlaich, Öffentlichkeitsauftrag, in: HSKR² (o. Fn. 11), S. 131 ff.

²⁵ Vgl. Paul Mikat, Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen, in: StL⁷, Bd. 4, Sp. 142 (143).

²⁶ S. dazu Wolfgang Huber, Kirche und Öffentlichkeit, 1973, S. 616 ff.

²⁷ Dieses wird biblisch durch Berufung auf Propheten begründet, etwa Jer 6, 17; Jes 62, 6. Siehe dazu weiter Huber, Kirche und Öffentlichkeit (o. Fn. 26), S. 617 ff.

Erklärung der Bekenntnissynode der Deutschen Evangelischen Kirche von 1934.²⁸ Auf diesen Ursprung wird unten noch näher eingegangen (s.u. unter III. 4.). Er verleiht dem „Öffentlichkeitsauftrag“ eine deutliche evangelische Prägung. Die Formulierung selbst stammt von *Rudolf Smend*.²⁹ Der Katholizismus war zurückhaltend mit der Verwendung dieses Begriffes, kennt aber theologische Entsprechungen.

Der Begriff will jedenfalls die Forderung zum Ausdruck bringen, Religion nicht nur als Privatsache zu behandeln, sie solle öffentlich sichtbar und öffentlich wirksam sein. Zu dieser Wirksamkeit sei die Kirche, so ihr Selbstverständnis, durch ihren göttlichen Auftrag verpflichtet.

Die Formulierung selbst hat in den 1950er und 60er Jahren Karriere gemacht (dazu unten, Rn. 78–81). Mit dieser Formulierung im Loccumer Vertrag und an anderen Stellen³⁰ übernimmt das säkulare Recht einen religiös begründeten „Auftrag“, was sich mit seiner religiösen Neutralität nicht verträgt. Der Begriff als Rechtsbegriff wird deswegen zu Recht problematisiert.³¹

e) Öffentlichkeitsanspruch

Auch der „Öffentlichkeitsanspruch“ ist als Perspektive der Religionsgemeinschaften formuliert, als erhobener Anspruch kann er aber in dieser Gestalt auch von Adressaten dieses Anspruchs beobachtet werden. Die Rezipientenseite muss die Berechtigung dieses Anspruchs nicht akzeptieren, kann sie aber konstatieren. Insofern, als den Religionsgesellschaften die Grundrechte und auch die besonderen Gewährleistungen der staatskirchenrechtlichen Artikel der Weimarer Reichsverfassung zustehen, hat der Anspruch auf öffentliches Wirken auch eine rechtliche Basis, so dass der Terminus des „Öffent-

²⁸ Für die Quellentexte siehe *Wolfgang Conrad*, Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirche, 1964, S. 38 ff.

²⁹ *Rudolf Smend*, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, in: ZevKR 1 (1951), S. 4 (9, 13 f.).

³⁰ Nachweise bei *Huber*, Kirche und Öffentlichkeit (o. Fn. 26), S. 513 f.

³¹ S. etwa *Götz Klostermann*, Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen – Rechtsgrundlagen im staatlichen Recht, 2000, S. 12; *ders.*, Öffentlichkeitsanspruch der Kirche, in: EStL⁴, Sp. 1661 (1662); *Huber*, Kirche und Öffentlichkeit (o. Fn. 26), insbes. S. 621; *Schlaich*, Öffentlichkeitsauftrag, in: HSKR² (o. Fn. 11), S. 160 ff.; dazu auch *Christoph Thiele*, Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen aus evangelischer Sicht, in: ZevKR 46 (2001), S. 179 ff.

lichkeitsanspruchs“ auch aus der Sicht des Rechts unbedenklich ist. Er hat zum Inhalt, öffentlich eigene Anliegen zu vertreten, öffentlich Religion zu praktizieren und am Diskurs des Gemeinwesens teilzuhaben. Auf andere Rechtsgrundlagen (siehe dazu IV.) stützen sich demgegenüber die Repräsentation in verschiedenen Gremien, vor allem in den Aufsichtsräten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, und die Drittsenderechte.

II. Gründe und Motive für das öffentliche Wirken der Religionsgemeinschaften

35 Geht man den Gründen nach, warum die Religionsgesellschaften öffentlich wirksam auftreten wollen, so lassen sich zwei Gruppen von Gründen unterscheiden: spezifisch religiöse und allgemeine. Die religiösen Gründe haben regelmäßig mit den besonderen Inhalten der jeweiligen Religion zu tun, werden für die Anhänger dieser Religionsgemeinschaft auch motivkräftig; paradigmatisch dafür ist der christliche Missionsbefehl (s.u. unter II. 2.) zu nennen. Die allgemeinen Gründe sind solche, die sich auch bei Verbänden mit ganz anderen Zielsetzungen finden, die aber ebenso in der Öffentlichkeit auftreten und versuchen, dort Wirkungen zu erzielen. Diese Gründe teilen die Religionsgemeinschaften also mit anderen Verbänden (s.u. unter II. 3.) Die Unterscheidung zwischen religiösen und allgemeinen Beweggründen ist eine analytische, die in konkreten Fällen nicht immer trennscharf zu treffen ist. Häufig findet sich auch ein unklares Mischungsverhältnis dieser Gründe bei den öffentlichkeitswirksamen Unternehmungen. Sie soll aber ein Raster zur Strukturierung der Antriebskräfte hinter solchen Aktivitäten zur Verfügung stellen. In den Überlappungsbereich fällt beispielsweise auch ein Teil der Kommunikation, die auf die aktuellen wie potentiellen Mitglieder zielt.³² Religiöse Motive der Botschaften an diese Adressaten sind einerseits Seelsorge und bei christlichen Gemeinschaften die Verkündigung des Evangeliums, also Missionierung; aber auch die Pflege der Mitgliedschaft, wie sie jede Mitgliederorganisation braucht.³³

³² Zur mangelnden Trennbarkeit von Binnenkommunikation und öffentlichkeitsgerichteter Kommunikation bei den großen Religionsgemeinschaften s. o. unter I. 1. b.

³³ *Johanna Dorer*, Öffentlichkeitsarbeit als Instrument der Interessendurchsetzung – Zur Public Relations gesellschaftspolitischer Organisationen, in: Gewerkschaftliche Monatshefte 1996, S. 288 ff.

1. Adressaten

Das öffentliche Wirken ist zum einen adressiert an ein generelles, nicht spezifisches Publikum, das höchst unterschiedlich zusammengesetzt ist. Wie gezeigt, gehören zu dieser Art von öffentlichem Wirken jedenfalls bei den großen Religionsgemeinschaften auch Botschaften, die an die eigenen Mitglieder adressiert sind.³⁴ 36

Bei der Auch-Binnenkommunikation wie bei der vorwiegend nach außen gerichteten Öffentlichkeitsarbeit geht es um höchst unterschiedliche Themen. Vermittelt werden diese Botschaften nicht über spezifische Kommunikationskanäle. 37

In der allgemeinen Öffentlichkeit haben sich unterschiedliche Sektoren als Teilöffentlichkeiten herausgebildet, auf die auch separat eingewirkt werden kann. Hier ist etwa die politische Öffentlichkeit in einem engeren Sinne abzugrenzen von einer kulturellen. Auf die politische Öffentlichkeit zielen Stellungnahmen zu aktuellen Problemen, mit der sich die institutionalisierte Politik befasst, insbesondere auch, wenn zu solchen Themen politische Entscheidungen anstehen oder aber auch, wenn bestimmte politische Entscheidungen von einer Religionsgemeinschaft für wünschenswert gehalten werden. Auf den Kulturbereich zielen andere öffentlichkeitswirksame Bemühungen, welche die Diskussion in diesem Feld beeinflussen oder jedenfalls um die dezidiert eigene Sicht bereichern wollen. Für solche Aktivitäten wurde in der EKD die Stelle eines Kulturbeauftragten geschaffen. 38

Innerhalb dieses Handlungsfeldes mögen als Beispiele die Aktivitäten auf dem Bereich der Filmkritik genannt werden, etwa die Filmzeitschrift „epd Film“, also die evangelische Filmzeitschrift, oder die katholische Filmzeitschrift „FILMDIENST“. Eine weitere solche Teilöffentlichkeit stellt etwa der Bildungsbereich dar. 39

Demgegenüber gibt es Gruppen von spezifischen Adressaten, die oft auch eine institutionelle Gestalt haben. So kann man sich mit konkreten Anliegen an die Regierung, an das Parlament oder an die politischen Parteien wenden, um die eigene Position zu verdeutlichen und auf ihre Berücksichtigung in der politischen Entscheidung zu drängen. Erleichtert wird dies dadurch, dass es auf Seiten der Adressaten auch entwickelte Rezeptionsstrukturen gibt, welche es erlauben, in sehr passgenauer Weise die eigenen Positionen darzustellen, also etwa bei Sachverständigenanhörungen, zu denen auch Religi- 40

³⁴ Dorer, ebd., S. 288 ff.

onsvertreter geladen werden, oder bei der Mitgliedschaft in den verschiedensten staatlich organisierten Gremien (s. u. unter IV. 1. c., d.).

- 41 Eine besondere Gattung von Öffentlichkeitsarbeit stellen solche Botschaften dar, die nur indirekt auf die allgemeine Öffentlichkeit zielen, die direkt an die Journalisten in den Massenmedien zielen. Gemeint sind beispielsweise Pressemitteilungen, durch welche zu bestimmten Ereignissen oder aktuellen Fragen Stellung bezogen wird. In generalisierter Weise nehmen die kirchlichen Nachrichtenagenturen diese Aufgabe wahr, also etwa der Evangelische Pressedienst (epd), kath.net, die KNA oder „kathnews“.

2. Spezifisch religiöse Motive

- 42 Das spezifisch-religiöse Selbstverständnis von Religionsgesellschaften stellt wie erwähnt oft einen wesentlichen Antrieb für das öffentliche Wirken dieser Religionsgemeinschaft dar. Hier ist nur eine Skizze des christlichen Selbstverständnisses möglich, für die anderen Religionen beschränkt sich die Darstellung auf Hinweise auf die tatsächlich geübte Praxis des öffentlichen Wirkens.

a) Christen

- 43 Offenbare Grundlage eines Wirkens in der Öffentlichkeit und in die Öffentlichkeit hinein ist für christliche Gemeinschaften der *Missionsbefehl* nach Mt 28, 19.³⁵ Das Jesuswort

„Darum gehet hin und machet zu Jüngern alle Welt: Taufet sie auf den Namen des Vaters und des Sohnes und des Heiligen Geistes und lehret sie behalten alles, was ich Euch befohlen habe. Und siehe, ich bin bei Euch alle Tage bis an der Welt Ende“

- 44 lässt sich zwanglos als Auftrag verstehen, missionarisch tätig zu werden. Die Adressierung an „alle Völker“ begründet den universalistischen Charakter dieser Bestrebungen.³⁶ Weitere Bibelstellen werden für diesen religiösen Auftrag zum öffentlichen Wirken herange-

³⁵ Für eine andere Formulierung kann auch Apg 5, 20 herangezogen werden.

³⁶ Zum Gegensatz universalistischer und partikularistischer Kommunikation siehe oben unter I. 1. b. In dieser Weise wird auch die Einbeziehung von Juden und Nichtjuden gedeutet, siehe Eph 2, 11 ff.; 1 Tim 2, 7.

zogen, insbesondere Schilderungen des freien öffentlichen Redens und Predigens der Apostel, zumal des Paulus.³⁷ Die Praxis des öffentlichen Wortes christlicher Religionsgemeinschaften wird also als Wahrnehmung eines Verkündigungsauftrages³⁸ verstanden, alle Welt teilhaben zu lassen an der Heilsbotschaft des Evangeliums.

Eine zweite Wurzel des öffentlichen Auftretens christlicher Glaubensgemeinschaften liegt in der kritischen Rolle der Propheten, die ein „Wächteramt“³⁹ beanspruchte.⁴⁰ Dieses Wächteramt kann zu einem engeren Aufmerksamkeitskreis führen und sich beschränken auf besonders schwere Konflikte, in denen das Schweigen eine Verleugnung des eigenen Glaubens darstellte, wenn es also um den sog. „status confessionis“⁴¹ geht.

45

Darüber hinaus wird dieses Wächteramt auch verstanden als Übernahme öffentlicher Verantwortung. Aus der Glaubensüberzeugung heraus sieht man sich in einer (Mit)Verantwortung für den gesellschaftlichen Zustand und beteiligt sich deswegen an der öffentlichen Debatte. Daraus entsteht die Vorstellung einer grundsätzlichen Öffentlichkeit der Religion.⁴² Demnach gilt: „Die Kirche ist eine öf-

46

³⁷ Apg 2, 29; 9, 27 f.; 13, 46 f.; 17, 17; 18, 4; 18, 26; 19, 8; 1 Kor 13, 23 ff., aus letzterer Stelle mag man eine Unterscheidung zwischen Binnenkommunikation und außengerichteter Kommunikation herauslesen.

³⁸ Siehe dazu mit besonderem Bezug auf die Untergliederung in verschiedene Formen Werner Schwartz, Der Verkündigungsauftrag der Kirche im Spektrum ihrer verschiedenen Arbeitsfelder, in: Was hat die Kirche heute zu sagen? Auftrag und Freiheit der Kirche in der pluralistischen Gesellschaft, hg. von Rudolf Weth, 1998, S. 67 ff.

³⁹ Siehe hierzu Schlaich, Öffentlichkeitsauftrag, in: HSKR² (o. Fn. 11), S. 131 (siehe insbes. 157 f. für weitere Nachweise); mit kritischer Beleuchtung des Gebrauchs dieses „Amtes“ durch die Kirche Friedrich Wilhelm Graf, Vom Munus Propheticum Christi zum prophetischen Wächteramt der Kirche? Erwägungen zum Verhältnis von Christologie und Ekklesiologie, in: ZEE 32 (1988), S. 88 ff.

⁴⁰ So Jes 62, 6; Jer 6, 17; Ez 3, 16 ff.; 33, 1 ff.

⁴¹ Christian Peters, „status confessionis“, in: EStL⁴, Sp. 2363 ff.

⁴² Siehe dazu etwa Petra Bahr, Vom Sinn öffentlicher Religion, in: Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht, hg. von Hans Michael Heinig / Christian Walter, 2007, S. 73 ff. unter Betonung der reformatorischen Theologie, in der bereits Melanchthon das Konzept der „Publica Ecclesia“ begründet hatte.

fentliche Größe“⁴³. Diese Öffentlichkeitsdimension wird auch ekklesiologisch diskutiert.⁴⁴

- 47 Seit 1945 spielt im deutschen Protestantismus insbesondere die Barmer Theologische Erklärung eine herausragende Rolle zur Begründung öffentlicher Verantwortung und öffentlicher Stellungnahmen der evangelischen Kirche.⁴⁵ Insbesondere die sechste These wird für die öffentlichkeitswirksamen Aktivitäten der Kirche in Anspruch genommen:

„Der Auftrag der Kirche, in welchem ihre Freiheit gründet, besteht darin, an Christi statt und also im Dienst seines eigenen Wortes und Werkes durch Predigen und Sakramente die Botschaft von der freien Gnade Gottes auszurichten an alles Volk“.

- 48 Die Freiheit der Kirche wurzelt hiernach in ihrem Auftrag zur Verkündigung des Evangeliums, eine Freiheit, die gegebenenfalls auch gegen totalitäre Zumutungen in Anspruch genommen wird. Auch weitere Formulierungen in diesen Thesen bringen den Anspruch auf öffentliches Wirken und öffentliche Wirksamkeit deutlich zum Ausdruck, so etwa in These 2, wo die Rede ist vom „gotteskräftigen Anspruch auf unser ganzes Leben, durch ihn widerfährt uns frohe Befreiung aus den gottlosen Bindungen dieser Welt [...]“ oder in These 5, wonach die Kirche erinnere „an Gottes Reich, an Gottes Gebot und Gerechtigkeit und damit an die Verantwortung der Regierenden und Regierten“.⁴⁶

- 49 In jüngerer Zeit wird dieser Öffentlichkeitsanspruch eingeordnet in ein Konzept der Zivilgesellschaft, in der die verschiedenen gesellschaftlichen Gruppierungen im gesellschaftlichen Pluralismus öffentlich tätig werden. Die Freiheit zur Kommunikation wird theologisch gedeutet als Freiheit, unabhängig und kritisch die Stimme zu erheben, um damit auch gesellschaftliche Konsense zu erreichen. Der Beitrag der Kirche wird dabei gesehen in der Pflege und Regeneration der moralischen Ressourcen einer Gesellschaft. In interessanter

⁴³ So *Wolfgang Huber*, Auftrag und Freiheit der Kirche in der pluralistischen Gesellschaft, in: Was hat die Kirche heute zu sagen? (o. Fn. 38), S. 11 (26), weshalb der Glaube eben keine Privatsache sei.

⁴⁴ Siehe dazu etwa *Huber*, Kirche und Öffentlichkeit (o. Fn. 26), S. 49 ff.; *Graf*, Vom munus propheticum christi zum prophetischen Wächteramt der Kirche? (o. Fn. 39), S. 88 ff.

⁴⁵ Siehe dazu nur *Klaus Scholder*, Die Bedeutung des Barmer Bekenntnisses für die evangelische Theologie und Kirche, in: *Evangelische Theologie*, Bd. 27 (1967), S. 435 ff.; *Huber*, Kirche und Öffentlichkeit (o. Fn. 26), S. 551.

⁴⁶ Abgedruckt bei *Conrad*, Öffentlichkeitsauftrag der Kirche (o. Fn. 28), S. 38 ff.

Weise wird hier das – recht verstandene – sog. *Böckenförde-Theorem*⁴⁷ aufgegriffen.

Der Begriff des Öffentlichkeitsauftrages und die Auseinandersetzung über dessen Bedeutung waren stark protestantisch geprägt. Im Katholizismus waren und sind dieselben biblischen Grundlagen maßgebend. Allerdings wirken hier auch andere Traditionen und Denkmuster. Auf der Grundlage einer Konzeption einer gottgewollten Ordnung, die in Gestalt eines naturrechtlichen Sittengesetzes besteht, hatte die Kirche die Aufgabe, öffentlich Verstöße gegen diese Ordnung zu benennen und so auf die gesellschaftlichen Verhältnisse einzuwirken. Auf diesem Umweg sollte sich der kirchliche Einfluss geltend machen, dafür stand und steht der Ausdruck *potestas indirectiva*. In Parallele zum Öffentlichkeitsauftrag wird für die katholische Kirche die *potestas directiva* gesehen, mit der auf die weltlichen Dinge Einfluss genommen werden soll.⁴⁸ Insbesondere seit dem Zweiten Vatikanischen Konzil wird der Anspruch der Kirche, im gesellschaftlichen und politischen Bereich tätig zu werden, auf neuer Grundlage verstärkt erhoben⁴⁹. Dafür stehen Aussagen im *gaudium et spes*.⁵⁰ Spezifisch für den Katholizismus sind die unterschiedlichen

50

⁴⁷ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 42 (62). Hiernach lebe der freiheitliche Staat von Voraussetzungen, die er selber nicht gewährleisten könne, wolle er nicht in einen Totalitarismus zurückfallen. Eine nicht seltene Interpretation dieses Gedankens verkennt ihn völlig, wenn daraus hergeleitet wird, der Staat solle diese Umstände schaffen, etwa durch eine besondere Pflege der Religion, siehe dazu Martin Morlok, Soziologie der Verfassung, 2014, S. 3 f.; Die Böckenfördesche Sichtweise setzt eben bei nicht vom Staat beeinflussten oder gar dominierten gesellschaftlichen Kräften an, die dazu beitragen, diese Voraussetzungen zu schaffen, so Heinrich Bedford-Strohm, Geschenkte Freiheit – Von welchen Voraussetzungen lebt der Demokratische Staat?, in: ZEE 49 (2005), 248 ff.; siehe bereits ders., Kirchen der Zivilgesellschaft, in: Was hat die Kirche heute zu sagen? (o. Fn. 38), S. 92 ff.

⁴⁸ Für diese entsprechende Funktion Alexander Hollerbach, Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, 1965, S. 110, 115 ff.; ebenso Mikat, Öffentlichkeitsauftrag (o. Fn. 25), Sp. 142 ff.

⁴⁹ Zur katholischen Sicht des Öffentlichkeitsauftrags bzw. zu Äquivalenten siehe weiter Georg Schmidt, Kirche und Öffentlichkeit, 1998, zur Sicht des zweiten Vatikanums bes. S. 27 ff.; Stephan Schwarz, Öffentlichkeitsauftrag, Kirchlicher, Katholisch, in: LKStKR, Bd. III, 2004, Sp. 57 ff.; ders., Strukturen, Öffentlichkeit im Handeln der Katholischen Kirche, 2004.

⁵⁰ So im *gaudium et spes* unter dem 76. Abschnitt (Kap. IV) „Politische Gemeinschaft und Kirche“, in dem es heißt, die Kirche nehme „das Recht in Anspruch, in wahrer Freiheit den Glauben zu verkünden, ihre Sozialwirkung zu machen, ihren Auftrag unter den Menschen ungehindert zu erfüllen und auch politische Angelegenheiten einer sittlichen Beurteilung zu unterstellen, wie die Grundrechte der menschlichen Person oder das Heil der Seele es

Rollen von Lehramt und Laien. In der Anerkennung der Eigenständigkeit der katholischen Laienbewegung liegt auch die Akzeptanz einer eigenständigen gesellschaftlichen Sphäre.

b) Juden

- 51 Als nichtmissionierende Religion dominiert im Judentum als Motiv für öffentliches Wirken das Bündel von Gründen, das bei allen Vereinigungen wirksam wird (s. u. unter 3.).
- 52 Träger der jüdischen Öffentlichkeitsarbeit sind der Zentralrat der Juden und dann die verschiedenen örtlichen jüdischen Gemeinden. Sie wenden sich an die Öffentlichkeit in Gestalt von Synagogenführungen, um Nichtjuden die eigene Welt nahe zu bringen.⁵¹ An der Grenze zwischen Binnen- und Außenkommunikation liegen öffentliche Veranstaltungen, Bildungsangebote und sonstige Tätigkeiten. Die Gemeindezeitungen dürften sich demgegenüber eher an die Mitgliedschaft richten. Auch hier gehört das Internet mittlerweile zum öffentlichen Auftreten.⁵²

c) Muslime

- 53 Die Verbreitung des eigenen Glaubens ist ein originär religiöses Anliegen des Islam, daraus ergeben sich verschiedene Formen der Werbung für den eigenen Glauben. Im Hinblick auf die (auch religiös bestimmte) Unterscheidung von Gut und Böse ist es die Pflicht eines jeden Muslims, sich für das Gute in Wort und Tat einzusetzen und

verlangen“; vgl. dazu <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vatii_const_19651207_gaudium-et-spes_ge.html>.

⁵¹ Siehe dazu etwa *Jerzy Kanak*, Politische und gesellschaftliche Strategien gegen Antisemitismus: Aktivitäten der Jüdischen Gemeinde zu Berlin, in: Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit: Herausforderung für die Demokratie. Eine Tagung der Friedrich-Ebert-Stiftung am 23. und 24. November 1994 in Berlin, hg. vom Forschungsinstitut der Friedrich-Ebert-Stiftung, Abt. Arbeits- und Sozialforschung, 1995, S. 7–15; elektronische Edition 2003: <<http://library.fes.de/fulltext/asfo/01023001.htm>>.

⁵² Siehe beispielsweise für die Düsseldorfer Jüdische Gemeinde die Seite <<https://jgd.de/>>.

gegen das Böse.⁵³ Diese religiöse Pflicht bekommt dadurch noch eine besondere Note, dass in der Tradition des Islam die Unterscheidung zwischen „Privat“ und „Öffentlich“ keine wesentliche Rolle spielt.⁵⁴

Wesentlich für das öffentliche Wirken islamischer Organisationen in Deutschland ist ihre besondere Lage, die durch zwei Eigenschaften gekennzeichnet ist: Zum einen befinden sich die Muslime in einer Diasporasituation. Insofern gelten Unternehmungen der Öffentlichkeitsarbeit der Verbreitung von Kenntnissen über die Religion bei Nichtmuslimen, um Vorurteile zu bekämpfen und um Verständnis und Akzeptanz zu gewinnen. Zum anderen ist das islamtypische Fehlen einer einheitlichen Organisation vom Typ „Kirche“ Anlass, die eigenen Gläubigen wie auch das weitere Publikum über nicht spezifisch religiöse Träger anzusprechen. Das öffentliche Wirken des Islam in Deutschland erfolgt also zu einem guten Teil über nicht primär oder jedenfalls nicht nur religiös orientierte Organisationen. Die wichtigsten dieser Träger sind auf der nationalen Ebene vier Dachverbände:

- Der Islamrat für die Bundesrepublik Deutschland, eine Vertretung insbesondere der türkischen Muslime,
- Der Zentralrat der Muslime in Deutschland, eine Vertretung insbesondere der Muslime arabischer Abkunft,
- Die Türkisch-islamische Union der Anstalt für Religion DITIB. Sie ist eine Einrichtung der staatlichen Religionsbehörde der Türkei Diyanet,⁵⁵
- Der Verband der islamischen Kulturzentren VIKZ.

Über diesen Verbänden bemüht sich der Koordinationsrat der Muslime in Deutschland um ein einheitliches Auftreten und gemeinsames Vertreten der Anliegen der Muslime. Trotz dieser nicht unbedeutenden Organisationen wird wohl die deutliche Mehrheit der Muslime in Deutschland nicht von ihnen vertreten. Auf lokaler Ebene gibt es ein Geflecht von Moscheevereinen.

Die muslimischen Organisationen wirken über die üblichen Medien und die üblichen Mittel wie Presseverlautbarungen und Pressekonferenzen auf die Öffentlichkeit ein, mittlerweile ist ein gemein-

⁵³ *Mohsen Kadivar*, An Introduction to the Public Private Debate in Islam, in: *Social Research* 70 (2003), S. 659 (671); siehe hierzu beispielhaft im Koran unter Sure 41, Vers 34.

⁵⁴ *Kadivar*, ebd., S. 660 ff.

⁵⁵ Hierüber informiert *Ramazan Uslubas*, Das Präsidium für Diyanet-Angelegenheiten der Republik Türkei, 2014.

samer „Tag der offenen Moschee“ eingerichtet, um die eigene Religion den Nichtmuslimen vertrauter zu machen. Auch gibt es Bemühungen um einen deutschen Muslimtag, der in Anlehnung an die Kirchentage konzipiert ist.⁵⁶

d) Jehovas Zeugen

- 57 Die Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas legt eine lebhaftere Missionstätigkeit an den Tag. Sehr bekannt sind ihre Haustürbesuche und auch die im Stadtbild erfolgende Präsentation ihrer Zeitschrift „Wachtturm“, dem Organ der „Wachtturm-Bibel-und-Traktat-Gesellschaft der Zeugen Jehovas e.V.“. Hinzu treten Einladungen zu Versammlungen in den sogenannten Königreichssälen. Neben diese in religiöser Intention getretenen Aktivitäten treten seit einigen Jahren auch nichtmissionierende Formen der Öffentlichkeitsarbeit, die der Imagepflege dienen. Es gibt Pressemeldungen, ein Internetportal⁵⁷ und einen Informationsdienst, der Ansprechpartner für Journalisten sein will, der Kontakte zu Personen des öffentlichen Lebens sucht und auch umgekehrt Material über das Bild sammelt, das man in der Öffentlichkeit über die Zeugen Jehovas hat, also im Sinne einer Erfolgskontrolle der eigenen Anstrengungen agiert. Dieser Informationsdienst beliefert auch kleinere Privatsender mit Informationen, die es durchaus schätzen, Zulieferungen zu erhalten.

e) Buddhismus

- 58 In Deutschland gibt es eine ganze Reihe von buddhistischen Zentren als Träger der Öffentlichkeitsarbeit. Am bekanntesten unter den öffentlichkeitsgerichteten Unternehmungen sind Vortragsveranstaltungen des Dalai Lama. In örtlichen Zentren werden Meditations- und Yogakurse abgehalten, Literatur vertrieben und Ähnliches mehr; regelmäßig haben diese Zentren auch einen Internetauftritt.

⁵⁶ Siehe dazu etwa *Abdul-Ahmad Rashid*, Plädoyer für einen „Deutschen Muslimtag“, in: HK 67 (2013), S. 428 ff., der eine Dialogform für Muslime untereinander, aber auch für den Kontakt mit Nichtmuslimen befürwortet.

⁵⁷ <<https://www.jehovaszeugen.de/>>.

3. Gründe für öffentliches Wirken aller Verbände und Organisationen

Religionen brauchen ein organisatorisches Fundament, wollen sie sich auf Dauer erhalten. Durch Organisation wird ihre Binnenkommunikation gesichert, je nach Ausformung der religiösen Dogmatik bedarf es einer organisatorischen Hierarchie, um die Dogmen der Religion richtig zu verwalten („Lehramt“). Auch die Abgrenzung nach außen fordert organisatorische Anstrengungen, um klar zu machen, wer Mitglied ist und wer nicht, welche Auffassung dem Glauben entspricht und welche häretisch ist. Zur Identitätserhaltung braucht es Sanktionsinstrumente gegenüber Abweichungen und Proklamationen des richtigen Inhalts. Diese Notwendigkeit zur Organisation zeigt sich darin, dass Religionen eben die Form einer „Religionsgemeinschaft“ oder einer „Religionsgesellschaft“ annehmen, wie das Grundgesetz dies in Art. 7 Abs. 3 S. 2 und Art. 140 i. V. m. Art. 137, 138, 141 WRV ausdrückt.

59

Wie andere Organisationen auch, entstehen religiöse Organisationen zur Verfolgung bestimmter Ziele. Von daher lassen sich Organisationen verstehen als strukturierte Vereinigungen von Mitgliedern zur Erreichung bestimmter Ziele. Diese Zielorientierung alleine genügt aber nicht, um die Interessen und das Funktionieren einer Organisation zu verstehen. Organisationen – auch Religionsgesellschaften – leben immer in einer bestimmten Umwelt. Von dieser Umwelt müssen sie sich einerseits abgrenzen, in personeller wie in inhaltlicher Hinsicht, zugleich sind sie aber auch von der Umwelt abhängig.⁵⁸ Diese Umweltabhängigkeit jeder Organisation wird in der Organisationssoziologie zum sogenannten Kontingenzansatz (Contingency Approach) gefasst.⁵⁹ Demnach sind es ganz wesentlich die Beziehungen zur Umwelt, die das Verstehen einer Organisation ermöglichen. Dies ist deswegen der Fall, weil eine Organisation Ressourcen aus der Umwelt beziehen muss, einschränkenden Bedingungen in der Umwelt unterliegt oder fördernde Umstände dort vorfindet. Die aktive Einwirkung auf die Umwelt gehört deswegen zu den Aufgaben aller Organisationen.⁶⁰

60

⁵⁸ S. zum Verhältnis einer Organisation zu Ihrer Umwelt *Niklas Luhmann*, Soziale Systeme, 2005, S. 35.

⁵⁹ Aus *Lawrence / Lorsch*, Organization and Environment (o. Fn. 22), passim.

⁶⁰ Dazu *Dorer*, Öffentlichkeitsarbeit (o. Fn. 33), S. 288 ff.

61 Im Hinblick hierauf reicht es nicht aus, dass eine Organisation sich auf die (unmittelbare) Verfolgung ihrer Ziele konzentriert. Daneben steht die Aufgabe, die Organisation als solche zu erhalten. Dieser Selbsterhalt steht im Alltag oft im Vordergrund. Man muss die Motivation der Mitglieder und der Funktionsträger pflegen, es müssen Ausbildungsleistungen für die Funktionsträger erbracht werden, es bedarf der Anstrengungen zur Finanzierung, die Beziehung zu anderen Organisationen wollen wahrgenommen werden, auf die verschiedenen Sektoren der Umwelt soll Einfluss genommen werden, um diese förderlich zu gestalten. Diese Einsicht hat dazu geführt, dass die organisationstheoretische Literatur Organisationen nicht nur unter dem Gesichtspunkt analysiert, wie diese ihre Ziele zu erreichen versuchen (Zielmodell)⁶¹. Demgegenüber ist es geboten, auch die bestandssichernden Anstrengungen in den Blick zu nehmen (Systemüberlebensmodell)⁶². Es geht also darum, die Organisationserhaltung und die Zielerreichung zugleich als konstitutiv für das Leben einer Organisation zu verstehen, man spricht insofern auch von einem „System-Ziel-Modell“.⁶³

62 Die Ziele einer Religionsgemeinschaft umfassen die Stärkung ihrer Mitglieder im Glauben und die Seelsorge für sie; das ist zwar Binnenkommunikation, wie gesehen, werden diese Ziele aber bei großen Religionsgemeinschaften auch durch öffentliche Botschaften verfolgt. Weiter wollen Religionsgesellschaften oft auch neue Anhänger gewinnen, sie wirken also auf Nichtmitglieder ein, indem sie sich öffentlich werbend darstellen. In einer weiteren Zielrichtung versuchen Religionsgesellschaften typischerweise ihre Auffassungen zu bestimmten sozialetischen Fragen jedenfalls bekannt zu machen, wenn sie nicht gar versuchen, für diese Auffassungen breiten gesellschaftlichen Konsens zu gewinnen, sie gar über die Politik rechtsförmlich verbindlich zu machen.

63 Daneben gibt es eine Vielzahl von Bestandssicherungsaktivitäten, die auf die Umwelt einer Religionsgemeinschaft zielen. Ganz allgemein werden sie – wie alle Organisationen – versuchen, ein für sie förderliches Ansehen in der Gesellschaft zu gewinnen, sich ein gutes

⁶¹ Dazu *Amitai Etzioni*, *A Comparative Analysis of Complex Organizations*, Nachdruck v. 1975, S. 133 f.; *ders.*, *Soziologie der Organisation*, 2. Aufl. 1962, S. 34; *Frieder Nascholt*, *Organisation und Demokratie*, 1969, S. 45 f.

⁶² *Amitai Etzioni*, *Soziologie der Organisationen*, 5. Aufl. 1978, S. 34 f.; *ders.*, *A Comparative Analysis of Complex Organizations* (o. Fn. 61), S. 135–138.

⁶³ *Nascholt*, *Organisation und Demokratie* (o. Fn. 61), S. 46 f.

*Image*⁶⁴ zu erarbeiten, was insbesondere beinhaltet, dass man der Religionsgemeinschaft und ihren Vertretern Vertrauen entgegenbringt, Vertrauen, das in verschiedenen Einzelfragen einen Vorschuss an Akzeptanz verschafft. Überhaupt ist Bekanntheit in der Gesellschaft eine Voraussetzung dafür, dass man wahrgenommen und ernstgenommen wird.

Die Einwirkung in spezifischer Hinsicht auf die Politik, auf potentielle Geldgeber, auf Organisationen mit ähnlichen Zielen, um zu gemeinsamen Aktionen zu gelangen, all dies führt auch zu Handlungen der Religionsgesellschaften, die auf die Öffentlichkeit zielen. In diesen Hinsichten sind Religionsgesellschaften aber vielen anderen Verbänden durchaus ähnlich.

64

III. Historisch-kultureller Kontext des öffentlichen Wirkens

Das Verhältnis des Staates zu den Religionsgesellschaften ist nicht statisch.⁶⁵ Vor allen Dingen aber darf es nicht allein auf die rechtlichen Regelungen beschränkt gesehen werden. Vielmehr stehen diese Beziehungen in gesellschaftlichen, kulturellen und auch politischen Kontexten.⁶⁶ Die Art des öffentlichen Handelns und dessen Wirkungen sind durch diese Faktoren wesentlich beeinflusst und können nur im Blick auf diese angemessen verstanden werden. Dominierenden Staatskirchen stehen andere Mittel zu Gebote als Religionsgesellschaften in einer weithin liberale Vorstellungen teilenden Gesellschaft mit einer rechtlichen Ordnung, die den verschiedenen Religionsgesellschaften gleiche Entfaltungsmöglichkeiten gewährleistet.

65

Das die öffentlichkeitswirksamen Aktivitäten dominierende Phänomen ist struktureller Art: die Ausdifferenzierung eines politischen Systems und eines Verwaltungsapparates auf der einen Seite und spezifischer Organisationen der Religion auf der anderen Seite. Dieser Separierungsprozess ist ein Charakteristikum der europäischen Entwicklung.⁶⁷ Er reicht weit zurück, sein markanter Beginn wird

66

⁶⁴ Zum Imagebegriff *Kenneth Boulding*, *The Image*, Taschenbuchausgabe, 10. Aufl. 1975; *Hans Peter Dreizell*, *Selbstbild und Gesellschaftsbild*, in: *Archives Européennes de Sociologie* III (1962), S. 1981 ff.; *Klaus Merten*, *Einführung in die Kommunikationswissenschaft*, 3. Aufl. 2007, S. 243 ff.

⁶⁵ Zu seinen Veränderungen in der Geschichte *Dietrich Pirson*, → § 1.

⁶⁶ Hierzu *Karl Gabriel*, → § 2.

⁶⁷ Siehe hierzu *Martin Morlok*, *Europäische Identität*, in: *Perspektiven der Unionsgrundordnung*, Erträge des Symposiums des Instituts für Europäische

üblicherweise auf die sogenannte Gregorianische Revolution am Ende des 11. Jahrhunderts datiert.⁶⁸ Die Geschichte der Verselbständigung von Kirche und Staat verlief dabei nicht unilinear, es gab Pendelbewegungen, auch verlief die Trennung in den evangelischen Territorien anders als in den katholischen. Die Verselbständigung beider zeigte sich nicht zuletzt in Freiheits- und Gleichheitsrechten für die religiöse Betätigung und mündete in diese. In diesem Entwicklungsprozess kam es immer wieder zu konflikthafter Eigenständigkeitsbestrebungen und Ablösungsschmerzen, und zwar auf beiden Seiten, derjenigen der Religion wie derjenigen des Staates. Hier sollen nur schlaglichtartig einige Phasen im späten 19. und im 20. Jahrhundert angesprochen werden, die für das öffentliche Wirken der Religionsgesellschaften und dessen weiterer Entwicklung signifikant waren.

1. Kulturkampf

67 Hervorstechend ist im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts der sogenannte *Kulturkampf*, ein Begriff der ursprünglich von *Lasalle* geprägt wurde und dann von *Virchow* populär gemacht wurde.⁶⁹ Diese forcierte Auseinandersetzung zwischen Selbständigkeit beanspruchender säkularer staatlicher Gewalt und einer bewusst fundamentalistischen katholischen Kirche wurde in den meisten europäischen Staaten ausgetragen,⁷⁰ besonders heftig in Italien, wo der Kirchenstaat unterging, in Frankreich, in Deutschland zunächst in Baden und Bayern, anschließend auch in Preußen und dem Deutschen Reich. Der weiteren Entwicklung eines säkular gewordenen Staates, dem gesellschaftlich ein geistiger Liberalismus und Pluralismus zur Seite standen, setzte sich eine katholische Kirche entgegen, die – insbesondere unter Papst *Pius IX.* – eine stark zentralistische Entwicklung nahm, die als „Ultramontanismus“ wahrgenommen wurde. Sie oppo-

Verfassungswissenschaften, hg. vom Dimitris-Tsatsos-Institut für Europäische Verfassungswissenschaften, 2008, S. 125 ff.

⁶⁸ *Harold J. Berman*, *Recht und Revolution*, die Bildung der westlichen Rechtstradition, 1991, insbes. S. 144 ff.

⁶⁹ *Thomas Nipperdey*, *Deutsche Geschichte 1866–1918*, Bd. II: *Machtstaat oder Demokratie*, 1992, S. 379.

⁷⁰ *Wolfram Kaiser*, *Kulturkampf in Europa im 19. Jahrhundert*, in: *Kulturkampf in Europa im 19. Jahrhundert*, hg. von dems./Christopher Clark (= *Comparativ* 12/2002), 2003, S. 7 ff.; *Hans-Ulrich Wehler*, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, Bd. 3: *Von der „Deutschen Doppelrevolution“ bis zum Beginn des 1. Weltkrieges 1849–1917*, 1995, S. 384 ff., S. 892.

nierte energisch gegen die geistige Freiheit und die Relativität der Wahrheitsansprüche, was insbesondere im Syllabus Errorum⁷¹ von 1864 greifbar wurde. Der eigene Anspruch, das kirchliche Recht gehe dem staatlichen vor⁷², musste dem Souveränität beanspruchenden Staat als Kriegserklärung erscheinen und wurde dementsprechend auch mit Kampfmaßnahmen beantwortet.

So kam es in Preußen und dem Deutschen Reich unter der Leitung *Bismarcks* zu einer ganzen Reihe von antikirchlichen Maßnahmen.⁷³ Unter den Kulturkampfgesetzen ist für den hiesigen Zusammenhang zunächst der sogenannte Kanzelparagraph des ehemaligen § 130a RStGB hervorzuheben, wonach ein Geistlicher, welcher in Ausübung seines Berufes öffentlich Angelegenheiten des Staates in einer staatsgefährdenden Weise zum Gegenstand einer Verkündigung oder Erörterung macht, mit einer Gefängnisstrafe bis zu zwei Jahren bestraft werden sollte.⁷⁴ Später wurde diese Vorschrift auch auf schriftliche Äußerungen ausgeweitet. Erst nach dem vermehrten Einsatz gegen Oppositionelle während der Zeit des Nationalsozialismus wurde sie in der Bundesrepublik 1953, in der DDR erst 1968 aufgehoben. Ein zweiter wichtiger Schritt war das preußische Schulaufsichtsgesetz von 1872, mit dem der Staat die Schulaufsicht und damit eben auch Unterrichtsinhalte in seine eigene Hand nahm und damit komplementär die Kirche aus der Lehrtätigkeit an öffentlichen Schulen verdrängte. Die nächste Eskalationsstufe stellte das Jesuitengesetz von

68

⁷¹ Siehe dazu die Darstellung bei *Ernst Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. IV: Struktur und Krise des Kaiserreichs, 2. Aufl. 1982, S. 652 ff.

⁷² *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte (o. Fn. 71), S. 820 ff.; dazu auch *Martin Heckel*, Kulturkampf Aspekte, in: Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat, hg. von Dieter Schwab / Dieter Giesen / Joseph Listl / Hans-Wolfgang Strätz, 1989, S. 545 (547).

⁷³ Detaillierte Darstellung auch der die Staatlichkeit in den Konflikt hineinziehenden innerkirchlichen Auseinandersetzungen bei *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte (o. Fn. 71), S. 674 ff., im Einzelnen insbes. die S. 693 ff.; ferner *Rudolf Morsey*, Der Kulturkampf – Bismarcks Präventivkrieg gegen das Zentrum und die Katholische Kirche, in: *EssGespr.* 34 (2000), S. 5 ff.

⁷⁴ Vgl. hierzu *Christoph Link*, Staat und Kirche in der neueren deutschen Geschichte, 2000, S. 34, 85 f., 147 f. Freilich blieb dieses Gesetz bereits zu dieser nicht frei von – wie die Zeit ab 1933 auch zeigen würde – berechtigter Kritik, siehe hierzu etwa die kritische Gegenrede des Reichstagsabgeordneten *Wilhelm Emmanuel Freiherr von Ketteler*, in: *Der Kulturkampf*, hg. von Rudolf Lill, 1997, S. 137 ff. (insbes. 141), der kritisiert, dass es der Regierung nun möglich war, „daß sie jedes ihr mißliebige Wort als Mißbrauch der geistlichen Amtsgewalt bezeichnen kann“.

1872 dar, das diesen Orden auflöste und von der Tätigkeit in Deutschland verbannte. Anlass hierfür war die Tatsache, dass die Jesuiten sehr erfolgreiche öffentlichkeitswirksame Arbeit machten, in der Volksmission tätig waren und überhaupt zu einer „öffentlichen Macht“⁷⁵ geworden waren und damit auch auf die Gegnerschaft liberaler, aber auch altkatholischer Kreise stießen. Zu den bis heute fortwirkenden Kulturkampfgesetzen zählen auch die Einführung der obligatorischen Zivilehe sowie das Kirchenaustrittsgesetz. Beide bestraften zwar weniger die öffentlichen Aktivitäten der katholischen Kirche, setzten aber ihrem Absolutheitsanspruch eine säkulare Rechtsform entgegen, welche die kircheninterne Sicht nicht zu behelligen braucht, aber die Religionsfreiheit von Anders- oder Ungläubigen oder auch Dissidenten schützt. Für die rechtliche Gewährleistung der kirchlichen Autonomie war die Aufhebung der einschlägigen Artikel der Preußischen Verfassung (Art. 15, 16 und 18) im Jahr 1875 markant. Auch nach Beendigung des Kulturkampfes wurden diese Bestimmungen nicht wieder eingeführt.

69 Die staatlichen Kampfmaßnahmen lösten Gegenbewegungen auf der katholischen Seite aus, etwa durch die Katholikentage in den 1870er Jahren. Ab 1872 liefen diese unter dem Namen „Generalversammlungen der Katholiken Deutschlands“ und appellierten nunmehr ausdrücklich an das Individuum. Sie bildeten in der Folge eine wichtige Brücke für die Einbeziehung kirchlicher Interessen in den gesellschaftlichen Prozess und waren damit eine wichtige „Waffe“ im Kulturkampf.⁷⁶

70 Im Ergebnis waren die staatlichen Zwangsmaßnahmen zwar in der Hinsicht erfolgreich, als dass die Suprematie des staatlichen Rechts sich durchsetzte, – demgegenüber hatte *Pius XI.* am 5.2.1875 beispielsweise noch die preußischen Gesetze förmlich für ungültig erklärt⁷⁷ – zugleich führten die Unterdrückungsmaßnahmen aber zu einer Verfestigung und Kräftigung des intensiven katholischen Vereinswesens, katholischer Presseorgane und der Zentrumsparterie, so dass deren öffentliche Wirksamkeit auf Dauer gestärkt wurde, wo-

⁷⁵ *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte (o. Fn. 71), S. 705.

⁷⁶ Siehe hierzu eingehend *Marie-Emmanuelle Reytier*, Katholikentage als Instrumente der Identitätsbildung, in: *Identitäten in Europa – Europäische Identität*, hg. von Markus Krienke / Matthias Belafi, 2007, S. 167 (172).

⁷⁷ Dargestellt bei *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte (o. Fn. 71), S. 732 f.

durch der Kirche erhebliche säkulare Macht zuwuchs⁷⁸, freilich um den Preis eines sich absondernden katholischen Milieus.

2. Der Weimarer Kompromiss

Die nächste große Veränderung in den rechtlichen Beziehungen zwischen Staat und Religionsgesellschaften, und damit auch für die rechtlichen Grundlagen des öffentlichen Wirkens der Religionsgesellschaften, brachten die Bestimmungen der Weimarer Reichsverfassung mit sich.⁷⁹ Zum einen wurde die Trennung von Staat und Kirche mit der Aufhebung des Staatskirchentums (Art. 137 Abs. 1 WRV) bekräftigt, zum anderen die Religionsfreiheit wieder grundrechtlich gewährleistet (Art. 135 WRV). Komplementär dazu wurde die Gleichbehandlung aller Bürger unabhängig von ihrer Religion sichergestellt (Art. 136 WRV). Den Religionsgesellschaften als Organisationen wurde die Vereinigungsfreiheit gewährleistet (Art. 137 Abs. 2, 4 WRV) und denjenigen Religionsgesellschaften, die bisher die Vorteile einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes genossen hatten, dieser Rechtsstatus auch weiterhin zuerkannt (Art. 137 Abs. 5 S. 1 WRV), ergänzt um die gleichheitsrechtlich gebotene Möglichkeit des Erwerbs dieser Rechtsstellung durch andere Religionsgesellschaften (Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV). Unabhängig von der Rechtsform wurde allen Religionsgesellschaften die Freiheit zugesichert, ihre Angelegenheiten selbständig zu regeln – innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes, worin auch eine Abwehr von Regelungen gegen eine bestimmte Religionsgesellschaft lag. Mit diesen grundsätzlichen Freiheitsverbürgungen waren die Versprechen gebliebenen Garantien der Paulskirchenverfassung (§§ 144 ff.) geltendes Verfassungsrecht geworden.

Hinzu traten einige spezifischere Gewährleistungen, die das Wirken der Religionsgesellschaften in die Öffentlichkeit hinein erleichterten und absicherten. Zu nennen ist der Fortbestand der theologischen Fakultäten an den Hochschulen nach Art. 149 Abs. 3 WRV und die verfassungsrechtliche Sicherung des Religionsunterrichts als ordentliches Lehrfach – und zwar in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der betreffenden Religionsgesellschaft (Art. 149 Abs. 1 WRV). Die Weimarer Verfassung sah in Art. 146 Abs. 2 auch die Möglichkeit

⁷⁸ Eingehend zu diesen und weiteren gesellschaftlichen Folgen, denen man eine kritische Betrachtung nicht versagen darf, *Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte (o. Fn. 70), S. 899–902.

⁷⁹ *Peter Badura*, → § 8, Rn. 36–45.

von Bekenntnisschulen auf der Volksschulstufe vor, das Verhältnis dieser Bestimmung zur Garantie „einer für alle gemeinsamen Grundschule“ in Art. 146 Abs. 1 WRV blieb aber umstritten.

73 Die Aneignung der Verfassungsrechtslage in der Praxis erfolgte – wie nicht anders zu erwarten – nur allmählich.⁸⁰ Als weitere Regelungsebene traten die Staatskirchenverträge hinzu, welche die öffentliche Religionsausübung den Kirchen ausdrücklich erlaubten.⁸¹

74 Mit dieser Mischung zwischen allgemein geltenden Freiheits- und Gleichheitsgarantien und besonderen bestandssichernden Rechten für die altkorporierten Religionsgesellschaften, auch durch die Einräumung weiterer besonderer Rechte auf vertraglicher Grundlage, waren die alten Gegensätze zwischen laizistisch-etatistischer Seite und dem Interesse an der Fortführung überkommener kirchlicher Privilegien weitgehend befriedet.

3. Die Zeit des Nationalsozialismus und der Kirchenkampf

75 Gleich zu Beginn der nationalsozialistischen Herrschaft⁸² brachte das Reichskonkordat im Juli 1933 der katholischen Kirche deutliche Vorteile, wie die Bekräftigung des Rechts auf öffentliche Ausübung der Religion, weiter in Bezug auf Bekenntnisschulen, theologische Fakultäten und eigene Lehranstalten der Kirche, die Anstaltsseelsorge und auch für die Betätigung der katholischen Verbände – freilich „außerhalb jeder politischen Partei“ (Art. 31). Einschränkend wirkte auch das Verbot der Mitgliedschaft von Geistlichen in politischen Parteien und der Tätigkeit für diese nach Art. 32, was auf das Zentrum als die maßgebliche Kraft des politischen Katholizismus zielte.

76 Recht schnell setzte sich aber die kirchenfeindliche Grundhaltung des Nationalsozialismus durch. Sie zielte für die evangelische Kirche auf die Gleichschaltung dieser mit dem Staat. Dazu wurde die

⁸⁰ Siehe dazu *Axel Freiherr von Campenhausen / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht – eine systematische Darstellung des Religionsverfassungsrechts in Deutschland und Europa, 4. Aufl. 2009, S. 31 ff. m. w. N.

⁸¹ Solche Normierungen finden sich in nahezu allen staatskirchenrechtlichen Verträgen der damaligen Zeit an aussagekräftiger erster Stelle des Vertragswerkes, als Beispiel dienen hier nur Art. 1 KathKV Preußen, wie auch Art. 1 §§ 1–3 BayK.

⁸² Siehe für umfassende Gesamtdarstellung bei *Klaus Scholder*, Die Kirche und das Dritte Reich, Bd. I, 1977, Bd. II, 1985 und bei *Ehrhard Besier*, Die Kirche und das Dritte Reich, Bd. III, 2001.

Reichskirche unter der Leitung eines Reichsbischofs geschaffen, was dem Führerprinzip entsprach. Innerkirchlich wurde dies durch die von völkischem Gedankengut durchdrungene Glaubensbewegung „Deutsche Christen“ getragen. Ein Akt dieser Gleichschaltung Ende 1933 war die Überführung der evangelischen Jugendwerke in die Hitlerjugend. Kurz darauf wurde durch den sogenannten Maulkorb-erlass innerkirchliche Kritik am Reichsbischof zu unterdrücken versucht. Gegen Maßnahmen dieser Art und insbesondere gegen die geistlichen Inhalte der Reichskirche regte sich – nicht politisch, sondern religiös motivierter – Widerstand. Hierfür hat sich der Name „Kirchenkampf“⁸³ eingebürgert. Dieser Widerstand fand in der Bekennenden Kirche organisatorischen Ausdruck. Hervorstechend und bis heute wirkmächtig ist die „Barmer Theologische Erklärung“ vom 31.5.1934, die auf der Barmer „Bekenntnissynode“ verabschiedet wurde. Sie zielte auf die Unabhängigkeit der Kirche vom Staat und auf die Bewahrung ihres geistlichen Kerns, aber auch auf den Anspruch, durch ihre religiöse Botschaft auf die Öffentlichkeit einzuwirken.⁸⁴ Nachdem die reichskirchlichen Bestrebungen keinen durchschlagenden Erfolg hatten, erfolgte die Zurückdrängung der Rolle der Kirche in der Öffentlichkeit unter dem Titel „Entkonfessionalisierung“ des öffentlichen Lebens. Betroffen waren Theologen, Bekenntnisschulen, theologische Fakultäten, Wohlfahrtsorganisationen, Presseorgane und andere mehr. Die totalitäre Herrschaft konnte eben keine abweichenden Stimmen laut werden lassen.

Die Religionspolitik der DDR war von der atheistischen Ausrichtung des Marxismus-Leninismus geprägt, die letztlich auf die Überwindung der Religion zielte. Während die Verfassung von 1949 noch u. a. ein „Recht [...] zur Stellungnahme zu den Lebensfragen des Volkes von ihrem Standpunkt aus“ (Art. 41) kannte, enthielt die Verfassung von 1968 nur noch ein Grundrecht auf individuelle Religionsfreiheit, aber keine Gewährleistung mehr für die Religionsgemeinschaften.⁸⁵

77

⁸³ Die einzelnen Etappen werden minutiös nachgezeichnet im Gesamtwerk von Kurt Meier, *Der evangelische Kirchenkampf*, Bd. I und II, 1976, Bd. III, 1984.

⁸⁴ Huber, *Kirche und Öffentlichkeit* (o. Fn. 26), S. 551, sieht in der zweiten Barmer These (s. o. unter II. 2. d.) den Anknüpfungspunkt für den nach dem Krieg entwickelten „Öffentlichkeitsauftrag“ der Kirche.

⁸⁵ Siehe zu den Phasen der Entwicklung Hans-Gerhard Koch, *Staat und Kirche in der DDR – zur Entwicklung ihrer Beziehungen 1945–1974*, 1975, S. 30 ff.; zum ideologischen Hintergrund der religionsfeindlichen Politik mit viel Anschauungsmaterial Werner Maser, *Genossen beten nicht*, 1963.

4. Die Zeit der Loccumer Formel vom „Öffentlichkeitsauftrag“

78 Als Antwort auf die staatliche Unterdrückung und den Versuch der Vereinnahmung der (evangelischen) Kirche durch den Staat kam es in der Bundesrepublik der Nachkriegszeit zu einer Aufwertung der Kirchen und ihrer Rolle in der Öffentlichkeit, der Züge einer – jetzt benevolenten – Vereinnahmung nicht abzusprechen sind.

79 „Die geistige Situation der Zeit“⁸⁶ war geprägt durch die Erschütterung der Legitimität der staatlichen Macht durch den Nationalsozialismus, auch andere gesellschaftliche Organisationen waren im Zuge der „Gleichschaltung“ in den Bannkreis der nazistischen Ideologie und des Unrechtsregimes gezogen worden. In dieser Lage boten sich die Kirchen als willkommene Legitimationsstützen und Sinnproduzenten an. Sie und die Religion als ihr Produkt wurden zu wichtigen Kräften der jungen Bundesrepublik.⁸⁷ Diese Suche nach stabilen Wertgrundlagen fand in der Rechtsprechung eine Parallele in einer Renaissance des (katholischen) Naturrechts.⁸⁸ Ein markanter Ausdruck dieser staatlichen Zuwendung zu den Kirchen war die staatliche Anerkennung eines kirchlichen Öffentlichkeitsauftrags (s. o. unter I. 2. d.). In der Präambel des Vertrages, der in Loccum geschlossen wurde, ist die Rede von der „Übereinstimmung über den Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen und ihre Eigenständigkeit“.⁸⁹ Darin liegt eine Anerkennung, mehr noch, eine rechtliche Rezeption kirchlichen Verständnisses des öffentlichen Wirkens. Diese Formel wurde in weiteren Staatskirchenverträgen verwendet und fand (spä-

⁸⁶ Die Formulierung greift hier den Titel von *Karl Jaspers*, *Die geistige Situation der Zeit*, Neuauflage 1998, Originalversion von 1931, auf.

⁸⁷ Dazu etwa die detaillierte Schilderung kirchlichen Einflusses auf die bundesdeutsche Politik bei *Kristian Buchna*, *Ein klerikales Jahrzehnt: Kirche, Konfession und Politik in der Bundesrepublik während der 1950er Jahre*, 2014, siehe etwa zum Einfluss auf die Politik S. 276 ff. und 315 ff., die konfessionelle Spaltung wurde verarbeitet in einer extensiven Proporzpraxis, siehe S. 452 ff.; siehe ferner *Hermann-Josef Große Kracht*, *Zwischen Zivilgesellschaft und Religion? Überlegungen zum „Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen“ im demokratischen Staat*, in: *Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirche*, hg. von Joachim Wiemeyer / Wilfried Lochbühler / Judith Wolf, 1999, S. 7 ff.

⁸⁸ Siehe für Beispiele aus der Rechtsprechung: BGHZ 6, 270 (275); 9, 83 (89); 16, 350 (353); BVerfGE 1, 14 ff.; ferner auch die Darstellung bei *Herrmann Weinkauff*, *Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, in: *NJW* 1960, S. 1689 ff.; *Hans Ulrich Evers*, *Zum unkritischen Naturrechtsbewusstsein in der Rechtsprechung in der Gegenwart*, in: *JZ* 1961, S. 240 ff.; dazu aus neuerer Zeit *Otto Bachof*, *Naturrecht und Gegenwart, ein Versuch zur Klärung der Begriffe*, in: *AöR* 2014, S. 1 ff.

⁸⁹ Dazu *Huber*, *Kirche und Öffentlichkeit* (o. Fn. 26), S. 511 ff.

ten!) Eingang in die Landesverfassung von Brandenburg: „Das Land anerkennt den Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen und Religionsgemeinschaften“, so Art. 36 Abs. 3 S. 1. Auch andere Verfassungen aus der Frühzeit der Bundesrepublik nehmen ausdrücklich Bezug auf die als tragend angesehene Rolle der Kirchen, so Art. 41 Abs. 1 S. 1 Verf. Rheinland-Pfalz: „Die Kirchen sind anerkannte Einrichtungen für die Wahrung und Festigung der religiösen und sittlichen Grundlagen des menschlichen Lebens“.⁹⁰

Der theologische Hintergrund des Öffentlichkeitsauftrages liegt in der Theologie der Barmer Erklärung (s. o. unter 3.), insbesondere in der als Verpflichtung angesehenen Aufgabe der Kirche, das Evangelium öffentlich zu verkünden und damit auch Verantwortung für das gesellschaftliche Leben und die Politik zu übernehmen.

Rechtswissenschaftlich ist diese Aufwertung des öffentlichen Wirkens der Kirchen im Zusammenhang zu sehen mit der Entdeckung des „Öffentlichen“ und der Karriere dieses Begriffs.⁹¹ Der „Öffentlichkeitsauftrag“ wurde als Begriff und in der Sache eingeführt von *Rudolf Smend*.⁹² Bei ihm wird der Öffentlichkeitsanspruch der Kirche in Verbindung mit dem Öffentlichen der *res publica* gebracht und auch die Korporationsqualität in diesem Kontext interpretiert.⁹³ Die Sicht des Verhältnisses von Staat und Kirche als das einer Partnerschaft, eines gleichsinnigen Zusammenwirkens fand in der Staatskirchenrechtsdogmatik ihren Niederschlag in der sogenannten Koordi-

⁹⁰ Im Hinblick auf das öffentliche Wirken wird in Art. 41 Abs. 2 S. 3 Verf. RP noch ausdrücklich statuiert: „Hirtenbriefe, Verordnungen, Anweisungen, Amtsblätter und sonstige die geistige Leitung der Gläubigen betreffende Verfügungen können ungehindert veröffentlicht und zur Kenntnis der Gläubigen gebracht werden.“ Ähnliche Bestimmungen finden sich auch in weiteren Landesverfassungen aus der Frühzeit der Bundesrepublik, so etwa in Art. 4 Abs. 2 Verf. BW. Nach Art. 144 Abs. 1 BayVerf. genießen die Geistlichen den Schutz des Staates in der Erfüllung ihrer Amtspflichten.

⁹¹ Das Stichwort gab *Rudolf Smend*, Zum Problem der Öffentlichkeit, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, hg. von Otto Bachof/Martin Drath, 1955, S. 11 ff. Breitere Ausarbeitungen dann später von *Wolfgang Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, *Ulrich K. Preuß*, Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen, 1969 und *Alfred Rinke*, Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, 1971. Siehe auch *Peter Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 2. Aufl. 2006; weiter auch *ders.*, Öffentlichkeit und Verfassung, in: ZfP 16 (1969), S. 274 ff. Deziert kritisch zur Koordinationslehre *Gerhard Czermak*, Religions- und Weltanschauungsrecht, Eine Einführung, in Kooperation mit Eric Hilgendorf, 2007, S. 46 ff.

⁹² *Smend*, Staat und Kirche (o. Fn. 29), S. 4 (9, 13 f.).

⁹³ *Smend*, ebd., S. 13.

nationslehre.⁹⁴ Auf dieser Grundlage wurde der „Öffentlichkeitsauftrag“ zunächst recht extensiv interpretiert. So wurde die Formel im Loccumer Vertrag als „authentische Interpretation“ des verfassungsrechtlichen Verhältnisses von Staat und Kirche gesehen.⁹⁵ Das öffentliche Wort der Kirche wurde insofern auch nicht den anderen öffentlichen Meinungsäußerungen gleichgestellt, es handelt sich um ein „aliud“.⁹⁶ Solche Übersteigerungen sind mittlerweile überholt. Sie stellen eine Projektion kirchlichen Selbstverständnisses auf das staatliche Recht dar.⁹⁷ *Wolfgang Huber* hat die Paradoxie herausgearbeitet, dass theologisch allein der Begriff „Öffentlichkeitsauftrag“ angemessen sei, im staatlichen Recht aber lediglich ein „Öffentlichkeitsanspruch“ der Kirchen wahrgenommen und auch anerkannt werden kann. Tatsächlich wurden die beiden Begriffe aber häufig von der falschen Seite her in Anspruch genommen.⁹⁸

⁹⁴ Am deutlichsten vertrat die Koordinationslehre *Hans Peters*, Die Gegenwartsfrage des Staatskirchenrechts, in: VVDStRL 11 (1954), S. 177 ff. (bes. deutlich S. 187: „Die öffentlich-rechtliche Rechtstellung *verleiht* [Hervorhebung im Original] der Staat der Kirche nicht, sondern er findet sie vor und erkennt sie an“). Auch die Rechtsprechung ging eine Zeitlang von einer solchen „grundsätzlichen Gleichordnung von Staat und Kirche als eigenständigen Gewalten“ aus, BGHZ 34, 372 (373); zum Ganzen etwa die Darstellung bei *Wolfgang Bock*, Das für alle geltende Gesetz und die kirchliche Selbstbestimmung, 1996, S. 62 ff.; knapp auch *Stefan Koriath*, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts in Deutschland seit der Reformation, in: Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? Ein begriffspolitischer Grundsatzstreit, hg. von Hans Michael Heinig / Christian Walter, 2007, S. 39 (S. 59 ff.). Siehe zum Wiederbeleben der Koordinationslehre in der Nachkriegszeit *Christian Walter*, Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive, 2006, S. 189 ff. Dezidiert kritisch zur Koordinationslehre *Gerhard Czermak*, Religions- und Weltanschauungsrecht (o. Fn. 91), S. 46 ff.

⁹⁵ *Rudolf Smend*, Der Niedersächsische Kirchenvertrag und das heutige deutsche Staatskirchenrecht, in: JZ 1956, S. 50; aufgegriffen von *Conrad*, Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirche (o. Fn. 28), S. 128.

⁹⁶ *Conrad*, ebd., S. 128.

⁹⁷ *Huber*, Kirche und Öffentlichkeit (o. Fn. 26), S. 516.

⁹⁸ *Huber*, ebd., S. 520. Siehe dazu bereits oben unter I. 2. d.

5. Die gegenwärtigen Randbedingungen des öffentlichen Wirkens der Religionsgesellschaften

Ehe die rechtlichen Gewährleistungen des öffentlichen Wirkens der Kirchen in den Religionsgesellschaften in den Blick genommen werden sollen (s. u. unter IV.), soll ein kurzer Blick auf die Umstände geworfen werden, unter denen dieses öffentliche Wirken derzeit erfolgt. 82

Als erstes ist eine fortgeschrittene Säkularisierung festzustellen, und zwar in verschiedenen Bedeutungen dieses Begriffs.⁹⁹ Damit kann zum einen bezeichnet werden eine Gesellschaft, die in verschiedene Teilbereiche ausdifferenziert ist, für deren Handeln religiöse Vorstellungen keine Rolle mehr spielen und in der spezifische Rationalitäten dominieren. Die Religion selbst wird zu einem ausdifferenzierten Subsystem¹⁰⁰ und spielt im Allgemeinen in der Öffentlichkeit keine Rolle mehr. In einer zweiten Bedeutungsvariante meint Säkularität einen Rückzug der Religion, ein Zurückgehen der Zahl der Kirchenbesucher, ein Rückgang an religiöser Praxis, in der Hinsicht eine Entkirchlichung. Die dritte Bedeutung von Säkularität zielt darauf ab, dass Religion nicht mehr selbstverständlicher Hauptbestandteil der Vorstellungswelt ist, sondern eine Möglichkeit neben anderen ist, die gewählt werden kann und muss, womit sich die Frage nach den Bedingungen des Glaubens öffnet, also nach den Voraussetzungen, damit diese Option gewählt wird.¹⁰¹ 83

Eine weitere wesentliche Gegebenheit, die in den 1950er Jahren nicht vorhanden war, stellt der Pluralismus der Religionen dar, auch solcher aus anderen Kulturkreisen. Damit sind Konkurrenzverhältnisse geschaffen, aber auch Konfliktmöglichkeiten vorprogrammiert. 84

Weiterhin besteht gegenwärtig eine sehr viel lebhaftere Öffentlichkeit mit einer großen Zahl an Teilnehmern. Das wird unterstützt durch eine multiplizierte Anzahl von Medien (Rundfunk- und Fernsehprogramme), zu denen zunehmend auch internetgestützte Kommunikationsmöglichkeiten gehören. Bereits in der Voraufage hat *Klaus Schlaich* von einem „allgemeinen Pluralismus der Gruppen und Verbände“ gesprochen, so dass die Idee der „gemeinsamen Ver- 85

⁹⁹ Siehe hierzu *Charles Taylor*, Ein säkulares Zeitalter (o. Fn. 1), S. 11 ff.

¹⁰⁰ Zur Konzeption von Religion als einem eigenständigen Kommunikationssystem *Niklas Luhmann*, Die Religion der Gesellschaft, 2000.

¹⁰¹ So das Konzept von Säkularität, dem *Charles Taylors* besonderes Interesse gilt, siehe dazu *Taylor*, Ein säkulares Zeitalter (Fn. 1), passim.

antwortung“ von Staat und Kirche obsolet geworden sei.¹⁰² Die öffentlich agierenden Gruppierungen versuchen Interesse und Wohlwollen für ihre Anliegen zu gewinnen und stehen dabei durchaus in einer Konkurrenzsituation und sei es nur, um die Aufmerksamkeit des Publikums zu gewinnen.¹⁰³ Im Hinblick auf diese Situation wird die Einwirkung auf die Öffentlichkeit zunehmend für die verschiedensten Institutionen zu einem wichtigen Bestandteil, die Kommunikationsabteilungen von Unternehmen, aber auch von Universitäten und anderen Organisationen werden wichtiger, die Öffentlichkeitsarbeit wird professionalisiert.¹⁰⁴

- 86** Diese Bedingungen selbst wurden zum Gegenstand des Nachdenkens. Das öffentliche Wirken wird selbstreflexiv, dafür steht paradigmatisch die sogenannte Denkschriftendenkschrift der EKD.¹⁰⁵ Hier geht es um die Themen, zu welchen die Kirchen sich äußern sollten, an wen die Botschaft adressiert wird und anderes mehr. Bemerkenswerterweise tauchen die Begriffe „Öffentlichkeitsauftrag“ und „Öffentlichkeitsanspruch“ bereits hier nicht mehr auf. Eine Sonderrolle des öffentlichen Wirkens scheint nicht mehr beansprucht zu werden.

¹⁰² *Schlaich*, Öffentlichkeitsauftrag, in: HSKR² (o. Fn. 11), S. 142 f.

¹⁰³ Dies wird durch das Konzept der „Aufmerksamkeitsökonomie“ zu fassen versucht, siehe hierzu das Werk von *Georg Franck*, Ökonomie der Aufmerksamkeit, 1998, wo entwickelt wird, dass Aufmerksamkeit in einer offenen Gesellschaft ein knappes Gut wird, das eigenes Gewicht bekommt. Insbesondere wird dies auf den S. 49 ff. deutlich, wo Aufmerksamkeit als „neue Währung“ bezeichnet wird.

¹⁰⁴ Das spiegelt sich im Selbstverständnis der evangelischen Publizistik wieder, vgl. etwa Evangelische Kirche in Deutschland, Mandat und Markt, Perspektiven einer evangelischen Publizistik, <https://www.ekd.de/publizistik_1997_vorwort.html>. Eine Konsequenz dieser Professionalisierung ist auch die Errichtung einer Evangelischen Journalistenschule, die eine Abteilung des Gemeinschaftswerks der evangelischen Publizistik darstellt, siehe dazu etwa auf der Seite <<https://www.evangelische-journalistenschule.de/schule/profil>>; siehe hierzu auch *Wolfgang Kroeber/Hanspeter Neumann*, Kurse Öffentlichkeitsarbeit – ein kirchliches Fortbildungsangebot, in: Öffentlichkeitsarbeit der Kirche (o. Fn. 5), S. 161 ff.

¹⁰⁵ Gemeint ist die vom Rat der EKD veröffentlichte Denkschrift über „Aufgabe und Grenzen kirchlicher Äußerungen zu gesellschaftlichen Fragen“ von 1970. Dazu *Huber*, Kirche und Öffentlichkeit (o. Fn. 26), S. 593 ff.

IV. Rechtliche Grundlagen des öffentlichen Wirkens

Zahlreiche Rechtsnormen umfassen mit ihrem Regelungsbereich das öffentliche Wirken der Kirchen und Religionsgesellschaften. Allerdings sind sie in der Regel nicht spezifisch auf das öffentliche Wirken der Religionsgesellschaften ausgerichtet, sondern stellen *allgemeine* Gewährleistungen dar, insbesondere als Freiheitsrechte und als Rechte auf Gleichbehandlung. Daneben gibt es spezielle Normen für die religiösen Organisationen.

87

1. Ebenen und Gruppen einschlägiger Normen

Die rechtlichen Bestimmungen, die sich (auch) auf die öffentlichkeitswirksamen Aktivitäten von Religionsgesellschaften beziehen, gehören verschiedenen Rechtsebenen an und finden sich auch in unterschiedlichen Rechtsgebieten. Zunächst soll hier eine Übersicht über die einschlägigen Normen gegeben werden (a.–d.), im Anschluss daran werden einige von besonderer Relevanz näher behandelt (2.–6.).

88

a) Verfassungsrecht

An erster Stelle ist natürlich an die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen für die Religion und die Religionsgesellschaften zu denken.

89

Das *Grundgesetz* enthält eine ganze Reihe von Bestimmungen, die (auch) die auf die Öffentlichkeit zielenden und die öffentlich wirksam werdenden Aktivitäten betreffen. Zu nennen sind hier an erster Stelle die Gewährleistung der Religionsfreiheit durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und die Meinungsäußerungsfreiheit, verbunden mit den Medienfreiheiten in Art. 5 Abs. 1 S. 1 und 2 GG. Die Bestimmungen über den Religionsunterricht in Art. 7 Abs. 3 GG bilden eine Institutionalisierung einer besonderen Form des öffentlichen Wirkens der Religionsgemeinschaften. Art. 8 GG schützt in der einen Richtung Zusammenkünfte zum Zwecke der religiösen Binnenkommunikation in Gestalt von Gottesdiensten und Ähnlichem, in unscharfer Abgrenzung dazu aber auch Versammlungen und Aufzüge, die auch sich an außenstehende Adressaten wenden wie Prozessionen oder Kirchenta-

90

ge. Oft werden diese Veranstaltungen auch zugleich den Schutz von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG genießen.

91 Die Vereinigungsfreiheit steht den Religionsgesellschaften als den Trägern des öffentlichen Wirkens auf verschiedener Rechtsgrundlage zur Seite, die allgemeine Norm des Art. 9 Abs. 1 GG greift jedenfalls immer ein. Darüber hinaus gelten die spezifischen Bestimmungen der Weimarer staatskirchenrechtlichen Artikel, hier also Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 2 und 4, Abs. 3 und Abs. 5 WRV. Diese Garantien erfassen nur die Vereinigungsfreiheit zu Religionsgesellschaften¹⁰⁶, also zu Vereinigungen, welche die ihren Mitgliedern gemeinsame Religion umfassend pflegen. Für diese sind sie Spezialvorschriften im Verhältnis zu Art. 9 Abs. 1 GG. Organisationen, die im religiösen Bereich nur Einzelzwecke verfolgen, können jedenfalls im Schutz von Art. 9 Abs. 1 GG gegründet werden, gegebenenfalls kann man sie aber auch unter die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 137 Abs. 3 WRV fassen, wenn diese Organisationen den Religionsgesellschaften zuzurechnen sind.¹⁰⁷ Religiös orientierte Gewerkschaften, etwa die christlichen Gewerkschaften, können unter dem Schutz von Art. 9 Abs. 3 GG agieren.

92 Der Schutz durch diese Freiheitsrechte wird ergänzt durch Gleichbehandlungsrechte, die praktisch die Bedeutung von Diskriminierungsverboten haben. Das öffentliche Wirken von Religionsgesellschaften wird also dadurch ebenfalls geschützt, dass an die religiöse Motivation von Aktivitäten keine nachteiligen Rechtswirkungen geknüpft werden dürfen. Einschlägig hierfür sind Art. 3 Abs. 3 GG und Art. 33 Abs. 3 GG, wo das Wort „Bekenntnis“ jedenfalls auch als „öffentliches Bekenntnis“ gelesen werden kann. Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 und 2 WRV ergänzt diese Gleichbehandlungsgebote. Das staatsgerichtete Schweigerecht des Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 3 WRV stellt eine Art „Vorfeldsicherung“ gegen Diskriminierungen wegen der Religion dar, es ist systematisch ein Fall der negativen Bekenntnisfreiheit und fällt damit auch in den Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG.

93 Auf die Bestimmungen in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1, 3 und 5 WRV ist unten (4.–6.) noch näher einzugehen.

¹⁰⁶ *Emanuel V. Towfigh*, → § 26, Rn. 1, 27.

¹⁰⁷ Siehe dazu BVerfGE 24, 236 (246 f.); 70, 138 (162); 99, 100 (120), st. Rspr. Zur Ausweitung der freiheitsrechtlichen Gewährleistungen einer Hauptorganisation auf ihre Nebenorganisationen grundsätzlich *Martin Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 338 ff.

Die Gleichstellung von Weltanschauungsgemeinschaften mit Religionsgesellschaften im Hinblick auf die Bestimmungen der Weimarer Verfassungsbestimmungen wird durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 7 WRV statuiert. Die *Anstaltsseelsorge*¹⁰⁸ gibt den Religionsgesellschaften in der objektiven Wirkdimension Möglichkeiten des Zugangs zu staatlichen Institutionen und damit im weiteren Sinne zum öffentlichen Wirken, motivierender Zweck dieser Zulassungsberechtigung ist aber der Schutz des Grundrechts auf Religionsfreiheit der Anstaltsinsassen; maßgebend ist deren „Bedürfnis“, nicht das Interesse der Religionsgesellschaften.

94

Das *Landesverfassungsverfassungsrecht* kennt ähnliche Gewährleistungen für die Religionsgesellschaften wie das Grundgesetz, die teilweise stärker ins Detail gehen und in den älteren Verfassungen zum Teil auch noch Spuren eines Denkens aufweisen, das Staat und Kirche als gleichberechtigte Partner ansah (siehe dazu bereits oben III. 4.).¹⁰⁹

95

b) Verträge zwischen Staat und Religionsgesellschaften

Die zwischen dem Staat und den Religionsgesellschaften geschlossenen Verträge¹¹⁰ enthalten eine Reihe von Gewährleistungen des öffentlichen Wirkens der Religionsgesellschaften. Sie kennen im Hinblick auf die Möglichkeiten des öffentlichen Wirkens typischerweise detailliertere Ausführungen im Hinblick auf Schulen, theologische Fakultäten an staatlichen Universitäten, kirchliche Hochschulen, Anstaltsseelsorge und auch zu kirchlichen Mitwirkungsrechten im Rundfunk. Hier geht es zum einen um die Vertretung in den Aufsichtsorganen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten,¹¹¹ zum

96

¹⁰⁸ Jörg Ennuschat, → § 54; Markus Heintzen, → § 55; Arno Schilberg, → § 56.

¹⁰⁹ Neben der bereits zitierten Bestimmung in Art. 41 S. 1 Verf. RP kann verwiesen werden auf Art. 4 Abs. 1 und 2, Art. 12 Abs. 2 Verf. BW; für die Jugendbildung etwa Art. 133 Abs. 1 S. 2 BayVerf.: „Auch die anerkannten Religionsgemeinschaften oder weltanschaulichen Gemeinschaften sind Bildungsträger.“

¹¹⁰ Stefan Mückl, → § 10.

¹¹¹ Siehe etwa Art. 23 Abs. 1 S. 2 EvKV Sachsen und Art. 11 Abs. 1 S. 2 KathKV Sachsen.

anderen um die Einräumung von Sendezeiten für eigenverantwortlich produzierte Programme der Religionsgesellschaften.¹¹²

c) Einfaches Recht

97 Auch auf der Ebene des einfachen Rechts, regelmäßig derjenigen des Gesetzes, bestehen zahlreiche Bestimmungen, die das öffentliche Wirken der Religionsgesellschaften betreffen. Das Gesetzesrecht trifft aber keine generellen Regelungen über die Religionsgesellschaften und ihre Rechte über die verschiedenen Sachgebiete hinweg, es handelt sich hier demgegenüber um *rechtsgebietsspezifische* Regelungen. Dabei werden für ein spezifisches Sachgebiet Normen gesetzt, unter denen sich auch solche finden, die die Rechte und Pflichten der Religionsgesellschaften betreffen.

98 Für die Möglichkeiten des öffentlichen Auftretens ist zunächst das *Rundfunk- und Medienrecht* in seinen verschiedenen Ausprägungen zu nennen.¹¹³ Presserechtlich sind keine Besonderheiten für die Religionsgesellschaften zu sehen. Was den Rundfunk anlangt, so gibt es für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eigens normierte Drittsenderechte für die Religionsgesellschaften.¹¹⁴ Die Belange der öffentlichen Selbstdarstellung sind auch in den Programmgrundsätzen aufgehoben, wonach regelmäßig die Vielfalt der bestehenden Meinungen und Richtungen Ausdruck finden soll.¹¹⁵ Die religiösen Richtungen werden hier also in den Gesamtzusammenhang des öffentlichen Pluralismus gestellt. Besondere Berücksichtigung finden die Religionsgesellschaften weiterhin in den gesetzlichen Bestimmungen über die Zusammensetzung der Aufsichtsgremien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Die beiden großen Kirchen und die Verbände der jüdischen Gemeinden haben regelmäßig einen Sitz

¹¹² Siehe ebenso Art. 23 Abs. 1 S. 1 EvKV Sachsen und Art. 11 Abs. 1 S. 1 KathKV Sachsen.

¹¹³ Dazu *Claus Dieter Classen*, → § 38.

¹¹⁴ Siehe etwa § 8 Abs. 3 WDR-Gesetz; dazu ausführlich *Dan Bastian Trapp*, Religiöse Neutralität und Rundfunkfreiheit – Drittsendungsrechte für Religionsgemeinschaften, 2013.

¹¹⁵ Siehe z.B. § 5 Abs. 3 Nr. 1 WDR-Gesetz, wonach der WDR sicherzustellen habe, dass „die Vielfalt der bestehenden Meinungen und der religiösen, weltanschaulichen, politischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Richtungen im Gesamtprogramm der Anstalt in möglichster Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet“.

in diesen Organen¹¹⁶ – neben einem bunten Strauß der Vertreter anderer Gruppierungen. Die Religionsvertreter sind auch hier einzelne Stimmen in einem vielstimmigen Chor der Verbände. Auch in der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien sind die Religionsgesellschaften vertreten.¹¹⁷

Auch im *Sozialrecht* spielt die Kirche eine nicht unwesentliche Rolle, und zwar in Gestalt des Deutschen Caritasverbandes und des Diakonischen Werkes.¹¹⁸ Sie zählen dort zu den freien Wohlfahrtsverbänden und fungieren als sogenannte „Freie Träger“. Diese Einrichtungen sind regelmäßig bereits durch das Gesetz als Freie Träger anerkannt.¹¹⁹ Die staatlichen Leistungsträger sind zur Zusammenarbeit mit den Freien Trägern aufgerufen.¹²⁰ Die Aufgaben und die damit verbundenen Handlungsmöglichkeiten, die eigenen Vorstellungen im Bereich der Wohlfahrtspflege zu realisieren, eröffnen ein nicht unbeachtliches Feld des öffentlichen Wirkens.

Schließlich ist für den rechtlichen Schutz des öffentlichen Wirkens der Religionsgesellschaften auch das *Namens- und Markenrecht*¹²¹ zu nennen. Wer öffentlich sichtbar auftreten will, hat ein legitimes Interesse daran, dass Auftritte unter dem eigenen Namen oder Symbolen der eigenen Organisation nicht von anderen missbraucht werden. Wo „Kirche“ draufsteht, soll auch Kirche drin sein.

d) Internationales Recht

Der Schutz der Religionsfreiheit, und damit notwendigerweise verbunden auch der Schutz der religiösen Organisationen, findet sich auch im internationalen Recht. Die Öffentlichkeit der religiösen Praxis gehört oft ausdrücklich zu diesen religiösen Freiheiten. Diese

¹¹⁶ Siehe z.B. § 15 Abs. 3 Nr. 1–3 WDR-Gesetz.

¹¹⁷ § 19 Abs. 2 Nr. 8 JuSchG sieht vor, dass die Beisitzerinnen und Beisitzer der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien u. a. aus den Kreisen „der Kirchen, der Jüdischen Kultusgemeinschaften und andere Religionsgemeinschaften die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, auf Vorschlag dieser Gruppen zu bestimmen sind. Die Bundesprüfstelle kann auch zusammenarbeiten mit der Kommission für Jugendmedienschutz nach § 14 ff. Jugendmedienschutz-Staatsvertrag.

¹¹⁸ Dazu *Peter Unruh*, → § 49; *Gernot Sydow*, → § 50; *Jörg Winter*, → § 51.

¹¹⁹ Für die Jugendhilfe siehe etwa § 75 Abs. 3 SGB VIII.

¹²⁰ § 17 Abs. 3 SGB I.

¹²¹ Dazu *Reiner Tillmanns*, → § 67, Rn. 21–30 und 31–44.

Gewährleistungen finden sich in den verschiedenen inter- und supranationalen Menschenrechtsgarantien. Hingewiesen sei hier nur auf Art. 9 Abs. 1 EMRK, wonach die Religionsfreiheit auch umfasst, seine Religion „einzeln oder gemeinsam mit anderen öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Unterricht oder Praktizieren von Bräuchen und Riten ausüben zu können“.

- 102** Die Europäische Grundrechtecharta übernimmt in Art. 10 Abs. 1 S. 2 diese Formulierung. Wenn Art. 17 AEUV den Status der Kirchen und religiösen Vereinigungen oder Gemeinschaften nach den Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten achtet, liegt darin eine Anerkennung des mitgliedsstaatlich gewährleisteten Rechtsschutzes. Auch das europäische Sekundärrecht anerkennt die Freiheit und das öffentliche Wirken von Religionsgemeinschaften.¹²² Die für das öffentliche Wirken ebenso wichtigen Bestimmungen über die Meinungsäußerungsfreiheit haben gleichfalls in den Verträgen zum internationalen Menschenrechtsschutz ihren Platz gefunden, genannt werden sollen hier nur Art. 10 EMRK und Art. 11 EU-GRC.

2. Art. 5 Abs. 1 GG: Meinungs- und Rundfunkfreiheit

- 103** Zentrale Bedeutung für die Kommunikation in der Öffentlichkeit und für die Öffentlichkeit haben die Kommunikationsfreiheiten in Art. 5 Abs. 1 GG. Diese stehen auch den Religionsgesellschaften zu. Entweder kommt man zur Grundrechtsträgerschaft dieser Organisationen über Art. 19 Abs. 3 GG oder man sieht mit der besonderen Anerkennung der Religionsgesellschaften in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV die Grundrechtsträgerschaft als mitgegeben an. Die Bestimmungen der Weimarer Kirchenartikel „sind funktional auf die Inanspruchnahme und Verwirklichung des Grundrechts der Religionsfreiheit angelegt (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG; vgl. BVerfGE 42, 312 [322])“.¹²³ Von daher scheint es mit der letzteren Lesart vorzugswürdig, diesen Organisationen selbst die Grundrechtsträgerschaft zuzuerkennen. Dies gilt auch für diejenigen Religionsgesellschaften, die den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts innehaben. Gerade hierauf bezieht sich die zitierte Äußerung des Bundesverfas-

¹²² Dazu mit Nachweisen *Hans Michael Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften: Studien zur Rechtsstellung der nach Art. 137 Abs. 5 WRV korporierten Religionsgesellschaften in Deutschland und in der Europäischen Union, 2003, S. 396 ff.

¹²³ BVerfGE 102, 370 (387).

sungsgerichts; anderes gilt nur für die Fälle, in welchen die öffentlich-rechtlich organisierten Religionsgesellschaften übertragene Hoheitsrechte ausüben.

Die Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG geben die Möglichkeit, am öffentlichen Meinungsbildungsprozess mit eigenen Stellungnahmen teilzunehmen. Dabei kann sowohl das Ziel der Überzeugung der anderen von eigenen Ansichten verfolgt werden als auch das andere Ziel, für die eigene Organisation und deren Anliegen jedenfalls Aufmerksamkeit, darüber hinaus auch Anerkennung und Unterstützung zu gewinnen. Da diese Grundrechte alle Meinungen schützen, also unabhängig von ihrem Inhalt, stehen auch die öffentlichen Äußerungen der Religionsgemeinschaften unter ihrem Schutz, seien sie religiös motiviert oder aus säkularen Organisationsinteressen geäußert. Nicht nur die Meinungsäußerungsfreiheit, sondern auch die Pressefreiheit und die Rundfunkfreiheit können von den Religionsgesellschaften genutzt werden und werden es auch tatsächlich. Die verschiedensten Presseerzeugnisse, von Chrismon bis zum Wachturm, genießen den Schutz der Pressefreiheit, auch sind die Religionsgesellschaften nicht vom Betreiben eigener Rundfunksender ausgeschlossen; soweit sie Körperschaften des öffentlichen Rechtes sind, kommt wieder der besondere Charakter dieser Art von Körperschaft des öffentlichen Rechts zur Geltung: Sie sind nicht in die Staatsorganisation eingebunden, haben insofern keinen staatlichen Charakter. Sie „stehen dem Staat als Teile der Gesellschaft gegenüber [...], [welche] ihre Tätigkeit frei von staatlicher Bevormundung und Einflussnahme entfalten können [...]“.¹²⁴ Damit steht das Gebot der Staatsfreiheit des Rundfunks¹²⁵ der Veranstaltereigenschaft auch korporierter Religionsgesellschaften im Rundfunkbereich nicht im Wege.¹²⁶

104

3. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG: Religionsfreiheit

Selbstverständlich genießen die Religionsgesellschaften auch die grundgesetzliche Religionsfreiheit, und zwar auch in ihrer Qualität als Organisationen.¹²⁷ Die verschiedenen Spielarten religiöser Hand-

105

¹²⁴ BVerfGE 102, 370 (387).

¹²⁵ Siehe hierzu zuletzt BVerfGE 136, 9 (33 f.).

¹²⁶ Zum Thema *Reinold Willenberg*, Rundfunk in kirchlicher Trägerschaft, 2001.

¹²⁷ Unstrittig, siehe nur *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 3. Aufl., Bd. 1, 2013, Art. 4, Rn. 108.

lungen und Äußerungen werden sämtlich von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützt: der von Religionsgemeinschaften veranstaltete Gottesdienst einschließlich der dort gehaltenen Predigt, die Prozession (die auch von Art. 8 GG erfasst wird), der Hirtenbrief und die Publikation von Schriften mit glaubenswerbendem Charakter.¹²⁸ Die staatliche Gewährleistung der Religionsfreiheit setzt auf Seiten des Staats dessen *Neutralität* in Religionsfragen voraus.¹²⁹ Konstruktiv ergibt diese sich aus einer Gesamtbetrachtung von Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 und Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1 und 2, Art. 137 Abs. 1 WRV. Dies bedeutet nicht nur, dass der Staat aus religiösen Gründen keine rechtlichen Unterschiede machen darf, sondern für den hier zu behandelnden Zusammenhang insbesondere, dass der Staat selbst in die öffentlichen Auseinandersetzungen in religiösen Fragen nicht mit eigenen Auffassungen eingreifen darf. Der Staat darf sich keine religiösen Inhalte zu eigen machen, er unterliegt insofern einem *Identifikationsverbot*.¹³⁰ Für das öffentliche Werben und Wirken der Religionsgesellschaften bedeutet dies, dass der Staat als Wettbewerber ausgeschlossen ist. Der kommunikative Wettbewerb findet insofern allein unter privaten Akteuren statt.

- 106 Die *Abgrenzung zwischen Art. 4 und Art. 5 GG* ist nicht immer einfach.¹³¹ Zwischen den klaren Fällen einer (weltlichen) Meinungsäußerung und den Fällen eindeutig religiösen Gepräges gibt es einen Überschneidungsbereich ungewisser Zuordnung. Für die rechtliche Wertung ist dies deswegen misslich, weil die Religionsfreiheit unter keinem Schrankenvorbehalt steht, wie es für Art. 5 Abs. 1 GG in Form von Art. 5 Abs. 2 GG der Fall ist. Für die Religionsfreiheit gelten die sogenannten verfassungsimmanenten Schranken. Bei öffentlich diskutierten Fragen etwa im Bereich der Politik oder der Ethik werden die Äußerungen regelmäßig Art. 5 GG zuzuordnen sein, auch wenn hinter diesen Äußerungen eine bestimmte religiöse Auffassung steht. Bei besonders starker Verankerung in Glaubensvorstellungen, auch bei Wahrnehmung eines biblisch verstandenen „Wächteram-

¹²⁸ Zum Schutz der Glaubenswerbung BVerfGE 12, 1 (4); 105, 279 (294).

¹²⁹ Morlok, in: Dreier (o. Fn. 127), Art. 4, Rn. 161; umfassend Stefan Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2002; Klaus Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972; Christian Walter, → § 18.

¹³⁰ Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, 1966, S. 160 ff., 178 ff.; Schlaich, Neutralität (o. Fn. 129), S. 236. Zur dogmatischen Konkretisierung Julian Krüper, Die grundrechtliche grenzstaatliche Neutralität – zum Inhalt eines Verfassungsprinzips, in: JöR 53 (2005), S. 79 ff.

¹³¹ Historisch und komparativ dazu Rose Staps, Bekenntnisfreiheit – ein Unterfall der Meinungsfreiheit, 1990.

tes“¹³², ist Art. 4 GG zu aktivieren. Auch ist daran zu denken, bei Überschneidungen des Schutzbereiches beide Grundrechte separat zu prüfen – mit der hieraus folgenden unterschiedlich leichten oder schweren Möglichkeit, sie einzuschränken. Eine Kumulation der Grundrechte im Sinne einer Verschmelzung, die in Gestalt einer „Verbindung“ („in Verbindung mit“) konstruiert wird;¹³³ angesichts dessen, dass dieses Kombinationsmodell die deutlichen Schrankenentscheidungen der einzelnen Grundrechte unscharf werden lässt, ist vor einer solchen Kombinationstechnik zu warnen.¹³⁴

4. Art. 137 Abs. 1 WRV: Das Verbot einer Staatskirche

Die vor beinahe 100 Jahren erfolgte Abschaffung einer Staatskirche und das daraus resultierende Verbot einer Staatskirche ist als solches, wenn man es eng betrachtet, für das Recht der Religionsgesellschaften auf öffentliche Sichtbarkeit und öffentliche Wirksamkeit von geringer Bedeutung. Das damit gesetzte Verbot einer institutionellen Verbindung zwischen Staat und Religionsgesellschaften¹³⁵ ist heute selbstverständlich. Bedeutung gewinnt die Bestimmung aber insofern, als eine solche Separierung eine institutionelle Voraussetzung für das freie Agieren und die rechtliche Gleichbehandlung der Religionsgesellschaften ist.¹³⁶ Die Norm fundiert neben anderen die staatliche Neutralität (dazu soeben 3.) und sorgt für Wettbewerbsgleichheit auf dem Marktplatz der Idee und Meinungen. Die Repräsentanz von Vertretern der Kirchen und der jüdischen Gemeinden in den Aufsichtsgremien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten steht damit nicht im Widerspruch, weil die Religionsvertreter gerade wie die Vertreter der anderen dort mit Sitzen ausgestatteten Verbände

107

¹³² S. o. unter II. 2. a., insbes. auch Fn. 39.

¹³³ Zu diesem Vorgehen siehe *Monika Meinke*, In Verbindung mit. Die Verbindung von Grundrechten miteinander und mit anderen Bestimmungen des Grundgesetzes in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2006; zu dieser Technik auch *Ino Augsberg / Steffen Augsberg*, Kombinationsgrundrechte: Die Verkoppelung von Grundrechtstatbeständen als Herausforderung für die Grundrechtsdogmatik, in: *AöR* 132 (2007), S. 539 ff.

¹³⁴ Siehe auch *Augsberg / Augsberg*, ebd., S. 575 ff., die dort die „[d]ie Kombinationsmethodik als Irrweg der Grundrechtsdogmatik“ bezeichnen; weitere Kritik bei *Horst Dreier*, in: *Dreier* (o. Fn. 127), Vorbem. vor Art. 1 GG, Rn. 156 ff.

¹³⁵ Siehe dazu mit weiteren Nachweisen *Martin Morlok*, in: *Dreier* (o. Fn. 127), Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 137 WRV, Rn. 18.

¹³⁶ BVerfGE 18, 80 (386); 42, 312 (332).

als Vertreter der Zivilgesellschaft berufen sind, damit also die Staatsfreiheit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sichern sollen¹³⁷.

- 108** Das Gebot einer institutionellen Trennung von Staat und Religionsgesellschaften ist nicht im Sinne eines strikten Laizismus zu verstehen. Die staatlich beherrschte und verantwortete Sphäre muss nicht religionsfrei sein, lediglich der Staat hat sich religiöser „Input-Äußerungen“ zu enthalten. In den staatlichen Einrichtungen ist durchaus Raum für religiöse Äußerungen und religiöse Symbole seitens der Bürger.¹³⁸ Auch innerhalb staatlicher Einrichtungen dürfen die Religionsgesellschaften untereinander und mit anderen Verbänden um Aufmerksamkeit und Gunst des Publikums werben, sofern nicht die Funktionserfüllung der staatlichen Einrichtungen dem entgegensteht.

5. Art. 137 Abs. 3 WRV:

Die Selbstverwaltungsgarantie der Religionsgesellschaften

- 109** Die Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 140 GG i.V.m. 137 Abs. 3 WRV stellt ein materiales Freiheitsrecht für die Religionsgesellschaften dar und erlaubt ihnen die inneren Angelegenheiten – in einem weiten Verständnis – nach eigenen Vorstellungen zu bestimmen. Angesichts dessen, dass Art. 4 Abs. 1 und 2 GG auch den Religionsgesellschaften zuerkannt wird, liegt es nahe, Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und Art. 137 Abs. 3 WRV so zu verstehen, dass die beiden Schutzbereiche sich überdecken.¹³⁹ Unter dem Schutz dieses Rechts können die speziellen Vorstellungen der Religionsgemeinschaften in den Formen der Binnenkommunikation entwickelt und gepflegt werden. Aus diesen Botschaften erwachsen dann die Botschaften an die allgemeine Öffentlichkeit.
- 110** Im Einzelnen hat dieses Recht auf autonome Ordnung der inneren Angelegenheiten für das öffentliche Wirken der Religionsgesellschaften wenigstens drei Bedeutungen. Zum einen kann die damit gewährleistete Organisationsfreiheit die Zuständigkeiten für öffentliche

¹³⁷ Vgl. hierzu erneut BVerfGE 136, 9 (insbes. 33, 35–39, 44 ff.).

¹³⁸ *Stefan Muckel*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Karl Heinrich Friauf / Wolfram Höfling, Losebl. Stand 48. Erg.-Lfg., Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 3 m. w. N.

¹³⁹ Siehe dazu nur *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 135), Art. 137 WRV, Rn. 54 m. w. N.; BVerfGE 137, 273 (304); a. A. *Stefan Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, S. 181 ff. m. w. N.

Erklärungen festlegen. Wer für die Religionsgesellschaft spricht, kann von dieser autoritativ bestimmt werden. Das ist insbesondere für bestimmte Äußerungen zu religiösen Inhalten für die katholische Kirche wichtig: Diese sind dem Lehramt vorbehalten. Äußerungen von Laienorganisationen sind insofern von denen der Kirche selbst zu unterscheiden. Zum zweiten ist das Selbstverwaltungsrecht geeignet, die Religionsgesellschaft frei über das „Ob“ und das „Wie“, im Sinne von Form und Inhalt, des öffentlichen Wirkens entscheiden zu lassen. Die Inhalte können am spezifischen Selbstverständnis der Religionsgesellschaft orientiert werden, die organisatorische und prozedurale Autonomie schützt die Motivbildung und die Inhaltsbestimmung.

Ein wesentliches Element der Selbstverwaltungsgarantie der Religionsgesellschaften schließlich liegt in der damit gewährten *Tendenzfreiheit*.¹⁴⁰ Die Religionsgesellschaften können also ihre religiösen Überzeugungen, ihre Organisation und auch die Auswahl und die dem Personal aufgegebenen Pflichten selbst bestimmen und an ihrer religiösen Überzeugung ausrichten. Insbesondere Auswahl und Pflichtenkatalog des Personals stellt die personelle Basis der Selbstdarstellung nach außen dar. Diese Loyalitätspflichten der Mitarbeiter der Religionsgesellschaften und der ihr zuzuordnenden Umfeldorganisationen sind bekanntlich ein im Arbeitsrecht lebhaft diskutiertes Thema, das in diesem Handbuch an anderer Stelle erörtert wird (Jacob Jousen, → § 57; Hendrik Munsonius, → § 58; Gregor Thüsing, → § 59.).

Die Selbstbestimmungsmacht wird weiter im Bereich der Mitwirkungsmöglichkeiten des Betriebsrats im Betriebsverfassungsgesetz geschützt: Unter dem Titel „*Tendenzbetrieb*“ werden nach § 118 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BetrVG religiös geprägten Betrieben Ausnahmen von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats zugebilligt. Dies wird für Umfeldorganisationen der Religionsgesellschaften im Bereich der Medien, der Erziehung und des Karitativen wichtig. Nach § 118 Abs. 2 BetrVG sind die Religionsgesellschaften selbst überhaupt aus dem Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes ausgenommen. Damit sind die tatsächlichen Bedingungen selbstbestimmten öffentlichen Wirkens geschützt.

¹⁴⁰ Siehe Morlok, in: Dreier (o. Fn. 135), Art. 137 WRV, Rn. 50.

6. Art. 137 Abs. 5 WRV:
Körperschaftsstatus für Religionsgesellschaften

- 113** Der Körperschaftsstatus von Religionsgesellschaften birgt zwar einige Besonderheiten gegenüber anderen Religionsgesellschaften, diese sind aber für die Möglichkeiten und die Arten des öffentlichen Wirkens nicht ausschlaggebend.
- 114** Der Körperschaftsstatus wurde – insbesondere im Diskussionsfeld des „Öffentlichkeitsauftrags“ – zwar wiederholt als Mitbegründung für das Recht der Kirchen zum öffentlichen Wirken herangezogen.¹⁴¹ Dieses stark dem koordinationsrechtlichen Denken verhaftete Begründungsmuster (s.o. unter III. 4. und 5.) kann heute nicht mehr überzeugen. Zwar gibt es gute Gründe, den Religionsgesellschaften unter dem Grundgesetz einen verfassungsrechtlichen Status der Öffentlichkeit zuzuerkennen – dies allerdings nur als Angebot an die Religionsgesellschaften und auch „jenseits des Art. 137 Abs. 5 WRV“.¹⁴² Diese rechtlich gesicherte Möglichkeit, Religion öffentlich zu praktizieren und an der Öffentlichkeit als Religionsgesellschaft zu partizipieren, ist aber entscheidend *grundrechtlich fundiert* (s.o. unter 1. a., 2. und 3.) und nicht vom Status einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft abhängig.¹⁴³ Dies gilt auch für die Religionsgesellschaften, die den Status einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft innehaben. Auch sie sind Grundrechtsträger, was bereits oben dargestellt wurde (s.o. unter 2.). Jedenfalls in den Handlungen, in denen die Körperschaften sich nicht auf übertragene Hoheitsrechte stützen können, handeln sie unter Grundrechten.¹⁴⁴

¹⁴¹ So insbesondere *Smend*, Staat und Kirche (o. Fn. 29), S. 4 ff. (insbes. S. 13), nach ihm „[...] erw[ie]sen sich staatliche Anerkennung des Öffentlichkeitsanspruchs der Kirche und ihre öffentliche Korporationsqualität als durch das gleiche Kriterium zusammengehalten“.

¹⁴² Dazu insbesondere *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 122), S. 203 ff. Die Betonung der Unabhängigkeit von Art. 137 Abs. 5 WRV ist richtig, vielleicht hätte man besser formulieren können „diesseits von Art. 137 Abs. 5 WRV“.

¹⁴³ So auch *Achim Janssen*, Aspekte des Status von Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts, 2. Aufl. 2017, S. 529 ff.

¹⁴⁴ Siehe auch *Martin Morlok / Hans Michael Heinig*, Parität im Leistungsstaat – Körperschaftsstatus nur bei Staatsloyalität?, in: NVwZ 1999, S. 697 (702 f.); *Stefan Magen*, Körperschaftsstatus und Religionsfreiheit: Zur Bedeutung des Art. 137 Abs. 5 WRV im Kontext des Grundgesetzes, S. 132 ff. und öfter; *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 122), S. 278.

Grundrechtliche Freiheit kann ausgeübt werden, muss es aber nicht. Die Chance der öffentlichen Präsentation und Mitsprache muss nicht ergriffen werden, insofern ist der Status der Öffentlichkeit der korporierten Religionsgesellschaften mit der aller Religionsgesellschaften ein wählbarer. Das unterscheidet sie von den politischen Parteien, denen durch Art. 21 Abs. 1 S. 4 GG jedenfalls für ihre finanziellen Verhältnisse ein Status der Öffentlichkeit verpflichtend auferlegt wurde.¹⁴⁵

115

Mit der Körperschaftsqualität ist kein sogenannter öffentlich-rechtlicher Gesamtstatus verbunden.¹⁴⁶ Die Zuordnung aller Handlungen einer korporierten Religionsgesellschaft zum öffentlichen Recht kann schon deswegen nicht richtig sein, weil auch der Staat selbst privatrechtsförmlich handeln kann.

116

Das wirkt sich auch dahingehend aus, dass kritische Äußerungen von Vertretern einer öffentlich-rechtlich organisierten Religionsgemeinschaft über andere Religionsgemeinschaften nicht als öffentlich-rechtliche Handlungen zu werten sind, so dass für die Sprecher der Religionsgesellschaft, etwa für Sektenbeauftragte, erhöhte Sorgfaltspflichten bestünden.¹⁴⁷ Dies verkennt grob die grundrechtliche Deckung des Handelns auch korporierter Religionsgemeinschaften. Sektenbeauftragte der Kirchen haben kein öffentliches Amt im Sinne des Staatshaftungsrechts inne.¹⁴⁸ Die korporierten Religionsgesellschaften außerhalb ihres Handelns aufgrund hoheitlicher Befugnisse strengerem Maßstäben als andere Private, auch als andere Religionsgesellschaften zu unterstellen, führt auch zu einer Unbalanciertheit im öffentlichen Meinungskampf. Wenn in der Öffentlichkeit eine Art

117

¹⁴⁵ Dazu mit weiteren Nachweisen *Martin Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 127), Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 21, Rn. 11 ff.

¹⁴⁶ So auch *Magen*, Religionsfreiheit (o. Fn. 144), S. 126 f.; *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 122), S. 276 f. mit zahlreichen weiteren Nachweisen; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 135), Art. 137 WRV Rn. 85 m.w.N. Anders BVerwGE 68, 62 (65) in Rezeption von *Josef Isensee*, Rechtsschutz gegen Kirchenglocken: Rechtsweg und Rechtsqualifikation bei Nachbarklagen auf Unterlassung kirchlicher Immissionen, in: *Gedächtnisschrift für Léontin Constantinesco*, hg. von Gerhard Lüke/Georg Ress, 1983, S. 301 (314 ff.). Bemerkenswerterweise vertritt *Isensee* selbst nicht die These vom öffentlich-rechtlichen Gesamtstatus, S. 315.

¹⁴⁷ So BGHZ 154, 54 ff.; zustimmend *Heinrich Wilms*, Amtshaftung der Kirchen für Äußerungen ihrer Sektenbeauftragten, in: NJW 2003, S. 2070 (2071 ff.).

¹⁴⁸ Zur detaillierten Kritik an letzterer Entscheidung siehe die Anmerkung von *Dirk Ehlers*, in: JZ 2004, S. 196 ff.; ebenso *Christian Walter*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 94), S. 584 ff.

Konkurrenz zwischen den dort aktiven Akteuren ausgetragen wird, so bedürfen diese der rechtlich gesicherten Chancengleichheit. Wer ohne besondere Rechte agiert, sondern sich wie die Konkurrenten auf die allgemeinen Grundrechte berufen kann, unterliegt auch keinen strengeren Pflichten.¹⁴⁹ Es bleibt also dabei: Die Religionsgesellschaften mit Körperschaftsstatus agieren in der Öffentlichkeit wie die anderen dort auftretenden Privaten.

V. Verfassungstheorie des öffentlichen Wirkens der Religionsgesellschaften

- 118** In diesem abschließenden Abschnitt sollen die faktischen und rechtlichen Befunde über das öffentliche Wirken der Religionsgesellschaften in einen konzeptionellen Rahmen gestellt werden, in dem diese Aktivitäten beurteilt werden können und in dem Funktionen dieses Handelns sichtbar werden.

1. Öffentlichkeit als Medium der gesellschaftlichen (Selbst-)Beobachtung

- 119** Bereits eingangs wurden in phänomenologischem Zugriff einige Qualitäten der Öffentlichkeit benannt (s. o. unter I. 1. b., 2. a.). Dem Zielgebiet des öffentlichen Wirkens: der Öffentlichkeit, soll hier nun weiter nachgegangen werden.¹⁵⁰ „Öffentlichkeit“ ist ein wesentlicher Begriff der Demokratietheorie, der unter den gegebenen Umständen

¹⁴⁹ Völlig verfehlt deswegen auch VGH München, in: NVwZ 1994, S. 787 ff., wo Kritik seitens einer korporierten Religionsgemeinschaft an anderen Religionsgemeinschaften nach dem Modus eines Grundrechtseingriffs geprüft wurde. Bei ihren öffentlichen Äußerungen verfügen korporierte Religionsgesellschaften aber über keine hoheitlichen Befugnisse, ebenso wenig sind sie nach den Regeln des Verwaltungsprivatrechts an die Grundrechte gebunden, weil es sich nicht um die Erfüllung staatlicher Aufgaben handelt.

¹⁵⁰ Aus der unübersehbaren Literatur *Habermas*, Öffentlichkeit (o. Fn. 14), siehe insbesondere auch das Vorwort zur Neuauflage 1990, S. 11 ff.; *Lucian Hölscher*, Öffentlichkeit und Geheimnis – Eine begriffsgeschichtliche Untersuchung zur Entstehung der Öffentlichkeit in der Frühen Neuzeit, 1979; *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992, S. 399 ff.; *Niklas Luhmann*, Die Politik der Gesellschaft, 2000, S. 274 ff.

freilich anders zu verstehen ist als im 18. oder 19. Jahrhundert.¹⁵¹ Es hat eben ein „Strukturwandel der Öffentlichkeit“ stattgefunden,¹⁵² allerdings nicht nur ein Wandel der Öffentlichkeit, sondern auch der Gesellschaft. Die Öffentlichkeit ist keineswegs mehr allein auf die Politik bezogen, vielmehr nimmt sie auch die verschiedensten gesellschaftlichen Sphären in den Blick, die Wirtschaft, den Sport, die verschiedenen Kunstbereiche oder auch die Religion.

Die gegenwärtige Situation der Öffentlichkeit ist durch eine erhebliche Veränderung ihrer Infrastruktur gekennzeichnet. Die Zahl der Medien, insbesondere der Rundfunk- und Fernsehsender, hat sich multipliziert, es gibt eine unübersehbar gewordene Anzahl von Zeitschriften, die die verschiedensten Interessen ansprechen. Damit haben sich die Möglichkeiten der öffentlichen Artikulation wesentlich verbessert. Wer sich öffentlich äußern will, dem gelingt das auch. Dies ist nicht zuletzt dem Internet zu verdanken. Jeder, der es möchte, kann sich über das Internet an eine unbestimmte Vielzahl von anderen wenden, z. B. einen „weblog“ in das Netz setzen. Ob er Aufmerksamkeit findet, ist eine andere Frage, aber die tatsächliche Freiheit des Sendens ist unbegrenzt gegeben. Dies schafft zum einen Probleme der Unübersichtlichkeit, damit zusammen hängt zum anderen die Gefahr, dass es getrennte Kommunikationszirkel gibt, die voneinander nichts mehr wissen oder – noch schlimmer – nichts mehr wissen wollen: Kreise können sich von abweichenden Auffassungen und diese stützenden Informationen fernhalten und kommunikativ unter sich bleiben. Solche geschlossenen Kreisläufe der Binnenkommunikation laufen das Risiko des Realitätsverlustes, ohne dies notwendigerweise selbst wahrzunehmen.

Kennzeichnend für die gegenwärtige Form von Öffentlichkeit ist eine Vielfalt der Teilnehmer und auch der Mannigfaltigkeit der Themen. Dieser Pluralismus stellt einen entscheidenden Zug der Öffentlichkeit dar, man kann von einem konstitutiven Zusammenhang von Pluralismus und Öffentlichkeit sprechen. „Pluralismus“ ist dabei nicht nur eine deskriptive Kategorie, vielmehr wird die Vorstellung einer pluralistischen Gesellschaft auch normativ aufgeladen. Der Pluralismusvorstellung liegt die Erkenntnis zugrunde, dass die faktische gesellschaftliche Mannigfaltigkeit nicht aufzuheben ist und dass sie das Resultat der grundrechtlichen Absicherung der individuellen

¹⁵¹ Siehe dazu *Hölscher*, Öffentlichkeit und Geheimnis (o. Fn. 150), S. 81 ff., 118 ff.

¹⁵² Siehe dazu das Vorwort von *Habermas*, Öffentlichkeit (o. Fn. 14), S. 11 ff.

Lebensführung und der Ausgestaltung der gesellschaftlichen Teilsysteme nach je eigenen Vorstellungen ist. Grundrechtliche Freiheit produziert Unterschiede. Im Konzept des Pluralismus ist mithin auch die verfassungsrechtliche Absicherung mit aufgehoben. Das Aufeinanderstoßen unterschiedlicher Vorstellungswelten in einer differenzierten Gesellschaft führt zu einem dramatischen Verlust an Selbstverständlichkeit. Früher wusste man ohne großes Nachdenken, was gut und was böse war, was richtig war, was als schön galt. Diese Sicherheit ist zerfallen.¹⁵³ Unter diesen Bedingungen der Vielfalt und der Relativität von Geltungsansprüchen entsteht die Notwendigkeit, zu entscheiden, was man für richtig, für gut, für schön hält. Das gilt auch für die Religion. Der Zwang, sich entscheiden zu müssen, wird von *Peter L. Berger* als ein „Zwang zur Häresie“ bezeichnet.¹⁵⁴ Für denjenigen, der über Gewissheiten verfügt, kann sich die Öffentlichkeit, in der man mit völlig konträren Auffassungen konfrontiert wird, als „Raum der Zumutungen“¹⁵⁵ darstellen.

- 122** Die Öffentlichkeit fungiert als Medium der Selbstbeobachtung einer modernen Gesellschaft. In ihr werden viele unterschiedliche Akteure aktiv, die sich wechselseitig beobachten (können). An der Sphäre der Öffentlichkeit teilzuhaben heißt, sich der Beobachtbarkeit auszusetzen. Das gilt, wie gesagt, nicht nur für die Politik, sondern für alle gesellschaftlichen Bereiche. Man kann mit *Niklas Luhmann* (im Anschluss an *Dirk Baecker*)¹⁵⁶ die Öffentlichkeit als Beobachtung der Beobachtung verstehen.¹⁵⁷ Öffentlichkeit ist also die Kommunikationssphäre, in der man beobachtet, wie Akteure andere Akteure beobachten. Für einen Verband bedeutet dies, dass man sich beobachtet weiß (der Beobachtungsbegriff schließt hier Bewertungen durchaus ein) und diese Beobachtungen selbst beobachtet – und darauf

¹⁵³ Zu diesem Aspekt der Öffentlichkeit *Kurt Imhof*, Die Krise der Öffentlichkeit, 2011; zur dadurch ausgelösten Sinnkrise *Peter L. Berger / Thomas Luckmann*, Modernität, Pluralismus und Sinnkrise, Die Orientierung des modernen Menschen, Zum Verlust der Selbstverständlichkeit, und hier insbes. die S. 44 ff.

¹⁵⁴ Siehe *Peter L. Berger*, Der Zwang zur Häresie, Deutsch 1992. Damit ist dasselbe Phänomen beschrieben, das *Taylor* als „Säkularität“ bezeichnet, *Taylor*, Ein säkulares Zeitalter (o. Fn. 1), S. 35.

¹⁵⁵ Diesen Begriff benutzt *Christoph Gusy*, Polizei und private Sicherheitsdienste im öffentlichen Raum – Trennlinien und Berührungspunkte, in: *VerwArch* 92 (2001), S. 344 (350 f.), dort in einem konkreten Sinne des „Öffentlichen Raums“.

¹⁵⁶ Vgl. *Luhmann*, Die Politik der Gesellschaft (o. Fn. 150), S. 284 ff.

¹⁵⁷ Auf die spezifisch systemtheoretische Einkleidung bei *Luhmann* wird eher verzichtet.

reagieren kann. Man kann sich also irritieren lassen durch das, was andere von einem halten. Öffentlichkeit wird somit zu einem Anstoß der Reflexion. Diese Beobachtung der Beobachtung ist natürlich ein Motiv, sich selbst günstig darstellen zu wollen, das heißt, Öffentlichkeitsarbeit zu betreiben. Sie kann aber ebenso Anlass sein, sich abzuschildern und zu versuchen, sich mindestens in Teilbereichen nicht beobachten zu lassen. In dieser Sphäre der Öffentlichkeit können Probleme artikuliert oder auch erörtert werden, was überhaupt ein Problem darstellt. Die „Einstufung als Problem“ ist wertungsabhängig. Ferner kann über Lösungsmöglichkeiten diskutiert und der Versuch unternommen werden, die eigenen Vorschläge durchzusetzen. Dies geschieht nicht zuletzt durch Einflussnahme auf die Politik, Öffentlichkeit ist ein Instrument des Einflusses (nicht der „Macht“) auf die Politik. Öffentlichkeit sucht insofern Zugang zu den Input-Strukturen der demokratischen Politik.

Diese Vorstellungen werden gern normativ überhöht zu einem Begriff der *deliberativen Öffentlichkeit*. Er ist verbunden mit der Hoffnung auf Rationalität durch öffentliche Erörterung, die Idee des „Market Place of Ideas“ wird hier wirksam. Diese Vorstellung darf freilich nicht soziologisch naiv verfochten werden, die Aufgabe lautet zu sehen, wie diese öffentlichen Kommunikationsströme in einer komplexen Gesellschaft realistischerweise wirksam werden können.¹⁵⁸

123

Zu den qualitätssichernden Kriterien soll qua Deliberativität zählen die Zugänglichkeit für alle, die Chancengleichheit der Mitwirkung, die Möglichkeit zur Informiertheit aller Teilnehmer und Ähnliches mehr. Diese Bedingungen zu schaffen ist die Aufgabe der rechtlichen Gewährleistung. Die Kommunikationsgrundrechte und die Gleichbehandlungsgebote zielen auf die Schaffung dieser Voraussetzungen. Für die Einspeisung in die Politik soll etwa das allgemeine und gleiche Wahlrecht sorgen.

124

Die Öffentlichkeit ist nach dieser Vorstellung das Organ, in dem eine Gesellschaft, das heißt ihre verschiedenen Teilbereiche und Akteure, sich aufeinander beziehen, und hiermit eine Koordination ihrer Interessen und Handlungen herstellen, und zwar auch dadurch, dass sie andere beeinflussen und sich selbst beeinflussen lassen.

125

An all diesen Erscheinungen hat auch die *Religion* teil. Der Pluralismus der Religionen und der säkularen Überzeugungen führt zu

126

¹⁵⁸ Siehe zu diesem Unterfangen *Habermas*, Faktizität (o. Fn.150), S. 383 ff.

Störungen der für „gewiss“ gehaltenen Annahmen; auch ob man religiös sein will und falls ja in welcher Weise, ist zu wählen.¹⁵⁹ Die Teilnahme an der Öffentlichkeit, zumal der diskursiven, verlangt den Religionsgesellschaften ein nicht unerhebliches Maß an Selbstverleugnung ab: Wiewohl sie sich im Besitz der Wahrheit halten, müssen sie für die öffentliche Diskussion in gewisser Weise diesen Wahrheitsanspruch suspendieren, jedenfalls in dem Sinne, dass man auch anderen Auffassungen das Wort gibt und die diskussionskonstitutive Annahme macht, vom anderen könne man noch etwas lernen. Dass dies höchst voraussetzungsvoll ist, mag daran gesehen werden, dass die Religionsfreiheit auch für andere als die eigene Auffassung erst vom zweiten Vatikanischen Konzil akzeptiert wurde, vorher hieß es, es gebe doch keine Freiheit zum Irrtum.

- 127** Allerdings besteht in einer freiheitlichen Gesellschaft kein Zwang, sich der Öffentlichkeit zu stellen. Es gibt auch die Möglichkeit, sich in einen Kreislauf der Binnenkommunikation zurückzuziehen und die anderen und ihre Auffassung zu negligieren. Mit anderen Auffassungen in religiösen Fragen konfrontiert zu werden, auch mit gar harscher Kritik an der eigenen Religion, stellt eine besondere Zumutung dar (zur rechtlichen Behandlung dieser Problematik s.u. unter 3.). Öffentlichkeit ist ein Lernbereich für Toleranz.
- 128** Der öffentlich praktizierte religiöse Pluralismus stellt aber auch eine Chance für Religionsgesellschaften dar. Sie können sich mit anderen Religionsgesellschaften verbünden, um die Sache der Religion zu befördern. Dies kann etwa nützlich sein für die Verteidigung und Betonung von Sinnbezügen außerhalb eines rationalen Weltbildes, für die Sicherung der Ausdrucksmöglichkeit in religiösen Sprachbildern und Symbolen oder den Erhalt von religiösen Feiertagen. Auch ist es wahrscheinlich, dass es gemeinsame Wertvorstellungen gibt, die man artikulieren kann und für die man eintreten kann.

2. Religionsgesellschaft als Verband unter Verbänden

- 129** Wie ist Stellung der Religionsgesellschaften in einer so strukturierten und wie bereits beschrieben verstandenen Öffentlichkeit zu sehen? Gibt es Besonderheiten, die sie inkommensurabel mit anderen Verbänden machen? Ausgangspunkt ist die *gleiche rechtliche Grundlage* für alle Aktiven in der Öffentlichkeit, nämlich die Grundrechte.

¹⁵⁹ Siehe nochmals *Berger*, Zwang (o. Fn. 154).

Dies gilt vor allem für Art. 5 Abs. 1 und Art. 8 GG, organisatorisch sind Art. 9 Abs. 1 GG oder Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV einschlägig. Die Öffentlichkeit ist ein Raum gleichberechtigter Mitwirkung, wenngleich nicht notwendigerweise faktisch gleicher Chancen. Die rechtliche Gleichheit wird verzerrt von unterschiedlichen finanziellen, organisatorischen und auch reputativen Ressourcen. Der Körperschaftsstatus von Religionsgesellschaften ändert nichts wesentlich, zumal dann nicht, wenn man mittlerweile diese Rechtsform als grundrechtlich fundiert versteht (s. o. unter IV. 6.).

Die Motive zur Teilnahme an der Öffentlichkeit decken sich zu guten Teilen (s. o. unter II. 3.). Die verschiedensten Organisationen haben ganz ähnliche Interessen, sich mit eigenen Vorstellungen in der Öffentlichkeit zu präsentieren. Allerdings: Das Selbstverständnis der Religionsgesellschaften ist ein deutlich anderes als das der sonstigen Verbände, es gibt eine spezifisch religiöse Motivation, die eigenen Gehalte in die Öffentlichkeit einzubringen (s. o. unter II. 2.). Diese Vorstellung von der eigenen Aufgabe ist indes für die Stellung in der Öffentlichkeit grundsätzlich nicht entscheidend. Im Verhältnis zu anderen Organisationen, die einem anderen Selbstverständnis anhängen, kann das Selbstverständnis nicht maßgebend sein. Denn welches Selbstverständnis sollte ausschlaggebend sein?¹⁶⁰ Die wechselseitige Einforderung der Beachtung unterschiedlicher Selbstverständnisse relativiert sich gegenseitig.

Eine andere Begründung für eine Besonderheit der Kirche als Verband wird von *Wolfgang Huber* gegeben;¹⁶¹ die Kirchen seien die einzigen großen Organisationen

„die nicht unmittelbar in den Prozess gesellschaftlicher Produktion, Reproduktion und Erhaltung eingebunden sind; sie unterstehen deshalb auch nicht vollständig dem permanenten Zwang zur Legitimation durch Leistung, der für alle anderen großen Organisationen der Industriegesellschaft charakteristisch ist [...] deswegen enthalten die Kirchen als gesellschaftliche Organisationen ein Potential zur Emanzipation von den Zwängen dieser Gesellschaft“.

Dies ist ein interessanter Gesichtspunkt, aber es ist durchaus fraglich, ob diese These stimmt. In jüngerer Zeit haben sich nämlich Nichtregierungsorganisationen mit ideeller Zielsetzung herausgebildet, die stark auf die Öffentlichkeit zielen und auch tatsächlich öf-

¹⁶⁰ Zur sehr begrenzten oder gar fehlenden Bedeutsamkeit eines Selbstverständnisses bei Kollisionen mit anderen *Martin Morlok*, Selbstverständnis (o. Fn. 107), S. 327 ff., 424 ff.

¹⁶¹ *Huber*, Kirche und Öffentlichkeit (o. Fn. 26), S. 635 f.

fentlich wirksam sind, man denke an Greenpeace, Amnesty International und ähnliche Organisationen. Diese nichtkommerziellen Organisationen leben ebenfalls nicht von ihren Beiträgen zum gesellschaftlichen Reproduktionsprozess, sondern legitimieren sich durch ihren Beitrag zur öffentlichen Debatte, sie fordern die Verwirklichung von Werten und sind damit auch kritisierbar wegen einer (beobachteten) Differenz von Anspruch und tatsächlichem eigenen Handeln. Diese idealistischen Verbände sind in dieser Hinsicht besonders vulnerabel. Ähnliches gilt auch für Vereinigungen im Bereich der Kultur. Die von *W. Huber* genannte Eigenschaft ist damit keine Besonderheit der Kirchen.¹⁶²

- 132** Damit ist das Ergebnis klar: In ihrem öffentlichen Handeln sind die Kirchen und die sonstigen Religionsgesellschaften gesellschaftliche Verbände neben den anderen Verbänden.¹⁶³ Die Religionsgesellschaften können also weder rechtlich erhebliche Besonderheiten für sich ins Feld führen, noch können sie von vornherein ihre besonderen Inhalte, ihre Botschaft – christlich die „Frohe Botschaft“ – als Grund für eine Sonderstellung behaupten, weil die Übernahme dieser Kommunikationsinhalte erst das Ergebnis der Teilhabe an der öffentlichen Diskussion sein kann und nicht ihre Voraussetzung. Diese Relativierung der eigenen Position muss nicht eine Abwertung der eigenen Glaubensinhalte bedeuten, sie ist aber die realistischerweise gezogene Konsequenz aus den faktischen wie rechtlichen Bedingungen ihres öffentlichen Wirkens.

3. Die Passivseite des öffentlichen Wirkens: Schutz vor Religionsbeschimpfung?

- 133** Das öffentliche Wirken hat zwei Seiten: diejenige des Senders und diejenige des Empfängers. Bisher wurde nur die Senderseite in den Blick genommen. In jüngerer Zeit sind nun wiederholt Forderungen

¹⁶² *Huber*, ebd., S. 636 ff. hat offensichtlich diese säkularen idealistischen Organisationen nicht im Blick.

¹⁶³ So *Huber*, ebd., S. 639. Zur umfänglichen Begründung dieser Konzeption *Ernst Gottfried Mahrenholz*, *Die Kirchen in der Gesellschaft der Bundesrepublik*, 1969; *Klaus G. Meyer-Teschendorf*, *Staat und Kirche im pluralistischen Gemeinwesen – verfassungstheoretische Vorverständnisse von Staat, Kirche und Gesellschaft in der staatskirchenrechtlichen Diskussion der Gegenwart*, 1979, passim, insbes. aber etwa S. 59 f. „Die Kirche ist Verband unter Verbänden“, oder S. 83 ff.: „Die Kirche als Kirche in einem ‚offenen‘ Verbandswesen“.

nach der Strafbarkeit der Blasphemie oder jedenfalls der Religionsbeschimpfung laut geworden.¹⁶⁴ Dies hat die Diskussion um die Notwendigkeit, Möglichkeit und auch rechtliche Gebotenheit eines Schutzes vor Beschimpfung der Religion belebt.¹⁶⁵

Das geltende Recht kennt in Art. 144 Abs. 2 BayVerf. einen solchen Schutz: „Jede öffentliche Verächtlichmachung der Religion, ihrer Einrichtungen, der Geistigen und Ordensleute in ihrer Eigenschaft als Religionsdienst ist verboten und strafbar“. Eine Strafvorschrift kennt das StGB in § 166, im Verbot der Bekenntnisbeschimpfung.¹⁶⁶ Diese Norm schützt aber nicht die Religion selbst oder ihre Anhänger, sondern den öffentlichen Frieden. Dieser Straftatbestand spielt praktisch so gut wie keine Rolle, auch wegen des Problems, die Störung des öffentlichen Friedens dem „Beschimpfer“ zuzurechnen.¹⁶⁷

Eine Ausweitung der Strafbarkeit stößt allerdings auf verschiedene Schwierigkeiten. Zunächst bedarf es dafür eines akzeptablen Schutzgutes. Religiöse Wahrheiten können ein solches nicht bieten, da der säkulare Staat und sein Recht keine religiösen Wahrheiten kennen. Der Schutz der Religionsfreiheit im Sinne einer grundrechtlich gebotenen Schutzpflicht ist kaum geeignet, eine Strafbarkeit zu begründen, weil die Verspottung einer religiösen Überzeugung oder die Beschimpfung eines Glaubens den Anhängern dieses Glaubens das Festhalten an diesem und die Praktizierung dieses Glaubens nicht unmöglich macht. Der Schutz religiöser Gefühle ist so gut wie nicht messbar, auch wird wohl eine Mindestintensität der Beeinträchtigung zu verlangen sein. Vor allen Dingen aber ist nicht zu begründen, weshalb religiöse Gefühle schutzwürdiger sein sollen als andere Gefühle. Die Beschimpfung meines Lieblingsschriftstellers schmerzt mich und der Spott der Anhänger von Borussia Dortmund über den FC Schalke 04 kann die überzeugten Anhänger dieses Vereins, die sogar in Bettwäsche mit den Farben ihres Vereins schlafen,

¹⁶⁴ Siehe beispielsweise *Martin Mosebach*, Vom Wert des Verbieters, in: *Berliner Zeitung* vom 18. 6. 2012; *Robert Spaemann*, Beleidigung Gottes oder der Gläubigen?, in: *FAZ* vom 26. 7. 2012, S. 33.

¹⁶⁵ Siehe hierzu etwa *Josef Isensee* (Hg.), *Religionsbeschimpfung – der rechtliche Schutz des Heiligen*, 2007.

¹⁶⁶ *Henning Radtke*, → § 75, Rn. 12–34.

¹⁶⁷ Siehe dazu und zu weiteren Gesichtspunkten *Tatjana Hörnle*, Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB): Aufheben oder Ausweiten?, in: *JZ* 2015, S. 293 ff.; *dies.*: Strafbarkeit antiislamischer Propaganda als Bekenntnisbeschimpfung, in: *NJW* 2012, S. 3415 ff.

auch schwer treffen.¹⁶⁸ Wollte man mit dem Schutz von Gefühlen anfangen, so gäbe es kein Ende. Auch sollte das staatliche Recht keine Prämie auf „Beleidigtsein“ geben.

- 136** Vor allen Dingen sind aber die Grundrechte in den Blick zu nehmen. Die Strafbarkeit von Äußerungen beeinträchtigt das in Anspruch genommene Kommunikationsgrundrecht, sei es aus Art. 5 Abs. 1 GG oder aus Art. 5 Abs. 3 GG. Diese Grundrechte haben, wie bekannt, erheblichen Rang wegen ihrer Bedeutung für eine freiheitliche Demokratie. Der Preis der eigenen Freiheit, auch der eigenen Religionsfreiheit, der zu entrichten ist, ist die Hinnahme anderer Auffassungen einschließlich der Verspottung und auch Beschimpfung. Die Kommunikationsgrundrechte schaffen nicht nur einen Raum der Freiheit, sondern auch einen Raum der Zumutungen, zumal in einer heterogenen Gesellschaft. Ein rechtlicher Schutz über das bestehende Maß hinaus ist deswegen aus Gründen der Praktikabilität eines solchen Schutzes wie insbesondere auch aus Grundrechtsgründen abzulehnen.¹⁶⁹

4. Der spezifische Beitrag der Religionen zur öffentlichen Meinungsbildung

- 137** Wenn man sich für die Rolle der Religionsgesellschaften an der öffentlichen Diskussion interessiert, so muss man auch nach der Spezifik des Beitrags der Religion fragen. Dabei kann nicht vorausgesetzt werden, die Religion oder eine bestimmte Religion habe die Wahrheit in ihrem festen Besitz und ihr Beitrag zur Öffentlichkeit liege darin, alle daran teilhaben zu lassen. Für den neutralen Staat und sein Recht gibt es keine solche Wahrheit, jedenfalls kann eine solche mit ihren Mitteln nicht identifiziert werden.
- 138** Im Blick auf die Grundrechte ist unstreitig, dass die Religionsgesellschaften öffentlich mitreden dürfen, dass auch religiöse Inhalte in die öffentliche Diskussion eingebracht werden dürfen. Kommunikationen missionarischer Absicht gehören fraglos auch dazu, stellen ein

¹⁶⁸ Zu religionsähnlichen Eigenschaften der Fußballkultur siehe etwa *Marco Nadler*, *Fußball & Religion: Eine dokumentarische Bestandsaufnahme*, 2008.

¹⁶⁹ Siehe auch *Barbara Rox*, *Schutz religiöser Gefühle im freiheitlichen Verfassungsstaat*, 2012. Zu den Besonderheiten kleiner Religionsgemeinschaften *Nuria Schaub*, *Der Schutz kleiner Glaubensgemeinschaften vor staatlicher und privater Diskriminierung*, 2008.

legitimes Partikularziel dar, dass aber als solches nicht für alle wichtig erscheint: Man muss schon missioniert sein, um Mission für wertvoll zu halten. Interessanter sind andere Beiträge aus der Religion zu den verschiedensten Fragen, die die Gesellschaft bewegen. Aus Glaubenssicht sind die eigenen Beiträge dafür wichtig, Religion solle nicht Privatsache sein, Religion solle vielmehr eine öffentliche Größe sein.¹⁷⁰ Religionen können wichtige Beiträge zu moralischen Fragen liefern. Diese stellen sich permanent, in der Politik wie in den verschiedenen gesellschaftlichen Lebensbereichen müssen laufend moralische Urteile getroffen werden, muss über „Gut“ und „Böse“ befunden werden. Hierfür kann der religiöse Fundus aktiviert und aktualisiert werden. Moralische Argumentationen sind oft in religiösen Bildern und Symbolen als lang akkumulierter Erfahrungsschatz gespeichert. Weiter stellt Religion menschliche Grenzerfahrungen, Krankheit, Tod, alltägliches Versagen, Zurückbleiben hinter den Notwendigkeiten oder auch eigenen Möglichkeiten in Sinnbezüge, und zwar auch dort, wo positives Wissen fehlt. Die Defizite unserer Wissensbestände können durch den Rückgriff auf solche Quellen reduziert werden oder völlig beseitigt werden. Der Religionen eigene Jenseitsbezug kann gegen totalitäre Vereinnahmung durch staatliche Herrschaft immunisieren, die von den Religionen gepflegte lange Sicht hilft gegen Verengungen auf aktuelle Lagen und die darauf fokussierte Optik. Kurzum, die religiöse Überlieferung vermittelt lange Erfahrungen mit der menschlichen Existenz, die nicht aus der Erörterung der aktuellen Probleme ausgeschlossen werden sollten.

In besonderer Weise gilt dies auch für die Grundlagen des gesellschaftlichen und staatlich organisierten Zusammenlebens. Nimmt man das sogenannte *Böckenförde*-Theorem¹⁷¹ ernst, so sind es eben – unter anderen – auch religiöse Fundierungen gesellschaftlicher Solidarität, Anerkennung des anderen als gleichberechtigt und mit Freiheit ausgestattet, die diese Voraussetzungen hervorbringen können.¹⁷² Tatsächlich wird Mitmenschlichkeit und auch Widerstand gegen politische Unterdrückung immer wieder auch aus religiösen Quellen gespeist.

139

¹⁷⁰ Wolfgang Huber, Auftrag und Freiheit der Kirche (o. Fn. 43), S. 11 (25); siehe auch oben II. 2. a.

¹⁷¹ Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation (o. Fn. 47), S. 42 (62).

¹⁷² In diesem Sinne etwa Bedford-Strohm, Geschenkte Freiheit (o. Fn. 47), S. 248 ff.

- 140** Die Beiträge der Religion¹⁷³ zu der öffentlichen Diskussion – eingebracht nicht zuletzt über die Religionsgesellschaften – können, dürfen und müssen wegen ihres besonderen Gehalts in der Sprache der Religion formuliert sein. Das kann ein Verständigungsproblem aufwerfen, denn nicht jeder versteht die Sprache der Religion bzw. religiös kodierte Inhalte. Deswegen sind Übersetzungsleistungen notwendig. Diese dürfen aber nicht einseitig den Vertretern der Religion aufgebürdet werden. Die religiösen wie die nichtreligiösen Teilnehmer des öffentlichen Diskurses haben sich zu bemühen, die andere Seite zu verstehen. Die in die Öffentlichkeit eingebrachten religiösen Gehalte sind darauf zu befragen, ob sie in nichtreligiöse Argumente übersetzt werden können. Aber auch dort, wo dies nicht möglich ist, können die religiösen Beiträge in ihrer Gestalt überzeugend wirken.¹⁷⁴
- 141** Diese besonderen Qualitäten der Beiträge der Religionsgesellschaften für die öffentliche Diskussion sind unverzichtbar, will eine Gesellschaft ihr aus verschiedenen Quellen und in unterschiedlicher Weise formuliertes Wissen aktivieren und für die Erörterung ihrer Probleme heranziehen.

¹⁷³ Spezifisch religiös kodierte Erfahrungen und Werthaltungen betonte wiederholt Jürgen Habermas, siehe: *Jürgen Habermas*, Glauben und Wissen, 2001; *ders./Josef Ratzinger*, Dialektik der Säkularisierung – Über Vernunft und Religion, 2005.

¹⁷⁴ *Habermas*, Glaube und Wissen (o. Fn. 173), S. 36. Zur Frage, ob religiös kodierte Inhalte in die öffentliche, zumal politische Diskussion eingebracht werden dürfen oder ob sie in eine allen zugänglichen Sprache übersetzt werden sollen, siehe die Kontroverse: *Hans Michael Heinig*, Verschärfung der oder Abschied von der Neutralität? Zwei verfehlte Alternativen in der Debatte um den herkömmlichen Grundsatz religiös-weltanschaulicher Neutralität, in: JZ 2009, S. 1136 (1138 f.); *Stefan Huster*, Neutralität ohne Inhalt?, in: JZ 2010, S. 354 (356) und nochmals *Hans Michael Heinig*, Verschleierte Neutralität, in: JZ 2010, S. 357 (359 f.).

§ 36

Verbindungsstellen zwischen Staat und evangelischen Kirchen

Von Joachim Gaertner † und Katrin Hatzinger

I. Die Institutionalisierung der Verbindung von Staat und Kirche	1–11
II. Der Auftrag des Bevollmächtigten des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland	12–23
III. Die Einbeziehung der Europäischen Ebene	24–41
IV. Die Länderbüros	42–44

I. Die Institutionalisierung der Verbindung von Staat und Kirche

„Da die Kirchen und Religionsgemeinschaften die gleichen Bürger als die Gemeinde der Gläubigen versammeln, die als Staatsbürger den Staat mit bestimmen“¹, Regierung und Kirchen sowie Religionsgemeinschaften es also mit denselben Menschen zu tun haben², und es zudem in unserer religionsverfassungsrechtlichen Ordnung Angelegenheiten gibt, die „in einer primären Zweckbeziehung sowohl zum Staat wie zur Kirche stehen“³, können beide Seiten nicht beziehungslos nebeneinander existieren, sondern sind auf Zusammenarbeit angewiesen. Es kommt hinzu, dass die Kirchen den Anspruch erheben, „zu öffentlichen, auch politischen Angelegenheiten auf der Grundlage ihres Bekenntnisses Stellung zu nehmen“⁴ – ein Anspruch, der von

1

¹ Axel Freiherr von Campenhausen / Heinrich de Wall, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 2 f.

² So auch Heinrich Grüber, Erinnerungen aus sieben Jahrzehnten, 1968, S. 290 f.

³ von Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 196.

⁴ Heinrich de Wall / Stefan Muckel, Kirchenrecht, 3. Aufl. 2012, § 44, Rn. 5.

staatlicher Seite anerkannt und auch begrüßt wird. So wird beispielsweise in der Präambel zum Niedersächsischen Kirchenvertrag vom 19. 3. 1955 auf den Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen ausdrücklich Bezug genommen.

- 2 Allerdings bedurfte es vermutlich erst der Erfahrungen mit der NS-Herrschaft des Dritten Reiches, um die evangelische Kirche zu veranlassen, ihre öffentliche Verantwortung auch mit Hilfe institutionalisierter Verbindungsstellen wahrzunehmen. Öffentliche kirchliche Verantwortung hatte sich bereits in der Zeit des NS-Staates in der Theologischen Erklärung der Bekenntnissynode vom Mai 1934 artikuliert, in deren fünfter These die Bekenntende Kirche das Gegenüber von Kirche und Staat betonte und sich dagegen wandte, vom NS-Staat „zu einem Organ des Staates“ gemacht zu werden.
- 3 Die Notwendigkeit, öffentliche Verantwortung wahrzunehmen, ergab sich dann in der unmittelbaren Nachkriegszeit gleich in mehrfacher Weise. Die Kirchen waren auf deutscher Seite „im Vakuum der unmittelbaren Nachkriegszeit [...] die einzigen relativ intakten gesellschaftlichen Ordnungsmächte“⁵. Ihnen wuchs damit praktisch automatisch die Rolle zu, gegenüber den Besatzungsmächten, die am 5. 6. 1945 in der sog. Berliner Erklärung die oberste Regierungsgewalt in Deutschland übernommen hatten, als Sprecher des deutschen Volkes aufzutreten und dabei vor allem die materielle Not der deutschen Bevölkerung zur Sprache zu bringen.⁶ Als Beispiel für diese Form der Wahrnehmung des kirchlichen Öffentlichkeitsauftrags sei ein Schreiben des Rates der EKD an die Interalliierte Kontrollkommission vom 3. 11. 1945 genannt, in dem nicht nur „die große Not“ der deutschen Bevölkerung beklagt, sondern auch bestimmte Verhaltensweisen der Besatzungstruppen deutlich kritisiert wurden.⁷ Daneben appellierten die zuständigen Gremien der EKD aber auch an die evangelischen Christen, „in der Tiefe der Not“ im Zuge der politischen Neuordnung

⁵ *Christoph Link*, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, 2. Aufl. 2010, § 31, Rn. 1.

⁶ Vgl. *Wolf-Dieter Hauschild*, *Der Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland als Vertretung des deutschen Protestantismus in der Nachkriegszeit*, in: *Die Protokolle des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland*, Bd. 1: 1945/46, bearbeitet von Carsten Nicolaisen und Nora Andrea Schulze, 1995, S. IX f.

⁷ Abgedruckt bei *Friedrich Merzyn* (Hg.), *Kundgebungen, Worte und Erklärungen der Evangelischen Kirche in Deutschland*, Bd. I, 2. Aufl. 1993, S. 15 ff.

öffentliche Verantwortung zu übernehmen und sich für Ämter zur Verfügung zu stellen.⁸

In der Übergangszeit bis zum Wiedererstehen deutscher Staatlichkeit in Gestalt der Gründung der beiden deutschen Staaten Bundesrepublik Deutschland und Deutsche Demokratische Republik hatte der Rat der EKD die Vertretung der evangelischen Kirche gegenüber den Besatzungsmächten übernommen. Daher war es auch nur konsequent, dass Landesbischof *Theophil Wurm*, nachdem eine Kirchenversammlung in Treysa Ende August 1945 den Rat der EKD als Vertretungsorgan der Evangelischen Kirche in Deutschland gewählt und ihn zum Vorsitzenden des Rates berufen hatte, das am 10.10.1945 dem Alliierten Kontrollrat anzeigte. *Wurm* legte in seinem Schreiben dar, dass die einzelnen „Landeskirchenregierungen“ „für Verhandlungen der alliierten Besatzungsmächte über rechtliche und finanzielle Angelegenheiten der Landeskirchen [...] zuständig“ seien, dass jedoch „in Fragen grundsätzlicher Art, die die gesamte Evangelische Kirche berühren“, er als Vorsitzender des Rates der EKD der zuständige Ansprechpartner für die Alliierten sei.⁹

Während der Verhandlungen des Parlamentarischen Rates über die Verfassung der künftigen Bundesrepublik Deutschland wurde dem Rat der EKD dann angesichts der zutage tretenden Schwierigkeiten, verlässliche Informationen zu erhalten, sehr deutlich die Notwendigkeit bewusst, einen „von der Politik respektierten Repräsentanten der EKD in Bonn“ zu haben.¹⁰ Der hannoversche Landesbischof *D. Dr. Hanns Lilje* verlieh dem Ausdruck, als er in der Sitzung der Kirchenkonferenz vom 3.5.1949 in Hamburg „die Notwendigkeit einer ständigen Fühlungnahme der Kirche mit den Politikern“ betonte.¹¹ Damit wurde ein Amt in Aussicht genommen, das in der Grund-

⁸ Vgl. Wort der Kirchenkonferenz der Evangelischen Kirche in Deutschland an die Gemeinden Treysa – August 1945, abgedruckt bei *Merzyn*, Kundgebungen (o. Fn. 7), S. 6 f.; vgl. auch Kundgebung der Kirchenkonferenz der EKD zur Verantwortung der Kirche für das öffentliche Leben, Treysa – August 1945 und Wort des Rates der EKD „An die evangelische Pfarrerschaft Deutschlands“ vom 25.1.1947, abgedruckt bei *Merzyn*, Kundgebungen (o. Fn. 7), S. 3 f. und 48 f.

⁹ Vgl. in: Die Protokolle des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland, Bd. 1: 1945/46 (o. Fn. 6), S. 15 f.

¹⁰ Vgl. *Karl-Heinz Fix*, Einleitung, in: Die Protokolle des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland, Bd. 3: 1949, bearbeitet von dems., 2006, S. 7 (24 f.).

¹¹ Vgl. in: Die Protokolle des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland, Bd. 3: 1949 (o. Fn. 10), S. 454 (455).

ordnung der EKD nicht ausdrücklich vorgesehen war¹² und auch heute noch nur indirekt in Art. 31 Abs. 2 Nr. 8 der Grundordnung der EKD vorgesehen ist¹³.

- 6 Dem Inhaber dieses Amtes musste nicht nur die Aufgabe zufallen, den Rat der EKD mit verlässlichen Informationen aus dem politischen Raum zu versorgen und entsprechende Kontakte zu knüpfen. Vielmehr war und ist es gerade in einer Kirche, die durch eine große Pluralität der Meinungen geprägt ist, wichtig, jemand am Ort des politischen Geschehens zu haben, der verbindlich Auskunft darüber geben kann, welche Auffassung nun die auf der kirchlichen Seite maßgebliche ist. Denn wenn der Rat der EKD auch dazu da ist, wie es Bischof *Otto Dibelius* in seinen Lebenserinnerungen formuliert hat, „die großen kirchlichen Gegensätze in seiner Mitte“ auszutragen¹⁴, so wird man, wenn man sich als gesellschaftliche Institution am öffentlichen Diskurs beteiligen will, nur ernst genommen, wenn am Ende dieses Austragungsprozesses ein Meinungsbild steht, das für die Institution dann auch verbindlich ist.
- 7 Das war besonders in den 50er Jahren des vergangenen Jahrhunderts vonnöten, als die EKD nicht mehr nur mit der Situation konfrontiert war, dass sich ihre Gliedkirchen in zwei unterschiedlichen Staaten befanden, sondern dass auch „die Systemgegensätze“ zwischen beiden Staaten „zusehends größer“ wurden.¹⁵
- 8 Zudem verstärkte sich die Diskussion über eine Wiederbewaffnung Deutschlands und die Einführung einer allgemeinen Wehrpflicht in der Bundesrepublik. In der EKD prallten Gegner wie Befürworter einer Wiederbewaffnung aufeinander, so dass zeitweise sogar die Gefahr einer „konfessionellen Spaltung“ bestand.¹⁶
- 9 Während in der 8. Sitzung des Rates der EKD vom 11./12. 10. 1949 laut der Niederschrift noch ganz grundsätzlich darüber beraten wur-

¹² Vgl. *Grüber*, Erinnerungen aus sieben Jahrzehnten (o. Fn. 2), S. 289 f.

¹³ Vgl. *Herbert Claessen*, Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland. Kommentar und Geschichte, hg. von Burkhard Guntau, 2007, S. 374 und 508.

¹⁴ Vgl. *Otto Dibelius*, Ein Christ ist immer im Dienst. Erlebnisse und Erinnerungen in einer Zeitenwende, 2. Aufl. 1963, S. 268.

¹⁵ Vgl. *Anke Silomon*, Einleitung, in: Die Protokolle des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland, Bd. 4: 1950, bearbeitet von ders., 2007, S. 7 (15).

¹⁶ Vgl. *Dagmar Pöpping*, Einleitung, in: Die Protokolle des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland, Bd. 5: 1951, bearbeitet von ders., 2005, S. 7 (10).

de, „ob und in welcher Form eine Verbindung der Leitung der EKD mit den leitenden Gremien der Deutschen Bundesrepublik geschaffen werden“ solle und ob und in welcher Form eine solche zwischen den Amtsstellen der EKD und den Verwaltungsstellen der deutschen Bundesrepublik geschaffen werden solle und „Landesbischof *D. Dr. Lilje* und Präsident *Brunotte* beauftragt“ wurden, „mit Superintendent *Kunst* zu klären, ob er zur Annahme eines befristeten Auftrages bereit sein würde“¹⁷, wurde bereits in der 9. Sitzung des Rates der EKD am 29./30. 11. 1949 eine Beauftragung des damaligen „Superintendenten *Kunst* in Herford als Bevollmächtigten des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland am Sitz der westdeutschen Bundesregierung in Aussicht“ genommen¹⁸. Der Superintendent *Hermann Kunst* war dem Rat der EKD kein Unbekannter, war *Kunst* doch bereits seit 1945 Mitglied der westfälischen Kirchenleitung und dortiger Ausbildungsreferent. Der Rat der EKD hatte ihn auch bereits im April 1948 als Vertreter der EKD in die Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen in Deutschland entsandt.¹⁹

Nahezu parallel erteilte der Rat im November 1949 dem Berliner Propst *D. Heinrich Grüber* einen „entsprechenden Auftrag für Unterhandlungen mit der Regierung der Deutschen Demokratischen Republik“.²⁰ Diese Parallelität war dem Umstand geschuldet, dass die EKD als gesamtdeutsche Institution mit dem Anspruch, die evangelischen Christen in der Bundesrepublik und in der DDR zu vertreten, „die einzige Großorganisation in Deutschland“ war, „die in einem rechtlich geordneten, beide Teile Deutschlands umfassenden Verband lebte und eine Vielzahl gemeinsamer Aufgaben für die Gliedkirchen in der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik wahrnahm“.²¹ Wollte man diesem Umstand gerecht werden, musste man – allein schon um des Öffentlichkeitsauftrags

10

¹⁷ Vgl. *Fix*, Einleitung (o. Fn. 10), S. 337 f.

¹⁸ Vgl. in: Die Protokolle des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland, Bd. 3: 1949 (o. Fn. 10), S. 393.

¹⁹ Vgl. in: Die Protokolle des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland, Bd. 2: 1947/48, bearbeitet von Carsten Nicolaisen / Nora Andrea Schulze, 1997, S. 455.

²⁰ Vgl. Niederschrift über die 9. Sitzung des Rates der EKD, abgedruckt in: Die Protokolle des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland, Bd. 3: 1949 (o. Fn. 10), S. 392 ff. (393).

²¹ *Hermann E. J. Kalinna*, Verbindungsstellen zwischen Staat und Kirchen im Bereich der evangelischen Kirche, in: HSKR², Bd. II, 1995, S. 181 (182 f.).

der Kirchen willen – „Beziehungen zu den beiden faktisch vorhandenen Staaten [...] unterhalten.“²²

- 11 Im Unterschied zu der Situation in Bonn, wo sich sehr schnell ein gutes und vertrauensvolles Verhältnis zwischen Regierung und Parlament auf der einen Seite und dem Bevollmächtigten des Rates der EKD auf der anderen Seite entwickelte, litt jedoch das Verhältnis zwischen Propst *Grüber* und den Organen der DDR von vornherein daran, dass die Regierung der DDR ein gesamtdeutsches Organ wie den Rat der EKD nicht akzeptieren wollte, sondern als Fernziel die Abtrennung der evangelischen Landeskirchen auf dem Gebiet der DDR von der übrigen EKD im Auge hatte, was sich allerdings erst im Zuge der neuen Staatsverfassung von 1968 und der Bildung des „Bundes der Evangelischen Kirchen in der DDR“ im Jahre 1969 realisieren ließ. Der Ministerpräsident der DDR, *Otto Grotewohl*, teilte Propst *Grüber* bereits Mitte Mai 1958 in einem Schreiben mit, dass seine Tätigkeit als Bevollmächtigter des Rates der EKD bei der Regierung der DDR „beendet“ sei.²³ Gleichzeitig erklärte die Regierung der DDR, dass sie nicht bereit sei, einen etwaigen Amtsnachfolger zu akzeptieren.²⁴

II. Der Auftrag des Bevollmächtigten des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland

- 12 Sowohl in der vorläufigen Geschäftsordnung, die der damalige Vorsitzende des Rates der EKD, Bischof *D. Dr. Otto Dibelius*, auf Grund einer Ermächtigung des Rates der EKD vom 8.3.1950 erließ, als auch in der späteren „Geschäftsordnung für Prälat *D. Kunst* und Oberkirchenrat *Ranke* in Bonn“ vom 1.10.1954 kommt die für eine kirchliche Verbindungsstelle zum Staat typische Verbindung von diplomatischen Aufgaben mit einem seelsorgerlichen Auftrag zum Ausdruck, die weltlichen Verbindungsbüros naturgemäß fremd ist. Der Auftrag des Bevollmächtigten des Rates der EKD wurde dahin umschrieben und festgelegt, dass ihm neben der „ständigen Fühlungnahme mit den leitenden Stellen der Bundesregierung, dem Bundestag und den evangelischen Abgeordneten“ sowie der Aufgabe, „die Kirchenkanzlei und den Rat der EKD über die politische Lage und

²² *Kalinna*, ebd.

²³ Vgl. *Grüber*, Erinnerungen aus sieben Jahrzehnten (o. Fn. 2), S. 400.

²⁴ Vgl. *Kalinna*, Verbindungsstellen (o. Fn. 21), S. 183.

die leitenden politischen Stellen der Bundesrepublik Deutschland über die grundsätzlichen Auffassungen und aktuellen Anliegen der EKD zu unterrichten“ auch „die Seelsorge an den evangelischen Mitgliedern der Bundesorgane und Bundesdienststellen“ anvertraut ist²⁵. Ähnliche Formulierungen findet man beispielsweise in den Dienstanweisungen der drei evangelischen Landeskirchen auf dem Boden von Nordrhein-Westfalen für ihren gemeinsamen Beauftragten bei Landtag und Landesregierung in Düsseldorf.²⁶

Bei dem auf die „evangelischen Mitglieder der Bundesorgane und Bundesdienststellen“ ausgerichteten pastoralen Dienst handelt es sich kirchenrechtlich um einen Sonderauftrag, der – wie *Hermann E. J. Kalinna* in der Voraufgabe dieses Handbuchs dargelegt hat – die Mitgliedschaft der genannten evangelischen Christen in deren jeweiligen Ortsgemeinden nicht tangieren soll.²⁷ Dieser Sonderauftrag beruht auf der Erkenntnis, dass ein seelsorgerlicher Dienst für einen Personenkreis, der auf Grund seiner politischen Aufgaben oder seiner Nähe zur Politik besonderen beruflichen Herausforderungen gewachsen sein muss, nur von jemand geleistet werden kann, der sich in diesem Bereich gut auskennt und daher um dessen „Chancen und Gefährdungen“ weiß.²⁸ Teil der Seelsorge sind die ökumenischen Morgenandachten an jedem Plenartag des Bundestages, die zum Teil auch von Abgeordneten gehalten werden.

Der diplomatische Auftrag weist demgegenüber Ähnlichkeiten mit den Grundfunktionen einer diplomatischen Mission im weltlichen Bereich auf, wie sie in Art. 3 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen von 1961 zusammengefasst sind. Dort werden nebeneinander ein Vertretungs-, ein Verhandlungs- und ein Informationsauftrag genannt.

Hier kam es darauf an, am Sitz des Bundestages und der Regierungsorgane einerseits verlässliche Informationen zu sammeln und andererseits den Entscheidungsträgern in Bonn die Auffassung des Rates der EKD zu den zur Entscheidung anstehenden Fragen zu

²⁵ Vgl. Anlage zu Punkt 14 des Protokolls der 11. Sitzung des Rates der EKD vom 7./8. März 1950, abgedruckt in: Die Protokolle des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland, Bd. 4: 1950 (o. Fn. 15), S. 99 (109) und S. 121 (121 f.); sowie in: Die Protokolle des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland, Bd. 8: 1954/55, bearbeitet von Karl-Heinz Fix, 2012, S. 360 ff.

²⁶ Eingehender dazu: *Joachim Gaertner*, Im Schnittpunkt von Kirche und Politik: Das Evangelische Büro NRW 1961–2011, in: KuR 2011, S. 264 ff.

²⁷ Vgl. *Kalinna*, Verbindungsstellen (o. Fn. 21), S. 187.

²⁸ Vgl. *Kalinna*, ebd.

übermitteln. Gleichzeitig war es wichtig, Gespräche zwischen Vertretern des Rates der EKD und leitenden Persönlichkeiten aus Legislative und Exekutive anzubahnen und zu begleiten. Auf diesem Wege entwickelte sich eine wechselseitig fruchtbare Beziehung zwischen Staat und Kirche, wozu gewiss auch beitrug, dass sich die jeweiligen Bevollmächtigten regelmäßig bemüht haben, die Kontakte zu den verschiedenen Parteien und Fraktionen möglichst gleichmäßig zu gestalten. Dabei war und ist es im Sinne der Vertrauensbildung wichtig, vertrauliche Vorgänge auch vertraulich zu behandeln und überdies zu respektieren, dass es einen Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung gibt, der selbst der Antwortpflicht der Bundesregierung gegenüber den Fraktionen und einzelnen Mitgliedern des Deutschen Bundestages Grenzen setzt.²⁹

- 16 Die Kommunikationsfunktion des Bevollmächtigten zwischen den Leitungsorganen der EKD und der politischen Welt in Bonn war zunächst auf politische Fragen beschränkt, weil der Rat der EKD die Bearbeitung von „Einzelfragen der Gesetzgebung und Verwaltung“ einem Referenten aus der Kirchenkanzlei der EKD, Herrn Oberkirchenrat *Hansjürg Ranke*, übertragen hatte, der nach Bonn versetzt worden war und dort als Leiter einer Außenstelle der Kirchenkanzlei in enger Abstimmung mit dem Bevollmächtigten des Rates der EKD wirken sollte. Gemäß der am 1.10.1954 vom Rat der EKD beschlossenen Geschäftsordnung sollten sowohl der Bevollmächtigte des Rates der EKD als auch der nach Bonn entsandte *Ranke* „beamtenrechtlich“ der Kirchenkanzlei angehören, wobei allerdings der Bevollmächtigte dienstlich unmittelbar dem Rat der EKD zugeordnet war, während *Ranke* dem Präsidenten der Kirchenkanzlei unterstand.³⁰ Interessant und auffällig an der neuen Geschäftsordnung ist auch, dass die in der vorläufigen Geschäftsordnung vom 8.3.1950 genannte Aufgabe des Bevollmächtigten, neben dem Rat der EKD auch die Kirchenkanzlei „über die politische Lage“ zu unterrichten, nicht mehr genannt wird, woran deutlich wird, dass der Bevollmächtigte es erreicht hatte, dass er dem Rat der EKD unmittelbar zugeordnet ist.³¹

²⁹ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE vom 30.4.2013, BT-Drs. 17/13381, S. 8 f., sowie BVerfGE 124, 161 (188 f.).

³⁰ Vgl. in: Die Protokolle des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland, Bd. 8: 1954/55 (o. Fn. 25), S. 361.

³¹ Vgl. *Kalinna*, Verbindungsstellen (o. Fn. 21), S. 186 f.

Am 1.1.1975 wurden die Außenstelle der Kirchenkanzlei und die Dienststelle des Bevollmächtigten des Rates zusammengeführt bzw. die Außenstelle der Kirchenkanzlei in die Dienststelle des Bevollmächtigten – im Sinne einer Konzentration der Kräfte – eingegliedert, so dass fortan „die kontinuierliche Beobachtung der Gesetzgebung“ neben den pastoralen Aufgaben und der politischen Funktion einen weiteren wichtigen Schwerpunkt der Arbeit der Dienststelle des Bevollmächtigten des Rates der EKD bildet.³²

17

Bei den Interessenschwerpunkten kommt ebenso wie beim pastoralen Auftrag des Bevollmächtigten der besondere Charakter eines kirchlichen Verbindungsbüros zum Ausdruck. Die Kirche engagiert sich nicht nur bei Gesetzesvorhaben, die die Institution Kirche betreffen oder tangieren, wie beispielsweise staatskirchenrechtlichen Fragen, beim Steuerrecht oder Grundstücksrecht.³³ Kirche wird vielmehr in einem weitgespannten Beobachtungsradius tätig, der sich vor allem auf ethische und sozialetische Fragen erstreckt und dem Gemeinwohl verpflichtet ist. Sie ist daher gut beraten, wenn sie darauf achtet, dass eigene institutionelle Interessen, deren Geltendmachung selbstverständlich legitim ist, nicht mehr oder weniger gut verbrämt als Anliegen des Gemeinwohls deklariert werden, denn der Respekt, der kirchlichen Äußerungen entgegengebracht wird, beruht zu einem großen Teil darauf, dass sich die Kirche diesem Gemeinwohl verpflichtet weiß.

18

Eine Denkschrift des Rates der EKD zum Öffentlichkeitsauftrag der Kirche aus dem Jahre 2008 bringt diese Zielrichtung mit den folgenden Worten zum Ausdruck: Wenn die Kirche „sich [...] an der gesellschaftlichen Diskussion beteiligt, hat sie deutlich zu machen, dass sie im Interesse des Gemeinwesens spricht – um auch die, die sich ihr nicht stark verbunden fühlen, als Bündnispartner für ein menschlicheres Miteinander zu gewinnen“.³⁴ Kirche muss es darum gehen, „der Stadt Bestes“ zu suchen, wie es im Buch des Propheten *Jeremia* vorgegeben ist.³⁵ Schwerpunktthemen sind dabei u. a. der Schutz der Menschenwürde, soziale Verantwortung, Ehe- und Familienrecht sowie der Umgang mit unseren ausländischen Mitbürgern.³⁶

19

³² Vgl. *Kalinna*, ebd., S. 186.

³³ Vgl. *Kalinna*, ebd., S. 190.

³⁴ Das rechte Wort zur rechten Zeit. Eine Denkschrift des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland zum Öffentlichkeitsauftrag der Kirche, 2008, S. 41.

³⁵ Jer 29,7; vgl. auch *Kalinna*, Verbindungsstellen (o. Fn. 21), S. 190.

³⁶ Vgl. *Kalinna*, ebd., S. 190.

20 Bei ihren Stellungnahmen zu ethischen und sozialetischen Fragen geht es der Kirche immer auch darum, im Rahmen ihres Öffentlichkeitsauftrags einen Beitrag zur Lösung übergreifender Fragen und zum Zusammenhalt der Gesellschaft zu leisten, womit sich eine Vertretung von lobbyistisch geprägten Partikularinteressen nicht vertragen würde. Ohnehin ist es ein wichtiger Teil des Auftrages einer kirchlichen Verbindungsstelle, im politischen Raum Brücken zu bauen, um die Gesprächsfähigkeit und Gesprächswilligkeit der streitenden politischen Gruppen zu fördern und um dadurch „zur Auflockerung und Überwindung verhärteter Fronten beizutragen“.³⁷ Diese Übernahme von Mitverantwortung für das Gelingen guter Politik kann nur gelingen, wenn sich die Kirche durch engen Kontakt zum politischen Leben Einsicht in relevante politische Vorgänge und damit den erforderlichen Sachverstand verschafft, um derartige Vorgänge sachgemäß beurteilen und – natürlich aus kirchlicher Sicht – bewerten zu können. Hierin besteht eine zentrale Aufgabe des Bevollmächtigten des Rates der EKD.³⁸

21 Bei der Wahrnehmung des kirchlichen Öffentlichkeitsauftrags kann es naturgemäß zu Spannungen mit Eigeninteressen der Kirchen kommen. Wenn die Kirche sich beispielsweise zu Fragen des Gesundheitswesens äußert, wird sie nicht vernachlässigen können, dass sie als Trägerin einer Vielzahl von Krankenhäusern, an deren wirtschaftlicher Sicherung sie verständlicherweise interessiert ist, an diesem Gesundheitswesen selbst als Anbieterin von Leistungen beteiligt ist. Hier gilt es dann, in kirchlichen Äußerungen zur Sache dem Missverständnis zu wehren, die Kirche sei in diesen Fragen nur eine Interessengruppe unter anderen, und deutlich zu machen, dass Kirche nicht für sich selbst da ist, sondern für andere. Christliche Liebestätigkeit ist – wie das Bundesverfassungsgericht es treffend in einer der grundlegenden Entscheidungen zum deutschen Staatskirchenrecht ausgedrückt hat – etwas anderes „als ein sozialer Vorgang, der sich in der Fürsorge für Arme, Elende und Bedürftige aus Mitverantwortung für den Nächsten im Interesse eines friedlichen Zusammenlebens im Staat erschöpft“.³⁹ Christliche Liebestätigkeit ist durch Art. 4 des Grundgesetzes gewährleistete Religionsausübung. Gleichwohl wer-

³⁷ Vgl.: Aufgaben und Grenzen kirchlicher Äußerungen zu gesellschaftlichen Fragen. Eine Denkschrift der Kammer für soziale Ordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland, abgedruckt in: Die Denkschriften der Evangelischen Kirche in Deutschland, Bd. I/1, 1978, Abschnitt 46.

³⁸ So auch *Gaertner*, Im Schnittpunkt von Kirche und Politik (o. Fn. 26), S. 267.

³⁹ BVerfG, B. v. 16. 10. 1968, BVerfGE 24, 236 (248 ff.).

den Kirchen dabei beachten müssen, dass sich auch christliche Liebestätigkeit, wenn sie aus öffentlichen Mitteln mitfinanziert werden soll, in einen allgemeinen gesellschaftlichen Rahmen einordnen muss. Finanzielle Grenzen der öffentlichen Hand und die Interessen anderer Beteiligter dürfen daher nicht außer Betracht bleiben.

Bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe kommt den Kirchen vermutlich zustatten, dass ihre Bevollmächtigten traditionell Pastoren sind.⁴⁰ *Hermann Kalinna* hat das in der Voraufgabe dieses Handbuchs wie folgt auf den Punkt gebracht: „Die Beauftragung des Bevollmächtigten mit einem originär pastoralen Mandat dient nicht nur dazu, ihn persönlich vor dem Versuch einer einseitigen Einflußnahme zu bewahren. Sie ist auch ein Angebot an die Parteien und ihre Gruppierungen, ihn nicht als Interessenvertreter, sondern in seinem besonderen Auftrag als Pastor anzuerkennen. Umgekehrt gilt für die Wahrnehmung des pastoralen Mandats, daß zur Beratung der Gewissen die möglichst präzise Kenntnis des Gegenstandes gehört, der das Gewissen bewegt oder bedrängt.“⁴¹

Als Vertreter der Evangelischen Kirche in der Hauptstadt der Bundesrepublik Deutschland obliegen dem Bevollmächtigten des Rates in einem umfassenden Sinne auch Aufgaben der Repräsentanz. Das reicht von der Anwesenheit bei Staatsakten bis zum Empfang von kirchlichen Vertretern des In- und Auslands, denen häufig Begegnungen mit Vertretern des öffentlichen Lebens zu vermitteln sind. Auch Journalisten aus dem Ausland suchen gern die Dienststelle des Bevollmächtigten auf, um Grundsätzliches über das Verhältnis von Staat und Religionsgemeinschaften in Deutschland zu erfahren oder die Auffassung der Kirche zu aktuellen politischen Fragen oder Gesetzgebungsvorhaben kennenzulernen.⁴²

⁴⁰ 1950–1977 *D. Hermann Kunst*, DD, gleichzeitig evangelischer Militärbischof im Nebenamt von 1957–1972; 1977–1992 *Heinz-Georg Binder*, evangelischer Militärbischof von 1985–1994; 1993–1999 *Dr. Hartmut Löwe*, evangelischer Militärbischof von 1994–2003; 1999–2009 *Dr. Stephan Reimers*; 2009–2013 *Dr. Bernhard Felmberg*; seit dem 1.10.2013 *Dr. Martin Dutzmann*, evangelischer Militärbischof im Nebenamt 2008–2014. Zum Amt des Militärbischofs siehe *Jörg Ennuschat* → § 54, Rn. 25–27.

⁴¹ *Kalinna*, Verbindungsstellen (o. Fn. 21), S. 188 f.

⁴² Vgl. *Kalinna*, ebd., S. 191.

III. Die Einbeziehung der Europäischen Ebene

24 1968 hatte der Rat der EKD dem Bevollmächtigten die Befugnis übertragen, „die für die EKD wichtigen politischen Vorgänge bei den internationalen Behörden in Brüssel zu beobachten“.⁴³ Das Thema Europa spielte in der EKD bis zum Aufruf des Rates der EKD zu den Europawahlen 1979 lange Jahre in Gremien und Verlautbarungen nur eine marginale Rolle.⁴⁴ Zwar hatte es bereits Ende der 60er Jahre Ideen gegeben, in Brüssel eine Vertretung der EKD zu eröffnen⁴⁵, diese wurden jedoch zunächst zugunsten des Modells eines ökumenischen Kirchenbüros aufgeben. Bis zu Beginn der 90er Jahre war die „European Ecumenical Commission for Church and Society“ (EECCS) dafür zuständig, ihre protestantischen, orthodoxen und anglikanischen Mitglieder über das politische Geschehen in Brüssel zu unterrichten und deren Anliegen gegenüber den EU-Institutionen vorzutragen.⁴⁶ Erst 1990 wurde schließlich eine Dienststelle Brüssel des Bevollmächtigten des Rates der EKD (EKD-Büro Brüssel) eröffnet. Der Grund für diesen Schritt lag darin begründet, dass die europäische Gesetzgebung sich in zunehmendem Maß auf das verfassungsrechtlich geschützte Selbstbestimmungsrecht der Kirchen auswirkte und somit das Interesse an und die Sensibilität der EKD für europäische Entwicklungen zunahmen.⁴⁷ Zudem wurde innerhalb der EKD und den Gliedkirchen bezweifelt, ob die Kapazitäten des öku-

⁴³ Vgl. Kalinna, ebd., S. 192.

⁴⁴ Vgl. Patrick Roger Schnabel, Geschichte und Strukturen kirchlicher Vertretungen bei der Europäischen Union, in: öarr 2007, Heft 2, S. 222 (227).

⁴⁵ In einem Schreiben an den Vorsitzenden der Arbeitsgruppe Christliche Verantwortung für europäische Zusammenarbeit vom 28.3.1967 schreibt der damalige Bevollmächtigte, Bischof Kunst: „Es ist mir überhaupt sehr schmerzlich, dass es bisher nicht gelungen ist, dass die Evangelische Kirche in Deutschland für europäische Fragen jene Beiträge leiste, die man billigerweise von ihr erwarten müsste“, zitiert nach Hans-Richard Reuter, Die Europäische Ökumenische Kommission für Kirche und Gesellschaft (EECCS) als Beispiel für das Engagement des Protestantismus auf europäischer Ebene, Hannover 2002, S. 20, Fn. 15.

⁴⁶ Patrick Roger Schnabel/Katrin Hatzinger, Der Dialog zwischen der Europäischen Union und den Kirchen nach Art. 17 III AEUV, in: Neuere Entwicklungen im Religionsrecht europäischer Staaten, hg. von Wilhelm Rees/Maria Roca/Balázs Schanda, 2013, S. 639 (653); Pieter-Jan De Vlieger, Lobbying in the Service of God and Church. The adaption of Church representations to the European Union's interest group system, 2012, S. 161.

⁴⁷ Sylvia Losansky, Öffentliche Kirche für Europa. Eine Studie zum Beitrag der christlichen Kirchen zum gesellschaftlichen Zusammenhalt in Europa, hg. von Heinrich Bedford-Strohm/Wolfgang Huber, 2010, S. 141.

menischen Büros, der damaligen EECCS, ausreichen würden, um den EU-Organen den institutionellen Status der EKD plausibel darzulegen.⁴⁸ Die Notwendigkeit einer eigenen Interessenvertretung vor Ort wurde insbesondere an den Verhandlungen um die europäische Datenschutzrichtlinie deutlich (Richtlinie 95/46/EG).⁴⁹

Die Leitung der Dienststelle wurde von Anfang an einem Juristen übertragen.⁵⁰ Zu Beginn der Tätigkeit beschränkte sich der Mitarbeiterstab auf den Leiter und Verwaltungsmitarbeiter. Im Laufe der Jahre und mit einem immer breiteren Portfolio an Aufgaben hat sich auch die Struktur des Büros verändert. 2001 wurde eine zweite juristische Stelle geschaffen. Seit 2013 hat das EKD-Büro Brüssel neben der leitenden Oberkirchenrätin acht feste Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. 2019 bewilligte der Rat der EKD eine zusätzliche auf zwei Jahre befristete Juristenstelle. Die Leiterin und die juristischen Referenten bearbeiten gemeinsam die juristischen und europapolitischen Themenfelder. Im Herbst 2011 wurde außerdem im EKD-Büro die „Servicestelle EU-Förderpolitik und -projekte“ von EKD und Diakonie Deutschland etabliert. Seitdem gehören eine Referentin für EU-Förderpolitik sowie zwei Förderberaterinnen mit zum Team. Seit 2010 existiert zudem eine Kooperationsvereinbarung mit der Arbeitsgemeinschaft der Evangelischen Jugend in Deutschland e.V. (aej); eine Mitarbeiterin der aej wirkt mit einer 75%-Stelle im EKD-Büro als Referentin für Jugend und Bildung mit.⁵¹

Das Aufgabenspektrum hat sich mit der Erweiterung der Kompetenzen der EU und der Relevanz der europäischen Entscheidungen verändert. Wie für alle nationalen Vertretungen im Ausland gilt unverändert der Grundsatz, dass der Informationsfluss in zwei Richtungen gewährleistet sein muss: aus Deutschland in die europäischen

⁴⁸ Vgl. *Schnabel*, Geschichte und Strukturen kirchlicher Vertretungen (o. Fn. 44), S. 251.

⁴⁹ *Schnabel / Hatzinger*, Der Dialog zwischen der Europäischen Union und den Kirchen nach Art. 17 III AEUV (o. Fn. 46), S. 653; *Monica Schreiber*, Kirche und Europa. Protestantische Ekklesiologie im Horizont europäischer Zivilgesellschaft, hg. von Bernhard Dressler / Maureen Junker-Kenny / Thomas Klie / Martina Kumlehn / Ralph Kunz, Bd. 12, 2012, S. 76.

⁵⁰ 1990–1994 *Hans-Joachim Kiderlen*, 1994–2000 *Heidrun Tempel*, 2000–2008 *Sabine von Zanthier*, seit Juni 2008 *Katrin Hatzinger*.

⁵¹ Die Gliedkirchen der EKD senden regelmäßig jeweils für ein Jahr interessierte und qualifizierte Vikare und Vikarinnen nach Brüssel und Rechtsreferendare absolvieren einen Teil ihrer Juristenausbildung in der Dienststelle. Dazu kommen Praktikantinnen und Praktikanten.

Institutionen und umgekehrt in die kirchlichen Gremien und Einrichtungen in Deutschland.

- 27 Die Aufgaben der Brüsseler Vertretung gleichen in vielerlei Hinsicht den Aufgaben des Berliner Büros, s.o.⁵² Allerdings war das nicht seit jeher selbstverständlich, da die Europäische Union bzw. das Europarecht die Kirchen und Religionsgemeinschaften lange Zeit gar nicht wahrgenommen hat.⁵³ So sprachen zahlreiche namhafte Staatskirchenrechtler zunächst auch von einer „Religionsblindheit“⁵⁴ des Europarechts.
- 28 Nicht zuletzt durch die Initiativen von Kommissionspräsident *Jacques Delors*, den Dialog mit den Kirchen und Religionsgemeinschaften in Anerkennung ihres besonderen orientierungsstiftenden Beitrags zu fördern, und auf Grund des ökumenischen kirchlichen Engagements im Rahmen des Europäischen Verfassungskonvents (2001–2003) gibt es seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. 12. 2009 mit Art. 17 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) einen „Kirchenartikel“,⁵⁵ der in Abs. 3 den Dialog zwischen Kirchen und EU-Institutionen regelt und damit die Bedeutung der Religionsgemeinschaften für den Prozess der europäischen Integration und den gesellschaftlichen Zusammenhalt anerkennt und unterstreicht.⁵⁶ Der „Kirchenartikel“ ist durchaus als Ausdruck der Weiterentwicklung der EU von einer Wirtschafts- zu

⁵² Siehe auch *Losansky*, Öffentliche Kirche für Europa (o. Fn. 47), S. 144.

⁵³ *Matthias Belafi*, „In Anerkennung ihrer Identität und ihres besonderen Beitrags“ – Der Dialog der EU mit den Kirchen und Religionsgemeinschaften als Grundlage und Kernstück europäischer Religionspolitik, in: Europäische Religionspolitik. Religiöse Bezüge, rechtliche Regelungen und politische Ausgestaltung, hg. von Ines-Jacqueline Werkner / Antonius Liedhegener, 2013, S. 153 (154); *Patrick Roger Schnabel*, Der Dialog zwischen der Europäischen Union und den Kirchen nach Art. 17 III AEUV: „In Anerkennung ihrer Identität und ihres besonderen Beitrags“, 2014, S. 166 ff.

⁵⁴ Für viele: *Stefan Mückl*, „Staat-Kirche-Beziehungen in Europa“ in: Handbuch der Katholischen Soziallehre, hg. von Anton Rauscher, 2008, S. 994.

⁵⁵ „(1) Die Union achtet den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedsstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, und beeinträchtigt ihn nicht.

(2) Die Union achtet in gleicher Weise den Status, den weltanschauliche Gemeinschaften nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften genießen.

(3) Die Union pflegt mit diesen Kirchen und Gemeinschaften in Anerkennung ihrer Identität und ihres besonderen Beitrags einen offenen, transparenten und regelmäßigen Dialog.“

⁵⁶ *Schnabel / Hatzinger*, Der Dialog zwischen der Europäischen Union und den Kirchen nach Art. 17 III AEUV (o. Fn. 46), S. 640.

einer Wertegemeinschaft zu werten.⁵⁷ Dennoch ist in einer EU von 27 Mitgliedstaaten das Wissen um Aufbau, Struktur und Relevanz der Evangelischen Kirche in Deutschland nicht selbstverständlich. Hinzu kommt, dass die europäischen Entscheidungsprozesse wesentlich komplexer sind als die Verfahren in Deutschland.⁵⁸

Dementsprechend lassen sich die Aufgaben der Brüsseler Dienststelle in großen Teilen als „Kirchendiplomatie“ zusammenfassen. Als „Botschaft der EKD“ hat die Dienststelle die Aufgabe, die evangelische Kirche umfassend zu repräsentieren, ihre institutionellen Interessen wahrzunehmen, relevante Informationen zu beschaffen und zu kommunizieren, Kontakte in die Politik, die Ökumene, Diplomatie und zu den anderen Interessenvertretern zu pflegen sowie mehrtätige Besuchsprogramme für kirchliche Delegationen vorzubereiten und zu begleiten.⁵⁹

Eine Kernaufgabe ist und bleibt, im Hinblick auf die institutionellen Interessen der EKD als „Frühwarnsystem“ zu fungieren. Im Gegensatz zu den Berliner Gepflogenheiten gibt es in Brüssel keine automatische Konsultation der Kirchen und Religionsgemeinschaften durch die politischen Institutionen, wenn ihre Interessen durch europäische Gesetzgebung betroffen sein können. Deshalb müssen entsprechende Gesetzgebungsaktivitäten möglichst frühzeitig wahrgenommen und auf ihre möglichen Auswirkungen auf das Selbstbestimmungsrecht gemäß Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV überprüft werden. Art. 17 Abs. 1 AEUV ist in diesem Zusammenhang als Kompetenzausübungsschranke eine wichtige Argumentationshilfe.

Darüber hinaus nimmt das EKD-Büro in Brüssel den Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen wahr und mischt sich politisch ein.⁶⁰ Arbeitsschwerpunkte sind die Neuausrichtung der europäischen Asyl- und Einwanderungspolitik an der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Genfer Flüchtlingskonvention, der Schutz der Religionsfreiheit und Einsatz für Menschenrechte im Rahmen des Euro-

⁵⁷ Schnabel, Dialog (o. Fn. 53), S. 47, 299; Belafi, „In Anerkennung ihrer Identität und ihres besonderen Beitrags“ (o. Fn. 53), S. 156.

⁵⁸ In dem säkularen Arbeitsumfeld wird die Arbeit der Kirchenvertretungen auch immer wieder durch Humanisten- und Freimaurerverbände als Verstoß gegen das Prinzip der Trennung von Staat und Kirche in Frage gestellt.

⁵⁹ Schnabel/Hatzinger, Der Dialog zwischen der Europäischen Union und den Kirchen nach Art. 17 III AEUV (o. Fn. 46), S. 655.

⁶⁰ Katrin Hatzinger/Patrick R. Schnabel, Religions and the European Union: A partnership in the making, in: Derecho y Religión, Vol. IV (2009), hg. von Gerhard Robbers, S. 45 ff. (52).

päischen Auswärtigen Dienstes, eine sozialetisch fundierte Ausgestaltung der sich entwickelnden europäischen Sozialpolitik, das Engagement für einen arbeitsfreien Sonntag, der Vorrang des Zivilen vor dem Militärischen im Kontext der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik, ethische Fragen im Hinblick auf Künstliche Intelligenz, die Fortentwicklung der europäischen Kohäsionspolitik (2014–2020) sowie die europäische Jugend- und Bildungspolitik. Zunehmend spielt die Beobachtung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Hinblick auf Religionsfreiheit und Asylrecht eine wichtige Rolle. Daneben bringt sich das Büro mit Debattenbeiträgen, Zuarbeit für die Gremien der EKD und Fachveranstaltungen in die Debatte um die Zukunft Europas ein.⁶¹

32 Das Büro versteht sich auch als Dienstleister. Seit November 2011 gibt es im EKD-Büro die Servicestelle EU-Förderpolitik und -projekte. Sie unterstützt Kirche und Diakonie bei der Umsetzung von Projektideen mit europäischen Fördermitteln.⁶² Bei der Konzipierung, Beantragung und Umsetzung steht die Servicestelle interessierten Einrichtungen mit Rat und Tat zur Seite und fördert auf ganz praktische Weise den Europagedanken. Außerdem bringen die Mitarbeiter kirchliche Anliegen und Erfahrungen mit europäischen Fördergeldern im Austausch mit den Vertretern der EU-Institutionen ein.

33 Die EKD-Europa-Informationen erscheinen in schriftlicher und seit 2004 auch in elektronischer Form und informieren vierteljährlich aus evangelischer Perspektive über europapolitische Entwicklungen.⁶³ Der elektronische Newsletter „FörderInfoaktuell“ berichtet, speziell auf die Interessenschwerpunkte der Abonnenten zugeschnitten, über Ausschreibungen und Einreichungsfristen.⁶⁴

34 Wichtigste Ansprechpartner des Büros sind die jeweiligen Fachreferenten in der Berliner Dienststelle des Bevollmächtigten und im Kirchenamt der EKD. Sie sind zum einen Adressaten der Vermerke aus Brüssel und liefern zum anderen bei der Erstellung von fachlichen Stellungnahmen oder Beiträgen zu europäischen Konsultationsverfahren inhaltlichen Input. Dabei kommt der erste Entwurf

⁶¹ *Schnabel / Hatzinger*, Der Dialog zwischen der Europäischen Union und den Kirchen nach Art. 17 III AEUV (o. Fn. 46), S. 658.

⁶² Siehe auch Homepage: <www.ekd.eu>.

⁶³ *De Vlieger*, Lobbying in the Service of God and Church (o. Fn. 46), S. 336 f.

⁶⁴ Beide Newsletter finden sich im Internet unter: <www.ekd.eu>.

jeweils aus Brüssel. Um herauszufinden, ob zu einem gewissen Thema bereits eine evangelische Meinungsbildung stattgefunden hat, sind zudem Denkschriften, Orientierungshilfen und EKD-Texte wichtige Quellen, ebenso wie Beschlüsse der EKD-Synode. Seit 1991 hat die EKD-Synode einen „Europaausschuss“.⁶⁵ 2015 kam es im Zuge einer Umstrukturierung zur Fusionierung mehrerer Ausschüsse. Das Europathema findet sich aktuell im Ausschuss für „Ökumene, Mission und Europa“. Die Leitung des EKD-Büros ist während der Synodaltagungen dort ständiger Gast. Zudem berichtet sie regelmäßig im Rahmen der „Aussprache zur Lage“ im Rat der EKD und in der „Kommission für Europafragen des Rates der EKD“.⁶⁶

Aufgrund der räumlichen Nähe (die Diakonie Deutschland hat ihre Vertretung im Haus der EKD) findet zu sozialpolitischen Themen und zum wettbewerbs-, vergabe- und beihilferechtlichen Umgang mit sozialen Diensten ein regelmäßiger Austausch mit der Leitung der Diakonievertretung⁶⁷ statt, der sich auch in gemeinsamen öffentlichen Veranstaltungen niederschlägt.⁶⁸

Wichtige Kooperationspartner sind naturgemäß die anderen Kirchenvertretungen in Brüssel. Die Deutsche Bischofskonferenz unterhält keine eigene Vertretung in Brüssel. Stattdessen werden ihre Interessen über die Kommission der europäischen Bischofskonferenzen (COMECE) vertreten. Die Europareferentin des Kommissariats der Deutschen Bischöfe in Berlin (kurz: Katholisches Büro) flankiert deren Arbeit. Wie auch in Berlin gibt es eine enge und gute Zusammenarbeit.

Mit dem Büro der Konferenz Europäischer Kirchen (KEK) und zum Sekretariat der Kommission der europäischen Bischofskonferenzen der Europäischen Gemeinschaft (COMECE) pflegt das EKD-Büro einen engen Austausch in institutionellen Fragen, aber auch in vielen anderen Arbeitsfeldern von gemeinsamem Interesse (Kohäsionspolitik, Sonntagsschutz, Religionsfreiheit etc.). Die Mitgliedschaft

⁶⁵ Siehe auch *Losansky*, Öffentliche Kirche für Europa (o. Fn. 47), S. 141.

⁶⁶ Dort sind neben den mit Europafragen befassten Referenten des Kirchenamtes (Leiter der Rechtsabteilung, Leiterin der Abteilung Auslandsarbeit, Europareferentin), dem Stellvertretenden Bevollmächtigten und der Leiterin der Brüsseler Dienststelle zwei Vertreter des Rates der EKD, drei Vertreter der Kirchenkonferenz sowie die Vorsitzende des Europaausschusses der EKD-Synode und ein weiteres Ausschussmitglied vertreten.

⁶⁷ Seit 2009 wird die Vertretung von Oberkirchenrätin *Katharina Wegner* geleitet.

⁶⁸ *Schnabel / Hatzinger*, Der Dialog zwischen der Europäischen Union und den Kirchen nach Art. 17 III AEUV (o. Fn. 46), S. 663.

der KEK umfasst rund 120 protestantische, anglikanische und orthodoxe Kirchen in der EU und darüber hinaus. Die KEK unterhält zudem noch ein Büro beim Europarat in Straßburg. Die Leitung der Dienststelle der EKD hatte außerdem die Geschäftsführung der Arbeitsgruppe „EU-Gesetzgebung“ der KEK inne, die sich weitestgehend aus Kirchenjuristen verschiedener Mitgliedskirchen zusammensetzt und europarechtliche Fragestellungen von kirchlichem Interesse analysiert und debattiert (Rechtsprechung des EGMR zu Art. 9 EMRK, Europäische Datenschutzgrund-VO, u. a.). Im Jahr 2019 wurde sie vom Präsidium der Gemeinschaft Evangelischer Kirchen in Europa (GEKE) in deren Fachbeirat Ethik berufen, u. a. um den mehrjährigen Studienprozess „Demokratie als Herausforderung für Kirchen und Gesellschaften“ zu begleiten. Daneben sind in Brüssel noch die Church of England und zahlreiche orthodoxe Kirchen vertreten. Zu den Repräsentanten besteht ein guter Kontakt.

- 38 Um die Fülle der EU-Gesetzgebungsakte und Debatten erfassen zu können, ist Netzwerkarbeit unerlässlich. So arbeitet das EKD-Büro z. B. zu Fragen der Asyl- und Migrationspolitik in verschiedenen europäischen Netzwerken mit.
- 39 Daneben existieren zahlreiche Kontakte und Austauschforen mit der Ständigen Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der EU, den Länderbüros, Gewerkschaften, Interessenvertretern und nicht zuletzt den politischen Stiftungen.
- 40 Nach Berliner Vorbild werden in Brüssel auch mehrmals jährlich partei- und konfessionsübergreifend Parlamentarier und ihre Assistenten zu Andachten mit anschließendem gemeinsamem Frühstück eingeladen. Die Vikarinnen und Vikare der Dienststelle leisten in der deutschsprachigen Gemeinde und in der ökumenischen Auferstehungskapelle („Chapelle pour l'Europe“) im Europaviertel darüber hinausgehend pastorale Arbeit. Gemeinsam mit dem Zentralkomitee der deutschen Katholiken (ZdK) und dem katholischen Büro hat das EKD-Büro zudem einen halbjährlichen Gesprächskreis für Christinnen und Christen aus den verschiedenen EU-Institutionen eingerichtet, der sich als eine informelle Plattform für Dialog und Austausch etabliert hat. Das EKD-Büro tritt auch immer wieder mit öffentlichen Veranstaltungen in Erscheinung.
- 41 Seit 1990 hat sich das Büro also sichtbar weiterentwickelt, vom reinen „Frühwarnsystem“ hin zu einer echten kirchendiplomatischen Vertretung mit einer weitreichenden Vernetzung und zahlreichen Foren. So verleiht es heute evangelischen Anliegen auf dem Brüsseler

Parkett eine Stimme und vermittelt umgekehrt den europäischen Gedanken in den Raum der EKD.

IV. Die Länderbüros

Die Geschichte der Länderbüros beginnt – wenn man vom Sonderfall des Saarlandes absieht – in Hannover. Dort ging ein wesentlicher Anstoß auch von staatlicher Seite aus. In Art. 2 Abs. 2 S. 1 des Vertrages der fünf evangelischen Landeskirchen in Niedersachsen mit dem Lande Niedersachsen, dem sog. Loccumer Vertrag vom 19.3.1955, vereinbarten die beteiligten evangelischen Landeskirchen, eine gemeinsame Geschäftsstelle am Sitz der Landesregierung einzurichten, der die „Koordinierung kirchlicher Anliegen und Stellungnahmen“ obliegen sollte.⁶⁹ Die beteiligten Landeskirchen hatten dem Land Niedersachsen in Art. 2 Abs. 2 des Loccumer Vertrages zugesagt, „untereinander eine enge Zusammenarbeit“ aufzunehmen, um „ihre Anliegen gegenüber dem Staat einheitlich zu vertreten“, woran das Land Niedersachsen verständlicherweise ein berechtigtes Interesse hatte. Die Geschäftsstelle wird regelmäßig mit einem Juristen als Leiter besetzt.

Das zweite Länderbüro wurde am 1.10.1961 in Düsseldorf als Verbindungsstelle der drei evangelischen Landeskirchen bei Landtag und Landesregierung von Nordrhein-Westfalen eröffnet. Hier wurde bei der Einrichtung des Amtes besonders hervorgehoben, dass der Auftrag des Vertreters der Kirchen in erster Linie geistlich-seelsorglich konzipiert sei und nicht mit einer vordergründigen Interessenvertretung verwechselt werden dürfe.⁷⁰ Die Stelle des Beauftragten in Düsseldorf wird daher regelmäßig mit einem Theologen oder einer Theologin besetzt, dem jedoch – nicht zuletzt im Hinblick auf die Bearbeitung von Gesetzesvorhaben des Landes – eine Juristin oder ein Jurist zur Seite gestellt wird.

In den anderen Hauptstädten der Länder wurden nach und nach von den beteiligten Landeskirchen ebenfalls Länderbüros eingerichtet, in den neuen Bundesländern ziemlich schnell nach der Wiederherstellung der deutschen Einheit und dem Inkrafttreten des noch von der Volkskammer verabschiedeten Ländereinführungsgesetzes.

⁶⁹ Vgl. *Johann Frank*, Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen, in: ZevKR 16 (1971), S. 343 (345).

⁷⁰ Vgl. *Gaertner*, Im Schnittpunkt von Kirche und Politik (o. Fn. 26), S. 268.

Die meisten haben als Leiter einen Theologen oder eine Theologin, andere eine Juristin oder einen Juristen, je nachdem, ob man den Schwerpunkt der Tätigkeit eher bei geistlich-seelsorgerischen Aufgaben oder bei der Begleitung und Bearbeitung von Anliegen an den Gesetzgeber sieht.

§ 37

Verbindungsstellen zwischen Staat und katholischer Kirche

Von Karl Jüsten*

I. Das Kommissariat der deutschen Bischöfe – Katholisches Büro in Berlin	7–33
1. Entstehung und bisherige Entwicklung	7–10
2. Rechtliche Grundlagen und Aufgaben	11–18
3. Inhaltliche Schwerpunkte	19–22
4. Arbeitsweise	23–33
II. Die Kommissariate der Bischöfe in den Ländern	34–38
III. Verbindungsstellen der katholischen Kirche auf europäischer Ebene	39–53
1. Kommissariat der deutschen Bischöfe	40–50
2. COMECE	51–53

Die Kirche unterhält institutionalisierte Kontakte zum staatlich-politischen Bereich auf sehr unterschiedliche Weise und auf verschiedenen Ebenen ihres Wirkens, immer getragen von der im christlichen Glauben begründeten Überzeugung, dass sie in der Gesellschaft eine gestaltende Aufgabe zu übernehmen hat.

Das Zweite Vatikanische Konzil, das die politische Rolle der Kirche in pluralen demokratischen Gesellschaften neu definiert hat, fordert die Gläubigen in der Pastoralkonstitution *Gaudium et Spes*

* Der Beitrag wurde verfasst unter Mitwirkung von Katharina Jestaedt und Gabriela Schneider.

konkret dazu auf, „in wahrer Freiheit den Glauben zu verkünden“, die Soziallehre der Kirche „kundzumachen“ und auch „politische Angelegenheiten einer sittlichen Beurteilung zu unterstellen, wenn die Grundrechte der Menschen oder das Heil der Seelen es verlangen“.¹ Dieser Auftrag und das Vermächtnis des Konzils haben ein halbes Jahrhundert später nicht an Aktualität verloren. Papst *Franziskus* bestätigt die Aussagen des Konzils und fordert die Gläubigen zu aktiver Mitwirkung in Gesellschaft und Politik auf, wenn er in seiner ersten Enzyklika *Lumen fidei* ausführt, dass sich das Licht des Glaubens dank seiner Verbindung mit der Liebe in den Dienst der Gerechtigkeit, des Rechts und des Friedens stellt.²

- 3 Auch für die Art und Weise des Zusammenwirkens der beiden Sphären von Staat und Politik einerseits und Kirche andererseits gibt das Zweite Vatikanum eine wichtige Wegweisung, die heute noch die institutionalisierten Kontakte zwischen Staat und Kirche treffend charakterisiert. Das Konzil weist darauf hin, dass politische Gemeinschaft und Kirche auf je ihrem Gebiet voneinander unabhängig und autonom seien. Beide aber dienten, wenn auch in verschiedener Begründung, der persönlichen und gesellschaftlichen Berufung der gleichen Menschen. Diesen Dienst könnten beide zum Wohl aller umso wirksamer leisten, je mehr und besser sie rechtes Zusammenwirken miteinander pflegten; dabei seien jeweils die Umstände von Ort und Zeit zu berücksichtigen.³ Für die Kirche gilt insoweit, dass sie ihre Sendung und ihre eigene Verfassung wegen ihres religiösen Charakters an keine bestimmte politische Ordnungstheorie anbindet.⁴ Sie hat jedoch zu einer klaren Anerkennung der demokratischen Ordnung gefunden.⁵

- 4 In Deutschland trägt der rechtliche Rahmen von staatskirchenrechtlichen Bestimmungen des Grundgesetzes und zahlreicher Landesverfassungen, von Vereinbarungen in Konkordaten und Staatskir-

¹ Vgl. II. Vatikanisches Konzil, Pastoralkonstitution *Gaudium et spes*, 76; in diesem Sinne auch *Kongregation für die Glaubenslehre* (Hg.), Lehrmäßige Note zu einigen Fragen über den Einsatz und das Verhalten der Katholiken im politischen Leben (Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls Nr. 159), Tz. III.

² Vgl. die gemeinsam mit Papst *Benedikt XVI.* verfasste Enzyklika *Lumen fidei*, 51.

³ II. Vatikanisches Konzil, *Gaudium et spes* (o. Fn. 2), 76.

⁴ Vgl. *Karl Jüsten*, Ethik und Ethos der Demokratie, 1999, S. 32 unter Hinweis auf das Prinzip der „Systemtranszendenz“ nach *Lothar Roos*.

⁵ Vgl. *Johannes XXIII.*, Enzyklika *Pacem in terris*, 31; Papst *Johannes Paul II.*, Enzyklika *Centesimus annus*, 47.

chenverträgen dem Gedanken der Unterschiedlichkeit und Trennung von Staat und Kirche einerseits und der engen und vertrauensvollen Kooperation beider Bereiche andererseits in differenzierter und ausgewogener Weise Rechnung. Teil dieser Kooperation zwischen Kirche und staatlichen Stellen ist die institutionalisierte Kontaktpflege.

Maßstab kirchlichen Wirkens in dieser gegenseitigen Beziehung ist das Gemeinwohl.⁶ Dies unterscheidet die kirchliche Interessenwahrnehmung von anderen politischen Akteuren, die nicht selten spezifische Einzelinteressen vertreten, was in einer pluralen Gesellschaftsordnung durchaus legitim und als Teil eines qualitätsvollen und differenzierten Meinungsbildungsprozesses sogar wünschenswert ist.⁷ Die Kirche will im Prozess der politischen Meinungsbildung Sauerzeug bei der Prägung der staatlichen Rechtsordnung sein, aber nur im Sinne einer Mitprägung, einer Option, nicht der Wiederherstellung eines katholischen Glaubensstaates.⁸

Die Verbindungsstellen der verfassten Kirche in Deutschland zur Politik sind auf bundespolitischer und europäischer Ebene das Kommissariat der deutschen Bischöfe – Katholisches Büro in Berlin – und auf Landesebene die Kommissariate oder Katholischen Büros der Bischöfe in den jeweiligen Ländern. Bedeutender Akteur der verfassten Kirche auf Ebene der Europäischen Union ist außerdem die Kommission der europäischen Bischofskonferenzen (COMECE)⁹. Wei-

⁶ *Stephan Reimers / Karl Jüsten*, Lobbying für Gott und die Welt, in: *Um der Freiheit willen! Kirche und Staat im 21. Jahrhundert. Festschrift für Burkhard Reichert*, hg. von Susanna Schmidt / Michael Wedell, 2002, S. 221–231; *Florian Ganslmeier*, Kirchliche Interessenvertretung im pluralistischen Staatswesen. Die „Katholischen Büros“ als Verbindungsstellen zwischen Staat und Kirche, 2010 (Beihefte zum Münsterischen Kommentar zum *Codex Iuris Canonici* Nr. 57), S. 40; anders als *Liedhegener* meint, ist dieser Aspekt des kirchlichen Wirkens durchaus nicht zurückgenommen, vgl. *Antonius Liedhegener*, Macht, Moral und Mehrheiten. Der politische Katholizismus in der Bundesrepublik Deutschland und den USA seit 1960, 2006, S. 437.

⁷ Zur Bedeutung von Interessenwahrnehmung als fester Bestandteil des demokratischen Meinungsbildungsprozesses siehe *Karl Jüsten*, Anwalt der Schwachen – eine advokatorische Kirche und ihre sozialetischen Herausforderungen, in: *Profile: Christliche Sozialethik zwischen Theologie und Philosophie*, hg. von Axel Bohmeyer / Johannes Frühbauer, 2005, S. 169 (170); *Götz Klostermann*, Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen – Rechtsgrundlagen im kirchlichen und staatlichen Recht, 2000, S. 152 ff.

⁸ So *Ansgar Hense*, Katholizismus und Rechtsordnung, in: *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts. Akten der IVR-Tagung vom 28.–30. September 2006 in Würzburg*, hg. von Horst Dreier / Erich Hilgendorf, 2008, S. 69 (114).

⁹ „Zur Pflege der Kollegialität in der hierarchischen Gemeinschaft mit und unter dem Papst“ (Artikel 1 CCEE-Statuten) sowie zum „Austausch der

tere wichtige katholische Akteure, die ebenfalls institutionalisierte Kontakte zum staatlich-politischen Bereich unterhalten, sind für die Laien das Zentralkomitee der deutschen Katholiken¹⁰, der Deutsche Caritasverband¹¹, die kirchlichen Werke und die zahlreichen katholischen Verbände.

I. Das Kommissariat der deutschen Bischöfe – Katholisches Büro in Berlin

1. Entstehung und bisherige Entwicklung¹²

- 7 Das Kommissariat der deutschen Bischöfe – Katholisches Büro in Berlin – kann auf eine lange Tradition der Zusammenarbeit zwischen Staat und Kirche im Bereich der katholischen Kirche auf Bundes- und mittlerweile auch auf europäischer Ebene zurückblicken. Die Anfänge dieser zunächst auf die Bundesebene beschränkten Form der institutionalisierten Kontaktpflege fallen zeitlich zusammen mit dem Beginn der Beratungen des Parlamentarischen Rates zur Schaffung des Grundgesetzes. Am 25. 10. 1948 teilte der Kölner Erzbischof und Vorsitzende der Fuldaer Bischofskonferenz, Kardinal *Joseph Frings*, dem Präsidenten des Parlamentarischen Rates, *Dr. Konrad Adenauer*, mit, der Kölner Domkapitular *Wilhelm Böhler* sei beauftragt, in Verbindung mit Vertretern anderer Ordinariate die eventuell

Gaben der pastoralen Erfahrungen“ (Artikel 2 CCEE-Statuten) tritt darüber hinaus der Rat der Europäischen Bischofskonferenzen, *Consilium Conferentiarum Episcoporum Europae* (CCEE) zusammen. Der CCEE hat seinen Sitz in St. Gallen. Seine Statuten sind in deutscher Fassung veröffentlicht im Amtsblatt der Österreichischen Bischofskonferenz Nr. 19/20. 12. 1996.

¹⁰ Das Zentralkomitee „beobachtet die Entwicklungen im gesellschaftlichen, staatlichen und kirchlichen Leben und vertritt die Anliegen der Katholiken in der Öffentlichkeit“, vgl. § 2 lit. a) ZdK-Statut, abrufbar unter <<https://www.zdk.de/ueber-uns/statut-und-geschaeftsordnung/>>.

¹¹ Siehe § 6 Abs. 3 der Satzung des Deutschen Caritasverbandes e.V., wonach dieser die „Interessenvertretung [...] durch Einflussnahme auf die Willens- und Meinungsbildung der Bundes- und Europapolitik sowie in der Öffentlichkeit“ wahrnimmt, abrufbar unter <<https://www.caritas.de/glossare/satzung-des-deutschen-caritasverbandes-e?searchterm=Statut>>.

¹² Siehe *Leopold Turowski*, Verbindungsstellen zwischen Staat und Kirchen im Bereich der katholischen Kirche, in: HSKR², Bd. 2, 1995, S. 197 ff.

notwendigen mündlichen Verhandlungen mit den katholischen Parlamentariern zu führen.¹³

Dieses Dokument ist praktisch die Geburtsurkunde eines im engeren Wortsinne institutionalisierten Kontaktes zwischen der katholischen Kirche und staatlich-politischen Instanzen.¹⁴ Nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes und der Bildung der ersten Bundesregierung unter *Dr. Konrad Adenauer* im Jahre 1949 errichteten die deutschen Bischöfe eine kirchliche Verbindungsstelle zu den Bundesbehörden unter Leitung *Wilhelm Böhlers*, für die sich anfangs die Bezeichnung „Katholisches Büro Bonn“ einbürgerte. Im Jahre 1958 beschlossen die Bischöfe auf ihrer Herbstvollversammlung, das Katholische Büro Bonn als feste Einrichtung fortzuführen.¹⁵

8

¹³ Prälat *Böhler* entfaltete von Oktober 1948 bis zum 23.5.1949, dem Tag des Inkrafttretens des Grundgesetzes, während der Zeit der Beratungen des Parlamentarischen Rates durch zahlreiche Initiativen eine intensive, einfluss- und erfolgreiche Tätigkeit. Vgl. hierzu im einzelnen *Paul Mikat*, Verfassungsziele der Kirchen unter besonderer Berücksichtigung des Grundgesetzes, in: Christen und Grundgesetz, hg. von Rudolf Morsey / Konrad Repgen. 1989, S. 36 (58, 65 ff.). Über *Wilhelm Böhler* vgl. ferner *Adolf Süsterhenn*, Im Spannungsfeld zwischen Kirche und Staat. Gedenkrede für seine Exzellenz *Wilhelm Böhler*, hg. vom Katholischen Büro Bonn, 1958; *Burkhard van Schewick*, Die katholische Kirche und die Entstehung der Verfassungen in Westdeutschland 1945–1950, 1980; vgl. ferner *Klaus Gotto*, Die Katholische Kirche und die Entstehung des Grundgesetzes, in: Kirche und Katholizismus 1945–1949, hg. von Anton Rauscher, 1977, S. 88 ff.; *Kristian Buchna*, Ein klerikales Jahrzehnt? Kirche, Konfession und Politik in der Bundesrepublik während der 1950er Jahre, 2014.

¹⁴ Im vollen Wortlaut abgedr. in: Akten deutscher Bischöfe seit 1945 – Westliche Besatzungszonen und Gründung der Bundesrepublik Deutschland 1948/1949, bearbeitet von Annette Mertens, 2010, S. 338; siehe ferner *Liedhegener*, Der politische Katholizismus (o. Fn. 6), S. 20 f., der der „Ära Adenauer“ „historisch bislang einmalige Gestaltungschancen“ attestiert und auf die These des seither eingetretenen „Machtverlustes“ der katholischen Kirche in der Bundesrepublik m. w. N. verweist. Für eine ausführlichere Darstellung der historischen Abläufe von 1937–1977 – beginnend mit der Beschreibung der Gründung des Kommissariats der Fuldaer Bischofskonferenz im Jahre 1937 – siehe *Turowski*, Verbindungsstellen (o. Fn. 12), S. 199 mit Fn. 3. Eine kürzere Übersicht, die jedoch bereits bei dem vergleichbaren Phänomen der „politischen Prälaten“ des ausgehenden 19. Jahrhundert ansetzt, findet sich bei *Ganslmeier*, Kirchliche Interessenvertretung (o. Fn. 6), S. 3 ff.; zum politischen Umfeld, das sich politisch aktiven Geistlichen in der Zeit von 1803 bis zum Ende der DDR bot, siehe *Christian Schulze Pellengahr*, Das Verbot der politischen Betätigung für Geistliche nach katholischem und evangelischem Kirchenrecht sowie im geltenden Staatskirchenrecht. Unter Berücksichtigung der Staaten- und Verfassungsgeschichte Deutschlands und Österreichs, 2009, S. 109 ff.

¹⁵ *Johannes Niemeyer*, Institutionalisierte Kontakte zwischen Kirche und staatlich-politischen Instanzen, in: Kirche und Staat in der Bundesrepublik

- 9 Zu Beginn der sechziger Jahre erhielt die Dienststelle sodann den offiziellen Namen „Kommissariat der deutschen Bischöfe“. Die frühere Bezeichnung „Katholisches Büro Bonn“ wurde zusätzlich beibehalten und ist stets die umgangssprachlich gebräuchlichere Bezeichnung geblieben.¹⁶
- 10 Die Nachfolge *Böhlers* trat im Jahr 1958 der aus dem Bistum Münster stammende bisherige Bundeskurat der katholischen Landjugendbewegung Prälat *Wilhelm Wissing* an. Er leitete das Kommissariat der deutschen Bischöfe bis August 1966.¹⁷ Nachfolger *Wissings* wurde der ebenfalls aus Münster stammende Weihbischof *Heinrich Tenhumberg*. Nach dessen am 7.7.1969 erfolgter Ernennung zum Bischof von Münster wurde der wiederum aus dem Bistum Münster stammende Prälat *Wilhelm Wöste* zum Leiter des Katholischen Büros Bonn berufen. Nachdem Prälat *Wöste* am 6.11.1976 zum Weihbischof von Münster und Bischöflichen Offizial für den Oldenburgischen Teil des Bistums Münster ernannt worden war, wurde 1977 Prälat *Paul Bocklet*, bis dahin Domkapitular in Würzburg, die Leitung des Kommissariats der deutschen Bischöfe übertragen.¹⁸ Seine Amtszeit stand besonders im Zeichen der deutschen und europäischen Einigung mit ihren tiefgreifenden Folgen für das politische, gesellschaftliche und kirchliche Leben. Seine Nachfolge trat im März 2000 der aus dem Erzbistum Köln stammende und dort zuletzt als Leiter der Abteilung Seelsorgepersonal im erzbischöflichen Generalvikariat tätige Pfarrer *Karl Jüsten* an. Mit dem Umzug von Parlament und großen Teilen der Bundesregierung von Bonn nach Berlin wurde auch der Standort des Kommissariats an die Spree verlegt. Seitdem führt das Kommissariat der deutschen Bischöfe den Namenszusatz „Katholisches Büro in Berlin“. Die Herausforderungen einer kirchlichen Interessenvertretung in einem nicht mehr selbstverständlich christlich durchwirkten Umfeld in der neuen Hauptstadt waren und sind dabei nicht zu unterschätzen. Prägend und fordernd für die Arbeit an der Schnittstelle zwischen Kirche und Politik ist mittlerweile die

Deutschland 1949–1963, Beiträge zur Katholizismusforschung, Reihe B: Abhandlungen, hg. von Anton Rauscher, 1979, S. 69 (73) zur zusammenfassenden Würdigung der Tätigkeit *Wilhelm Böhlers* in seiner Eigenschaft als erster Leiter des Katholischen Büros Bonn.

¹⁶ Vgl. *Niemeyer*, ebd., S. 73.

¹⁷ Über die Tätigkeit *Wissings* siehe die zusammenfassende Darstellung bei *Niemeyer*, ebd., S. 84–88.

¹⁸ Über die Tätigkeit *Bocklets* siehe *Paul Bocklet*, Signale der Zuversicht. Ausgewählte Beiträge, hg. von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Kommissariats der deutschen Bischöfe. 1993.

Durchdringung nahezu aller gesellschaftspolitischen Debatten durch die fortschreitende europäische Einigung.

2. Rechtliche Grundlagen und Aufgaben¹⁹

Rechtliche Grundlagen für die Arbeit des Kommissariats der deutschen Bischöfe finden sich im Statut und in der Geschäftsordnung der Deutschen Bischofskonferenz sowie in der Satzung des Verbandes der Diözesen Deutschlands.²⁰ Danach ist das Kommissariat der deutschen Bischöfe eine Dienststelle der Bischofskonferenz (Art. 36 des Statuts) und des Verbandes der Diözesen Deutschlands. Rechts- und Anstellungsträger ist der Verband der Diözesen Deutschlands. **11**

Aufgabenstellung und Tätigkeit des Kommissariats der deutschen Bischöfe sind in der Geschäftsordnung für das Kommissariat der deutschen Bischöfe vom 24. 9. 1985²¹ detailliert beschrieben. **12**

Nach § 2 dieser Geschäftsordnung wird das Kommissariat im Auftrag der Deutschen Bischofskonferenz in politischen Fragen tätig „gegenüber den Organen des Bundes, den gemeinsamen Einrichtungen der Bundesländer, den Landesvertretungen beim Bund, den Parteien und den auf Bundesebene tätigen gesellschaftlichen Kräften sowie im Zusammenhang damit auch gegenüber übernationalen Stellen“. Zu letzteren gehören angesichts der fortschreitenden europäischen Integration und der damit verbundenen Verlagerung von Gesetzgebungskompetenzen auch die Organe und sonstigen Einrichtungen der Europäischen Union und des Europarates sowie politische und gesellschaftliche Vertretungen auf europäischer Ebene. **13**

Nach § 3 der Geschäftsordnung obliegt dem Kommissariat insbesondere **14**

- a) die Beobachtung der gesamten Entwicklung des politisch-gesellschaftlichen Bereichs und der Gesetzgebungsvorhaben des Bundes,

¹⁹ Siehe *Turowski*, Verbindungsstellen (o. Fn. 12), S. 201 ff.

²⁰ Das Statut und die Geschäftsordnung der Deutschen Bischofskonferenz sind abgedr. u.a. im KABl. für die Diözese Mainz 135 (1993), S. 13 ff; die Geschäftsordnung ist ferner abrufbar unter <https://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/Geschaeftsordnung_26-09-01.pdf>; die Satzung des Verbandes der Diözesen Deutschlands ist nicht amtlich veröffentlicht.

²¹ Amtlich nicht veröffentlicht.

- b) die sachkundige Begleitung bei der Vorbereitung von Gesetzen und politischen Entscheidungen,
- c) die Abgabe von Stellungnahmen zu Gesetzgebungsvorhaben des Bundes,
- d) die Durchführung von Beschlüssen der Organe der Deutschen Bischofskonferenz (Vollversammlung, Ständiger Rat, Vorsitzender, Bischöfliche Kommissionen).

15 Das Kommissariat arbeitet im Auftrag und auf Weisung der Deutschen Bischofskonferenz und unter Berücksichtigung ihrer Beschlüsse eigenverantwortlich und auf eigene Initiative.²² Das Kommissariat ist dabei den jeweils zuständigen Organen der Deutschen Bischofskonferenz berichtspflichtig.

16 Der Leiter des Kommissariats und sein Stellvertreter bzw. seine Stellvertreterin werden von der Vollversammlung der Deutschen Bischofskonferenz gewählt und vom Vorsitzenden für jeweils sechs Jahre ernannt. Dienstvorgesetzter des Leiters des Kommissariats ist der Vorsitzende der Deutschen Bischofskonferenz. Die Leitung des Kommissariats wird von einem kleinen Team von Referentinnen und Referenten unterstützt, denen je bestimmte politische und rechtliche Sachbereiche zur kontinuierlichen Bearbeitung zugewiesen sind. Die Entscheidung über die Geschäftsverteilung und den inneren Dienstbetrieb obliegt dem Leiter des Kommissariats. Im Interesse eines effizienten Informationsaustauschs und einer engen Zusammenarbeit zwischen dem Kommissariat und den verschiedenen Organen der Deutschen Bischofskonferenz unterrichtet der Leiter des Kommissariats in Übereinstimmung mit § 5 der Geschäftsordnung des Kommissariats den Vorsitzenden, die Vorsitzenden der jeweils zuständigen Bischofskommissionen und den Sekretär der Deutschen Bischofskonferenz darüber, ob in den Sitzungen der Vollversammlung oder des Ständigen Rates politisch relevante Fragen behandelt werden sollen.

17 Im Interesse einer einheitlichen Interessenvertretung für die Anliegen der Deutschen Bischofskonferenz stimmt das Kommissariat gemäß § 6 der Geschäftsordnung Erklärungen, die in Normsetzungsverfahren oder anderen bundesrechtlichen Kontexten abgegeben werden und die nicht auf Beschlüssen der Vollversammlung oder des Ständigen Rates beruhen, vor ihrer Veröffentlichung mit dem Vorsitzenden der Deutschen Bischofskonferenz und den jeweiligen Bischöflichen

²² Zur Bedeutung der organisatorischen Selbständigkeit des Katholischen Büros im politischen Prozess *Liedhegener*, Der politische Katholizismus (o. Fn. 6), S. 320.

Kommissionen ab. Oftmals steht hierfür nur ein sehr begrenzter Zeitraum zur Verfügung, da das tagespolitische Geschehen regelmäßig eine sehr schnelle Reaktion verlangt. So sind etwa Stellungnahme-fristen von wenigen Tagen in Gesetzgebungsverfahren keine Seltenheit.

Soll in Anhörungsverfahren der Bundesregierung oder des Deutschen Bundestages die Meinung der Kirche von Personen, die nicht dem Kommissariat angehören, vertreten werden, so findet darüber eine Abstimmung mit der zuständigen Bischöflichen Kommission bzw. Kommission des Verbandes der Diözesen Deutschlands statt.

18

3. Inhaltliche Schwerpunkte

Aus der religiösen Dimension ihres Auftrages für ein Wirken in der Gesellschaft ergibt sich auch die inhaltliche Schwerpunktsetzung der politischen Interessenvertretung der Kirche. So sieht die Kirche in der Wahrnehmung der Option für die Armen, Schwachen und Benachteiligten ein Leitmotiv ihres gesellschaftspolitischen Handelns.²³ Hierbei geht es darum, die Interessen jener zu Gehör zu bringen, deren Stimmen in einer modernen Leistungsgesellschaft schnell überhört werden, wie etwa die der Migranten, der Alten, Kranken und aus anderen Gründen Hilfsbedürftigen. Aus diesen Gründen bilden insbesondere die Asyl- und Flüchtlingspolitik, Fragen der Zuwanderung, die Entwicklungszusammenarbeit, die Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen in der Einen Welt oder sozialpolitische Fragen regelmäßig wiederkehrende Schwerpunkte der Arbeit des Kommissariats der deutschen Bischöfe.

19

Eine weitere wichtige Dimension des kirchlichen Auftrages in der Gesellschaft besteht darin, sich für die Erhaltung und Stärkung grundlegender sinn- und gemeinschaftsstiftender Wertvorstellungen einzusetzen.²⁴ Dabei stehen die Rückbesinnung auf die ethischen

20

²³ Dies tut sie in ökumenischer Verbundenheit, vgl. *Kirchenamt der Evangelischen Kirche in Deutschland und Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz* (Hg.), *Für eine Zukunft in Solidarität und Gerechtigkeit. Wort des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland und der Deutschen Bischofskonferenz zur wirtschaftlichen und sozialen Lage in Deutschland, Gemeinsame Texte 9*, 1997, S. 44.

²⁴ Siehe *Anton Rauscher*, *Grundlagen und Selbstverständnis der katholischen Soziallehre – Kirchliche Soziallehre*, in: ders., *Kirche in der Welt. Beiträge zur christlichen Gesellschaftsverantwortung*, Bd. 1, 1988, S. 16 ff.; ders., *Grundwerte in der Diskussion*, ebd., Bd. 2, 1988, S. 40 ff.; Päpstlicher Rat für

Grundlagen der Rechts- und Gesellschaftsordnung und die Gestaltung derselben im Mittelpunkt kirchlicher Anliegen an die Politik – und zwar in den unterschiedlichsten Bereichen wie etwa der Familienpolitik, dem Bildungswesen, der Kultur, dem Lebensschutz oder in Fragen der weltweiten Sicherung des Friedens. Gerade in diesen Bereichen kann die Kirche in ganz anderer Weise inhaltlich Positionen begründen und Stellung beziehen als der religiös und weltanschaulich neutrale Staat des Grundgesetzes. Die fortschreitende europäische Integration hat darüber hinaus die europäische Einbettung bundesdeutscher Politikgestaltung und europapolitische Themen insgesamt zunehmend in den Mittelpunkt der Tätigkeit des Kommissariats gerückt.

- 21 Die kirchlichen Verbindungsstellen an der Nahtstelle zur Politik sind ferner auch auf die Wahrung und Vertretung kirchlicher Interessen verpflichtet, die den Status der Kirche in Deutschland und Europa berühren. Dass die verfassungsrechtliche Stellung der Kirchen, insbesondere das Recht, ihre eigenen Angelegenheiten selbstbestimmt ordnen und regeln zu können, gerade der Realisierung des Verkündigungsauftrags der Kirche zu dienen bestimmt ist, bedarf heute intensiverer und stetigerer Begründung als in den früheren Jahren der Bundesrepublik.

- 22 Eine besondere Dimension und weiterer Schwerpunkt der Arbeit des Katholischen Büros ist der pastorale Auftrag für die Abgeordneten des Deutschen Bundestages, die Bediensteten der verschiedenen Bundesbehörden und der Parlamentsverwaltung, die vielen in Berlin auf Ebene des Bundes tätigen Interessenvertreter, die Vertreter politischer Stiftungen sowie die Hauptstadtjournalisten. Ausdruck dieser pastoralen Funktion sind unter anderem die ökumenischen Gottesdienstangebote zu bedeutenden staatlichen Anlässen wie etwa dem Zusammentreten der Bundesversammlung anlässlich der Wahl eines Bundespräsidenten oder vor der ersten konstituierenden Sitzung eines neu gewählten Deutschen Bundestages oder zu wichtigen Gedenktagen. Hierzu zählen aber auch regelmäßige Gottesdienste oder Andachten für die genannten Personengruppen und seelsorgliche Angebote für jene, die auf bundespolitischer Ebene in unterschiedlichsten Funktionen tätig sind.

Gerechtigkeit und Frieden (Hg.), Kompendium der Soziallehre der Kirche, 2004, S. 398 f.; *Turowski*, Verbindungsstellen (o. Fn. 12), S. 197.

4. Arbeitsweise

Zur Erfüllung seiner Aufgaben bedient sich das Kommissariat 23 zahlreicher im Bereich der politischen Interessenwahrnehmung klassischer Methoden.²⁵

Die Identifizierung und Analyse kirchlich relevanter politischer 24 Themen bilden Grundlage und Ausgangspunkt aller weiteren Aktivitäten politischen Entscheidungsträgern gegenüber. Dies setzt eine sorgfältige politische wie auch juristische Prüfung und Bewertung konkreter Vorhaben voraus, deren Qualität das Fundament von Glaubwürdigkeit und Effizienz der Interessenwahrnehmung durch das Kommissariat ist.

In als relevant für kirchliche Belange identifizierten Gesetzesvor- 25 haben trägt das Kommissariat der deutschen Bischöfe Anliegen der Kirche in den verschiedenen Stadien des Verfahrens vor. Ebenso informiert es innerkirchliche Entscheidungsträger und Gremien über politische Entwicklungen und Entscheidungen und erläutert diese.²⁶

Neben der erwähnten Abgabe schriftlicher Stellungnahmen in Ge- 26 setzgebungsverfahren oder der Teilnahme in Anhörungen veranstaltet das Kommissariat insbesondere Arbeits- und Gesprächskreise zu wechselnden politischen Schwerpunktthemen. Es unterhält gleichermaßen Kontakte zu den Arbeitsebenen und den Leitungen der Organe des Bundes, der Parteien, Verbände, Gewerkschaften und weiteren auf Bundesebene tätigen gesellschaftlichen Kräften.

Die Politik bedient sich zur Begleitung oder Vorbereitung be- 27 stimmter politischer Entscheidungen zunehmend pluralistisch besetzter Gremien wie etwa Expertenkommissionen, Beiräten oder Runden Tischen.²⁷ Die Motive hierfür sind vielfältig. Sie reichen von

²⁵ Vgl. zu den klassischen Methoden und Strategien der Interessenwahrnehmung *Iris Wehrmann*, Lobbying in Deutschland – Begriff und Trends, in: Lobbying – Strukturen. Akteure. Strategien, hg. von Ralf Kleinfeld / Annette Zimmer / Ulrich Willems, 2007, S. 36 (45 ff.).

²⁶ Vgl. zur Aufgabe der „Transformation“ die Ausführungen von *Wilhelm Wöste*, Die Aufgaben der Katholischen Büros, in: Katholiken und ihre Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, hg. von Günter Gorschenek, Bd. 200–202, 1976, S. 96 f.

²⁷ Siehe *Andreas Voßkuhle*, Sachverständige Beratung des Staates, in: HStR³, Bd. 3, 2005, S. 425–475; *Hans-Detlef Horn*, Verbände, in: HStR³, Bd. 3, 2005, S. 357–387; siehe auch *Matthias Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung: Entscheidungsteilhaber Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie, 1993,

dem Bestreben, sich den besten Sachverstand zu sichern, über das Bemühen, einen möglichst breiten gesellschaftlichen Konsens und eine solide demokratische Legitimation für komplexe Entscheidungen herzustellen, bis hin zu der Erkenntnis, dass bestimmten gesellschaftlichen Problemen nur durch gesamtgesellschaftliche Strategien begegnet werden kann. Das Kommissariat ist nicht selten erste Anlaufstelle für diesbezügliche Anfragen der Politik. Die Identifikation und Beauftragung geeigneter Personen für die Wahrnehmung der Interessen der Kirche in solchen Gremien oder auch die Entsendung des Leiters des Kommissariats bildet einen wichtiger werdenden Bestandteil der Aufgabenerfüllung im Auftrag der deutschen Bischöfe.

28 Nicht immer geht es in der Arbeit der Verbindungsstelle der Deutschen Bischofskonferenz nur um die Vermittlung inhaltlicher Positionierungen zu ausgewählten gesellschaftspolitischen Fragestellungen. Im Bewusstsein der Verantwortung der Kirche für ein gelingendes demokratisches Gemeinwesen gehört die Ermöglichung eines demokratischen Diskurses, freilich stets in Anknüpfung an konkret anstehende politische Entscheidungen, ebenso zum Aufgabenspektrum und zur Arbeitsweise des Kommissariats. Gerade bei schwierigen ethischen Fragestellungen gibt es eine Nachfrage nach offenem Meinungsaustausch in geschützten Räumen fernab jeder Fraktions- oder Parteidisziplin und auch fernab jeglichen medialen Druckes.

29 Leitprinzipien der Interessenvertretung im Auftrag der deutschen Bischöfe sind die sachliche, verständliche und umfassende Information nach innen wie nach außen sowie eine in der Sache rationale Argumentation, die die religiöse Motivation und Fundierung erkennen lässt, jedoch auch für jene nachvollziehbar sein soll, die die zugrunde liegenden religiösen Überzeugungen nicht teilen.²⁸ Anders als in den Ursprüngen der institutionalisierten Kontakte zwischen Staat und Kirche sind Ansprechpartner für die Kirche längst nicht mehr nur ihre eigenen Konfessionsangehörigen. Auch eine Exklusivität von Kontakten zu Vertretern bestimmter politischer Parteien gehört lange der Vergangenheit an.

30 Eine fundierte Vertretung der Positionen der Deutschen Bischofskonferenz gegenüber der Politik erfordert darüber hinaus eine enge

S. 41 ff., der dort zwischen „gruppenrepräsentativen Entscheidungsgremien“ und „bloßen Beratungsgremien“ unterscheidet.

²⁸ Siehe *Judith Könemann / Anna-Maria Meuth / Christiane Frantz / Max Schulte*, Religiöse Interessenvertretung. Kirchen in der Öffentlichkeit – Christen in der Politik, 2015.

Zusammenarbeit und Abstimmung zwischen dem Kommissariat, dem Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz sowie den Kommissionen der Deutschen Bischofskonferenz. Ausdruck dieser notwendigen Verklammerung ist die bewährte Übung, dass die Referenten des Kommissariats in den jeweils für ihre Zuständigkeitsbereiche relevanten bischöflichen Kommissionen vertreten sind. Im Bereich der verfassten Kirche bedarf es überdies einer engen fachlichen Kooperation und Koordination mit den katholischen Länderbüros, den Kommissionen des Verbandes der Diözesen Deutschlands sowie dem Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands. Ein bedeutsames Forum des innerkirchlichen Informationsaustauschs sind die zweimal jährlich stattfindenden Besprechungen des „Kirchenpolitischen Gremiums“,²⁹ bestehend aus den Generalvikaren der Diözesanbischöfe, den Leitern der Bischöflichen Kommissariate in den Bundesländern sowie weiterer zentraler kirchlicher Einrichtungen.

Mit Blick auf die Vielfalt und Komplexität der zu bearbeitenden Themenbereiche und die Vielgestaltigkeit des katholischen Milieus sind die gegenseitige Information, Abstimmung und Koordinierung politischer Interessenwahrnehmung mit den unterschiedlichsten Organisationen, Einrichtungen und Verbänden des katholischen Lebens in Deutschland für eine in der Sache kompetente und möglichst breit getragene Interessenwahrnehmung von entscheidender Bedeutung.³⁰ Zentrale Ansprechpartner sind dabei das Zentralkomitee der deutschen Katholiken,³¹ der Deutsche Caritasverband und seine Untergliederungen, die kirchlichen Werke – insbesondere MISEREOR³² – sowie die katholischen Verbände.

31

²⁹ So in § 9 der Geschäftsordnung für das Kommissariat der deutschen Bischöfe vorgesehen.

³⁰ Zur Herausforderung der Abstimmung von Positionen in einem pluralen katholischen Umfeld *Niemeyer*, Institutionalisierte Kontakte (o. Fn. 15), S. 75.

³¹ Kontaktpflege, Information und Abstimmung sieht § 8 der Geschäftsordnung für das Kommissariat der deutschen Bischöfe vor.

³² MISEREOR nimmt die Geschäftsführung der katholischen Zentralstelle für Entwicklungszusammenarbeit (KZE) wahr, deren Vorsitzender der Leiter des Kommissariats der deutschen Bischöfe ist. Seit dem Jahre 1962 existiert zwischen der Bundesregierung, der evangelischen und der katholischen Kirche in Deutschland eine entwicklungspolitische Zusammenarbeit. Für ihre Umsetzung wurden im gleichen Jahr die Evangelische und die Katholische Zentralstelle für Entwicklungshilfe (EZE und KZE) gegründet. Die kirchlichen Zentralstellen treffen die Auswahl der Projekte jeweils eigenständig und bestimmen selbst das Projektprogramm.

- 32 Eine besondere Rolle nimmt die enge ökumenische Zusammenarbeit mit dem Bevollmächtigten des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland bei der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union nebst seinem Büro ein.³³ Nicht selten werden Erklärungen und Stellungnahmen vom Leiter des Kommissariats der deutschen Bischöfe und dem Bevollmächtigten des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland gemeinsam verantwortet.
- 33 Aus der Aufgabenstellung des Kommissariats als Verbindungsstelle der deutschen Bischöfe zur Bundesregierung und den übrigen Bundesbehörden ergeben sich schließlich naturgemäß sachliche Berührungspunkte mit der Tätigkeit des Apostolischen Nuntius als des Vertreters des Papstes bei der Bundesrepublik Deutschland, aber auch bei den deutschen Bischöfen. Gemäß § 10 seiner Geschäftsordnung unterhält das Kommissariat im Auftrag des Vorsitzenden der Deutschen Bischofskonferenz ständige Kontakte mit dem Apostolischen Nuntius und informiert darüber den Vorsitzenden und den Sekretär der Deutschen Bischofskonferenz. In Konkordatsangelegenheiten und in anderen dem Heiligen Stuhl vorbehaltenen Materien ist das Kommissariat der deutschen Bischöfe auf eine sorgfältige Wahrung der Kompetenzen der Apostolischen Nuntiatur bedacht.³⁴

II. Die Kommissariate der Bischöfe in den Ländern³⁵

- 34 Zur Vertretung landesrechtlicher und landespolitischer Anliegen der Kirchen wurden seit den späten fünfziger Jahren auch auf der Ebene der bundesdeutschen Länder Verbindungsstellen der jeweils zuständigen Diözesanbischöfe zu den jeweiligen Landesregierungen errichtet. Im Zuge der Wiedervereinigung wurden auch von den ostdeutschen Diözesen solche Dienststellen eingerichtet. Die Gesetzgebungskompetenzen der Länder, die seit jeher wichtige Politikbereiche umfassten, sind im Zuge der Föderalismusreform im Jahr 2006 noch einmal erheblich erweitert worden. So fällt etwa wegen der Kulturhoheit der Länder das gesamte Unterrichts- und Bildungswesen vom Kindergarten bis zur Universität im Wesentlichen in den

³³ Vgl. *Reimers / Jüsten*, Lobbying (o. Fn. 6), S. 225.

³⁴ Zur Abgrenzung der Kompetenzen zwischen dem Kommissariat der deutschen Bischöfe und der Apostolischen Nuntiatur vgl. die historischen Reminiszenzen bei *Niemeyer*, Institutionalisierte Kontakte (o. Fn. 15), S. 80.

³⁵ Unter Bezugnahme auf *Turowski*, Verbindungsstellen (o. Fn. 12), S. 207 ff.

Kompetenzbereich der Länder. Gerade auf diesen Gebieten ist eine enge Zusammenarbeit zwischen dem Staat und den jeweiligen kirchlichen Stellen langjährig erprobt und bewährt. Dies gilt beispielsweise für den Religionsunterricht an öffentlichen Schulen und die Katholisch-Theologischen Fakultäten an den staatlichen Universitäten. Beide Bereiche werden im Staatskirchenrecht als „gemeinsame Angelegenheiten“ von Staat und Kirche bezeichnet. Auch das Krankenhaus- und Kindergartenwesen sowie die zahlreichen karitativen Dienste der Kirche verlangen eine kontinuierliche und vielfältige Kooperation zwischen den zuständigen kirchlichen und staatlichen Stellen. Schließlich fallen auch die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Staat und den Kirchen zu einem überwiegenden Teil in den Kompetenzbereich der Länder.

Als Einrichtungen der sie tragenden Diözesen haben die Länderkommissariate ihren Sitz in der Hauptstadt des jeweiligen Bundeslandes. Die Rechtsgrundlage ihrer Errichtung ist entweder eine Vereinbarung zwischen den beteiligten Bischöfen oder ein mit Zustimmung des Heiligen Stuhls erlassenes bischöfliches Dekret. Beginnend mit dem Jahr 1958 wurden in der Bundesrepublik Deutschland folgende Länderkommissariate errichtet:³⁶

35

- a) Katholisches Büro Nordrhein-Westfalen. Kommissariat der Bischöfe in Nordrhein-Westfalen mit Sitz in Düsseldorf (Tag der Errichtung 21. 8. 1958);
- b) Kommissariat der katholischen Bischöfe im Lande Hessen mit Sitz in Wiesbaden (Tag der Errichtung 10. 11. 1959);
- c) Katholisches Büro Niedersachsen. Kommissariat der katholischen Bischöfe mit Sitz in Hannover (Tag der Errichtung 3. 2. 1964);
- d) Katholisches Büro Mainz. Kommissariat der Bischöfe Rheinland-Pfalz mit Sitz in Mainz (Tag der Errichtung 1. 12. 1968);
- e) Katholisches Büro Saarland. Kommissariat der Bischöfe von Speyer und Trier mit Sitz in Saarbrücken (Tag der Errichtung 1. 6. 1971);
- f) Katholisches Büro Stuttgart. Kommissariat der Bischöfe in Baden-Württemberg mit Sitz in Stuttgart (Tag der Errichtung 1. 9. 1974);

³⁶ Vgl. die ausführlichere Übersicht bei *Ganslmeier*, Kirchliche Interessenvertretung (o. Fn. 6), S. 20 ff.

- g) Katholisches Büro Sachsen-Anhalt mit Sitz in Magdeburg (Tag der Errichtung 1. 7. 1990);
- h) Katholisches Büro Sachsen mit Sitz in Dresden (Tag der Errichtung 10. 12. 1990);
- i) Katholisches Büro Berlin. Kommissariat der Bischöfe im Land Berlin und im Land Brandenburg mit Sitz in Berlin (Tag der Errichtung 1. 1. 1991);
- j) Katholisches Büro Erfurt. Kommissariat der Bischöfe in Thüringen mit Sitz in Erfurt (Tag der Errichtung 1. 1. 1991);
- k) Katholisches Büro Bayern mit Sitz in München (Tag der Errichtung 1. 6. 1993);
- l) Kommissariat der Erzbischöfe von Berlin und Hamburg. Katholisches Büro Schwerin. Ständige Beauftragte der Erzbischöfe von Berlin und Hamburg am Sitz der Landesregierung Mecklenburg-Vorpommern (Tag der Errichtung 14. 2. 1995);
- m) Erzbischöfliches Amt Kiel. Ständiger Beauftragter des Erzbischofs von Hamburg mit Sitz in Kiel (Tag der Errichtung 14. 2. 1995);
- n) Katholisches Büro Bremen mit Sitz in Bremen (Tag der Errichtung 1. 6. 1996);
- o) Katholisches Büro Hamburg: seit 1. 1. 2005 als Stabsstelle des Erzbischofs von Hamburg (Dekret vom 7. 12. 2004). Zuvor Wahrnehmung der Aufgabe durch eine Abteilung des Erzbischöflichen Generalvikariats.

36 Die Errichtung von Kommissariaten der Bischöfe auf Landesebene als Verbindungs- und Informationsstellen liegt nicht nur im Interesse der Kirche; an einer kontinuierlichen und harmonischen Zusammenarbeit mit der Kirche sind ebenso auch die Länder interessiert. Anders als auf der Ebene des Bundes gibt es auf der Länderebene teilweise rechtliche Vereinbarungen über die institutionalisierte Kontaktpflege und Zusammenarbeit zwischen Staat und Kirche. Ein Beispiel hierfür stellt etwa die Bestimmung des Art. 19 Abs. 1 NdsK dar.³⁷ Darin haben die beiden Vertragspartner vereinbart, über alle

³⁷ Ausführlich hierzu *Felix Bernhard*, Das Niedersachsenkonkordat – ein Meilenstein in der neueren deutschen Konkordatsgeschichte, in: Im Dienst von Kirche und Wissenschaft. Festschrift für Alfred E. Hierold zur Vollendung des 65. Lebensjahres, hg. von Wilhelm Rees / Sabine Demel / Ludger Müller, 2007, S. 813 ff.

Fragen ihres Verhältnisses, insbesondere soweit sie sich aus Bestimmungen des Vertrages und der in der Präambel genannten Vereinbarungen ergeben, *einen ständigen Kontakt herzustellen* und eine etwa in Zukunft zwischen ihnen entstehende Meinungsverschiedenheit über die Auslegung einer Bestimmung dieses Vertrages auf freundschaftliche Weise zu beseitigen.³⁸

Die katholischen Büros in den Bundesländern sind von unterschiedlichem Zuschnitt. In der Regel sind sie mit einem Leiter oder einer Leiterin und mindestens einer Referentenstelle ausgestattet. Die organisatorische Ausformung und die Anbindung der katholischen Büros an die jeweiligen Diözesanverwaltungen sind unterschiedlich ausgestaltet. Aufgaben und Arbeitsweisen entsprechen, bezogen auf die Ebene der Länder, im Wesentlichen denen des Kommissariats der deutschen Bischöfe, wobei es durchaus auch zumeist langjährig gewachsene landesspezifische Besonderheiten bezüglich der konkreten Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen staatlich-politischen Stellen und den Kirchen gibt.³⁹ Zwischen den Katholischen Büros auf Länderebene und dem Kommissariat der deutschen Bischöfe finden eine enge Abstimmung und ein institutionalisierter Austausch statt. Im Hinblick auf die Zusammenarbeit zwischen dem Kommissariat der deutschen Bischöfe und den Kommissariaten der

37

³⁸ Text bei *Joseph Listl* (Hg.), *Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland*. Textausgabe für Wissenschaft und Praxis, 1987, S. 18. Eine analoge Bestimmung enthält Art. 2 des NdsKV. Darin vereinbaren die Vertragspartner, „zur Vertiefung der Beziehungen regelmäßige Begegnungen [zu] erstreben“ und „sich jederzeit zu einer Besprechung von Fragen, die ihr Verhältnis zueinander berühren, zur Verfügung“ zu halten. Ferner sagen die Kirchenleitungen zu, untereinander eine enge Zusammenarbeit aufzunehmen, um ihre Anliegen gegenüber dem Staat einheitlich zu vertreten. Sie verpflichten sich, gemeinsame Bevollmächtigte zu bestellen und eine Geschäftsstelle am Sitz der Landesregierung einzurichten. Wortlaut bei *Listl*, a. a. O., S. 110. Eine inhaltsgleiche Vereinbarung enthält auch Art. 3 EvKV SH. Wortlaut bei *Listl*, a. a. O., S. 666. Weitere Landeskonkordate, in denen das „Zusammenwirken“ unter Einrichtung eines „ständigen Kontaktes“ oder einer „ständigen Vertretung“ in Form eines Katholischen Büros festgeschrieben werden: Art. 2 KathKV Sachsen; Art. 22 KathKV Bbg.; Art. 22 KathKV Bremen; Art. 4 KathKV Hmb.

³⁹ Vgl. näher zu Aufgaben und Arbeitsweise des Katholischen Büros in Nordrhein-Westfalen *Burkhard Kämper*, *Kirchliche Interessenvertretung im demokratischen Gemeinwesen. Der Beitrag des Katholischen Büros in Düsseldorf im Prozess der politischen Willensbildung in Nordrhein-Westfalen*, in: JCSW 54 (2013), S. 21–30; zum Katholischen Büro Rheinland-Pfalz *Günter Sofsky*, *Erfahrungen aus dem Katholischen Büro Mainz*, in: *Kirche und Staat als Partner. 10 Jahre Katholisches Büro Mainz 1968–1978*, hg. vom Katholischen Büro Mainz, 1978, S. 32–51.

Bischöfe in den Bundesländern bestimmt § 18 Nr. 2 der Geschäftsordnung der Deutschen Bischofskonferenz, dass „soweit für bestimmte Sachbereiche Regelungen nur auf der Ebene der Bundesländer möglich sind, [...] eine gegenseitige Information und Abstimmung zwischen den Kommissariaten der Bischöfe in den Bundesländern, dem Kommissariat der deutschen Bischöfe und den sachlich betroffenen Kommissionen der Bischofskonferenz erforderlich“ ist.

- 38** Soweit für die einzelnen Länderbüros Statuten oder Geschäftsordnungen bestehen, sind diese in der Regel nicht veröffentlicht. Eine Ausnahme bildet aber etwa das durch Beschluss der Freisinger Bischofskonferenz vom 26./27.3.1992 errichtete und von den katholischen (Erz-)Diözesen im Freistaat Bayern getragene „Katholische Büro Bayern“.⁴⁰

III. Verbindungsstellen der katholischen Kirche auf europäischer Ebene

- 39** Im Zuge der fortschreitenden europäischen Integration und der damit einhergehenden Verlagerung von Gesetzgebungskompetenzen und Entscheidungsprozessen auf die europäische Ebene gewann die Arbeit des Kommissariats zunehmend eine europäische Dimension. Veränderungen ergaben sich insbesondere mit Blick auf die Adressaten kirchlicher Anliegen im politischen Raum. Darüber hinaus wurde es notwendig, die institutionalisierte Kontaktpflege⁴¹ auf die relevanten Akteure auf europäischer Ebene auszuweiten.

⁴⁰ Die Satzung und Geschäftsordnung für das Katholische Büro Bayern sind veröffentlicht in den Amtsblättern der bayerischen Diözesen, z.B. im ABL. für das Erzbistum München und Freising 1994, S. 271–274. In Bayern bestand bereits vor Errichtung des Katholischen Büros Bayern am Erzbischöflichen Ordinariat München das Schulkommissariat II, das die Funktion einer Verbindungsstelle zwischen den bayerischen Diözesen und dem Bayerischen Staatsministerium für Unterricht und Kultus, Wissenschaft und Kunst wahrgenommen hat.

⁴¹ Im Folgenden soll die Arbeit der beiden aus deutscher Sicht wesentlichen Verbindungsstellen der verfassten Kirche auf Ebene der Europäischen Union beschrieben werden.

1. Kommissariat der deutschen Bischöfe

Spätestens seit den 1980er Jahren nahm das Kommissariat europäische Entscheidungsprozesse stärker in den Blick und intensivierte seine Kontakte zu kirchlichen und europäischen Einrichtungen und Institutionen in Brüssel. Dieser Entwicklung wurde im Rahmen des Umzugs nach Berlin im Jahr 2000 durch die Einrichtung eines eigenen Europareferats im Kommissariat der deutschen Bischöfe auch organisatorisch Rechnung getragen. 40

Heute begleitet das Kommissariat der deutschen Bischöfe die relevanten politischen und gesetzgeberischen Prozesse der Europäischen Union sowohl in Deutschland als auch auf europäischer Ebene bis ins nationale Recht hinein. 41

Da die deutsche Gesetzgebung mittlerweile in einem hohen Maß⁴² durch die europäische Gesetzgebung geprägt ist, setzt die effektive Wahrnehmung kirchlicher Interessen auf deutscher Ebene häufig bereits ein Tätigwerden auf europäischer Ebene voraus. Dabei wird Europapolitik im Kommissariat der deutschen Bischöfe zunehmend als Innenpolitik begriffen, weswegen es verstärkt die verschiedenen Fachreferate des Kommissariats sind, die ihre nationalen Themen auch auf europäischer Ebene mitbegleiten. 42

Die Bewahrung des deutschen Religionsverfassungsrechts im Rahmen und in der Folge europäischer Gesetzgebungsprozesse spielt eine besondere Rolle in der Arbeit des Kommissariats auf europäischer Ebene. Dies mag verwundern, da die Europäische Union im Bereich der Regelung der religionsverfassungsrechtlichen Systeme der Mitgliedstaaten gerade keine Rechtssetzungs- oder Harmonisierungskompetenz besitzt.⁴³ Die Mitgliedstaaten der Europäischen 43

⁴² Vielfach wird davon ausgegangen, dass je nach Ressort heute 60 bis 80 Prozent der deutschen Gesetze ihren Ursprung in Brüssel haben, da sie entweder auf europäischer Ebene gemacht oder jedenfalls inhaltlich – zum Teil sogar recht detailliert – vorgezeichnet werden, vgl. *Christoph Grützmaier*, Die europäische Union und der deutsche Föderalismus: Möglichkeiten und Grenzen der politischen Einflussnahme der Bundesländer am Beispiel Mecklenburg-Vorpommerns, 2013, S. 38; andere halten diese Einschätzung für einen „80-Prozent-Mythos“, vgl. *Anna Mangold*, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht, 2011, S. 309 f.; *Tilman Hoppe*, Die Europäisierung der Gesetzgebung: der 80-Prozent-Mythos lebt, in: *EuZW* 2009, S. 168–169.

⁴³ *Christian Waldhoff*, in: *EUV/AEUV Kommentar*, hg. von Christian Callies/Matthias Ruffert, 5. Aufl. 2016, Art. 17, Rn. 6 m. w. N.; *Peter M. Huber*, Konkordate und Kirchenverträge unter Europäisierungsdruck?, in: *AfkKR* 177 (2008), S. 411; *Hermann Weber*, Religionsrecht und Religionspoli-

Union weisen vielmehr sehr unterschiedliche Traditionen in der Bestimmung ihres Verhältnisses zu den Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften auf. Die Regelungen des (insbesondere institutionellen) Verhältnisses von Staat und Kirche in den jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtssystemen sind dementsprechend vielgestaltig.⁴⁴

- 44** Auch wenn die Europäische Union also keine Kompetenzen zum Erlass von Gesetzgebungsakten auf dem Gebiet des Religionsverfassungsrechts hat, kann sie auf der Grundlage der ihr zugewiesenen Kompetenzen (Gesetzgebungs-)Tätigkeiten entfalten, die sich auch auf die staatskirchenrechtlichen Regelungen und Gewährleistungen in den unterschiedlichsten nationalstaatlichen Rechtsmaterien auswirken.⁴⁵ Dies gilt insbesondere für europäische Querschnittsregelungen, die auf die Besonderheiten des Religionsverfassungsrechts nicht immer Rücksicht nehmen.⁴⁶ Damit eröffnet sich ein weites Feld potenzieller Reibungsflächen zwischen fundamental unterschiedlichen Rechtsmaterien. Das sekundäre Europarecht einerseits ist primär wirtschaftlich und an grenzüberschreitendem Verhalten orientiert, die mitgliedstaatlichen Regelungen zum Staat-Kirche-Verhältnis sind andererseits „historisch-kulturell imprägniert“⁴⁷. Ersteres ist dabei im Grundsatz funktional ausgerichtet, knüpft also Rechtsfolgen an Tätigkeiten und nicht an bestimmte Akteure, wohingegen das Religionsverfassungsrecht in Deutschland zumindest seinem historischen Herkommen nach institutionell geprägt ist⁴⁸ und

tik in der EU, in: NVwZ 2001, S. 1485 (1488); *Stefan Mückl*, Aktuelle Herausforderungen für das Staatskirchenrecht, in: Aus Politik und Zeitgeschichte 24/2013, S. 48 (51); *Patrick Schnabel*, Der Dialog nach Art. 17 III AEUV, 2014, S. 169; *Rudolf Streinz*, in: EUV/AEUV Kommentar. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, hg. von dems., 2. Aufl. 2012, Art. 17, Rn. 7A; *Florian Schmidt*, in: EU-Kommentar, hg. von Jürgen Schwarze, 3. Aufl. 2012, Art. 17, Rn. 20 f.

⁴⁴ *Turowski*, Verbindungsstellen (o. Fn. 12), S. 212, Fn. 17 m.w.N.; *Waldhoff*, in: EUV/AEUV Kommentar (o. Fn. 43), Art. 17, Rn. 3; *Claus Dieter Classen*, in: Das Recht der Europäischen Union, begr. von Eberhard Grabitz, fortgeführt von Meinhard Hilf, hg. von Martin Nettesheim, Losebl., Bd. 1: EUV/AEUV, Stand 2014, Art. 17, Rn. 9 ff.; *Schnabel*, Dialog (o. Fn. 43), S. 29 ff.; *Streinz*, in: EUV/AEUV Kommentar (o. Fn. 43), Art. 17, Rn. 9; *Schmidt*, in: EU-Kommentar (o. Fn. 43), Art. 17, Rn. 1.

⁴⁵ Vgl. *Mückl*, Herausforderungen (o. Fn. 43), S. 51; *Waldhoff*, in: EUV/AEUV Kommentar (o. Fn. 43), Art. 17, Rn. 10; *Streinz*, in: EUV/AEUV Kommentar (o. Fn. 43), Art. 17, Rn. 7 ff.

⁴⁶ *Huber*, Konkordate (o. Fn. 43), S. 411.

⁴⁷ *Waldhoff*, in: EUV/AEUV Kommentar (o. Fn. 43), Art. 17, Rn. 11.

⁴⁸ Vgl. *Waldhoff*, ebd., Art. 17, Rn. 11.

Rechtsfolgen zumindest zuweilen an bestimmten Akteuren, den Kirchen und Religionsgemeinschaften, ausrichtet.⁴⁹ Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts kann das deutsche Staatskirchenrecht überformt oder partiell verdrängt werden.⁵⁰

Zum Tragen kommt diese normhierarchische Überlagerung⁵¹, wo europarechtliche Vorgaben zu staatskirchenrechtlichen Bestimmungen, insbesondere zu den von Art. 140 GG i.V.m. den Art. 136 ff. WRV und Art. 4 GG gewährleisteten und geschützten Rechtspositionen der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in Widerspruch stehen. Diesbezügliches Konfliktpotenzial findet sich etwa im europäischen Antidiskriminierungs- und Arbeitsrecht, im europäischen Datenschutzrecht oder auch – mit Blick auf karitative Tätigkeiten der Kirchen – im europäischen Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht (insbesondere mit Blick auf das Beihilfe- und Vergaberecht).⁵²

Als Ansatzpunkt zur Entschärfung dieses Konfliktpotenzials könnte Art. 17 Abs. 1 AEUV dienen. Hiernach „achtet“ die Europäische Union „den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, und beeinträchtigt ihn nicht“. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs⁵³ bringt diese Vorschrift allerdings lediglich die Neutralität der Europäischen Union demgegenüber zum Ausdruck, wie die Mitgliedstaaten ihre Beziehungen zu den Kirchen und religiösen Vereinigungen oder Gemeinschaften gestalten. Darüber hinaus entfaltet Art. 17 Abs. 1 AEUV, solange er im einschlägigen Unionsrecht einen spezifischen Ausdruck gefunden hat, keine über dieses Unionsrecht hinausgehende Rechtswirkung⁵⁴.

Wie die deutschen Gerichte, insbesondere das Bundesarbeitsgericht und das Bundesverfassungsgericht, diese Auslegung des Europäischen Gerichtshofs im Lichte des Verfassungsrechts für das

⁴⁹ Waldhoff, ebd., Art. 17, Rn. 11.

⁵⁰ Vgl. auch Waldhoff, ebd., Art. 17, Rn. 11; Schmidt, in: EU-Kommentar (o. Fn. 43), Art. 17, Rn. 8.

⁵¹ Waldhoff, in: EUV/AEUV Kommentar (o. Fn. 43), Art. 17, Rn. 11.

⁵² Vgl. zu dieser und vergleichbaren Aufzählungen: Huber, Konkordate (o. Fn. 43), S. 411 f.; Classen, in: Das Recht der Europäischen Union (o. Fn. 44), Art. 17, Rn. 6 ff., 51 ff.; Weber, Religionsrecht (o. Fn. 43), S. 1488 ff.; Streinz, in: EUV/AEUV Kommentar (o. Fn. 43), Art. 17, Rn. 8.

⁵³ EuGH, U. v. 17.4.2018 – C-414/16, Rn. 58; U. v. 11.9.2018 – C-68/17, Rn. 48.

⁵⁴ EuGH, U. v. 17.4.2018 – C-414/16, Rn. 56 ff.; EuGH, U. v. 11.9.2018 – C-68/17, Rn. 48.

- 47 deutsche Staatskirchenrecht konkretisieren werden, bleibt abzuwarten. Hier könnte eine Rolle spielen, dass das deutsche Staatskirchenrecht⁵⁵ als Teil der Verfassungsidentität⁵⁶ Deutschlands zur nationalen Identität des Mitgliedstaates im Sinne des Art. 4 Abs. 2 EUV gehört⁵⁷. In einem Konflikt zwischen nationaler Identität und Kompetenzanspruch der Union hat aber letzterer zurückzustehen⁵⁸.
- 48 Das Kommissariat der deutschen Bischöfe führt zur Wahrnehmung der ganzen Bandbreite seiner Aufgaben mit den Europäischen Institutionen, Agenturen und sonstigen Einrichtungen einen Dialog im Sinne des Art. 17 Abs. 3 AEUV.⁵⁹ Nach dieser Bestimmung „pflegt [die Union] mit diesen Kirchen und Gemeinschaften in Anerkennung ihrer Identität und ihres besonderen Beitrags einen offenen, transparenten und regelmäßigen Dialog“.
- 49 Das Kommissariat wird hierfür im Europabereich in einer der Bundes- und Länderebene vergleichbaren⁶⁰ Art und Weise gegenüber den Repräsentanzen der staatlichen, politischen und gesellschaftli-

⁵⁵ Ob diese Rechtsmaterie vollständig, lediglich in Grundzügen oder in wesentlichen Aspekten als Teil der nationalen Identität Deutschlands erfasst ist, wird unterschiedlich beantwortet; *Waldhoff*, in: EUV/AEUV Kommentar (o. Fn. 43), Art. 17, Rn. 6, nimmt dies nur für Grundzüge dieses Regelungsgebietes an.

⁵⁶ Vgl. BVerfG, U. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u. a., in: NJW 2009, 2267 (Lisabon-Urteil), wonach demokratische Selbstbestimmung auf die freie Verwirklichungsmöglichkeit bei Entscheidungen „zum Status von Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften“ angewiesen ist; hierzu auch *Classen*, in: Das Recht der Europäischen Union (o. Fn. 44), Art. 17, Rn. 16.

⁵⁷ *Waldhoff*, in: EUV/AEUV Kommentar (o. Fn. 43), Art. 17, Rn. 6; a. A. *Stefan Rixen*, Was lässt das EU-Recht vom deutschen Staatskirchenrecht übrig? – EU-rechtliche Effekte auf das Religionsverfassungsrecht in Deutschland, in: Entwicklungstendenzen des Staatskirchen- und Religionsverfassungsrechts: ausgewählte begrifflich-systematische, historische, gegenwartsbezogene und biographische Beiträge, hg. von Thomas Holzner / Hannes Ludyga, 2013, S. 111 (119), nach dem Art. 4 Abs. 2 EUV, anders als dessen Vorgängernorm Art. 6 Abs. 3 EUV a.F., für die Frage nach dem europarechtlichen Schutz staatskirchenrechtlicher Strukturen irrelevant ist.

⁵⁸ *Christian Callies / Wolfgang Kahl / Adelheid Puttler*, in: EUV/AEUV Kommentar, hg. von Christian Callies / Matthias Ruffert, 5. Aufl. 2016, Art. 4, Rn. 22.

⁵⁹ Über das Transparenzregister der Europäischen Union, abrufbar unter <<https://ec.europa.eu/transparencyregister/public/homePage.do>>, kann die Tätigkeit des Kommissariats der deutschen Bischöfe im Rahmen dieses Dialogs nachvollzogen werden.

⁶⁰ Das Kommissariat knüpft und erhält zu den Europäischen Institutionen, Agenturen und sonstigen Einrichtungen Kontakte, erarbeitet unter anderem Stellungnahmen und Erklärungen; zudem bearbeitet es einschlägige Anfragen und führt Korrespondenzen siehe oben Rn. 11–38.

chen Kräfte in Brüssel und Berlin tätig. Hierbei kooperiert es eng mit anderen kirchlichen und kirchennahen Einrichtungen. Zu nennen sind hier insbesondere das Brüsseler Büro des Bevollmächtigten des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland und die EU-Vertretung des deutschen Caritasverbandes.

Unterschiede in der Herangehensweise des Kommissariats der deutschen Bischöfe ergeben sich allerdings aus dem stark laizistisch geprägten Umfeld⁶¹ in Brüssel und Straßburg sowie den Besonderheiten des europäischen Gesetzgebungsverfahrens.⁶² So können Kenntnis von und Verständnis für kirchliche Anliegen bei den jeweiligen Adressaten je nach ihrem Herkunftsland und dessen spezifischer religionsverfassungsrechtlicher Tradition stark variieren. Komplexität und Beteiligungsbreite des europäischen Gesetzgebungsverfahrens fordern ein besonders früh ansetzendes,⁶³ auf europäischer und deutscher Ebene koordiniertes und trotz seiner Dauer⁶⁴ kontinuierliches Tätigwerden der Kirchen während des gesamten Prozesses. Neben den Abgeordneten des Europäischen Parlaments und den Mitarbeitern der Europäischen Kommission sind die wichtigsten Ansprechpartner die Vertreter der deutschen Bundesregierung und der Bundesverwaltung, die über den Rat der Europäischen Union entscheidenden Einfluss auf die europäische Gesetzgebung nehmen.

50

⁶¹ *Gabriela Sierck*, Gottes Wort und der Lobbyisten Beitrag. Welchen Einfluss die Kirchen in der EU haben oder haben sollten, in: Herder-Korrespondenz 68 (2014), S. 134 ff.

⁶² Siehe allgemein zum Gesetzgebungsverfahren in der Europäischen Union *Wolfgang Wessels*, Gesetzgebung in der Europäischen Union. in: Gesetzgebung in Westeuropa. EU-Staaten und Europäische Union, hg. von Wolfgang Ismayr, 2008, S. 653–683.

⁶³ *Sierck*, Gottes Wort (o. Fn. 61), S. 136.

⁶⁴ In der Legislaturperiode 2004 bis 2009 vergingen für die erste Lesung im Durchschnitt 15,2 Monate, für die zweite Lesung 31,3 Monate, für die Vermittlung mit dritter Lesung 43,7 Monate, siehe <https://www.europarl.europa.eu/brussels/website/content/modul_03/didaktisch.html>; von einer durchschnittlichen Dauer zwischen ein und zwei Jahren geht aus *Karl von Wogau*, Von der einheitlichen europäischen Akte über den Binnenmarkt zum Heimatmarkt, in: Europa als Auftrag. Die Politik deutscher Christdemokraten im Europäischen Parlament 1957–1997, hg. von Günter Rinsche/Ingo Friedrich, 1997, S. 86.

2. COMECE

51 Einer der wichtigsten kirchlichen Kooperationspartner des Kommissariats der deutschen Bischöfe auf europäischer Ebene ist das Sekretariat der Kommission der Bischofskonferenzen der Europäischen Gemeinschaften (*Commissio Episcopatum Communitatis Europaeensis* – COMECE). Diese, im Jahr 1980 zur Förderung der christlichen Dimension des europäischen Einigungsprozesses⁶⁵ gegründete⁶⁶ Kommission setzt sich aus delegierten Bischöfen⁶⁷ der katholischen Bischofskonferenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zusammen⁶⁸. Als Organe der Kommission fungieren gemäß Art. 4 des Statuts der COMECE die Vollversammlung der Bischöfe, der Vorsitzende, der Ständige Ausschuss und der Generalsekretär der COMECE. Eine enge Zusammenarbeit mit dem Apostolischen Nuntius bei der Europäischen Union ist dadurch gewährleistet, dass dieser zu den Sitzungen der Vollversammlung und des Ständigen Ausschusses eingeladen wird.⁶⁹ Das Sekretariat der COMECE⁷⁰ hat seinen Sitz in Brüssel und beschäftigt derzeit 14 Personen inklusive des Generalsekretärs⁷¹. Wie auch die mitgliedstaatlichen Bischofskonferenzen ist es Dialogpartner der Europäischen Institutionen im Sinne des Art. 17 Abs. 3 AEUV.

52 Nach der Präambel ihres Statuts⁷² beobachtet die COMECE den politischen Prozess der Europäischen Union in den Bereichen von

⁶⁵ Absatz 3 der Präambel des COMECE-Statuts.

⁶⁶ Zur Geschichte dieser Gründung siehe *Anna Echterhoff*, Die COMECE als Partner im Dialog mit der Europäischen Union, in: *Neuere Entwicklungen im Religionsrecht europäischer Staaten*, hg. von Wilhelm Rees/Maria Roca/Balász Schanda, 2013, S. 159 ff.

⁶⁷ Siehe <<http://www.comece.eu/site/de/werwirsind/unseremitgliedsbischoefe>>.

⁶⁸ In den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Stand März 2020) existieren katholische Bischofskonferenzen in Belgien, Bulgarien, Deutschland, Estland, Frankreich, Irland, Italien, Kroatien, Griechenland, Litauen, Lettland, Luxemburg, Malta, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Skandinavien, Slowakei, Slowenien, Spanien, der Tschechischen Republik, Ungarn und Zypern. Diese Bischofskonferenzen entsenden Bischofsdelegierte in die COMECE-Vollversammlung. Die Bischofskonferenz des Vereinigten Königreichs, der Schweiz und Serbiens haben Beobachterstatus bei der COMECE.

⁶⁹ Vgl. Art. 2 des Statuts der COMECE.

⁷⁰ Zum Transparenzregister siehe o. Fn. 59.

⁷¹ <<http://www.comece.eu/site/de/werwirsind/unseremitgliedsbischoefe>>.

⁷² Absatz 6 der Präambel des COMECE-Statuts.

Interesse für die Episkopate der Europäischen Gemeinschaft. Dabei vereint die COMECE nach Art. 1 ihres Statuts die Bischöfe, die die Episkopate der Mitgliedstaaten der Europäischen Union vertreten, um im Geiste der Kollegialität eine engere Zusammenarbeit mit Blick auf die pastoralen Fragen im Zusammenhang mit der Entwicklung der Kompetenzen und den Aktivitäten der Union zu verfolgen.⁷³ Die COMECE folgt dabei, wie ebenfalls in ihrer Präambel vorgesehen, einerseits den Aktivitäten der Europäischen Union und informiert die Episkopate hierüber; andererseits kommuniziert sie den Europäischen Institutionen und Autoritäten die Meinungen und Ansichten der Episkopate in Bezug auf die Europäische Integration⁷⁴.

Im Rahmen ihrer Aufgabenzuweisung hat die COMECE damit ein breites Spektrum auf europäischer Ebene angesiedelter Themen zu bearbeiten, welches von Fragen des Lebensschutzes und der Bioethik über solche der europäischen Wirtschafts- und Sozialpolitik, der Asyl- und Migrationspolitik bis hin zu institutionellen Fragen der Europäischen Union reichen kann. Das Sekretariat der COMECE informiert die mitgliedstaatlichen Bischofskonferenzen regelmäßig zu aktuellen Vorgängen europäischer Entscheidungsprozesse und erarbeitet gemäß Art. 17 Abs. 4 des COMECE-Statuts nach den Vorgaben der Vollversammlung und des Exekutivkomitees Stellungnahmen, die der Generalsekretär abgibt. Dabei können die Auffassungen der mitgliedstaatlichen Bischofskonferenzen in manchen, durch europäische Gesetzgebung geprägten Themenfeldern aufgrund ihrer unterschiedlichen Betroffenheit vor dem Hintergrund ihrer divergierenden staatskirchenrechtlichen Regelungssysteme und Traditionen auseinander gehen. In solchen Konstellationen können dann Interventionen einzelner Bischofskonferenzen bei den europäischen Institutionen oder solche im Rahmen einer „verstärkten Zusammenarbeit“ erforderlich werden.⁷⁵ Das Sekretariat der COMECE führt seinen Dialog mit den Europäischen Institutionen nach Art. 17 Abs. 3 AEUV über jährlich stattfindende Gipfeltreffen zwischen hochrangigen Vertretern der Europäischen Institutionen und der Religionen (sog. „religious leaders meeting“). Darüber hinaus organisiert es regelmäßig, zum Teil auch gemeinsam mit ökumenischen Partnern,

53

⁷³ Art. 1 des COMECE-Statuts (italienische Originalfassung): „La Commissione ... riunisce i vescovi rappresentanti degli Episcopati ... al fine di perseguire ... una più stretta collaborazione fra detti Episcopati, in ordine alle questioni pastorali connesse con lo sviluppo delle competenze e delle attività dell'Unione“.

⁷⁴ Absatz 6 der Präambel des COMECE-Statuts.

⁷⁵ Sierck, Gottes Wort (o. Fn. 61), S. 135.

Dialogseminare und Konferenzen mit der Europäischen Kommission, dem Europaparlament oder einzelnen (oder Gruppen von) europäischen Abgeordneten und nimmt an Konsultationen der Europäischen Kommission teil.

§ 38

Präsenz und Mitwirkung der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften in den Massenmedien

Von Claus Dieter Classen

I. Medienverständnis, Medienarbeit und Medienpräsenz von Kirchen und Religionsgemeinschaften	1–12
1. Der Weg in die Mediengesellschaft	1
2. Die Bedeutung der Medien für die Religionsgemeinschaften	2–5
3. Religiöse Medien	6–11
4. Medien und Religion	12
II. Die Medienlandschaft und Deutschland – empirische und rechtliche Grundlagen	13–42
1. Empirische Entwicklung	13–16
2. Presse	17–23
a) Verfassungsrechtliche Grundlagen	17–18
b) Einfachgesetzliche Ausgestaltung	19–23
3. Rundfunk	24–36
a) Verfassungsrechtliche Stellung	24–31
b) Unionsrechtliche Grundlagen	32–33
c) Einfachgesetzliche Ausgestaltung	34–36
4. Internet	37–42
a) Verfassungsrechtliche Grundlagen	37–38
b) Unionsrechtliche Grundlagen und einfachgesetzliche Ausgestaltung	39–42
III. Religionsgemeinschaften und die Medien mit Ausnahme des Rundfunks	43–60
1. Religionsgemeinschaftliches Engagement in den Medien	43–49
a) Verfassungsrechtliche Grundlagen	43–47

b) Einfachgesetzliche Ausgestaltung	48–49
2. Religion und Religionsgemeinschaften als Gegenstand der medialen Berichterstattung	50–57
a) Verfassungsrechtliche Grundlagen	50–54
b) Einfachgesetzliche Ausgestaltung	55–57
3. Die Kirchen und die Selbstkontrolle der Medien	58–60
IV. Religionsgemeinschaften und der öffentlich-rechtliche Rundfunk	61–99
1. Grundfragen	61–69
a) Religion im Rundfunk	61–63
b) Zur Rolle der verschiedenen Religionsgemeinschaften, vor allem des Islam	64–69
2. Mitgliedschaft in den Gremien	70–79
a) Auswahl der vertretenen Gruppen	70–75
b) Bestellung und Mitwirkung	76–79
3. Programmgestaltung	80–99
a) Allgemeine Vorgaben	80–81
b) Religionsgemeinschaften und Kurzberichterstattung	82–86
c) Religion und Werbung	87–88
d) Drittsenderechte von Religionsgemeinschaften	89–99
V. Religionsgemeinschaften und der private Rundfunk	100–109
1. Die Mitwirkung bei der Zulassung von Rundfunkveranstaltern	100–101
2. Pluralismusanforderungen an Vollprogramme	102–104
3. Allgemeine Programmgrundsätze	105–106
4. Drittsenderechte von Religionsgemeinschaften	107–108
5. Religionsgemeinschaften als Rundfunkbetreiber	109

I. Medienverständnis, Medienarbeit und Medienpräsenz von Kirchen und Religionsgemeinschaften

1. Der Weg in die Mediengesellschaft

„Die Wandlung zur Informationsgesellschaft ist vermutlich der folgenreichste soziale Umbruchprozeß der letzten Jahrzehnte [...]. Dieser Prozeß hat sich dramatisch beschleunigt. Seine Schubkräfte bilden nicht allein die heute nur in Umrissen erkennbare technische Vervollkommnung der derzeitigen und die Entwicklung neuer Kommunikationsmittel, sondern in besonderer Weise auch deren Vernetzung. Damit einher geht eine zunehmende Internationalisierung und Kommerzialisierung des Medienmarkts. Die internationale, wirtschaftliche und politische Integration, die längst nationale Grenzen aufgebrochen und zu großräumigen, ihrerseits in einem weltweiten Verbund stehenden Wirtschaftszonen geführt hat, wird begleitet vom Ausbau grenzüberschreitender Kommunikationssysteme, demgegenüber sich der reale Einfluß nationaler Medienverfassungen zunehmend abschwächt.“

1

Mit diesen, aus heutiger Sicht nahezu prophetisch anmutenden Worten hat *Christoph Link* seinen den verfassungsrechtlichen Grundlagen der kirchlichen Präsenz in den Medien gewidmeten Beitrag in der Voraufgabe dieses Handbuches eingeleitet.¹ Aus der Perspektive des Jahres 2020 ist nur hinzuzufügen, dass die Entwicklung des Internets diesen Prozess noch einmal dramatisch verstärkt hat. Allein die weitere Prognose von *Link*, dass mit diesem Prozess eine Konzentration der Medienmacht in den Händen international vernetzter Unternehmen einhergehe, hat sich so allenfalls in Grenzen bewahrheitet, denn das Internet steht als Medium jedermann zur Verfügung. Neben den mächtigen etablierten Medien hat so auch der Einzelne die Möglichkeit, sich öffentlichkeitswirksam Gehör zu verschaffen. Tut er dies nicht allein, sondern findet er Gleichgesinnte, besteht sogar die reale Hoffnung auf Erfolg.

Die zierten gesetzlichen Vorschriften wurden letztmalig im Herbst 2018 überprüft. Auch die sonstigen Nachweise sind grundsätzlich auf diesem Stand.

¹ *Christoph Link*, Der Anspruch der Kirchen auf Präsenz in den öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Massenmedien des Rundfunks und des Fernsehens (§ 48), in: HSKR², S. 251–284 (251), mit Hinweis auf *Hilmar Hoffmann* (Hg.), Gestern begann die Zukunft. Entwicklung und gesellschaftliche Bedeutung der Medienvielfalt, 1994; darin insbesondere: *Winfried Schulz*, Medienwirklichkeit und Medienwirkung, S. 122 ff.

2. Die Bedeutung der Medien für die Religionsgemeinschaften

- 2 Dieser Prozess der Herausbildung der Informationsgesellschaft hat auch vor den Kirchen und den sonstigen Religionsgemeinschaften nicht haltgemacht. Um wahrgenommen zu werden, sind sie darauf angewiesen, in dieser Mediengesellschaft auch in den modernen Formen Präsenz zu zeigen. Nun ist dies insofern nichts prinzipiell Besonderes, weil Religion immer schon auf Kommunikation hin angelegt war und ist. Religiöse Verkündigung und Mission erfolgen in kommunikativer Beziehung zur menschlichen Gemeinschaft, und ebenso ist der Einzelne für die Ausübung seiner Religion vielfach auf Kommunikation angewiesen.² In dem 1997 von der EKD veröffentlichten publizistischen Gesamtplan „Mandat und Markt“³ wird dementsprechend ausdrücklich betont: „Die evangelische Publizistik ist eine Lebensäußerung der Kirche. Sie ist wie die Kirche insgesamt dem Auftrag zur Bezeugung des Evangeliums verpflichtet.“ Für die anderen Religionsgemeinschaften gilt prinzipiell Gleiches.⁴ Angesichts der Tatsache, dass die traditionelle unmittelbare Kommunikation zwischen Religionsgemeinschaften und Gläubigen, der Gottesdienst bzw. vergleichbare Zeremonien anderer Religionsgemeinschaften immer mehr an Bedeutung verliert, kommt der Medienarbeit für die Wirkung der Religionsgemeinschaften in der Gesellschaft sogar eine steigende Bedeutung zu.
- 3 Nichtsdestoweniger ist religiöse Medienarbeit nicht schlichtweg mit der Öffentlichkeitsarbeit zu verwechseln, wie sie jede Organisation betreibt. Diese ist unmittelbar auf die jeweilige Religionsgemeinschaft und deren Arbeit bezogen; jene bezieht sich auf die religiöse

² Zu diesen Zusammenhängen etwa *Jörg Rüpke*, Religion medial, in: Religion und Medien, hg. von Jamal Malik / Jörg Rüpke / Theresa Wobbe, 2007, S. 19 (20 ff.).

³ Abrufbar unter <https://www.ekd.de/publizistik_1997_mandatmarkt2.html>. Das Zitat findet sich bei Ziff. 2.1. Dazu auch *Udo Hahn*, Kirchliche Medienarbeit, in: Kirche empirisch, hg. von Jan Hermelink / Thorsten Letzel, 2008, S. 279 ff.; siehe ferner *Christian Albrecht*, Evangelische Publizistik, in: Religion und Medien (o. Fn. 2), S. 153 ff.; *Reinold Willenberg*, Rundfunk unter kirchlicher Trägerschaft, 2001, S. 64 ff.

⁴ Siehe etwa zur katholischen Kirche die Arbeitshilfen Nr. 20 („Kirchliche Medienarbeit“), 1980, sowie Nr. 234 („Internetpräsenz“), 2009, hg. vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz; *Thomas H. Böhm*, Religion durch Medien – Kirche in den Medien und die „Medienreligion“, 2005, S. 19 ff.; *Willenberg*, Rundfunk unter kirchlicher Trägerschaft (o. Fn. 3), S. 61 ff.; zur Rolle der Medien für den Islam *Jan Malik*, Diaspora, Medien und Muslime, in: Religion und Medien (o. Fn. 2), S. 43 ff.

Botschaft an sich. Allerdings gibt es zwischen beiden Bereichen Überschneidungen.

Wollen Religionsgemeinschaften mit ihren Bemühungen um Verbreitung ihrer Botschaft auch in der Mediengesellschaft Erfolg haben, müssen sie sich professionell ausrichten. Dies gilt vor allem dann, wenn sie sich nicht nur an den „harten Kern“ der fest in der Religionsgemeinschaft verankerten Gläubigen richten wollen, sondern auch an diejenigen, die jedenfalls in einer gewissen Distanz zur jeweiligen Gemeinschaft stehen.⁵ Das aber impliziert eine Ausrichtung am „Markt“. Für religiöse Organisationen, die in ihrer Tätigkeit im Kern auf das Seelenheil, nicht das ökonomische Heil ausgerichtet sind, liegt hier sicherlich eine besondere Herausforderung.

Zugleich weisen kritische Stimmen – nicht nur – aus den Kirchen und den anderen Religionsgemeinschaften zu Recht immer wieder auf die Ambivalenzen und damit eben auch die Probleme dieser Entwicklung hin, vor allem, soweit sie das Vordringen des Internets betrifft. Dabei geht es naturgemäß um bestimmte Inhalte, aber auch um das Problem insgesamt: Die neuen Medien erleichtern die Verständigung der Menschen untereinander, aber die virtuelle Welt vermag die reale Welt nicht zu ersetzen. Konkret ist in diesem Sinne etwa auf die gemeinsame Erklärung der Deutschen Bischofskonferenz und des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland zu „Chancen und Risiken der Mediengesellschaft“ aus dem Jahre 1997⁶ oder das „medienethische Impulspapier“ „Virtualität und Inszenierung“ der Publizistischen Kommission der Deutschen Bischofskonferenz aus dem Jahre 2011⁷ hinzuweisen. Pointiert ist sogar die These aufgestellt worden, dass das Fernsehen in seiner Regelhaftigkeit, seiner umfassenden Weltdeutung und seinem Angebot an kommunikativer Einbindung in eine umfassende Gemeinschaft selbst religiöse Funktionen übernommen hat.⁸ Aus heutiger Sicht wäre das allenfalls deswegen in Frage zu stellen, weil das Internet und dort präsen- 5

⁵ Ausdrücklich in diesem Sinne das EKD-Papier „Mandat und Markt“ (o. Fn. 3) unter Ziff. 3, Empfehlung 1.

⁶ Abrufbar unter <https://www.dbk.de/fileadmin/redaktion/veroeffentlichungen/gem-texte/GT_10.pdf>.

⁷ Abrufbar unter <<https://www.dbk-shop.de/de/deutsche-bischofskonferenz/die-deutschen-bischoefe/erklarungen-der-kommissionen/medienethisch-er-impulstext-virtualitaet-inszenierung.html>>.

⁸ *Günter Thomas*, Medien, Ritual, Religion, 1998, S. 516 f.

3. Religiöse Medien

- 6 Die Vielfalt der Religionsgemeinschaften einerseits, der verschiedenen Formen medialer Präsenz andererseits hat zu einer ausgesprochen reichhaltigen religiösen Medienlandschaft geführt.⁹ Dabei gilt hier wie auch im Übrigen, dass die Frage, ob und inwieweit ein bestimmtes Medium auch institutionell einer Religionsgemeinschaft zuzuordnen ist, nicht immer einfach festzustellen ist. Nicht selten bestehen Verbindungen eher informeller Art. Dies hängt auch mit dem jeweiligen Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft zusammen. Die katholische Kirche mit ihrem Lehramt kennt sicher vergleichsweise klare Strukturen. Im evangelischen Bereich, der nicht nur bei der kirchlichen Organisation eine erhebliche Vielfalt aufweist, sondern vor allem kein vergleichbares Lehramt kennt, besteht für die Sicherung formaler Zuordnungen aus kirchlicher Sicht schon weniger Anlass. Der Islam verfügt schon als Religion über eine sehr vielfältige Struktur, weil er eine „Kirche“ als Institution nicht kennt.¹⁰
- 7 Im Einzelnen ist für die Evangelische Kirche zunächst darauf hinzuweisen, dass viele Landeskirchen eigene Kirchenzeitungen herausgeben und ebenso wie zahlreiche Gemeinden im Internet präsent sind. Darüber hinaus ist vor allem auf das Gemeinschaftswerk der evangelischen Publizistik hinzuweisen. Gesellschaftsrechtlich wird es von der EKD sowie dem Evangelischen Werk für Diakonie und Entwicklung e.V. getragen, sieht sich aber auch als mediales Kompetenzzentrum der „Evangelischen Freikirchen und aller interessierten Unternehmen und Organisationen“. Unter seinen Angeboten hervorzuheben sind etwa im Printbereich das Magazin *chrismon*,¹¹ der Evangelische Pressedienst *epd* als Nachrichtenagentur und die Inter-

⁹ Siehe zur historischen Entwicklung der evangelischen Presse etwa *Roland Rosenstock*, *Evangelische Presse im 20. Jahrhundert*, 2002; ferner *Johanna Haberer*, *Der schlafende Riese*, in: *Lesebuch christliche Publizistik*, hg. von ders./Friedrich Kraft, 2004, S. 69 ff.; zum Internet *Elitza Boukovska/Natascha Paladini*, *Das Internet als neues Medium für die kirchliche Praxis*, in: *KuR* 2004, S. 179 (= Leitzahl 680).

¹⁰ Siehe zu den verschiedenen islamischen Organisationen in Deutschland *Katharina Pabel*, → § 25; zu den islamischen Rechtsschulen etwa *Diana Zacharias*, *Islamisches Recht und Rechtsverständnis*, in: *Der Islam im säkularen öffentlichen Recht des Verfassungsstaates*, hg. von Stefan Muckel, 2007, S. 43 (73 ff.).

¹¹ Dazu *Hahn*, *Medienarbeit* (o. Fn. 3), S. 285 ff.

netseite „evangelisch.de“.¹² Im Rundfunkbereich bestehen einige kleinere religiöse Sender sowie Privاتفunkagenturen, die Sendungen zusammenstellen, damit diese dann von Sendern in der Öffentlichkeit verbreitet werden.¹³ Daneben besteht – getragen von einem Förderverein, der sich aus Einzelpersonen aus den Landeskirchen sowie den Freikirchen zusammensetzt – die stärker evangelikal ausgerichtete Nachrichtenagentur idea. Die formellen Bindungen der einzelnen Einrichtungen zur evangelischen Kirche sind unterschiedlich stark ausgeprägt.

Vergleichbar ist die Lage im Bereich der katholischen Kirche. Kirchenzeitungen bestehen hier ebenso wie eine Internetpräsenz. Als eine Dachorganisation ist die je zur Hälfte vom Verband der Diözesen Deutschlands und von einer Beteiligungsgesellschaft getragene Allgemeine Gemeinnützige Programmgesellschaft zu erwähnen, die etwa die Internet-Seite „katholisch.de“, aber auch weitere Websites betreibt. Weiterhin besteht die Katholische Nachrichtenagentur KNA mit dem Verband der Diözesen Deutschlands als Mehrheitsgesellschafter; weitere Anteile halten Mitgliedsverlage des Katholischen Medienverbandes sowie der Deutsche Caritasverband. Der Katholische Medienverband ist eine Dachorganisation der katholisch ausgerichteten Zeitschriften- und Buchverlage sowie der entsprechenden Buchhändler. Ebenso bestehen Rundfunkangebote.¹⁴

Auch die weiteren Religionsgemeinschaften sind medial präsent. So gibt es im Bereich des Judentums ein entsprechendes Internetangebot. Weiterhin besteht eine Reihe von jüdischen Zeitungen, allen voran die Jüdische Allgemeine. Das Internet etwa ermöglicht auch kleineren Religionsgemeinschaften wie z.B. der Deutschen Buddhistischen Union die Präsenz in der Medienwelt.¹⁵

Naturgemäß besonders disparat ist die Lage im Islam, der wie erwähnt schon als solcher nicht über eine wirklich fest gefügte Organisationsstruktur verfügt. Dementsprechend ist auch die Medienland-

¹² Zu christlichen Gottesdiensten im Internet siehe *Stefan Böntert*, *E-prayer und Andacht per Mausclick*, in: *Religion und Medien* (o. Fn. 2), S. 165 ff.; vgl. ferner *Gregor Ahn*, *Kommunikation von Religion im Internet*, ebd., S. 191 ff.; *Roland Rosenstock*, *Die Kirche und das Netz*, in: *Lesebuch* (o. Fn. 9), S. 155 ff.

¹³ Dazu etwa *Christian Rupprecht*, *Televisionen*, 2004; *Willenberg*, *Rundfunk unter kirchlicher Trägerschaft* (o. Fn. 3), S. 42 ff.

¹⁴ Dazu *Willenberg*, *Rundfunk unter kirchlicher Trägerschaft* (o. Fn. 3), S. 33 ff.

¹⁵ Siehe <<https://www.buddhismus-deutschland.de/>>.

schaft ausgesprochen bunt. Jede der einschlägigen Organisationen ist im Internet präsent. Darüber hinaus gibt es eine Reihe von Zeitungen.

- 11 Soweit jeweils vorgesehen (s. u. Rn. 89 und Rn. 107) nutzen die verschiedenen Religionsgemeinschaften schließlich die ihnen im Rundfunk zugestandenen „Drittsenderechte.“¹⁶

4. Medien und Religion

- 12 Das bislang vom Verhältnis von Religionsgemeinschaften und Medien gezeichnete Bild wäre unvollständig, würde man nicht auch die umgekehrte Perspektive betrachten: Auch in den nicht kirchlich beeinflussten Medien sind die Religionen und ihre Gemeinschaften regelmäßig präsent als Gegenstand wohlwollender oder auch kritischer Berichterstattung, zum Teil auch durch von Religionsgemeinschaften verantwortete eigene Beiträge.¹⁷ Bei der Erfüllung dieser Aufgabe der Medien leisten ihnen die bereits erwähnten kirchlichen Nachrichtenagenturen eine wichtige Hilfe.

¹⁶ Dazu etwa für den evangelischen Bereich *Krückeberg*, Evangelium und Kommerz, in: *Lesebuch* (o. Fn. 9), S. 99 (104 ff.); *Johanna Haberer*, Öffentliche Seelsorge oder Zeitansage, ebd., S. 113 ff.

¹⁷ Zur Präsenz von Religionsgemeinschaften im Rundfunk siehe etliche Beiträge in: *Religion und Medien* (o. Fn. 2), so speziell zum Kinderkanal KiKA *Matthias Huff*, Religiöses in nonfiktionalen Programmen des KiKA, ebd., S. 93 ff., und *Sebastian Debertin*, Christentum und Bibel als Teil der wertevermittelnden Programme im KiKA, ebd., S. 97 ff.; zur Übertragung von Gottesdiensten *Benedikt Kranemann*, Gottesdienstübertragung: Kirchliche Liturgie in medialer Öffentlichkeit, ebd., S. 181 ff.; zum Islam und den arabischen Medien *Carola Richter*, Live-Fatwas und online-Counselling, ebd., S. 59 ff.; zu Gottesdienstübertragungen ferner *Böhm*, Religion durch Medien (o. Fn. 4), S. 58 ff.; zur protestantischen Rundfunkarbeit in der Weimarer Republik und im Dritten Reich *Rolf Schieder*, Religion im Radio, 1995.

II. Die Medienlandschaft in Deutschland – empirische und rechtliche Grundlagen

1. Empirische Entwicklung

Klassisch – bis in die siebziger Jahre hinein – war die Medienlandschaft in Deutschland übersichtlich. Der privatwirtschaftlich organisierten gedruckten Presse stand der herkömmlich öffentlich-rechtlich organisierte, durch elektromagnetische Wellen verbreitete Rundfunk gegenüber. Diese staatliche Organisation, die den Rundfunk seit Beginn der Ausstrahlungen in den zwanziger Jahren bestimmte, war zunächst Folge der Knappheit der für die Verbreitung von Hörfunk und Fernsehen benötigten elektromagnetischen Wellen. Diese „Sondersituation“ des Rundfunks – hier wie im Weiteren regelmäßig unter Einschluss des Fernsehens verstanden – veranlasste das Bundesverfassungsgericht zu einer von der allgemeinen Dogmatik abweichenden Interpretation des einschlägigen Grundrechts. Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GG wurde nicht als individuelles Freiheitsrecht verstanden, sondern als Garantie, die der in einer Demokratie lebenswichtigen Bildung der öffentlichen Meinung zu dienen habe. Konsequenz: Der Rundfunk musste staatsfern und binnenplural organisiert werden. Dabei wurde dem Gesetzgeber eine besondere Verantwortung zugewiesen.¹⁸

13

Im Laufe der Zeit haben sich jedoch die technischen Rahmenbedingungen deutlich verändert. Zunächst entfiel das Argument der Frequenzknappheit. Dies veranlasste den Gesetzgeber zu einer begrenzten Zulassung privaten Rundfunks. Für diesen galten die für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk bestehenden organisationsrechtlichen Vorschriften gar nicht und die auf inhaltliche Vielfalt bezogenen Anforderungen nur in deutlich begrenztem Maße. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Veränderung allerdings bisher nicht zum Anlass für eine grundlegende Neuinterpretation der Rundfunkfreiheit genommen. Vielmehr hat es die Begründung für die Besonderheit des rundfunkrechtlichen Regimes ausgetauscht und stellt nunmehr auf die besondere Wirkmächtigkeit dieses Mediums ab.¹⁹ Nur bei der Frage, wie die geforderte Pluralität herzustellen sei, zeigt das Gericht eine gewisse Flexibilität: Es akzeptiert prinzipiell priva-

14

¹⁸ Grundlegend zu alledem BVerfGE 12, 205 (261 ff.). Zu den weiteren Entscheidungen siehe die Nachweise in den nachfolgenden Fußnoten.

¹⁹ Siehe etwa BVerfGE 57, 295 (322 ff.); 73, 118 (157 ff.); 74, 297 (324 ff.); 83, 238 (295 ff.); 87, 181 (197 ff.); 90, 60 (87 ff.); 119, 181 (214 ff.).

ten Rundfunk und stellt an ihn nur deutlich bescheidenere Anforderungen; zugleich aber verlangt es weiterhin einen besonderen Anforderungen unterliegenden öffentlich-rechtlichen Rundfunk.

- 15 Erstaunlicherweise hat der mit dem Aufkommen des Internets verbundene grundlegende Wandel der Medienlandschaft an dieser Haltung bis heute nichts geändert. Dort werden nämlich die Inhalte im Kern wie beim herkömmlichen Rundfunk elektronisch verbreitet. Im Gegensatz zum Rundfunk ist es hier jedoch im Grundsatz ausgesprochen leicht möglich, für jedermann oder zumindest – über soziale Netzwerke – für eine Vielzahl von Personen zugängliche Inhalte zu platzieren. Wegen der Internationalität der elektronischen Verbreitung von Informationen können nationale Regelungen zudem nur begrenzt Wirkungen entfalten.
- 16 Schließlich verschwimmen die Grenzen zwischen den verschiedenen Medien in der Praxis. Dies gilt zunächst in technischer Hinsicht, weil Fernsehen und Internet immer schwerer zu trennen sind – die Übertragung erfolgt zum Teil schon über die gleichen Kabel, und auch bei den Endgeräten sind Überschneidungen möglich. Vor allem aber zeigen sich die Konvergenzen aus inhaltlicher Perspektive: Sowohl die gedruckte Presse als auch die Rundfunkanstalten sind im Internet mit eigenen, wenn auch regelmäßig auf das Originalmedium rückführbaren Angeboten präsent. So lassen sich Fernsehsendungen regelmäßig auch im Internet ansehen und Presseartikel dort lesen. Zugleich wird wie schon angesprochen die Grenze zwischen Individual- und Massenkommunikation immer weniger deutlich erkennbar. In der Konsequenz unterliegt das Internet daher anerkanntermaßen nicht den für den herkömmlichen Rundfunk geltenden Regeln (s. u. Rn. 39).

2. Presse

a) Verfassungsrechtliche Grundlagen

- 17 Die Presse unterliegt nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG der Pressefreiheit. Presse ist (wie der Rundfunk) definiert durch die Art der Herstellung des verbreitenden Mediums: Sie wird gedruckt.²⁰ Verfassungsrecht-

²⁰ Christian Starck / Andreas L. Paulus, in: Hermann v. Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber / Andreas Voßkuhle, Bd. 1, Art. 5, Rn. 129; Helmuth

lich ist vorbehaltlich der Schranken des Grundrechts die Verbreitung beliebiger Inhalte gestattet; besondere Qualitätsanforderungen oder Ähnliches werden nicht gestellt.²¹ Gemäß den Worten des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 10 EMRK ist die Meinungsfreiheit „nicht nur anwendbar auf ‚Informationen‘ oder ‚Ideen‘ ..., die positiv aufgenommen werden, sondern auch auf solche, die den Staat oder eine Gruppe der Bevölkerung beleidigen, schockieren oder verstören.“²² Dementsprechend unterfällt etwa auch die Werbung grundsätzlich der Pressefreiheit.²³

Grundrechtsträger der Pressefreiheit ist der Eigentümer des Presseorgans; dies kann nach Art. 19 Abs. 3 GG auch eine juristische Person sein.²⁴ Die bei einem Presseunternehmen angestellten Journalisten können sich demgegenüber auf die Pressefreiheit nur begrenzt berufen. Möglich ist dies im Verhältnis zum Staat, etwa wenn dieser im Rahmen von strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen Rechercharbeiten beschlagnahmen will oder Ähnliches.²⁵ Im Verhältnis zum Arbeitgeber kommt hingegen eine Drittwirkung im Sinne einer „inneren Pressefreiheit“ im Grundsatz nicht in Betracht; es ist im Kern der Verleger, nicht der Journalist, der den Inhalt des Presseorgans bestimmen darf.²⁶ Grenzen findet dieses Direktionsrecht des Arbeitgebers wie im Arbeitsrecht im Allgemeinen bei den persönlichkeitsbezogenen Grundrechten des Journalisten: Dies betrifft insbesondere die Gewissens- oder auch die Religionsfreiheit (Art. 4 GG). Zudem muss einem Journalisten ein gewisses Mindestmaß an publizistischen Entfaltungsmöglichkeiten zugestanden werden. Arbeiten, die dieser nicht mit seinen persönlichsten Überzeugungen vereinbaren kann, darf er verweigern. Er geht dann allerdings das Risiko der Kündigung ein, wenn keine anderweitige, auch für den Arbeitgeber zumutbare Lösung gefunden werden kann.²⁷

18

Schulze-Fielitz, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5, Rn. 89.

²¹ BVerfGE 42, 143 (149 f.); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (o. Fn. 20), Art. 5, Rn. 94.

²² EGMR, Slg. A 24 § 49 (Handyside) = EuGRZ 1977, S. 38.

²³ BVerfGE 71, 162 (175); 102, 347 (359).

²⁴ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (o. Fn. 20), Art. 5, Rn. 117.

²⁵ Beispielhaft BVerfGE 117, 244 (258 ff.).

²⁶ *Starck / Paulus*, in: Grundgesetz (o. Fn. 20), Art. 5, Rn. 163 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (o. Fn. 20), Art. 5, Rn. 306 ff.

²⁷ Dazu allgemein etwa BAGE 47, 363 (375); 62, 59 (70 f.); im speziellen Kontext *Richard Giesen*, Arbeitsverhältnisse der Pressejournalisten, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, hg. von Reinhard Richardi / Otfried

b) Einfachgesetzliche Ausgestaltung

19 Einfachgesetzlich wird die Stellung der Presse vor allem durch die verschiedenen Landespressegesetze bestimmt. Diese postulieren die Freiheit der Presse und gewährleisten die Zulassungsfreiheit für Presseunternehmen.²⁸ Zugleich weisen sie der Presse eine öffentliche Aufgabe zu.²⁹ Verpflichtungen ergeben sich aus dieser Aufgabenzuweisung jedoch nicht. Rechtlich bedeutsam ist diese nur für die in diesen Gesetzen gleichfalls verankerten Auskunftspflichten der Behörden.³⁰ Für die Tätigkeit der Presse sehen die Landespressegesetze insbesondere Sorgfaltspflichten vor.³¹

20 Außerdem sehen die Gesetze jeweils einen Gegendarstellungsanspruch vor, falls „eine Person oder Stelle“ durch eine in einem Druckwerk „aufgestellte Tatsachenbehauptung betroffen ist.“³² Dementsprechend kommt dieser nur zum Tragen, wenn über eine Religionsgemeinschaft falsche Fakten verbreitet werden. Wertungen wie etwa Kritik an einer Religionsgemeinschaft können also nicht zum Gegenstand einer Gegendarstellung gemacht werden. Außerdem kann eine (angeblich) falsche Berichterstattung über eine Religion als solche, ihre Lehre u. s. w. nur dann Anlass für eine Gegendarstellung sein, wenn eine hinreichend klare Zuordnung zu einer konkreten Religionsgemeinschaft besteht. Ohne diese können allgemeine Darstellungen dessen, was (angeblich) katholisch, evangelisch oder muslimisch ist, den Anspruch also nicht auslösen. Angesichts dieser Beschränkungen ergeben sich auch keine Konflikte mit der Meinungsfreiheit – die Verbreitung von Tatsachen wird eben durch Art. 5

Wlotzke / Hellmut Wißmann / Hartmut Oetker, Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 336, Rn. 15 ff.; Ingrid Schmidt, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, hg. von Rudi Müller-Glöge / Ulrich Preis / Ingrid Schmidt, 18. Aufl. 2018, Art. 5 GG, Rn. 75 f.

²⁸ Dazu jeweils § 2 der Landespressegesetze, aber § 4 Abs. 2 in Rheinland-Pfalz und § 3 Abs. 2 Saarländisches Mediengesetz (SMG).

²⁹ Dazu jeweils § 3 der Landespressegesetze außer in Hessen, aber § 5 in Rheinland-Pfalz sowie § 4 SMG.

³⁰ Dazu jeweils § 4 der Landespressegesetze, aber § 3 in Hessen, § 5 in Brandenburg und § 6 in Rheinland-Pfalz.

³¹ Dazu jeweils § 5 der Landespressegesetze, aber § 6 auf Bundesebene sowie in Baden-Württemberg, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, dem Saarland sowie § 7 in Rheinland-Pfalz; ferner BVerfG (K), in: NJW 2004, S. 589 (590) und 2006, S. 595 (596).

³² Siehe jeweils § 10 der Landespressegesetze, aber § 11 in Baden-Württemberg, Bremen, Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein und Thüringen, § 12 in Brandenburg.

GG nur deshalb geschützt, weil sie im Kontext mit der Verbreitung von Meinungen steht.

Sind die Voraussetzungen für eine Gegendarstellung gegeben, besteht der Anspruch – allein – darin, die Tatsachen durch die betroffene Person oder Stelle aus ihrer Perspektive darzustellen. Eine gleichzeitige Reaktion auf Wertungen ist nicht zulässig. Die Darstellung muss sich zudem auf einen angemessenen Umfang beschränken.³³ 21

Mit Blick auf die Organisation von Presseunternehmen ist zunächst die Verpflichtung zu benennen, dass jedes Druckwerk ein Impressum enthalten muss. Bei periodisch erscheinenden Druckwerken ist zudem der verantwortliche Redakteur anzugeben, für dessen Bestellung bestimmte Vorgaben gelten.³⁴ Schließlich muss der Verleger eines periodischen Druckwerks nach etlichen Pressegesetzen in regelmäßigen Zeitabständen die Inhaber- und Beteiligungsverhältnisse seines Verlages offen legen.³⁵ 22

Ergänzend sind auf besondere Bestimmungen im Bereich des Arbeitsrechts hinzuweisen, vor allem zum „Tendenzschutz“.³⁶ In Ausfluss des bereits angesprochenen verfassungsrechtlich verankerten Rechts des Verlegers, im Grundsatz den Inhalt „seiner“ Zeitung zu bestimmen, stehen ihm gegenüber dem allgemeinen Arbeitsrecht erleichterte Möglichkeiten der personenbezogenen Kündigung für den Fall zu, dass ein Journalist nicht mehr bereit ist, im Sinne der vom Arbeitgeber festgelegten „Tendenz“ zu schreiben.³⁷ Außerdem sind die Kompetenzen des Betriebsrats in Presseunternehmen begrenzt (§ 118 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG). So ist dieser bei personenbezogenen 23

³³ Ausführlich zum Recht der Gegendarstellung etwa Axel Beater, Medienrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 2039 ff.

³⁴ Siehe in den Landespressegesetzen §§ 7 f. in Berlin, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt, §§ 5, 7 f. in Bayern, §§ 7, 10 in Brandenburg, §§ 8 f. in Baden-Württemberg, Bremen, Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Schleswig-Holstein, § 6 in Hessen, Sachsen, §§ 8, 10 in Rheinland-Pfalz, §§ 7, 9 Thüringen.

³⁵ Siehe in den Landespressegesetzen § 8 in Bayern, § 8 f. in Baden-Württemberg, § 7a in Berlin, § 9 in Brandenburg, § 5 in Hessen, § 7 in Mecklenburg-Vorpommern, § 9 Rheinland-Pfalz, § 8 in Sachsen und Thüringen. Keine Regelung findet sich dementsprechend in Bremen, Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein.

³⁶ Dazu Giesen, Arbeitsverträge (o. Fn. 27), Rn. 15 ff.

³⁷ Giesen, ebd., Rn. 23.

Maßnahmen gegenüber Tendenzträgern nicht zu beteiligen, soweit dies mit dem Tendenzschutz unvereinbar ist.³⁸

3. Rundfunk

a) Verfassungsrechtliche Stellung

24 Als eigenständigen Tatbestand schützt Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG den Rundfunk. Dieser ist wie schon erwähnt klassisch durch die elektronische Verbreitung der Inhalte definiert.³⁹ Dies schließt an sich auch das Internet ein. Allerdings besteht einhellig die Auffassung, dass die bereits kurz angesprochene und sogleich näher erläuterte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Sondersituation des Rundfunks nicht das Internet einschließen kann; diese bezieht sich vielmehr – trotz aller Schwierigkeiten bei der Abgrenzung im Einzelfall (s. u. Rn. 37) – allein auf die klassischen elektronischen Medien wie Fernsehen und Radio.⁴⁰ Umstritten sind die Konsequenzen für die Frage nach der richtigen verfassungsrechtlichen Verankerung des Internets. Das Bundesverfassungsgericht hat bisher nur partiell Position bezogen.⁴¹

25 In der Literatur lehnen einige Autoren die Qualifikation des Internets als Rundfunk ab, weil sie die (vermeintlich) daraus abzuleitenden Rechtsfolgen für unpassend halten, und definieren Rundfunk stärker durch inhaltliche Elemente.⁴² Die Konsequenz wäre dann allerdings, dass das heute vermutlich am stärksten zur Verbreitung von Meinungen genutzte Medium überhaupt keinem spezifisch medial ausgerichteten Schutz gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG unterworfen

³⁸ Zu Einzelheiten etwa *Giesen*, ebd., Rn. 29 f.

³⁹ *Starck / Paulus*, in: Grundgesetz (o. Fn. 20), Art. 5, Rn. 177; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (o. Fn. 20), Art. 5, Rn. 99.

⁴⁰ *Thorsten Held*, in: Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, hg. von Caroline Hahn / Thomas Vesting, 3. Aufl. 2012, § 54 RStV, Rn. 12; *Wolfgang Schulz*, ebd., § 2 RStV, Rn. 13.

⁴¹ Nach BVerfG, in: JZ 2020, S. 189, Rn. 94, unterfällt der Zugang zum Online-Archiv einer Zeitung der Presse-, nicht der Rundfunkfreiheit.

⁴² So *Martin Bullinger*, Ordnung und Freiheit für die Multimediadienste, in: JZ 1996, S. 385 (387 f., tendenziell mit Zuordnung des Internets zur Pressefreiheit); *Bernd Grzeszick*, Neue Medienfreiheit zwischen staatlicher und gesellschaftlicher Ordnung. Das Beispiel des Internets, in: AöR 123 (1998), S. 173 (180 ff.); *Starck / Paulus*, in: Grundgesetz (o. Fn. 20), Art. 5, Rn. 177, 249 ff.

wäre. Das vermag jedoch nicht zu überzeugen. Zudem sind auch die anderen in dieser Norm genannten Medien allein durch ihre technischen Eigenschaften definiert. Daher überzeugt es nicht, für den Rundfunk zusätzlich inhaltliche Aspekte heranzuziehen und zugleich Schutzlücken hervorzubringen. Dementsprechend unterfällt verfassungsrechtlich auch das Internet dem Rundfunkbegriff. Allerdings ist bei den Rechtsfolgen zu differenzieren; die herkömmlich für den Rundfunk geltenden, sogleich dargestellten Regeln kommen hier nicht zur Anwendung.⁴³ Dies führt allerdings zu einem Auseinanderfallen von Verfassungsrecht und einfachem Recht: Die im Rundfunkstaatsvertrag enthaltene Definition des Rundfunks (s.u. Rn. 34) weicht von der des Verfassungsrechts ab und klammert die meisten Internet-Angebote aus.

Für den Rundfunk im klassischen Sinne hat das Bundesverfassungsgericht in ständig wiederholter, erst vor wenigen Jahren bestätigter Rechtsprechung den schon erwähnten dienenden Charakter hervorgehoben: Die Vielfalt der bestehenden Meinungen soll im Rundfunk in möglichst großer Breite und Vollständigkeit Ausdruck finden. Immerhin hat das Gericht in jüngerer Zeit trotzdem auch den vor diesem Hintergrund traditionell eher zweifelhaften Individualrechtscharakter der Rundfunkfreiheit anerkannt.⁴⁴

Der Grund für diese Sonderstellung des Rundfunks ist „die herausgehobene Bedeutung, die dem Rundfunk unter den Medien wegen seiner Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft zukommt“.⁴⁵ Die konkret vorgebrachten Argumente wie die Tatsache, dass diese Medien „seit langem bei den meisten Bürgern große Zeiteinheiten des Tagesablaufs“ prägen und der Umstand, dass Inhalte „schnell, sogar zeitgleich, an den Rezipienten übertragen werden können und zugleich eine besondere Suggestivkraft aufweisen, weil die Kombination von bewegten Bildern und programmlichen Informationen dem Ganzen den Anschein besonderer Authentizität verleihen können“,⁴⁶ gelten allerdings im Grundsatz auch für das Inter-

⁴³ *Friedrich Schoch*, Öffentliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, in: VVDStRL 57 (1998), S. 158 (197); tendenziell auch *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (o. Fn. 20), Art. 5, Rn. 102 f.; *Beater*, Medienrecht (o. Fn. 33), Rn. 322 ff.; *Karl-Heinz Ladeur*, Medienfreiheitsgrundrechte, in: *Gesamtes Medienrecht*, hg. von Marian Paschke / Wolfgang Berlit / Claus Meyer, 2. Aufl. 2012, Rn. 4/79.

⁴⁴ BVerfGE 121, 30 (57); vgl. auch schon 97, 298 (313).

⁴⁵ BVerfGE 31, 314 (325); 90, 60 (87); 97, 228 (256); 103, 44 (74); 114, 371 (387); 119, 181 (215).

⁴⁶ BVerfGE 97, 228 (256); 119, 181 (215).

net. Und selbst wenn das Gericht sich im Jahre 2005 explizit mit diesem Wandel der Medienstruktur befasst hat,⁴⁷ bestehen erhebliche Zweifel daran, dass diese Position des Gerichts auch heute noch zu überzeugen vermag.⁴⁸ Für die Rechtspraxis ist jedoch weiterhin von den dargelegten Grundsätzen auszugehen.

28 Der durch die Aufteilung in private und öffentlich-rechtlich organisierte Rundfunkveranstalter bewirkte duale Charakter der Rundfunkordnung führt dabei zu unterschiedlichen Anforderungen an die Programmgestaltung. Entscheidend ist letztlich die Breite und Tiefe des Gesamtangebots. Für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk betont das Verfassungsgericht den klassischen Funktionsauftrag, „der neben seiner Rolle für die Meinungs- und Willensbildung, Unterhaltung und Information eine besondere kulturelle Verantwortung erfasst“.⁴⁹ Der früher in diesem Zusammenhang verwendete Begriff der „Grundversorgung“⁵⁰ taucht in den jüngeren Entscheidungen nicht mehr auf. Er war aber ohnehin nicht im Sinne einer – ggf. noch dem privaten Rundfunk gegenüber subsidiären – Elementarversorgung zu verstehen, sondern als Auftrag zu im Grundsatz umfassender Information und Unterhaltung der Bevölkerung.⁵¹ Gefordert ist, dass „die Vielfalt der bestehenden Meinungen [...] in möglichster Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet.“⁵² Alle gesellschaftlich relevanten Gruppen, auch soweit sie Minderheiten bilden, müssen im Rundfunk zu Wort kommen.

29 Dieser besondere Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bedingt eine staatsferne Organisation, die von Gremien geprägt wird, in denen die wichtigsten gesellschaftlichen Gruppen vertreten sind. Bei Beantwortung der Frage, welche Gruppen in welcher Stärke im Einzelnen wegen ihrer gesellschaftlichen Relevanz in diesen Gremien – konkret insbesondere in den jeweiligen Rundfunk-

⁴⁷ BVerfGE 114, 371 (388 f.).

⁴⁸ Kritisch etwa *Schoch*, Rahmenbedingungen (o. Fn. 43), S. 197; *Hubertus Gersdorf*, Auswirkungen der Medienkonvergenz auf den Rundfunkbegriff und die Medienregulierung, in: *Konvergenz der Medien*, hg. von Jörg Gundel / Peter W. Heermann / Stefan Leibl, 2009, S. 31 (32 ff.); *Stefan Mückl*, Die Konvergenz der Medien im Lichte des neuen Telemediengesetzes, in: *JZ* 2007, S. 1077 (1083 f.); *Jörn Ipsen*, *Staatrecht II – Grundrechte*, 20. Aufl. 2017, Rn. 457.

⁴⁹ So BVerfGE 90, 60 (90); 119, 181 (218) unter Hinweis auf BVerfGE 73, 118 (158); 74, 297 (324); 87, 181 (199).

⁵⁰ BVerfGE 73, 118 (158); 83, 238 (298).

⁵¹ Dazu *Starck / Paulus*, in: *Grundgesetz* (o. Fn. 20), Art. 5, Rn. 203, 223 ff.

⁵² BVerfGE 74, 297 (324).

räten – vertreten sein sollen, gesteht das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber einen weiten Ausgestaltungsspielraum zu.⁵³ Isoliert betrachtet steht keiner Gruppe ein Anspruch auf Repräsentanz in einem Gremium zu, doch verpflichtet der anwendbare Gleichheitssatz zu gleichmäßiger Anwendung der gewählten Kriterien.⁵⁴

Zugleich verbindet sich mit dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk eine Bestands- und Entwicklungsgarantie, die dem Staat auch zu einer adäquaten, staatsfern zu organisierenden Finanzierung verpflichtet.⁵⁵ Zudem muss der öffentlich-rechtliche Rundfunk so ausgestaltet sein, dass er im publizistischen Wettbewerb mit den privaten Veranstaltern bestehen kann; nur dann ist das plurale System in seiner gegenwärtigen Form überhaupt verfassungsmäßig.

Beim privaten Rundfunk vertraut der Gesetzgeber dagegen im Wesentlichen auf Marktprozesse. Hier ist vor allem entscheidend, dass bei diesem nicht die Gefahr besteht, dass er den publizistischen Wettbewerb unangemessen beeinflusst.⁵⁶ Soweit privater Rundfunk dadurch nicht unmöglich gemacht wird, darf der Gesetzgeber allerdings auch an diesen Vielfaltsanforderungen stellen, wenn auch nur in geringerem Ausmaß, als sie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gelten.⁵⁷

b) Unionsrechtliche Grundlagen

Nachdem der EuGH bereits im Jahre 1974 entschieden hatte, dass der Rundfunk als Dienstleistung im Sinne des damaligen EWG-Vertrages zu qualifizieren sei⁵⁸, ist die Sicherung grenzüberschreitenden Rundfunks ein Anliegen der europäischen Organe. Beschränkt auf das Fernsehen wurde im Jahre 1989 eine mehrfach novellierte und im Jahre 2010 neu kodifizierte Richtlinie – jetzt über die Audiovisuellen Mediendienste – erlassen. Diese enthält bestimmte Standards, bei deren Beachtung Fernsehsendungen und audiovisuelle Mediendienste

⁵³ Dazu BVerfGE 57, 295 (325); 83, 238 (334); vgl. ferner 119, 181 (217 f.). Ausführlich dazu *Starck / Paulus*, in: Grundgesetz (o. Fn. 20), Art. 5, Rn. 211 ff.

⁵⁴ BVerfG (K), in: NVwZ 1992, S. 766; 1996, S. 781 f.; 1999, S. 175 f.

⁵⁵ Ausführlich BVerfGE 119, 181 (218 ff.) mit Hinweisen auch auf frühere Judikatur.

⁵⁶ BVerfGE 83, 238 (316 f.); 119, 181 (217).

⁵⁷ BVerfGE 83, 238 (317).

⁵⁸ EuGH, Slg. 1974, 409, Rs. 155/73 (Sacchi).

europaweit verbreitet werden dürfen.⁵⁹ Die Sicherung der Beachtung der Standards ist dabei im Grundsatz allein Sache des Herkunftsstaates der Sendungen.⁶⁰

- 33** Diese Standards bzw. die entsprechenden Rundfunkbetreiber entsprechen dann zwar nicht den dargestellten verfassungsrechtlichen Vorgaben. Vom Schutzzweck der verfassungsrechtlichen Vorgaben ist dies aber auch nicht gefordert: Diese wollen pluralen Rundfunk sichern, doch wird durch ausländische Sendungen diese Pluralität im Grundsatz nur verbessert, jedenfalls nicht gefährdet.⁶¹ Zugleich ist das europäische Wettbewerbsrecht für den Rundfunk von Bedeutung, weil es Rundfunkveranstalter als Unternehmen begreift und dementsprechend einer hoheitlichen Finanzierung, auch bei Finanzierung über hoheitlich festgesetzte und begetriebene Gebühren der Empfänger, Grenzen setzt (Art. 107 AEUV). Für die Praxis hat man hier tragfähige Kompromisse gefunden.⁶² Für die Bedeutung von Religionsgemeinschaften im Bereich der Medien hat diese Frage ohnehin keine Bedeutung.

c) Einfachgesetzliche Ausgestaltung

- 34** Einfachgesetzlich finden sich die entscheidenden Regelungen zum Rundfunk im Rundfunkstaatsvertrag (RStV) und ggf. in den entsprechenden Landesgesetzen; anstaltsspezifische Vorgaben sind je nach Struktur der Anstalt in entsprechenden Landesgesetzen oder länderübergreifenden Staatsverträgen enthalten. Die diesen Bestimmungen zugrunde liegende, für den Anwendungsbereich der Regelwerke maßgebliche Definition des Rundfunks ist allerdings aus den schon angesprochenen Gründen enger als die des Verfassungsrechts und stellt maßgeblich auch auf inhaltliche Aspekte ab. Nach § 2 Abs. 1 des Rundfunkstaatsvertrags ist Rundfunk „ein linearer Informations- und Kommunikationsdienst; er ist die für die Allgemeinheit und zum zeitgleichen Empfang bestimmte Veranstaltung und Verbreitung

⁵⁹ Ursprünglich RL 89/552/EWG, jetzt RL 2010/13/EU.

⁶⁰ Art. 3 der RL 2010/13/EU, auch zu Ausnahmen; siehe EuGH, Slg. 1991, I-4007, Rs. C-288/89 (Mediawet).

⁶¹ Vgl. auch EuGH, Slg. 1991, I-4007, Rn. 24, Rs. C-288/89 (Mediawet); vgl. auch (in anderem Zusammenhang) BVerfGE 90, 27 (36 f.).

⁶² Dazu *Rudolph Meyer*, Ende gut, alles gut? – Zum Abschluss der Beihilfeprüfung der deutschen Rundfunkgebühren durch die europäische Kommission, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2007, S. 341–349.

von Angeboten in Bewegtbild oder Ton entlang eines Sendeplans unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen.“ Unter das Rundfunkregime fallen dabei auch alle „elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, die dem Rundfunk zuzuordnen“ sind (§ 20 Abs. 2 RStV).

Der Betrieb von privatem Rundfunk ist einem Genehmigungsvorbehalt unterstellt (§ 20 RStV). Entscheidend für die Zulassung ist die Frage, in welchem Ausmaß die Vielfalt im Gesamtangebot des Rundfunk- bzw. Fernsehangebots gefördert wird. Zudem enthalten der Rundfunkstaatsvertrag und die entsprechenden Landesgesetze – zum Teil in Umsetzung des Unionsrechts – etliche Vorgaben für die Programmgestaltung.

Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verfügen durchweg über drei Organe: den Rundfunkrat, den Verwaltungsrat und den Intendanten. Der Rundfunkrat entscheidet über zentrale Personalfragen, wählt insbesondere den Intendanten, und beschließt die wichtigsten Programmleitlinien. Er setzt sich aus Vertretern der gesellschaftlich relevanten Gruppen zusammen; der Katalog ist im jeweiligen Gesetz bzw. Staatsvertrag enthalten. Der Verwaltungsrat verfügt über Befugnisse im Bereich des Wirtschaftlichen. Der Intendant ist für die Programmgestaltung im Einzelnen verantwortlich.

4. Internet

a) Verfassungsrechtliche Grundlagen

Das Internet ist als solches ein Übertragungsmittel für Meinungen, keine spezifische Angebotsform.⁶³ Es können also sowohl presse- als auch rundfunk-, vor allem fernsehhähnliche Angebote gemacht werden. Für die Frage, wie es verfassungsrechtlich im Rahmen der verschiedenen Gewährleistungen von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zuzuordnen ist, könnte man daher auf den Gedanken kommen, es zu den bisherigen Medien in Bezug zu setzen bzw. mit diesen zu vergleichen. Konsequenz ist, dass im Regelfall die individualrechtliche Komponente dominiert. Im Grundsatz wäre danach jeder Anbieter im Rahmen der Schranken des Grundrechts frei, seine Angebote ins Netz zu stellen.

⁶³ Klaus Stern, Staatsrecht, Bd. IV/1, 2006, S. 1673; Christoph Degenhart, Medienkonvergenz zwischen Rundfunk- und Pressefreiheit, in: Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, hg. von Michael Sachs / Helmut Siekmann, 2012, S. 1299 (1309).

Bei Angeboten, die in den Punkten, die die Besonderheiten des Rundfunks ausmachen, diesem gleichen, wäre allerdings die Zuordnung unter das rundfunkrechtliche Sonderregime geboten.⁶⁴ Das Problem: Man kann kaum jeden Filmclip, den irgendjemand bei YouTube oder ähnlichen Foren einstellt, als Rundfunk im vorgenannten Sinn ansehen. Die erwähnten Kriterien der Suggestivkraft, Aktualität und Breitenwirkung hängen nämlich letztlich nicht vom Medium ab, sondern vom Inhalt der konkreten Sendung. Sie können schon bei bestimmten klassischen Fernsehangeboten fehlen. Dies zeigt, wie problematisch die prinzipiell unterschiedlichen Rechtsregime im Zuge der technischen Entwicklung geworden sind.

- 38** Allerdings wird zum Teil über neue Funktionen der öffentlich-rechtlichen Anstalten im Internet nachgedacht. Danach sollen diese nicht wie beim traditionellen Verständnis von Fernsehen im Sinne der Grundversorgung sicherstellen, dass alle Meinungen zum Tragen kommen und keine Information verloren geht – das wäre angesichts der Informationsvielfalt im Internet auch widersinnig. Vielmehr sollen die Anstalten im Gegenteil angesichts der Informationsfülle nun eine Orientierungsfunktion übernehmen.⁶⁵ Das überzeugt jedoch nicht. Vielmehr bietet sich als Lösung nur an, im Kern an die traditionellen Medien anzuknüpfen und schlichtweg das Internet nur insoweit dem Rundfunkregime zu unterstellen, wie Fernsehsendungen auch im Internet angeboten werden.⁶⁶ Zwar forderte das Bundesverfassungsgericht gerade auch in einer erst vor wenigen Jahren ergangenen Entscheidung, dass das Programmangebot der öffentlich-rechtlichen Anstalten auch für neue Verbreitungsformen offen sein muss.⁶⁷ Doch ist dies wohl so zu verstehen, dass gedanklicher Ausgangspunkt eben doch der herkömmliche Rundfunk bleibt, also Internet-Angebote nicht per se dem Rundfunkregime unterstellt werden (vgl. auch o. Rn. 24).

⁶⁴ *Degenhart*, ebd., S. 1312; *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet, in: AöR 137 (2012), S. 509 (524).

⁶⁵ Zu Nachweisen siehe *Degenhart*, Medienkonvergenz (o. Fn. 63), Fn. 100 ff.

⁶⁶ So wohl *Hoffmann-Riem*, Regelungsstrukturen (o. Fn. 64), S. 525; zur Problematik solcher Angebote auch *Carl-Eugen Eberle*, Pressefreiheit versus Rundfunkfreiheit? Zur Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Internetangebote, in: *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat* (o. Fn. 63), S. 1373 ff.

⁶⁷ BVerfGE 119, 181 (218).

*b) Unionsrechtliche Grundlagen
und einfaches gesetzliche Ausgestaltung*

Für das Unionsrecht – wie im Übrigen für das einfache deutsche Gesetzesrecht – ist wiederum genau im Lichte der soeben angesprochenen inhaltlichen Kriterien zu unterscheiden. In beiden Ordnungen ist das anwendbare Rechtsregime also nicht davon abhängig, ob die Verbreitung über Fernsehen oder Internet erfolgt. Damit stellt sich in beiden Fällen die Frage nach der Abgrenzung von Rundfunk und sonstigen, durch Meinungen geprägten und vor allem im Internet verfügbaren Angeboten, für die das deutsche Recht den Begriff „Telemedien“ verwendet. Auf diese ist unionsrechtlich die Richtlinie 2000/31/EG anwendbar; die Richtlinie 2010/13/EU über Audiovisuelle Mediendienste hingegen nur in Teilen. Auf nationaler Ebene bestehen heute zwei Regelwerke: Das Telemediengesetz des Bundes, das allgemeine Betreiberpflichten regelt, sowie der Rundfunkstaatsvertrag der Länder, der einen Abschnitt zu Telemedien enthält (§§ 54 ff.). Hintergrund dieser zweifachen Regelung ist die Kompetenzlage: Für die Telekommunikation (Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG) besitzt der Bund die ausschließliche, für das Recht der Wirtschaft immerhin noch eine konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG), während für die inhaltlichen Fragen die Länder gesetzgebungsbefugt sind.

39

Konkret fällt unter den Begriff „Rundfunk“ (im nationalen Gesetzesrecht) bzw. „Fernsehen“ (im Unionsrecht) im Grundsatz unabhängig vom genutzten Medium alles, was dem herkömmlichen Rundfunk bzw. Fernsehen entspricht (§ 2 Abs. 1 S. 1 RStV bzw. Art. 1 Abs. 1 Buchst. f RL 2010/13; vgl. schon o. Rn. 34). Zentral sind danach die Merkmale der Breitenwirkung und der Gleichzeitigkeit der Übertragung.⁶⁸ Der Begriff ist damit enger als der des Verfassungsrechts (dazu o. Rn. 25). Erfasst werden damit aber etwa Webcasting und Live-stream, aber auch Near Video on Demand, selbst wenn sie über das

40

⁶⁸ Dazu auf der Ebene des Unionsrechts zu Art. 1 Buchst. a RL 89/552 EuGH, Slg. 2005, I-4891, Rn. 33, Rs. C-89/04 (Mediakabel BV), und nunmehr explizit Art. 1 Buchst. e (i. V. m. Buchst. a) RL 2010/13; zum nationalen Recht Schulz, in: Beck'scher Kommentar (o. Fn. 40), § 2 RStV, Rn. 45 ff.; Held, ebd., § 54 RStV, Rn. 30 ff.; vgl. auch Bernd Holznagel / Babette Kibele, in: Recht der elektronischen Medien, hg. von Gerald Spindler / Fabian Schuster, 2. Aufl. 2011, § 20 RStV, Rn. 10 f. mit Hinweis auf die Meinungsrelevanz.

Internet an einem Computer empfangen werden.⁶⁹ Sonstige elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste stellen hingegen Telemedien dar, es sei denn, dass es sich um bestimmte Telekommunikationsdienste nach dem Telekommunikationsgesetz (TKG) handelt (zu Einzelheiten § 2 Abs. 1 S. 3 RStV); den für diesen geltenden Vorgaben unterliegt etwa auch das Video on Demand.⁷⁰

41 In der Literatur ist mit guten Gründen bezweifelt worden, dass das Kriterium der Gleichzeitigkeit wirklich im Sinne des Gleichheitssatzes als taugliches Kriterium für die Begründung unterschiedlicher Rechtsregime geeignet ist.⁷¹ Im Übrigen ist das Internet zwar stärker individualisiert als der herkömmliche Rundfunk,⁷² doch vermag es letztlich ebenso wie das klassische Fernsehen eine beachtliche Breitenwirkung zu entfalten. Rechtspolitisch spricht daher manches dafür, einerseits über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk eine (im Einzelnen zu diskutierende) Grundversorgung sicherzustellen und im Übrigen alle Dienste, die professionell elektronisch Informationen verbreiten, einem einheitlichen Regime zu unterwerfen. Derzeit ist allerdings vom geltenden Recht und der dieses bestimmenden Auslegung durch die Rechtsprechung auszugehen.

42 Soweit nach den vorstehenden Darlegungen kein Rundfunk, sondern ein Telemedium vorliegt, bedarf ein entsprechendes Angebot keiner Zulassung (§ 54 Abs. 1 RStV). Zumindest soweit es um – hier allein relevante – redaktionell gestaltete Angebote geht, sind die Regelungen auch im Übrigen im Kern denen vergleichbar, die für die Presse gelten (s.o. Rn. 19). So wird diesen Telemedien etwa abverlangt, die anerkannten journalistischen Sorgfaltspflichten zu achten (§ 54 Abs. 2 RStV), ggf. Gegendarstellungen zu veröffentlichen (§ 56 RStV), ein Impressum vorzusehen (§ 55 Abs. 2 RStV) etc. Weitere Regelungen betreffen Werbung und Sponsoring, die bei fernsehähnlichen Angeboten auf die für dieses Medium geltenden Vorschriften verweisen (§ 58 RStV). Daneben bestehen Regelungen zum Jugendschutz. Weiterhin gelten auch hier die dargestellten tendenzbezogenen Besonderheiten des Arbeitsrechts (s.o. Rn. 23).

⁶⁹ Siehe zu Webcasting und Livestreaming als Rundfunk BT-Drs. 16/3078, S. 20; zu Near Video on Demand EuGH, Slg. 2005, I-4891 Rn. 39, Rs. C-89/04 (Mediakabel BV).

⁷⁰ Holznagel / Kibele, in: Elektronische Medien (o. Fn. 68), § 2 RStV, Rn. 51a.

⁷¹ Gersdorf, Medienkonvergenz (o. Fn. 48), S. 37 ff.; implizit auch Degenhart, Medienkonvergenz (o. Fn. 63), S. 1308.

⁷² Dazu Beater, Medienrecht (o. Fn. 33), Rn. 325.

III. Religionsgemeinschaften und die Medien mit Ausnahme des Rundfunks

1. Religionsgemeinschaftliches Engagement in den Medien

a) Verfassungsrechtliche Grundlagen

Mit Blick auf die Stellung von Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften im Bereich der Medienarbeit ist es zunächst selbstverständlich, dass auch sie den Schutz von Art. 5 GG, hier i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG, genießen. Daneben kommt die Glaubensfreiheit des Art. 4 GG zur Anwendung, wenn und soweit es um die Verbreitung von religiösen Inhalten geht. Religion ist vielfach auf Verkündigung angelegt; dies gilt gerade auch für die in Deutschland verbreiteten Religionen.⁷³ Dementsprechend verfügen die Kirchen über einen Öffentlichkeitsauftrag.⁷⁴ Dieser bezieht sich nicht nur auf die Verbreitung unmittelbar kultischer Akte wie die Fernsehübertragung von Gottesdiensten oder die pressemäßige Verbreitung von Predigten. Auch sonstige, für die Öffentlichkeit bestimmte Botschaften werden von Art. 4 GG erfasst, wenn und soweit die Verbreitung des Glaubens, die religiöse Botschaft im Vordergrund steht.⁷⁵

43

Nach verbreiteter Auffassung geht der Schutz von Art. 4 GG allerdings weiter und erfasst auch alles sonstige glaubensgeleitete Handeln.⁷⁶ Unabhängig davon, ob und inwieweit dies generell überzeugt,⁷⁷ führt dies im Bereich von Meinungsäußerungen zur Schwierigkeit, dass religiöse und sonstige Äußerungen praktisch nicht sinnvoll voneinander abzugrenzen sind. Dies gilt vor allem dann, wenn der Äußernde nicht im Namen einer Religionsgemeinschaft spricht.

44

⁷³ Hans Michael Heinig, → § 14, Rn. 38.

⁷⁴ Martin Morlok, → § 35, insbesondere Rn. 104 f.

⁷⁵ Zur Abgrenzung Christoph Link / Armin Pahlke, Kirchliche Sendezeiten in Rundfunk und Fernsehen, in: AöR 108 (1983), S. 269 (272); Willenberg, Rundfunk unter kirchlicher Trägerschaft (o. Fn. 3), S. 162 ff.; Martin Morlok, → § 35, Rn. 105; Götz Klostermann, Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen, 2000, S. 42 ff.

⁷⁶ BVerfGE 32, 98 (106); 33, 23 (28 f.).

⁷⁷ Zur Kritik etwa Karl-Hermann Kästner, Hypertrophie des Grundrechts auf Religionsfreiheit?, in: JZ 1998, S. 974 ff.; Friedrich Schoch, Die Grundrechtsdogmatik vor den Herausforderungen einer multikonfessionellen Gesellschaft, in: Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, hg. von Joachim Bohnert / Christof Gramm / Urs Kindhäuser / Joachim Lege / Alfred Rinken / Gerhard Robbers, 2001, S. 149 ff. Ausführlich Hans Michael Heinig, → § 14.

Von daher sind Eingrenzungen sinnvoll. Im vorliegenden Zusammenhang liegt es nahe, die Medienarbeit nur dann auch dem Schutz von Art. 4 GG zuzuordnen, wenn und soweit der religiöse Charakter für die Äußerungen, also für den Inhalt des Artikels bzw. der Sendung, prägenden Charakter aufweist.

45 Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Medienarbeit von Kirchen und Religionsgemeinschaften kommt weiterhin das religionsgemeinschaftliche Selbstbestimmungsrecht nach Art. 137 Abs. 3 WRV i. V. m. Art. 140 GG zur Anwendung. Praktische Konsequenz hat dies vor allem im Bereich des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts. Die wegen dieser Norm dort geltenden Besonderheiten⁷⁸ kommen nämlich auch hier zum Tragen. Im Einzelnen unterfallen diesem Recht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „alle der Kirche in bestimmter Weise zugeordnete Einrichtungen ohne Rücksicht auf die Rechtsform, wenn sie nach kirchlichem Selbstverständnis ihrem Zweck oder ihrer Aufgabe entsprechend berufen sind, ein Stück des Auftrages der Kirche wahrzunehmen und zu erfüllen.“ Bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen diese Zuordnung im Einzelnen anzunehmen ist, formuliert das Gericht recht großzügig: Danach „kann das Ausmaß der institutionellen Verbindungen mit einer Religionsgemeinschaft oder die Art der mit der Vereinigung verfolgten Ziele (Maßstab) sein“.⁷⁹ In seiner Folgerechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht aber zutreffend darauf hingewiesen, dass im Grundsatz beide Kriterien, das inhaltliche wie das formale, erfüllt sein müssen.⁸⁰

46 Einerseits ist also eine Mitwirkung am religiösen Auftrag erforderlich. Im Bereich der Medienarbeit mag dies auf den ersten Blick selbstverständlich erscheinen. Die Diskussionen um den früher der katholischen Kirche gehörenden Weltbild-Verlag, der in seinem Programm – zum Leidwesen der Bischöfe – auch erotische Literatur führte⁸¹, haben jedoch gezeigt, dass dies im Grenzbereich nicht selbstverständlich ist. Andererseits muss aber auch ein gewisser formaler Einfluss der Religionsgemeinschaft bestehen, geht es doch letztlich um ihr Recht auf Selbstbestimmung; den Trägern der jewei-

⁷⁸ *Jacob Joussen*, → § 57; *Gregor Thüsing*, → § 59.

⁷⁹ BVerfGE 24, 236 (247); 46, 73 (86 f.); 53, 366 (392).

⁸⁰ BAGE 58, 92 (102 f.); 68, 170 (175 f.); 103, 163 (167 f.). Vgl. auch *Stefan Koriath*, → § 16, und *Jacob Joussen*, → § 57.

⁸¹ Daher sollte er zunächst – so eine Pressemitteilung des Verlages vom 22.11.2011 – verkauft werden. Dies erfolgte dann aber erst nach dem Konkurs 2014.

ligen Publikationen kommt als solchen nur die religiöse Vereinigungsfreiheit zu. Die gelegentlich geäußerte These, dass insoweit eine reine Anerkennung durch die Religionsgemeinschaft ausreicht⁸², erscheint dabei zweifelhaft, weil diese alleine eine Zuordnung im eigentlichen Sinne noch nicht begründet. Zu Recht verlangt die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts daher wie erwähnt auch eine gewisse institutionelle Verbindung, die in den jeweils vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fällen aber auch unstreitig gegeben war.

Abschließend ist zu fragen, ob Art. 137 Abs. 3 WRV auch dann Anwendung findet, wenn eine bestimmte Einrichtung mehreren Religionsgemeinschaften zugeordnet ist wie etwa das erwähnte Gemeinschaftswerk der evangelischen Publizistik (s. o. Rn. 7). Prinzipiell sind hiergegen keine Einwände zu erheben. Voraussetzung ist allerdings, dass sich die beteiligten Religionsgemeinschaften auf die entsprechenden Grundsätze verständigen, nach denen das Selbstverwaltungsrecht ausgeübt werden soll.

47

b) Einfachgesetzliche Ausgestaltung

Hinsichtlich der einfachgesetzlichen Ausgestaltung ist auf die obige allgemeine Darstellung zu verweisen (Rn. 19 und Rn. 39). Es gibt nämlich weder in den Landespressegesetzen noch im die Telemedien regelnden Rundfunkstaatsvertrag an irgendeiner Stelle religionspezifische Regelungen. Dies ist aber auch insoweit unschädlich, wie dadurch nach dem soeben Ausgeführten die Religionsfreiheit oder das religionsgemeinschaftliche Selbstbestimmungsrecht betroffen sind. Die wenigen einschlägigen gesetzlichen Regelungen sind unproblematisch auch nach den Schranken dieser Rechte zu rechtfertigen. Weder die organisationsrechtlichen noch die inhaltliche Tätigkeit religiöser Medien betreffenden Regelungen treffen nämlich Religionsgemeinschaften anders als andere Medienunternehmer oder weisen sonst wie einen näheren Bezug zu religiösen Inhalten auf. Nur unter dieser Voraussetzung aber könnte man von einem nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die dargestellten Rechte ausgehen.

48

Nur in einem – nicht medienspezifischen – Punkt gibt es Besonderheiten: Wenn ein religiöses Medienunternehmen im Sinne des

49

⁸² Anne-Ruth Glawatz-Wellert, Die Zuordnung der Diakonie zur Kirche, in: ZevKR 51 (2006), S. 352 (362).

Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften als Teil einer solchen Gemeinschaft anzusehen ist, dann kommen die insoweit geltenden Vorschriften zum Tragen – also im kirchlichen Bereich vor allem die dem Charakter als „Dienstgemeinschaft“ geschuldeten Besonderheiten des Arbeitsrechts wie etwa die generelle Nichtanwendbarkeit des Betriebsverfassungsgesetzes (§ 118 Abs. 2 BetrVG).

2. Religion und Religionsgemeinschaften als Gegenstand der medialen Berichterstattung

a) Verfassungsrechtliche Grundlagen

50 Verfassungsrechtlich stellt sich zunächst die Frage, ob bei einer Berichterstattung über Religion Schutzpflichten ausgelöst werden können etwa vergleichbar denen, die mit Blick auf natürliche Personen aus dem Persönlichkeitsrecht abgeleitet werden. Nun kommen prinzipiell alle Grundrechte als Grundlage einer Schutzpflicht in Betracht, und dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht auch mit Blick auf Art. 4 Abs. 1 und 2 GG eine solche Pflicht angenommen, und zwar ausdrücklich auch bezogen auf Religionsgemeinschaften.⁸³

51 Voraussetzung für die konkrete Begründung einer solchen Pflicht ist zudem eine entsprechende Gefährdung des Rechtsgutes.⁸⁴ Das Bundesverfassungsgericht stellte in früheren Entscheidungen darauf ab, dass vor „Angriffen und Behinderungen von Anhängern anderer Glaubensrichtungen oder konkurrierender Religionsgruppen zu schützen“ sei.⁸⁵ Mit Blick auf die einzelnen Gläubigen ist versucht worden, eine entsprechende Schutznotwendigkeit unter Hinweis auf

⁸³ BVerfGE 93, 1 (16); 102, 370 (393); 125, 39 (79).

⁸⁴ *Michael Pawlik*, Der strafrechtliche Schutz des Heiligen, in: *Religionsbeschimpfung. Der rechtliche Schutz des Heiligen*, hg. von Josef Isensee, 2007, S. 31 (40); *Andreas von Arnould de la Perrière*, Grundrechtsfreiheit zur Gotteslästerung, ebd., S. 63 (75); *Josef Isensee*, Blasphemie im Koordinatensystem des säkularen Rechts, ebd., S. 105 (119).

⁸⁵ BVerfGE 93, 1 (16); 102, 370 (393); siehe ferner so etwa *Christian Waldhoff*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität, 2010, S. D 162 f.; *Starck / Paulus*, in: *Grundgesetz* (o. Fn. 20), Art. 4, Rn. 20, 143; *Karlhans Dippel*, in: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, hg. von Burkhard Jähnke / Heinrich Wilhelm Laufhütte / Walter Odersky, 11. Aufl. 2005, vor § 166, Rn. 17.

religiösen Identitätsschutz zu begründen;⁸⁶ für Religionsgemeinschaften wäre nach einem entsprechenden Funktionsschutz zu fragen.⁸⁷ Im strafrechtlichen Kontext (dazu noch Rn. 56) ist dementsprechend auf das berechnete Vertrauen der Bürger abgestellt worden, dass die jeweiligen religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen respektiert werden.⁸⁸ Andere stellen etwas zurückhaltender darauf ab, ob eine entsprechende Diskriminierungsgefahr besteht.⁸⁹

Bei diesen Überlegungen wird jedoch nicht ausreichend berücksichtigt, dass die Meinungsfreiheit bekanntlich alle, auch gefährliche, ja sogar staatsgefährdende Äußerungen schützt (s. o. Rn. 17). Ein spezieller Schutz religiöser Überzeugung bedeutet daher eine in einer meinungspluralen Gesellschaft zweifelhafte Privilegierung religiöser gegenüber religionskritischer oder auch sonstigen Meinungen.⁹⁰ Der – in der Sache sicher zutreffende – Hinweis auf die identitätsprägende Bedeutung von Religion rechtfertigt einen besonderen Schutz religiöser Überzeugungen nicht, weil es nicht zu überzeugen vermag, allein diese, nicht aber andere höchstpersönliche Überzeugungen oder Prägungen zu schützen⁹¹ – wie etwa die jedenfalls aus der katholischen Kirche gelegentlich auch mit heftigen Worten bedachte Homosexualität.⁹² Und soweit allein die Form von Äußerungen unterbunden wer-

52

⁸⁶ So Pawlik, Schutz (o. Fn. 84), S. 48 ff.; vgl. ferner die Entscheidungen des EGMR 13470/87 vom 20. 9. 1994 (Otto Preminger Institut), §§ 47, 56, und kritisch dazu v. Arnould de la Perrière, Grundrechtsfreiheit (o. Fn. 84), S. 98 ff., der statt des dort propagierten Schutzes der Mehrheitsreligion allenfalls einen Schutz von Minderheiten für gerechtfertigt ansieht; 17419/90 vom 25. 11. 1996 (Wingrove), §§ 48, 57 ff.; 52471/98 vom 13. 9. 2005 (I. A. / Türkei), §§ 24, 29.

⁸⁷ Zu diesem Konzept (als Antwort auf die Frage nach einem „Persönlichkeitsrecht“ für juristische Personen) allgemein Wolfgang Kau, Vom Persönlichkeitschutz zum Funktionsschutz, 1989.

⁸⁸ BVerwG, in: NJW 1999, S. 304; OLG Koblenz, in: NJW 1997, S. 1174 (1176); OLG Nürnberg, in: NStZ-RR 1999, S. 238 (240); Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 85), § 166, Rn. 8.

⁸⁹ OLG Köln, in: NJW 1982, S. 657 (658); OLG Karlsruhe, in: NStZ 1986, S. 363 (364); OLG Celle, in: NJW 1986, S. 1275 (1276).

⁹⁰ Isensee, Blasphemie (o. Fn. 84), S. 117 ff.; Joachim Renzikowski, Toleranz und die Grenzen des Strafrechts, in: Gedächtnisschrift für Dietrich Meurer, hg. von Eva Graul / Gerhard Wolf, 2002, S. 179 (187); Tatjana Hörnle, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, hg. von Wolfgang Joecks / Klaus Mießbach, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 166, Rn. 2.

⁹¹ Hörnle, ebd., § 166, Rn. 2.

⁹² v. Arnould de la Perrière, Grundrechtsfreiheit (o. Fn. 84), S. 79.

den soll, ist unklar, warum nicht – mit Blick auf den Einzelnen – der allgemeine Ehrenschatz ausreicht.⁹³

53 In einer jüngeren Entscheidung formuliert das Bundesverfassungsgericht den Schutzauftrag dementsprechend zu Recht enger. Danach ist „Raum für die aktive Betätigung der Glaubensüberzeugung und die Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit auf weltanschaulichem Gebiet zu sichern.“⁹⁴ Für den vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies, dass eine Einschränkung der Meinungsfreiheit unter Hinweis auf die Schutzpflicht zugunsten der Religionsfreiheit nicht in Betracht kommt. Mediale Berichterstattung über Religion, ja selbst die Beschimpfung von Religion vermag jedoch diese Facette der Glaubensfreiheit gar nicht zu beeinträchtigen, sofern sie nicht mit Aufrufen zu Störaktionen gegenüber Gottesdiensten oder Ähnlichem verbunden ist. Selbst die Möglichkeit des Glaubens als solche, also das forum internum, wird durch Blasphemie nicht beeinträchtigt.⁹⁵

54 Wehren kann sich eine Religionsgemeinschaft allerdings gegen eine Zurechnung falscher Tatsachen, etwa die Zuschreibung einer Lehre, die sie gar nicht vertritt u. s. w. Insoweit haben Religionsgemeinschaften also auch ein Recht auf korrekte Darstellung. Dieser Gedanke gilt im Übrigen nicht nur für Art. 4 GG, sondern auch im Anwendungsbereich von Art. 137 Abs. 3 WRV. Der weite Spielraum des Gesetzgebers bei der Verwirklichung einer Schutzpflicht schließlich sei nur ergänzend hervorgehoben.⁹⁶

b) Einfachgesetzliche Ausgestaltung

55 Für Religion und Religionsgemeinschaften gelten auch insoweit keine Besonderheiten, als diese den Gegenstand der Berichterstattung bilden. Es kommen also nur die allgemeinen Instrumente des Medienrechts sowie die des generell geltenden Rechts zum Tragen. Zum ersten Punkt ist wie bei der Presse mit eher bescheidener prak-

⁹³ In diesem Sinne *Isensee*, Blasphemie (o. Fn. 84), S. 122; *Christoph Enders*, Zwischen Kritik und Beschimpfung – Das Verhältnis der Meinungs- und Kunstfreiheit zum Schutz von Glauben und religiösen Empfindungen im Wandel der Zeiten und Gesetzgebung, in: KuR 2007, S. 40 (44).

⁹⁴ BVerfGE 125, 39 (79).

⁹⁵ *Isensee*, Blasphemie (o. Fn. 84), S. 119.

⁹⁶ Dazu BVerfGE 125, 39 (79 f.).

tischer Bedeutung das Recht auf Gegendarstellung (s. o. Rn. 20) zu nennen.

Weiterhin ist auf die strafrechtlichen Vorschriften hinzuweisen, die dem Schutz der Religion dienen. Die im Kontext von Medien allein in Betracht kommende Vorschrift des § 166 StGB (Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsvereinigungen) entfaltet allerdings nur begrenzte Bedeutung. In der Praxis und der strafrechtlichen Literatur wird dabei nicht eine Religion, sondern der öffentliche Friede als Schutzgut angesehen. Gefährdet wird dieser allerdings regelmäßig nicht durch entsprechende Äußerungen, es sei denn, diese hätten volksverhetzenden Charakter, sondern allenfalls durch unangemessene Reaktionen auf religionskritische Äußerungen. Die Rechtspraxis geht jedoch häufig weiter.⁹⁷

Die Landespressegesetze sehen gegenüber „Behörden“ durchweg einen Auskunftsanspruch vor; Religionsgemeinschaften werden davon nicht erfasst. Dies gilt im Grundsatz insbesondere auch, soweit diese als Körperschaften des öffentlichen Rechts verfasst sind. Anderes ist nur anzunehmen, soweit sie staatlich verliehene Hoheitsgewalt ausüben. Entscheidend ist dabei letztlich nicht die öffentlich-rechtliche Rechtsform, sondern ob besondere Befugnisse im Verhältnis zur Allgemeinheit bestehen. Diskutabel ist eine Anwendung etwa im Bauplanungsrecht, wo die öffentlich-rechtlich verfassten Kirchen bestimmte Befugnisse eigenständig ausüben können⁹⁸.

3. Die Kirchen und die Selbstkontrolle der Medien

Abschließend ist zu erwähnen, dass die beiden Großkirchen im Kontext der Medien auch eine wichtige Aufgabe für die Gesellschaft erfüllen, selbst wenn diese außerhalb der Religionsfreiheit und des Selbstverwaltungsrechts steht. Es geht um die verschiedenen Gremien der Selbstkontrolle der Medienwirtschaft zur Gewährleistung des Jugendschutzes. Große Tradition besitzt diese im Bereich des Films. Nach § 11 JuSchG dürfen Filme in Gegenwart von Kindern

⁹⁷ Henning Radtke, → § 75, Rn. 12–34. Dazu die Nachweise in den Fn. 88 f.; ferner Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 85), § 166, Rn. 59 ff.; kritisch Hörnle, in: Münchener Kommentar (o. Fn. 90), § 166, Rn. 1 f.; Renzikowski, Toleranz (o. Fn. 90), S. 187; Enders, Kritik (o. Fn. 93), S. 49 f.

⁹⁸ § 1 Abs. 6 Nr. 6 BauGB; Ansgar Hense, → § 65, Rn. 18–26. Dieser bezieht diese Norm allerdings nicht auf eine Teilhabe an Hoheitsgewalt, sondern auf das partizipative Geltendmachen von Freiheitspositionen.

und Jugendlichen nur gezeigt werden, wenn sie eine entsprechende Altersfreigabe besitzen; diese kann nach einem zwischen den obersten Landesbehörden vereinbarten Verfahren erfolgen, das sich auf die Ergebnisse der Prüfung durch von Verbänden der Wirtschaft getragene oder unterstützte Organisationen freiwilliger Selbstkontrolle stützt (§ 14 Abs. 6 JuSchG).⁹⁹

59 Nach den auf dieser Grundlage beschlossenen Grundsätzen¹⁰⁰ wirken die im Einzelnen dort benannten Bundes- und Landesbehörden, die evangelische und die katholische Kirche sowie der Zentralrat der Juden, dem im Weiteren allerdings keine konkrete Stellung zugewiesen wird, sowie der Bundesjugendring zusammen (dort § 3). Für wichtige Entscheidungen, insbesondere die Änderung der Grundsätze sowie die Einsetzung der zu konkreten Entscheidungen befugten Ausschüsse ist die Grundsatzkommission berufen, in der neben Vertretern der Filmwirtschaft und der Fernsehveranstalter auch „Vertreter der öffentlichen Hand“ repräsentiert sind. Als solche sind ausgewiesen neben jeweils zwei Vertretern des Bundes und der Länder sowie einem Vertreter des Bundesjugendrings je ein Vertreter der Evangelischen Kirche in Deutschland und der Deutschen Bischofskonferenz (§ 4 Abs. 2 Nr. 2). Diese Bezeichnung als Vertreter der öffentlichen Hand entfaltet auch praktische Bedeutung: In den weiteren Ausschüssen sind dann jeweils eine bestimmte Zahl von „von der öffentlichen Hand benannten“ Personen Mitglied (§ 5).

60 Die Aufgaben dieser Freiwilligen Selbstkontrolle wurden mittlerweile ausgeweitet auf die online-Angebote. Religionsgemeinschaften sind weiterhin beteiligt an der entsprechenden Einrichtung im Bereich der Unterhaltungssoftware („Unterhaltungssoftware Selbstkontrolle“ – USK). In dessen Beirat sind u. a. auf Vorschlag der Evangelischen Kirche in Deutschland, der Deutschen Bischofskonferenz und des Zentralrats der Juden „zwei Vertreter der Kirchen oder anderer Religionsgemeinschaften, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind“, Mitglied.¹⁰¹

⁹⁹ Siehe zu dieser Medienkontrolle Achim Braun / Wolfgang R. Langebuecher / Hörst Pöttker / Christian Schicks (Hg.), Handbuch Medienselbstkontrolle, 2005; Horst v. Hartlieb, Die Freiwillige Selbstkontrolle der Filmwirtschaft, in: Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, hg. von dems. / Mathias Schwarz, 5. Aufl. 2011, S. 57 ff.

¹⁰⁰ Vom 1.12.2012, abrufbar unter <http://www.spio-fsk.de/media_content/422.pdf>.

¹⁰¹ Siehe dazu § 3 Abs. 2 Nr. 6 der Grundsätze der USK, abrufbar unter: <<https://usk.de/die-usk/grundlagen-und-struktur/grundlagen/>>.

IV. Religionsgemeinschaften und der öffentlich-rechtliche Rundfunk

1. Grundfragen

a) Religion im Rundfunk

Wie dargestellt hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG insbesondere ausführliche Vorgaben für die Organisation und Durchführung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks abgeleitet (s.o. Rn. 28 ff.). Das zentrale Element dieser Rechtsprechung ist die Verpflichtung der Anstalten, die inhaltliche und organisatorische Teilhabe aller gesellschaftlich relevanten Gruppen zu gewährleisten. Diese wird einfachgesetzlich ausgeformt durch Regelungen zur Programmgestaltung sowie zur Zusammensetzung der einschlägigen Gremien, also insbesondere der Rundfunk- bzw. Fernsehräte. Daher ist vorab nach der Bedeutung von Religion und Religionsgemeinschaften und den allgemeinen religionsverfassungsrechtlichen Prinzipien des Grundgesetzes¹⁰² in diesem Kontext zu fragen.

61

Die gesamtgesellschaftliche Bedeutung von Religion ist zwar am Abnehmen. Der Anteil der religiös gebundenen Bevölkerung sinkt seit vielen Jahren, und es spricht manches dafür, dass auch für diejenigen, die weiterhin einer Religionsgemeinschaft angehören, deren Gebote die jeweilige Lebensführung in immer geringerem Maße beeinflussen. Verglichen mit anderen gesellschaftlichen Phänomenen kommt der Religion und damit den Religionsgemeinschaften jedoch weiterhin eine einzigartige Stellung zu. So gehören auch heute noch mehr als zwei Drittel der Bevölkerung einer Religionsgemeinschaft an. Zu diesem quantitativen Aspekt kommt ein qualitativer: Religion ist von ihrem Grundverständnis her auf den ganzen Menschen ausgerichtet und hat das menschliche Leben ganzheitlich im Blick.¹⁰³ Damit unterscheidet sie sich von praktisch allen anderen organisierten Belangen und Interessen.

62

Dementsprechend kommt Religion und ihren Gemeinschaften eine wichtige Rolle bei der Gestaltung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu. Dies ist auch nicht unvereinbar mit dem Gebot der Trennung von Staat und Kirche (Art. 137 Abs. 1 WRV). Zum einen sind die

63

¹⁰² Dazu allgemein *Hans Michael Heinig*, → § 14; *Stefan Koriath*, → § 16; *Kyrill-A. Schwarz*, → § 17; *Christian Walter*, → § 18.

¹⁰³ *Hans Michael Heinig*, → § 14, Rn. 46 f.

Rundfunkanstalten in diesem Sinne ohnehin schon materiell gar nicht dem Staat zuzurechnen, denn sie sind ja gerade staatsfern organisiert und sollen die Belange der Gesellschaft aufgreifen. Zum anderen ist das Trennungsgebot auch grundsätzlich nicht auf Distanz und Ignoranz, sondern auf sachgerechte Kooperation angelegt.¹⁰⁴ Daher finden sich auch in etlichen Verträgen zwischen Staat und Kirche¹⁰⁵ Regelungen zum Rundfunkrecht, die jeweils inhaltlich den genuin staatlichen rundfunkrechtlichen Regeln vergleichbar sind.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Christian Walter, → § 18.

¹⁰⁵ Stefan Mückl, → § 10.

¹⁰⁶ Siehe im Sinne eines Bemühens die Verträge der evangelischen Kirche mit folgenden Ländern: Berlin (Art. 24 des Vertrages vom 6.7.2006, GVBl. S. 715); Brandenburg (Art. 21 des Vertrages vom 8.11.1996, GVBl. I/1997 S. 4, 13); Bremen (Art. 21 des Vertrages vom 31.10.2001, GBl. 2002 S. 15); Hamburg (Art. 22 des Vertrages vom 29.11.2005, GVBl. 2006 S. 415); Mecklenburg-Vorpommern (Art. 25 des Vertrages vom 20.1.1994, GVBl. S. 559); Niedersachsen (Art. 2 des Ergänzungsvertrages vom 4.3.1965, GVBl. 1966 S. 3); Sachsen (Art. 23 des Vertrages vom 24.6.1994, GVBl. S. 1252); Sachsen-Anhalt (Art. 22 des Vertrages vom 15.9.1993, GVBl. S. 172); Thüringen (Art. 23 des Vertrages vom 15.3.1994, GVBl. S. 509). Siehe weiterhin die Verträge der katholischen Kirche mit folgenden Ländern: Brandenburg (Art. 10 des Vertrages vom 24.5.2004, GVBl. I S. 223); Bremen (Art. 12 des Vertrages vom 2.3.2004, GBl. S. 151); Hamburg (Art. 11 des Vertrages vom 29.11.2005, GVBl. 2006 S. 435); Mecklenburg-Vorpommern (Art. 12 des Vertrages vom 15.9.1997, GVBl. 1998 S. 2); Niedersachsen (Art. 10 des Konkordats vom 26.2.1965, GVBl. 1965 S. 191); Sachsen (Art. 11 des Vertrages vom 2.7.1996, GVBl. S. 18); Sachsen-Anhalt (Art. 11 des Vertrages vom 15.1.1998, GVBl. S. 161); Thüringen (Art. 16 des Vertrags vom 11.6.1997, GVBl. S. 266). Siehe ferner die Verträge jüdischer Gemeinschaften mit folgenden Ländern: Baden-Württemberg (Art. 7 des Vertrages vom 18.1.2010, GBl. S. 301); Brandenburg (Art. 16 des Vertrages vom 16.1.2005, GVBl. S. 158); Mecklenburg-Vorpommern (Art. 9 des Vertrages vom 14.6.1996, GVBl. S. 557); Nordrhein-Westfalen (Art. 9 des Vertrages vom 1.12.1992, GVBl. 1993 S. 314); Rheinland-Pfalz (Art. 7 des Vertrages vom 26.4.2012, GVBl. S. 157); Sachsen-Anhalt (Art. 12 des Vertrages vom 20.3.2006, GVBl. S. 468). Siehe schließlich Art. 8 der beiden von Hamburg mit verschiedenen islamischen Verbänden einerseits, der Alevitischen Gemeinde andererseits geschlossenen Verträge vom 13.11.2012 (GVBl. II 2013 S. 997 und 1001). Für die Gremien des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sowie die Landesmedienanstalt ist ferner in Bremen Art. 5 des Vertrages mit der Jüdischen Gemeinde vom 11.10.2001, GBl. S. 473 von Bedeutung, der auf eine angemessene Repräsentanz in allen gesamtgesellschaftlich zusammengesetzten Gremien des Landes abstellt.

*b) Zur Rolle der verschiedenen Religionsgemeinschaften,
vor allem des Islam*

Religion ist ein ausgesprochen plurales Phänomen; eine ganze Reihe von Gemeinschaften bestimmt das Bild. In der Bundesrepublik Deutschland stellt sich die Situation bundesweit rein quantitativ in etwa wie folgt dar: Den beiden großen christlichen Kirchen gehören jeweils rund 30 % der Bevölkerung an, gut 2 % weiteren christlichen Gemeinschaften. Hinzu kommen geschätzte knappe 5 % Muslime sowie etwa 0,3 % Buddhisten und 0,25 % Juden. Im Gegensatz zu den Angehörigen der anderen Religionsgemeinschaften sind die Muslime allerdings im Wesentlichen nicht organisiert. Dies liegt aber nur zum Teil an den erwähnten unterschiedlichen Richtungen innerhalb des Islam, denn selbst innerhalb dieser gibt es keine einheitliche Struktur. Vor dem Hintergrund der Zuweisung des Rundfunkrechts an den Landesgesetzgeber sind allerdings die großen Unterschiede zwischen den Zahlen bei den einzelnen Ländern – und damit bei der gesellschaftlichen Relevanz der einzelnen Gruppen – hervorzuheben. So sind in den großen westdeutschen Flächenstaaten 70–75 % der Bevölkerung christlich, im Osten nur rund 20 %. Der Anteil der Muslime ist in Berlin mit rund einem Sechstel deutlich größer als im Bundesdurchschnitt.

64

Ein Blick in die verschiedenen rundfunkrechtlichen Regelwerke offenbart dabei bemerkenswerte Unterschiede. In einigen Punkten werden alle Religionen gleich behandelt wie bei der Kurzberichterstattung (s. u. Rn. 82) und der Werbung (s. u. Rn. 87). Hinsichtlich der Sicherung von Präsenz – im Programm wie in den Anstalten – bestehen hingegen deutliche Unterschiede: Die einschlägigen Regelungen beschränken sich nahezu durchweg auf die christlichen Großkirchen und die jüdischen Gemeinden. Im Zusammenhang mit Drittsenderrechten stellen allerdings manche Regelungen allgemein auf den Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts ab.¹⁰⁷

65

Nun handelt es sich bei den differenzierenden Regelungen durchweg um solche, bei denen die gesellschaftliche Relevanz der betreffenden Religionsgemeinschaft eine wichtige Rolle spielt. Allerdings ist diese den Muslimen zumindest in den meisten Bundesländern kaum zu bestreiten, und dennoch kommen sie in den genannten rundfunkrechtlichen Bestimmungen fast durchweg nicht explizit vor, und mangels Bestehen einer Körperschaft des öffentlichen Rechts

66

¹⁰⁷ Zu den Einzelnachweisen siehe Fn. 145.

lassen sie sich auch praktisch nirgends unter allgemeine Begriffe subsumieren. Angesichts der Grundsätze der Neutralität des Staates gegenüber den verschiedenen Religionen und des Gebots der (ggf. nach gesellschaftlicher Bedeutung gewichteten) Parität¹⁰⁸ ist dies erklärungsbedürftig. Faktisch geht es um rund 5 % der Bevölkerung. Auch wenn davon ein nicht unerheblicher Teil eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzt, wird man die Muslime als durchaus gesellschaftlich relevant einstufen müssen. Zudem liegt der Anteil der Juden deutlich niedriger.¹⁰⁹

- 67 Allerdings ist die Präsenz der Juden sicher weniger durch ihre zahlenmäßige Stärke als durch ihren jahrhundertlangen Beitrag zur Entwicklung der heutigen Kultur und durch die historische Verantwortung Deutschlands gegenüber den Juden zu erklären.¹¹⁰ Daraus lässt sich jedoch kein Argument dafür ableiten, dass der Islam im deutschen Rundfunkrecht kaum vorkommt. Zum Teil wird auch vorgebracht, dass nur die genannten Religionsgemeinschaften „tradiert das (derzeitige) weltanschauliche Verständnis und Bild unserer Gesellschaft [...] widerspiegeln“ und die sonstigen Gruppen kein einschlägiges Bedürfnis verspüren¹¹¹. Das erstgenannte Argument erkennt jedoch den Ansatz des Bundesverfassungsgerichts, wonach es bei der Frage nach der gesellschaftlichen Relevanz gerade nicht nur um dominante Gesellschaftsstrukturen geht, sondern eben auch Minderheiten im Rundfunk zu Wort kommen müssen. Und die Frage, ob ein Bedürfnis besteht oder nicht, kann nicht auf dem Wege einer Verneinung durch die staatlichen Stellen beantwortet werden, sondern nur durch entsprechend offene Regelungen, die dann je nach Interesse der Religionsgemeinschaften von diesen genutzt werden oder eben auch nicht.

¹⁰⁸ Kyrill-A. Schwarz, → § 17.

¹⁰⁹ Dazu Michael Demel, *Gebrochene Normalität*, 2011, S. 327 (schon im Vergleich zu den kleinen christlichen Kirchen).

¹¹⁰ Vgl. auch den entsprechenden Hinweis in OVG Hamburg, in: NVwZ 1985, S. 124 (125). Demel, *Normalität* (Fn. 109), stellt hingegen auf den Restitutionsgedanken ab (S. 328 ff.), was das Problem aufwirft, dass andere verfolgte Gruppen wie die Roma und Sinti nicht vertreten sind; in einer Entscheidung zu einer von diesen mit Blick u. a. auf Art. 3 Abs. 1 GG erhobenen Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG demgegenüber allein auf den Charakter der Juden als Religionsgemeinschaft abgestellt (K, in: NVwZ 1999, S. 175 [176]).

¹¹¹ Norbert P. Flechsig, in: Beck'scher Kommentar (o. Fn. 40), § 42 RStV, Rn. 23, jeweils unmittelbar auf das Drittsenderecht bezogen.

Die diffuse Organisationsstruktur des Islam¹¹² überzeugt als Argument schon deswegen nicht, weil es vorliegend nicht um Repräsentativität im technischen Sinne geht, sondern um ein Abbild der gesellschaftlichen Strukturen. Dabei kommt es aber naturgemäß nicht auf formalrechtliche mitgliedschaftliche Strukturen an, sondern auf die inhaltliche Repräsentanz bestimmter Belange.

68

Erst recht ist für eine Sonderstellung öffentlich-rechtlicher Religionsgemeinschaften kein prinzipiell tragfähiger Grund zu erkennen.¹¹³ Es ist eine Frage des jeweiligen Selbstverständnisses, ob sich eine Religionsgemeinschaft in dieser Rechtsform organisiert oder nicht; nachteilige Konsequenzen darf dies für Lebensbereiche, für die diese Frage unmittelbar nicht von Bedeutung ist, nicht aufweisen. Manche islamische Gruppierungen bemühen sich zudem ohnehin um diese Anerkennung, und mit Blick auf die Juden wird jedenfalls nicht in allen Regelwerken explizit auf diesen Punkt abgestellt.¹¹⁴

69

¹¹² Katharina Pabel, → § 25.

¹¹³ A. A., aber nur mit dem Hinweis auf die ansonsten fehlende „Vergleichbarkeit“ *Flehsig*, in: Beck'scher Kommentar (o. Fn. 40), § 42 RStV, Rn. 23. Nur mit Blick auf Weltanschauungsgemeinschaften und damit unterkomplex wird das Gleichbehandlungsproblem erörtert bei *Holznagel / Krone*, in: Elektronische Medien (o. Fn. 68), § 42 RStV, Rn. 10. Das impliziert, dass es neben den genannten keine sonstigen Religionsgemeinschaften gibt. Im Übrigen vermag die Annahme, dass eine solche Erstreckung den Rundfunkanstalten unzumutbare Belastungen auferlegt, als solche nicht zu überzeugen, weil es für den religiös neutralen Staat keinen prinzipiellen Unterschied zwischen Religion und Weltanschauung geben kann. Entscheidend ist vielmehr, dass es keine Weltanschauungsgemeinschaft gibt, die auch nur ansatzweise in ihrer gesellschaftlichen Bedeutung einer der ausdrücklich erwähnten Religionsgemeinschaften gleichkommt.

¹¹⁴ Zum Teil wird allerdings davon ausgegangen, dass mit dem gelegentlich verwendeten Begriff der jüdischen Gemeinden ebenfalls nur die als Körperschaften des öffentlichen Rechts zusammengefassten und im Zentralrat der Juden zusammengeschlossenen jüdischen Gemeinden gemeint seien (so *Flehsig*, in: Beck'scher Kommentar [o. Fn. 40], § 42 RStV, Rn. 23, 26), doch gibt es ganz real auch privatrechtlich verfasste jüdische Gemeinden.

2. Mitgliedschaft in den Gremien

a) Auswahl der vertretenen Gruppen

70 In allen Rundfunk- bzw. Fernsehräten sind die katholische und die evangelische Kirche sowie die jüdischen Gemeinden vertreten.¹¹⁵ Gelegentlich ist der Kreis weiter gezogen: Seit wenigen Jahren ist in den Rundfunkräten von Radio Bremen, Hessischem Rundfunk und SWR ein Vertreter der Muslime vorgesehen.¹¹⁶ Nach dem Staatsvertrag über den MDR sowie dem WDR-Gesetz können sich nicht automatisch im Rundfunkrat vertretene gesellschaftlich relevante Gruppen um einen von insgesamt acht nicht näher definierten Sitzen bewerben; die Entscheidung trifft der Landtag.¹¹⁷ Im Übrigen sind andere Religionsgemeinschaften als solche nicht vertreten. In den Hamburger Verträgen mit dem Islam sind jetzt immerhin entsprechende Bemühensklauseln enthalten.¹¹⁸

71 Nun ist es selbstverständlich, dass nicht alle in Deutschland bestehenden Religionsgemeinschaften in den Rundfunkräten vertreten sein können. Angesichts ihrer gesellschaftlichen Bedeutung unverzichtbar sind insoweit jedoch nur die beiden Großkirchen.¹¹⁹ Demgegenüber fällt auf, dass die Muslime, die in quantitativer Hinsicht absolut betrachtet einen nicht unerheblichen Teil der Bevölkerung darstellen und relativ gesehen deutlich stärker in Deutschland präsent sind als etwa die in den Gremien durchweg vertretenen Juden, nur in den Gremien ganz weniger Anstalten vertreten sind, und dies auch erst seit wenigen Jahren, aber bis heute nicht etwa beim RBB

¹¹⁵ Siehe Art. 6 Abs. 3 Nr. 3 Bay. Rundfunkgesetz (BayRG), § 31 Abs. 3 Nr. 1–3 Deutsche-Welle-Gesetz (DWG), § 5 Abs. 2 Nr. 3–5 hr-Gesetz, § 19 Abs. 1 Nr. 3–5 MDR-StV, § 17 Abs. 1 Nr. 2–3 NDR-StV, § 10 Abs. 1 Nr. 5–7 Radio-Bremen-Gesetz (RBG), § 14 Abs. 1 Nr. 1–3 RBB-StV, § 27 Abs. 1 Nr. 4–6 SMG, § 14 Abs. 2 Nr. 2–4, Abs. 3 Nr. 2 und 3 SWR-StV, § 15 Abs. 3 Nr. 1–3 WDR-Gesetz, § 21 Abs. 1 Buchst. c–f ZDF-StV. Siehe ferner die in Fn. 106 genannten Verträge mit den verschiedenen Religionsgemeinschaften. Darstellend dazu, ohne kritische Reflexion, *Martin Stock*, Viele Religionen im Rundfunkrat?, in: *ZevKR* 45 (2000), S. 380 ff.

¹¹⁶ § 10 Abs. 1 Nr. 8 RBG; siehe ferner ebd. Nr. 9 zu den Aleviten; § 5 Abs. 2 Nr. 27, § 5a hr-Gesetz, § 14 Abs. 2 Nr. 5 SWR-StV. Früher waren stattdessen die christlichen Freikirchen vertreten; siehe § 14 Abs. 2 Nr. 6 SWR-StV 1997.

¹¹⁷ § 19 Abs. 1 Nr. 16, Abs. 3 MDR-StV; § 15 Abs. 4 WDR-Gesetz.

¹¹⁸ O. Fn. 106.

¹¹⁹ *Christoph Link / Armin Pahlke*, Kirchen und privater Rundfunk, 1985, S. 16.

oder beim WDR mit ihren bemerkenswert hohen Anteilen an muslimischer Bevölkerung im Sendegebiet. Immerhin ist gelegentlich die Bestellung eines Ausländers bzw. einer Person mit Migrationshintergrund vorgesehen.¹²⁰ Da sich unter den Ausländern überdurchschnittlich viele Personen mit islamischen Bezug befinden, könnte dadurch ein – wenn auch unzureichender – Ausgleich geschaffen werden.

Nun gesteht die Rechtsprechung dem Gesetzgeber bei der Entscheidung über die Einstufung einer Gruppe als im hier bedeutungsvollen Sinne gesellschaftlich relevant und die damit verbundene Vertretung im Rundfunkrat einen weiten Spielraum zu; korrespondierende subjektive Rechte der Religionsgemeinschaften bestehen nicht.¹²¹ Gerichtliche Entscheidungen liegen bisher nur zu Freikirchen vor. Dort wurde (im Ergebnis wohl zu Recht) allein auf deren fehlende gesellschaftliche Bedeutung abgestellt. An den Begründungen der Entscheidungen vermag allerdings nicht zu überzeugen, dass die staatskirchenrechtlichen Grundprinzipien der Neutralität und Parität nicht einmal ansatzweise erörtert wurden.¹²²

Tatsächlich muss man hier von quantitativen und qualitativen Kriterien ausgehen. Quantitativ stellt sich die Frage, in welchem Ausmaß eine Organisation Menschen repräsentiert. Qualitativ ist von Bedeutung, in welchem Ausmaß eine Organisation die Menschen tatsächlich erfassen kann. Alle Organisationen sind ja durch einen bestimmten Zweck definiert: Die Gewerkschaften vertreten Arbeitnehmer, die Handwerkskammern Handwerker, der Hausbesitzerverein die Hausbesitzer u. s. w. Dabei kommt es letztlich vor allem darauf an, dass der Kreis der Vertreter insgesamt so zusammengesetzt ist, dass sich ein verlässliches Abbild der verschiedenen, in der Gesellschaft vorhandenen Strömungen und Gruppierungen ergibt. Auch im Einzelnen muss die Auswahl dann nach in sich schlüssigen Kriterien erfolgen. In diesem Lichte betrachtet sind Religionsgemeinschaften wie schon erwähnt in ganz besonderer Weise geeignet zur Teilhabe an der

¹²⁰ Im Einzelnen sehen vor: die Bestellung eines Ausländers § 17 Abs. 1 Nr. 15 NDR-StV (durch die Arbeitsgemeinschaft kommunaler Ausländervertretungen) und § 14 Abs. 1 Nr. 21 RBB-StV (durch die Integrationsbeauftragten) und § 15 Abs. 5 WDR-Gesetz (durch die Landesarbeitsgemeinschaft der Migrantenvertretungen).

¹²¹ *Matthias Cornils*, Die Kirchen in den Rundfunkgremien, in: ZevKR 54 (2009), S. 417 (422, 432). Siehe bereits allgemein o. Fn. 53 f.

¹²² Siehe neben den in Fn. 54 genannten Entscheidungen noch OVG Lüneburg, in: JZ 1979, S. 24 (27) und als Revisionsurteil zu OVG Hamburg, in: NVwZ 1985, S. 124, noch BVerwG, in: NVwZ 1986, S. 379 (380).

Repräsentanz der Gesellschaft. Sie repräsentieren nicht nur quantitativ vergleichsweise viele Menschen, sondern haben im Unterschied zu den meisten anderen im Rundfunkrat vertretenen Organisationen das menschliche Leben ganzheitlich im Blick (s. o. Rn. 62). Sie vertreten also nicht nur bestimmte Interessen.

- 74 Dass es generell keinen Grund gibt, den Islam an dieser Stelle zu benachteiligen, wurde bereits erwähnt. Dessen diffuse Organisation jedenfalls vermag auch speziell mit Blick auf den Rundfunkrat keinen Grund zu liefern. Schließlich haben sich – vor allem in den letzten Jahren – verstärkt Dachverbände gebildet, denen man gegebenenfalls die Bestellung eines Vertreters übertragen könnte. Denkbar wäre auch eine Maßgabe, dass sie sich gemeinsam auf einen Vertreter verständigen, wie dies zum Teil auch mit Blick auf andere gesellschaftliche Gruppen in den einschlägigen Regelwerken vorgesehen ist (s. u. Rn. 76). Selbst mit Blick auf die Durchführung von Religionsunterricht und die Einrichtung islamischer theologischer Institute wird die Leistungsfähigkeit dieser Konstruktion mittlerweile gesehen,¹²³ und im vorliegenden Zusammenhang weist das dort diskutierte Problem, ob diese Dachverbände tatsächlich für ihre Mitgliedsorganisationen verbindlich Position beziehen können, schon deswegen keine Bedeutung auf, weil die Mitwirkung an den Rundfunkgremien keinen Ausfluss des religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrechts darstellt (s. o. Rn. 72), sondern es allein um die gesellschaftliche Repräsentanz geht. Aus dem gleichen Grund spielt die so umstrittene Frage, ob die vergleichsweise mitgliederstarke islamische Organisation DITIB wegen ihrer engen Verbindung zur türkischen Regierung als Religionsgemeinschaft angesehen werden kann, hier keine Rolle.¹²⁴

- 75 Allenfalls stellt die Frage der Verfassungstreue ein zulässiges Auswahlkriterium dar. Im Lichte des auf „gesamtgesellschaftliche Integration in Frieden und Freiheit und der Verständigung unter den Völkern“ sowie eines „diskriminierungsfreien Miteinander“¹²⁵ angelegten Programmauftrages des Rundfunks muss man zudem vorliegend

¹²³ Dazu etwa § 132a SchulG NRW; aus der Wissenschaft etwa *Janbernd Oebbecke*, Islamische Theologie an deutschen Universitäten. Rechtspolitische Aspekte, in: ZevKR 56 (2011), S. 262 (269 ff.); zurückhaltender *Hans Michael Heinig*, Islamische Theologie an staatlichen Hochschulen, in: ZevKR 56 (2011), S. 238 (256 ff.); siehe auch *Markus Ogorek*, → § 44 und *Christian Waldhoff*, → § 46, Rn. 60–76.

¹²⁴ Bei dem Hamburger Vertrag (o. Fn. 106) ist DITIB ein Vertragspartner; dazu auch *Katharina Pabel*, → § 25.

¹²⁵ Siehe etwa §§ 41 Abs. 1 RStV, 5 Abs. 3 ZDF-StV.

sogar strengere Anforderungen stellen, als sie das Bundesverfassungsgericht – zu Recht – für den Zugang zum Körperschaftsstatus postuliert hat.¹²⁶ Allerdings kann man aus diesem Grund nicht ohne jede Einzelfallprüfung alle islamischen Organisationen generell ausklammern.

b) Bestellung und Mitwirkung

Die Bestellung der Vertreter der einzelnen Gruppen erfolgt fast durchweg durch die Organisationen selber.¹²⁷ Gelegentlich entscheidet eine staatliche Stelle jedoch, wenn mehrere Gruppen sich nicht einigen können. Für Religionsgemeinschaften ist dies bedeutsam zum einen bei der territorial vorgegebenen Aufteilung der Vertreter der beiden großen Kirchen im NDR, zum anderen bei der Vertretung der Muslime im SWR.¹²⁸ Rechtlich ist dies auch im Lichte des Gebots der Staatsferne nicht zu beanstanden.¹²⁹

Zwei weitere Regelungen werfen mit Blick auf die katholische Kirche Probleme auf. In Bremen ist eine „Wahl nach demokratischen Grundsätzen im Rahmen der jeweils geltenden Statuten“ (durch die jeweilige Gruppe) vorgeschrieben.¹³⁰ Zahlreiche Regelwerke verlangen zudem auch von der einzelnen Gruppe eine geschlechtsparitätische Besetzung, die ggf. – bei einem Vertreter – durch einen Wechsel in der Zeit – auf einen Mann folgt eine Frau und umgekehrt – herzustellen ist.¹³¹ Immerhin sehen die meisten Regelungen begründungspflichtige Ausnahmemöglichkeiten vor.¹³²

¹²⁶ BVerfGE 102, 370 (390 ff.).

¹²⁷ Siehe Art. 6 Abs. 4 BayRG, § 29 Abs. 1 DWG, § 5 Abs. 2 hr-Gesetz, § 19 Abs. 4 MDR-StV, § 12 Abs. 1–3 RBG, § 14 Abs. 2 und 3 RBB-StV, § 27 Abs. 2 SMG, § 10 Abs. 4 SWR-StV, § 15 Abs. 1 WDR-Gesetz; § 21 Abs. 3 ZDF-StV.

¹²⁸ § 17 Abs. 4 und 3 NDR-StV bzw. § 14 Abs. 4 SWR-StV. Im Konfliktfall entscheidet jeweils auf der Grundlage der Vorschläge der Organisationen beim NDR das Landtagspräsidium des gerade aufsichtführenden Landes, beim SWR der zuständige Landtagsausschuss.

¹²⁹ Die Judikatur untersagt nur ein freies Entscheidungsrecht des Staates, aber keine staatlichen Bestätigungsrechte; siehe OVG Lüneburg, in: JZ 1979, S. 24 (25 f.).

¹³⁰ § 12 Abs. 1 RBG.

¹³¹ So Art. 6 Abs. 3 S. 2 BayRG; § 17 Abs. 2 NDR-StV, § 12 Abs. 6 RBG, § 14 Abs. 3 RBB-StV, § 27 Abs. 3 SMG, § 14 Abs. 6 SWR-StV (nur für die Vertreter aus Baden-Württemberg), § 15 Abs. 1 S. 2 und 3 WDR-Gesetz; § 21 Abs. 4 ZDF-StV.

¹³² Keine Ausnahme enthalten die zitierten Regelungen zum RBB, zum SWR und zum WDR.

78 Nun handelt es sich bei der Vertretung in den Rundfunkgremien sicherlich nicht um einen Ausfluss des religionsgemeinschaftlichen Selbstverwaltungsrechts. Daher kommt nicht nur die dort explizit verankerte Ämterfreiheit (Art. 137 Abs. 1 S. 2 WRV) nicht zum Tragen. Die jeweiligen Personen sollen auch nicht als echte „Vertreter“ ihrer Organisation auftreten, sondern aus ihrer Perspektive bedeutungsame gesamtgesellschaftliche Belange einbringen und so dazu beitragen, dass insgesamt ein allseits akzeptables Programm entsteht. Auf der anderen Seite darf der Staat, soweit er Religionsgemeinschaften aus gesamtgesellschaftlichen Gründen Mitwirkungsrechte einräumt, diese nicht dazu nutzen, den Religionsgemeinschaften Entscheidungen abzuverlangen, die diese dazu bringen, sich vom Inhalt oder vom Verfahren her in Widerspruch setzen zu müssen zu eigenen religiösen Vorstellungen. Dementsprechend ist die bremische Vorgabe zu den demokratischen Strukturen verfassungskonform so zu reduzieren, dass sie auf die katholische Kirche keine Anwendung findet. Ebenso muss der erwähnte Begriff der „Zusammensetzung“ so ausgelegt werden, dass er Strukturprinzipien der katholischen Kirche Rechnung trägt. Ob diese sich in der Lage sieht, eine Frau zu entsenden – die katholische Lehre beschränkt im Grundsatz nur das (hier nicht unmittelbar relevante) Priestertum auf Männer –, ist dann von ihr zu entscheiden.

79 Konsequenz des soeben betonten gesamtgesellschaftlichen Auftrages ist es auch, dass, wie dies in den einschlägigen Regelwerken durchweg zu Recht vorgesehen ist, die Vertreter unabhängig sind und frei von Weisungen agieren.¹³³ Allerdings müssen schon aus Gründen der Sachlogik generell Grenzen bestehen für den Fall, dass sich ein Vertreter völlig von seiner Gruppe entfernt. Dementsprechend sehen zahlreiche Regelwerke die Möglichkeit vor, die Entsendung aus wichtigem Grund zu beenden.¹³⁴ Für Religionsgemeinschaften problematisch ist allerdings die zum Teil vorhandene Vorgabe, dass diese nur für den Fall einer Beendigung der Mitgliedschaft in der Gruppe vorgesehen ist.¹³⁵ Diese Voraussetzung muss auch dann als erfüllt angesehen werden, wenn sich der Betreffende nach Feststellung der Religionsgemeinschaft von deren Lehre abgewendet hat.

¹³³ Dazu *Cornils*, Kirchen (o. Fn. 121), S. 428.

¹³⁴ § 6 Abs. 2 hr-Gesetz; § 27 Abs. 7 S. 2 Nr. 8 SMG; § 14 Abs. 5 SWR-StV sowie § 21 Abs. 6 S. 3 Nr. 7 ZDF-StV. Keine Regelungen sehen vor der NDR-StV sowie der RBB-StV.

¹³⁵ So Art. 6 Abs. 4 S. 2 BayRG, § 28 Abs. 1 DWG, § 19 Abs. 4 MDR-StV, § 12 Abs. 9 RBG, § 14 Abs. 2 WDR-Gesetz.

3. Programmgestaltung

a) Allgemeine Vorgaben

Von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten soll „ein objektiver Überblick über das Weltgeschehen, insbesondere ein umfassendes Bild der deutschen Wirklichkeit vermittelt werden.“¹³⁶ Dabei ist insbesondere die „kulturelle Vielfalt“ Deutschlands angemessen darzustellen. Der Kultur kommt sogar, wie nicht zuletzt die besondere Betonung des kulturellen Auftrages des öffentlichen Rundfunks in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (s.o. Rn. 28 ff.) deutlich macht, in Rundfunk und Fernsehen eine besondere Bedeutung zu. Zur Kultur aber gehört insbesondere auch die Religion (§ 2 Abs. 2 Nr. 17 RStV). Diese Vorgabe für die Programmgestaltung ist allerdings letztlich deswegen nur begrenzt relevant, weil das Rundfunkrecht wichtigen Religionsgemeinschaften direkt wahrzunehmende Drittsenderechte einräumt; die entsprechenden Sendungen tragen nur zur Erfüllung der kulturellen Verpflichtung des Rundfunks bei.

80

Zugleich soll die „Achtung [...] vor Glauben und Meinungen anderer“ gestärkt werden, weswegen nicht zuletzt die „religiösen Überzeugungen der Bevölkerung“ zu achten sind (etwa § 3 RStV).¹³⁷ Dies hat nicht nur Auswirkungen auf die Darstellung von Religion im Rundfunk, sondern bezieht sich auch auf das allgemeine Programm. Schließlich sehen die einzelnen rundfunkrechtlichen Regelwerke durchweg ein Recht auf Gegendarstellung vor.¹³⁸

81

¹³⁶ Siehe etwa § 5 ZDF-StV.

¹³⁷ Die genannte Bestimmung gilt unmittelbar nur für bundesweit empfangbare Rundfunkprogramme, doch sehen die einschlägigen landesrechtlichen Regelungen Gleiches für alle Programme vor. Siehe ferner entsprechende Regelungen in den Kirchenverträgen mit Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen (o. Fn. 106).

¹³⁸ Siehe § 8 ARD-StV; Art. 17 BayRG; § 9 Deutschlandradio-StV; § 18 DWG; § 3 Nr. 9 S. 1 hr-Gesetz; § 15 MDR-StV; § 12 NDR-StV; § 9 RBB-StV; § 10 SMG; § 10 SWR-StV; § 9 WDR-Gesetz; § 9 ZDF-StV; allgemein § 56 RStV.

b) Religionsgemeinschaften und Kurzberichterstattung

82 Eine weitere religionspezifische Regelung findet sich in den jeweiligen Bestimmungen zur Kurzberichterstattung (§ 5 Abs. 1 RStV). Danach steht jedem in Europa zugelassenen Fernsehveranstalter das Recht zu, über Veranstaltungen und Ereignisse, die öffentlich zugänglich und von allgemeinem Informationsinteresse sind, unentgeltlich einen kurzen Bericht zu senden. Diese Bestimmung findet jedoch auf die Kirchen und andere Religionsgemeinschaften einschließlich deren Einrichtungen mit entsprechender Aufgabenstellung keine Anwendung (§ 5 Abs. 3 RStV). Diese sollen ersichtlich davor bewahrt werden, dass religiöse Veranstaltungen durch Reduktion auf das Format einer Kurzberichterstattung unter Missachtung des Rechts der Religionsgemeinschaften auf Selbstbestimmung verzerrt dargestellt werden. Die Norm dient also dem Schutz des religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmungsrechts nach Art. 137 Abs. 3 WRV.¹³⁹ Dieses Recht wird hier in der erwähnten Variante des Selbstdarstellungsrechts (s. o. Rn. 54) relevant.

83 Diese Ausnahme ist insofern bemerkenswert, weil sie sich nicht in der einschlägigen Regelung des Unionsrechts wiederfindet, das seit dem Jahre 2007 gleichfalls ein Recht auf Kurzberichterstattung kennt.¹⁴⁰ Allerdings sind die Anwendungsvoraussetzungen der unionsrechtlichen Garantie anders als die des nationalen Rechts. Letzteres erfasst alle „Veranstaltungen und Ereignisse, die öffentlich zugänglich und von allgemeinem Informationsinteresse sind“. Erstere stellt zunächst auf das „große öffentlichen Interesse ab“, verlangt aber zusätzlich, dass die Ereignisse „von einem der Rechtshoheit der Mitgliedstaaten unterworfenen Fernsehveranstalter exklusiv übertragen werden.“ Entscheidend ist also, wie zusätzlich ausdrücklich betont wird, der diskriminierungsfreie Zugang; ein absolutes Zugangsrecht wird nicht gewährleistet.

84 Nichtsdestoweniger besteht zwischen dem europäischen und dem nationalen Recht eine Divergenz. Soweit nämlich eine von einer Religionsgemeinschaft durchgeführte Veranstaltung von einem Fernsehsender exklusiv übertragen wird, besteht nach europäischem Recht ein Recht auf Kurzberichterstattung. Nun dürften in der Praxis re-

¹³⁹ *Eva-Maria Michel/Tomas Brinkmann*, in: Beck'scher Kommentar (o. Fn. 40), § 5 RStV, Rn. 102; *Holznagel/Krone*, in: Elektronische Medien (o. Fn. 68), § 5, RStV, Rn. 24.

¹⁴⁰ Heute Art. 15 der RL 2010/13/EU.

gelmäßig deswegen kaum Probleme auftreten, weil Religionsgemeinschaften das Recht auf Übertragung entsprechender Ereignisse in aller Regel nicht exklusiv vergeben. Sie haben ja zumeist ein Interesse daran, dass entsprechende Übertragungen stattfinden. Für den Fall, dass dies in einem bestimmten Fall einmal anders sein sollte, besteht also ein Konflikt zwischen nationalem und europäischem Recht. Zudem kann die Umsetzungspflicht nicht von faktischen Gegebenheiten abhängen.

Trotzdem ist eine Änderung des nationalen Rechts bisher in keinem Rundfunkänderungsstaatsvertrag vorgesehen. Das könnte nur dadurch erklärt werden, dass man die Ausklammerung der Religionsgemeinschaften als Konsequenz des europäischen Primärrechts ansieht und deswegen der Richtlinie insoweit eine immanente Ausnahme zuschreibt. Sucht man nach einer entsprechenden Regelung, kommen die Freiheit der Religionsgemeinschaften einerseits (Art. 10 EU-GRC) und die Kompetenzbereichsausnahme des Art. 17 AEUV zugunsten des Status der Religionsgemeinschaften andererseits in Betracht. Doch auch wenn man die im nationalen Recht vorgesehene Ausnahme als Schutzmaßnahme zugunsten von Religionsgemeinschaften ansehen wollte, erweist sie sich doch nicht als zwingende Konsequenz einer der genannten Vorschriften. Hier muss das nationale noch an das europäische Recht angepasst werden.

Soweit es speziell um ein Recht auf Kurzberichterstattung durch die öffentlich-rechtlichen Sender geht, lässt sich allerdings eine unionsrechtliche Erklärung für die vorgenannte Regelung finden. Unbeschadet ihrer Einordnung im nationalen Recht stellen diese Sender nämlich aus Sicht des Unionsrechts staatliche Einrichtungen dar. Sinn und Zweck der Richtlinie der Sicherstellung grenzüberschreitender Sendemöglichkeiten fordern jedoch nicht, dass der Staat seinen eigenen Sendern alle Möglichkeiten einräumt, die die Richtlinie vorsieht.

c) Religion und Werbung

In Übereinstimmung mit der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (dort Art. 20 Abs. 2 S. 3) darf nach nationalem Rundfunkrecht die Übertragung von Gottesdiensten nicht durch Werbung oder Teleshopping unterbrochen werden (§ 7a Abs. 1 RStV). Angesichts des im deutschen Recht ausdrücklich verankerten, dem europäischen Recht aber nicht minder zugrunde liegenden Gebot der

staatlichen Neutralität gegenüber Religion sind dabei unter Gottesdiensten unabhängig von der theistischen Struktur des Bekenntnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft alle religiösen Zeremonien zu verstehen. In sonstigen Sendungen religiösen Charakters dürfen keine Sponsorenlogos gezeigt werden (§ 8 Abs. 6 S. 2 RStV).

- 88** Umgekehrt ist religiöse Werbung im Fernsehen verboten (§ 7 Abs. 9 RStV). Hier findet sich keine Grundlage im Unionsrecht. Sachlich soll dies der Sicherung der religiösen Neutralität des Rundfunks und der Chancengleichheit der Religionen dienen;¹⁴¹ stattdessen sind Drittsenderechte vorgesehen.¹⁴² Tatsächlich profitiert aber von diesen Rechten, wie sogleich darzustellen ist, nur ein Teil der Religionsgemeinschaften; sonstige Religionsgemeinschaften haben also, soweit nicht ein Veranstalter ihnen freiwillig entsprechende Sendezeiten einräumt, unzulässigerweise keinerlei Zugang zum Rundfunk.¹⁴³ Und unabhängig davon ist der Hinweis auf die Neutralität bereits im Ansatz zweifelhaft, weil diese durch – vom Programm unabhängige – Werbung nicht per se beeinträchtigt wird.

d) Drittsenderechte von Religionsgemeinschaften

- 89** Die meisten anstaltsbezogenen Regelwerke sehen – im Ansatz ähnlich wie der Rundfunkstaatsvertrag für die privaten Sender (s.u. Rn. 107) – zumindest zugunsten der evangelischen und der katholischen Kirchen sowie den jüdischen Gemeinden ein so genanntes Drittsenderecht vor.¹⁴⁴ Zum Teil wird das Recht auch den sonstigen

¹⁴¹ Dazu *Karl-Heinz Ladeur*, in: Beck'scher Kommentar (o. Fn. 40), § 7 RStV, Rn. 77; *Nino Goldbeck*, Rundfunkwerberecht, in: *Gesamtes Medienrecht* (o. Fn. 43), Rn. 28, 226 ff.

¹⁴² Zur Vergleichbarkeit von Werbung und Drittsenderecht *Dieter Lorenz*, Das Drittsendungsrecht der Kirchen, insbesondere im privaten Rundfunk, 1987, S. 16; *Dietrich Dehnen*, Zur Verfassungsmäßigkeit des sogenannten Drittsendungsrechts der Kirchen im öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rundfunk, in: DVBl. 1986, S. 17 (22).

¹⁴³ Dazu *Reinhard Hartstein / Wolf-Dieter Ring / Johannes Kreile / Dieter Dörr / Rupert Stettner / Mark D. Cole*, Rundfunkstaatsvertrag, Losebl. Stand 71. Erg.-Lfg. Oktober 2017, § 42 RStV (Stand 2001), Rn. 8.

¹⁴⁴ Siehe neben den in Fn. 145 f. genannten Regelwerken § 17 DWG, § 14 Abs. 3 MDR-StV, § 19 Abs. 3 SMG, § 8 Abs. 3 WDR-Gesetz. Siehe ferner die in Fn. 106 genannten Kirchenverträge. Dabei soll dieses Recht bei Gemeinden diesen nur insgesamt zustehen (so *Flechsig*, in: Beck'scher Kommentar [o. Fn. 40], § 42 RStV, Rn. 27). Das überzeugt allerdings nur, soweit sich diese Gemeinden auch vom Selbstverständnis her als Teil einer Religionsgemeinschaft sehen.

öffentlich-rechtlich verfassten Religionsgemeinschaften zugestanden, soweit diese jeweils im gesamten Sendegebiet Verbreitung gefunden haben.¹⁴⁵ Beim RBB besteht dieses Recht sogar zugunsten aller „für die Bevölkerung im Sendegebiet bedeutsamen Religionsgemeinschaften“¹⁴⁶ – was de facto eben auch dem insbesondere in Berlin bedeutsamen Islam zugutekommt. Nur für zwei Sender bestehen solche Regelungen nicht: für Radio Bremen und für den Hessischen Rundfunk. In Bremen gibt § 3 Abs. 4 des Gesetzes zudem ausdrücklich vor, dass „[d]ie Gestaltung der Angebote der Anstalt [...] frei sein [muss] von einseitiger Einflussnahme durch politische, wirtschaftliche, religiöse und andere Interessengruppen.“ Dies würde sogar die Übertragung von Gottesdiensten ausschließen, ist aber ersichtlich nicht in diesem Sinne gemeint – im Programm „Nordwestradio“ werden nämlich wöchentlich Gottesdienste übertragen. In Hessen ist den Religionsgemeinschaften nur das Recht garantiert, im Fall von Aussprachen bei der Gewährung von Rede und Gegenrede angemessen beteiligt zu werden (§ 3 Nr. 7 des Gesetzes).

Ein Drittsenderecht vermittelt den Begünstigten angemessene Sendezeiten, die diese in eigener Verantwortung nutzen. Inhaltlich bezieht sich das Recht zumeist auf Gottesdienste und sonstige religiöse Sendungen. Beim MDR werden die Gottesdienste nicht explizit erwähnt. Zum Teil werden ausdrücklich auch Sendungen eingeschlossen, die sich auf die religiöse Verantwortung der Religionsgemeinschaften beziehen.¹⁴⁷ Keine nähere Spezifikation besteht für den Bayerischen Rundfunk; beim Südwestradio erstreckt sich das Recht auf „ihre [gemeint: der Religionsgemeinschaften] Auffassungen“.

Einfachrechtlich ist zunächst fraglich, was unter religiösen Sendungen zu verstehen ist. Ein systematischer Vergleich mit anderen Bestimmungen der jeweiligen Regelwerke macht deutlich, dass es ersichtlich nicht nur um Gottesdienste geht. Vielmehr wird man insbesondere auch die gelegentlich wie erwähnt ausdrücklich eingeschlossenen Sendungen zur religiösen Verantwortung hierher zu

¹⁴⁵ Siehe Art. 4 Abs. 2 Nr. 3 BayRG (unter Einschluss auch der sonstigen, als Kör anerkannten Weltanschauungsgemeinschaften), § 17 DWG, § 15 Abs. 2 NDR-StV, § 9 Abs. 3 SWR-StV; als Ermessensvorschrift ausgestaltet in § 11 Abs. 3 ZDF-StV.

¹⁴⁶ § 8 Abs. 3 RBB-StV.

¹⁴⁷ So die Regelwerke zur DW, zum NDR, zum ZDF, ferner die in Fn. 106 genannten Kirchenverträge mit Ausnahme der von Sachsen-Anhalt und Thüringen; letzterer bezieht sich auf „das Leben in der Kirche“. Die mit den jüdischen Gemeinschaften abgeschlossenen Verträge verweisen nicht auf die religiöse Verantwortung.

rechnen haben, also Sendungen, in denen die Position der jeweiligen Religionsgemeinschaft zu bestimmten gesellschaftlichen Problemen dargestellt wird und die dementsprechend unter Art. 4 GG fallen (vgl. auch o. Rn. 43).¹⁴⁸

- 92 Hinsichtlich des Ausmaßes des Senderechts gibt das Gesetz den unbestimmten Rechtsbegriff der Angemessenheit vor. Diese bezieht sich sowohl auf die Länge der Sendungen – ein Gottesdienst muss im Grundsatz in voller Länge übertragen werden – als auch auf die zeitliche Lage der Sendung.¹⁴⁹ Dem Wesen eines eigenverantwortlich auszuübenden Senderechts entsprechend liegt die redaktionelle Verantwortung für die Sendung bei der jeweiligen Religionsgemeinschaft.¹⁵⁰ Zu den Kosten solcher Sendungen finden sich Regelungen nur im Saarland, wo – ebenso wie generell für den Privatfunk (s.u. Rn. 107) – eine Erstattung der Selbstkosten vorgesehen ist.¹⁵¹
- 93 Verfassungsrechtlich wird das Drittsenderecht zum Teil aus dem Öffentlichkeitsauftrag der Religionsgemeinschaften¹⁵² und damit aus Art. 4 (i.V.m. Art. 5) GG sowie Art. 137 Abs. 3 WRV abgeleitet.¹⁵³ Angesichts der Tatsache, dass dieses Recht eine staatliche Leistung beinhaltet¹⁵⁴ und es den Religionsgemeinschaften freisteht, über selbst geschaffene mediale Plattformen die Öffentlichkeit zu erreichen und ihre Botschaft zu verbreiten, überzeugt das allerdings nicht.¹⁵⁵
- 94 Eher liegt es nahe, den für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk bestehenden Programmauftrag zur Grundversorgung auch durch Art. 4 GG (mit Blick auf die Bevölkerung) zu konkretisieren. Allerdings begründet dies noch kein Drittsenderecht: Auch im Übrigen sind die verantwortlichen Organe und Entscheidungsträger für die Erfüllung des Programmauftrages verantwortlich, nicht die einzelnen Gruppen.¹⁵⁶ Dementsprechend bestehen solche Drittsenderechte im

¹⁴⁸ *Flechtsig*, in: Beck'scher Kommentar (o. Fn. 40), § 42 RStV, Rn. 32; *Holznagel / Krone*, in: Elektronische Medien (o. Fn. 68), § 42 RStV, Rn. 12.

¹⁴⁹ *Flechtsig*, in: Beck'scher Kommentar (o. Fn. 40), § 42 RStV, Rn. 29 ff.; *Holznagel / Krone*, in: Elektronische Medien (o. Fn. 68), § 42 RStV, Rn. 13 ff.

¹⁵⁰ *Flechtsig*, in: Beck'scher Kommentar (o. Fn. 40), § 42 RStV, Rn. 55 ff.; *Holznagel / Krone*, in: Elektronische Medien (o. Fn. 68), § 42 RStV, Rn. 27.

¹⁵¹ Kritisch dazu *Flechtsig*, in: Beck'scher Kommentar (o. Fn. 40), § 42 RStV, Rn. 34.

¹⁵² *Martin Morlok*, → § 35.

¹⁵³ *Lorenz*, Drittsenderecht (o. Fn. 142), S. 41 ff.

¹⁵⁴ A. A. aber *Lorenz*, ebd., S. 43.

¹⁵⁵ Abl. auch *Dehnen*, Verfassungsmäßigkeit (o. Fn. 142), S. 17 ff.; *Hartstein* u. a., Rundfunkstaatsvertrag (o. Fn. 143), § 42, RStV, Rn. 4.

¹⁵⁶ *Link / Pahlke*, Sendezeiten (o. Fn. 75), S. 260.

Grundsatz sonst nicht; sie sind regelmäßig nur zugunsten der Parteien zu Wahlkampfzeiten für kurze Werbespots vorgesehen. Daneben wird zum Teil den jeweiligen Regierungen die Befugnis zugestanden, amtliche Verlautbarungen zu senden, doch stehen diese in einem völlig anderen Kontext, nämlich der Erfüllung genuin staatlicher Aufgaben. Speziell zugunsten der Religionsgemeinschaften wird zwar das unbestreitbare Gebot weltanschaulich-religiöser Neutralität des Staates angeführt. Doch berücksichtigt dieses Argument zu wenig, dass dank der Staatsferne des Rundfunks hier wie bei allen anderen gesellschaftlichen Gruppen auch, etwa den Parteien und Tarifvertragsparteien, dieses Problem gar nicht auftritt – es ist der freie Rundfunk, der berichtet.

So bleibt ein letztes Argument: Zur rundfunkrechtlichen Grundversorgung gehört auch die Übertragung von Gottesdiensten. Diese aber eignen sich nicht für eine redaktionelle Bearbeitung, da diese nicht möglich ist, ohne das Wesen eines an eine bestimmte Struktur gebundenen Gottesdienstes zu missachten.¹⁵⁷ Eine passive Teilnahme am Gottesdienst setzt dessen vollständige Übertragung voraus. Insofern lässt sich also eine objektivrechtliche Pflicht zur Übertragung von Gottesdiensten in angemessenem Umfang begründen. Demgegenüber bestehen erhebliche Zweifel, dass sich aus dieser Pflicht subjektive Rechte der Religionsgemeinschaften ableiten lassen.¹⁵⁸ Allein im Bayerischen Rundfunk und im Südwestrundfunk haben auch die arbeitsrechtlichen Koalitionen, im Südwestrundfunk auch die Parteien einen vergleichbaren Anspruch. Im Lichte der – zweifelhaften – Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Sonntagsarbeitsverbot¹⁵⁹ hat es allerdings eine gewisse Konsequenz, auch hier – also bezogen auf die Gottesdienste – ein subjektives Recht der Religionsgemeinschaften anzunehmen.

Im Übrigen ist es Sache des Gesetzgebers, über Drittsenderechte zu entscheiden. Bei der Legitimation der Entscheidungen zugunsten solcher Rechte ist zu berücksichtigen, dass bei Sendungen, die unmittelbar der Verkündung einer bestimmten religiösen Botschaft gewid-

¹⁵⁷ *Link / Pahlke*, Sendezeiten (o. Fn. 75), S. 265; *Lorenz*, Drittsenderecht (o. Fn. 142), S. 39.

¹⁵⁸ So aber *Link / Pahlke*, Kirchen (o. Fn. 119), S. 17 f. mit Ableitung aus Art. 4 GG; *Lorenz*, Drittsenderecht (o. Fn. 142), S. 41; wie hier *Flechsig*, in: Beck'scher Kommentar (o. Fn. 40), § 42 RStV, Rn. 6; *Ludwig Renck*, Das gesetzliche Drittsenderecht der Bekenntnisgemeinschaften, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2001, S. 104 (107 ff.).

¹⁵⁹ BVerfGE 125, 39 (79 ff.) mit kritischer Anmerkung von *Claus Dieter Classen*, in: JZ 2010, S. 137 ff.

met sind wie „das Wort zum Sonntag“, die letztlich eben doch staatlich verfasste Rundfunkanstalt durch die staatliche Neutralität in religiös-weltanschaulichen Fragen gehindert ist, eine spezifische Auswahlentscheidung zugunsten einer bestimmten Aussage oder Person zu treffen – im Bereich der Religion gehen die Neutralitätspflichten des Staates eben weiter als in anderen gesellschaftlichen Bereichen.¹⁶⁰ Und: Insoweit besteht eben keine verfassungsrechtliche Pflicht, überhaupt entsprechende Sendungen vorzusehen.

97 Problematisch ist schließlich die Definition des Kreises der begünstigten Religionsgemeinschaften. Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Parität gebietet eine – nicht schematische, sondern der gesellschaftlichen Bedeutung der jeweiligen Gemeinschaft im fraglichen Sendegebiet entsprechende – grundsätzliche Gleichbehandlung der Religionsgemeinschaften.¹⁶¹ Irritierend ist in diesem Lichte, dass der Anspruch zumeist auf die beiden Großkirchen und die jüdischen Gemeinden beschränkt bleibt und allenfalls sonstige als Körperschaften des öffentlichen Rechts anerkannte Gemeinschaften eingeschlossen werden. Sieht man einmal vom RBB ab, bleibt der Islam – auch hier (dazu allgemein o. Rn. 65) – ausgeklammert.

98 Dies vermag schon generell nicht zu überzeugen (s. o. Rn. 66). Die Tatsache, dass der Islam weniger gut organisiert ist als die christlichen Kirchen, liefert hier aber in noch geringerem Ausmaß als sonst eine sachliche Rechtfertigung.¹⁶² Während nämlich bei der Vertretung von Gruppen letztlich eine bestimmte Festlegung auf den einen oder anderen Vertreter notwendig ist, kann die Festlegung auf „angemessene“ Sendezeiten problemlos auch zu Lösungen führen, die ein sachgerechtes Nebeneinander von Sendungen mehrerer islamischer Organisationen möglich machen. Auch für eine Beschränkung auf Körperschaften des öffentlichen Rechts ist kein tragfähiger Grund erkennbar.

99 Fragen kann man sich allerdings, ob nicht die Sorge vor verfassungswidrigen Inhalten besondere Begrenzungen rechtfertigt. Auch bei dieser Zielsetzung aber ist die bisherige Praxis einer völligen Ausklammerung des Islam wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verfassungswidrig. Dabei ist zwar zuzugestehen,

¹⁶⁰ Dazu *Claus Dieter Classen*, Religionsrecht, 2. Aufl. 2015, Rn. 115 f.; *Klaus Schlaich*, Neutralität, 1972, S. 214 f.

¹⁶¹ *Flechsigt*, in: Beck'scher Kommentar (o. Fn. 40), § 42 RStV, Rn. 30; *Renck* (o. Fn. 158), S. 109 f.

¹⁶² Verkannt von *Haberer*, Seelsorge (o. Fn. 16), S. 116.

dass eine Regelung, wie sie für die Parteien als einziger anderer Form von Organisationen besteht, denen Drittsenderechte zuerkannt wurden, nämlich eine Vorabkontrolle des Intendanten mit Blick auf die Frage, ob der Inhalt der Sendung „offenkundig und schwerwiegend gegen die allgemeinen Gesetze verstößt“¹⁶³, hier Probleme aufwerfen kann. Anders als Werbespots der Parteien sind religiöse Sendungen ja vielfach auf eine bestimmte Zeit festgelegt. Allerdings sind marginale Verschiebungen um vielleicht eine Stunde, wie sie für solche Kontrollen erforderlich wären, immer noch eher zumutbar als der völlige Verzicht.

V. Religionsgemeinschaften und der private Rundfunk

1. Die Mitwirkung bei der Zulassung von Rundfunkveranstaltern

Die spezifischen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zur Rundfunkfreiheit betreffen vor allem den öffentlich-rechtlichen Rundfunk; gewisse Kernaussagen gelten aber auch für den privaten Rundfunk. Durchweg bedarf privater Rundfunk der Zulassung (s. o. Rn. 35). Diese erfolgt durch die Landesmedienanstalten. Nach den einschlägigen Landesmediens- bzw. Privatfunkgesetzen bzw. -verträgen entscheiden dort Gremien, die jeweils ähnlich wie die Rundfunkräte der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit Vertretern der gesellschaftlich relevanten Gruppen besetzt sind. Diese Gremien sind allerdings zumeist deutlich kleiner als die Rundfunkräte und nur zum Teil mit Vertretern von Religionsgemeinschaften besetzt.¹⁶⁴ So-

100

¹⁶³ Vgl. zur Parteienwerbung § 11 Abs. 2 ZDF-StV. Ausdrücklich auch die religionsgemeinschaftlichen Drittsenderechte schließt § 8 Abs. 4 WDR-Gesetz ein. Siehe ferner *Flechsig*, in: Beck'scher Kommentar (o. Fn. 40), § 42 RStV, Rn. 61 ff.; zu Parteien BVerfGE 47, 198 (230 ff.); 69, 257 (269 ff.).

¹⁶⁴ Siehe die einschlägigen Mediengesetze; für Baden-Württemberg: § 41 Abs. 1 Nr. 1–4, wie beim SWR (o. Fn. 116); für Bayern: Art. 13 Abs. 1 Nr. 3; Hessen: § 49 Abs. 1 Nr. 1–3; für Niedersachsen: § 39 Abs. 1 Nr. 2–4; für Nordrhein-Westfalen: § 93 Abs. 3; für Rheinland-Pfalz: § 40 Abs. 1; für das Saarland: § 56 Abs. 1 Nr. 3–5; für Sachsen: § 29 Abs. 1 Nr. 3–5; für Sachsen-Anhalt: § 42 Abs. 1 Nr. 3–5; für Thüringen: § 45 Abs. 1 Nr. 1–3. Zu Bremen siehe § 50 Abs. 1 Nr. 6–8 sowie Nr. 24 (Muslime) und 25 (Aleviten); zur Bestellung § 52 Abs. 2 und 3. Ein gemeinsamer Vertreter aller genannten Religionsgemeinschaften ist vorgesehen in Mecklenburg-Vorpommern (§ 52). Keine kirchlichen Vertreter sind dementsprechend in Berlin/Brandenburg und Hamburg/Schleswig-Holstein vorgesehen. Explizite Regelungen bestehen ferner in den Verträgen mit den jüdischen Gemeinden von Baden-Württemberg, Mecklenburg-Vorpommern und Rheinland-Pfalz (o. Fn. 106).

weit dies der Fall ist, sind auch hier jeweils – mit der Ausnahme von Bremen und Niedersachsen – aus dem Bereich der Religion nur Vertreter der beiden Großkirchen und der Juden unter Ausklammerung des Islam vorgesehen, was an dieser Stelle ebenso wenig wie bei den Rundfunkgremien (s. o. Rn. 74) zu überzeugen vermag. Auch die zu diesen gemachten Ausführungen zur Bestellung (s. o. Rn. 76) gelten hier entsprechend.

- 101** Besondere Regelungen bestehen in Bayern, wo kraft Verfassung Rundfunk nur „in öffentlich-rechtlicher Verantwortung und öffentlich-rechtlicher Trägerschaft“ betrieben werden darf und explizit eine angemessene Beteiligung der bedeutsamen gesellschaftlichen Gruppen festgeschrieben ist (Art. 111a BayVerf.). In der Sache aber differieren die Regelungen des Bayerischen Mediengesetzes nicht entscheidend von denen in anderen Ländern.

2. Pluralismusanforderungen an Vollprogramme

- 102** Das Rundfunkrecht unterscheidet zwischen Voll- und Spartenprogrammen. Erstere weisen vielfältige, letztere im Wesentlichen gleichartige Inhalte auf (§ 2 Abs. 2 RStV). Für bundesweit verbreitete Fernsehvollprogramme (§ 39 RStV) ist zunächst die in § 25 Abs. 1 RStV verankerte Vorgabe von Bedeutung, dass „inhaltlich die Vielfalt der Meinung im Wesentlichen zum Ausdruck zu bringen (sind). Die bedeutsamen politischen, weltanschaulichen und gesellschaftlichen Kräfte und Gruppen müssen in den Vollprogrammen angemessen zu Wort kommen; Auffassungen von Minderheiten sind zu berücksichtigen“. In einigen Ländern bestehen vergleichbare mediengesetzliche Regelungen auch für andere Vollprogramme,¹⁶⁵ während in anderen stärker auf die Wahrung der Vielfalt durch die Gesamtheit der Programme abgestellt wird.¹⁶⁶
- 103** Zur Sicherung der Vielfalt sieht der Rundfunkstaatsvertrag mehrere Instrumente vor. Neben den im vorliegenden Zusammenhang unerheblichen Regelungen zur Sicherung und zum Schutz vor Konzentration und übermäßiger Marktmacht (§§ 26–29 RStV) stehen

¹⁶⁵ So in Berlin und Brandenburg (§ 19 StV), Bremen (§ 13), Hessen (§ 14 Abs. 1), Niedersachsen (§ 15), Nordrhein-Westfalen (§ 31 Abs. 4), Saarland (§ 16), Thüringen (§ 9 Abs. 4).

¹⁶⁶ So in Baden-Württemberg (§ 23 Abs. 2), Bayern (Art. 4), Hamburg und Schleswig-Holstein (§ 3 StV), Mecklenburg-Vorpommern (§ 22), Sachsen (§ 2 Abs. 2), Sachsen-Anhalt (§ 10 Abs. 1), wohl auch Rheinland-Pfalz (§ 22).

alternativ zwei, beide für die Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften in gewisser Weise bedeutsame Instrumente. Das erste Instrument stellt die Sendezeit für unabhängige Dritte (§ 31 RStV) dar. Hier sind die Sender verpflichtet, ein bestimmtes Fensterprogramm bereitzustellen, das einen „zusätzlichen Beitrag zur Vielfalt in dessen Programm (d. h. im Programm des Hauptveranstalters), insbesondere in den Bereichen Kultur, Bildung und Information leisten soll“. Dieses Programm ist in redaktioneller Unabhängigkeit vom Hauptprogramm zu gestalten. Entscheidend für die Auswahl des Anbieters ist die Frage, wessen Programm den größtmöglichen Beitrag zur Vielfalt im Programm des Hauptprogrammveranstalters erwarten lässt. Für kirchen- und religionsgemeinschaftsspezifische Sendungen ist dieses Instrument damit allerdings weniger geeignet, weil es der Sache nach mehr auf die Sicherung von Pluralismus, weniger auf religiöse Verkündung angelegt ist.

Eine weitere Option stellt die Einrichtung eines Programmbeirats bei dem privaten Rundfunkveranstalter dar (§ 32 RStV). Dieser soll zur Programmvietfalt beitragen. Das Gesetz weist ihm zwar nur eine beratende Funktion zu, doch ist zugleich durch Vertrag oder Satzung ein wirksamer Einfluss zu gewährleisten. In einzelnen Punkten kommen ihm auch weitergehende Rechte zu. Für die Zusammensetzung dieses Programmbeirats enthält der Rundfunkstaatsvertrag keine Vorgaben. Gesetzlich ist ein Vertreter der Kirchen in Baden-Württemberg (§ 28 Abs. 2 Landesmediengesetz) und in Nordrhein-Westfalen (§ 33 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Landesmediengesetz) vorgeschrieben. Eine „angemessene Vertretung der Kirche“ in den Programmausschüssen sehen die Kirchenverträge von Bremen, Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern vor.¹⁶⁷ Nach der einschlägigen Gemeinsamen Richtlinie der Landesmedienanstalten¹⁶⁸ ist eine Größe von mindestens 7 und in der Regel maximal 13 Personen vorgesehen; dabei ist u. a. ein Vertreter aus dem Bereich der Kirchen zu bestimmen (Ziff. 2.2).

104

¹⁶⁷ Nachweise zu den Verträgen in Fn. 106.

¹⁶⁸ Abrufbar unter <https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/Rechtsgrundlagen/Richtlinien_Leitfaeden/Programmbeiratsrichtlinie_PBR.pdf>.

3. Allgemeine Programmgrundsätze

- 105** Im Grundsatz gelten die bei der Darstellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zitierten Aussagen zu den religiösen Aspekten des Programmauftrages (s.o. Rn. 80) auch für die bundesweit verbreiteten Vollprogramme (§ 41 Abs. 1 RStV). Für die übrigen Programme haben die Länder entsprechende Anforderungen aufgestellt. Ferner gelten die obigen Darstellungen zu den Themen Kurzberichterstattung (dazu o. Rn. 82) und Werbung (dazu o. Rn. 87) im Grundsatz auch für den privaten Rundfunk, allerdings mit den dort bereits gemachten Einschränkungen. Dementsprechend ist darauf hinzuweisen, dass der auf nationaler Ebene vorgesehene, wenn auch praktisch bedeutungslose Ausschluss des Rechts auf diskriminierungsfreie Kurzberichterstattung im Verhältnis zu Religionsgemeinschaften (§ 5 Abs. 3 RStV) im Fall der Vergabe von Exklusivrechten nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Für das Verbot religiöser Werbung ist erst recht kein Grund erkennbar (s.o. Rn. 88).
- 106** Fernsehprogramme aus anderen Staaten der Europäischen Union müssen allerdings als solche nicht den jeweiligen nationalen Anforderungen entsprechen (§ 1 Abs. 3 RStV). Allerdings müssen sie den Anforderungen ihres Herkunftsstaates genügen. Diese wiederum müssen die Beachtung der Anforderungen der Richtlinie 2010/13/EU gewährleisten. Hierzu gehört die Verpflichtung, sicherzustellen, dass die Sendungen nicht zu religiösem Hass aufstacheln (Art. 6) und keine Diskriminierung aufgrund der Religion beinhalten oder fördern (Art. 9 Abs. 1 Buchst. c ii). Außerdem dürfen Gottesdienste nicht durch Werbung unterbrochen werden (Art. 20 Abs. 2).

4. Drittsenderechte von Religionsgemeinschaften

- 107** § 42 Abs. 1 RStV räumt den beiden großen Kirchen und den Jüdischen Gemeinden auch gegenüber bundesweit verbreiteten Programmen Drittsenderechte ein, wie sie im Grundsatz bereits im Kontext des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dargestellt wurden (s.o. Rn. 89). Die meisten Länder erstrecken diese Verpflichtung auch auf sonstige Vollprogramme¹⁶⁹ oder gar auf alle Rundfunkprogramme;¹⁷⁰

¹⁶⁹ Siehe dazu die Vorgaben in den jeweiligen Landesmedien- bzw. Privatsendengesetzen bzw. -verträgen: Baden-Württemberg: § 5 Abs. 2; Hamburg/Schleswig-Holstein: § 13 Abs. 2 (nur für landesweite Programme); Nordrhein-Westfalen: §§ 36 Abs. 4, 57; Rheinland-Pfalz: § 19 Abs. 1; Saarland:

nur in Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen und Thüringen gibt es keine entsprechenden Regelungen. In aller Regel ist dabei eine entsprechende Erstattung der Selbstkosten vorgesehen.¹⁷¹ Als Anspruchsinhalt wird zumeist auf „religiöse Sendungen“ abgestellt, ohne dass dies näher definiert wird. Ausgefüllt werden diese Grundsätze zum Teil durch Rahmenverträge zwischen bestimmten Sendern einerseits, Religionsgemeinschaften andererseits.¹⁷²

Verfassungsrechtlich lässt sich eine Verpflichtung zur Einräumung dieser Rechte schwer begründen.¹⁷³ Die Pflicht zur Gewährleistung der Grundversorgung erfasst den privaten Rundfunk nicht. Aus der Pflicht zur Sicherung eines pluralistischen Programms lässt sich kein entsprechendes subjektives Recht ableiten;¹⁷⁴ das Problem der staatlichen Neutralität stellt sich hier gleichfalls nicht. Die genannten Vorgaben stellen jedoch eine besondere Schutzmaßnahme zugunsten der Religionsgemeinschaften dar. Diese begründen für die Veranstalter im Grundsatz auch keine unzumutbare Härte, da ihnen lediglich Sendezeit genommen wird. Verfassungsrechtlich stellen sich nur zwei Probleme: Zum einen wird auch hier das bereits im Kontext des öffentlich-rechtlichen Rundfunks erwähnte Paritätsgebot (s.o. Rn. 65)

108

§ 19 Abs. 3. Alle als Körperschaft des öffentlichen Rechts verfassten Religionsgemeinschaften werden begünstigt in Niedersachsen: § 22 Abs. 2; in Sachsen-Anhalt: § 29 Abs. 2; Thüringen: § 26 Abs. 1. Siehe ferner die Kirchenverträge mit Thüringen.

¹⁷⁰ So in Hessen: § 30 Abs. 1, Mecklenburg-Vorpommern: § 32 Abs. 1, Sachsen: § 22 Abs. 2 (wo alle als Körperschaft des öffentlichen Rechts verfassten Religionsgemeinschaften begünstigt erfasst werden). Siehe ferner die Kirchenverträge mit Bremen, Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern sowie die Verträge mit den jüdischen Gemeinschaften von Baden-Württemberg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz.

¹⁷¹ Hierunter sind nur die unmittelbar mit den Sendungen verbundenen Kosten zu verstehen, nicht die anteiligen Gemeinkosten der Sender. Dazu *Hartstein* u. a., Rundfunkstaatsvertrag (o. Fn. 143), § 42, RStV, Rn. 9. Zur Kostenerstattung siehe auch noch Fn. 174.

¹⁷² Dazu *Flechsig*, in: Beck'scher Kommentar (o. Fn. 40), § 42 RStV, Rn. 35.

¹⁷³ Zurückhaltend auch *Hartstein* u. a., Rundfunkstaatsvertrag (o. Fn. 143), § 42, RStV, Rn. 4.

¹⁷⁴ *Renck*, Drittsenderecht (o. Fn. 158), S. 111 ff.; a.A. *Lorenz*, Drittsenderecht (o. Fn. 142), S. 52 ff., der auch die Pflicht der Kirche zur Tragung der Selbstkosten für verfassungswidrig hält (S. 69); ferner *Link / Pahlke*, Kirchen (o. Fn. 119), S. 30, aber nur für den Fall, dass auch der private Rundfunk binnenplural verfasst ist; in diesem Fall soll auch die Kostentragungspflicht verfassungswidrig sein (ebd., S. 39 ff.). Für ein außenplurales Modell sehen sie beides anders, ebd., S. 53 f.

nicht ausreichend beachtet;¹⁷⁵ der Hinweis auf die unterschiedliche Größe¹⁷⁶ der Religionsgemeinschaften trägt schon wegen des Einschlusses der Jüdischen Gemeinden nicht. Zum anderen überzeugt es nicht, dass in Hessen den privaten Veranstaltern eine entsprechende Pflicht auferlegt wird, obwohl sie für den Hessischen Rundfunk nicht verankert ist (s. o. Rn. 89).

5. Religionsgemeinschaften als Rundfunkbetreiber

- 109** Prinzipiell können auch Religionsgemeinschaften Rundfunkprogramme betreiben.¹⁷⁷ Beschränken sie sich im Kern auf religiöse Inhalte, für die damit auch der Schutz der Religionsfreiheit gilt (s. o. Rn. 43), handelt es sich um ein Spartenprogramm. Dieses ist als Gegenbegriff zum Vollprogramm (dazu o. Rn. 102) durch im wesentlichen gleichartige Inhalte definiert. In diesem Fall bestimmt das jeweilige Landesrecht die Anforderungen; sie sind letztlich überschaubar. Bietet eine Religionsgemeinschaft hingegen ein Vollprogramm an, wird der Schutzbereich von Art. 4 GG überschritten, und der Veranstalter unterliegt in gleicher Weise den mit dem Angebot eines solchen Programms verbundenen Vorgaben der Rundfunkgesetze wie jeder andere Anbieter auch.

¹⁷⁵ Die in Hamburg mit den islamischen Organisationen und den Aleviten geschlossenen Verträge (o. Fn. 106) sehen immerhin vor, dass sich Hamburg darum bemüht, dass in die einschlägigen Staatsverträge auch entsprechende Rechte zugunsten der jeweiligen Vertragspartner aufgenommen werden (jeweils § 8 Abs. 1).

¹⁷⁶ So *Hartstein* u. a., Rundfunkstaatsvertrag (o. Fn. 143), § 42, RStV, Rn. 7.

¹⁷⁷ *Martin Morlok*, → § 35, Rn. 103 ff.; ausführlich *Willenberg*, Rundfunk unter kirchlicher Trägerschaft (o. Fn. 3), S. 95 ff.

§ 39

Kirchliches Sammlungswesen

Von Otto Luchterhandt

I. Einleitung	1–5
II. Geschichte und Quellen des kirchlichen Sammlungsrechts	6–11
III. Das Sammlungsrecht im wiedervereinigten Deutschland	12–30
1. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des kirchlichen Sammlungswesens	12–15
2. Erlass von Sammlungsgesetzen in den neuen Bundesländern	16
3. Die Aufhebung der meisten Sammlungsgesetze und ihre Gründe	17–19
4. Sammlungsregelungen in Kirchenverträgen und Konkordaten	20–27
5. Schlussbemerkungen	28–30
IV. Das geltende Sammlungsrecht der Länder	31–50
1. Allgemeines	31–32
a) Gesetzgebungskompetenz	31
b) Begriff und Gegenstand der Sammlung	32
2. Die Rechtslage in den Bundesländern ohne Sammlungsgesetz	33
3. Die Rechtslage in Rheinland-Pfalz, im Saarland und in Thüringen	34–50
a) Sammlungen im räumlichen Bereich der Kirchen und Religionsgemeinschaften	34–35
b) Sammlungen an sonstigen Orten	36–37
c) Haus- und Straßensammlungen	38–41
d) Vertrieb von Waren und Dienstleistungen für gemeinnützige (mildtätige) Zwecke	42–44
e) Altmaterialsammlungen	45

f) Sammlungen durch öffentliche Aufrufe und Spendenbriefe	46
g) Voraussetzung der Erteilung von Erlaubnissen	47–50
V. Kirchliche Sammlungsregelungen	51–55
1. Katholische Kirche	51–53
2. Evangelische Kirchen	54–55
VI. Schlussbemerkung	56

I. Einleitung

- 1 In einem staatskirchenrechtlichen Ordnungssystem, in welchem die Einnahmen der wichtigsten Religionsgemeinschaften ganz überwiegend im Wege der Kirchensteuererhebung erzielt werden, ist der Öffentlichkeit in Deutschland weitgehend das Bewusstsein der Tatsache abhandengekommen, dass die freiwilligen Spenden der Kirchenglieder ursprünglich und lange Zeit hindurch die wichtigste Finanzquelle der Kirche bildeten. Dort, wo Staat und Kirchen bzw. Religionsgemeinschaften strenger voneinander getrennt sind wie in den USA und in Frankreich, hat dagegen das Spendenwesen seine herausragende Bedeutung nicht verloren. Bedingt durch die Kirchensteuerfinanzierung, bildet das Sammlungswesen in Deutschland eher einen Randbereich des kirchlichen Finanzwesens. Das Aufkommen an Spenden und Kollekten wird in den Haushalten der beiden Großkirchen und ihren Gliederungen mit einem unterschiedlichen Grad an Transparenz ausgewiesen. Das hängt mit einer strukturellen Besonderheit der von ihnen veranstalteten Sammlungen zusammen. Zwar werden alle Kollekten innerhalb und außerhalb von Gottesdiensten zu bestimmten, zuvor den Gemeindegliedern mitgeteilten Zwecken veranstaltet, aber die Einnahmen aus vielen Kollekten werden nicht im Haushalt, sei es der Gemeinde oder der höheren kirchlichen Gliederungen, verbucht, sondern unmittelbar den Konten derjenigen Träger zugeführt, deren Unterstützung und Förderung die Mittel zu dienen bestimmt sind.
- 2 Während die Transparenz der Einnahmen und Ausgaben der katholischen Diözesen und der evangelischen Landeskirchen unter Einschluss ihrer Werke (Caritas, Diakonisches Werk usw.) sich seit etwa 2010, insbesondere hinsichtlich ihrer Kirchensteueraufkommen, deutlich verbessert hat und insgesamt wohl als befriedigend eingeschätzt werden kann, lässt sich das für die Einnahmen aus Kollekten und Spenden noch nicht sagen. Ihr Aufkommen wird in den jähr-

lichen Haushalten und Finanzberichten der beiden Großkirchen und ihrer Gliederungen nicht durchgehend, sondern nur teilweise als spezieller Posten ausgewiesen. Im besten Fall geschieht das pauschal, unter Angabe des Gesamtaufkommens. Nicht selten ist das Kollekten- und Spendenaufkommen aber unter der Rubrik „Sonstige Erträge“ zusammen mit Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung, Erbschaften und Vermächtnissen usw. verbucht, ohne als solche besonders erwähnt, geschweige denn beziffert zu sein. Dabei stehen hinsichtlich der Transparenz die Gliederungen der Katholischen Kirche hinter den evangelischen Landeskirchen und der EKD insgesamt zurück¹.

Feststellen lässt sich jedenfalls, dass das Spendenaufkommen in Gestalt von Kollekten und sonstigen Spenden in absoluten Zahlen zwar nicht unbeträchtlich erscheint, gleichwohl aber deutlich weniger als 5 % der Gesamteinnahmen der beiden Großkirchen ausmacht

3

¹ Nach offiziellen Angaben der EKD betrug das Kirchensteueraufkommen ihrer 20 Mitgliedskirchen im Jahre 2014 runde 5.291 Mio. €, was 43,1 % ihrer Gesamteinnahmen ausmachte. Die Einnahmen aus Kollekten und Spenden beliefen sich demgegenüber auf 344 Mio. €, d. h. 2,8 % der Gesamteinnahmen. Siehe: <https://www.ekd.de/ekd_de/ds_doc/Auf_einen_Blick_Finanzstatistik_der_evangelischen_Kirche.pdf>. Der Jahresabschluss der EKD für 2017 weist 2,9 Mio. € für Kollekten und Spenden bei einem Ertrag aus der Kirchensteuer von 25,2 Mio. € auf. <https://www.kirchenfinanzen.de/finanzen/haushalt/jahresabschluss_ekd.html>. Von der Katholischen Kirche werden hier nur einige ihrer bedeutenden Diözesen herausgegriffen. Der Finanzbericht des Erzbistums Köln für 2017 (S. 47) weist bei einem Kirchensteueraufkommen von etwa 655 Mio. € aus Spenden und Kollekten etwa 1,1 Mio. € aus. <<https://www.erzbistum-koeln.de/finanzbericht2017>>. Der Finanzbericht des Bistums Aachen für das Jahr 2016 nennt bei Gesamteinnahmen von etwa 328,8 Mio. € und einem Aufkommen von 245,8 Mio. € aus der Kirchensteuer etwa 23,1 Mio. € aus „sonstigen Erträgen“, darunter an letzter Stelle auch Kollekten und Spenden. <https://www.aachener-nachrichten.de/nrw-region/finanzbericht-2016-bistum-aachen-freut-sich-ueber-seine-guten-zahlen_aid-24965555>. Der Finanzbericht des Bistums Essen für das Jahr 2017 (S. 15) weist Kirchensteuereinnahmen in Höhe von 203,2 Mio. €, d. h. knapp 80 % der Gesamteinnahmen, aus. Auf Spenden und Kollekten entfielen, unverändert gegenüber 2016, etwa 200.000 €, d. h. 0,1 % des Gesamtbudgets. <https://www.bistum-essen.de/fileadmin/relaunch/Bilder/Bistum/Finanzen/Bistum-Essen_Finanzbericht_2017_web.pdf>. Der Haushalt des Erzbistums Freiburg im Breisgau weist für 2016 knapp 494 Mio. € Kirchensteuereinnahmen aus und knapp 1,8 Mio. Einnahmen aus Spenden und Kollekten. <https://www.ebfr.de/html/content/haushalt_und_finanzen7753.html>. Beim Erzbistum München-Freising belief sich 2017 das Kirchensteueraufkommen auf gut 640 Mio. €, auf „Sonstige Erträge“ gut 54,100 Mio. €, worunter auch Spenden und Kollekten in unbekannter, aber wohl eher geringer Höhe fallen dürften. <<https://www.erzbistum-muenchen.de/cms-media/media-43220520.pdf>>.

und daher neben den Einnahmen aus der Kirchensteuer nur eine untergeordnete Rolle spielt. Das in Berlin ansässige Deutsche Zentralinstitut für Soziale Fragen (DZI) beziffert die im Jahre 2014 für gemeinnützige Zwecke geleisteten Geldspenden auf ca. 6,4 Mrd. Euro². Sie fließen etwa 40.000 Hilfsorganisationen und 20.800 gemeinnützigen Stiftungen zu.

- 4 Angesichts eines solchen Finanzvolumens begegnen sich auf dem „Spendenmarkt“ gewichtige Interessen. Sie befinden sich naturgemäß in einem Spannungsverhältnis. Die Veranstalter von Sammlungen und Spendennehmer möchten möglichst leicht und wirkungsvoll, also frei von irgendwelchen Reglementierungen, Zugang zu potentiellen Spendern finden und sich bei der Verwaltung des Spendenvermögens möglichst wenig kontrollieren lassen. Der Bürger möchte dagegen von aufdringlichen Spendensammlern möglichst verschont bleiben; der Spender wiederum möchte sicher sein, dass sein Geld oder seine geldwerte Gabe möglichst ungeschmälert dem auch von ihm bejahten Zweck der Sammlung zufließt. Der Gewerbetreibende nimmt gewinnorientierte karitative Wohltätigkeitsaktionen naturgemäß als eine Gefährdung seines Geschäfts wahr, die er möglichst weit eingeschränkt sehen möchte.
- 5 Der Staat schließlich muss daran interessiert sein, dass das Sammlungswesen nicht zulasten von Spenden und Allgemeinheit durch Betrügereien, hemmungslosen Konkurrenzkampf auf dem Spendenmarkt sowie durch ordnungswidrige, unseriöse oder unfähige Geschäftsführung von Spendensammelorganisationen öffentlich in Misskredit oder gar in Verfall gerät. Der moderne Staat hat daher das Spendenwesen niemals sich selbst überlassen, sondern immer ordnend und regelnd in das Sammlungswesen eingegriffen. Dabei hat er sich keineswegs auf die Abwehr von Mißständen und den Ausgleich von konfligierenden Interessen beschränkt, sondern vor allem im 20. Jahrhundert als totalitärer Weltanschauungsstaat, in Deutschland unter dem NS- und unter dem SED-Regime, zulasten der Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften im Sammlungswesen eigene, ideologische Ziele verfolgt.

² Mitteilung v. 9. 3. 2015 (<<https://www.dzi.de/dzi-institut/ueber-uns/press-e/presse-detailansicht/?12879>>). Für 2013 nennt das DZI Geldspenden von 6,3 Mrd. €.

II. Geschichte und Quellen des kirchlichen Sammlungsrechts

Während der Staat des Absolutismus das kirchliche Sammlungswesen stark reglementiert hatte, beschränkte sich der im 19. Jahrhundert aufkommende liberale Rechtsstaat tendenziell auf die vorbeugende Kontrolle von Sammlungen, um Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren³. Aufgrund der Militarisierung der Gesellschaft im Ersten Weltkrieg wurde der intervenierende Einfluss des Staates wieder stärker. Für den Teilbereich der „Kriegswohlfahrtspflege“ kam es 1915 zu einer ersten reichseinheitlichen Regelung⁴. Die an ihre Stelle tretende Verordnung über die Wohlfahrtspflege von 1917 erfasste auch die Kirchen⁵. Sie wurde 1934 durch ein Reichssammlungsgesetz abgelöst⁶, das im totalitären Geiste des Nationalsozialismus die Sammlungen der NSDAP und ihrer Satellitenorganisationen privilegierte, die der sonstigen Organisationen unter Einschluss der Religionsgemeinschaften und Kirchen hingegen straff reglementierte und mit dem politischen Ziel ihrer Unterbindung einem repressiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nach freiem behördlichen Ermessen unterwarf. Das Gesetz wurde als Instrument im Kirchenkampf eingesetzt.

Nach dem Zweiten Weltkrieg galt das dem Polizei- und Ordnungsrecht zuzurechnende Reichssammlungsgesetz (einheitlich) als Landesrecht fort. Seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz war aber umstritten; sie wurde zunehmend in Zweifel gezogen⁷. Aufgrund ihrer bösen Erfahrungen mit dem Gesetz im NS-Staat strebten die beiden Großkirchen danach, sich das Recht zu karitativen Sammlungen, das weder in den Kirchenverträgen unter der Weimarer Verfassung noch im Reichskonkordat berücksichtigt worden war⁸, vom Staat vertraglich garantieren zu lassen. Dies geschah erstmals in Art. 14

³ Ausführlich zur Geschichte des Sammlungswesens s. *Karl-Heinz Knievel*, Das Verhältnis von Staat und Kirche auf dem Gebiete des Sammlungswesens, 1967, sowie *Michael Stolleis*, Kirchliches Sammlungswesen, in: HSKR¹, Bd. II, S. 437–441.

⁴ Bekanntmachung über die Regelung der Kriegswohlfahrtspflege v. 22. 7. 1915 (RGBl. S. 449).

⁵ Bundesratsverordnung v. 15. 2. 1917 (RGBl. S. 143).

⁶ Gesetz zur Regelung der öffentlichen Sammlungen und sammlungsähnlichen Veranstaltungen v. 5. 11. 1934 (RGBl. I S. 1086).

⁷ Vgl. die Entscheidung BVerwGE 10, 199; *Otto Friedrich*, Einführung in das Kirchenrecht, 1961, S. 406.

⁸ Vgl. aber Art. 31 RK.

des Niedersächsischen („Loccumer“) Kirchenvertrages vom 19.3.1955⁹.

- 8 Aufgrund eines vom Deutschen Bundestag beantragten Normenkontrollverfahrens erklärte das Bundesverfassungsgericht 1966 das Reichssammlungsgesetz für verfassungswidrig und nichtig, weil die Ermächtigung der Behörden, nach freiem Ermessen ihre Erlaubnis zu versagen, einen Anspruch des Bürgers auf die Veranstaltung von Sammlungen ausschließe und folglich in den Kernbereich der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) eingreife¹⁰.
- 9 Bereits 1962 und 1963 hatten *Nordrhein-Westfalen*¹¹ und *Bayern*¹² eigene, rechtsstaatlich einwandfreie Sammlungsgesetze (SammlG) erlassen. Nun, nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, folgten ihnen bis zum Frühjahr 1970 auch die anderen Bundesländer¹³.
- 10 Auf dem Gebiet der *Deutschen Demokratischen Republik* ignorierte man das Reichssammlungsgesetz. Das Sammlungswesen wurde dort nicht durch Gesetz, sondern 1962 durch eine Verordnung des Ministerrates umfassend geregelt¹⁴, schon 1965 aber durch die Sammlungs- und Lotterieverordnung abgelöst¹⁵. Sie bezog sich ausschließlich auf „öffentliche“ Sammlungen, das heißt auf solche, die von Haus zu Haus, auf Straßen oder aufgrund von Aufforderungen an einen nicht von vornherein begrenzten Personenkreis veranstaltet wurden. Sie unterlagen ausnahmslos der Genehmigung, über deren Erteilung die Behörden nach freiem, d. h. politischem Ermessen ent-

⁹ Vertrag des Landes Niedersachsen mit den Evangelischen Landeskirchen in Niedersachsen (NdsKV), abgedr. bei *Joseph Listl* (Hg.), *Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 1987, S. 115.

¹⁰ BVerfG, U. v. 5.8.1966, BVerfGE 20, 150.

¹¹ SammlG v. 22.5.1962 (GVBl. S. 265).

¹² SammlG v. 11.7.1963 (GVBl. S. 147).

¹³ Berlin: SammlG v. 15.2.1967 (GVBl. S. 362); Bremen: SammlG v. 12.9.1967 (GBl. S. 83); Baden-Württemberg: SammlG v. 13.1.1969 (GBl. S. 1); Hessen: SammlG v. 27.5.1967 (GVBl. I S. 71); Saarland: Saarländisches Sammlungsgesetz (SaarlSammlG) v. 3.7.1968 (ABl. S. 506), zuletzt geändert am 21.11.2007 (ABl. S. 2393); Niedersachsen: SammlG v. 8.7.1969 (GVBl. S. 144); Schleswig-Holstein: SammlG v. 10.12.1969 (GVBl. S. 276); Hamburg: SammlG v. 3.3.1970 (GVBl. S. 107); Rheinland-Pfalz: SammlG v. 5.3.1970 (GVBl. S. 93), zuletzt geändert am 27.10.2009 (GVBl. S. 358).

¹⁴ VO v. 3.11.1962 über öffentliche Sammlungen und Veranstaltungen zur Erlangung von Spenden (Spendensammlungsverordnung – GBl. DDR II S. 761).

¹⁵ VO über das öffentliche Sammlungs- und Lotteriewesen v. 18.2.1965 (GBl. II S. 238).

schieden¹⁶. Sammlungen der Religionsgemeinschaften, die „bei der Ausübung von Kulthandlungen ausschließlich in den dafür bestimmten Räumen durchgeführt werden“ (§ 1 Abs. 5), galten – ebenso wie die Sammlungen der Parteien und gesellschaftlichen Organisationen – nicht als „öffentliche Sammlungen“. Sie waren insofern von der Genehmigungspflicht zwar ausgenommen, im Übrigen aber genehmigungspflichtig.

Die Sammlungs- und Lotterieverordnung blieb bis zum Ende der DDR in Kraft. Kurz vor der Wiedervereinigung wurde sie zwar geändert, doch war davon nur das Lotteriewesen betroffen; der „sozialistische“ Genehmigungsvorbehalt blieb unberührt¹⁷. Wegen seiner Anwendbarkeit nach freiem, politischem Ermessen unterschied sich die Sammlungs- und Lotterieverordnung im Prinzip nicht vom Reichssammlungsgesetz. Sie musste daher auf die gleichen rechtsstaatlichen Bedenken stoßen, die das Bundesverfassungsgericht veranlasst hatten, das Reichssammlungsgesetz für verfassungswidrig zu erklären. Bei dem Beitritt der Deutschen Demokratischen Republik zum Grundgesetz und dem Vollzug der Wiedervereinigung konnte das nicht ohne Auswirkungen auf die Anwendung von Art. 9 Abs. 1 des Einigungsvertrages bleiben. Ihm zufolge soll „das Recht der Deutschen Demokratischen Republik, das nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes Landesrecht ist“, in den neuen Bundesländern als Landesrecht fortgelten, jedoch nur insoweit, als es (u. a.) mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Da der politische Genehmigungsvorbehalt der Sammlungsverordnung jedoch gegen Art. 2 Abs. 1 GG verstieß, war ihre Fortgeltung als Landesrecht in den neuen Bundesländern insoweit ausgeschlossen.

11

¹⁶ § 3 Abs. 1 bestimmte: „Sie können genehmigt werden, wenn sie mit den Grundsätzen der Politik der DDR und der sozialistischen Gesetzlichkeit in Übereinstimmung stehen, die öffentliche Ordnung und Sicherheit nicht beeinträchtigen und die ordnungsgemäße Durchführung gewährleistet ist. Häufungen oder Überschneidungen sind nicht zuzulassen. Bei der Entscheidung über die Genehmigung ist ein strenger Maßstab anzulegen.“

¹⁷ Die Bestimmung über die Klassenlotterie wurde um einen Absatz ergänzt (§ 6 Abs. 3): Verordnung zur Änderung über das öffentliche Sammlungs- und Lotteriewesen v. 23. 8. 1990 (GBl. I S. 1261).

III. Das Sammlungsrecht im wiedervereinigten Deutschland

1. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des kirchlichen Sammlungswesens

12 Das Recht, unentgeltlich Geld oder geldwerte Güter für andere zu sammeln, sei es in individueller Form oder in organisierter Gemeinschaft mit anderen wurzelt nach der Erkenntnis des Bundesverfassungsgerichts in den Grundrechten. Das Gericht hat zwei Wurzeln des Sammlungsrechts herausgearbeitet. In seiner Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit des Reichsammlungsgesetzes von 1934 hat es der allgemeinen Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 1 GG ein (ungeschriebenes) „Grundrecht der freien karitativen Betätigung“ entnommen, das augenscheinlich einer säkular-humanistischen Tradition „rein“ ethisch motivierter Mitmenschlichkeit zugeordnet wird¹⁸. Das Gericht ortet hier jene Grundrechtssubstanz, die den Maßstab für die verfassungsrechtliche Bewertung der öffentlichen Interessen bildet, die die Beschränkung der Sammlungsfreiheit legitimieren sollen. Dass die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die Unterbindung von Betrügereien, von unlauterem Wettbewerb und sonstigen Unregelmäßigkeiten die Einführung eines (präventiven) Verbots mit Erlaubnisvorbehalt im Sammlungswesen zu rechtfertigen vermögen, hat das Gericht ausdrücklich anerkannt¹⁹, weil die Substanz der Sammlungsfreiheit als eines subjektiv-öffentlichen Rechts damit in rechtsstaatlich unbedenklicher Weise vollauf gewahrt bleibe. Diesem Ansatz folgten die danach erlassenen Sammlungsgesetze der Länder.

13 Das *kirchliche* bzw. *religiöse Sammlungswesen*, das aus ganz eigenen, geistig-theologischen und zugleich geschichtlichen Wurzeln erwachsen ist und gespeist wird, beruht demgegenüber auf dem Grundrecht der ungestörten Religionsausübung (Art. 4 Abs. 2 GG). Dies hat das Bundesverfassungsgericht in seiner zweiten berühmten Entscheidung zum Sammlungsrecht („Aktion Rumpelkammer“) anerkannt²⁰. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob man die Religionsausübung mit dem Grundrecht bereits vom Schutzbereich der Bekenntnisfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) mitumfasst sieht oder aber sie mit einem Teil der Literatur für jenen grundrechtlichen Aspekt hält, der

¹⁸ BVerfGE 20, 150 (159 f.).

¹⁹ Ebd., S. 161.

²⁰ BVerfGE 24, 236 (245 ff.); *Joseph Listl*, Glaubens-, Bekenntnis- und Kirchenfreiheit, in: HSKR², Bd. 1, S. 460 ff.

gerade den Vollzug des Glaubens in seinen sichtbaren praktischen Formen schützen will²¹. Entscheidend ist, dass nach der Auffassung des Gerichts der Schutzbereich der Religionsausübung nicht etwa in einem antiklerikal-laizistischen Sinne einer auf das Rituelle beschränkten „Kultusfreiheit“, sondern weit zu verstehen ist und z.B. über die „Sammlung kirchlicher Kollekten“²² hinaus auch die karitative Tätigkeit und insbesondere „aus religiös-karitativen Motiven veranstaltete Sammlungen“ umfasst²³. Zu Recht hat sich das Gericht dabei auf den Standpunkt gestellt, dass bei der Feststellung dessen, was im Einzelfall (noch) als Ausübung der Religion oder Weltanschauung zu gelten hat, „das Selbstverständnis der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften nicht außer Betracht bleiben“ dürfen²⁴. Wie *Klaus Schlaich* treffend bemerkt hat²⁵, kommt in einem solchen „Verweis auf den Maßstab des jeweiligen Grundrechtsträgers“, hier also der Kirchen, gerade die verfassungsrechtlich gebotene religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates in einer pluralistisch strukturierten Gesellschaft zum Ausdruck. Diakonie, Caritas, tätige Nächstenliebe aber gehören seit jeher zu den Grundlagen der christlichen Lehre aller Konfessionen²⁶.

Fraglich kann daher nur sein, wo die Grenzen des Schutzbereiches der „ungestörten Religionsausübung“ auf dem Gebiet karitativer Sammlungstätigkeit verlaufen. Das Bundesverfassungsgericht hält allein die Tatsache, dass eine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft als Veranstalter auftritt, noch nicht für ausreichend, sondern verlangt, dass die karitative Sammlung selbst „religiösen Charakter“ habe²⁷. Das sei der Fall, wenn die Sache unentgeltlich hergegeben werde und „einer bestimmten religiösen Gesinnung oder Haltung des Spenders“ entspringe, weswegen für den Spender der religiöse Zweck der Sammlung und die Verwendung des Sammlungsgutes

14

²¹ So sinngemäß etwa *Roman Herzog*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Stand November 2018, Art. 4, Rn. 99 ff.

²² BVerfGE 24, 236 (246).

²³ Ebd., S. 247 ff.; *Ulrich Scheuner*, Der Schutz der karitativen Tätigkeit nach Art. 4 GG, in: ders., Schriften zum Staatskirchenrecht, 1973, S. 55–64; *Joseph Listl*, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. 423 ff.

²⁴ BVerfGE 24, 236 (247 f.).

²⁵ *Klaus Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 204; im konkreten Fall zustimmend, aber im Übrigen warnend *Herzog*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 21), Art. 4, Rn. 103 f.

²⁶ Vgl. insbes. 2 Kor 8 und 9.

²⁷ BVerfGE 24, 236 (249).

bzw. seiner Surrogate erkennbar sein müssten. Zugleich stellt das Gericht fest, das „entscheidende Kriterium“ für eine religiös-karitative Sammlung sei „die Hergabe eines für mildtätige Zwecke bestimmten Opfers“²⁸. Demnach kann es für die Grenzziehung, insofern ist die Entscheidung missverständlich, auf die subjektive Gesinnung des Spenders ankommen (wer könnte und wollte deren Echtheit feststellen?), sondern nur auf die äußerliche Entsprechung von verkündetem religiös-karitativen Sammlungszweck und dem Akt der unentgeltlichen Hingabe. Der Schutz des Art. 4 Abs. 2 GG entfällt dabei auch dann nicht, wenn neben dem religiösen auch andere Motive eine Rolle zu spielen scheinen²⁹.

- 15 Obwohl Art. 4 Abs. 2 GG unter keinem ausdrücklichen Schrankenvorbehalt steht, ist anerkannt, dass die Religionsausübung nicht schrankenlos gewährleistet ist³⁰. Mit dem Bundesverfassungsgericht ergeben sich Schranken insbesondere aus dem Gedanken, dass entsprechend dem Prinzip der Einheit der Verfassung die Religionsausübung mit sonstigen Rechtswerten von Verfassungsrang, insbesondere mit den Grundrechten anderer, vom Gesetzgeber in Einklang gebracht werden kann und muss. Zur Unterbindung von Missbrauch, Betrug und sonstigen Störungen und Gefährdungen der Allgemeinheit darf daher auch das religiöse Sammlungswesen Einschränkungen unterworfen werden. Je näher die Sammlungsveranstaltung jedoch dem sakralen Kernbereich des Grundrechts steht, desto strengere Anforderungen sind an die Rechtfertigung einer Beschränkung und von Eingriffen in die Religionsausübung zu stellen. Während des Gottesdienstes in Kirchengebäuden abgehaltene Kollekten sind daher im Prinzip anders zu behandeln als im religiös neutralen Raum der Öffentlichkeit durchgeführte Sammlungen wie z.B. Straßensammlungen.

²⁸ Ebd., S. 250.

²⁹ So zutreffend *Michael Stolleis*, Kirchliches Sammlungswesen (o. Fn. 3), S. 443 mit dem Beispiel von Sammlungen etwa im Rahmen des auf das südliche Afrika bezogenen Antirassismusprogramms der Kirchen.

³⁰ Zur Schrankenproblematik der Religionsfreiheit aus der älteren Literatur ausführlich *Listl*, Glaubens-, Bekenntnis- und Kirchenfreiheit (o. Fn. 20), S. 465 ff. Aus der jüngeren Literatur und insbesondere zur Diskussion um das Verständnis des Art. 136 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG als eines allgemeinen, auch für die Grundrechte des Art. 4 Abs. 1 GG relevanten Gesetzesvorbehalts siehe *Michael Germann*, Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit, in: Volker Epping / Christian Hillgruber (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 4, Rn. 15 m. w. N.

2. Erlass von Sammlungsgesetzen in den neuen Bundesländern

Die Sammlungs- und Lotterieverordnung galt gemäß Art. 9 Abs. 1 des Einigungsvertrages vom 31. 8. 1990 in den fünf neuen Bundesländern als Landesrecht unter dem Vorbehalt ihrer Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz und weiterem Bundesrecht fort. Für vordringlich hielt man deren Ablösung zunächst nicht. Erst gegen Mitte der 1990er Jahre änderte sich das. Den Anfang machte das *Land Brandenburg*. Es erließ am 3. 8. 1994 ein Sammlungsgesetz³¹, das die *sammelungsrechtlichen* Bestimmungen der Sammlungs- und Lotterieverordnung außer Kraft setzte, sie im Übrigen aber fortgelten ließ. Entsprechend verfahren auch *Thüringen*³², *Mecklenburg-Vorpommern*³³ und *Sachsen*³⁴. Auch sie erließen Sammlungsgesetze. Lediglich *Sachsen-Anhalt* beschritt einen anderen Weg. Zwar hob es ebenfalls die bis dahin fortgeltende Sammlungs- und Lotterieverordnung mit Wirkung vom 1. 1. 1997 insoweit auf, als sie das Sammlungsrecht regelte³⁵, aber auf den Erlass eines Sammlungsgesetzes verzichtete das Land.

16

3. Die Aufhebung der meisten Sammlungsgesetze und ihre Gründe

Im Bundesgebiet waren, wie bemerkt, mit der Ausnahme von *Sachsen-Anhalt* gerade erst flächendeckend Sammlungsgesetze in Kraft, als auch schon ein entgegengesetzter Prozess einsetzte: die Aufhebung der Sammlungsgesetze. Den Anfang machte bereits 1997 *Nordrhein-Westfalen*³⁶. In Fahrt kam der Prozess jedoch erst ab 2003 mit den Stadtstaaten *Berlin* (2004)³⁷, *Bremen* (2005)³⁸ und *Hamburg*

17

³¹ GVBl. S. 194.

³² Thüringer Sammlungsgesetz (ThürSammlG) v. 8. 6. 1995 (GVBl. S. 197), zuletzt geändert am 8. 7. 2009 (GVBl. S. 592).

³³ SammlG v. 17. 6. 1996 (GVBl. S. 266).

³⁴ SammlG v. 22. 11. 1996 (GVBl. S. 444).

³⁵ Anlage Nr. 6 des Gesetzes zur Bereinigung des zu Landesrecht gewordenen Rechts der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik (Rechtsbereinigungsgesetz) v. 26. 6. 1996 (GVBl. S. 210).

³⁶ Aufgehoben zum 1. 1. 1998: Art. 4 des (Artikel-)Gesetzes zur Stärkung der Leistungsfähigkeit der Kreise, Städte und Gemeinden in Nordrhein-Westfalen v. 25. 11. 1997 (GVBl., Nr. 58, S. 429).

³⁷ Aufgehoben zum 1. 1. 2004: Art. IV des ersten Gesetzes zur Vereinfachung und Entbürokratisierung v. 17. 12. 2003 (GVBl. Nr. 47 v. 31. 12. 2003).

(2005)³⁹ und setzte sich dann kontinuierlich bis 2013 fort. Es folgten *Brandenburg* (2006)⁴⁰, *Niedersachsen* (2007)⁴¹, *Bayern* (2008)⁴², *Schleswig-Holstein* (2009)⁴³, *Sachsen* (2009)⁴⁴, *Hessen* (2010)⁴⁵, *Mecklenburg-Vorpommern* (2010)⁴⁶ und *Baden-Württemberg* (2013)⁴⁷.

18 So ergibt sich, dass heute Sammlungsgesetze nur noch in den Bundesländern *Rheinland-Pfalz*⁴⁸, *Saarland*⁴⁹ und *Thüringen*⁵⁰ in Kraft sind.

19 Es ist ein ganzes Bündel von Begründungen und Motiven, die bei der Einbringung der einschlägigen Gesetzesentwürfe für die ersatzlose Aufhebung der Sammlungsgesetze offiziell vorgebracht wurden und teilweise schon im Titel der Aufhebungsgesetze auftauchen⁵¹: der Bedeutungsverlust der Sammlungsgesetze durch Marginalisierung

³⁸ Aufgehoben zum 1.4.2005: Art. 2 Nr. 11 des Gesetzes zur Bereinigung des bremischen Rechts v. 22.3.2005 (GBl. S. 91).

³⁹ Aufgehoben mit Wirkung vom 16.9.2005: Art. 4 des Gesetzes zur Deregulierung des Landesrechts v. 1.9.2005 (HmbGVBl. S. 377).

⁴⁰ Aufgehoben zum 1.8.2006: Art. 21 Nr. 1 und 2 i.V.m. Art. 23 Nr. 1 des Ersten Gesetzes zum Abbau von bürokratischen Hemmnissen im Land Brandenburg (Erstes BürokratieabbauG) v. 28.6.2006 (GVBl. I S. 74).

⁴¹ Aufgehoben zum 1.1.2007: Gesetz zur Aufhebung des Niedersächsischen Sammlungsgesetzes v. 8.12.2006 (GVBl. S. 583).

⁴² Aufgehoben zum 1.1.2008: Gesetz zur Aufhebung des Sammlungsgesetzes v. 10.12.2007 (GVBl. S. 901).

⁴³ Aufgehoben zum 1.1.2009: § 1 Abs. 1 i.V.m. § 2 des Gesetzes zur Aufhebung des Sammlungsgesetzes [...] v. 14.1.2008 (GVBl. S. 72).

⁴⁴ Aufgehoben durch Art. 9 des Gesetzes zur Umsetzung der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie (Sächsisches DienstleistungsrichtlinienG) v. 28.12.2009 (SächsGVBl. S. 438).

⁴⁵ Außer Kraft getreten mit Ablauf des 31.12.2009, da die Geltungsdauer des zu den befristeten und zu evaluierenden Gesetzen gehörenden Sammlungsgesetzes vom Landtag nicht verlängert wurde. Siehe Erklärung der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 10.12.2009: <<https://www.gruene-hessen.de/landtag/plenum/aenderung-des-hessischen-sammlungsgesetzes>>.

⁴⁶ Aufgehoben mit Wirkung vom 13.11.2010 durch Art. 3 des Vierten Gesetzes zur Deregulierung und zum Bürokratieabbau v. 28.10.2010 (GVBl. S. 615).

⁴⁷ Aufgehoben zum 1.1.2013: Gesetz zur Aufhebung des Sammlungsgesetzes v. 8.1.2012 (GBl. S. 572).

⁴⁸ SammlG RP (o. Fn. 13).

⁴⁹ SaarlSammlG (o. Fn. 13).

⁵⁰ ThürSammlG (o. Fn. 32).

⁵¹ Siehe dazu nur die Begründung des baden-württembergischen Ministeriums für Arbeit und Sozialordnung, Familie, Frauen und Senioren: <<https://www.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/sammlungsgesetz-wird-zum-jahreswechsel-aufgehoben>>.

ihres praktischen Anwendungsbereichs infolge neuer, insbesondere elektronischer Formen der Spendeneinwerbung und die dadurch gerechtfertigte Einsparung von Verwaltungs- und Personalkosten. Dazu traten ins Grundsätzliche gehende Argumente, nämlich Deregulierung und Bürokratieabbau, Stärkung der Wohlfahrtsverbände und der Eigenverantwortlichkeit der Bürger⁵². Eine gewisse Rolle hat ferner die Meinung gespielt, die Aufhebung der Sammlungsgesetze sei wegen der Verpflichtung der Länder, die EU-Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG umzusetzen, erforderlich gewesen⁵³. Ausdrücklich hat sie sich der *Freistaat Sachsen* zu Eigen gemacht⁵⁴. Sie lässt sich indes, wie *Arndt* überzeugend nachgewiesen hat, nicht halten⁵⁵.

4. Sammlungsregelungen in Kirchenverträgen und Konkordaten

Zu den auf Landesebene geltenden Rechtsquellen des kirchlichen Sammlungswesens zählen in einigen Bundesländern ferner die einschlägigen Bestimmungen in den Kirchenverträgen und Konkordaten. Das Land *Niedersachsen* war 1955 mit dem „Loccumer Vertrag“ vorangegangen⁵⁶. Art. 14 bestimmt:

„(1) Die Kirchen und ihre Gemeinden sind berechtigt, von ihren Angehörigen freiwillige Gaben für kirchliche Zwecke zu sammeln.

(2) Jede Kirche kann alljährlich in ihrem Gebiet eine Haussammlung zum Besten ihrer bedürftigen Gemeinden ohne besondere staatliche Ermächtigung veranstalten. Die Zeit der Sammlung wird im Benehmen mit der Landesregierung festgesetzt.“

Die Bestimmungen des *Loccumer* Vertrages sind zum Vorbild für die sammlungsrechtlichen Regelungen in den folgenden Verträgen mit den Kirchen geworden. Auch sie widmen der Materie lediglich einen Artikel.

⁵² Vgl. die ausführliche Auswertung der einschlägigen Materialien jeweils mit Nachweisen bei *Marcus Arndt*, Zeitgemäße Neubelebung der Sammlungsgesetze der Länder, in: npoR 2/2011, S. 41 (41 ff.).

⁵³ So *Marcus Kreutz*, Das Aus für Landessammlungsgesetze durch die Richtlinie 2006/123/EG, in: GewArch 2010, S. 241–244, 285–288.

⁵⁴ Art. 9 des Gesetzes zur Umsetzung der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie (siehe Fn. 44).

⁵⁵ *Arndt*, Zeitgemäße Neubelebung (o. Fn. 52), S. 45 ff.

⁵⁶ NdsKV (o. Fn. 9).

22 Kirchenverträge mit sammlungsrechtlichen Bestimmungen existieren in fast allen Bundesländern meist mit beiden Großkirchen. Dort allerdings, wo die mit dem Hl. Stuhl in den 1920er Jahren geschlossenen Konkordate – *Bayern* (1924), *Preußen* (1929) und *Baden* (1932) – fortgelten⁵⁷, gibt es keine vertraglichen Sammlungsregelungen mit der katholischen Kirche, da man sie nicht zum Gegenstand der Konkordate gemacht hatte und solche später auch nicht hinzugefügt hat. Nach der Wiedervereinigung hat der Hl. Stuhl mit allen neuen Bundesländern, ausgenommen *Berlin*, Konkordate abgeschlossen⁵⁸.

23 Im Einzelnen existieren vertragliche Regelungen mit den *evangelischen Kirchen* in den folgenden Bundesländern: *Baden-Württemberg*: Art. 24 des Vertrages des Landes Baden-Württemberg mit der Evangelischen Landeskirche in Baden und mit der Evangelischen Landeskirche in Württemberg (Evangelischer Kirchenvertrag Baden-Württemberg) vom 17.10.2007⁵⁹; *Berlin*: Art. 19 des Vertrages des Landes Berlin mit der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-Schlesische Oberlausitz (Evangelischer Kirchenvertrag Berlin) vom 20.2.2006⁶⁰; *Brandenburg*: Art. 16 des Vertrages zwischen dem Land Brandenburg und den evangelischen Landeskirchen in Brandenburg vom 8.11.1996⁶¹; *Bremen*: Art. 15 des Vertrages der Freien Hansestadt Bremen mit den Evangelischen Kirchen in Bremen vom 31.10.2001⁶²; *Hamburg*: Art. 16 des Vertrages zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Nordelbischen Evangelisch-Lutherischen Kirche vom 29.11.2005⁶³; *Hessen*: Art. 19 des Vertrages des Landes Hessen mit den Evangelischen Landeskirchen in Hessen vom 18.2.1960⁶⁴; *Mecklenburg-Vorpommern*: Art. 19 des *Güstrower* Vertrages vom 20.1.1994⁶⁵; *Niedersachsen*: Art. 14 des *Loccumer* Vertrages⁶⁶ sowie

⁵⁷ Zur kontrovers behandelten Problematik der Fortgeltung jener Konkordate sowie des Reichskonkordates auf dem Territorium der DDR während der Zeit der Teilung siehe *Joseph Listl*, Das Staatskirchenrecht in den neuen Ländern der Bundesrepublik Deutschland – Die Entwicklung von 1989 bis 1994, in: *EssGespr.* 29 (1995), S. 160 (168 ff.).

⁵⁸ *Guido Burger* (Hg.), Staatskirchenrecht in den neuen Bundesländern. Textsammlung, 2000.

⁵⁹ GBl. 2008 S. 144.

⁶⁰ GVBl. S. 715.

⁶¹ GVBl. 1997 I S. 4.

⁶² GBl. 2002 S. 15.

⁶³ HmbGVBl. 2006 S. 430.

⁶⁴ GVBl. S. 54.

⁶⁵ GS Mecklenburg-Vorpommern 1997 S. 4.

⁶⁶ Siehe Fn. 56.

Art. 8 des Ergänzungsvertrages zum Vertrag des Landes Niedersachsen mit den Evangelischen Landeskirchen in Niedersachsen vom 19.3.1955⁶⁷; Art. 6 des Vertrages zwischen dem Land Niedersachsen und der Freireligiösen Landesgemeinschaft vom 8.6.1970⁶⁸; *Nordrhein-Westfalen*: Art. 12 des Lippischen Kirchenvertrages vom 28.5.1958⁶⁹; *Rheinland-Pfalz*: Art. 24 des Vertrages des Landes Rheinland-Pfalz mit den Evangelischen Landeskirchen in Rheinland-Pfalz vom 31.3.1962⁷⁰; *Sachsen*: Art. 18 des Staatsvertrages zwischen dem Freistaat Sachsen und den Evangelischen Landeskirchen im Freistaat Sachsen vom 24.3.1994⁷¹; *Sachsen-Anhalt*: Art. 16 des Vertrages des Landes Sachsen-Anhalt mit den Evangelischen Landeskirchen in Sachsen-Anhalt (Evangelischer Kirchenvertrag Sachsen-Anhalt) vom 15.9.1993⁷²; *Schleswig-Holstein*: Art. 16 des Schleswig-Holsteinischen Kirchenvertrages vom 23.4.1957⁷³; *Thüringen*: Art. 16 des Vertrages des Freistaats Thüringen mit den Evangelischen Kirchen in Thüringen vom 15.3.1994⁷⁴.

Konkordate und Kirchenverträge hat der *Hl. Stuhl* mit den folgenden Bundesländern abgeschlossen: *Brandenburg*: Art. 19 des Vertrages zwischen dem Hl. Stuhl und dem Land Brandenburg vom 12.11.2003⁷⁵; *Bremen*: Art. 21 des Vertrages zwischen der Freien Hansestadt Bremen und dem Heiligen Stuhl vom 21.11.2003⁷⁶; *Hamburg*: Art. 18 des Vertrages zwischen dem Heiligen Stuhl und der Freien und Hansestadt Hamburg vom 29.11.2005⁷⁷; *Hessen*: Art. 19 des Vertrages des Landes Hessen mit den Katholischen Bistümern in Hessen vom 9.3.1963⁷⁸; *Mecklenburg-Vorpommern*: Art. 19 des Vertrages zwischen dem Hl. Stuhl und dem Land Mecklenburg-Vorpommern vom 15.9.1997⁷⁹; *Niedersachsen*: § 1 der Anlage zum Konkordat zwischen dem Hl. Stuhl und dem Lande Niedersachsen vom 16.2.1965⁸⁰; *Rhein-*

24

⁶⁷ GVBl. 1966 S. 4.

⁶⁸ Abgedruckt bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 9), S. 194.

⁶⁹ GVBl. S. 205.

⁷⁰ GVBl. 1963 S. 173.

⁷¹ SächsGVBl. S. 1252.

⁷² GVBl. 1994 S. 173.

⁷³ GVBl. S. 53.

⁷⁴ GVBl. S. 509.

⁷⁵ GVBl. 2004 I S. 223.

⁷⁶ GBl. 2004 S. 211.

⁷⁷ HmbGVBl. 2006 S. 436.

⁷⁸ GVBl. I S. 102.

⁷⁹ GVBl. 1998 S. 2.

⁸⁰ GVBl. S. 191.

land-Pfalz: Art. 8 des Vertrages zwischen dem Land Rheinland-Pfalz und dem Erzbistum Köln sowie den Bistümern Limburg, Mainz, Speyer und Trier über Fragen der Rechtsstellung und Vermögensverwaltung der Katholischen Kirche nebst Schlußprotokoll vom 18.9.1975⁸¹; *Saarland*: Art. 8 des Vertrages zwischen dem Saarland und den Bistümern Speyer und Trier und ihrer Vermögensverwaltung nebst Schlußprotokoll vom 10.2.1977⁸²; *Sachsen*: Art. 24 des Vertrages zwischen dem Hl. Stuhl und dem Freistaat Sachsen vom 2.7.1996⁸³; *Sachsen-Anhalt*: Art. 22 des Vertrages zwischen dem Hl. Stuhl und dem Land Sachsen-Anhalt vom 15.1.1998⁸⁴; *Schleswig-Holstein*: Art. 18 des Vertrages zwischen dem Hl. Stuhl und dem Land Schleswig-Holstein vom 12.1.2009⁸⁵; *Thüringen*: Art. 27 des Vertrages zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Thüringen vom 11.6.1997⁸⁶.

- 25 Mit dem Land *Bayern* haben die beiden Großkirchen keine samm-
lungsrechtlichen Bestimmungen vereinbart.
- 26 In Bezug auf Sammlungen bedeuten die Bestimmungen der Kir-
chenverträge vor allem zweierlei: *Erstens* enthalten sie die Anerken-
nung des allgemeinen, grundsätzlichen Rechts der Kirchen und ihrer
Gliederungen, Sammlungen unter ihren Mitgliedern erlaubnisfrei
durchzuführen; *zweitens* garantieren sie darüber hinaus die geneh-
migungsfreie Durchführung von (mindestens) zwei öffentlichen
Haus- und Straßensammlungen im Jahr. Beide Bestimmungen spie-
geln die negativen, repressiven Erfahrungen wider, welche die Kir-
chen im 20. Jahrhundert unter den beiden religionsfeindlichen totali-
tären Systemen, dem NS-Staat und dem SED-Staat, gemacht haben.
Die Regelungen stellen daher eine vertragliche Mindestgarantie des
kirchlichen Sammlungswesens dar, die im Unterschied zu den gesetz-
lichen Regelungen nicht einseitig vom Staat, sondern nur im Einver-
nehmen mit den Kirchen geändert werden können, will sich der Staat
nicht vertragsuntreu verhalten.
- 27 *Ludwig Renck* hat in einer scharf ablehnenden Kritik am Konkor-
dat des Landes Brandenburg mit dem Hl. Stuhl u. a. die Bestimmung
über das Sammlungswesen (Art. 20) für „überflüssig“ erklärt, mit der

⁸¹ GVBl. S. 398.

⁸² Abgedruckt bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 9), S. 597.

⁸³ SächsGVBl. 1997 S. 17.

⁸⁴ GVBl. S. 263.

⁸⁵ GVBl. S. 264.

⁸⁶ GVBl. S. 266.

Begründung, dass die betreffende Garantie der Kirche rechtlich nicht mehr gebe, als das Grundgesetz und die Landesverfassung ihr bereits gewährleisteten, und seine Kritik im Prinzip auch auf die Kirchenverträge mit den anderen Bundesländern ausgedehnt⁸⁷. Der Hinweis auf das verfassungsrechtliche Garantieniveau mag zutreffend sein, greift aber zu kurz, weil *Renck* erstens gänzlich die historische, über ein halbes Jahrhundert währende Erfahrung in Deutschland mit kirchenfeindlichen politischen Regimen ausblendet und daher zweitens das Verständnis für die Legitimität des Bestrebens der Kirche vermissen lässt, ihre rechtlichen Positionen in eine unbestimmte Zukunft hinein vertraglich abzusichern. Zwar haben die Konkordate und Kirchenverträge nicht Verfassungsrang, sondern nur den Rang von (einfachen) Gesetzen, aber als paktierte Regelungen besitzen sie ein höheres Gewicht als gewöhnliche vom Parlament beschlossene Landesgesetze⁸⁸.

5. Schlussbemerkungen

Marcus Kreutz hat die Meinung vertreten, aus der EG-Dienstleistungsrichtlinie sei die Konsequenz zu ziehen, die Sammlungs Gesetze aufzuheben, und dafür das Argument ins Feld geführt, die dem Bürger als Verbraucher heute zur Verfügung stehenden Informationen und Aufklärungsmöglichkeiten über mögliche Gefahren, welche ihm vonseiten unseriöser oder gar krimineller Spendenwerber drohten, seien für seinen Schutz völlig ausreichend⁸⁹. Tatsächlich besitzt das von ihm gelobte „Informationsmodell“ jedoch große Schwächen, weil es von einem allzu optimistischen Bild des von den Spendenjägern angegangenen Verbrauchers ausgeht und die ihm in Alltagssituationen drohenden Gefahren herunterspielt⁹⁰. Gegen *Kreutz* gewendet hat *Marcus Arndt* gewichtige, in jeder Hinsicht bedenkenswerte Einwände gegen die Aufhebung der Sammlungs Gesetze zusammengetragen und insbesondere Zweifel an der Behauptung geäußert, der Bürger verfüge über genügende, wirkungsvolle Möglichkeiten zu

28

⁸⁷ Gutachten, erstattet für den Humanistischen Verband Berlin-Brandenburg e.V. (Januar 2004), Text: <<https://www.ibka.org/artikel/ag04/konkordat.html>>.

⁸⁸ *Burger*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 58), S. 9 f.

⁸⁹ *Kreutz*, Das Aus für Landessammlungsgesetze (o. Fn. 53), S. 286.

⁹⁰ So zu Recht *Rolf Stürner*, Markt und Wettbewerb über alles? Gesellschaft und Recht im Fokus neoliberaler Marktideologie, 2007, S. 254 ff.

vermeiden, auf unseriöse spendeneinwerbende Organisationen hereinzufallen⁹¹.

- 29 Der infolge der Abschaffung der Sammlungsgesetze in den meisten Bundesländern erheblich geschwächte Schutz vor „schwarzen Schafen“ im Sammlungswesen und auf dem Spendenmarkt stieß in der Öffentlichkeit nicht auf ungeteilte Zustimmung⁹². Besonderes Gewicht kommt insofern der Skepsis und Kritik von Seiten des Deutschen Zentralinstituts für Soziale Fragen (DZI), Berlin, zu, weil es im Spendenwesen über herausragende Erfahrung und hohe, auch von den Behörden anerkannte Autorität verfügt⁹³. Das Institut vergibt auf Antrag gemeinnütziger Organisationen das „Spendensiegel“, das bundesweit als Ausweis von Seriosität gilt⁹⁴. Mit besonderer Anerkennung hat es auf die Sammlungsaufsicht in Rheinland-Pfalz hingewiesen, wo die zentral zuständige Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion (ADD) jährlich zwischen 10 und 15 Sammlungsverbote erteile und eine wichtige Warnfunktion erfülle.

- 30 *Marcus Arndt* hat dafür plädiert, in allen Ländern wieder zu Sammlungsgesetzen zurückzukehren. Darauf braucht im Rahmen der vorliegenden Abhandlung jedoch nicht weiter eingegangen zu werden. Denn unter dem Grundgesetz ist es aus der Sicht der Kirchen letztlich unerheblich, ob das Sammlungswesen durch Gesetze geregelt ist oder nicht, weil die Regelungen den verfassungskonformen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Polizei- und Ordnungsrechts entsprechen müssen und diese Grundsätze dem kirchlichen Spendenwesen keine ernststen Hindernisse in den Weg legen. Die Abschaffung der Sammlungsgesetze hat die Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften daher nicht nachteilig getroffen. Eher ist das Gegenteil der Fall, weil die rechtliche Liberalisierung des Sammlungswesens gerade die Spendenaktionen der Großkirchen, ihrer Gliederungen und Einrichtungen (Werke) wegen des ihnen traditionell entgegengebrachten starken öffentlichen Vertrauens begünstigt.

⁹¹ *Arndt*, Zeitgemäße Neubelebung (o. Fn. 52), S. 44 f.

⁹² Siehe etwa *Jürgen Bock*, Keine Überwachung mehr. Die Spendenjagd ist freigegeben, in: *Stuttgarter Nachrichten* v. 17.12.2012, online-Ausgabe (<<https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.keine-ueberwachung-mehr-die-spendenjagd-ist-freigegeben.522b91a-2741-4e0a-b855-fbc5505f5096.html>>).

⁹³ <https://www.dzi.de/wp-content/pdfs_Spendentipps/Sammlungsgesetze.pdf>.

⁹⁴ Von 1992 bis 2010 haben ca. 470 Organisationen den Antrag auf Erteilung des „Spendensiegels“ gestellt, davon 267 erfolgreich. 30 % der Erstanträge sind nicht erfolgreich.

IV. Das geltende Sammlungsrecht der Länder

1. Allgemeines

a) Gesetzgebungskompetenz

Das Sammlungswesen ist der Gefahrenabwehr zugeordnet und gehört zum Polizei- und Ordnungsrecht. Gemäß Art. 30, 70 ff. GG fällt es daher in die Gesetzgebungskompetenz der Länder⁹⁵. Die betreffende Regelungsdichte im Bundesgebiet war nach der Wiedervereinigung zunächst sehr unterschiedlich, weil die neuen Bundesländer erst nach einiger Zeit von ihrer Gesetzgebungskompetenz Gebrauch machten und – ebenso wie die alten Bundesländer – Sammlungsgesetze erließen. Durch die Aufhebung der Sammlungsgesetze nach der Jahrtausendwende in fast allen Bundesländern bis auf drei ist die Dichte sammlungsrechtlicher Regelungen auf ein Minimum gesunken.

31

b) Begriff und Gegenstand der Sammlung

Der Begriff der Sammlung ist in den Sammlungsgesetzen der Länder nicht definiert worden, sein Inhalt durch ihre Bestimmungen aber hinreichend deutlich. Zu verstehen ist darunter eine Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, von anderen Personen freiwillig und unentgeltlich Leistungen zu erlangen, deren Gegenstand sowohl die außer Kraft gesetzten, als auch die noch in Kraft befindlichen Landesgesetze übereinstimmend mit der Formel „Geld- oder Sachspenden oder geldwerte Leistungen“ umschreiben⁹⁶. Der Gesichtspunkt, auf welche Art und Weise bzw. in welchen örtlichen Zusammenhängen die Sammlungen erfolgen, bildete und bildet den maßgebenden Anknüpfungspunkt für die Regelungen der Sammlungsgesetze. Sie unterscheiden und unterscheiden noch immer zwei Grundformen von Sammlungsverfahren: erstens die Sammlung „durch unmittelbares Einwirken von Person zu Person“, die grundsätzlich erlaubnispflichtig ist, und zweitens die Sammlung durch öffentliche Aufrufe, die

32

⁹⁵ Gleiches gilt für die *Bundesrepublik Österreich*. Vgl. Art. IV der Bundesverfassungsgesetz-Novelle v. 29.11.1988 (BGBl. Nr. 685).

⁹⁶ § 13 Abs. 1 SammlG BW; Art. 14 Abs. 1 Bay. SammlG; § 11 Abs. 1 Brem. SammlG; § 11 Abs. 1 Nds. SammlG; § 12 Abs. 1 SammlG RP; § 12 Nr. 1 SaarlSammlG.

allenfalls anzeigepflichtig ist. Eine Zwischenform stellen die in schwächerem Maße kontaktbestimmten Altmaterialsammlungen, Sammlungen durch Spendenbriefe und persönliche Mitgliederwerbung dar. Der Gesetzgeber behandelte bzw. behandelt sie unterschiedlich: Teils sind sie erlaubnispflichtig, teils nur anzeigepflichtig, teils – und das ganz überwiegend – anzeigefrei.

2. Die Rechtslage in den Bundesländern ohne Sammlungsgesetz

33 Die Regelungen der Sammlungsgesetze und insbesondere die von ihnen eingesetzten klassischen verwaltungsrechtlichen Instrumente des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt und der Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt sind durchweg „Vorkehrungen dagegen, dass der Opfersinn und die Gefreudigkeit der Bevölkerung nicht zu unlauteren Zwecken missbraucht oder die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch die Verwendung des Sammelertrages gestört wird“⁹⁷. Wegen der Aufhebung der spezifischen ordnungsrechtlichen Regelungen, welche die Sammlungsgesetze für die Abwehr der den Bürgern im Sammlungswesen drohenden konkreten Gefahren enthielten, müssen die betreffenden 13 Bundesländer ohne Sammlungsgesetze fortan auf ihr allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, also auf die Generalklauseln zurückgreifen, wenn sie präventiv gegen die sprichwörtlichen „schwarzen Schafe“ im Sammlungswesen vorgehen wollen⁹⁸. Die durch die Aufhebung der Sammlungsgesetze entstandenen Regelungslücken können nicht durch andere verwaltungsrechtliche Vorschriften geschlossen werden, seien es solche des Gewerberechts oder des Straßen- oder des Straßenverkehrsrechts. Diese Vorschriften waren, ihrem jeweiligen Gesetzeszweck entsprechend, schon bisher, neben den sammlungsrechtlichen Regelungen anzuwenden und sind auch weiterhin in allen Ländern – mit oder ohne Sammlungsgesetzen – anzuwenden.

⁹⁷ BVerfG, B. v. 14. 8. 1992, in: NJW 1993, S. 1253.

⁹⁸ *Arndt*, Zeitgemäße Neubelebung (o. Fn. 52), S. 43 f.; *Kreutz*, Das Aus für Landessammlungsgesetze (o. Fn. 53), S. 285 f.

3. Die Rechtslage in Rheinland-Pfalz, im Saarland und in Thüringen

*a) Sammlungen im räumlichen Bereich der Kirchen
und Religionsgemeinschaften*

Sammlungen, die von „Kirchen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind“, in Kirchen oder sonstigen, dem Gottesdienst oder der Pflege der Weltanschauung dienenden Räumen durchgeführt werden („Kollekten“ u. s. w.), sind in allen drei Ländern von der Geltung des Sammlungsgesetzes ausgenommen⁹⁹. In den Genuss dieses Privilegs kommen in Rheinland-Pfalz und im Saarland ausdrücklich auch Ordensgemeinschaften und religiöse Kongregationen, welche Sammlungen „nach ihren kirchlich genehmigten Regeln zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts“ durchführen¹⁰⁰. Für solche im sakralen Kernbereich veranstaltete Sammlungen gilt nicht das Verbot, Kinder unter 14 Jahren, also Personen, die noch nicht religionsmündig sind, zum Sammeln heranzuziehen¹⁰¹.

34

Die Sammlungsgesetze der drei Länder gelten auch nicht für Sammlungen, welche die betreffenden Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften auf ihnen gehörenden oder von ihnen genutzten Grundstücken, also z. B. in Gemeindehäusern und Pfarrgärten, in Klostergebäuden, Lehranstalten, Kindergärten, Krankenhäusern, Altenheimen u. s. w., veranstalten¹⁰². Das *saarländische* Sammlungsgesetz erstreckt die Regelung ausdrücklich auf „Kirchenvorplätze“¹⁰³. Sammlungen, welche privatrechtlich organisierte Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften im räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einer Versammlung oder sonstigen Veranstaltung in geschlossenen Räumen unter den Teilnehmenden durchführen, sind erlaubnisfrei¹⁰⁴.

35

⁹⁹ § 12 Abs. 1 Nr. 2 SammlG RP; § 12 Abs. 1 Buchst. a SaarlSammlG; § 13 Nr. 1 ThürSammlG.

¹⁰⁰ § 12 Abs. 2 SammlG RP; § 12 Abs. 2 SaarlSammlG.

¹⁰¹ § 8 Abs. 1 aller drei Sammlungsgesetze sowie ihre darauf bezogenen Bußgeldbestimmungen (§ 11 SammlG RP, § 10 SaarlSammlG bzw. ThürSammlG).

¹⁰² § 12 Abs. 1 Nr. 1 SammlG RP; § 12 Abs. 1 Buchst. c SaarlSammlG; § 13 Nr. 1 ThürSammlG.

¹⁰³ § 12 Abs. 1 Buchst. c SaarlSammlG.

¹⁰⁴ § 1 Abs. 2 Nr. 2 SammlG RP; § 1 Abs. 3 Nr. 2 SaarlSammlG; § 1 Abs. 3 Nr. 2 ThürSammlG.

b) Sammlungen an sonstigen Orten

- 36** Ausgenommen von den Sammlungsgesetzen aller drei Länder sind ferner Sammlungen, die „in örtlichem Zusammenhang mit kirchlichen, religiösen oder der Pflege der Weltanschauung dienenden Veranstaltungen“ stattfinden¹⁰⁵. Die Regelung trägt der Tatsache Rechnung, dass insbesondere die beiden Großkirchen nicht selten, etwa im Rahmen von Kirchentagen, Sportstadien, Stadthallen, öffentliche Plätze u.s.w. für ihr Wirken in der Öffentlichkeit nutzen. Unter die Bestimmungen würden auch Sammlungen auf (nichtkonfessionellen) Friedhöfen, an Gedenkstätten oder bei sonstigen religiösen (weltanschaulichen) Feiern unter freiem Himmel oder in geschlossenen Räumen fallen.
- 37** Wenn es sich um eine sonstige, nicht spezifisch religiöse (weltanschauliche) Veranstaltung der Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaften handelt, ergibt sich die Erlaubnisfreiheit aus der allgemeinen Bestimmung aller drei Sammlungsgesetze zu „Sammlungen, die in räumlichem und zeitlichem Zusammenhang mit einer Versammlung oder einer sonstigen Veranstaltung in geschlossenen Räumen unter den Teilnehmern der Veranstaltung durchgeführt werden“¹⁰⁶. Darauf können sich auch die privatrechtlich organisierten Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften berufen.

c) Haus- und Straßensammlungen

- 38** *Haussammlungen*, worunter alle drei Sammelgesetze das persönliche Sammeln „von Haus zu Haus, insbesondere mit Sammellisten“ verstehen¹⁰⁷, dürfen die korporierten Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften „bei ihren Angehörigen“, also ihren Mitgliedern, aufgrund ihrer Freistellung von der Geltung des Sammlungsgesetzes erlaubnisfrei durchführen¹⁰⁸. Sofern es sich um privatrechtlich orga-

¹⁰⁵ § 12 Abs. 1 Nr. 3 SammlG RP; § 12 Abs. 1 Buchst. d SaarlSammlG; § 13 Nr. 2 ThürSammlG.

¹⁰⁶ § 1 Abs. 2 Nr. 3 SammlG RP; § 1 Abs. 3 Nr. 2 SaarlSammlG; § 1 Abs. 3 Nr. 2 ThürSammlG.

¹⁰⁷ § 1 Abs. 1 Nr. 2 SammlG RP; § 1 Abs. 1 Nr. 2 SaarlSammlG; § 1 Abs. 1 Nr. 2 ThürSammlG.

¹⁰⁸ § 12 Abs. 1 Nr. 4 SammlG RP; § 12 Abs. 1 Buchst. b SaarlSammlG; § 13 Nr. 3 ThürSammlG.

nisierte Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften handelt, ergibt sich die Erlaubnisfreiheit aus den allgemeinen Regelungen¹⁰⁹.

Überschreiten die Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften den Kreis ihrer Anhänger, erstreckt sich die Haussammlung im Prinzip also auf jedermann, dann unterliegen sie grundsätzlich der Erlaubnispflicht¹¹⁰. Für die Großkirchen wird sie jedoch durch die teilweise in den Kirchenverträgen enthaltene Bestimmung insofern überlagert, als jede Kirche in ihrem Gebiet jährlich eine (in *Thüringen* zwei) allgemeine Haussammlung ohne besondere staatliche Ermächtigung veranstalten darf¹¹¹. Jede weitere allgemeine Haussammlung in dem betreffenden Jahr würde aber eine behördliche Erlaubnis gemäß Sammlungsgesetz erfordern.

Sammlungen auf öffentlichen Wegen oder in jedermann zugänglichen Räumen wie etwa Gastwirtschaften sind als *Straßensammlungen* für alle Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften unabhängig von ihrem Status gemäß den Sammlungsgesetzen aller drei Länder erlaubnispflichtig, wenn sie über den oben beschriebenen räumlichen kirchlichen bzw. religiösen (weltanschaulichen) Rahmen hinausgehen¹¹². Eine Freistellung von der Erlaubnispflicht der Straßensammlungen durch kirchenvertragliche Regelungen ist in den drei Ländern nicht erfolgt.

Den erlaubnispflichtigen Haus- und Straßensammlungen stehen nach der Rechtsprechung *Mitgliederwerbungen* für Vereine gleich, wenn sie in Form von Hausbesuchen und Straßenaktionen durchgeführt werden und wenn nach ihrem gesamten Erscheinungsbild die

¹⁰⁹ § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SammlG RP („Haussammlungen, die eine Vereinigung unter ihren Mitgliedern oder ein sonstiger Veranstalter innerhalb eines mit ihm durch persönliche Beziehungen verbundenen Personenkreises durchführt“); gleichlautend: § 1 Abs. 3 Nr. 1 ThürSammlG; ferner § 1 Abs. 3 Nr. 1 SaarlSammlG.

¹¹⁰ § 1 Abs. 1 Nr. 2 SammlG RP; § 1 Abs. 1 Nr. 2 SaarlSammlG; § 1 Abs. 1 Nr. 2 ThürSammlG.

¹¹¹ *Rheinland-Pfalz*: Art. 24 des Vertrages mit den Evangelischen Landeskirchen in Rheinland-Pfalz v. 31.3.1962 (EvKV RP); unspezifisch dagegen: Art. 8 des Vertrages mit dem Erzbistum Köln sowie den Bistümern Limburg, Mainz, Speyer und Trier über Fragen der Rechtsstellung und Vermögensverwaltung der Katholischen Kirche nebst Schlußprotokoll v. 18.9.1975 und Art. 8 des Vertrages zwischen dem *Saarland* und den Bistümern Speyer und Trier und ihrer Vermögensverwaltung nebst Schlußprotokoll v. 10.2.1977; Art. 27 Abs. 2 KathKV Thür.

¹¹² § 1 Abs. 1 Nr. 1 SammlG RP; § 1 Abs. 1 Nr. 1 SaarlSammlG; § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThürSammlG.

finanzielle Zuwendung im Vordergrund steht¹¹³. Die darauf erfolgende Ahndung von Verstößen gegen die Erlaubnispflichtigkeit als Ordnungswidrigkeit verstößt nicht gegen das Analogieverbot und bedeutet auch keine Verletzung des Grundrechts der Vereinigungsfreiheit¹¹⁴.

*d) Vertrieb von Waren und Dienstleistungen
für gemeinnützige (mildtätige) Zwecke*

- 42** Werden ambulant von Haus zu Haus oder auf Straßen oder Plätzen Waren angeboten oder vertrieben, so gilt das nach den Sammlungsgesetzen beider Länder dann als erlaubnisbedürftige Sammlung, wenn bei dem Käufer auf irgendeine Weise „der Eindruck erweckt werden kann, dass er durch den Kauf der Ware gemeinnützige oder mildtätige Zwecke fördere“¹¹⁵. Ob der Eindruck erweckt wird, beurteilt sich nach der Sicht eines vernünftigen objektiven Betrachters. Auf den tatsächlichen Willen des Händlers kommt es nicht an.
- 43** Die fiktive Gleichsetzung von „Sammlung“ und Warenhandel erstreckt sich im *Saarland* nicht auf den gesetzlich privilegierten Vertrieb von Blindenwaren¹¹⁶. Privilegiert ist dagegen in allen drei Ländern „der Verkauf von Eintrittskarten für öffentliche künstlerische Veranstaltungen [im *Saarland* nur ‚für öffentliche Konzerte‘], die mit dem Hinweis darauf durchgeführt werden, dass ein blinder oder mehrere blinde Künstler mitwirken“¹¹⁷.
- 44** In *Rheinland-Pfalz* besteht für den Warenverkauf und den Verkauf von Eintrittskarten eine Pflicht zur schriftlichen Anzeige bei der zuständigen Behörde¹¹⁸.

¹¹³ So BVerwG, U. v. 12.2.1991, in: DVBL 1991, S. 943 (Ls.); ebenso BayVG, B. v. 9.10.1989, in: GewArch 1990, S. 188 (Ls.).

¹¹⁴ BVerfG, B. v. 14.8.1992 – BvR 1463/91, in: NJW 1993, S. 1253 f.

¹¹⁵ Übereinstimmender Wortlaut in § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SammlG RP; § 1 Abs. 2 Nr. 1 SaarlSammlG; § 1 Abs. 2 Nr. 1 ThürSammlG.

¹¹⁶ § 1 Abs. 2 Nr. 1 SaarlSammlG verweist ausdrücklich auf das Blindenwarenvertriebsgesetz des Bundes v. 9.4.1965 (BGBl. I S. 311).

¹¹⁷ § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 SammlG RP; § 1 Abs. 2 Nr. 2 SaarlSammlG; § 1 Abs. 2 Nr. 2 ThürSammlG.

¹¹⁸ § 1 Abs. 2 S. 2 SammlG RP.

e) Altmaterialsammlungen

Sofern Altmaterialsammlungen, d. h. Sammlungen, bei denen zur Spende von getragener Kleidung, gebrauchter Wäsche, Textilresten, Altpapier und anderen Altmaterialien aufgerufen wird¹¹⁹, in Form von Haus- und Straßensammlungen durchgeführt werden, richtet sich ihre Erlaubnisbedürftigkeit in *Rheinland-Pfalz* und *Thüringen* nach den allgemeinen Regeln, während im *Saarland* Altmaterialsammlungen ohne Einschränkung erlaubnispflichtig sind¹²⁰.

45

f) Sammlungen durch öffentliche Aufrufe und Spendenbriefe

In den vergangenen Jahrzehnten ist es zu einer sehr verbreiteten Erscheinung geworden, dass irgendwelche, meist karitativ ausgerichtete Organisationen, darunter auch kirchliche Verbände und Werke, die Öffentlichkeit, häufig in Zusammenhang mit schweren Unglücksfällen, Naturkatastrophen, Kriegsfolgen u. s. w. über die elektronischen Medien, Zeitungsinsertate, öffentlich ausliegende Überweisungsformulare u. s. w. aufrufen, auf bestimmte Bankkonten Spendenbeiträge einzuzahlen oder an namentlich genannte Adressen Sachspenden zu schicken. Nicht weniger verbreitet ist die Versendung von Spendenbriefen. Durch diese werden in der Regel nach bestimmten Zielgruppen ausgewählte Personen gebeten, auf beigefügten vorgedruckten Überweisungsträgern Geldbeträge in selbst zu bestimmender Höhe auf ein Bankkonto des Absenders des betreffenden Spendenbriefes als Spende einzuzahlen. Die Sammlungsgesetze aller drei Länder haben diese Fälle mit weitgehend übereinstimmenden Bestimmungen zwar als erlaubnisfreie Sammlungen geregelt, hinsichtlich derer den Behörden aber Kontroll- und Eingriffsbefugnisse nach dem Modell der (gesetzlichen) Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt eingeräumt sind¹²¹. Die Veranstalter solcher Sammlungen haben „der zuständigen Behörde auf Verlangen die Auskünfte zu geben und die Unterlagen vorzulegen, die diese zur Überwachung der ordnungsmäßigen Durchführung der Sammlung und zur Prüfung der zweckentsprechenden, einwandfreien Verwendung des Sammlungser-

46

¹¹⁹ Vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 3 SaarlSammlG.

¹²⁰ § 1 Abs. 2 Nr. 3 SaarlSammlG.

¹²¹ § 9 SammlG RP; § 9 SaarlSammlG; § 9 ThürSammlG.

trages nach pflichtgemäßem Ermessen für erforderlich hält“¹²². Zur Durchsetzung dieser Zwecke kann die Behörde dem Veranstalter Auflagen erteilen oder, sofern diese zur Lösung der festgestellten Probleme ungeeignet wären, die Sammlungsaktionen verbieten. Ein Verbot ist nicht nur und nicht erst dann gerechtfertigt, wenn durch die Sammlung eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu befürchten ist, sondern auch dann, wenn keine genügende Gewähr für die ordnungsgemäße Durchführung der Sammlung oder für die zweckentsprechende, einwandfreie Verwendung des Sammlungsertrages gegeben ist, oder bereits dann, „wenn zu befürchten ist, dass die Unkosten der Sammlung in einem offensichtlichen Missverhältnis zu dem Reinertrag der Sammlung stehen werden“¹²³. Die Behörde ist in allen drei Ländern ermächtigt, im Falle eines Verbots das bereits eingegangene Spendenaufkommen einem „Treuhänder“ zur Verwaltung zu übertragen, der unter ihrer Aufsicht die nötigen Geschäfte führt und dafür zu sorgen hat, dass der Sammlungsertrag seiner Zweckbestimmung zugeführt wird¹²⁴. Kann der Sammlungszweck nicht mehr erreicht werden, ist die Behörde berechtigt, einen neuen Zweck für die Verwendung des Spendenertes zu bestimmen. Den mutmaßlichen Willen des Spenders soll sie dabei berücksichtigen.

g) Voraussetzung der Erteilung von Erlaubnissen

- 47** Sofern in den drei Ländern die Sammlungen der Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften der sammlungsrechtlichen Erlaubnis bedürfen, besitzen sie einen grundrechtlich legitimierten Anspruch auf die Erteilung, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Dies ist dann der Fall, wenn 1. die Sammlung bzw. deren Zweck oder die Verwendung des Sammlungsertrages die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht gefährden, wenn 2. die ordnungsgemäße Durchführung der Sammlung und die zweckentsprechende Verwendung ihres Ertrages gewährleistet sind und wenn 3.

¹²² Übereinstimmend jeweils § 9 Abs. 1 SammlG RP, SaarlSammlG und ThürSammlG.

¹²³ Übereinstimmend jeweils § 9 Abs. 3 SammlG RP, SaarlSammlG und ThürSammlG.

¹²⁴ § 7 SammlG RP und ThürSammlG; § 9 Abs. 5 i. V. m. § 7 SaarlSammlG.

die sammlungsbedingten Unkosten in keinem offensichtlichen Missverhältnis zu dem Reinertrag der Sammlung stehen¹²⁵.

Ist zu befürchten, dass die gleichzeitige Durchführung mehrerer Sammlungen in demselben Gebiet zu einer Belästigung der Öffentlichkeit führt, muss die Erlaubnisbehörde den Veranstaltern in *Rheinland-Pfalz* zunächst Gelegenheit geben, die Veranstaltungstermine zu ändern. Führt das zu keinem Ergebnis, ist die Erlaubnis im Regelfall zu versagen („soll“)¹²⁶. Das *Saarland* hat auf eine solche Regelung verzichtet, wohl aus der Erwägung, dass die Veranstalter ein starkes, natürliches Interesse daran haben, Terminkollisionen schon von sich aus zu vermeiden, weil sie andernfalls nachteilige Auswirkungen auf die Spendenbereitschaft der Bürger und dementsprechend auch für das Spendenaufkommen zu befürchten hätten.

Die Erlaubnis darf unter der Bedingung erteilt werden, dass der Veranstalter einen Ersatzzweck für den Fall angibt, dass das Spendenaufkommen hinter dem veranschlagten Mindesterfolg zurückbleibt, oder einen Hilfszweck für den Fall, dass ein höheres Spendenaufkommen erzielt wird, als für die Erreichung des vorgesehenen Sammlungszwecks erforderlich ist¹²⁷.

Die zuständige Behörde kann die Erlaubnis ferner mit Auflagen verknüpfen, die sich auf die Art und Weise der Sammlung, die Überwachung, die Verwendung des Sammlungsertrages, die Höhe der Unkosten, den Schutz von minderjährigen Sammlern und auf die Prüfung der Abrechnung beziehen dürfen¹²⁸.

¹²⁵ § 2 Abs. 1 und Abs. 3 SammlG RP; § 2 Abs. 1 SaarlSammlG; § 2 Abs. 1 Nr. 3 ThürSammlG.

¹²⁶ § 2 Abs. 3 SammlG RP; im Ergebnis ebenso § 2 Abs. 3 ThürSammlG.

¹²⁷ § 2 Abs. 2 SammlG RP; § 2 Abs. 2 SaarlSammlG; § 2 Abs. 2 ThürSammlG.

¹²⁸ § 3 Abs. 2 SammlG RP; § 3 Abs. 2 SaarlSammlG; § 3 Abs. 2 ThürSammlG.

V. Kirchliche Sammlungsregelungen

1. Katholische Kirche

- 51** Das Sammlungswesen wird in seinen Grundzügen vom Codex Iuris Canonici von 1983 im Zusammenhang mit dem Vermögenserwerb geregelt (cc. 1259 ff. CIC). Die Bischofskonferenz kann für Spendensammlungen weitere allgemeinverbindliche Vorschriften erlassen (c. 1265 § 2 CIC).
- 52** Das Recht, Sammlungen für kirchliche Einrichtungen oder solche mit sonstiger kirchlicher Zweckbestimmung durchzuführen, steht grundsätzlich unter einem Verbot mit dem Vorbehalt der Erlaubnis (c. 1265 § 1 CIC). Diese wird vom eigenen Ordinarius und vom Ortsordinarius schriftlich, nach Maßgabe kirchlicher Zweckmäßigkeit, erteilt. Davon freigestellt sind, wie auch früher schon unter der Geltung des Codex Iuris Canonici von 1917 (vgl. cc. 621 ff. CIC), die Bettelorden. Der Erlaubnisvorbehalt soll einem möglichen Wildwuchs sich überschneidender, die Gläubigen über Gebühr belastender Sammlungen vorbeugen und die notwendige Ordnung des Sammlungswesens in der Diözese sicherstellen¹²⁹. Der Ortsordinarius ist ferner berechtigt, mit Verbindlichkeit für alle den Gläubigen offenstehende Kirchen (Kapellen) besondere Spendensammlungen für bestimmte kirchliche Vorhaben zugunsten der Diözesankurie anzuordnen (c. 1266 CIC). Es handelt sich jährlich um durchschnittlich 15 Sammlungen, u. a. für Adveniat, Misereor, für die Diaspora, den „Peterspfennig“, die in Form eines Sonderkollektenplanes im Amtsblatt der jeweiligen Diözese veröffentlicht werden¹³⁰. In engen Grenzen sind Kollekten innerhalb der Pfarrei auf Anordnung des Pfarrers traditionell von der Erlaubnispflicht freigestellt¹³¹.
- 53** Die Sammlungen und Spenden unterliegen einer strengen Zweckbindung¹³². Es besteht nach Maßgabe des Partikularrechts eine Re-

¹²⁹ Dazu *Klaus Mörsdorf*, Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Iuris Canonici, 11. Aufl., Bd. 2, 1967, S. 503 f.; *Richard Potz*, Der Erwerb von Kirchenvermögen, in: HKKR², S. 1068 f.

¹³⁰ Siehe z. B. das „Verzeichnis der vorgeschriebenen Diözesankollekten für das Jahr 2014“ des Erzbistums Köln v. 18.10.2013 (ABl., Stück 13, S. 240 f.).

¹³¹ *Mörsdorf*, Lehrbuch (o. Fn. 129), S. 503 f.

¹³² Vgl. c. 1267 § 3 sowie cc. 121–123; c. 326 § 2 CIC.

chenschaftspflicht der jeweiligen Verwalter gegenüber den Gläubigen hinsichtlich der von ihnen geleisteten Spenden¹³³.

2. Evangelische Kirchen

Im Bereich der Evangelischen Kirche in Deutschland gibt es auf der Ebene der Landeskirchen eine Vielzahl von Rechtsakten bzw. Vorschriften zum Sammlungsrecht, angefangen bei Zuständigkeits- und Ermächtigungsnormen in den Verfassungen und Kirchenordnungen¹³⁴ bis hin zu Kollektenordnungen¹³⁵ und zu Sammlungsordnungen bzw. Kollektenplänen für bestimmte Jahre. Entsprechend dem synodalen Aufbauprinzip der Kirchen (Kirchenordnungen) haben auch die Gemeinden das Recht, Kollekten durchzuführen. Sie sind zur Führung von Kollektenbüchern verpflichtet, in denen die Sammlungserträge eingetragen und im Rahmen der Jahresrechnung festgestellt werden. Geregelt sind die rechtzeitige Bekanntgabe des Sammlungszweckes, insbesondere im Gottesdienst, sowie die kircheninterne Kontrolle über die ordnungsgemäße Einsammlung, Weitergabe und Verwendung der Erträge.

In den Landeskirchen werden in der Regel Kollektenpläne aufgestellt, die die Termine und die Zwecke der von den Kirchenleitungen auszuschreibenden gesamtkirchlichen Sammlungen (z.B. für das Diakonische Werk, die Diaspora, „Brot für die Welt“) angeben und unter Umständen auch die Anteile kirchlicher Gliederungen und Einrichtungen an Sammlungserträgen bestimmen¹³⁶.

¹³³ Siehe c. 1287 § 2; ferner cc. 319 § 2 und c. 325 § 2 CIC.

¹³⁴ Siehe z.B. Art. 16 Abs. 1 Buchst. d der Kirchenordnung der Evangelischen Kirche im Rheinland v. 10.1.2003 (<http://www.kirchenrecht.net/de/evkir/suivi/EvKir_Rheinland_KiO2003_Erstfsg-mit-2AendGe2004.pdf>).

¹³⁵ Siehe z.B. die Rechtsverordnung der Nordelbischen Ev.-Lutherischen Kirche über das Kollektenwesen v. 11.4.1978 (GVBl. S. 143) in der geltenden Fassung.

¹³⁶ Siehe z.B. den „Plan der Landeskollekten für das Kirchenjahr 2019/2020 und das Kalenderjahr 2020“ der Ev.-Lutherischen Kirche Sachsen (<<https://engagiert.evlks.de/arbeitsfelder/verkuendigung/gottesdienst/#c2446>>).

VI. Schlussbemerkung

56 Die Sammlungsgesetze der Bundesländer hatten die Religionsgemeinschaften mit dem Status von Körperschaften des öffentlichen Rechts, voran die katholische Kirche und die evangelischen Kirchen, teilweise von ihrer Geltung ausgenommen, nämlich dort, wo jene in ihrem gottesdienstlichen Kernbereich tätig sind und hier Spenden empfangen. Für die in Rheinland-Pfalz, im Saarland und in Thüringen fortbestehenden Sammlungsgesetze gilt das weiterhin. Ihre Sonderstellung entsprach und entspricht dem hohen Rang der Religionsfreiheit und darüber hinaus auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, denn wegen ihrer jahrhundertelangen Erfahrung und der etablierten, erprobten Regelungen des innerkirchlichen Sammlungswesens war und ist es gerechtfertigt, sie in geringerem Maße der der Abwehr von Missbräuchen und Gefahren dienenden staatlichen Kontrolle zu unterwerfen. Durch die in jüngster Zeit in fast allen Bundesländern erfolgte Aufhebung der Sammlungsgesetze sind die Kirchen in fast dem gesamten Bundesgebiet in derselben Weise wie sonstige gemeinnützige Organisationen, die Spenden einwerben, von entsprechenden administrativen Beschränkungen befreit. Der dadurch für sie eingetretene Entlastungseffekt ist gleichwohl gering, weil die präventivpolizeilichen Vorschriften der staatlichen Sammlungsgesetze für die Großkirchen praktisch kein Hindernis darstellten und in den drei noch verbliebenen Bundesländern mit Sammlungsgesetzen kein Hindernis darstellen. Darüber hinaus folgt aus der Aufhebung der meisten Sammlungsgesetze und dem Rückzug des Staates aus der präventiven Kontrolle im Sammlungswesen, dass den Bestimmungen, welche die Kirchenverträge und Konkordate über Sammlungen enthalten, noch klarer als bisher schon sichtbar, kaum mehr als eine symbolische juristische Bedeutung zukommt. Noch wichtiger sind im gleichen Zuge hingegen die kirchenrechtlichen Bestimmungen zur Vermögensverwaltung im Allgemeinen und die Vorschriften über die Durchführung von Sammlungen und den korrekten Umgang mit Spenden im Besonderen geworden.

§ 40

Der Schutz des Sonntags und der religiösen Feiertage

Von Karl-Hermann Kästner

I. Der Schutz der Sonn- und Feiertage als Problem	1–3
II. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Schutzes der Sonn- und Feiertage	4–31
1. Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV als institutionelle Garantie	4–13
a) Rechtliche Tragweite	4–7
b) „Arbeitsruhe“ und „seelische Erhebung“	8–13
2. Aufgabe und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers	14–20
a) Staatliche Schutzpflicht	14
b) Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und seine Grenzen	15–20
3. Der feiertagsrechtliche Schutz religiöser Belange	21–24
a) Religiöse Bezüge des Rechts der Sonn- und Feiertage und Prinzip der staatlichen Säkularität	21
b) Neutralität und Parität im feiertagsrechtlichen Schutz religiöser Belange	22–23
c) Anerkennung weiterer (insbesondere nicht-christlicher) Feiertage	24
4. Sonn- und Feiertagsschutz im Kontext der Gesamtverfassung	25–28
5. Verfassungsrecht der Bundesländer	29–31
III. Subjektive Rechte aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV	32–40
1. Subjektive Rechte unmittelbar aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV	33–35

2. Subjektive Rechte in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 und 2 GG	36–40
a) Verhältnis von Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV zu Art. 4 Abs. 1 und 2 GG	36–39
b) Konsequenzen für die prozessuale Geltendmachung	40
IV. Der vertragliche Schutz der Sonn- und Feiertage	41–43
V. Der Schutz der Sonn- und Feiertage von Gesetzes wegen	44–60
1. Das Sonn- und Feiertagsrecht in Bund und Ländern	44–50
a) Bundesrecht	45–46
b) Recht der Bundesländer	47
c) Prinzipielle Reichweite des gegenwärtigen Schutzes	48–50
2. Einzelfragen der Sonn- und Feiertagsgesetze	51–60
a) Der Rechtsbegriff der „kirchlichen Feiertage“	51–52
b) Die Sonntage und anerkannten kirchlichen Feiertage	53–55
c) Sonstige gesetzlich geschützte kirchliche Feiertage	56–58
d) „Stille Tage“ und besonders geschützte Zeiten	59–60

I. Der Schutz der Sonn- und Feiertage als Problem

- 1 Jahrzehntelang zählte das Sonn- und Feiertagsrecht in der Bundesrepublik Deutschland zu den konfliktarmen Materien. Dem Grunde nach bestand weitgehend Konsens über den Sinngehalt und den prinzipiellen Schutz bestimmter Tage des Jahreslaufs. Seit dem ausgehenden vorigen Jahrhundert hat sich die Situation grundlegend gewandelt. Der Schutz der Sonn- und Feiertage wurde nach Grundsatz und konkreter Tragweite zunehmend in Frage gestellt.¹
- 2 In der Tat scheint die vorgegebene Rechtslage inzwischen in Spannung zu den Rahmenbedingungen ihrer gesellschaftlichen Verwirkli-

Der Beitrag wurde am 13. 2. 2014 abgeschlossen.

¹ Hierzu *Jörg Splett*, Fest – Feier – Sonntäglichkeit. Eine zu schützende Dimension des Humanen, in: *EssGespr.* 24 (1990), S. 4 ff.; *Armin Pahlke*, Sonn- und Feiertagsschutz als Verfassungsgut, ebd., S. 53 ff.; *Reinhard Richardi*, Der Sonn- und Feiertagsschutz im Arbeitsleben, ebd., S. 117 ff., und die Diskussionsbeiträge, ebd., S. 29 ff., 87 ff. und 155 ff.; *Karl Wilhelm Dahm / Andreas Mattner / Jürgen P. Rinderspacher / Rolf Stober* (Hg.), „Sonntags nie?“ Die Zukunft des Wochenendes, 1989; *Ulrich Karpen / Andreas Mattner* (Hg.), *Hamburgisches Sonn- und Feiertagsrecht. Beiträge zu einer notwendigen Erneuerung*, 1993.

chung zu stehen.² Das gilt im Blick auf den industriellen Sektor für moderne technische Fertigungserfordernisse in einigen Branchen und nicht minder für Rentabilitätsabwägungen, welche durch die Konkurrenzsituation auf den nationalen und internationalen Märkten nahegelegt werden. Traditionelle Strukturen des gesellschaftlichen und individuellen Lebensrhythmus werden insofern pointiert auf ihre ökonomischen Konsequenzen hin befragt (bzw. reduziert³). Hinzu tritt ein nachhaltiger *Wandel des Freizeitverhaltens* weiter Teile der Bevölkerung,⁴ das Streben nach Ruhe und Muße wird zunehmend von einem Bedürfnis nach Aktivität und Mobilität abgelöst, verbunden mit einer Steigerung der Nachfrage nach einschlägigen, an Sonn- und Feiertagen zu erbringenden Dienstleistungen. Vor allem aber sieht sich der Sonn- und Feiertagsschutz durch das Bestreben nach einer *Erweiterung der Ladenöffnungszeiten* einer Erosion ausgesetzt,⁵ welche nicht allein ökonomisch motiviert ist; als Rechtfertigung wird teilweise auch die Auffassung vertreten, dass Einkaufen als Freizeitbeschäftigung inzwischen mit „seelischer Erhebung“ gleichzustellen sei⁶. Die Liberalisierung der Ladenöffnung – maßgeblich angestoßen durch die Föderalismusreform 2006, die das Recht des Ladenschlusses dem Kompetenzbereich der Länder überantwor-

² Zusammenfassend *Axel von Campenhausen / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 335 ff.

³ Treffend bemerkte *Robert Spaemann*, Jenseits der alltäglichen Sachzwänge. Warum der Sonntag geschützt bleiben muß, in: HK 42 (1988), S. 431 (432), mit der Frage nach seinen Kosten sei der Sonntag gedanklich bereits denaturiert.

⁴ Dazu *Wolfgang Mosbacher*, Sonntagsschutz und Ladenschluß, 2007, S. 129 ff.

⁵ Zur diesbezüglichen Bedeutung der Ladenöffnung für den Sonn- und Feiertagsschutz BVerfGE 125, 39 (90 f.): „Gerade die Ladenöffnung prägt aber wegen ihrer öffentlichen Wirkung den Charakter des Tages in besonderer Weise. Von ihr geht eine für jedermann wahrnehmbare Geschäftigkeits- und Betriebsamkeit aus, die typischerweise den Werktagen zugeordnet wird. [...] Auf diese Weise bestimmt die Ladenöffnung maßgeblich das öffentliche Bild des Tages.“ – Instrukтив zur Praxis der (rechtswidrigen) Ausweitung der Ladenöffnungszeiten Ende der 1990er Jahre *Jochen Rozek*, Vorsprung durch Rechtsbruch? – Zur Erosion des Ladenschlußrechts durch sogenannte „Fremdenverkehrsregelungen“, in: NJW 1999, S. 2921 ff.

⁶ *Stefan Koriath*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, hg. von Matthias Herdegen / Hans H. Klein, Losebl., Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Stand: Februar 2003, Rn. 25; *Holger Schmitz*, Die Ladenöffnung nach der Föderalismusreform, in: NVwZ 2008, S. 18 (24); *Ingo-Jens Tegebauer*, Die Entwicklung des Ladenschlußrechts seit dem Jahr 2004, in: GewArch 2007, S. 49 (53); *Jan Kehrborg*, Schutzzweck und Verfassungsmäßigkeit des Ladenschlußgesetzes – Bestandsaufnahme und Ausblick, in: GewArch 2001, S. 14 (20). – Vgl. dazu auch unten Fn. 43.

tete⁷ – schlägt sich bereits in der Bezeichnung der hiernach erlassenen Gesetze als „Ladenöffnungsgesetze“⁸ (anstelle der früheren Bezeichnung als „Ladenschlussgesetz“⁹) nieder und fand im *Berliner Ladenöffnungsgesetz*¹⁰, das vom Bundesverfassungsgericht im Jahr 2009 für teilweise verfassungswidrig erklärt wurde¹¹, einen vorläufigen Höhepunkt¹². Insgesamt ist nicht zu übersehen, dass der Sonntag, wie er inzwischen von vielen begangen wird, allenfalls noch rudimentäre Bezüge zu dem aus dem Wochenkreis herausgehobenen „Tag des Herrn“ christlicher Tradition aufweist;¹³ er erscheint weithin

⁷ Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 Hs. 2 Alt. 1 GG; zu den damit verbundenen Neuregelungen *Mosbacher*, Sonntagsschutz und Ladenschluß (o. Fn. 4), S. 221 ff., 242 ff.

⁸ Dazu *Dirk Neumann*, in: Robert von Landmann / Gustav Rohmer, Gewerbeordnung, Kommentar, Bd. 2, Vorbem. zu Nr. 720 (Gesetz über den Ladenschluss) (Stand: August 2007); Auflistung der Ladenöffnungsgesetze der Länder ebd., Nr. 720a ff.

⁹ Gesetz über den Ladenschluß (LadschlG) i. d. F. der Bekanntmachung v. 2.6.2003 (BGBl. I S. 744), zuletzt geändert durch VO v. 31.10.2006 (BGBl. I S. 2407); das LadschlG gilt gemäß Art. 125a Abs. 1 GG fort, sofern die Länder nicht von der ihnen nunmehr nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 Hs. 2 Alt. 1 GG eröffneten Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht haben – was mit Ausnahme von Bayern durchweg geschehen ist.

¹⁰ Berliner Ladenöffnungsgesetz vom 14.11.2006 (GVBl. Berlin S. 1045).

¹¹ BVerfGE 125, 39 ff. – Zu dieser Entscheidung etwa *Claus Dieter Clasen*, Anmerkung, in: JZ 2010, S. 144 ff.; *Wolfgang Mosbacher*, Das neue Sonntagsgrundrecht – am Beispiel des Ladenschlusses, in: NVwZ 2010, S. 537 ff.; *Christoph Goos*, Die Kirchen, der Sonntagsschutz und das Bundesverfassungsgericht, in: Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg (StudZR) 2010, S. 479 ff.; *Friedrich Kühn*, Ende eines „Dornröschenschlafs“ – Das Adventssonntagsurteil des BVerfG, in: NJW 2010, S. 2094 ff.; *Jochen Rozek*, Immer wieder sonntags? – BVerfG setzt Ladenöffnungszeiten an Sonntagen strikte Grenzen, in: AuR 2010, S. 148 ff.; *Hinnerk Wißmann / David Heuer*, „Hirten der Verfassung“? – Das BVerfG, die Kirchen und der Sonntagsschutz, in: JURA 2011, S. 214 ff.; *Axel von Campenhausen*, Sonn- und Feiertagsschutz, in: ZevKR 56 (2011), S. 225 ff. – Zu den zwischenzeitlich erfolgten Änderungen des Berliner Ladenöffnungsgesetzes *Frank-Florian Seifert*, Sonntagsschutz und Ladenöffnung in Berlin nach dem 2. Änderungsgesetz vom 13.10.2010, in: LKV 2011, S. 67 ff.

¹² Vgl. ferner bereits das erste Ladenschluss-Urteil aus dem Jahr 2004 – BVerfGE 111, 10 ff.

¹³ Abriss der geschichtlichen Entwicklung bei *Gebhard Dirksen*, Das Feiertagsrecht, 1961, S. 8 ff.; *Hans Michael Heinig*, Art. „Sonn- und Feiertage (Juristisch)“, in: EvStL⁴, Sp. 2167; aus theologischer Sicht: *Michael Meyer-Blank*, ebd., Sp. 2170 f.; *Andreas Mattner*, Sonn- und Feiertagsrecht, 2. Aufl. 1991, S. 7 ff., m. w. N.; *Andreas Grube*, Der Sonntag und die kirchlichen Feiertage zwischen Gefährdung und Bewährung, 2003, S. 23 ff.

nivelliert auf eine Funktion als einer unter mehreren freien Tagen des Wochenendes.¹⁴

Insgesamt ist die Tendenz unverkennbar, allmählich nicht mehr etwaige Engführungen oder *Durchbrechungen* des überkommenen Prinzips kollektiver Muße an Sonn- und Feiertagen unter einen Zwang zur Legitimation zu stellen, sondern im Gegenteil dessen *Aufrechterhaltung*. Mit einer solchen Umkehrung des Prinzips von Regel und Ausnahme gerät freilich unversehens der Geltungsanspruch der Verfassung und der verfassungsgemäß erlassenen einschlägigen Gesetze ins Zwielficht. Ein Befund, dass die inhaltliche Akzeptanz bestimmter Regelungen in der Bevölkerung schwindet bzw. dass vorhandene Vorschriften in der Praxis rechtlich ausgehöhlt¹⁵ oder faktisch sehr häufig durchbrochen werden, berechtigt indes nach Lage der Dinge¹⁶ nicht zu der Annahme, dass die betreffenden Normen als gegenstandslos zu betrachten seien bzw. dass sich ihr Gehalt zufolge der gesellschaftlichen Praxis „stillschweigend“ im Wege eines *Verfassungswandels* geändert habe¹⁷. Denn die Verfassung bezweckt,¹⁸ was die Sonn- und Feiertage anbelangt, ausdrücklich die Aufrechterhaltung eines bestimmten, von Rechts wegen vorgegebenen Standards. Hieran wäre die in der Gesellschaft zunehmende Tendenz zur Sonntagsbeschäftigung rechtlich zu messen – nicht aber taugt umgekehrt die „Sozialadäquanz“ etwaiger Durchbrechungen bestehender Rege-

3

¹⁴ Zur „Krise des Sonntags“ *Karl-Hermann Kästner*, Sonn- und Feiertage zwischen Kultus, Kultur und Kommerz – Rechtsgrundlagen des geltenden Schutzes von Sonn- und Feiertagen, in: DÖV 1994, S. 464 ff.; *Axel von Campenhausen/Peter Unruh*, in: Hermann von Mangoldt (Begr.)/Friedrich Klein/Christian Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 139 WRV, Rn. 4; *Frank Stollmann*, Der Sonn- und Feiertagsschutz nach dem Grundgesetz, 2004, S. 66; ferner die Erklärungen aus dem Bereich der Kirchen in: EssGespr. 24 (1990), S. 181 ff.

¹⁵ Hierzu im Blick auf das Beschäftigungsverbot *Richardi*, Der Sonn- und Feiertagsschutz (o. Fn. 1), S. 129 f., 135 ff.

¹⁶ Die Frage nach der Möglichkeit derogierenden Verfassungsgewohnheitsrechts (*Brun-Otto Bryde*, Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1982, S. 454 f.) stellt sich im Sonn- und Feiertagsrecht bislang nach wie vor nicht.

¹⁷ So aber *Philip Kunig*, Der Schutz des Sonntags im verfassungsrechtlichen Wandel, 1989, S. 26 ff.

¹⁸ Zum „Normprogramm“ als Grenze stillschweigender Verfassungsänderung *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 46 f.

lungen als Maßstab für den Inhalt oder den prinzipiellen Geltungsanspruch der demokratisch legitimierten Verfassung.¹⁹

II. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Schutzes der Sonn- und Feiertage

1. Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV als institutionelle Garantie

a) Rechtliche Tragweite

- 4 Die maßgebliche Grundentscheidung für den rechtlichen Schutz der Sonn- und Feiertage²⁰ ist in Art. 139 WRV enthalten, welcher der geltenden Verfassung durch Art. 140 GG als vollgültiger Bestandteil²¹ inkorporiert worden ist: „Der Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage bleiben als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung gesetzlich geschützt.“
- 5 Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV hat nicht lediglich die Qualität eines mehr oder minder unverbindlichen Programmsatzes. Die Vorschrift beinhaltet vielmehr eine *institutionelle Garantie*²², in welcher

¹⁹ BVerwGE 79, 118 (125); *Armin Pahlke*, Feiertagsrechtliche Grenzen erwerbsorientierter Betätigung, in: WiVerw 1988, S. 69 (78); *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 139 WRV, Rn. 24; ausführlich *Stollmann*, Sonn- und Feiertagsschutz (o. Fn. 14), S. 71 ff., 75; *Mosbacher*, Sonntagsschutz und Ladenschluß (o. Fn. 4), S. 126 ff., 146 f.

²⁰ Rechtsvergleichend *Julian von Lucius*, Sonntag für alle – Rechtsvergleichende Anmerkungen zur verfassungsrechtlichen Rechtsprechung zum gesetzlichen Sonntagsschutz, in: KritV 2010, S. 190 ff.

²¹ Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 19, 206 (219), 226 (236); dazu m.w.N. *Karl-Hermann Kästner*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter, Losebl., Art. 140, Stand: Drittbearbeitung März 2010, Rn. 145 f.; speziell zu Art. 139 WRV auch BVerfGE 111, 10 (50); 125, 39 (79).

²² Grundlegend *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 1928 (4. Aufl. 1965), S. 171. – Aus der Literatur statt vieler: *Stollmann*, Sonn- und Feiertagsschutz (o. Fn. 14), S. 42 (m.w.N. in Fn. 88); *Mosbacher*, Sonntagsschutz und Ladenschluß (o. Fn. 4), S. 88 ff.; *Peter Häberle*, Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates, 1987, S. 53; *Alexander Hollerbach*, Freiheit kirchlichen Wirkens, in: HStR¹, Bd. VI, 1989, § 140, Rn. 61; *Katharina Westphal*, Die Garantie der Sonn- und Feiertage als Grundlage subjektiver Rechte?, 2003, S. 64 ff.; *Michael Kloepper*, Einrichtungsgarantien (§ 43), in: HGR, Bd. 2, 2006, Rn. 62; *Heinig*, Art. „Sonn- und Feiertage (Juristisch)“ (o. Fn. 13), Sp. 2168; *Stefan Muckel*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling, Losebl., Art. 140 GG/Art. 139 WRV, Stand: August 2011, Rn. 2; *v. Campenhausen / de Wall*, Staats-

die verfassungsrechtliche Gewährleistung eines objektiven gesellschaftlichen Ordnungsprinzips verkörpert ist. Sichergestellt wird dabei – wie durch sonstige institutionelle Garantien auch – der Bestand der Institution im Wesenskern, nicht aber die Existenz ihrer einzelnen sachlichen Ausprägungen oder die zu einem bestimmten Zeitpunkt bestehende einschlägige Gesetzeslage als solche.²³ Diese in Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV enthaltene Gewährleistung steht auch nicht zur individuellen Disposition.²⁴ Eine Bereitschaft Einzelner, auf gewisse Konsequenzen des rechtlichen Schutzes von Sonn- und Feiertagen zu verzichten, lässt die institutionelle Garantie und deren Geltungsanspruch deshalb unberührt. Ebenso wenig wäre es gerechtfertigt, die Aufrechterhaltung des verfassungsrechtlich vorgegebenen Prinzips im industriellen Sektor tarifvertraglicher Vereinbarung anheimzustellen.²⁵

kirchenrecht (o. Fn. 2), S. 328; *Markus Thiel*, Der Tag des Herren – ein Stein des Anstoßes? – Aktuelle Rechtsfragen der Ladenöffnung am Sonntag, in: NWVBl. 2009, S. 134 (135). Das Bundesverfassungsgericht spricht sowohl von der „Institution des Sonn- und Feiertags“ (BVerfGE 111, 10 [50]; 125, 39 [85]) als auch von einer „Institutsgarantie“ (BVerfG, in: NJW 1995, S. 3378 [3379]); ferner BVerwGE 79, 118 (122); 79, 236 (238); 90, 337 (341 f.); VerfGH Sachsen, in: LKV 2012, S. 309 (309 f.). – Gegen die Annahme einer institutionellen Garantie nunmehr *v. Campenhausen / Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 14), Art. 139 WRV, Rn. 13 (a.A. noch die von *Axel von Campenhausen* bearbeitete Voraufgabe unter Rn. 11); ebenso *Peter Unruh*, Die Kirchen und der Sonntagsschutz – Zur Ladenöffnung an kirchlich besonders bedeutsamen Sonntagen, in: ZevKR 52 (2007), S. 1 (9 ff.); *ders.*, Religionsverfassungsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 551; *Ute Mager*, in: Ingo von Münch / Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 140, Rn. 86 („objektivrechtliche Verfassungsgarantie“ und „Regelungsauftrag“); *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 20 („Schutzauftrag“ und „Bestandsgarantie“); differenzierend auch *Wolfgang Rüfner*, Die institutionelle Garantie der Sonn- und Feiertage, in: Festschrift für Martin Heckel zum siebzigsten Geburtstag, hg. von Karl-Hermann Kästner / Knut Wolfgang Nörr / Klaus Schlaich, 1999, S. 447 (448).

²³ Dazu *Carl Schmitt*, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: HDStR, Bd. 2, 1932, S. 572 (595 f.); *Mosbacher*, Sonntagsschutz und Ladenschluß (o. Fn. 4), S. 92 ff.; *Thorsten Kingreen / Bodo Pieroth*, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Aufhebung der Ladenschlusszeiten, in: NVwZ 2006, S. 1221 (1224 f.); BVerfGE 111, 10 (50); allgemein *Kloepfer*, Einrichtungsgarantien (o. Fn. 22), Rn. 32 f. – Kritisch zu einer Abgrenzung zwischen „Kernbereich“ und „Randbereich“ *Rüfner*, Die institutionelle Garantie (o. Fn. 22), S. 449; differenzierend auch *Thiel*, Der Tag des Herren (o. Fn. 22), S. 136 f.

²⁴ *Häberle*, Feiertagsgarantien (o. Fn. 22), S. 59; *Pahlke*, Feiertagsrechtliche Grenzen (o. Fn. 19), S. 74.

²⁵ *Reinhard Richardi*, Grenzen industrieller Sonntagsarbeit, 1988, S. 44 f., 58.

- 6 Unmittelbar aus der Verfassung lässt sich keine Garantie dafür herleiten, dass *bestimmte Feiertage* oder jedenfalls deren an einem konkreten Stichtag vorhandene *Anzahl* weiterhin staatlich anerkannt bleiben.²⁶ Dies ergibt sich im Übrigen auch aus dem Wortlaut der Verfassung, welche ausdrücklich nur die „staatlich anerkannten“ Feiertage in ihre Gewährleistung einbezieht; damit wird – was die Konkretisierung der feiertagsrechtlich qualifizierten Tage angeht – auf die Entscheidung des zuständigen Gesetzgebers verwiesen²⁷ und gleichzeitig dessen prinzipielle Möglichkeit vorausgesetzt, einzelnen Feiertagen unter Beachtung des Schutzgehaltes von Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV die Anerkennung auch wieder zu entziehen²⁸.
- 7 Anders liegen die Dinge allerdings im Blick auf den *Sonntag*. Er ist „als Tag der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung“ in der Verfassung ausdrücklich benannt und wird insofern im Sinne einer Status-quo-Garantie verfassungsunmittelbar geschützt.²⁹ Damit ist der traditionelle Wochenrhythmus verfassungsrechtlich festgeschrieben; seine Modifikation (beispielsweise in Richtung auf die Einführung eines „gleitenden“ Ruhetages statt des Sonntags) bedürfte deshalb einer Verfassungsänderung, um rechtens erfolgen zu können.³⁰ Solange eine solche Rechtsänderung nicht erfolgt ist, bleibt die „Institution des Sonntags [...] als ein Grundelement sozialen Zusammenlebens und staatlicher Ordnung verfassungskräftig gewährleistet und dem gesetzlichen Schutz überantwortet“³¹. Auch wenn die Verfassung damit an einen Bestandteil christlich geprägter Kulturtradition anknüpft, liegen die spezifisch theologischen Bezüge nicht in der Verantwortung des säkularen Verfassungsstaats.³² Der Schutz des Sonntags umfasst den Tag als solchen insgesamt und ist insbesondere

²⁶ Zutreffend Häberle, Feiertagsgarantien (o. Fn. 22), S. 21, 30; Muckel, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 22), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 10; Frank Stollmann, Staatlich anerkannte Feiertage – einfachgesetzlicher Spielball oder änderungsfestes Rechtsinstitut?, in: DÖV 2004, S. 471 (474 f.).

²⁷ OVG Berlin, in: NJW 1990, S. 2269.

²⁸ Hollerbach, Freiheit kirchlichen Wirkens (o. Fn. 22), Rn. 63; Mattner, Sonn- und Feiertagsrecht (o. Fn. 13), S. 39 f.

²⁹ Michael Germann, in: Volker Epping / Christian Hillgruber (Hg.), Beck-OK GG, Art. 140 GG, Stand: 1. 1. 2013, Rn. 134.

³⁰ Häberle, Feiertagsgarantien (o. Fn. 22), S. 55; Wolfgang Däubler, Sonntagsarbeit aus technischen und wirtschaftlichen Gründen, in: DB 1988, Beil. Nr. 7, S. 5; Richardi, Grenzen industrieller Sonntagsarbeit (o. Fn. 25), S. 46; v. Campenhausen / Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 14), Art. 139 WRV, Rn. 7. – Anders Kunig, Schutz des Sonntags (o. Fn. 17), S. 21, 26 ff., 33 f.

³¹ BVerwGE 79, 118 (122); ebenso 236 (238).

³² Germann, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 29), Art. 140 GG, Rn. 136.

nicht auf bestimmte „Hauptgottesdienstzeiten“ bezogen,³³ zumal es sich bei der Festlegung derartiger Zeiten um eine *eigene Angelegenheit der Religionsgemeinschaften* im Sinne von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV handelt, welche der staatlichen Definitionsmacht ohnehin entzogen ist³⁴.

b) „Arbeitsruhe“ und „seelische Erhebung“

Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV statuiert für die Sonntage und die staatlich anerkannten Feiertage nicht eine in ihrer Finalität diffuse Schutzgarantie, welche es dem Gesetzgeber überließe, die Grundtendenzen der von ihm zu treffenden Regelung selbst zu bestimmen. Es wird vielmehr durch die Wendung „Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung“ eine *programmatische Aussage* formuliert, die als verfassungsrechtliche Vorgabe gemäß Art. 20 Abs. 3 GG auch im Bereich des „einfachen“ Feiertagsrechts Beachtung verlangt – im Rahmen der Gesetzgebung³⁵ ebenso wie beim Rechtsvollzug durch Exekutive und Judikative.

Mit der Koppelung von „Arbeitsruhe“ und „seelischer Erhebung“ und mit der damit vorgenommenen Bündelung sowohl sozialpolitischer als auch religions- bzw. weltanschauungspolitischer Motive knüpft die Verfassung an hergebrachte Grundzüge des Sonn- und Feiertagsschutzes³⁶ an. Nur eine Zusammenschau beider Traditionslinien verspricht dem mehrschichtigen kulturellen Phänomen der Sonn- und Feiertage wenigstens annäherungsweise gerecht zu werden; im Übrigen hat erst diese Verbindung die bemerkenswerte Einmütigkeit ermöglicht, mit welcher der Sonn- und Feiertagsschutz 1919 wie 1949 über die politischen Lager hinweg in den Verfassungsberatungen³⁷ behandelt wurde. Man würde dieser Komplexität des sachlichen und verfassungspolitischen Hintergrundes nicht gerecht, wollte man Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV selektiv auf eine seiner

³³ v. Campenhausen / Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 14), Art. 139 WRV, Rn. 20.

³⁴ Dazu Korioth, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 30.

³⁵ Zutreffend BVerwGE 79, 118 (122), 236 (238).

³⁶ Zur kirchenpolitischen Intention insoweit bereits Wilhelm Kahl, Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik. Erste Hälfte: Einleitung und allgemeiner Teil, 1894, S. 386 f.

³⁷ Hierzu Dirksen, Feiertagsrecht (o. Fn. 13), S. 4 ff., 6 ff.

verschiedenen Dimensionen verkürzen – sei es auf eine Funktion als reine Arbeitszeitnorm, sei es auch auf eine Rolle als bloße religionspolitische Schutzvorschrift³⁸.

10 Die unbestimmten Rechtsbegriffe „Arbeitsruhe“ und „seelische Erhebung“ gewinnen vor dem Hintergrund der erwähnten mehrschichtigen Intention der Verfassung Kontur. Den Sonntagen und den anerkannten Feiertagen soll ein besonderer Charakter gesichert werden, der sie von den sonstigen (Werk-)Tagen deutlich abhebt;³⁹ das bedeutet vor allem einen *Zustand prinzipiellen (nicht absoluten) Ruhens typisch werktäglicher Betätigungen*, soweit sie nach außen bzw. öffentlich erkennbar sind⁴⁰. Im Lebensrhythmus der Gesellschaft sollen damit Freiräume innerhalb des normalen Arbeits- und Wirtschaftsprozesses im Sinne einer kollektiven und nicht nur individuellen Arbeitsruhe⁴¹ institutionalisiert werden. Hieran haben sich Auslegung und Vollzug des „einfachen“ Feiertagsrechts zu orientieren.

11 Dem Einzelnen werden durch eine allgemeine *Gewährleistung arbeitsfreier Zeit* Möglichkeiten physischer und psychischer Erholung gesichert;⁴² darüber hinaus wird die Gelegenheit zur Entfaltung eigener Interessen, zur Kommunikation mit Familienangehörigen und Freunden, zur Betätigung in Vereinen u. s. w. eingeräumt; nicht zuletzt werden äußerliche Voraussetzungen dafür gewährleistet, sich entsprechend der individuellen religiösen oder weltanschaulichen Überzeugung mit geistigen bzw. geistlichen Fragen menschlicher Existenz auseinanderzusetzen sowie die betreffenden Tage adäquat zu begehen (sich „seelisch zu erheben“)⁴³. Daneben verschafft die Norm den Reli-

³⁸ Für eine Gleichrangigkeit beider Schutzzwecke auch *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 1.

³⁹ BVerfGE 125, 39 (85); BVerwGE 79, 118 (124 ff.), 236 (239 ff.); OVG RP, in: GewArch 1986, S. 277 (278).

⁴⁰ *Dirk Ehlers*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 8; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 19), Art. 139 WRV, Rn. 11; *Rüfner*, Die institutionelle Garantie (o. Fn. 22), S. 452 f.

⁴¹ Zutreffend *Thiel*, Der Tag des Herren (o. Fn. 22), S. 136.

⁴² Nach *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 29), Art. 140 GG, Rn. 134, bringt der Schutz der Arbeitsruhe „gegenüber den wirtschaftlichen Interessen der modernen Arbeitswelt ein anthropologisches Muster sozialpolitisch zur Geltung“; ferner *Stefan Mückl*, Freiheit kirchlichen Wirkens, in: HStR³, Bd. VII, 2009, § 161, Rn. 67: „grundlegende(s) anthropologische(s) Bedürfnis nach Ruhe und Feier“; ähnlich auch *Heinig*, Art. „Sonn- und Feiertage (Juristisch)“ (o. Fn. 13), Sp. 2168.

⁴³ Dazu BVerfGE 125, 39 (82 f., 86). Sonn- und feiertägliches *Einkaufen* ist entgegen der oben in Fn. 6 zitierten Auffassung nicht als „seelische Erhebung“ anzuerkennen. Dem widerspräche bereits der vielleicht dem konsum-

gions- und Weltanschauungsgemeinschaften Möglichkeiten zur Entfaltung ihres Auftrages und Selbstverständnisses in Form von allgemeinen oder speziell feiertagsbezogenen Gottesdiensten, sonstigen religiösen Veranstaltungen, Feierstunden u.s.w.; es wird auch insoweit – in institutioneller Wendung – von Verfassungen wegen ein gesellschaftlicher Freiraum zur „seelischen Erhebung“ und damit zur Entfaltung religiöser bzw. weltanschaulicher Freiheit gewährleistet.

Mit der in Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV getroffenen Regelung bekennt sich die Verfassung zur deutschen *Kulturtradition* und entfaltet die Bedeutung der Sonn- und Feiertage als „kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates“⁴⁴; sie konkretisiert damit das *Sozialstaatsprinzip* in wesentlichen individualrechtlichen und kollektiven Bezügen,⁴⁵ und sie leistet in Gestalt der prinzipiellen Gewährleistung gemeinsamer Freizeit einen Beitrag zum praktischen *Schutz des Familienlebens*⁴⁶. Nicht zuletzt weist die Regelung auch einen unmittelbaren Bezug zur Verfassungsgarantie der *Menschenwürde* auf,⁴⁷ denn in der institutionellen Sicherung von Tagen, an denen das Individuum – so es will – in Muße zu sich selbst und zu den religiösen bzw. weltanschaulichen Bezügen seiner individuellen Exis-

12

geneigten Zeitgeist nicht gemäße, jedenfalls aber überkommene Wortsinn; im Übrigen würde damit der von Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV gerade intendierte nicht-werktägliche Charakter der geschützten Tage konterkariert – abgesehen davon, dass Einkaufen (wenn überhaupt) „Erhebung“ allenfalls für den Teil der Bevölkerung bedeuten könnte, der Dienst- und Arbeitsleistungen in Anspruch nimmt, nicht hingegen für die Personen, welche diese erbringen müssen; zutreffend *Kingreen/Pieroth*, Verfassungsrechtliche Grenzen (o. Fn. 23), S. 1225; *Christian Starck*, Über die Sicherung des verfassungsrechtlichen Sonntagsschutzes in der modernen Konsumwelt, in: Nach geltendem Verfassungsrecht. Festschrift für Udo Steiner zum 70. Geburtstag, hg. von Gerrit Manssen/Monika Jachmann/Christoph Gröpl, 2009, S. 808 (814).

⁴⁴ Dazu *Häberle*, Feiertagsgarantien (o. Fn. 22); *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 3.

⁴⁵ BVerfGE 125, 39 (82); *Richardi*, Grenzen industrieller Sonntagsarbeit (o. Fn. 25), S. 43 f., 58; *v. Campenhausen/Unruh*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 14), Art. 139 WRV, Rn. 4; *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 40), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 1; *Heinig*, Art. „Sonn- und Feiertage (Juristisch)“ (o. Fn. 13), Sp. 2168.

⁴⁶ BVerfGE 111, 10 (51) sowie 125, 39 (82); ferner *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 19), Art. 139 WRV, Rn. 10; *Heinig*, Art. „Sonn- und Feiertage (Juristisch)“ (o. Fn. 13), Sp. 2168.

⁴⁷ BVerfGE 125, 39 (82); *Peter Häberle*, Der Sonntag als Verfassungsprinzip, 2. Aufl. 2006, S. 65 f.; *v. Campenhausen/Unruh*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 14), Art. 139 WRV, Rn. 6; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 19), Art. 139 WRV, Rn. 10.

tenz zu finden vermag, enthebt die Verfassung die Einzelnen einer Rolle als bloße Funktionselemente im Arbeits- und Wirtschaftsprozess und nimmt sie in ihrer Personalität von Rechts wegen ernst.

- 13 Ihrem Schutzbereich nach kann und will die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Sonn- und Feiertage lediglich das öffentliche, sozusagen „äußerliche“ Erscheinungsbild solcher Tage erfassen, nicht aber deren *Gehalt* selbst. Bereits in der gewählten Formulierung („bleiben als Tage der Arbeitsruhe und seelischen Erhebung gesetzlich geschützt“) kommt zum Ausdruck, dass unmittelbare Schutzgüter nicht Arbeitsruhe und seelische Erhebung als solche sein sollen. Insofern ist auch keine rechtliche Einflussnahme auf die tatsächliche Gestaltung des privaten Lebensbereichs bezweckt.⁴⁸ Denn es gehört (abgesehen davon, dass ihm eine diesbezügliche Einwirkung ohnehin nicht möglich wäre) bereits dem Grunde nach nicht zu den Aufgaben des säkularen Verfassungsstaats, bestimmte Inhalte „seelischer Erhebung“ von Verfassungen wegen real durchsetzen zu wollen.⁴⁹ Der Verfassungsbegriff der „seelischen Erhebung“ enthält folglich schon aus Gründen der staatlichen Neutralität keine *spezifische* religiöse bzw. weltanschauliche Akzentuierung; vielmehr schafft der säkulare Verfassungsstaat hiermit nur einen äußeren Rahmen, der von den Einzelnen und den gesellschaftlichen Kräften auszufüllen ist.⁵⁰

2. Aufgabe und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

a) Staatliche Schutzpflicht

- 14 Mit der in Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV enthaltenen institutionellen Garantie gibt die Verfassung einen bestimmten Standard der rechtlichen Handhabung von Sonntagen und Feiertagen bindend vor, welchem eine diesbezügliche *Schutzverpflichtung der staatlichen Gewalt* korrespondiert.⁵¹ Durch den Verweis auf den „gesetzlichen“

⁴⁸ Zutreffend BVerwGE 79, 236 (240).

⁴⁹ Vgl. auch *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 29), Art. 140 GG, Rn. 134, dem zufolge der religiös und weltanschaulich neutrale Staat „keinen objektiven Maßstab zur Unterscheidung eines wahrhaft ‚erhebenden‘ gegenüber einem ‚erniedrigenden‘ Gebrauch des Sonn- und Feiertags“ kenne.

⁵⁰ Ebenso *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 29), Art. 140 GG, Rn. 134; ähnlich *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 6), Art. 140 GG/Art. 139 WRV, Rn. 25.

⁵¹ *Kästner*, Sonn- und Feiertage (o. Fn. 14), S. 471; *Hüberle*, Sonntag als Verfassungsprinzip (o. Fn. 47), S. 49; *Hollerbach*, Freiheit kirchlichen Wirkens

Schutz wird *keine Relativierung der verfassungsrechtlichen Garantie* im Sinne eines allgemeinen Gesetzesvorbehalts⁵² vorgenommen. Vielmehr bekräftigt diese Formulierung die Intention, sich nicht mit einer Absichtserklärung zu begnügen, sondern das *Prinzip einer wirksamen normativen Sicherung* der Sonntage und staatlich anerkannten Feiertage verfassungsrechtlich festzuschreiben. Dies trägt gleichzeitig der Tatsache Rechnung, dass eine pauschale Verfassungsregelung als solche in der komplexen gesellschaftlichen Lebenswirklichkeit keinen sachangemessenen und effizienten Sonn- und Feiertagsschutz bewirken könnte. Insofern bedarf es vielmehr der *Konkretisierung und Ausgestaltung durch differenzierte Regelungen*, die dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber obliegen.⁵³

b) Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und seine Grenzen

Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV räumt der Legislative *kein Er-* 15
missen bezüglich der Frage ein, ob Regelungen zu erlassen sind, welche der Gewährleistung des spezifischen Charakters von Sonntagen und staatlich anerkannten Feiertagen als Tagen der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung dienen.⁵⁴ Im Rahmen der normativen Konkretisierung dieses Schutzauftrages kommt dem Gesetzgeber einerseits ein *Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum*⁵⁵ zu; er hat sich dabei aber andererseits an der Verpflichtung zu orientieren, der Intention der verfassungsrechtlichen Regelung unter Berücksichtigung der tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen ihrer Realisierung soweit als möglich Rechnung zu tragen. Das Bundesverfassungsgericht hat die einschlägigen Konturen in seinem Grundsatzurteil vom 1.12.2009⁵⁶ in wünschenswerter Klarheit verdeutlicht; hiernach gilt: *Grundsätzlich hat die typische „werktagliche Geschäftig-*

(o. Fn. 22), Rn. 61. Von einem „Schutzauftrag“ sprechen BVerfGE 87, 363 (393); 125, 39 (77, 79, 83 ff.); Koriath, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 21.

⁵² So aber Karl-Georg Loritz, Möglichkeiten und Grenzen der Sonntagsarbeit, 1989, S. 37 f.

⁵³ BVerfGE 125, 39 (85).

⁵⁴ Ebenso Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 22.

⁵⁵ BVerfGE 125, 39 (78, 86, 88); ebenso für Art. 147 BayVerf. BayVerfGH, in: NVwZ-RR 2012, 537 (539). Aus der Literatur etwa Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 22.

⁵⁶ BVerfGE 125, 39 (85 ff.).

keit“ an Sonn- und Feiertagen zu ruhen.⁵⁷ Der verfassungsrechtlich garantierte Sonn- und Feiertagsschutz ist nur begrenzt einschränkbar. *Ausnahmen* von der Sonn- und Feiertagsruhe sind *nur zur Wahrung höher- oder gleichwertiger Rechtsgüter* möglich; hierbei muss der ausgestaltende Gesetzgeber ein hinreichendes Niveau des Sonn- und Feiertagsschutzes wahren. Der Gesetzgeber hat mit anderen Worten sowohl das Untermaß- als auch das Übermaßverbot zu beachten.⁵⁸ Erforderlich ist ein gesetzliches Schutzkonzept, das die Sonn- und Feiertagsruhe erkennbar als solche der Arbeitsruhe zur Regel erheben muss.⁵⁹ Ausnahmen wie etwa die Ladenöffnung an Sonntagen bedürfen eines dem Sonntagsschutz gerecht werdenden Sachgrundes; allein das wirtschaftliche *Umsatzinteresse* der Verkaufsstelleninhaber und das alltägliche *Erwerbsinteresse* potentieller Käufer reichen hierfür grundsätzlich nicht aus.

- 16 Die Garantie des rechtlichen Schutzes von Sonn- und Feiertagen fügt sich ein in den Rahmen sonstiger grundgesetzlicher Strukturentscheidungen für die Ordnung des Gemeinwesens. Es versteht sich deshalb, dass sie weder die Statuierung eines *absoluten* Prinzips der Sonn- und Feiertagsruhe noch eine statische rechtliche Bezugnahme auf die *traditionelle Ausgestaltung* der Sonntage und bestimmter Feiertage intendiert. Vielmehr lässt sie durchaus Raum für sachdienliche Anpassungen der rechtlichen Behandlung der Sonn- und Feiertage an die jeweiligen Existenzbedingungen eines hochindustrialisierten Staats. Dies kann im Übrigen bereits dem Wortlaut der Verfassung („bleiben ... gesetzlich geschützt“) entnommen werden. Denn bereits vor 1919 waren gesetzlich mancherlei – jeweils an bestimmte Voraussetzungen geknüpfte – Ausnahmen vom allgemeinen sonntäg-

⁵⁷ So auch bereits vorher BVerfGE 111, 10 (51). Ebenso *Ger mann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 29), Art. 140 GG, Rn. 139.

⁵⁸ *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 40), Art. 140 GG/Art. 139 WRV, Rn. 1; *Kor ioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 6), Art. 140 GG/Art. 139 WRV, Rn. 28 f.; *Markus Möstl*, Öffnung von Videotheken und Autowaschanlagen an Sonntagen? – Der Schutz des Sonntags angesichts gewandelter Freizeitinteressen und einer angespannten Wirtschaftslage, in: GewArch 2006, S. 9 (11 f.); ferner SächsVerfGH, in: LKV 2012, S. 309 (310). – Zum Untermaßverbot grundlegend BVerfGE 88, 203 (254); aus grundrechtlicher Sicht *Christian Calliess*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag, hg. von Rainer Grote/Ines Härtel/Karl-Eberhard Hain, 2007, S. 201 ff.

⁵⁹ *Heinig*, Art. „Sonn- und Feiertage (Juristisch)“ (o. Fn. 13), Sp. 2168: „Regel-Ausnahme-Verhältnis von Ruhe und Arbeit“.

lichen Arbeitsverbot vorgesehen;⁶⁰ in der Formulierung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV hat die Verfassung solche *Möglichkeiten der Differenzierung* vorausgesetzt⁶¹. Allerdings ist die vergangenheitsbezogene Wendung in Art. 139 WRV („bleiben ... geschützt“) nicht in dem Sinne zu verstehen, dass eine bestimmte historische rechtliche Gestaltung schlicht konserviert werden soll; vielmehr ist der konkrete Schutzzumfang des Art. 139 WRV *gegenwartsbezogen* nach Sinn und Zweck der Regelung zu bestimmen.

Die Verfassung verweist den Gesetzgeber in gewissem Sinne insofern auf die gesellschaftliche Realität, als sie von „staatlich anerkannten“ Feiertagen spricht und damit von vornherein darauf verzichtet, dem Staat die Aufgabe der *Festlegung religiöser bzw. weltanschaulicher Feiertage* zuzuweisen. Aus gutem Grund – denn dem säkularen Gemeinwesen fehlt die Sachkompetenz, religiös bzw. weltanschaulich qualifizierte Feiertage selbst anzuordnen oder deren Bedeutsamkeit unter theologischen Aspekten u. s. w. zu beurteilen. Eine solche Festlegung obliegt vielmehr ausschließlich den betreffenden Religionsgemeinschaften selbst nach Maßgabe ihres religiösen Selbstbestimmungsrechts (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV). Der Staat kann lediglich auf einschlägige Feiertage, die er vorfindet, Bezug nehmen und den feiertagsrechtlichen Status konkretisieren, den er ihnen einräumt.⁶²

17

⁶⁰ Vor allem §§ 105a ff. GewO (durch Art. 5 Nr. 1 des Gesetzes zur Vereinheitlichung und Flexibilisierung des Arbeitszeitrechts vom 6. 6. 1994 [BGBl. I S. 1170] mit Wirkung vom 1. 7. 1994 aufgehoben).

⁶¹ Ebenso *Däubler*, Sonntagsarbeit (o. Fn. 30), S. 5; *Pahlke*, Sonn- und Feiertagsschutz (o. Fn. 1), S. 66.

⁶² Problematisch erscheint insofern die Rechtslage in Baden-Württemberg: Dort wird in § 2 FtG BW in Form einer konkreten Aufzählung normiert, welches die kirchlichen bzw. religiösen Feiertage seien („Kirchliche Feiertage sind: ...“ – Hierbei handelt es sich nicht um eine Aufzählung derjenigen kirchlichen Feiertage, die zu den *gesetzlichen* Feiertagen zählen; dazu § 1 FtG). Dies mag gesetzestechisch durchaus sachdienlich erscheinen, da sodann auf die erwähnte Aufzählung ausdrücklich Bezug genommen wird (§ 4 FtG BW) und hieran bestimmte Rechtsfolgen geknüpft sind (§§ 4, 9 sowie 13 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c FtG BW). Gleichwohl ist diese Handhabung im geltenden religionsverfassungsrechtlichen System *missverständlich*, weil sie den Anschein erweckt, als nehme der staatliche Gesetzgeber kirchliche Funktionen wahr. Die erwähnte Vorschrift wäre deshalb tunlichst mit dem stillschweigenden Zusatz „im Sinne dieses Gesetzes“ zu lesen. Vgl. demgegenüber ausdrücklich § 3 Abs. 1 Thür. FtG: „Religiöse Feiertage im Sinne dieses Gesetzes sind ...“; noch klarer die Wendung, die in Bayern im Blick auf Feiertage der jüdischen Kultusgemeinden gewählt wurde: „Als israelitische Feiertage werden nach Maßgabe der Absätze 2 bis 5 *geschützt*: ...“ (Art. 6 Abs. 1 FtG Bayern).

18 Über die Frage, welche Feiertage staatlich anerkannt werden bzw. welche Qualität ihnen feiertagsrechtlich zugestanden wird, entscheidet der zuständige Gesetzgeber im Rahmen seines legislatorischen Spielraums. Hiernach ist er nicht gehindert, im *Wandel der gesellschaftlichen Anschauungen und Bedürfnisse* weiteren bislang nicht staatlich anerkannten Feiertagen eine solche Qualität zuzuerkennen. Ebenso besteht kein prinzipielles verfassungsrechtliches Hindernis, einzelnen Feiertagen die bisher gewährte Anerkennung zu entziehen, soweit hierfür sachliche Gründe bestehen.⁶³ Zu den relevanten Kriterien gehört dabei auch die tatsächliche *inhaltliche Konsistenz* der betreffenden Feiertage. Soweit beispielsweise vormals christlich motivierte Feiertage in der Bevölkerung ganz überwiegend nur noch unter reinen Freizeitgesichtspunkten gewertet und begangen werden, kann es dem Gesetzgeber nicht verwehrt sein, ihnen nach Maßgabe seiner Prioritäten hinfort die staatliche Anerkennung zu versagen.⁶⁴ Von Verfassungen wegen gibt es dabei keinen absolut geschützten Feiertag.⁶⁵ Andererseits geht die verfassungsrechtliche Regelung, indem sie auf den vorhandenen Bestand an Feiertagen Bezug nimmt, jedenfalls davon aus, dass die gesellschaftlich als besonders bedeutsam betrachteten Feiertage durch staatliche Anerkennung real geschützt werden. Dem entspricht es angesichts der noch vorhandenen konfessionellen Gegebenheiten, dass gegenwärtig die wesentlichen *Feiertage der Kirchen* in der Bundesrepublik Deutschland gesetzlich anerkannt sind.

19 Über die in Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV ausdrücklich normierte Zwecksetzung hinaus ist der Gesetzgeber in der Wahl seiner Motive bei der Ausgestaltung des Feiertagsrechts dem Grunde nach nicht eingeschränkt; er hat allerdings einschlägige Vorgaben zu beachten, die gegebenenfalls in Landesverfassungen statuiert sind. Auf jeden Fall setzt die institutionelle Garantie dem Grunde nach nicht nur die *Aufrechterhaltung einer nennenswerten Anzahl staatlich anerkannter Feiertage* voraus,⁶⁶ sondern auch einen angemessenen

⁶³ *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 6), Art. 140 GG/Art. 139 WRV, Rn. 40 f. – Zur „Streichung“ des Buß- und Bettages BVerfG, in: NJW 1995, S. 3378 (3379); zur Berücksichtigung einer geänderten sozialen Wirklichkeit durch den ausgestaltenden Gesetzgeber BVerfGE 111, 10 (51).

⁶⁴ Insofern ist *Ludwig Renck*, Bestandsschutz für kirchliche Feiertage?, in: NVwZ 1993, S. 648 (649, 650), dem Grunde nach zuzustimmen.

⁶⁵ BVerfG, in: NJW 1995, S. 3378 (3379): Keine „Bestandsgarantie für einen konkreten Feiertag oder eine bestimmte Anzahl derselben“.

⁶⁶ BVerfG, in: NJW 1995, S. 3378 (3379); *Häberle*, Feiertagsgarantien (o. Fn. 22), S. 21 mit Fn. 30; *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 29), Art. 140 GG, Rn. 139; *Hollerbach*, Freiheit kirchlichen Wirkens (o. Fn. 22), Rn. 62;

*Schutz dieser Tage*⁶⁷. Damit wären ein absoluter feiertagsrechtlicher „Kahlschlag“ oder die Aufhebung staatlicher Anerkennung bei einer größeren Anzahl von Feiertagen ohne hinreichende sachliche Rechtfertigung bzw. Kompensation nicht vereinbar. Im Sinne einer erforderlichen (aber fehlenden) Plausibilisierung hat das Bundesverfassungsgericht denn auch im Kontext des Sonntagsschutzes in der Entscheidung zum Berliner Ladenöffnungsgesetz in der voraussetzungslosen *Zulassung der Ladenöffnung an sämtlichen Adventssonntagen* von 13.00 bis 20.00 Uhr einen Verstoß gegen Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV gesehen.⁶⁸ Hieran wird zugleich deutlich, dass Gefahren für den Sonn- und Feiertagsschutz nicht primär von einzelnen, möglicherweise für sich begründeten Ausnahmen drohen, sondern in erster Linie von der *Kumulation der insgesamt bestehenden Ausnahmen*.⁶⁹

Selbstverständlich können von Rechts wegen auch *volkswirtschaftliche Konsequenzen* der staatlichen Anerkennung von Feiertagen in die Betrachtung einbezogen werden;⁷⁰ doch darf dabei die *religions- und sozialpolitische Intention der Feiertagsschutzgarantie* nicht außer Betracht bleiben. Bei der Entscheidung über die staatliche Anerkennung kirchlicher Feiertage bzw. ihren Fortbestand hat der Gesetzgeber deshalb in jedem Fall deren gesellschaftliche Relevanz unter Berücksichtigung der religiösen Bedeutung, die ihnen jeweils nach Auffassung der betroffenen Religionsgemeinschaft(en) zukommt, zu ermitteln; nur im Lichte dieses Befundes erfolgt eine staatliche Anerkennung oder umgekehrt auch deren Entziehung im

20

Heinig, Art. „Sonn- und Feiertage (Juristisch)“ (o. Fn. 13), Sp. 2169; Klopfer, Einrichtungsgarantien (o. Fn. 22), Rn. 62; Morlok, in: Dreier (o. Fn. 19), Art. 139 WRV, Rn. 13; Muckel, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 22), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 10.

⁶⁷ Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 40), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 2.

⁶⁸ BVerfGE 125, 39 (95 f.). – Demgegenüber wurde § 8 Abs. 1 Sächs. Ladenöffnungsgesetz, wonach die Gemeinden ermächtigt werden, die Öffnung von Verkaufsstellen im Gemeindegebiet aus besonderem Anlass an jährlich bis zu vier Sonntagen durch Rechtsverordnung zu gestatten, vom SächsVerfGH für mit der Sächsischen Verfassung vereinbar erklärt (SächsVerfGH, in: LKV 2012, S. 309 ff.), da nach dieser Regelung maximal zwei aufeinanderfolgende verkaufsoffene Sonntage zulässig sind, denen wiederum mindestens zwei nicht verkaufsoffene Sonntage vorangehen und nachfolgen müssen.

⁶⁹ Ebenso Rüfner, Die institutionelle Garantie (o. Fn. 22), S. 450.

⁷⁰ Ebenso v. Campenhausen / Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 14), Art. 139 WRV, Rn. 40.

Einklang mit der verfassungsrechtlich vorgegebenen Wertung.⁷¹ Im Rahmen der Instrumentalisierung des Feiertagsrechts zur Erzielung volkswirtschaftlicher finanzieller Entlastungseffekte nach der Einführung der ersten Stufe der Pflegeversicherung (*Streichung des Buß- und Bettags* aus der Liste der anerkannten Feiertage) durch die meisten Bundesländer war dies leider nicht der Fall.⁷²

3. Der feiertagsrechtliche Schutz religiöser Belange

a) Religiöse Bezüge des Rechts der Sonn- und Feiertage und Prinzip der staatlichen Säkularität

- 21 Als Konkretisierung der „seelischen Erhebung“ an Sonn- und Feiertagen werden (neben weltanschaulich-ethischen) vor allem religiöse Anliegen, soweit sie sich auf solche Tage beziehen, ausdrücklich von der Intention des Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV erfasst.⁷³ In diesem Zusammenhang sind die religionspolitischen Aspekte tatbestandlich den sozialpolitischen Motiven gleichgeordnet.⁷⁴ Allerdings statuiert das *Prinzip der staatlichen Säkularität* von vornherein eine grundsätzliche verfassungsimmanente Begrenzung im Blick auf die Konkretisierung der religiösen bzw. weltanschaulichen Bezüge von Sonn- und Feiertagen.⁷⁵ Dem Staat ist insofern jegliche inhaltliche Einflussnahme auf die „seelische Erhebung“ der Bevölkerung versagt. Er darf gesellschaftliche Befunde bzw. Bedürfnisse im Recht aufgreifen, jedoch nicht den (ohnehin untauglichen) Versuch unternehmen, das säkularisierte Gemeinwesen im Sinne eines aktualisierten *ius reformandi* in spezifischer Hinsicht religiös oder weltanschaulich zu prägen. Demgemäß stellt die Verfassung im Blick auf die Sonn- und Feiertage lediglich einen Rahmen zur Verfügung, der eine

⁷¹ Hierzu auch Karl-Hermann Kästner, Die „zweiten“ Feiertage als politische Manövriermasse?, in: NVwZ 1993, S. 148 ff.

⁷² Dazu näher Karl-Hermann Kästner, Zur Verfassungsmäßigkeit feiertagsrechtlicher Konsequenzen der Einführung der Pflegeversicherung, in: ZevKR 41 (1996), S. 272 ff. – Das Bundesverfassungsgericht hat in der „Streichung“ des Buß- und Bettags allerdings weder einen Verstoß gegen Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV noch einen solchen gegen Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gesehen (BVerfG, in: NJW 1995, S. 3378 [3379]).

⁷³ Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 1.

⁷⁴ Koriath, ebd., Rn. 1; anders wohl noch Hans-Wolfgang Strätz, Sonn- und Feiertage, in: HSKR¹, S. 801 (809 f.).

⁷⁵ So auch BVerfGE 125, 39 (85 f.); Germann, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 29), Art. 140 GG, Rn. 134.

in religiöser bzw. weltanschaulicher Weise qualifizierte Begehung solcher Tage *ermöglicht*. Die inhaltliche Ausfüllung dieses Freiraumes obliegt dem Einzelnen und den gesellschaftlichen Kräften, die sich hierzu berufen fühlen. Insofern ist es Sache der Religionsgemeinschaften und der Gläubigen, der offenkundig zunehmenden Säkularisierung, Verflachung und Sinnentleerung der Sonntage und kirchlichen Feiertage im Bewusstsein weiter Teile der Bevölkerung entgegenzuwirken.

*b) Neutralität und Parität im feiertagsrechtlichen Schutz
religiöser Belange*

Die Verfassungsprinzipien der *Parität* sowie der religiösen und weltanschaulichen *Neutralität des Staats* sind wie in anderen Rechtsbereichen auch im Feiertagsrecht zu beachten.⁷⁶ Sachlich begründete Differenzierungen zwischen den Religionsgemeinschaften schließt dies freilich nicht aus. Der Neutralitätsgrundsatz gilt dabei nicht im Sinne eines kategorischen Prinzips, sondern nur nach Maßgabe seiner konkreten verfassungsrechtlichen Ausformung.⁷⁷ Insofern wirkt im feiertagsrechtlichen Kontext modifizierend und in gewissem Sinne auch relativierend vor allem die christlich geprägte deutsche *Kulturtradition*. Die säkulare Verfassungsordnung des Grundgesetzes bekennt sich zu dieser Tradition, aus der sie hervorgegangen ist.⁷⁸ Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV schreibt als wöchentlichen Tag der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung den *Sonntag* vor und gestaltet insofern den verfassungsrechtlich festgeschriebenen Wochenrhythmus ausdrücklich der christlichen Tradition entsprechend.⁷⁹ Hierin liegt kein Verstoß gegen die Grundsätze der Neutralität und Parität; diese Grundsätze gelten vielmehr von vornherein nur in der u. a. durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV ausgeformten Gestalt.⁸⁰ Dies hat auch das Bundesverfassungsgericht inzwischen

22

⁷⁶ v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 2), S. 329 ff.

⁷⁷ Zum religionsrechtlichen Grundsatz der Neutralität m.w.N. Kästner, in: BK (o. Fn. 21), Art. 140, Rn. 121 ff.; grundlegend Klaus Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip: Vornehmlich im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht, 1972.

⁷⁸ Schlaich, ebd., S. 214.

⁷⁹ BVerfGE 125, 39 (84).

⁸⁰ Ähnlich v. Campenhausen / Unruh, in: v.Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 14), Art. 139 WRV, Rn. 6 („verfassungsunmittelbar legitimierte Abweichung“); Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 139 WRV,

klargestellt.⁸¹ Auch soweit es nicht um die Sonntage, sondern um die religiösen Feiertage und deren gesetzliche Anerkennung bzw. Qualifizierung im Recht der Bundesländer geht, ist die rechtliche Relevanz der traditionellen religiösen Struktur der deutschen Bevölkerung unübersehbar.⁸²

- 23 Im Bedarfsfall ist der feiertagsrechtliche Begriff der „kirchlichen Feiertage“ auch auf *Feiertage von Weltanschauungsgemeinschaften* zu beziehen, da Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 7 WRV im Blick auf sämtliche Regelungen der durch Art. 140 GG inkorporierten Artikel der Weimarer Reichsverfassung eine rechtliche Gleichstellung der Weltanschauungsgemeinschaften mit den Religionsgesellschaften statuiert.⁸³ Eine solche Gleichbehandlung ist mithin auch im Kontext des Art. 139 WRV geboten. Einschlägige Normen der Feiertagsgesetze (FtG) wären insoweit verfassungskonform auszulegen,⁸⁴ sofern ihre Erstreckung auf Weltanschauungsgemeinschaften tatbestandlich in Betracht kommt.

c) Anerkennung weiterer (insbesondere nicht-christlicher) Feiertage

- 24 Allerdings sind hiermit angesichts der auch in religiöser Hinsicht vorhandenen gesellschaftlichen Pluralität unausweichlich Spannungslagen verbunden, die sich aus dem Bedürfnis nicht-christlicher

Rn. 1 („Durchbrechung des Grundsatzes der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates“).

⁸¹ BVerfGE 125, 39 (84): „[...] die Verfassung selbst unterstellt den Sonntag und die Feiertage, soweit sie staatlich anerkannt sind, einem besonderen staatlichen Schutzauftrag und nimmt damit eine Wertung vor, die auch in der christlich-abendländischen Tradition wurzelt und kalendarisch an diese anknüpft. Wenn dies den christlichen Religionsgemeinschaften einen grundrechtsverankerten Mindestschutz der Sonntage und ihrer staatlich anerkannten Feiertage vermittelt, so ist dies in der Wertentscheidung des Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV angelegt.“

⁸² So ausdrücklich Art. 3 Abs. 1 Verf. BW: „Die Sonntage und die staatlich anerkannten Feiertage stehen als Tage der Arbeitsruhe und der Erhebung unter Rechtsschutz. Die staatlich anerkannten Feiertage werden durch Gesetz bestimmt. *Hierbei ist die christliche Überlieferung zu wahren.*“ (Hervorhebung nicht im Verfassungstext). Vgl. ferner Art. 14 Abs. 2 Verf. Bbg.: „Die mit Sonn- und Feiertagen verbundenen Traditionen sind zu achten.“

⁸³ Dazu Kästner, in: BK (o. Fn. 21), Art. 140, Rn. 563 f.

⁸⁴ Partiiell nehmen § 2 FtG i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 2 Feiertagsschutzverordnung Hamburg diese Rechtslage auf, indem dort *Feierstunden von Weltanschauungsgemeinschaften* Gottesdiensten und anderen religiösen Veranstaltungen gleichgestellt werden.

Religionsgemeinschaften bzw. ihrer Gläubigen ergeben, bestimmte Tage aus religiösen Motiven qualifiziert zu begehen.⁸⁵ Vom geltenden Verfassungsrecht wird ein solches Anliegen nicht ausdrücklich aufgenommen. De lege ferenda steht es im Ermessen des Gesetzgebers, weitere Feiertage anzuerkennen,⁸⁶ wobei freilich etwaige Auswirkungen auf das Wirtschaftsleben und auf die Rechte der hieran Beteiligten wie ansonsten im Feiertagsrecht auch zu beachten sind. Allgemein ist das Problem nicht zu übersehen, dass mit zunehmender Berücksichtigung einschlägiger – im Ansatz zweifellos legitimer – Wünsche auch religiöser Minderheiten die Anzahl der anerkannten Feiertage überproportional zunehmen könnte.⁸⁷ Dies legt es nahe, einschlägige Konflikte primär beim *Grundrecht auf Religionsfreiheit* und seinen Grenzen zu verorten und sie auf dieser Ebene *im Einzelfall* einer angemessenen Lösung zuzuführen.⁸⁸

⁸⁵ Zur Frage islamischer Feiertage in Deutschland *Frank Stollmann*, Islamische Feiertage in Deutschland – Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen kultureller Vielfalt, in: NVwZ 2005, S. 1394 ff.; *ders.*, Sonn- und Feiertagschutz (o. Fn. 14), S. 149 ff.; *Jan Heinemann*, Grundgesetzliche Vorgaben bei der staatlichen Anerkennung von Feiertagen, 2004, S. 183 ff.

⁸⁶ Ebenso *v. Campenhausen / Unruh*, in: von Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 14), Art. 139 WRV, Rn. 26; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 19), Art. 139 WRV, Rn. 15, der weitergehend allerdings eine „gewisse religiöse Repräsentativität der Bevölkerung in der Anerkennung von Feiertagen“ verlangt.

⁸⁷ Zu pauschal betrachtet die insoweit bestehende durchaus komplexe Aufgabe des Gesetzgebers, unterschiedlichen (rechtlich geschützten) Interessen Rechnung zu tragen, und den damit verbundenen gesetzgeberischen Spielraum wohl *Germann*, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 29), Art. 140 GG, Rn. 138, dem zufolge „eine Diskriminierung, die kulturell und sozial relevante Feiertage systematisch nach konfessionellen, sonst religiösen oder weltanschaulichen Kriterien vom Feiertagsschutz ausschliesse“, mit Art. 139 WRV nicht vereinbar wäre; hier erscheint unklar, wo die Grenze zwischen zulässiger Nichtberücksichtigung von Feiertagen religiöser Minderheiten einerseits und einer unzulässigen Diskriminierung andererseits zu ziehen wäre.

⁸⁸ *Kästner*, Sonn- und Feiertage (o. Fn. 14), S. 469; BSG, in: NJW 1981, S. 1526 (1527); ähnlich *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 40), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 7; *Heinig*, Art. „Sonn- und Feiertage (Juristisch)“ (o. Fn. 13), Sp. 2169; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 19), Art. 139 WRV, Rn. 14. – Für eine verfassungsrechtliche *Pflicht zur Einführung nicht-christlicher Feiertage* demgegenüber *Classen*, Anmerkung (o. Fn. 11), S. 146.

4. Sonn- und Feiertagsschutz im Kontext der Gesamtverfassung

25 Der Parlamentarische Rat hat in Gestalt der Inkorporation von Art. 139 WRV durch Art. 140 GG die bereits in der Weimarer Reichsverfassung enthaltene Einordnung des Sonn- und Feiertagsschutzes unter die religionsverfassungsrechtlichen Bestimmungen beibehalten. Angesichts ihrer auch religionspolitischen Intention ist es berechtigt, der verfassungsrechtlichen Gewährleistung von Sonn- und Feiertagen einen *Komplementärcharakter zum Grundrecht auf Religionsfreiheit sowie zur Garantie des religiösen Selbstbestimmungsrechts* zu attestieren⁸⁹ und sie auch materiell als *Bestandteil des geltenden Religionsverfassungsrechts* zu qualifizieren. Freilich verfolgt Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV, wie bereits gesagt, über die religionsbezogenen Motive hinaus auch noch weitere Zwecke, insbesondere sozialpolitischer Art.⁹⁰ Die Vorschrift ist insofern als selbständige verfassungsgewährleistende Regelung vom eigentlichen Regelungszusammenhang des Religionsverfassungsrechts unabhängig.⁹¹

26 Als regulärer Bestandteil des Grundgesetzes ist die Verfassungsgarantie des Sonn- und Feiertagsschutzes im *Gesamtzusammenhang der Verfassung* in ihrer Tragweite zu entfalten. Dies gilt insbesondere für die gegenseitige Zuordnung zwischen Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV einerseits und individuellen grundrechtlich geschützten Positionen andererseits. Betroffen sind hier neben Art. 2 Abs. 1 GG⁹² vor allem Art. 4 Abs. 1 und 2 (auch soweit es um religiöse Belange geht, die im geltenden Feiertagsrecht nicht berücksichtigt sind), Art. 5

⁸⁹ BVerfGE 125, 39 (80): Sonn- und Feiertagsschutz als „Konnexgarantie zu verschiedenen Grundrechten“; ferner ebd., S. 80: „Grundrechtsvoraussetzungsschutz“. Ebenso SächsVerfGH, in: LKV 2012, S. 309 (310).

⁹⁰ Hollerbach, Freiheit kirchlichen Wirkens (o. Fn. 22), Rn. 61.

⁹¹ Die Verfassungen der „alten“ Bundesländer verfahren in der systematischen Einordnung der Sonn- und Feiertagsgarantien unterschiedlich; dazu Häberle, Feiertagsgarantien (o. Fn. 22), S. 20 ff. – Art. 32 Abs. 5 Verf. LSA, Art. 9 Abs. 1 Verf. MV und Art. 109 Abs. 4 Verf. Sachsen gehen im Verweis auf die inkorporierten Normen der WRV von einem *religionsverfassungsrechtlichen* Charakter des Schutzes der Sonn- und Feiertage aus.

⁹² Ein in der Bevölkerung vorhandenes Bedürfnis nach Mobilität, Aktivität und Unterhaltung in der Freizeit muss angemessen berücksichtigt werden; Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV oktroyiert keineswegs ein „Regime kollektiver Langeweile“, wie Pahlke, Feiertagsrechtliche Grenzen (o. Fn. 19), S. 77, in Anlehnung an Dirksen, Feiertagsrecht (o. Fn. 13), S. 32, treffend bemerkt; ebenso v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 2), S. 328.

Abs. 1 S. 2 und Abs. 3, Art. 8⁹³, Art. 12⁹⁴ und Art. 14 GG. Spannungslagen sind – wie in anderen Sachbereichen verfassungsrechtlicher Regelung auch – nach dem *Prinzip der praktischen Konkordanz* aufzulösen. Diese Aufgabe⁹⁵ obliegt zunächst dem Gesetzgeber; er muss den Schutz der Sonn- und Feiertage als „verfassungsgesetzlich vorgeschriebenes Regelungselement [...] im Rahmen der ihm zukommenden Gesetzgebungsmacht mit den anderen für den zu regelnden Lebensbereich bedeutsamen Regelungselementen zum Ausgleich bringen und damit im Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Ordnung durch eine eigenständige gesetzgeberische Entscheidung konkretisieren“⁹⁶. Dies ist de lege lata auf Bundesebene insbesondere durch den Erlass des Gesetzes über den Ladenschluß⁹⁷ und des Arbeitszeitgesetzes⁹⁸ sowie durch § 55e GewO⁹⁹ und § 30 Abs. 3 und 4 StVO¹⁰⁰ geschehen, auf Landesebene durch den Erlass der Sonn- und Feiertagsgesetze¹⁰¹ und der Ladenöffnungsgesetze¹⁰². Exekutive und Judikative haben etwaige Konfliktlagen im Einzelfall einer verfassungsgemäßen Lösung zuzuführen, wobei Art. 20 Abs. 3 GG sie auf eine Beachtung von Buchstaben und Geist der normativen Vorgaben verpflichtet.

Die einschlägigen Grundsätze hat das Bundesverfassungsgericht in wünschenswerter Deutlichkeit bekräftigt:¹⁰³ Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV statuiert ein *Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten des*

27

⁹³ Dazu Nina Arndt / Michael Droege, Versammlungsfreiheit versus Sonn- und Feiertagsschutz?, in: NVwZ 2003, S. 906 ff.

⁹⁴ Dazu BVerfGE 111, 10 (49 ff.).

⁹⁵ Vgl. dazu v. Campenhausen / Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 14), Art. 139 WRV, Rn. 33; Mattner, Sonn- und Feiertagsrecht (o. Fn. 13), S. 49 f., 53 ff., 56 ff.

⁹⁶ BVerfGE 79, 118 (123).

⁹⁷ Dazu o. Fn. 9.

⁹⁸ Arbeitszeitgesetz vom 6. 6. 1994 (BGBl. I S. 1170, 1171), zuletzt geändert durch G vom 21. 7. 2012 (BGBl. I S. 1583); hier insbes. §§ 9 ff.

⁹⁹ Sonn- und Feiertagsruhe für das Reisegewerbe.

¹⁰⁰ Fahrverbot für Lastkraftwagen an Sonn- und Feiertagen.

¹⁰¹ Dazu unten V. 1.

¹⁰² Dazu o. Fn. 8.

¹⁰³ BVerfGE 125, 39 (85 ff.). Diese Vorgaben wurden von Verwaltungsgerichten aufgegriffen: SächsOVG, in: LKV 2011, S. 85 (87 f.); OVG RP, in: NVwZ-RR 2012, S. 228 (230 f.); BayVGh, in: BayVbl. 2012, S. 276 (277 f.); VGh BW, U. v. 15. 8. 2011 – 9 S 989/09, Rn. 28 ff. (Juris). Ebenso die landesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung: BayVerfGH, in: NVwZ-RR 2012, S. 537 (539); SächsVerfGH, in: LKV 2012, S. 309 (312).

Sonn- und Feiertagsschutzes,¹⁰⁴ das sich auf die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers begrenzend auswirkt. Der verfassungsrechtliche Schutzauftrag an den Gesetzgeber geht dahin, dafür Sorge zu tragen, dass die typische „werk tägliche Geschäftigkeit“ an Sonn- und Feiertagen ruht. Ausnahmen von der Sonn- und Feiertagsruhe zur Wahrung höher- oder gleichwertiger Rechtsgüter müssen hinreichend begründet werden und als solche für die Öffentlichkeit erkennbar bleiben; sie dürfen nicht auf eine weitgehende Gleichstellung der Sonn- und feiertäglichen Verhältnisse mit den Werktagen und ihrer Betriebsamkeit hinauslaufen. *Individuelle Beschränkungen* bzw. *materielle Einbußen*, die mit dem verfassungsrechtlichen Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten des Sonn- und Feiertagsschutzes verbunden sind, werden vom Grundgesetz nach alledem von vornherein in Kauf genommen – unbeschadet der durchaus bestehenden Möglichkeit des Gesetzgebers, unter Beachtung der in Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV normierten prinzipiellen Vorgabe durch die Statuierung von *Ausnahmemöglichkeiten im Einzelfall* unangemessene Konsequenzen zu vermeiden bzw. abzuschwächen.

- 28 Die Regelung in Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV zieht somit – soweit es um den Bereich der Öffentlichkeit geht – der individuellen Entfaltung an Sonn- und Feiertagen und der Erfüllung diesbezüglicher Bedürfnisse von vornherein Grenzen. Andererseits versteht es sich von selbst, dass an Sonn- und Feiertagen auch Veranstaltungen möglich sein müssen, welche nicht der seelischen Erhebung dienen.¹⁰⁵ Insgesamt ginge es indes fehl, grundrechtlichen Entfaltungsinteressen gegenüber der Gewährleistung des Sonn- und Feiertagsschutzes prinzipiell höhere Dignität einzuräumen.¹⁰⁶ Insbesondere ist im Hinblick auf das *Grundrecht der Berufsfreiheit* nach Art. 12 Abs. 1 GG ein grundsätzliches Verbot der Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen als *Berufsausübungsregelung* mit dem Grundgesetz vereinbar.¹⁰⁷ Hinsichtlich der ausnahmsweisen Zulassung von Arbeit an Sonn-

¹⁰⁴ BVerfGE 125, 39 (85, 87, 88, 90, 95, 103); vorher BVerfGE 111, 10 (53). Ebenso *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 19), Art. 139 WRV, Rn. 29. Für die landesverfassungsrechtlichen Garantien BayVerfGH, in: NVwZ-RR 2012, 537 (539); SächsVerfGH, in: LKV 2012, S. 309 (310); OVG RP, in: NVwZ-RR 2012, S. 228 (230).

¹⁰⁵ BVerwG, in: NJW 1982, S. 899 f.

¹⁰⁶ Vgl. zum Gleichheitsgrundsatz BVerwG, in: NJW 1982, S. 899 f., zur Eigentumsgarantie BVerwGE 79, 236 (243); BayVerfGH = KirchE 10, 245 (250).

¹⁰⁷ BVerfGE 111, 10 (50, 52); darauf Bezug nehmend BVerfGE 125, 39 (87). Ebenso *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 40), Art. 140 GG/Art. 139 WRV, Rn. 3; *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 22), Art. 140 GG/Art. 139 WRV, Rn. 17.

und Feiertagen kann sich der Gesetzgeber dabei an den traditionell anerkannten Fallgruppen der *Arbeit trotz des Sonntags* und der *Arbeit für den Sonntag* orientieren¹⁰⁸ – was ihn allerdings nicht davon entbindet, das geschilderte Regel-Ausnahme-Verhältnis zu beachten und „ein hinreichendes Niveau des Sonn- und Feiertagsschutzes“ zu gewährleisten¹⁰⁹.

5. Verfassungsrecht der Bundesländer

Auch die meisten Verfassungen der Bundesländer gewährleisten ausdrücklich einen gesetzlichen Schutz von Sonn- und Feiertagen. Lediglich die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, die Niedersächsische Verfassung sowie die Verfassung des Landes Schleswig-Holstein¹¹⁰ verzichten auf eine diesbezügliche Regelung; insoweit hat es ohne weiteres bei der im Grundgesetz enthaltenen Normierung sein Bewenden. Dies gilt der Sache nach gleichermaßen für die Länder Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen und Sachsen-Anhalt, die in ihren Verfassungen jeweils ausdrücklich auf Art. 139 WRV Bezug nehmen¹¹¹, sowie – erst recht – für Thüringen, das die in

29

¹⁰⁸ BVerfGE 125, 39 (86 f.); andeutungsweise bereits BVerfGE 111, 10 (51 f.); ebenso Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 40), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 8, 10; Morlok, in: Dreier (o. Fn. 19), Art. 139 WRV, Rn. 27 ff.; Muckel, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 22), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 18 ff. („grobe Kategorien“). Das Bundesverfassungsgericht rechnet zu den (zulässigen) *Arbeiten trotz des Sonntags* Betätigungen, „die aus gesellschaftlichen oder technischen Gründen notwendig sind“, etwa die Arbeit bei Rettungsdiensten, Feuerwehr, Polizei, in der medizinischen Versorgung, für die „Aufrechterhaltung der Infrastruktur“ (Energieversorgung sowie „Sicherung der Mobilität“) und die „vielfältigen Notdienste der unterschiedlichen Branchen und die Ausnahmen im industriellen Bereich aus produktionstechnischen Gründen“ (BVerfGE 125, 39 [86]); *Arbeit für den Sonntag* versteht das Gericht als Tätigkeit, „die etwa in der Hotel- und Gastronomiebranche und im Bereich der Sicherstellung der Mobilität des Einzelnen dazu dient, den Bürgern eine individuelle Gestaltung ihres Tages der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung zu ermöglichen“ (BVerfGE 125, 39 [87]). Weitergehend für eine *Privilegierung freizeitgestaltenden Verhaltens Koriath*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 31.

¹⁰⁹ BVerfGE 125, 39 (87); 111, 10 (51 f.).

¹¹⁰ Allerdings setzt Art. 4 Abs. 2 Verf. SH das Vorhandensein von Sonn- und Feiertagen ausdrücklich voraus, wenn dort geregelt ist, es fänden „Wahlen und Abstimmungen [...] an einem Sonntag oder öffentlichen Ruhetag statt“.

¹¹¹ Art. 9 Abs. 1 Verf. MV; Art. 109 Abs. 4 Verf. Sachsen; Art. 32 Abs. 5 Verf. LSA.

Art. 140 GG getroffene Regelung zum Bestandteil seiner Verfassung erklärt hat¹¹².

- 30 Bereits vom Wortlaut her stimmen im Wesentlichen mit dem Bundesverfassungsrecht überein die einschlägigen Vorschriften in den Verfassungen der Länder Baden-Württemberg, Bayern und Hessen¹¹³. Nordrhein-Westfalen gewährleistet in seiner Verfassung¹¹⁴ die Sonntage und staatlich anerkannten Feiertage „als Tage der Gottesverehrung, der seelischen Erhebung, der körperlichen Erholung und der Arbeitsruhe“. Ähnliches gilt für Rheinland-Pfalz und das Saarland; beide Bundesländer haben in ihren Verfassungen¹¹⁵ zusätzlich zur „seelischen Erhebung und Arbeitsruhe“ noch das Motiv der „religiösen Erbauung“ berücksichtigt. Sachlich bestehen hiernach in den genannten sechs Ländern mit der bundesverfassungsrechtlichen Regelung übereinstimmende und somit auch im Lichte des Art. 31 GG gültige¹¹⁶ Regelungen. Dies gilt auch für die erwähnten Ergänzungen, die in Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und im Saarland verfassungsrechtlich normiert sind; denn es handelt sich bei der *Gottesverehrung* sowie bei der *religiösen Erbauung* lediglich um Konkretisierungen der in Art. 139 WRV ohnehin im Merkmal der *seelischen Erhebung* enthaltenen Religionsbezüge bzw. bei der *körperlichen Erholung* um eine nähere Entfaltung des Motivs *Arbeitsruhe*.
- 31 Demgegenüber bleiben die Verfassungen von Berlin, Brandenburg und Bremen deutlich hinter der Regelung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV zurück, da sie die Sonntage und staatlich anerkannten Feiertage lediglich als *Tage der Arbeitsruhe* qualifizieren¹¹⁷.

¹¹² Art. 40 ThürVerf.

¹¹³ Art. 3 Abs. 1 S. 1 Verf. BW; Art. 147 BayVerf.; Art. 53 HessVerf. – Zu Art. 147 BayVerf. vgl. BayVerfGH, in: BayVBl. 2012, S. 268 (269), wonach der dort normierte Sonn- und Feiertagsschutz nicht über das grundgesetzliche Mindestmaß hinausgehe.

¹¹⁴ Art. 25 Abs. 1 Verf. NRW.

¹¹⁵ Art. 47 Verf. RP; Art. 41 Verf. Saarl. – Vgl. zu Art. 47 i.V.m. Art. 57 Abs. 1 S. 2 Verf. RP OVG RP, in: NVwZ-RR 2012, S. 228 (229 f.), wonach der dort normierte Sonn- und Feiertagsschutz stärker garantiert sei als im Grundgesetz.

¹¹⁶ BVerfGE 36, 342 (363 ff.).

¹¹⁷ Art. 22 Abs. 1 Verf. Berlin; Art. 14 Abs. 1 Verf. Bbg.; Art. 55 Abs. 3 Verf. Bremen.

III. Subjektive Rechte aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV

Bei der Frage nach subjektiven Rechten aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV ist danach zu unterscheiden, ob diese Rechte unmittelbar aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV gewonnen oder aus der Garantie der *Religionsfreiheit* nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG abgeleitet werden sollen.

32

1. Subjektive Rechte unmittelbar aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV

Bei Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV handelt es sich nicht um ein Grundrecht oder grundrechtsgleiches Recht¹¹⁸, sondern – wie bereits ausgeführt – um eine *institutionelle Garantie*¹¹⁹. Dies schließt eine Ableitung subjektiver Rechte hieraus allerdings nicht aus, da nach heutiger – zutreffender – Auffassung institutionelle Garantien nicht allein aus objektiv-rechtlichen („institutionellen“) Gründen geschaffen sind, sondern auch dem *Schutz individueller Rechte* dienen¹²⁰ bzw. funktional auf die *Verwirklichung grundrechtlicher Freiheiten* bezogen sein können¹²¹. Wann dies der Fall ist, kann in Anlehnung an die im Verwaltungsrecht entwickelte *Schutznormtheorie* bestimmt werden,¹²² wonach eine Norm dann zugleich ein subjektives Recht

33

¹¹⁸ BVerfGE 125, 39 (79 f.); vorher bereits BVerfGE 19, 129 (135), 206 (218); ausführlich *Stollmann*, Sonn- und Feiertagsschutz (o. Fn. 14), S. 26 ff.; vgl. ferner *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 6), Art. 140 GG/Art. 139 WRV, Rn. 4; *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 40), Art. 140 GG/Art. 139 WRV, Rn. 1.

¹¹⁹ Nachweise o. Fn. 22.

¹²⁰ *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1988, S. 874. – Allgemein zur Subjektivierung objektiv-rechtlicher institutioneller Garantien *Heinrich de Wall*, Die Einrichtungsgarantien des Grundgesetzes als Grundlagen subjektiver Rechte, in: Der Staat 38 (1999), S. 377 (384 ff.); *Ute Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003, S. 443 ff.

¹²¹ *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 19), Art. 139 WRV, Rn. 18; allgemein *Mager*, Einrichtungsgarantien (o. Fn. 120), S. 449.

¹²² *Karl-Hermann Kästner*, in: Grundrechte-Kommentar, hg. von Klaus Stern/Florian Becker, 2010, Art. 4, Rn. 240; *ders.*, in: BK (o. Fn. 21), Art. 140, Rn. 152; *Mosbacher*, Sonntagsschutz und Ladenschluß (o. Fn. 4), S. 299 f. – Zur Schutznormtheorie grundlegend *Ottmar Bühler*, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914; aus der neueren Literatur m.w.N. *Helge Sodan*, in: Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, hg. von dems./Jan Ziekow, 3. Aufl. 2010, § 42, Rn. 386 ff.

vermittelt, wenn sie nicht nur dem Allgemeininteresse, sondern zumindest auch dem Interesse Einzelner zu dienen bestimmt ist.

- 34 Diese Voraussetzungen sind für den Sonn- und Feiertagsschutz nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV gegeben, da die durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützten *Möglichkeiten freier Religionsausübung*, was ihre tatsächlichen Rahmenbedingungen anbelangt, durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV *konkret entfaltet, unterstützt und ergänzt* werden¹²³. Insofern ist die Schutzintention sowohl des Grundrechts auf Religionsfreiheit als auch des verfassungsrechtlichen Schutzes der Sonn- und Feiertage, soweit es um religiöse Belange geht, identisch, da die Einzelnen sowie die Religionsgemeinschaften in die Lage versetzt werden sollen, sich entweder selbst zum Zwecke der Religionsausübung „seelisch zu erheben“ oder aber – in korporativem Kontext – ihrem Auftrag und Selbstverständnis entsprechend die Gemeinden und Gläubigen durch geeignete Veranstaltungen zu erreichen und ihnen die Möglichkeit zu einer solchen „seelischen Erhebung“ zu bieten.¹²⁴ Auch werden hierbei sowohl der Einzelne als auch die Religionsgemeinschaften als *Grundrechtsträger* und nicht lediglich als diffuser *Teil der Allgemeinheit* betroffen.¹²⁵

¹²³ Ebenso bzw. mit ähnlicher Formulierung *Mosbacher*, Sonntagsschutz und Ladenschluß (o. Fn. 4), S. 315 f.; *Heinrich de Wall*, Zum subjektiven Recht der Kirchen auf den Sonntagsschutz, in: NVwZ 2000, S. 857 (860); *Hollerbach*, Freiheit kirchlichen Wirkens (o. Fn. 22), Rn. 61; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 19), Rn. 10; *Rüfner*, Die institutionelle Garantie (o. Fn. 22), S. 455; *Pahlke*, Sonn- und Feiertagsschutz (o. Fn. 1), S. 57; *Martin Morlok / Hans Michael Heinig*, Feiertag! Freier Tag? Die Garantie des Sonn- und Feiertagsschutzes als subjektives Recht im Lichte des Art. 139 WRV, in: NVwZ 2001, S. 846 (850); *Mattner*, Sonn- und Feiertagsrecht (o. Fn. 13), S. 42 ff.; ferner *Unruh*, Die Kirchen und der Sonntagsschutz (o. Fn. 22), S. 15 („Grundrechtsnähe“); ebenso *v. Campenhausen / Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 14), Art. 139 WRV, Rn. 14; von einer „dezidiert grundrechtliche(n) Teleologie“ des Art. 139 WRV spricht *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 19), Art. 139 WRV, Rn. 20; zurückhaltender *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 4 f. – Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur wird nachgezeichnet bei *Daniel Couzinet / Andreas Weiss*, Das Verhältnis von Art. 4 GG zu Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV – Aktuelle Probleme und dogmatische Standortbestimmung, in: ZevKR 54 (2009), S. 34 (40 ff.).

¹²⁴ *Mosbacher*, Sonntagsschutz und Ladenschluß (o. Fn. 4), S. 311; *Unruh*, Die Kirchen und der Sonntagsschutz (o. Fn. 22), S. 16.

¹²⁵ So aber *Germann*, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 29), Art. 140 GG, Rn. 145. – Nicht stichhaltig ist nach dem oben Dargelegten auch der Einwand von *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 40), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 1, dass auf der Basis eines Zusammenwirkens mit Art. 4 Abs. 1 und 2 GG subjektive Schutzpflichten aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV nicht hergeleitet werden könnten, da die letztgenannte Regelung selbst keine subjektiven Berech-

Die Anerkennung eines subjektiv-rechtlichen Gehalts von Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV¹²⁶ hat insbesondere zur Folge, dass diese Regelung im Rahmen verwaltungsgerichtlicher Klagen bzw. Anträge als *Schutznorm* i.S.d. § 42 Abs. 2, § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO anzusehen ist.¹²⁷

tigungen enthalte. Im Übrigen spricht gerade der innere *Zusammenhang* beider Normkomplexe nachhaltig dafür, Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV im Lichte von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG im Sinne einer *subjektiven Berechtigung* zu interpretieren. Allgemeiner steht dahinter der Befund, dass die inkorporierten Artikel der WRV – als heute vollgültiges Verfassungsrecht (dazu mit Nachweisen o. Fn. 21) – zufolge ihrer Einbettung in die grundgesetzliche Gesamtstruktur nach Maßgabe des Grundsatzes der *Einheit der Verfassung* Bedeutungen gewonnen haben können, welche ihnen bei ihrer Schaffung 1919 noch nicht zugemessen wurden; dazu auch *Kästner*, in: BK (o. Fn. 21), Art. 140, Rn. 147.

¹²⁶ Ebenso *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 19), Art. 139 WRV, Rn. 18 f.; *ders./Heinig*, Feiertag (o. Fn. 123), S. 850 f.; *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 22), Art. 140 GG/Art. 139 WRV, Rn. 4; *v. Campenhausen/Unruh*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 14), Art. 139 WRV, Rn. 14; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 22), Rn. 552; *ders.*, Die Kirchen und der Sonntagsschutz (o. Fn. 22), S. 13 ff.; *Mosbacher*, Sonntagsschutz und Ladenschluß (o. Fn. 4), S. 322 f.; *ders.*, Das neue Sonntagsgrundrecht (o. Fn. 11), S. 538; im Ansatz auch *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 29), Art. 140 GG, Rn. 143 f. – Ablehnend im Sinne einer rein objektiv-rechtlichen institutionellen Garantie *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 40), Art. 140 GG/Art. 139 WRV, Rn. 1; *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 6), Art. 140 GG/Art. 139 WRV, Rn. 42; *v. Campenhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 2), S. 329; *de Wall*, Zum subjektiven Recht der Kirchen (o. Fn. 123), S. 860; *Rüfner*, Die institutionelle Garantie (o. Fn. 22), S. 448; *Johannes Dietlein*, Das Feiertagsrecht in Zeiten des religiösen Wandels, in: Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Rüfner zum 70. Geburtstag, hg. von Stefan Muckel, 2003, S. 131 (144 f.); *Christian Walter*, Religionsverfassungsrecht, 2006, S. 319 f.; *Stefan Magen*, in: Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Bd. 2, 2002, Art. 140, Rn. 137; *Westphal*, Die Garantie der Sonn- und Feiertage (o. Fn. 22), S. 193 ff.; *Stollmann*, Sonn- und Feiertagsschutz (o. Fn. 14), S. 42 ff., 45; *ders.*, Zum subjektivrechtlichen Gehalt des Art. 140 GG/139 WRV, in: VerwArch 96 (2005), S. 348 (361 ff., 366 ff.). – Das Bundesverfassungsgericht sieht in Art. 139 WRV eine „objektivrechtliche Institutsgarantie ohne subjektive Berechtigung“ (BVerfG, in: NJW 1995, S. 3378 [3379]) bzw. eine „objektivrechtliche Schutzgarantie“ oder einen „objektivrechtlichen Schutzauftrag“ (BVerfGE 125, 39 [73 f., 77, 84]); ebenso für Art. 147 BayVerf. BayVerfGH, in: NVwZ-RR 2012, S. 537 (538).

¹²⁷ *Unruh*, Die Kirchen und der Sonntagsschutz (o. Fn. 22), S. 6 ff.

2. Subjektive Rechte in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 und 2 GG

a) *Verhältnis von Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV
zu Art. 4 Abs. 1 und 2 GG*

36 Werden die durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützten Möglichkeiten freier Religionsausübung, was ihre tatsächlichen Rahmenbedingungen anbelangt, wie ausgeführt durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV konkret entfaltet bzw. ausgeformt, so wird durch Regelungen, welche (etwa in Form der Ermöglichung flächendeckender Ladenöffnung an einer großen Anzahl von Sonntagen) unter Missachtung des verfassungsrechtlichen Schutzauftrages getroffen werden, neben dem dann vorliegenden Verstoß gegen Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV stets auch das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG betroffen – und zwar in seiner Funktion als Grundlage einer diesbezüglichen staatlichen Schutzpflicht¹²⁸. Zutreffend hat in diesem Sinne das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Berliner Ladenöffnungsgesetz dargelegt: Aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG allein lasse sich zwar „keine staatliche Verpflichtung herleiten, die religiös-christlichen Feiertage und den Sonntag unter den Schutz einer näher auszugestaltenden generellen Arbeitsruhe zu stellen und das Verständnis bestimmter Religionsgemeinschaften von nach deren Lehre besonderen Tagen zugrunde zu legen“; doch erfahre das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG „eine Konkretisierung durch die Sonn- und Feiertagsgarantie nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV“; die Sonn- und Feiertagsgarantie wirke „ihrerseits als in der Verfassung getroffene Wertung auf die Auslegung und Bestimmung des Schutzgehalts von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ein“ und sei „deshalb auch bei der Konkretisierung der grundrechtlichen Schutzpflicht des Gesetzgebers zu beachten“; Art. 139 WRV enthalte „einen Schutzauftrag an den Gesetzgeber [...], der im Sinne der Gewährleistung eines Mindestschutzniveaus dem Grundrechtsschutz aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG insoweit Gehalt“ gebe.¹²⁹ Bereits früher hat das Gericht davon

¹²⁸ Zur Schutzpflicht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG Kästner, in: Grundrechte (o. Fn. 122), Art. 4, Rn. 165 ff.; Mager, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 22), Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 4, Rn. 28 ff.

¹²⁹ BVerfGE 125, 39 (79); ebenso Couzinet / Weiss, Das Verhältnis (o. Fn. 123), S. 47 ff., 53 ff. – Dem Bundesverfassungsgericht zustimmend Muckel, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 22), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 6; Unruh, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 22), Rn. 553; Mosbacher, Das neue Sonntagsgrundrecht (o. Fn. 11), S. 538, der davon spricht, das Bundesverfassungsgericht habe ein neues „Sonntagsgrundrecht“ geschaffen; differenzierend Goos, Die Kirchen(o. Fn. 11), S. 490 f., dem zufolge die „prozessuale Pointe“

gesprochen, dass „die Möglichkeit der Religionsausübung an Sonn- und Feiertagen“ erfasst werde, obwohl Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV nicht auf „einen religiösen oder weltanschaulichen Sinngehalt der Sonn- und Feiertage beschränkt“ sei¹³⁰, bzw. dass „die Gewährleistungen der Weimarer Kirchenartikel [...] funktional auf die Inanspruchnahme und Verwirklichung des Grundrechts der Religionsfreiheit angelegt“ seien¹³¹.

Zwar wäre die Inkorporation einer Regelung, wie sie Art. 139 WRV enthält, allein durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG *nicht zwingend geboten* gewesen.¹³² Doch ist in das Grundgesetz dennoch eine solche die Religionsausübung fördernde Vorschrift aufgenommen worden, die folglich zu beachten ist; denn der aktuellen rechtlichen Betrachtung ist die tatsächlich getroffene Dezision des Verfassungsgebers zugrunde zu legen. Das Bundesverfassungsgericht geht deshalb konsequent davon aus, es sei „bei der näheren Bestimmung des Schutzgehalts des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG [...] auch an die Schutzgarantie des Art. 139 WRV für den Sonn- und Feiertagsschutz anzuknüpfen“¹³³. Somit besteht ein *wechselseitiges Konkretisierungsverhältnis* zwischen Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV: Einerseits ist die institutionelle Garantie des Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV im Lichte der grundrechtlichen Gewährleistung auszulegen; andererseits wird die Reichweite des Schutzes der Religionsfreiheit durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV im Umfang seiner religionsfördernden Dimension mitbestimmt.¹³⁴

Insoweit ist der *Schutzzweck des Art. 139 WRV*, den einzelnen Gläubigen wie auch den Religionsgemeinschaften eine vom Glauben bestimmte Gestaltung der Sonn- und Feiertage zu ermöglichen, in gleicher Weise wie nach 1919 auch heute noch relevant. Der (neben

dieser Entscheidung darin liege, dass das Bundesverfassungsgericht ein „Jedermann-Grundrecht“ geschaffen habe. – Ablehnend hingegen *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 40), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 1; *Stefan Koriath*, Freiheit der Kirchen und Religionsgemeinschaften (§ 97), in: HGR, Bd. 4, 2011, Rn. 73; *Mager*, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 22), Art. 140, Rn. 88; kritisch zum Ansatz des Bundesverfassungsgerichts auch *Wißmann / Heuer*, Hirten der Verfassung (o. Fn. 11), S. 221.

¹³⁰ BVerfGE 111, 10 (51).

¹³¹ BVerfGE 102, 370 (387) mit Rekurs auf BVerfGE 42, 312 (322); so jetzt auch BVerfGE 125, 39 (75, 80); in diesem Sinne ebenfalls BSGE 51, 70 (73).

¹³² BVerfGE 125, 39 (79); *Koriath*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 5.

¹³³ BVerfGE 125, 39 (79).

¹³⁴ *Couzinet / Weiss*, Das Verhältnis (o. Fn. 123), S. 53 ff.

der sozialpolitischen Motivation maßgebende) Religionsbezug wurde durch die bereits angesprochene verfassungsrechtliche *Auswahl des Sonntags christlicher Tradition* als geschützter Ruhetag unter den sieben Wochentagen, durch den *Wortlaut* („seelische Erhebung“) sowie durch die Einbeziehung des Art. 139 WRV in den *Abschnitt „Religion und Religionsgesellschaften“* der Weimarer Reichsverfassung verdeutlicht.¹³⁵

- 39 Die *Entstehungsgeschichte des Art. 139 WRV* bestätigt diese Bewertung. Im Gegensatz zu den Beratungen über Art. 140 GG im Parlamentarischen Rat sind insoweit die Verhandlungen der Weimarer Nationalversammlung über den späteren Art. 139 WRV (Art. 136 des Verfassungsentwurfs) durchaus aufschlussreich. Hier führte der Abgeordnete *Dr. Mausbach* als Berichterstatter für den Abschnitt „Religion und Religionsgesellschaften“ in der Sitzung vom 17.7.1919 Folgendes aus: „Es bleiben nur noch die Art. 136, 137 und 138, von denen Art. 136 (scil. der spätere Art. 139 WRV; Ergänzung des Verf.) die öffentliche Sitte und die christliche Tradition und Religionsausübung bezüglich der Sonntage und Feiertage schützt. Die großen geschichtlichen Bestandteile unserer Kultusübung enthalten aber auch wertvolle Freiheitsrechte für die einzelnen; und gerade diese Seite der Sonntagsruhe, die Schonung der Freiheit und der sozialen Gleichwertigkeit aller Klassen, ist darin ausgesprochen, dass diese Tage der ‚Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung‘ für alle bleiben sollen.“¹³⁶ Der Gewährleistung der Kultusausübung an Sonn- und Feiertagen wurde mithin auch ein *freiheitsrechtlicher* Gehalt zugeschrieben. Insofern gingen die Beratungen der Weimarer Nationalversammlung – wenngleich dem späteren Art. 139 WRV im Ergebnis die Qualität eines subjektiven Rechts nicht explizit beigelegt wurde – zumindest von einer schützenswerten subjektiv-rechtlichen Dimension des verfassungsrechtlichen Schutzes der Sonn- und Feiertage aus.¹³⁷

¹³⁵ Dazu auch *Stollmann*, Staatlich anerkannte Feiertage (o. Fn. 26), S. 475; *Dirksen*, Feiertagsrecht (o. Fn. 13), S. 29 f.; *Mosbacher*, Sonntagschutz und Ladenschluß (o. Fn. 4), S. 310 f.

¹³⁶ Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Stenographische Berichte, Bd. 328, S. 1645.

¹³⁷ Eine Verknüpfung von Art. 139 WRV – auch – mit kirchlichen Interessen hat demgemäß bereits *Gerhard Anschütz* in seinem Kommentar zur Weimarer Reichsverfassung gesehen (*ders.*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Aufl. 1933, Art. 139, Anm. 1 [S. 654 f.]).

b) Konsequenzen für die prozessuale Geltendmachung

Der dargelegte Zusammenhang zwischen Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV und Art. 4 Abs. 1 und 2 GG hat zur Folge, dass den Religionsgemeinschaften hieraus ein Anspruch erwächst, an diesem im Grundgesetz objektiv statuierten *spezifischen* Schutz ungestörter Religionsausübung effektiv teilzuhaben und darin nicht durch bundesrechtswidrige gesetzliche Regelungen beeinträchtigt zu werden. Dieser Anspruch kann sowohl im *Verwaltungsrechtsweg*¹³⁸ als auch – regelmäßig allerdings erst nach dessen Erschöpfung (vgl. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG) – im Wege der *Verfassungsbeschwerde*¹³⁹ gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG geltend gemacht werden, sofern die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben sind. Angesichts der Aufzählung der verfassungsbeschwerdefähigen Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, in welcher die Regelung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV als solche nicht enthalten ist, wirkt die Berufung auf Art. 4 Abs. 1 und 2 GG für die Zulässigkeit einer Anrufung des Bundesverfassungsgerichts *konstitutiv*.

40

¹³⁸ Eine Übertragung der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze auf die Klage- bzw. Antragsbefugnis nach § 42 Abs. 2, § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO nehmen vor: OVG Greifswald, U. v. 7.4.2010 – 4 K 13/09, 4 K 14/09, Rn. 47 ff. (Juris); SächsOVG, in: SächsVBl. 2011, S. 209 (211).

¹³⁹ Dazu BVerfGE 125, 39 (73 ff.), das allerdings die Frage einer Grundrechtsverletzung der beschwerdeführenden Kirchen im Rahmen der *Zulässigkeit* im Ergebnis offen gelassen und das Bestehen eines grundrechtlichen Anspruchs aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG erst im Rahmen der *Begründetheit* erörtert hat; kritisch zu diesem Vorgehen *Germann*, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 29), Art. 140 GG, Rn. 145, der im Übrigen eine mögliche Rechtsverletzung verneint, wenn es allein um das Interesse daran geht, „dass die Sonn- und Feiertagsruhe allgemein – also unabhängig von einer konkreten Beeinträchtigung der eigenen Gestaltung der Sonn- und Feiertage – erhalten und durchgesetzt wird“, da in diesem Fall das Interesse „nicht vom Interesse der Allgemeinheit abgrenzbar“ sei; kritisch zum Begründungsansatz des Bundesverfassungsgerichts ferner *Wißmann / Heuer*, Hirten der Verfassung (o. Fn. 11), S. 220 f.; dem Bundesverfassungsgericht zustimmend hingegen *Goos*, Die Kirchen (o. Fn. 11), S. 489. – Allgemein zur Verfassungsbeschwerdefähigkeit der über Art. 140 GG inkorporierten Bestimmungen *Kästner*, in: BK (o. Fn. 21), Art. 140, Rn. 158 ff.

IV. Der vertragliche Schutz der Sonn- und Feiertage

- 41 Da es sich beim Schutz der Sonntage und kirchlichen Feiertage um eine Materie handelt, die angesichts ihrer religiösen Bezüge kirchliche Belange in hohem Maße berührt, sind einschlägige Abmachungen auch – insbesondere im Rahmen der jüngeren, nach der deutschen Wiedervereinigung geschlossenen Vereinbarungen – in Konkordate und Kirchenverträge aufgenommen worden.¹⁴⁰
- 42 Während die vor 1990 abgeschlossenen Staatskirchenverträge entweder gar keine oder lediglich sehr zurückhaltende Aussagen über den Sonn- und Feiertagsschutz enthielten,¹⁴¹ sind derartige Regelungen Bestandteil der meisten nach 1990 geschlossenen Verträge. Dabei werden jeweils „gewährleistet“ der „Schutz der Sonntage und der gesetzlich anerkannten kirchlichen Feiertage“¹⁴², der „gesetzliche Schutz der Sonntage, der staatlich anerkannten kirchlichen Feiertage und der kirchlichen Feiertage“¹⁴³, der „staatliche Schutz der Sonntage und der kirchlichen Feiertage“¹⁴⁴ oder der „Schutz der Sonntage

¹⁴⁰ Übersicht über die geltenden Konkordate und Kirchenverträge mit den jeweiligen Fundstellen bei Kästner, in: BK (o. Fn. 21), Art. 140, Rn. 83 ff.; zu den Sonn- und Feiertagsschutz betreffenden Regelungen in Konkordaten Christian Hermes, Konkordate im vereinigten Deutschland, 2009, S. 550 ff.

¹⁴¹ So wurde im *Reichskonkordat* eine Klausel betreffend die Erfüllung kirchlicher Verpflichtungen der Mitglieder von Sport- und Jugendorganisationen an Sonn- und Feiertagen vereinbart (Art. 31 Abs. 4 RK; Text bei: Joseph Listl [Hg.], Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland, 1987, Bd. 1, S. 53). In Berlin sagte der Senat 1970 eine vorherige Konsultation der jeweiligen Kirche für den Fall zu, dass durch eine Änderung des Landesrechts ein katholischer bzw. evangelischer Feiertag betroffen wäre (Abschnitt V bzw. VI der Abschießenden Protokolle vom 2. 7. 1970 über Besprechungen zwischen Vertretern des Bischöflichen Ordinariats Berlin bzw. des Evangelischen Konsistoriums in Berlin [West] einerseits und des Senats von Berlin andererseits über die Regelung gemeinsam interessierender Fragen; Text bei: Listl, Konkordate und Kirchenverträge [o. Fn. 140], S. 633 sowie S. 685). Eine Ausnahme bildet diesbezüglich das Niedersächsische Konkordat vom 26. 2. 1965, das in Art. 1 Abs. 2 eine allgemeine vertragliche Garantie des Schutzes der Sonntage und der kirchlichen Feiertage statuiert („Der Schutz der Sonntage und der kirchlichen Feiertage bleibt gewährleistet“).

¹⁴² Art. 18 EvKV Bbg.; Art. 2 KathKV Bbg.

¹⁴³ Art. 2 KathKV Bremen; Art. 3 KathKV Hmb.; Art. 3 S. 1 KathKV SH; ebenso unter Verwendung der Formulierung „staatlich anerkannte Feiertage“ statt „staatlich anerkannte kirchliche Feiertage“ Art. 19 EvKV Bremen sowie Art. 19 S. 2 EvKV Hmb.

¹⁴⁴ Art. 7 KathKV MV; Art. 8 KathKV Sachsen; Art. 23 EvKV MV.

(bzw. des Sonntags) und kirchlichen Feiertage“¹⁴⁵. Teilweise enthalten die Verträge den Zusatz, die vertragsschließenden Parteien stimmten darin überein, dass „Ruhe- und Besinnungszeiten von tragender Bedeutung für die Gesellschaft und den Staat“ seien.¹⁴⁶ Demgegenüber gibt die Regelung im Evangelischen Kirchenvertrag Baden-Württemberg in Art. 2 Abs. 1 und 2 im Wesentlichen Art. 3 Abs. 1 der Landesverfassung wieder und enthält in Art. 2 Abs. 3 eine weitergehende Bestandsgarantie auch für den einfach-gesetzlich begründeten Sonn- und Feiertagsschutz¹⁴⁷. Ferner enthalten die Verträge mit jüdischen Gemeinden bzw. Gemeinschaften teilweise Regelungen, wonach die „ungestörte Religionsausübung“ an den jüdischen Feiertagen gewährleistet wird¹⁴⁸, bzw. konkrete Aufzählungen der jüdischen Feiertage¹⁴⁹.

Auch wenn diese vertraglichen Vereinbarungen – mit Ausnahme der Bestandsgarantie in Art. 2 Abs. 3 des Evangelischen Kirchenvertrags Baden-Württemberg – inhaltlich nicht über den Gewährleistungsgehalt des Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV bzw. der landesverfassungsrechtlichen Garantien hinausgehen,¹⁵⁰ bezwecken sie doch eine Verstärkung der den vertragsschließenden Religionsgemeinschaften zukommenden Rechtsstellung; sie bilden insofern eine Grundlage für *subjektive Rechte* auf Einhaltung des Sonn- und

43

¹⁴⁵ Art. 3 KathKV LSA; Art. 21 BerlKV; Art. 21 EvKV Sachsen; Art. 19 EvKV LSA; Art. 20 EvKV Thür.

¹⁴⁶ Art. 3 S. 2 KathKV Hmb.; Art. 3 S. 2 KathKV SH; Art. 19 S. 1 EvKV Hmb.

¹⁴⁷ Art. 2 EvKV BW. lautet: „(1) Die Sonntage und die staatlich anerkannten kirchlichen Feiertage bleiben als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung gesetzlich geschützt. (2) Die staatlich anerkannten Feiertage werden durch Gesetz bestimmt. Hierbei ist die christliche Überlieferung zu wahren. (3) Der auf Landesrecht beruhende Schutz der Sonn- und Feiertage bleibt in seinem wesentlichen Umfang gewährleistet.“

¹⁴⁸ Art. 2 JüdV BW; Art. 2 JüdV Bbg.; Art. 2 JüdV Hmb.; Art. 2 JüdV MV; ähnlich auch Art. 7 JüdV NRW; Art. 4 JüdV LSA.

¹⁴⁹ Art. 2 JüdV Berlin; Art. 2 JüdV Bremen; Art. 3 JüdV RP; Art. 3 JüdV Saarl.; Art. 3 JüdV Sachsen; Art. 2 JüdV SH.

¹⁵⁰ Dazu *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 18.

Feiertagsschutzes durch den Staat¹⁵¹. Dem steht im Ergebnis auch nicht ein *Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter* (beispielsweise der Gewerbetreibenden) entgegen; jedenfalls die parlamentarischen Zustimmungsgesetze zu den betreffenden Verträgen beinhalten jeweils taugliche drittbelastende Regelungen (etwa im Blick auf ein Verbot der Ladenöffnung).¹⁵²

V. Der Schutz der Sonn- und Feiertage von Gesetzes wegen

1. Das Sonn- und Feiertagsrecht in Bund und Ländern

- 44** Auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts sind die Kompetenzen zwischen Bund und Ländern geteilt, wobei der Akzent – zumal nach der Föderalismusreform 2006 – eindeutig im landesrechtlichen Bereich liegt.

¹⁵¹ Zur sog. Bäderregelung in Mecklenburg-Vorpommern im Blick auf die Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO OVG Greifswald, in: NVwZ 2000, S. 948 (949 f.); ebenso SächsOVG, in: SächsVBl. 2010, S. 37 (39). Aus der Literatur v. Campenhausen / Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 14), Art. 139 WRV, Rn. 14; Unruh, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 22), Rn. 552; ders., Die Kirchen und der Sonntagsschutz (o. Fn. 22), S. 17 ff.; de Wall, Zum subjektiven Recht der Kirchen (o. Fn. 126), S. 861 f.; Muckel, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 22), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 7; Walter, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 126), S. 320; Westphal, Die Garantie der Sonn- und Feiertage (o. Fn. 22), S. 182 ff.; Friedrich Kühn, Subjektive Rechte der Kirchen im Zusammenhang mit der Durchsetzung des Schutzes der Sonn- und Feiertage, in: SächsVBl. 2009, S. 25 (28); allgemein Heinrich de Wall, Subjektive Rechte aus Staatskirchenverträgen, in: ZevKR 45 (2000), S. 626 ff. – Anderer Ansicht Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 19. – Die nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 1.12.2009 (BVerfGE 125, 39 ff.) ergangene verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung lässt die vertragsrechtliche Herleitung inzwischen offen und greift für die Klage- bzw. Antragsbefugnis auf die oben dargelegten und vom Bundesverfassungsgericht bestätigten Grundsätze zum Verhältnis zwischen Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV sowie Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zurück (OVG Greifswald, U. v. 7.4.2010 – 4 K 13/09, 4 K 14/09, Rn. 47 ff. [Juris]; ähnlich SächsOVG, in: SächsVBl. 2011, S. 209 [211]).

¹⁵² Ebenso Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 40), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 1; ders., Die Bindungswirkungen von Staatskirchenverträgen, in: Staat, Kirche, Verwaltung. Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, hg. von Max-Emanuel Geis / Dieter Lorenz, 2001, S. 333 (339 f.); ders., Problemstellungen des Vertragsstaatskirchenrechts, in: ZevKR 46 (2001), S. 286 (301 f.).

a) Bundesrecht

Von den ihm verfassungsrechtlich zustehenden Gesetzgebungskompetenzen hat der Bund auch zum Schutz der Sonn- und Feiertage in verschiedener Hinsicht Gebrauch gemacht.¹⁵³ Insbesondere handelt es sich um Regelungen über die Fristberechnung bzw. die Abgabe von Willenserklärungen an Sonn- und Feiertagen, um den Schutz der Arbeitsruhe im Gewerberecht und im Arbeitsrecht¹⁵⁴ sowie um verkehrsrechtliche Einschränkungen. Die früher in § 366 Nr. 1 StGB enthaltene Strafvorschrift gegen Beeinträchtigungen des Schutzes der Sonn- und Feiertage ist im Zuge der Strafrechtsreform mit Wirkung vom 1. 1. 1975 aufgehoben worden; einschlägige Verstöße werden jetzt (im Wesentlichen als Ordnungswidrigkeiten) nach Maßgabe der im Sonn- und Feiertagsrecht normierten Sanktionsvorschriften geahndet. Bundesrechtlich besteht § 167 StGB fort; dieser Straftatbestand hat jedenfalls partiell Bezüge zu den Sonn- und Feiertagen, soweit er die Störung von Gottesdiensten und weltanschaulichen Feiern betrifft.

45

Auf einer Kompetenz des Bundes kraft Natur der Sache beruht die Festlegung des 3. Oktober als *Tag der Deutschen Einheit* mit der Qualität eines gesetzlichen Feiertags.¹⁵⁵ Es wurde hierdurch als nationaler Feiertag der 17. Juni abgelöst, der aus einer gleichgelagerten Gesetzgebungszuständigkeit heraus bundesrechtlich statuiert worden war.¹⁵⁶

46

b) Recht der Bundesländer

Soweit dem Bund keine ausdrückliche Gesetzgebungsbefugnis zusteht, liegt die Zuständigkeit zur Konkretisierung des Sonn- und Feiertagsschutzes bei den Ländern. Hiervon haben sämtliche Bundesländer Gebrauch gemacht und – abgesehen von Einzelvorschriften

47

¹⁵³ Dazu aus der älteren Literatur m. w. N. *Mattner*, Sonn- und Feiertagsrecht (o. Fn. 13), S. 89 ff., 102 ff.

¹⁵⁴ Zu den arbeitsrechtlichen Aspekten des Sonn- und Feiertagsschutzes *Richardi*, Der Sonn- und Feiertagsschutz (o. Fn. 1), S. 117 ff.

¹⁵⁵ Art. 2 Abs. 2 EV i. V. m. Art. 1 Einigungsvertragsgesetz; dazu *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 22), Art. 140 GG / Art. 139 WRV, Rn. 11.

¹⁵⁶ Gesetz vom 4. 8. 1953 (BGBl. I S. 778). – Zur Frage der Bundeskompetenz *Dirksen*, Feiertagsrecht (o. Fn. 13), S. 40 f., und *Mattner*, Sonn- und Feiertagsrecht (o. Fn. 13), S. 78.

zur Ergänzung der bundesrechtlichen Regelungen – *Gesetze über den Schutz der Sonn- und Feiertage*¹⁵⁷, vor allem aber (mit Ausnahme Bayerns) aufgrund der nunmehr von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 Hs. 2 Alt. 1 GG eröffneten Möglichkeit *Ladenöffnungsgesetze* erlassen¹⁵⁸. Der Schwerpunkt des geltenden Sonn- und Feiertagsrechts liegt hiernach auf der Ebene der Länder, die in den Einzelfragen teilweise eine unterschiedliche Rechtslage geschaffen haben und auch schaffen durften; denn Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV verpflichtet die Bundesländer keineswegs zur Einheitlichkeit¹⁵⁹.

c) Prinzipielle Reichweite des gegenwärtigen Schutzes

- 48 Im Einklang mit Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV sind die für die Sonntage und staatlich anerkannten Feiertage erlassenen landesgesetzlichen Vorschriften weithin vom Bestreben gekennzeichnet, den betreffenden Tagen einen Charakter zu sichern, durch welchen sie sich von den Werktagen deutlich abheben. Diesem Ziel dienen insbesondere die *Arbeits- und Handlungsverbote*, die in sämtlichen Feiertagsgesetzen statuiert wurden.¹⁶⁰ Durchweg ist an Sonn- und Feiertagen öffentlich bemerkbares Verhalten untersagt, welches geeignet ist, die äußere Ruhe an diesen Tagen zu beeinträchtigen. Die tatsächliche Tragweite einschlägiger Vorschriften entscheidet sich freilich nicht zuletzt an terminologischen Details. Die meisten Länder verbieten „öffentlich bemerkbare *Arbeiten*“ bzw. „öffentlich wahrnehmbare *Arbeiten*“¹⁶¹, drei Länder hingegen „öffentlich bemerkbare *Tätigkeiten*“¹⁶², während anderswo insoweit von „öffentlich bemerkbaren *Handlungen*“¹⁶³ oder von öffentlich bemerkbaren „Arbeiten und

¹⁵⁷ Texte der Feiertagsgesetze der alten Bundesländer bei *Thomas Hoeren / Andreas Mattner*, Feiertagsgesetze der Bundesländer, 1989, S. 125 ff.

¹⁵⁸ Dazu o. Fn. 8.

¹⁵⁹ BVerwGE 79, 118 (124).

¹⁶⁰ Zu den Einzelfragen eingehend und m. w. N. *Mattner*, Sonn- und Feiertagsrecht (o. Fn. 13), S. 46 ff., 56 ff., 190 ff.

¹⁶¹ § 6 Abs. 1 FtG BW; Art. 2 Abs. 1 FtG Bayern; § 4 FtG i.V.m. § 2 Feiertagsschutzverordnung Berlin; § 3 Abs. 2 FtG Brandenburg; § 4 Abs. 1 FtG Bremen; § 2 Nr. 4 FtG i.V.m. § 1 Feiertagsschutzverordnung Hamburg; § 3 FtG NRW; ähnlich auch § 6 Abs. 1 FtG Hessen („Arbeiten...“, die geeignet sind, die äußere Ruhe des Tages zu beeinträchtigen“).

¹⁶² § 3 Abs. 2 FtG RP; § 4 Abs. 2 FtG Saarland; § 4 Abs. 2 und 3 Thür. FtG.

¹⁶³ § 4 Abs. 1 FtG Niedersachsen; § 3 Abs. 2 FtG SH.

Handlungen“ bzw. „Arbeiten oder Handlungen“¹⁶⁴ gesprochen wird. Vor allem die Frage nach einer Abgrenzung bzw. Identität der Rechtsbegriffe „Arbeit“ und „Handlung“¹⁶⁵ und die *Beurteilung weitgehend automatisierter Geschehensabläufe*, wie sie im Zuge des technischen Fortschritts zunehmend eingesetzt werden, stellen die Rechtspraxis insoweit bereits seit vielen Jahren vor Probleme, was insbesondere für *Automatenvideotheken*¹⁶⁶ und automatisierte *Autowaschanlagen*¹⁶⁷ gilt¹⁶⁸. Zumindest für Autowaschanlagen ist die Problematik dadurch teilweise entschärft worden, dass einige Länder in ihren Feiertagsgesetzen deren Betrieb – teilweise in Abhängigkeit vom Erlass einer gemeindlichen Rechtsverordnung – für zulässig erklärt haben.¹⁶⁹ Entsprechende Regelungen wurden auch für einzelne weitere Arbeiten bzw. Handlungen geschaffen.¹⁷⁰

¹⁶⁴ § 3 Abs. 2 FtG MV; § 4 Abs. 2 FtG Sachsen; § 3 Abs. 2 FtG Sachsen-Anhalt.

¹⁶⁵ Insoweit ist davon auszugehen, dass mit der unterschiedlichen Terminologie keine sachliche Differenz gekennzeichnet wird. Statt anderer *Pahlke*, Feiertagsrechtliche Grenzen (o. Fn. 19), S. 71, 82.

¹⁶⁶ Zulässigkeit verneint von: VGH BW, in: NVwZ 2007, S. 1333 ff.; VGH BW, U. v. 15. 8. 2011 – 9 S. 989/09 (Juris); bejaht von: BayVGH, in: NVwZ 2007, S. 1215 ff.

¹⁶⁷ Dazu *Matthias Lang/Anna Hunke*, Erlaubt der sonntägliche Betrieb von Waschanlagen auch die Nutzung der Sauger und der Klopfstationen?, in: BayVBl. 2010, S. 458 ff. mit N. aus der Rechtsprechung auf S. 459 in Fn. 8.

¹⁶⁸ Zum Gesamten *Möstl*, Öffnung von Videotheken (o. Fn. 58), S. 14 f.; die Verwaltung duldet die Öffnung am Sonntag weitgehend.

¹⁶⁹ Art. 2 Abs. 3 Nr. 5 FtG Bayern (vom BayVerfGH für mit der Bayerischen Verfassung vereinbar erklärt; BayVerfGH, in: NVwZ-RR 2012, S. 537 ff.); § 4 Abs. 3 FtG Brandenburg; § 2 Abs. 1 Nr. 4 FtG i.V.m. § 2 Abs. 1a Feiertagsschutzverordnung Hamburg; § 14 Abs. 2 FtG Hessen; § 4 Abs. 2 FtG MV; § 3 Abs. 3 FtG Sachsen-Anhalt; § 4 Abs. 1 Nr. 4 FtG SH; die entsprechende Regelung in § 4 Abs. 3 Nr. 5 FtG Sachsen wurde vom SächsVerfGH für mit der Sächsischen Verfassung *unvereinbar und nichtig* erklärt (SächsVerfGH, in: LKV 2012, S. 309 ff.).

¹⁷⁰ *Videotheken*: § 4 Abs. 2 FtG Brandenburg; § 4 Abs. 3 FtG Bremen; § 2a FtG Hamburg; § 6 Abs. 2 Nr. 5 FtG Hessen (inklusive Betrieb von *Bibliotheken*); § 4 Abs. 1 Nr. 9 FtG MV; § 4 Abs. 3 FtG Niedersachsen; § 4 Abs. 2 FtG RP; § 4 Abs. 3 Nr. 4 FtG Sachsen (vom SächsVerfGH für mit der Sächsischen Verfassung vereinbar erklärt; SächsVerfGH, in: LKV 2012, S. 309 ff.); § 3 Abs. 4 FtG Sachsen-Anhalt; § 4 Abs. 1 Nr. 4 FtG SH; *Saunen, Bräunungs- und Fitness-Studios*: § 4 Abs. 1 Nr. 6 FtG Brandenburg; § 4 Nr. 5 FtG NRW; § 5 Abs. 1 Nr. 8 Abs. 2 FtG Saarland; § 4 Abs. 1 Nr. 4 FtG SH; *Selbstbedienungs-waschsalons*: § 4 FtG i.V.m. § 2 Nr. 4 Feiertagsschutzverordnung Berlin; § 4 Abs. 1 Nr. 4 FtG SH; *Märkte, insbesondere Flohmärkte*: § 4 Abs. 3 FtG Bremen.

49 Eine rechtlich und ökonomisch angemessene Lösung solcher Fragen muss auf den Einzelfall abstellen. Durchweg Relevanz als Kriterium bei der Beurteilung von Auslegungsproblemen sowie bei der Anwendung feiertagsgesetzlich vorgesehener Ausnahmenvorschriften beansprucht dabei die in Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV enthaltene institutionelle Garantie. In ihr ist das Grundprinzip festgeschrieben, von dem her Zweifelsfälle des Sonn- und Feiertagsschutzes zu entscheiden sind. Es wäre verletzt, wenn in der Rechtspraxis das *Prinzip von Regel und Ausnahme*¹⁷¹ umgekehrt und einer schleichenden Aushöhlung Vorschub geleistet würde – insbesondere durch eine isolierende *Betonung betriebs- oder volkswirtschaftlicher Aspekte* unter Vernachlässigung der sozialpolitischen und religionsbezogenen Schutzzwecke des Sonn- und Feiertagsschutzes.¹⁷² Ferner ist bei der Lösung entsprechender Fälle zu berücksichtigen, dass ihrem Wesen nach werktägliche Arbeiten und Verrichtungen diesen Charakter nicht dadurch verlieren, dass sie *automatisch* erbracht werden; maßgeblich ist deshalb nicht das Fehlen menschlicher Arbeitskraft, sondern die einer „Ladenöffnung“ vergleichbare *Wirkung in der Öffentlichkeit*.¹⁷³

50 Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV steht – trotz eines inzwischen gewandelten Freizeitverständnisses der Bevölkerung und auch ungeachtet tatsächlicher oder vermeintlicher ökonomischer Desiderate – nach wie vor einer generellen Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen entgegen.¹⁷⁴ Diese eindeutige Rechtslage hat bisher allerdings in den einschlägigen Gesetzgebungsverfahren der Länder nicht durchweg die gebührende Beachtung gefunden.¹⁷⁵ Der Struktur des auf die *Abwehr potentieller Beeinträchtigungen* gerichteten verfassungsrechtlichen Schutzes der Sonn- und Feiertage widerspräche es auch, Arbeits- bzw. Handlungsverbote von der Frage abhängig zu machen, inwieweit im Einzelfall eine *konkrete* Gefährdung der Sonn- und

¹⁷¹ Dazu mit N. o. Fn. 104.

¹⁷² Heinemann, Grundgesetzliche Vorgaben (o. Fn. 85), S. 142 ff.

¹⁷³ So auch Möstl, Öffnung von Videotheken (o. Fn. 58), S. 15; VGH BW, U. v. 15.8.2011 – 9 S 989/09, Rn. 29 (Juris).

¹⁷⁴ BVerfGE 111, 10 (49 ff.); 125, 39 (87 ff.).

¹⁷⁵ Exemplarisch insoweit das *Berliner Ladenöffnungsgesetz* vom 14.11.2006 (GVBl. Berlin S. 1045), das vom Bundesverfassungsgericht teilweise für mit Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV unvereinbar erklärt wurde (BVerfGE 125, 39 ff.) und welches in der Literatur als „flagrant verfassungswidrig“ qualifiziert worden ist (Germann, in: Epping / Hillgruber [o. Fn. 29], Art. 140 GG, Rn. 145).

Feiertagsruhe vorliegt.¹⁷⁶ Zu Recht hat deshalb die Rechtsprechung dieser gelegentlich geäußerten¹⁷⁷ Auffassung eine Absage erteilt¹⁷⁸.

2. Einzelfragen der Sonn- und Feiertagsgesetze

a) Der Rechtsbegriff der „kirchlichen Feiertage“

Die Sonn- und Feiertagsgesetze sprechen, soweit Feiertage religiösen Einschlags gemeint sind, im Allgemeinen¹⁷⁹ von „kirchlichen Feiertagen“. Diese traditionell geprägte Terminologie rechtfertigt sich daraus, dass sie begrifflich auf einen in der gesellschaftlichen Realität nach wie vor dominierenden Befund Bezug nimmt. Das Attribut „kirchlich“ ist als Begriff des Feiertagsrechts freilich im geltenden religionsverfassungsrechtlichen System, das auf der Gleichstellung der Kirchen und der sonstigen Religionsgemeinschaften im staatlichen Rechtskreis beruht, auf *sämtliche Religionsgemeinschaften* zu beziehen. Tatsächlich gehen hiervon auch die Feiertagsgesetze der Länder¹⁸⁰ aus, indem sie bei der Inhaltsbestimmung des feiertagsrechtlichen Begriffs der „kirchlichen Feiertage“ auf die entsprechende Übung der Kirchen bzw. Religionsgemeinschaften (oder Religionsgesellschaften) verweisen. Der Begriff der „kirchlichen Feiertage“ im allgemeinen feiertagsrechtlichen Sinne ist also gleichbedeutend mit dem der „religiösen Feiertage“, wie er im Feiertagsrecht Branden-

51

¹⁷⁶ Ebenso *Andreas Mattner*, Der Betrieb von Mitfahrerzentralen an Sonn- und Feiertagen, in: VR 1988, S. 281 (283); *Pahlke*, Sonn- und Feiertagschutz (o. Fn. 1), S. 82 f.; *Richardi*, Der Sonn- und Feiertagsschutz (o. Fn. 1), S. 133.

¹⁷⁷ So *Joachim Würkner*, Das Recht auf sonn- und feiertägliche Hautbräunung – Eine Anmerkung zu den feiertagsrechtlichen Schattenseiten des Betriebes von Sonnenstudios, in: GewArch 1987, S. 262 (263); im Ansatz ebenso *Kunig*, Schutz des Sonntags (o. Fn. 17), S. 8, wenn er auf das individuelle Störungsempfinden abstellt.

¹⁷⁸ BVerwG, in: NJW 1982, S. 899; BVerwGE 79, 118 (124, 130), 236 (239); OVG NRW, in: GewArch 1983, S. 274 (275); OVG NRW, in: NWVBl. 1987, S. 23; OVG NRW, in: GewArch 1988, S. 66; BayVGfH, in: GewArch 1988, S. 67 f.

¹⁷⁹ Anders § 2 Abs. 4 sowie § 7 FtG Brandenburg, §§ 3 und 5 FtG Sachsen, § 6 FtG Sachsen-Anhalt sowie § 1 Abs. 1, § 3 und § 5 Thür. FtG, wo von „religiösen Feiertagen“ die Rede ist.

¹⁸⁰ § 8 Abs. 1 FtG NRW; § 2 Abs. 3 FtG SH – § 4 FtG Hessen verwendet den Begriff der „kirchlichen Feiertage“ als solchen nicht, sondern nimmt nur auf die „Kirchen und Religionsgemeinschaften“ sowie auf „deren Feiertage“ Bezug.

burgs, Sachsens, Sachsen-Anhalts und Thüringens und nunmehr auch Berlins¹⁸¹ verwendet wird.

- 52 Einige Feiertagsgesetze greifen noch auf den religionsverfassungsrechtlich obsoleten Begriff der „anerkannten Religionsgemeinschaft“¹⁸² bzw. „staatlich anerkannten Religionsgemeinschaft“¹⁸³ zurück. Diesem Tribut an die Begriffsgeschichte des Religionsverfassungsrechts¹⁸⁴ kommt in Deutschland keine rechtliche Bedeutung im Sinne einer Eingrenzung mehr zu.

b) Die Sonntage und anerkannten kirchlichen Feiertage

- 53 Bei den „staatlich anerkannten“ bzw. „gesetzlichen“ Feiertagen¹⁸⁵, die nach Maßgabe des geltenden Landesrechts neben den Sonntagen einen umfassenden feiertagsrechtlichen Schutz genießen, handelt es sich im Wesentlichen um traditionelle christliche Feiertage. Rein „weltlichen“ Charakter haben lediglich der 1. Mai und der Tag der Deutschen Einheit.
- 54 Staatlich anerkannt in sämtlichen Bundesländern sind der Neujahrstag, Karfreitag, Ostermontag, der 1. Mai, Christi Himmelfahrt, Pfingstmontag, der Tag der Deutschen Einheit sowie beide Tage des Weihnachtsfestes. Daneben werden Fronleichnam sowie Allerheiligen in einer Reihe von Bundesländern anerkannt¹⁸⁶, Epiphania in Ba-

¹⁸¹ § 2 Abs. 1 FtG Berlin n. F.

¹⁸² § 4 Abs. 2 FtG BW; § 2 Abs. 4 FtG Brandenburg („anerkannte Religionsgesellschaften“).

¹⁸³ § 2 Abs. 1 Nr. 4 und § 3 FtG Hamburg sowie § 7 Abs. 3 FtG MV.

¹⁸⁴ Dazu Karl-Hermann Kästner, Art. „Religionsgesellschaft“, in: HRG¹, Bd. IV, 1990, Sp. 874 ff.

¹⁸⁵ Aus der in den Bundesländern insoweit unterschiedlichen Terminologie ergeben sich keine rechtlichen Differenzierungen. Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, das Saarland, Sachsen, Schleswig-Holstein sowie Thüringen sprechen feiertagsrechtlich von „gesetzlichen“ Feiertagen, Berlin von „allgemeinen“ Feiertagen, Brandenburg, Bremen, Niedersachsen und Sachsen-Anhalt von „gesetzlich anerkannten“ bzw. „staatlich anerkannten“ Feiertagen, Nordrhein-Westfalen lediglich von „Feiertagen“.

¹⁸⁶ Fronleichnam: Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen in den vom Staatsministerium des Innern durch Rechtsverordnung bestimmten Regionen sowie Thüringen in Gemeinden mit überwiegend katholischer Wohnbevölkerung nach Maßgabe einer Rechtsverordnung des Innenministers; Allerheiligen: Baden-Württemberg, Bayern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland.

den-Württemberg, Bayern und Sachsen-Anhalt, der Buß- und Betttag in Sachsen und das Reformationsfest in Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt sowie Thüringen; Bayern schützt als gesetzlichen Feiertag außerdem Mariä Himmelfahrt in Gemeinden mit überwiegend katholischer Bevölkerung sowie den 8. August (Friedensfest) in Augsburg.

Als spezifische Ausprägung der verfassungsrechtlich qualifizierten „seelischen Erhebung“ sind Gottesdienste bzw. religiöse Veranstaltungen gesetzlich besonders geschützt. So nahmen die bis zum 1. Juli 1994 geltenden Ausnahmen vom gewerberechtlichen Beschäftigungsverbot ausdrücklich auf die Möglichkeit des Gottesdienstbesuches Bezug.¹⁸⁷ Bestimmtes Verhalten bzw. gewisse Veranstaltungen sind an Sonntagen und staatlich anerkannten Feiertagen¹⁸⁸ während der „Hauptzeit des Gottesdienstes“¹⁸⁹ oder zu damit in Zusammenhang stehenden Zeiten des Tages untersagt.¹⁹⁰ Durchweg machen dabei die feiertagsrechtlichen Vorschriften Beschränkungen bzw. einschlägige Ausnahmen ausdrücklich davon abhängig, ob das fragliche Verhalten

55

¹⁸⁷ § 105b Abs. 2, § 105c Abs. 3 und 4, § 105e Abs. 1 S. 2 GewO. – Durch das Gesetz zur Vereinheitlichung und Flexibilisierung des Arbeitszeitrechts vom 6. 6. 1994 (BGBl. I S. 1170), das u. a. die erwähnten Normen aufhob, entfiel diese Gewährleistung ab 1. 7. 1994 weitgehend; sehr vage klang der gottesdienstliche Aspekt noch an, wenn es dort in § 13 Abs. 3 hieß, es könne die Aufsichtsbehörde „Anordnungen über die Beschäftigungszeit unter Berücksichtigung der für den öffentlichen Gottesdienst bestimmten Zeit treffen“.

¹⁸⁸ Im Saarland sind auch Gottesdienste bzw. Messen am Vorabend von Sonn- und Feiertagen geschützt (§ 6 Abs. 1 S. 2 FtG).

¹⁸⁹ Diese Zeiten werden in den einschlägigen Vorschriften teils nicht definiert, teils „standardisiert“ festgelegt. Im Blick auf Abweichungen sehen einige Feiertagsgesetze die Herstellung des Einvernehmens mit den zuständigen kirchlichen Stellen vor (§ 5 Abs. 1 S. 3 FtG NRW; § 5 Abs. 2 FtG RP; § 6 Abs. 3 FtG Saarland). – In Hessen sind darüber hinaus nach Maßgabe der Ortsüblichkeit auch Nachmittagsgottesdienste geschützt (§ 7 Abs. 2 FtG Hessen).

¹⁹⁰ § 7 Abs. 2 FtG BW; Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 und 3 sowie Art. 4 Nr. 1 FtG Bayern; § 4 FtG i. V. m. § 3 Feiertagsschutzverordnung Berlin (unter Einbeziehung muslimischer und jüdischer Feiern); § 5 FtG Brandenburg; § 5 Abs. 1 FtG Bremen; § 2 Abs. 1 Nr. 4 FtG i. V. m. § 3 Abs. 1 Feiertagsschutzverordnung Hamburg; § 7 Abs. 1 und 2 FtG Hessen; § 5 FtG MV; § 5 Abs. 1 FtG Niedersachsen; § 5 FtG NRW; § 5 FtG RP; § 6 FtG Saarland; § 5 FtG SH Weitergehend im Tatbestand § 5 FtG Sachsen, § 4 FtG Sachsen-Anhalt und § 5 Thür. FtG, die nicht nur tatbestandlich konkretisiertes Verhalten, sondern alle potentiell störenden Veranstaltungen bzw. Handlungen untersagen.

zu einer unmittelbaren Störung des Gottesdienstes bzw. religiöser Veranstaltungen führt oder zu führen geeignet ist.¹⁹¹

c) Sonstige gesetzlich geschützte kirchliche Feiertage

56 Im Übrigen haben die Bundesländer teilweise bestimmten (im Gesetz aufgezählten) kirchlichen Feiertagen einen konkret abgegrenzten feiertagsrechtlichen Status gewährt.¹⁹² Auch hierbei handelt es sich ausschließlich um traditionelle Feiertage der Kirchen; darüber hinaus sehen Bayern und Nordrhein-Westfalen einen Schutz für Feiertage der jüdischen Kultusgemeinden vor.¹⁹³ Angesichts ihrer ausdrücklichen tatbestandlichen Eingrenzung verbietet sich eine Anwendung der einschlägigen Normen auf sonstige Feiertage von Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaften. Sofern insoweit ein Bedürfnis nach rechtlichem Schutz religiöser Belange besteht, kann diesem Anliegen *de lege lata* feiertagsrechtlich nicht Rechnung getragen werden; es hat beim allgemeinen Schutz insbesondere nach Maßgabe von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG sein Bewenden.

¹⁹¹ Vgl. im Einzelnen § 7 Abs. 1 sowie Abs. 2 Nr. 1 FtG BW; Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 FtG Bayern; § 5 Abs. 1 FtG Brandenburg; § 4 Abs. 2 Buchst. c sowie § 5 Abs. 1 Buchst. d FtG Bremen; § 2 Abs. 1 Nr. 4 FtG i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 Feiertagsschutzverordnung Hamburg; § 7 Abs. 1 Nr. 4 FtG Hessen; § 5 Abs. 1 Nr. 1 FtG MV; § 5 Abs. 1 Buchst. c FtG Niedersachsen; § 5 Abs. 1 Buchst. c und d FtG NRW; § 5 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 sowie § 10 Abs. 1 S. 2 FtG RP; § 5 Abs. 2 S. 3 sowie § 6 Abs. 1 FtG Saarland; § 5 FtG Sachsen; § 4 FtG Sachsen-Anhalt; § 5 und § 7 Abs. 1 Thür. FtG.

¹⁹² §§ 2 und 4 FtG BW (Gründonnerstag, Reformationstag, Buß- und Bettag); Art. 1 Abs. 1 Nr. 2 sowie Art. 4 FtG Bayern (Mariä Himmelfahrt, Buß- und Bettag); §§ 8–10 FtG Bremen (Reformationstag, Fronleichnam, Allerheiligen); §§ 7, 8, 10 und 11 Abs. 1 FtG Niedersachsen (Epiphania, Reformationstag, Fronleichnam, Allerheiligen, Allerseelen); § 8 Abs. 1 Nr. 2, § 9 Nr. 2, § 10 Nr. 3 und § 14 Abs. 1 Nr. 6 Buchst. b, Nr. 7 Buchst. b sowie Nr. 8 Buchst. c FtG Saarland (Allerseelen); § 3 FtG Sachsen (Erscheinungstag, Frühlings- und Bußtag, Gründonnerstag, Fronleichnam – soweit nicht gesetzlicher Feiertag, Johannestag, Peter und Paul, Mariä Himmelfahrt, Allerheiligen, Mariä Empfängnis sowie ggf. weitere von der Staatsregierung nach Maßgabe von § 3 Abs. 2 FtG Sachsen durch Rechtsverordnung festgelegte religiöse Feiertage); § 6 Abs. 2 FtG SH (Reformationstag, Buß- und Bettag); § 3 Thür. FtG (Epiphania, Gründonnerstag, Mariä Himmelfahrt, Allerheiligen, Buß- und Bettag sowie Fronleichnam in den Gemeinden, in denen er nicht gesetzlicher Feiertag ist).

¹⁹³ Art. 6 FtG Bayern (Osterfest, Wochenfest, Laubbüttenfest, Neujahrsfest, Versöhnungstag); § 9 FtG NRW (Neujahrsfest, Versöhnungstag einschließlich des Vorabends).

Was die konkrete Behandlung der kirchlichen Feiertage anbelangt, welche nicht zu den staatlich anerkannten (gesetzlichen) Feiertagen gehören, so besteht in den einzelnen Bundesländern eine differenzierte Rechtslage, die im vorliegenden Rahmen nicht in den Einzelheiten dargestellt werden kann. Im Wesentlichen haben sich die Länder darauf beschränkt, für solche Tage gesetzlich eine Privilegierung der Gottesdienste in dem Sinne zu verfügen, dass den in einem Beschäftigungs- oder Ausbildungsverhältnis stehenden Angehörigen der betreffenden Religionsgemeinschaft die Möglichkeit zum Gottesdienstbesuch gewährleistet wird.¹⁹⁴ Für den schulischen Bereich gilt im Wesentlichen die gleiche Rechtslage; teilweise entfällt der Unterricht an den betreffenden Tagen völlig.¹⁹⁵ In Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein und Thüringen erhalten vorbehaltlich entgegenstehender zwingender betrieblicher Erfordernisse evangelische Arbeitnehmer und Auszubildende am Buß- und Betttag auf Antrag ganztags unbezahlte Freistellung von der Arbeit,¹⁹⁶ in Schleswig-Holstein und Thüringen überdies bekenntniszugehörige Schüler auf Antrag ganztags Unterrichtsbefreiung.¹⁹⁷ Eine Reihe von Ländern hat zudem den für die Sonntage und die staatlich anerkannten Feiertage normierten Schutz der Gottesdienste bzw. der „gottesdienstlichen Zeiten“ vor Störungen oder gewissen Veranstaltungen auch auf bestimmte¹⁹⁸ oder sämtliche¹⁹⁹ „allein“ kirchlichen Feiertage ausgedehnt. Entsprechendes gilt in Bayern und in Nordrhein-Westfalen für Feiertage der jüdischen Kultusgemeinden,²⁰⁰ an denen zudem den bekenntniszugehörigen Arbeitnehmern der öffentlichen und privaten

¹⁹⁴ § 4 Abs. 2 FtG BW; § 2 Abs. 2 FtG Berlin; § 7 FtG Brandenburg; § 9 FtG Bremen; § 3 Abs. 1 FtG Hamburg; § 4 Abs. 1 FtG Hessen; § 7 Abs. 2 FtG MV; § 10 FtG Niedersachsen; § 8 Abs. 2 FtG NRW; § 3 Abs. 3 FtG Sachsen; § 6 Abs. 1 FtG Sachsen-Anhalt; § 7 Abs. 1 FtG SH; § 3 Abs. 3 Nr. 2 Thür. FtG.

¹⁹⁵ § 4 Abs. 3 FtG BW; Art. 4 Nr. 3 und Art. 6 Abs. 4 FtG Bayern; § 10 FtG Bremen; § 3 Abs. 2 FtG Hamburg; § 4 Abs. 2 FtG Hessen; § 7 Abs. 3 FtG MV; § 11 FtG Niedersachsen; § 3 Abs. 3 Nr. 1 FtG Sachsen; § 6 Abs. 2 FtG Sachsen-Anhalt; § 7 Abs. 2 FtG SH; § 3 Abs. 3 Nr. 1 Thür. FtG.

¹⁹⁶ § 4 Abs. 1 FtG BW; § 9 Abs. 2 FtG RP; § 7 Abs. 3 FtG SH; § 3 Abs. 4 i. V.m. Abs. 3 Nr. 2 Thür. FtG.

¹⁹⁷ § 7 Abs. 3 FtG SH; § 3 Abs. 4 i. V.m. Abs. 3 Nr. 1 Thür. FtG.

¹⁹⁸ § 9 Abs. 1 FtG BW; Art. 4 Nr. 1 FtG Bayern; § 8 FtG Bremen; § 7 FtG Niedersachsen; § 4 Abs. 2 FtG Sachsen-Anhalt; § 7 Abs. 3 FtG SH.

¹⁹⁹ § 12 FtG Hessen; § 8 Abs. 1 und 3 FtG NRW; § 9 Abs. 1 FtG RP; § 6 Abs. 1 FtG Saarland; § 5 FtG Sachsen; § 5 Thür. FtG.

²⁰⁰ Art. 6 Abs. 2 FtG Bayern; § 9 Abs. 1 FtG NRW (wobei gemäß Abs. 2 die ortsübliche Zeit des Hauptgottesdienstes im Einvernehmen mit der jüdischen Kultusgemeinde festzusetzen ist).

Betriebe bzw. Verwaltungen prinzipiell das Recht eingeräumt wird, der Arbeit fernzubleiben.²⁰¹

- 58 Soweit in feiertagsrechtlichen Regelungen „Gottesdienste“, „kirchliche Veranstaltungen“ bzw. „religiöse Veranstaltungen“²⁰² *allgemein* unter Schutz gestellt werden, bezieht sich diese Terminologie nicht nur auf die traditionellen Gottesdienstformen bzw. auf Veranstaltungen der Kirchen. Ebenso wie beim Begriff der „kirchlichen Feiertage“, der im Sonn- und Feiertagsrecht prinzipiell gleichbedeutend ist mit dem der „religiösen Feiertage“, differenziert das staatliche Recht aus Gründen der Parität und Neutralität auch beim Gottesdienstbegriff u. s. w. dem Grunde nach nicht zwischen den verschiedenen Religionsgemeinschaften.²⁰³ Feiertagsrechtlich betrachtet erfassen demgemäß die Rechtsbegriffe „Gottesdienst“, „kirchliche Veranstaltung“ oder „religiöse Veranstaltung“ religionsbezogene Feiern bzw. Veranstaltungen jeder Religionsgemeinschaft. Anders ist insoweit allerdings die Rechtslage zu beurteilen, sofern die Feiertagsgesetze die gesetzlich geschützten kirchlichen Feiertage *ausdrücklich aufzählen* und für diese Tage die Möglichkeit des Gottesdienstbesuches oder einen Schutz der Gottesdienste vor Störungen u. s. w. gewährleisten. Durch die gesetzliche Benennung der qualifizierten Tage wird auch eine normative Konkretisierung der an ihnen abgehaltenen Gottesdienste vorgenommen: Geschützt sind dann der *ratio legis* gemäß jeweils (nur) die Gottesdienste derjenigen Religionsgemeinschaften, welche den betreffenden Feiertag begehen. Religiöse Veranstaltungen anderer Religionsgemeinschaften genießen an solchen Tagen keine spezifische feiertagsrechtliche Qualifikation, partizipieren aber selbstverständlich auch an der allgemeinen grundrechtlichen Gewährleistung der ungestörten Religionsausübung nach Maßgabe von Art. 4 Abs. 2 GG.

d) „Stille Tage“ und besonders geschützte Zeiten

- 59 Einzelne Tage des Jahres, denen ein spezifischer Charakter eigen ist, genießen – ungeachtet inzwischen zunehmender rechtspolitischer Diskussionen über einen vermeintlich „zeitgemäßen“ Änderungsbe-

²⁰¹ Art. 6 Abs. 5 FtG Bayern; § 9 Abs. 3 FtG NRW. Eine Garantie der Lohnfortzahlung ist damit ausdrücklich nicht verbunden.

²⁰² § 2 Abs. 2 FtG Berlin.

²⁰³ Anders noch auf koordinationsrechtlicher Basis *Dirksen*, Feiertagsrecht (o. Fn. 13), S. 135.

darf – feiertagsrechtlich noch eine über den üblichen Schutz der Sonn- und Feiertage hinausgehende Qualifizierung. Hierdurch werden von Gesetzes wegen die jeweiligen feiertagsbezogenen religiösen Anliegen berücksichtigt, teils auch allgemeine (religiös indifferente) gesellschaftliche Konventionen. Dem ernststen Charakter solcher Tage trägt in den Feiertagsgesetzen vor allem²⁰⁴ das Verbot inadäquater Veranstaltungen Rechnung.²⁰⁵

Durchweg gelten in den Bundesländern als „stille Tage“ der Karfreitag, der Volkstrauertag und der Totensonntag (bzw. Ewigkeitssonntag), teils auch der Tag der Deutschen Einheit, der Buß- und Bettag und Allerheiligen. Nach Maßgabe des im Einzelnen unterschiedlich weit gehenden²⁰⁶ Landesrechts sind darüber hinaus weitere Tage der Karwoche, Aschermittwoch, Allerseelen, der Heilige Abend bzw. der Abend des 31. Dezember unter besonderen Schutz gestellt.²⁰⁷

60

²⁰⁴ Im Übrigen bestehen z.B. gesetzliche Kriterien für Rundfunksendungen an solchen Tagen (§ 8 Abs. 3 FtG Hessen; § 6 Abs. 4 FtG NRW; § 8 Abs. 2 FtG Saarland).

²⁰⁵ §§ 8 und 10 FtG BW; Art. 3 und 5 FtG Bayern; § 4 FtG i.V.m. § 4 Feiertagsschutzverordnung Berlin; § 5 Abs. 2 und § 6 FtG Brandenburg; §§ 6 und 7 FtG Bremen; § 2 Abs. 1 Nr. 2 und 4 FtG i.V.m. § 4 Feiertagsschutzverordnung sowie i.V.m. der VO über den Volkstrauertag Hamburg; §§ 8 und 10 FtG Hessen; § 5 Abs. 2 und § 6 FtG MV; §§ 6, 8 und 9 FtG Niedersachsen; §§ 6 und 7 FtG NRW; §§ 6–8 FtG RP; §§ 8–10 FtG Saarland; § 6 FtG Sachsen; § 5 FtG Sachsen-Anhalt; § 6 Abs. 1 FtG SH; § 6 Thür. FtG.

²⁰⁶ So ist z.B. in Baden-Württemberg gemäß § 8 Abs. 3 FtG die Kreispolizeibehörde ermächtigt, auf Antrag der Ortpolizeibehörde während der gesamten Karwoche (Palmsonntag bis Karsamstag), am Ostersonntag, Pfingstsonntag, an Fronleichnam, am Volkstrauertag und am ersten Weihnachtstag öffentliche Veranstaltungen zu verbieten, wenn sie nach den besonderen örtlichen Verhältnissen geeignet sind, Anstoß zu erregen.

²⁰⁷ § 7 Abs. 1 S. 2 FtG BW (Heiliger Abend ab 17 Uhr, 31. Dezember für die Zeit von 18 bis 21 Uhr); Art. 3 Abs. 1 FtG Bayern (Aschermittwoch, Gründonnerstag, Samstag der Karwoche, Heiliger Abend ab 14 Uhr); § 6 FtG Brandenburg (Gründonnerstag 4 Uhr bis Karsamstag 24 Uhr, Heiliger Abend ab 13 Uhr); § 10 FtG Hessen (Gründonnerstag ab 4 Uhr, Samstag der Karwoche, Heiliger Abend ab 17 Uhr); § 6 FtG MV (Heiliger Abend ab 13 Uhr); § 8 (Allerseelen in Gemeinden mit mindestens zwei Fünfteln katholischer Bevölkerung) sowie § 9 FtG Niedersachsen (Gründonnerstag ab 5 Uhr, Samstag der Karwoche, Heiliger Abend); § 7 FtG NRW (Gründonnerstag ab 18 Uhr, Heiliger Abend ab 16 Uhr); § 6 Nr. 3, § 7 Nr. 3 sowie § 8 Nr. 3 FtG RP (Heiliger Abend ab 13 Uhr); § 8 Abs. 1 Nr. 2 und 4, § 9 Nr. 2 und 3 sowie § 10 Nr. 3 und 5 FtG Saarland (Allerseelen bis 11 bzw. 18 Uhr, Heiliger Abend ab 13 Uhr); § 5 S. 2 FtG Sachsen (Heiliger Abend ab 14 Uhr); § 5 Buchst. e FtG Sachsen-Anhalt (Heiliger Abend ab 16 Uhr); § 4 Abs. 2 (Vorabend des Karfreitags) sowie § 9 FtG SH (Vorabend des Karfreitags, Samstag der Karwoche, Heiliger Abend); § 6 Abs. 3 Thür. FtG (Heiliger Abend ab 15 Uhr).

§ 41

Religiöse Symbole im öffentlichen Raum

Von Janbernd Oebbecke

I. Problem und Begriffe	1–6
1. Symbole	3–4
2. Öffentlicher Raum	5–6
II. Rechtliche Besonderheiten der Kommunikation durch (religiöse) Symbole	7–14
III. Zulässigkeit religiöser Symbole im öffentlichen Raum	15–19
IV. Zulässigkeit religiöser Symbole im amtlichen Raum	20–38
1. Räume und Veranstaltungen	21–23
2. Amtsträger	24–34
3. Andere Personen	35–38

I. Problem und Begriffe

Religion lebt von der Kommunikation mit Gott und mit anderen Menschen. Die Freiheit der Religionsausübung (Art. 4 Abs. 2 GG) und die Freiheit des religiösen Bekenntnisses (Art. 4 Abs. 1 GG) schützen diese Kommunikation. Unter Kommunikation soll hier der Vorgang der Informationsübertragung von einer Person (Sender) an eine oder mehrere andere (Empfänger) mit Hilfe von Signalen verstanden werden. Soweit Kommunikation von anderen Menschen wahrgenommen wird, kann sie Rechtsfragen aufwerfen. Die erforderliche Grenzziehung weist Besonderheiten auf, wenn durch „Symbole“ kommuniziert wird und wenn dies im „öffentlichen Raum“ geschieht. Darum geht es hier.

Außerhalb der Betrachtung bleiben deshalb also Fragen, die religiöses Verhalten abseits der Kommunikation mit anderen Menschen

aufwirft. Das – nicht demonstrative – Beten in der Schule¹, die Teilnahme am Schwimm- und Sportunterricht² und die angemessene Bekleidung dabei, die Kollision der religiösen Pflicht, einen Turban zu tragen, mit der Helmpflicht auf dem Motorrad³ oder die religiöse Beschneidung⁴ werfen interessante Rechtsfragen auf, gehören aber thematisch nicht in den hier untersuchten Zusammenhang symbolischer Kommunikation mit anderen Menschen⁵.

1. Symbole

- 3 Symbole⁶ sind sinnlich wahrnehmbare Zeichen – Handlungen, Dinge, Bilder, Töne, Farben – für selbst nicht wahrnehmbare abstrak-

Der Beitrag wurde am 27.3.2018 abgeschlossen.

¹ BVerwG, U. v. 30.11.2011 – 6 C 20.10, BVerwGE 141, 223 ff.; *Hannah Rubin*, Das islamische Gebet in der Schule, in: JURA 2012, S. 718 ff.; *Jan Philipp Schaefer*, Die religiöse Neutralität des Staates im öffentlichen Raum, in: VerwArch 103 (2012), S. 136 ff.

² BVerwG, U. v. 11.9.2013 – 6 C 25.12, juris; BVerwG, U. v. 25.8.1993 – 6 C 8/91, BVerwGE 94, 82 ff.; *Thorsten Kingreen / Ralf Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 33. Aufl. 2017, Rn. 641; *Fabian Wittreck*, Perspektiven der Religionsfreiheit in Deutschland, in: Neuere Entwicklungen im Religionsrecht europäischer Staaten, hg. von Wilhelm Rees / María Roca / Balázs Schanda, 2013, S. 825 (835 ff.).

³ VG Freiburg, U. v. 29.10.2015 – 6 K 2929/14 –, juris; zum Turban der Sikhs *Sonja Lanzerath*, Religiöse Kleidung und öffentlicher Dienst. Zur Zulässigkeit dienstrechtlicher Bekleidungsverbote in Schule, Gerichtsbarkeit und Polizei, 2003, S. 13 f.

⁴ LG Köln, U. v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11, in: NJW 2012, S. 2128 f.; *Bijan Fateh-Moghadam*, Religiöse Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht, in: Rechtswissenschaft 2010, S. 115 ff.; *Michael Germann*, Der menschliche Körper als Gegenstand der Religionsfreiheit, in: Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur. Festschrift zum 70. Geburtstag von Gerfried Fischer, hg. von Bernd-Rüdiger Kern / Hans Lilie, 2010, S. 35 (52 ff.); *Wittreck*, Perspektiven (o. Fn. 2), S. 827 ff.

⁵ Das gilt auch für die inzwischen wegen geänderter Anforderungen an die Fotos überholte Diskussion um Kopfbedeckungen auf Ausweisfotos; dazu *Janbernd Oebbecke*, in: Handbuch Recht und Kultur des Islams in der deutschen Gesellschaft, hg. von Adel Theodor Khoury / Peter Heine / Janbernd Oebbecke, 2000, S. 307 f.

⁶ Zum Folgenden *Janbernd Oebbecke*, Das „islamische Kopftuch“ als Symbol, in: Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Rüfner zum 70. Geburtstag, hg. von Stefan Muckel, 2003, S. 593 (594 f.) m. w. N.; *Dirk Heckmann*, Eingriff durch Symbole?, in: JZ 1996, S. 880 (881 ff.); *Michael Hoffmann*, Was sind „Symbole“, und wie lässt sich ihre Bedeutung erfassen?, in: Institutionalität und Symbolisierung. Verstetigungen

te Vorstellungen. In Symbolen können komplexe Inhalte verdichtet und damit besonders ökonomisch übermittelt werden. Symbole werden unabhängig von Muttersprache und sprachlichem Bildungsgrad verstanden und können Emotionen auslösen. Diese Eigenschaften machen sie für die religiöse Kommunikation besonders attraktiv. Neben der sprachlichen Kommunikation, etwa im Gebet und in der Verkündigung, spielt die Kommunikation durch Symbole deshalb für die Religionen eine wichtige Rolle.

Die Bedeutung eines Symbols, also der Inhalt, der durch die symbolische Kommunikation vermittelt wird, kann in einem bestimmten kulturellen oder sozialen Zusammenhang ohne weiteres verständlich sein. Sie kann aber auch verabredet oder gesetzt werden⁷. Immer ist das Symbol sozial konstruiert und es bedarf ungleich mehr als verbale Kommunikation der Interpretation. Diese besondere Interpretationsbedürftigkeit ist der Grund für rechtliche Besonderheiten gegenüber der sprachlichen Kommunikation. Von der Interpretation eines Gegenstandes, Geräusches u. s. w. hängt ab, ob es sich überhaupt um ein Symbol handelt und ob es als religiöse Kommunikation besonders geschützt ist. Das Recht muss also eine Aussage dazu treffen, welche Interpretation maßgeblich ist (II.).

4

2. Öffentlicher Raum

Der Begriff öffentlicher Raum ist mehrdeutig⁸. Hier wird darunter erstens der ohne besondere Zulassung für jedermann zugängliche

5

kultureller Ordnungsmuster in Vergangenheit und Gegenwart, hg. von Gert Melville, 2001, S. 95 ff.; dazu, dass die Auseinandersetzung über Symbole selbst symbolisch sein kann, s. *Hans Michael Heinig*, Gerichtliche Auseinandersetzungen um Kreuz und Kopftuch im öffentlichen Raum – Thesen und Beobachtungen, in: ZevKR 57 (2012), S. 82 (85).

⁷ Die Annahme von *Heckmann*, Eingriff (o. Fn. 6), S. 881, Symbole entstehen stets „durch tiefe, nachhaltige Erfahrung“ ist mit zahlreichen Gegenbeispielen vom Hakenkreuz über die roten Nelken der portugiesischen Revolution bis zum ukrainischen Orange unvereinbar. Die nachhaltigen Erfahrungen folgen der Etablierung des Symbols allerdings in vielen Fällen nach.

⁸ Dazu *Ansgar Hense*, Religion im öffentlichen Raum. Einige nicht nur rechtsgrundsätzliche Bemerkungen, in: 50 Jahre Seelsorgevereinbarung in Bundesgrenzschutz und Bundespolizei, hg. von Helmut Blanke u. a., 2015, S. 83 ff.; etwas anders als hier etwa *Juliane Kokott*, Laizismus und Religionsfreiheit im öffentlichen Raum, in: Der Staat 44 (2005), S. 343 (345); grundlegend zum Begriff des öffentlichen Raums *Angelika Siehr*, Das Recht am öffentlichen Raum, 2016, S. 93 ff.

oder wahrnehmbare räumliche Bereich verstanden, also etwa Straßen, von dort einsehbare Grundstücke und die freie Landschaft (öffentlicher Raum)⁹. Zweitens wird darunter der durch die öffentliche Gewalt für amtliches Wirken genutzte Raum verstanden, also etwa Verwaltungsgebäude, Gerichte und Schulen (amtlicher Raum)¹⁰. Die weitere Bedeutung „Öffentlichkeit als Raum des vernünftigen kommunikativen Umgangs miteinander“¹¹ bleibt außer Betracht.

- 6 Religiöse Kommunikation im so verstandenen öffentlichen oder amtlichen Raum kann besondere Fragen aufwerfen, weil der öffentliche Raum (III.) nicht nur vom Kommunizierenden genutzt wird und auch andere auf ihn angewiesen sind, und weil der amtliche Raum (IV.) staatlich bestimmt und genutzt wird. Dabei können die soeben beschriebenen Besonderheiten symbolischer gegenüber sprachlicher Kommunikation eine Rolle spielen.

II. Rechtliche Besonderheiten der Kommunikation durch (religiöse) Symbole

- 7 Symbole gleich welcher Art erfordern eine Interpretationsleistung auf zwei Ebenen¹²: Auf der ersten muss entschieden werden, ob ein Symbol vorliegt, ob also überhaupt kommuniziert werden soll. Wird diese Frage bejaht, ist auf der zweiten Ebene zu bestimmen, was kommuniziert wird – der Inhalt¹³. Wo nicht kommuniziert wird,

⁹ In diesem Sinn etwa *Kay Waechter*, Videoüberwachung öffentlicher Räume und systematischer Bildabgleich, in: NdsVBl. 2001, S. 77; *Andreas Dietz*, Grundrechtskollisionen im öffentlichen Raum, in: AöR 133 (2008), S. 556 (556 f.); *Christoph Gusy*, Der öffentliche Raum – Ein Raum der Freiheit, der (Un-)Sicherheit und des Rechts, in: JZ 2009, S. 217 (217 f.); die interessanten Fragen, welche die privat verantworteten öffentlichen Räume (dazu etwa BVerfG, U. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, BVerfGE 128, 226 ff.; *Jens Kersten / Florian Meinel*, Grundrechte in privatisierten öffentlichen Räumen, in: JZ 2007, S. 1127 ff.) aufwerfen, werden hier ausgespart.

¹⁰ In diesem Sinn etwa *Schaefer*, Neutralität (o. Fn. 1), S. 136; private Arbeitsplätze (dazu EuGH, U. v. 14.3.2017 – C-157/15, juris; *Jens M. Schubert*, Religiöse Symbole und Kleidungsstücke am Arbeitsplatz, in: NJW 2017, S. 2582 ff.), mögen sie auch unbeschränkt zugänglich sein, gehören nicht hierhin.

¹¹ So etwa *Jürgen Habermas*, Öffentlicher Raum und Politische Öffentlichkeit, <<https://www.nzz.ch/article9Z0Q0-1.346787>>.

¹² Dazu *Oebbecke*, Symbol (o. Fn. 6), S. 596 ff.

¹³ Dazu auch *Rudolf Steinberg*, Religiöse Symbole im säkularen Staat, in: Der Staat 56 (2007), S. 157 (176 ff.).

kommt zwar ein grundrechtlicher Schutz über Art. 2 Abs. 1 GG oder ggf. als Religionsausübung (Art. 4 Abs. 2 GG) in Betracht, aber nicht über Art. 5 Abs. 1 GG oder Art. 4 Abs. 1 GG als Bekenntnis.

Die Feststellung, ob überhaupt etwas kommuniziert werden soll, kann einfach sein. Die beiden gekreuzten Linien auf der oberen Fläche eines Grenzsteins sehen zwar aus wie ein griechisches Kreuz, es geht aber zweifellos nicht um die Übermittlung eines christlichen Gedankeninhalts durch ein Symbol, sondern um die präzise Markierung eines Grenzpunktes. Schwerlich wird jemand beim Anblick eines solchen Steins an das Christentum denken¹⁴. Dagegen hat ein Kruzifix¹⁵ eindeutig kommunikative Bedeutung mit religiösem Inhalt, ist also ein religiöses Symbol¹⁶. In anderen Fällen kann die Feststellung, ob etwas kommuniziert werden soll, schwieriger sein, weil es auf Kontext und Perspektive ankommt.

Eine Kopfbedeckung kann ohne jede religiöse Absicht als Schutz gegen die Witterung oder gegen Staub getragen werden, sie kann ohne Kommunikationsabsicht zur Erfüllung eines religiösen Gebots und sie kann mit einer solchen Absicht getragen werden, um zu zeigen, dass man Jude, Muslima¹⁷ oder Sikh ist und die religiösen Gebote befolgt oder als Nonne nach den Regeln des Ordens lebt. Eine Kommunikationsabsicht kommt nicht zum Zuge, wenn das eingesetzte Zeichen im Hintergrundrauschen untergeht und somit als Symbol nicht wahrnehmbar ist. Wo aus hygienischen Gründen alle ihre Haare vollständig bedecken, kann eine religiöse Botschaft nicht durch die Kopfbedeckung als solche, sondern allenfalls durch deren Form vermittelt werden. Wer an seinem Arbeitsplatz in der Behör-

¹⁴ Ähnliches gilt für die staatliche Verwendung von Kreuzen auf Wappen, Truppenkennzeichen u. ä.; dazu *Max Emanuel Geis*, Geheime Offenbarung oder Offenbarungseid?, in: RdJB 1995, S. 373 (379); *Christian Hillgruber*, Können Minderheiten Mehrheiten blockieren?, in: KuR 2010, S. 8 (16).

¹⁵ Zu den Unterschieden zwischen Kreuz und Kruzifix *Ansgar Hense*, Das Kreuz in der Öffentlichkeit, in: Engagement – Zeitschrift für Erziehung und Schule 2013, S. 10 (11); zur Wahrnehmung von und dem Umgang mit den Unterschieden *Richard Wiedemann*, Der Streit um das Schulkreuz in Deutschland und Italien, 2012, S. 225 ff.

¹⁶ Davon ging auch die bayerische Schulverwaltung aus, als sie in dem der Kruzifix-Entscheidung zugrundeliegenden Fall das Kruzifix gegen ein einfaches Kreuz austauschte (BVerfG, B. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91, juris, Rn. 5).

¹⁷ Beispielhaft zu diesen Interpretationsmöglichkeiten am Beispiel des Kopftuchs s. BVerfG, U. v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, juris, Rn. 50 ff.; *Oebbecke*, Symbol (o. Fn. 6), S. 596 ff.; *Hinnerk Wißmann*, Religiöse Symbole im öffentlichen Dienst, in: ZevKR 52 (2007), S. 51 (70 f.).

denkantine also ein Kopftuch wie alle anderen trägt, kommuniziert dort nicht symbolisch, auch wenn er sich außerhalb des Arbeitsplatzes in Kommunikationsabsicht ebenso bedeckt. Eine bestimmte Farbe der Kleidung allein wie das Rot der Sannyasin wird sich vor dem Kleidungshintergrund eines Lehrerkollegiums schwerlich als religiöses Symbol ausmachen lassen; anders kann es sein, wenn etwa eine Kette mit Holzperlen hinzukommt¹⁸.

10 Auch auf der zweiten Stufe, auf der es darum geht, welchen Inhalt ein Symbol transportieren soll, gibt es eindeutige Fälle. Das Verkehrszeichen 102 für Kreuzung oder Einmündung¹⁹ soll gemäß § 40 Abs. 1 StVO „zu erhöhter Aufmerksamkeit“ wegen einer Kreuzung oder Einmündung „mahnen“. Das dort verwandte Andreaskreuz soll keine christliche Botschaft vermitteln und wird auch nicht so verstanden. Der Adhan, der islamische Gebetsruf²⁰ in arabischer Sprache, steht an der Grenze zwischen sprachlicher Botschaft und akustischem Symbol. Auch wenn er sprachlich nicht verstanden und deshalb nur als Zeichen wahrgenommen wird, ist sein Inhalt aber eindeutig religiös. Glockenläuten²¹ dagegen ist mehrdeutig²². Es können verschiedene religiöse Botschaften vom Angelusläuten über die Ankündigung des Gottesdienstes bis zur Markierung einzelner Teile des Gottesdienstes wie Vaterunser oder Wandlung, aber auch profane Inhalte wie beim Zeitschlagen oder der Warnung vor Feuer oder Sturmflut übermittelt werden.

11 Weil die Interpretationen von Sender und Empfänger bei Kommunikationsvorgängen auf beiden Ebenen auseinanderfallen können, muss der Rechtsanwender entscheiden, auf wessen Perspektive es

¹⁸ Dazu BVerwG, B. v. 8.3.1988 – 2 B 92.87, juris; Oebbecke, Recht und Kultur (o. Fn. 5), S. 313 m.w.N.; Lanzerath, Religiöse Kleidung (o. Fn. 3), S. 14, 29.

¹⁹ Nr. 2 der Anlage 1 zu § 40 Abs. 6 und 7 StVO.

²⁰ Edin Šarčević, Religionsfreiheit und der Streit um den Ruf des Muezzins, in: DVBl. 2000, S. 519 (522).

²¹ Dazu BVerwG, U. v. 7.10.1983 – 7 C 44/81, juris; BVerwG, B. v. 2.9.1996 – 4 B 152/96, juris; Bernhard Haaß, Rechtsschutz gegen Profangeläut, in: JURA 1993, S. 302 ff.

²² Das gilt nicht nur unter Berücksichtigung von Differenzierungen beim Läuten; s. dazu etwa Evangelische Kirche im Rheinland, Merkblatt über den Gebrauch von Kirchenglocken v. 4.5.1995, geändert durch Beschluss vom 4.5.2004 (KABl. S. 226); in der Rechtsprechung wurde auch unterschiedlich beurteilt, ob das Zeitschlagen religiöse Inhalte transportiert (verneinend BVerwG, B. v. 28.1.1994 – 7 B 198/93, juris, Rn. 6; BayVG, B. v. 6.10.1993 – 22 B 93.1300, juris; bejahend OVG Lüneburg, B. v. 22.11.1995 – 7 M 6683/95, juris, Rn. 3 [„memento mori“]).

ankommt. Die Senderperspektive ist nur dort entscheidend, wo die Wahrnehmung durch andere keine Rolle spielt. Unabhängig von der Frage, ob ein Handeln in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, muss – auch – der Empfängerhorizont maßgeblich sein²³. Deshalb ist das islamische Kopftuch in der Wahrnehmung der deutschen Gesellschaft inzwischen ein religiöses Symbol²⁴, auch wenn die Trägerin keine Kommunikationsabsicht verfolgt, sondern durch Befolgung eines religiösen Gebots ihren Glauben ausübt. Dass mit der Maßgeblichkeit des Empfängerhorizonts gerade bei symbolischer Kommunikation aber häufig noch wenig gewonnen ist²⁵, liegt daran, dass es in der Regel mehrere oder viele Empfänger gibt, die durchaus unterschiedlich wahrnehmen können, ob und was kommuniziert wird. Auf das Verständnis einzelner oder bestimmter Empfänger wird es deshalb regelmäßig nicht ankommen können, man wird vielmehr auf den in Betracht kommenden Empfängerkreis abstellen müssen. Die rosa Baskenmütze etwa wird dann als – wohl etwas schrullige – Kopfbedeckung einer Lehrerin zu werten sein, stellt aber kein religiöses Symbol dar²⁶. Auch soweit der in Betracht kommende Empfängerkreis – wie das Gericht aus den Akten – weiß, dass die Baskenmütze als Ersatz für ein vorher getragenes Kopftuch fungiert, wird er sie als Reverenz vor den herrschenden Anschauungen, aber nicht als religiöses Symbol wahrnehmen²⁷.

Der so verstandene Empfängerhorizont darf nicht als empirisch ermittelbar verstanden, sondern muss wertend bestimmt werden. Wie stets, wenn es um Kommunikation geht, spielt der Kontext dabei eine große Rolle²⁸. Wird einem Zeugen ein Kruzifix als Schwurkreuz²⁹ zur Verfügung gestellt, macht sich das Gericht den religiösen Inhalt ebenso wenig zu eigen, wie das bei einem Koran der Fall wäre. Das

12

²³ *Heinig*, Kreuz und Kopftuch (o. Fn. 6), S. 86 f.

²⁴ Zu den Möglichkeiten der inhaltlichen Interpretation des Kopftuchs *Oebbecke*, Symbol (o. Fn. 6), S. 599 ff.; *Steinberg*, Symbole (o. Fn. 13), S. 179 f.

²⁵ Dazu s. schon *Oebbecke*, ebd., S. 603.

²⁶ So BVerfG, B. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10, Sondervotum, juris, Rn. 4; anders etwa LAG Düsseldorf, U. v. 10.4.2008 – 5 Sa 1836/07, juris, Rn. 73 ff.; dazu auch *Karl-Heinz Ladeur*, Das islamische Kopftuch in der christlichen Gemeinschaftsschule, in: JZ 2015, S. 633 (635).

²⁷ Zum Parallellfall des Rollkragenpullovers *Germann*, Religionsfreiheit (o. Fn. 4), S. 44.

²⁸ S. etwa für das Kopftuch BVerfG, U. v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, juris, Rn. 50 ff.; *Oebbecke*, Symbol (o. Fn. 6), S. 606; *Heinig*, Kreuz und Kopftuch (o. Fn. 6), S. 87 f.

²⁹ Zum Schwurkreuz BVerfG, B. v. 17.7.1973 – 1 BvR 308/69, juris, Rn. 24; *Hillgruber*, Minderheiten (o. Fn. 14), S. 17.

Vorhalten und der Einsatz solcher Kreuze für diejenigen, die darauf Wert legen, trägt wie die religiöse Beteuerungsformel im Interesse der Wahrheitsfindung dazu bei, die Funktion des Eides als feierliche Beteuerung zu sichern und zu verstärken. Ähnliches gilt für die Vorhaltung von Gebetsräumen; die Rücksichtnahme auf religiösen Bedarf signalisiert die verfassungsgebotene Offenheit für private Religiosität³⁰, nicht staatliche Identifikation mit religiösen Inhalten.

- 13** Wenn ein Gericht oder eine Schule in einem ehemaligen Klostergebäude untergebracht sind, von dessen künstlerischer Ausstattung noch Deckengemälde oder Reliefs mit christlichen Themen vorhanden sind, ist daraus das staatliche Bemühen um die Erhaltung von Denkmalsubstanz ablesbar, aber es wird keine besondere Nähe zum christlichen Glauben signalisiert. Sender der christlichen Botschaft sind die Erbauer oder früheren Nutzer, aber nicht der heute nutzende Staat. Anders liegt der Fall, wenn wie hier und da bis in die jüngste Zeit³¹ die Anbringung oder der weitere Verbleib von in den letzten Jahrzehnten angebrachten Kreuzen amtlich angeordnet wird.
- 14** Weihnachtsbäume oder Osterhasen in Rathäusern, Kindergärten oder Schulen sind zwar saisonal mit christlichen Festen verbunden, anders als etwa durch eine Weihnachtskrippe³² werden damit aber keine christlichen Inhalte kommuniziert. Die jahreszeitliche Bezugnahme auf religiöse Festtage ist keine Identifikation mit Religion. Sie kann aber Gleichbehandlungsfragen aufwerfen.

III. Zulässigkeit religiöser Symbole im öffentlichen Raum

- 15** Bei der Zulässigkeit religiöser Symbole im öffentlichen Raum geht es also um die Zulässigkeit religiöser Kommunikation im öffentli-

³⁰ Zum offenen oder positiven Charakter der religiösen Neutralität des Staates nach dem Grundgesetz etwa BVerfG, U. v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02, juris, Rn. 43; BVerfG, B. v. 27. 1. 2015 – 1 BvR 471/10, juris, Rn. 110; *Christian Starck*, in: Hermann v. Mangoldt (Begr.) / Friedrich Klein / Christian Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 4, Rn. 31; *Stefan Koriath*, in: Grundgesetz Kommentar, begr. von Theodor Maunz / Günter Dürig, Losebl. Stand: 74. Erg.-Lfg. Mai 2015, Art. 140, Rn. 31.

³¹ S. etwa den OVG Saarland, B. v. 30. 1. 2015 – 2 D 2/15, juris, zugrundeliegenden Sachverhalt.

³² Zur amerikanischen Diskussion *Holger Fleischer*, Von Krippen, Kreuzen und Schulgebeten: Negative Religionsfreiheit und staatliche Neutralität im Spiegel der amerikanischen Rechtsprechung, in: JZ 1995, S. 1001 (1004); anders die französische Diskussion, s. *Steinberg*, Symbole (o. Fn. 13), S. 178 f.

chen Raum. Sie hängt davon ab, wer ein Symbol benutzt. Der Staat in allen seinen Erscheinungsformen darf nicht religiös kommunizieren³³, weil er sich nicht mit einem Bekenntnis identifizieren darf, auch nicht mit Religion überhaupt. Für ihn gilt das Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität³⁴. Gerade für die Beurteilung staatlichen Handelns ist die im vorigen Abschnitt diskutierte Frage nach dem Inhalt von Symbolen deshalb von entscheidender Bedeutung. Wo kein religiöser Inhalt kommuniziert wird, kommt ein Verstoß gegen die gebotene Neutralität nicht in Betracht. Die religiöse Aussage von Gipfelkreuzen kann je nach Ausgestaltung ganz hinter ihrer Funktion als Landmarke zurücktreten³⁵. Dass die öffentliche Hand die Aufstellung zulässt, wird man im Regelfall auch nicht als Identifikation mit einem eventuellen religiösen Gehalt verstehen können.

Private und die ihnen insoweit gleichgestellten Kirchen und Religionsgemeinschaften genießen für ihre Kommunikation dagegen den grundrechtlichen Schutz des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG. Das gilt für die Errichtung markanter Gotteshäuser³⁶ durch religiöse Organisationen aller Art, für religiöse Umzüge wie Prozessionen, für die Errichtung von Wegekreuzen oder -kapellen durch Landwirte, für das sonntägliche Glockenläuten, für die Burkaträgerin beim Spaziergang oder für das Plakatieren religiöser Botschaften³⁷. Problematisch ist, wo der grundrechtlichen Freiheit Grenzen gezogen werden dürfen.

16

³³ Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 30), Art. 140, Rn. 31.

³⁴ Hans D. Jarass, in: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, hg. von dems./Bodo Piero, 13. Aufl. 2014, Art. 4, Rn. 5; BVerfG, U. v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, juris, Rn. 42; BVerfG, B. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91, juris, Rn. 35; BVerfG, B. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10, juris, Rn. 109 f.; Stefan Mückel, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Rudolf Dolzer, Losebl. Stand: 174. Erg.-Lfg. September 2015, Art. 4, Rn. 151; Martin Morlok, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 4, Rn. 48; Lanzerath, Religiöse Kleidung (o. Fn. 3), S. 167 f.; skeptisch Hillgruber, Minderheiten (o. Fn. 14), S. 15 ff; ausführlich zum Neutralitätsgebot Christian Walter, → § 18.

³⁵ Wenn Steinberg, Symbole (o. Fn. 13), S. 186, „Weg- und Gipfelkreuze“ als „Ausdruck der christlichen Tradition“ und „nicht mehr als Gegenstände kultischer Verehrung“ sieht, überzeugt das schon wegen der Entgegensetzung nicht. Symbole können dezidiert religiöse Inhalte transportieren, auch wenn sie keineswegs Gegenstand kultischer Verehrung sind.

³⁶ Dazu etwa Stefan Muckel, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Karl Heinrich Friauf / Wolfram Höfling, Losebl. Stand: 47. Erg.-Lfg. September 2015, Art. 4, Rn. 33.

³⁷ S. etwa Starck, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 30), Art. 4, Rn. 57; Herzog, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 30), Art. 4, Rn. 101.

- 17 Ausgangspunkt ist hierbei einmal die Funktion der Glaubensfreiheit. Sie soll verhindern, dass ein Verhalten deshalb unterbunden oder erschwert wird, weil es religiös motiviert ist oder einen religiösen Inhalt hat. Ebenso wenig wie die Kunstfreiheit erlaubt die Glaubensfreiheit deshalb die Inanspruchnahme fremden Eigentums ohne Einwilligung des Berechtigten. Ein religiöses Symbol darf schon deshalb nicht aus gestohlenem Material angefertigt, eine religiöse Kundgebung nicht ohne Einwilligung auf fremdem Privatgrund durchgeführt werden. Das religiöse Glockenläuten oder der islamische Gebetsruf sind nur in den Grenzen des Immissionsschutzrechts zulässig³⁸. Wo bei der Anwendung solcher Bestimmungen Spielräume bestehen, ist das Grundrecht des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG angemessen zu berücksichtigen³⁹.
- 18 Über diesen Rahmen hinausgehende Eingriffe müssen durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden und bedürfen grundsätzlich einer gesetzlichen Grundlage. Wo die Grenze des Gesetzesvorbehaltes bei vorbehaltlosen Grundrechten genau verläuft, ist nicht nur für den Umgang mit religiösen Symbolen umstritten. Als kollidierendes Verfassungsrecht kommen für die symbolische religiöse Kommunikation im öffentlichen Raum vor allem die allgemeine Handlungsfreiheit und die negative Glaubensfreiheit Dritter⁴⁰ in Betracht. Hinter Regelungen, welche die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs sicherstellen sollen, steht die allgemeine Handlungsfreiheit. Die Rücksicht darauf kann Einschränkungen für religiöse Veranstaltungen im öffentlichen Raum rechtfertigen. Das durch die negative Glaubensfreiheit geschützte Interesse, nicht mit Manifestationen fremder Religiosität konfrontiert zu werden, wird im öffentlichen Raum in aller Regel gegenüber der positiven Glaubensfreiheit zurücktreten müssen; der öffentliche Raum ist ein „Ort der Zumutung“⁴¹. Je mehr ein Symbol über den öffentlichen Raum hinaus aber auch im privaten Raum optisch oder akustisch wahrnehmbar ist und

³⁸ BVerwG, U. v. 7.10.1983 – 7 C 44/81, juris; BVerwG, B. v. 2.9.1996 – 4 B 152/96, juris; *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 36), Art. 4, Rn. 54; *Oebbecke*, Recht und Kultur (o. Fn. 5), S. 296 ff.; *Šarčević*, Religionsfreiheit (o. Fn. 20), S. 519 ff. jeweils m. w. N.

³⁹ Etwa BVerwG, U. v. 7.10.1983 – 7 C 44/81, juris, Rn. 18.

⁴⁰ Dazu, wann durch religiöse Symbole Eingriffe in welche Grundrechte in Betracht kommen, *Sarah Röhrig*, Religiöse Symbole in staatlichen Einrichtungen als Grundrechtseingriffe, 2017, S. 166 ff.; *Hans Michael Heinig*, → § 14, Rn. 58.

⁴¹ *Gusy*, Raum (o. Fn. 9), S. 218.

je weniger ihm die Menschen dort ausweichen können, desto eher kommt ein Abwehrrecht in Betracht.

Andere europäische Staaten kennen ein Verbot der Vollverschleierung im öffentlichen Raum⁴². Ob ein generelles Verbot nicht nur mit der EMRK⁴³, sondern auch mit dem Grundgesetz vereinbar ist, wird mit sehr bedenkenswerten Gründen bezweifelt⁴⁴.

19

IV. Zulässigkeit religiöser Symbole im amtlichen Raum

Die wichtigste Unterscheidung für die rechtliche Beurteilung symbolischer Kommunikation im amtlichen Raum ist die nach der Person des Senders. Ebenso wie im öffentlichen Raum darf der Staat selbst nicht religiös kommunizieren.

20

1. Räume und Veranstaltungen

Bei der Ausgestaltung von Gebäuden oder Freiflächen muss deshalb auf religiöse Symbole verzichtet werden. In Gerichten oder Verwaltungen⁴⁵ haben etwa Kreuze keinen Raum⁴⁶. Betroffene können verlangen, nicht unter einem Kruzifix verhandeln zu müssen⁴⁷.

21

⁴² Nachweise bei *Tristan Barczak*, „Zeig mir dein Gesicht, zeig mir, wer du wirklich bist“, in: DÖV 2011, S. 54 und bei EGMR, E. v. 1.7.2014 – 43835/11, in: NJW 2014, S. 2925 ff.; dazu *Armin Steinbach*, Das Tragen religiöser Symbole unter der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: AVR 52 (2014), S. 407 ff.; *Rudolf Steinberg*, Kopftuch und Burka, 2015, S. 77 ff.

⁴³ So EGMR, E. v. 1.7.2014 – 43835/11, in: NJW 2014, S. 2925 ff.; a. A. *Jasper Finke*, Warum das „Burka-Verbot“ gegen die EMRK verstößt, in: NVwZ 2010, S. 1127 ff. und das Sondervotum der Richterinnen Nußberger und Jäderblom.

⁴⁴ *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 34), Art. 4, Rn. 78; *Barczak*, Gesicht (o. Fn. 42), S. 55 ff.; *Guy Beaucamp/Jakob Beaucamp*, In dubio pro libertate, in: DÖV 2015, S. 174 ff.; skeptisch auch *Germann*, Religionsfreiheit (o. Fn. 4), S. 57; *Steinberg*, Burka (o. Fn. 42), S. 77 ff.; durchweg unproblematisch dürften die Regelungen des Gesetzes zu bereichsspezifischen Regelungen der Gesichtsverhüllung und zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften v. 8.6.2017 (BGBl. I S. 1570) sein. Dazu *Holger Greve/Paul Kortländer/Michael Schwarz*, Das Gesetz zu bereichsspezifischen Regelungen der Gesichtsverhüllung, in: NVwZ 2017, S. 992 ff.

⁴⁵ VGH Kassel, B. v. 4.2.2003 – 8 TG 3476/02, in: NJW 2003, S. 2471 ff.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 30), Art. 4, Rn. 25.

- 22 Der paradigmatische Fall des Kreuzes im Klassenzimmer⁴⁸ zeigt aber, dass diese einfache Regel nicht schematisch gehandhabt werden kann. Wo ein Raum mit Rücksicht auf die wahrzunehmende Aufgabe durch die Klienten der Verwaltung selbst ausgestattet wird oder im Interesse der Aufgabenwahrnehmung an den Klienten gestaltet werden soll, versagt ähnlich wie beim Schwurkreuz die Zurechnung des Inhalts der symbolischen Kommunikation an den Staat⁴⁹, unabhängig davon, wer die Kosten für das Symbol getragen und wer es angebracht hat. Allerdings hat der Staat auch hier die Pflicht, die Grundrechte einzelner Andersdenkender zu schützen⁵⁰, denn der Symbolgebrauch ist in den staatlich verantworteten Schulbetrieb eingebettet⁵¹.

⁴⁶ *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 34), Art. 4, Rn. 136; für Gerichte: *Erich Schickedanz*, Das Kreuz im Gerichtssaal, in: BayVBl. 1974, S. 188 ff.; *Ralf Feldmann*, Religiöse Symbole in Gerichten und Gerichtsverfahren, in: *Betrifft Justiz* 2008, S. 216 (217); *Dieter Deiseroth*, Das Kreuz im Gericht, in: *Betrifft Justiz* 2010, S. 374 ff.

⁴⁷ BVerfG, B. v. 17.7.1973 – 1 BvR 308/69, juris, Rn. 28; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 34), Art. 4, Rn. 136; *Christian Waldhoff*, Das Kreuz als Rechtsproblem, in: KuR 2011, S. 153 (173); a. A. *Starck*, v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 30), Art. 4, Rn. 25; *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 36), Art. 4, Rn. 50; nach BVerwG, B. v. 7.5.1971 – VII B 65.70, juris, Rn. 9, kann jemand, der nicht Prozessbeteiligter ist, die Entfernung eines Kruzifixes aus einem Gerichtssaal nicht verlangen.

⁴⁸ BVerfG, B. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91, juris; zustimmend *Johannes Neumann*, Rechts- oder Glaubensstaat?, in: ZRP 1995, S. 381 ff.; zu der Entscheidung s. auch *Hense*, Kreuz (o. Fn. 15), S. 14 ff.; anders EGMR, U. v. 18.3.2011 – 30814/06 –, in: NVwZ 2011, S. 737 ff.; dazu etwa *Waldhoff*, Kreuz (o. Fn. 47), S. 168 ff.; *Christian Walter*, Religiöse Symbole in der öffentlichen Schule – Bemerkungen zum Urteil der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall Lautsi, in: EuGRZ 2011, S. 673 ff.; *Hermann-Josef Blanke*, Religiöse Symbole im öffentlichen Raum, in: Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, hg. von Michael Sachs, 2012, S. 1249 (1252 ff.); *Rudolf Streinz*, Das Kreuz im öffentlichen Raum, in: BayVBl. 2014, S. 421 ff.; zu den Entscheidungen des BVerfG und des EGMR *Wiedemann*, Schulkreuz (o. Fn. 15), m. w. N.

⁴⁹ *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 34), Art. 4, Rn. 137.

⁵⁰ S. etwa Art. 7 Abs. 4 BayEUG; BVerwG, U. v. 21.4.1999 – 6 C 18/98, juris, Rn. 17 ff.; dazu *Wiedemann*, Schulkreuz (o. Fn. 15), S. 151 ff. und 239 ff.; *Streinz*, Kreuz (o. Fn. 48), S. 421 ff.; zu dieser Regelung weist *Udo Steiner*, Aktuelle Fragen der Religionsfreiheit in Deutschland, in: Festschrift für Stern (o. Fn. 48), S. 1543 (1550) als Parallele darauf hin, dass die Schulgebetsjudikatur des Supreme Court „in Teilen der Vereinigten Staaten einfach nicht zur Kenntnis genommen wird.“

⁵¹ *Martin Heckel*, Das Kreuz im öffentlichen Raum. Zum „Kruzifix-Beschluß“ des Bundesverfassungsgerichts, in: DVBl. 1996, S. 453 (463).

Die Frage, wer kommuniziert, ist auch hilfreich für die Beurteilung von schulischen Aktivitäten wie Martinszügen, Krippenspielen oder dem gemeinsamen Fastenbrechen. Bei unterrichtlichem Handeln ist daneben auch zwischen der Bezugnahme schulischer Aktivitäten auf Glaubenslehren und deren Verbreitung durch Identifizierung mit ihnen zu unterscheiden⁵². Bloße Bezugnahmen etwa durch Behandlung religiöser Kunst oder Literatur in der Schule sind zulässig, solange ihre Auswahl durch Unterrichtszwecke gerechtfertigt ist. Bei ihnen lässt sich der allenfalls in seltenen Einzelfällen erforderliche Minderheitenschutz auch über Teilnahmebefreiungen erreichen⁵³.

23

2. Amtsträger

Umstritten ist, in welchen Fällen und mit welchen Rechtsfolgen symbolische Kommunikation durch die Bekleidung von Amtsträgern zulässig ist⁵⁴. Man wird primär darauf abstellen müssen, ob diese Kommunikation dem Staat zuzurechnen ist. Zurechenbarkeit ist eine rechtliche Frage⁵⁵. Der Staat kann entscheiden, was er sich zurechnen lässt. Diese Entscheidung muss aber u.a. die Grundrechte der Bediensteten beachten.

24

Wo der Staat das Erscheinungsbild von Amtsträgern durch Uniform- oder andere Bekleidungsvorschriften positiv regelt, entscheidet er sich zugleich dafür, sich eine damit verbundene Kommunikation zurechnen zu lassen. Religiöse Symbole dürfen deshalb wegen der Verpflichtung des Staates zu religiöser Neutralität auf Uniformen nicht verwandt werden. Beim Roten Kreuz ist allerdings in unserem Kulturkreis die religiöse Herkunft des Zeichens Kreuz so weit in den Hintergrund gerückt, dass es nicht als religiöses Symbol wahrgen-

25

⁵² *Lanzerath*, Religiöse Kleidung (o. Fn. 3), S. 181; eine Orientierung können dabei die Kriterien für die Unterscheidung zwischen Religionskunde und Religionsunterricht bieten; dazu *Gerhard Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 30), Art. 7, Rn. 126; *Janbernd Oebbecke*, Reichweite und Voraussetzungen der grundgesetzlichen Garantie des Religionsunterrichts, in: DVBl. 1996, S. 336 (341).

⁵³ S. dazu die Krabat-Entscheidung des BVerwG (U. v. 11.9.2013 – 6 C 12/12, juris, Rn. 23 ff.) und *Sabine Krampen-Lietzke*, Der Dispens vom Schulunterricht aus religiösen Gründen, 2013, S. 222 ff.

⁵⁴ Zur Rechtsprechung des EGMR zur Schweiz (Kanton Genf) EGMR, Entsch. v. 15.2.2001 – 42393/98 –, in: NJW 2001, S. 2871 ff.; zu Frankreich U. v. 26.11.2015 – 64846/11 –, in: NZA-RR 2017, S. 62 ff.

⁵⁵ *Uwe Volkmann*, Dimensionen des Kopftuchstreits, in: JURA 2015, S. 1083 (1085).

nommen wird und auch internationaler Gepflogenheit entsprechend auf staatlichen Uniformen und zur Kennzeichnung von Sanitätseinrichtungen und -fahrzeugen benutzt werden kann. Positive Bekleidungs Vorschriften, wie sie etwa für Polizeibeamte oder in mündlichen Verhandlungen für Richter⁵⁶ gelten, müssen nicht zugleich das Verbot anderer, auch religiöser Kleidung implizieren⁵⁷.

- 26 Ob Verbote religiöser Bekleidung durch Anordnung einer Amtstracht verfassungsrechtlich gerechtfertigt sind, hängt davon ab, ob hinreichend gewichtige Gründe für sie sprechen⁵⁸. Der verfassungsrechtliche Spielraum für solche positiven Regelungen ist weiter als für ein gezieltes Verbot religiöser Zeichen, weil ihnen die gerade gegen religiöse Kommunikation gerichtete diskriminierende Wirkung fehlt. Wenn und soweit der Staat allen Amtsträgern eine einheitliche Kleidung ansinnt, werden mit dem Ausschluss religiöser Kleidung verbundene Eingriffe in die Glaubensfreiheit⁵⁹ deshalb eher hinzunehmen sein⁶⁰. Allerdings ist etwa damit, dass Richter nicht nur innerlich unabhängig sein, sondern auch nicht den Eindruck erwecken sollen, sie seien es nicht⁶¹, noch nicht entschieden, wann ein Verbot gerechtfertigt ist. Wer Richterinnen und Richtern religiöse Kleidung verbieten will, weil man daran erkennt, dass sie religiös sind, muss begründen, warum die optisch an der Kleidung erkennbare religiöse Bindung anders zu behandeln sein soll als die aus den Medien öffentlich bekannte Wahrnehmung wichtiger Funktionen in einer Kirche. Das einseitige Abstellen auf optische Erkennbarkeit hat eine Schlagseite zugunsten der so nicht erkennbaren Religiosität, die

⁵⁶ Zu diesen Regelungen *Lanzerath*, Religiöse Kleidung (o. Fn. 3), S. 15 ff.; *Oebbecke*, Recht und Kultur (o. Fn. 5), S. 315; kritisch gegenüber dem Verbot religiöser Kleidung bei Richtern *Kirsten Wiese*, Richterinnen mit Kopftuch, in: *Betrifft Justiz* 2008, S. 223 ff.

⁵⁷ *Daniel Weidemann*, Religiöse Symbole vor Gericht – Teil 1, in: *ZJS* 2016, S. 286 ff. (295).

⁵⁸ Mit dieser Überlegung lässt sich indessen ein Verbot religiöser Bekleidung gegenüber Richtern oder Staatsanwälten außerhalb der mündlichen Verhandlung nicht rechtfertigen, denn dort gelten diese ausdrücklichen Vorgaben nicht; so auch *Weidemann*, Symbole Teil 1 (o. Fn. 57), S. 296; etwas anders differenzierend *Ralf Röger*, Die Religionsfreiheit des Richters im Konflikt mit der staatlichen Neutralitätspflicht, in: *Deutsche Richterzeitung* 1995, S. 471 (476 ff.).

⁵⁹ BVerfG, U. v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02, juris, Rn. 40; *Jarass*, in: ders. / *Pieroth* (o. Fn. 34), Art. 4, Rn. 10; *Muckel*, in: *Berliner Kommentar* (o. Fn. 36), Art. 4, Rn. 25 und 35.

⁶⁰ Zu Uniformen und religiöser Kleidung s. *Mückl*, in: *BK* (o. Fn. 34), Art. 4, Rn. 141.

⁶¹ *Weidemann*, Symbole Teil 1 (o. Fn. 57), S. 294.

mit dem verfassungsrechtlichen Schutz der Bekenntnisfreiheit schwerlich vereinbar ist. Wer religiöse Kleidung verbietet, knüpft an eines der Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG eine Rechtsfolge, die bei optisch ebenso erkennbaren und für Einstellungen und Ansichten durchaus relevanten anderen Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG nicht in Betracht gezogen wird. – Die englische Lösung⁶², religiös differenzierte Amtskleidung zuzulassen und damit die Zurechnung der Religion des Amtsträgers als staatliche Kommunikation auszuschließen, hat ihre Vorteile.

Wo der Staat Amtsträger gerade als Vertreter der Gesellschaft eingesetzt hat oder solche Vertreter für den Staat ohne amtliche Kleidung tätig werden, hat er sich zugleich dagegen entschieden, sich deren Kleidung zurechnen zu lassen. Diversität im Erscheinungsbild entspricht der Funktionslogik dieser Institute, welche die Diversität der Gesellschaft institutionell abbilden sollen. Das persönliche Erscheinungsbild und auch religiöse Kleidung kann bei ehrenamtlichen Richtern⁶³, Schöffen⁶⁴, Wahlhelfern oder den Mitgliedern von Parlamenten und Gemeinderäten dem Staat nicht zugerechnet werden. Wenn in Einzelfällen die Besorgnis der Befangenheit auftritt, etwa weil die Zulässigkeit religiöser Kleidung Gegenstand des Verfahrens ist⁶⁵, muss anhand der einschlägigen Bestimmungen geprüft werden, ob deshalb ein Ausschluss etwa einer kopftuchtragenden ehrenamtlichen Richterin nach § 46 Abs. 2 ArbGG i. V. m. § 42 ZPO geboten ist.

Negativregelungen, die religiöse Symbole verbieten, ohne positiv eine bestimmte Kleidung anzuordnen, sind vielfach im Umfeld des Kopftuchstreits erlassen worden. Sie sind verfassungsrechtlich problematisch, weil sie eine Kommunikation gerade deshalb verbieten, weil sie religiös ist. Sie werfen deshalb auch gleichheitsrechtliche

⁶² Dazu etwa *Maria Pottmeyer*, Religiöse Kleidung in der öffentlichen Schule in Deutschland und England, 2011, S. 299 f.

⁶³ *Daniel Weidemann*, Religiöse Symbole vor Gericht – Teil 2, in: ZJS 2016, S. 404 ff.

⁶⁴ Im Ergebnis wie hier KG, U. v. 9.10.2012 – (3) 121 Ss 166/12, juris, Rn. 3 ff.; LG Bielefeld, B. v. 16.3.2006 – 3221 b E H 68, juris, Nr. 11 ff.; *Kathrin Groh*, Angewandte Verfassungsrechtsprechung? – Die Schöffin mit Kopftuch, in: NVwZ 2006, S. 1023 ff.; *Johann Bader*, Die Kopftuch tragende Schöffin, in: NJW 2007, S. 2964 ff.; *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 36), Art. 4, Rn. 56; a.A. LG Dortmund, B. v. 7.11.2006 – 14 (VIII) Gen Str K, juris, Rn. 3; *Feldmann*, Symbole (o. Fn. 46), S. 218.

⁶⁵ Man denke an Fälle wie ArbG Köln, U. v. 6.3.2008 – 19 Ca 7222/07, juris.

Fragen auf⁶⁶. Für Lehrer, Kindergärtnerinnen⁶⁷ oder Verwaltungspersonal⁶⁸ schränken solche Regelungen aus gerade gegen religiöse Kommunikation gerichteten Gründen ihre im Übrigen bestehende Freiheit ein, selbst ohne staatliche Vorgabe über ihre Kleidung zu entscheiden. Der Staat erklärt durch den Verzicht auf solche Regelungen nicht, sich die Kleidung der Lehrer u. s. w. zurechnen lassen zu wollen. Schon weil das Fehlen von allgemeinen Kleidungs Vorgaben für diese Bedienstetengruppen allgemein bekannt ist, scheidet eine Zurechnung der mit religiöser Kleidung verbundenen religiösen Kommunikation an den Staat⁶⁹ und ein Verbot aus diesem Grunde aus⁷⁰: Niemand wird annehmen, der Staat habe die religiöse Kleidung angeordnet oder identifiziere sich mit den Inhalten, die damit kommuniziert werden. Allein weil der Staat nur durch individuelle Personen handeln kann, sind ihm nicht das gesamte Sein und Verhalten dieser Personen zuzurechnen⁷¹. Das aus der religiösen Neutralität des Staates resultierende Verbot religiöser Kommunikation in Ausübung des Amtes greift deshalb nicht.

29 Es geht also darum, ob den für den Staat handelnden Personen aus anderen Gründen verboten werden darf, bei Gelegenheit der Amtsausübung⁷² durch ihre Kleidung religiös zu kommunizieren. Gegen

⁶⁶ Dazu BVerfG, B. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10, juris, Rn. 123 ff.; Lanzerath, Religiöse Kleidung (o. Fn. 3), S. 46 ff.

⁶⁷ Dazu etwa BVerfG, Kammerbeschluss v. 18.10.2016 – 1 BvR 354/11, juris.

⁶⁸ Das gilt auch für Richter außerhalb des Anwendungsbereichs der positiven Bekleidungs Vorschriften.

⁶⁹ BVerfG, U. v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, juris, Rn. 54; BVerfG, B. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10, juris, Rn. 104; a. A. Weidemann, Symbole Teil 1 (o. Fn. 57), S. 288.

⁷⁰ Aus diesem Grunde geht der Vorwurf fehl, die Entscheidungen des BVerfG zum Kreuz in der Schule und zum Kopftuch der Lehrerin seien „nicht völlig kohärent“ (Kokott, Laizismus [o. Fn. 8], S. 352); dazu Tonio Klein, Das Kopftuch im Klassenzimmer: konkrete, abstrakte, gefühlte Gefahr?, in: DÖV 2015, S. 464 (468).

⁷¹ Den Unterschied zwischen dem Handeln bei Gelegenheit (religiöse Kleidung) und dem Handeln in Ausübung (religiöse Propaganda im Unterricht) erkennt Volkmann, Dimensionen (o. Fn. 55), S. 1085. Er ist auch für seine Probeüberlegung, gegen wen wohl eine Klage zu richten wäre, relevant. Im zweiten Fall wäre die Klage auf Unterlassung gegen den Staat zu richten. Im ersten Fall käme gegen den Staat nur eine Klage auf Einschreiten gegen das Verhalten des Bediensteten in Betracht, die mangels eines entsprechenden subjektiven Rechts unbegründet wäre.

⁷² Für diese Unterscheidung Lanzerath, Religiöse Kleidung (o. Fn. 3), S. 32 ff.; für Einzelheiten der Unterscheidung von „in Ausübung“ und „bei

die Zulässigkeit eines Verbots religiöser Kleidung spricht die Glaubensfreiheit der betroffenen Amtsträger. Öffentliche Bedienstete gehen als Person nicht völlig in ihrem Amt auf⁷³ und sie dürfen auch nicht auf das Amt reduziert werden. Ebenso wenig wie einen Haarschnitt, einen Bart oder eine Tätowierung kann der Bedienstete auch seine Religion nicht bei Dienstantritt ablegen und nach Dienstschluss wiederaufnehmen. Deshalb müssen die Erfordernisse der Religion und die entgegenstehenden Erfordernisse des Amtes, die nach Auffassung des Staates einen Verzicht auf religiöse Kleidung rechtfertigen sollen, in einen sachgerechten Ausgleich gebracht werden und zwar vom Gesetzgeber⁷⁴. Bei diesem Ausgleich ist zu berücksichtigen, dass die Anforderungen an Eingriffe in die Glaubensfreiheit höher sind als an solche in die bei der Haartracht einschlägige allgemeine Handlungsfreiheit. Bei der Herstellung dieses Ausgleichs wird man in beide Richtungen genau hinsehen müssen:

Allerdings ist in diesen Fällen der Symbolgebrauch durch Amtsträger auch bei Gelegenheit der Aufgabenerfüllung überhaupt nur zu rechtfertigen, wenn damit ein religiöses Gebot befolgt wird, das für den betroffenen Gläubigen einen hohen Stellenwert hat⁷⁵. Die religiöse Gebotenheit des Symbolgebrauchs ist plausibel darzulegen⁷⁶. Ein religiös nur verdienstvoller oder angebrachter Symbolgebrauch wird nicht genügen. Das Verhalten des Grundrechtsträgers muss auch religiös konsequent sein. Auf ein Bedeckungsgebot könnte sich nicht berufen, wer das Kopftuch beim Sport in der Freizeit abnimmt. Wem es lediglich darauf ankommt, sich zu bedecken, wird flexibel sein müssen, was die Form angeht, in der dies geschieht⁷⁷.

Aus den Besonderheiten bestimmter Einsatzfelder resultierende Anforderungen an die Kleidung werden ein Verbot regelmäßig rechtfertigen. Hubschrauberpilot bei Polizei oder Bundeswehr kann nicht werden, wer aus religiösen Gründen keinen Helm tragen will, weil er dann Turban oder Kopftuch ablegen müsste. Auch wer mit seinem

Gelegenheit“ s. das Schrifttum zum Recht der Amtspflichtverletzung, insbesondere zu Art. 34 GG.

⁷³ Anders *Mückel*, in: BK (o. Fn. 34), Art. 4, Rn. 98 und 172 f.

⁷⁴ BVerfG, U. v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02, juris, Rn. 38 und 66.

⁷⁵ *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 36), Art. 4, Rn. 55; a. A. *Starck*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 30), Art. 4, Rn. 119, der religiös gebotene Kleidung nicht, wohl aber andere Zeichen, wie religiösen Schmuck, zulassen will.

⁷⁶ *Hense*, Religion (o. Fn. 8), S. 89.

⁷⁷ So richtig *Wißmann*, Symbole (o. Fn. 17), S. 73.

langen Bart ein religiöses Gebot erfüllt, muss sich den für Polizeibeamte nicht zuletzt im eigenen Interesse angeordneten Beschränkungen für die Barttracht fügen. In diese Reihe der funktional gerechtfertigten Vorgaben gehört auch die Sicherstellung der Kommunikationsfähigkeit durch Verzicht auf Vollverschleierung⁷⁸. Ein spezifisch gegen Religion gerichteter und damit diskriminierender Charakter geht dem Verbot religiöser Bekleidung in diesen Fällen ab.

32 Daraus, dass Publikumskontakt besteht oder Bedienstete in ihrer Tätigkeit optisch wahrnehmbar sind, wird man besondere Anforderungen, die ein Verbot rechtfertigen, dagegen nicht herleiten können. Dass wegen der religiösen Kleidung bei Rechtssuchenden, den Nutzern von Einrichtungen u.s.w. der Eindruck entstehen könnte, die betreffende Person sei in ihrem Amt nicht neutral, vermag ein Verbot nicht zu rechtfertigen. Die Rechtssuchenden u.s.w. können in einem freiheitlichen Gemeinwesen weder erwarten, Beamte oder Richter seien nicht religiös, noch ihre Neutralität hänge davon ab, ob sie einer Religion mit oder ohne Kleidervorschriften angehören. Man kann das Argument gerade anders wenden: Wegen der Transparenz der Religionszugehörigkeit fällt die Kontrolle auf eine neutrale Amtsführung beim erkennbar religiösen Amtswalter besonders leicht.

33 Ein Grundrechtsschutz für das Interesse von Klienten der Verwaltung, nicht mit religiöser Kommunikation durch die Kleidung der Bediensteten konfrontiert zu werden, ist also nicht anzuerkennen. Ihn kann es auch bei fehlender Ausweichmöglichkeit grundsätzlich insoweit nicht geben, als der Einzelne nur der religiösen Kleidung eines anderen Menschen ausgesetzt ist⁷⁹. Die negative Glaubensfreiheit kann in einer freiheitlichen Gesellschaft nicht vor der Wahrnehmung schützen, dass andere einer Religion angehören und deren Kleidungsgebote beachten. Ein solches Recht kann auch deshalb nicht anerkannt werden, weil es nur um den wegen Art. 33 Abs. 3 GG unerschwinglichen Preis realisiert werden könnte, auf die Einstellung von Personen, die religiöse Kleidung tragen, in den öffentlichen Dienst zu verzichten. Die Beschäftigung einzelner Lehrer mit religiöser Kleidung schafft noch keine Lage, in der Einzelne ihre negative Religionsfreiheit erfolgreich geltend machen können. Wenn etwa jün-

⁷⁸ Dazu *Uwe Schünemann*, Der Staat muss Gesicht zeigen!, in: RuP 2011, S. 65 ff.

⁷⁹ BVerfG, B. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10, juris, Rn. 105; BVerwG, U. v. 30.11.2011 – 6 C 20/10, juris, Rn. 30 (für wahrnehmbares Gebet); *Hense*, Religion (o. Fn. 8), S. 88; *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 36), Art. 4, Rn. 51; a.A. *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 34), Art. 4, Rn. 120.

gere Schüler wegen einer Dominanz bestimmter religiöser Symbole bei der Kleidung der Lehrpersonen in ihrem schulischen Wahrnehmungsbereich den Eindruck gewinnen müssen, eine bestimmte Religionszugehörigkeit mit dem entsprechenden Symbolgebrauch stelle den gesellschaftlichen Normalfall dar oder sei gar normativer Standard, mag indessen ein Abwehranspruch anzuerkennen sein⁸⁰. Problematisch ist dann aber nicht das Verhalten einzelner Lehrpersonen, sondern das vom Staat zu verantwortende einseitige personelle Arrangement, das den verfehlten Eindruck hervorruft.

Wenn man unter Schulfrieden⁸¹ eine Situation versteht, in der die Schule ihren Auftrag erfolgreich wahrnehmen kann⁸², ist es denkbar, dass eine konkrete Gefährdung des Schulfriedens in Einzelfällen ein Verbot religiöser Kleidung rechtfertigt⁸³. Allerdings werden solche Fälle selten sein und in einer solchen Gefährdungssituation ist die Erreichung der im demokratischen Staat verbindlichen Erziehungsziele auch in anderer Hinsicht gefährdet. Eine pflichtgetreue Lehrperson in religiöser Bekleidung kann eine solche Gefährdungslage allein nicht auslösen, wenn sich alle anderen am Schulleben Beteiligten ordnungsgemäß verhalten⁸⁴. Einer solchen Notstandslage ist zuerst unter Einsatz aller anderen zur Verfügung stehenden Mittel zu begegnen, bevor der Grundrechtseingriff des Verbots gerechtfertigt ist. Hier müssen ähnliche Grundsätze Anwendung finden wie in entsprechenden Konfliktlagen des Versammlungsrechts⁸⁵. Der Fürsorge-

34

⁸⁰ Ähnlich *Morlok*, ebd., Art. 4, Rn. 147.

⁸¹ Zu den Problemen dieses Schutzguts *Volkman*, Dimensionen (o. Fn. 55), S. 1086; warum wegen der Unbestimmtheit des Kriteriums „Gefahr für den Schulfrieden“ mit diesem weniger sinnvoll gearbeitet werden können soll, als mit „Gefahr für die öffentliche Ordnung“ oder für den „Bestand des Staates und der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und sonstiger Träger der Hoheitsgewalt“ ist nicht recht ersichtlich. Ob polizeirechtliche Kategorien als Kriterien für die Ordnung der Schule geeignet sind, wäre schon bei den „abstrakten Gefahren“ (BVerfG, U. v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, juris, Rn. 49) zu fragen gewesen.

⁸² Zum Begriff BVerwG, U. v. 30.11.2011 – 6 C 20/10, juris, Rn. 30.

⁸³ BVerfG, B. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10, juris, Rn. 113; kritisch *Benjamin Rusteberg*, Kopftuchverbote als Mittel zur Abwehr nicht existenter Gefahren, in: JZ 2015, S. 637 (641 ff.); *Ute Sacksofsky*, Kopftuch als Gefahr – ein dogmatischer Irrweg, in: DVBl. 2015, S. 801 (805 f.).

⁸⁴ So ist in BVerfG, B. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10, juris, Rn. 113, von älteren Schülern oder Eltern die Rede, die kontroverse Positionen in einer Weise in die Schule hineinbringen, welche die schulischen Abläufe oder die Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrags ernsthaft beeinträchtigt.

⁸⁵ *Volkman*, Dimensionen (o. Fn. 55), S. 1086, Fn. 18; a.A. *Eckart Klein*, Religionsfreiheit und öffentliche Schulen, in: RdJB 2016, S. 13 (28 f.); s. dazu auch *Christine Langenfeld*, Fängt der Streit um das Kopftuch jetzt erst an?,

pflicht entspricht es im Übrigen, zu prüfen, ob eine Versetzung in Betracht kommen kann, bevor ein solches Verbot ausgesprochen wird. Dabei ist freilich im Blick auf die (anderen) Gefährder des Schulfriedens eine eventuelle Signalwirkung zu bedenken.

3. Andere Personen

35 Nutzen andere Personen als Bedienstete in amtlichen Räumen religiöse Symbole, scheidet eine Zurechnung an den Staat aus. Unzulässig ist ihr Gebrauch deshalb nicht als solcher, sondern nur wenn durch den Symbolgebrauch die amtliche Aufgabenerfüllung gestört wird.

36 Wo eine Kommunikation zwischen Personen die amtliche Aufgabe prägt, ist die Vollverschleierung, wie sie in Europa aus religiösen Gründen von wenigen muslimischen Frauen praktiziert wird, deshalb unzulässig, denn damit werden wichtige Komponenten dieser Kommunikation wie Blickkontakt und Mienenspiel ausgeschlossen⁸⁶. Das gilt unabhängig davon, ob die Inanspruchnahme der Einrichtung oder die Teilnahme an den amtlichen Aktivitäten freiwillig erfolgt oder nicht. Bei freiwilliger Teilnahme setzt sich die Vollverschleierte in Widerspruch zu eigenem Verhalten, wo ihre Teilnahme verpflichtend ist, wie in der Pflichtschule oder bei Gericht, ist der darin liegende Eingriff soweit gerechtfertigt, wie die Verpflichtung zur Teilnahme sich ihrerseits auf ein Verfassungsgut zurückführen lässt, was regelmäßig der Fall ist. Schülerinnen in der Schule⁸⁷, Verfahrensbeteiligte wie Angeklagte, Zeuginnen⁸⁸, Anwältinnen, aber auch die Mitglieder von kommunalen Vertretungen oder die Teilnehmer an Klassenpflegschaftssitzungen und ähnlichen Schulveranstaltungen müssen also ihr Gesicht zeigen, aber nicht die Besucherinnen eines

in: ZevKR 60 (2015), S. 420 (427); dazu BVerfG, B. v. 14.5.1985 – 1 BvR 233/81, juris, Rn. 91; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (o. Fn. 34), Art. 8, Rn. 103.

⁸⁶ S. *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 34), Art. 4, Rn. 78.

⁸⁷ VG Regensburg, B. v. 25.11.2013 – RO 1 S 13.1842, juris, Rn. 36; *Oebbecke*, Recht und Kultur (o. Fn. 5), S. 308 f.; *Pottmeyer*, Religiöse Kleidung (o. Fn. 62), S. 173 ff.; a.A. *Guy Beaucamp/Jakob Beaucamp*, In dubio pro libertate, in: DÖV 2015, S. 174 (179 f.).

⁸⁸ Für eine Einzelfallentscheidung *Feldmann*, Symbole (o. Fn. 46), S. 219; für eine differenzierende Lösung *Lothar Michael/Daniel Dunz*, Burka vor Gericht, in: DÖV 2017, S. 125 ff. (128 ff.).

Museums oder einer schulischen Abschlussfeier⁸⁹. Beschränkungen der Vollverschleierung können im Einzelfall aber aus Sicherheitsgründen, vor allem zur Identitätsfeststellung, gerechtfertigt sein.

Andere religiöse Kleidung wird bei Studierenden⁹⁰, Schülern⁹¹ und Eltern, bei Angeklagten, Zeugen⁹² und Zuhörern⁹³ in aller Regel zulässig sein. Symbole, die nicht zur normalen Ausstattung gehören, sondern ad hoc etwa auf Entscheidungen von Gerichten oder politischen Gremien Einfluss nehmen sollen, können nach den Regeln über die Aufrechterhaltung der Ordnung untersagt werden. Hier gilt für religiöse Kommunikation dasselbe wie für politische.

Anwälte sind Organe der Rechtspflege, aber nicht Organe des Staates. Anders als vom Gericht wird von ihnen zwar Rechtstreue, aber nicht Neutralität erwartet. Sie dürfen religiöse Kleidung, etwa ein Kopftuch tragen⁹⁴.

⁸⁹ Anders BVerfG, B. v. 27.6.2006 – 2 BvR 677/05, juris, Rn. 20, für Zuhörerinnen im Gerichtssaal, die „als Person identifizierbar“ bleiben müssten.

⁹⁰ Anders früher für die Türkei EGMR, U. v. 10.11.2005 – 44774/98, in: NVwZ 2006, S. 1389 ff.

⁹¹ Oebbecke, Recht und Kultur (o. Fn. 5), S. 308; Pottmeyer, Religiöse Kleidung (o. Fn. 62), S. 179 f.; anders der EGMR für Frankreich: U. v. 4.12.2008 – 27058/05 –, NJOZ 2010, S. 1193 ff.

⁹² Weidemann, Symbole Teil 2 (o. Fn. 63), S. 410 f.

⁹³ BVerfG, B. v. 27.6.2006 – 2 BvR 677/05, juris, Rn. 16 ff.; Feldmann, Symbole (o. Fn. 46), S. 219.

⁹⁴ Wie hier Feldmann, Symbole (o. Fn. 46), S. 219; Johann Bader, NJW-Editorial 45/2013; Marcus Mollnau, RVG-Reform, neue Fortbildungsoffensive und elektronischer Rechtsverkehr, in: Berliner Anwaltsblatt 2013, S. 331 (332); Marc Daniel Wesser, Anwältin mit Kopftuch, in: Berliner Anwaltsblatt 2013, S. 321 ff.

VII.

Religion im Bildungswesen

§ 42

Das Recht der Eltern zur religiösen Erziehung

Von Matthias Jestaedt

A. Die religiöse Kindererziehung und ihre Träger	1–11
I. Religiöse Kindererziehung – Begriff und Sache	1–4
II. Rechtsquellen und Regelungszuständigkeiten	5–9
1. Innerstaatliche Rechtsquellen	5–6
2. Inter- und supranationale Rechtsquellen	7–9
III. Träger religiöser Kindererziehung	10–11
B. Das grundgesetzliche Regime religiöser Kindererziehung	12–62
I. Verfassungsrechtliche Wurzeln und Vorgaben des Rechts der Eltern zur religiösen Kindererziehung	12
II. Elternrecht und religiöse Kindererziehung	13–48
1. Grundrechtsdogmatische Eigentümlichkeiten des Elternrechts	14–18
a) Kindesbestimmungsrecht	15
b) Kindeswohlorientierung	16
c) Elterliches Pflichtrecht: Elternverantwortung	17
d) Wachsendes Kindesrecht – weichendes Elternrecht	18
2. Persönlicher Gewährleistungsgehalt: Eltern	19–25
a) Grundgesetzlicher Elternbegriff	20–23
b) Anwendungsfälle	24–25
3. Sachlicher Gewährleistungsgehalt: Pflege und Erziehung	26–30
a) Pflege und Erziehung	26
b) Ziel elterlicher Pflege und Erziehung: Kindeswohl	27–28
c) Elternprimat	29–30
4. Elternrecht und Kindesgrundrechte	31–39
a) Atypische Dreieckskonstellation	31

b) Effektiver Schutzgleichlauf von Elternrecht und Kindesgrundrechten	32–34
c) Das Beispiel der Knabenbeschneidung	35–39
5. Staatliche Ausgestaltungs-, Koordinations- und Eingriffstitel	40–47
a) Ordnungs- und Ausgestaltungsmandat	41
b) Kollisionslösungs- und Schlichtermandat	42
c) Wächtermandat	43–45
d) (Mit-)Erziehungsmandate	46–47
6. Auslegungs- und Handhabungsimpulse von Art. 6 Abs. 2 GG für das einfache Recht	48
III. Religionsfreiheit der Eltern und religiöse Kindererziehung	49
IV. Schutz der Familie und religiöse Kindererziehung	50
V. Religionsgesellschaften und religiöse Kindererziehung	51
VI. Öffentliche Schule und religiöse Kindererziehung	52–62
1. Rollenvielfalt der staatlichen Schule	52
2. Einzelne Konfliktkonstellationen	53–62
a) Konstellation „Befreiung von schulischen Veranstaltungen“	55
b) Konstellation „Schulgebet“	56–57
c) Konstellation „Religionsbetätigung durch Lehrkraft“	58
d) Konstellation „Christliche Gemeinschaftsschule“	59–61
e) Konstellation „Religionsunterricht“	62
C. Das gesetzesrechtliche Regime religiöser Kindererziehung	63–108
I. Die Regelung der religiösen Kindererziehung nach dem RKEG	63–106
1. Vor- und Entstehungsgeschichte des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung vom 15. 7. 1921	64–65
2. Fortgeltung und Bedeutungswandel des RKEG unter dem Grundgesetz	66–69
a) Fortgeltung als Bundesrecht	66–67
b) Bedeutungs- infolge Kontextwandels	68–69
3. Systematische Verortung des Rechts zur religiösen Kindererziehung	70–71
a) Teil der elterlichen Personensorge	70
b) Verfassungs- und einfachgesetzliche Rechtsstellungen	71

4. Regelungsthematik und Grundaussagen des RKEG	72–74
a) Regelungsthematik	72–73
b) Grundaussagen	74
5. Das Bestimmungsrecht der Eltern	75–98
a) Reichweite und Gestalt	75–79
b) Einigung der Eltern	80–81
c) Rechtslage bei Fehlen der elterlichen Einigung	82–86
d) Rechtslage bei Getrenntleben, Nichtehelichkeit, Adoption	87–90
e) Rolle des Familiengerichts	91–94
f) Rechtslage bei Vormundschaft und Pflegschaft	95
g) Verträge über die religiöse Kindererziehung	96–97
h) Schutz des elterlichen Bestimmungsrechts	98
6. Das Selbstbestimmungsrecht des Kindes	99–106
a) Gestuftes Mündigkeitsregime	99
b) Religionsmündigkeit (annus discretionis)	100
c) Abweichende Bestimmung des annus discretionis	101–104
d) annus discretionis nach Kirchenrecht	105
e) Religionsmündigkeit und elterliche Befugnisse	106
II. Religiöse Kindererziehung als Gegenstand sonstiger Gesetze	107–108

A. Die religiöse Kindererziehung und ihre Träger

I. Religiöse Kindererziehung – Begriff und Sache

Die religiöse Erziehung von Kindern ist Regelungsgegenstand und Begriff des Rechts. Gleichwohl gibt es keine Rechtsvorschrift, die den Begriff der religiösen Kindererziehung definiert. Auch das Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15.7.1921 (RKEG) enthält sich einer näheren Begriffs- und Gegenstandsbestimmung. In den Gesetzesberatungen war man sich einig, dass es sich um einen nicht eigens erläuterungsbedürftigen terminus technicus handele.¹

1

¹ So der „Bericht des 22. Ausschusses [des Reichstages] über den Antrag Marx und Genossen, betreffend den Entwurf eines Gesetzes über die religiöse Kindererziehung – Nr. 1459 der Drucksachen –“, in: RT-Drs. Nr. 2317 von 1920/1921, S. 1998 (2003). Die Anträge, eine Begriffsbestimmung in das Gesetz aufzunehmen (Ausschußdr. Nr. 47, § 1 Abs. 1: „In welchem Bekenntnis

- 2 Die religiöse Kindererziehung ist Bestandteil der Erziehung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Diese wird verstanden als die geistig-seelische Einwirkung, die zur Entfaltung der Fähigkeiten des Kindes und zur Bildung seiner Persönlichkeit führen soll, bzw. als die Gesamtheit jener Einwirkungen, die das Kind zur größtmöglichen Entfaltung seiner Persönlichkeit im Rahmen der sozialen Gemeinschaft befähigen sollen.² Religiöse Kindererziehung ist demnach die Persönlichkeitsformung respektive Persönlichkeitsbildungshilfe auf dem Gebiet eines religiös-weltanschaulichen Bekenntnisses, anders gewendet: die Verantwortung für die religiösen oder weltanschaulichen Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes.³
- 3 Gegenständlich lässt sich die religiöse Erziehung eines Kindes nicht auf die (Erst-)Bestimmung der Konfession (einschließlich der tätigen Eingliederung in eine Glaubensgemeinschaft wie z.B. durch Knabenbeschneidung) und auf die Entscheidung über die Teilnahme am schulischen Religionsunterricht reduzieren, mag es sich dabei auch um zwei wesentliche Maßnahmen im Rahmen einer religiösen Erziehung handeln. Sie erstreckt sich in gleicher Weise auf die außerschulische religiöse Bildung im engeren Sinne (etwa Katechismus-, Kommunion-, Firm-, Konfirmations-Unterricht, Koranschule), die Einübung von Kulthandlungen und Glaubenspraktiken (z.B. liturgi-

oder in welcher Weltanschauung ein Kind erzogen werden soll, [...]“; Ausschußdrs. Nr. 51, § 1 Abs. 1: „Die Eltern bestimmen gemeinsam, in welchem Bekenntnis oder in welcher Weltanschauung ein Kind erzogen werden soll.“ – beide abgedr. in: Anlage II zu RT-Drs. Nr. 2317, S. 2014 und 2015), wurden infolgedessen abschlägig beschieden. Vgl. dazu auch *Theodor Engelmann*, Das Reichsgesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921, 1922, § 1, Erl. II 1 (S. 34); *Wolfgang Kayser*, Die religiöse Erziehung der Kinder nach dem Reichsgesetz vom 15. Juli 1921, mit besonderer Berücksichtigung ihrer geschichtlichen Grundlagen und der Stellungnahme der evangelischen und katholischen Kirche zur Mischehenfrage, 1927, S. 1 m. N. (*Kayser* stellt kritisch heraus, dass es „auch heute noch an einer genügenden Begriffsbestimmung“ fehle.)

² Vgl. – mit unterschiedlichen Nuancierungen –: *Hans Peters*, Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, in: *Die Grundrechte*, hg. von Karl August Bettermann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner, Bd. 4, Hbd. 1, 1960, S. 369 (381); *Theodor Maunz*, in: ders./Günter Dürig (Hg.), *Grundgesetz*, Kommentar, Losebl. Stand Mai 1994, Art. 6 (Zweitbearbeitung 1980), Rn. 24; *Hans F. Zacher*, Elternrecht, in: *HStR*¹, Bd. VI, 1989, § 134, Rn. 65; *Dagmar Coester-Waltjen*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 6. Aufl. 2012, Bd. 1, Art. 6, Rn. 63.

³ *Ludwig Salgo*, in: J. von Staudinger (Hg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Neubearbeitung 2007, Anh. zu § 1631: § 1 RKEG, Rn. 2: „Hilfestellung für Lebensweltorientierung“.

sche Feiern, Beichte, Gebet, Bekleidungs- und Ernährungsvorschriften) sowie auf sonstige wertvermittelnde und sinndeutende Einflüsse, die im tagtäglichen Beispiel des Erziehenden und dessen Umgang mit dem Kind erfolgen.⁴ Teil der religiösen Kindererziehung kann jede persönlichkeitsformende und persönlichkeitsbildungsunterstützende Einwirkung auf das Kind sein, soweit ihr nur eine religiös-weltanschauliche Konnotation beigelegt werden kann. Dementsprechend kann sich auch die Namensgebung als Akt religiöser oder weltanschaulicher Erziehung darstellen.⁵ Verstanden in diesem umfassenden Sinne sind der religiösen Kindererziehung weitgesteckte zeitliche Grenzen gesetzt: sie beginnt bzw. kann beginnen mit der Geburt,⁶ und sie endet, wenn die Erziehungsbedürftigkeit des Kindes entfällt.⁷ Insbesondere sind bereits Säuglinge (Säuglingstaufe, Beschneidung) sowie Klein- und Kleinstkinder (Einübung in religiöse Rituale, Tisch- und Abendgebete, Messgang u. s. f.) religiösen Erziehungsmaßnahmen zugänglich.⁸

Die extensive Begriffs- wie Gegenstandsbestimmung von religiöser Kindererziehung darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass sowohl die einzelnen Erziehungsbereiche als auch die konkreten Erzie-

4

⁴ Der Sache nach wie hier: *Eberhard Wenz*, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB-RGRK), hg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 12. Aufl. 1999 (63. Lfg. März 1989), § 1 RKEG, Rn. 1; *Jürgen Schmid*, Religiöse Kindererziehungs-Gesetz, 2012, § 1, Rn. 1 m. w. N.

⁵ Dazu, dass das Recht, dem eigenen Kind einen (Vor- und Familien-) Namen zu geben, zum Elternrecht im Sinne von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG zählt: BVerfGE 104, 733 (385 f.).

⁶ Ebenso der Standpunkt des Gesetzgebers; vgl. RT-Drs. Nr. 2317 (o. Fn. 1), S. 2003 (zu § 1 Abs. 1 des Gesetzentwurfs A [1. Lesung]). Dazu erhellend *Theodor Kipp*, Die religiöse Kindererziehung nach Reichsrecht, in: Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923, hg. von der Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin, 1923, S. 1 (13 f.): Mangels echter Einwirkung auf das Kind sei die Vornahme der Säuglingstaufe keine Erziehungsmaßnahme; nach dem Willen des Gesetzgebers sei die Taufe des noch erziehungsunfähigen Säuglings aber – im Sinne einer Fiktion – als bereits zur religiösen Erziehung gehörig anzusehen. Durch diese differenzierte Deutung wird der Weg frei, zu erkennen, dass der äußerliche Formalakt der Taufe nicht schon religiöse Erziehung des Kindes bedeuten muss, vielmehr lediglich ein – widerlegliches – Indiz darstellt. Dazu unten Rn. 75.

⁷ Das nimmt das Gesetz u. a. im Falle der Heirat eines Minderjährigen an, vgl. § 1633 BGB. Eingehend zu Beginn und Ende: *Helmut Donau*, in: J. von Staudinger (Hg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 10./11. Aufl. 1966, Bd. IV, Teil 3a, § 1 RKEG, Rn. 3 ff.

⁸ Wie hier namentlich *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 1 RKEG, Rn. 1.

hungsmaßnahmen nicht in gleicher Weise und Intensität rechtlicher Regelung fähig und bedürftig sind. Weite Bereiche gerade der personalen Beziehung von Erziehungsberechtigtem und Kind entziehen sich der (Außen-)Steuerung durch Recht.

II. Rechtsquellen und Regelungszuständigkeiten

1. Innerstaatliche Rechtsquellen

5 Rechtliche Vorgaben für die religiöse Kindererziehung ergeben sich sowohl auf Verfassungs- als auch auf unterverfassungsrechtlicher, namentlich gesetzlicher Ebene, sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene, sowohl in Gestalt öffentlich-rechtlicher als auch in Gestalt privatrechtlicher Normen. Die wichtigsten verfassungsrechtlichen Determinanten des Rechts der religiösen Kindererziehung sind auf der Ebene des Bundes Art 6 Abs. 2, Art 4 Abs. 1 und 2, Art. 6 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1, 2 und 3, 4 und 5 GG sowie Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV, auf der Ebene des Landes die entsprechenden, Religionsfreiheit, Familie, Erziehung, Schule, Religionsunterricht und Religionsgemeinschaften betreffenden Vorschriften der Landesverfassung (z.B. in Nordrhein-Westfalen Art. 5 Abs. 1 S. 1 und 2 [Schutz der Familie], Art. 7 [Grundsätze der Erziehung], Art. 8 [Elternrecht und staatliches Schulsystem], Art. 12 [Schularten], Art. 13 [Schultoleranz], Art. 14 [Religionsunterricht], Art. 19 [freie Religionsausübung]). Die von der Regelungsthematik und vom Regelungsausgriff her bedeutsamste Quelle des Rechts der religiösen Kindererziehung stellt das als Bundesrecht fortgeltende RKEG von 1921 (in seinen §§ 1–8) dar, flankiert und ergänzt durch die Sorgerechtsvorschriften gemäß §§ 1626 ff. (besonders §§ 1631, 1631d) BGB. Im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe ist es das Achte Buch des Sozialgesetzbuchs (SGB VIII), im Bereich der Schule sind es die schulrechtlichen Bestimmungen, welche Regelungen enthalten, die teils unmittelbar, überwiegend jedoch nur mittelbar die religiöse Kindererziehung betreffen.

6 Während der Bund mit dem RKEG und den §§ 1626 ff. BGB seine (konkurrierenden) Gesetzgebungszuständigkeiten auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG und mit dem Achten Buch des Sozialgesetzbuches seine Kompetenz auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG in Anspruch genommen hat, liegt das Gesetzgebungsrecht für Regelungen

der religiösen Kindererziehung in der und durch die Schule ausschließlich beim Land. Soweit die bundesgesetzlichen Vorschriften eines administrativen Vollzuges bedürfen, liegt die Verwaltungszuständigkeit nach Maßgabe von Art. 83, 84 GG beim Land (insbes. Jugendämter); landesgesetzliche Bestimmungen werden gemäß Art. 30 GG ohne Einwirkungsbefugnisse des Bundes vom Land ausgeführt (insbes. öffentliche Schulen).

2. Inter- und supranationale Rechtsquellen

Auf völkerrechtlicher Ebene ist das Recht der religiösen Kindererziehung namentlich als Bestandteil des als Menschenrecht verbürgten Elternrechts Gegenstand rechtlicher Regelung.⁹ Nach Art. 26 Abs. 3 der UN-Deklaration der Menschenrechte vom 10.12.1948¹⁰ etwa haben in erster Linie die Eltern das Recht, die Art der ihren Kindern zuteil werdenden Bildung zu bestimmen. Art. 2 S. 2 des 1. Zusatzprotokolls zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 20.3.1952¹¹ verpflichtet jeden Konventionsstaat, bei der Ausübung der von ihm auf dem Gebiet der Erziehung und des Unterrichts übernommenen Aufgaben das Recht der Eltern zu achten, Erziehung und Unterricht entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen;¹² im Übrigen wird das Recht auf Pflege und Erziehung eigener Kinder über das „Familienmensenrecht“ des Art. 8 EMRK geschützt.¹³ Die in Art. 9 EMRK verbürgte Religionsfreiheit (der Eltern) wird im vorliegenden Zusammenhang weitaus seltener für einschlä-

7

⁹ Vgl. dazu auch *Klaus Stern*, in: ders., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, Hbd. 1, 2006, S. 632–648 m. N.

¹⁰ Resolution 217 (III) Universal Declaration of Human Rights, in: United Nations, General Assembly, Official Records Third Session (part I) Resolution (Doc. A/810), S. 71.

¹¹ BGBl. 1956 II S. 1880.

¹² Näher dazu – mit der Rechtslage unter dem Grundgesetz vergleichend – *Christine Langenfeld*, Das Elternrecht im Schulwesen, in: Oliver Dörr / Rainer Grote / Thilo Marauhn (Hg.), EMRK / GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2. Aufl. 2013, Bd. II, Kap. 24, Rn. 4 ff., 10 ff., speziell zum „religiösen/weltanschaulichen Elternrecht“ 20–27 m. N.

¹³ Dazu *Thilo Marauhn / Judith Thorn*, Privat- und Familienleben, in: Dörr / Grote / Marauhn (o. Fn. 12), Bd. I, Kap. 16, Rn. 40 ff., insbes. 43–45 m. N.

gig gehalten.¹⁴ In Anlehnung an Art. 2 S. 2 1. ZP EMRK verpflichten Art. 18 Abs. 4 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR) vom 16. Dezember 1966¹⁵ sowie Art. 13 Abs. 4 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR) vom 16. Dezember 1966¹⁶ die Konventionsstaaten dazu, die Freiheit der Eltern zu achten, die religiöse und sittliche Erziehung ihrer Kinder in Übereinstimmung mit ihren eigenen Überzeugungen sicherzustellen. Aus dem für die Bundesrepublik Deutschland seit 1992 bindenden Übereinkommen über die Rechte des Kindes (UN-Kinderrechtekonvention, CRC) vom 20. 11. 1989¹⁷ sind insbesondere die Gewährleistungen der Art. 5, 9, 14, 18, 24 Abs. 3 und Art. 29 zu nennen.¹⁸

8 Die seit dem 1.12.2009 in Kraft gesetzte und am (Anwendungs-) Vorrang des Unionsrechts teilhabende Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-GRC) vom 7.12.2000¹⁹ enthält der EMRK nachgebildete Rechtspositionen: Art. 14 Abs. 3 Alt. 2 EU-GRC entspricht mit geringen Modifikationen Art. 2 S. 2 1. ZP EMRK,²⁰ Art. 7 EU-GRC der Bestimmung gemäß Art. 8 Abs. 1 EMRK und schließlich Art. 10 Abs. 1 EU-GRC der Religionsfreiheitsgewährleistung in Art. 9 Abs. 1 EMRK.²¹

9 Gegenüber der Elternrechtsverbürgung des Grundgesetzes und jenen der Landesverfassungen bleiben die völkerrechtlichen Sicherungen indes entweder in Bezug auf ihren Gewährleistungscharakter – Art. 26 Abs. 3 der UN-Deklaration gewährt dem einzelnen kein subjektiv-öffentliches Recht, die Rechte der UN-Kinderrechtekonvention sind, soweit sie überhaupt Individualrechte gewährleisten, nicht

¹⁴ Eine spektakuläre Ausnahme bildet freilich EGMR (GK), U. v. 18.4.2011, Nr. 30814/06, Lautsi u. a. gegen Italien, Ziff. 29 ff., bes. 57 ff.; weiterführend *Langenfeld*, in: Dörr/Grote/Maruhn (o. Fn. 12), Kap. 24, Rn. 20 und 25.

¹⁵ BGBl. 1973 II S. 1533.

¹⁶ BGBl. 1973 II S. 1570.

¹⁷ BGBl. 1992 II S. 122.

¹⁸ Zum Zwecke der prozeduralen Bewehrung und Effektivierung der in der UN-Kinderrechtekonvention festgelegten Rechte ist das Europäische Abkommen über die Ausübung von Kinderrechten vom 25.1.1996, BGBl. 2001 II S. 1074, abgeschlossen worden.

¹⁹ Konsolidierte Fassung: ABl. Nr. C 83/389 vom 30.3.2010.

²⁰ Dazu *Hans D. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte, der Grundrechtsregelungen der Verträge und der EMRK (GRCh), 2. Aufl. 2013, Art. 14, Rn. 27–35.

²¹ Vgl. *Jarass*, GRCh (o. Fn. 20), Art. 7, Rn. 17 und 21a sowie Art. 10, Rn. 1.

durch einen dem nationalen Grundrechtsschutz vergleichbaren Rechtsschutzmechanismus bewehrt –, in ihrem Gewährleistungsinhalt – so Art. 2 S. 2 1. ZP zur EMRK – oder aber in ihrem Anwendungsbe-
reich – die Verbürgungen der EU-GRC binden die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten nur innerhalb der Grenzen von Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-GRC – zurück. Schon diese relativen Gewährleistungsschwächen wären ein Grund, gegen die Berechtigung einer sogenannten menschenrechtskonformen oder auch menschenrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes durchgreifende Zweifel zu erheben; ausschlaggebend ist indes, dass dem Grundgesetz selbst (etwa in der Präambel oder in Art. 1 Abs. 2) eine derartige Ermächtigung (oder gar Verpflichtung) zur völkerrechtsinduzierten Inhaltsanpassung einzelner Verfassungsbestimmungen am Verfahren des Art. 79 GG vorbei nicht entnommen werden kann.²² Das Bundesverfassungsgericht erachtet eine Berücksichtigung der EMRK im Allgemeinen und von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Besonderen als Ausdruck der Bindung von Behörden und Gerichten an Recht und Gesetz im Sinne von Art. 20 Abs. 3 GG.²³

III. Träger religiöser Kindererziehung

Von Rechts wegen steht die religiöse Erziehung eines Kindes einer Vielzahl von Beteiligten²⁴ offen: den Eltern, dem Vormund und dem Pfleger, staatlichen wie privaten Kindergärten, staatlichen wie privaten Schulen, dem Jugendamt und dem Familiengericht, Kirchen und Religionsgemeinschaften, in gewisser Weise aber auch Paten, Geschwistern und Freunden, Verwandten und Bekannten, Rundfunk und sonstigen Medien. Vielzahl heißt indessen nicht Gleichberechtigung der Beteiligten: von Völkerrechts, von Verfassungs und von Gesetzes wegen genießen die Eltern eine Vorrangstellung, sie sind infolgedessen als die primären Träger religiöser Kindererziehung zu bezeichnen.²⁵ Ihrem Recht zur religiösen Erziehung ihres Kindes sind die

10

²² Für eine „völkerrechtsfreundliche“ Auslegung der Bestimmungen des GG im Angesicht der EMRK aber prononciert: BVerfGE 128, 326 (326 f. [Ls. 2, a–c], 366 ff., bes. 367–372).

²³ Richtungsweisend die in einem Sorgerechtsstreit ergangene Görgülü-Entscheidung: BVerfGE 111, 307 (315 ff.); weiterentwickelt in BVerfGE 128, 326 (366 ff.).

²⁴ Dazu auch *Werner Hofmann*, Die religiöse Kindererziehung in verfassungsrechtlicher Sicht, in: FamRZ 1965, S. 61 ff.

²⁵ Dazu sogleich unter B.

Befugnisse der sonstigen – sekundären – Miterzieher zu- und nachgeordnet.

- 11 Die zwischen einzelnen Trägern religiöser Kindererziehung auftretenden Konflikte sehen sich zunehmend einem Inhalts- und Bedeutungswandel ausgesetzt. Ursprünglich vom Konfessionsunterschied der beiden christlichen Großkirchen bestimmt (insbesondere im Falle von Mischehen), findet religiöse Kindererziehung einerseits immer häufiger in einer laizistisch-säkularisierten, religionsneutralen bis religionsindifferenten Umwelt statt oder aber andererseits in Konfrontation mit fundamentalistischen bzw. holistisch-ersatzreligiösen Strömungen.

B. Das grundgesetzliche Regime religiöser Kindererziehung

I. Verfassungsrechtliche Wurzeln und Vorgaben des Rechts der Eltern zur religiösen Kindererziehung

- 12 Für das Recht der religiösen Kindererziehung bildet das Grundgesetz unbeschadet zunehmender international- wie supranational-rechtlicher Determination nach wie vor in maßgeblicher Weise Grund wie Grenze, Direktive wie Korrektiv, Ermächtigungs- wie Verpflichtungsgrundlage. Dieses Rechtsgebiet erweist sich in besonderem Maße als verfassungs-, näherhin als grundrechtsimprägniert. Unter den verfassungsrechtlichen Maßstabnormen ist jene des Art. 6 GG die mit Abstand bedeutsamste: so genießt die religiös-weltanschauliche Erziehung des Kindes *in der Familie* eine Sonderstellung (Art. 6 Abs. 1), und das Grundgesetz anerkennt und schützt die *Eltern* als primäre Träger der religiös-weltanschaulichen Erziehung ihrer Kinder (Art. 6 Abs. 2).

II. Elternrecht und religiöse Kindererziehung

- 13 In Art. 6 Abs. 2 S. 1 weist das Grundgesetz den Eltern Pflege und Erziehung ihrer Kinder – damit auch deren religiöse Erziehung (früher sog. konfessionelles Elternrecht) – als ihr natürliches Recht und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht zu.²⁶

²⁶ Landesverfassungsrechtliche Gewährleistungen des Elternrechts finden sich in Art. 15 Abs. 3 Verf. BW; Art. 126 Abs. 1 BayVerf.; Art. 27 Abs. 2 Verf.

1. Grundrechtsdogmatische Eigentümlichkeiten des Elternrechts

Das Elternrecht gemäß Art. 6 Abs. 2 GG ist ebenso zentral für das Recht der religiösen Kindererziehung, wie es unter grundrechtsdogmatischen Auspizien singularär ist.²⁷ Die Singularität der Grundrechtsnorm spiegelt indes nichts anderes als die Singularität der rechtlich zu bewältigenden Lage: das unmündige Kind ist ohne fremde Hilfe und Sorge, ohne fremden Schutz und Beistand weder lebens- noch freiheitsfähig. Diese Lebens- und Freiheitshilfe für das Kind weist die Rechtsordnung primär den Eltern zu in der Annahme, „daß diejenigen, die einem Kinde das Leben geben, von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen“²⁸. Grundrechtsdogmatisch findet dies in vierfacher Weise Ausdruck:

14

Bbg.; Art. 23 Verf. Bremen; Art. 55 HessVerf.; Art. 8 Abs. 1 S. 2 Verf. NRW; Art. 25 Abs. 1 Verf. RP; Art. 24 Abs. 1 Verf. Saarl.; Art. 22 Abs. 3 Verf. Sachsen; Art. 11 Abs. 1 Verf. LSA; Art. 18 ThürVerf. Die Verfassungen des Landes Baden-Württemberg (in Art. 2 Abs. 1), für das Land Nordrhein-Westfalen (in Art. 4 Abs. 1) und des Landes Mecklenburg-Vorpommern (in Art. 5 Abs. 3) sowie die Niedersächsische Verfassung von 1993 (in Art. 3 Abs. 2 S. 1) inkorporieren die im Grundgesetz festgelegten Grundrechte durch Pauschalverweis. Eine Ausnahme stellt insoweit lediglich die Berliner Verfassung dar, die, obgleich nicht nur Organisationsstatut (und insoweit anders als die Verfassungen von Hamburg und Schleswig-Holstein), das Elternrecht nicht eigens nennt.

²⁷ Sosehr auf der einen Seite das Bestreben zu begrüßen ist, so viel allgemeine, d. h. regelungsübergreifende Grundrechtsdogmatik wie möglich und nur so wenig Sondergrundrechtsdogmatik wie nötig zu betreiben (im hiesigen Zusammenhang prononciert: *Martin Burgi*, Elterliches Erziehungsrecht (§ 109), in: HGR, Bd. IV, 2011, Rn. 1, 10, 16 und 34; ähnlich *Wolfram Höfling*, Elternrecht, in: HStR³, Bd. VII, 2009, § 155, Rn. 13, 37 und 45), sosehr ist auf der anderen Seite darauf zu bestehen, dass entscheidender Referenzpunkt für den Zuschnitt dogmatischer Konzepte nicht ein wissenschaftliches System- und Normalitätsideal sein darf, sondern das von der Dogmatik zu erfassende positive Recht; soweit dieses system-„ausbrechende“, sich gegen Verallgemeinerungen sträubende Besonderheiten aufweist, erscheint deren dogmatische Bewältigung mit unspezifisch-allgemeinen Systemkategorien als inadäquat.

²⁸ BVerfGE 24, 119 (150). Vgl. auch BVerfGE 56, 363 (384); 75, 201 (219); 79, 51 (63 f.); 99, 216 (232); *Zacher*, Elternrecht (o. Fn. 2), Rn. 3; *Arnd Uhle*, in: BeckOK GG, hg. von Volker Epping / Christian Hillgruber, Stand: 1. 11. 2013, Art. 6, Rn. 46.

a) Kindesbestimmungsrecht

- 15 Das Grundrecht der Eltern im Sinne von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gewährt im Außenverhältnis primär ein Abwehrrecht gegenüber dem Staat, im Innenverhältnis dagegen ein Bestimmungsrecht im Hinblick auf das Kind.²⁹ Davon umschlossen ist gleichermaßen ein – mit Ausschlusswirkung gegenüber allen anderen Teilnehmern am Rechtsverkehr verbundenes – Handeln für das Kind („Wahrnehmungsrecht“) wie ein Handeln gegenüber dem Kind („Einwirkungsrecht“³⁰). Das Elternrecht ist das einzige Grundrecht, welches die einseitige Bestimmungsmacht eines Grundrechtsträgers, des Elternteils, gegenüber einem anderen Grundrechtsträger, dem Kind, entbindet. Insofern beinhaltet es die Rechtsmacht zur Fremdbestimmung des Kindes durch seine Eltern. Da jedoch weder das Kind noch andere (private) Miterzieher unmittelbar aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verpflichtet sind, gelangt die Grundrechtsverbürgung zu normativer Wirksamkeit nur dadurch, dass der Staat (insbesondere in Gestalt des Gesetzgebers) seiner Pflicht nachkommt, die „einfache“, auch private Akteure adressierende Rechtsordnung elternrechtskonform auszugestalten, sprich: den Eltern auf einfachrechtlichem Wege sowohl dem Kind als auch sonstigen Dritten gegenüber effektive Rechtsdurchsetzungsmacht einzuräumen.³¹

b) Kindeswohlorientierung

- 16 Im Hinblick darauf, dass das Kind selbst Grundrechtsträger und mit eigener Menschenwürde begabt ist, ist die kindesbezogene Fremdbestimmungsbefugnis der Eltern aber keine Freiheit im Sinne ungebundener, zieloffener elterlicher Selbstbestimmung, sondern in doppelter Hinsicht gebundene Rechtsmacht: das Elternrecht ist als

²⁹ Richtungweisend: *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates. Zur Theorie des verfassungsrechtlichen Elternrechts und seiner Auswirkung auf Erziehung und Schule, in: *EssGespr.* 14 (1980), S. 54 (59 ff., bes. 60). Dazu und zum Folgenden auch *Matthias Jestaedt*, in: *BK*, Stand 166. Aktualisierung März 2014, Art. 6 Abs. 2 und 3 (Zweitbearbeitung 1995), Rn. 25 ff. m. N.

³⁰ Begriffe nach *Christian von Coelln*, in: *Michael Sachs* (Hg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 6. Aufl. 2011, Art. 6, Rn. 61 f.; dem folgend *Uhle*, in: *BeckOK GG* (o. Fn. 28), Art. 6, Rn. 52.

³¹ Vgl. *BVerfGE* 117, 202 (229).

Selbstbestimmungsrecht einerseits (auch) fremdnützig³² und andererseits (auch) pflichtgebunden.³³ Es ist – primär – *Recht im Interesse und zum Wohle des Kindes*.³⁴ Das Kindeswohl ist das legitimierende und zugleich limitierende Um-willen des Elternrechts.³⁵ Anders gewendet: Ohne Ausrichtung am Kindeswohl ist elterliches Verhalten nicht vom Elternrecht im Sinne von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützt. Das Kindeswohl ist die für die Sondersituation des noch nicht selbstbestimmungsfähigen und daher schutzbedürftigen Kindes formulierte, d.h. kindesbezogene Adaption der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG.³⁶ Auf dieser Folie lässt es sich bestimmen als die Entwicklung des Kindes oder des Jugendlichen zu einer und als eine selbstbestimmte(n) und gemeinschaftsverantwortliche(n) Persönlichkeit.³⁷ Das heißt nicht, dass die Eltern sich in Ausübung ihres Erziehungsrechts selbst zu verleugnen hätten; dies schon deshalb nicht, weil das Wohl des Kindes sich nicht gegen oder auch nur ohne Rücksicht auf das Eltern- und Familienwohl einstellt, das Wohl des

³² Dazu näher *Oliver Klein*, Fremdnützige Freiheitsgrundrechte. Analyse eines vermeintlich besonderen Grundrechtstypus, 2003, S. 69 ff.

³³ Stellvertretend *Frauke Brosius-Gersdorf*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 142 m.N. – Die Bezeichnungen (sic) des Elternrechts gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG als „treuhänderisch“, „fiduziarisch“, „dienend“, „altruistisch“ u.s.f. (N. beispielsweise bei *Uhle*, in: BeckOK GG [o. Fn. 28], Art. 6, Rn. 48) sind demgegenüber bestenfalls sekundär; sie taugen nicht für tragfähige Ableitungen, freilich auch nicht für weitgreifende Polemiken.

³⁴ St. Rspr., vgl. BVerfGE 59, 360 (376); 61, 358 (371); 72, 122 (137); 72, 155 (171); 75, 201 (218); 103, 89 (107); 104, 373 (385); 121, 69 (92, 95); 133, 59, Rn. 49; aus dem Schrifttum: *Paul Kirchhof*, Die Grundrechte des Kindes und das natürliche Elternrecht, in: Praxis des neuen Familienrechts, 1978, S. 171 (181); *Fritz Ossenbühl*, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, 1981, S. 51 ff.; *Josef Isensee*, Artikel „Elternrecht, elterliches Sorgerecht“, in: StL⁷, Bd. II, 1986, Sp. 222 (226: Elternrecht als „altruistisches Grundrecht“); *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 28; *Stern*, in: Staatsrecht (o. Fn. 9), S. 504 ff.; *Peter Badura*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 2), Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 109, Stand 69. Erg.-Lfg. Mai 2013; *Uhle*, in: BeckOK GG (o. Fn. 28), Art. 6, Rn. 48.

³⁵ Dazu BVerfGE 37, 217 (252); 59, 360 (376); 60, 79 (88, 94); 61, 358 (378); 68, 176 (188); 72, 155 (172); 79, 203 (210 f.); 108, 82 (102); 133, 59, Rn. 49; *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 32–51; *Höfling*, Elternrecht (o. Fn. 27), Rn. 34 ff.; *Badura*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 34), Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 94, 110, 115, 133; *Uhle*, in: BeckOK GG (o. Fn. 28), Art. 6, Rn. 55, je m.N.

³⁶ Den Bezug zur Würde des Kindes stellen auch her *Rolf Gröschner*, in: Dreier (o. Fn. 33), 2. Aufl. 2004, Art. 6, Rn. 110, 113, ergänzend 121; *Uhle*, in: BeckOK GG (o. Fn. 28), Art. 6, Rn. 56.

³⁷ Zur Definitions- und Interpretationskompetenz in Bezug auf das Kindeswohl in concreto unten Rn. 29.

Kindes also nicht frei von seiner familiären Umwelt als isolierte oder auch nur isolierbare Größe gedacht werden kann.³⁸ Das Elternrecht vereint dementsprechend beide Aspekte in komplexem Zusammenspiel: es verbürgt ein kindesnütziges Kindesbestimmungsrecht zugunsten der Eltern.

c) Elterliches Pflichtrecht: Elternverantwortung

- 17 Dem Grundrecht der Eltern korrespondiert die Grundpflicht zu Pflege und Erziehung ihres Kindes. Diese tritt nicht erst als eine das Grundrecht begrenzende Schranke, gleichsam a posteriori und von außen, hinzu. Sie stellt vielmehr einen integralen, „wesensbestimmenden Teil des Elternrechts“³⁹ dar, das deswegen vom Bundesverfassungsgericht auch treffend als Elternverantwortung gekennzeichnet wird.⁴⁰ Die Eltern sind zwar frei, in welcher Weise sie – im Rahmen der Kindeswohlorientierung – von ihren elterlichen Befugnissen Gebrauch machen wollen, nicht aber darin, ob sie überhaupt von ihnen Gebrauch machen. Was für Pflege und Erziehung als Ganzes gilt, muss nicht notwendigerweise auch für die religiöse Erziehung als Teil des Ganzen gelten. Die Elternverantwortung verpflichtet die Eltern grundsätzlich nicht zur religiösen oder weltanschaulichen Erziehung ihrer Kinder.⁴¹ Abweichendes mag gelten, soweit die Umstände des Einzelfalles (z.B. religiös-weltanschaulich homogenes Lebensumfeld mit starken, d.h. verpflichtenden familiären, beruflichen, gesellschaftlichen Bindungen) im Interesse des Kindeswohles eine derartige Erziehung erfordern, soweit also Beziehungs- und

³⁸ Ebenso etwa *Hans-Uwe Erichsen*, Elternrecht – Kindeswohl – Staatsgewalt, 1985, S. 32 f., 34 f. m.N.; vgl. auch *Markus Kotzur*, in: Klaus Stern / Florian Becker (Hg.), Grundrechte-Kommentar. Die Grundrechte des Grundgesetzes mit ihren europäischen Bezügen, 2009, Art. 6, Rn. 45; *Höfling*, Elternrecht (o. Fn. 27), Rn. 16; *Uhle*, in: BeckOK GG (o. Fn. 28), Art. 6, Rn. 48.

³⁹ So BVerfGE 68, 176 (190); 72, 155 (172); ähnlich BVerfGE 24, 119 (143); 47, 46 (70); 51, 384 (398); 56, 363 (381 f.); 64, 180 (189); 84, 168 (184); 108, 82 (102); 121, 69 (92); 127, 132 (150). Aus dem Schrifttum stellvertretend: *Höfling*, Elternrecht (o. Fn. 27), Rn. 29 ff.; *Burgi*, Erziehungsrecht (o. Fn. 27), Rn. 29; *Badura*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 34), Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 95; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 33), Art. 6, Rn. 156; *Uhle*, in: BeckOK GG (o. Fn. 28), Art. 6, Rn. 48.

⁴⁰ Seit BVerfGE 24, 119 (143) st. Rspr. Weitere Nachweise bei *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 29; *Gröschner*, in: Dreier (o. Fn. 36), Art. 6, Rn. 98; *Stern*, in: Staatsrecht (o. Fn. 9), S. 504 f. Fn. 742.

⁴¹ Ebenso *Werner Hofmann*, Artikel „Religiöse Kindererziehung“, in: EvStL³, Bd. II, 1987, Sp. 2958 (2958).

Gemeinschaftsfähigkeit des Kindes ohne religiös-weltanschauliche Erziehung durch die Eltern nicht erreichbar sind.

d) Wachsendes Kindesrecht – weichendes Elternrecht

Das Elternrecht hebt sich schließlich grundrechtsdogmatisch dadurch ab, dass sein sachlicher Schutzbereich nicht starr, unveränderlich und absolut zu bestimmen ist, sondern beweglich, veränderlich und relativ: In dem Maße nämlich, wie Selbstbestimmungs- und Selbstverantwortungsfähigkeit des Kindes zunehmen und dessen Pflege- und Erziehungsbedürftigkeit abnehmen, erlöschen die im Elternrecht wurzelnden Befugnisse.⁴² Mit wachsender Mündigkeit des Kindes schrumpfen die Fremdbestimmungsbefugnisse der Eltern, wird deren Lebens- und Freiheitshilfe für das Kind überflüssig. Das auch Private bindende Gesetzesrecht trägt dem insbesondere durch ein System abgestufter Mündigkeiten Rechnung.

18

2. Persönlicher Gewährleistungsgehalt: Eltern

In Bezug auf das grundgesetzliche Elternrecht ist es von grundlegender, da zahlreiche Missverständnisse vermeidender Bedeutung, zwischen dem persönlichen und dem sachlichen Schutzbereich zu unterscheiden.⁴³ Persönlich sind ausschließlich die Eltern geschützt, sachlich deren sich auf Pflege und Erziehung ihres Kindes richtendes Verhalten. Eingriffe in den sachlichen Schutzbereich sind nur dann rechtfertigungsbedürftig, wenn es sich um Maßnahmen zulasten von Erziehungs- oder Pflegepersonen handelt, die in Bezug auf das zu erziehende oder pflegende Kind Elterneigenschaft besitzen. Umgekehrt kann die Elterneigenschaft nicht unter Verweis darauf abge-

19

⁴² Aus der Rspr.: BVerfGE 59, 360 (382, 387); 72, 122 (137); 74, 104 (125). Vgl. Günter Dürig, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 2), Art. 19 Abs. 3 (Zweitbearbeitung 1977), Rn. 22; Böckenförde, Elternrecht (o. Fn. 29), S. 67; Ossenbühl, Elterliches Erziehungsrecht (o. Fn. 34), S. 54 f.

⁴³ Wie hier bereits Matthias Jestaedt, Elternschaft und Elternverantwortung unter dem Grundgesetz – Die Stiefkindadoption in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften als Probierstein –, in: Planung – Steuerung – Kontrolle. Festschrift für Richard Bartlsperger, hg. von Max Emanuel Geis/Dieter C. Umbach, 2006, S. 79 (85 ff.); s. auch Burgi, Erziehungsrecht (o. Fn. 27), Rn. 7; Coester-Waltjen, in: v. Münch/Kunig (o. Fn. 2), Art. 6, Rn. 75; Badura, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 34), Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 98.

sprochen werden, dass sich eine Rechtfertigung für einen allfälligen Eingriff in den sachlichen Gewährleistungsbereich finden lässt.

a) Grundgesetzlicher Elternbegriff

20 Träger des Grundrechts gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sind die „*Eltern*“, und zwar jeder Elternteil für sich.⁴⁴ Wer „*Eltern*“ im Sinne des Grundgesetzes sind, bestimmt dieses nicht ausdrücklich, sondern ist durch Auslegung der Verfassung zu ermitteln. Dabei muss der Verfassungsbegriff „*Eltern*“ keineswegs notwendigerweise inhaltlich deckungsgleich sein mit dem gleichlautenden Begriff sei es internationaler oder supranationaler Elternrechtsverbürgungen, sei es des Gesetzesrechts, namentlich des BGB (des RKEG sowie des SGB VIII). Das wäre nur dann anders, wenn eine Rechtsschicht sich das Elternverständnis einer der anderen zu Eigen machte; das ist jedoch de lege lata nicht der Fall.

21 Das grundgesetzliche Elternverständnis orientiert sich am Regelungsideal, dass die leibliche Mutter und der leibliche Vater in auf Ehe gegründeter Familiengemeinschaft mit ihrem Kinde leben und es gemeinsam pflegen und erziehen.⁴⁵ Es beschränkt sich zwar nicht auf diese realiter keineswegs durchgängig gegebene Idealkonstellation; denn auch dem Parlamentarischen Rat stand 1948/1949 vor Augen, dass (1) es mit dem Institut der Adoption eine nicht auf leiblicher Abstammung gründende Elternschaft gibt und (2) Elternschaft weder eine Ehe der Eltern noch eine gelebte Familiengemeinschaft voraussetzt.⁴⁶ Am Regelungsideal können aber die identitätsprägenden, nur durch Verfassungsänderung modifizierbaren Strukturen des grundge-

⁴⁴ Dazu BVerfGE 47, 46 (76); 99, 145 (164); 108, 82 (101); 133, 59, Rn. 51; m.N. Jestaedt, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 114. Dass jedem Elternteil grundsätzlich die volle Grundrechtsposition zusteht, steht nicht dem Umstand entgegen, dass die aus Art. 6 Abs. 2 GG fließenden Befugnisse prinzipiell beiden Elternteilen zur gemeinsamen Ausübung und in gleicher Weise zukommen und dass einfachgesetzlich eine gemeinschaftliche Rechtsausübung für den Regelfall vorgeschrieben ist (dazu Jestaedt, in: BK [o. Fn. 29], Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 115 f.).

⁴⁵ Statt aller: BVerfGE 31, 194 (205); 56, 363 (382); 61, 358 (372); 84, 168 (179); 92, 158 (176 f.); 108, 82 (101); 133, 59, Rn. 53; Stern, in: Staatsrecht (o. Fn. 9), S. 526; Badura, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 34), Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 93; Uhle, in: BeckOK GG (o. Fn. 28), Art. 6, Rn. 58.

⁴⁶ Coester-Waltjen, in: v. Münch/Kunig (o. Fn. 2), Art. 6, Rn. 70, nennt als „tradierte Elemente der Elternschaft“ „Abstammung oder zumindest Abstammungsschein und Adoption“.

setzlichen Elternbegriffes abgelesen werden.⁴⁷ Eltern sind danach als Vater und Mutter verschiedengeschlechtliche Personen,⁴⁸ die Abkömmlinge (Kinder) haben. Der leiblichen Abkommenschaft gleich geachtet wird die „rechtliche“ Abkommenschaft, die – sozusagen in Nachahmung der ersteren – in einer auf Unauflöslichkeit und Unbedingtheit, Unabwälzbarkeit und Ausschließlichkeit angelegten umfassenden bigenerationellen Schutz- und Fürsorgegemeinschaft besteht.⁴⁹ „Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geht zwar von einer auf Zeugung begründeten leiblichen Elternschaft aus, nimmt aber über diese Zuordnung hinausgehend die Eltern-Kind-Beziehung als umfassendes Verantwortungsverhältnis von Eltern gegenüber ihren der Pflege und Erziehung bedürftigen Kindern unter seinen Schutz“.⁵⁰ Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet das Elternverhältnis danach, ob es durch „[sc. leibliche] Abstammung oder [...] durch einfachgesetzliche Zuordnung“ begründet worden ist.⁵¹ Das Eltern-Kind-Verhältnis umfasst auf Kinderseite beliebig viele Personen, auf Elternseite aber grundsätzlich maximal eine Mutter und einen Vater.⁵² Diese personenrechtliche Sonderbeziehung aus Eltern einerseits und Kindern andererseits pflegt sich regelmäßig in wechselseitiger Verwandtschaft und Unterhaltspflicht sowie bevorzugten Erbbeziehungen auszudrücken. Solange das Kind minderjährig – und damit nach der Wertung des Rechts schutz- und freiheitshilfebedürftig – ist, korrespondiert der Einstandspflicht der Eltern für das Kind deren Rechtsmacht, die Belange des Kindes grundsätzlich umfassend und wie eigene wahrzunehmen.

⁴⁷ Ähnlich der Ansatz bei *Burgi*, Erziehungsrecht (o. Fn. 27), Rn. 9; vgl. auch *Gröschner*, in: Dreier (o. Fn. 36), Art. 6, Rn. 97. – Die Gewährleistungsstrukturen ähnlich hier mutatis mutandis jenen der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG: auch dort enthält die Verfassung keine Definition des Eigentums, auch dort orientiert sich der Verfassungsgesetzgeber an einem Regelungsideal – dem bürgerlichrechtlichen Eigentum –, dessen Strukturelemente den verfassungsverbürgten Eigentumsbegriff ausmachen.

⁴⁸ Dazu nachfolgend Fn. 66.

⁴⁹ Zutreffend weist *Gröschner*, in: Dreier (o. Fn. 36), Art. 6, Rn. 104 (Hervorhebungen nicht im Original), darauf hin, dass es für die Bestimmung der Elterneigenschaft im Sinne von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG „nicht auf *tatsächliche* Beziehungsstrukturen“ ankomme, „sondern allein auf die Zuordnung *rechtlicher* Positionen zu einer Person“ (Elternschaft als „statusorientierte“ Eigenschaft).

⁵⁰ BVerfGE 108, 82 (106).

⁵¹ BVerfGE 108, 82 (100, 103); 133, 59, Rn. 58.

⁵² Dazu eingehend BVerfGE 108, 82 (101 ff.); ergänzend BVerfGE 92, 158 (177).

22 Eltern im Sinne von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sind folglich jene, die entweder unmittelbare Abkömmlinge haben („leibliche Eltern“) oder aber, ohne leibliche Eltern zu sein, zu einem Kind in einer den vorgenannten Kriterien entsprechenden umfassenden personenrechtlichen Abstammungs-, Schutz- und Fürsorgebeziehung stehen („rechtliche Eltern“).⁵³ Das Bestehen einer sozial-familiären Beziehung zum Kind („soziale Elternschaft“) begründet als solches nicht eine – leibliche oder auch (nur-)rechtliche – Abkommenschaft im Sinne von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.⁵⁴

23 Leibliche und (nur-)rechtliche Elternschaft unterscheiden sich in Bezug auf die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers. In Bezug auf erstere gibt es für den Gesetzgeber nur in zwei Konstellationen Regelungsbedarf, deren erste die Mutter und deren zweite den Vater betrifft: Erstens stellt sich in Bezug auf die durch die Reproduktionsmedizin aufgeworfenen Möglichkeiten die Frage nach dem Verständnis leiblicher Abstammung – ist leibliche Abstammung biologische und/oder genetische Abstammung, knüpft sich die Leiblichkeit an die Austragung und die Geburt des Kindes oder aber an das genetische „Material“, die Erbinformationen tragende Eizelle?⁵⁵ Und zweitens besteht gesetzgeberischer Regelungsbedarf in Bezug auf die Feststellung leiblicher Abstammung betreffend den Vater des Kindes: Soweit aus Gründen des Intimitäts-, Privatheits- und Familienschutzes regelmäßig nicht der Zeugungsakt zum Anknüpfungspunkt der Vaterschaftsfeststellung erhoben wird, muss der Gesetzgeber wenigstens regelmäßig tragfähige Indizien wählen (vgl. § 1592 Nr. 1–3 BGB); dabei ist er „gehalten, die elterliche Rechtsposition an der [sc. leiblichen] Abstammung des Kindes auszurichten“.⁵⁶ Demgegenüber

⁵³ Wie hier etwa *Badura*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 34), Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 99. Das Bundesverfassungsgericht hat bisher davon abgesehen, sich dem Eltern-Begriff des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG definitorisch zu nähern. Vgl. *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 53–60 und 61–68 m.N. – Zum Sprachgebrauch „leiblicher“ und „rechtlicher“ Eltern sei klarstellend ergänzt: Da es die Verfassung ist, die leibliche Eltern zu „Eltern“ im Sinne des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG macht, sind auch sie Eltern im Rechtssinne; mit Rücksicht darauf könnte man leibliche Eltern als Eltern im *auch-rechtlichen* Sinne bezeichnen, alle sonstigen aber als Eltern im *nur-rechtlichen* Sinne (vgl. auch BVerfGE 108, 82 [100 f.]; 133, 59, Rn. 53).

⁵⁴ Am deutlichsten *Gröschner*, in: Dreier (o. Fn. 36), Art. 6, Rn. 104.

⁵⁵ Dazu unten bei und in Fn. 61.

⁵⁶ BVerfGE 108, 82 (100) unter Bezugnahme auf BVerfGE 79, 256 (267); noch weitergehend spricht BVerfGE 117, 202 (234) von dem „in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG enthaltene[n] Gebot, möglichst eine Übereinstimmung von biologischer und rechtlicher Vaterschaft zu erreichen“.

ist der Gesetzgeber in Bezug auf die nicht auf leiblicher Abkommenschaft gründende „rechtliche“ Elternschaft frei, den Elternstatus vermittelnde Rechtspositionen zu schaffen; Voraussetzung dafür ist freilich, dass die betreffenden Rechtspositionen die vorgenannten Strukturprinzipien erfüllen.⁵⁷

b) Anwendungsfälle

Eltern in diesem Sinne sind ohne Einschränkung die leiblichen Eltern – gleichviel, ob zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes oder auch danach miteinander verheiratet oder nicht, ob geschieden oder in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebend, ob mit oder ohne Sorge-recht, ob in häuslicher Gemeinschaft mit den Kindern lebend oder nicht.⁵⁸ Auch der leibliche Vater eines nichtehelichen Kindes erfüllt folglich ohne weiteres den personellen Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG;⁵⁹ wenn und soweit ihm Rechte auf Erziehung und Pflege seines Kindes vorenthalten werden, bedarf dies als Eingriff in den sachlichen Gewährleistungsgehalt des Elternrechts der Rechtfertigung.⁶⁰ Ungeklärt ist derzeit noch, wer angesichts der Möglichkei-

24

⁵⁷ Ohne diese Einschränkung: *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 33), Art. 6, Rn. 148 f.

⁵⁸ Vgl. BVerfGE 92, 158 (177 f.); 108, 82 (100); *Stern*, in: Staatsrecht (o. Fn. 9), S. 526; *Burgi*, Erziehungsrecht (o. Fn. 27), Rn. 9; *Coester-Waltjen*, in: v. Münch/Kunig (o. Fn. 2), Art. 6, Rn. 70, 71; im Wesentlichen auch *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 33), Art. 6, Rn. 147; vgl. *Badura*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 34), Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 99 und 101 andererseits.

⁵⁹ St. Rspr. seit BVerfGE 92, 158 (176 ff., bes. 178); 107, 150 (169); 108, 82 (99, 101); 127, 132 (146 f.). Zuvor hatte das Bundesverfassungsgericht die Frage offen gelassen, ob Väter nichtehelicher Kinder generell Träger des Elternrechts seien (vgl. die Entwicklungslinien der Rspr. in BVerfGE 56, 363 [383 f.]; 79, 203 [210]; 84, 168 [179]). Zur älteren Diskussion vgl. die Argumente bei: *Henning Schwaiger*, Zum Elternpflichtrecht des nichtehelichen Vaters in der Bundesrepublik Deutschland, in: EuGRZ 1982, S. 1 (3 ff.); *Hans Fleisch*, Die verfassungsrechtliche Stellung des leiblichen Vaters, 1987, passim, bes. S. 15 ff.; *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 73 f.; heute noch einengend auf jenen leiblichen Vater, der tatsächlich Pflege- und Erziehungsverantwortung trägt: *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 33), Art. 6, Rn. 147; ablehnend für den „leiblichen, jedoch nicht rechtlichen“ Vater: *Uhle*, in: BeckOK GG (o. Fn. 28), Art. 6, Rn. 58.

⁶⁰ Vgl. *Eva Schumann*, Erfüllt das neue Kindschaftsrecht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des nichtehelichen Vater-Kind-Verhältnisses?, in: FamRZ 2000, S. 388 ff.; *Badura*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 34), Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 127. – Wenngleich das Bundesverfassungsgericht seit 1995 einen Rechtsprechungsschwenk zugunsten der Einbeziehung des Vaters des nichtehelichen Kindes in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 S. 1

ten moderner Reproduktionsmedizin leibliche Eltern sind: ob die genetische und/oder die biologische Abstammung relevant ist und ob das „bloße“ Austragen eines durch in-vitro-Fertilisation „gezeugten“ Kindes für eine leibliche Abstammung ausreicht. Es dürfte nicht ganz leicht fallen, eine Begründung dafür zu finden, sei es die genetische, sei es die biologische Abstammung, sei es die „bloße“ Austragung des Kindes nicht unter die leibliche Abstammung zu subsumieren.⁶¹

- 25 Ein Mann, der auf der Grundlage einer Vaterschaftsvermutung (§ 1592 Nr. 1 BGB), einer Vaterschaftsanerkennung (§ 1592 Nr. 2 BGB) oder einer gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung (§ 1592 Nr. 3 BGB) im bürgerlichrechtlichen Sinne Vater ist, muss nicht in einem Verhältnis leiblicher Abstammung zu dem Kinde stehen; fehlt es daran, so wächst ihm die Grundrechtsberechtigung nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nur kraft rechtlicher Abkommenschaft zu.⁶² (Nur-)„Rechtliche“ Eltern sind nach derzeitiger Gesetzeslage allein die Adoptiveltern,⁶³ wobei die konkrete Form der Adoption (gemeinschaftliche, alleinige oder Stiefkindadoption) keinen Unterschied macht, soweit die zwei Adoptiveltern bzw. leiblicher Elternteil und Stiefadoptivelternteil verschiedengeschlechtlich sind. Dagegen können sich Stief-

GG vollzogen hat, bedient es sich immer noch einzelner Formulierungen, die es zweifelhaft erscheinen lassen, ob stets mit der nötigen Klarheit und Konsequenz zwischen personellem und sachlichem Schutzbereich getrennt wird; vgl. beispielsweise BVerfGE 108, 82 (99 [Zitat], 101, 116): „Leiblicher Vater eines Kindes zu sein, macht diesen allein allerdings noch nicht zum Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG.“

⁶¹ Dazu Jestaedt, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 76–81; Ulrike Wanitzek, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002; Stern, in: Staatsrecht (o. Fn. 9), S. 533 f.; Höfling, Elternrecht (o. Fn. 27), Rn. 74; Coester-Waltjen, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 2), Art. 6, Rn. 72; Brosius-Gersdorf, in: Dreier (o. Fn. 33), Art. 6, Rn. 148 m. Fn. 543.

⁶² Vgl. BVerfGE 108, 82 (100 f.); 133, 59, Rn. 53. Das gilt nach BVerfG, U. v. 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, Rn. 97, nicht nur ohne Rücksicht darauf, ob der Betreffende der biologische Vater ist oder eine sozial-familiäre Beziehung zum Kind unterhält, sondern auch unabhängig davon, ob der Betreffende eine von Anfang an anfechtbare, da allein auf die Vermittlung eines Aufenthaltsrechtlichen Status für das Kind zielende Anerkennung abgibt. – Unzutreffend ist es, die Grundrechtsberechtigung gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG beim (nur-)rechtlichen Vater davon abhängig zu machen, dass er Elternverantwortung übernimmt, so aber von Coelln, in: Sachs (o. Fn. 30), Art. 6, Rn. 54. – Nicht recht nachvollziehbar ist die These, dass Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG das „Interesse des rechtlichen Vaters, sich von der Vaterschaft zu lösen, wenn sich herausstellt, dass er nicht der biologische Vater des Kindes ist“, schütze; so aber BVerfGE 117, 202 (234, s. ergänzend 235).

⁶³ St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 24, 119 (150); 133, 59, Rn. 53.

eltern und Pflegeeltern, Vormund und Pfleger, Großeltern, Babysitter, Heimerzieher u. s. f., weil und sofern sie nicht die verfassungsrechtlichen Strukturmerkmale erfüllen, nicht auf Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG berufen.⁶⁴ Wenn auch das Grundgesetz eine sukzessive Mehr-Elternschaft in Gestalt von leiblichen und Adoptiveltern und wohl auch eine synchrone Mehr-Elternschaft im Falle medizinisch assistierter Fortpflanzung kennt, so ist die jeweilige elterliche Abstammungsgemeinschaft⁶⁵ doch im Übrigen auf eine verschiedengeschlechtliche Zweiergemeinschaft von einem Vater und einer Mutter festgelegt.⁶⁶ – Das Kind selbst zählt zwar zu den durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG Begünstigten, aber ausweislich von Wortlaut und Regelungsansatz nicht zu dessen Berechtigten.⁶⁷

⁶⁴ Zu weiteren Einzelheiten *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 69–91 m. zahlreichen N.; *Stern*, in: Staatsrecht (o. Fn. 9), S. 530 ff.; *Coester-Waltjen*, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 2), Art. 6, Rn. 74.

⁶⁵ Vgl. die Erläuterung oben bei Fn. 49.

⁶⁶ Wie hier *Burgi*, Erziehungsrecht (o. Fn. 27), Rn. 10. Anders jedoch BVerfGE 133, 59, bes. Rn. 48 ff., wonach die verfassungsrechtliche Elterneigenschaft (gleichgeschlechtlicher Personen) rein funktional aus der Kindeswohl dienlichkeit begründet wird (zustimmend *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier [o. Fn. 33], Art. 6, Rn. 148; kritisch hingegen *Philipp Reimer / Matthias Jestaedt*, Anmerkung zu BVerfG, U. v. 19.2.2013 – 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09, in: JZ 2013, S. 468 [470 f.]; *Badura*, in: Maunz / Dürig [o. Fn. 34], Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 99).

⁶⁷ Wie hier etwa *Stern*, in: Staatsrecht (o. Fn. 9), S. 534 m. N.; *Burgi*, Erziehungsrecht (o. Fn. 27), Rn. 18. Demgegenüber leitet das Bundesverfassungsgericht (1) ein – offenbar elternadressiertes – Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG her: BVerfGE 121, 69 (69 [Ls. 1], 89, 93 f.); grundsätzlich zustimmend: *Höfling*, Elternrecht (o. Fn. 27), Rn. 31 f.; *Kotzur*, in: Stern / Becker (o. Fn. 38), Art. 6, Rn. 89; *von Coelln*, in: Sachs (o. Fn. 30), Art. 6, Rn. 89; *Badura*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 34), Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 133 (anders jedoch Rn. 135); ablehnend *Matthias Jestaedt*, Das Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern, in: Alles zum Wohle des Kindes? Aktuelle Probleme des Kindschaftsrechts, hg. von Dagmar Coester-Waltjen / Volker Lipp / Eva Schumann / Barbara Veit, 2012, S. 13 ff.; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 33), Art. 6, Rn. 152 m. N.; distanziert: *Coester-Waltjen*, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 2), Art. 6, Rn. 83; *Uhle*, in: BeckOK GG (o. Fn. 28), Art. 6, Rn. 48. – Darüber hinaus soll (2) Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG dem Kind ein Recht „auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung“ verleihen: BVerfGE 133, 59, Ls. 1, Rn. 41 ff., bes. 43; U. v. 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, Rn. 103; kritisch dazu *Reimer / Jestaedt*, Anmerkung (o. Fn. 66), S. 471.

3. Sachlicher Gewährleistungsgehalt: Pflege und Erziehung

a) Pflege und Erziehung

26 Mit „Pflege und Erziehung der Kinder“ durch ihre Eltern umschreibt Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG seinen sachlichen Gewährleistungsgehalt. Soweit zwischen „Pflege“ und „Erziehung“ unterschieden wird, wird das Begriffspaar entweder anhand der Alternative „körperlich / seelisch-geistig“ oder aber anhand der Alternative „betreuend / fördernd“ bestimmt: Nach dem ersten Begriffsverständnis umfasst die Pflege alle der physischen Existenzsicherung dienenden Maßnahmen; Erziehung ist demgegenüber die planmäßige, geistig-seelische Einwirkung, deren Ziel die Entfaltung der Fähigkeiten des Kindes und die Bildung seiner Persönlichkeit ist.⁶⁸ Die zweite Auffassung versteht unter Pflege die Gesamtheit jener Maßnahmen, die der Sorge des Kindes sowohl im Sinne der Erhaltung der physischen Existenz als auch im Sinne der psychischen und intellektuellen Entwicklung gelten, unter Erziehung dagegen die Summe der Einwirkungen, die das Kind zur größtmöglichen Entfaltung seiner Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft befähigen sollen.⁶⁹ Nach der ersten Verständnisvariante wäre religiös-weltanschauliche Erziehung (nahezu) ausschließlich dem Bereich der „Erziehung“ zuzuordnen, während auf der Grundlage der zweiten Auffassung sowohl pflegerische als auch (schwerpunktmäßig) erzieherische Momente angesprochen wären. Die Zuordnungsfrage mag hier dahinstehen, da die Verfassung an die Begriffe „Pflege“ und „Erziehung“ keine unterschiedlichen Rechtsfolgen knüpft.⁷⁰ Religiös-weltanschauliche Erziehung

⁶⁸ In diesem Sinne etwa *Arnulf Schmitt-Kammler*, Elternrecht und schulisches Erziehungsrecht nach dem Grundgesetz, 1983, S. 19; *Erichsen*, Elternrecht (o. Fn. 38), S. 31 f.; *Burgi*, Erziehungsrecht (o. Fn. 27), Rn. 24; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 33), Art. 6, Rn. 158 f.; *Uhle*, in: BeckOK GG (o. Fn. 28), Art. 6, Rn. 51.

⁶⁹ Stellvertretend: *Peters*, Elternrecht (o. Fn. 2), S. 381; *Klaus-Peter Horndasch*, Zum Wohle des Kindes: Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Einwirkung auf die Erziehungsverantwortung der Eltern, 1983, S. 52; *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl., hg. von Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker, Bd. 8, 2012, § 1631, Rn. 3 ff.

⁷⁰ Vgl. nur *Zacher*, Elternrecht (o. Fn. 2), Rn. 65; *Stern*, in: Staatsrecht (o. Fn. 9), S. 515 ff.; *Gerhard Robbers*, in: Hermann von Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, Kommentar zur Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Bd. 1, Art. 6 Abs. 2, Rn. 143 f.; *Anja Vellmer*, Religiöse Kindererziehung und religiös begründete Konflikte in der Familie, 2010, S. 50 f.; *Coester-Waltjen*, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 2), Art. 6, Rn. 63 ff.; *Badura*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 34), Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 107; *Uhle*, in: BeckOK GG (o. Fn. 28), Art. 6,

der Kinder durch ihre Eltern ist ihrem gesamten Umfange nach vom Gewährleistungsbereich des Elternrechts erfasst.⁷¹

b) Ziel elterlicher Pflege und Erziehung: Kindeswohl

Bezieht sich religiöse Erziehung des Kindes auch grundsätzlich auf alles, was die religiösen bzw. weltanschaulichen Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes zu beeinflussen und zu gestalten imstande ist, so ist doch nicht jedes kindgerichtete Verhalten „Erziehung“ (oder „Pflege“) – wie sich eindrücklich an der religiös begründeten elterlichen Einwilligungsverweigerung in Bezug auf eine medizinisch indizierte Bluttransfusion für das eigene Kind zeigt.⁷² Von elterlicher Erziehung (und Pflege) – als zielgerichtete Aktivität – kann vielmehr nur unter der Voraussetzung gesprochen werden, dass sich die Eltern in ihrem Verhalten von dem Ziel einer „gesunden körperlichen und seelischen Entwicklung des Kindes und [...] seiner rechten Einordnung in die Gesellschaft“⁷³, also der Heranbildung und Förderung des Kindes zu einer „eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft [...], wie sie dem Menschenbilde des Grundgesetzes entspricht“⁷⁴, objektiv leiten lassen. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verpflichtet die Eltern „auf die Erziehung zur Mündigkeit“, „auf die Vermittlung von Entwurfskompetenz“.⁷⁵

Verfassungsrechtlich verbindlich vorgegebenes Ziel elterlicher Erziehung (und Pflege) ist damit – exklusiv – das Kindeswohl als die

Rn. 51. Anders, nämlich für eine klare Unterscheidung jedoch *Gröschner*, in: Dreier (o. Fn. 36), Art. 6, Rn. 109 f., aus der Befürchtung heraus, andernfalls dem „Erziehungsspielraum“ just im Blick auf gesundheitsrelevante Maßnahmen kaum Grenzen ziehen zu können; so sehr die Motivation nachvollziehbar ist, so wenig überzeugt es jedoch, allein die „Erziehung“ – und nicht auch die „Pflege“ – im Sinne von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG als „elterliche Verantwortung für eine menschenwürdeadäquate Entfaltung der Kindespersönlichkeit zu interpretieren“ (a. a. O., Rn. 110).

⁷¹ Statt aller BVerfGE 41, 29 (44, 47); 52, 223 (235 f.); 93, 1 (17); 108, 282 (301); *Stern*, in: Staatsrecht (o. Fn. 9), S. 521 f. m. N.; *Badura*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 34), Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 118.

⁷² Dazu stellvertretend *Höfling*, Elternrecht (o. Fn. 27), Rn. 89 m. N.

⁷³ Grundlegend BVerfGE 24, 119 (148); aus der jüngeren Rechtsprechung: BVerfGE 121, 69 (92 f.); 133, 59, Rn. 42.

⁷⁴ So BVerfGE 24, 119 (144); vgl. auch *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 1 RKEG, Rn. 3.

⁷⁵ So *Gröschner*, in: Dreier (o. Fn. 36), Art. 6, Rn. 113, s. ergänzend 110, m. N.

Heranbildung des Minderjährigen und Unmündigen zu einer freiheits- und verantwortungsbereiten sowie beziehungs- und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit.⁷⁶ Darüber hinausgehende, konkretere inhaltliche Vorgaben sind dem Grundgesetz – abweichend etwa von der Weimarer Reichsverfassung und manchen Landesverfassungen⁷⁷ – nicht zu entnehmen.⁷⁸ Insbesondere verpflichtet Art. 6 Abs. 2 GG als solcher die Eltern nicht auf eine religiös oder weltanschaulich ausgerichtete Erziehung. In dem Maße, in dem aufgrund der konkreten sozialen Umstände die Eigenständigkeit oder die Verantwortungsbereitschaft, die Beziehungsfähigkeit oder die Gemeinschaftsfähigkeit – kurz: das Kindeswohl – von religiösen oder weltanschaulichen Lebens- und Entwicklungsbedingungen abhängt, sind religiös-weltanschauliche Erziehungsziele jedoch in concreto als mittelbar verfassungssanktioniert zu betrachten.

c) Elternprimat

- 29 Ist danach auf der einen Seite für die Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG konstitutiv, dass sich die Eltern kindeswohlgemäß verhalten, so sind doch auf der anderen Seite Interpretation, Implementation und Umsetzung des Erziehungszieles der freiheits- und verantwortungsbereiten, beziehungs- und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zunächst und zuvörderst Sache der Eltern. Die tätige Interpretation durch die Eltern hat der Staat bis zur Grenze dessen hinzunehmen, was sich „bei weitester Anerkennung der Selbstverantwortlichkeit der Eltern“ noch als Pflege und Erziehung – in anderen Worten: als kindeswohlzuträgliche Zuwendung – begreifen lässt.⁷⁹ Dies ist gleichermaßen Folge und Ausdruck des *Vorrangs der Eltern* in Bezug auf Pflege und Erziehung

⁷⁶ Dazu *Ossenbühl*, Elterliches Erziehungsrecht (o. Fn. 34), S. 58 ff.; *Erichsen*, Elternrecht (o. Fn. 38), S. 35 f., 38; *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 106 ff.; *Gröschner*, in: Dreier (o. Fn. 36), Art. 6, Rn. 110, 112 ff.

⁷⁷ Zur Elternrechtsbestimmung (Art. 120) der Weimarer Reichsverfassung vgl. *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 1 f. – Die Landesverfassungen sind – gerade wegen der bundesverfassungsrechtlichen Gewährleistung des Art. 6 Abs. 2 GG – nicht imstande, weitergehende, die Eltern verpflichtende Erziehungsziele vorzuschreiben (grundlegend: *Böckenförde*, Elternrecht [o. Fn. 29], S. 66 f.).

⁷⁸ Dazu, ob die Eltern verpflichtet sind, ihre Kinder zur (äußerlichen) Rechtstreue anzuhalten: *von Coelln*, in: Sachs (o. Fn. 30), Art. 6, Rn. 64.

⁷⁹ BVerfGE 24, 119 (143).

ihrer Kinder.⁸⁰ Der Elternprimat manifestiert sich nicht nur darin, dass tätige Pflege und Erziehung vorrangig Sache der Eltern sind und alle übrigen Miterzieher nicht gegen den elterlichen Willen die Kinder pflegen oder erziehen dürfen; der Elternvorrang ist darüber hinaus rechtliche Chiffre dafür, dass es primär die Eltern sind, die bestimmen, was dem Wohl des Kindes zuträglich und was ihm abträglich ist.

Private Miterzieher und das Kind selbst sind indes nicht Pflichtenadressaten des grundrechtlich gesicherten Elternvorrangs; ihnen gegenüber bringt dieser sich folglich nur mittelbar, nämlich über das Elternvorrang-konforme, auch an Private adressierte Gesetz zum Ausdruck (z.B. gesetzliche Vertretung des Kindes; Anspruch auf Herausgabe des Kindes; Bestimmung des Aufenthaltes und des Umganges des Kindes; elterliche Sorge als absolutes Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB).⁸¹ Zu dessen Erlass und Umsetzung ist der Staat kraft Elternrechts verpflichtet (oben Rn. 15).⁸²

30

4. Elternrecht und Kindesgrundrechte

a) Atypische Dreieckskonstellation

Da auch das Kind Grundrechtsträger ist, stellt sich die Frage, in welcher Weise Elternrecht und Kindesgrundrechte – im Bereich der religiösen Kindererziehung namentlich die Religionsfreiheit des Kindes – sich zueinander verhalten, wessen Wille letztlich ausschlaggebend ist. Die Antworten, die Rechtsprechung und Lehre auf diese Frage geben, sind nach wie vor eher bunt denn klar, eher vielfältig denn eindeutig.⁸³ Im Ausgangspunkt dürfte unstreitig sein, dass es

31

⁸⁰ Zum Elternvorrang: BVerfGE 24, 119 (143); 31, 194 (204); 47, 46 (70); *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 42 ff., 95 ff. m.N.; *Wolfgang Roth*, Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbständiger Grundrechtsausübung, elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbindung, 2003, S. 118 ff.; *Burgi*, Erziehungsrecht (o. Fn. 27), Rn. 23; *Uhle*, in: BeckOK GG (o. Fn. 28), Art. 6, Rn. 57.

⁸¹ Zur gesetztesmediatisierten Geltung des Elternvorrangs gegenüber privaten Miterziehern: *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 97 f. (Rn. 98 besonders zu den Kirchen).

⁸² Pars pro toto: BVerfGE 84, 168 (180); 107, 150 (173); *Stern*, in: Staatsrecht (o. Fn. 9), S. 511; *Badura*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 34), Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 137.

⁸³ Zum Meinungsstand vgl. *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 133 m.N.

sich um eine grundrechtsdogmatische Dreieckskonstellation handelt.⁸⁴ Weder sind die Eltern an die Grundrechte des Kindes gebunden, noch können die Eltern sich ihrem Kind gegenüber auf ihr Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG berufen; Pflichtenadressat sowohl des Elternrechts als auch der Kindesgrundrechte ist ausschließlich der Staat. Eine mögliche Kollision von elterlicher und kindlicher Grundrechtsposition tritt folglich nur in der Gestalt auf, dass den Staat zwei einander inhaltlich ausschließende grundrechtliche Ansprüche treffen, deren einen er nur um den Preis erfüllen kann, dass er den anderen missachtet oder hintansetzt. Diese, gemeinhin mit dem Begriff der Grundrechtskollision bezeichnete Koinzidenz grundrechtlicher Ansprüche löst sich im Falle von Kindesgrundrechten und Elternrecht indes nicht im Wege der am Ziel der „Herstellung praktischer Konkordanz“ ausgerichteten Bildung konkreter Präferenzrelationen, sondern gewissermaßen einseitig von einem der beiden Pole her: vom auf das Kindeswohl ausgerichteten Elternrecht.⁸⁵

*b) Effektiver Schutzgleichlauf
von Elternrecht und Kindesgrundrechten*

32 Auch hier wirkt sich die „besondere Struktur des Elternrechts“⁸⁶ aus: Soweit dieses nämlich von seinem sachlichen Gewährleistungsgehalt her reicht, zeitigen die Kindesgrundrechte keine von der Elternverantwortung inhaltlich abweichenden staatsgerichteten Schutzansprüche. Mehr noch: Die Eltern nehmen – in Ausübung ihres kindesnützigen Kindesbestimmungsrechts – für ihre selbstbestimmungsunfähigen Kinder deren verfassungsrechtlich verbürgten (Selbstbestimmungs-)Rechte wahr.⁸⁷ Der grundrechtsverpflichtete Staat kann sich folglich insoweit nicht auf die Kindesgrundrechte berufen, um das Elternrecht einzuschränken. Und umgekehrt: Die

⁸⁴ Dazu und zum Folgenden mit zahlreichen N. Jestaedt, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 134 ff.

⁸⁵ In der Sache wie hier insbes. Coester-Waltjen, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 2), Art. 6, Rn. 81; ähnlich Brosius-Gersdorf, in: Dreier (o. Fn. 33), Art. 6, Rn. 143 f.; monografisch: Meinolf Brüser, Die Bedeutung der Grundrechte im Kindesalter für das „Elternrecht“, 2010, S. 47 ff. und bes. S. 95 ff.; vgl. ergänzend Vellmer, Kindererziehung (o. Fn. 70), S. 61 ff., bes. S. 64 f.

⁸⁶ BVerfGE 59, 360 (382) in Anlehnung an Dürig, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 42), Art. 19 Abs. 3, Rn. 21.

⁸⁷ Wie hier namentlich Böckenförde, Elternrecht (o. Fn. 29), S. 64; von Coelln, in: Sachs (o. Fn. 30), Art. 6, Rn. 62; Coester-Waltjen, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 2), Art. 6, Rn. 81.

Kindesgrundrechte können den Staat gegen die Eltern auf den Plan rufen, soweit sich diese im Ergebnis nicht auf ihr Elternrecht berufen können. Zwischen Elternrecht und Kindesgrundrechten besteht insoweit im Ergebnis ein Gleichlauf des Grundrechtsschutzes.

Dies bedarf nach vier Seiten hin der Erläuterung und Präzisierung⁸⁸: (1) Es ist irreführend oder doch wenigstens überschießend, davon zu sprechen, dass im Verhältnis von Elternrecht und Kindeswohl letzteres stets vorgehe⁸⁹ – dies deshalb, weil ersteres ohne Orientierung auf letzteres nicht besteht und letzteres bis zur Grenze seiner Gefährdung (Kindeswohl als „negativer Standard“⁹⁰) von den Eltern in concreto verbindlich bestimmt wird. Zutreffend ist es demgegenüber, dass das tatsächliche Elterninteresse und der tatsächliche Elternwille im Konfliktfalle hinter dem Kindeswohl zurückzustehen habe; allerdings bewegen sich Elterninteresse und -wille im Falle eines Widerspruchs zum Kindeswohl nicht im Rahmen des vom Elternrecht Geschützten. (2) Lassen sich elterliche Maßnahmen, weil kindeswohlbeeinträchtigend, nicht unter „Pflege und Erziehung der Kinder“ subsumieren, so genießen sie nicht den (sachlichen) Grundrechtsschutz aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Dies ist etwa der Fall, wenn Eltern aus religiösen Gründen durch ihr Tun oder Unterlassen in kindeswohlbeeinträchtigender Weise Leben oder körperliche Unversehrtheit des Kindes gefährden oder schädigen. (3) „Als ein Recht, das um des Kindes und dessen Persönlichkeitsentfaltung willen besteht, liegt es in seiner [sc. des Elternrechts] Struktur begründet, daß es in dem Maße, in dem das Kind in die Mündigkeit hineinwächst, überflüssig und gegenstandslos wird.“⁹¹ Anders gewendet: Soweit das Kind infolge gewachsener Urteilsfähigkeit nicht mehr erziehungsbedürftig ist, entfällt das grundrechtlich gewährleistete Recht (und die Pflicht) der Eltern, das Kind zu erziehen. (4) Umgekehrt fehlt es an einer kollisionsfähigen Grundrechtsposition des Kindes dann, wenn dieses mangels physischer, psychischer oder intellektueller Fähigkeiten tatsächlich nicht in der Lage ist, seine Grundrechte wahrzunehmen.

33

⁸⁸ Dazu ausführlich *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 136, 137, 138, 139–144, zusammenfassend Rn. 145 f.

⁸⁹ So beispielsweise *Uhle*, in: BeckOK GG (o. Fn. 28), Art. 6, Rn. 57 m. N.

⁹⁰ Kategorie: *Michael Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff. Die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge beim Zerfall der Familiengemeinschaft, 1983, S. 171 sowie 478 m. Fn. 686.

⁹¹ So BVerfGE 59, 360 (387) im Anschluss an *Böckenförde*, Elternrecht (o. Fn. 29), S. 67.

men (fehlende Grundrechtsreife⁹²), also etwa mangels Schreib- und Lesekundigkeit das Briefgeheimnis oder mangels intellektueller Fähigkeiten die Religionsfreiheit nicht für sich reklamieren kann.

- 34 Treffen Kindeswille (nicht: Kindeswohl) und Elternwille aufeinander, so ist die Lösung unter grundrechtsdogmatischen Auspizien nicht in einer Abwägung der je grundrechtsgeschützten Belange zu finden, sondern durch Auslegung des sachlichen Schutzbereiches von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.⁹³ Im Vordergrund steht dabei die Abgrenzung von Urteilsfähigkeit und Erziehungsbedürftigkeit; diese Abgrenzung hat grundsätzlich einzelfall-, zumindest sachbereichsbezogen zu erfolgen. Das Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach handhabbaren, klaren und einfachen Abgrenzungsbestimmungen rechtfertigt in gewissen Grenzen die Aufstellung typisierender Mündigkeitsvorschriften,⁹⁴ so für das Verhältnis von konfessionellem Elternrecht und Religionsfreiheit des Kindes die (Teil-)Mündigkeitsbestimmungen gemäß § 5 S. 1 und 2 RKEG.

c) Das Beispiel der Knabenbeschneidung

- 35 Das Aufeinandertreffen von Kindesgrundrechten und Elternrecht auf dem Felde der religiösen Erziehung lässt sich paradigmatisch an dem jüngst Aufmerksamkeit erregenden Fall⁹⁵ der auf elterlichen

⁹² Der sinnvariable Begriff der „Grundrechtsmündigkeit“ wird hier gemieden, um das Sachproblem nicht durch zusätzliche terminologische Probleme zu belasten. Der hier verwendete Begriff der Grundrechtsreife bezeichnet die nämliche Sache, soweit mit Grundrechtsmündigkeit ausschließlich die tatsächliche Grundrechtswahrnehmungsfähigkeit auf den Begriff gebracht wird, Unterschiedliches jedoch, soweit damit in Analogie zur einfachrechtlichen Mündigkeit die rechtliche Urteilsfähigkeit gemeint ist. Dazu Jestaedt, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 134 Fn. 109 und Rn. 140 m. N.

⁹³ Im Ergebnis wie hier: Dürig, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 42), Art. 19 Abs. 3, Rn. 22; Böckenförde, Elternrecht (o. Fn. 29), S. 64 f.; Walter Schmitt Glaeser, Das elterliche Erziehungsrecht in staatlicher Reglementierung, 1980, S. 56; Ossenhühl, Elterliches Erziehungsrecht (o. Fn. 34), S. 55.

⁹⁴ Vgl. m. N. Jestaedt, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 149 f., 151 ff.

⁹⁵ Ausgangspunkt der Diskussion: LG Köln, U. v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11, in: JZ 2012, S. 805 f. mit krit. Anm. von Barbara Rox, S. 806 ff. Aus dem Schrifttum vgl. einerseits Rolf Dietrich Herzberg, Steht dem biblischen Gebot der Beschneidung ein rechtliches Verbot entgegen?, in: MedR 2012, S. 169 ff.; Günter Jerouschek, Beschneidung: Heileingriff, religiöses Gebot oder strafbare Körperverletzung?, in: Festschrift für Friedrich Dencker zum

Wunsch erfolgenden Beschneidung nicht einsichts- und urteilsfähiger Jungen aufzeigen. Grundrechtsthematisch berührt eine Beschneidung drei Kindesrechte: das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), die Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) sowie insonderheit das Recht auf (Leben und) körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG). Alle drei Positionen verbürgen Selbstbestimmungsfreiheiten; das gilt selbst für die körperliche Unversehrtheit, welche als physische und psychische Integrität Gegenstand eines körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts ist.⁹⁶ In dem Maße, in dem das Kind jedoch noch nicht in persona selbstbestimmungsfähig ist, üben die Eltern im Rahmen der Elternverantwortung nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG die Grundrechte für das Kind aus, leisten sie ihrem Kind elterliche Freiheitshilfe.⁹⁷

Grund wie Grenze dieser Freiheitshilfe bildet das Kindeswohl. Das aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG folgende elterliche Bestimmungsrecht für

36

70. Geburtstag, hg. von Wilhelm Degener/Michael Heghmanns, 2012, S. 171 ff.; *Holm Putzke*, Recht und Ritual – ein großes Urteil einer kleinen Strafkammer. Besprechung zu LG Köln, U. v. 7.5.2012, 151 Ns 169/11, in: *MedR* 2012, S. 621 ff.; *Tonio Walter*, Der Gesetzentwurf zur Beschneidung – Kritik und strafrechtliche Alternative, in: *JZ* 2012, S. 1110 ff.; *Josef Isensee*, Grundrechtliche Konsequenz wider geheiligte Tradition. Der Streit um die Beschneidung, in: *JZ* 2013, S. 317 ff.; andererseits: *Kyrrill-Alexander Schwarz*, Verfassungsrechtliche Aspekte der religiösen Beschneidung, in: *JZ* 2008, S. 1125 ff.; *Bijan Fateh-Moghadam*, Religiöse Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht, in: *Rechtswissenschaft* 1 (2010), S. 115 ff.; *Michael Germann*, Die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 20.12.2012, in: *MedR* 2013, S. 412 ff.; *Tatjana Hörnle/Stefan Huster*, Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern? Am Beispiel der Beschneidung von Jungen, in: *JZ* 2013, S. 328 ff.; *Matthias Jestaedt*, Knabenbeschneidung – Gottes Werk oder Teufels Beitrag? Anmerkungen eines Verfassungsrechtlers, in: *Freiburger Universitätsblätter* Heft 201 (3. Heft 2013), S. 95 ff.; *Johannes Kuntze*, Rechtsfragen zur religiösen Knabenbeschneidung. Zugleich ein Beitrag zu den durch das Grundgesetz gesetzten Grenzen religiös motivierten Verhaltens, in: *ZevKR* 58 (2013), S. 47 ff.; *Stefan Rixen*, Das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes, in: *NJW* 2013, S. 257 ff.

⁹⁶ Abweichendes ist indes, wenigstens im Ergebnis, für das Leben gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GG anzunehmen; selbst wenn man es als für den Grundrechtsträger disponibel erachtete, kann dessen Hingabe prinzipiell nicht als kindeswohlgerecht begriffen werden, schneidet sie doch jegliche Entwicklung des Kindes als und zur Persönlichkeit ab.

⁹⁷ Dass die Eltern die Kindesgrundrechte für dieses ausüben (vgl. etwa BVerfGE 30, 415 [424]; *Coester-Waltjen*, in: v. Münch/Kunig [o. Fn. 2], Art. 6, Rn. 81), übersieht beispielsweise das LG Köln (o. Fn. 95), S. 806, welches davon ausgeht, dass das Elternrecht durch die Kindesgrundrechte eingeschränkt würden.

und anstelle des Kindes endet und das staatliche Wächteramt aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG aktualisiert sich also dann, wenn eine Gefährdung des Kindeswohls als der am Menschenbild des Grundgesetzes ausgerichteten Persönlichkeitsentwicklung zu besorgen ist.⁹⁸ Mit Rücksicht auf den Vorrang der Eltern bei der Kindeswohlbestimmung trägt der Staat die Darlegungslast dafür, dass die Voraussetzungen eines wächteramtlichen Eingriffs, das Ob der Eingriffsrechtfertigung, vorliegen.⁹⁹ Das konkrete Wie der Eingriffsrechtfertigung bestimmt sich hingegen in der Folge danach, ob die wächteramtliche Intervention sich im Wege eines an konkrete Eltern gerichteten Verbots im Einzelfall (eines konkret-individuellen Eingriffs) oder aber im Wege eines allgemein-flächendeckenden gesetzlichen Verbotes (eines abstrakt-generellen Eingriffs) vollzieht.

- 37** Im Falle eines generellen gesetzlichen Beschneidungsverbots müsste der Gesetzgeber den Nachweis dafür führen können, dass bei Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen generell oder doch wenigstens regelmäßig eine Kindeswohlbeeinträchtigung zu besorgen ist. Wiewohl dem Gesetzgeber insoweit ein (verfassungs-) gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfbarer Einschätzungsspielraum zusteht, sind bei Einhaltung grundlegender Standards (vorgängige Aufklärung der Eltern über die medizinischen Risiken; eine die Regeln der Sterilität sowie der Schmerzvermeidung und -linderung beachtende Ausführung der Beschneidung) nach derzeitigem Forschungsstand keine generellen oder doch wenigstens generalisierbaren, über die jedem chirurgischen Eingriff anhaftenden Beeinträchtigungen hinausgehenden, entwicklungsrelevanten Risiken oder Schmerzen, posttraumatischen Störungen oder Störungen des sexuellen Empfindens belegbar.¹⁰⁰ Noch weniger kann davon ausgegan-

⁹⁸ Zum Kindeswohl s. oben Rn. 16.

⁹⁹ Vgl. den weiterführenden Konturierungsversuch in „harte“, abwägungsresistente und „weiche“, kontextabhängige Kriterien zur Bestimmung einer Kindeswohlgefährdung bei Hörnle / Huster, Erziehungsrecht (o. Fn. 95), S. 332 ff., 334 ff.

¹⁰⁰ Wie hier etwa Hörnle / Huster, Erziehungsrecht (o. Fn. 95), S. 334 ff., 337 ff.; Rixen, Gesetz (o. Fn. 95), S. 258 ff. – Darin (sowie mitunter in dem entwürdigenden Charakter) unterscheidet sich die Knabenbeschneidung von der an Mädchen vorgenommenen Genitalverstümmelung; zu ihr (unter dem Aspekt von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG): Kai Zähle, Religionsfreiheit und fremdschädigende Praktiken, in: AöR 134 (2009), S. 434 (442 ff.) m.N. – Die (ja keineswegs nur die seltene Ausnahme bildende, sondern mannigfach und in zentralen Fragen auftretende) mangelnde Korrigierbarkeit der Folgen eines elterlichen Bestimmungsaktes trägt für sich genommen nicht das Verdikt der Kindeswohlwidrigkeit; anders aber offenbar Brosius-Gersdorf, in: Dreier (o. Fn. 33), Art. 6, Rn. 163.

gen werden, dass elternseitig gewünschte Beschneidungen in generalisierbarer Weise eine objektiv oder gar subjektiv entwürdigende Zielrichtung besitzen.¹⁰¹ Dass vereinzelt Störungsfolgen auftreten, vermöchte ein Einzelfallverbot zu rechtfertigen, könnte aber nicht zur Grundlage eines ausnahmslos wirkenden gesetzlichen Verbotes gemacht werden.

Soweit aber von einer Kindeswohlgefährdung durch die elternseitig veranlasste Beschneidung nicht ausgegangen werden kann, nehmen die Eltern sowohl ihre Elternverantwortung nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG als auch die Kindesgrundrechte wahr. Ein dagegen gerichtetes Einschreiten des Staates stellte folglich seinerseits einen nicht zu rechtfertigenden (da nicht auf Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG gestützten) Eingriff sowohl in das Elternrecht als auch die einschlägigen Selbstbestimmungsfreiheiten des Kindes dar. Der elterlichen Religionsfreiheit kommt daneben keine eigenständige Bedeutung zu,¹⁰² die kollektive Religionsfreiheit von Religionsgemeinschaften spielt hier, da sie kein Fremdbestimmungsrecht einschließt, keine Rolle.¹⁰³

An diesen Maßgaben gemessen können gegen die in § 1631d BGB¹⁰⁴ geregelte Zulässigkeit der Einwilligung der Personensorgeberechtigten in eine Beschneidung eines männlichen Kindes verfassungsrechtliche Bedenken nicht geltend gemacht werden.¹⁰⁵

¹⁰¹ Darauf, dass der Beschneidungswunsch religiös motiviert ist, kommt es dagegen nicht an; die religiöse Motivation dient freilich als Indiz dafür, dass die Beschneidung keine entwürdigende Zielrichtung besitzt.

¹⁰² S. nachfolgend Rn. 49.

¹⁰³ Anders jedoch *Badura*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 34), Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 114.

¹⁰⁴ Dazu unten Rn. 107.

¹⁰⁵ Ebenso im Ergebnis etwa *Germann*, Verfassungsmäßigkeit (o. Fn. 95), S. 412 ff.; *Hörnle/Huster*, Erziehungsrecht (o. Fn. 95), S. 337 ff.; *Rixen*, Gesetz (o. Fn. 95), S. 257 ff., bes. 259 ff. Keinerlei verfassungsrechtliche Zweifel äußern BVerfG (1. Senat, 1. Kammer), B. v. 13.2.2013 – 1 BvQ 2/13, in: FamRZ 2013, S. 531 f.; OLG Hamm, B. v. 30.8.2013 – II-3 UF 133/13, 3 UF 133/13, in: NJW 2013, S. 3662 ff.

5. Staatliche Ausgestaltungs-, Koordinations- und Eingriffstitel

- 40 Elterliche Erziehung der Kinder kommt ohne den Staat nicht aus. Diesem fallen nach Inhalt und Grund, Voraussetzung und Rechtsfolge unterschiedliche, sich teilweise überschneidende und ergänzende Rollen zu.¹⁰⁶

a) Ordnungs- und Ausgestaltungsmandat

- 41 So gebietet ihm der aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG selbst sich ergebende Ordnungs- und Ausgestaltungsauftrag, eine auch und gerade an Private – sei es der andere Elternteil, sei es das Kind, seien es sonstige natürliche Personen – gerichtete einfachgesetzliche Elternrechtsordnung zu schaffen.¹⁰⁷ Da Grundrechte Private nicht als Pflichtige adressieren, muss der Staat als grundrechtsausformender Regelsetzer tätig werden, der den Vorrang der Eltern vor allen sonstigen Miterziehern einfachrechtlich übersetzt und ihm dadurch normative („Dritt-“)Wirkung verleiht.¹⁰⁸ Ebenso bedarf es, da ein Elternteil nicht Adressat des Elternrechts des anderen Elternteils ist, eine die wechselseitige Rechte- und Pflichtenstellung ausformende Elternrechtsordnung.¹⁰⁹ Ausdruck dessen sind in Bezug auf die religiöse Kindererziehung beispielsweise die Regelungen der §§ 1626 ff. BGB und nahezu sämtliche Bestimmungen des RKEG.

¹⁰⁶ Typologischer Überblick staatlicher Einwirkung auf die elterliche Erziehung: *Matthias Jestaedt*, Staatliche Rollen in der Eltern-Kind-Beziehung, in: DVBl. 1997, S. 693 ff.

¹⁰⁷ Statt vieler BVerfGE 92, 158 (178 f.); 107, 150 (169); 121, 69 (94); 127, 132 (146 – dort, 152, auch zum Zusammenhang von gesetzlichem Ausgestaltungsauftrag und Grundrechtseingriff); *Stern*, in: Staatsrecht (o. Fn. 9), S. 511; *Höfling*, Elternrecht (o. Fn. 27), Rn. 23 ff., bes. 27; *Burgi*, Erziehungsrecht (o. Fn. 27), Rn. 21 f.; *Coester-Waltjen*, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 2), Art. 6, Rn. 59; *Badura*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 34), Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 97 f.; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 33), Art. 6, Rn. 166; *Uhle*, in: BeckOK GG (o. Fn. 28), Art. 6, Rn. 49.

¹⁰⁸ Dazu *Zacher*, Elternrecht (o. Fn. 2), Rn. 45, 55, 83 f.; *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 12 ff., 44, 47, 97, 160 f. m.N.; *Eva Lohse*, Privatrecht als Grundrechtskoordinationsrecht – das Beispiel der elterlichen Sorge, in: JURA 2005, S. 815 ff.; *Coester-Waltjen*, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 2), Art. 6, Rn. 78 f. – Dazu, dass jeder Elternteil im verfassungsrechtlichen Sinne einen Anspruch darauf hat, dass ihm eine „gesetzliche Elternstellung“ eingeräumt wird: BVerfGE 133, 59, Rn. 47.

¹⁰⁹ Vgl. nur BVerfGE 127, 132 (146); *Coester-Waltjen*, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 2), Art. 6, Rn. 78; *Uhle*, in: BeckOK GG (o. Fn. 28), Art. 6, Rn. 49.

b) Kollisionslösungs- und Schlichtermandat

Zum Zwecke der Koordination konfligierender Grundrechtsansprüche untereinander oder von Grundrechtsansprüchen mit anderen verfassungsrangigen Rechtspositionen kommt dem Staat – sub specie verfassungsimmanenter Grundrechtsschranken – allgemein das Mandat zur Grundrechtskollisionslösung zu. Einen besonderen, exklusiv bei Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG auftretenden Unterfall dieses an sich grundrechtsübergreifenden Mandats markiert das sogenannte Schlichtermandat des Staates, mit Hilfe dessen er die konfligierenden Elternrechtssphären von Vater und Mutter desselben Kindes im Wege praktischer Konkordanz abgrenzt. Es verleiht ihm, ohne dass eine Kindeswohlbeeinträchtigung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG vorliegen müsste, die Rechtsmacht, als „Schiedsrichter zwischen den streitenden Eltern“¹¹⁰ zu entscheiden, die Elternrechtsposition des einen zugunsten jener des anderen am Maßstab des Kindeswohls und unter Wahrung des beiderseitigen Elternvorrangs zu verkürzen.¹¹¹ Die grundrechtsdogmatische Besonderheit des Schlichteramtes ist darin zu erblicken, dass, obwohl es sich, wie sonst auch in Kollisionsfällen, um zwei selbständige Verfassungspositionen handelt, sie doch um des Wohles des identischen Kindes willen eingeräumt sind, sich also an *ein und demselben Schutzgut* ausrichten. – Für das Schlichtermandat können aus Sicht der religiösen Kindererziehung exemplarisch die Normen der §§ 1 und 2 RKEG genannt werden.

42

c) Wächtermandat

Das Wächteramt¹¹² gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG ermächtigt und verpflichtet die staatliche Gemeinschaft, bei durch elterliches Fehl-

43

¹¹⁰ So BVerfGE 31, 194 (210). Zum Schlichteramt weiterführend *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 15 ff., 44, 48, 168; vgl. ergänzend *Uhle*, in: BeckOK GG (o. Fn. 28), Art. 6, Rn. 49.

¹¹¹ Den Eingriffs- und folgeweise Beschränkungscharakter von Schlichtermaßnahmen verneint hingegen *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 33), Art. 6, Rn. 166, 173; wie hier aber etwa *Badura*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 34), Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 110, 126 ff., 133. – Zur Abgrenzung zum Wächteramt vgl. – am Beispiel von § 1666 BGB – BVerfGE 127, 132 (152 f., ergänzend 153 f.).

¹¹² Grundlegend dazu BVerfGE 24, 119 (144 f.). Eingehend: *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 171 ff.; *Burgi*, Erziehungsrecht (o. Fn. 27), Rn. 43 ff.; *Coester-Waltjen*, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 2), Art. 6, Rn. 92 ff.

verhalten bedingter Gefährdung oder Schädigung des Kindeswohles einzuschreiten. Es hat im Kindeswohl – bzw. dessen drohender oder eingetretener Beeinträchtigung – seinen Grund, seine Grenze und sein Maß.¹¹³ Das Kindeswohl fungiert hier, d. h. aus der Wächter- und Beeinträchtigungsperspektive, als „negativer“ und damit bloß als Mindest- und nicht als „positiver“, gegebenenfalls sogar bestmöglicher Standard der Kindesentwicklung.¹¹⁴

44 Die staatlichen Wächtermaßnahmen haben sich – als Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – tunlichst auf die Förderung eines verantwortungsbewussten Verhaltens der Eltern und damit auf die (Wieder-)Herstellung der Elternverantwortung in einem intakten Eltern-Kind-Verhältnis zu beschränken (durch Erziehungsangebote oder, subsidiär, durch oktroyierten Erziehungsbeistand). Soweit dadurch die Kindeswohlgefährdung oder -störung nicht beseitigt werden kann, hat der Staat eine Gefahrenabwehr ohne die Eltern in Angriff zu nehmen, indem er beispielsweise den Eltern das Sorgerecht (ganz oder teilweise) entzieht und seine „Erziehungsreserve“¹¹⁵ in Form der Adoptionsvermittlung, der Vermittlung eines Pflegekindschaftsverhältnisses, der Anordnung der Fürsorgeerziehung oder anderweitiger Heimunterbringung wahrnimmt.¹¹⁶

45 Der Eingriffscharakter des Wächteramts scheitert nicht daran, dass *Voraussetzung* des Einschreitens ist, dass die Eltern ihrer kindgerichteten Verantwortung nicht gerecht werden, sich also außerhalb des Schutzbereiches vom Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG bewegen.¹¹⁷ Wächteramtliches Tun stellt vielmehr immer dann einen Grundrechtseingriff dar, wenn in seiner *Folge* die elterliche Bestimmungsfreiheit in puncto Pflege und Erziehung des Kindes pro futuro beschränkt wird.¹¹⁸ Daran fehlt es namentlich dann, wenn sich die Wächteramtsmaßnahme in einem elterngerichteten Hilfeangebot (z. B. gemäß §§ 27–35 SGB VIII) erschöpft. – Über wächteramtlichen

¹¹³ Statt vieler BVerfGE 24, 119 (144); 99, 145 (156); Uhle, in: BeckOK GG (o. Fn. 28), Art. 6, Rn. 60.

¹¹⁴ Ausdruck dessen: BVerfGE 60, 79 (91); 107, 104 (118).

¹¹⁵ Begriff: *Ossenbühl*, Elterliches Erziehungsrecht (o. Fn. 34), S. 68.

¹¹⁶ Dazu eingehend *Pamela Hölbling*, Wieviel Staat vertragen Eltern? Systematische Entfaltung eines gestuften Maßnahmenkonzepts vor dem Hintergrund des Elterngrundrechts, 2010, S. 83 ff. m. N.

¹¹⁷ So aber etwa *Daniel Facius*, Elternvorrang und staatliches Erziehungsmandat – grundrechtliche Konfliktfelder, 2011, S. 125 ff. m. N.; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 33), Art. 6, Rn. 166, 172.

¹¹⁸ Unklar insoweit aber *Burgi*, Erziehungsrecht (o. Fn. 27), Rn. 44 (im Anschluss an *Schmitt-Kammler*).

Charakter mit Rücksicht auf die religiöse Kindererziehung verfügen etwa §§ 1631d, 1666, 1666a BGB oder § 2 Abs. 3, § 3 und § 7 RKEG.

d) (Mit-)Erziehungsmandate

Eine Miterzieherrolle kommt dem Staat – jenseits der wächteramtlichen Erziehungsreserve (vorstehend c.) – in zweifacher Hinsicht zu: Zum einen setzt Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, wie sich einschlussweise aus dem „zuvörderst“ ergibt, ein allgemeines, freilich dem Elternrecht gegenüber strikt nachrangiges staatliches Erziehungsmandat voraus: es ist zwar nicht sachlich-gegenständlich beschränkt, hat aber vollumfänglich den Elternprimat zu beachten (nachrangig-allgemeines Erziehungsmandat des Staates).¹¹⁹ – In praxi bedeutsamstes Beispiel sind die Erziehungshilfen und Unterstützungsleistungen des Kinder- und Jugendhilferechts gemäß §§ 27–35 SGB VIII.

46

Zum anderen verbürgt Art. 7 Abs. 1 GG das schulische Erziehungs-, Bildungs- und Integrationsmandat, das den Staat auf diesem Felde als den Eltern ebenbürtigen Miterzieher ausweist. Anders als das vorgenannte Miterziehungs-Mandat aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG beschränkt sich das Mandat aus Art. 7 Abs. 1 GG zwar sachlich-gegenständlich auf den Bereich der Schule, verleiht dem Staat aber nach Maßgabe praktischer Konkordanz die Rechtsmacht, bei Wahrung religiös-weltanschaulicher Neutralität auch gegen oder ohne den Willen der Eltern im Bildungs- und Erziehungswege auf das Kind einzuwirken (gleichrangig-schulisches Erziehungsmandat des Staates).¹²⁰ Wie sich exemplarisch am Sexualkundeunterricht zeigen

47

¹¹⁹ Über dessen verfassungsran- gige Verbürgung ist damit freilich noch nichts gesagt. Vgl. *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 42, 96, 170 und 308; *ders.*, Das Kinder- und Jugendhilferecht und das Verfassungsrecht, in: *Kinder- und Jugendhilferecht. Handbuch*, hg. von Johannes Mündler/Reinhard Wiesner/Thomas Meysen, 2. Aufl. 2011, S. 101 ff.; *Höfling*, Elternrecht (o. Fn. 27), Rn. 95. Ablehnend gegenüber einem derartigen Erziehungsmandat des Staates etwa *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 33), Art. 6, Rn. 174.

¹²⁰ Dazu unten Rn. 52. – Vgl. BVerfGE 93, 1 (20 ff.); ergänzend BVerfGE 52, 223 (236); *Böckenförde*, Elternrecht (o. Fn. 29), S. 84 f.; *Bodo Piero*th, Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, in: DVBl. 1994, S. 949 ff.; *Matthias Jestaedt*, Schulische und außerschulische Erziehung, in: HStR³, Bd. VII, 2009, § 156, Rn. 43 ff.; *Wolfgang Loschelder*, Schulische Grundrechte und Privatschulfreiheit (§ 110), in: HGR (o. Fn. 27), Rn. 34, je m. w. N. Gegen eine Ableitung eines – dem Elternrecht grundsätzlich gleichrangigen – staatlichen Erziehungsmandats aus Art. 7 Abs. 1 GG und für eine Stützung eines – konsequenterweise nur subsidiären

lässt, kann schulischer Unterricht auch ohne prononcierte religiös-weltanschauliche Intention seitens des Staates das Recht der Eltern zur religiösen Kindererziehung nachhaltig berühren. Das schulische Erziehungs-, Bildungs- und Integrationsmandat erfährt allerdings durch die in Art. 7 Abs. 4 GG verbürgte Privatschulfreiheit eine gerade sub specie religiöser Kindererziehung nicht unwesentliche Modifikation, stellt die Privatschulfreiheit doch gleichsam eine Verlängerung oder Verstärkung des Elternrechts in die Schule hinein dar: Auf ihrer Grundlage können Eltern konfessionell oder weltanschaulich besonders geprägte Privatschulen für ihre Kinder wählen, um der bestehenden Schulpflicht gerecht zu werden.¹²¹

6. Auslegungs- und Handhabungsimpulse von Art. 6 Abs. 2 GG für das einfache Recht

- 48** Die Regelung der Elternverantwortung gemäß Art. 6 Abs. 2 GG ist, grundrechtsdogmatisch betrachtet, komplex. In ihr verbinden sich Grundrecht und Grundpflicht, abwehrrechtlicher Charakter und Institutsgarantie, Ordnungsauftrag an den Gesetzgeber und wertentscheidende Grundsatznorm,¹²² flankiert von der atypischen Schutzpflicht des staatlichen Wächteramtes. Die vielfältigen Grundrechtswirkungen zeitigen relativ engmaschige Auslegungs- und Anwendungsvorgaben für die Pflege und Erziehung von Kindern betreffenden Vorschriften des einfachen Rechts.

– staatlichen Schulmandats ausschließlich auf Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG: *Facius*, Elternvorrang (o. Fn. 117), S. 45, 63 ff.

¹²¹ Dazu BVerfGE 75, 40 (62 f.); *Jestaedt*, Schule (o. Fn. 120), Rn. 48; *Loschelder*, Grundrechte (o. Fn. 120), Rn. 74 ff., bes. 76. Dazu, dass die Privatschulfreiheit als Korrelat der Unzulässigkeit des sog. Homeschooling betrachtet werden kann: BayVGh, B. v. 11.11.2008 – 7 CS 08.1237, KirchE 52, 226 ff.

¹²² Zu den grundrechtlichen Gewährleistungsdimensionen von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG: *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 8–23 m. N.

III. Religionsfreiheit der Eltern und religiöse Kindererziehung

Eine weitere Verstärkung erfährt das konfessionelle Elternrecht dadurch, dass nach ganz überwiegender Auffassung das Grundrecht der Religionsfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1 GG das Recht der Eltern einschließt, ihren Kindern die eigene religiöse oder weltanschauliche Überzeugung zu vermitteln.¹²³ Diese Rechtsauffassung erscheint indes nur mit zwei Einschränkungen zutreffend: Das Grundrecht der Eltern aus Art. 4 Abs. 1 GG vermittelt in Bezug auf die religiöse Erziehung der Kinder nicht nur keinen über Art. 6 Abs. 2 GG hinausgehenden Schutz, sondern es bleibt in seiner Schutzgewähr sogar hinter dem Elternrecht zurück. Die Eltern können sich dem Staat gegenüber auf ihre grundrechtlich geschützte Bekenntnisfreiheit berufen, wenn und soweit dieser den Eltern bestimmte religiöse Erziehungsmaßnahmen verbietet oder unmöglich macht, die ihrerseits Ausdruck der inneren Glaubensüberzeugung der Eltern sind.¹²⁴ Insofern liegt es in Bezug auf die religiöse Erziehung der eigenen Kinder nicht anders als im Falle sonstiger Glaubenswerbung (Missionierung). Eine derartige, die Bekenntnisfreiheit der Eltern beeinträchtigende Maßnahme des Staates ist auch in dem auf die Eltern ausgeübten Zwang zu erblicken, dass diese ihr schulpflichtiges Kind einer Schulerziehung aussetzen müssen, die ihren Erziehungsvorstellungen in religiöser oder weltanschaulicher Hinsicht nicht entspricht.¹²⁵ So sehr die Bekenntnisfreiheit die Werbung für den Glauben, also die Möglichkeit zur Einwirkung auf das Kind, und die Freiheit von Zwang in religiös-weltanschaulicher Hinsicht umfasst, so wenig be-

49

¹²³ Vgl. BVerfGE 41, 29 (47 f.); 52, 223 (236); 93, 1 (17); *Peters*, Elternrecht (o. Fn. 2), S. 392; *Maunz*, in: ders./Dürig (o. Fn. 2), Art. 6, Rn. 30; *Hans Joachim Faller*, Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Bildungsbereich in der Bundesrepublik Deutschland, in: EuGRZ 1981, S. 611 (616); *Isensee*, Elternrecht (o. Fn. 34), Sp. 228; *Ulrich K. Preuß*, in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (AK GG), hg. von Erhard Dönniger/Wolfgang Hoffmann-Riem/Hans-Peter Schneider/Ekkehart Stein, 3. Aufl. 2001, Bd. 1, Art. 4, Rn. 16; *Coester-Waltjen*, in: v. Münch/Kunig (o. Fn. 2), Art. 6, Rn. 128; *Winfried Kluth*, Die Grundrechte des Art. 4 GG, in: JURA 1993, S. 137 (139); *Axel Frhr. von Campenhausen*, Religionsfreiheit, in: HStR³, Bd. VII, 2009, § 157, Rn. 74; *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 70), Art. 4 Abs. 1, 2, Rn. 36, 71.

¹²⁴ Zur Bekenntnisfreiheit im Allgemeinen vgl. nur BVerfGE 12, 1 (3 f.); 24, 236 (245); 32, 98 (106); 33, 23 (28); *von Campenhausen*, Religionsfreiheit (o. Fn. 123), Rn. 70, speziell im Hinblick auf die religiöse Kindererziehung Rn. 74 und 101 m.N.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 123), Art. 4 Abs. 1, 2, Rn. 39.

¹²⁵ Grundlegend BVerfGE 41, 29 (47) – christliche Gemeinschaftsschule.

inhaltet sie jedoch das Recht zur Fremdbestimmung des Kindes und zur Ausschließung anderer von der Einwirkung auf das Kind.¹²⁶ Beides sind grundrechtsdogmatische Sonderwirkungen des Elterngrundrechts gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.¹²⁷ Dementsprechend lässt sich die die Betroffenen einwilligung ersetzende Einwilligung der Eltern in eine Beschneidung ihres nicht urteils- und selbstbestimmungsfähigen Jungen nicht mit Erfolg allein auf Art. 4 Abs. 1 und 2 GG stützen; hier kann nur das Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG helfen.¹²⁸

IV. Schutz der Familie und religiöse Kindererziehung

50 Die speziell auf die Elternverantwortung zugeschnittene Grundrechtsbestimmung des Art. 6 Abs. 2 GG wird verstärkt durch die Generalnorm für den Schutz des Lebensbereichs der Familie: durch Art. 6 Abs. 1 GG.¹²⁹ Die Verstärkung wirkt sich in doppelter Weise aus: Art. 6 Abs. 1 GG schützt, *räumlich* betrachtet, den Binnenraum der Familie, damit die religiöse Erziehung *in der Familie*. Darüber hinaus gebietet Art. 6 Abs. 1 GG dem Staat, eigene Maßnahmen zu unterlassen und Maßnahmen Dritter zu unterbinden, die geeignet sind, das familiäre Zusammenleben, die familiäre Privatheit und Autonomie, zu (zer-)stören. Im Übrigen bietet im Elternstreit das durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte familiäre Zusammenleben des Kindes mit dem einen Elternteil regelmäßig eine Rechtfertigung dafür, die damit im Konflikt stehende elterliche Rechtstellung des anderen, nicht mit dem Kind zusammenlebenden Elternteils zurücktreten zu lassen.¹³⁰

¹²⁶ In diese Richtung aber etwa *Preuß*, in: AK GG (o. Fn. 123), Art. 4, Rn. 16. Dagegen zutreffend *Schmitt-Kammler*, Elternrecht (o. Fn. 68), S. 30 Fn. 74 und S. 64; wie hier *von Coelln*, in: Sachs (o. Fn. 30), Art. 6, Rn. 82, sowie – im Zusammenhang mit der Knabenbeschneidung – *Hörnle/Huster*, Erziehungsrecht (o. Fn. 95), S. 329 f.

¹²⁷ Dazu oben Rn. 15.

¹²⁸ Dazu näher vorstehend Rn. 35.

¹²⁹ Allgemein zum Verhältnis von Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG: BVerfGE 24, 119 (135); 31, 194 (204); 104, 373 (384 f.); *Ossenbühl*, Elterliches Erziehungsrecht (o. Fn. 34), S. 42 f.; *Erichsen*, Elternrecht (o. Fn. 38), S. 24, 33; *Zacher*, Elternrecht (o. Fn. 2), Rn. 8.

¹³⁰ Vgl. *Burgi*, Erziehungsrecht (o. Fn. 27), Rn. 4.

V. Religionsgesellschaften und religiöse Kindererziehung

Kirchen, sonstige Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften sind dem Staat gegenüber in ihrer religiös oder weltanschaulich motivierten Erziehungstätigkeit verfassungsrechtlich insonderheit durch Art. 4 Abs. 1 und 2, Art. 7 Abs. 3, Art. 7 Abs. 4 und 5 sowie Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV geschützt.¹³¹ Einige Landesverfassungen nennen die Religionsgemeinschaften ausdrücklich als Erziehungsträger neben Eltern und Staat.¹³² Damit lässt sich zwar die Unabgeleitetheit und Eigenständigkeit des kirchlichen Erziehungsauftrages begründen. Im Verhältnis zum elterlichen Erziehungsrecht gilt jedoch nach Maßgabe von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG der Vorrang der Eltern.¹³³ Das Elternrecht gebietet dem Staat, durch seine und im Rahmen seiner Rechtsordnung sicherzustellen, dass die Kirchen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften nicht gegen den Willen der Eltern oder auch nur an diesen vorbei auf Pflege und Erziehung der Kinder einwirken dürfen. Ungeachtet anderslautender kirchenrechtlicher Regelungen¹³⁴ sind die Kirchen im Hinblick auf die religiöse Kindererziehung bis zur Religionsmündigkeit des Kindes nach staatlichem Recht (§ 5 S. 1 RKEG) auf die Zustimmung der Eltern angewiesen.¹³⁵ Wenn auch Inhalt und Umfang kirchlicher Erziehungstätigkeit nicht der elterlichen Disposition unterliegt, sondern von der Kirche nach deren Selbstverständnis festgelegt wird, so können doch die Eltern ihren Einfluss dadurch geltend machen, dass sie bestimmen, mit wem und in welcher Weise das Kind Umgang pflegt.¹³⁶ In herausgehobener Weise geschieht dies, wenn die Eltern ihr Kind – statt auf eine öffentliche Schule – auf eine gemäß Art. 7 Abs. 4 GG anerkannte Privatschule in kirchlicher oder sonst religions- oder weltanschauungsgemeinschaftlicher Trägerschaft schicken.

51

¹³¹ Weitere Einzelheiten dazu bei Jörg Ennuschat, → § 43, Markus Ogorek, → 44, und Hinnerk Wißmann, → § 45.

¹³² Vgl. Art. 12 Abs. 2 Verf. BW; Art. 127 BayVerf.; Art. 6 Abs. 3 Verf. NRW; Art. 26 Verf. RP; Art. 26 Abs. 2 Verf. Saarl.

¹³³ Grundlegend: Peters, Elternrecht (o. Fn. 2), S. 380 f.; Böckenförde, Elternrecht (o. Fn. 29), S. 75 f.

¹³⁴ C. 794 § 1 CIC verleiht der (katholischen) Kirche ein originäres Erziehungsmandat.

¹³⁵ Treffend Isensee, Elternrecht (o. Fn. 34), Sp. 227: „Der verfassungsrechtliche Weg der Kirche zur religiösen Erziehung führt notwendig über die Eltern.“ Ähnlich Hofmann, Die religiöse Kindererziehung (o. Fn. 24), S. 61.

¹³⁶ Ebenso etwa Hofmann, Religiöse Kindererziehung (o. Fn. 41), Sp. 2959.

VI. Öffentliche Schule und religiöse Kindererziehung

1. Rollenvielfalt der staatlichen Schule

- 52 In wie unterschiedlicher Rolle, Gestalt und Weise der Staat auf die religiöse Erziehung eines Kindes einwirkt,¹³⁷ lässt sich besonders anschaulich am Beispiel der öffentlichen Schule zeigen.¹³⁸ Das schulische Erziehungsmandat des Staates gemäß Art. 7 Abs. 1 GG umschließt zwar nicht die im engeren, identifikatorischen Sinne religiöse und weltanschauliche Erziehung der Kinder.¹³⁹ Angesichts der unausweichlichen Wertfundierung jeder Erziehungstätigkeit kann indes auch die staatliche Schule weltanschauliche und religiöse Themen nicht aus ihrer Erziehungstätigkeit ausklammern.¹⁴⁰ Dadurch wird jedoch, aus grundrechtlicher Sicht, sowohl das elterliche Erziehungsrecht als auch die Religionsfreiheit – der Eltern wie des Kindes – auf den Plan gerufen. Die Schule hat dafür Vorsorge zu treffen, dass dem Einzelnen einerseits weder Religion noch Weltanschauung aufgedrängt wird und dass ihm andererseits Raum für die aktive Betätigung seiner Glaubensüberzeugung auch im Schulalltag gewährt und gesichert wird.

2. Einzelne Konfliktkonstellationen

- 53 Nach Regelungsintention und -gegenstand staatlicher Einwirkung lassen sich wenigstens fünf Konfliktkonstellationen unterscheiden. Zwar geht es in allen Fallgestaltungen um Grundrechte von Schülern und deren Eltern. Sie unterscheiden sich aber danach, ob die staatliche Maßnahme, auf die die Geltendmachung von Grundrechtsan-

¹³⁷ Dazu bereits oben Rn. 40 m. N.

¹³⁸ Vgl. auch, die Rechtslage unter EMRK und GG vergleichend: *Langenfeld*, in: Dörr / Grote / Marauhn (o. Fn. 12), Kap. 24, Rn. 20–27 m. N.

¹³⁹ Statt vieler: BVerfGE 41, 65 (84); BayVerfGH, in: NJW 1988, S. 3141 (3142); im Ergebnis zust. *Hans-Martin Pawlowski*, Ehrfurcht vor Gott als schulisches Bildungsziel in Bayern, in: NJW 1989, S. 2240 ff. – Eine Ausnahme hat insoweit freilich zu gelten für die sog. Verfassungssensenz mitsamt ihren unabdingbaren rechtlich-ethischen Voraussetzungen (dazu *Matthias Jestaedt*, Anmerkung zu BVerwGE 79, 298 ff., in: JZ 1989, S. 140 [142]).

¹⁴⁰ Ähnlich *Hans-Ulrich Evers*, Die Befugnis des Staates zur Festlegung von Erziehungszielen in der pluralistischen Gesellschaft, 1979, S. 75; eindringlich *Loschelder*, Grundrechte (o. Fn. 120), Rn. 36 f. mit zutreffendem Hinweis auf den Integrationsauftrag der Schule.

sprüchen reagiert, ihrerseits intentional auf die Regelung religiös-weltanschaulicher Fragen gerichtet ist (so nachfolgend b.–e.) oder nicht (so nachfolgend a.). In der erstgenannten Variante ist weiter danach zu unterscheiden, ob der Staat bloß als neutraler Dritter im Konflikt gegenläufiger religiös-weltanschaulicher Ansprüche auftritt (so nachfolgend b. und c.) oder aber als *motu proprio* tätige und interessierte Partei in Religions- und Weltanschauungsfragen (so nachfolgend d. und e.). Schließlich kann in dieser letzten Gruppe differenziert werden danach, ob eine Identifikation mit den Wahrheitsansprüchen einer Religion oder Weltanschauung gegeben ist (so nachfolgend e.) oder nicht (so nachfolgend d.).

Die fünf Konstellationen lassen sich darüber hinaus danach unterscheiden, ob der Staat religiös-weltanschaulich konnotierter Grundrechtsausübung in der Schule Platz einräumt (so in Konstellationen a.–c.) oder aber selbst religiös-weltanschauliche Aspekte in die Schule hineinträgt. Im Falle der Zulassung religiös-weltanschaulicher Grundrechtswahrnehmung (a.–c.) stehen zwei verfassungsrechtliche Maßgaben im Vordergrund: zum einen die Wahrung der Grundrechte (Religions- und Weltanschauungsfreiheit sowie Elternrecht) aller Beteiligten sowie zum anderen die Wahrung des sogenannten Schulfriedens als ein „Zustand der Konfliktfreiheit und -bewältigung [...], der den ordnungsgemäßen Unterrichtsablauf ermöglicht, damit der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag verwirklicht werden kann“.¹⁴¹

54

a) Konstellation „Befreiung von schulischen Veranstaltungen“

Der Staat trifft eine schulische Maßnahme, die ihrer Regelungsin-tention und ihrem Regelungsgegenstand nach an sich religionsneu-tral ist wie z.B. die Einrichtung von Sexualkunde- oder von koedu-kativ erteiltem Sport-, insbes. Schwimmunterricht, die Ansetzung einer Klassenfahrt oder, noch viel allgemeiner, die Etablierung einer Schulbesuchspflicht (und damit der prinzipielle Ausschluss des sog. Homeschooling) und deren zeitliche Erstreckung auf die reguläre Arbeitswoche von Montag bis Freitag.¹⁴² Eltern oder Kinder sehen

55

¹⁴¹ So richtungsweisend BVerwGE 141, 223, Rn. 41.

¹⁴² Zum Sexualkundeunterricht: BVerfGE 47, 46 (76 f.); zu Schulpflicht und Sabbatheiligung: BVerwGE 42, 128 (129 ff.); zur Befreiung vom koedukativen Sportunterricht: BVerwGE 94, 82 (83 ff.); U. v. 11. 9. 2013 – 6 C 25/12, in: JZ 2014, S. 138 ff.; zur Befreiung von einer als Unterrichtsmaßnahme

sich jedoch aufgrund unbedingt verpflichtender Glaubensvorschriften daran gehindert, der schulischen Verpflichtung nachzukommen. Der Konflikt – einerseits Art. 7 Abs. 1, andererseits Art. 6 Abs. 2 S. 1, Art. 4 Abs. 1 GG – ist dahin zu lösen, dass die für die konkret zu entscheidende Frage gewichtigere Verfassungsbestimmung den Ausschlag gibt.¹⁴³ Dabei ist – neben Intensität und Wahrscheinlichkeit der Grundrechtsbeeinträchtigung auf der einen Seite – auf der anderen Seite die betreffende Schulveranstaltung bzw. schulbezogene staatliche Maßnahme nicht nur in ihrem konkret-isolierten Bildungswert ausschlaggebend, sondern auch in ihrer Funktion und ihrem Gewicht für die Wahrnehmung des schulischen Erziehungs- und Integrationsmandats;¹⁴⁴ auf dieser Folie kann auch einer nach ihrem Bildungswert eher nachrangigen Veranstaltung (wie z. B. einem Klassenausflug) unter Erziehungs- und Integrationsauspizien eine entscheidende Rolle in der Abwägung zufallen.

b) Konstellation „Schulgebet“

56 Das Tun des Staates selbst gewinnt religiös-weltanschauliche Bezüge dadurch, dass er im Rahmen des schulischen Sonderstatusverhältnisses der äußerlich in Erscheinung tretenden Religionsausübung von Schülern Entfaltungsraum bietet. Dies kann zum einen dadurch geschehen, dass er allen Schülern (einer Klasse, einer Stufe, eines Kurses u. s. f.) samt deren Lehrern einen kollektiven Entfaltungsraum am Rande des Unterrichtsgeschehens zur Verfügung stellt (Schulgebet im lehrerbetreuten Klassenverband).¹⁴⁵ Zum anderen kann der

ausgestalteten Vorführung eines Spielfilms: BVerwG, U. v. 11.9.2013 – 6 C 12/12, in: NJW 2014, S. 804 ff.; zur Befreiung von einer Klassenfahrt: OVG Bremen, U. v. 19.11.2013 – 1 A 275/10, in: NordÖR 2014, S. 92 ff.; zu religiös motivierten Verstößen gegen die Schulbesuchspflicht: BVerfG (1. Senat, 3. Kammer), B. v. 21.7.2009 – 1 BvR 1358/09, in: NJW 2009, S. 3151 ff.; zum Homeschooling: BayVGh, B. v. 11.11.2008 – 7 CS 08.1237, KirchE 52, 226 ff.; eingehende Darstellung und Analyse der Judikatur zur „religiös motivierten Schulverweigerung“: Vellmer, Kindererziehung (o. Fn. 70), S. 210–238.

¹⁴³ Statt aller: BVerfGE 93, 1 (21); Jestaedt, Schule (o. Fn. 120), Rn. 83 ff., 93 f.

¹⁴⁴ Mit Recht betont von BVerwG, U. v. 11.9.2013 – 6 C 25/12, in: JZ 2014, S. 138, Rn. 13 und 17; U. v. 11.9.2013 – 6 C 12/12, in: NJW 2014, S. 804, Rn. 21 und 24 f.; dazu, dass das schulische Erziehungs- und Bildungsmandat auch als Integrationsmandat zu verstehen ist: Jestaedt, Schule (o. Fn. 120), Rn. 43 ff., bes. 44 m. N.

¹⁴⁵ Dazu BVerfGE 52, 223 (235 ff.).

Staat auch einzelnen Schülern gestatten, außerhalb des Unterrichtsgeschehens ihre Religion in sichtbarer Weise auszuüben (Schulgebet Einzelner außerhalb des Klassenverbandes).¹⁴⁶ Die Zulässigkeit des Schulgebets im Klassenverband unter Einschluss der Lehrkraft ist davon abhängig, dass der religiöse Bekenntnisakt vor oder nach, jedenfalls außerhalb des allgemeinen Schulunterrichts auf der Basis völliger Freiwilligkeit stattfindet und der Staat ausschließlich organisatorische Hilfe leistet (sogenannte „Grundrechtsofferte“¹⁴⁷). Widerspricht ein Schüler (oder dessen Eltern) der Abhaltung des Schulgebets, so ist dessen Grundrecht auf Bekenntnisfreiheit nur dann nicht verletzt, wenn er frei und ohne Zwang über die Teilnahme entscheiden kann und eine zumutbare Ausweichmöglichkeit besteht.¹⁴⁸ Beim Schulgebet Einzelner außerhalb des Klassenverbandes spielt die Wahrung des Schulfriedens in concreto die ausschlaggebende Rolle; in der Zulassungsentscheidung dürfte ein Eingriff in die Grundrechte anderer Schüler nicht zu erblicken sein, und der (zu bejahende) Eingriff in das Elternrecht dürfte im Verhältnis zu dem in Art. 7 Abs. 1 GG wurzelnden Schulfrieden nicht weiter ins Gewicht fallen.¹⁴⁹

Ähnlich liegt der Fall, wenn ein Schüler in der Schule in äußerlich wahrnehmbarer Weise seinen Glauben oder seine Weltanschauung durch das Tragen von Symbolen, Kleidungsstücken oder in ähnlicher Weise bekundet. Soweit der Schulfrieden – als die Chiffre für ein störungsfreies Schulehalten im Sinne von Art. 7 Abs. 1 GG – in concreto nichts Abweichendes erfordert, muss die öffentliche Schule die Grundrechtsbetätigung im Sonderstatus hinnehmen, ja sogar ermöglichen. Das störungsfreie Schulehalten ist hingegen beispielsweise beeinträchtigt, wenn eine Schülerin ihr Gesicht in einer Weise verhüllt (wie durch eine Burka [Ganzkörperschleier] oder einen Niqab [Gesichtsschleier]), die den pädagogischen Dialog „von Angesicht zu Angesicht“ unter Einschluss nonverbaler Kommunikation über Gestik, Mimik, Körpersprache u. s. f. (weitgehend) unmöglich macht.¹⁵⁰

57

¹⁴⁶ Dazu BVerwGE 141, 223, Rn. 16 ff., 25 ff., bes. 34 ff. und 41 ff.

¹⁴⁷ Zu Begriff und Sache: *Josef Isensee*, Verfassung als Erziehungsprogramm?, in: Wertbezogene Erziehung: Auf der Suche nach pädagogischer Erneuerung, hg. von Wolfgang Brüggemann / Josef Isensee / Lothar Theodor Lemper / Dieter Löwisch, 1983, S. 22 (35).

¹⁴⁸ Grundlegend: BVerfGE 52, 223 (235–253).

¹⁴⁹ Eingehend BVerwGE 141, 223, Rn. 25 ff., insbes. 41–61.

¹⁵⁰ Wie hier jüngst BayVGh, B. v. 22.4.2014 – 7 CS 13.2592.

c) Konstellation „Religionsbetätigung durch Lehrkraft“

58 Einen Sonderfall religiös-weltanschaulicher Grundrechtsbetätigung in der Schule markiert das Tragen sichtbarer religiös-weltanschaulicher Symbole oder Kleidungsstücke durch Lehrkräfte. Den insoweit bekanntesten Streitfall stellt das Kopftuch der muslimischen Lehrerin dar.¹⁵¹ Zwar handelt es sich nicht sensu stricto um ein – als religiöse Parteinahme per se verfassungsrechtlich unzulässiges – „staatliches“ Kopftuch; die Lehrkraft trägt es vielmehr als Ausdruck ihrer als Privatperson (sic) grundrechtlich geschützten Glaubensüberzeugung.¹⁵² Gleichwohl tritt die Lehrkraft im Schulgeschehen den Schülern (und deren Eltern) als Organwalterin der grundrechtsgebundenen Staatsgewalt gegenüber. Voraussetzung dafür, dass der Staat der Lehrkraft die Grundrechtsausübung im Amt nicht verbieten muss, ist, dass die Religionsbekundung auf das „passive“ Tragen eines Kleidungs- oder Schmuckstückes beschränkt ist und der für die Funktionsfähigkeit staatlichen Schulehaltens erforderliche Schulfrieden dadurch in concreto nicht gefährdet wird. Mag es auch angezeigt sein, Zweifel am tatsächlichen Vorliegen der vorgenannten Bedingungen zulasten der Amtsträgerin gehen zu lassen,¹⁵³ so lässt sich eine einzelfallblinde, allein auf die abstrakte Gefährlichkeit der betreffenden Glaubensbekundung für den Schulfrieden abstellende Regelung vor dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht rechtfertigen.¹⁵⁴ Ein „privilegium christianum“ verstößt, bezieht es sich nicht bloß auf das Christentum als prägender Kultur- und Bildungsfaktor (dazu nachfolgend d.), gegen die Pflicht des Staates zu religiös-weltanschaulicher Neutralität und Parität.¹⁵⁵

¹⁵¹ Vgl. BVerfGE 108, 282 ff.

¹⁵² So auch BVerfGE 108, 282 (297, 298 ff., bes. 305 f.).

¹⁵³ Auf die Asymmetrie der Grundrechtssituation von Lehrkraft einerseits sowie Schüler und dessen Eltern andererseits macht mit Recht die abweichende Meinung der Richter *Hans-Joachim Jenssch*, *Udo Di Fabio* und *Rudolf Mellinghoff*, BVerfGE 108, 282 (314 ff.), aufmerksam.

¹⁵⁴ Anders jedoch BVerwGE 121, 140, Rn. 27 ff., bes. 30 ff.; kritisch dazu *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Anmerkung zu BVerwGE 121, 140, in: JZ 2004, S. 1181 (1182 f.).

¹⁵⁵ So auch BVerwGE 121, 140, Rn. 36 f. (freilich mit durchaus fragwürdiger Konform-„Auslegung“ des Gesetzes in concreto).

d) Konstellation „Christliche Gemeinschaftsschule“

Der Staat identifiziert sich selbst durch die (landesverfassungs-) gesetzliche Anordnung¹⁵⁶ und administrative Umsetzung der „christlichen Gemeinschaftsschule“ mit christlichem Gedankengut. Eine Identifikation mit Glaubenswahrheiten gleichwelcher Provenienz ist dem Staat des Grundgesetzes zwar mit Rücksicht auf dessen religiös-weltanschauliche Neutralität schlechthin untersagt. Die Einführung christlicher Bezüge bei der Gestaltung der öffentlichen Pflichtschule ist aber dann nicht von Grundgesetzes wegen verboten und bewegt sich im Rahmen des staatlichen Schulmandats nach Art. 7 Abs. 1 GG, wenn die Schulform jeden Anspruch auf die Verbindlichkeit christlicher Glaubensinhalte meidet und das Erziehungsziel – außerhalb des Religionsunterrichts (dazu nachstehend e.) – nicht christlich-konfessionell fixiert ist, sondern das Christentum lediglich als prägenden abendländischen Kultur- und Bildungsfaktor in Bezug nimmt. Das Bundesverfassungsgericht bringt dies im Kruzifix-Beschluss wie folgt auf den Punkt: „Auch ein Staat, der die Glaubensfreiheit umfassend gewährleistet und sich damit selber zu religiös-weltanschaulicher Neutralität verpflichtet, kann die kulturell vermittelten und historisch verwurzelten Wertüberzeugungen und Einstellungen nicht abstreifen, auf denen der gesellschaftliche Zusammenhalt beruht und von denen auch die Erfüllung seiner eigenen Aufgaben abhängt. Der christliche Glaube und die christlichen Kirchen sind dabei, wie immer man ihr Erbe heute beurteilen mag, von überragender Prägestkraft gewesen. Die darauf zurückgehenden Denktraditionen, Sinnerfahrungen und Verhaltensmuster können dem Staat nicht gleichgültig sein. Das gilt in besonderem Maß für die Schule, in der die kulturellen Grundlagen der Gesellschaft vornehmlich tradiert und erneuert werden.“¹⁵⁷ Dagegen können die Eltern ihr Recht auf religiöse Kindererziehung nicht mit Erfolg in Stellung bringen.¹⁵⁸

Auch in der Konstellation „Ethikunterricht“ können sich Eltern nicht mit Erfolg auf ihr „konfessionelles Elternrecht“ berufen, um zu erreichen, dass ihre Kinder „vollständig von der Befassung mit Glaubensrichtungen oder Ansichten verschont bleiben, die ihnen fremd sind“¹⁵⁹. Voraussetzung dafür ist freilich, dass der – gegebene

¹⁵⁶ Vgl. namentlich Art. 15 Abs. 1 und Art. 16 Verf. BW.

¹⁵⁷ BVerfGE 93, 1 (22).

¹⁵⁸ Vgl. BVerfGE 41, 29 (44–53, 60–64), 65 (77–79), 88 (106–108); 93, 1 (21–24, bes. 22 f.).

¹⁵⁹ Zitat: BVerfGK 10, 423 (431).

nenfalls sogar ohne Abmeldemöglichkeit verpflichtende – Ethik-Unterricht als bloß religions- und weltanschauungskundlicher Unterricht ohne jeden inhaltlichen Wahrheits- oder Verbindlichkeitsanspruch Kenntnisse über Eigenart und soziale Rolle von Religion(en) und Weltanschauung(en) vermittelt.¹⁶⁰

- 61 Von Verfassungen wegen vergleichbar liegen die Dinge bei der Konstellation „Kreuz im Klassenraum“:¹⁶¹ Das schulischerseits angebrachte Kreuz ist ein Symbol staatlicher Identifikation, welche sich – aus objektivverfassungsrechtlichen Gründen religiös-weltanschaulicher Neutralität und Parität – allein auf das im Kreuz repräsentierte Christentum in seiner Funktion als prägender abendländischer Kultur- und Bildungsfaktor beziehen darf.¹⁶² Dies gilt unbeschadet der – wohl zu verneinenden – Frage, ob allein die Pflicht, sich in einem Schulraum aufhalten zu müssen, in welchem man des Kreuzes angesichtig werden kann, einen Eingriff in die Religionsfreiheit darstellt.¹⁶³ Der – demgegenüber unzweifelhaft gegebene – Eingriff in das elterliche Bestimmungsrecht hinsichtlich Aufenthalt und Umgang des eigenen Kindes ist angesichts des Mandats zum staatlichen Schulehalten gemäß Art. 7 Abs. 1 GG, als dessen Ausübung sich Anordnung und Anbringung eines Schulkreuzes darstellen, gerechtfertigt.

¹⁶⁰ Dazu ausführlich BVerfGK 10, 423 (428–435); s. auch BVerwGE 107, 75 ff.

¹⁶¹ BVerfGE 93, 1 ff.

¹⁶² Der Erste Senat interpretierte das Schulkreuz demgegenüber in seiner Kruzifix-Entscheidung (BVerfGE 93, 1 [19 f.]) als „aus sich heraus [...] religiöses Symbol“ (so BVerfGE 108, 282 [304]) und hielt dessen Anbringung im Klassenzimmer – bei dieser Prämisse konsequent – für eine Verletzung von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG (freilich auch von Art. 4 Abs. 1 GG; vgl. BVerfGE 93, 1 [15 ff., bes. 23 f.]). Zutreffend gegen dieses einseitige und eindimensionale Verständnis eines Symbols: Abweichende Meinung der Richter *Otto Seidl*, *Alfred Söllner* und der Richterin *Evelyn Haas*, BVerfGE 93, 1 (25 ff.); vgl. ergänzend *Matthias Jestaedt*, Das Kreuz unter dem Grundgesetz. Möglichkeiten und Grenzen für die Anbringung von Kreuzen in Unterrichtsräumen staatlicher Pflichtschulen, in: *Journal für Rechtspolitik* 3 (1995), S. 237 ff.

¹⁶³ Ein Eingriff in das Erziehungsrecht von Eltern, die eine Konfrontation ihrer Kinder mit einem Kreuz (Kruzifix) ablehnen, kann demgegenüber nicht in Frage gezogen werden. Dieser ist freilich grundsätzlich durch das schulische Erziehungs- und Bildungsmandat nach Art. 7 Abs. 1 GG gerechtfertigt.

e) *Konstellation „Religionsunterricht“*

Die umfassendste Form der Identifikation mit einer Religion oder Weltanschauung stellt der als ordentliches Lehrfach in der öffentlichen Schule nach Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG abzuhaltende, bekenntnisgebundene Religionsunterricht dar.¹⁶⁴ Freilich verantwortet hier der Staat „lediglich“, dass der Unterricht in Übereinstimmung mit den regulären pädagogischen und didaktischen Standards stattfindet, und just nicht die bekenntnisgebundenen Inhalte des Religionsunterrichts, die gemäß Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG allein von den Religionsgemeinschaften zu verantworten sind.¹⁶⁵ Die staatliche Schule macht sich hier Sinndeutungs- und Wertevermittlungsangebote grundrechtsberechtigter Intermediärgewalten, der Religionsgemeinschaften, zunutze, die sie selbst nicht unterbreiten dürfte und deren Annahme sie in die freie Entscheidung des Einzelnen stellt (vgl. Art. 7 Abs. 2 GG, ergänzend Art. 7 Abs. 3 S. 3 GG).

62

C. Das gesetzrechtliche Regime religiöser Kindererziehung

I. Die Regelung der religiösen Kindererziehung nach dem RKEG

Das Recht der religiösen Erziehung der Kinder hat seine bedeutendste Regelung im „Gesetz über die religiöse Kindererziehung“ vom 15. 7. 1921 gefunden.¹⁶⁶

63

¹⁶⁴ Dazu eingehend *Markus Ogorek*, → § 44.

¹⁶⁵ Dazu stellvertretend *Loschelder*, Grundrechte (o. Fn. 120), Rn. 56 ff. m. N.

¹⁶⁶ RGBl. I S. 939 und 1263; BGBl. III 404–9. Dazu aus dem zeitgenössischen Schrifttum: *Wilhelm Marx*, Das Reichsgesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921, 2. Aufl. 1921; *Leopold Perels*, Das Reichsgesetz über die religiöse Kindererziehung, in: *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht* 1921, S. 638 ff. und 665 ff.; *Hans Besig*, Die Grundsätze über die religiöse Kindererziehung nach dem Reichsgesetz vom 15. Juli 1921, 2. Aufl. 1922; *Burkhard von Bonin*, Reichsgesetz über die religiöse Kindererziehung, 1922; *Engelmann*, Reichsgesetz (o. Fn. 1); *Theodor von der Pfordten*, Gesetz über die religiöse Kindererziehung, 1922; *Kipp*, Religiöse Kindererziehung (o. Fn. 6), S. 1 ff.; *Kayser*, Religiöse Erziehung (o. Fn. 1). (Weitere N. ebd., S. VII f.)

1. Vor- und Entstehungsgeschichte des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung vom 15. 7. 1921

64 Das Reichsgesetz von 1921 markiert gleichermaßen Ende und Kompromiss in einem langanhaltenden Disput über die religiöse Erziehung von Kindern aus konfessionsverschiedenen Ehen (sogenannten Mischehen).¹⁶⁷ Ihm vorausgegangen waren mehr als zwei Dezennien politischer Uneinigkeit und (landes-)rechtlicher Uneinheitlichkeit sowie zwei vergebliche Versuche, das Recht der religiösen Kindererziehung reichseinheitlich zu kodifizieren.¹⁶⁸ Im Jahre 1896 wurde der Versuch unternommen, die Frage der religiösen Kindererziehung im Bürgerlichen Gesetzbuch einer Regelung zuzuführen.¹⁶⁹ Um wegen unüberwindbarer Meinungsverschiedenheiten nicht das gesamte Gesetzeswerk zu gefährden, einigte man sich darauf, von

¹⁶⁷ Zur seinerzeitigen tatsächlichen wie rechtlichen Situation von (Kindern aus) Mischehen vgl. den kursorischen Überblick in: „Bericht der IX. Kommission zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Freiheit der Religionsausübung – Nr. 80 der Drucksachen –“, in: RT-Drs. Nr. 372 von 1900/1901, S. 33 f., 34 f., 39 f.

Auswahlbibliographie zur Rechtslage vor dem RKEG: *Justin Timotheus Balthasar von Linde*, Beitrag zur Lehre über die religiöse Erziehung der Kinder aus gemischten Ehen, in: Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, N. F., Bd. III (1847), S. 287 ff.; *Bernhard Hübler*, Die religiöse Erziehung der Kinder aus gemischten Ehen im Gebiet des preussischen Allgemeinen Landrechts, in: Festgabe für Rudolf von Gneist, 1888, S. 219 ff.; *Karl Schmidt*, Die Confession der Kinder nach den Landesrechten im deutschen Reiche, 1890; *Adolf Freiherr von Scheurl*, Die Staatsgesetzgebung über die religiöse Kindererziehung, in: Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht 1 (1892), S. 5 ff.; *Karl August Geiger*, Die reichsgesetzliche Regelung der religiösen Kindererziehung in Deutschland, in: AfK 73 (1895), S. 257 ff.; *Wilhelm Kahl*, Die Konfession der Kinder aus gemischter Ehe, 1895; *Wilhelm Güttler*, Die religiöse Kindererziehung im deutschen Reiche, 1908; *Hans Besig*, Die religiöse Erziehung der Kinder in Mischehen, 1917.

¹⁶⁸ Kursorischer Überblick über die geschichtliche Entwicklung und die partikularistische Rechtszersplitterung von 1650 bis ins 19. Jahrhundert bei *Kahl*, Konfession (o. Fn. 167), S. 2 ff.; *Hans Dölle*, Familienrecht, Bd. 2, 1965, S. 172 ff. (auch rechtsvergleichend); *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: Vorbem. zum RKEG, Rn. 1–4. – Zur seinerzeitigen Konfliktlösung durch die (Vormundschafts-)Gerichte: *Vellmer*, Kindererziehung (o. Fn. 70), S. 92–99.

¹⁶⁹ Dazu RT-Drs. Nr. 2317 (o. Fn. 1), S. 1999 (Abg. *Marx*), S. 2000 (Abg. *Dr. Kahl*); *R. Drache*, Die religiöse Erziehung der Kinder nach dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und Abänderungsvorschläge, 1889; *Schmidt*, Confession (o. Fn. 167), S. 479 ff.; *Emil Sehling*, Die religiöse Erziehung der Kinder und der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1891; *Kahl*, Konfession (o. Fn. 167), passim, bes. S. 27 f.

einer Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch abzusehen und in Art. 134 EGBGB zu bestimmen, dass „die landesgesetzlichen Vorschriften über die religiöse Erziehung der Kinder unberührt bleiben“ sollten. Auch der zweite, am Bundesrat gescheiterte Vorstoß aus dem Jahre 1901 (sogenannter Toleranzantrag)¹⁷⁰ war motiviert durch die als unerträglich empfundene Rechtszersplitterung, die daraus resultierte, dass über 30 verschiedene Rechte in der Frage existierten, in welchem Bekenntnis das Kind zu erziehen sei,¹⁷¹ davon allein in Preußen¹⁷² sieben und in der Stadt Frankfurt a. M. mindestens fünf. Die Unterschiedlichkeit bezog sich sowohl auf die Regelung, in welcher Weise sich die religiöse Erziehung bestimme, als auch auf die Bestimmung des sogenannten *annus discretionis*.¹⁷³ Mit wachsender Mobilität der Bevölkerung traten in steigender Zahl kollisionsrechtliche Probleme auf, für die die einzelnen Landesrechte zumeist keine oder nur unzureichende Regelungen bereithielten.

Erst im Jahre 1921 wurde in Anbetracht der fast allseits erkannten Unhaltbarkeit der Rechtszersplitterung und Notwendigkeit einer reichseinheitlichen Kodifizierung¹⁷⁴ mit dem „Gesetz über die religiöse Kindererziehung“ der Durchbruch geschafft. Neben der Frage des

65

¹⁷⁰ Umfassende Dokumentation bei *Franz Heiner* (Hg.), Der sog. Toleranzantrag oder Gesetzentwurf über die Freiheit der Religionsübung im Deutschen Reiche enthaltend die betr. Reichstags- und Kommissionsverhandlungen nebst einer Zusammenstellung der bestehenden Reichs-, Bundes- und Landesgesetzgebungen über die Religionsübung in Deutschland, in: AfKR 82 (1902), H. 2, S. 1–515, sowie AfKR 84 (1904), H. 3, S. 517–849.

¹⁷¹ Vgl. dazu insbesondere RT-Drs. Nr. 372 (o. Fn. 167), S. 28 ff.; RT-Drs. Nr. 2317 (o. Fn. 1), S. 1998 (Abg. *Marx*), S. 2000 (Abg. *Dr. Kahl*, der für das Jahr 1921 die Zahl von 31 unterschiedlichen landesrechtlichen Regelungen der religiösen Kindererziehung im Deutschen Reich nennt); *Marx*, Reichsgesetz (o. Fn. 166), S. 7 ff. Übersicht bei *Kahl*, Konfession (o. Fn. 167), S. 3–6, m. N. und Quellenangaben auf S. 31–50; *Heiner*, Toleranzantrag (o. Fn. 170), S. 250–283.

¹⁷² In wesentlichen Teilen Preußens galt noch bis ins Jahr 1921 die von *Friedrich Wilhelm III.* erlassene Deklaration vom 21.11.1803. Dazu: *Kahl*, Konfession (o. Fn. 167), S. 3 f., 7; *Marx*, Reichsgesetz (o. Fn. 166), S. 9 ff. Der Text der Deklaration ist abgedr. bei: *Hübner*, Religiöse Erziehung (o. Fn. 167), S. 228; *Schmidt*, Confession (o. Fn. 167), S. 1 f.; *Kahl*, Konfession (o. Fn. 167), S. 32, Fn. 8 (unter 2).

¹⁷³ Zu letzterem vgl. die Darstellung bei *Kahl*, Konfession (o. Fn. 167), S. 20 (mit Zusammenstellung in Fn. 78 [S. 70 f.]) sowie in: RT-Drs. Nr. 2317 (o. Fn. 1), S. 2005 (zu § 3 des Gesetzentwurfs A [1. Lesung]).

¹⁷⁴ Vgl. nur RT-Drs. Nr. 2317 (o. Fn. 1), S. 1998 ff. (Abg. *Marx*), S. 2000 (Abg. *Dr. Kahl*), S. 2002 (Ausschussmehrheit).

annus discretionis¹⁷⁵ und dem Umfang der Entscheidungsbefugnis des Vormundschaftsgerichts¹⁷⁶ (heute: Familiengerichts) beherrschte ein dritter Gesichtspunkt die Gesetzesberatungen: welches Prinzip der Regelung der religiösen Kindererziehung zugrunde zu legen sei. Fünf Regelungsmodelle standen zur Debatte:¹⁷⁷ (1) die einseitige Verfügungsgewalt (regelmäßig des Vaters), (2) die konfessionelle Teilung der Kinder nach dem Geschlecht der Eltern, (3) die gesetzliche Nachfolge in die Konfession des Vaters, (4) die vertragliche Bestimmung durch die Eltern und (5) die unverbindliche freie Einigung der Eltern. Mit gewissen Modifikationen übernahm das RKEG das Einigungsmodell¹⁷⁸ und erstreckte es auf die religiöse Erziehung *aller* Kinder, nicht nur solcher aus Mischehen. Um die Reichseinheitlichkeit sicherzustellen, bestimmte die Vorschrift des § 8 RKEG, dass Art. 134 EGBGB und alle abweichenden landesrechtlichen Vorschriften aufgehoben würden. So kontrovers die Gesetzesberatungen, so einmütig war die Annahme des Gesetzentwurfs im Reichstag am 30.6.1921: mit Ausnahme der Vertreter der Bayerischen Volkspartei stimmten die Abgeordneten aller Parteien zu. Der Kompromiss¹⁷⁹ erwies sich als stabil; bis heute besteht das RKEG in der Sache nahezu unverändert¹⁸⁰ fort.

¹⁷⁵ Dazu: RT-Drs. Nr. 2317 (o. Fn. 1), S. 2005 (zu § 3 des Gesetzentwurfs A [1. Lesung]).

¹⁷⁶ Dazu RT-Drs. Nr. 2317 (o. Fn. 1), S. 2003 ff. (zu § 1 Abs. 2 des Gesetzentwurfs A [1. Lesung]), S. 2007 (zu § 1a des Gesetzentwurfs B [2. Lesung]), S. 2009 (zu § 1a des Gesetzentwurfs C [3. Lesung]).

¹⁷⁷ Dazu im Überblick: RT-Drs. Nr. 2317 (o. Fn. 1), S. 2000 f. (Abg. *Dr. Kahl*); vgl. bereits früher *Kahl*, Konfession (o. Fn. 167), S. 8–13.

¹⁷⁸ Dazu unten Rn. 80.

¹⁷⁹ Die Erleichterung über das Zustandekommen einer reichseinheitlichen Lösung bringt der Abg. *Marx*, Hauptantragsteller des später Gesetz gewordenen Entwurfs, zum Ausdruck, wenn er das RKEG als ein Gesetz kennzeichnet, „das, wie wohl selten eine gesetzliche Vorschrift, so recht geeignet ist, von tausenden Herzen Gewissensdruck zu nehmen“ (Reichsgesetz [o. Fn. 59], S. 27).

¹⁸⁰ Das RKEG erfuhr lediglich zwei Änderungen im Jahre 1990 und 2008; die erste davon war lediglich redaktioneller Natur, die zweite betraf die Bestimmung des zuständigen Gerichts: Durch Art. 7 § 31 Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz – BtG) vom 12.9.1990, BGBl. I S. 2002, wurden in § 2 Abs. 3 S. 4 und § 3 Abs. 2 S. 4 RKEG der Verweis angepasst (alt: § 1847 Abs. 2 BGB; neu: § 1779 Abs. 3 S. 2 BGB). Und im Zuge der Reform des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) im Jahre 2008 wurde die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts durch jene des Familiengerichts in § 2 Abs. 3 S. 1, § 3 Abs. 3 S. 2, § 7 S. 1 RKEG ersetzt (Art. 63 Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der frei-

2. Fortgeltung und Bedeutungswandel des RKEG unter dem Grundgesetz

a) Fortgeltung als Bundesrecht

Das Gesetz über die religiöse Kindererziehung gilt gemäß Art. 125 Nr. 1 GG als Bundesrecht fort.¹⁸¹ Es galt vor Inkrafttreten des Grundgesetzes innerhalb mehrerer Besatzungszonen und betrifft einen Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes: das bürgerliche Recht im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.¹⁸² Wie das Bundesverfassungsgericht hervorhebt, ist der Gesetzgebungskatalog des Grundgesetzes weitgehend im Hinblick auf die Weimarer Reichsverfassung konzipiert und formuliert worden. Soweit das Grundgesetz Materien aus dieser übernommen habe, könne daher angenommen werden, dass sie in demselben Sinne zu verstehen seien, wie es für die Weimarer Reichsverfassung der Fall gewesen sei.¹⁸³ Dies gilt in besonderer Weise für die Materie des „bürgerlichen Rechts“, wie sie gleichlautend in Art. 7 Nr. 1 Weimarer Reichsverfassung und Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG aufgeführt ist.¹⁸⁴ Für den Erlass des RKEG nahm das Reich die Kompetenz des Art. 7 Nr. 1 WRV („bürgerliches Recht“) in Anspruch; in der Diskussion über eine reichsrechtliche Regelung der religiösen Kindererziehung war man sich stets bewusst, dass allein

66

willigen Gerichtsbarkeit [FGG-Reformgesetz – FGG-RG] vom 17.12.2008, BGBl. I S. 2586).

¹⁸¹ Wenz, in: BGB-RGRK (o. Fn. 4), Vorbem. 1 zum RKEG; Uwe Diederichsen, in: Otto Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 50. Aufl. 1991 (seit der 51. Aufl. wird von einem Abdruck und einer Kommentierung des RKEG abgesehen), § 1 RKEG, Rn. 1; Salgo, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: Vorbem. zum RKEG, Rn. 10; Lutz Michalski / Yves Döll, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, hg. von Barbara Grunewald / Georg Maier-Reimer / Harm Peter Westermann, 13. Aufl. 2011, Bd. 2, § 1631, Rn. 17 und 18; Huber, in: MüKo BGB (o. Fn. 69), Anh. zu § 1631: Vorbem. zum RKEG; Schmid, Kindererziehungsgesetz (o. Fn. 4), Einleitung, Rn. 3. A. A. Peters, Elternrecht (o. Fn. 2), S. 391 f. (Weitergeltung als öffentliches Landesrecht). Offengelassen von BVerwG, in: NJW 1963, S. 1170 (1171); BVerwGE 68, 16 (18).

¹⁸² Zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG vgl. Philip Kunig, in: ders./v. Münch (o. Fn. 2), Bd. 2, Art. 74, Rn. 11; Ludwig Renck, Religionsmündigkeit in Bayern, in: BayVbl. 1988, S. 683; Hans-Werner Rengeling, Gesetzgebungszuständigkeit, in: HStR³, Bd. VI, 2008, § 135, Rn. 196. A. A. Theodor Maunz, in: ders./Dürig (o. Fn. 2), Art. 74 (Drittbearbeitung 1977), Rn. 61.

¹⁸³ Vgl. BVerfGE 33, 52 (61); 42, 20 (29).

¹⁸⁴ Wie hier: BVerfGE 42, 20 (31 f.).

eine Annexregelung zum Bürgerlichen Gesetzbuch geschaffen werden und sogar der Anschein eines Übergriffs auf das öffentliche (Landes-)Recht vermieden werden sollte. Der privatrechtliche Charakter des RKEG steht danach außer Zweifel.¹⁸⁵

- 67 Soweit der Bund das Recht der religiösen Kindererziehung in Wahrnehmung seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG neu regeln will, unterliegt er seit der Föderalismusreform I im Jahre 2006¹⁸⁶ nicht mehr dem Kompetenzausübungsregulativ der Erforderlichkeitsklausel gemäß Art. 72 Abs. 2 GG.

b) Bedeutungs- infolge Kontextwandels

- 68 Die Fortgeltung des äußerlich unveränderten Gesetzes von 1921 kontrastiert mit der zum Teil grundlegenden Veränderung der Bezugsgrößen – gewandelt haben sich der inhaltlich-einfachrechtliche, der verfassungsrechtliche und der tatsächliche Kontext. Auf der Ebene des einfachen Rechts haben sich wesentliche Determinanten des Kindschaftsrechts geändert; so ist insbesondere das Institut des väterlichen Stichtentscheids im Sorgerecht entfallen, und das Vormundschaftsgericht wurde durch das Familiengericht ersetzt. Infolgedessen haben zum einen Verweisungen des RKEG auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs einen neuen Inhalt erhalten und sind zum anderen Bestimmungen des RKEG, die, wie namentlich § 2 Abs. 2 RKEG, die seinerzeitige Verteilung der elterlichen Sorge vorausgesetzt haben, ihrer ursprünglichen Funktion entkleidet worden.¹⁸⁷ Mit der Auswechslung der verfassungsrechtlichen Grundlage

¹⁸⁵ Vgl. für das Kaiserreich: Begründung des sog. Toleranzantrages im Jahre 1901 (in: RT-Drs. Nr. 372 [o. Fn. 167], S. 28 [32 f.]); *Kahl*, Konfession (o. Fn. 167), S. 28. Für die Weimarer Republik: die Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren des RKEG (in: RT-Drs. Nr. 2317 [o. Fn. 1], S. 2000, 2002, 2003, 2005 und 2010); *Marx*, Reichsgesetz (o. Fn. 166), S. 12, 14 f.; *Engelmann*, Reichsgesetz (o. Fn. 1), S. 27–29 (S. 27: „ein rein privatrechtliches Gesetz“); *Perels*, Reichsgesetz (o. Fn. 166), S. 639; *Spitta*, Das Reichsgesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921, in: *Bayerische Zeitung für Rechtspflege* 1922, S. 4 (5); *Theodor von der Pfordten*, Die reichsrechtliche Regelung der religiösen Kindererziehung, in: *Bayerische Gemeinde- und Verwaltungszeitung* 1922, S. 129.

¹⁸⁶ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c) vom 28. 8. 2006, BGBl. I S. 2034.

¹⁸⁷ Dazu vgl. unten bei und in Fn. 226.

und der Fundierung des RKEG durch ein vollausgebildetes Grundrechtsgefüge – als Merkpостen mögen hier das Elternrecht, der Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter und die Religionsfreiheit des Kindes genügen – erfährt das Gesetz zusätzlich eine neue Ausrichtung und Bedeutung¹⁸⁸ – ohne dass freilich der Text des RKEG dem Grundgesetz erst hätte angepasst werden müssen.¹⁸⁹ Einen Inhalts- und Bedeutungswandel erfahren die Bestimmungen des RKEG schließlich durch veränderte religiöse und weltanschauliche Sozialisierungsbedingungen. Die christliche Mischehe, Ausgangsgröße der dem RKEG zugrunde liegenden Regelungskonzeption, ist in einer weitgehend säkularisiert-entchristlichten Gesellschaft nicht länger mehr Hauptauslöser für die Probleme religiöser und weltanschaulicher Erziehung der Kinder.

Dass das RKEG gleichwohl maßgebend die religiöse Kindererziehung steuert, verdankt es seiner offenen, auch heute noch modernen Anlage als ausfüllungsfähiges säkulares Rahmenrecht und seiner bekenntnisneutralen Begrifflichkeit.¹⁹⁰ Es hat Modellcharakter nicht nur im Hinblick auf das gleichberechtigte Bestimmungsrecht der Eltern,¹⁹¹ sondern auch darin, wie es den Gedanken eines stufenweisen Hineinwachsens des Kindes in die Mündigkeit verwirklicht.¹⁹²

69

¹⁸⁸ Die verfassungsbegründete Neujustierung führt jedoch nicht dazu, dass das RKEG zu einer Regelung „primär öffentlich-rechtlichen Charakters“ mutiert; so jedoch *Peters*, Elternrecht (o. Fn. 2), S. 391 (Hervorhebung im Original).

¹⁸⁹ Zutreffend *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: Vorbem. zum RKEG, Rn. 10, dort auch zur Übereinstimmung des RKEG mit Art. 14 UN-Kinderrechtskonvention; vgl. ergänzend *Vellmer*, Kindererziehung (o. Fn. 70), S. 77.

¹⁹⁰ *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: Vorbem. zum RKEG, Rn. 9: Das RKEG sei „vom Geist religiöser Toleranz, von der Beachtung der Individualität des Kindes wie der Eltern und vom Gleichberechtigungsgrundsatz bestimmt“.

¹⁹¹ Entstehungsgeschichtlich: RT-Drs. Nr. 2317 (o. Fn. 1), S. 2000 (2001) (Abg. *Dr. Kahl*), S. 2003 (Ausschußmehrheit: „Grundsatz der Gleichberechtigung von Vater und Mutter“); *Marx*, Reichsgesetz (o. Fn. 166), S. 16, 17, 18 ff. – Vorbildfunktion erfüllte § 1 RKEG insbesondere für eine der Leitbestimmungen des Kindschaftsrechts, § 1627 BGB, die durch Art. 1 Nr. 22 des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18.6.1957 (BGBl. I S. 609) neugefaßt und in S. 1 durch Art. 9 § 2 des Gesetzes zur Neuordnung der elterlichen Sorge vom 18.7.1979 (BGBl. I S. 1061) geändert worden ist.

¹⁹² *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: Vorbem. zum RKEG, Rn. 9 f.; *Joachim Gernhuber / Dagmar Coester-Waltjen*, Lehrbuch des Familienrechts, 6. Aufl. 2010, S. 803; *Huber*, in: MüKo BGB (o. Fn. 69), Anh. zu § 1631: Vorbem. zum RKEG – Bezeichnend ist insofern, dass das RKEG in Österreich, wo es am 1.3.1939 in Kraft gesetzt worden war, bis auf die im Hinblick auf das ABGB erforderlichen Adaptionen wortgleich als „Bundes-

Dieser Modellcharakter besteht ungeachtet des Umstandes, dass die Relevanz des RKEG in der vormundschafts- und familiengerichtlichen Praxis sehr überschaubar ist.¹⁹³

3. Systematische Verortung des Rechts zur religiösen Kindererziehung

a) Teil der elterlichen Personensorge

70

Das Reichsgesetz von 1921 behandelt die Frage der religiösen Kindererziehung „nicht als Religionsfrage, sondern als Erziehungsfrage“.¹⁹⁴ Die religiöse Erziehung von Kindern wird als Teil der elterlichen Personensorge, näherhin als Ausfluss der tatsächlichen Sorge, beurteilt.¹⁹⁵ Dementsprechend knüpft das RKEG mit seinen Regelungen und Begriffen grundsätzlich an das Recht der Personensorge gemäß §§ 1626 ff. BGB an. Insbesondere sind hervorzuheben die Akzessorietät des Rechts der religiösen Kindererziehung im Verhältnis zur Personensorgeberechtigung gemäß § 1 Abs. 1 RKEG¹⁹⁶ sowie auch der

gesetz über die religiöse Kindererziehung 1985“ (BGBl. I Nr. 155/1985 in der Fassung des Bundesgesetzes zur Bereinigung der vor 1946 kundgemachten einfachen Bundesgesetze und Verordnungen [Erstes Bundesrechtsbereinigungsgesetz – 1. BRBG], BGBl. I Nr. 191/1999) fortgilt.

¹⁹³ Dazu *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: Vorbem. zum RKEG, Rn. 8–8b; *Vellmer*, Kindererziehung (o. Fn. 70), S. 77 f. m. N.

¹⁹⁴ So ein Mitglied des 22. Ausschusses des Reichstages, in: RT-Drs. Nr. 2317 (o. Fn. 1), S. 2002. Der Abg. *Marx* betonte, dass die für die religiöse Kindererziehung, die ihrerseits eine Frage „des Elternrechts und des elterlichen Erziehungsrechts“ sei, vorgeschlagene Regelung „lediglich eine folgerichtige und sinngemäße Ausgestaltung der Vorschriften des BGB“ sei (ebd., S. 1998 [2000]).

¹⁹⁵ Statt aller: *Dölle*, Familienrecht (o. Fn. 168), S. 177; *Hans-Wolfgang Strätz*, in: Hans Thomas Soergel/Wolfgang Siebert (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl., Bd. 8, 1987, § 1631, Rn. 5; *Wenz*, in: BGB-RGRK (o. Fn. 4), § 1 RKEG, Rn. 2; *Diederichsen*, in: Palandt (o. Fn. 181), § 1626, Rn. 14, und § 1 RKEG, Rn. 2; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 1 RKEG, Rn. 1; *Vellmer*, Kindererziehung (o. Fn. 70), S. 74 (detailliert zur gerichtlichen Praxis bei religiös begründeten Konflikten in der Familie seit 1945: S. 122–165); *Huber*, in: MüKo BGB (o. Fn. 69), § 1626, Rn. 33; *Schmid*, Kindererziehungsgesetz (o. Fn. 4), § 1, Rn. 1. – Folgerichtig kommt es daher für die Bestimmung des zur religiösen Kindererziehung Berechtigten nicht auf das Vertretungsrecht, sondern allein auf die tatsächliche Personensorge an (wie hier etwa *Wenz*, a. a. O.).

¹⁹⁶ Dazu eingehend *Donau*, in: Staudinger (o. Fn. 7), § 1 RKEG, Rn. 1 ff.; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 1 RKEG, Rn. 5.

vom RKEG verwendete Eltern-Begriff.¹⁹⁷ Gleichwohl gewinnt es Selbststand gegenüber dem Recht der Personensorge, wenn es Spezialregelungen enthält, die allenfalls subsidiär auf die bürgerlichrechtlichen Vorschriften verweisen (vgl. § 2 Abs. 1 RKEG). Normstrukturell ist das Recht der religiösen Kindererziehung jenem der Personensorge gleichartig: auch jenes ist höchstpersönliches, subjektives und absolutes Recht.¹⁹⁸

b) Verfassungs- und einfachgesetzliche Rechtsstellungen

Als Konkretisierung des elterlichen Sorgerechts ist das Recht der religiösen Kindererziehung zwar dem verfassungsrechtlich in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verbürgten Elternrecht strukturell vergleichbar, aber mit ihm nicht deckungsgleich.¹⁹⁹ Zwar erstreckt sich die Verfassungsgewähr des elterlichen Erziehungsrechts auf alle Gegenstände der elterlichen Sorge.²⁰⁰ Das heißt aber nicht, dass alle einfachrechtlich den Eltern zugewiesenen Sorgerechtspositionen am Verfassungsrang des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG teilhaben. Dass Elternrecht im Sinne des Grundgesetzes und elterliche Sorge im Sinne des bürgerlichen Rechts nach Inhalt und Rang unterschiedliche Größen sind, wird insbesondere deutlich in den Fällen des Sorgerechtsentzugs gemäß §§ 1666, 1666a, 1680 BGB und der Sorgerechtszuweisung bei Getrenntleben oder im Scheidungsverbund (insbesondere gemäß § 1671 BGB): obwohl der eine Elternteil seines Sorgerechts verlustig geht, besteht seine Elternrechtsstellung fort und fungiert als Maßstab, an dem sich der Entzug bzw. die Zuweisung des Sorgerechts messen und rechtfertigen lassen muss.

71

¹⁹⁷ Mit der Anknüpfung an den Eltern-Begriff des bürgerlichrechtlichen Sorgerechts werden auch dessen allfällige verfassungsrechtliche Probleme rezipiert.

¹⁹⁸ S. auch unten Rn. 98.

¹⁹⁹ Vgl. etwa BVerfGE 31, 194 (207 f.); *Maunz*, in: ders./Dürig (o. Fn. 2), Art. 6, Rn. 24b; *Heinz Holzhauer*, Verwandtschaftliche Elternstellung, verfassungsmäßiges Elternrecht und elterliche Sorge, in: FamRZ 1982, S. 109 (112 f.); *Ursula Fehnmann*, Der grundrechtliche Schutz der Vermögenssorge, in: ZfJ 1986, S. 178 (179 ff.); *Dieter Reuter*, Elterliche Sorge und Verfassungsrecht, in: AcP 192 (1992), S. 108 ff.; *Coester-Waltjen*, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 2), Art. 6, Rn. 79 u. ö.; *Huber*, in: MüKo BGB (o. Fn. 69), Rn. 21 vor § 1626, je m. N.

²⁰⁰ Dazu *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 103 f. und 277 ff. m. N. Darüber hinaus umfasst das Elternrecht auch alle durch öffentliches Recht geregelten Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes.

4. Regelungsthematik und Grundaussagen des RKEG

a) *Regelungsthematik*

72 Das RKEG erstreckt sich nicht nur auf die religiöse Erziehung von Kindern aus sogenannten Mischehen, sondern generell auf die religiöse Kindererziehung.²⁰¹ Es unterwirft seinen Regelungen nicht nur die religiöse Erziehung im engeren Sinne, sondern auch die Erziehung in einer nicht bekenntnismäßigen Weltanschauung (§ 6 RKEG), wobei unter Weltanschauung jede Lehre zu verstehen ist, die das Wesen und die Bedeutung des Weltganzen zum Gegenstand hat.²⁰² Nicht erfasst ist dagegen nach Gesetzeswortlaut und -systematik das Unterlassen jeglicher religiöser oder weltanschaulicher Erziehung.²⁰³

73 Das RKEG stellt Regeln auf für folgende (Konflikt-)Konstellationen: Elternteil–Elternteil (vgl. §§ 1, 2, 3, 4), Eltern–Kind (insbes. §§ 1, 2 Abs. 3 S. 5, § 3 Abs. 2 S. 5, § 5), Eltern–Vormund/Pfleger (§ 3), Eltern–Familiengericht (§ 2 Abs. 1 i.V.m. § 1628 BGB, § 2 Abs. 3), Eltern–Dritte (§ 4). Dabei bezieht sich die einzige unmittelbar drittgerichtete Bestimmung des § 4 RKEG allein auf die bürgerlich-rechtliche Unwirksamkeit von Verträgen über die religiöse Kindererziehung. Streitigkeiten zwischen den Eltern und einer Kirche werden demgegenüber nicht vom RKEG geregelt.²⁰⁴ Überhaupt spart das RKEG sowohl das Kirchenrecht (etwa die Voraussetzungen und Formen des Eintritts und Austritts aus einer Religionsgemeinschaft) als auch das öffentliche Recht (etwa in Gestalt der Regelungen über den Schulunterricht und die Schulpflicht) aus.²⁰⁵

²⁰¹ Statt aller: *Engelmann*, Reichsgesetz (o. Fn. 1), S. 29.

²⁰² Dazu: *Wenz*, in: BGB-RGRK (o. Fn. 4), § 6 RKEG; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 6 RKEG, Rn. 2; *Huber*, in: MüKo BGB (o. Fn. 69), Anh. zu § 1631: § 6 RKEG; *Schmid*, Kindererziehungsgesetz (o. Fn. 4), § 6, Rn. 1.

²⁰³ Vgl. *Donau*, in: Staudinger (o. Fn. 7), § 6 RKEG, Rn. 1.

²⁰⁴ Diese Streitigkeiten gehören infolgedessen auch nicht zur Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichtes gemäß § 7 RKEG; wie hier: OLG Braunschweig, in: FamRZ 1965, S. 228; *Dölle*, Familienrecht (o. Fn. 168), S. 198; *Donau*, in: Staudinger (o. Fn. 7), § 7 RKEG, Rn. 1; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 7 RKEG, Rn. 4; *Schmid*, Kindererziehungsgesetz (o. Fn. 4), § 7, Rn. 1; a.A. VG Braunschweig, in: FamRZ 1963, S. 446; widersprüchlich *Diederichsen*, in: Palandt (o. Fn. 181), § 1 RKEG, Rn. 1 einerseits und § 7 RKEG, Rn. 1 andererseits.

²⁰⁵ Statt aller: RT-Drs. Nr. 2317 (o. Fn. 1), S. 2002; *Marx*, Reichsgesetz (o. Fn. 166), S. 14 f.; *Engelmann*, Reichsgesetz (o. Fn. 1), S. 28.

b) Grundaussagen

Das für die religiöse Kindererziehung aufgestellte Regelungssystem beruht auf drei Grundaussagen: erstens dem Bestimmungsrecht der personensorgeberechtigten Eltern auf der Grundlage ihrer freien Einigung (§ 1, vgl. auch § 4), zweitens der streitentscheidenden Rolle des (früher: Vormundschafts-, heute:) Familiengerichts (§ 2 Abs. 1 i.V.m. § 1628 BGB, § 2 Abs. 3, § 7) sowie drittens dem stufenweise sich aktualisierenden Selbstbestimmungsrecht des Kindes (§ 2 Abs. 3 S. 5, § 3 Abs. 2 S. 5, § 5).²⁰⁶

74

5. Das Bestimmungsrecht der Eltern

a) Reichweite und Gestalt

Grundsätzlich bestimmen die sorgeberechtigten Eltern, in welchem Bekenntnis oder in welcher Weltanschauung ihr Kind erzogen wird. Dabei entspricht der Elternbegriff des RKEG jenem des BGB, so dass neben Adoptiveltern²⁰⁷ auch Pflegeeltern darunter zu verstehen sind, soweit diesen familiengerichtlich die elterliche Sorge übertragen worden ist (§ 1630 Abs. 3 S. 1 BGB). Diese Ausweitung gegenüber dem verfassungsrechtlichen Eltern-Begriff²⁰⁸ erklärt sich aus der gesetzlichen Regelungsanlage: Das RKEG kennt nämlich als Bestimmungsberechtigte neben den sorgeberechtigten Eltern nur den sorgeberechtigten Vormund oder Pfleger (vgl. § 3 RKEG). Die Wertung, sorgeberechtigte Pflegeeltern überhaupt aus dem Kreis der Bestimmungsberechtigten auszunehmen, lässt sich ihm nicht entnehmen; folglich liegt es nahe, die Pflegeeltern im Sinne des § 1630 Abs. 3 S. 1 BGB unter den Eltern-Begriff des RKEG zu subsumieren.²⁰⁹ Das elterliche Bestimmungsrecht erstreckt sich nicht nur auf die (Erst-) Bestimmung der Konfession etwa in Gestalt der Taufe nach christlichem oder der Beschneidung nach jüdischem oder muslimischem

75

²⁰⁶ Detailliert zu den Grundzügen des RKEG: *Donau*, in: Staudinger (o. Fn. 7), Vorbem. 3 zum RKEG; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: Vorbem. zum RKEG, Rn. 11.

²⁰⁷ Dazu *Gernhuber / Coester-Waltjen*, Lehrbuch (o. Fn. 192), S. 804.

²⁰⁸ Dazu oben Rn. 20.

²⁰⁹ Wie hier im Ergebnis *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 1 RKEG, Rn. 5; *Huber*, in: MüKo BGB (o. Fn. 69), Anh. zu § 1631: § 1 RKEG, Rn. 3; *Schmid*, Kindererziehungsgesetz (o. Fn. 4), § 1, Rn. 2.

Ritus, sondern darüber hinaus auf die Gesamtheit der elterlicher Erziehungsgewalt unterliegenden Maßnahmen religiöser Erziehung: auf die Bestimmung des Umgangs und des Aufenthalts, auf die Unterweisung und Anleitung im Glauben, auf das Anhalten zu religiösen Übungen und Religionspflichten u. s. f.

76 Die Bestimmung ist nicht formgebunden, sie kann daher auch konkludent erfolgen.²¹⁰ An den Umstand, dass die Bestimmung des Bekenntnisses nicht formgebunden, nicht formalisiert ist, knüpft sich eine Reihe von Schwierigkeiten, die die Frage betreffen, wann im konkreten Fall von einer Bestimmung (gegebenenfalls auch von einer Änderung der Bestimmung) des Bekenntnisses auszugehen ist. Zunehmender religiöser Subjektivismus, der einhergeht mit einem anti-institutionellen (antikirchlichen) Affekt und der in seiner Wirkung verstärkt wird durch die Atomisierung und Pluralisierung zuvor festgefügtter Einheiten und Anschauungen, begünstigt eine Entwicklung, die eine klare und einfache Zuordnung – sei es nach dem Schema: „wenn Taufe, dann auch christliche (katholische / evangelische) Erziehung; wenn keine Taufe, dann zumindest keine christliche Erziehung“, sei es anhand der Bekenntnisalternative „katholisch / evangelisch“ – immer seltener gestattet.

77 Ein nach kirchlichem Recht relevanter Formalakt – so insbesondere die Taufe nach christlichem und die Beschneidung nach jüdischem Ritus, aber auch der im Zusammenhang mit der religiösen Erziehung des Kindes stehende Kircheneintritt oder -austritt der Eltern – ist für die Bestimmung des Bekenntnisses nach dem RKEG weder notwendige noch hinreichende Voraussetzung: Eine Bestimmung über die religiöse Erziehung des Kindes kann zum einen dergestalt erfolgen, dass beide Elternteile oder aber ein Elternteil mit (gegebenenfalls auch stillschweigendem) Einverständnis des anderen mit der religiösen Erziehung beginnen, ohne dass ein formalisiert-ausdrücklicher, nach außen gerichteter Bestimmungsakt stattgefunden hat. Zum anderen ist ein formaler Manifestationsakt nur mehr widerlegliches Indiz für eine Bestimmung über die religiöse Erziehung. So fehlt es etwa an einer Bestimmung im Sinne eines christlichen Bekenntnisses, wenn das Kind zwar getauft worden ist, die Eltern aber von Maßnahmen zur religiösen Erziehung ihres Kindes im christlichen Bekenntnis absehen²¹¹ – sei es, dass sie religiös indolent sind, sei es, dass

²¹⁰ Zu Qualifikation und Struktur der „Bestimmung“: BGHZ 5, 57 ff.; *Dohnau*, in: Staudinger (o. Fn. 7), § 3 RKEG, Rn. 9 ff.; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 3 RKEG, Rn. 6 ff.

²¹¹ Vgl. nur BGHZ 5, 57 (59 f.).

sie die Kindstaufe dadurch desavouieren, dass sie sich (etwa durch Mitwirkung in einer Sekte) einem anderen Bekenntnis zuwenden.

Die vorstehenden Überlegungen rechtfertigen indes nicht den Schluss, dass die Bestimmung über die religiöse Erziehung schlichtweg mit dem Beginn der religiösen Erziehung gleichzusetzen ist.²¹² Vielmehr ist zu differenzieren: Hat die religiöse Erziehung des Kindes bereits begonnen, so muss der Entschluss der Bestimmungsberechtigten, das Kind in einem bestimmten Bekenntnis zu erziehen (oder erziehen zu lassen), durch ein „eindeutiges Verhalten betätigt werden [...], das an der Ernstlichkeit und Endgültigkeit dieses Entschlusses und an der Bereitschaft, ihn sofort oder doch zu einem bestimmten nicht fernen Zeitpunkt praktisch zu verwirklichen, keine Zweifel bestehen läßt.“²¹³ Hat demgegenüber die Erziehung des Kindes in einem bestimmten Bekenntnis noch gar nicht eingesetzt und kommt eine solche angesichts des Alters des Kindes auch noch nicht in Frage, so muss zwar ebenfalls ein ernstlicher und grundsätzlich endgültiger Bestimmungswille der Berechtigten festgestellt werden; es ist aber nicht erforderlich, dass die Betreffenden darüber hinaus ihren Entschluss auch durch erziehungseinleitende Maßnahmen in die Tat umgesetzt haben müssen, so dass die Ernstlichkeit des Willens zur Bestimmung über die religiöse Erziehung des Kindes nicht dadurch in Frage gestellt werden kann, dass die Erziehungsberechtigten die Erziehung des Kindes in dem gewählten Bekenntnis noch nicht in die Wege geleitet haben. Allenfalls können Maßnahmen „zur Sicherstellung der künftigen Erziehung in dem nunmehr gewollten Bekenntnis“²¹⁴ erwartet werden.

So wenig nach alledem die Bestimmung über die religiöse Erziehung des Kindes sich an einem einheitlichen, formalen Schema ausrichtet, so wenig ist ein auch für Dritte erkennbarer Manifestationsakt entbehrlich. Die zuordnende Deutung des Verhaltens der Bestimmungsberechtigten bereitet freilich in dem Maße mehr Schwierigkeiten, wie der Rückzug überlieferter Formen des Religiösen aus der sozialen Öffentlichkeit sich fortsetzt und einzelne Bekenntnisse

²¹² Ebenso *Donau*, in: Staudinger (o. Fn. 7), § 1 RKEG, Rn. 3; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 1 RKEG, Rn. 6.

²¹³ BGHZ 5, 57 (59). Vgl. auch *Donau*, in: Staudinger (o. Fn. 7), § 3 RKEG, Rn. 9; *Joseph Listl*, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. 317 f.

²¹⁴ BGHZ 5, 57 (60) – auch zum Vorstehenden. Dazu *Wenz*, in: BGB-RGRK (o. Fn. 4), § 2 RKEG, Rn. 2.

sich immer weniger anhand ihrer äußerlich wahrnehmbaren Ausdrucksformen unterscheiden lassen.

b) Einigung der Eltern

80 Die Bestimmung über die religiöse Erziehung des Kindes erfolgt nach dem Grundsatz des § 1 S. 1 RKEG durch die freie Einigung der sorgeberechtigten Eltern. Freie Einigung setzt nicht nur die Freiheit von äußerem (staatlichem oder kirchlichem) Druck voraus, sondern bedeutet auch, dass die Eltern in der Wahl des Bekenntnisses oder der Weltanschauung grundsätzlich keinerlei Beschränkungen unterliegen, also für das Kind auch ein Bekenntnis oder eine Weltanschauung bestimmen können, dem oder der keiner der Elternteile angehört.²¹⁵ Die Einigung ist gemäß § 1 S. 2 RKEG jederzeit frei widerruflich. Der Widerruf als solcher wirkt sich jedoch nicht auf Rechtshandlungen aus, die zwar – wie etwa die Begründung der Kirchenmitgliedschaft durch Taufe – mit der Einigung in Zusammenhang stehen, aber außengerichtet und bestimmten – staatlichen oder kirchlichen – Rechtsformen unterworfen sind.

81 Angesichts der jederzeitigen Widerruflichkeit der Einigung ist es unerheblich, ob diese als Rechtsgeschäft qualifiziert wird mit der Folge, dass die rechtsgeschäftlichen Regelungen über Geschäftsfähigkeit und Willensmängel Anwendung finden.²¹⁶ Als unvollkommene familienrechtliche Verbindlichkeit setzt sie jedoch einen – höchstpersönlichen²¹⁷ – „rechtlichen Willensakt“²¹⁸ voraus, zu dem ein Geschäftsunfähiger nicht in der Lage ist. Voraussetzung der Einigungsfähigkeit der Eltern ist nach § 1 S. 1 RKEG schließlich, dass beide Eltern aktuell personensorgeberechtigt sind. Daran fehlt es, wenn die

²¹⁵ Ebenso: *Donau*, in: Staudinger (o. Fn. 7), § 1 RKEG, Rn. 7.

²¹⁶ Wie hier etwa *Wenz*, in: BGB-RGRK (o. Fn. 4), § 1 RKEG, Rn. 3; *Gernhuber / Coester-Waltjen*, Lehrbuch (o. Fn. 192), S. 804 Fn. 18; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: Vorbem. zum RKEG, Rn. 7; *Huber*, in: MüKo BGB (o. Fn. 69), Anh. zu § 1631: § 1 RKEG, Rn. 3. Für erheblich halten die Qualifikation *Dölle*, Familienrecht (o. Fn. 168), S. 179; *Donau*, in: Staudinger (o. Fn. 7), § 1 RKEG, Rn. 8 (Lit.); *Michalski / Döll*, in: Erman (o. Fn. 181), § 1631, Rn. 19; *Schmid*, Kindererziehungsgesetz (o. Fn. 4), § 1, Rn. 3: reguläres Rechtsgeschäft.

²¹⁷ Vgl. *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 1 RKEG, Rn. 8 m. w. N.

²¹⁸ So *Diederichsen*, in: Palandt (o. Fn. 181), § 1 RKEG, Rn. 2. Vgl. auch *Michalski / Döll*, in: Erman (o. Fn. 181), § 1631, Rn. 19; *Huber*, in: MüKo BGB (o. Fn. 69), Anh. zu § 1631: § 1 RKEG, Rn. 3.

Personensorgeberechtigung entweder ruht (§ 1673 Abs. 1 [nicht jedoch im Falle des beschränkt Geschäftsfähigen gemäß § 1673 Abs. 2], § 1674 Abs. 1, § 1675 BGB) oder gar entzogen ist (§§ 1666, 1666a, 1680 Abs. 3 BGB).²¹⁹ In diesem Fall entscheidet der personensorgeberechtigte Elternteil allein (vgl. § 2 Abs. 1 RKEG). Außer durch Widerruf wird die Einigung gelöst durch den Tod eines Elternteils (vgl. § 1680 Abs. 1 und 2 BGB) bzw. durch dessen Todeserklärung (vgl. § 1677 BGB), nicht hingegen durch den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit, durch Scheidung oder durch Einwilligung zur Adoption.

c) Rechtslage bei Fehlen der elterlichen Einigung

Die Rechtslage bei fehlender Einigung behandelt § 2 RKEG. Einer Einigung ermangelt es, wenn sich die Eltern aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen (Geschäftsunfähigkeit; Ruhen, Entzug oder Fehlen des Sorgerechts) nicht einigen können oder wenn die Einigung durch – dem anderen Elternteil gegenüber zugangsbedürftigen²²⁰ – Widerruf aufgehoben oder durch Tod (§ 1 S. 2 Hs. 2 RKEG) bzw. Todeserklärung (§ 1681 BGB) gelöst wird. Für diese Konstellation stellt § 2 Abs. 1 RKEG die Regel auf, dass der Inhaber der tatsächlichen Personensorge die religiöse Erziehung nach den Vorschriften der §§ 1626 ff. BGB zu bestimmen hat. Sind beide Elternteile sorgeberechtigt, so haben sie nach § 1627 S. 2 BGB eine Einigung zu versuchen; können sie sich nicht einigen, entscheidet auf Antrag eines der Elternteile das Familiengericht gemäß § 1628 S. 1 BGB am Maßstab des Kindeswohles (vgl. § 1697a BGB). § 2 Abs. 2 RKEG schränkt diese Regel jedoch für den Fall, dass und solange eine Ehe zwischen den Eltern besteht, in dreifacher Weise ein:

(1) Hatten die Eltern zum Zeitpunkt der Eheschließung ein gemeinsames Bekenntnis, so darf das Kind nur mit Zustimmung beider Elternteile in einem anderen Bekenntnis erzogen werden. An einem gemeinsamen „Bekenntnis“ fehlt es jedoch, wenn ein Elternteil oder gar beide aus der Kirche ausgetreten sind, mag dieser Schritt auch etwa nur aus „äußerlichen“, kirchensteuerrechtlichen Gründen erfolgt sein.²²¹ Im Falle der gemeinschaftlichen Adoption eines Kindes

²¹⁹ Statt vieler: *Huber*, in: MüKo BGB (o. Fn. 69), Anh. zu § 1631: § 1 RKEG, Rn. 3.

²²⁰ Dazu *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 1 RKEG, Rn. 10.

²²¹ Str.; wie hier *Donau*, in: Staudinger (o. Fn. 7), § 2 RKEG, Rn. 11; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 2 RKEG, Rn. 5.

ist nicht der Zeitpunkt der Eheschließung maßgeblich, sondern jener der Annahme an Kindes Statt gemäß § 1752 Abs. 1 BGB.

84 (2) Ohne die Zustimmung beider Elternteile ist auch eine Erziehung des Kindes in einem anderen Bekenntnis als bisher nicht zulässig. Dabei ist es im Hinblick auf das durch Änderung des Bekenntnisses regelmäßig gefährdete Kindeswohl unerheblich, ob das bisherige Bekenntnis seinerseits in gesetzmäßiger oder gesetzwidriger Weise bestimmt worden ist.²²² Von einer Änderung der Bekenntnis-Bestimmung kann nicht schon dann die Rede sein, wenn die Eltern bzw. ein Elternteil für sich den Kirchenaustritt erklären / erklärt, die Kirchenzugehörigkeit des Kindes jedoch unangetastet bleibt.²²³

85 (3) Schließlich bedarf es der Zustimmung beider Elternteile für die Abmeldung vom Religionsunterricht, nicht dagegen für eine Umschulung des Kindes von einer Bekenntnisschule auf eine Einheitschule, sofern dort ebenfalls Religionsunterricht erteilt wird. Einer Abmeldung steht die Erklärung im Zeitpunkt des Schuleintritts gleich, dass das Kind nicht am Religionsunterricht teilnehmen solle.²²⁴

86 Mag § 2 Abs. 2 RKEG auch mit Wegfall des Stichtentscheids des Vaters²²⁵ seine ursprünglich singuläre, da von den seinerzeitigen Regelungen des BGB abweichende Schutzfunktion zugunsten der Mutter eingebüßt haben, weil sich die identischen (Schutz-)Ergebnisse heutzutage auch über die Verweisung des § 2 Abs. 1 RKEG auf §§ 1627, 1628 Abs. 1 BGB erzielen lassen, so ist er formaliter doch nicht obsolet geworden.²²⁶ Das zeigt sich daran, dass Rechtsgrundlage nach wie

²²² Ebenso *Marx*, Reichsgesetz (o. Fn. 166), S. 20; *Donau*, in: Staudinger (o. Fn. 7), § 2 RKEG, Rn. 17 m.N. (auch zur früher herrschenden Gegenauffassung); *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 2 RKEG, Rn. 5. A. A. etwa *Wenz*, in: BGB-RGRK (o. Fn. 4), § 2 RKEG, Rn. 6 (freilich könne die – zustimmungsfreie – Änderung der gesetzwidrigen Erziehung nachteilig für das Kind sein und eine Anwendung des § 1666 BGB rechtfertigen).

²²³ Kirchenrechtliche, gar kirchensteuerrechtliche Anliegen sind weder Regelungsthema noch gar Schutzzweck der Vorschriften des RKEG über die Bestimmung der religiösen Kindererziehung. Infolgedessen hat die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Bestimmung über die religiöse Erziehung“ ohne Rücksicht darauf zu erfolgen, dass – wie etwa nach evangelischem Kirchenrecht – die Kirchensteuerpflicht abhängig ist von der Taufe des Kindes und der Erziehung desselben im evangelischen Bekenntnis.

²²⁴ Vgl. *Wenz*, in: BGB-RGRK (o. Fn. 4), § 2 RKEG, Rn. 7.

²²⁵ Dazu BVerfGE 10, 59 ff.

²²⁶ Zum Streitstand näher *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 2 RKEG, Rn. 2 f., der selbst freilich nicht deutlich genug zwischen materia-

vor die *lex specialis* gemäß § 2 Abs. 2 RKEG – und nicht etwa § 2 Abs. 1 RKEG i.V.m. §§ 1627, 1628 Abs. 1 BGB – ist.²²⁷ Die Zustimmung teilt den Rechtscharakter der Mitwirkung an der Einigung, ist indes nicht frei widerruflich. Wird die erforderliche Zustimmung versagt, so entscheidet auf Antrag das Familiengericht (§ 2 Abs. 3 RKEG).²²⁸

d) Rechtslage bei Getrenntleben, Nichtehelichkeit, Adoption

Besonderheiten gelten für die religiöse Kindererziehung bei Getrenntleben, Nichtehelichkeit und Adoption, war (sic) doch das RKEG ursprünglich auf die Konstellation einer bestehenden elterlichen Ehe ausgerichtet.²²⁹

(1) Wird die Elternehe *geschieden*, so wird dadurch zwar nicht eine etwa bestehende Einigung zwischen den Eltern gemäß § 1 S. 1 RKEG gelöst. Soweit aber den geschiedenen Eltern die elterliche Sorge ausnahmsweise nicht gemeinsam zusteht, kann der nach § 1671 BGB Alleinsorgeberechtigte die Einigung jederzeit widerrufen und ist von den Bindungen des § 2 Abs. 2 RKEG (Erfordernis der Zustimmung auch des anderen Elternteils) befreit: ihm steht ein freies, nur durch das Wohl des Kindes (vgl. § 1627 S. 1, § 1666 BGB) gebundenes Abänderungsrecht zu. Der andere, lediglich umgangsberechtigte Elternteil darf die religiöse Erziehung des gemeinsamen Kindes durch den sorgeberechtigten Elternteil nicht beeinträchtigen (vgl. § 1684 Abs. 2 S. 1 BGB).²³⁰ Besteht dagegen das gemeinsame Sorgerecht nach Scheidung oder Trennung fort, so gelten § 1 (freie, jederzeit widerrufliche Einigung) und § 2 Abs. 1 RKEG i.V.m. §§ 1627, 1628 BGB (Pflicht, eine Einigung zu versuchen; bei Scheitern entscheidet

ler und formaler Perspektive trennt (§ 2 Abs. 2 RKEG sei zwar „obsolet geworden“, bleibe aber gleichwohl „Entscheidungsgrundlage“).

²²⁷ Zu letzterem wie hier: *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 2 RKEG, Rn. 2.

²²⁸ Dazu unten e.

²²⁹ Vgl. *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 1 RKEG, Rn. 5.

²³⁰ Wie hier etwa: BayObLG, in: NJW 1961, S. 1581 f. (freilich mit der aus grundrechtlicher Sicht unzutreffenden Formulierung, dass der bloß umgangsberechtigte Elternteil das *Grundrecht* des sorgeberechtigten Elternteils auf religiöse Erziehung des Kindes nicht antasten dürfe); *Wenz*, in: BGB-RGRK (o. Fn. 4), § 1 RKEG, Rn. 6; *Diederichsen*, in: Palandt (o. Fn. 181), § 1 RKEG, Rn. 3; *Michalski / Döll*, in: Erman (o. Fn. 181), § 1631, Rn. 20; *Schmid*, Kindererziehungsgesetz (o. Fn. 4), § 2, Rn. 1.

auf Antrag das Familiengericht).²³¹ Entsprechendes gilt, wenn die Ehe der Eltern nichtig oder aufgehoben ist.²³²

- 89 (2) Die religiöse Erziehung *nichtehelicher Kinder* hat im RKEG keine gesonderte Regelung gefunden. Daher bestimmt auch sie sich nach den allgemeinen sorgerechtlichen Regelungen der §§ 1626 ff. BGB. Nachdem der frühere, verfassungsrechtlichen Bedenken²³³ ausgesetzte § 1705 S. 1 BGB, wonach der Vater eines nichtehelichen Kindes nicht sorgeberechtigt war und die Alleinsorge bei der Mutter lag, im Zuge der Reform des Kindschaftsrechts im Jahre 1998 durch die Regelung des § 1626a BGB ersetzt worden war, stand auch nicht miteinander verheirateten Eltern die elterliche Sorge bei übereinstimmenden Sorgeerklärungen (§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB) oder bei Heirat (§ 1626a Abs. 1 Nr. 2 BGB) gemeinsam zu. Andernfalls war die Mutter nach § 1626a Abs. 2 BGB alleinsorgeberechtigt und im Sinne des RKEG alleinbestimmungsberechtigt, soweit nicht im Falle des Getrenntlebens der Vater mit Zustimmung der Mutter beim Familiengericht beantragte, ihm die elterliche Sorge zu übertragen (vgl. § 1672 Abs. 1 BGB). An diesem Regelungsregime hat das Bundesverfassungsgericht im Jahre 2010, nachdem ein gutes halbes Jahr zuvor der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte insoweit eine Konventionsverletzung gegen Deutschland festgestellt hatte,²³⁴ mit Grund verfassungsrechtlich Anstoß genommen: Dass der Vater eines nichtehelichen Kindes ohne die (familiengerichtlich nicht substituierbare) Zustimmung der Mutter generell von der Sorgetragung ausgeschlossen sei und nicht gerichtlich nachprüfen lassen könne, ob auf Kindeswohlgründen nicht eine gemeinsame Sorge oder aber seine Alleinsorge anzuordnen sei, verstoße gegen das auch ihm unzweifelhaft zustehende Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.²³⁵ Der Bundesgesetzgeber²³⁶ hat daraufhin mit § 1626a Abs. 1 Nr. 3 BGB einen wei-

²³¹ Dazu, dass Fragen der religiösen und weltanschaulichen Erziehung zu den Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung i. S. v. §§ 1628, 1687 Abs. 1 S. 1 BGB zählen: *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 1 RKEG, Rn. 5 m. w. N.

²³² Ebenso *Donau*, in: Staudinger (o. Fn. 7), § 1 RKEG, Rn. 14.

²³³ Ausführlich dazu *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 124.

²³⁴ EGMR, U. v. 3.12.2009, Nr. 22028/04, Z. [Zaunegger] gegen Deutschland, Ziff. 61 f.

²³⁵ BVerfGE 127, 132 (132 [Ls. 1], 146 ff.); vgl. zuvor indes BVerfGE 107, 150 (168 ff.).

²³⁶ Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern vom 16. 4. 2013, BGBl. I S. 795.

teren Grund für das Bestehen eines gemeinsamen Sorgerechts nicht mit einander verheirateter Eltern eingeführt: die familiengerichtliche Übertragung, die von jedem Elternteil beantragt werden kann, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht (§ 1626a Abs. 2 S. 1 BGB n. F.). Überdies hat er mit § 1671 Abs. 2 und 3 BGB eine Möglichkeit geschaffen, dass der Vater des nichtehelichen Kindes ohne die Zustimmung der Kindesmutter die Übertragung der Alleinsorge beim Familiengericht beantragen kann; der frühere § 1672 BGB ist im Gegenzug aufgehoben worden. Damit ist endlich eine vollauf elternrechtskonforme Rechtslage hergestellt.²³⁷

(3) Im Falle der *Adoption* eines Kindes stellt sich das Problem, wie weit das Bestimmungsrecht der leiblichen Eltern reicht. Eine Bindung der annehmenden Eltern an die Erziehungsmaßnahmen der leiblichen Eltern besteht nicht, und eine Vereinbarung im Annahmevertrag des Inhalts, dass die leiblichen Eltern die Einwilligung zur Adoption davon abhängig machen, dass das Kind von den Adoptiveltern im bisherigen Bekenntnis erzogen werden wird, ist wegen Verstoßes gegen § 1750 Abs. 2 S. 1 BGB (Bedingungsfeindlichkeit der Einwilligungserklärung) und gegen §§ 1, 4 RKEG unwirksam.²³⁸ Unbeschadet der Bedingungsfeindlichkeit der Einwilligungserklärung können die leiblichen Eltern jedoch der Adoptionsvermittlungsstelle gegenüber erklären, dass sie ihre Einwilligung in eine Inkognito-Adoption nur unter der Voraussetzung erklären, dass die präsumtiven Adoptiveltern im Zeitpunkt der Einwilligung demselben Bekenntnis angehören wie das Kind und dass sie ihre Bereitschaft bekundet haben, das Kind im bisherigen Bekenntnis zu erziehen.²³⁹ Erfüllen die Adoptiveltern die Solleigenschaften tatsächlich nicht, so ist die gleichwohl erteilte Einwilligung und damit die Annahme an Kindes Statt zwar fehlerhaft, aber wirksam. Unwirksam ist die Einwilligung der leiblichen Eltern gemäß § 1760 Abs. 2 Buchst. c BGB nur im Falle arglistiger Täuschung; auf Antrag hat das Familiengericht dann das Annahmeverhältnis aufzuheben (§ 1760 Abs. 1 BGB).²⁴⁰

90

²³⁷ Vgl. auch *Coester-Waltjen*, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 2), Art. 6, Rn. 79 m. N.

²³⁸ Statt aller: *Joseph Listl*, Adoptionsrecht und religiöse Kindererziehung, in: FamRZ 1974, S. 74 (76 f.).

²³⁹ Dazu *Listl*, Adoptionsrecht (o. Fn. 238), S. 77, 79; ähnlich bereits *Dölle*, Familienrecht (o. Fn. 168), S. 189 f.

²⁴⁰ Vgl. auch *Gernhuber / Coester-Waltjen*, Lehrbuch (o. Fn. 192), S. 804 Fn. 17.

e) Rolle des Familiengerichts

91 Das Familiengericht ist in drei Fallgestaltungen – jeweils nur auf Antrag der unmittelbar Beteiligten²⁴¹ – zur Entscheidung berufen:²⁴² wenn eine Einigung zwischen den sorgeberechtigten Elternteilen nicht zustande kommt (§ 2 Abs. 1 RKEG i.V.m. § 1628 Abs. 1 BGB); wenn die Zustimmung in einer der Konstellationen des § 2 Abs. 2 RKEG nicht erteilt wird (§ 2 Abs. 3 RKEG); wenn die (Erst-)Bestimmung des Bekenntnisses durch den alleinsorgeberechtigten Vormund oder Pfleger zu genehmigen ist (§ 3 Abs. 2 S. 2 RKEG). Schließlich hat das Familiengericht nach § 7 S. 2 RKEG bei Vorliegen der Voraussetzungen für den Entzug des Sorgerechts gemäß § 1666 BGB von Amts wegen tätig zu werden (Ausfluss des staatlichen Wächteramtes gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG). Derartige Wächteramtsmaßnahmen des Familiengerichts sind insbesondere angezeigt, wenn häufiger oder abrupter Wechsel der religiösen Erziehung eine Kindeswohlbeeinträchtigung befürchten lässt. Entsprechendes gilt, wenn die Eltern ein Bekenntnis bestimmen, welches das Kind – wie in manchen Sekten – in ein selbstbestimmungsausschließendes Abhängigkeitsverhältnis führt oder es zu fundamentalistisch begründeter militanter Intoleranz (einschließlich Gewaltbereitschaft gegen Andersdenkende) „erzieht“.²⁴³ Die bloße Uneinigkeit der Eltern über die religiöse Erziehung ihres Kindes stellt in einer Mischehe dagegen als solche, d.h. ohne dass weitere Umstände hinzutreten, keine Kindeswohlbeeinträchtigung im Sinne des § 1666 Abs. 1 BGB dar.²⁴⁴

²⁴¹ Eine Antragsberechtigung steht sonstigen, auf die religiöse Kindererziehung Einfluss Nehmenden (Verwandte, Pfarrämter, Jugendämter u. s. f.) auch nicht unter der Voraussetzung zu, dass sie ein berechtigtes Interesse an der Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes haben (ebenso *Donau*, in: Staudinger [o. Fn. 7], § 7 RKEG, Rn. 4; *Salgo*, in: Staudinger [o. Fn. 3], Anh. zu § 1631: § 7 RKEG, Rn. 3).

²⁴² Zum Verfahren s. stellvertretend: *Donau*, in: Staudinger (o. Fn. 7), § 7 RKEG, Rn. 4–8; *Wenz*, in: BGB-RGRK (o. Fn. 4), § 2 RKEG, Rn. 10 f.; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 2 RKEG, Rn. 11 ff., 17 ff. m. w. N.

²⁴³ Probleme ergeben sich allerdings, „wenn die Eltern an einen nonkonformistischen Rand des Grundrechtsgebrauchs geraten, der ihnen selbst und für sich zwar nicht untersagt ist, von dem die ‚staatliche Gemeinschaft‘ aber annimmt, daß die Kinder und ihre Entwicklung zu eigener substantieller Grundrechtsmündigkeit dadurch nicht gefährdet werden sollten“ (*Zacher*, Elternrecht [o. Fn. 2], Rn. 98).

²⁴⁴ Wie hier etwa LG Mannheim, in: FamRZ 1966, S. 517 f.; *Listl*, Grundrecht (o. Fn. 213), S. 315 f.

Gegen das Tätigwerden des Familiengerichts im Falle fehlender Einigung und versagter Zustimmung wurden wiederholt Bedenken vorgebracht,²⁴⁵ die heute jedoch als überwunden gelten dürfen: weder ist die zu entscheidende Frage mangels Entscheidungskriterien injustitiabel, noch rechtfertigen sich aus anderen Gründen (Vorrang des Elternrechts; Kindeswohl; weltanschauliche Neutralität des Staates) Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidungszuständigkeit.

(1) Die gemäß § 2 Abs. 3 RKEG zu treffende Entscheidung über die Erteilung der Zustimmung zum Wechsel des Bekenntnisses oder zur Abmeldung vom Religionsunterricht unterscheidet sich ihrer Struktur nach nicht von jener, die gemäß § 1628 Abs. 1 BGB zu treffen ist.²⁴⁶ Für letztere wird jedoch das Bedenken der Injustitiabilität mit Recht nicht geltend gemacht. Die – nur scheinbaren – Leerformeln vom „Wohl des Kindes“ (§ 1628 Abs. 1 S. 1 BGB) oder, was der Sache nach nichts Abweichendes bedeutet, von den „Zwecken der Erziehung“ (§ 2 Abs. 3 S. 2 RKEG) haben sich in praxi als hinreichend konkretisierbar erwiesen.²⁴⁷ Im Zweifel ist die Erziehung im bisherigen Bekenntnis beizubehalten (Kontinuitätsprinzip).

(2) Aus dem Gesichtspunkt der weltanschaulichen Neutralität des Staates ist anzumerken, dass das Familiengericht seine Entscheidung nicht am Maßstab des Wertes oder Unwertes eines Bekenntnisses oder einer Weltanschauung auszurichten hat, sondern daran, welche Entscheidung dem Wohl des Kindes am ehesten Rechnung trägt.²⁴⁸

²⁴⁵ N. bei *Donau*, in: Staudinger (o. Fn. 7), § 2 RKEG, Rn. 4 ff.; aus neuerer Zeit Bedenken gegen § 2 Abs. 1 RKEG bei: *Hofmann*, Religiöse Kindererziehung (o. Fn. 41), Sp. 2959 f.

²⁴⁶ Vgl. nur *Strätz*, in: Soergel/Siebert (o. Fn. 195), § 1631, Rn. 8; *Wenz*, in: BGB-RGRK (o. Fn. 4), § 2 RKEG, Rn. 9; *Manfred Hinz*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., hg. von Kurt Rebmann/Franz-Jürgen Sacker, Bd. 8, 1992, § 2 RKEG, Rn. 3; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 2 RKEG, Rn. 9; *Michalski/Döll*, in: Erman (o. Fn. 181), § 1631, Rn. 21; *Schmid*, Kindererziehungsgesetz (o. Fn. 4), § 2, Rn. 1.

²⁴⁷ Vgl. zu § 2 Abs. 3 S. 2 RKEG: *Dölle*, Familienrecht (o. Fn. 168), S. 185; *Donau*, in: Staudinger (o. Fn. 7), § 2 RKEG, Rn. 5 ff.; *Strätz*, in: Soergel/Siebert (o. Fn. 195), § 1631, Rn. 8; *Wenz*, in: BGB-RGRK (o. Fn. 4), § 2 RKEG, Rn. 9; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 2 RKEG, Rn. 10 (mit einer Aufzählung „vielfältiger Faktoren“, die die richterliche Entscheidung am Maßstab des Kindeswohls leiten); *Michalski/Döll*, in: Erman (o. Fn. 181), § 1631, Rn. 21 f.; *Huber*, in: MüKo BGB (o. Fn. 69), Anh. zu § 1631: § 2 RKEG, Rn. 6; *Schmid*, Kindererziehungsgesetz (o. Fn. 4), § 2, Rn. 4 – Kein Entscheidungsgesichtspunkt ist demgegenüber der Umstand, dass kirchenrechtliche Strafen drohen (vgl. *Diederichsen*, in: Palandt [o. Fn. 181], § 2 RKEG, Rn. 6).

²⁴⁸ Zum staatlichen Schlichteramt oben Rn. 42.

Das Gericht nimmt damit eine Position jenseits von Bekenntnis und Weltanschauung ein.²⁴⁹ Schließlich wird auch nicht der Erziehungsprimat der Eltern beeinträchtigt. Denn das Familiengericht darf im Falle des § 2 Abs. 1 RKEG i.V.m. § 1628 S. 1 BGB kein Bekenntnis festsetzen, das von keinem Elternteil befürwortet wird;²⁵⁰ im Falle des § 2 Abs. 2 RKEG folgt dies bereits daraus, dass das Familiengericht nur darüber zu entscheiden hat, ob die Zustimmung des nicht-sorgeberechtigten Elternteils ersetzt wird oder nicht.

f) Rechtslage bei Vormundschaft und Pflegschaft

- 95 Ist für das Kind ein Vormund (vgl. §§ 1793, 1800 i.V.m. 1631 Abs. 1, § 1801 BGB) oder ein Pfleger (vgl. § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB) bestellt, so hängen deren Befugnisse im Hinblick auf die religiöse Erziehung des Kindes davon ab, ob daneben wenigstens einem Elternteil die tatsächliche Personensorge zusteht.²⁵¹ Ist dies der Fall, so geht bei Meinungsverschiedenheiten die Ansicht des Elternteils vor, sofern diesem nicht das Recht der religiösen Erziehung gemäß § 1666 BGB entzogen ist (§ 3 Abs. 1 RKEG). Selbst in dem Falle, dass es an jeglicher Elternzuständigkeit fehlt, obliegt dem Vormund oder Pfleger die Bestimmung des Bekenntnisses oder der Weltanschauung, in dem oder der das Kind erzogen werden soll, kraft eigenen Rechts (vgl. § 3 Abs. 2 S. 1 RKEG) nur unter der weiteren Voraussetzung, dass nicht bereits eine Bestimmung erfolgt ist: Das Recht zur Änderung einer von den Eltern getroffenen Bestimmung des Bekenntnisses – mag diese auch noch nicht umgesetzt worden²⁵² oder gar gesetzwidrig sein²⁵³ – steht weder dem Vormund noch dem Pfleger zu (§ 3 Abs. 2

²⁴⁹ Exemplarisch dazu: *Diederichsen*, in: Palandt (o. Fn. 181), § 2 RKEG, Rn. 6.

²⁵⁰ Vgl. *Strätz*, in: Soergel/Siebert (o. Fn. 195), § 1631, Rn. 8; *Wenz*, in: BGB-RGRK (o. Fn. 4), § 2 RKEG, Rn. 9; *Diederichsen*, in: Palandt (o. Fn. 181), § 2 RKEG, Rn. 6; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 2 RKEG, Rn. 16; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Lehrbuch (o. Fn. 192), S. 804.

²⁵¹ Dazu, dass § 3 Abs. 1 RKEG mit dem Nichtehelichengesetz von 1969 wesentlich an rechtspraktischer Bedeutung eingebüßt hat: *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 3 RKEG, Rn. 3.

²⁵² Es reicht die Bestimmung des Bekenntnisses durch letztwillige Verfügung: *Marx*, Reichsgesetz (o. Fn. 166), S. 22; *Michalski/Döll*, in: Erman (o. Fn. 181), § 1631, Rn. 23; *Schmid*, Kindererziehungsgesetz (o. Fn. 4), § 3, Rn. 2 m. N.

²⁵³ Str.; wie hier etwa *Hinz*, in: MüKo BGB (o. Fn. 246), § 3 RKEG, Rn. 4; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 3 RKEG, Rn. 7; a.A.: *Donau*,

S. 6 RKEG). Für die Bestimmung – freilich nicht für jede einzelne Erziehungsmaßnahme (wohl aber etwa für die Abmeldung vom Religionsunterricht) – bedarf er der familiengerichtlichen Genehmigung (§ 3 Abs. 2 S. 2 RKEG).

g) Verträge über die religiöse Kindererziehung

Verträge über die religiöse Erziehung der Kinder entfalten – gleichgültig, ob zwischen den Eltern oder mit Dritten geschlossen – gemäß § 4 RKEG keinerlei unmittelbare bürgerlichrechtliche Wirkungen. Das heißt jedoch nicht, dass sie überhaupt nicht rechtlich relevant werden können. Bürgerlichrechtlich kann ein – an sich unwirksamer – Vertrag sowohl in eine widerrufliche Einigung umgedeutet oder als Entscheidungsaspekt für das Familiengericht im Rahmen einer Entscheidung gemäß § 2 Abs. 2 RKEG gewertet werden.²⁵⁴ Die kirchenrechtliche Wirksamkeit eines Vertrages bleibt von § 4 RKEG unberührt, so dass mit dessen Nichteinhaltung eine Kirchenstrafe verwirkt sein kann.²⁵⁵

Die gegen diese Vorschrift erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken²⁵⁶ aus dem Gesichtspunkt des Elternrechts (Art. 6 Abs. 2 GG), der Religionsfreiheit der Eltern (Art. 4 Abs. 1 GG) und des Grundsatz-

in: Staudinger (o. Fn. 7), § 3 RKEG, Rn. 11; Wenz, in: BGB-RGRK (o. Fn. 4), § 3 RKEG, Rn. 2. Zu der sich auch im Rahmen von § 2 Abs. 2 RKEG stellenden Frage N. oben in Fn. 222.

²⁵⁴ Die in der Voraufgabe (*Matthias Jestaedt*, Das elterliche Erziehungsrecht im Hinblick auf die Religion [§ 52], in: HSKR², Bd. 2, S. 371 [403]), vertretene weitergehende Auffassung, die Nichteinhaltung könne gegebenenfalls auch als Indiz für eine Verletzung der ehelichen Pflichten gemäß § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB oder für das Scheitern der Ehe im Sinne von § 1565 Abs. 1 S. 2 BGB, herangezogen werden, als Eheaufhebungsgrund im Rahmen von § 1314 Abs. 2 Nr. 3 BGB oder als Grund für einen Sorgerechtsentzug gemäß § 1666 BGB, gebe ich angesichts der überzeugenden Einwände bei *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 4 RKEG, Rn. 4 f. auf.

²⁵⁵ Vgl. RT-Drs. Nr. 2317 (o. Fn. 1), S. 2005 (zu § 2a des Gesetzentwurfs A [1. Lesung]); *Donau*, in: Staudinger (o. Fn. 7), § 4 RKEG, Rn. 2; Wenz, in: BGB-RGRK (o. Fn. 4), § 4 RKEG; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 4 RKEG, Rn. 4; *Schmid*, Kindererziehungsgesetz (o. Fn. 4), § 4, Rn. 2.

²⁵⁶ Vgl. *Hermann Heußner*, Über die Auswirkungen des Gleichberechtigungsurteils des Bundesverfassungsgerichts vom 29. 7. 1959, in: FamRZ 1960, S. 6 (9); *Peters*, Elternrecht (o. Fn. 2), S. 392 f.; *Hofmann*, Die religiöse Kindererziehung (o. Fn. 24), S. 64; *ders.*, Religiöse Kindererziehung (o. Fn. 41), Sp. 2960.

zes der Gleichberechtigung (Art. 3 Abs. 2 GG) sind unbegründet: vielmehr entspricht gerade das in § 4 (und § 1 S. 2) RKEG verwirklichte „Prinzip der stets gegenwärtigen Entscheidung für einen bestimmten Glauben“ in besonderem Maße den verfassungsrechtlichen Vorgaben.²⁵⁷

h) Schutz des elterlichen Bestimmungsrechts

- 98** Wie das Recht der elterlichen Sorge, dessen Sonderfall das konfessionelle Sorgerecht darstellt,²⁵⁸ ist das Recht der religiösen Kindererziehung sowohl deliktsrechtlich gemäß § 823 Abs. 1 BGB (als absolutes Recht) als auch quasinegatorisch analog §§ 862, 1004 BGB bewehrt.²⁵⁹ Damit kommt der Gesetzgeber seiner in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG wurzelnden Pflicht nach, dem Vorrang der Eltern in puncto Erziehung und Pflege ihrer Kinder gegenüber sämtlichen, und das heißt eben auch: sämtlichen privaten, ihrerseits nicht grundrechtsgebundenen Dritten effektiven rechtlichen Ausdruck zu verleihen.²⁶⁰

6. Das Selbstbestimmungsrecht des Kindes

a) Gestuftes Mündigkeitsregime

- 99** Das Bestimmungsrecht der Eltern wird – je nach Alter des Kindes – ergänzt, begrenzt oder verdrängt durch das Selbstbestimmungsrecht des Kindes. Das Recht, selbst über das Bekenntnis zu entscheiden, ist einfachrechtlicher Ausdruck der aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG fließenden Religionsfreiheit des Kindes. Mit Wegfall der Erziehungsbedürftigkeit wird das Elternrecht gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG im Wortsinne gegenstandslos und überlagert nicht mehr das

²⁵⁷ Heute ganz h. M.; vgl. *Donau*, in: Staudinger (o. Fn. 7), § 4 RKEG, Rn. 5; *Strätz*, in: Soergel / Siebert (o. Fn. 195), § 1631, Rn. 6; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 4 RKEG, Rn. 6; *Gernhuber / Coester-Waltjen*, Lehrbuch (o. Fn. 192), S. 804 Fn. 20 (Zitat); *Michalski / Döll*, in: Erman (o. Fn. 181), § 1631, Rn. 19; *Huber*, in: MüKo BGB (o. Fn. 69), Anh. zu § 1631: Vorbem. zum RKEG; *Schmid*, Kindererziehungsgesetz (o. Fn. 4), § 4, Rn. 1.

²⁵⁸ Siehe oben Rn. 75.

²⁵⁹ Vgl. *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 1 RKEG, Rn. 4; für das Recht der elterlichen Sorge nur BGHZ 111, 168 (172 f.). Weitere N. bei *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 23, 97 und 276.

²⁶⁰ Vgl. oben Rn. 15 und 41.

Kindesgrundrecht aus Art. 4 GG.²⁶¹ Das RKEG trägt diesem Prozess des Herauswachsens des Kindes aus der Erziehungs- und Fremdbestimmungsbedürftigkeit und des Hineinwachsens in die Einsichts- und Urteilsfähigkeit beispielhaft Rechnung, indem es nach Kindesalter gestufte Mündigkeitsregelungen prägt.²⁶² von einem Äußerungsrecht über ein Veto-Recht zum umfassenden Bestimmungsrecht. Mit Vollendung des 10. Lebensjahres ist das Kind vor einer Entscheidung des Familiengerichts zu hören (§ 2 Abs. 3 S. 5, § 3 Abs. 2 S. 5 RKEG);²⁶³ hat das Kind das 12. Lebensjahr vollendet, so darf es gegen seinen Willen nicht in einem anderen Bekenntnis als bisher erzogen werden (§ 5 S. 2 RKEG);²⁶⁴ mit Vollendung des 14. Lebensjahres schließlich ist das Kind umfassend religionsmündig (§ 5 S. 1 RKEG).²⁶⁵

b) Religionsmündigkeit (annus discretionis)

Die Befugnis des Minderjährigen, mit Vollendung des 14. Lebensjahres über das eigene Bekenntnis zu bestimmen (annus discretionis, Diskretionsalter, Unterscheidungsalter), beinhaltet nicht nur die Entscheidung über die Konfessionszugehörigkeit, sondern alle mit der religiösen Selbstbestimmung im Zusammenhang stehenden Entscheidungen, also etwa jene über die Teilnahme am Religionsunter-

100

²⁶¹ Dazu oben Rn. 31 und 32.

²⁶² Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das einfache Recht die Religionsmündigkeit nicht konkret-individuell bestimmt, sondern generell nach dem Kindesalter typisiert. Zu Zulässigkeit und Grenzen von Typisierungen im Hinblick auf Mündigkeitsregelungen: *Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 29), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 149 ff., bes. 151 f. m. N.; speziell zu § 5 RKEG: *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 5 RKEG, Rn. 3.

²⁶³ Dazu näher *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 2 RKEG, Rn. 12.

²⁶⁴ Auch hier kommt es allein darauf an, in welchem Bekenntnis das Kind bisher tatsächlich erzogen worden ist, nicht hingegen darauf, ob diese Erziehung auch dem Gesetz entsprach (wie hier etwa *Donau*, in: Staudinger [o. Fn. 7], § 5 RKEG, Rn. 2; *Salgo*, in: Staudinger [o. Fn. 3], Anh. zu § 1631: § 5 RKEG, Rn. 9; a. A.: *Schmid*, Kindererziehungsgesetz [o. Fn. 4], § 5, Rn. 2; je m. N.). Die Veto-Position des Kindes gemäß § 5 S. 2 RKEG erstreckt sich auf die Abmeldung vom Religionsunterricht (vgl. RGZ 134, Anh. S. 1 [8]).

²⁶⁵ Unzutreffend demgegenüber die Altersangaben bei *Wenz*, in: BGB-RGRK (o. Fn. 4), § 5 RKEG, Rn. 1 und 5 (ebenso bereits die Voraufgabe: *Georg Scheffler*, ebd., 10./11. Aufl. 1964, Bd. IV, Teil 2, § 5 RKEG, Rn. 1 und 4).

richt, am Gottesdienst, über den Kirchenaustritt u.s.f.²⁶⁶ Das den Erziehungsberechtigten in Art. 7 Abs. 2 GG eingeräumte Recht zur Entscheidung über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht tritt hinter das Selbstbestimmungsrecht des gemäß § 5 S. 1 RKEG religionsmündigen Kindes zurück.²⁶⁷ Im Hinblick auf die – sogenannte positive wie negative – Religionsfreiheit des Kindes (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) ist § 5 S. 1 RKEG dahin auszulegen, dass die Bestimmungsbefugnis des religionsmündigen Kindes auch dessen Entscheidung gegen jede Form religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses deckt.²⁶⁸ Religionsmündigkeit bedeutet, dass der Minderjährige für alle mit der religiösen Erziehung zusammenhängenden Fragen volle Geschäfts- und Prozessfähigkeit erlangt.²⁶⁹

c) Abweichende Bestimmung des annus discretionis

101 In Abweichung von § 5 S. 1 RKEG haben die vorgrundgesetzlich in Kraft getretenen Landesverfassungen von Bayern (Art. 137 Abs. 1) und des Saarlandes (Art. 29 Abs. 2 S. 3) die Bestimmungsbefugnis des

²⁶⁶ Heute ganz h.M. Vgl. nur RGZ 134, Anh. S. 1 (8); BGHZ 21, 340 (351); OVG Rheinland-Pfalz, in: FamRZ 1981, S. 82; *Ernst Friesenhahn*, Religionsunterricht und Verfassung, in: EssGespr. 5 (1971), S. 67 (85 f.); *Christoph Link*, Religionsunterricht, in: HSKR¹, Bd. II, S. 503 (526 f.); *Christof Münch*, Religionsmündigkeit in Bayern, in: BayVBl. 1989, S. 745 (746); *Wenz*, in: BGB-RGRK (o. Fn. 4), § 5 RKEG, Rn. 5; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 5 RKEG, Rn. 4; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Lehrbuch (o. Fn. 192), S. 803; *Huber*, in: MüKo BGB (o. Fn. 69), Anh. zu § 1631: § 5 RKEG, Rn. 2; *Schmid*, Kindererziehungsgesetz (o. Fn. 4), § 5, Rn. 2. A. A.: *Dölle*, Familienrecht (o. Fn. 168), S. 197; *Paul Feuchte*, Wer entscheidet über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht?, in: DÖV 1965, S. 661 (665 f.); *Hofmann*, Die religiöse Kindererziehung (o. Fn. 24), S. 66 f.; *ders.*, Religiöse Kindererziehung (o. Fn. 41), Sp. 2961 f.

²⁶⁷ Stellvertretend *Badura*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 34), Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 120.

²⁶⁸ Ebenso: *Strätz*, in: Soergel/Siebert (o. Fn. 195), § 1631, Rn. 6; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 5 RKEG, Rn. 4; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Lehrbuch (o. Fn. 192), S. 803; *Huber*, in: MüKo BGB (o. Fn. 69), Anh. zu § 1631: § 5 RKEG, Rn. 2; *Schmid*, Kindererziehungsgesetz (o. Fn. 4), § 5, Rn. 2. Abweichend: *Hofmann*, Die religiöse Kindererziehung (o. Fn. 24), S. 65; *Donau*, in: Staudinger (o. Fn. 7), § 5 RKEG, Rn. 7 und 9, sowie § 7 RKEG, Rn. 2.

²⁶⁹ Wie hier: *Donau*, in: Staudinger (o. Fn. 7), § 5 RKEG, Rn. 9; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 5 RKEG, Rn. 4; *Huber*, in: MüKo BGB (o. Fn. 69), Anh. zu § 1631: § 5 RKEG, Rn. 2; *Schmid*, Kindererziehungsgesetz (o. Fn. 4), § 5, Rn. 1.

Schülers über die Teilnahme am Religionsunterricht – in Bayern zusätzlich die Teilnahme an kirchlichen Handlungen und Feierlichkeiten – von der Vollendung des 18. Lebensjahres abhängig gemacht.²⁷⁰ Die Zuordnung dieser Vorschriften zu § 5 S. 1 RKEG war zumindest über längere Zeit hinweg Gegenstand einer lebhaften wissenschaftli-

²⁷⁰ Bis ins Jahr 1991 gehörte auch die Bestimmung des Art. 35 Abs. 1 Verf. RP hierher („Die Teilnahme am Religionsunterricht kann durch die Willenserklärung der Eltern oder der Jugendlichen, sofern sie das 18. Lebensjahr vollendet haben, abgelehnt werden.“). Nach der Änderung von Art. 35 Abs. 1 Verf. RP durch Art. 1 Nr. 18 des Dreißigsten Landesgesetzes zur Änderung der Verfassung für Rheinland-Pfalz (Gesetz zur Bereinigung der Landesverfassung) vom 15.3.1991 (GVBl. S. 73), in Kraft getreten am 1.4.1991, tritt in Rheinland-Pfalz die Religionsmündigkeit nicht mehr erst mit Volljährigkeit ein. Sie richtet sich „nach Maßgabe des Gesetzes“ (Art. 35 Abs. 1 Verf. RP n.F.), damit nach dem regulären annus discretionis gemäß § 5 S. 1 RKEG (Vollendung des 14. Lebensjahres). – Die vorstehenden Erwägungen beruhen auf der Prämisse, dass der rheinland-pfälzische Landesverfassungsgeber befugt war, die Bestimmung des Art. 35 Abs. 1 *alter, vorgrundgesetzlicher Fassung* (vom 18.5.1947) zu ändern. Dies dürfte auch der Rechtsauffassung des verfassungsändernden Landesgesetzgebers entsprochen haben. Zwar enthält der aus der Mitte des Landtages eingebrachte Entwurf eines Landesgesetzes zur Bereinigung der Landesverfassung vom 21.1.1991 (LT-Drs. 11/5015) keine Begründung. Er nimmt jedoch unter anderem Bezug auf die Vorschläge, die im Schlussbericht der vom Minister der Justiz eingesetzten „Kommission zur Bereinigung der Verfassung für Rheinland-Pfalz“ enthalten sind. Dort heißt es, dass die Kommission in Übereinstimmung mit der Landesregierung der Auffassung sei, „daß die Altersgrenze des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung gilt (vgl. LT-Drucks. 10/550 vom 9.3.1984)“ (Schlussbericht der Kommission zur Bereinigung der Verfassung für Rheinland-Pfalz vom 21.6.1988, S. 55). War aber Art. 35 Abs. 1 Verf. RP a. F. obsolet, so konnte der Landesverfassungsgeber die Vorschrift durch ein Bereinigungsgesetz aus dem Text der Landesverfassung entfernen. Sowohl an der Prämisse als auch an den sich daran knüpfenden Folgeerwägungen sind indes Zweifel anzumelden: Wenn nämlich, wie nachfolgend im Text für die entsprechenden bayerischen und saarländischen Verfassungsbestimmungen dargelegt, die Vorschrift des Art. 35 Abs. 1 Verf. RP a. F. wegen Art. 125 Nr. 2 GG als partielles Bundesrecht fortgegolten hat, dann dürfte die ursprüngliche Landesverfassungsnorm nicht nur ihren Rechtssatzcharakter als *Landes*(verfassungs)norm mit dem Rechtssatzcharakter als Norm einfachen Bundesrechts eingetauscht haben, sondern zugleich der Dispositionsbefugnis des Landesverfassungsgebers entwichen sein. Der Versuch, im Hinblick auf Art. 35 Abs. 1 Verf. RP Geltungsrang (als Bundesrecht) und Normänderungsbefugnis voneinander abzukoppeln, dürfte kaum mit der normativen Intention von Art. 125 Nr. 2 GG, für die Zukunft weitere Rechtszersplitterung zu vermeiden, vereinbar sein. Schließlich ist für die Antwort auf die Frage, ob der Landesverfassungsgeber zur Änderung einer bundesrechtlichen Vorschrift befugt ist, ohne Belang, welchen Inhalt die Änderungsnorm aufweist. Wird wegen der vorstehenden Zweifel am Fortbestand von Art. 35 Abs. 1 Verf. RP a. F. festgehalten, so sind die Erwägungen zu Art. 137 Abs. 1 BayVerf. und Art. 29 Abs. 2 Verf. Saarl. auf die rheinland-pfälzische Sonderbestimmung entsprechend anzuwenden.

chen Auseinandersetzung. Während den landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen einerseits die Geltung abgesprochen wird,²⁷¹ werden sie andererseits als fortgeltendes partielles, § 5 RKEG außer Kraft setzendes Bundesrecht betrachtet.²⁷²

- 102 Im Ausgangspunkt ist heute unstreitig, dass das RKEG gemäß Art. 125 Nr. 1 GG als Bundesrecht fortgilt;²⁷³ auch die Verfassungskonformität der von § 5 S. 1 RKEG aufgerichteten Altersgrenze von 14 Jahren für die Religionsmündigkeit darf als gesichert gelten.²⁷⁴ § 5 RKEG kann durch die landesverfassungsrechtlichen Normen der

²⁷¹ Vgl. stellvertretend: *Reinhard Schmoeckel*, Der Religionsunterricht, 1964, S. 108 f.; *Reinhard von Drygalski*, Die Einwirkungen der Kirchen auf den Religionsunterricht an öffentlichen Schulen, 1967, S. 82 f.; *Friesenhahn*, Religionsunterricht (o. Fn. 266), S. 86, 111 f.; *Erwin Stein*, Elterliches Erziehungsrecht und Religionsfreiheit, in: HSKR¹, Bd. II, S. 455 (474 f.); *Link*, Religionsunterricht (o. Fn. 266), S. 525 ff., bes. 527 f.; *Dieter C. Umbach*, Grundrechts- und Religionsmündigkeit im Spannungsfeld zwischen Kindes- und Elternrecht, in: *Verantwortlichkeit und Freiheit. Die Verfassung als wertbestimmte Ordnung*. Festschrift für Willi Geiger, hg. von Hans-Joachim Faller, 1989, S. 359 (368 ff.); *Jochen Fuchs*, Religionsmündigkeit und Teilnahme am Religionsunterricht, in: ZfJ 1989, S. 224 ff.; *Renck*, Religionsmündigkeit (o. Fn. 182); *Alexander Blankenagel*, Religionsmündigkeit in Bayern, in: BayVBl. 1989, S. 298 ff.; *Badura*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 34), Art. 6 Abs. 2, 3, Rn. 119.

²⁷² Vgl. *Jakob Kratzer*, Artikel 142 des Grundgesetzes und die Grundrechte in der Bayerischen Verfassung, in: *Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit*. Festschrift für Wilhelm Laforet, 1952, S. 107 (126); *Peters*, Elternrecht (o. Fn. 2), S. 426 Fn. 202; *Konrad Hesse*, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts seit 1945, in: JöR N. F. 10 (1961), S. 1 (65); *Siegfried Grundmann*, Staat und Kirche in Bayern, in: BayVBl. 1962, S. 33 (38); *Listl*, Grundrecht (o. Fn. 213), S. 323 Fn. 92; *Otto J. Voll*, Handbuch des Bayerischen Staatskirchenrechts, 1985, S. 103; *Isensee*, Elternrecht (o. Fn. 34), Sp. 228; *von Campenhausen*, Religionsfreiheit (o. Fn. 123), Rn. 77 Fn. 252; *ders.*, Religionsmündigkeit in Bayern, in: BayVBl. 1989, S. 300; *Ch. Münch*, Religionsmündigkeit (o. Fn. 266), S. 745, 747; *Theodor Meder*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 4. Aufl. 1992, Art. 137, Rn. 2, je m. N.

²⁷³ Dazu oben 2. a.

²⁷⁴ Die angeführten Bedenken aus den Gesichtspunkten der Entwicklungspsychologie und der vom Gesetzgeber zu fordernden „Prinzipientreue“ sind nicht geeignet, *verfassungsrechtliche* Einwände zu begründen. Vgl. jedoch *Peters*, Elternrecht (o. Fn. 2), S. 394, Fn. 85; *Hofmann*, Die religiöse Kindererziehung (o. Fn. 24), S. 64 f.; *ders.*, Religiöse Kindererziehung (o. Fn. 41), Sp. 2961; *Thomas Würtenberger*, Religionsmündigkeit, in: *Rechtsstaat – Kirche – Sinnverantwortung*. Festschrift für Klaus Obermayer, hg. von Richard Bartlsperger/Dirk Ehlers/Werner Hofmann/Dietrich Pirson, 1986, S. 113 (117 ff.); wie hier etwa: BGHZ 21, 340 (352 f.); OVG Rheinland-Pfalz, in: FamRZ 1981, S. 82 (83); *Friesenhahn*, Religionsunterricht (o. Fn. 266), S. 111; *Roman Herzog*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 2), Art. 4 (Zweitbearbeitung 1988), Rn. 43; *von Campenhausen*, Religionsfreiheit (o. Fn. 123), Rn. 77.

Art. 137 Abs. 1 BayVerf. und Art. 29 Abs. 2 Verf. Saarl. nur verdrängt worden sein, wenn diese gemäß Art. 125 Nr. 2 GG als (partiell) Bundesrecht fortgelten.²⁷⁵ Dies wird unter Hinweis darauf bestritten, dass § 5 S. 1 RKEG durch die genannten Vorschriften nicht abgeändert, da nicht in seinem Normtext beeinflusst worden sei.²⁷⁶ Bei sinn- und zweckentsprechender Auslegung von Art. 125 Nr. 2 GG reicht für das Tatbestandsmerkmal des „Abänderns“ jedoch bereits „jede Verfügung des Landesgesetzgebers über früheres Reichsrecht“²⁷⁷, wobei weder eine Änderungsvorschrift im gesetzgebungstechnisch-formalen Sinne vorzuliegen braucht noch eine sonstige Beeinflussung des Gesetzestextes. Ausreichend ist im Hinblick auf das Normziel des Art. 125 Nr. 2 GG, „für die Zukunft weitere Rechtszersplitterung zu verhindern“,²⁷⁸ dass der Landesgesetzgeber in der Zeit zwischen dem 8.5.1945 und dem 7.9.1949 eine Regelung getroffen hat, die den reichsrechtlichen Rechtsbestand derart verändert hat, dass sie ihn in toto ersetzt, in Einzelfragen geändert oder auch in Anwendung der lex-posterior-Regel (ganz oder teilweise) derogiert hat.²⁷⁹ Im letzteren Sinne ist § 5 S. 1 RKEG durch die Vorschriften der Art. 137 Abs. 1 BayVerf. sowie Art. 29 Abs. 2 S. 3 Verf. Saarl. (partiell) „abgeändert“ worden,²⁸⁰ so dass von deren Fortgeltung als partielles Bundesrecht auszugehen ist.

²⁷⁵ Andernfalls wäre die Kollision nach der Regel des Art. 31 GG – also dem Außerkrafttreten der landesverfassungsrechtlichen Normen mit Inkrafttreten des Grundgesetzes – zu lösen.

²⁷⁶ Vgl. *Friesenhahn*, Religionsunterricht (o. Fn. 266), S. 86, 112; *Link*, Religionsunterricht (o. Fn. 266), S. 527 f.; *Umbach*, Grundrechts- und Religionsmündigkeit (o. Fn. 271), S. 371.

²⁷⁷ So BVerfGE 7, 18 (27); ähnlich BVerfGE 9, 153 (158). Vgl. auch *Andreas Hamann / Helmut Lenz*, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 3. Aufl. 1970, Art. 125, Erl. 7 (S. 709).

²⁷⁸ Zitat: BVerfGE 7, 18 (26). Ähnlich *Hermann von Mangoldt*, Das Bonner Grundgesetz, 1. Aufl. 1953, Art. 125, Fn. 2 (S. 629).

²⁷⁹ In diesem Sinne dürfte auch das Bundesverfassungsgericht zu verstehen sein, wenn es von einer „Abänderung“ von § 4 UStG durch § 3 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 527 des Landes Württemberg-Baden über die Sportwette vom 18.8.1948 (Regierungsblatt S. 133) ausgeht, „auch wenn davon im Gesetzestext ausdrücklich nichts steht“; denn die von der gesetzlichen Regelung intendierte Rechtslage habe sie nur durch die Abänderung des Umsatzsteuergesetzes erreichen können (BVerfGE 9, 153 [159]). Unzutreffend daher *Theodor Maunz*, in: ders./Dürig (o. Fn. 2), Art. 125 (Erstbearbeitung 1964), Rn. 8 (unter 4 c aa).

²⁸⁰ *Markus Ogorek*, → § 44, Rn. 80. Die Landesverfassungsgeber waren sich bewusst, dass sie mit ihren Bestimmungen § 5 S. 1 RKEG änderten. Vgl. für Bayern: *Ch. Münch*, Religionsmündigkeit (o. Fn. 266), S. 747 m. Fn. 36; für das Saarland: *Rudolf Schranil*, Verfassung des Saarlandes mit Kommentar,

103 Art. 123 Abs. 1 GG, der bestimmt, dass nur dem Grundgesetz nicht widersprechendes Recht aus der Zeit vor dem Zusammentritt des ersten Deutschen Bundestages (7.9.1949) fortgilt, steht der Fortgeltung nicht entgegen. Zwar dürften sich die Landesverfassungsgeber mit der Festsetzung des *annus discretionis* auf die Vollendung des 18. Lebensjahres an der Grenze ihres verfassungsrechtlich durch Art. 4 und Art. 7 Abs. 2 (sowie Art. 6 Abs. 2) GG eingeräumten Einschätzungs- und Wertungsspielraumes bewegt haben; dass sie ihn verlassen hätten, lässt sich jedoch nicht mit hinreichender Klarheit feststellen.²⁸¹ Dem gewichtigen Einwand, dass der Gesetzgeber Religionsmündigkeit nicht territorial unterschiedlich und überdies differenziert nach Aspekten der Religionsfreiheit bestimmen dürfe, ist entgegenzuhalten, dass die territoriale wie sachbereichsbezogene Uneinheitlichkeit des Diskretionsalters eine Folge föderaler Diversifikation gesetzgeberischer Befugnisse im Allgemeinen und der Bestimmung des Art. 125 Nr. 2 GG im Besonderen ist.

104 Mit Recht wird schließlich der Rechtsmeinung entgegengetreten, Art. 137 Abs. 1 BayVerf. sowie Art. 29 Abs. 2 S. 3 Verf. Saarl. seien wegen § 3 Abs. 1 S. 2 JWG am 11.8.1961²⁸² oder im Zuge der Rechtsvereinigung zum 31.12.1968²⁸³ aufgehoben worden. Im Ergebnis ist daher festzuhalten: *Soweit* die Landesverfassungen des Freistaates Bayern und des Saarlandes die Entscheidung über die Teilnahme am Religionsunterricht – in Bayern zusätzlich die Entscheidung über die

1952, Fn. zu Art. 29. Für Rheinland-Pfalz (siehe oben Fn. 270): *Adolf Süsterhenn / Hans Schäfer*, Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz, 1950, Art. 35, Fn. 2 (S. 172).

²⁸¹ Abweichend, jedoch ohne (stichhaltige) Begründung: *Link*, Religionsunterricht (o. Fn. 266), S. 527 f.; *ders.*, Anmerkung, in: JZ 1985, S. 38; *Strätz*, in: *Soergel / Siebert* (o. Fn. 195), § 1631, Rn. 6; *Blankenagel*, Religionsmündigkeit (o. Fn. 271), S. 299; *Gernhuber / Coester-Waltjen*, Lehrbuch (o. Fn. 192), S. 803; *Michalski / Döll*, in: *Erman* (o. Fn. 181), § 1631, Rn. 18; *Schmid*, Kindererziehungsgesetz (o. Fn. 4), § 5, Rn. 2. Wie hier (aus neuerer Zeit): *Hans-Ulrich Gallwas*, Religionsmündigkeit in Bayern, in: BayVBl. 1989, S. 363 (364); *Ch. Münch*, Religionsmündigkeit (o. Fn. 266), S. 745 ff. – Für eine zutreffende Einschätzung des gesetzgeberischen Konkretisierungsspielraumes mag es hilfreich sein, die Überlegungen zur Festlegung des *annus discretionis* vor Schaffung des RKEG sich zu vergegenwärtigen (dazu: RT-Drs. Nr. 372 [o. Fn. 167], S. 49–52; *Marx*, Reichsgesetz [o. Fn. 166], S. 23; *Kayser*, Religiöse Erziehung [o. Fn. 1], S. 6, m. N.).

²⁸² Gesetz für Jugendwohlfahrt (BGBl. I S. 1205). – In diesem Sinne jedoch *Blankenagel*, Religionsmündigkeit (o. Fn. 271), S. 298 f. Dagegen zutreffend *Gallwas*, Religionsmündigkeit (o. Fn. 281); *Ch. Münch*, Religionsmündigkeit (o. Fn. 266), S. 747 f.

²⁸³ So aber *Renck*, Religionsmündigkeit (o. Fn. 182). Detaillierte Widerlegung bei *von Campenhausen*, Religionsmündigkeit (o. Fn. 272), S. 300.

Teilnahme an kirchlichen Handlungen und Feierlichkeiten – dem Schüler erst mit der Vollendung des 18. Lebensjahres zuweisen, verdrängen die Vorschriften die Festsetzung der Religionsmündigkeit gemäß § 5 S. 1 RKEG. Für alle übrigen, tatbestandlich nicht erfassten Äußerungen religiöser Selbstbestimmung sowie generell in allen anderen Bundesländern gilt das Diskretionsalter von 14 Jahren.²⁸⁴ Diese Gespaltenheit der Religionsmündigkeit ist zweifelsohne unbefriedigend, aber de lege lata mangels Verfassungsverstoß hinzunehmen. Dass weder rechtlich noch tatsächlich Anlass bestehe, exklusiv für die Teilnahme am Religionsunterricht eine Ausnahme bei der Festlegung des annus discretionis zu machen,²⁸⁵ mag das rechtspolitische Urteil tragen, dass kein Regelungsbedürfnis bestanden habe oder bestehe; das weitergehende Urteil, dass eine entsprechende Regelung, werde sie gleichwohl erlassen, unzulässig (und damit nichtig) sei, wird von diesen Argumenten hingegen nicht getragen.

d) annus discretionis nach Kirchenrecht

Staatliches und kirchliches Recht können in der Frage des annus discretionis voneinander abweichende Altersregelungen enthalten. So ist insbesondere nach den Bestimmungen des katholischen Taufrechts ein Minderjähriger, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, kein infans (vgl. c. 97 § 2 CIC) mehr, sondern wie ein adultus zu behandeln (c. 852 § 1 CIC) – mit der Folge, dass die Spendung der Taufe und damit die Aufnahme in die Kirche nicht mehr vom Willen der Eltern abhängt, sondern ausschließlich von jenem des Taufbewerbers. Um eine staatliche Anerkennung der Kirchenmitgliedschaft zu erlangen, hat die Kirche einerseits darauf zu achten, dass – gemäß § 5 S. 1 RKEG – bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres die Zustimmung der Eltern vorliegt, dass andererseits jedoch wegen der entgegenstehen-

105

²⁸⁴ Eine derart gespaltene Praxis wird seit Jahren in *Bayern* geübt: für die Entscheidung über die Teilnahme am Religionsunterricht sowie an kirchlichen Handlungen und Feierlichkeiten ist die 18-Jahres-Grenze des Art. 137 Abs. 1 BayVerf. maßgebend, für die Bekenntniswahl und die Entscheidung über den Kirchenaustritt demgegenüber die 14-Jahres-Grenze des § 5 S. 1 RKEG. Dazu m.N.: *Michael Benz*, Religionsmündigkeit und elterliches Erziehungsrecht, in: AfkKR 157 (1988), S. 108 (117 ff.).

²⁸⁵ So *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 5 RKEG, Rn. 7.

den kirchenrechtlichen Vorschriften ein Kind nach vollendetem 7. Lebensjahr nicht ohne oder gar gegen seinen Willen getauft wird.²⁸⁶

e) Religionsmündigkeit und elterliche Befugnisse

- 106 Mit Erreichen der Religionsmündigkeit des Kindes enden die auf Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG beruhenden Pflege- und Erziehungsbefugnisse der Eltern nicht vollständig. Neben dem allgemeinen Sorgerecht bleibt auch ein Recht der Eltern auf Unterstützung und Beistandsleistung im religiös-weltanschaulichen Bereich bestehen.²⁸⁷ Ausdruck dieses fortwährenden Einflusses in Glaubensfragen ist, dass die Eltern, sofern sie im Einklang mit dem Willen des Kindes handeln, über eine (in öffentlichrechtlichen Streitigkeiten gemäß § 42 Abs. 2 VwGO) klagbare Rechtsstellung verfügen.²⁸⁸ Hat das Kind demgegenüber in Ausübung seines religiösen Selbstbestimmungsrechts ein für die Eltern fremdes Bekenntnis gewählt, endet grundsätzlich die religiöse Erziehung durch die Eltern. Soweit durch die Bekenntniswahl des Minderjährigen nicht dessen Wohl im Übrigen beeinträchtigt wird, sind die Eltern nicht befugt, dessen Entscheidung durch Aufenthalts-, Umgangs- oder Mitgliedschaftsverbote zu „korrigieren“. Ungeachtet der für die religiöse Erziehung spezifischen Berechtigungen der Eltern dürfen diese, gestützt auf Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, Abwehrmaßnahmen gegen von außen kommende Einflüsse ergreifen, die geeignet sind, das übrige und im Übrigen fortbestehende Eltern-Kind-Verhältnis zu gefährden oder zu zerstören.²⁸⁹

²⁸⁶ Dazu *Benz*, Religionsmündigkeit (o. Fn. 284), S. 120 f. Allgemein zu den Fragen von kirchlichem Mitgliedschaftsrecht und staatlicher Anerkennung: *Axel Frhr. von Campenhausen / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 149 ff.

²⁸⁷ Statt vieler BGHZ 21, 340 (351); BVerwGE 15, 134 (138); 68, 16 (19); *Umbach*, Grundrechts- und Religionsmündigkeit (o. Fn. 271), S. 372 ff. m. w. N.; *von Campenhausen*, Religionsfreiheit (o. Fn. 123), Rn. 101 f.

²⁸⁸ Vgl. BayObLG, in: FamRZ 1961, S. 381 f.; BVerwGE 68, 16 (18 f.); OVG Lüneburg, in: NVwZ 1992, S. 79 (80); *Listl*, Grundrecht (o. Fn. 213), S. 320 f.; *Link*, Anmerkung (o. Fn. 266), S. 38; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 1 RKEG, Rn. 4 m. w. N.

²⁸⁹ Vgl. dazu auch die Andeutungen bei *Donau*, in: Staudinger (o. Fn. 7), § 5 RKEG, Rn. 12; *Salgo*, in: Staudinger (o. Fn. 3), Anh. zu § 1631: § 1 RKEG, Rn. 4.

II. Religiöse Kindererziehung als Gegenstand sonstiger Gesetze

Mit Rücksicht auf das weite Verständnis religiöser Kindererziehung kann diese Gegenstand zahlreicher Gesetze sein. Neben den Sorgerechtsbestimmungen der §§ 1626 ff. BGB sind hier insbesondere das Kinder- und Jugendhilferecht des Bundes (SGB VIII) und jenes der Länder sowie die Schulgesetze zu nennen. Doch thematisieren diese gesetzlichen Regelungen Maßnahmen religiöser Kindererziehung in aller Regel nicht ob ihrer religiösen oder weltanschaulichen Intention, sondern ob ihrer Folgen für das Kindeswohl.

Dies gilt im Grundsatz selbst für den Ende 2012 eingeführten „Beschneidungsparagraphen“ § 1631d BGB,²⁹⁰ dem zufolge die Personensorge auch das Recht umfasst, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden solle und dadurch nicht das Kindeswohl gefährdet werde (§ 1631d Abs. 1 BGB); denn weder ist eine religiöse Motivation Voraussetzung der Zulässigkeit (oder Unzulässigkeit) der Einwilligung in eine Beschneidung, noch spielt die Religionsfreiheit der Eltern angesichts des Kindeswohls eine im Ergebnis ausschlaggebende Rolle.²⁹¹ Teilweise abweichend stellt sich dies allein in Bezug auf die den Grundtatbestand erweiternde Zusatzbestimmung dar, wonach in den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene und besonders befähigte Personen wie namentlich ein Mohel Beschneidungen gemäß Absatz 1 durchführen; denn hier werden die Voraussetzungen für eine aus religiösen Gründen und nach religiösen Maßgaben durchgeführte Beschneidung geregelt. Gegen § 1631d BGB bestehen, ungeachtet mancher legistischen Unebenheit, keinerlei verfassungsrechtliche Bedenken.²⁹²

²⁹⁰ Gesetz über den Umfang der Personensorge bei der Beschneidung des männlichen Kindes vom 20.12.2012, BGBl. I S. 2749.

²⁹¹ Dazu näher *Binke Hamdan*, in: *juris PraxisKommentar BGB*, hg. von Wolfram Viefhues, Bd. 4, 6. Aufl. 2013, § 1631d BGB, Rn. 5 ff., bes. 8, 11 f. und 18 f. m. w. N.

²⁹² Dazu ausführlich oben Rn. 35.

§ 43

Das Verhältnis des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages zur Religion

Von Jörg Ennuschat

I. Einleitung	1–2
II. Rechtlicher Rahmen	3–43
1. Völkerrechtliche Rahmenbedingungen	4–8
2. Europarechtliche Rahmenbedingungen	9–18
a) Recht des Europarates: insbesondere Art. 9 EMRK und Art. 2 ZP-EMRK	10–16
b) Recht der Europäischen Union: insbesondere Art. 10 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 3 EU-GRC	17–18
3. Grundgesetzliche Rahmenbedingungen	19–27
a) Religionsfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, Elternrecht gem. Art. 6 Abs. 2 GG und kirchliche Rechte, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV	20–21
b) Staatliche Schulhoheit, Art. 7 Abs. 1 GG	22–23
c) Religionsunterricht und öffentliche Bekenntnisschulen, Art. 7 Abs. 2, 3 und 5 GG	24
d) Religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates	25–27
4. Landesverfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	28–39
a) Explizite Normierung staatlicher Erziehungsziele	29–30
b) Hervorhebung von Kindes- und Elternrechten für den Erziehungs- und Schulbereich	31–33
c) Hervorhebung der Mitwirkungsrechte der Kirchen und Religionsgemeinschaften im Erziehungs- und Schulbereich	34–37
d) Explizite Zugrundelegung religiöser, insbesondere christlicher Bildungs- und Kulturwerte für den Schulbereich	38–39
5. Kirchenvertragliche Rahmenbedingungen	40–43

III. Zwischenfazit: Grundlinien im Verhältnis des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages zur Religion im Schulbereich	44–53
1. Religionsfreiheit und Elternrecht	45–46
2. Staatlicher Erziehungs- und Bildungsauftrag	47–48
3. Religionsbezogene Elemente des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages	49–53
IV. Einzelfragen zum Verhältnis des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages zur Religion im Schulbereich	54–79
1. Ehrfurcht vor Gott als Erziehungsziel	55–59
2. Religionsunterricht und Religionskunde	60
3. Konfessionelle Schulen in öffentlicher Trägerschaft	61–64
4. Christliche Gemeinschaftsschule und Gemeinschaftsschule auf der Grundlage christlicher Bildungs- und Kulturwerte	65–66
5. Schulkreuz, Schulgebet, Schulgottesdienst	67–68
6. Religionsgemeinschaften als außerschulische Partner der (offenen) Ganztagschulen	69
7. Religiös motivierte Verweigerung der Unterrichtsteilnahme	70–71
8. Religiös motivierte Kleidung bei Schülerinnen und Schülern sowie Lehrkräften	72–77
9. Private Bekenntnisschule und staatlicher Integrationsauftrag	78–79
V. Zur Zukunft der Religion in der öffentlichen Schule	80–87

I. Einleitung

- 1 Die Schule ist in Deutschland seit langem ein Ort, in dem sich Staat, Kirche und Religion begegnen.¹ Frühere Konflikte, zwischen

¹ Zur historischen Entwicklung des Verhältnisses von Schule und Religion in Deutschland siehe z. B. *Hinnerk Wißmann*, in: BK, Losebl. Stand 192 Erg.-Lfg. 2018, Art. 7, Teil II, Rn. 1 ff.; *ders.*, Schule und Religion: Entwicklungsphasen des Religionsverfassungsrechts, in: AL 2015, S. 1 ff.; *Bettina Schwanke*, Die verfassungsrechtliche Entwicklung des staatlichen Erziehungsrechts und der allgemeinen Schulpflicht im Spannungsfeld zur Glaubensfreiheit in der Schule, 2010, S. 40 ff.; *Markus Thiel*, Der Erziehungsauftrag des Staates in der Schule, 2000, S. 105 ff.; *Jörg Winter*, Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 2008, S. 76 ff.; *Michael Germann / Cornelius Wiesner*, Schule und Religion in der Entwicklung des Schulwesens in Deutschland, in: RdJB 2013, 396 (396 ff.). – Zu aktuellen Fragen zur Religion

Staat und Kirche und zwischen Befürwortern und Gegnern der Präsenz von Religion in der öffentlichen Schule, haben an Brisanz verloren, finden immerhin ihr Echo in manchen Bestimmungen im Grundgesetz, in einigen Landesverfassungen oder in Kirchenverträgen. Das Verhältnis von Religion und Schule ist aber nicht statisch, sondern gesellschaftlichen Veränderungen unterworfen. Die Konflikte der Vergangenheit sind vor dem Hintergrund einer abnehmenden öffentlichen Relevanz von Religion zu sehen. Nunmehr zeichnen sich neue Konfliktlinien ab, die gerade in der steigenden Bedeutung von Religion für den Einzelnen wurzeln, nicht zuletzt im Zusammenhang mit der Vergrößerung des Bevölkerungsanteils mit muslimischem Glauben. Diese Hinweise auf Konflikte sollen freilich nicht den Blick darauf verstellen, dass Religion in aller Regel selbstverständlicher Bestandteil eines friedlichen und gedeihlichen Schullebens ist. Schule ist ein Beispiel für Pluralität als Normalfall.²

Im Mittelpunkt dieses Beitrages steht die Schule. Erziehung und Bildung in anderen Einrichtungen und in anderen Lebensabschnitten werden nicht betrachtet.³ Die Aussagen in diesem Beitrag, die zu Religion und Religionsgemeinschaften formuliert werden, gelten im Ansatz gleichermaßen für Weltanschauungen und Weltanschauungsgemeinschaften,⁴ ohne dass diese gesondert in den Blick genommen werden. Im Folgenden soll zunächst der rechtliche Rahmen für das Verhältnis des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages zur Religion skizziert werden (unten II.), ehe die dabei gewonnenen Erkenntnisse zu einigen Grundlinien zusammengeführt werden (unten III.). Es folgt die Schilderung von Einzelfragen (unten IV.), ehe abschließend nach der Zukunft der Religion in der öffentlichen Schule gefragt wird (unten V.).

2

in der Schule siehe zahlreiche Beiträge in: A. Katarina Weilert / Philipp W. Hildmann (Hg.), Religion in der Schule, 2018.

² Wißmann, Schule und Religion (o. Fn. 1), S. 4.

³ Zur religiösen Erziehung in staatlichen Kindertagesstätten siehe vor allem Heinrich de Wall, Religiöse Bildung in Kindertagesstätten im Spannungsfeld von Erziehungsrecht und -auftrag, staatlicher Neutralität und Religionsfreiheit, in: RdJB 2007, S. 458 (458 ff.).

⁴ Die Gleichstellung folgt für die individuelle Freiheitsdimension unmittelbar aus Art. 4 Abs. 1 GG, wo das *weltanschauliche* quasi in einem Atemzug mit dem *religiösen* Bekenntnis angeführt wird, und bezogen auf die korporative Dimension aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 7 WRV. Zur Weltanschauungsfreiheit und zu Weltanschauungsgemeinschaften siehe Hans Michael Heinig, → § 14.

II. Rechtlicher Rahmen

- 3 Die konkrete Ausgestaltung des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages zur Religion erfolgt für den Schulalltag durch den Schulgesetzgeber und die Schulverwaltung. Der dafür einschlägige rechtliche Rahmen wird durch Bestimmungen im Völker- und Europarecht (unten 1., 2.), im Verfassungsrecht (unten 3., 4.) und im Kirchenvertragsrecht (unten 5.) gezogen.

1. Völkerrechtliche Rahmenbedingungen

- 4 Das Völkerrecht kennt seit längerem verschiedene Proklamationen und Pakte über Menschen- und Bürgerrechte, welche Aussagen zur Religionsfreiheit und zur religiösen Erziehung durch die Eltern sowie zur schulischen Erziehung durch den Staat enthalten. Zu nennen sind insbesondere Art. 18 und 26 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) vom 10. 12. 1948, Art. 18 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR) vom 19. 12. 1966, Art. 13 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR) vom 19. 12. 1966 und Art. 14 und 29 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (KRÜ) vom 20. 11. 1989.
- 5 Die Religionsfreiheit ist bereits in Art. 18 AEMR verankert, ferner in Art. 18 Abs. 1 IPbpR und in Art. 14 Abs. 1 KRÜ. Das Elternrecht zur religiösen Erziehung der Kinder findet sich z. B. in Art. 18 Abs. 4 IPbpR: „Die Vertragsstaaten verpflichten sich, die Freiheit der Eltern und gegebenenfalls des Vormunds oder Pflegers zu achten, die religiöse und sittliche Erziehung ihrer Kinder in Übereinstimmung mit ihren eigenen Überzeugungen sicherzustellen.“ Ähnliche Vorgaben enthalten Art. 13 Abs. 4 IPwskR und Art. 14 Abs. 2 KRÜ.⁵ Ausdrücklich verankert ist die Abwehrkomponente der Religionsfreiheit in Art. 18 Abs. 2 IPbpR: „Niemand darf einem Zwang ausgesetzt werden, der seine Freiheit, eine Religion oder eine Weltanschauung seiner Wahl zu haben oder anzunehmen, beeinträchtigen würde.“ Beides,

⁵ Art. 14 Abs. 2 KRÜ stellt das religiöse Erziehungsrecht der Eltern in engen systematischen Zusammenhang mit der Ausübung der Religionsfreiheit durch das Kind (Art. 14 Abs. 1 KRÜ). Das Elternrecht ist nicht nur treuhänderisch angelegt (so Art. 6 Abs. 2 GG), sondern dient allein der Verwirklichung des Kindesrechts; dazu *Friederike Wapler*, Religiöse Kindererziehung: Grenzen des Rechts, in: RdJB 2015, S. 420 (424).

religiöses Elternrecht und negative Religionsfreiheit, hat in der Praxis des UN-Menschenrechtsausschusses und des UN-Sonderberichterstatters auch Relevanz für den Schulbereich:⁶ Religionsbezogene Unterrichtsinhalte seien zulässig, sofern sie auf neutrale und objektive Weise vermittelt werden;⁷ Religionsunterricht sei nur dann mit der Religionsfreiheit vereinbar, wenn es hinreichende Befreiungsmöglichkeiten (opting out) gebe.⁸ Das an Studentinnen gerichtete Verbot, an einer staatlichen Universität ein (islamisches) Kopftuch zu tragen, wurde als Verstoß gegen Art. 18 Abs. 2 IPbPr gewertet.⁹

Ziele schulischer Bildung werden u.a. in Art. 26 Abs. 2 AEMR, Art. 13 Abs. 1 S. 2 IPwskR und in Art. 29 Abs. 1 KRÜ aufgezählt. Im Vordergrund stehen dabei die volle Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit, die Achtung der Menschenrechte sowie Toleranz und Frieden. Die Ziele weisen dabei ausdrückliche Bezüge zur Religion auf: So umfasst Toleranz auch das Verständnis für andere Religionen (vgl. z.B. Art. 26 Abs. 2 AEMR, Art. 13 Abs. 1 S. 2 IPwskR: „Verständnis, Toleranz und Freundschaft zwischen [...] allen [...] religiösen Gruppen“). Art. 29 Abs. 1 Buchst. c KRÜ zählt zudem die Achtung vor der kulturellen Identität des Kindes und den kulturellen Werten des Landes, in dem es lebt, und ggf. des Landes, aus dem es stammt, zu den Bildungszielen. Kultur und Religion können sich überschneiden und wechselseitig beeinflussen.

Das Völkerrecht erkennt – trotz Verankerung der negativen Religionsfreiheit und ungeachtet der Ausrichtung der schulischen Erziehung und Bildung auf Toleranz – die Gefahr einer Kollision zwischen der schulischen Erziehung durch den Staat und der Religionsfreiheit des Kindes und seiner Eltern. Als ein Konfliktlösungsinstrument führt das Völkerrecht die Privatschulfreiheit an; so bestimmt Art. 13 Abs. 3 IPwskR Folgendes: „Die Vertragsstaaten verpflichten sich, die Freiheit der Eltern und gegebenenfalls des Vormunds oder Pflegers zu

⁶ Näher *Bianca Petzhöld*, Die „Auffassungen“ des UN-Menschenrechtsausschusses zum Schutze der Religionsfreiheit, 2015, S. 166 f. mit zahlreichen Nachweisen.

⁷ UN-Sonderberichterstatter für die Freiheit von Religion und Glauben *Abdelfattah Amor*, Bericht vom 3.5.2001, A/CONF/189/PC2/22, Rn. 53.

⁸ UN-Sonderberichterstatter für die Freiheit von Religion und Glauben *Heiner Bielefeldt*, Bericht vom 15.12.2010, A/HRC/16/53, Rn. 50. – Zum opting out i. S. d. Anforderungen der EMRK siehe *Matthias Scharfe*, Religions- und Ethikunterricht im bekenntnisneutralen Staat, 2017, S. 49 ff.

⁹ UN-Menschenrechtsausschuss, *Raihon Hudoyberganova v. Uzbekistan*, Communication No. 931/2000, UN Doc. CCPR/C/82/D/931/2000 (2004), Rn. 6.2, 7; dazu *Petzhöld*, „Auffassungen“ (o. Fn. 6), S. 78 f.

achten, für ihre Kinder andere als öffentliche Schulen zu wählen, die den vom Staat gegebenenfalls festgesetzten oder gebilligten bildungspolitischen Mindestnormen entsprechen, sowie die religiöse und sittliche Erziehung ihrer Kinder in Übereinstimmung mit ihren eigenen Überzeugungen sicherzustellen.“

- 8 Dichte und Verpflichtungswirkung der vorstehend genannten Normen sind freilich begrenzt. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte ist kein völkerrechtlicher Vertrag, sondern lediglich eine Resolution der UN-Generalsversammlung mit empfehlendem Charakter, aber ohne rechtliche Bindungswirkung.¹⁰ Die Regelungen des IPbPR, des IPwskR und des KRÜ haben durch die Transformation in das deutsche Recht zwar den Rang eines Bundesgesetzes erhalten (vgl. Art. 59 Abs. 2 GG).¹¹ Ob ihnen aber self executing-Charakter zukommt, sodass sich betroffene Eltern und Kinder unmittelbar auf die völkerrechtlichen Vorgaben berufen können, ist allerdings so sicher nicht.¹² Mit gewisser Vergröberung wird man in diesen Normen am ehesten Gesetzgebungsaufträge erkennen können. Weil das Grundgesetz den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit enthält,¹³ fungieren die hier angeführten Normen zudem als Direktiven für die Auslegung und Anwendung des deutschen Rechts.

¹⁰ Zur Rechtsnatur und zu den Rechtswirkungen der Allgemeinen Menschenrechtserklärung sowie zu dazugehörigen Kontroversen siehe *Andreas von Arnould*, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 608; *Torsten Stein / Christian von Buttlar*, Völkerrecht, 14. Aufl. 2017, Rn. 1005 ff.; *Martin Nettesheim*, Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte und ihrer Rechtsnatur (§ 173), in: HGR, Bd. VI, Hbd. 2, Rn. 38 ff.

¹¹ So etwa OVG Berlin-Brandenburg, KirchE 58 (2011), 165 (176); VG Hamburg, U. v. 22. 12. 2008 – 15 K 656/07, juris, Rn. 47.

¹² Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit ist für jede Völkerrechtsbestimmung gesondert zu beurteilen. Einige Literaturstimmen neigen eher zur Bejahung dieser Frage; vgl. etwa *Stefanie Schmahl*, Kinderrechtskonvention, 2. Aufl. 2017, Einl. Rn. 26; *Elisabeth Rossa*, Kinderrechte, 2014, S. 68. Demgegenüber ist die Rechtsprechung mit Zustimmung anderer Literaturstimmen eher zurückhaltend; siehe z.B. LSG NRW, U. v. 29. 2. 2016 – L 19 AS 1536/15, juris, Rn. 60 m. w. N.; VG Hannover, B. v. 8. 6. 2007 – 6 B 8296/06, juris, Rn. 27; VG Saarland, U. v. 4. 11. 2016 – 3 K 921/15, juris, Rn. 39; *Klaus Stern*, Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte, in: HStR³, Bd. IX, 2011, § 184, Rn. 98; *Anja Seibert-Fohr*, Neue internationale Anforderungen an die Überführung von Menschenrechtsabkommen in nationales Recht, in: ZaöRV 2002, S. 391 (413).

¹³ So schon BVerfGE 6, 309 (362). Siehe ferner z.B. BVerfG, in: NJW 2011, S. 1931 (1935 [Rn. 89]); [Rn. 89]); NJW 2011, S. 207 (208); NJW 2007, S. 499 (501 [Rn. 54]); *Matthias Herdegen*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Losebl. Stand 82. Erg.-Lfg. 2018, Art. 25, Rn. 6.

2. Europarechtliche Rahmenbedingungen

Der europarechtliche Rahmen wird durch das Recht des Europarates und das Recht der Europäischen Union gezogen. 9

a) Recht des Europarates: insbesondere Art. 9 EMRK und Art. 2 ZP-EMRK

Zentrales Rechtsdokument des Europarates ist die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (sog. Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK) vom 4. 11. 1950 (BGBl. 1952 II S. 685) mit zahlreichen Zusatzprotokollen, welche als Teil der Konvention behandelt werden (vgl. etwa Art. 5 ZP-EMRK). 10

Art. 9 Abs. 1 EMRK verbürgt die Religionsfreiheit. In Art. 2 S. 2 des (ersten) Zusatzprotokolls zur EMRK heißt es: „Der Staat hat bei der Ausübung der von ihm auf dem Gebiet der Erziehung und des Unterrichts übernommenen Aufgaben das Recht der Eltern zu achten, die Erziehung und den Unterricht entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen.“ Anerkannt werden also sowohl ein staatlicher Bildungs- und Erziehungsauftrag als auch das Recht der Eltern zur religiösen Erziehung.¹⁴ 11

Die Unterzeichnerstaaten müssen daher den verschiedenen religiös-weltanschaulichen Überzeugungen der Eltern genügend Raum geben. Der Raum kann innerhalb des staatlichen Schulsystems geschaffen werden, z.B. in öffentlichen Bekenntnisschulen¹⁵ oder in einem Religionsunterricht. Letzterer wird in der EMRK nicht genannt, wohl aber in der Empfehlung des Ministerkomitees über das Lehren und Lernen der Menschenrechte in der Schule vom 14.5.1985: Er sei ein mögliches Forum zur Behandlung von Men- 12

¹⁴ Zum religiösen Erziehungsrecht siehe insbes. EGMR, in: NVwZ 2008, S. 1217 (1219); NVwZ 2008, S. 1327 (1329, Rn. 68); *Anne Peters/Tilman Altwicker*, EMRK, 2. Aufl. 2012, § 28, Rn. 13 ff.; *Mark E. Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl. 1999, Rn. 677; *Bannwart-Maurer*, Das Recht auf Bildung und das Elternrecht, 1975, S. 100 ff.

¹⁵ Dazu Art. 7 Abs. 5 GG, Art. 12 Abs. 3 S. 2 Verf. NRW; siehe unten IV. 3. sowie *Hinnerk Wißmann*, → § 45.

schenrechten im Schulunterricht.¹⁶ Auch in der Literatur wird der Religionsunterricht als eine Form eingestuft, die religiösen Erziehungsvorstellungen der Eltern in die Schule einzubeziehen.¹⁷

- 13** Aus Art. 2 S. 2 ZP-EMRK folgt indessen kein Recht der Eltern gegenüber dem Staat darauf, dass der Unterricht entsprechend ihrer religiös-weltanschaulichen Überzeugung gestaltet wird.¹⁸ Es wäre angesichts der religiös-weltanschaulichen Pluralität der Gesellschaft ohnehin nicht möglich, allen Vorstellungen der Eltern gerecht zu werden. Art. 2 S. 2 ZP-EMRK reicht dennoch („Unterricht [...] sicherzustellen“) über ein bloßes Toleranzgebot hinaus. Der Staat muss, wenn Konflikte durch schlichte Toleranz nicht vermieden werden können, Befreiungsmöglichkeiten oder Alternativangebote bereitstellen.¹⁹ Relevant wird dies z.B. für den Religionsunterricht: Wenn dieser nur für bestimmte Religionen angeboten werde, muss es effektive Befreiungsmöglichkeiten für Schülerinnen und Schüler anderer Religionen geben.²⁰

- 14** Ein Instrument, Konflikte zwischen dem staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag mit dem religiösen Erziehungsrecht der Eltern zu entschärfen, kann die Möglichkeit sein, Privatschulen zuzulassen, welche eine bestimmte religiös-weltanschauliche Ausrichtung suchen (siehe Art. 13 Abs. 3 IPwskR). Vor diesem Hintergrund ist umstritten, ob aus Art. 2 S. 2 ZP-EMRK – mittelbar – ein Recht auf Gründung von Privatschulen folgt, zumindest mit Blick auf religiös-weltanschaulich geprägte Privatschulen. Manche Literaturstimmen bejahen das und berufen sich dabei teils auf die Entscheidung in Sachen *Kjeldsen, Busk Madsen und Pedersen* des EGMR aus dem Jahre 1976

¹⁶ Europarat, Empfehlung Nr. R (85) 7 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über das Lehren und Lernen der Menschenrechte in der Schule (angenommen am 14.5.1985 anlässlich der 385. Sitzung der Ministervertreter).

¹⁷ *Gerhard Robbers*, Religionsrechtliche Gehalte der Europäischen Grundrechtecharta, in: Staat, Kirche, Verwaltung. Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, hg. von Max-Emanuel Geis/Dieter Lorenz, 2001, S. 425 (431), mit Blick auf Art. 14 Abs. 3 EU-GRC.

¹⁸ EGMR, in: EuGRZ 1976, S. 478 (485, Rn. 53) – *Kjeldsen*; VGH BW, in: DVBl. 2013, S. 519 (521 f., Rn. 47 u. S. 523, Rn. 67); VG Stuttgart, U. v. 26.7.2007 – 10 K 146/05, juris, Rn. 42; *Christoph Grabenwarter / Katharina Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch, 6. Aufl. 2016, § 22, Rn. 103; *David Harris / Michael O'Boyle / Ed Bates / Carla Buckley*, Law of the European Convention on Human Rights, 3. Aufl. 2014, S. 913; *Schwanke*, Entwicklung (o. Fn. 1), S. 141.

¹⁹ *Grabenwarter / Pabel*, EMRK (o. Fn. 18), § 22, Rn. 103.

²⁰ EGMR, in: NVwZ 2008, S. 1327 (1329, Rn. 71).

zum Sexualkundeunterricht in Dänemark.²¹ Diese Entscheidung bezog sich allerdings nicht auf die Gründungsfreiheit von Privatschulen. Der EGMR hat sich hierzu nicht festlegen müssen. Er wies immerhin auf Folgendes hin:²² Bei den Verhandlungen zum ersten Zusatzprotokoll gab es Vorschläge, die Gründungsfreiheit von Privatschulen ausdrücklich zu verankern. Diese Forderungen konnten sich jedoch gerade nicht durchsetzen. Die Entstehungsgeschichte spricht mithin dagegen, in Art. 2 S. 2 ZP-EMRK die Privatschulfreiheit hineinzulesen.²³ Selbst wenn der Staat (religiös-weltanschauliche) Privatschulen ermöglicht, entbindet ihn dies nicht von der Pflicht, innerhalb des öffentlichen Schulwesens die divergierenden religiös-weltanschaulichen Überzeugungen zu achten und zu schützen und ihnen Raum zu belassen.

Der EGMR hat freilich verschiedentlich nationale Begrenzungen der Religionsfreiheit aus Art. 9 EMRK in der Schule als konventionskonform gebilligt, so das Verbot, als Lehrerin oder Schülerin ein religiös motiviertes Kopftuch zu tragen.²⁴ Er fand dabei deutliche Worte

15

²¹ Z. B. *Jochen Abraham Frowein*, in: ders./Wolfgang Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, Art. 2 des 1. ZP, Rn. 11; *Luzius Wildhaber*, in: Katharina Pabel/Stefanie Schmahl (Hg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Losebl. Stand 22. Erg.-Lfg. 2018, 1. ZP, Art. 2, Rn. 50 f.; im Ergebnis ebenso, aber ohne Bezugnahme auf die Entscheidung in Sachen Kjeldsen (o. Fn. 18) z. B.: *Stephan Bitter*, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (Hg.), Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar, 2. Aufl. 2015, 1. ZP, Art. 2, Rn. 26; *Peters / Altwicker*, EMRK (o. Fn. 14), § 28, Rn. 14; *Villiger*, Hb. EMRK (o. Fn. 14), Rn. 678.

²² EGMR, in: EuGRZ 1976, S. 478 (483, Rn. 50) – Kjeldsen.

²³ Ebenso *Grabenwarter / Pabel*, EMRK (o. Fn. 18), § 22, Rn. 99 sowie – wenn auch im Ergebnis dennoch zur Privatschulfreiheit gelangend – *Peters / Altwicker*, EMRK (o. Fn. 14), § 28, Rn. 14. – Noch weniger möglich ist es, aus Art. 2 ZP-EMRK einen Anspruch auf finanzielle Förderung einer Privatschule abzuleiten. Die Bundesrepublik Deutschland hat bei der Ratifizierung des (ersten) Zusatzprotokolls ausdrücklich die Auffassung vertreten (BGBl. 1957 II S. 226), dass Art. 2 ZP-EMRK keine Förderpflicht begründet, „da diese Frage nach der übereinstimmenden Erklärung des Rechtsausschusses der Beratenden Versammlung und des Generalsekretärs des Europarates außerhalb des Rahmens der Konvention über Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie des Zusatzprotokolls liegt.“ Siehe dazu: *Bitter*, in: Karpenstein / Mayer (o. Fn. 21), Art. 2 ZP I, Rn. 6; *Frowein*, in: Frowein / Peukert (o. Fn. 21), Art. 2 des 1. ZP, Rn. 11; *Jens Meyer-Ladewig*, EMRK. Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 2 ZP, Rn. 25; *Jörg Ennuschat*, Der Schutz der Privatschulfreiheit auf europäischer Ebene, in: RdJB 2003, S. 436 (442).

²⁴ EGMR, in: NJW 2001, S. 2871, Ls. 1 – Lehrerin; NVwZ 2010, S. 693 – Schülerin; EuGRZ 2005, S. 31 – Medizinstudentin; insofern zustimmend BVerfGE 138, 296 (355 ff., Rn. 148 ff.). Ausführlich zu dieser Problematik

zur Wirkung des islamischen Kopftuches: Sein Tragen setze ein sichtbares, starkes Zeichen, das mit der Botschaft der Toleranz, der Achtung des anderen und insbesondere der Gleichberechtigung der Geschlechter und der Nichtdiskriminierung nur schwer vereinbar sei.²⁵ Er hat ferner hervorgehoben, dass die Behörden dafür sorgen müssen, dass das Bekenntnis religiöser Überzeugungen in einer Schule durch Schüler nicht zu einer demonstrativen Handlung wird, die für andere Schüler Zwang und Ausgrenzung bedeutet.²⁶ Klargestellt hat der EGMR ferner, dass dem Staat religiöse Indoktrination verwehrt sei – was das Anbringen eines Kruzifixes in der Schule, das die Mehrheitsreligion des Landes besonders sichtbar mache, nicht ausschließe, weil dieses ein wesentlich passives Symbol sei.²⁷

- 16** Der EMRK kommt im Vergleich zu den vorstehend genannten Vorschriften des Völkerrechts eine ungleich größere Bedeutung für die Rechtspraxis in Deutschland zu, weil sie unmittelbar im Unterzeichnerstaat gilt, sodass sich jedermann auf die Grundrechte der EMRK gegenüber den nationalen Behörden und Gerichten berufen und ggf. in eigener Person den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) anrufen kann. Hinzu kommt, dass infolge des Grundsatzes der völkerrechtsfreundlichen Auslegung das gesamte deutsche Recht, auch das Grundgesetz, im Lichte der EMRK – und im Lichte der die EMRK interpretierenden Rechtsprechung des EGMR – auszulegen und anzuwenden ist. Diese Vorgabe gilt selbst für das Bundesverfassungsgericht.²⁸

Maria Pottmeyer, Religiöse Kleidung in der öffentlichen Schule in Deutschland und England, 2011.

²⁵ EGMR, in: NVwZ 2006, S. 1389, Ls. 5.

²⁶ EGMR, in: NVwZ 2010, S. 693, Ls. 6; ebenso z.B. *Meyer-Ladewig*, EMRK (o. Fn. 23), Art. 9, Rn. 16.

²⁷ EGMR, in: NVwZ 2011, S. 737, Ls. 4, 8 f. mit krit. Anm. *Michael-Lysander Fremuth*, in: NVwZ 2011, S. 741 (743); dazu ausführlich *Leonardo Alvaréz*, Das Kruzifix in den europäischen Klassenzimmern. Ein kontextueller Ansatz zur staatlichen Neutralitätspflicht, in: JöR 62 (2014), S. 287 ff.

²⁸ Zur Bedeutung und Wirkung der EMRK für das deutsche Recht z.B. BVerfGE 111, 307 (317 u. 329); 128, 326 (367 f. u. 402 f.); *Peters / Altwicker*, EMRK (o. Fn. 14), § 1, Rn. 3 ff.

*b) Recht der Europäischen Union:
insbesondere Art. 10 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 3 EU-GRC*

Art. 6 Abs. 2 EUV sieht den Beitritt der Europäischen Union zur EMRK vor. Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat allerdings die Hürden hierfür sehr hoch gelegt.²⁹ Schon jetzt wirkt die EMRK mittelbar auf Inhalt der EU-Grundrechte ein (vgl. Art. 6 Abs. 3 EUV, Art. 53 EU-GRC). Die Grundrechte-Charta bindet die Europäische Union und im Rahmen vom Art. 51 Abs. 1 EU-GRC, der durch den EuGH sehr weit interpretiert wird,³⁰ auch die Mitgliedstaaten. Sie dient ferner als Auslegungshilfe für das Grundgesetz.³¹

Die Religionsfreiheit wird durch Art. 10 Abs. 1 EU-GRC verbürgt. Art. 14 Abs. 3 EU-GRC bestimmt mit Blick auf Religion und Schule sodann Folgendes: „Die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten unter Achtung der demokratischen Grundsätze sowie das Recht der Eltern, die Erziehung und den Unterricht ihrer Kinder entsprechend ihren eigenen religiösen, weltanschaulichen und erzieherischen Überzeugungen sicherzustellen, werden nach den einzelstaatlichen Gesetzen geachtet, welche ihre Ausübung regeln.“ Anders als in der

²⁹ Näher EuGH, Gutachten 2/13 vom 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454 mit Anm. *Rudolf Streinz*, in: JuS 2015, S. 567; dazu etwa *Marten Breuer*, „Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!“, Das zweite Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der Europäischen Union, in: EuR 2015, S. 330 (349); *Daniel Toda Castán*, Die Öffnung des EU-Rechts für die Europäische Menschenrechtskonvention – Überlegungen anlässlich des Gutachtens 2/13 des Europäischen Gerichtshofs, in: DÖV 2016, S. 12 (12); *Christoph Schmidt*, Europa gegen Europa – Das vorläufige Scheitern des EU-Beitritts zur Europäischen Menschenrechtskonvention durch das EuGH-Gutachten 2/13 vom 18.12.2014, in: juris – Die Monatszeitschrift 2015, S. 417 (417); *Daniel Thym/Christoph Grabenwarter*, Das EMRK-Gutachten des EuGH, in: EuZW 2015, S. 180 (180); *Mattias Wendel*, Der EMRK-Beitritt als Unionsrechtsverstoß. Zur völkerrechtlichen Öffnung der EU und ihren Grenzen, in: NJW 2015, S. 921 (923).

³⁰ Näher EuGH, in: NJW 2013, S. 1415 (1415 f., Rn. 19) – *Akerberg Fransson*, m.w.N.; *Claudio Franzius*, Grundrechtsschutz in Europa. Zwischen Selbstbehauptungen und Selbstbeschränkungen der Rechtsordnungen und ihrer Gerichte, in: ZaöRV 75 (2015), S. 383 (386 ff.); *Sebastian Krebber*, Die Unionsrechts- und Kompetenzakzessorietät des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes im Bereich des Arbeitsrechts: Grundsatz und Ausnahmen, in: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht 2016, S. 3 (6 f.); *Johannes Masing*, Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes, in: JZ 2015, S. 477 (482 f.); *Christoph Safferling*, Der EuGH, die Grundrechtecharta und nationales Recht: Die Fälle *Akerberg Fransson* und *Melloni*, in: NSTZ 2014, S. 545 (547 f.).

³¹ Vgl. BVerfGE 110, 339 (342); 124, 199 (220).

EMRK wird die Privatschulfreiheit in Art. 14 Abs. 3 EU-GRC explizit geschützt. Art. 14 Abs. 3 EU-GRC bildet so ein Gegengewicht zu den Gestaltungsrechten des Staates im Schulbereich.³² Im Übrigen orientieren sich Art. 10 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 3 EU-GRC gezielt an den Parallelvorschriften der EMRK, verschaffen damit sowohl dem staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrag als auch dem den Schulbereich erfassenden religiösen Erziehungsrecht der Eltern eine unionsrechtliche Absicherung.³³ Die Charta stärkt dabei die Stellung des Kindes (siehe z. B. Art. 24 EU-GRC: Rechte des Kindes). Auf das Kindeswohl ist auch das (religiöse) Erziehungsrecht der Eltern aus Art. 14 Abs. 3 EU-GRC bezogen.³⁴

3. Grundgesetzliche Rahmenbedingungen

- 19** Grundgesetzliche Eckpunkte für das Verhältnis von staatlichem Bildungs- und Erziehungsauftrag und der Religion sind insbesondere die Religionsfreiheit, das Elternrecht, die staatliche Schulhoheit und die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates.

*a) Religionsfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG,
Elternrecht gem. Art. 6 Abs. 2 GG
und kirchliche Rechte, Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV*

- 20** Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verbürgt die Religionsfreiheit, welche auch innerhalb des staatlichen Bereichs gilt und in den Schulen gleichermaßen Eltern, Schüler und Lehrer schützt. Die Religionsfreiheit umfasst das Recht der Eltern, ihrem Kind die von ihnen für richtig ge-

³² Norbert Bernsdorff, in: Jürgen Meyer (Hg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 14, Rn. 18.

³³ Bernsdorff, in: Meyer (o. Fn. 32), Art. 10, Rn. 1 u. Art. 14, Rn. 20; vgl. auch: Sven Hölscheidt / Eva Mund, Religionen und Kirchen im europäischen Verfassungsverbund, in: EuR 2003, S. 1083 (1089 f.); Dieter Krimphove, Europäisches Religions- und Weltanschauungsrecht, in: EuR 2009, S. 330 (332).

³⁴ Hans D. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kommentar, 3. Aufl. 2016, Art. 14, Rn. 28, Bernsdorff, in: Meyer (o. Fn. 32), Art. 14, Rn. 20; Thorsten Kingreen, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hg.), EUV/AEUV. Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 14 GRC, Rn. 15.

haltene religiöse oder weltanschauliche Erziehung zu vermitteln.³⁵ Das religiöse Erziehungsrecht ist damit zugleich Teil des (allgemeinen) Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG.³⁶ Gemäß dieser Verfassungsbestimmung sind Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht; über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft. Religionsfreiheit und Elternrecht wirken auch innerhalb der Schule.³⁷ Mit Eintritt der Religionsmündigkeit des Kindes erlischt die religiöse Komponente des religiösen Erziehungsrechts der Eltern, sodass allein die Religionsfreiheit des Kindes zu beachten ist.³⁸ Das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG bleibt relevant, sofern es um außerreligiöse Aspekte von Unterricht, Erziehung und Schulleben geht.

Die Religionsfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG schützt nicht nur Einzelpersonen, sondern auch die Religionsgemeinschaften selbst und die ihnen zugeordneten Einrichtungen.³⁹ Der sachliche Schutzbereich der Religionsfreiheit umfasst u. a. die schulische Erziehung,

21

³⁵ BVerfG, in: NJW 2015, S. 1359 (1360 f., Rn. 85); BVerwG, in: NVwZ 2014, S. 237 (238, Rn. 13); *Peter Badura*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 13), Art. 6, Rn. 118.

³⁶ BVerfG, in: NJW 2015, S. 1359 (1363, Rn. 106); NVwZ 2008, S. 72 (73); BVerwG, in: NVwZ 2014, S. 237 (238, Rn. 13); *Badura*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 13), Art. 6, Rn. 118; *Hans D. Jarass*, in: ders./Bodo Pieroth (Hg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 6, Rn. 41.

³⁷ BVerfG, in: NJW 2015, S. 1359 (1360, Rn. 84); FamRZ 2006, S. 1094 (1095); NJW 1995, S. 2477 (2478); NJW 1973, S. 133 (134); BVerwG, in: NVwZ 2014, S. 237 (240, Rn. 23); *Stefan Huster*, Endlich: Abschichtung statt Abwägung – Neues zum Verhältnis von schulischem Erziehungsauftrag und elterlichem Erziehungsrecht, DÖV 2014, S. 860 (861); *Thomas Traub*, Abstrakte und konkrete Gefahren religiöser Symbole in öffentlichen Schulen, in: NJW 2015, S. 1338 (1340); *Arnd Uhle*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, Stand: 37. Ed. 2018, Art. 7, Rn. 30; *Markus Thiel*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 7, Rn. 35; *ders.*, Erziehungsauftrag (o. Fn. 1), S. 194 ff.; *Matthias Jestaedt*, Schule und außerschulische Erziehung, in: HStR³, Bd. VII, 2009, § 156, Rn. 28; *Uwe Diederichsen*, Elterliche Erziehung und Schulbildung, in: Familie Partnerschaft Recht 2012, S. 202 (203); siehe auch unten 4. b.).

³⁸ *Timo Hebel*/Julia Schmidt, Schulpflicht und elterliches Erziehungsrecht – Neue Aspekte eines alten Themas?, in: NVwZ 2005, S. 1368 (1371). Dasselbe gilt für das religiöse Erziehungsrecht der Eltern aus Art. 2 des 1. ZP-EMRK, Art. 14 EU-GRC; siehe *Bernsdorff*, in: Meyer (o. Fn. 32), Art. 14, Rn. 20: Das Kind rücke quasi in die Stellung der Eltern ein.

³⁹ *Jarass*, in: ders./Pieroth (o. Fn. 36), Art. 4, Rn. 19 f.

d.h. das Betreiben einer kirchlichen Schule.⁴⁰ Nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV ordnet und verwaltet jede Religionsgesellschaft ihre Angelegenheiten selbstständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes. Geschützt wird damit das kirchliche Selbstbestimmungsrecht, das jeder Religionsgemeinschaft zusteht. In persönlicher Hinsicht kommt der Schutz des Selbstbestimmungsrechts nicht nur der Religionsgemeinschaft selbst und ihren rechtlich verselbstständigten Untereinheiten zu, sondern allen ihr zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf die Rechtsform, wenn diese nach kirchlichem Selbstverständnis ihrem Zweck oder ihrer Aufgabe entsprechend berufen sind, ein Stück des Auftrages der Kirche wahrzunehmen und zu erfüllen.⁴¹ In sachlicher Hinsicht sind u.a. die erzieherischen Einrichtungen der Kirche, namentlich die kirchlichen Schulen, vom Schutzgehalt des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts erfasst.⁴² Deshalb können z.B. die Schulgebäude auch der Kirchengutsgarantie des Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV unterfallen.⁴³

b) Staatliche Schulhoheit, Art. 7 Abs. 1 GG

- 22 Nach Art. 7 Abs. 1 GG steht das gesamte Schulwesen unter der Aufsicht des Staates. In dieser Verfassungsaussage enthalten ist zugleich eine Absage an die frühere kirchliche Schulaufsicht über die öffentlichen Schulen.⁴⁴ Zum Schulwesen gehören nicht nur die öffentlichen Schulen, sondern auch die Schulen in freier (insbesondere

⁴⁰ Jarass, ebd., Rn. 15; Hans Michael Heinig, Schule, kirchliche/religiöse, in: ders./Hendrik Munsonius (Hg.), 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, 2. Aufl. 2015, S. 241.

⁴¹ BVerfG, in: NZA 2014, S. 1387 (1389, Rn. 92 f.); BVerfGE 46, 73 (Ls. 1); 53, 366 (390); BAG, in: NJW 1988, S. 3283 (3284); Dirk Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 37), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 5.

⁴² BAG, in: NJW 1988, S. 3283 (3284) u. NJW 1985, S. 1855; VG Hamburg, U. v. 17.8.2011 – 8 K 363/09, juris, Rn. 25; Heinig, Schule, kirchliche/religiöse (o. Fn. 40), S. 241; Axel Schulte, Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und ihrer Einrichtungen – ein Integrationshindernis in der multireligiösen Einwanderungsgesellschaft?, in: ZAR 2013, S. 24 (26).

⁴³ Stefan Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 13), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 20.

⁴⁴ Badura, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 13), Art. 7, Rn. 38 f.; Thiel, Erziehungsauftrag (o. Fn. 1), S. 63.

kirchlicher) Trägerschaft.⁴⁵ Der Begriff der Schulaufsicht ist Ausdruck der staatlichen Gesamtverantwortung für die schulische Bildung und Erziehung der Jugend.⁴⁶ Die Schulaufsicht verschafft dem Staat (= dem Land) die Schulhoheit und beinhaltet ein umfassendes Bestimmungsrecht des Staates über die Schulen, insbesondere alle schulrelevanten legislativen und exekutiven Hoheitsbefugnisse zur inhaltlichen Ausrichtung, Organisation, Planung, Finanzierung, Leitung und Beaufsichtigung des Schulwesens.⁴⁷ Daraus folgt, selbst wenn dies im Verfassungswortlaut nicht explizit verankert ist, ein staatlicher Erziehungs- und Bildungsauftrag.⁴⁸

Aus Art. 7 Abs. 1 GG folgt ein Verfassungsauftrag, für ein leistungsfähiges Schulwesen zu sorgen.⁴⁹ Das Schulwesen soll allen Kindern und Jugendlichen die Voraussetzungen zur Entfaltung ihrer

23

⁴⁵ *Jarass*, in: ders./Pieroth (o. Fn. 36), Art. 7, Rn. 3; *Thiel*, in: Sachs (o. Fn. 37), Art. 7, Rn. 16; *Ansgar Hense*, Rechtliche Verantwortungszuschreibung – Kirchenrechtliche und staatskirchenrechtliche Perspektiven, in: *Kooperative Bildungsverantwortung*, hg. von Marianne Heimbach-Steins / Gerhard Krup, 2011, S. 89 (96).

⁴⁶ *Klaus Stern*, Autonomie der Schule?, in: *Der Verwaltungsstaat im Wandel*. Festschrift für Franz Knöpfle zum 70. Geburtstag, hg. von Detlef Merten, 1996, S. 333 (343).

⁴⁷ BVerwG, in: NVwZ 2014, S. 237 (239, Rn. 19); *Thiel*, in: Sachs (o. Fn. 37), Art. 7, Rn. 17; *Jarass*, in: ders./Pieroth (o. Fn. 36), Art. 7, Rn. 4; *Jörg Ennuschat*, in: Wolfgang Löwer / Peter J. Tettinger (Hg.), *Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen*, 2002, Art. 8, Rn. 64; *Johannes Ruz*, *Schulrecht*, 6. Aufl. 2018, Rn. 869, 897.

⁴⁸ BVerfG, in: NJW 2015, S. 1359 (1362, Rn. 98); NJW 2009, S. 3151 (3152, Rn. 14); NJW 2003, S. 3111 (3113); BVerwG, in: NVwZ 2014, S. 237 (239, Rn. 19); *Matthias Jestaedt*, in: BK (o. Fn. 1), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 49; *Badura*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 13), Art. 6, Rn. 117; *Uhle*, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 37), Art. 7, Rn. 24; *Thiel*, in: Sachs (o. Fn. 37), Art. 7, Rn. 22; umfassend *ders.*, *Erziehungsauftrag* (o. Fn. 1), S. 43 ff.; *Friedhelm Hufen*, Der eigenständige Erziehungsauftrag der Schule – 45 Jahre nach dem Förderstufenurteil des Bundesverfassungsgerichts, in: RdJB 2018, S. 17 (17 ff.); *Jestaedt*, Schule und außerschulische Erziehung (o. Fn. 37), Rn. 43; *Schwanke*, Entwicklung (o. Fn. 1), S. 145. – Zurückhaltend *Wißmann*, in: BK (o. Fn. 1), Art. 7, Teil III, Rn. 62: Erziehungsanspruch sei ein möglicher (nicht pflichtiger) Teil des staatlichen Schulmandats. – *Frauke Brosius-Gersdorf*, Religiös-weltanschauliches Elternrecht versus staatliches Schul- und Wächteramt – eine Vermessung am Beispiel von Homeschooling, in: ZevKR 61 (2016), S. 141 (151), will aus Art. 7 Abs. 1 GG nur einen originären Bildungsauftrag des Staates entnehmen, während der Erziehungsauftrag akzessorisch auf die Bildungsaufgabe der Schule bezogen sei.

⁴⁹ *Jarass*, in: ders./Pieroth (o. Fn. 36), Art. 7, Rn. 1, 3; *Michael Bothe*, Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, in: VVDStRL 54 (1994), S. 8 (20).

Persönlichkeit schaffen.⁵⁰ Weitere Ziele der staatlichen Schulhoheit sind die Sicherung von Chancengleichheit und Integration.⁵¹ Die Schule darf und soll der Entwicklung von Parallelgesellschaften entgegenwirken.⁵² Das Ziel gesellschaftlicher Integration ist legitimer Bestandteil des staatlichen Erziehungsauftrages gem. Art. 7 Abs. 1 GG. Es findet weiteren Ausdruck in Art. 7 Abs. 4 und 5 GG: Das Privatschulwesen soll zu keiner Sonderung nach den Besitzverhältnissen der Eltern führen (Art. 7 Abs. 4 GG). Im Grundschulbereich sollen grundsätzlich alle Kinder in öffentlichen Grundschulen unterrichtet werden (Art. 7 Abs. 5 GG).

*c) Religionsunterricht und öffentliche Bekenntnisschulen,
Art. 7 Abs. 2, 3 und 5 GG*

- 24** Nach Art. 7 Abs. 3 GG ist der „Religionsunterricht [...] in den öffentlichen Schulen mit Ausnahme der bekenntnisfreien Schulen ordentliches Lehrfach. Unbeschadet des staatlichen Aufsichtsrechtes wird der Religionsunterricht in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften erteilt. [...]“ Dadurch wird der Religion ein eigener und eigens geschützter Raum innerhalb der öffentlichen Schule zugewiesen. Das Grundgesetz sieht sogar die Möglichkeit vor, dass öffentliche Schulen über den Religionsunterricht hinaus in ihrem gesamten Schulleben durch ein Bekenntnis geprägt werden (vgl. Art. 7 Abs. 5 GG).⁵³ Zugleich ermöglicht das Grundgesetz bekenntnisfreie Schulen, in denen noch nicht einmal Religionsunterricht angeboten wird; zur Regelschule kann die bekenntnisfreie Schule jedoch – außerhalb von Art. 141 GG – nicht werden, weil anderenfalls die Vorgabe zum Religionsunterricht in Art. 7 Abs. 3 GG leer liefe.⁵⁴

⁵⁰ Rux, Schulrecht (o. Fn. 47), Rn. 147, 175.

⁵¹ Jestaedt, Schule und außerschulische Erziehung (o. Fn. 37), Rn. 44 (zur Integration).

⁵² BVerfG, in: NVwZ 2003, S. 1113; ZevKR 52 (2007), S. 100.

⁵³ Zu öffentlichen Bekenntnisschulen siehe unten IV.3. sowie *Hinnerk Wißmann*, → § 45. – Eine private Ersatzschule steht nicht deshalb i.S.v. Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG in ihren Lehrzielen hinter öffentlichen Schulen zurück, weil sie keinen Religionsunterricht anbietet, so BVerfG, in: NVwZ-RR 2019, S. 686 (689).

⁵⁴ Zu bekenntnisfreien Schulen *Christoph Link*, „Bekenntnisfreie“ Schulen (o. Fn. 17), S. 397 ff.

d) *Religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates*

Neben die grundrechtlichen Verbürgungen treten die der Weimarer Reichsverfassung entlehnten staatskirchenrechtlichen Eckpunkte des Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 ff. WRV. Die dort enthaltenen Vorgaben können u. a. zu dem – als solches nicht explizit genannten – Grundsatz der Neutralität gebündelt werden, d. h. der Staat identifiziert sich nicht mit einer Religion.⁵⁵ Grundlage für die Neutralität ist einmal die Religionsfreiheit, zum anderen das Verbot der Staatskirche gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 WRV: „Es besteht keine Staatskirche.“⁵⁶

Der Staat des Grundgesetzes ist in seinem Bereich aber durchaus offen für die Religion, wie sich aus verschiedenen Verfassungsbestimmungen ergibt. Aus dem Schulbereich wurden bereits der Religionsunterricht (Art. 7 Abs. 2 und 3 GG) sowie die Möglichkeit öffentlicher Bekenntnisschulen (Art. 7 Abs. 5 GG) genannt. Anzuführen ist ferner die Präambel: „Im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen [...] hat sich das Deutsche Volk [...] dieses Grundgesetz gegeben.“⁵⁷ Zu nennen sind ferner der Amtseid des Bundespräsidenten, der die religiöse Formel „So wahr mir Gott helfe.“ enthält, die jedoch weggelassen werden kann (Art. 56 GG), der öffentlich-rechtliche Status vieler Kirchen und Religionsgemeinschaften (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 und 6 WRV) oder die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Seelsorge in der Bundeswehr oder in Strafanstalten (Art. 140 GG i.V.m. Art. 141 WRV).⁵⁸

⁵⁵ *Badura*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 13), Art. 7, Rn. 67; *Stefan Muckel*, in: Heinrich de Wall/Stefan Muckel, Kirchenrecht, 5. Aufl. 2017, § 13, Rn. 4; *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 90; *Axel von Campenhausen/Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 116.

⁵⁶ *Muckel*, in: Kirchenrecht (o. Fn. 55), § 13, Rn. 2; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 55), Rn. 90.

⁵⁷ Zur (Auslegungsrelevanz der) Präambel in diesem Kontext siehe *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 37), Art. 4, Rn. 82; *Philip Kunig*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl. 2012, Bd. 1, Präambel, Rn. 15 ff.; *Christian Starck*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle, Bd. 1, Präambel, Rn. 36 ff.; *Jörg Ennuschat*, „Gott“ und Grundgesetz. Zur Bedeutung der Präambel für das Verhältnis des Staates zu Religion und Religionsgemeinschaften, in: NJW 1998, S. 953 (956).

⁵⁸ Hierzu *Ennuschat*, ebd., S. 956; vgl. auch *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 37), Art. 4, Rn. 82; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 55), Rn. 145.

- 27 Deutschland kennt also keine laizistische Trennung von Staat und Religion. Das Grundgesetz verdrängt Religion nicht aus dem staatlichen Bereich.⁵⁹ Diese Offenheit und Unbefangenheit des Staates gegenüber der Religion⁶⁰ gelten von Verfassungen wegen namentlich für die öffentliche Schule.

4. Landesverfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

- 28 Die grundgesetzlichen Vorgaben zur Religionsfreiheit, zum Elternrecht, zur Schule und zum Verhältnis von Staat und Kirche werden vielfach durch die Landesverfassungen aufgegriffen und dadurch zu eigen gemacht, entweder durch ausdrückliche Verweise⁶¹ oder durch Parallelbestimmungen⁶². Die Verfassungen der Länder setzen indessen auch eigene Akzente.

a) Explizite Normierung staatlicher Erziehungsziele

- 29 Dem Grundgesetz lässt sich zwar im Wege der Auslegung ein staatlicher Erziehungs- und Bildungsauftrag entnehmen, der in der staatlichen Schulhoheit i. S. d. Art. 7 Abs. 1 GG wurzelt. Das Grundgesetz enthält indessen keinen Katalog von Erziehungszielen, immerhin grundlegende Wertentscheidungen, welche die Wertvermittlung im Rahmen von Erziehung und Bildung dirigieren.⁶³ Darunter fallen z.B. Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit – insbesondere von Mann und Frau –, Frieden.

- 30 Einige Landesverfassungen bieten insoweit deutlichere Aussagen und normieren explizite Erziehungsziele als Vorgaben für die Schu-

⁵⁹ Koriath, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 13), Art. 140, Rn. 31; Ennuschat, „Gott“ und Grundgesetz (o. Fn. 57), S. 956; Muckel, in: Kirchenrecht (o. Fn. 55), § 13, Rn. 6.

⁶⁰ Jörg Ennuschat, Militärseelsorge, 1996, S. 225, 251.

⁶¹ Siehe z.B. Art. 4 Abs. 1, Art. 22 Verf. NRW, Art. 5 Abs. 3 Verf. MV, Art. 3 Abs. 2, Art. 4 Abs. 3 NdsVerf.

⁶² Etwa zum Religionsunterricht Art. 14 Verf. NRW, Art. 136 Abs. 2–4 BayVerf., Art. 18 Verf. BW, Art. 25 ThürVerf.

⁶³ Ähnlich z.B. Christine Langenfeld, Staatlicher Bildungsauftrag und religiöse Selbstbestimmung, in: Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht – Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven, hg. von Rainer Grote/Thilo Marauhn, 2001, S. 311 (345 f.).

len in öffentlicher und in freier Trägerschaft. Beispielsweise heißt es in Art. 7 Verf. NRW: „(1) Ehrfurcht vor Gott, Achtung vor der Würde des Menschen und Bereitschaft zum sozialen Handeln zu wecken, ist vornehmstes Ziel der Erziehung. (2) Die Jugend soll erzogen werden im Geiste der Menschlichkeit, der Demokratie und der Freiheit, zur Duldsamkeit und zur Achtung der Überzeugung des anderen, zur Verantwortung für Tiere und zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen, in Liebe zu Volk und Heimat, zur Völkergemeinschaft und Friedensgesinnung.“ Andere Landesverfassungen kennen noch weitere Erziehungsziele, z.B. christliche Nächstenliebe,⁶⁴ Völkerverständigung⁶⁵, Aufgeschlossenheit für alles Wahre, Gute und Schöne⁶⁶, Achtung der Würde des Menschen⁶⁷. Das – durchaus umstrittene – Erziehungsziel der Ehrfurcht vor Gott findet sich nicht nur in NRW, sondern auch in anderen Ländern (näher hierzu IV. 1.)⁶⁸ – ohne aber die Unterrichtspraxis nennenswert zu beeinflussen.⁶⁹

*b) Hervorhebung von Kindes- und Elternrechten
für den Erziehungs- und Schulbereich*

Die Landesverfassungen betonen nicht nur die Rolle des Staates im Schulbereich stärker als das Grundgesetz. Sie heben auch die Geltung von Kindes- und Elternrechten im Schulbereich deutlicher hervor als das Grundgesetz.

31

Das Grundgesetz verschafft Kindern nur ganz vereinzelt eine besondere Rechtsposition (Art. 6 Abs. 5 GG). Im Übrigen können sich Kinder auf die allgemeinen Grundrechte berufen. So schützt Art. 2 Abs. 1 GG mit der freien Entfaltung der Persönlichkeit auch die freie Entfaltung der Anlagen und Befähigungen.⁷⁰ Hieraus folgt zwar nicht ohne weiteres ein grundgesetzliches Recht auf Bildung; zumin-

32

⁶⁴ Art. 12 Abs. 1 Verf. BW, Art. 30 Verf. Saarl.; siehe ferner Art. 56 Abs. 4 HessVerf., Art. 33 Verf. RP, Art. 101 Verf. Sachsen: „Nächstenliebe“.

⁶⁵ Art. 30 Verf. Saarl.

⁶⁶ Art. 131 Abs. 2 BayVerf.

⁶⁷ Art. 7 Abs. 1 Verf. NRW, Art. 26 Verf. Bremen, Art. 28 Verf. Bbg.

⁶⁸ Art. 131 Abs. 2 BayVerf., Art. 12 Abs. 1 Verf. BW, Art. 30 Verf. Saarl., Art. 33 Verf. RP („Gottesfurcht“). Art. 56 Abs. 4 HessVerf. kennt „Ehrfurcht“ (ohne Bezug auf Gott) als Erziehungsziel.

⁶⁹ *Karl-Hermann Kästner*, Religiöse und weltanschauliche Bezüge in der staatlichen Schule, in: ders., *Gesammelte Schriften*, hg. von Hans Ulrich Anke / Daniel Couzinat / Christian Traulsen, 2011, S. 297 (301).

⁷⁰ BVerfGE 96, 288 (306).

dest einige Kernelemente eines Rechts auf Bildung sind freilich von Art. 2 Abs. 1 GG erfasst.⁷¹ Ein ausdrückliches Recht des Kindes auf Erziehung und Bildung kennt das Grundgesetz jedoch nicht. Im Gegensatz dazu stellen einige Landesverfassungen das Kind und dessen Recht auf Bildung demonstrativ in den Mittelpunkt; siehe etwa Art. 8 Abs. 1 S. 1 Verf. NRW:⁷² „Jedes Kind hat Anspruch auf Erziehung und Bildung.“

- 33** Das Grundgesetz räumt dem Elternrecht in Art. 6 Abs. 2 GG großes Gewicht ein. Im Schulartikel werden die Eltern bzw. Erziehungsberechtigten jedoch nur punktuell genannt, und zwar mit Blick auf den Religionsunterricht (Art. 7 Abs. 2 GG). Dieser Befund ist Anlass für manche Literaturstimme, die Bedeutung des Elternrechts für den Schulbereich zu minimieren.⁷³ Diesem Missverständnis beugen einige Landesverfassungen durch Klarstellungen vor, so z.B. Art. 8 Abs. 1 S. 2 Verf. NRW:⁷⁴ „Das natürliche Recht der Eltern, die Erziehung und Bildung ihrer Kinder zu bestimmen, bildet die Grundlage des Erziehungs- und Schulwesens.“ Die Landesverfassung NRW betont damit das Gewicht des Elternrechts. Das betrifft zunächst das Elternrecht als Individualrecht. Aus Art. 8 Abs. 1 S. 2 Verf. NRW folgt – in Parallele und Bestärkung zum Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG – ein Minimum an Wahl- und Bestimmungsrechten der Eltern zur Schulform und Schulart.⁷⁵ Die Landesverfassung NRW enthält darüber hinaus mehrere Verankerungen kollektiver Elternrechte. So

⁷¹ *Rux*, Schulrecht (o. Fn. 47), Rn. 184 ff.; *Friederike Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 229; *Jörg Ennuschat*, Grundrecht auf lebenslanges Lernen? – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für das lebenslange Lernen, in: RdJB 2005, S. 193 (196). – Das BVerfG lässt diese Frage explizit offen (z.B. B. v. 27.11.2017 – 1 BvR 1555/14, juris, Orientierungssatz 1a), nimmt immerhin das in Art. 2 Abs. 1 ZP-EMRK verankerte Recht auf Bildung zur Kenntnis (U. v. 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12, juris, Rn. 182).

⁷² Ähnliche Bestimmungen finden sich in Art. 20 Abs. 1 S. 1 Verf. Berlin, Art. 29 Abs. 1 Verf. Bbg., Art. 27 Verf. Bremen, Art. 8 Verf. MV, Art. 24a Verf. Saarl., Art. 102 Abs. 1 Verf. Sachsen, Art. 10 Abs. 3 Verf. SH, Art. 20 ThürVerf.

⁷³ *Arnulf Schmitt-Kammler*, Elternrecht und schulisches Erziehungsrecht nach dem Grundgesetz, 1983, S. 57 (65); *Wolfgang Böckenförde*, Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates, in: EssGespr. 14 (1980), S. 54 (81); *Guy Beaucamp*, Elternrechte in der Schule, in: LKV 2003, S. 18 ff.; wohl auch *Frauke Brosius-Gersdorf*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7, Rn. 62 f.

⁷⁴ Parallelbestimmungen sind Art. 27 Abs. 1 Verf. RP, Art. 101 Abs. 2 Verf. Sachsen, Art. 21 ThürVerf., ähnlich, wenn auch nicht so weitgehend Art. 15 Abs. 3 Verf. BW, Art. 26 Abs. 3 Verf. LSA.

⁷⁵ *Manuel Kamp*, in: Andreas Heusch / Klaus Schönenbroicher (Hg.), Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen. Kommentar, 2010, Art. 8, Rn. 17; *Ennuschat*, in: Löwer / Tettinger (o. Fn. 47), Art. 8, Rn. 24.

wirken die Erziehungsberechtigten gem. Art. 10 Abs. 2 Verf. NRW durch Elternvertretungen an der Gestaltung des Schulwesens mit.⁷⁶ Kollektive Elternrechte bestehen ferner, allerdings nur im Grundschulbereich, hinsichtlich der Bestimmung der Schulart (Art. 12 Abs. 2 S. 2 Verf. NRW). Andere Landesverfassungen verbürgen ebenfalls kollektive Elternrechte.⁷⁷

c) Hervorhebung der Mitwirkungsrechte der Kirchen und Religionsgemeinschaften im Erziehungs- und Schulbereich

Viele Landesverfassungen heben die Mitwirkung der Kirchen und Religionsgemeinschaften im Erziehungs- und Schulbereich hervor und konturieren zugleich deren Rechtsposition im Bildungssektor deutlicher als dies im Grundgesetz der Fall ist.

Zu nennen sind erstens Bestimmungen, welche die gemeinwohlförderliche Rolle der Kirchen und Religionsgemeinschaften in den Bereichen Erziehung, Bildung sowie Kinder- und Jugendhilfe würdigen und deren Recht gewährleisten, in diesen Bereich mitzuwirken; vgl. etwa Art. 12 Abs. 2 Verf. BW („Verantwortliche Träger der Erziehung sind in ihren Bereichen die Eltern, der Staat, die Religionsgemeinschaften [...]“) oder Art. 6 Abs. 4 Verf. NRW („Das Mitwirkungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften [...] in den Angelegenheiten [...] der Kinder- und Jugendhilfe bleibt gewährleistet und ist zu fördern.“).⁷⁸ Manche Landesverfassung erstreckt dies explizit auf den Schulbereich, so insbesondere Art. 28 Verf. RP:⁷⁹ „Der Ausbildung der Jugend dienen öffentliche und private Schulen. Bei Einrichtung öffentlicher Schulen wirken Land und Gemeinden zusammen. Auch die Kirchen und Religionsgemeinschaften werden als Bildungsträger anerkannt.“

Bezogen auf den Religionsunterricht sind die Regelungen einiger Landesverfassungen zur Mitwirkung der Kirchen und Religionsgemeinschaften detailreicher als im Grundgesetz – mit der Konsequenz, dass das kirchliche Mitwirkungsrecht deutlicher zum Ausdruck

⁷⁶ *Kamp*, in: Heusch / Schönenbroicher (o. Fn. 75), Art. 10, Rn. 17; *Ennuschat*, in: Löwer / Tettinger (o. Fn. 47), Art. 10, Rn. 16.

⁷⁷ Siehe z.B. Art. 17 Abs. 4 Verf. BW, Art. 56 Abs. 6 HessVerf., Art. 104 Abs. 1 Verf. Sachsen, Art. 29 Abs. 2, Art. 23 Abs. 3 ThürVerf.

⁷⁸ Siehe ferner Art. 26 Verf. RP, Art. 25 Abs. 2 Verf. Saarl.

⁷⁹ Ähnlich Art. 133 Abs. 1 S. 3 BayVerf., Art. 26 S. 2 Verf. Saarl.

kommt. Während Art. 7 Abs. 3 GG nur allgemein die „Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaft“ nennt, verbürgen manche Landesverfassungen die kirchliche Bevollmächtigung der Religionslehrer, die Mitwirkung der Kirchen hinsichtlich der Lehrpläne und Lehrbücher sowie das kirchliche Visitationsrecht.

- 37 Manche Landesverfassungen erwähnen ausdrücklich kirchliche Privatschulen;⁸⁰ die Privatschulfreiheit erfasst jedoch unabhängig davon kirchliche Schulen.⁸¹

d) Explizite Zugrundelegung religiöser, insbesondere christlicher Bildungs- und Kulturwerte für den Schulbereich

- 38 Schon erwähnt wurde, dass manche Landesverfassung das Erziehungsziel der christlichen Nächstenliebe vorgibt (z.B. Art. 12 Abs. 1 Verf. BW, Art. 30 Verf. Saarl.). Einige Landesverfassungen kennen die christliche Gemeinschaftsschule; siehe etwa Art. 16 Abs. 1 S. 1 Verf. BW: „In christlichen Gemeinschaftsschulen werden die Kinder auf der Grundlage christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte erzogen.“ Andere Landesverfassungen sind offener gefasst und beziehen andere Bekenntnisse in die Gemeinschaftsschule ein, so Art. 12 Abs. 3 S. 1 Verf. NRW: „In Gemeinschaftsschulen werden Kinder auf der Grundlage christlicher Bildungs- und Kulturwerte in Offenheit für die christlichen Bekenntnisse und für andere religiöse und weltanschauliche Überzeugungen gemeinsam unterrichtet und erzogen.“
- 39 Art. 12 Abs. 2 S. 2 Verf. NRW sieht überdies Bekenntnisschulen vor: „In Bekenntnisschulen werden Kinder des katholischen oder des evangelischen Glaubens oder einer anderen Religionsgemeinschaft nach den Grundsätzen des betreffenden Bekenntnisses unterrichtet und erzogen.“ Entsprechendes gilt für Weltanschauungsgemeinschaften (Art. 12 Abs. 2 S. 3 Verf. NRW).

⁸⁰ Z. B. Art. Art. 46 Verf. RP, Art. 40 Verf. Saarl.

⁸¹ Stefan Mückl, Freiheit kirchlichen Wirkens, in: HStR³, Bd.VII, 2009, § 161, Rn. 16; Hense, Verantwortungszuschreibung (o. Fn. 45), S. 96; Heinig, Schule, kirchliche/religiöse (o. Fn. 40), S. 240 f.; vgl. ferner Uhle, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 37), Art. 7, Rn. 73.

5. Kirchenvertragliche Rahmenbedingungen

Traditionell werden in Deutschland viele Fragen des Verhältnisses Staat-Kirche-Religion kirchenvertraglich geregelt, darunter auch solche zur Schule. Die entsprechenden Bestimmungen greifen zu-
meist grundgesetzliche und landesverfassungsrechtliche Vorgaben
auf und konturieren diese.

Verbreitet sind Regelungen zum Religionsunterricht an öffentli-
chen Schulen und zu darauf bezogenen Mitwirkungsrechten der Kir-
chen und Religionsgemeinschaften⁸² sowie zur Gewährleistung des
Rechts, kirchliche Schulen zu gründen und zu betreiben.⁸³ Entspre-
chende Aussagen finden sich nicht nur in den Verträgen mit evangeli-
scher und katholischer Kirche, sondern auch in Verträgen mit jüdi-
schen, islamischen oder alevitischen Religionsgemeinschaften.⁸⁴

⁸² Siehe Art. 7 BayK 1924, Art. 2 bis 7 EvKV Pfalz 1924, Art. 3 bis 12 BayKV 1924, Art. XI BadK 1932, Art. 21, 22 RK 1933, Art. 5 EvKV Nds. (Loccumner Vertrag) 1955, Art. 6 EvKV SH 1957, Art. 15 EvKV Hessen 1960, Art. 16–20 EvKV RP 1962, Art. 7 NdsK 1965, Art. V–VII EvKV NRW 1984, Art. VI–VIII KathKV NRW 1984, Art. 5 EvKV LSA 1993, Art. 5 EvKV Sachsen 1994, Art. 5 EvKV Thür. 1994, Art. 6 EvKV MV (Güstrower Vertrag) 1994, Art. 3 KathKV Sachsen 1996, Art. 4 KathKV MV 1997, Art. 12 KathKV Thür. 1997, Art. 4 KathKV LSA 1998, Art. 4 KathKV Bbg. 2003, Art. 7 EvKV Hmb. 2005, Art. 5 KathKV Hmb. 2006, Art. 5 EvKV Berlin 2006, Art. 8 EvKV BW 2007, Art. 5 KathKV SH 2009.

⁸³ Vgl. Art. 25 RK 1933, Art. 7 EvKV SH 1957, Art. 17 EvKV RP 1962, Art. 6 NdsK 1965, Art. 6 EvKV LSA 1993, Art. 6 EvKV Sachsen 1994, Art. 5 EvKV MV (Güstrower Vertrag) 1994, Art. 6 EvKV Thür. 1994, Art. 4 KathKV Sachsen 1996, Art. 4 EvKV Bbg. 1996, Art. 6 KathKV LSA 1998, Art. 5 KathKV Bbg. 2003, Art. 6 EvKV Hmb. 2005, Art. 6 KathKV Hmb. 2006, Art. 11 EvKV BW 2007, Art. 6 KathKV SH 2009.

⁸⁴ Siehe zum Religionsunterricht: Art. 2 JüdV Bay. 1998, Art. 3 JüdV Hmb. 2007, Art. 4 JüdV BW 2010, Art. 6 IslamV Hmb. 2012, Art. 5 AlevV Hmb. 2012, Art. 5 JüdV RP 2012, Art. 8 Abs. 3 IslamV Bremen 2014 (dort zur Mitwirkung im Unterrichtsfach Biblischer Geschichte auf allgemein christlicher Grundlage i. S. d. Art. 32 Verf. Bremen); zu Bekenntnisschulen in freier Trägerschaft: Art. 4 JüdV Berlin 1993, Art. 5 JüdV Bbg. 2005, Art. 8 JüdV MV 2005, Art. 8 JüdV LSA 2006, Art. 4 JüdV Hmb. 2007, Art. 6 BW JüdV 2010, Art. 4 Abs. 1 IslamV Hmb. 2012, Art. 4 AlevV Hmb. 2012, Art. 4 RP JüdV 2012, Art. 8 Abs. 1 und 2 IslamV Bremen 2014. – Bemerkenswert ist, dass Art. 4 IslamV Hmb. 2012 und Art. 4 AlevV Hmb. 2012 zugleich ein Bekenntnis der islamischen und alevitischen Religionsgemeinschaften zur öffentlichen Schule enthalten; siehe z. B. Art. 4 Abs. 2 IslamV Hmb.: „Unbeschadet des Rechts auf Unterhaltung eigener Bildungseinrichtungen bekennen sich die islamischen Religionsgemeinschaften zum staatlichen Schulwesen, der allgemeinen Schulpflicht und der umfassenden Teilnahme am Unterricht staatlicher Schulen.“ Die Protokollerklärung zu Art. 4 AlevV Hmb. ergänzt dies noch um den Zu-

- 42 Einige Kirchenverträge enthalten darüber hinausgehende Regelungen, etwa die Anerkennung der Kirche als Träger der Erziehung und der Kooperation Staat-Kirche,⁸⁵ die Erziehungsziele Ehrfurcht vor Gott und christliche Nächstenliebe,⁸⁶ die christliche Gemeinschaftsschule auf Grundlage christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte⁸⁷ oder die Ermöglichung von Schulgottesdiensten⁸⁸.
- 43 Über den grundgesetzlichen und landesverfassungsrechtlichen Standard hinaus reicht die Gewährleistung katholischer Bekenntnisschulen in öffentlicher Trägerschaft gem. Art. 23 des Reichskonkordates von 1933. Früher gab es in vielen Teilen Deutschlands öffentliche Bekenntnisschulen, heute nur noch vereinzelt in Niedersachsen und vor allem in NRW: Dort ist immerhin jede dritte Grundschule eine evangelische oder katholische Bekenntnisschule in öffentlicher Trägerschaft.⁸⁹ Hintergrund ist Art. 12 Abs. 2 und 3 Verf. NRW, der öffentlichen Bekenntnisschulen vor allem im Grundschulbereich Raum verschafft. Das Grundgesetz geht von der Möglichkeit öffentlicher Bekenntnisschulen aus, ohne die Länder dazu zu verpflichten. Daran ändert auch Art. 23 RK nichts. Das Reichskonkordat gilt zwar über Art. 123 Abs. 2 GG unter der Geltung des Grundgesetzes fort.⁹⁰ Das Bundesverfassungsgericht hat indessen bereits früh entschieden, dass die Länder nicht kraft Bundesrechts an die Schulbestimmungen des Reichskonkordats gebunden sind.⁹¹ In Sachsen hat der Freistaat im Schlussprotokoll zu Art. 4 des Vertrages des Heiligen Stuhls mit dem Freistaat Sachsen vom 2. 7. 1996 in Kenntnis von Art. 23 RK explizit klargestellt, dass es in Sachsen keine öffentlichen Bekenntnisschulen gibt.⁹²

satz, dass beide Vertragsparteien für die uneingeschränkte Teilnahme von Mädchen und Jungen am Unterricht eintreten. Hintergrund ist die Furcht vor segregierenden Effekten islamischer oder alevitischer Ersatzschulen.

⁸⁵ Art. 6 S. 2 EvKV BW 2007.

⁸⁶ Art. 6 S. 1 EvKV BW 2007.

⁸⁷ Art. 7 EvKV BW 2007.

⁸⁸ Art. 9 EvKV BW 2007.

⁸⁹ Siehe die Angaben in NRW LT-Drs. 16/7544, S. 7: Von den 2.891 öffentlichen Grundschulen sind 1.942 Gemeinschaftsschulen, 876 katholische Bekenntnisschulen und 73 evangelische Bekenntnisschulen.

⁹⁰ BVerfGE 6, 309 (338 f.). – Zum sog. Konkordatsurteil umfassend *Ansgar Hense*, Sechzig Jahre Konkordatsurteil des Bundesverfassungsgerichts, in: JöR 65 (2017), S. 357 (357 ff.).

⁹¹ BVerfGE 6, 309 (353 f., 362).

⁹² Dazu *Steffen Heitmann*, Der Katholische Kirchenvertrag Sachsen, in: NJW 1997, S. 1420 (1422); *Jörg Ennuschat*, Die in den Kirchenverträgen des

III. Zwischenfazit: Grundlinien im Verhältnis des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages zur Religion im Schulbereich

Der vorstehend skizzierte komplexe Rechtsrahmen lässt einige Grundlinien im Verhältnis des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages zur Religion im Schulbereich zu Tage treten. 44

1. Religionsfreiheit und Elternrecht

Religion findet legitimen Eingang in die Schule in erster Linie über die Ausübung der Religionsfreiheit durch Eltern, Schüler und Lehrer. Im Mittelpunkt steht hier das religiöse Erziehungsrecht der Eltern, dessen Bedeutung für den Schulbereich im Völker- und Europarecht vielfach hervorgehoben wird (Art. 18 Abs. 4 IPbpR, Art. 13 Abs. 4 IPwskR, Art. 14 Abs. 2 KRÜ, Art. 2 S. 2 ZP-EMRK, Art. 14 Abs. 3 EU-GRC) und das auch durch das Grundgesetz (Art. 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 GG) geschützt wird. Das Elternrecht bildet nach mancher Landesverfassung die Grundlage für das Schulwesen (Art. 8 Abs. 1 S. 2 Verf. NRW). Das Elternrecht dient dem Kindeswohl und der freien Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes, hat also treuhänderischen Charakter. 45

Religion als Bestandteil des Schullebens wurzelt mithin zuvörderst in der Religionsfreiheit der Schülerinnen und Schüler sowie ihrer Eltern und im Elternrecht. Demgegenüber stehen die Kirchen und Religionsgemeinschaften zunächst außerhalb der Schule, zumal Art. 7 Abs. 1 GG die Schulaufsicht allein dem Staat zuordnet. Kirchen und Religionsgemeinschaften bieten der Ausübung individueller Religionsfreiheit freilich einen (auch inhaltlichen) Rahmen, kanalisieren und strukturieren diese. Deshalb und insoweit können sie geeignete Ansprech- und Kooperationspartner für den Staat sein. 46

Freistaates Sachsen geregelte kirchliche Mitwirkung im Bildungswesen, in: 20 Jahre Staatskirchenverträge in Sachsen, hg. von Arnd Uhle, 2016, S. 61 (71).

2. Staatlicher Erziehungs- und Bildungsauftrag

47 Die Landesverfassungen weisen dem Staat einen Erziehungs- und Bildungsauftrag zu, insbesondere in Form von Erziehungszielen. Das Grundgesetz bietet über die Schulhoheit gem. Art. 7 Abs. 1 GG gleichfalls einen Anknüpfungspunkt für den staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrag, der auch völker- und europarechtlich zugrunde gelegt und anerkannt wird (Art. 26 Abs. 2 AEMR, Art. 13 Abs. 1 S. 2 IPwskR, Art. 29 Abs. 1 KRÜ, Art. 2 ZP-EMRK). Der staatliche Erziehungs- und Bildungsauftrag ist originär, d. h. der Staat verfolgt selbst gesetzte Erziehungsziele und ist keineswegs das Instrument zur Verwirklichung elterlicher Erziehungsvorstellungen.⁹³ Dabei sind Elternrecht und staatlicher Erziehungsauftrag einander im Ansatz gleich geordnet⁹⁴ – mit einem gewissen Vorrang des staatlichen Erziehungsauftrages, der nicht zuletzt aus dem tatsächlichen Umstand resultiert, dass dem vergleichsweise homogenen staatlichen Erziehungswillen vielfältige und einander auch widersprechende elterliche Überzeugungen gegenüber stehen.

48 Die Gleichordnung von staatlichem Erziehungs- und Bildungsauftrag und dem Elternrecht bedingt, dass im Schulwesen, sogar innerhalb der öffentlichen Schule, noch Raum für das Elternrecht bleiben muss – auch mit Blick auf das religiöse Erziehungsrecht. Bekräftigt wird dies durch die individuelle Religionsfreiheit, welche Geltung auch im staatlichen Bereich beansprucht, sowie durch den Grundsatz der Offenheit und Unbefangenheit des Staates gegenüber der Religion.

⁹³ Thiel, in: Sachs (o. Fn. 37), Art. 7, Rn. 22; Uhle, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 37), Art. 7, Rn. 21; Jarass, in: ders./Pieroth (o. Fn. 36), Art. 7, Rn. 1, 6 f.

⁹⁴ BVerfG, in: NVwZ 2008, S. 72 (73); BVerwG, in: NVwZ 2014, S. 237 (239, Rn. 20); Pieroth, in: Jarass/Pieroth (o. Fn. 36), Art. 7, Rn. 6; Badura, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 13), Art. 6, Rn. 121. – Kritisch zu diesem Ansatz der Gleichordnung und Abwägung Huster, Abschichtung (o. Fn. 37), S. 860 ff.; ebenso ders., Die ethische Neutralität des Staates, 2. Aufl. 2017, S. 299 f.; dagegen wiederum Matthias Jestaedt, Religiöses Elternrecht und staatlicher Erziehungsauftrag, in: ZevKR 62 (2017), S. 152 (164 ff.).

3. Religionsbezogene Elemente des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages

Der staatliche Erziehungs- und Bildungsauftrag hat zwei zentrale Ziele: zum einen die freie Entfaltung der Persönlichkeit der Schülerinnen und Schüler und zum anderen deren gesellschaftliche Integration. 49

Zur freien Entfaltung der Persönlichkeit gehört ggf. eine religiöse Dimension. Die Bejahung von Religion rechtfertigt das Erziehungsziel der Ehrfurcht vor Gott (zur begrenzten Reichweite dieses Erziehungsziels unten IV. 1.). Jedenfalls ist es legitim, wenn der Staat innerhalb des Schulwesens Räume für Religion schafft. Grundgesetz, Landesverfassungen und Kirchenverträge nennen in diesem Zusammenhang insbesondere den Religionsunterricht an öffentlichen Schulen, der auch im Europarecht zumindest beiläufig erwähnt wird. Hinzu treten z. B. Schulgottesdienste als außerunterrichtliche schulische Veranstaltungen, welche bisweilen sogar im Kirchenvertragsrecht abgesichert sind. Möglich sind ferner öffentliche Bekenntnisschulen, die in NRW im Grundschulbereich noch eine wichtige Rolle spielen, wenngleich deren Zahl und deren Anteil an der Gesamtzahl der öffentlichen Grundschulen abnimmt (unten IV. 3.). 50

Wenn der Staat im Sinne der freien Entfaltung der Persönlichkeit der Schülerinnen und Schüler sowie des elterlichen Erziehungsrechts Religion bejaht und der Religion im Schulwesen Raum verschafft, kann dies zu einem Spannungsverhältnis mit dem Ziel der Integration führen. Das gilt insbesondere für öffentliche Bekenntnisschulen, wenn sich die Schülerschaft auf Grundlage der Religionszugehörigkeit auf verschiedene Schulen verteilt.⁹⁵ Will man zur Förderung der Integration eine konfessionsabhängige Verteilung der Schüler vermeiden und zugleich der Religion in der öffentlichen Schule Raum verschaffen, bedeutet dies in einer religiös-weltanschaulich pluralen Gesellschaft, dass verschiedene religiöse Überzeugungen und Frömmigkeitsstile aufeinanderstoßen, was zumindest potentiell konfliktträchtig ist. Religiöse Spannungen innerhalb der Schüler-, Lehrer- und Elternschaft können wiederum die Erfüllung des schulischen Integrationsauftrages gefährden. 51

⁹⁵ Einige Stimmen schreiben Bekenntnisschulen segregierende Effekte zu, so etwa *Beer* (Bündnis 90/Die Grünen), in: NRW LT, Plenarprotokoll 16/8074; a. A. aber *Birkhahn* (CDU), ebd., S. 8072; *Heinig*, Schule, kirchliche/religiöse (o. Fn. 40), S. 243.

- 52 Von besonderer Bedeutung ist deshalb die Erziehung zu religiöser Toleranz,⁹⁶ welche im Völkerrecht (Art. 26 Abs. 2 AEMR, Art. 13 Abs. 1 S. 2 IPwKR) und im Landesverfassungsrecht (z. B. Art. 7 Abs. 2 Verf. NRW: Duldsamkeit und Achtung vor der Überzeugung des anderen) wiederholt hervorgehoben wird. Toleranz setzt in der Praxis wechselseitige Kenntnisse über die Grundlagen anderer Überzeugungen voraus, was die Einbeziehung von Religionskunde in das schulische Bildungsprogramm erfordert.
- 53 Zusammengefasst bedeutet dies hinsichtlich der religionsbezogenen Elemente des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages: Die Bejahung von Religion (als Konsequenz der Religionsfreiheit, des religiösen Elternrechts und der Förderung der freien Entfaltung der Persönlichkeit der Schülerinnen und Schüler) hat inhaltliche und strukturelle Komponenten. Inhaltliche Elemente sind der Religionsunterricht, ggf. das Erziehungsziel der Ehrfurcht vor Gott sowie die Erziehung zur Toleranz und die Vermittlung des dafür nötigen religionsbezogenen Wissens. Der Religionsunterricht ist zugleich ein strukturelles Instrument zur Schaffung von Raum für Religion im Schulunterricht. Die Struktur des öffentlichen Schulwesens kann in Form von Bekenntnisschulen Raum für eine besondere religiöse Prägung der gesamten schulischen Erziehung und Bildung bieten. Als ein Strukturelement des Schulwesens insgesamt tritt die Privatschulfreiheit hinzu, welche bekenntnisgeprägte Privatschulen ermöglicht und damit zugleich Alternativen bereitstellt, falls das öffentliche Schulwesen keine Schulerziehung in hinreichender Übereinstimmung mit dem elterlichen religiösen Erziehungsrecht ermöglicht. Die Privatschulfreiheit vergrößert die elterliche Wahlfreiheit und verleiht dem elterlichen Bestimmungsrecht, auch in religiöser Hinsicht, zusätzliche Wirkkraft.⁹⁷

⁹⁶ Zu den Unschärfen und zur praktischen Konkretisierung des Erziehungsziels der Toleranz siehe *Huster*, Toleranz als politisches Problem in der pluralistischen Gesellschaft, in: ARSP 91 (2005), S. 20 (27); vgl. ferner *Lothar Häberle*, Religionsfreiheit und Toleranz, in: *Der Staat* 57 (2018), S. 35 (60 ff.).

⁹⁷ Vgl. *Badura*, in: *Maunz / Dürig* (o. Fn. 13), Art. 7, Rn. 109.

IV. Einzelfragen zum Verhältnis des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages zur Religion im Schulbereich

Staatlicher Erziehungs- und Bildungsauftrag sowie Religionsfreiheit und Elternrecht können zueinander in Spannungsverhältnissen stehen. Im Folgenden sollen hierzu einige Einzelfragen betrachtet werden. 54

1. Ehrfurcht vor Gott als Erziehungsziel

Die Landesverfassung NRW kennt – wie andere Landesverfassungen auch – das Erziehungsziel der Ehrfurcht vor Gott,⁹⁸ dessen verfassungsrechtliche Zulässigkeit und schulverfassungspolitische Sinnhaftigkeit kontrovers diskutiert werden.⁹⁹ In NRW unternahm die Fraktion die Linke Ende 2011 einen Vorstoß zur Streichung dieses Erziehungsziels. Die seinerzeitige Diskussion spiegelt viele Facetten der Problematik wider und soll deshalb an dieser Stelle vorgestellt werden. 55

Die Fraktion begründete ihren Antrag wie folgt:¹⁰⁰ Art. 7 Verf. NRW enthalte eine klare Ausrichtung auf eine christliche Erziehung. Das berücksichtige weder die religiöse Pluralität noch die negative Religionsfreiheit der Familien. „Ehrfurcht vor Gott“ könne in einem multikulturellen und multireligiösen Schulwesen nicht Ziel der Erziehung sein, da es sowohl die Glaubensvorstellungen nicht-monotheistischer Religionsangehöriger negiere als auch die negative Religionsfreiheit von Atheisten und Konfessionslosen. Die Landesverfassung müsse bezüglich des einseitigen christlichen Wertebezugs korri- 56

⁹⁸ Art. 7 Abs. 1 Verf. NRW; siehe ferner zu anderen Landesverfassungen in Fn. 68.

⁹⁹ Kritisch insbes. *Frank-Rüdiger Jach*, Die Entstehung des Bildungsverfassungsrechts in den neuen Bundesländern, in: RdJB 1992, S. 268 (273); *Hans-Martin Pawlowski*, Ehrfurcht vor Gott als schulisches Bildungsziel in Bayern, in: NJW 1989, S. 2240 (2241 f.); *Ludwig Renck*, Religionsfreiheit und das Bildungsziel der Ehrfurcht vor Gott, in: NJW 1989, S. 2442 (2445); *ders.*, Staatskirchenrechtliche Probleme des Verfassungsentwurfs für Thüringen, in: ThürVBl. 1993, S. 184 (185); *Schmitt-Kammler*, Elternrecht und schulisches Erziehungsrecht (o. Fn. 73), S. 47 f.; zu den die Verfassungskonformität bejahenden Stimmen siehe die Nachweise in Fn. 112.

¹⁰⁰ NRW LT-Drs. 15/3532, S. 1, 5. – Zum Folgenden *Jörg Ennuschat*, Neuerungen im Schulverfassungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, in: NWVBl. 2012, S. 450 (450).

giert werden. In der parlamentarischen Diskussion wurde ergänzend ausgeführt, dass das verfassungsrechtliche Erziehungsziel der Ehrfurcht vor Gott dem Ziel der Verbesserung der Situation von Migranten entgegenstehe und ein diskriminierender Inhalt der Landesverfassung sei. Über die aus der Zeit der Verfassungsgebung in den 40er Jahren stammende Vorstellung einer einheitlich christlich basierten Gesellschaft seien die Zeit und die Bevölkerungsentwicklung hinweggegangen.¹⁰¹

57 Der Antrag scheiterte. Alle anderen Fraktionen sprachen sich gegen eine Streichung dieses Erziehungszieles aus. Sie hoben hervor, dass die Ehrfurcht vor Gott nicht allein auf das christliche Gottesverständnis ziele, sondern gleichermaßen jüdische, islamische oder nichtpersonale Gottesauffassungen einschließe.¹⁰² Der Gottesbezug sei keine Festlegung auf eine bestimmte Religion,¹⁰³ vielmehr offen für das individuelle Gottesverständnis.¹⁰⁴ Die religiöse Wirklichkeit im Lande sei überdies zwar bunter, aber keineswegs atheistischer geworden.¹⁰⁵ Die religiöse Neutralität des Staates bedeute nicht das Ausklammern religiöser Werte.¹⁰⁶ Das Erziehungsziel beinhalte keinen schulischen Missionsauftrag.¹⁰⁷ Niemand solle religiös bevormundet werden.¹⁰⁸ Die Ehrfurcht vor Gott solle vor Selbstüberschätzung und Totalitarismus¹⁰⁹ bewahren.¹¹⁰ Bei der großen Mehrheit im Landtag herrschte überdies die Auffassung vor, man solle nicht vorschnell die Hand an die historischen Wurzeln der Landesverfassung legen.¹¹¹

58 Der Antrag auf Streichung, seine Begründung und die durch ihn angestoßene parlamentarische Debatte hat zu einem erneuten Nachdenken über die betroffenen Erziehungsziele und die zugrundelie-

¹⁰¹ Böth (Linke), in: NRW LT, Plenarprotokoll 15/5193 f.

¹⁰² Sternberg (CDU), ebd., S. 5195; Kuschke (SPD), ebd., S. 5196; Beer (Grüne), ebd., S. 5197; Brockes (FDP), ebd., S. 5199.

¹⁰³ Brockes (FDP), ebd., S. 5199.

¹⁰⁴ Ministerin Löhrmann (Grüne), ebd., S. 5201.

¹⁰⁵ Sternberg (CDU), ebd., S. 5195; ähnlich Kuschke (SPD), ebd., S. 5196.

¹⁰⁶ Sternberg (CDU), ebd., S. 5195.

¹⁰⁷ Ministerin Löhrmann (Grüne), ebd., S. 5201.

¹⁰⁸ Beer (Grüne), ebd., S. 5198; Brockes (FDP), ebd., S. 5199.

¹⁰⁹ Die Redner hatten dabei sowohl die NS-Diktatur als auch den Stalinismus und die DDR im Blick, siehe: Sternberg (CDU), ebd., S. 5195; Beer (Grüne), ebd., S. 5198; Brockes (FDP), ebd., S. 5200; Ministerin Löhrmann (Grüne), ebd., S. 5200.

¹¹⁰ Sternberg (CDU), ebd., S. 5195.

¹¹¹ Vgl. Ministerin Löhrmann (Grüne), ebd., S. 5201.

genden Wertvorstellungen der Landesverfassung geführt. Die in der Diskussion geäußerten Ansichten konnten an Einsichten aus Rechtsprechung und Literatur anknüpfen.¹¹² Festgehalten sei daher, dass das Erziehungsziel der Ehrfurcht vor Gott – ebenso wenig wie die „Verantwortung vor Gott“ in den Präambeln von Grundgesetz und Landesverfassung – nicht auf den christlichen Glauben eingeengt ist und erst recht keinen Glaubensbefehl enthält, vielmehr dazu ermutigt, sich auch im schulischen Bereich zum Glauben zu bekennen, dies aber an die weiteren in Art. 7 Verf. NRW aufgeführten Erziehungsziele der Duldsamkeit und der Achtung vor der Überzeugung des anderen bindet. Für diejenigen, die an keinen Gott glauben, reduziert sich das Erziehungsziel darauf, den Glauben anderer zu respektieren. Sie müssten etwaige schulische Missionsversuche keineswegs dulden.

Die Kritik am Erziehungsziel der Ehrfurcht vor Gott basiert auf der missverstandenen Verengung auf ein christliches Verständnis und auf der Beobachtung, dass die christliche Religion in der gesellschaftlichen Gegenwart an Sichtbarkeit und Prägekraft verliert. Das gilt aber nicht für Religion schlechthin. Nicht zuletzt die Zuwanderung führt, ganz im Gegenteil, zu einer Steigerung der Wichtigkeit von Religion für viele Menschen. Indem der Staat die Bedeutung von Religion für viele Schülerinnen und Schüler sowie für deren Eltern anerkennt und bejaht, fördert er zugleich deren Integration in die Gesellschaft.

59

2. Religionsunterricht und Religionskunde

Eine zentrale Aufgabe der Schule besteht darin, junge Menschen bei der freien Entfaltung ihrer Persönlichkeit zu unterstützen. Bezogen auf die religiöse Dimension der Persönlichkeit kann der Religionsunterricht, der über Religionskunde hinaus auf die Vermittlung von Glaubenswahrheiten gerichtet ist, eine bedeutsame Rolle spielen. Das gilt nicht nur für den Religionsunterricht christlicher Konfessionen, sondern gleichermaßen z.B. für jüdischen, islamischen oder

60

¹¹² Siehe etwa BayVerfGH, in: NJW 1988, S. 3141 (3142) u. NVwZ 1995, S. 472; *Christian Dästner*, Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 2002, Art. 7, Rn. 3; *Ennuschat*, in: Löwer/Tettinger (o. Fn. 47), Art. 7, Rn. 22 ff.; *Rolf Grawert*, Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen. Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 7, Anm. 4; *Kamp*, in: Heusch/Schönenbroicher (o. Fn. 75), Art. 7, Rn. 36 ff.; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starek (o. Fn. 57), Art. 7, Rn. 43; *Thiel*, Erziehungsauftrag (o. Fn. 1), S. 121 ff.

alevitischen Religionsunterricht. Darin liegt eine schulpolitische Rechtfertigung für die verfassungsrechtliche und kirchenvertragliche Gewährleistung des Religionsunterrichts.¹¹³ Religionskunde, die innerhalb und außerhalb von Religionsunterricht erteilt werden kann, ist zudem Voraussetzung von religiöser Toleranz (oben III. 3.), die im Sinne der Integration zu den Erziehungszielen von Schule gehört und in der Schule eingeübt werden muss.

3. Konfessionelle Schulen in öffentlicher Trägerschaft

- 61** Öffentliche Bekenntnisschulen sind eine Besonderheit des nordrhein-westfälischen Schulverfassungsrechts, die nur in Niedersachsen eine gewisse Parallele findet.¹¹⁴ In der juristischen Literatur finden sich Stimmen, welche öffentliche Bekenntnisschulen als prähisto-
risch¹¹⁵ oder als Anachronismus¹¹⁶ einstufen; sie sollten abgeschafft werden.¹¹⁷ Deshalb an dieser Stelle einige knappe Klarstellungen:¹¹⁸
- 62** Öffentliche Bekenntnisschulen sind kein verfassungsrechtlicher Fremdkörper. Vielmehr sieht das Grundgesetz in Art. 7 Abs. 5 ausdrücklich vor, dass es öffentliche Bekenntnisschulen geben kann und

¹¹³ Zum Religionsunterricht siehe *Markus Ogorek*, → § 44 sowie aus der aktuellen Diskussion z.B. *Stefan Korioth*, Der Auftrag des Religionsunterrichts, in: *EssGespr.* 49 (2016), S. 7 (7 ff.); *Janbernd Oebbecke*, Die rechtliche Ordnung des islamischen Religionsunterrichts in Deutschland – Stand und Perspektiven, ebd., S. 153 (153 ff.); *Guy Beaucamp / Karin Wißmann*, Islamischer Religionsunterricht. Warum ist das eine unendliche Geschichte?, in: *DVBl.* 2017, S. 1517 (1517 ff.); *Bernd Greszick*, Islamischer Religionsunterricht an öffentlichen Schulen, in: *ZevKR* 62 (2017), S. 362 (362 ff.).

¹¹⁴ Siehe Art. 12 Abs. 2 und 3 Verf. NRW, §§ 26 ff. SchulG NRW, §§ 129 ff. SchulG Nds.

¹¹⁵ Vgl. *Nicole Wolf*, Nun sag, wie hast Du es mit der Religion? Die Abmeldung vom Religionsunterricht als Entlassungsgrund an staatlichen Schulen?, in: *NWVBl.* 2014, S. 251 (251).

¹¹⁶ So *Martin Thormann*, Kreuz, Kopftuch und Bekenntnisschule, in: *DÖV* 2011, S. 945 (950).

¹¹⁷ *Thormann*, ebd., S. 951.

¹¹⁸ Die Verfassungskonformität der öffentlichen Bekenntnisschule wird klargestellt durch *BVerfG*, in: *NVwZ* 2018, S. 156 (158, Rn. 27). – Verfassungs- und Rechtsbedenken äußern hingegen etwa *Sebastian Hartmann*, Die staatliche Bekenntnisschule im Lichte des AGG, in: *DÖV* 2015, S. 875 (875 ff.); *Christian Walter*, Reformationsfolgen, Säkularisierungsfolgen, Pluralisierungsfolgen. Religiöse Konflikte in der Schule, in: *ZevKR* 62 (2017), S. 395 (404 ff.). – Umfassend zu öffentlichen Bekenntnisschulen *Hinnerk Wißmann*, → § 45.

verschafft ihnen dann sogar einen Vorrang gegenüber Bekenntnisschulen in freier Trägerschaft (unten 9.). Öffentliche Bekenntnisschulen sind auch innerhalb des Schulwesens kein Fremdkörper. Sie schaffen der Religionsfreiheit und dem religiösen Erziehungsrecht zusätzlichen Raum – über den Religionsunterricht hinaus. Für öffentliche Bekenntnisschulen gelten dennoch dieselben Erziehungsziele und Unterrichtsvorgaben wie für alle anderen Schulen. Auch an ihnen soll die Jugend deshalb „im Geiste der Menschlichkeit, der Demokratie und der Freiheit, zur Duldsamkeit und zur Achtung vor der Überzeugung des anderen“ erzogen werden (so Art. 7 Abs. 2 Verf. NRW).

Öffentliche Bekenntnisschulen begründen keine Sonderrechte von evangelischer und katholischer Kirche. Den Kirchen stehen keinerlei Rechte in Bezug auf Bekenntnisschulen zu. Sie haben keine Mitwirkungsrechte bei der Personal- und Schülerauswahl und auch nicht bei den Inhalten des Unterrichts. Mitwirkungsrechte sind ihnen nur beim Religionsunterricht eingeräumt; das gilt aber für alle öffentlichen Schulen, nicht nur für öffentliche Bekenntnisschulen.

63

Art. 12 Abs. 3 S. 2 Verf. NRW stellt ohnehin klar, dass nicht nur die großen christlichen Konfessionen die Grundlage für eine Bekenntnisschule bilden können. Es kommen gleichermaßen andere Religionen in Betracht. Das Modell der öffentlichen Bekenntnisschule sichert dem Land deshalb die Option, öffentliche islamische Bekenntnisschulen einzurichten, z.B. dann, wenn es einen starken Trend zur Gründung islamischer Grundschulen in freier Trägerschaft geben sollte und – was selbst dann nicht zwangsläufig der Fall sein muss – Gefahren für die gesellschaftliche Integration erkennbar sein sollten. Bei öffentlichen islamischen Bekenntnisschulen könnte das Land unmittelbar sicherstellen, dass dort die Erziehungsziele und Werte von Grundgesetz und Landesverfassung Grundlage von Erziehung und Unterricht sind, und damit die Integration aller Kinder in die Gesellschaft fördern. Bei Schulen in freier Trägerschaft ist das nur im Rahmen der Privatschulaufsicht möglich. Deshalb sind öffentliche Bekenntnisschulen kein Anachronismus, sondern womöglich eine Option für die Zukunft.

64

4. Christliche Gemeinschaftsschule und Gemeinschaftsschule auf der Grundlage christlicher Bildungs- und Kulturwerte

- 65** Einige Landesverfassungen kennen – für einige Schulen, insbesondere die Grundschulen – die sog. christliche Gemeinschaftsschule (oben II. 4. d).¹¹⁹ Außerhalb des Religionsunterrichts bezieht sich die Bejahung des Christentums – so eine wegweisende Formulierung des Bundesverfassungsgerichts¹²⁰ aus dem Jahr 1975 – „in erster Linie auf die Anerkennung des prägenden Kultur- und Bildungsfaktors, wie er sich in der abendländischen Geschichte herausgebildet hat, nicht auf die Glaubenswahrheiten, und ist damit auch gegenüber dem Nichtchristen durch das Fortwirken geschichtlicher Gegebenheiten legitimiert. Zu diesem Faktor gehört nicht zuletzt der Gedanke der Toleranz für Andersdenkende.“ Da die historische und immer noch gegenwärtige Prägekraft des Christentums für die Gesellschaft von niemandem in Abrede gestellt wird, dient die schulische Vermittlung der darauf beruhenden Werte zugleich der Erfüllung der Integrationsfunktion von Schule.¹²¹
- 66** Die Fokussierung auf den Kultur- und Bildungsfaktor des Christentums darf nicht als Sperre für die Ausübung der Bekenntnisfreiheit missverstanden werden. Klargestellt wird dies z. B. durch Art. 12 Abs. 2 S. 1 Verf. NRW: Unterricht und Erziehung erfolgen auf Grundlage christlicher Bildungs- und Kulturwerte, aber in Offenheit für die christlichen Bekenntnisse und gleichermaßen für andere religiös-weltanschauliche Überzeugungen.

¹¹⁹ Zur christlichen Gemeinschaftsschule siehe z. B. *Michael Frisch*, Zur christlichen Gemeinschaftsschule in Baden-Württemberg, in: VBlBW 2005, S. 268 ff.; *Ludwig Renck*, Verfassungsprobleme der christlichen Gemeinschaftsschule, in: NVwZ 1991, S. 116 (118); *ders.*, in: BayVBl. 2008, S. 257.

¹²⁰ BVerfGE 41, 29 (52) – badische Simultanschule; siehe ferner BVerfGE 41, 65 ff. zur bayerischen Gemeinschaftsschule und BVerfGE 41, 88 ff. zur Gemeinschaftsschule in NRW.

¹²¹ Siehe *Eckart Klein*, Religionsfreiheit und öffentliche Schulen, in: RdJB 2016, S. 13 (27): Staatliche Neutralität und (religiöses) Gleichheitsgebot dürfen das Fundament nicht wegziehen, auf dem der Staat und seine Stärke beruhen, mit der er Neutralität wahren und Grundrechte garantieren könne.

5. Schulkreuz, Schulgebet, Schulgottesdienst

Das Schulkreuz in der Schule war im Jahre 1995 Gegenstand eines Aufsehen erregenden Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts, der zur Konsequenz hat, dass ein Schulkreuz nur dann aufgehängt werden kann, wenn alle einverstanden sind und niemand widerspricht.¹²² Diese Sichtweise führt zu einer Übergewichtung der negativen Religionsfreiheit¹²³ und verkennet, dass das Schulkreuz Ausdruck positiver Religionsfreiheit anderer Eltern und Schüler sein kann. Im Wege praktischer Konkordanz könnte im Konfliktfall eine Lösung auch ohne Verbannung des Kreuzes gefunden werden, z. B. durch Aufhängung an optisch weniger auffälliger Stelle. Neben dem Schulkreuz wäre dann selbstverständlich Raum für die Symbole anderer Religionen. In den letzten Jahren verursachte das Schulkreuz freilich nur noch wenige Streitigkeiten in der Schule.¹²⁴

67

¹²² BVerfG, in: NJW 1995, S. 2477 ff.; aus der großen Zahl der literarischen Bewertungen dieser Entscheidung siehe z. B. zustimmend *Gerhard Czermak*, Der Kruzifix-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, seine Ursachen und seine Bedeutung, in: NJW 1995, S. 3348 (3352); *Helmut Goerlich*, Krieg dem Kreuz in der Schule?, in: NVwZ 1995, S. 1184; *Jochen Rozek*, Anbringung von Kreuzen oder Kruzifixen in Schulräumen, in: BayVBl. 1996, S. 22 (22); *Michael Stolleis*, Überkreuz. Anmerkungen zum Kruzifix-Beschluß (BVerfGE 93, 1) und seiner Rezeption, in: KritV 2000, S. 376 (382); kritisch etwa *Axel v. Campenhausen*, Zur Kruzifix-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 121 (1996), S. 448 ff.; *Wolfgang Eberl*, Anmerkung, in: BayVBl. 1996, S. 107; *Martin Heckel*, Das Kreuz im öffentlichen Raum. Zum „Kruzifix-Beschluß“ des Bundesverfassungsgerichts, in: DVBl. 1996, S. 453 ff.; *Christoph Link*, Stat Crux? Die „Kruzifix“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: NJW 1995, S. 3353 (3355); *Hartmut Maurer*, Religionsfreiheit in der multikulturellen Gesellschaft, in: Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart, Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag, hg. von Carl-Eugen Eberle/Martin Ibler/Dieter Lorenz, 2002, S. 455 (469); *Müller-Volbehr*, Positive und negative Religionsfreiheit. Zum Kruzifix-Beschluß des BVerfG, in: JZ 1995, S. 996 (1000); *Dietrich Pirson*, Urteilsanmerkung, in: BayVBl. 1995, S. 755; *Johannes Rux*, Positive und negative Bekenntnisfreiheit in der Schule, in: Der Staat 35 (1996), S. 523 ff.; siehe ferner *Alexander Hollerbach*, Der Kruzifix-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts in der Kontroverse, 1996.

¹²³ Der EGMR, in: NVwZ 2011, S. 737 (741, Rn. 72 ff.), hat – anders als das BVerfG – das Schulkreuz als wesentlich passives Symbol eingestuft und entschieden, dass widersprechende Eltern und Schüler dieses hinnehmen müssen, solange es keinerlei Hinweise auf eine darüber hinausreichende religiöse Indoktrination gebe. Kritisch dazu *Lysander Premuth*, Anm., ebd. S. 737 (743): Majorisierung des Menschenrechtsschutzes.

¹²⁴ Zum Schulkreuz und zu anderen religiösen Symbolen im öffentlichen Raum *Hans Michael Heinig*, Gerichtliche Auseinandersetzungen um Kreuz und Kopftuch im öffentlichen Raum – Thesen und Beobachtungen, in:

- 68 Schulgebet und Schulgottesdienst haben vor längerer Zeit ebenfalls zu einigen Rechtsstreitigkeiten geführt.¹²⁵ Noch heute gibt es an vielen Schulen zumindest Schulgottesdienste. Schulgebet und Schulgottesdienst sind zwar schulische Veranstaltungen, aber außerhalb des Unterrichts. Wenn die Freiwilligkeit gewahrt und diskriminierende Ausgrenzungseffekte vermieden werden, handelt es sich um einen zulässigen Ausdruck von individueller Religionsfreiheit, die durch die Schule organisatorisch unterstützt wird.¹²⁶ Hier gibt es in der Praxis augenscheinlich keine Probleme. Schulkreuz und Schulgebet weisen darauf hin, dass die Religionsfreiheit der Mehrheit bisweilen mit religiösen Abwehransprüchen einer Minderheit abgeglichen werden muss.¹²⁷ Klargestellt sei, dass Schulgebet und Schulgottesdienst kein Privileg der christlichen Konfessionen sind. Als konfliktträchtig hat sich in einem Einzelfall der Wunsch eines muslimischen Schülers erwiesen, während der Schulpause sein Gebet in der Schule zu praktizieren (dazu unten V.).

6. Religionsgemeinschaften als außerschulische Partner der (offenen) Ganztagsschulen

- 69 Seit einiger Zeit gibt es in Deutschland, wo Schule herkömmlich nur bis in den Mittag hineinreicht, einen Trend in Richtung Ganztagsschule, vielfach in Form der sog. offenen Ganztagsschule.¹²⁸ In dieser kann der Schulträger mit Trägern der öffentlichen und der freien Jugendhilfe und anderen Einrichtungen, die Bildung und

ZevKR 57 (2012), S. 82 (89); *Hans Hofmann*, Religiöse Symbole in Schule und Öffentlichkeit. Stand der Entwicklung der Landesgesetzgebung und Rechtsprechung nach der Richtungsentscheidung des BVerfG von 2003, in: NVwZ 2009, S. 74 (79).

¹²⁵ BVerfG, in: NJW 1980, S. 575 ff.; NJW 1974, S. 574 ff.; BVerwG, in: NJW 1974, S. 574; HessStGH, in: NJW 1966, S. 31; HessVGH, in: NJW 2003, S. 2846, VG Gießen, in: NJW 2003, S. 1265 ff. (Kindergarten). – Siehe dazu z. B. *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 13), Art. 136 WRV, Rn. 125; *Ennuschat*, in: Löwer / Tettinger (o. Fn. 47), Art. 12, Rn. 44 f.; *Markus Ogorek*, Tischgebete im kommunalen Kindergarten, in: JA 2004, S. 199 (199 ff.); *Ludwig Renck*, Über positive und negative Bekenntnisfreiheit, in: NVwZ 1994, S. 544 (546).

¹²⁶ Ähnlich *Wißmann*, in: BK (o. Fn. 1), Art. 7, Teil III, Rn. 126.

¹²⁷ *Maurer*, Religionsfreiheit (o. Fn. 122), S. 468.

¹²⁸ Dazu umfassend, auch zum Tatsächlichen, *Frank Ragutt*, Der Ausbau von Ganztagsschulangeboten als Schulreformprozess. Schulpolitik, Milieueffekte, Religionseinflüsse, 2013, S. 27 ff.; *Karin Behr* u. a., Die offene Ganztagsschule in der Entwicklung. Empirische Befunde zum Primarbereich in Nordrhein-Westfalen, 2007.

Erziehung fördern, zusammenarbeiten, um außerunterrichtliche Angebote vorzuhalten (so etwa § 9 Abs. 3 S. 1 SchulG NRW). Kirchengemeinden und kirchliche Einrichtungen (z. B. Diakonie oder Caritas) sind – neben anderen Trägern der freien Jugendhilfe – häufig Kooperationspartner für den Schulträger, welche die Nachmittagsbetreuung organisieren. Diese Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Gesellschaft bildet eine zentrale Grundlage der offenen Ganztagschule¹²⁹ und entspricht dem Grundsatz der Trägervielfalt in der Jugendhilfe (§ 3 Abs. 1 SGB VIII). Land und Kirchen haben für die Kooperation Rahmenvereinbarungen geschlossen.¹³⁰

7. Religiös motivierte Verweigerung der Unterrichtsteilnahme

Gerichte haben sich schon häufig mit Fällen, in denen Eltern sich aus religiösen Gründen weigern, ihre Kinder an manchen Schulveranstaltungen teilnehmen zu lassen, auseinandergesetzt. Das betrifft insbesondere den Sport- und Schwimmunterricht, da einige – meistens muslimische, teils auch christliche – Eltern es für unzumutbar halten, wenn ihre Töchter, zumal in Gegenwart von Jungen oder Männern, knappe Sport- oder Schwimmkleidung tragen. Vereinzelt wird auch für Jungen eine Befreiung vom gemeinsamen Sport- und Schwimmunterricht erstrebt.¹³¹ Während einige Zeit die Unterrichtsbefreiung beinahe schon zur routinemäßigen Option der Konfliktlösung geworden war,¹³² hebt die Rechtsprechung in jüngerer Zeit die Integrationsfunktion von Schule und den Wert der gemeinsamen Schulerziehung hervor und bekräftigt die Teilnahmepflicht der Schü-

70

¹²⁹ Runderlass des Ministeriums für Schule und Weiterbildung NRW vom 23. 12. 2010, Nr. 3.1, ABl. NRW 1/11 S. 38, ber. 2/11 S. 85 (= Bereinigte Amtliche Sammlung der Schulvorschriften in Nordrhein-Westfalen [BASS] 12-63 Nr. 2).

¹³⁰ Z. B. die im Februar bis April 2015 unterzeichnete Rahmenvereinbarung zwischen dem Ministerium für Kultus, Jugend und Sport Baden-Württemberg und der Diözese Rottenburg-Stuttgart, Erzdiözese Freiburg, Evangelischen Landeskirche in Baden, Evangelischen Landeskirche in Württemberg über die Zusammenarbeit im Rahmen der Ganztagschule gem. § 4 a Schulgesetz (ABl. der Ev. Landeskirche in Württemberg S. 368).

¹³¹ Ablehnend jedoch VG Köln, B. v. 20.11.2012 – 10 L 1400/12, juris (Kurzbericht).

¹³² Jochen Rozek, Individuelle Religions(ausübungs)freiheit und schulischer Integrationsauftrag, in: AL 2015, S. 7 (10).

lerinnen und Schüler – u. a. unter Verweis auf die Möglichkeit der Nutzung islamkonformer Badekleidung („Burkini“).¹³³

- 71 Andere Konflikte können den Biologieunterricht betreffen (Stichworte: Evolutionstheorie, Sexualkunde).¹³⁴ Selbst vordergründig unproblematische Unterrichtsveranstaltungen können im Einzelfall mit religiös-weltanschaulichen Überzeugungen von Eltern kollidieren. Hierzu hat die Rechtsprechung klargestellt, dass Eltern, gestützt auf religiöse Erziehungsvorstellungen, nur in Ausnahmefällen die Befreiung ihrer Kinder von einer Unterrichtsveranstaltung verlangen können. Im konkreten Fall wurde entschieden, dass es den Eltern zugemutet werden konnte, dass ihre Kinder in der Schule an der Vorführung eines Jugendspielfilms teilnehmen mussten, in dem das Praktizieren schwarzer Magie dargestellt wird.¹³⁵

¹³³ Siehe vor allem BVerfG, in: NVwZ 2017, S. 227 – Burkini; BVerwG, in: NVwZ 2014, S. 81; ebenso EGMR, in: NVwZ-RR 2018, S. 505; im Ergebnis zust. *Friedhelm Hufen*, Grundrechte: Religionsfreiheit in der Schule, in: JuS 2014, S. 379 (379 f.); *Huster*, Abschiebung (o. Fn. 37), S. 866; *Karl-Heinz Ladeur*, Die „Burkini“-Entscheidung des Bundesverwaltungsgericht: Die Pflicht zur Teilnahme am koedukativen Schwimmunterricht ist mit Art. 4 Abs. 1 GG grundsätzlich vereinbar, in: RdJB 2014, S. 266 ff.; *Klein*, Religionsfreiheit und öffentliche Schulen (o. Fn. 121), S. 27; *Stefan Muckel*, Keine Befreiung einer muslimischen Schülerin vom koedukativen Schwimmunterricht, in: JA 2014, S. 234 (236); *Stephan Rademacher*, Wenn Religionsfreiheit auf Schulpflicht trifft. Anmerkungen zu den Entscheidungen BVerwG, U. v. 11. 9. 2013 – 6 C 25/12 („Burkini“) und BVerwG, U. v. 11. 9. 2013 – 6 C 12/12 („Krabat“), in: RdJB 2014, S. 270 (278); *Rozeck*, Individuelle Religions(ausübungs)freiheit (o. Fn. 132), S. 11 f.; *Jürgen Vahle / Dirk Weber*, Das verwaltungs- und sozialgerichtliche Verfahren, in: Deutsche Verwaltungspraxis 2014, S. 476 (477 f.); krit. *Tristan Barczak*, Die Entwicklung des Schulverwaltungs- und Schulverfassungsrechts seit dem Jahr 2010. Eine Rechtsprechungsanalyse, in: NVwZ 2014, S. 1556 (1557); *Arnd Uhle*, Integration durch Schule. Die Urteile des BVerwG in den Verfahren „Burkini“ und „Krabat“ (6 C 25/12 und 6 C 12/12), in: NVwZ 2014, S. 541 (542 ff.); *ders.*, Schulische Integration und elterliches Erziehungsrecht, in: *Theologia Iuris Canonici*. Festschrift für Ludger Müller zur Vollendung des 65. Lebensjahres, hg. von Christoph Ohly / Wilhelm Rees / Libero Gerosa, 2017, S. 849 (871); *Rosemarie Will*, Schwimmunterricht als Integrationsveranstaltung, in: *Vorgänge* Nr. 203 (3-2013), S. 85 ff.; *Markus Winkler*, Anmerkung, in: JZ 2014, S. 143 (143 f.).

¹³⁴ Dazu etwa EGMR, in: DÖV 2018, S. 285 (Kein Recht auf Befreiung vom Sexualkundeunterricht); BVerwG, in: NVwZ 2009, S. 56 ff.; VG Augsburg, KirchE 51, 204 ff.; VG Münster, in: NWVBl 2015, S. 399 ff.

¹³⁵ BVerwG, in: NVwZ 2014, S. 804 – Krabat; im Ergebnis zust. *Huster*, Abschiebung (o. Fn. 37), S. 866; *Stefan Muckel*, Befreiung von der Teilnahme an einer Schulveranstaltung aus religiösen Gründen – Kinofilm „Krabat“, in: JA 2014, S. 232 (233 f.); *Vahle*, Das verwaltungs- und sozialgerichtliche Verfahren (o. Fn. 133), S. 479 f.; krit. *Rademacher*, Wenn Religionsfreiheit auf

8. Religiös motivierte Kleidung bei Schülerinnen und Schülern sowie Lehrkräften

Religiös motivierte Kleidung von Lehrkräften ist vom Schutzbereich der Religionsfreiheit erfasst, kann jedoch in Konflikt mit dem staatlichen Neutralitätsgebot und der negativen Religionsfreiheit der Schülerinnen und Schüler und von deren Eltern geraten. Entzündeten sich an der Kleidung Konflikte, kann zudem die Erfüllung des schulischen Erziehungs- und Bildungsauftrages gefährdet sein. Lehrkräfte öffentlicher Schulen dürfen die ihnen anvertrauten Schüler weder politisch indoktrinieren noch religiös-weltanschaulich missionieren. Das wäre ein Missbrauch ihrer natürlichen Autorität und Vorbildfunktion, die gerade junge Schülerinnen und Schüler prägen kann und soll. Dies verlangt nicht das Verbergen religiöser Überzeugungen, wohl aber eine durch Toleranz geprägte Zurückhaltung in dem Sinne, dass die eigene Auffassung nur unter Achtung abweichender Überzeugungen bekundet werden darf.

72

Mit Blick auf das Tragen bhagwan-typischer Kleidung hat die Rechtsprechung in den 80er Jahren an einen Lehrer gerichtete Kleidungsverbote gebilligt.¹³⁶ Hier werde die negative Religionsfreiheit der Schüler und Eltern verletzt; dabei komme es nicht darauf an, ob die Kleidung nach Intention und Vorstellung des Lehrers Missionszwecken diene. Kontrovers diskutiert wird gegenwärtig das sog. Kopftuchverbot für Lehrerinnen muslimischen Glaubens. Eine erste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (zweiter Senat) aus dem Jahr 2003 gestand der Schulverwaltung zu, darin abstrakte Gefahren für den (religiösen) Schulfrieden zu erkennen, welche ein Kopftuchverbot rechtfertigen können, verlangte aber eine (seinerzeit fehlende) parlamentsgesetzliche Grundlage.¹³⁷ In einer zweiten Entscheidung von 2015 löste sich das Bundesverfassungsgericht (erster Senat) von dieser Linie und geht nunmehr davon aus, dass ein gesetz-

73

Schulpflicht trifft (o. Fn. 133), S. 278 ff.; Uhle, Integration (o. Fn. 133), S. 546 ff.; Winkler, Anm. (o. Fn. 133), S. 144.

¹³⁶ BVerwG, in: DVBl. 1988, S. 698 (699); BayVG, in: NVwZ 1986, S. 405; OVG Hmb., in: NVwZ 1986, S. 406 (407 f.); zust. Hans Hofmann, in: GG. Kommentar, hg. von Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Hans-Günter Henneke, 14. Aufl. 2017, Art. 4, Rn. 40; Germann, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 37), Art. 4, Rn. 56.7.

¹³⁷ BVerfG, in: NJW 2003, S. 3111 (3116).

liches Kopftuchverbot aufgrund nur abstrakter Gefahren unverhältnismäßig und verfassungswidrig sei.¹³⁸

- 74 Beide Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts enthalten die wichtige Klarstellung, dass Schule kein religionsfreier Raum ist. Die Religionsfreiheit gilt nicht nur im privaten Leben, sondern auch in der Öffentlichkeit sowie im staatlichen Bereich, namentlich in den Schulen. Das folgt nicht nur aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, sondern etwa auch aus der Landesverfassung NRW: Diese ist offen für die Religion in der Schule, wie sich aus dem Erziehungsziel Ehrfurcht vor Gott (Art. 7 Abs. 1 Verf. NRW) und aus der Offenheit für christliche und andere Bekenntnisse in der Gemeinschaftsschule (Art. 12 Abs. 3 Verf. NRW) ergibt. Diese Offenheit kommt allen religiös-weltanschaulichen Überzeugungen zu, selbstverständlich auch dem Islam. Eine laizistische Verdrängung der Religion aus der öffentlichen Schule widerspräche also Grundgesetz und Landesverfassung.
- 75 Das Bundesverfassungsgericht hat sich in der zweiten Entscheidung von 2015 zu zwei zentralen Fragen nur sehr knapp geäußert: Wie wirkt sich die negative Religionsfreiheit der Kinder und ihrer Eltern aus? Was bewirkt das sichtbare Kopftuch einer muslimischen Lehrerin mit Blick auf die Gleichstellung von Mann und Frau? Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass die negative Religionsfreiheit der Schüler und ihrer Eltern kaum beeinträchtigt sei, weil sich der Staat die religiöse Äußerung, die mit dem Kopftuch konkludent verbunden sei, nicht zu Eigen mache. Deshalb komme der posi-

¹³⁸ BVerfG, in: NVwZ 2015, S. 884 (888); zust. *Stefan Muckel*, Pauschales Kopftuchverbot an öffentlichen Schulen verletzt Religionsfreiheit, in: JA 2015, S. 476 (477 f.); *Traub*, Gefahren (o. Fn. 37), S. 1338 ff.; *Peter Voigt*, Reine Kopfsache, in: AuR 2015, S. 207; krit. *Hans Michael Heinig*, Ein neues Kapitel in einer unendlichen Geschichte? Verfassungsrechtliche, prozessrechtliche und religionspolitische Anmerkungen zum Kopftuchbeschluss des Bundesverfassungsgerichts, in: RdJB 2015, S. 217 (221 ff.); *Klein*, Religionsfreiheit und öffentliche Schulen (o. Fn. 121), S. 24 f.; *Hans-Jürgen Papier*, Zur Kopftuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: RdJB 2015, S. 213 ff.; *Ute Sacksofsky*, Kopftuch als Gefahr – ein dogmatischer Irrweg, in: DVBl. 2015, S. 801 (804 ff.); *Klaus Schönenbroicher*, Der Rechtsfrieden als rechtsförmlich relevantes Rechtsgut – am Beispiel der zweiten Kopftuchentscheidung des BVerfG, in: VBfBW 2015, S. 329 (330); *Heinrich Amadeus Wolff*, Anmerkung zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27.1.2015, 1 BvR 471/10 u. a. zum pauschalen Kopftuchverbot, in: BayVBf. 2015, S. 489 (490 ff.); siehe ferner *Mathias Hong*, Ein Gericht oder zwei Gerichte? Der Kopftuchbeschluss, das Plenumsverfahren und der Grundsatz „stare decisis“, in: Der Staat 54 (2015), S. 409 ff.; *Claudio Franzius*, Vom Kopftuch I zum Kopftuch II – Rückkehr zur Verhältnismäßigkeitsprüfung?, in: Der Staat 54 (2015), S. 435 ff.

tiven Religionsfreiheit der Lehrerin der Vorrang zu, zumal diese das Kopftuchtragen als verpflichtendes religiöses Gebot verstehe. Das überzeugt nicht: Gerade weil die Lehrerin – nicht nur als Privatperson, sondern in Ausübung ihres öffentlichen Amtes – das Kopftuch als zwingendes Gebot begreift, geht von ihrem Kopftuch ein starkes Signal aus, dass auch andere muslimische Frauen das Kopftuch tragen sollten. Durch die Schulpflicht setzt der Staat die Schüler diesem Signal der staatlich bestellten Lehrerin aus, ohne Vorkehrungen zum Schutz der negativen Religionsfreiheit zu treffen.

Das Bundesverfassungsgericht erwähnt ferner knapp, dass aus dem Kopftuch allein keine Aussage gegen die Gleichberechtigung von Mann und Frau folge. Es klärt allerdings nicht, ob bei einigen Schülern und Eltern vielleicht doch dieser Eindruck erzeugt wird. Anlass dazu hätte es schon deshalb gegeben, weil der EGMR das Kopftuch als Symbol fehlender Gleichberechtigung eingestuft hat.¹³⁹ Angemerkt sei, dass das mögliche Spannungsverhältnis zwischen dem Kopftuch und dem Verfassungsanliegen der Gleichstellung der Geschlechter durch die großen Islamverbände aufgelöst werden könnte, indem deutlich die Gleichberechtigung von Mann und Frau in Staat, Gesellschaft und Familie klargestellt wird.

Schülerinnen, welche aus religiösen Motiven ein Kopftuch tragen, wird dies nicht verwehrt¹⁴⁰ – zu Recht, weil die anderen Schüler mit

76

77

¹³⁹ EGMR, in: NVwZ 2006, S. 1389, Ls. 5. – *Langenfeld*, Staatlicher Bildungsauftrag (o. Fn. 63), S. 353, warnt allerdings zu Recht vor einer vorschnellen Interpretation des Kopftuches als Symbol für ein verfassungswidriges Frauenbild. Das BVerfG, in: NVwZ 2020, S. 461 (465), stuft das Kopftuch der Lehrerin als Widerspiegelung der religiösen Pluralität der Gesellschaft ein.

¹⁴⁰ Ein Kopftuchverbot für Schülerinnen wäre verfassungswidrig, ebenso *Moritz L. Jäschke / Tobias Müller*, Kopftuchverbote gegenüber Schülerinnen an öffentlichen und privaten Schulen, in: DÖV 2018, S. 279 (284); dazu auch *Christian Waldhoff*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität – Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates?, Gutachten D zum 68. Deutschen Juristentag 2010, S. 122 (126); a. A. mit Blick auf Kopftuchverbote für Schülerinnen, die jünger als 14 Jahre sind, *Rasan Dogan*, Vom Kopftuch oder dem Recht, einfach nur ein Kind zu sein, in: NVwZ 2020, S. 289 (290); *Kyrill-A. Schwarz*, Kopftuchverbote für Minderjährige unter 14 Jahren in schulischen und vorschulischen Einrichtungen, in: NVwZ 2020, S. 265 (271). – Teils wird die Einführung einheitlicher Schulkleidung erwogen und u. a. damit begründet, dadurch der Selbstausgrenzung muslimischer Mädchen durch ein Kopftuch vorzubeugen. Kritisch dazu *Jörg Ennuschat / Ruth Chr. Siegel*, Schuluniformen – Flucht aus der Verantwortung in die Unfreiheit, in: NWVBl. 2007, S. 125 (127); die prinzipielle Verfassungskonformität von Schuluniformen bejahend hingegen z. B. *Wißmann*, in: BK (o. Fn. 1), Art. 7, Teil III, Rn. 109.

einer Verhaltensweise konfrontiert werden, die sie auch außerhalb der Schule erleben. Der Schule ist dann der Ort, in dem wechselseitige Toleranz eingeübt werden kann und muss. Anders als beim Kopftuch der Lehrerin begegnen sich hier alle auf gleicher Augenhöhe.¹⁴¹ In der Rechtsprechung ist indessen schon gebilligt worden, dass einer Schülerin im Unterricht das Tragen einer das Gesicht verhüllenden Vollverschleierung untersagt wird.¹⁴² Dieses Verbot rechtfertigt sich dadurch, dass zu den Funktionsbedingungen des Schulunterrichts die offene Kommunikation gehört. Entsprechendes gilt für eine Lehrerin mit Vollverschleierung.

9. Private Bekenntnisschule und staatlicher Integrationsauftrag

78 Christliche Privatschulen beruhen in Deutschland auf einer langen Tradition. Wenngleich die große Mehrheit der Schülerinnen und Schüler öffentliche Schulen besucht, gibt es doch fast überall auch evangelische oder katholische, vereinzelt auch jüdische Schulen. Insofern sind kaum Probleme zu registrieren. Schwieriger ist die Situation bei erstrebten und teils erfolgten Gründungen islamischer Pri-

¹⁴¹ In besonders gelagerten Konstellationen ist es aus Gründen des Schulfriedens oder des Schulbetriebs (Hygiene, Sicherheit) denkbar, dass einer Schülerin (zumindest als ultima ratio) das Recht zum Tragen des Kopftuchs beschränkt werden kann; so *Langenfeld*, Staatlicher Bildungsauftrag (o. Fn. 63), S. 346; *Hermann-Joseph Blanke*, Religiöse Symbole im öffentlichen Raum, in: *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag*, hg. von Michael Sachs/Helmut Siekmann, 2012, S. 1249 (1277).

¹⁴² BayVGh, in: NVwZ 2014, S. 1109; zust. z. B. *Wißmann*, in: BK (o. Fn. 1), Art. 7, Teil III, Rn. 130; *Stefan Muckel*, Keine Teilnahme am Unterricht mit gesichtsverhüllender Verschleierung, zu: BayVGh, B. v. 29.8.2013 – 7 CS 13.2592, in: JA 2014, S. 634 (635); *Thormann*, Kreuz, Kopftuch und Bekenntnisschule (o. Fn. 116), S. 948; ebenso *Karl-Heinz Ladeur*, Burkaverbot in der Schule – Art. 7 Abs. 1 GG als Grundlage für eine „Religionspolitik“ des Staates? Zum Beschluss des VG Osnabrück v. 22.8.2016 – Az. 1 B 81/16, in: RdJB 2016, S. 379 (379 ff.); *ders.*, Die Verfassung der multireligiösen Schule – zur Notwendigkeit einer Kollisionsordnung für konkurrierende Bekenntnisse und Lebensformen, in: RdJB 2018, S. 40 (52 f.); differenzierend *Andrea Edenharter*, Vollverschleierungsverbote im Bildungs- und Erziehungsbereich, in: DÖV 2018, S. 351 (356 ff.): Verbot möglich im Unterricht, aber z. B. nicht in der Mittagsmensa – *Rudolf Steinberg*, Religiöse Symbole im säkularen Staat, in: *Der Staat* 56 (2017), S. 157 (181), sieht in Burka und Niqab ein ausschließlich politisches Symbol und will der Vollverschleierung den Schutz der Religionsfreiheit absprechen (zw.). – OVG Hamburg, in: NVwZ 2020, S. 489, Ls. 3, verlangt für ein Verbot der Vollverschleierung eine ausdrückliche und klare gesetzliche Regelung.

vatschulen.¹⁴³ Manche fürchten die Förderung einer islamischen Parallelgesellschaft und das Scheitern der Integration. Diese Furcht schlägt sich etwa darin nieder, dass in Verträgen der Länder mit islamischen und alevitischen Gemeinschaften zwar die Privatschulfreiheit bekräftigt, zugleich aber bekundet wird, dass beide Vertragspartner für den Besuch der öffentlichen Schule eintreten.¹⁴⁴

Das Grundgesetz löst das Spannungsverhältnis zwischen religiöser Privatschulfreiheit und Integrationsfunktion der öffentlichen Schule zugunsten der öffentlichen Schule auf – aber nur im Grund- und Hauptschulbereich¹⁴⁵ und nur dann, wenn es „in der Gemeinde“¹⁴⁶

79

¹⁴³ Es bestehen einige durch türkischstämmige Akteure geprägte Privatschulen, siehe hierzu *Thormann*, Kreuz, Kopftuch und Bekenntnisschule (o. Fn. 116), S. 951; siehe ferner Versuche einer Bestandsaufnahme islamisch geprägter Schulen bei *Hâle Doerfer-Kir*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen islamischer Erziehung in Privatschulen und Koranschulen in Deutschland, 2017, S. 52 ff.; *Jörg Ennuschat*, Der Vorrang der öffentlichen vor der privaten Bekenntnisgrundschule gem. Art. 7 Abs. 5 GG, in: RdJB 2018, S. 72 (75 Fn. 19). – Zu den Voraussetzungen für die Genehmigung einer islamischen Bekenntnisschule vgl. VG Stuttgart, in: NVwZ-RR 2004, S. 580 f.

¹⁴⁴ Oben Fn. 84.

¹⁴⁵ Art. 7 Abs. 5 GG spricht von Volksschule. Darunter fallen nach heutiger Diktion Grund- und Hauptschule, so BVerfG, in: LKV 2015, S. 23 (27); *Badura*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 13), Art. 7, Rn. 122; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 57), Art. 7, Rn. 227; *Jarass*, in: ders./Pieroth (o. Fn. 36), Art. 7, Rn. 35; *Ennuschat*, Der Vorrang der öffentlichen vor der privaten Bekenntnisschule gem. Art. 7 Abs. 5 GG (o. Fn. 143), S. 76; a. A. z. B. *Hermann Avenarius/Hans-Peter Füssel*, Schulrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 15.631; *Rux*, Schulrecht (o. Fn. 47), Rn. 1250; *Gerhard Eiselt*, Art. 7 Abs. 5 GG im System des Privatschulrechts, in: DÖV 1988, S. 211 (212); *Josef Isensee*, Private islamische Bekenntnisschulen. Zur Ausnahme vom Verfassungsprinzip der für alle gemeinsamen Grundschule, in: Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag, hg. von Stefan Muckel, 2003, S. 355 (357); *Boas Kümper*, Konkurrenzsituationen zwischen öffentlichen und privaten Schulen aus Sicht des Bundesverfassungsrechts, in: DVBl. 2016, S. 225 (226); *ders.*, Die Akzessorietät der privaten Ersatzschule zwischen Bundesverfassungsrecht und Landesrecht, in: VerwArch 107 (2016), S. 120 (134); *Johann Peter Vogel*, Zur Errichtung von Grundschulen in freier Trägerschaft. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und die bayerische Verwaltungspraxis, in: DÖV 1995, S. 587 (589): nur Grundschule; zweifelnd auch *Thiel*, in: Sachs (o. Fn. 37), Art. 7, Rn. 72.

¹⁴⁶ Das Merkmal „in der Gemeinde“ ist im Sinne von „Einzugsbereich der Schule“ zu verstehen, dazu näher *Ennuschat*, Der Vorrang der öffentlichen vor der privaten Bekenntnisschule gem. Art. 7 Abs. 5 GG (o. Fn. 143), S. 82 ff.; vgl. ferner *dens.*, in: Löwer/Tettinger (o. Fn. 47), Art. 8, Rn. 81; *Amelie Haas*, Das Grundrecht auf Errichtung privater Volksschulen nach Art. 7 Abs. 4 und 5 GG, 2010, S. 143; *Johann Peter Vogel*, Zulassungsvoraussetzungen für private Volksschulen, in: RdJB 1989, S. 299 (307); *Karl Heinz Ladeur*, Genehmigung privater Konfessionsschulen, in: RdJB 1993, S. 282 (288).

eine öffentliche Schule mit entsprechender Bekenntnisprägung gibt (so Art. 7 Abs. 5 GG). Anderenfalls kommt der Privatschulfreiheit gem. Art. 7 Abs. 4 GG der Vorrang zu.

V. Zur Zukunft der Religion in der öffentlichen Schule

80 Innerhalb unserer Gesellschaft zeichnen sich einige Konflikte ab, die auch religiöse Ursachen haben und bis in die Schulen hineinreichen. Solche Konflikte gab es bereits früher. So hat etwa der Landesverfassungsgeber in NRW die konfessionellen Besonderheiten für derart gewichtig gehalten, dass die Volksschule bzw. Grund- und Hauptschule zunächst weitgehend konfessionell getrennt wurden, auch im Bereich der Lehrerbildung.¹⁴⁷ In den Folgejahrzehnten, bedingt durch die zunehmende gesellschaftliche Mobilität und das abnehmende Interesse an Kirche und Konfession, verloren die konfessionellen Unterschiede nach und nach an Bedeutung. Religiöse Konflikte innerhalb der Schulen waren kaum noch zu beobachten.

81 Das ändert sich mit der wachsenden Zahl muslimischer Schülerinnen und Schülern. Die Konfliktlinien verlaufen dabei keineswegs nur zwischen der Mehrheitsbevölkerung und dem zugewanderten Bevölkerungsteil, sondern auch innerhalb der Schülerschaft mit muslimischem Hintergrund.¹⁴⁸ Beispielhaft – aber nicht repräsentativ für die Schulen in Deutschland – ist ein Sachverhalt, über den das BVerwG zu entscheiden hatte; Gegenstand war der Wunsch eines muslimischen Schülers, während der Schulpause sein Gebet in der Schule zu praktizieren. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte eine Entscheidung der Schulleitung, welche das Gebet verbot.¹⁴⁹ Begründet

¹⁴⁷ Vgl. Art. 12 und 15 Verf. NRW i. d. F.v. 1950; Art. 15 Abs. 2 S. 2 Verf. NRW lautete bis 1969: „Die Ausbildung der Lehrkräfte für die Volksschulen erfolgt in der Regel auf bekennnismäßiger Grundlage.“

¹⁴⁸ *Stefan Koriath/Ino Augsberg*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität – Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates?, in: JZ 2010, S. 828 (839).

¹⁴⁹ BVerwG, in: NVwZ 2012, S. 162 ff.; zust. *Stefan Muckel*, Verbot des rituellen Gebets in der Schule, in: JA 2012, S. 235 (237); krit. *Barczak*, Entwicklung (o. Fn. 133), S. 1560; *Guy Beaucamp*, Öffentliches Beten als Gefährdung des Schulfriedens?, in: LKV 2013, S. 537 (542); *Kirsten Wiese*, Herausforderungen für den Schulalltag: muslimisches Gebet in der Pause, in: NordÖR 2012, S. 436 (439 f.); zu den allgemeinen aus der Entscheidung des BVerwG ableitbaren Voraussetzungen für ein Gebetsverbot in der Schule *Josephine Skrzypczak/Carsten Hörich*, Verbot öffentlichen Betens in der Schule?, in: LKV 2012, 449 (450 ff.).

wurde diese Entscheidung in der Hauptsache mit der Gefährdung des Schulfriedens an der konkreten Schule.¹⁵⁰ Die tatsächlichen Feststellungen, die das Gericht hierbei zugrunde legt, sind in der Tat bedrückend. In der Urteilsbegründung heißt es hierzu: „Auf Grund dieser heterogenen Zusammensetzung der Schülerschaft sind unter den Schülern teilweise sehr heftige Konflikte ausgetragen worden, die von Vorwürfen gegen Mitschüler ausgingen, diese seien nicht den Verhaltensregeln gefolgt, die sich aus einer bestimmten Auslegung des Korans ergäben, wie beispielsweise dem Gebot, ein Kopftuch zu tragen, Fastenvorschriften einzuhalten, Gebete abzuhalten, kein Schweinefleisch zu verzehren, „unsittliches Verhalten“ und „unsittliche Kleidung“ sowie persönliche Kontakte zu ‚unreinen‘ Mitschülern zu vermeiden. Aus derartigen Anlässen sei es etwa zu Mobbing, Beleidigung, insbesondere mit antisemitischer Zielrichtung, Bedrohung und sexistischen Diskriminierungen gekommen. [...] [D]ie Schule habe in der Vergangenheit schon einmal einen gemeinsamen Gebetsraum eingerichtet, der wieder habe geschlossen werden müssen, nachdem es zu verbalen Auseinandersetzungen zwischen Schülerinnen, die ein Kopftuch getragen hätten, und anderen, die dies nicht getan hätten, gekommen sei, und nachdem die Jungen es abgelehnt hätten, gemeinsam mit Mädchen zu beten.“

Das Bundesverwaltungsgericht akzeptiert daher die Sichtweise der Schule und der Vorinstanz, dass ein rituelles Mittagsgebet dieses Schülers die Konflikte in der Schule nur noch anheizen würde, ohne dass der Schule pädagogische Möglichkeiten zur Verfügung stünden, die Konflikte anders zu lösen.¹⁵¹ Diese Entscheidung ist nicht frei von Bedenken. So betont das Gericht, dass der Einzelne um des Schulfriedens willen auf ein an sich erlaubtes Verhalten verzichten müsse, ohne dass es darauf ankomme, ob er selbst den Schulfrieden schuldhaft verletze.¹⁵² Dem Gericht ist allerdings zugute zu halten, dass es in diesem Fall von einer ultima ratio ausgeht.¹⁵³ Letztlich dürfte es sich um eine Konstellation handeln, die der aus dem Polizeirecht bekannten Rechtsfigur des Nichtstörers gleicht, der trotz Nichtstörung u. U. in Anspruch genommen werden kann.¹⁵⁴

82

¹⁵⁰ BVerwG, in: NVwZ 2012, S. 162 (166).

¹⁵¹ BVerwG, ebd., S. 167 f.

¹⁵² BVerwG, in: NVwZ 2012, S. 162 (168).

¹⁵³ BVerwG, in: NVwZ 2012, S. 162 (168).

¹⁵⁴ *Beaucamp*, Öffentliches Beten (o. Fn. 149), S. 541; *Skrzypczak / Hörich*, Verbot (o. Fn. 149), S. 453; kritisch zur Anleihe an das Polizeirecht *Klein*, Religionsfreiheit und öffentliche Schulen (o. Fn. 121), S. 29. – *Ludger*

- 83** Bemerkenswert ist eine weitere Aussage des Bundesverwaltungsgerichts: Es hält es für möglich, dass der Gesetzgeber im Sinne einer „distanzierenden Neutralität“ ein Gesetz erlässt, das religiöse Bezüge aus der Schule fernhalten soll.¹⁵⁵
- 84** Diese Rechtsprechung führt das Verhältnis von Schule und Religion an einen Scheideweg:¹⁵⁶ Soll die Religionsfreundlichkeit des Grundgesetzes weiterhin auch für die Schule gelten oder soll Religion zwecks Konfliktvermeidung aus der Schule verbannt werden? Das Verdrängen der Religion aus der öffentlichen Schule ist jedoch kein gangbarer Weg.¹⁵⁷ Gegen die Verdrängung der Religion aus der Schule als Mittel der Wahl sprechen zunächst verfassungsrechtliche Erwägungen. Die Grundrechte sind auch innerhalb des staatlichen Bereichs anwendbar, was schon aus Art. 1 Abs. 3 GG folgt. Das betrifft namentlich die Religionsfreiheit, wie das Bundesverfassungsgericht erst vor kurzem in der Entscheidung zum Kopftuch einer muslimischen Lehrerin bekräftigt hat.¹⁵⁸ Entsprechendes gilt für die Grundrechte der Schülerinnen und Schüler.¹⁵⁹ Einer distanzierenden Neutralität im Schulbereich stünden zudem die Landesverfassungen entgegen, welche die „Ehrfurcht vor Gott“ als Erziehungsziel benennen.¹⁶⁰

Schrappner, Kopftuch und Schulfrieden. Lässt das Land die Schulen allein?, in: *Schulverwaltung Nordrhein-Westfalen* 2016, S. 80 (83), weist zu Recht darauf hin, dass auch in anderen Fällen, in denen der Schulfrieden gefährdet werde, die Gefahrenabwehrmaßnahme auch gegen Personen gerichtet werden könne (z. B. Versetzung von Lehrern), denen kein überwiegender Verursachungsbeitrag oder gar Verschulden vorgehalten werden könne.

¹⁵⁵ BVerwG, in: *NVwZ* 2012, S. 162 (166). – In diese Richtung z. B. auch *Álvarez*, Das Kruzifix in den europäischen Klassenzimmern (o. Fn. 27), S. 287 (310); *Roman Lehner*, Religionsfreiheit und Neutralität nach „Kopftuch II“, in: *juris* – Die Monatszeitschrift 2015, S. 379 (384); *Uwe Volkmann*, Dimensionen des Kopftuchstreits, in: *JURA* 2015, S. 1083 (1087); kritisch hingegen *Franzius*, Kopftuch (o. Fn. 138), S. 452. Vgl. außerdem bereits BVerfG, in: *NJW* 2003, S. 3111 (3116, Rn. 65), das es zumindest für möglich hält, dass es gute Gründe für eine mehr distanzierende Neutralität gibt.

¹⁵⁶ *Wißmann*, Schule und Religion (o. Fn. 1), S. 7.

¹⁵⁷ Ebenso *Jan Philipp Schaefer*, Die religiöse Neutralität des Staates im öffentlichen Raum, in: *VerwArch* 2012, S. 136 (163); *Wiese*, Muslimisches Gebet (o. Fn. 149), S. 440; ähnlich *Hannah Rubin*, Das islamische Gebet in der Schule, in: *JURA* 2012, S. 718 (722).

¹⁵⁸ BVerfG, in: *NJW* 2015, S. 1359 (1363, Rn. 104).

¹⁵⁹ Siehe wiederum BVerfG, in: *NJW* 2015, S. 1359 (1363, Rn. 104 – zur negativen Religionsfreiheit); vgl. ferner z. B. BVerfG, in: *NVwZ* 2008, S. 72 (73).

¹⁶⁰ Näher *Ennuschat*, in: *Löwer / Tettinger* (o. Fn. 47), Art. 7, Rn. 36.

Darüber hinaus ist Folgendes zu bedenken: Die Schule hat eine Integrationsfunktion. Sie soll die Schülerinnen und Schüler auf das spätere eigenverantwortliche Leben und Mitwirken in unserer Gesellschaft vorbereiten. Diese Gesellschaft ist offen und pluralistisch, auch in religiöser Hinsicht. Die Schule könnte ihre Integrationsfunktion nicht erfüllen, wenn sie versuchen würde, religiöse Sachverhalte auszublenden. Derartige Versuche wären ohnehin zum Scheitern verurteilt. In der Gesellschaft ausgetragene Konflikte wirken unvermeidlich auf den Schulbereich ein.¹⁶¹ Zumindest der Pausenhof böte ein Forum für religiöse Konflikte. Vor diesem Hintergrund, so hat das Bundesverfassungsgericht formuliert,¹⁶² „ist es selbstverständlich, dass der staatliche Erziehungsauftrag auch das Ziel der Herausbildung verantwortlicher Staatsbürger voraussetzt, die gleichberechtigt und dem Ganzen gegenüber verantwortungsbewusst an den demokratischen Prozessen in einer pluralistischen Gesellschaft teilnehmen können und denen auch soziale Kompetenz im Umgang mit Andersdenkenden zukommt. [...] Die Offenheit für eine Vielfalt von Meinungen und Auffassungen ist konstitutive Voraussetzung einer öffentlichen Schule in einem freiheitlich-demokratisch ausgestalteten Gemeinwesen.“

85

Diese Einsichten des Bundesverfassungsgericht haben Konsequenzen für den Umgang mit Religion in der öffentlichen Schule:¹⁶³ „Die dabei gebotene religiös-weltanschauliche Neutralität ist indes nicht als eine distanzierende im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche, sondern als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung zu verstehen.“ Die Offenheit für religiösen Pluralismus wird in manchen Landesverfassungen ausdrücklich angeführt (z. B. Art. 12 Abs. 3 S. 1 Verf. NRW: „in Offenheit für die christlichen Bekenntnisse und für andere religiöse und weltanschauliche Überzeugungen“) und ist eine Funktionsbedingung der öffentlichen Schule in einem freiheitlichen Staat.

86

Das Konfliktpotenzial von Religion darf und kann in der Schule also nicht durch schlichtes Verboten der Ausübung von Religion aufgelöst werden. Nötig sind vielmehr das Erlernen und das Praktizieren von Toleranz, Offenheit und wechselseitiger Wertschätzung.

87

¹⁶¹ Ebenso *Rozek*, Individuelle Religions(ausübungs)freiheit (o. Fn. 132), S. 7: Das Schulleben spiegele die Gesellschaft mit all ihren divergierenden und kollidierenden Interessen im Kleinen wider.

¹⁶² BVerfG, in: NVwZ 2008, S. 72 (73 f.).

¹⁶³ BVerfG, ebd., S. 73.

§ 44

Religionsunterricht

Von Markus Ogorek

A. Begriffsbestimmung und Bestandsaufnahme	1–3
B. Historischer Überblick	4–6
C. Rechtsquellen	7–21
I. Grundgesetz	7–8
1. Art. 7 GG	7
2. Art. 141 GG	8
II. Landesverfassungen	9–11
III. Einfaches Recht	12–13
1. Bundesrecht: RKEG	12
2. Landesrecht: Schulgesetze	13
IV. Konkordate und Kirchenverträge	14–18
1. Katholische Kirche	15–16
2. Evangelische Kirche	17
3. Weitere Religionsgemeinschaften	18
V. Kirchenrecht	19–21
1. Katholische Kirche	20
2. Evangelische Kirche	21
D. Dogmatische Einordnung des Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG	22–33
I. Institutionelle Garantie	23–24
II. Grundrecht auf Einrichtung von Religionsunterricht	25–30
1. Für Religionsgemeinschaften	26–28
2. Für Erziehungsberechtigte und Schüler	29–30
III. Trennungsgebot und Neutralitätspflicht	31–32
IV. Zusammenfassung	33

E. Voraussetzungen für die Erteilung von Religionsunterricht	34–53
I. Öffentliche Schule	34–36
II. Keine bekenntnisfreie Schule	37
III. Religionsgemeinschaft	38–51
1. Begriff der „Religionsgemeinschaft“ im Allgemeinen	39
2. Religionsgemeinschaften i. S. des Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG	40–46
a) Erfordernis eines qualifizierten Ansprechpartners	41
b) Erfordernis klarer Mitgliedschaftsstrukturen	42
c) Körperschaftsstatus als notwendiges Erfordernis?	43–46
3. Geltung auch für Weltanschauungsgemeinschaften?	47–49
4. Religionsunterricht kleinerer Religionsgemeinschaften	50–51
IV. Mindestschülerzahl	52
V. Mitwirkungswille	53
F. Ausgestaltung des Religionsunterrichts	54–81
I. Ordentliches Lehrfach	54–57
II. Aufgabe und Inhalt des Religionsunterrichts	58–67
1. Übereinstimmungsklausel	59–60
2. Staatliches Aufsichtsrecht	61–65
3. Sonderfall: Das Hamburger Modell des „Religionsunterrichts für alle“	66–67
III. Situation der Lehrer	68–76
1. Erteilung und Entzug der Lehrerlaubnis durch die Religionsgemeinschaft	69–73
2. Sicherung der Religions- und Weltanschauungsfreiheit	74–76
IV. Die Rechtsstellung von Erziehungsberechtigten und Schülern	77–81
1. Das eigene Bestimmungsrecht der Schüler	79–80
2. Anforderungen an die Abmeldung	81
G. Rechtsprobleme verwandter Fächer	82–89
I. Bestandsaufnahme	82
II. Zulässigkeit von Ethikunterricht	83–84
III. Ersatzunterricht in der Praxis	85–88
1. Zulässigkeit von Ersatzunterricht	85–86
2. Verpflichtender Zusatzunterricht in „wertebezogenem“ Fach	87–88
IV. Gleichwertigkeit	89

H. Die „Bremer Klausel“ (Art. 141 GG)	90–102
I. Geltungsbereich	91–96
II. Konsequenzen in einzelnen Bundesländern	97–102
1. Bremen	97–98
2. Berlin	99
3. Neue Länder (mit Ausnahme von Brandenburg)	100
4. Brandenburg	101–102
I. Rechtsfragen des islamischen Religionsunterrichts	103–106
I. Ansprechpartner in Gestalt der Religionsgemeinschaft	104–105
II. Einhaltung der Verfassungsgrundsätze	106
J. Ausblick	107

A. Begriffsbestimmung und Bestandsaufnahme

Religionsunterricht ist ein ordentliches Lehrfach an öffentlichen Schulen. In ihm unterrichten die dafür ausgebildeten Lehrkräfte die Schüler nach den inhaltlichen Vorgaben der beteiligten Religionsgemeinschaft. Das Fach ist verfassungsrechtlich verankert in Art. 7 Abs. 2 und 3 GG. Art. 141 GG enthält eine Ausnahmeregelung für einzelne Bundesländer. Die institutionelle Garantie des Religionsunterrichts im Verfassungsrecht wird meist vor dem Hintergrund des bekannten Diktums *Ernst-Wolfgang Böckenförde* verstanden: „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.“¹ Damit ist angedeutet, dass die am Religionsunterricht mitwirkenden Religionsgemeinschaften für den Staat bei der Erfüllung seines schulischen Bildungsauftrags erhebliche Bedeutung haben.² Folgerichtig sieht *Martin Heckel* die Regelungen des Grundgesetzes zum Religionsunterricht als eine „Konkreti-

1

¹ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Säkularisation und Utopie. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, hg. von Sergius Buve, 1967, S. 75 (93); zur weiterhin aktuellen Bedeutung vgl. *Julia Palm*, Berechtigung und Aktualität des Böckenförde-Diktums, 2013.

² So auch *Ulrike Link-Wieczorek*, Die Kirchen und die Konfession. Zum konfessionellen Verständnis des konfessionellen Religionsunterrichts, in: ÖR 63 (1/2014), S. 7 (12) mit Verweis auf *Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz*, Die bildende Kraft des Religionsunterrichts. Zur Konfessionalität des katholischen Religionsunterrichts, 1996, S. 26 ff.; *Kirchenamt der EKD*, Identität und Verständigung. Standort und Perspektiven des Religionsunterrichts in der Pluralität. Eine Denkschrift der EKD, 1994, S. 38 f.

sierung des staatskirchenrechtlichen Systems“ an, das auf einen stimmigen Ausgleich mit dem Kulturverfassungsrecht ausgerichtet sei.³ Mit dem Verweis auf den bekannten Satz *Böckenfördes* wird allerdings nicht nur ein Zusammenhang zwischen der Religion und dem staatlichen Bildungsauftrag hergestellt, sondern auch die Bedeutung eines gesellschaftlichen Wertefundaments in Erinnerung gerufen. Im Religionsunterricht können den Schülern in einem staatlich geordneten Rahmen Werte vermittelt werden, die zwar religiösen Ursprungs, aber geeignet sind, den freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat zu stützen oder jedenfalls zu fördern.⁴

- 2 Nicht nur die beiden großen christlichen Kirchen haben ein Recht darauf, dass Religionsunterricht nach ihren „Grundsätzen“ erteilt wird, sondern – vorbehaltlich verfassungsrechtlich zulässiger Einschränkungen im einfachen Schulrecht – alle Religionsgemeinschaften, d.h. auch die kleineren Religionsgemeinschaften.⁵ Bundesweite Zahlen zur Teilnahme am Religionsunterricht liegen nicht vor. Daher sollen Zahlen aus Nordrhein-Westfalen⁶ einen exemplarischen Überblick über die Bedeutung des Religionsunterrichts vermitteln: 36,9 % der Schüler gehören der römisch-katholischen Konfession an, gefolgt von 25,4 % evangelischen Christen. 16,1 % der Schüler sind ohne Konfession, 15,9 % islamisch, 0,2 % alevitisch, 0,1 % jüdisch und 0,2 % syrisch-orthodox. Einer sonstigen orthodoxen Glaubensrichtung gehören 1,7 % der Schüler an, 3,7 % einer anderen Konfession. Vom katholischen Religionsunterricht haben sich 0,6 %, vom evangelischen Religionsunterricht ebenfalls 0,6 % der Schüler abgemeldet.⁷
- 3 In Nordrhein-Westfalen verfügen Lehrkräfte über Lehrbefähigungen für folgende Arten des Religionsunterrichts (geordnet nach Häufigkeit): Katholische Religionslehre, Evangelische Religionslehre, Islamische Religionslehre, Alevitische Religionslehre, Griechisch-

³ *Martin Heckel*, Neue Formen des Religionsunterrichts? Konfessionell – unkonfessionell – interreligiös – bikonfessionell – „für alle“ – konfessionell-kooperativ?, in: ders., *Gesammelte Schriften. Staat Kirche Recht Geschichte*, Bd. VI, 2013, S. 379 (388).

⁴ Vgl. etwa *Stefan Muckel / Reiner Tillmanns*, „Lebensgestaltung – Ethik – Religionskunde“ statt Religionsunterricht? Zur Geltung des Art. 7 Abs. 3 GG im Bundesland Brandenburg, in: *RdJB* 1996, S. 360 (367 m. w. N.).

⁵ *Claudia Maria Corlazzoli*, Religionsunterricht von kleineren Religionsgemeinschaften an öffentlichen Schulen in Deutschland, 2009, S. 37.

⁶ *Ministerium für Schule und Weiterbildung Nordrhein-Westfalen*, Das Schulwesen in Nordrhein-Westfalen aus quantitativer Sicht 2016/2017. Statistische Übersicht Nr. 395, 21. 3. 2017.

⁷ Ebd., Kapitel 2, Unterpunkt 2.3., Konfession der Schüler(-innen), S. 25.

Orthodoxe Religionslehre, Syrisch-Orthodoxe Religionslehre und schließlich Jüdische Religionslehre.⁸

B. Historischer Überblick⁹

Bei der Ausgestaltung von Art. 7 Abs. 2 und 3 GG hat der Verfassungsgeber sich an den Bestimmungen zum Religionsunterricht orientiert, die in Art. 149 WRV enthalten waren. Systematisch ist Art. 7 Abs. 2 und 3 GG wie schon Art. 149 WRV in die Regelungen über die Schule eingebunden. In der Weimarer Reichsverfassung folgte der Abschnitt über Bildung und Schule jedoch unmittelbar dem über „Religion und Religionsgesellschaften“, wohingegen im Grundgesetz ein eigener Abschnitt über Religionsfragen nicht zu finden ist.

Traditionell war der Religionsunterricht seit dem Mittelalter eine Domäne der Kirche.¹⁰ In der Weimarer Zeit drängten indessen vor allem radikale Gruppierungen der Linken auf eine strikte Trennung der Kirchen vom Staat, wodurch auch eine Trennung der Kirchen von der Schule erreicht werden sollte.¹¹ Die Bestimmung des Art. 149 WRV über den Religionsunterricht war schließlich das Ergebnis eines Kompromisses zwischen den linken Kräften und dem gemäßigten Lager (sog. Weimarer Schulkompromiss).¹² Die Verfassung sah danach grundsätzlich Gemeinschaftsschulen vor, Bekenntnisschulen nur nach Maßgabe des Elternwillens (Art. 146 Abs. 1 und 2 WRV). Im Gegenzug garantierte Art. 149 WRV den Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach und band seine Erteilung an die „Übereinstimmung mit den Grundsätzen der betreffenden Religionsgesellschaft“.

⁸ Ebd., Kapitel 3, Unterpunkt 3.6., Lehrbefähigungen, S. 56 f.

⁹ Zur Geschichte des Religionsunterrichts in Deutschland allgemein *Ernst Christian Helmreich*, Religionsunterricht in Deutschland. Von den Klosterschulen bis heute, 1966 [aus dem Englischen übersetzt von Christa Reich; Original: Religious education in German schools – an historical approach, 1959]; vgl. auch *Stefan Koriath*, Der Auftrag des Religionsunterrichts nach Art. 7 Abs. 3 GG, in: *EssGespr.* 49 (2016), S. 7 (9 f.).

¹⁰ Vgl. *Gerhard Czermak / Eric Hilgendorf*, Religions- und Weltanschauungsrecht, 2. Aufl. 2018, S. 154.

¹¹ Ausführlich dazu *Michael Germann / Cornelius Wiesner*, Schule und Religion in der Entwicklung des Schulwesens in Deutschland, in: *RdJB* 2013, S. 396 (408 f.); *Ludwig Richter*, Kirche und Schule in den Beratungen der Weimarer Nationalversammlung, 1996; *Walter Landé*, Die Schule in der Reichsverfassung. Ein Kommentar, 1929.

¹² *Janbernd Oebbeke*, Reichweite und Voraussetzungen der grundgesetzlichen Garantie des Religionsunterrichts, in: *DVBl.* 1996, S. 336 (337).

Es blieb insoweit bei einem (beschränkten) kirchlichen Aufsichtsrecht.¹³

- 6 Der Verfassungsentwurf des Herrenchiemseer Verfassungskonvents von 1948 enthielt keine Gewährleistung des Religionsunterrichts. Deshalb wandten sich Vertreter sowohl der katholischen als auch der evangelischen Kirche mit Eingaben an den Parlamentarischen Rat. So betonte *Josef Kardinal Frings*, der Vorsitzende der Fuldaer Bischofskonferenz, in einem Schreiben vom 20. 11. 1948 die überragende Bedeutung des Religionsunterrichts.¹⁴ Auch *Theophil Wurm*, der Vorsitzende des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland, mahnte in seinem Schreiben vom 9. 11. 1948 die Aufnahme einer Regelung zum Religionsunterricht an.¹⁵ Wie schon in der Weimarer Nationalversammlung erwies sich auch im Parlamentarischen Rat das Thema Religionsunterricht als eine konfliktträchtige Materie. Der Kampf um die Schulen, der hier geführt wurde, mündete im Hinblick auf den Religionsunterricht schließlich in Art. 7 Abs. 2 und 3 GG,¹⁶ womit es inhaltlich im Wesentlichen bei der Lösung des Art. 149 WRV blieb.¹⁷ Der Religionsunterricht wurde zu einem integralen Bestandteil des staatlichen Schulwesens.¹⁸ Von der Gewährleistung des Religionsunterrichts in Art. 7 Abs. 3 GG hat der Parlamentarische Rat zwei Ausnahmen vorgesehen: Zum einen sind „bekenntnisfreie“ Schulen zulässig, in denen der Religionsunterricht nicht ordentliches Lehrfach ist (Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG). Zum anderen werden historisch gewachsene Besonderheiten in einzelnen Bundesländern berücksichtigt: Im Auftrag des bremischen Senats erhob die SPD-Fraktion im Parlamentarischen Rat Einspruch gegen den Religionsunterricht als schulplanmäßiges Lehrfach. Sie sah den dort seit dem 19. Jahrhundert erteilten und in der bremischen Landesverfassung von 1947 verankerten „Unterricht in biblischer Geschichte auf allgemein christli-

¹³ *Christoph Link*, Kirchliche Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 2017, S. 203.

¹⁴ *Josef Kardinal Frings*, Brief an den Parlamentarischen Rat vom 20. 11. 1948, abgedruckt in: *Bernhard Schlink / Ralf Poscher*, Der Verfassungskompromiß zum Religionsunterricht. Art. 7 Abs. 3 und Art. 141 GG im Kampf des Parlamentarischen Rates um die Lebensordnungen, 2000, S. 23 f.

¹⁵ *Theophil Wurm*, Brief an den Parlamentarischen Rat vom 9. 11. 1948, abgedruckt in: *Schlink / Poscher*, Verfassungskompromiß zum Religionsunterricht (o. Fn. 14), S. 22 f.

¹⁶ *Czermak / Hilgendorf*, Religions- und Weltanschauungsrecht (o. Fn. 10), S. 155.

¹⁷ *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Die einzelnen Grundrechte, Bd. IV/2, 2011, S. 494.

¹⁸ BVerfGE 42, 346 (347 f.).

cher Grundlage“ gefährdet.¹⁹ Da auch in einigen anderen Ländern nicht in allen Schultypen Religionsunterricht erteilt wurde, nahm der Parlamentarische Rat in Art. 141 GG einen Vorbehalt zugunsten solcher Länder auf, in denen am 1. 1. 1949 eine andere Regelung bestand (sog. Bremer Klausel, dazu noch u. H.).²⁰ Im Zuge der Wiedervereinigung Deutschlands 1990 erlangte die Frage nach der Anwendung des Art. 141 GG auf das Gebiet der neuen Bundesländer große Bedeutung.²¹

C. Rechtsquellen

I. Grundgesetz

1. Art. 7 GG

Art. 7 GG regelt das Schulwesen. Von diesem Regelungskomplex sind auch die Vorgaben zum Religionsunterricht in den Abs. 2 und 3 umfasst. Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG legt fest, dass der Religionsunterricht in den öffentlichen Schulen mit Ausnahme der bekenntnisfreien Schulen ein ordentliches Lehrfach ist. Nach Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG darf der Religionsunterricht nur in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften erteilt werden. Das staatliche Aufsichtsrecht wird dadurch nicht beseitigt. Art. 7 Abs. 3 S. 3 GG räumt den Lehrern als Konkretisierung ihrer in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verankerten sog. negativen Religionsfreiheit das Recht ein, die Erteilung von Religionsunterricht zu verweigern. Daneben ist in Art. 7 Abs. 2 GG das Recht der Erziehungsberechtigten verbürgt, über die Teilnahme ihres Kindes am Religionsunterricht zu bestimmen.

7

¹⁹ Stenographischer Bericht des Hauptausschusses, S. 557.

²⁰ Vgl. *Link*, Kirchliche Rechtsgeschichte (o. Fn. 13), S. 247 m. w. N.

²¹ Ausführlich zu dieser Thematik *Markus Ogorek*, Geltung und Fortbestand der Verfassungsgarantie staatlichen Religionsunterrichts in den neuen Bundesländern. Ein Beitrag zur Lehre vom sogenannten Verfassungswandel, 2004.

2. Art. 141 GG

- 8 Die sog. Bremer Klausel (zu diesem Begriff bereits o.B.) des Art. 141 GG schränkt die Verfassungsgarantie staatlichen Religionsunterrichts ein: Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG findet keine Anwendung in einem Land, in dem am 1.1.1949 eine andere landesrechtliche Regelung bestand.

II. Landesverfassungen

- 9 Auch die Landesverfassungen treffen verschiedentlich Aussagen zur Frage des Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen.²² Einige Landesverfassungen enthalten nahezu deckungsgleiche Formulierungen wie das Grundgesetz (Art. 18 Verf. BW; Art. 136 und 137 BayVerf.; Art. 57 und 58 HessVerf.; Art. 14 Verf. NRW; Art. 34 und 35 Verf. RP; Art. 29 Verf. Saarl.; Art. 105 Verf. Sachsen, Art. 27 Abs. 3 Verf. LSA; Art. 25 ThürVerf.). Erwähnenswert ist insoweit, dass in den einschlägigen Artikeln in Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen der Ethikunterricht gleichberechtigt als ordentliches Lehrfach neben den Religionsunterricht gestellt wird.²³
- 10 Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen und Schleswig-Holstein erwähnen den Religionsunterricht nicht in ihren Verfassungen, verweisen jedoch auf die unmittelbare Geltung der Grundrechte des Grundgesetzes als Bestandteil der Landesverfassung (Art. 5 Abs. 3 Verf. MV; Art. 3 Abs. 2 S. 1 NdsVerf.; Art. 3 Verf. SH). Auch in den Verfassungen von Berlin und Brandenburg wird der Religionsunterricht nicht explizit aufgeführt. In Art. 1 Verf. Berlin und Art. 2 Verf. Bbg. wird lediglich die Geltung des Grundgesetzes allgemein anerkannt, eine Inkorporation der Grundrechtsgarantien des Grundgesetzes in die Landesverfassung findet nicht statt. In der Verfassung von Hamburg werden weder der Religionsunterricht noch das Verhältnis der Landesverfassung zum Grundgesetz thematisiert.
- 11 Eine besondere Regelung zum Religionsunterricht findet sich in der Verfassung von Bremen (Art. 32 Verf. Bremen). Nach Art. 32 Abs. 1 Verf. Bremen sind die allgemeinbildenden öffentlichen Schulen Gemeinschaftsschulen „mit bekenntnismäßig nicht gebundenem Unter-

²² Vgl. dazu *Peter Badura*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Losebl. Stand 74. Erg.-Lfg. 2015, Art. 7, Rn. 65.

²³ *Badura*, ebd., Art. 7, Rn. 65.

richt in Biblischer Geschichte auf allgemein christlicher Grundlage“. Daneben haben Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften gem. Art. 32 Abs. 3 Verf. Bremen das Recht, außerhalb der Schulzeit diejenigen Kinder in ihrem Bekenntnis oder in ihrer Weltanschauung zu unterweisen, deren Erziehungsberechtigte dies wünschen.

III. Einfaches Recht

1. Bundesrecht: RKEG

Auf der Ebene des einfachen Bundesrechts ist für den Religionsunterricht zunächst das (Reichs-)Gesetz über religiöse Kindererziehung (RKEG) maßgeblich²⁴, das heute gem. Art. 125 Nr. 1 GG als Bundesrecht fortgilt²⁵. Gem. § 1 RKEG haben die Erziehungsberechtigten das Recht, über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht zu entscheiden.²⁶ Die Entscheidung über die religiöse Kindererziehung ist Teil des allgemeinen Erziehungsrechts der Eltern im Rahmen der Personensorge gem. § 1631 Abs. 1 BGB.²⁷ Mit Vollendung des 14. Lebensjahres geht dieses Entscheidungsrecht gem. § 5 S. 1 RKEG auf das Kind selbst über. Das Kind wird damit religionsmündig.²⁸ § 5 S. 1 RKEG konkretisiert die Religionsfreiheit des Kindes aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, die Art. 7 Abs. 2 GG mit Eintritt der Reli-

12

²⁴ Gesetz v. 15.7.1921, RGBl. S. 939, zuletzt geändert durch Gesetz v. 17.12.2008, BGBl. I S. 2586. Dazu umfassend *Matthias Jestaedt*, → § 42, Rn. 63–98.

²⁵ H. M., vgl. statt vieler *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 17), Bd. IV/2, S. 518 m. w. N.

²⁶ Näher *Jürgen Schmid*, Religiöse Kindererziehungs-Gesetz. Kommentar, 2012, § 1, Rn. 1.

²⁷ *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, hg. von Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, 7. Aufl. 2017, Anhang zu § 1631 BGB: Gesetz über die religiöse Kindererziehung (§ 1 – § 11 RelKERzG), Vorbemerkungen.

²⁸ *Ludwig Salgo*, in: Julius v. Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Buch 4: Familienrecht, Neubearbeitung 2015, Anhang zu § 1631 BGB: Gesetz über die religiöse Kindererziehung (RKEG), § 5 RKEG, Rn. 1 f.; dabei ist jedoch zu beachten, dass Bayern und das Saarland den Schülern das Abmelderecht erst mit der Vollendung des 18. Lebensjahres zugestehen (vgl. Art. 137 Abs. 1 BayVerf., Art. 46 Abs. 4 S. 2 BayEUG und Art. 29 Abs. 2 S. 3 SaarlVerf., § 14 Schulordnungsgesetz [SchOG] Saarl.), vgl. dazu *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 449.

gionsmündigkeit „überlagert“.²⁹ Zudem ist gem. § 5 S. 2 RKEG nach Vollendung des 12. Lebensjahres eine Erziehung in einem anderen Bekenntnis „als bisher“ nicht mehr gegen den Willen des Kindes möglich; es erlangt damit die sog. Teilreligionsmündigkeit.³⁰

2. Landesrecht: Schulgesetze

- 13** Das Schulrecht unterliegt gem. Art. 70 Abs. 1 GG der Gesetzgebungszuständigkeit der Länder.³¹ Die Schulgesetze der Länder enthalten Vorschriften über den Religionsunterricht und seine Erteilungsmodalitäten sowie etwaige Ersatzfächer.³² Zudem sind vereinzelt den Religionsunterricht nur mittelbar betreffende Vorschriften in den Schulgesetzen zu finden, etwa zu Teilnahmerechten der Religionslehrer oder der Vertreter von Religionsgemeinschaften an der Schulkonferenz.

IV. Konkordate und Kirchenverträge

- 14** Daneben ist der Religionsunterricht – wie andere Bereiche des Religionsrechts – in Konkordaten und Staatskirchenverträgen geregelt.³³ Diese Verträge sind in besonderer Weise geeignet, die erforder-

²⁹ *Stefan Mückel*, Staatskirchenrechtliche Regelungen zum Religionsunterricht, in: AöR 122 (1997), S. 513 (531).

³⁰ *Schmid*, RKEG (o. Fn. 26), § 5, Rn. 3.

³¹ BVerfGE 6, 309 (354); 34, 165 (181); 53, 185 (195 f.); 59, 360 (377); 75, 40 (66 f.); 98, 218 (248); 107, 62 (125); *Arnd Uhle*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 22), Losebl. Stand 53. Erg.-Lfg. 2008, Art. 70, Rn. 115; *ders.*, in: Volker Epping / Christian Hillgruber (Hg.), BeckOK Grundgesetz, Edition 38, Stand 15.8.2018, Art. 7, Rn. 2; *Markus Thiel*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 7, Rn. 1; *Gerhard Robbers*, in: Hermann von Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber / Andreas Voßkuhle, Bd. 1, Art. 7, Rn. 8; *Hans Hofmann*, in: GG – Kommentar, hg. von Bruno Schmidt-Bleibtreu / Hans Hofmann / Hans-Günter Henneke, 14. Aufl. 2018, Art. 7, Rn. 37.

³² §§ 38, 96–100a SchulG BW; Art. 46 f., 112 BayEUG; §§ 12 f., 129 SchulG Berlin; §§ 9, 11 SchulG Bbg.; § 7 SchulG Bremen; § 7 SchulG Hmb.; §§ 8, 10 SchulG Hessen; §§ 7–10, 100 SchulG MV; §§ 124–128 SchulG Nds.; § 30 Abs. 4, §§ 31 f., 132a SchulG NRW; §§ 5, 10, 25, 74 SchulG RP; §§ 10–15 SchOG Saarl.; § 20 SchulG Sachsen; §§ 19–21, 30 SchulG LSA; §§ 7, 34, 131 SchulG SH; §§ 34, 43, 46 SchulG Thür.

³³ Näher zu den Staatskirchenverträgen *Stefan Mückel*, → § 10; *Karl-Hermann Kästner*, in: BK, Stand 2010, Art. 140, Rn. 83 ff.

lichen Einzelheiten hinsichtlich des Religionsunterrichts zu regeln, da bereits bei ihrer Entstehung die Möglichkeit besteht, etwaige Konfliktfelder anzusprechen und einvernehmliche Lösungen zu finden.

1. Katholische Kirche

Für den Bereich der katholischen Kirche gilt in erster Linie das Reichskonkordat vom 20. 7. 1933.³⁴ Gem. Art. 21 RK ist der Religionsunterricht ordentliches Lehrfach und wird in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der katholischen Kirche erteilt. Es wird zudem eine Abmachung über das kirchlich-staatliche Zusammenwirken hinsichtlich der Lehrinhalte und -mittel und des kirchlichen Rechts getroffen. Zugleich räumt Art. 21 RK der Kirche das Recht ein zu prüfen, ob der Religionsunterricht in Übereinstimmung mit den Lehren und Anforderungen der Kirche erfolgt.³⁵ Art. 22 RK regelt die Verständigung zwischen Kirche und Staat über die Einstellung und Verwendung von Religionslehrern, wobei der Bischof die Befugnis hat, Lehrer „wegen ihrer Lehre oder sittlichen Führung“ für ungeeignet zu erklären; die betroffenen Lehrer dürfen nicht im Religionsunterricht eingesetzt werden.

Daneben haben die Länder verschiedene Konkordate und Kirchenverträge mit dem Heiligen Stuhl geschlossen, die sich teilweise auch auf den Religionsunterricht beziehen.³⁶ Das jüngste Vertrags-

³⁴ Das BVerfG hat im „Konkordatsurteil“ (BVerfGE 6, 309) festgestellt, dass das Reichskonkordat gültig zustande gekommen und zu innerstaatlich verbindlichem Recht geworden sei (BVerfGE 6, 309 [332, 334]). Dementsprechend sei die Bundesrepublik Deutschland völkervertragsrechtlich an die Bestimmungen des Konkordats gebunden (BVerfGE 6, 309 [364]). Mit der durch das Grundgesetz vorgenommenen Zuweisung des Schulrechts zum Hoheitsbereich der Länder sei jedoch auch festgelegt, dass die Länder dem Bund gegenüber nicht verpflichtet seien, die Bestimmungen des Reichskonkordats einzuhalten (BVerfGE 6, 309 [361]). Die katholische Kirche hat sich – dem Grundsatz der Vertragstreue entsprechend – an ihre Verpflichtungen gegenüber dem Staat gehalten (*Christian Hermes*, Konkordate im vereinigten Deutschland, 2009, S. 465).

³⁵ *Hermes*, ebd., S. 465.

³⁶ Für den Religionsunterricht sind insbesondere folgende Konkordatsbestimmungen relevant: Art. XI BadK; Art. 7 BayK; Art. 4 KathKV Bbg.; Art. 4 KathKV Bremen; Art. 5 KathKV Hmb.; Art. 4 KathKV MV; Art. 7 NdsK; Art. II, VII, VII KathKV NRW 1984; Art. 1 KathKV RP; Art. 1 f., 7 f. des Vertrags zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Saarland über die Ausbildung von Lehrkräften für das Fach Katholische Religion und über die Ertei-

werk ist der Vertrag zwischen dem Land Schleswig-Holstein und dem Heiligen Stuhl vom 12. Januar 2009.

2. Evangelische Kirche

- 17** Auch auf evangelischer Seite enthalten zahlreiche Staatskirchenverträge Regelungen zum Religionsunterricht.³⁷ Als Beispiel sei hier auf Art. 14 Abs. 2 S. 4 des Vertrags der Evangelischen Landeskirchen in Hessen mit dem Lande Hessen vom 18. Februar 1960 verwiesen. Danach sind Lehrer zur Erteilung des Religionsunterrichts erst berechtigt, wenn sie die Bevollmächtigung der Kirche erhalten haben.

3. Weitere Religionsgemeinschaften

- 18** Andere Religionsgemeinschaften haben ebenfalls die Möglichkeit ergriffen, Verträge über den Religionsunterricht mit dem Staat zu schließen. Beispielhaft seien an dieser Stelle die Vereinbarungen mit jüdischen und islamischen Gemeinschaften genannt.³⁸

lung katholischen Religionsunterrichts an den Schulen im Saarland vom 12. 2. 1985 (Abl. S. 794); Art. 3 KathKV Sachsen; Art. 4 KathKV LSA; Art. 5 KathKV SH; Art. 12 KathKV Thür. Zudem gibt es folgende Vereinbarung für Berlin: Punkt I. (Schulfragen) des Abschließenden Protokolls vom 2. 7. 1970 über Besprechungen zwischen Vertretern des Bischöflichen Ordinariats Berlin und des Senats von Berlin über die Regelung gemeinsam interessierender Fragen (abrufbar unter: <https://www.berlin.de/sen/kultur/_assets/kirche-und-weltanschauung/abschlie_endes_protokoll_1970_kk_1_.pdf> oder <<https://www.berlin.de>>, Suchstichwort „Schulfragen“).

³⁷ Art. 7 Abs. 2, Art. 8 EvKV BW; Art. VIII BadKV; Art. 6, 9 f., 12, 26 f. BayKV; Art. 2–7, 19 f. EvKV Pfalz; Art. 5 EvKV Berlin; Art. 5 EvKV Bbg. unter „Verweis auf gesonderte Vereinbarungen“, vgl. diesbezüglich H. II. 4.; Art. 4 EvKV Bremen; Art. 7 EvKV Hmb.; Art. 14 EvKV Hessen; Art. 6 EvKV MV; Art. 5 NdsKV; Art. II, IV, V, VI, VII EvKV NRW 1984; Art. 15 f., 20 EvKV RP; Art. 2, 5, 6, des Vertrags der Evangelischen Kirche im Rheinland und der Evangelischen Kirche der Pfalz mit dem Saarland über die Aus- und Fortbildung von Lehrkräften für das Fach Evangelische Religion und über die Erteilung evangelischen Religionsunterrichts an den Schulen im Saarland v. 25. 2. 1985 (Abl. S. 798); Art. 5 EvKV Sachsen; Art. 5 EvKV LSA; Art. 5 f. EvKV SH; Art. 5 EvKV Thür.

³⁸ Ferner gibt es auch punktuelle vertragliche Vereinbarungen und einseitige kultusministerielle Verfügungen zum Religionsunterricht weiterer Religionsgemeinschaften. Beispiele finden sich bei *Corlazzoli*, Religionsunterricht von kleineren Religionsgemeinschaften (o. Fn. 5), S. 294 f., sowie bei *Hermann Weber*, Neuralgische Punkte in den Grundsatzfragen des Staatskir-

V. Kirchenrecht

Gem. Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG wird der Religionsunterricht in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften erteilt. Die Vorgaben des Kirchenrechts sind deshalb für die Gestaltung des staatlichen Religionsunterrichts bedeutsam.³⁹ 19

1. Katholische Kirche

Der Codex Iuris Canonici trifft in den cc. 796 bis 806 Aussagen über Schulen. Für den Religionsunterricht sind insbesondere die cc. 804 f. CIC bedeutsam.⁴⁰ Nach c. 804 § 1 unterstehen der katholische Religionsunterricht und die katholische religiöse Erziehung der kirchlichen Autorität. Die Bischofskonferenz hat die Aufgabe, hierzu allgemeine Normen zu erlassen. Der Diözesanbischof ist dafür zuständig, das Nähere zu regeln und die Praxis zu überwachen. C. 804 § 2 und c. 805 betreffen die Religionslehrer: Danach hat der Diöze- 20

chenrechts, in: Staat, Kirche, Verwaltung. Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, hg. von Max-Emanuel Geis / Dieter Lorenz, 2001, S. 469 (478).

A) Verträge mit jüdischen Gemeinschaften: Art. 4 JüdV BW; Art. 2 JüdV Bay.; Art. 8 JüdV Berlin; Art. 4 JüdV Bbg.; Art. 3 JüdV Hmb.; Art. 5 JüdV RP; Schlussprotokoll zu Art. 4 Abs. 2 JüdV Sachsen; Art. 4 JüdV Thür.

B) Verträge mit islamischen Gemeinschaften: vgl. etwa Art. 6 des Vertrags zwischen den Freien und Hansestadt Hamburg, dem DITIB-Landesverband Hamburg, dem SCHURA-Rat der Islamischen Gemeinschaften in Hamburg und dem Verband der Islamischen Kulturzentren v. 13.11.2012 (HmbGVBl. II 2013 S. 997) – IslamV Hmb.; dazu *Gritt Klinkhammer / Heiner de Wall*, Staatsvertrag mit Muslimen in Hamburg. Die rechts- und religionswissenschaftlichen Gutachten, 2012; grundlegend *Ansgar Hense*, Staatsverträge mit Muslimen – eine juristische Unmöglichkeit?, in: Das Recht der Staatskirchenverträge. Colloquium aus Anlaß des 75. Geburtstags von Alexander Holterbach, hg. von Stefan Mückl, 2007, S. 115 ff.; ferner Art. 8 Abs. 3 des Vertrags zwischen der Freien Hansestadt Bremen und den Islamischen Religionsgemeinschaften im Lande Bremen v. 15.1.2013 (Drs. 18/727 der Bremischen Bürgerschaft) – IslamV Bremen –, der den islamischen Religionsgemeinschaften die Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Bildungsplänen für das Fach Biblische Geschichte einräumt.

³⁹ Zu den inhaltlichen Vorgaben für das kirchliche Bildungswesen *Manfred Baldus*, Bildungs- und Erziehungsauftrag der Kirche und des Staates, in: Recht in Kirche und Staat. Festschrift für Joseph Listl zum 75. Geburtstag, hg. von Wilhelm Rees, 2004, S. 573 ff.

⁴⁰ Näher dazu *Wilhelm Rees*, Die kirchenrechtlichen Rahmenbedingungen für den katholischen Religionsunterricht, in: *EssGespr.* 49 (2016), S. 75 ff.

sanbischof die Aufgabe und das Recht, geistlich wie pädagogisch geeignete Religionslehrer zu ernennen, aber auch abzuberufen bzw. ihre Abberufung zu fordern.⁴¹

2. Evangelische Kirche

- 21 Die Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland beschäftigt sich nicht mit dem Religionsunterricht. Etwas anderes gilt für die Kirchenverfassungen einiger evangelischer Landeskirchen. So weist z.B. Art. 81 Abs. 1 der Kirchenordnung der Evangelischen Kirche im Rheinland (KO EKIR)⁴² darauf hin, dass die Vermittlung des christlichen Glaubens als Aufgabe der Gemeinde auch in der Schule stattfindet. Zudem soll die Gemeinde gem. Art. 81 Abs. 4 S. 1 KO EKIR Lehrer unterstützen, die evangelischen Religionsunterricht erteilen; Satz 2 dieser Bestimmung weist auf das Erfordernis einer Bevollmächtigung der Lehrer durch die Kirche hin. Art. 128 KO EKIR überträgt die Entscheidungskompetenz über Lehrinhalte und -mittel der Landessynode.

D. Dogmatische Einordnung des Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG

- 22 Bei Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG handelt es sich um eine institutionelle Garantie.⁴³ Es fällt sofort auf, dass die Garantie des Religionsunterrichts im Text des Grundgesetzes von Freiheitsgewährleistungen um-

⁴¹ Weiterführend dazu: *Wilhelm Rees*, Der Religionsunterricht (§ 70), in: HKKR², S. 734 ff.; *Thomas Meckel*, Religionsunterricht im Recht, 2011, S. 105 ff.

⁴² Kirchenordnung der Evangelischen Kirche im Rheinland v. 10.1.2003 (KABl. 2004 S. 86), zuletzt geändert durch Kirchengesetz v. 17.1.2014 (KABl. S. 41).

⁴³ Vgl. *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 31), Bd. 1, Art. 7, Rn. 119 m.w.N.; *Hofmann*, in: GG (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 34 m.w.N.; *Sigrid Boysen*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl. 2012, Bd. 1: Präambel, Art. 1 bis Art. 69, Art. 7, Rn. 60; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 28), Rn. 416; *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 17), Bd. IV/2, S. 415 m.w.N.; a.A. z.B. *Stefan Koriath*, Islamischer Religionsunterricht und Art. 7 III GG. Zu den Voraussetzungen religiöser Vielfalt in der öffentlichen Pflichtschule, in: NVwZ 2004, S. 1041 (1044): Nicht der Religionsunterricht ist institutionell abgesichert, sondern nur die Verpflichtung des Staates, ihn als Angebot bereitzuhalten.

rahmt wird.⁴⁴ In Rechtsprechung und Literatur sind Stimmen laut geworden, die die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Religionsunterrichts als systemfremde Ausnahme vom Trennungsgebot sowie von der den Staat in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht treffenden Neutralitätspflicht⁴⁵ bezeichnen. Vereinzelt wird in der Norm sogar verfassungswidriges Verfassungsrecht erblickt.⁴⁶ Die rechtsdogmatische Einordnung von Art. 7 Abs. 3 GG bedarf daher der näheren Erläuterung.

I. Institutionelle Garantie

Aus der Verfassung lassen sich nicht nur subjektive Rechte herleiten, sie gewährleistet auch objektive Einrichtungen. Subjektive Rechte sind – namentlich im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes – dadurch gekennzeichnet, dass sie dem Einzelnen zur Abwehr bestimmter Eingriffe oder zur Verwirklichung bestimmter Mitwirkungsrechte oder Leistungsansprüche eine rechtliche Durchsetzungsmöglichkeit zur Verfügung stellen.⁴⁷ Institutionelle Garantien (Einrichtungsgarantien) gewährleisten dagegen verfassungsrechtlich die historische Kontinuität bestimmter Grundlagen der gesellschaftlichen Ordnung, insbesondere bestimmte soziale und staatliche Strukturen.⁴⁸

Als institutionelle Garantie verpflichtet Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG den Staat, den Religionsunterricht an seinen öffentlichen Schulen anzu-

⁴⁴ Schon im Rahmen der Debatte im Parlamentarischen Rat war angemerkt worden, dass die Norm Regeln für das Schulwesen enthalte und daher eigentlich nicht in den Abschnitt über die Grundrechte gehöre, da in diesem nur die Individualsphäre gegenüber dem Staat abgegrenzt werde. Vgl. *Klaus-Berto von Doemming*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, 1951, S. 105.

⁴⁵ Vgl. BVerwGE 42, 346 (347 f.); *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 17), Bd. IV/2, S. 494 m.w.N.; *Oebbecke*, Garantie des Religionsunterrichts (o. Fn. 12), S. 339 ff.

⁴⁶ Vgl. *Erwin Fischer*, Volkskirche ade! Trennung von Staat und Kirche, 4. Aufl. 1993, S. 119.

⁴⁷ *Reinhold Zippelius / Thomas Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl. 2018, S. 176.

⁴⁸ *Zippelius / Würtenberger*, ebd. Innerhalb der Einrichtungsgarantien wird noch zwischen institutionellen Garantien im engeren Sinn (Gewährleistung öffentlich-rechtlicher Einrichtungen) und Institutsgarantien (Gewährleistung privatrechtlicher Einrichtungen) unterschieden.

bieten.⁴⁹ Der Religionsunterricht ist ein Pflichtfach mit Abmelde-möglichkeit.⁵⁰ Institutionelle Garantien finden sich im Grundgesetz beispielsweise auch für die kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) sowie das Berufsbeamtentum (Art. 33 Abs. 5 GG). Den genannten Schutzgütern ist gemeinsam, dass sie der Rechtsordnung nicht vorgegeben, sondern von ihr konstituiert sind. Wenn das Verfassungsrecht solche Einrichtungen wirksam schützen soll, dürfen sie nicht zementiert werden.⁵¹ Es muss auch ein „Recht auf Spontaneität“ bestehen, so dass eine Fortentwicklung und Anpassung an veränderte tatsächliche und rechtliche Rahmenbedingungen möglich sind. Die institutionelle Garantie gewährt daher zwar einen Schutz vor völliger Abschaffung des Gewährleistungsinhalts und ungerechtfertigten Beschränkungen, nicht aber vor modifizierenden Neuregelungen.

II. Grundrecht auf Einrichtung von Religionsunterricht

- 25 Die Einordnung des Religionsunterrichts als institutionelle Garantie schließt nicht aus, dass Art. 7 Abs. 3 GG auch subjektive Rechte verbürgt.⁵² Allerdings korrespondieren mit einer Einrichtungsgarantie nicht notwendigerweise Individualrechte.⁵³ Es stellt sich somit unabhängig von der Einordnung des Art. 7 Abs. 3 GG als institutionelle Garantie die Frage, ob ein Grundrecht auf Einrichtung von Religionsunterricht besteht. Als Träger dieses Grundrechts kommen die Religionsgemeinschaften, aber auch die Erziehungsberechtigten und Schüler in Betracht.

1. Für Religionsgemeinschaften

- 26 Die Frage, ob Religionsgemeinschaften ein Grundrecht auf Einrichtung von Religionsunterricht an nicht bekenntnisfreien öffentli-

⁴⁹ Vgl. *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 28), Rn. 416.

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 74, 244 (251). Dazu unten F. IV.

⁵¹ *Oebbecke*, Garantie des Religionsunterrichts (o. Fn. 12), S. 339.

⁵² *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 17), Bd. IV/2, S. 498. Siehe hierzu auch die eingehenden Ausführungen von *Uta Hildebrandt*, Das Grundrecht auf Religionsunterricht. Eine Untersuchung zum subjektiven Rechtsgehalt des Art. 7 Abs. 3 GG, 2000, S. 154 ff. m. w. N.

⁵³ *Zippelius / Württemberg*, Staatsrecht (o. Fn. 47), S. 180.

chen Schulen zusteht, lässt sich weder allein anhand des Wortlauts von Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG noch mittels der historischen Interpretation beantworten. Zwar hat der Verfassungsgeber – anders als in Art. 2, 3 oder 8 GG – in Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG darauf verzichtet, ausdrücklich einen Grundrechtsberechtigten zu benennen. Darin mag ein Indiz für den rein objektiv-rechtlichen Charakter der Norm zu sehen sein. Es ist aber zu berücksichtigen, dass zahlreiche Verfassungsbestimmungen, die ohne Zweifel Individualrechte garantieren, den durch sie Begünstigten nicht näher kennzeichnen.⁵⁴ Auch ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG lässt keinen eindeutigen Schluss zu.⁵⁵ Einerseits merkte der Abgeordnete *Theodor Heuss* im Parlamentarischen Rat an, dass der Religionsunterricht „keine Ausstrahlung des Elternrechts, sondern institutionell Recht der Konfessionen“ sei.⁵⁶ Andererseits sollten die vorgesehenen Regelungen nach Auffassung des Redaktionsausschusses kein Grundrecht enthalten.⁵⁷ Ferner lässt sich der Grundrechtscharakter nicht pauschal mit der Begründung bejahen, dass Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG im ersten Abschnitt des Grundgesetzes („Die Grundrechte“) zu finden ist.⁵⁸ Auch wenn es richtig ist, dass die systematische Stellung der Norm die Einordnung als Grundrecht nahelegt, kann diesem Argument nicht gefolgt werden. Für die Regelungen des Grundrechtsteils muss dasselbe gelten wie für alle anderen Vorschriften der Verfassung: Ihr materieller Gehalt ist unter Rückgriff auf die gängigen juristischen Auslegungsregeln zu ermitteln.⁵⁹ Die Annahme, dass eine im Grundrechtsteil stehende Vorschrift zwingend subjektive Rechte gewährt, zählt nicht zu den anerkannten Regeln.

Für ein Grundrecht der Religionsgemeinschaften aus Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG spricht jedoch, dass nach Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG „der Religionsunterricht in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften erteilt“ wird. Dabei wird der Regelung des Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG zu Recht ein Anspruch der Religionsgemeinschaften

27

⁵⁴ Vgl. z. B. Art. 4, 6 und 14 GG.

⁵⁵ *Frauke Brosius-Gersdorf*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl., Bd. I: Artikel 1 bis 19, 2013, Art. 7, Rn. 89.

⁵⁶ *Brosius-Gersdorf*, ebd.; JöR n. F. Bd. 1 (1951), S. 101 ff.; Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 5/II, 1993, S. 646.

⁵⁷ Siehe oben Fn. 45.

⁵⁸ So aber *Gerhard Eiselt*, Islamischer Religionsunterricht an öffentlichen Schulen in der Bundesrepublik Deutschland, in: DÖV 1981, S. 205 (206); *Mückl*, Staatskirchenrechtliche Regelungen (o. Fn. 29), S. 521.

⁵⁹ Vgl. hierzu *Thorsten Kingreen / Ralf Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 34. Aufl. 2018, Rn. 8.

darauf entnommen, den Inhalt des Religionsunterrichts durch Festlegung ihrer Grundsätze zu bestimmen.⁶⁰ Dieser Anspruch kann nur dann effektiv zur Geltung kommen, wenn den Religionsgemeinschaften auch das vorrangige Grundrecht auf Einrichtung von Religionsunterricht zukommt.⁶¹ Mit dem ihnen ausdrücklich in Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG zugesprochenen Recht wäre es kaum zu vereinbaren, wenn die Religionsgemeinschaften nicht unter Berufung auf Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG die Einrichtung von Religionsunterricht gegen den Willen des Gesetzgebers durchsetzen könnten. Anderenfalls hätte es der Staat in der Hand, das Recht aus Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG praktisch auszuhebeln, indem er davon absieht, die gesetzlichen Grundlagen für den Religionsunterricht zu schaffen. Der Wert einer Einrichtungsgarantie bemisst sich nicht zuletzt danach, ob sie im Bedrohungsfall verteidigt werden kann.⁶² Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG wird daher von der h.M.⁶³ zutreffend als ein Grundrecht der Religionsgemeinschaften auf Einrichtung von Religionsunterricht angesehen.

- 28 Gegen ein solches Grundrecht kann nicht eingewendet werden, dass es wegen Art. 141 GG nur räumlich beschränkt gelten und daher in Deutschland ein „Grundrechtsgefälle“ verursachen würde, welches dem rechtsvereinheitlichenden Charakter der Grundrechte widerspräche.⁶⁴ Es mag sein, dass den Grundrechten der Gedanke der Rechtseinheit zugrunde liegt (vgl. Art. 142 GG). Allerdings tritt diese Funktion hinter die freiheitssichernde Zweckbestimmung der Grundrechte zurück. Auch ein territorial begrenztes Grundrecht führt zu einer Erweiterung der Freiheit von staatlicher Einflussnahme. Mit Blick hierauf erscheint es wenig plausibel, das aus Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG folgende Grundrecht mit der Begründung in Abrede

⁶⁰ Siehe dazu F. II. 1.

⁶¹ Vgl. *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 89; *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 17), Bd. IV/2, S. 417 f.; *Hans D. Jarass*, in: ders./Bodo Piotroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 7, Rn. 10; *Ogorek*, Verfassungsgarantie staatlichen Religionsunterrichts in den neuen Bundesländern (o. Fn. 21), S. 63 f., S. 76; *Hildebrandt*, Das Grundrecht auf Religionsunterricht (o. Fn. 52), S. 198 f.; *Guy Beaucamp/Karin Wißmann*, Islamischer Religionsunterricht – Warum ist das eine unendliche Geschichte?, in: DVBl. 2017, S. 1517 (1518); ähnlich BVerwGE 123, 49 (52), das den Grundrechtscharakter u. a. „durch den inneren Zusammenhang zwischen Art. 7 Abs. 3 S. 1 und 2 GG“ bestätigt sieht.

⁶² *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 17), Bd. IV/2, S. 416 m. w. N.

⁶³ Siehe hierzu die Übersicht bei *Thiel*, in: Sachs (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 44.

⁶⁴ In diesem Sinne aber *Ludwig Renck*, Rechtsfragen des Religionsunterrichts im bekenntnisneutralen Staat, in: DÖV 1994, S. 27 (31).

zu stellen, dass die Religionsgemeinschaften sich nicht in allen Bundesländern darauf berufen können.

2. Für Erziehungsberechtigte und Schüler

Ob neben den Religionsgemeinschaften auch den Erziehungsberechtigten und Schülern ein Grundrecht auf Einrichtung von Religionsunterricht zusteht, ist umstritten.⁶⁵ Teilweise wird dieses Recht für die Erziehungsberechtigten unmittelbar aus Art. 7 Abs. 2 GG hergeleitet und zur Begründung vorgetragen, dass Erziehungsberechtigte, wenn sie schon berechtigt sind, über die Teilnahme ihres Kindes am Religionsunterricht zu entscheiden, auch ein Recht auf Einrichtung desselben haben müssten.⁶⁶ Allerdings wird vereinzelt aus dem Kreis der Befürworter eines solchen Rechts eingeräumt, Art. 7 Abs. 2 GG könne auch so ausgelegt werden, dass das daraus folgende Recht erst mit der Einrichtung des Religionsunterrichts entstehe.⁶⁷ Weiter wird von den Verfechtern eines Grundrechts der Erziehungsberechtigten und Schüler noch vorgetragen, es sei unangebracht, das den Eltern nach Art. 6 Abs. 2 GG zustehende Recht nicht auf die Einrichtung des Religionsunterrichts auszudehnen.⁶⁸ Zudem lasse sich auf die positive Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG hinweisen, welche der Staat zu sichern habe.⁶⁹ Wer über sein Bekenntnis frei entscheiden könne, müsse auch berechtigt sein, einen seinem Bekenntnis entsprechenden Religionsunterricht zu fordern.⁷⁰ Seien die

29

⁶⁵ Für ein solches Recht etwa BGHZ 34, 20 f. (allerdings ohne Begründung); *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 17), Bd. IV/2, S. 423; *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Bd. 1, Art. 7, Rn. 123 f.; *Boysen*, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 43), Bd. 1, Art. 7, Rn. 74; *Germann*, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 69 ff.; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 28), Rn. 416; *Badura*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 22), Art. 7, Rn. 83; gegen ein solches Grundrecht etwa *Jarass*, in: ders. / Pieroth (o. Fn. 61), Art. 7, Rn. 16a; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 90; *Czermak / Hilgendorf*, Religions- und Weltanschauungsrecht (o. Fn. 10), S. 174; zweifelnd auch *Thiel*, in: Sachs (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 44; *Oebbecke*, Garantie des Religionsunterrichts (o. Fn. 12), S. 339. Das BVerfG hat in BVerfGE 104, 305 ff. eine Festlegung in dieser Frage vermieden.

⁶⁶ *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Bd. 1, Art. 7, Rn. 123.

⁶⁷ *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 17), Bd. IV/2, S. 423.

⁶⁸ *Stern*, ebd.

⁶⁹ Vgl. *Germann*, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 70.3; *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 17), Bd. IV/2, S. 423.

⁷⁰ *Stern*, ebd.

Kinder mit Vollendung des 14. Lebensjahres (§ 5 RKEG)⁷¹ religionsmündig, so hätten sie auch ein Recht auf Einrichtung von Religionsunterricht aus Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG.⁷²

30 Diese Argumentation überzeugt nicht. Es würde den Gewährleistungsinhalt des Art. 7 Abs. 2 GG überstrapazieren, aus dieser Bestimmung ein den Erziehungsberechtigten und gegebenenfalls den Schülern zustehendes Grundrecht auf Einrichtung von Religionsunterricht abzuleiten.⁷³ Daran ändern auch die Verbürgungen in Art. 6 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 1 und 2 GG nichts. Als Grundlage für ein entsprechendes Grundrecht der Erziehungsberechtigten und Schüler kommt demnach lediglich Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG in Betracht. Die Entstehungsgeschichte der Norm führt wie bei der Frage, ob Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG ein subjektives Recht zugunsten der Religionsgemeinschaften zu entnehmen ist (s. o. D. II. 1.), zu keinem eindeutigen Ergebnis.⁷⁴ Die besseren Gründe sprechen jedoch gegen ein Grundrecht der Erziehungsberechtigten und Schüler. Eine solche Auslegung folgt schon aus dem systematischen Zusammenhang des Art. 7 Abs. 3 S. 1 und Abs. 2 GG.⁷⁵ In Art. 7 Abs. 2 GG werden die Grundrechte der Erziehungsberechtigten aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG sowie Art. 6 Abs. 2 GG weiter ausgeformt.⁷⁶ Der Wortlaut des Art. 7 Abs. 2 GG, der den Erziehungsberechtigten – anders als Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG – ausdrücklich ein „Recht“ einräumt, legt den Schluss nahe, dass damit die Rechte der Erziehungsberechtigten im Hinblick auf den Religionsunterricht abschließend konkretisiert sind. Überdies darf nicht aus dem Blick geraten, dass der Staat den Religionsunterricht nach Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG nur „in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften“ erteilen kann. Daher wäre ein mögliches subjektives Recht der Erziehungsberechtigten und Schüler durch die Mitwirkungsbereitschaft der Religionsgemeinschaften „bedingt“. Zwar würde ein solchermaßen eingeschränktes Recht sich grundsätzlich in die Grundrechtsdogmatik einfügen.⁷⁷ Im Falle der Einrichtung

⁷¹ Siehe unten F. IV. 1.

⁷² *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 17), Bd. IV/2, S. 423.

⁷³ So auch *Korioth*, Der Auftrag des Religionsunterrichts (o. Fn. 9), S. 27.

⁷⁴ Vgl. hierzu *Brosius-Gersdorf*, in: *Dreier* (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 90 m. w. N. und *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 17), Bd. IV/2, S. 423 m. w. N.

⁷⁵ *Brosius-Gersdorf*, in: *Dreier* (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 90.

⁷⁶ Vgl. *Jarass*, in: *ders. / Pieroth* (o. Fn. 61), Art. 7, Rn. 11.

⁷⁷ A. A. z. B. *Thiel*, in: *Sachs* (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 44. Dass die Ausübung grundrechtlicher Freiheit von dem Tätigwerden eines Dritten abhängen kann, lässt sich auch bei anderen Grundrechten beobachten: Eine Versammlung i. S. des Art. 8 Abs. 1 GG setzt voraus, dass der Einzelne mit anderen in

von Religionsunterricht kann diese rechtstechnische Konstruktion aber letztlich nicht gewollt sein, weil sie die Rechtsstellung der Erziehungsberechtigten und Schüler kaum verbessern würde.⁷⁸ Schließlich geht aus Art. 7 Abs. 3 S. 1 und 2 GG klar hervor, dass die Erteilung von Religionsunterricht eine von Staat und Religionsgemeinschaften wahrgenommene Aufgabe ist. Hiermit stünde es nicht im Einklang, wenn auch die Erziehungsberechtigten und grundrechtsmündigen Schüler ein Recht auf die Einrichtung von Religionsunterricht hätten. Denn nicht die Erziehungsberechtigten und Schüler, sondern die Religionsgemeinschaften stehen bei der Erteilung von Religionsunterricht in der Verantwortung und sind in dieser Hinsicht dem Staat gleichgestellt. Daher haben auch nur die Religionsgemeinschaften einen aus Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG folgenden und gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Einrichtung von Religionsunterricht.⁷⁹

III. Trennungsgebot und Neutralitätspflicht

Wie bereits erwähnt, ist die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Religionsunterrichts in Rechtsprechung und Literatur als Ausnahme vom Trennungsgebot und der Verpflichtung des Staates zu religiös-weltanschaulicher Neutralität qualifiziert worden.⁸⁰ Dem ist nur eingeschränkt beizupflichten. Richtig ist, dass Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG als eine Einschränkung des Trennungsgebots zu bewerten ist. Der Staat und die Kirchen sind nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 WRV institutionell getrennt. Hieraus folgt, dass ihr Organisationsgefüge und ihre Willensbildung voneinander gesondert sein müssen.⁸¹ Die in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 WRV angeordnete Trennung

31

Kontakt tritt. Er ist deshalb auf deren Zustimmung angewiesen. Auch ist der grundrechtliche Anspruch des Schulträgers einer privaten Grundschule nach Art. 7 Abs. 5 Alt. 2 GG dadurch bedingt, dass ein entsprechender Zulassungsantrag von den Erziehungsberechtigten gestellt wurde.

⁷⁸ Brosius-Gersdorf, in: Dreier (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 90.

⁷⁹ Im Übrigen darf die praktische Bedeutung dieser Frage nicht überschätzt werden, da das Bestimmungsrecht der Eltern über die religiöse Erziehung durch Art. 7 Abs. 2 GG und Art. 6 Abs. 2 GG weitgehend geschützt wird und auch eine Berufung auf den Gleichheitssatz möglich ist (vgl. Oebbeke, Garantie des Religionsunterrichts [o. Fn. 12], S. 339). Überdies steht z. B. in Nordrhein-Westfalen den Schülern gem. § 31 Abs. 1 S. 3 SchulG NRW unter den dort festgelegten Voraussetzungen ein Anspruch auf Einrichtung von Religionsunterricht zu.

⁸⁰ Siehe oben Fn. 45.

⁸¹ Stern, Staatsrecht (o. Fn. 17), Bd. IV/2, S. 1214 m. w. N.

von Staat und Kirche erfährt durch Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG insoweit eine Einschränkung, als der schulische Religionsunterricht jedenfalls auch zu einer staatlichen Aufgabe erklärt wird.⁸² Zur Rechtfertigung für die mit dem Religionsunterricht verbundene Einschränkung des Trennungsgebots ist allerdings anzuführen, dass die Verfassung selbst dem Staat in Art. 7 Abs. 3 GG ein von den Vorgaben des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 WRV abweichendes Verhalten ausdrücklich erlaubt.⁸³ Art. 7 Abs. 3 S. 1 und 2 GG ist daher *lex specialis* zu Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 WRV.⁸⁴

- 32** Die Regelung in Art. 7 Abs. 3 S. 1 und 2 GG schränkt dagegen nicht das Neutralitätsgebot ein. Der Religionsunterricht ist inhaltlich nach den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften zu erteilen. Die Definitionskompetenz hinsichtlich ihrer Glaubensgrundsätze gehört in den Binnenbereich der jeweiligen Religionsgemeinschaft, auf den Einfluß zu nehmen dem Staat verwehrt ist. Eine Identifizierung des Staates mit einzelnen Religionsgemeinschaften oder Glaubenssätzen ist damit ausgeschlossen.⁸⁵ Wenn Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG die Verantwortung für die im Religionsunterricht angesprochenen Unterrichtsinhalte den Religionsgemeinschaften auferlegt, kann schwerlich davon gesprochen werden, der Staat trete durch den Religionsunterricht in Widerspruch zum Neutralitätsprinzip.⁸⁶ Weil sich nicht der Staat, sondern die jeweilige Religionsgemeinschaft die im Religionsunterricht vertretene Position als eigenes Glaubensgut zurechnen lassen muss, bringt Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG gerade die „Distanz“ des Staates zu den Inhalten des Religionsunterrichts deutlich zum Ausdruck. Vor diesem Hintergrund muss die religiöse Unterweisung nicht allein dem außerschulischen Bereich überlassen werden, um dem Neutralitätsgebot zu genügen. Teilweise wird in der Literatur überdies geltend gemacht, dass ein außerschulischer Religionsunterricht in den Nachmittags- bzw. Abendstunden oder an Wochenenden den Schülern nicht zugemutet werden könne.⁸⁷ Dementsprechend soll ein vollständig dem außerschulischen Bereich zugewiesener Religionsunter-

⁸² Vgl. BVerwGE 42, 346 (348).

⁸³ Vgl. *Ludwig Renck*, Über positive und negative Bekenntnisfreiheit, in: NVwZ 1994, S. 544 (546).

⁸⁴ *Thiel*, in: Sachs (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 43.

⁸⁵ *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 88 m. w. N.

⁸⁶ So z. B. *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Bd. 1, Art. 7, Rn. 115; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 88; *Hofmann*, in: GG (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 36.

⁸⁷ *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Bd. 1, Art. 7, Rn. 116.

richt eine Diskriminierung des Religiösen zur Folge haben und mit der Neutralitätspflicht des Staates unvereinbar sein.⁸⁸

IV. Zusammenfassung

Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG ist eine institutionelle Garantie, der sich auch ein Grundrecht der Religionsgemeinschaften auf Einrichtung von Religionsunterricht entnehmen lässt. Insoweit ist die systematische Stellung des Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG im Abschnitt über die Grundrechte sachgerecht. Ein Grundrecht der Erziehungsberechtigten und Schüler auf Einrichtung von Religionsunterricht ist dagegen abzulehnen. Die Verfassungsgarantie des Religionsunterrichts läuft auf eine Einschränkung der Trennung von Staat und Kirche, nicht aber auf eine Durchbrechung der staatlichen Neutralitätspflicht hinaus. Entgegen anderslautenden Stimmen im Schrifttum handelt es sich bei Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG nicht um verfassungswidriges Verfassungsrecht.⁸⁹ Vielmehr ist die Norm *lex specialis* zu Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 WRV.

33

E. Voraussetzungen für die Erteilung von Religionsunterricht

I. Öffentliche Schule

Religionsunterricht ist in den öffentlichen Schulen mit Ausnahme der bekenntnisfreien Schulen ordentliches Lehrfach (Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG). Kennzeichnend für eine öffentliche Schule ist, „dass der Staat, eine Kommune oder eine sonstige öffentlich-rechtliche Verwaltungseinheit durch schulisch geplanten und geordneten Unterricht von Kindern und Jugendlichen den öffentlichen Erziehungs-, Bildungs- und Ausbildungsauftrag erfüllt“.⁹⁰ Abzugrenzen ist die öffentliche Schule von der Privatschule i. S. des Art. 7 Abs. 4 und 5 GG.⁹¹

34

Grundsätzlich gilt die Pflicht zur Einrichtung von Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach nicht an privaten Ersatzschulen. Der Verzicht auf das Unterrichtsfach Religion rechtfertigt auch keine

⁸⁸ So ausdrücklich *Robbers*, ebd.

⁸⁹ Vgl. *Fischer*, *Volkskirche* ade! (o. Fn. 46), S. 119.

⁹⁰ *Badura*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 22), Art. 7, Rn. 73.

⁹¹ *Mückel*, *Staatskirchenrechtliche Regelungen* (o. Fn. 29), S. 526.

- 35 Ablehnung der Genehmigung einer Privatschule mit Hinweis darauf, die private Schule würde in ihren Lehrzielen i.S. des Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen.⁹² In einigen Bundesländern wird die Verpflichtung zur Erteilung von Religionsunterricht landesverfassungsrechtlich⁹³ auch Privatschulen auferlegt.⁹⁴ Konfessionelle Träger dürfen jedoch – gestützt auf die Privatschulfreiheit⁹⁵ – ihr Unterrichtsangebot auf Religionsunterricht der eigenen Konfession beschränken.⁹⁶ Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass Schülern die Aufnahme in eine anderskonfessionelle Privatschule verweigert werden kann, wenn sie auf die Erteilung von Religionsunterricht in ihrer Konfession bestehen.⁹⁷
- 36 In Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen gibt es mit der öffentlichen „Bekenntnisschule“ (auch: „Konfessionsschule“) eine besondere Form der konfessionellen Grundschule in öffentlicher Trägerschaft.⁹⁸ An Bekenntnisschulen können auch Kinder einer anderen Konfession aufgenommen werden.⁹⁹ Das BVerwG und das OVG NRW haben für diese Schulform richtigerweise bestätigt, dass die Aufnahme bekenntnisfremder Schüler grundsätzlich von einer ausdrücklichen Einverständniserklärung der Erziehungsberechtigten zur Teilnahme am Religionsunterricht und den Schulgottesdiensten des jeweiligen Bekenntnisses abhängig gemacht werden kann.¹⁰⁰ Eine

⁹² VGH Baden-Württemberg, U. v. 3.5.2018 – 9 S 653/16, in: DÖV 2018, S. 784 (nur Ls.).

⁹³ Vgl. teilweise mit Ausnahmen für bekenntnisgebundene bzw. bekenntnisfreie Schulen: Art. 136 Abs. 2 BayVerf.; Art. 57 Abs. 1 HessVerf.; Art. 14 Abs. 1 Verf. NRW; Art. 34 Verf. RP; Art. 105 Verf. Sachsen; Art. 27 Abs. 3 Verf. LSA.

⁹⁴ *Manfred Baldus*, Katholische Freie Schulen im staatlichen und kirchlichen Recht, 2001, S. 66 f., Fn. 82.

⁹⁵ Näher dazu *Markus Ogorek*, Der Schutz anerkannter Ersatzschulen durch das Grundrecht der Privatschulfreiheit, in: DÖV 2010, S. 341 ff.

⁹⁶ *Baldus*, Katholische Freie Schulen (o. Fn. 94), S. 66 f., Fn. 82.

⁹⁷ BVerwG, KirchE 19, 95 (97); *Baldus*, Katholische Freie Schulen (o. Fn. 94), S. 28.

⁹⁸ Art. 12 Abs. 3 S. 2 Verf. NRW, § 26 Abs. 3 SchulG NRW; § 129 SchulG Nds.

⁹⁹ *Rainer Ernst*, in: Schulgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen. Kommentar für die Schulpraxis, Losebl. Stand 11. Erg.-Lfg. 2013, § 26, Abschnitt 3.1. Formell bekenntnisangehörige Kinder sind allerdings vorrangig vor bekenntnisfremden Kindern aufzunehmen, vgl. OVG NRW, in: NVwZ-RR 2016, S. 581.

¹⁰⁰ BVerwG, in: NVwZ 2017, S. 1141; OVG NRW, B. v. 4.9.2013 – 19 B 1042/13, juris, Rn. 7 ff. (einstweiliger Rechtsschutz); VG Minden, U. v. 28.2.2014 – 8 K 1719/13, juris (Hauptsacheverfahren). Die gegen die behördlichen

solche Anforderung widerspricht nicht dem Recht der Erziehungsberechtigten aus Art. 7 Abs. 2 GG, über die Teilnahme am Religionsunterricht zu bestimmen, soweit die zumutbare Ausweichmöglichkeit besteht, statt der Bekenntnis- eine Gemeinschaftsschule zu besuchen.¹⁰¹

II. Keine bekenntnisfreie Schule

Bekenntnisfreie Schulen müssen gem. Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG keinen Religionsunterricht einrichten.¹⁰² Es handelt sich bei ihnen um rein weltliche Schulen ohne religiöse Prägung.¹⁰³ Die Bedeutung des Begriffs der „bekenntnisfreien Schule“ erschließt sich vom Wortsinn mit Blick auf die heutige Schullandschaft nicht zwangsläufig mit der gebotenen Klarheit.¹⁰⁴ Der Begriff stammt aus Art. 149 WRV, der als Vorbild für Art. 7 Abs. 3 GG diente. Dementsprechend ist er vor dem historischen Hintergrund zu betrachten: In der Weimarer Reichsverfassung war die christliche Gemeinschaftsschule gem. Art. 146 Abs. 1 WRV die öffentliche Regelschule.¹⁰⁵ Daneben gab es die Bekenntnisschulen sowie die „bekenntnisfreien (weltlichen) Schulen“ (Art. 149 Abs. 1 WRV), die jedoch nur auf Antrag der Eltern errichtet werden konnten. Ausschließlich in letzteren Schulen fand kein Religionsunterricht statt.¹⁰⁶ Diese Rechtslage wollte der Parlamentarische Rat

37

und verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen erhobene Verfassungsbeschwerde ist vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen worden, siehe BVerfG, in: NVwZ 2018, S. 156.

¹⁰¹ BVerfG, in: NVwZ 2018, S. 156; *Benedikt Beckermann*, Religionsunterricht in der Bekenntnisschule – Pflicht für alle?, in: NWVB. 2014, S. 370 (372); krit. *Hinnerk Wißmann*, Teilnahme am Religionsunterricht – Zugangsvoraussetzung in staatlichen Schulen?, in: ZevKR 63 (2018), S. 209 ff.

¹⁰² *Thiel*, in: Sachs (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 49.

¹⁰³ *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 93; *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Bd. 1, Art. 7, Rn. 129; *Max-Emanuel Geis*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Karl-Heinrich Friauf / Wolfram Höfling, Losebl. Stand 42. Erg.-Lfg. 2013, Art. 7, Rn. 55.

¹⁰⁴ Zur fehlenden begrifflichen Klarheit äußert sich auch *Thiel*, in: Sachs (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 49, Fn. 198.

¹⁰⁵ *Martin Heckel*, Religionskunde im Lichte der Religionsfreiheit, in: ZevKR 44 (1999), S. 147 (219).

¹⁰⁶ *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis in 4. Bearbeitung, 14. Aufl. 1933, Art. 149, Anm. 1.

bewusst aufrechterhalten.¹⁰⁷ Richtigerweise sind bekenntnisfreie Schulen i. S. des Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG daher nur die auf Antrag von Eltern so errichteten Schulen. Anderenfalls könnte der Landesgesetzgeber die Garantie des Religionsunterrichts durch Einführung der bekenntnisfreien Regelschule mühelos leerlaufen lassen.¹⁰⁸ Es wäre mit anderen Worten unzulässig, die bekenntnisfreie Schule zur Regelschule zu machen und so den Religionsunterricht aus den öffentlichen Schulen zu verdrängen.¹⁰⁹

III. Religionsgemeinschaft

- 38** Die Erteilung von Religionsunterricht gem. Art. 7 Abs. 3 GG setzt die Mitwirkung der betreffenden Religionsgemeinschaft voraus. Es bedarf daher der Klärung, was unter „Religionsgemeinschaften“ i. S. des Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG zu verstehen ist.

1. Begriff der „Religionsgemeinschaft“ im Allgemeinen

- 39** Nach der klassischen Definition von *Gerhard Anschütz* ist eine „Religionsgesellschaft“ (Religionsgemeinschaft) ein die Angehörigen eines gemeinsamen Bekenntnisses oder mehrerer verwandter Bekenntnisse für ein Gebiet zusammenfassender Verband mit der Zielsetzung der allseitigen Erfüllung der durch das gemeinsame Bekenntnis gestellten Aufgaben.¹¹⁰ Dieses Verständnis ist grundsätzlich

¹⁰⁷ *Stefan Mückl*, Freiheit kirchlichen Wirkens, in: HStR³, Bd. VII, 2009, § 161, Rn. 37.

¹⁰⁸ Wie hier bereits *Christoph Link*, „Bekenntnisfreie“ Schulen, in: Staat, Kirche, Verwaltung (o. Fn. 38), S. 397 (399).

¹⁰⁹ So auch BVerwGE 89, 368 (377); 110, 326 (330 f.): „die bekenntnisfreien Schulen [stellen] mit ihrer Entbindung vom Religionsunterricht ausdrücklich die Ausnahme dar“; *Mückl*, Staatskirchenrechtliche Regelungen (o. Fn. 29), S. 526; *Geis*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 103), Art. 7, Rn. 55; *Boysen*, in: v. Münch/Kunig (o. Fn. 43), Bd. 1, Art. 7, Rn. 81 m.w.N.; dagegen mit dem Argument eines Wahlrechts bzw. Gestaltungsermessens des Staates *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 93, 87; *Ludwig Renck*, Der Streit um den Bekenntnis- und Ethikunterricht in Brandenburg und Berlin, in: NJ 2000, S. 393 (394); *ders.*, Bekenntnisfreie Schule als Regelschule, in: SächsVBl. 2004, S. 25 (27 f.).

¹¹⁰ *Anschütz*, Verfassung des Deutschen Reichs (o. Fn. 106), Art. 137, Anm. 2.

auch heute noch maßgeblich.¹¹¹ Neben den Religionsgemeinschaften im Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts bestehen zahlreiche privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften.¹¹² Die in der Praxis gebräuchliche Terminologie ist allerdings nicht einheitlich. Das Grundgesetz und die inkorporierten Vorschriften der Weimarer Reichsverfassung verwenden in unterschiedlichen Zusammenhängen die Begriffe „Religionsgesellschaft“ und „Religionsgemeinschaft“. Dasselbe gilt für die religionsverfassungsrechtliche Literatur. Heute ist allgemein anerkannt, dass der Begriff „Religionsgesellschaft“ und der mittlerweile wesentlich häufiger verwendete Terminus „Religionsgemeinschaft“ dieselbe Bedeutung haben.¹¹³

2. Religionsgemeinschaften i. S. des Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG

Aufgrund ihrer wichtigen Funktion bei der Erteilung von Religionsunterricht sind an die Religionsgemeinschaften i. S. des Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG spezielle Anforderungen zu stellen.¹¹⁴

40

a) Erfordernis eines qualifizierten Ansprechpartners

Grundsätzlich ist es für den Status als Religionsgemeinschaft nicht relevant, wie die innere Organisation der Gemeinschaft ausgestaltet ist.¹¹⁵ Bei der Erteilung von Religionsunterricht nach Art. 7 Abs. 3 GG als gemeinsamer Angelegenheit von Staat und Religionsgemeinschaften ist jedoch ein Ansprechpartner für die Schulbehörden notwendig, um die Übereinstimmung des Unterrichts mit den Grundsät-

41

¹¹¹ BVerwGE 123, 49 (54); *Thiel*, in: Sachs (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 41; *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Bd. 1, Art. 7, Rn. 150; *Badura*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 22), Art. 7, Rn. 88; *Stefan Koriath*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 22), Losebl. Stand 42. Erg.-Lfg. 2003, Art. 137 WRV, Rn. 14.

¹¹² Vgl. dazu *Emanuel V. Towfigh* → § 26.

¹¹³ BVerwGE 123, 49 (54); *Bodo Pieroth / Christoph Görisch*, Was ist eine Religionsgemeinschaft?, in: JuS 2002, S. 937 ff.; *Koriath*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 111), Art. 137 WRV, Rn. 13; *Peter Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Bd. 3, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 15.

¹¹⁴ *Thorsten Anger*, Islam in der Schule. Rechtliche Wirkungen der Religionsfreiheit und Gewissensfreiheit sowie des Staatskirchenrechts im öffentlichen Schulwesen, 2003, S. 370.

¹¹⁵ *Stefan Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 103), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 38; *Kästner*, in: BK (o. Fn. 33), Art. 140, Rn. 318.

zen der jeweiligen Religionsgemeinschaft sicherstellen zu können.¹¹⁶ Daher ist zu verlangen, dass eine am Religionsunterricht beteiligte Religionsgemeinschaft organisatorisch so verfestigt ist („Minimum an Organisation“¹¹⁷), dass dem Staat ein Ansprechpartner zur Verfügung steht, der von der Religionsgemeinschaft legitimiert und zu verbindlichen Aussagen über ihre Grundsätze fähig ist.¹¹⁸

b) Erfordernis klarer Mitgliedschaftsstrukturen

42

Angesichts der staatlichen Schulpflicht muss der Staat im Kontext des Art. 7 Abs. 3 GG anhand objektiver Kriterien die Schüler bestimmen können, die am Religionsunterricht ihrer Religionsgemeinschaft teilnehmen werden.¹¹⁹ Daher ist auch die Möglichkeit einer eindeutigen Feststellung der tatsächlichen (förmlichen) Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft von großer Bedeutung. Für die Zuordnung eines Schülers zu einer Religionsgemeinschaft soll es allerdings ausreichen, dass ein Elternteil förmliches Mitglied der Religionsgemeinschaft ist.¹²⁰ Auf dieser Grundlage ist bei Religionsgemeinschaften i. S. des Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG eine eindeutige Mitgliedschaftsstruktur als konstitutives Element zu fordern.¹²¹

¹¹⁶ Vgl. Bernd Jeand’Heur / Stefan Koriath, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, Rn. 324; Axel von Campenhausen / Heinrich de Wall, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 217; Robbers, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 150; Ogorek, Verfassungsgarantie staatlichen Religionsunterrichts in den neuen Bundesländern (o. Fn. 21), S. 58.

¹¹⁷ BVerwGE 123, 49 (55).

¹¹⁸ Thiel, in: Sachs (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 41; Brosius-Gersdorf, in: Dreier (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 91; Robbers, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 150 f.; Stefan Muckel, Wann ist eine Gemeinschaft Religionsgemeinschaft? Überlegungen zum Begriff der Religionsgemeinschaft im Sinne von Art. 7 Abs. 3 GG unter besonderer Berücksichtigung muslimischer Dachverbände, in: Recht in Kirche und Staat (o. Fn. 39), S. 715 (735 f.).

¹¹⁹ BVerwGE 123, 49 (71).

¹²⁰ BVerwGE 123, 49 (71 f.); Anger, Islam in der Schule (o. Fn. 114), S. 376.

¹²¹ Brosius-Gersdorf, in: Dreier (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 91; Muckel, Wann ist eine Gemeinschaft Religionsgemeinschaft?, in: Recht in Kirche und Staat (o. Fn. 118), S. 732 f.; Stefan Magen, in: Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, hg. von Dieter C. Umbach / Thomas Clemens, 2002, Bd. II: Art. 38 bis 146, Art. 140, Rn. 60. Zur Frage der Mitgliedschaft bei islamischen Gemeinschaften Beaucamp / Wißmann, Islamischer Religionsunterricht – Warum ist das eine unendliche Geschichte? (o. Fn. 61), S. 1520.

c) *Körperschaftsstatus als notwendiges Erfordernis?*

Ob auch der formelle Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts zu fordern ist, wird unterschiedlich bewertet. Einzelne Stimmen im Schrifttum gehen davon aus, dass der Begriff der „Religionsgemeinschaften“ i. S. des Art. 7 Abs. 3 GG nur solche Gemeinschaften erfasse, denen die Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts verliehen worden seien.¹²² Allein der Körperschaftsstatus könne den „status cooperationis“ zwischen Staat und Religionsgemeinschaft bei der Erteilung von Religionsunterricht gewährleisten.¹²³ Vom weit überwiegenden Teil des Schrifttums wird die Forderung nach dem Körperschaftsstatus bei Art. 7 Abs. 3 GG jedoch mit Hinweis auf die textlich belegbare klare Differenzierung zwischen korporierten und nicht-korporierten Religionsgemeinschaften zurückgewiesen.¹²⁴ Für diese Sichtweise lässt sich überdies anführen, dass die Vorgabe einer bestimmten Rechtsform der Befugnis der Religionsgemeinschaft zur Selbstorganisation aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV zuwiderlaufen würde.¹²⁵ Auch das BVerfG verweist im Urteil zum Körperschaftsstatus der Zeugen Jehovas vom 19.12.2000 in einem obiter dictum¹²⁶ darauf, dass das Grundgesetz gewisse Privilegien wie die Erteilung von Religionsunterricht allen Religionsgemeinschaften unabhängig von ihrer Organisationsstruktur zugänglich mache.¹²⁷

Zu verlangen ist allerdings, dass die materiellen Voraussetzungen für die Verleihung der Körperschaftsrechte bei Religionsgemeinschaften

¹²² Koriath, Islamischer Religionsunterricht und Art. 7 III GG (o. Fn. 43), S. 1046 ff.; anders aber jetzt ders., Der Auftrag des Religionsunterrichts (o. Fn. 9), S. 19; Christian Hillgruber, Der deutsche Kulturstaat und der muslimische Kulturimport. Die Antwort des Grundgesetzes auf eine religiöse Herausforderung, in: JZ 1999, S. 538 (546); Jeand'Heur / Koriath, Grundzüge des Staatskirchenrechts (o. Fn. 116), Rn. 324.

¹²³ Koriath, Islamischer Religionsunterricht und Art. 7 III GG (o. Fn. 43), S. 1047.

¹²⁴ Robbers, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 151; v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 116), S. 216; Muckel, Wann ist eine Gemeinschaft Religionsgemeinschaft?, in: Recht in Kirche und Staat (o. Fn. 118), S. 725 m. w. N.; Beaucamp / Wißmann, Islamischer Religionsunterricht – Warum ist das eine unendliche Geschichte? (o. Fn. 61), S. 1519.

¹²⁵ Badura, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 22), Art. 7, Rn. 88.

¹²⁶ Muckel, Wann ist eine Gemeinschaft Religionsgemeinschaft?, in: Recht in Kirche und Staat (o. Fn. 118), S. 725, Fn. 33.

¹²⁷ BVerfGE 102, 370 (396).

ten i. S. des Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG erfüllt sein müssen.¹²⁸ Dementsprechend kann eine Religionsgemeinschaft die Einrichtung von Religionsunterricht nur dann beanspruchen, wenn sie die Gewähr der Dauer bietet.¹²⁹ Kriterien dafür sind in Anlehnung an Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV die Verfassung und die Zahl der Mitglieder der Religionsgemeinschaft.¹³⁰ Die Religionsgemeinschaft muss in der Lage sein, ihre für die Unterrichtserteilung maßgeblichen „Grundsätze“ dauerhaft zu verkörpern und praktisch umzusetzen.¹³¹

45 Eine Religionsgemeinschaft i. S. des Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG muss ferner die Gewähr dafür bieten, dass sie die fundamentalen Verfassungsprinzipien des Art. 79 Abs. 3 GG, die Grundrechte Dritter und die Grundprinzipien des freiheitlichen Religions- und Staatskirchenrechts des Grundgesetzes achtet.¹³² Da der Staat hinsichtlich der Schulkinder zur Fürsorge verpflichtet ist, muss er die Erteilung von Religionsunterricht verhindern, wenn die Verfassungstreue einer Religionsgemeinschaft ernsthaft in Zweifel steht.¹³³ Die Einhaltung der Verfassung und die Anerkennung der grundlegenden Verfassungswerte müssen sich auch in den Unterrichtsinhalten widerspiegeln.¹³⁴

46 Es bleibt damit festzuhalten, dass nicht nur die als Körperschaften des öffentlichen Rechts verfassten Religionsgemeinschaften am Religionsunterricht i. S. des Art. 7 Abs. 3 GG mitwirken dürfen. Hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen des Begriffs „Religionsgemein-

¹²⁸ v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 116), S. 216; Mückl, Freiheit kirchlichen Wirkens (o. Fn. 107), § 161, Rn. 36.

¹²⁹ BVerwGE 123, 49 (70); VG Düsseldorf, in: NWVBl. 2001, S. 110 (112); Brosius-Gersdorf, in: Dreier (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 91; v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 116), S. 216; Hans Markus Heimann, Alternative Organisationsformen islamischen Religionsunterrichts, in: DÖV 2003, S. 238 (241); Hildebrandt, Das Grundrecht auf Religionsunterricht (o. Fn. 52), S. 225 f.

¹³⁰ Brosius-Gersdorf, in: Dreier (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 91.

¹³¹ Badura, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 22), Art. 7, Rn. 88.

¹³² BVerwGE 123, 49 (73); Brosius-Gersdorf, in: Dreier (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 91; Hans Markus Heimann, Inhaltliche Grenzen islamischen Religionsunterrichts, in: NVwZ 2002, S. 935 (941); a. A. Beaucamp / Wißmann, Islamischer Religionsunterricht – Warum ist das eine unendliche Geschichte? (o. Fn. 61), S. 1520, die den Maßstab des Art. 21 Abs. 2 GG heranziehen und damit nur Religionsgemeinschaften vom Religionsunterricht ausschließen wollen, die die Verfassung aktiv bekämpfen.

¹³³ BVerwGE 123, 49 (74); Unruh, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 28), Rn. 455.

¹³⁴ Martin Heckel, Religionsunterricht für Muslime?, in: JZ 1999, S. 741 (749); Anger, Islam in der Schule (o. Fn. 114), S. 378; Badura, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 22), Art. 7, Rn. 89.

schaften“ i. S. des Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG besteht jedoch eine Nähe zu dem Körperschaftsstatus gem. Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV.¹³⁵

3. Geltung auch für Weltanschauungsgemeinschaften?

Der Wortlaut des Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG spricht nur von „Religionsgemeinschaften“. Nicht erwähnt werden Vereinigungen, die sich der Pflege einer Weltanschauung widmen. Darin liegt ein Unterschied zu anderen Verfassungsnormen, die sich gleichermaßen auf religiöse und weltanschauliche Belange beziehen (Art. 4 Abs. 1 GG: „religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses“, Art. 7 Abs. 5 GG: „Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule“, Art. 33 Abs. 3 GG: „Nichtzugehörigkeit zu einem Bekenntnis oder einer Weltanschauung“).¹³⁶

Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 7 WRV stellt jedoch die Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Weltanschauung zur Aufgabe machen, den Religionsgemeinschaften gleich. Dies ist nicht als Verfassungsauftrag, sondern als eine unmittelbare Gleichstellung der Weltanschauungsgemeinschaften zu verstehen.¹³⁷ Vereinzelt wird der Anwendungsbereich dieser Gleichstellung nicht auf die gesamte Verfassung, sondern allein auf Art. 137 WRV bezogen.¹³⁸ Dem kann jedoch – im Einklang mit der h. M. – nicht gefolgt werden.¹³⁹ Es ist nämlich zweifelhaft, inwieweit die Abgrenzung zwischen einer Weltanschauung und einer Religion überhaupt möglich ist.¹⁴⁰

Die verwaltungsgerichtliche Praxis sieht dies zuweilen anders: In einem Urteil vom 19. 1. 2011 stellte das VG Düsseldorf¹⁴¹ fest, dass der

¹³⁵ So auch *Germann*, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 56.2.

¹³⁶ Allerdings gibt es in der Verfassung noch einige andere Normen (z. B. Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 116 Abs. 2 GG), in denen nur auf die religiöse und nicht auch auf die weltanschauliche Orientierung eingegangen wird.

¹³⁷ *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 111), Art. 137 WRV, Rn. 103.

¹³⁸ *Ute Mager*, in: von Münch / Kunig (o. Fn. 43), Bd. 2: Art. 70 bis Art. 146, Art. 140, Rn. 67; daneben soll sich eine Gleichbehandlung der Weltanschauungsgemeinschaften allein aus den Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 1 GG ergeben.

¹³⁹ Statt vieler *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2018, Bd. III: Art. 83 bis 146, Art. 137 WRV, Rn. 126; *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 111), Art. 137 WRV, Rn. 103.

¹⁴⁰ *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 115), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 120.

¹⁴¹ VG Düsseldorf, U. v. 19. 1. 2011 – 18 K 5288/07, juris.

Humanistische Verband als Weltanschauungsgemeinschaft keinen Anspruch auf Einführung eines ordentlichen Lehrfachs „Humanistische Lebenskunde“ habe.¹⁴² Nach Ansicht des Gerichts hat der Verfassungsgeber die Weltanschauungsgemeinschaften in Art. 7 Abs. 3 GG bewusst nicht erwähnt und sich damit für eine Privilegierung der Religionsgemeinschaften im Bereich der öffentlichen Schule entschieden.¹⁴³

4. Religionsunterricht kleinerer Religionsgemeinschaften

- 50** Selbstverständlich stehen die Gewährleistungen aus Art. 7 Abs. 3 GG auch religiösen Minderheiten zu.¹⁴⁴ Der Religionsunterricht kleinerer Religionsgemeinschaften unterscheidet sich vom Religionsunterricht der christlichen Großkirchen in erster Linie durch die unterschiedliche Form der Vereinbarungen, die neben Art. 7 Abs. 3 GG und die Schulgesetze treten. Während die Großkirchen die Regelung durch Staatskirchenverträge gewählt haben, finden sich im Bereich der kleineren Religionsgemeinschaften in der Regel flexiblere und einzelfallbezogene Vereinbarungen mit den Bundesländern.¹⁴⁵ Eine Ausnahme bilden dabei die jüdischen Gemeinschaften, die sowohl mit dem Bund als auch mit den meisten Ländern den Staatskirchenverträgen vergleichbare Vereinbarungen geschlossen haben.¹⁴⁶
- 51** Dass kleinere Religionsgemeinschaften an der Erteilung von Religionsunterricht i. S. des Art. 7 Abs. 3 GG mitwirken, kommt in den alten Bundesländern – vermutlich aufgrund der historischen Erfahrung mit dem ordentlichen Lehrfach Religionsunterricht – deutlich häufiger vor als in den neuen Bundesländern.¹⁴⁷

¹⁴² Das OVG NRW (B. v. 2.4.2013 – 19 A 496/11) hat die Berufung des Klägers gegen die Entscheidung zugelassen, die Berufung wurde jedoch in der mündlichen Verhandlung am 14. 1. 2014 zurückgenommen.

¹⁴³ VG Düsseldorf, U. v. 19. 1. 2011 – 18 K 5288/07, juris, Rn. 15.

¹⁴⁴ *Heckel*, Neue Formen des Religionsunterrichts? (o. Fn. 3), S. 388.

¹⁴⁵ *Corlazzoli*, Religionsunterricht von kleineren Religionsgemeinschaften (o. Fn. 5), S. 293 f.

¹⁴⁶ Dazu o. Fn. 38.

¹⁴⁷ *Corlazzoli*, Religionsunterricht von kleineren Religionsgemeinschaften (o. Fn. 5), S. 321 f.

IV. Mindestschülerzahl

Die Erteilung von Religionsunterricht i.S. des Art. 7 Abs. 3 GG darf davon abhängig gemacht werden, dass eine Mindestteilnehmerzahl erreicht wird.¹⁴⁸ Die Untergrenze kann dabei je nach den Gegebenheiten vor Ort bei fünf bis zwölf Schülern liegen.¹⁴⁹ Aufgrund der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Religionsunterrichts ist es unter Umständen geboten, diese Schülerzahlen durch Zusammenlegung des Unterrichts mehrerer Jahrgangsstufen oder von Schülern benachbarter Schulen zu gewährleisten.¹⁵⁰ **52**

V. Mitwirkungswille

Die Erteilung von Religionsunterricht an öffentlichen Schulen hängt vom Willen der Religionsgemeinschaften zur Mitwirkung ab. Der Staat darf einer Religionsgemeinschaft den Unterricht nicht aufzwingen.¹⁵¹ Dementsprechend kann eine Religionsgemeinschaft auch darauf verzichten, sich an der Erteilung von Religionsunterricht an staatlichen Schulen zu beteiligen.¹⁵² In diesem Fall dürfen staatliche Stellen keinen entsprechenden Religionsunterricht anbieten. **53**

¹⁴⁸ *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 144; *Ger-
mann*, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 53; *Wilhelm Rees*, *Der
Religionsunterricht und die katechetische Unterweisung in der kirchlichen
und staatlichen Rechtsordnung*, 1986, S. 253; *Ogorek*, *Verfassungsgarantie
staatlichen Religionsunterrichts in den neuen Bundesländern* (o. Fn. 21),
S. 57.

¹⁴⁹ *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 144; bei-
spielsweise in Baden-Württemberg gem. § 96 Abs. 3 SchulG BW acht Schü-
ler; § 124 Abs. 1 NSchG 12 Schüler; § 15 Abs. 1 SchOG Saarl. fünf Schüler.

¹⁵⁰ *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 145.

¹⁵¹ *Oebbecke*, *Garantie des Religionsunterrichts* (o. Fn. 12), S. 339; *Johann
Bader*, in: Umbach / Clemens (o. Fn. 121), Bd. I: Art. 1 bis 37, Art. 7, Rn. 145.

¹⁵² *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 158.

F. Ausgestaltung des Religionsunterrichts

I. Ordentliches Lehrfach

54 Nach Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG ist der Religionsunterricht in den öffentlichen Schulen mit Ausnahme der bekenntnisfreien Schulen¹⁵³ ordentliches Lehrfach. Das BVerfG hat den Bedeutungsinhalt des Begriffs „ordentliches Lehrfach“ folgendermaßen umschrieben: „Die Erklärung des Religionsunterrichts zum ordentlichen Lehrfach in Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG stellt klar, dass seine Erteilung staatliche Aufgabe und Angelegenheit ist; er ist staatlichem Schulrecht und staatlicher Schulaufsicht unterworfen. Seine Einrichtung als Pflichtfach ist für den Schulträger obligatorisch; der Staat muss gewährleisten, dass er ein Unterrichtsfach mit derselben Stellung und Behandlung wie andere ordentliche Lehrfächer ist. Sein Pflichtfachcharakter entfällt nicht dadurch, dass Art. 7 Abs. 2 GG ein Recht zur Abmeldung einräumt. Diese Befreiungsmöglichkeit hebt den Religionsunterricht zwar aus dem Kreis der Pflichtfächer heraus, macht ihn aber nicht zu einem Wahlfach i.S. der allgemeinen schulrechtlichen Terminologie.“¹⁵⁴

55 Vor diesem Hintergrund lässt sich vereinfachend sagen, dass in dem Begriff „ordentliches Lehrfach“ die Verpflichtung des Staates zum Ausdruck kommt, den Religionsunterricht als ein selbstständiges Unterrichtsfach vorzusehen, das den anderen ordentlichen Lehrfächern gleichgestellt ist. Der Religionsunterricht darf bei der Festsetzung der Stundenzahl, dem Zeitpunkt des Unterrichts, der Beschaffenheit der Klassenräume und den Lehr- und Lernmitteln nicht benachteiligt werden.¹⁵⁵ Unter Beachtung des gegenüber anderen ordentlichen Unterrichtsfächern bestehenden Diskriminierungsverbots kann der Schulgesetzgeber entscheiden, ob der Religionsunterricht versetzungsrelevant ist.¹⁵⁶ Eine systematische Verdrängung auf Randzeiten des Stundenplans ist aus sachlichen Gründen zulässig, wenn dadurch Freistunden für nicht am Religionsunterricht teilneh-

¹⁵³ Zu den Begriffen „öffentliche Schulen“ und „bekenntnisfreie Schulen“ siehe oben E. I. und II.

¹⁵⁴ BVerfGE 74, 244 (251 f. m. w. N.).

¹⁵⁵ Brosius-Gersdorf, in: Dreier (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 94 m. w. N.

¹⁵⁶ BVerwGE 42, 346 (349 m. w. N.).

mende Schüler vermieden werden.¹⁵⁷ Der Religionsunterricht ist in deutscher Sprache zu erteilen.¹⁵⁸

Aus der Gleichstellung mit den anderen ordentlichen Lehrfächern folgt auch die sachliche und rechtliche (Mit-)Verantwortung des öffentlich-rechtlichen Schulveranstalters für den Religionsunterricht.¹⁵⁹ Nicht die Religionsgemeinschaften, sondern den Staat trifft die Verpflichtung, den Religionsunterricht an öffentlichen Schulen zu erteilen. Der Religionsunterricht gehört zum staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag i. S. von Art. 7 Abs. 1 GG. Der Staat hat daher die gesamten Sach- und Personalkosten des Religionsunterrichts zu tragen.¹⁶⁰ Er muss dafür sorgen, dass eine ausreichende Anzahl von Religionslehrern vorhanden ist, die grundsätzlich dem öffentlichen Dienst angehören.¹⁶¹ Unter Umständen kann und muss die Schulverwaltung auch auf Lehrkräfte der Religionsgemeinschaften zurückgreifen.¹⁶²

Obwohl der Religionsunterricht ordentliches Lehrfach ist, darf seine Einrichtung von einer Mindestschülerzahl abhängig gemacht werden.¹⁶³ Diese Beschränkung auf das schulorganisatorisch Mögliche dient der Sicherung des Religionsunterrichts, dessen Stellung durch unrealisierbare Forderungen rechtspolitisch eher gefährdet als geschützt würde. Die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen schwanken zwischen Mindestzahlen von fünf bis zwölf Schülern.¹⁶⁴ Solche Mindestzahlen erscheinen nicht als zu hoch und halten sich im Rahmen des verfassungsrechtlich Vorgezeichneten. Den Religionsgemeinschaften muss jedoch die Möglichkeit eröffnet werden, unter zumutbaren Voraussetzungen die jeweilige Mindestzahl durch Zu-

¹⁵⁷ Brosius-Gersdorf, in: Dreier (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 94 m. w. N.; a. A. Germann, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 49.

¹⁵⁸ Stefan Muckel, Islamischer Religionsunterricht und Islamkunde an öffentlichen Schulen in Deutschland, in: JZ 2001, S. 58 (60).

¹⁵⁹ Vgl. Robbers, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 130 m. w. N.

¹⁶⁰ So die h. M., siehe etwa BVerwGE 110, 326 (333); Hofmann, in: GG (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 32; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Lehren der Grundrechte, Bd. III/1, 1986, S. 800 m. w. N.; Robbers, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 133 m. w. N.; zweifelnd Brosius-Gersdorf, in: Dreier (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 94.

¹⁶¹ BVerwGE 110, 326 (342); Robbers, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 134 m. w. N.

¹⁶² Robbers, ebd., Rn. 134 m. w. N.

¹⁶³ Vgl. Germann, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 53 m. w. N.

¹⁶⁴ Vgl. z. B. § 31 Abs. 1 S. 2 SchulG NRW, § 124 Abs. 1 S. 2 SchulG Nds., § 15 Abs. 1 S. 1 SchOG Saarl., § 96 Abs. 3 SchulG BW Dazu bereits o. E. IV.

sammenlegung von Schülern mehrerer Jahrgänge oder benachbarter Schulen zu erreichen.¹⁶⁵

II. Aufgabe und Inhalt des Religionsunterrichts

58 Zentrale Aufgabe des Religionsunterrichts ist die religiöse Bildung der Schüler.¹⁶⁶ Nach Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG wird der Religionsunterricht „in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften erteilt“. Die Vorschrift bettet den Religionsunterricht sowohl in den Verantwortungsbereich des Staates als auch in den der jeweiligen Religionsgemeinschaft ein, so dass eine enge Verbindung besteht.¹⁶⁷ Der Religionsunterricht gehört damit zu den gemeinsamen Angelegenheiten (sog. *res mixtae*) des Staatskirchenrechts.¹⁶⁸ Als gemeinsame Angelegenheit ist er „weder Dienst der Kirche am Staat noch Dienst des Staates an der Kirche, sondern ein in Kooperation von Staat und Religionsgemeinschaften erbrachter Dienst an den Schülern“. ¹⁶⁹ Hieraus ergibt sich ein gravierender Unterschied zu den anderen Schulfächern. Beim Religionsunterricht darf der Staat den Inhalt und die Ziele der Lehrpläne nicht einseitig festlegen.¹⁷⁰ Im Religionsunterricht ist der Bekenntnisinhalt der jeweiligen Religionsgemeinschaft als bestehende Wahrheit zu vermitteln.¹⁷¹ Der Religionsunterricht ist mit anderen Worten in „konfessioneller Positivität und Gebundenheit“ zu erteilen.¹⁷² Eine bloße Darstellung von Religionen i. S. einer Religionskunde oder ein Ethikunterricht, der vielfach als Ersatz für den Religionsunterricht erteilt wird, erfüllt diese Voraussetzungen nicht.¹⁷³ Der Religionsunterricht ist „keine über-

¹⁶⁵ Vgl. *Germann*, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 53.1 m. w. N.

¹⁶⁶ *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 126. Zur funktionalen Legitimation des Religionsunterrichts im modernen Gemeinwesen *Hofmann*, in: GG (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 36.

¹⁶⁷ *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 17), Bd. IV/2, S. 496.

¹⁶⁸ *Geis*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 103), Art. 7, Rn. 61 m. w. N.

¹⁶⁹ *Oebbecke*, Garantie des Religionsunterrichts (o. Fn. 12), S. 341.

¹⁷⁰ *Heimann*, Alternative Organisationsformen islamischen Religionsunterrichts (o. Fn. 129), S. 239.

¹⁷¹ BVerfGE 74, 244 (252 m. w. N.); *Hofmann*, in: GG (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 35.

¹⁷² BVerfGE 74, 244 (252); *Sodan*, in: Sodan, Grundgesetz, 4. Aufl. 2018, Art. 7, Rn. 8.

¹⁷³ *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 126. Eine Verpflichtung zur Einrichtung eines gesonderten Unterrichtsfachs Ethik besteht freilich nicht, vgl. BVerfG, in: NVwZ 2018, S. 728.

konfessionelle vergleichende Betrachtung religiöser Lehren, nicht bloße Morallehre, Sittenunterricht, historisierende und relativierende Religionskunde, Religions- oder Bibelgeschichte.“¹⁷⁴

1. Übereinstimmungsklausel

Die Erteilung des Religionsunterrichts „in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften“ sichert diesen Gemeinschaften das Recht zu, dass der Unterricht nach ihren Vorstellungen über Inhalt und Ziele erteilt wird.¹⁷⁵ Aus diesem subjektiven Recht folgt die Befugnis der Religionsgemeinschaften, über die Auswahl des Lehrpersonals mitentscheiden zu können.¹⁷⁶ Die staatlichen Lehrkräfte müssen über eine entsprechende Bevollmächtigung durch die jeweilige Religionsgemeinschaft verfügen (näher u. F. III. 1.). Hinsichtlich der großen christlichen Konfessionen ist für die Erteilung des katholischen Religionsunterrichts die „missio canonica“ und für die Erteilung des evangelischen Religionsunterrichts die „vocatio“ erforderlich. Auf muslimischer Seite wird meist von der „Idschaza“ gesprochen. Schließlich steht den Religionsgemeinschaften auch ein Recht zur Einsicht in die praktische Durchführung des Religionsunterrichts zu. So können sie die Einhaltung der Übereinstimmungsklausel überprüfen.¹⁷⁷ Die Ausübung dieses Einsichtsrechts erfolgt im Regelfall durch kirchliche Beauftragte, wobei die Länder für sie zum Teil gewisse Qualifikationserfordernisse wie „religionspädagogische Erfahrungen“ vorschreiben.¹⁷⁸

Die Teilnahme bekenntnisfremder bzw. konfessionsloser Schüler am Religionsunterricht erfordert, da es um die Vermittlung von Glaubenssätzen geht, inhaltlich und didaktisch einen anderen Ablauf der Lehrveranstaltung als bei Lerngruppen, die nur aus Konfessionszu-

¹⁷⁴ BVerfGE 74, 244 (252 m. w. N.).

¹⁷⁵ Vgl. BVerfGE 74, 244 (252). Angesichts dieser Anforderung sowie des Umstands, dass die Einrichtung eines Kurses in Religion von einer bestimmten Mindestteilnehmerzahl abhängig gemacht werden darf (dazu E. IV. und F. I.), erscheint es ausgeschlossen, dass die Vielfalt der religiösen Bekenntnisse die staatliche Leistungsfähigkeit überfordern und dem Grundrecht der Religionsgemeinschaften auf Einrichtung von Religionsunterricht entgegengehalten werden könnte. So aber *Renck*, Rechtsfragen des Religionsunterrichts (o. Fn. 64), S. 31.

¹⁷⁶ Vgl. *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 28), Rn. 436 m. w. N.

¹⁷⁷ *Unruh*, ebd., Rn. 436 m. w. N.

¹⁷⁸ Vgl. etwa § 99 Abs. 1 SchulG BW.

gehörigen bestehen.¹⁷⁹ Aus diesem Grund sind allein die Religionsgemeinschaften berechtigt darüber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang bekenntnisfremde bzw. konfessionslose Schüler am Religionsunterricht teilnehmen dürfen.¹⁸⁰ Das gilt auch für die Frage der Einführung von überkonfessionellem („ökumenischem“) Religionsunterricht. Für entsprechende Übereinkünfte zwischen Kirchen und Staat ist förmliches Einvernehmen erforderlich.¹⁸¹ Auf der anderen Seite dürfen staatliche Stellen die Religionsgemeinschaften nicht daran hindern, bekenntnisfremde bzw. bekenntnislose Schüler zum Religionsunterricht zuzulassen.¹⁸²

2. Staatliches Aufsichtsrecht

61 Die Erteilung des Religionsunterrichts erfolgt nach Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG „unbeschadet des staatlichen Aufsichtsrechts“. Damit verweist die Übereinstimmungsklausel auf das Aufsichtsrecht des Staates aus Art. 7 Abs. 1 GG, das als verfassungsimmanente Schranke des Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG anzusehen ist.¹⁸³ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach der Reichweite des staatlichen Aufsichtsrechts. Insbesondere ist zu klären, in welchem Umfang das subjektive Recht der Religionsgemeinschaften, Inhalt und Ziele des Religionsunterrichts zu bestimmen, durch die staatliche Aufsicht eingeschränkt werden kann. Verschiedentlich wird die staatliche Aufsicht auf den rein organisatorischen Bereich beschränkt (Stundenplan, Schul-

¹⁷⁹ Vgl. BVerfGE 74, 244 (254 f.); BVerwGE 68, 16 (19); Geis, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 103), Art. 7, Rn. 63; ausführlich Karl-Hermann Kästner, Die Konfessionalität des Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen zwischen Religionspädagogik und Jurisprudenz, in: Heinrich de Wall (Hg.), Bürgerliche Freiheit und christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link zum 70. Geburtstag, 2003, S. 301 ff.

¹⁸⁰ Vgl. BVerfGE 74, 244 (254); BVerwGE 68, 16 (19 m. w. N.); Koriath, Der Auftrag des Religionsunterrichts (o. Fn. 9), S. 17.

¹⁸¹ Geis, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 103), Art. 7, Rn. 63 m. w. N.

¹⁸² BVerwGE 68, 16 (20).

¹⁸³ Brosius-Gersdorf, in: Dreier (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 100. Teilweise wird der besonderen Erwähnung „unbeschadet des staatlichen Aufsichtsrechts“ in Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG nur ein deklaratorischer Charakter zugesprochen, da die Schulaufsicht über den Religionsunterricht eine notwendige Konsequenz aus dessen Einordnung als ordentliches Lehrfach sei und systematisch bereits aus Art. 7 Abs. 1 GG folge. Denn danach stehe das gesamte Schulwesen unter der Aufsicht des Staates. So etwa Unruh, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 28), Rn. 427.

raumvergabe etc.).¹⁸⁴ Inhalte und Ziele des Religionsunterrichts (einschließlich der methodischen bzw. pädagogischen Gestaltung) stünden danach ausschließlich zur Disposition der jeweiligen Religionsgemeinschaft. Eine solche Beschränkung der staatlichen Aufsicht auf den rein organisatorischen Bereich ist jedoch bedenklich, denn sie wird der umfassenden staatlichen Verantwortung für den Religionsunterricht nicht gerecht.¹⁸⁵

Der Staat hat im Rahmen seines Aufsichtsrechts insbesondere darauf hinzuwirken, dass die inhaltliche Gestaltung des Religionsunterrichts an seinen Schulen nicht von einer Religionsgemeinschaft vorgenommen wird, die die elementaren verfassungsrechtlichen Prinzipien aus Art. 1 und 20 GG in Frage stellt.¹⁸⁶ Auch darf der Unterricht anderen Werten des Grundgesetzes, etwa der Gleichberechtigung von Mann und Frau oder der Neutralitätspflicht des Staates, nicht widersprechen.¹⁸⁷

Die staatliche Verantwortung für den Religionsunterricht erstreckt sich überdies auf inhaltliche Fragen der Unterrichtsgestaltung, auf Arbeitsstil, Didaktik und Methodik, soweit sie mit anderen Fächern vergleichbar sind. Mithin sind die wissenschaftlichen Standards vor allem in pädagogisch-didaktischer Hinsicht zu gewährleisten.¹⁸⁸ Allerdings sind Didaktik und Methodik vom vermittelten Lehrstoff nicht völlig zu trennen und betreffen daher auch die Grundsätze der Religionsgemeinschaft. Unabhängig davon gelten die allgemeinen pädagogischen Anforderungen auch für den Religionsunterricht. Von der Aufsicht über deren Einhaltung in einem von ihm verantworteten Lehrfach kann der in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht neutrale Staat sich nicht distanzieren, ohne die Wissenschaftlichkeit des Religionsunterrichts zu gefährden. Es ist anerkannt, dass der Religionsunterricht der Benotung unterliegen und versetzungserheblich sein kann.¹⁸⁹ Das setzt ein anderen Fächern vergleichbares didaktisches und methodisches Niveau voraus.

Ansonsten beschränkt das staatliche Aufsichtsrecht sich vornehmlich auf die äußere Gestaltung des Religionsunterrichts, wie die Organisation, Sicherstellung der sachlichen und personellen Vorausset-

¹⁸⁴ Vgl. etwa § 99 Abs. 2 SchulG BW.

¹⁸⁵ Thiel, in: Sachs (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 59 m. w. N.

¹⁸⁶ BVerwGE 123, 49 (73).

¹⁸⁷ Friedhelm Hufen, Staatsrecht II. Grundrechte, 3. Aufl. 2011, S. 517.

¹⁸⁸ Geis, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 103), Art. 7, Rn. 62 m. w. N.

¹⁸⁹ BVerwGE 42, 346 (349 m. w. N.).

zungen, Aufrechterhaltung der schulischen Ordnung und die Dienstaufsicht über das Lehrpersonal.¹⁹⁰ Durch staatliche Aufsichtsmaßnahmen darf nicht auf Glaubensfragen Einfluss genommen werden.¹⁹¹ Das gilt auch für mittelbare Einflussnahmen.

- 65 In Anbetracht dieses Spannungsverhältnisses zwischen der Übereinstimmungsklausel des Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG und dem staatlichen Aufsichtsrecht darf nicht vergessen werden, dass der Religionsunterricht zu den sog. gemeinsamen Angelegenheiten i.S. des deutschen Staatskirchenrechts gehört und damit eine besondere Form der Zusammenarbeit von Staat und Religionsgemeinschaften darstellt. Die meisten Staatskirchenverträge und einige Landesverfassungen machen die Erstellung der Lehrpläne und die Auswahl von Lehrbüchern daher vom Einvernehmen der jeweiligen Religionsgemeinschaft abhängig.¹⁹²

3. Sonderfall: Das Hamburger Modell des „Religionsunterrichts für alle“

- 66 In Hamburg ist der Religionsunterricht ordentliches Lehrfach und wird seit den 1970er Jahren als dialogischer „Religionsunterricht für alle“ in evangelischer Verantwortung erteilt.¹⁹³ Die Rahmenpläne für den Religionsunterricht werden dabei von einem gemeinsamen Gremium beschlossen, der „Gemischten Kommission Schule/Kirche“.¹⁹⁴ Hintergrund dieses Konzepts war die Pluralität der in Hamburg ansässigen Religionsgemeinschaften, aber auch der hohe Anteil nicht-religiöser Einwohner. Unter den christlichen Konfessionen stellen die evangelischen Gläubigen eine deutliche Mehrheit. Der Unterricht soll nicht nur religionskundlicher Natur sein, sondern vielmehr „zum

¹⁹⁰ Geis, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 103), Art. 7, Rn. 62.

¹⁹¹ Robbers, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 147.

¹⁹² Vgl. z. B. Art. 14 Abs. 2 Verf. NRW.

¹⁹³ Heckel, Neue Formen des Religionsunterrichts? (o. Fn. 3), S. 403; Jochen Bauer, Die Weiterentwicklung des Hamburger Religionsunterrichts in der Diskussion zwischen Verfassungsrecht und Schulpädagogik, in: ZevKR 59 (2014), S. 227 ff.

¹⁹⁴ Gemeinsame Erklärung der Schulbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg und der Evangelisch-lutherischen Landeskirchen auf Hamburger Staatsgebiet zur Ordnung des Religionsunterrichts v. 10. 12. 1964, vgl. Art. 7 Abs. 2 sowie Schlussprotokoll des Vertrags zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Nordelbischen Evangelisch-Lutherischen Kirche vom 29. 11. 2005 (HmbGVBl. 2006 S. 430) – EvKV Hmb.

eigenen Bekenntnis“ ermutigen.¹⁹⁵ Leitgedanken sollen der interreligiöse Dialog und der gegenseitige Respekt sein.¹⁹⁶ Die Nordkirche¹⁹⁷ ist dabei die alleinige Ansprechpartnerin der hamburgischen Schulverwaltung und bestimmt die „Grundsätze“ i. S. des Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG.¹⁹⁸ Dieses Modell eines konfessionell-kooperativen Religionsunterrichts ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, sofern die beteiligten Religionsgemeinschaften die gewählte Form einvernehmlich als mit ihren Grundsätzen vereinbar erklären.¹⁹⁹ Daneben hat die katholische Kirche (in Umsetzung einer bereits 2005 getroffenen Vereinbarung zwischen der Kirche und der Stadt Hamburg²⁰⁰) 2011 ein Abkommen mit der Stadt Hamburg geschlossen, welches die Einrichtung katholischen Religionsunterrichts parallel zum „Religionsunterricht für alle“ sichert.²⁰¹ Dem Abkommen zufolge kann der Unterricht klassen- und jahrgangsübergreifend erteilt werden.

Inzwischen hat die Stadt Hamburg auch mit islamischen und alevitischen Verbänden Verträge geschlossen.²⁰² Sie regeln die Beteiligung von islamischen und alevitischen Vertretern am „Religions-

67

¹⁹⁵ So die Begründung der Erklärung der Kirchenleitung der Nordelbischen Evangelisch-Lutherischen Kirche (NEK), zitiert in *Christoph Link*, Konfessioneller Religionsunterricht in einer gewandelten sozialen Wirklichkeit? Zur Verfassungskonformität des Hamburger Religionsunterrichts „für alle“, in: ZevKR 46 (2001), S. 257 (259 f.).

¹⁹⁶ *Link*, ebd., S. 259 f.

¹⁹⁷ Vor dem Zusammenschluss im Jahr 2012 „Nordelbische Evangelisch-Lutherische Kirche“.

¹⁹⁸ *Link*, Konfessioneller Religionsunterricht in einer gewandelten sozialen Wirklichkeit? (o. Fn. 195), S. 259.

¹⁹⁹ *Christoph Link*, Religionsunterricht in Deutschland, in: ZevKR 47 (2002), S. 449 (460).

²⁰⁰ Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und der Freien und Hansestadt Hamburg v. 29. 11. 2005 (HmbGVBl. 2006 S. 516) – KathKV Hmb. – und daraus folgend: Gesetz zum Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und der Freien und Hansestadt Hamburg v. 6. 7. 2006 (HmbGVBl. S. 435).

²⁰¹ Mitteilungsblatt der Behörde für Schule und Berufsbildung der Stadt Hamburg Nr. 6, 2011, S. 38 f. (<https://epub.sub.uni-hamburg.de/epub/volltexte/2011/12352/pdf/mb1_06_2011.pdf>).

²⁰² Vertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg, dem DITB-Landesverband Hamburg, SCHURA-Rat der Islamischen Gemeinschaften in Hamburg und dem Verband der Islamischen Kulturzentren – IslamV Hmb. – sowie Vertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Alevitischen Gemeinde Deutschland e.V. v. 13. 11. 2012 (HmbGVBl. II 2013 S. 997 bzw. 1001) – AlevV Hmb. Siehe hierzu auch o. Fn. 38 unter B; näher dazu – auch zu den Regelungen über den „Religionsunterricht für alle“, *Michael Demel*, Die Verträge Hamburgs mit islamischen Verbänden und der Alevitischen Gemeinde, in: KuR 2013, S. 93 ff.

unterricht für alle“.²⁰³ Damit treten diese Glaubensgemeinschaften im Hinblick auf den Religionsunterricht neben die „evangelische Verantwortung“. Es kann nun also auch ein muslimischer oder alevitischer Religionslehrer im „Religionsunterricht für alle“ lehren.²⁰⁴ Ob diese Form der Ausgestaltung des Religionsunterrichts sich noch als verfassungskonform bewerten lässt, ist angesichts der Bekenntnisgebundenheit des Religionsunterrichts i. S. des Art. 7 Abs. 3 GG zumindest zweifelhaft.²⁰⁵

III. Situation der Lehrer

- 68** Die Durchführung von Religionsunterricht setzt Lehrpersonal voraus, das neben der staatlichen Lehrbefähigung auch eine Bevollmächtigung der betreffenden Religionsgemeinschaft aufzuweisen hat.²⁰⁶ Darüber hinaus müssen die Lehrkräfte zur Erteilung von Religionsunterricht bereit sein (Art. 7 Abs. 3 S. 3 GG).

1. Erteilung und Entzug der Lehrerlaubnis durch die Religionsgemeinschaft

- 69** Aus der Übereinstimmungsklausel des Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG (s. o. F. II. 1.) ergibt sich in personeller Hinsicht, dass den Religionsgemeinschaften bestimmte Einflussrechte bei der Auswahl der Lehrkräfte zugestanden werden. Die Lehrkräfte bedürfen neben der staatlichen einer kirchlichen Bevollmächtigung. Bei den großen christlichen Konfessionen erfolgt diese Bevollmächtigung in Gestalt der „missio

²⁰³ Art. 6 IslamV Hmb.; Art. 5 AlevV Hmb.

²⁰⁴ *Senatskanzlei Hamburg*, 14. August 2012, Fragen und Antworten zu den Verträgen Hamburgs mit den islamischen Verbänden und der Alevitischen Gemeinde, abrufbar unter: <<https://www.hamburg.de/contentblob/3552084/data/download-faq-vertraege-muslime.pdf>>.

²⁰⁵ Vgl. *Heckel*, Neue Formen des Religionsunterrichts? (o. Fn. 3), S. 404 ff., der die Konzeption in Hamburg schon vor der Einbeziehung von Muslimen und Aleviten für nicht unproblematisch und nur in engen Grenzen für rechtlich zulässig hielt; ferner *Link*, Konfessioneller Religionsunterricht in einer gewandelten sozialen Wirklichkeit? (o. Fn. 195), S. 271 f., S. 285, dem zufolge die „evangelische Verantwortung“ konstitutiv für eine Einstufung als Religionsunterricht i. S. des Art. 7 Abs. 3 GG ist; vgl. auch *Bauer*, Die Weiterentwicklung des Hamburger Religionsunterrichts (o. Fn. 193), S. 236 ff.

²⁰⁶ Vgl. *German*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 51.1.

canonica“ auf katholischer und der „vocatio“ auf evangelischer Seite. In beiden Fällen ist die Erteilung der Bevollmächtigung eine innere Angelegenheiten der Religionsgemeinschaft nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV, auf die der Staat keinen Einfluss nehmen darf.²⁰⁷ Wird die Bevollmächtigung von der zuständigen kirchlichen Stelle versagt, so kann die betroffene Lehrkraft hiergegen keinen Rechtsschutz vor staatlichen Gerichten erlangen.²⁰⁸

Der zuständige Diözesanbischof erteilt die *missio canonica* gem. c. 805 CIC auf Antrag. Voraussetzung ist die Verpflichtung des Antragstellers, den Unterricht übereinstimmend mit der Lehre und den Grundsätzen der katholischen Kirche durchzuführen.²⁰⁹ Sind diese Voraussetzungen nicht mehr erfüllt, so kann die *missio canonica* entzogen werden.²¹⁰

Anders als die katholische Kirche kennt die evangelische Kirche kein aus der Hierarchie abgeleitetes Lehramt.²¹¹ Auch die im evangelischen Religionsunterricht tätige Lehrkraft bedarf jedoch einer Beauftragung zur Verkündung und Lehre.²¹² Die sog. *vocatio* ist die befristet oder unbefristet erteilte und bei Irrlehre widerrufliche Bestätigung, dass die Lehrtätigkeit im Namen der Kirche ausgeübt wird.

Missio canonica und *vocatio* bringen eine Bekenntnistreue auf Seiten der Lehrerschaft zum Ausdruck, welche der grundsätzlichen Bekenntnishomogenität bei den Schülern entspricht.²¹³ Letzteres war umstritten.²¹⁴ Allerdings haben BVerwG und BVerfG klargestellt, dass Religionsgemeinschaften nicht gegen ihren Willen verpflichtet

²⁰⁷ *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 17), Bd. IV/2, S. 509.

²⁰⁸ Vgl. zur Eröffnung des Rechtswegs zu staatlichen Gerichten im Falle des Entzugs der kirchlichen Lehrbevollmächtigung (*missio canonica*) einer hauptamtlichen Katechetin durch den zuständigen Diözesanbischof: VG Aachen, in: DVBl. 1974, S. 57.

²⁰⁹ Rees, Die kirchenrechtlichen Rahmenbedingungen für den katholischen Religionsunterricht (o. Fn. 41), S. 88.

²¹⁰ Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine auf den Entzug der *missio canonica* folgende Entlassung eines katholischen Religionslehrers vor dem Maßstab des Art. 8 EMRK gerechtfertigt sein kann EGMR, U. v. 4.10. 2016, in: NJOZ 2018, S. 515 ff.

²¹¹ Vgl. zur Hierarchie des katholischen Lehramts *Heinrich de Wall / Stefan Muckel*, Kirchenrecht, 4. Aufl. 2014, § 20, Rn. 5 m. w. N.

²¹² *Hendrik Munsonius*, Evangelisches Kirchenrecht, 2015, S. 67.

²¹³ *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 17), Bd. IV/2, S. 509.

²¹⁴ In den 70er Jahren des 20. Jh. versuchten Eltern katholischer Kinder, die Teilnahme ihrer Kinder am evangelischen Religionsunterricht vor Gericht durchzusetzen.

werden dürfen, Anhängern einer anderen Konfession die Teilnahme am Religionsunterricht zu gestatten.²¹⁵

- 73** Auf muslimischer Seite bedürfen die im Religionsunterricht eingesetzten Lehrkräfte ebenfalls einer Lehrerlaubnis, die regelmäßig „Idschaza“ genannt wird. In Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen, wo – bisher – islamischer Religionsunterricht nicht im Zusammenwirken von Staat und Religionsgemeinschaften unterrichtet wird, sondern unter Einschaltung eines Beirats (vgl. etwa § 132a SchulG NRW), erteilt der jeweilige Beirat die Lehrerlaubnis. Diese Lösung entspricht nicht den Vorgaben des Grundgesetzes, das den Religionsunterricht inhaltlich und personell durch eine Religionsgemeinschaft verantwortet sehen will (Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG). Dass diese verfassungsrechtliche Anforderung auch von islamischen Religionsgemeinschaften erfüllt werden kann, erscheint trotz der von politischer Seite mitunter vorgetragenen Bedenken nicht zweifelhaft. Die Praxis bestätigt diese Einschätzung. So sind z.B. in Hessen gegenwärtig (Anfang 2018) zwei muslimische Verbände als Religionsgemeinschaften in die Strukturen zur Erteilung von regulärem islamischem Religionsunterricht eingebunden.

2. Sicherung der Religions- und Weltanschauungsfreiheit

- 74** Art. 7 Abs. 3 S. 3 GG verbürgt ein Grundrecht der Lehrer, das sie als Abwehrrecht davor schützt, gegen ihren Willen zur Erteilung von Religionsunterricht verpflichtet zu werden. Dieses Recht stellt eine Konkretisierung der allgemeinen Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) sowie des Benachteiligungsverbots aus religiösen Gründen (Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 GG) dar.²¹⁶ Es war bereits in Art. 149 Abs. 2 WRV enthalten. Art. 7 Abs. 3 S. 3 GG schränkt damit die Direktionsbefugnis des Staates gegenüber seinen beamteten und nicht-beamteten Lehrern ein. Dem Lehrer dürfen durch die Weigerung – die aus Gründen der Rechtssicherheit der Schriftform bedarf,²¹⁷ aber nicht begründet werden muss (Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 3 S. 1 WRV) – keine beruflichen Nachteile entstehen.²¹⁸ Nur wenn eine (freiwillig gegebene) Begründung einen Rechtsmissbrauch offenbart,

²¹⁵ BVerwGE 68, 16 (20); BVerfGE 74, 244 (254), siehe auch o. F. II. 1.

²¹⁶ *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 17), Bd. IV/2, S. 509.

²¹⁷ *Germann*, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 66.1.

²¹⁸ *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 162.

kommen dienstrechtliche Sanktionen in Betracht.²¹⁹ Von Inhabern der *missio canonica* oder der *vocatio* (s. o. 1.) wird vermutet, dass sie zum Religionsunterricht bereit sind.²²⁰ Das Recht des Lehrers, die Teilnahme an anderen religiösen Veranstaltungen der Schule (z. B. an einem Schulgebet) zu verweigern, folgt angesichts des auf den Religionsunterricht beschränkten Wortlauts nicht aus Art. 7 Abs. 3 S. 3 GG, sondern aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG.²²¹

Da sich die Vorschrift des Art. 7 Abs. 3 S. 3 GG – wie die Verbindung zu Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG deutlich macht – nur auf öffentliche Schulen erstreckt, gilt das Recht zur Verweigerung des Religionsunterrichts im Bereich der Privatschulen nur in eingeschränktem Umfang. Die Weigerung des Lehrers zur Erteilung von Religionsunterricht bzw. die Niederlegung des zunächst übernommenen Unterrichts hat zur Folge, dass eine Lösung des Arbeitsvertrages nach den allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen in Betracht kommt.

Das Recht aus Art. 7 Abs. 3 S. 3 GG unterliegt nur sog. verfassungsimmanenten Schranken, zu denen das staatliche Aufsichtsrecht nach Art. 7 Abs. 1 GG gehört. Angesichts der aus dieser Norm folgenden Verantwortung für die Aufrechterhaltung eines geordneten Schulbetriebs darf der Staat einen Lehrer, der im laufenden Schuljahr die Weitererteilung von Religionsunterricht ablehnt, dazu verpflichten, den Unterricht bis zum Ende des Schuljahres fortzuführen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass sich für den betreffenden Lehrer in dieser Zeit kein personeller Ersatz findet.²²²

IV. Die Rechtsstellung von Erziehungsberechtigten und Schülern

Nach Art. 7 Abs. 2 GG haben die Erziehungsberechtigten das Recht, über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht zu bestimmen. Die Gewährleistung des Art. 7 Abs. 2 GG konkretisiert als

²¹⁹ Zu denken wäre etwa an die Niederlegung des Religionsunterrichts, die damit begründet wird, es bestünden private Zwistigkeiten mit dem Pfarrer.

²²⁰ *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 17), Bd. IV/2, S. 519.

²²¹ *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 102 m. w. N.; *Thiel*, in: Sachs (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 48 m. w. N.

²²² Vgl. *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 102 m. w. N.; vgl. zur Verweigerung des Lehrers „zur Unzeit“ auch *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 163.

eigenes Grundrecht das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG und die Bekenntnisfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG für den Bereich der religiösen Erziehung.²²³ Daraus kann indes nicht ein Recht der Erziehungsberechtigten und Schüler auf Einrichtung von Religionsunterricht abgeleitet werden (dazu o. D. II. 2.). Da der Religionsunterricht an öffentlichen Schulen gem. Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG grundsätzlich zu den ordentlichen Lehrfächern zählt und seine Einrichtung für den Schulträger daher obligatorisch ist, folgt aus Art. 7 Abs. 2 GG auch nicht, dass der Religionsunterricht ein reines Wahlfach wäre. Der Religionsunterricht ist vielmehr ein Pflichtfach mit Abmeldemöglichkeit.²²⁴

- 78** Art. 7 Abs. 2 GG findet seine verfassungsimmanente Schranke in Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG. Ein Bestimmungsrecht der Eltern darüber, in welchem Bekenntnis das Kind im Religionsunterricht unterwiesen wird, besteht nur im Rahmen der den Religionsgemeinschaften bezüglich des Inhalts und der Ziele des Religionsunterrichts zustehenden Definitionsmacht (s. o. F. II. 1.).

1. Das eigene Bestimmungsrecht der Schüler

- 79** Auch die Schüler haben ein Recht, über ihre Teilnahme am Religionsunterricht zu bestimmen. Das folgt aus der grundrechtlichen Religionsfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG. Demgegenüber ist Art. 7 Abs. 2 GG angesichts des eindeutigen Wortlauts („Die Erziehungsberechtigten“) auf das Kind nicht anwendbar.²²⁵ Die Frage, ab wann Art. 7 Abs. 2 GG vom Bestimmungsrecht des Kindes verdrängt wird, regelt das (Reichs-)Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15.7.1921 (RKEG, s. o. Rn. 12). Nach § 5 RKEG wird das Kind mit Vollendung des 14. Lebensjahres religionsmündig; ihm steht mit Erreichen der Altersgrenze „die Entscheidung darüber zu, zu welchem religiösen Bekenntnis es sich halten will“. In dieses Bestimmungsrecht eingeschlossen ist auch das mindere Recht, über die Teilnahme am Religionsunterricht zu entscheiden.²²⁶ Denn wenn schon der reli-

²²³ Vgl. *Stern*, Staatsrecht (o. Fn. 17), Bd. IV/2, S. 517 f.; *Badura*, in: *Maunz/Dürig* (o. Fn. 22), Art. 7, Rn. 83. Zum Zusammenhang *Matthias Jestaedt*, → § 42.

²²⁴ BVerfGE 74, 244 (251 f. m. w. N.).

²²⁵ Vgl. etwa *Brosius-Gersdorf*, in: *Dreier* (o. Fn. 55), Bd. I, Art. 7, Rn. 83 m. w. N.

²²⁶ H. M., vgl. etwa BVerwGE 68, 18; BGHZ 21, 340 (351 m. w. N.); OVG Koblenz, in: *DÖV* 1981, S. 586 m. w. N.; *Thiel*, in: *Sachs* (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 52; *Badura*, in: *Maunz/Dürig* (o. Fn. 22), Art. 7, Rn. 84 m. w. N.

giöse Status insgesamt in die Eigenverantwortung des Kindes gestellt wird, erscheint es wenig plausibel, die rechtsverbindliche Entscheidung über die Teilnahme am Religionsunterricht davon auszunehmen.²²⁷

Bayern und das Saarland sind in ihren Verfassungen von § 5 RKEG abgewichen und haben die Altersgrenze für die (von der Zustimmung der Erziehungsberechtigten unabhängige) Abmeldungsbefugnis der Schüler auf das 18. Lebensjahr heraufgesetzt.²²⁸ Teile der Literatur halten dies mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz „Bundesrecht bricht Landesrecht“ aus Art. 31 GG für problematisch. Nach Art. 125 Nr. 2 GG wird jedoch Recht, das Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 GG) betrifft, innerhalb seines Geltungsbereichs Bundesrecht, soweit es sich um Recht handelt, durch das nach dem 8.5.1945 früheres Reichsrecht abgeändert worden ist. Diese Voraussetzungen sind hinsichtlich der einschlägigen landesrechtlichen Regelungen aus den Jahren 1946 und 1947 erfüllt. Sie betreffen die religiöse Kindererziehung und unterfallen damit dem bürgerlichen Recht, auf das sich gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt.²²⁹ Der Begriff „abändern“ ist nicht formell zu verstehen. Vielmehr ist unter Abänderung i. S. des Art. 125 Nr. 2 GG jeder Eingriff in den reichsrechtlichen Rechtsbestand gemeint, auch die hier in Rede stehende Ersetzung eines reichsrechtlichen Regelungskomplexes durch eine landesrechtliche Gesamtregelung.²³⁰ Schon dem Wortlaut des Art. 125 Nr. 2 GG kann nicht entnommen werden, dass ein Restbestand des früheren Reichsgesetzes übrigbleiben muss.²³¹ Da zwischen dem RKEG und den zu partiellem Bundesrecht erstarkten Vorschriften der Landesverfassungen damit kein Rangvorrang besteht und keine der Normen spezieller ist, findet die lex-posterior-Regel Anwendung, so dass die Mündig-

80

²²⁷ Vgl. BGHZ 21, 340 (351 m. w. N.); OVG Koblenz, in: DÖV 1981, S. 586 m. w. N.

²²⁸ Art. 137 Abs. 1 BayVerf. von 1946 und Art. 29 Abs. 2 S. 3 SaarlVerf. von 1947. Vgl. zum Folgenden auch *Matthias Jestaedt*, → § 42, Rn. 101–104; *Christoph Link*, Religionsunterricht, in: HSKR², Bd. II, 1995, S. 439 (474 ff.); *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 28), Rn. 449, der die aus der geltenden Rechtslage folgende „Gespaltenheit der Religionsmündigkeit“ nicht zu Unrecht als unbefriedigend (aber aus dogmatischen Gründen hinzunehmen) bezeichnet; krit. *Czermak / Hilgendorf*, Religions- und Weltanschauungsrecht (o. Fn. 10), S. 174.

²²⁹ Vgl. *Bodo Pieroth*, in: Jarass / Pieroth (o. Fn. 61), Art. 74, Rn. 4 m. w. N.

²³⁰ BVerfGE 7, 18 (27).

²³¹ Vgl. BVerfGE 7, 18 (28).

keitsgrenzen des § 5 RKEG wirksam durch das Landesrecht abgeändert werden konnten.

2. Anforderungen an die Abmeldung

- 81** Wie die Weigerung der Lehrkräfte nach Art. 7 Abs. 3 S. 3 GG (s.o. F. III. 2.) darf die Abmeldung vom Religionsunterricht zwar an die Schriftform gebunden werden, eine Begründung ist aber nicht erforderlich. Ersteres ergibt sich aus Gründen der Rechtssicherheit und aus der Notwendigkeit, den Charakter des Religionsunterrichts als ordentliches Lehrfach zu wahren.²³² Dagegen ist eine besondere Begründung für die Abmeldung weder von den Erziehungsberechtigten noch von den betroffenen Schülern zu fordern, da Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 3 S. 1 WRV eine Verpflichtung zur Offenbarung der religiösen Überzeugung verbietet.

G. Rechtsprobleme verwandter Fächer

I. Bestandsaufnahme

- 82** In den meisten Bundesländern²³³ sind für die vom Religionsunterricht abgemeldeten Schüler Ersatzfächer in Form ordentlicher Lehrfächer eingeführt worden, die die sittliche Erziehung der Schüler

²³² Vgl. *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 110.

²³³ Baden-Württemberg: § 100a SchulG BW (Ethik); Bayern: Art. 47 Bay-EUG (Ethik); Hamburg: § 7 SchulG Hmb. (Ethik und Philosophie); Hessen: § 8 SchulG Hessen (Ethik); Mecklenburg-Vorpommern: § 7 SchulG MV (Philosophieren mit Kindern/Philosophie); Niedersachsen: § 128 SchulG Nds. (Werte und Normen); Nordrhein-Westfalen: § 32 SchulG NRW (Praktische Philosophie/Philosophie); Rheinland-Pfalz: § 10 SchulG RP (Ethik); Saarland: § 15 SchOG Saarl. (allgemeine Ethik); Sachsen: § 19 SchulG Sachsen (Ethik); Sachsen-Anhalt: § 19 SchulG LSA (Ethik); Schleswig-Holstein: § 7 SchulG SH („anderen gleichwertigen Unterricht“); Thüringen: § 46 SchulG Thür. (Ethik). Hinsichtlich der Besonderheiten in Berlin (§ 12 SchulG Berlin – verpflichtender Ethikunterricht; freiwillig zusätzlicher Religionsunterricht), Brandenburg (§§ 9, 11 SchulG Bbg. – „Lebensgestaltung-Ethik-Religionskunde“ als Pflichtfach mit Abmeldemöglichkeit bei Teilnahme am Religionsunterricht), Bremen (§ 7 SchulG Bremen – Biblischer Geschichtsunterricht mit Abmeldemöglichkeit und Teilnahme an zu bestimmendem Alternativfach) siehe u. H. II.

zum Gegenstand haben.²³⁴ In erster Linie handelt es sich dabei um die Fächer Ethik (auch „Werte und Normen“) und Philosophie.²³⁵

II. Zulässigkeit von Ethikunterricht

Die Frage, ob und inwieweit der Staat Ethikunterricht erteilen darf, ist in der Rechtswissenschaft nicht unumstritten. Ethik ist ein Bereich der Philosophie, der sich – insbesondere durch methodische Reflexion – mit den Fragen sittlichen Handelns der Menschen und den Moralvorstellungen einer Gesellschaft beschäftigt.²³⁶ Einen zur Wertevermittlung bestimmten Ethikunterricht, so wird vereinzelt vorgebracht, könne der Staat aufgrund seiner religiös-weltanschaulichen Neutralität inhaltlich nicht verfassungsgemäß konzipieren und durchführen.²³⁷ In diesem Zusammenhang wird auch diskutiert, ob die Inhalte eines solchen Unterrichts frei von weltanschaulichen Einflüssen vermittelt werden können und inwieweit der Staat moralische Maßstäbe festlegen darf.²³⁸ Die Verpflichtung des Staates zu religiös-weltanschaulicher Neutralität verbiete ihm eine Wertevermittlung i. S. bestimmter ethischer Konzeptionen.²³⁹

Es wird jedoch selbst von einigen Kritikern des Ethikunterrichts zugegeben, dass es nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, Ethik als ein weltanschauungsfreies, „neutrales“ Fach zu unterrichten.²⁴⁰ Hier- von geht auch die h. M. in der Literatur aus, die eine verfassungskon-

²³⁴ Mückl, Staatskirchenrechtliche Regelungen (o. Fn. 29), S. 533.

²³⁵ Gitta Werner, Ethik oder Religion? Zum Ersatzunterricht für den Religionsunterricht, in: Nomos und Ethos. Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern, hg. von Otto Depenheuer, 2002, S. 43 (52).

²³⁶ Ludger Honnfelder, Ethik, B. Philosophisch, in: LThK³, Bd. 3, 1995, Sp. 901–908 (901).

²³⁷ Jeand'Heur / Koriath, Grundzüge des Staatskirchenrechts (o. Fn. 116), Rn. 314; Thiel, in: Sachs (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 54.

²³⁸ Dazu Jeand'Heur / Koriath, Grundzüge des Staatskirchenrechts (o. Fn. 116), Rn. 313 ff. m. w. N.; Ludwig Renck, Verfassungsprobleme des Ethikunterrichts, in: BayVBl. 1992, S. 519 (519).

²³⁹ Jeand'Heur / Koriath, Grundzüge des Staatskirchenrechts (o. Fn. 116), Rn. 313 ff.; Thiel, in: Sachs (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 54.

²⁴⁰ Thiel, ebd., Art. 7, Rn. 54 m. w. N.; Renck, Verfassungsprobleme des Ethikunterrichts (o. Fn. 238), S. 519; Gerhard Czermak, Das Pflicht-Ersatzfach Ethikunterricht als Problem der Religionsfreiheit, des Elternrechts und der Gleichheitsrechte, in: NVwZ 1996, S. 450 (452).

forme Ausgestaltung des Ethikunterrichts für möglich hält.²⁴¹ Das BVerwG hat festgestellt, dass Art. 7 Abs. 1 GG nicht nur die Schulaufsicht regelt, sondern dem Staat auch eine umfassende Kompetenz zur Gestaltung des Schulwesens zuweist.²⁴² Angesichts dieser verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen sei der Staat befugt, Erziehungsziele in Form neuer Bildungsziele und Unterrichtsfächer zu bestimmen. Die wertgebundene Ausrichtung des Ethikunterrichts sei deshalb nicht unvereinbar mit den grundgesetzlichen Vorgaben. Diese Einschätzung steht im Einklang mit der Entscheidung des BVerfG zum Sexualkundeunterricht aus dem Jahr 1977. Darin hatte das BVerfG den Standpunkt eingenommen, dass der Staat aufgrund seines Bildungs- und Erziehungsauftrags jedes Kind „zu einem selbstverantwortlichen Mitglied der Gesellschaft heranzubilden“ habe.²⁴³ Wenn dem so ist, kann es dem Staat nicht verwehrt sein, auch die Erziehung der Schüler in ethischen Fragen zu übernehmen.²⁴⁴ Umgekehrt gibt es keine die Länder treffende Rechtspflicht, Ethikunterricht einzuführen.²⁴⁵

²⁴¹ Statt vieler *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 41 f.; zu der besonderen Situation an Grundschulen *Stefan Muckel*, Rechtliche Grundlagen und Rahmenbedingungen eines philosophischen Unterrichts als Ersatzfach für den Religionsunterricht in der Primarstufe in Nordrhein-Westfalen, in: NWVBl. 2018, S. 133 ff.

²⁴² BVerwGE 107, 75 (78).

²⁴³ BVerfGE 47, 46 (72).

²⁴⁴ BVerwGE 107, 75 (79) mit Verweis auf unveröffentlichte Kammerentscheidungen des BVerfG; *Werner*, Ethik oder Religion? (o. Fn. 235), S. 48 ff.; *Karen Niehues*, Die Entwicklung des Schulrechts in den Jahren 1999–2000, in: NVwZ 2001, S. 872 (875); *Paul Theuersbacher*, Die Entwicklung des Schulrechts in den Jahren 1997 und 1998, in: NVwZ 1999, S. 838 (841); *Max-Emanuel Geis*, Zur Zulässigkeit von Ethikunterricht für Konfessionslose. Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Juni 1998, in: RdJB 1999, S. 116 (117).

²⁴⁵ BVerfG, in: NVwZ 2018, S. 728 (730); BVerwG, in: NVwZ 2014, S. 1163 (1164); *Thomas Traub/Alexandra Staufenberg*, Ethikunterricht zwischen elterlichem Erziehungsrecht und staatlichem Bildungsauftrag, in: NVwZ 2014, S. 1142 (1144).

III. Ersatzunterricht in der Praxis

1. Zulässigkeit von Ersatzunterricht

Wenn ein Schüler das ihm bezüglich des Religionsunterrichts zustehende Abmelderecht²⁴⁶ ausübt, so darf dies weder zu seiner Diskriminierung²⁴⁷ noch zu einer Sanktionierung seiner Entscheidung führen. Ein Ersatzunterricht für diejenigen Schüler, die nicht am Religionsunterricht teilnehmen möchten, ist jedoch zulässig.²⁴⁸ Mit dem Ersatzunterricht stellt der Staat lediglich die – als Folge der Grundrechtsausübung gestörte – Pflichtengleichheit unter den Schülern wieder her.²⁴⁹ Das Abmelderecht bezweckt nicht, den Schüler vor der Teilnahme an weltanschaulich-neutralen Fächern zu schützen.²⁵⁰

85

Der Annahme, dass zwischen dem Religionsunterricht und dem „Ersatzfach“ kein Alternativverhältnis bestehen dürfe,²⁵¹ ist nicht zu folgen. Religionsunterricht ist grundgesetzlich nicht vor einer „Konkurrenz“ in Gestalt eines alternativ angebotenen Ethikunterrichts geschützt.²⁵² Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn der Religionsunterricht und das „Ersatzfach“ nebeneinander im regulären Fächerkanon angeboten werden und die Schüler letztlich die Wahl haben, sich zwischen den beiden Fächern zu entscheiden.

86

²⁴⁶ Unter F. IV. 1.

²⁴⁷ BVerfGE 52, 223 (252); *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 112.

²⁴⁸ BVerwGE 107, 75 (84 f.); anstelle vieler: *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 137; a. A. *Bader*, in: GG (o. Fn. 151), Bd. I, Art. 7, Rn. 129 ff. m. w. N; krit. auch *Korioth*, Der Auftrag des Religionsunterrichts (o. Fn. 9), S. 21.

²⁴⁹ *Gitta Werner*, Ethik als Ersatzfach, in: NVwZ 1998, S. 816 (817); *Michael Frisch*, Grundsätzliches und Aktuelles zur Garantie des Religionsunterrichts im Grundgesetz, in: ZevKR 49 (2004), S. 589 (617).

²⁵⁰ *Gitta Werner*, Ethik als Ersatzfach (o. Fn. 249), S. 817 unter Verweis auf BVerwG NJW 1973, S. 1815; *Germann*, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 65.

²⁵¹ *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 137 f. mit der Begründung, dass die Einrichtung von alternativ zu wählenden Fächern die Gewährleistung des Religionsunterrichts relativieren würde. Vgl. auch *Geis*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 103), Art. 7, Rn. 60, der auf die verfassungsrechtliche Nachrangigkeit des Ersatzunterrichts verweist.

²⁵² *Karl-Hermann Kästner*, Der Beitrag der Kirchen zur Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrags, in: EssGespr. 32 (1998), S. 61 (82).

2. Verpflichtender Zusatzunterricht in „wertebezogenem“ Fach

87 Ob ein verpflichtender Zusatzunterricht (nicht Ersatzunterricht) in einem „wertebezogenen“ Fach ohne Abmeldemöglichkeit neben dem Religionsunterricht verfassungsrechtlich zu beanstanden wäre, ist umstritten.²⁵³ Hierzu wird vertreten, dass der verpflichtende Besuch zweier wertebezogener Fächer eine Benachteiligung der am Religionsunterricht teilnehmenden Schüler bedeute. Dies würde zu einer tatsächlichen Schlechterstellung des Religionsunterrichts führen und die institutionelle Garantie des Art. 7 Abs. 3 GG aushöhlen.²⁵⁴ Dem wird entgegengehalten, dass die Ungleichbehandlung der betreffenden Schüler durch den staatlichen Erziehungsauftrag gerechtfertigt sei²⁵⁵ bzw. die Schüler durch die zusätzliche Teilnahme am Religionsunterricht lediglich die gewünschte Folge ihres religiösen Bekenntnisses erführen.²⁵⁶ Daher bleibe es dem Staat im Rahmen seiner schulischen Gestaltungsfreiheit unbenommen, ein für alle Schüler verpflichtendes (zusätzliches) Fach „Religionskunde“ oder einen Ethikunterricht einzuführen, und zwar unabhängig von der Teilnahme am Religionsunterricht.²⁵⁷

88 Richtigerweise ist davon auszugehen, dass der Staat durch einen zusätzlichen Pflichtunterricht im Bereich der wertegebundenen Erziehung die Verbürgung des Art. 7 Abs. 3 GG verletzt. Art. 7 Abs. 3 GG bestimmt den Rahmen der religiösen Erziehung für diejenigen, die daran teilnehmen möchten. Dementsprechend hat der Staat nicht das Recht, die Schüler außerhalb dieses Rahmens der Freiwilligkeit und des Übereinstimmungsgebots zu einem wertegebundenen Informationsunterricht zu verpflichten, in dem zu einem erheblichen Teil dieselben Inhalte behandelt würden wie im Religionsunterricht.²⁵⁸ Art. 7 Abs. 3 GG enthält ein „Verbot der Diskreditierung und Verdrängung“ des Religionsunterrichts.²⁵⁹ Die verpflichtende Teilnahme

²⁵³ Dafür: Kästner, ebd., S. 82 f.

²⁵⁴ Kästner, ebd., S. 83.

²⁵⁵ Badura, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 22), Art. 7, Rn. 79.

²⁵⁶ Bader, in: GG (o. Fn. 151), Bd. I, Art. 7, Rn. 135.

²⁵⁷ Thiel, in: Sachs (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 54; Robbers, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 139; Jeand'Heur / Koriath, Grundzüge des Staatskirchenrechts (o. Fn. 116), Rn. 316.

²⁵⁸ Heckel, Religionskunde im Lichte der Religionsfreiheit (o. Fn. 105), S. 188 f.; Frisch, Garantie des Religionsunterrichts im Grundgesetz (o. Fn. 250), S. 619 f.

²⁵⁹ Heckel, Religionskunde im Lichte der Religionsfreiheit (o. Fn. 105), S. 188.

am Zusatzfach bedeutet zwangsläufig schon insofern eine faktische Konkurrenz zum Religionsunterricht, als für die am Religionsunterricht teilnehmenden Schüler mit Blick auf eine mögliche Stundenreduzierung ein Anreiz geschaffen wird, sich vom Religionsunterricht abzumelden. Dies zuzulassen, würde Sinn und Zweck des Art. 7 Abs. 3 GG widersprechen. Dementsprechend darf die von Seiten der Verfassung getroffene Entscheidung für religiöse Erziehung im bekenntnisgebundenen Religionsunterricht nicht durch zusätzliche Konkurrenzfächer konterkariert werden.²⁶⁰ Die Pflicht zur Teilnahme an einem zusätzlichen wertebezogenen Unterricht würde für die betroffenen Schüler überdies zu einer „unverhältnismäßigen Doppelbelastung“ führen.²⁶¹

IV. Gleichwertigkeit

Aus staatlicher Perspektive gibt es keinen Vorrang der religiösen vor der weltanschaulich-neutralen Werteerziehung.²⁶² Der Staat darf den wertebezogenen Alternativunterricht daher als ein mit dem Religionsunterricht gleichwertiges ordentliches Lehrfach anbieten.²⁶³ Der Unterricht muss in zeitlicher Hinsicht sowie mit Blick auf die personellen Ressourcen so ausgestattet sein, dass er nicht hinter dem Religionsunterricht zurücksteht.²⁶⁴

89

²⁶⁰ *Heckel*, ebd., S. 189; *Frisch*, Garantie des Religionsunterrichts im Grundgesetz (o. Fn. 250), S. 619 ff. Eine Konkurrenz zu einem alternativen Ersatzfach ist jedoch nicht zu beanstanden (o. G. III. 1.).

²⁶¹ *Heckel*, Religionskunde im Lichte der Religionsfreiheit (o. Fn. 105), S. 188.

²⁶² *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 65; *Frisch*, Garantie des Religionsunterrichts im Grundgesetz (o. Fn. 250), S. 615.

²⁶³ BVerwGE 107, 75 (90); *Frisch*, Garantie des Religionsunterrichts im Grundgesetz (o. Fn. 250), S. 615.

²⁶⁴ *Geis*, Zulässigkeit von Ethikunterricht für Konfessionslose (o. Fn. 244), S. 119.

H. Die „Bremer Klausel“ (Art. 141 GG)

- 90 Gem. Art. 141 GG sind einige Bundesländer von der Verpflichtung zur Einrichtung von Religionsunterricht ausgenommen.²⁶⁵ Diese Ausnahmeregelung ist eng zu verstehen. Grundsätzlich ist es den Ländern verwehrt, die Regelung des Art. 7 Abs. 3 GG durch abweichende Rechtsformen normativ oder faktisch zu umgehen.²⁶⁶

I. Geltungsbereich

- 91 Art. 141 GG legt fest, dass ein Land²⁶⁷, in dem am 1.1.1949 eine von Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG abweichende landesrechtliche Regelung bestand, keinen Religionsunterricht i.S. des Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG einführen muss. Wie bereits dargelegt, wird die Regelung in der Literatur als „Bremer Klausel“ bezeichnet.
- 92 Der Ausdruck „Bremer Klausel“ geht darauf zurück, dass der Parlamentarische Rat mit der Schaffung des Art. 141 GG in erster Linie den besonderen Verhältnissen in Bremen Rechnung tragen wollte.²⁶⁸ Dort fand als Kompromiss zwischen den reformierten und lutherischen Strömungen in der Bremischen Landeskirche bereits im 19. Jahrhundert ein bekenntnismäßig nicht gebundener Religionsunterricht statt.²⁶⁹ Dieser Kompromiss hat auch in Art. 32 der bremischen Landesverfassung vom 21.10.1947 seinen Ausdruck gefunden. Danach sind die allgemein bildenden öffentlichen Schulen Gemeinschaftsschulen mit bekenntnismäßig nicht gebundenem Unterricht in Biblischer Geschichte auf allgemeiner christlicher Grundlage.²⁷⁰ Die Bedeutung des Art. 141 GG war schon im Parlamentarischen Rat

²⁶⁵ *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 28), Rn. 441; *Mückl*, Freiheit kirchlichen Wirkens (o. Fn. 107), § 161, Rn. 37.

²⁶⁶ *Heckel*, Neue Formen des Religionsunterrichts? (o. Fn. 3), S. 392; *ders.*, Religionskunde im Lichte der Religionsfreiheit (o. Fn. 105), S. 185 ff.; vgl. zudem die Ausführungen unter E. II. zur „bekenntnisfreien“ Schule.

²⁶⁷ Der Verfassungstext spricht in heute unüblich gewordener Form von einem „Lande“.

²⁶⁸ *Ogorek*, Verfassungsgarantie staatlichen Religionsunterrichts in den neuen Bundesländern (o. Fn. 21), S. 9.

²⁶⁹ *Mückl*, Staatskirchenrechtliche Regelungen (o. Fn. 29), S. 527.

²⁷⁰ *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 28), Rn. 443.

umstritten²⁷¹; seit der Wiedervereinigung Deutschlands wird über die Auslegung der Norm erneut kontrovers diskutiert.²⁷² Gegenstand der Diskussion ist insbesondere, ob Art. 141 GG auch für die neuen Bundesländer gilt.²⁷³

Art. 141 GG befreit diejenigen Länder von der Anwendbarkeit des Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG, in denen am 1. 1. 1949 eine von Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG abweichende landesrechtliche Regelung bestand. Während die beiden letzteren Voraussetzungen, also der Stichtag und die abweichende landesrechtliche Regelung, vergleichsweise leicht überprüft werden können,²⁷⁴ ist der durch das Wort „Land“ umschriebene räumliche Anwendungsbereich unscharf. Richtigerweise ist „Land“ i. S. des Art. 141 GG als durchgängig bestehendes staatsrechtliches Rechtssubjekt zu verstehen²⁷⁵ und nicht – geographisch – i. S. von „Gebiet“. Die ostdeutschen Bundesländer wurden 1990 neu gegründet und zählen deshalb nicht zu den in Art. 141 GG angesprochenen Ländern.²⁷⁶ Gegen eine solche Lesart des Art. 141 GG ist vorgebracht worden, dass es für das rechtssubjektbezogene Verständnis des Begriffs „Land“ keinen Anhaltspunkt gebe.²⁷⁷ Dem ist zu widersprechen. Der Verfassungsgeber von 1948/49 wollte lokale schulrechtliche Traditionen, namentlich des Landes Bremen, erhalten.²⁷⁸ Art. 141 GG

93

²⁷¹ *Sigrid Boysen*, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 43), Bd. 2: Art. 70 bis Art. 146, Art. 141, Rn. 1.

²⁷² Zur Vorgeschichte vgl. *Ogorek*, Verfassungsgarantie staatlichen Religionsunterrichts in den neuen Bundesländern (o. Fn. 21), S. 5 ff.

²⁷³ *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 113), Bd. 3, Art. 141, Rn. 7.

²⁷⁴ Vgl. *Unruh*, ebd., Art. 141, Rn. 8.

²⁷⁵ *Unruh*, ebd., Art. 141, Rn. 8; *Peter Badura*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 22), Losebl. Stand 47. Erg.-Lfg. 2006, Art. 141, Rn. 5; *Mückl*, Staatskirchenrechtliche Regelungen (o. Fn. 29), S. 542; *Arnd Uhle*, Die Verfassungsgarantie des Religionsunterrichts und ihre territoriale Reichweite, in: DÖV 1997, S. 409 (410); *Heinrich de Wall*, Zum Verfassungsstreit um den Religionsunterricht in Brandenburg, in: ZevKR 42 (1997), S. 353 (368 ff.); *Christian Starck*, Religionsunterricht in Brandenburg. Art. 141 GG als Ausnahme von der Regel des Art. 7 Abs. 3 GG, in: Dem Staate, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag, hg. von Josef Isensee / Wilhelm Rees / Wolfgang Rübner, 1999, S. 391 (394 ff.).

²⁷⁶ Ländereinführungsgesetz v. 22. 7. 1990 (GBl. DDR I S. 955); *Muckel / Tillmanns*, Lebensgestaltung – Ethik – Religionskunde (o. Fn. 4), S. 360 (362 f.); *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 113), Bd. 3, Art. 141, Rn. 8; *Uhle*, Die Verfassungsgarantie des Religionsunterrichts (o. Fn. 275), S. 411.

²⁷⁷ *Rolf Gröschner*, in: Dreier (o. Fn. 139), Bd. III, Art. 141, Rn. 13; *Thiel*, in: Sachs (o. Fn. 31), Art. 141, Rn. 13.

²⁷⁸ *Uhle*, Die Verfassungsgarantie des Religionsunterrichts (o. Fn. 275), S. 414; *Mückl*, Staatskirchenrechtliche Regelungen (o. Fn. 29), S. 543.

diente als Kompromiss in der Streitfrage um den Religionsunterricht und sollte die Möglichkeit differenzierter Lösungen auch für andere Bundesländer eröffnen.²⁷⁹ Angesichts dieser Entstehungsgeschichte kann nicht davon ausgegangen werden, dass Art. 141 GG nach dem Willen des Verfassungsgebers auch für die sowjetische Besatzungszone gelten sollte.²⁸⁰ Art. 141 GG ist als eng auszulegende Ausnahme konzipiert.²⁸¹ Das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG und Art. 141 GG hat sich nicht durch die Wiedervereinigung geändert.²⁸² Folglich findet Art. 141 GG in den neuen Bundesländern keine Anwendung.²⁸³

94 Einen Sonderfall bildet der Stadtstaat Berlin. Verschiedentlich wird vertreten, dass Art. 141 GG in Berlin seit der Wiedervereinigung nicht mehr angewendet werden könne.²⁸⁴ Nach zutreffender Ansicht, die auch der Rechtsprechung des BVerwG zugrunde liegt, fällt jedoch

²⁷⁹ *Badura*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 275), Art. 141, Rn. 3.

²⁸⁰ *Michael Germann*, Beweist die Entstehungsgeschichte der „Bremer Klausel“ die Exemption des Landes Brandenburg von der Garantie des Religionsunterrichts? in: ZevKR 45 (2000), S. 631 (631 ff.); *Ogorek*, Verfassungsgarantie staatlichen Religionsunterrichts in den neuen Bundesländern (o. Fn. 21), S. 9 ff.; *Starck*, Religionsunterricht in Brandenburg (o. Fn. 275), S. 396 ff.; *Andreas Goeschen*, Bremer Klausel: „in einem Lande der Bundesrepublik“. Zur Frage, ob die „Bremer Klausel“ auf die neuen Bundesländer Anwendung findet, Art. 7 Abs. 3 S. 1 und 141 GG, in: AfKR 170 (2001), S. 129 (135); *Badura*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 275), Art. 141, Rn. 5.

²⁸¹ *Heckel*, Religionskunde im Lichte der Religionsfreiheit (o. Fn. 105), S. 207 ff.; *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 113), Bd. 3, Art. 141, Rn. 8; *Gröschner*, in: Dreier (o. Fn. 139), Bd. III, Art. 141, Rn. 3.

²⁸² *Ogorek*, Verfassungsgarantie staatlichen Religionsunterrichts in den neuen Bundesländern (o. Fn. 21), S. 45; a.A. *Thiel*, in: Sachs (o. Fn. 31), Art. 141, Rn. 15.

²⁸³ *Badura*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 275), Art. 141, Rn. 5; *Hofmann*, in: GG (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 41 sowie Art. 141, Rn. 7. A. A. *Schlink / Poscher*, Verfassungskompromiß zum Religionsunterricht (o. Fn. 14), S. 41 ff.; *Bernhard Schlink*, Religionsunterricht in den neuen Ländern, in: NJW 1992, S. 1008 (1010 ff.); *Thiel*, in: Sachs (o. Fn. 31), Art. 141, Rn. 13; *Jarass*, in: ders. / Pieroth (o. Fn. 61), Art. 141, Rn. 1; *Helmut Goerlich*, Art. 141 GG als zukunftsgerichtete Garantie der neuen Länder und die weltanschauliche Neutralität des Bundes, in: NVwZ 1998, S. 819 (821 f.); *Sighart Lörler*, Verfassungsrechtliche Maßgaben für den Religionsunterricht in Brandenburg, in: ZRP 1996, S. 121 (122 f.).

²⁸⁴ *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 28), Rn. 445; *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 113), Bd. 3, Art. 141, Rn. 9; *Gernot Fritz*, Religionsunterricht: Berliner Sonderweg nicht mehr gerechtfertigt!, in: BayVBl. 2002, S. 135 (137 ff.); *Peter Unruh*, Zur Verfassungsmäßigkeit des obligatorischen Ethikunterrichts, in: DÖV 2007, S. 625 (629 f.); *Holger Kresser*, Das verfassungsrechtliche Verhältnis von Religions- und Ethikunterricht dargestellt am Beispiel Berlin, in: DVBl. 2008, S. 607 (611 ff.).

auch das heutige Land Berlin in den Anwendungsbereich des Art. 141 GG.²⁸⁵ Da schon das alte Bundesland, also West-Berlin, sich auf Art. 141 GG berufen konnte, würde die Nichteinbeziehung des Ostteils Berlins dem Gedanken der Rechtseinheit zuwiderlaufen, wie er im Einigungsvertrag und in der Präambel des Grundgesetzes festgelegt ist.²⁸⁶

Art. 141 GG ist unstreitig auch auf Länder anwendbar, in denen (nur) bezüglich einzelner Schultypen (z.B. Berufsschulen) eine „andere landesrechtliche Regelung“ bestand.²⁸⁷ 95

Zu betonen bleibt schließlich aber auch: Selbst in den Bundesländern, die von der Regelung des Art. 141 GG erfasst werden, ist der Gesetzgeber nicht von Verfassungs wegen daran gehindert, Religionsunterricht i. S. des Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG einzuführen.²⁸⁸ 96

II. Konsequenzen in einzelnen Bundesländern

1. Bremen

Es ist einhellig anerkannt, dass Art. 141 GG für das Bundesland Bremen gilt. Dort wurde bislang Unterricht in Biblischer Geschichte erteilt; dieses Fach wurde zu Beginn des Schuljahres 2014/2015 zu dem neuen Schulfach „Religion“ weiterentwickelt²⁸⁹. Die gesetzlichen Grundlagen blieben, soweit ersichtlich, unverändert. Das neue Fach „Religion“ steht also (ebenfalls) auf der Grundlage des Art. 32 der Bremer Verfassung und ist für alle Schülerinnen und Schüler 97

²⁸⁵ BVerwGE 110, 326 (331 ff.); *Jarass*, in: ders./Pieroth (o. Fn. 61), Art. 141, Rn. 1; *Badura*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 275), Art. 141, Rn. 7; *Ogorek*, Verfassungsgarantie staatlichen Religionsunterrichts in den neuen Bundesländern (o. Fn. 21), S. 23 ff.; *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 31), Art. 141, Rn. 4. A. A. *Hofmann*, in: GG (o. Fn. 31), Art. 7, Rn. 39 sowie Art. 141, Rn. 2.

²⁸⁶ *Badura*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 275), Art. 141, Rn. 7.

²⁸⁷ *Jarass*, in: ders./Pieroth (o. Fn. 61), Art. 141, Rn. 1; *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 31), Art. 141, Rn. 4.

²⁸⁸ *Jarass*, in: ders./Pieroth (o. Fn. 61), Art. 141, Rn. 2; *Badura*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 275), Art. 141, Rn. 2; *Thiel*, in: Sachs (o. Fn. 31), Art. 141, Rn. 3.

²⁸⁹ Weiterführend dazu: *Ralf Poscher*, Religions- oder Religionskundeunterricht? Eine Fallstudie zu einer verfassungsrechtlichen Dichotomie am Beispiel des Bremer Unterrichts in Biblischer Geschichte, in: RdJB 2006, S. 460. Näher zum neuen Fach „Religion“: *Manfred Spieß*, Das neue Fach „Religion“, in: Bremer Lehrerzeitung 2014, S. 24 f.

vorgesehen, unabhängig von ihren religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen. Mangels Konfessionsgebundenheit ist das Fach „Religion“ ebenso wenig wie das Fach „Biblische Geschichte“ als Religionsunterricht i.S. des Art. 7 Abs. 3 GG zu qualifizieren.²⁹⁰ Nach Art. 32 Abs. 2 S. 1 Verf. Bremen und § 7 Abs. 2 SchulG Bremen besteht für Schüler die Möglichkeit der Nichtteilnahme. Die nicht teilnehmenden Schüler müssen ein von der Schulsenatorin zu genehmigendes Ersatzfach besuchen. Als Ersatzfach werden Philosophie sowie Islamkunde angeboten.²⁹¹ In der Praxis kam es bislang immer wieder vor, dass einige Schulen als Alternative zu Biblischer Geschichte nur Unterricht im Fach Philosophie oder ähnlichen Fächern („Ethik“) anboten.²⁹²

- 98** Daneben ist den Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften das Recht eingeräumt, Kinder außerhalb der Schulzeiten in ihrem Bekenntnis oder ihrer Weltanschauung zu unterrichten (Art. 32 Abs. 3 Verf. Bremen).

2. Berlin

- 99** Das BVerwG hat bestätigt, dass Berlin von der Verpflichtung zur Erteilung von Religionsunterricht nach Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG ausgenommen ist.²⁹³ In Berlin ist gem. § 12 SchulG Berlin Ethikunterricht ordentliches Lehrfach. Daneben wird den Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften die Möglichkeit gewährt, gem. § 13 SchulG Berlin Religions- und Weltanschauungsunterricht in eigener Verantwortung zu erteilen.²⁹⁴ Die Schüler nehmen freiwillig am Religionsunterricht teil. Das BVerfG hat es für zulässig erachtet, neben den Religionsunterricht einen Ethikunterricht als Pflichtfach ohne Abmeldemöglichkeit einzuführen.²⁹⁵ Ein 2009 durchgeführter Volksent-

²⁹⁰ *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 28), Rn. 443; *Thiel*, in: Sachs (o. Fn. 31), Art. 141, Rn. 7.

²⁹¹ Bremische Bürgerschaft, Drs. 16/823, Mitteilung des Senats v. 6.12.2005.

²⁹² Bremische Bürgerschaft, Drs. 17/815, Mitteilung des Senats v. 2.6.2009.

²⁹³ BVerwGE 110, 326 (331).

²⁹⁴ *Norbert Janz*, Neuere Entwicklungen der schulischen Wertevermittlung in Brandenburg, in: ZevKR 53 (2008), S. 41 (45).

²⁹⁵ BVerfG, in: NVwZ 2008, S. 72 (Nichtannahmebeschluss).

scheid mit dem Ziel, Religions- und Ethikunterricht in Berlin zu Wahlpflichtfächern zu erklären, scheiterte.²⁹⁶

3. Neue Länder (mit Ausnahme von Brandenburg)

In den neuen Bundesländern mit Ausnahme von Brandenburg sehen alle Landesverfassungen den Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach i.S. von Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG vor.²⁹⁷ Wenn Schüler von ihrem Recht zur Abmeldung vom Religionsunterricht Gebrauch machen, werden sie im Ersatzfach Ethik unterrichtet. In Sachsen-Anhalt sind Religions- und Ethikunterricht dagegen gleichrangig und austauschbar beide als ordentliche Lehrfächer ausgestaltet, zwischen denen die Schüler frei wählen können.²⁹⁸

100

4. Brandenburg

Das in Brandenburg unterrichtete Fach „Lebensgestaltung-Ethik-Religionskunde“ ist kein Religionsunterricht i.S. des Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG.²⁹⁹ Brandenburg hatte nach Durchführung eines Modellversuchs 1996 das Schulgesetz geändert und das Fach „Lebensgestaltung-Ethik-Religionskunde“ anstelle des Religionsunterrichts zum ordentlichen Unterrichtsfach für alle Schüler erklärt.³⁰⁰ Daraufhin erhoben das Erzbistum Berlin, die Bistümer Görlitz und Magdeburg sowie betroffene Schüler und Eltern Verfassungsbeschwerden gegen die Gesetzesänderung. Darüber hinaus stellten Abgeordnete der CDU/CSU-Bundestagsfraktion einen Normenkontrollantrag bei dem BVerfG.³⁰¹ Das Verfahren vor dem BVerfG endete mit einem Vergleich, der eine Aufwertung des Religionsunterrichts unter Beibehaltung der Stellung von „Lebensgestaltung-Ethik-Religionskunde“ beinhaltete.³⁰² Dieser Vergleich beruhte weitgehend auf einem Vorschlag des

101

²⁹⁶ Dieter Hömig, *Contra Reli? – Viel Lärm um nichts*, in: NJ 2009, S. 241.

²⁹⁷ Mückl, *Staatskirchenrechtliche Regelungen* (o. Fn. 29), S. 536.

²⁹⁸ Vgl. § 19 SchulG LSA.

²⁹⁹ Geis, in: *Berliner Kommentar* (o. Fn. 103), Art. 7, Rn. 49.

³⁰⁰ Uhle, *Die Verfassungsgarantie des Religionsunterrichts* (o. Fn. 275), S. 409; näher zum Verfahren Norbert Janz, „Lebensgestaltung-Ethik-Religionskunde“ im Brandenburgischen SchulG, in: NJ 2003, S. 241.

³⁰¹ Janz, ebd., S. 241.

³⁰² BVerfGE 104, 305.

BVerfG.³⁰³ Mit dem Vergleich wurde zwar keine rechtliche, aber immerhin eine faktische Gleichrangigkeit von Religionsunterricht und „Lebensgestaltung-Ethik-Religionskunde“ hergestellt.³⁰⁴ Infolgedessen enthielt sich das BVerfG einer Antwort auf die Frage, ob Art. 141 GG in Brandenburg anwendbar ist. Die Antwort ist jedoch eindeutig. Für das Land Brandenburg können grundsätzlich keine anderen Regeln gelten als für die anderen neuen Bundesländer. Das Land kann sich daher ebenso wenig wie die anderen neuen Bundesländer auf Art. 141 GG berufen. Es ist verpflichtet, den Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach auszugestalten. Die dagegen verstoßenden Vorschriften des Schulgesetzes sind verfassungswidrig.³⁰⁵ Die gegenwärtige Situation in Brandenburg, die auf dem Kompromissvorschlag des BVerfG beruht und den Religionsunterricht im Verhältnis zu „Lebensgestaltung-Ethik-Religionskunde“ zu einem Ersatzfach macht, entspricht nicht den Anforderungen des Grundgesetzes.

- 102 Das Fach „Lebensgestaltung-Ethik-Religionskunde“ wird in Brandenburg derzeit als ordentliches Lehrfach unterrichtet. Daneben haben die Religionsgemeinschaften das Recht, einen auf freiwilliger Basis besuchten Religionsunterricht anzubieten.³⁰⁶ Er wird in den Räumen der Schule erteilt, kann nach dem Willen der Religionsgemeinschaften auf dem Zeugnis benotet ausgewiesen und soll in die regelmäßige Unterrichtszeit integriert werden.³⁰⁷ Der Religionsunterricht ist damit nur eine kirchlich veranstaltete Unterweisung, die staatlich gefördert wird.³⁰⁸ Nach § 11 Abs. 3 SchulG Bbg. sind Schüler, die den Religionsunterricht besuchen, allerdings von der Teilnahmeverpflichtung an „Lebensgestaltung-Ethik-Religionskunde“ befreit.

³⁰³ *Klaus Hanßen*, Unterrichtsfach Lebensgestaltung-Ethik-Religionskunde im Land Brandenburg – Drittes Gesetz zur Änderung des Brandenburgischen Schulgesetzes, in: LKV 2003, S. 153 (157 ff.).

³⁰⁴ *Janz*, Neuere Entwicklungen der schulischen Wertevermittlung in Brandenburg (o. Fn. 294), S. 45.

³⁰⁵ *Ogorek*, Verfassungsgarantie staatlichen Religionsunterrichts in den neuen Bundesländern (o. Fn. 21), S. 45. So wohl auch *Hofmann*, in: GG (o. Fn. 31), Art. 141, Rn. 7 m.w.N.; aus der Zeit des Rechtsstreits vor dem BVerfG: *Muckel/Tillmanns*, Lebensgestaltung – Ethik – Religionskunde (o. Fn. 4), S. 360 ff.; *Hinnerk Wißmann*, Art. 141 GG als „Brandenburger Klausel“?, in: RdJB 1996, S. 368 ff.

³⁰⁶ *Janz*, „Lebensgestaltung-Ethik-Religionskunde“ im Brandenburgischen SchulG (o. Fn. 300), S. 241.

³⁰⁷ § 9 Abs. 2–4 SchulG Bbg.

³⁰⁸ *Geis*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 103), Art. 7, Rn. 57.

I. Rechtsfragen des islamischen Religionsunterrichts

Besondere Probleme haben sich bezüglich der Einführung von Religionsunterricht für muslimische Schüler ergeben.³⁰⁹ In einigen Ländern wird islamischer Religionsunterricht zwar nicht als ordentliches Lehrfach erteilt, es werden aber verschiedene Modellversuche erprobt.³¹⁰ 103

I. Ansprechpartner in Gestalt der Religionsgemeinschaft

Als Folge des Übereinstimmungsgebots benötigt der Staat einen qualifizierten und von den Angehörigen der Religionsgemeinschaft akzeptierten Ansprechpartner, welchem die Definitionsmacht bezüglich der Grundsätze der Religionsgemeinschaft zukommt.³¹¹ Vor diesem Hintergrund haben Teile der Literatur wiederholt angezweifelt, dass es sich bei islamischen Vereinigungen um Religionsgemeinschaften i. S. des Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG handelt.³¹² Die gelebte Gemeinschaft der Muslime bildet den Islam, eine formalisierte Mitgliedschaft wie bei den christlichen Kirchen ist nicht vorgesehen.³¹³ Der Islam kennt viele verschiedene Strömungen, es existiert aber keine gemeinsame Instanz, die die jeweiligen Grundsätze unangefochten formulieren könnte.³¹⁴ Das Problem fehlender Institutionalisierung ist somit im Islam strukturell angelegt. Doch hat sich gezeigt, dass es durch 104

³⁰⁹ Vgl. dazu nur *Janbernd Oebbecke*, Die rechtliche Ordnung des islamischen Religionsunterrichts in Deutschland – Stand und Perspektiven, in: *EssGespr.* 49 (2016), S. 153 ff.; *Bernd Grzeszick*, Islamischer Religionsunterricht an öffentlichen Schulen, in: *ZevKR* 62 (2017), S. 362 ff. m. w. N.

³¹⁰ Umfassende Bestandsaufnahme bei *Oebbecke*, Die rechtliche Ordnung des islamischen Religionsunterrichts (o. Fn. 309), S. 156 ff.; vgl. auch *Beaucamp/Wißmann*, Islamischer Religionsunterricht – Warum ist das eine unendliche Geschichte? (o. Fn. 61), S. 1517; *Hartmut Krefß*, Klärungsbedarf im Religionsrecht, in: *ZRP* 2016, S. 115 ff.

³¹¹ *Mückl*, Staatskirchenrechtliche Regelungen (o. Fn. 29), S. 552; *Muckel*, Islamischer Religionsunterricht (o. Fn. 158), S. 61 f. Siehe auch o. E. III. 2. a.

³¹² *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 28), Rn. 459; *Muckel*, Islamischer Religionsunterricht (o. Fn. 158), S. 60.

³¹³ *Axel Emenet*, Verfassungsrechtliche Probleme einer islamischen Religionskunde an öffentlichen Schulen, 2003, S. 169; *Muckel*, Islamischer Religionsunterricht (o. Fn. 158), S. 60 m. w. N.

³¹⁴ *Link*, Religionsunterricht in Deutschland (o. Fn. 199), S. 461.

Gründung repräsentativer Vereine und Verbände jedenfalls in wesentlicher Hinsicht gelöst werden kann.³¹⁵

- 105 Dabei stellt sich immer wieder die Frage, inwieweit auch ein mehrstufig konzipierter Dachverband Religionsgemeinschaft i.S. des Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG und damit Träger der inhaltlichen Verantwortung eines islamischen Religionsunterrichts sein kann. Grundsätzlich ist dies nicht ausgeschlossen. Nach zutreffender Einschätzung des BVerwG kann grundsätzlich auch ein Dachverband eine Religionsgemeinschaft sein.³¹⁶ Voraussetzung hierfür ist, dass der Dachverband eine innere Verfassung aufweist, die in ihrer Gesamtheit durch ein organisatorisches Band zusammengehalten wird, das durch die gemeinsame Konfession geprägt ist und vom Dachverband an der Spitze mit seinen Gremien bis hinunter zum einfachen Gläubigen reicht. Darüber hinaus muss der Dachverband selbst nach seiner Satzung für die Wahrnehmung von Aufgaben zuständig sein, die für die Identität einer Religionsgemeinschaft wesentlich sind. Die Qualifikation als Religionsgemeinschaft hängt überdies davon ab, dass der Dachverband über eine satzungsmäßig vorgesehene und mit Sachautorität und -kompetenz ausgestattete Instanz in Bezug auf seine identitätsstiftenden Aufgaben verfügt und eine etwa von ihm in Anspruch genommene Autorität in Lehrfragen in der gesamten Gemeinschaft bis hinunter zu den örtlichen Glaubensgemeinden reale Geltung hat. Ein an der Basis aus örtlichen Glaubensgemeinden bestehender Dachverband ist schließlich nur dann als Religionsgemeinschaft i.S. von Art. 7 Abs. 3 Satz 1 GG anzusehen, wenn die betreffenden Glaubensgemeinden und deren regionale Zusammenschlüsse die Tätigkeiten des Dachverbands und damit auch den Charakter der von ihm angeführten Gesamtorganisation prägen. Das OVG NRW sah diese Voraussetzungen im Hinblick auf zwei islamische Dachverbände, die die Einführung des Fachs „Islamischer Religionsunterricht“ als ordentliches Lehrfach an den Schulen in Nordrhein-Westfalen beehrten, nicht als gegeben an. Insbesondere fehle es den Dachverbänden an einer satzungsmäßig vorgesehenen und mit Sachautorität ausgestat-

³¹⁵ *Simone Spriewald*, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Einführung von islamischem Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach an deutschen Schulen, 2003, S. 27 ff. mit Beispielen; *Myrian Dietrich*, Islamischer Religionsunterricht. Rechtliche Perspektiven, 2006, S. 138 ff.

³¹⁶ BVerwGE 123, 49; *Stefan Mückel*, Islamischer Religionsunterricht – zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Februar 2005, in: RdJB 2005, S. 513 (513 ff.); *ders.*, Freiheit kirchlichen Wirkens (o. Fn. 107), § 161, Rn. 37; *Beaucamp / Wißmann*, Islamischer Religionsunterricht – Warum ist das eine unendliche Geschichte? (o. Fn. 61), S. 1519.

teten Instanz, deren Autorität in Lehrfragen auch tatsächlich bis hinunter zu den Moscheegemeinden reale Geltung habe.³¹⁷ Mittlerweile gibt es in Deutschland islamische Religionsgemeinschaften in wachsender Zahl.³¹⁸

II. Einhaltung der Verfassungsgrundsätze

Einem prinzipiell möglichen Anspruch auf Einführung von islamischem Religionsunterricht an öffentlichen Schulen können nicht zuletzt Bedenken an der Verfassungstreue der betreffenden Religionsgemeinschaften entgegenstehen. Maßstab sind dabei insbesondere die Grundsätze der Menschenwürde und des demokratischen Rechtsstaates aus Art. 79 Abs. 3 GG. Der Staat kann von den Religionsgemeinschaften erwarten, dass sie diese Grundsätze im Rahmen der an öffentlichen Schulen erfolgenden religiösen Unterweisung achten.³¹⁹ Hieraus folgt, dass die Inhalte des Religionsunterrichts nicht zu wesentlichen Verfassungsprinzipien in Konflikt geraten dürfen.³²⁰

106

J. Ausblick

Der Religionsunterricht ist ein Fach, das infolge der sich in Deutschland wandelnden religionssoziologischen Verhältnisse immer wieder neuen Herausforderungen ausgesetzt ist. Ob die grundgesetzliche Garantie des Religionsunterrichts auch in Zukunft gesellschaft-

107

³¹⁷ OVG NRW, U. v. 9. 11. 2017 – 19 A 997/02, juris, Rn. 41 ff.

³¹⁸ Dazu dürfte vor allem das staatliche Bestreben geführt haben, mit islamischen Religionsgemeinschaften Staatsverträge mit kodifikatorischem Charakter zu schließen, vgl. dazu *de Wall*, Rechtsgutachten über die Eigenschaften von „DITIB Landesverband Hamburg e.V.“, „SCHURA – Rat der Islamischen Gemeinschaften in Hamburg e.V.“ und „Verband der Islamischen Kulturzentren e.V.“ als Religionsgemeinschaften und weitere Aspekte ihrer Eignung als Kooperationspartner der Freien und Hansestadt Hamburg in religionsrechtlichen Angelegenheiten, in: Klinkhammer/de Wall, Staatsvertrag mit Muslimen (o. Fn. 38), S. 1 ff; zu den (bislang erfolglosen) Verhandlungen in Niedersachsen vgl. *Christian Starck*, Staatsverträge des Landes Niedersachsen mit Muslimverbänden, in: NdsVBl. 2016, S. 353 ff.

³¹⁹ *Muckel*, Islamischer Religionsunterricht (o. Fn. 158), S. 62 f.; *Heckel*, Religionsunterricht für Muslime? (o. Fn. 134), S. 749; *Korioth*, Islamischer Religionsunterricht und Art. 7 III GG (o. Fn. 43), S. 1048.

³²⁰ BVerfGE 102, 370 (392); *Frisch*, Garantie des Religionsunterrichts im Grundgesetz (o. Fn. 250), S. 637 f.

lich akzeptiert bleibt und damit ihre rechtspolitische Legitimation bewahren kann, wird auch davon abhängen, wie es gelingt, einen echten islamischen Religionsunterricht i. S. des Art. 7 Abs. 3 GG einzuführen.

§ 45

Bekenntnisschulen

Von Hinnerk Wißmann

I. Begriff	1–3
II. Grundlinien der historischen Entwicklung	4–16
1. Die Bekenntnisschule als Beitrag zum frühmodernen Schulwesen	4–7
2. Weimarer Republik und Nationalsozialismus	8–11
3. Entwicklung in der Bundesrepublik und der DDR	12–16
a) Öffentliches Schulwesen	12–14
b) Bekenntnisschulen in privater Trägerschaft	15–16
III. Verfassungsrechtliche Maßgaben für das Recht der Bekenntnisschulen	17–35
1. Die Bekenntnisschule in öffentlicher Trägerschaft	17–22
a) Träger öffentlicher Bekenntnisschulen – Grundlagen des entsprechenden Erziehungsmandats	17–19
b) Die Entscheidung über Schüler und Lehrer	20–21
c) Insbesondere: Religionsunterricht und öffentliche Bekenntnisschule	22
2. Bekenntnisschulen in privater Trägerschaft	23–35
a) Vielfalt der Schulformen und Trägermodelle	23–26
b) Das Schul-Mandat der privaten Bekenntnisschule	27–30
c) Schüler- und Lehrerwahl	31–33
d) Finanzierung	34–35
IV. Schluss: Standort und Perspektiven der Bekenntnisschule im Verfassungsstaat der Gegenwart	36–38

I. Begriff

- 1 Die Bekenntnisschule (konfessionelle Schule) gehört zu den klassischen Organisationstypen des deutschen Schulverfassungsrechts.¹ In traditioneller Anschauung werden in der Bekenntnisschule Schüler eines Bekenntnisses von Lehrern des gleichen Bekenntnisses nach den Grundsätzen dieses Bekenntnisses unterrichtet, wobei die Art des (staatlichen oder privaten bzw. kirchlichen) Trägers zunächst keine Rolle spielt.² Die konfessionelle Bindung einer Schule weist auf die zentrale Rolle, die die Kirchen für das Bildungswesen in Europa über Jahrhunderte wie selbstverständlich einnahmen. Die praktische Bedeutung wie auch die organisatorisch-inhaltliche Gestalt der Bekenntnisschule haben sich freilich in einem längeren Prozess grundsätzlich gewandelt: Im Bereich des *öffentlichen Schulwesens* ist sie in Deutschland ganz überwiegend von der Gemeinschaftsschule abgelöst worden, die bekenntnismäßige Organisation ist hier vom Normalfall zur Ausnahme geworden.³ So bilden Bekenntnisschulen heute vor allem einen wichtigen Teilbereich der grundrechtlich geschützten *Privatschulen*, die gemäß Art. 7 Abs. 4 f. GG von kirchlichen oder anderen freien Trägern geführt werden können.⁴ Auch dort gilt freilich, dass die Belange des Schulwesens in hohem Maße verfassungsrechtlich wie schulgesetzlich überformt sind, so dass Anspruch und Reichweite konfessioneller Bindungen in neuer Weise bestimmt werden müssen.
- 2 Angesichts dieser Entwicklung ist der genannte herkömmliche Begriff der Bekenntnisschule, der kumulativ förmliche und materielle Anforderungen in einem strengen Sinn miteinander verbindet, obsolet geworden. Offensichtlich wird dies in der Praxis insbesondere in

¹ Art. 7 Abs. 5 GG mit der Unterscheidung von Gemeinschaftsschulen, Bekenntnisschulen und Weltanschauungsschulen.

² Z. B. Art. 12 Abs. 3 S. 2 Verf. NRW sowie § 26 Abs. 3, 6 S. 2 SchulG NRW. Vgl. *Hans Heckel*, Deutsches Privatschulrecht, 1955, S. 291; vgl. für den Zusammenhang formeller und materieller Aspekte der Begriffsbestimmung BVerwGE 90, 1 (3 ff.). Zum „geschlossenen christlich-konfessionellen Weltbild“ als Bestimmungsmerkmal der Bekenntnisschule BVerfGE 41, 88 (109).

³ Zur historischen Entwicklung siehe unten Rn. 4 ff.; zur öffentlichen Bekenntnisschule nach geltendem Recht in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen Rn. 17 ff.

⁴ Siehe näher unten Rn. 23 ff. Zu unterscheiden sind Bekenntnisschulen im engeren Sinn, die nur im Volksschulbereich vorkommen (vgl. Art. 7 Abs. 5 GG), und Bekenntnisschulen im weiteren Sinn, worunter insbesondere die bekenntnismäßig gebundenen Schulen in kirchlicher und privater Trägerschaft im Bereich des weiterführenden Schulwesens zu fassen sind.

der Lehrer- und Schülerauswahl, die bei öffentlichen wie bei privaten Schulträgern längst von der geschlossenen Konfessionalität abgerückt ist. Aber auch in Bezug auf inhaltliche wie prozedurale Qualitätsstandards ist die private Bekenntnisschule (als Ersatz für die öffentliche Schule) unter dem Erfordernis der „Gleichwertigkeit“ in enger Weise mit der Entwicklung der öffentlichen Schule verbunden. Der notwendige Ausgleich zwischen grundrechtlicher Freiheit und Einbindung in ein öffentliches Bildungssystem führt zu einem *verfassungsstaatlichen Begriff der Bekenntnisschule*: Die Bekenntnisschule nimmt ihren Erziehungsauftrag in konfessioneller Positivität wahr. Sie ist dabei materiell auf das individuelle Kindeswohl und prozedural auf die schulgesetzlichen Qualitätsstandards verpflichtet und sichert institutionell die Offenheit und Pluralität der Bildungsgänge.

Vor allem die privaten Bekenntnisschulen sind damit auch in der Gegenwart in spezifischer Weise Teil des verfassungsstaatlichen Bildungswesens. Sie lassen sich weder als Agent staatlicher Bestimmungsmacht noch als freigesetzter gesellschaftlicher Akteur angemessen einordnen. Die ihnen eingeschriebene *Trias von gelebter Religiosität, Kindeswohl und Vielfalt des Bildungswesens* wirkt nicht zuletzt auch auf das allgemeine öffentliche Schulwesen zurück.

II. Grundlinien der historischen Entwicklung

1. Die Bekenntnisschule als Beitrag zum frühmodernen Schulwesen

Die Herausbildung der Bekenntnisschulen im heutigen Sinn ist Teil der neueren Schulgeschichte, die erst im 19. Jahrhundert einsetzt: Erstmals konnte ernsthaft von einem allgemeinen Schulwesen gesprochen werden,⁵ und zugleich mischten sich in der Bevölkerung infolge von Industrialisierung und relativer Freizügigkeit erstmals die Konfessionen in wahrnehmbarer Weise.⁶ (Erst) In dieser Situation wurde das ältere Konzept der unspezifisch-allgemeinen (Volks-) Schule für die gesamte Bevölkerung abgelöst, die Konfessionen tra-

⁵ Zur Entwicklung von den Programmformeln der frühen Neuzeit aus *Hinnerk Wißmann*, Das allgemeine Schulwesen: Projekt der Moderne – Projekt der Freiheit?, in: Homeschooling, hg. von Franz Reimer, 2012, S. 17 (24 ff.).

⁶ Vgl. zur konfessionellen Entwicklung im geschichtlichen Aufriss am Beispiel der Mischehen *Tillmann Bendikowski*, „Eine Fackel der Zwietracht“, in: Konfessionen im Konflikt – Deutschland zwischen 1800 und 1970: Ein zweites konfessionelles Zeitalter, hg. von Olaf Blaschke, 2002, S. 215 ff.

ten im Schulwesen erkennbar aus- und nebeneinander. So wurde die *öffentliche Bekenntnisschule*, vom Staat veranstaltet unter Beteiligung der Volkskirchen,⁷ in Deutschland zum *Regeltypus der öffentlichen (Volks-)Schule* in der frühen Moderne.⁸

- 5 Dieses neuartige Schulwesen fußte dabei auf einem fragilen Kompromiss zwischen staatlichen und kirchlichen Stellen, der in der Frage der Bestimmungsmacht über den Bildungsgang von beiden Seiten immer wieder in Frage gestellt wurde.⁹ Die Wirklichkeit der (Volks-)Schulen war im Übrigen auch jetzt noch geprägt von bedrückenden Zuständen, von Enge, Armut, Unzulänglichkeit und Ungerechtigkeit. Dennoch war in diesem Arrangement ein erhebliches Maß an Fortschrittsfähigkeit angelegt: Die allmähliche *Ausdifferenzierung von Staat und Kirche* konnte in einem integrierten, entwicklungs offenen Modell aufgenommen und fortgeschrieben werden. Und vor allem wurde mit der Bekenntnisbindung das Ziel der öffentlichen Schule (in einem längeren, vielfach widersprüchlichen Prozess) neu und eigenständig formuliert: Denn mit der konfessionellen Frage war

⁷ 12 II § 1 ALR („Schulen und Universitäten sind Veranstaltungen des Staats, welche den Unterricht der Jugend in nützlichen Kenntnissen und Wissenschaften zur Absicht haben.“) sowie § 9 („Alle öffentliche Schul- und Erziehungsanstalten stehen unter der Aufsicht des Staats, und müssen sich den Prüfungen und Visitationen desselben zu allen Zeiten unterwerfen.“). Zur Rechtslage und zum damaligen Selbstverständnis *Hué de Grais*, Handbuch der Verfassung und Verwaltung, 16. Aufl. 1904, S. 421 ff., insbes. für das Kondominium von Staat, Gemeinde und Kirche im Volksschulbereich S. 424 ff. Zu den öffentlichen jüdischen Schulen ebd., S. 426 mit Anm. 12.

⁸ Vgl. den Wechsel von 12 II § 10 des Allgemeinen Preußischen Landrechts („Niemanden soll, wegen Verschiedenheit des Glaubensbekenntnisses, der Zutritt in öffentliche Schulen versagt werden“) zu Art. 24 der Preußischen Verfassung 1850 („Bei der Einrichtung der öffentlichen Volksschulen sind die konfessionellen Verhältnisse möglichst zu berücksichtigen.“). *Achim Leschinsky*, Das Prinzip der Individualisierung, in: RdJB 1990, S. 3 (7) hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die formale Bestimmung der Bekenntnisschule bis 1918 nichts daran änderte, dass wegen der vielfachen wechselseitigen Verflechtungen eine „lebendige konfessionelle Prägung der historischen Volksschule“ unterstellt werden kann. Zum Gegenmodell der kirchlichen Schule als Regeltypus in Belgien anschaulich und polemisch *Gerhard Anschütz*, Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat, Bd. 1, 1912, S. 364 ff.

⁹ Vgl. *Walter Landé*, Die staatsrechtlichen Grundlagen des Deutschen Unterrichtswesens, in: HDStR, Bd. II, 1932, S. 690 (712 f.); *Christian Starck*, Freiheitlicher Staat und staatliche Schulhoheit, in: EssGespr. 9 (1975), S. 9 (14 ff.); zur Lage 1850 und im Kulturkampf *Christoph Link*, Kirchliche Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 2017, § 22, Rn. 1 ff. Ausführlich *Ernst-Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. IV, 2. Aufl. 1982, S. 645 ff., 832 ff., 876 ff. Repräsentativ für das etatistische Grundverständnis *Anschütz*, Verfassungs-urkunde (o. Fn. 8), S. 415 ff., 432 ff., zur Handhabung der Schulaufsicht unter Beteiligung der Kirchen *Wißmann*, Schulwesen (o. Fn. 5), S. 8 ff.

eine neuartige, auf die Identität der Schüler abzielende Dimension von Unterricht und Erziehung aufgerufen, die auch jenseits der religiösen Unterweisung eine Rolle spielen sollte;¹⁰ nicht zuletzt von hier aus emanzipierte sich die Pädagogik, überhaupt der Schulbetrieb, von blanken Nützlichkeitsvorstellungen „des Staates“ bzw. „der Kirche“.¹¹

Das 19. Jahrhundert klärte freilich nur den prinzipiellen Vorrang des öffentlichen Schulwesens in Deutschland in dem beschriebenen Kooperationsmodell; die Frage seiner Grundorganisation blieb dagegen letztlich offen, weil parallel zur Bekenntnisschule (vor allem in Baden) auch die öffentliche *Simultanschule* als Gegenmodell Raum gewann.¹²

Vor 1918 galten für *kirchlich getragene private Schulen* keine besonderen verfassungsmäßigen Regelungen. Kirche und Staat suchten einen Ausgleich in der öffentlichen Schule, die sie beide als Wirkungsstätte beanspruchten. Nach der Säkularisation wurden nur noch wenige Schulen, vor allem im höheren Schulwesen, durch die Kirchen selbst betrieben;¹³ allerdings waren neue Zweige wie etwa die höhere Mädchenbildung ein wichtiges Betätigungsfeld privater (und auch kirchlicher) Schulen.¹⁴

2. Weimarer Republik und Nationalsozialismus

Der *Weimarer „Schulkompromiss“* akzentuierte die Rollenverteilung zwischen Staat, Kirche und Elternhaus in Bildung und Erziehung neu, ohne sie im letzten zu entscheiden: Die staatliche Schul-

¹⁰ Zur damals dominierenden Rolle des Religionsunterrichts *de Grais*, Handbuch (o. Fn. 7), S. 425.

¹¹ Davon geben insbesondere die Auseinandersetzungen um die Rechtsstellung der Volksschullehrer Zeugnis ab, vgl. etwa *Herwig Blankertz*, Die Geschichte der Pädagogik, 1982, S. 129 f.; zum Programm des Art. 23 Abs. 2 der preußischen Verfassung 1850 ausführlich *Anschütz*, Verfassungsurkunde (o. Fn. 8), S. 418 ff.

¹² Zur badischen Simultanschule Gesetz vom 18.9.1876 (GVBl. für das Großherzogthum Baden 1876 S. 305); kompakte Darstellung der Entwicklung in BVerfGE 41, 29 (57 ff.).

¹³ *Landé*, Unterrichtswesen (o. Fn. 9), S. 690 (711 f.). Zu den Einschränkungen durch den Kulturkampf *de Grais*, Handbuch (o. Fn. 7), S. 402 f.; vgl. allgemein m. w. N. *Wißmann*, Schulwesen (o. Fn. 5), S. 31 ff.

¹⁴ *Heckel*, Privatschulrecht (o. Fn. 2), S. 15 f., dort auch zu berufsbildenden Schulen.

verantwortung wurde gegen kirchliche Einwirkungen gestärkt.¹⁵ Vordergründig war mit der Formel der „für alle gemeinsamen Grundschule“ (Art. 146 Abs. 1 S. 2 WRV) nicht nur die soziale Integration vorgesehen,¹⁶ sondern insoweit auch das Ende der Trennung nach Bekenntnissen.¹⁷ Freilich war als Gegenregel sogleich festgehalten, dass auf Antrag der Eltern öffentliche Volksschulen ihres Bekenntnisses (bzw. ihrer Weltanschauung) einzurichten seien (Art. 146 Abs. 2 WRV). Und vor allem war die gesamte Regelung der Schulorganisation nach Art. 174 WRV unter den Vorbehalt einer reichsrechtlichen Regelung gestellt, die nicht in der nötigen Weise erfolgte.¹⁸ Und so blieben die öffentlichen Bekenntnisschulen in der Weimarer Zeit der vorherrschende Schultyp für die Volksschulen, die der größte Teil der Bevölkerung bis zum Abschluss der Schulzeit besuchte.¹⁹

- 9 Als Teil des Schulkompromisses, der auf die Durchsetzung der gemeinsamen Volksschule gezielt hatte, war auch die *Möglichkeit einer privaten (Volks-)Bekenntnisschule* vorgesehen, für die der gleiche Maßstab wie für eine öffentliche Bekenntnisschule galt (Art. 147 Abs. 2 WRV).²⁰ Da die Gemeinschaftsschule in der Weimarer Zeit nicht allgemein durchgesetzt werden konnte, gab es für diese neuartige Gewährleistung kein größeres praktisches Bedürfnis; im Bereich der weiterführenden Schulen entstand dagegen durch staatliche Hil-

¹⁵ Art. 144 S. 2 WRV: „Die Schulaufsicht wird durch hauptamtlich tätige, fachmännisch vorgebildete Beamte ausgeübt.“ Vgl. zu den einschlägigen Entwürfen und Beratungen *Walter Landé*, Die Schule in der Reichsverfassung, 1929, S. 27 ff.; *Ernst Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. VI, 1981, S. 937 ff. Vgl. umfassend *Ludwig Richter*, Kirche und Schule in den Beratungen der Weimarer Nationalversammlung, 1996, insbes. S. 121 ff., zusammenfassend S. 654 ff.

¹⁶ Vgl. auch Art. 147 Abs. 3 WRV („Private Vorschulen sind aufzuheben.“), der auf die gymnasialen Vorbereitungsklassen zielte, die bis dahin den Volksschulbesuch ersetzt hatten.

¹⁷ Ausdrücklich Art. 146 Abs. 1 S. 3 WRV. Vgl. *Gerhard Anschütz*, WRV, 14. Aufl. 1933, Art. 146, Anm. 4.

¹⁸ *Huber*, Verfassungsgeschichte VI (o. Fn. 15), S. 950 ff.

¹⁹ Die Regelung des Art. 174 wurde so aufgefasst, dass landesrechtliche Reformen wegen der vorgesehenen Reichsregelung verboten waren, so dass letztlich eine Versteinierung des konstitutionalistischen Rechtszustands eintrat, vgl. *Anschütz*, WRV (o. Fn. 17), Art. 146, Anm. 5 m. w. N.; zur Lage in den Staaten des Reichs *Landé*, Schule (o. Fn. 15), S. 96 ff. mit Fn. 299 und 301. Zum fortbestehenden inhaltlichen Zugriff der Kirchen insbesondere im Weg der Konkordate kritisch *Landé*, Unterrichtswesen (o. Fn. 9), S. 713 f.

²⁰ *Anschütz*, WRV (o. Fn. 17), Art. 147, Anm. 3.

feststellungen ein neuer Sektor „halböffentlicher“ Schulen, die z.B. bereits unmittelbare Prüfungsbefugnisse hatten.²¹

Insgesamt lässt sich feststellen, dass die ungeheure Bedeutung des Bildungssektors für einen modernen Verfassungsstaat den Beteiligten in der Weimarer Republik klar vor Augen stand. Daher waren die *Fragen des elterlichen und des staatlichen Erziehungsrechts* wie des Schulaufbaus nun endgültig zu Verfassungsfragen geworden.²² Gegenüber vermeintlich klaren Grundmodellen, die auf ein rein staatliches Organisationsmonopol oder vice versa auf ein kirchlich geführtes Erziehungswesen setzten, blieb Deutschland mit den öffentlichen Bekenntnisschulen und den christlichen Gemeinschaftsschulen dem kooperativen Grundmodell einer Zusammenarbeit zwischen Staat und Kirche verpflichtet²³ – eine offene Form, deren Ausgestaltung von der Entwicklung der Pädagogik und der allgemeinen Verhältnisse abhängen würde.

Im totalen Staat des Nationalsozialismus musste eine solche Ambivalenz beseitigt werden: Bekanntlich hat das Reichskonkordat 1933 insbesondere der katholischen Kirche einen Pyrrhus-Sieg in der Bewahrung der angestammten katholischen Bekenntnisschulen beschert.²⁴ Nie war die formale Rechtsstellung stärker, gar noch völkerrechtlich abgesichert, und nie war die praktische Niederlage so deutlich wie in der faktischen *Abschaffung der öffentlichen Bekenntnisschulen 1938* zugunsten der bekenntnisindifferenten „Deutschen Volks- bzw. Ober-Schule“.²⁵ Auch die kirchlich getragenen Schulen wurden im völkischen Einheitsschulsystem systematisch entrechtet.²⁶

²¹ Landé, Unterrichtswesen (o. Fn. 9), S. 704 ff., insbes. S. 707 mit Anm. 98.

²² Besonders deutlich zeigt sich das in der Einführung der echten Schulpflicht gegenüber der älteren Unterrichtspflicht, vgl. dazu Wißmann, Schulwesen (o. Fn. 5), S. 37 ff.

²³ Zur Formel der „hinkenden Trennung“ (Ulrich Stutz) vgl. Axel v. Campenhausen / Heinrich de Wall, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 32 mit Anm. 12.

²⁴ Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Der deutsche Katholizismus im Jahr 1933 (1961), in: ders., Schriften zu Staat – Gesellschaft – Kirche, Bd. 1, 1988, S. 39 ff., insbes. S. 60 ff.; Link, Rechtsgeschichte (o. Fn. 9), § 29, Rn. 8 ff. Übersicht bei v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 23), S. 34 ff.

²⁵ Knapper Überblick bei Hermann Giesecke, Hitlers Pädagogen, 1993, S. 126 ff.; vgl. Wißmann, Schulwesen (o. Fn. 5), S. 42 ff.

²⁶ Heckel, Privatschulrecht (o. Fn. 2), S. 17, 39 f.

3. Entwicklung in der Bundesrepublik und der DDR

a) Öffentliches Schulwesen

- 12 Das Grundgesetz überließ die Bestimmung über Schulorganisation den Bundesländern, freilich überformt mit dem doppelten Maßstab eines nochmals gestärkten Elternrechts (Art. 6 Abs. 2 GG) und eines umfassenden staatlichen Schulorganisationsrechts (Art. 7 Abs. 1 GG).²⁷ Vor diesem Hintergrund blieb es nach 1949 zunächst bei der disparaten Schullandschaft, in der die unterschiedlichen Traditionen der Weimarer Zeit, angesichts der Sperrregelungen im Grunde die Verhältnisse des Konstitutionalismus, wiederbelebt und weitergeführt wurden. Die *Bekenntnisschule* war so, über die Zeitenwenden von Weimar und Bonn hinaus, zunächst *noch einmal* und noch immer der überwiegende *Normalfall des öffentlichen Volksschulwesens*.²⁸
- 13 Allerdings war zunächst vor allem durch den Zuzug der Vertriebenen, aber immer mehr auch durch die allgemeine Mobilität der Gesellschaft, das statisch-homogene konfessionelle Milieu, das die Voraussetzung der Konfessionsschule im überkommenen Sinn sein musste, selbst im kleinen Maßstab vor Ort kaum noch anzutreffen. Die Möglichkeit, darauf mit einer *Umbildung hin zu einer (christlichen) Gemeinschaftsschule* zu reagieren, wurde dem Land Niedersachsen durch das Konkordatsurteil des Bundesverfassungsgerichts 1957 ausdrücklich zugestanden.²⁹ Die pädagogisch und ökonomisch begründete Ausrufung der „deutschen Bildungskatastrophe“ führte dann in den 1960er Jahren zu einer weitgreifenden Veränderung der Verhältnisse. Bildungschancen gewannen nun im allgemeinen Bewusstsein einen höheren Stellenwert als konfessionell geschlossene Bildungsgänge. Mit der Zusammenfassung der Schüler in größeren Mittelpunktschulen und dem Angebot weiterführender Schulen außerhalb der Städte wurde das vor allem aus Baden schon lange bekannte Modell der (christlichen) *Gemeinschaftsschule als gemeindeutscher Normalfall* (mit Ausnahme von Nordrhein-Westfalen und

²⁷ Übersichtliche Darstellung der Beratungen im Parlamentarischen Rat bei *Matthias Jestaedt*, Schule und außerschulische Erziehung, in: HStR³, Bd. VII, 2009, § 156, Rn. 4 ff.

²⁸ Übersicht mit Aufgliederung nach Bundesländern bei *Paul Feuchte / Peter Dallinger*, Christliche Schulen im neutralen Staat, in: DÖV 1967, S. 361 (370).

²⁹ BVerfGE 6, 309.

Teilen Niedersachsens³⁰) politisch durchgesetzt.³¹ In der DDR wurde das allgemeine Schulwesen demgegenüber antireligiös-bekenntnisfrei und überdies zentralistisch positioniert; die anspruchsvolle Konzeption einer grundrechtlich orientierten Schule war unbekannt; Schule war und blieb staatsnützliche Anstalt.³²

Das *Bundesverfassungsgericht* hat die Entwicklung des öffentlichen Schulwesens in der Bekenntnisfrage in drei großen Leitscheidungen 1975 zu einem damals weithin befriedenden Abschluss gebracht. Weder ein Elternrecht auf Fortführung der Bekenntnisbindung noch ein weitergehender Reformanspruch auf Abschaffung jeder übergreifenden religiösen Ausrichtung wurde als Grenze des Landesgesetzgebers anerkannt.³³ Die entscheidende Pointe der Entscheidungen war dabei die individuell ausgerichtete Personalität des Unterrichts, die auf autoritative Zwangsbeglückung in Glaubensdingen verzichtet, aber die religiöse Identität der Schüler und Lehrer im Sinn eines ganzheitlichen Menschenbildes nicht verleugnet, sondern zum Gegenstand macht.³⁴ Diese anspruchsvolle Sichtweise traf sich

14

³⁰ In Nordrhein-Westfalen wurde die Verfassung 1967 vom Vorrang der Bekenntnisschule (nur) auf den Gleichrang von Bekenntnis- und Gemeinschaftsschule umgestellt. Das Niedersachsen-Konkordat von 1965 setzte einen verspäteten, gleichwohl bis heute wirksamen Gegenakzent gegen die allgemeine Entwicklung, indem es – gewissermaßen als Ausgleich zu der frühen Hinwendung zur Gemeinschaftsschule 1954 (BVerfGE 6, 309) – nochmals ein Recht auf Erhalt und Einrichtung der öffentlichen Bekenntnisschulen zugestand (vgl. näher oben Rn. 1).

³¹ Überblick über die damalige Lage bei *Feuchte / Dallinger*, Christliche Schulen (o. Fn. 28), S. 361 ff.; *Axel v. Campenhausen*, Erziehungsauftrag und staatliche Schulträgerschaft, 1967, S. 167 ff.; *Gerhard Rambow*, Das Grundgesetz und die bekennnismäßige Gestaltung der öffentlichen Schulen, 1966, insbes. S. 148 ff. Am Beispiel Bayerns *Flavia Hauschild*, Die Christlichkeit der Schulen, 2010, S. 82 ff.

³² Vgl. *Siegfried Baske*, Allgemeinbildende Schulen, in: Handbuch der Deutschen Bildungsgeschichte, Bd. 6/2, 1998, S. 159 ff. Zur Rolle der kirchlichen Schulen siehe unten Rn. 16.

³³ BVerfGE 41, 29; 41, 65; 41, 88.

³⁴ BVerfGE 41, 29 (51 f.), siehe auch BVerfGE 41, 65 (78 f.) sowie aus entgegengesetzter Perspektive BVerfGE 41, 88 (106 ff.). Vgl. zur Grundlegung in der Gewissensfreiheit der Minoritäten bereits *v. Campenhausen*, Erziehungsauftrag (o. Fn. 31), S. 174 ff. Zum Zusammenhang *Gerhard Robbers*, Religion in der öffentlichen Schule, in: RdJB 2003, S. 11 ff. Zur allgemeinen Zulässigkeit religiöser Bezüge auch in der öffentlichen Gemeinschaftsschule und ihrer Ausgestaltung BVerfGE weiter 52, 233 (241 ff.); 108, 282 (302 f.); vgl. insbesondere zur Berücksichtigung des Bekenntnisses in der Gemeinschaftsschule BVerfGE 41, 65 (86 ff.). Allgemein *Stefan Mückel*, Freiheit kirchlichen Wirkens, in: HStR³, Bd. VII, 2009, § 161, Rn. 22 ff.; *Hinnerk Wißmann*,

mit der allgemeinen, grundrechtlich angeleiteten Neuorientierung des Schulwesens, das nun verpflichtend auf die fordernde und fördernde *Entfaltung der Persönlichkeit* der Kinder ausgerichtet wurde.³⁵ Diese positive Einbeziehung der Religion in die staatliche Schule hat sich in der Folge in den Entscheidungen von Schulgebeten, Kopftuch und auch Kruzifix bewährt;³⁶ freilich droht in der allgemeinen Entwicklung zuletzt angesichts der Herausforderung des Islam, aber auch allgemeiner Entkirchlichung eine Veräußerlichung der Anschauungen, die in ihrer repressiven Wirkung der Verantwortung des Staates für einen von ihm beherrschten Raum nicht gerecht wird.³⁷

b) Bekenntnisschulen in privater Trägerschaft

- 15 Während sich das Grundgesetz für den Bereich der öffentlichen Schulen jeder Aussage über die Schulorganisation enthalten hatte,³⁸ wurde die Gewährleistung der Weimarer Reichsverfassung für die privaten Bekenntnisschulen weitergeführt (Art. 7 Abs. 4 f. GG). Angesichts der totalitären Staatsschule des dritten Reichs durften die Privatschulen insgesamt mit freundlicherer Beurteilung rechnen.³⁹ Ne-

Bildung im freiheitlichen Verfassungsstaat, in: JöR 60 (2012), S. 225 (insbes. S. 240 ff.).

³⁵ Vor allem BVerfGE 45, 400 (417); 96, 288 (303 f.). Grundlegend *Ekkehart Stein*, Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule, 1967; *Thomas Oppermann*, Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen?, Gutachten C zum 51. DJT, München 1976, C 82 ff. Näher mit weiteren Nachweisen *Hinnerk Wißmann*, Pädagogische Freiheit als Rechtsbegriff, 2002, S. 116 ff. Zur Rückwirkung dieser Parameter auf die Bekenntnisschulen umfassend *Leschinsky*, Individualisierung (o. Fn. 8), S. 3 ff.

³⁶ BVerfGE 52, 223 (236 ff.); 93, 1 (19 ff.); 108, 282 (302 f.); 138, 296 (338 ff.). Vgl. *Hinnerk Wißmann*, Religiöse Symbole im öffentlichen Dienst, in: ZevKR 52 (2007), S. 51 ff. m. w. N.

³⁷ BVerfGE 141, 223; 147, 362; zur Debatte *Wißmann*, Bildung im freiheitlichen Verfassungsstaat (o. Fn. 34), S. 239 ff.; vgl. auch *Jestaedt*, Schule (o. Fn. 27), Rn. 38 ff.; *Robbers*, Religion in der öffentlichen Schule (o. Fn. 34), S. 16 ff.; weiter *Sabine Krampen-Lietzke*, Der Dispens vom Schulunterricht aus religiösen Gründen, 2013; *Arnd Uhle*, Integration durch Schule, in: NVwZ 2014, S. 541 ff.; *Hinnerk Wißmann*, Schule und Religion: Entwicklungsphasen des Religionsverfassungsrechts, in: AL 2015, S. 1 ff.

³⁸ Siehe oben Rn. 12.

³⁹ Zu den Beratungen im Parlamentarischen Rat JöR N. F. 1 (1951), S. 102 ff. Grundlegend dann *Heckel*, Privatschulrecht (o. Fn. 2), S. 3 ff.; BVerfGE 27, 195 (200 f.).

ben dem frühen Aufbau der privaten Schulen im Bereich des höheren Schulwesens und besonderer Förder- und Sonderschulen wurde die Frage der privaten Bekenntnisschulen im engeren Sinn (im Grund- und Volksschulbereich) praktisch nochmals neu relevant, als sich das öffentliche Schulwesen in den 1960er Jahren von der Bekenntnisbindung löste.⁴⁰ Anders als in Weimar wurde nun die *staatliche Unterstützung* der privaten Schulen durch den Staat *als Verfassungsgebot* festgestellt.⁴¹ Freilich blieben zunächst schon wegen der notwendigen Vor- und Zufinanzierung vorrangig die Amtskirchen und ihre Untergliederungen als Schulträger angesprochen. Ab den 1970er Jahren entstand daneben ein neues, von *Eltern-Initiativen und Freikirchen* getragenes Feld von Bekenntnisschulen, die in Anspruch und Habitus eine größere Distanz zu den öffentlichen Schulen behalten haben als die „amtskirchlichen“ Privatschulen und so eher dem Bereich der sonstigen freien Schulen zugeordnet werden können.⁴²

In der DDR hatten die kirchlichen Schulen eine kleine Nischenrolle gespielt, ohne dass sich Rückwirkungen auf das allgemeine Schulwesen ergaben.⁴³ Nach 1990 ist den privaten Schulen insbesondere in den jungen Bundesländern nochmals eine neue Rolle zugewachsen. Äußerlich mühsam in einem religiös „unmusikalischen“ Umfeld, allerdings im *Aufbruch* ganz besonders legitimiert und abgehoben gegenüber dem öffentlichen Schulwesen, haben kirchliche wie andere private Schulträger hier vielfach eine hervorgehobene Position im Gesamttabelleau des Bildungsangebots gewinnen können, die zum Teil

16

⁴⁰ Vgl. oben Rn. 13; weiter *Heckel*, Privatschulrecht (o. Fn. 2), S. 18 ff. mit statistischen Angaben. Ganz ausdrücklich wurde in den 1960er Jahren auch aus der zuständigen Ministerialbürokratie der Weg in die private Schule als Alternative gewiesen, mit der der Schulfrieden bewahrt werden könne, vgl. *Feuchte/Dallinger*, Christliche Schulen im neutralen Staat (o. Fn. 28), S. 373 f.

⁴¹ BVerfGE 75, 40. Insbesondere stieg mit der pädagogisch-professionellen Ertüchtigung des öffentlichen Schulwesens die Kostenlast auch für private Schulen deutlich an, so dass die Frage staatlichen Unterstützung dringlicher wurde, vgl. BVerfGE 75, 40 (66); 90, 107 (115), dazu auch *Astrid Wallrabenstein*, Verfassungsfragen der Privatschulfinanzierung heute, in: RdJB 2014, S. 248 (252 f.). Näher zur Finanzierung unten Rn. 34 f.

⁴² Wichtig ist insoweit insbesondere die Einsicht, dass ein „Bekenntnis“ nicht durch die Amtskirchen exklusiv beansprucht werden kann, vgl. BVerwGE 90, 1 (3 ff.), vgl. auch BVerwGE 89, 368.

⁴³ Knapp *Martin Otto*, Staatskirchenrecht in der DDR, in: Thomas Holzer/Hannes Ludyga, Entwicklungstendenzen des Staatskirchen- und Religionsverfassungsrechts, 2013, S. 269 (292 f.). Eine Dokumentation des konfessionellen Bildungswesens in der DDR bei *Uwe Grelak/Peer Pasternack*, Konfessionelles Bildungswesen in der DDR, 2017.

auch landesrechtlich besonders gefördert wurde.⁴⁴ Auch in den „älteren“ Bundesländern besteht vielfach ein neuer Ehrgeiz in Landeskirchen und Bistümern, die eigene Bildungsverantwortung in eigenen Einrichtungen statt im allgemeinen Schulwesen wahrzunehmen.⁴⁵

III. Verfassungsrechtliche Maßgaben für das Recht der Bekenntnisschulen

1. Die Bekenntnisschule in öffentlicher Trägerschaft

a) Träger öffentlicher Bekenntnisschulen – Grundlagen des entsprechenden Erziehungsmandats

- 17 Die öffentliche Bekenntnisschule ist bundesverfassungsrechtlich ein nach wie vor zulässiger Schultypus.⁴⁶ Das Landesrecht sieht

⁴⁴ Für die frühe Phase *Johann-Peter Vogel*, Das Recht der Schulen in freier Trägerschaft in den neuen Bundesländern, in: RdJB 1992, S. 305 ff. Zum Zuwachs: *Statistisches Bundesamt*, Bildungsfinanzbericht 2012, S. 50 (Verfünffachung seit 1992/1993 bei Gesamtwachstum der freien Schulen von 67 % bis zum Schuljahr 2010/2011). Vgl. programmatisch insbesondere Art. 102 Verf. Sachsen, dazu zuletzt VerfGH Sachsen, U. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12. Allerdings sind seit einiger Zeit zunehmend Erschwernisse bei Genehmigung und Finanzierung eingetreten, vgl. *Hermann Avenarius* und *Bodo Pieroth / Tristan Barczak*, Die Herausforderung des öffentlichen Schulwesens durch private Schulen – eine Kontroverse, 2012; *Hans Michael Heinig / Viola Vogel*, Private Ersatzschulen unter dem Eindruck knapper öffentlicher Kassen, in: LKV 2012, S. 337 ff. Siehe auch unten Fn. 92.

⁴⁵ Vgl. abwägend Rat der EKD, Kirche und Bildung, 2009, S. 42 ff. Zur Gesamtperspektive einer möglichen Weiterentwicklung etwa *Thomas Oppermann*, Öffentlicher Erziehungsauftrag – Eine Wiederbesichtigung nach der deutschen Einheit, in: EssGespr. 32 (1998), S. 7 (27 ff.).

⁴⁶ Allgemeine Auffassung, vgl. *Johannes Rux*, Schulrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 679. Zum Gestaltungsspielraum des Landesgesetzgebers hinsichtlich des weltanschaulich-religiösen Charakters grundlegend BVerfGE 41, 29 (46, 51 f.), vgl. entsprechend BVerfGE 41, 65 (78 f.), 41, 88 (107), 52, 223 (236 f.); 108, 282 (302). Das Bundesverfassungsrecht spricht in Art. 7 Abs. 5 GG nur die Untergliederung von Schultypen in Bekenntnisschulen, Gemeinschaftsschulen und bekenntnisfreie Schulen an und setzt die Unterscheidung in Volksschulen und weiterführende Schulen voraus, während das praktische Schulrecht sich vornehmlich mit abschlussorientierten Organisationsformen (Grundschule, Hauptschule, Realschule, Gymnasium, Gesamtschule u. s. w.) und der „Eigenständigkeit“ der Schule beschäftigt; vgl. zur Gesamtentwicklung *Wißmann*, Bildung (o. Fn. 34), S. 225 (232 ff.); *ders.*, Zwischen Staatsanstalt und Wettbewerb, in: Die Verwaltung 45 (2012), S. 307 (315 ff.); *ders.*, in: BK, Art. 7–III, Stand 2015, Rn. 22 f.

allerdings nur noch in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen solche Schulen vor; diese Organisationsmöglichkeit bezieht sich auf Grundschulen und in Nordrhein-Westfalen zusätzlich auf Hauptschulen.⁴⁷ Als Träger der äußeren Schulangelegenheiten fungieren grundsätzlich die Gemeinden, während die inneren Schulangelegenheiten wie auch sonst Sache des Landes sind.⁴⁸

In dieser öffentlichen Bekenntnisschule nimmt der Staat seinen originären Erziehungsauftrag wahr.⁴⁹ Insoweit besteht im Ausgangspunkt kein Unterschied zum Erziehungsauftrag in anderen Schulformen, auch in der Bekenntnisschule wird der Staat nicht zum Statthalter des elterlichen oder eines kirchlichen Erziehungsrechts. Freilich ist die allgemeine Einsicht, dass es insoweit nicht um eine Bereichsabgrenzung von Erziehungsmandaten, sondern um deren Verschränkung geht,⁵⁰ hier nochmals gesteigert, weil die innere Bestimmung der Bekenntnisschule für den weltanschaulich neutralen Staat nicht ohne Mitwirkung der jeweiligen Konfession möglich ist.⁵¹

18

⁴⁷ §§ 129 ff. SchulG Nds.; § 26 Abs. 3, § 28 Abs. 1 SchulG NRW. Von knapp 2.800 öffentlichen Grundschulen sind in NRW gut 800 dem katholischen, knapp 100 dem evangelischen, zwei dem jüdischen und eine dem mennonitischen Bekenntnis zugeordnet, vgl. im Detail: Ministerium für Schule und Bildung des Landes Nordrhein-Westfalen, Das Schulwesen in Nordrhein-Westfalen aus quantitativer Sicht 2017/18, Statistische Übersicht Nr. 399, 2018, S. 26; Aufschlüsselung in LT-Drs. 17/2261. In Niedersachsen bestanden 2016 107 öffentliche Bekenntnisschulen, neben den katholischen drei evangelische, vgl. *Karl-Heinz Ulrich*, § 129, in: Niedersächsisches Schulgesetz, hg. von Dieter Galas/Friedrich-Wilhelm Krömer/Gerald Nolte/Karl-Heinz Ulrich, 10. Aufl. 2018, Rn. 1. Nach Art. 7 Abs. 3 S. 2 BayEUG ist bei bekennismäßig geschlossenen Klassen in Gemeinschaftsschulen den Grundsätzen des Bekenntnisses im Unterricht Rechnung zu tragen.

⁴⁸ Klassisch *Anschütz*, WRV (o. Fn. 17), Art. 143, Anm. 2; Übersicht bei *Jörg Ennuschat*, Organisation der öffentlichen Schule, in: *Die Verwaltung* 45 (2012), S. 331 (339 ff.). Zur Unterscheidung dieser Kategorien *Hinnerk Wißmann*, Art. Schulrecht, in: *StL*⁸, Bd. 4, i. E.

⁴⁹ Zum staatlichen Erziehungsauftrag insgesamt *Markus Thiel*, Der Erziehungsauftrag des Staates in der Schule, 2000, insbes. S. 111 ff.; *Rux*, Schulrecht (o. Fn. 46), Rn. 140 ff.; zum Gesamtkomplex der „staatlichen Schulverantwortung“ insbes. *Rolf Gröschner*, in: Horst Dreier (Hg.), *Grundgesetz – Kommentar*, 2. Aufl. 2004, Art. 7, Rn. 37 ff.

⁵⁰ BVerfGE 34, 165 (182 f.); BVerfGE 47, 46 (74); *Jestaedt*, Schule (o. Fn. 27), Rn. 25 ff.; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Elternrecht, Recht des Kindes, Recht des Staates, in: *EssGespr.* 14 (1980), S. 54 (59 ff., 80 ff.), insbesondere auch zur Überwindung der älteren Weimarer Anschauung. Vgl. zur Ausrichtung auf die Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes bereits oben Rn. 14; vgl. für die kirchliche Sicht Rn. 27.

⁵¹ Zum Hintergrund der „fördernden“ Religionsneutralität des Grundgesetzes *Christian Waldhoff*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität, Gutachten D zum 68. DJT, 2010, D 45 ff.; *Hinnerk Wißmann*, Religions-

Falsch wäre allerdings, eine umfassende Bestimmungsmacht etwa der Kirchen über den Inhalt des Schulunterrichts anzunehmen. Insofern hat das landesgesetzliche Wort von den bekenntnismäßigen „Grundsätzen“ als Leitlinie des gesamten Schulunterrichts hier einen anderen, deutlich eingeschränkten Gehalt im Vergleich zur wortgleichen Regelung zum Religionsunterricht.⁵² Im Ergebnis ist hier nur der *jeweils konfessionsspezifische Gehalt des staatlich vorgegebenen Unterrichtsstoffs* in bekenntnisorientierter Positivität im Unterricht zu berücksichtigen, während im Übrigen und vorgängig die allgemeinen Maßgaben für das öffentliche Schulehalten gelten.⁵³ Die öffentliche Bekenntnisschule kann sich demnach nur graduell von der Gemeinschaftsschule unterscheiden, missionarische Zwangselemente sind ihr verboten, responsive Offenheit und Toleranz geboten. Entscheidend ist also die Gestaltung der Unterrichtssituation, die von den Lehrerinnen und Lehrern einen verantwortungsvollen Ausgleich zwischen Wissensvermittlung und Werteerziehung verlangt.⁵⁴

- 19 Im *Verhältnis zur öffentlichen Gemeinschaftsschule* ist zu betonen, dass ein ernstgenommenes konfessionelles Mandat für bekenntnisfremde Schülerinnen und Schüler nur als freiwilliges Angebot, nicht

verfassungsrecht im föderalen Mehrebenensystem, in: Handbuch Föderalismus, hg. von Iris Härtel, Bd. III, 2012, § 60, Rn. 13 ff.; *ders.*, Teilnahme am Religionsunterricht – Zugangsvoraussetzungen in staatlichen Schulen?, in: ZevKR 63 (2018), S. 209 ff.

⁵² Vgl. § 26 Abs. 3 SchulG NRW (Bekenntnisschulen) und Art. 7 Abs. 3 GG (Religionsunterricht). Zu den notwendigen Grenzziehungen im Bereich der öffentlichen Bekenntnisschulen v. *Campenhausen*, Erziehungsauftrag (o. Fn. 31), S. 174 ff. Zu „konfessioneller Positivität und Gebundenheit“ beim Religionsunterricht BVerfGE 74, 244 (252 f.).

⁵³ Vgl. oben Rn. 14. Vgl. mit allgemeinem Anspruch BVerfGE 41, 65 (78). Überlegungen zum konfessionellen Element bei *Hermann Pius Siller*, Das konfessionelle Element in der öffentlichen Schule, in: EssGespr. 32 (1998), S. 123 (125 ff.); insbesondere zur Dialektik zwischen Individualisierung und Bekenntnisbindung *Leschinsky*, Individualisierung (o. Fn. 8), S. 5, 12 ff. Für *Carola Rathke*, Öffentliches Schulwesen und religiöse Vielfalt, 2005, S. 92 ff., ist die christliche Gemeinschaftsschule gegenüber der restlichen Bevölkerung gemeinchristliche Bekenntnisschule.

⁵⁴ Allgemein *Wißmann*, Pädagogische Freiheit (o. Fn. 35), S. 125 ff. Auch hinsichtlich der Werteerziehung ist nicht etwa ein Primat der Kirchen anzunehmen, vielmehr geht es um eine Konkordanz von staatlichen, kirchlichen und elterlichen Erziehungszielen, die alle darauf auszurichten sind, dass sie der Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes zu dienen haben, BVerwGE 90, 1 (5 ff.), vgl. zur Rechtsprechung des BVerfG bereits Rn. 14; *Starck*, Freiheitlicher Staat und staatliche Schulhoheit (o. Fn. 9), S. 21 ff.; *Hans-Ulrich Evers*, Verfassungsrechtliche Determinanten der inhaltlichen Gestaltung der Schule, in: EssGespr. 12 (1977), S. 104 (115 ff.). Zur Kritik *Ludwig Renck*, Öffentliche Schule und kirchliches Erziehungsrecht, in: BayVBl. 2006, S. 713 ff.

als Pflichteinrichtung ohne Ausweichmöglichkeit betrieben werden sollte; Gemeinden ohne (zumutbar erreichbare) öffentliche Gemeinschaftsschule unterlaufen die Zielstellung der Bekenntnisschule und zugleich die Rechte der bekenntnisfremden Schüler.⁵⁵

b) Die Entscheidung über Schüler und Lehrer

Die ursprüngliche Intention der Bekenntnisschule richtet sich auf die Trennung der Konfessionen.⁵⁶ Darüber ist die Wirklichkeit durch die Entkirchlichung und die Durchmischung religiöser Bindungen hinweggegangen.⁵⁷ Angesichts der regelmäßigen Öffnung der Bekenntnisschulen für bekenntnisfremde Schüler lässt sich die gegenwärtige Problemlage wie folgt bezeichnen: Kann oder muss eine Bekenntnisschule bei Aufnahme anders- oder nichtgläubiger *Schüler* ihre institutionelle Identität verlieren? Oder ist die Bekenntnisbindung ein Gestaltungselement, dessen Handhabung Schulleitern oder Schulverwaltung zur freien Verfügung in die Hand gegeben wurde? Niedersachsen beantwortet die erste Frage mit einer gesetzlichen Regelung zur Obergrenze bekenntnisfremder Schüler, die allerdings praktisch kaum angewendet wird.⁵⁸ Nordrhein-Westfalen verzichtet auf eine entsprechende Festlegung;⁵⁹ das OVG Nordrhein-Westfalen hat in seiner neueren Rechtsprechung ganz ausdrücklich jegliche

20

⁵⁵ So schon *v. Campenhausen*, Erziehungsauftrag (o. Fn. 31), S. 176 ff. In Nordrhein-Westfalen gab es im Schuljahr 2012/2013 noch in 75 Gemeinden ausschließlich Bekenntnisgrundschulen, LT-Drs. 16/3263. Vgl. zu den entsprechenden Anforderungen bei der Beschulung einer „Zwangsminderheit“ *Jörg Ennuschat*, Art. 13, in: Kommentar zur Verfassung des Landes NRW, hg. von Manfred Löwer / Peter Tettinger, 2002, Rn. 10, zur „Ermessenaufnahme“ Rn. 12 ff.

⁵⁶ Vgl. oben Rn. 4 ff.

⁵⁷ Mit näheren Angaben *Thormann*, Kreuz, Kopftuch und Bekenntnisschule (o. Fn. 47), S. 950; zur Entwicklung Rn. 13.

⁵⁸ § 129 Abs. 3 S. 1 i. V. m. § 157 Abs. 1 S. 1 SchulG Nds.: 30 %, mit Ausnahmemöglichkeit nach § 129 Abs. 3 S. 2 ff. sowie § 138; vgl. zur Praxis LT-Drs. 16/1012 (2009). Zur älteren Rechtslage *Ulrich*, § 129, in: Niedersächsisches Schulgesetz (o. Fn. 47), Rn. 4. Auch besteht die Möglichkeit zur Umwandlung in eine Gemeinschaftsschule, für die eine (inzwischen nur noch) einfache Mehrheit der entsprechenden Elternschaft erforderlich ist, vgl. § 135 Abs. 5 SchulG Nds.; dazu *Benedikt Beckermann*, Öffentliche Bekenntnisschulen in Niedersachsen als Auslaufmodell? – Bemerkungen zu § 135 Abs. 5 Nds. SchulG, in: NdsVBl. 2016, S. 129 ff.

⁵⁹ § 26 Abs. 3, 7 SchulG NRW. Zur Umwandlungsmöglichkeit § 27 Abs. 3 SchulG NRW (inzwischen ebenfalls einfache Mehrheit).

zahlenmäßige Bindung aufgegeben.⁶⁰ Im praktischen Ergebnis wird nach Aufhebung der Schulsprengel die Auswahl der Schüler (und auch Lehrer) zu einem Profilierungsmerkmal, bei dem unter dem Deckmantel von „Bekenntnisidentität“ bzw. „Öffnung“ ein für die Schulgemeinde optimal erscheinendes Mischungsverhältnis hergestellt werden kann.⁶¹ Die (konfessionelle) Trennung wird so im modernen, flexibleren Gewand als religiös verbrämte Teilselektion nach Bedarf wiederbelebt – eine hoch bedenkliche Entwicklung, die scheinbar geschickt Gemeinschaftsschulen zu Restschulen macht, in Wahrheit dem Modell der öffentlichen Bekenntnisschule jede Legitimation entzieht.

- 21 Für die *Auswahl der Lehrer* stellt deren Bekenntnisbindung nach ganz überwiegender Auffassung eine zulässige Modifikation des Art. 33 Abs. 2 GG dar, weil es sich insoweit um ein *konfessionsgebundenes Staatsamt* handelt.⁶² Allerdings ist auch insoweit darauf hinzuweisen, dass es sich hier nicht um ein beliebig handhabbares Privileg handelt: Wenn bei gefragten Lehrerpersönlichkeiten oder Mangelfächern die Konfessionsbindung verzichtbar wird, kann sie nicht zu anderer Gelegenheit als Argument der Nichteignung angeführt werden.

⁶⁰ OVG NRW, B. v. 4. 9. 2013 – 19 B 1042/13, juris, Rn. 11, wobei der Senat zugleich die Ermessensentscheidung des Schulleiters über die Aufnahme bei bekenntnisfremden Schülern nicht von einem Anmeldeüberhang abhängig macht, vgl. dazu § 46 Abs. 2 f. SchulG NRW. Ähnliche Intention in OVG NRW, B. v. 31. 5. 2013 – 19 B 1191/12, juris, Rn. 26 ff., wonach für die Entscheidung des Schulträgers über den Erhalt einer katholischen Bekenntnisschule auch bekenntnisfremde Interessenten zu berücksichtigen wären: Danach werden bekenntnisfremde Schüler so eingesetzt, wie es im jeweiligen Moment nützt. Eindeutig anders BVerwGE 90, 1 (5), wonach das begriffsnotwendige Gepräge einer Bekenntnisschule bei einer Mehrheit von bekenntnisfremden Schülern ausscheidet; so auch OVG NRW, B. v. 3. 1. 1989 – 19 B 2262/88, juris, Rn. 12 ff. mit Betonung der formellen Geschlossenheit („grundsätzlich homogen“); OVG NRW, OVGE 36, 31 (Ls. 2). Vgl. weiter unten Rn. 22.

⁶¹ Wegen der Aufhebung der Schulsprengel läuft – jedenfalls in der jetzigen Handhabung des OVG NRW – auch Art. 13 Verf. NRW leer. Nach dieser traditionellen Regelung muss die öffentliche Bekenntnisschule konfessionsfremde Schüler aufnehmen, wenn „keine entsprechende Schule“ vorhanden ist. Vgl. dazu mit Darstellung der Rechtsprechung *Ennuschat*, Art. 13, in: Löwer / Tettinger (o. Fn. 55), Rn. 1 ff.

⁶² Vgl. § 129 Abs. 2 SchulG Nds.; § 26 Abs. 6 S. 2 SchulG NRW. Siehe BVerwGE 19, 252 (260); *Peter Badura*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 33 (Stand 2014), Rn. 40; *Monika Jachmann-Michel / Anna-Bettina Kaiser*, in: Hermann v. Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber / Andreas Voßkuhle, Bd. 2, Art. 33, Rn. 18c, 27; *Ulrich Battis*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 33, Rn. 44.

c) *Insbesondere: Religionsunterricht
und öffentliche Bekenntnisschule*

Der Religionsunterricht ist ein wichtiges Element für die konfessionelle Positivität und Gebundenheit der Bekenntnisschule. Dennoch geht es fehl, wenn die Teilnahme am Religionsunterricht zur Bedingung für die Aufnahme bzw. den Verbleib an einer öffentlichen Bekenntnisschule gemacht wird.⁶³ Dem steht der klare Befreiungsanspruch des Art. 7 Abs. 2 GG entgegen, der sich als konkrete Bestimmung gegenüber allgemeinen (und inhaltlich zu kurz gegriffenen) Überlegungen zum Stellenwert des Religionsunterrichts für die Bekenntnisschule durchsetzen muss.⁶⁴ Diese Frage ist insbesondere in Nordrhein-Westfalen durch die Aufhebung der Schulbezirke und den „Profil“-Auftrag an alle Schulen dringlich geworden, weil dadurch eine Verdrängung wohnortnaher Schüler eingesetzt hat, wenn sie nicht allen Wünschen der jeweiligen Schulleitung auf freihändig festgelegte Linientreue entsprechen. Der einschlägigen Rechtsprechung, die diese Entwicklung unterstützt, ist energisch zu widersprechen.⁶⁵

22

2. Bekenntnisschulen in privater Trägerschaft

a) *Vielfalt der Schulformen und Trägermodelle*

Das Grundgesetz schützt die Gründung und den Betrieb privater Schulen als grundrechtliche Freiheit (Art. 7 Abs. 4 f. GG) und setzt so einen wichtigen institutionellen Gegenakzent in Bezug auf die um-

23

⁶³ So aber OVG NRW, B. v. 4.9.2013 – 19 B 1042/13; bestätigt durch BVerwG, B. v. 22.3.2017 – 6 B 66/16. Das BVerfG hat eine dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, B. v. 8.9.2017 – 1 BvR 984/17; vgl. zum Ganzen *Wißmann*, Teilnahme am Religionsunterricht (o. Fn. 51), S. 209 ff. Hierzu auch *Benedikt Beckermann*, Religionsunterricht in der Bekenntnisschule – Pflicht für alle?, in: NWVBl. 2014, S. 370 ff.

⁶⁴ So im Übrigen auch die ältere Praxis, vgl. für die entsprechende Rechtsfrage nach Art. 149 Abs. 2 WRV *Anschtz*, WRV (o. Fn. 17), Art. 149, Anm. 2; nach überwiegender Auffassung soll der Befreiungsanspruch im Übrigen für Lehrer ausdrücklich auch an öffentlichen Bekenntnisschulen gelten, vgl. *Max-Emanuel Geis*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Karl Heinrich Friauf / Wolfram Höfling, Art. 7, Stand 2004, Rn. 70 m. w. N.

⁶⁵ Aus hiesiger Sicht nicht überzeugend OVG NRW, B. v. 4.9.2013 – 19 B 1042/13; vgl. auch oben Rn. 21.

fassende staatliche Schulverantwortung.⁶⁶ Die Schulen in kirchlicher Trägerschaft zählen unabhängig vom öffentlich-rechtlichen Status ihrer Träger zum Bereich der privaten Schulen.⁶⁷ Die Verfassung unterscheidet insoweit zwischen genehmigungspflichtigen *Ersatzschulen* (Abs. 4 S. 2 f.), an denen die allgemeine Schulpflicht erfüllt werden kann, und (im allgemein eingeführten Umkehrschluss) grundsätzlich genehmigungsfreien *Ergänzungsschulen*. Die Schulgesetzgebung hat dieser Dichotomie weitere Untergruppen hinzugefügt, so vor allem die Unterscheidung zwischen (nur) genehmigten und „anerkannten“ Ersatzschulen (die selbständig staatliche Abschlüsse vergeben dürfen).⁶⁸

24 Für die durch Private getragenen Schulen besteht grundsätzlich eine allgemeine *Gründungsfreiheit* gemäß Art. 7 Abs. 4 GG; das Genehmigungserfordernis bei Ersatzschulen dient nicht einer Steuerung des Bedarfs, sondern ausschließlich der Qualitätssicherung.⁶⁹

25 Für private Bekenntnis-*Volksschulen* im engeren Sinn ist dagegen gemäß Art. 7 Abs. 5 GG zu beachten, dass sie nur zugelassen werden können, wenn eine entsprechende öffentliche Schule nicht besteht.⁷⁰

⁶⁶ Vgl. BVerfGE 27, 195 (200 f.); 75, 40 (62 f., 66); 90, 107 (116). Zum grundrechtlichen Charakter der Norm sowie zum Verhältnis zu Art. 4 GG und Art. 137 Abs. 3 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG vgl. *Wolfgang Loschelder*, Kirchen als Schulträger (§ 55), in: HSKR², Bd. II, S. 511 (S. 514 f.); *Jestaedt*, Schule (o. Fn. 27), Rn. 18 ff.; *Wißmann*, in: BK (o. Fn. 46), Art. 7–III, Rn. 211 f.; *Gerhard Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 62), Bd. I, Art. 7, Rn. 2 ff., 168 ff.; s. auch BVerfGE 41, 29 (52 f.). Zur entsprechenden Freiheit kirchlichen Wirkens *Mückl*, Freiheit (o. Fn. 34), Rn. 16 ff.

⁶⁷ Ganz herrschende Meinung, vgl. *Loschelder*, Kirchen (o. Fn. 66), S. 511; *Jestaedt*, Schule (o. Fn. 27), Rn. 49; *Wißmann*, in: BK (o. Fn. 46), Art. 7–III, Rn. 195; *Sigrid Boysen*, in: Ingo v. Münch / Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz-Kommentar: GG, Bd. I, 6. Aufl. 2012, Art. 7, Rn. 50; allgemein zum nicht-staatlichen Charakter der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften BVerfGE 18, 385 (386 f.).

⁶⁸ *Wißmann*, in: BK (o. Fn. 46), Art. 7–III, Rn. 197; Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit BVerfGE 27, 195 (201 ff.); *Thiel*, in: Sachs (o. Fn. 62), Art. 7, Rn. 71. Vgl. umfassend *Arletta-Marie Kösling*, Die private Schule gemäß Art. 7 Abs. 4, 5 GG, 2005; *Frauke Brosius-Gersdorf*, Privatschulen zwischen Autonomie und staatlicher Aufsicht, Die Verwaltung 45 (2012), S. 389 (413 ff.); *Boas Kümper*, Die Akzessorietät der privaten Ersatzschule zwischen Bundesverfassungsrecht und Landesrecht, in: VerArch 107 (2016), S. 120 ff.

⁶⁹ BVerfGE 27, 195 (203); *Jestaedt*, Schule (o. Fn. 27), Rn. 55; *Mückl*, Freiheit (o. Fn. 34), Rn. 17; *Wißmann*, in: BK (o. Fn. 46), Art. 7–III, Rn. 242 ff.; *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 66), Art. 7, Rn. 184, 187; *Frauke Brosius-Gersdorf*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz – Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 7, Rn. 113.

⁷⁰ Zur Abgrenzung der Schultypen vgl. Fn. 4 und 71. Im Streitfall muss für den Bekenntnischarakter eine gerichtliche Klärung der Kriterien erfol-

Zwar gilt nicht mehr der ältere Anspruch auf Einrichtung einer öffentlichen Bekenntnisschule, gleichwohl führt das Grundgesetz hier die Möglichkeit konfessionell begründeter Trennung fort, wenn auch nur noch in der deutlich weniger komfortablen Form der Privatschulfreiheit. Faktisch greift der Ausschluss wie gesehen nur noch in Nordrhein-Westfalen und Teilen Niedersachsens; ansonsten besteht die Freiheit zur Gründung einer Bekenntnisschule praktisch für den gesamten Schulbereich.⁷¹ Eine unterschiedliche Behandlung entsprechender Gründungsinitiativen nach Bekenntnissen oder Religionen ist rechtlich unzulässig;⁷² erforderlich ist freilich, dass es sich tatsächlich um ein Bekenntnis handelt.⁷³

Neben den allgemeinen Grundschulen und *weiterführenden Schulen* sind insbesondere auch *Sonder- und Förderschulen* ein wichtiges Feld, auf dem der diakonische und caritative Auftrag der Kirchen vom Staat genutzt wird.⁷⁴ Gleichwohl sind die Bekenntnisschulen wie die privaten Schulen insgesamt in Deutschland im Vergleich zu anderen Staaten bis in die Gegenwart eine stark begrenzte Größe geblieben.⁷⁵

26

gen, vgl. BVerwGE 89, 368; 90, 1; für den parallelen Tatbestand des besonderen pädagogischen Interesses näher BVerfGE 88, 40 (49 ff.).

⁷¹ Insofern ist die gelegentlich diskutierte Frage weitgehend obsolet, ob der Volksschulbegriff nur noch Grundschulen erfasst, da im Bereich der Sekundarstufe die verschiedenen Schultypen mindestens gleichgewichtig neben der Hauptschule stehen; ausführlich dazu *Wißmann*, in: BK (o. Fn. 46), Art. 7–III, Rn. 262; für eine Beschränkung etwa *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 69), Art. 7, Rn. 130; weiter Volksschulbegriff (Grund- und Hauptschule) etwa bei *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 66), Art. 7, Rn. 227.

⁷² Zur Gründung islamischer Bekenntnisgrundschulen ausführlich mit restriktiver Tendenz *Thomas Günther*, Zur Zulässigkeit der Errichtung privater Volksschulen als Bekenntnisschulen religiös-ethnischer Minderheiten nach Art. 7 Abs. 5 GG, 2006, insbes. S. 220 ff.; vgl. auch bereits *Josef Isensee*, Private islamische Bekenntnisschulen, in: Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag, hg. von Stefan Muckel, 2003, S. 355 ff.; weiter *Nina Coumont*, Islam und Schule, in: Der Islam im öffentlichen Recht des säkularen Verfassungsstaates, hg. von Stefan Muckel, 2008, S. 440 (578 ff.).

⁷³ Vgl. dazu etwa BVerwGE 89, 368; 90, 1; BayVGh, in: NVwZ 1992, S. 1224; OVG NRW, KirchE 29, 43 (46 ff.); *Rux*, Schulrecht (o. Fn. 46), Rn. 1266 f.

⁷⁴ Statistisches Bundesamt, Private Schulen – Fachserie 11, Reihe 1.1 – Schuljahr 2016/2017, S. 25 (12 % der Schülerschaft bei Gymnasien, 22,6 % bei Förderschulen, zum Vergleich siehe Fn. 75).

⁷⁵ Zur traditionell begrenzten Rolle der Privatschulen im internationalen Vergleich siehe prototypisch *Anschütz*, Verfassungsurkunde (o. Fn. 8), S. 379 f.; *Heckel*, Privatschulrecht (o. Fn. 2), S. 55 ff.; übersichtliche Aufberei-

b) Das Schul-Mandat der privaten Bekenntnisschule

- 27 Neben der Gründung ist auch der *Betrieb* der Privatschule grundrechtlich geschützt, was auf die Gestaltung des Schulbetriebes sowie Inhalt und Gestaltung des Unterrichts zielt.⁷⁶ Grundlage der privaten Schule ist in verfassungsrechtlicher Perspektive das Erziehungsrecht der Eltern,⁷⁷ durch deren Entschluss (und entsprechende vertragliche Bindungen) entsteht in verfassungsrechtlicher Perspektive das Erziehungsmandat des privaten Schulträgers.⁷⁸ Die staatlichen Erziehungsziele bleiben demgegenüber hier solche zweiter Ordnung. Die private Schule ist daher nicht nur ein weiterer Organisationsmodus eines einheitlichen, staatlich gelenkten Schulsystems.⁷⁹
- 28 Allerdings gilt für den privaten Schulbereich in umgekehrter Weise eine vergleichbare Relativierung wie für den staatlichen Erziehungssektor: Wegen der unteilbaren Ausrichtung auf das Kindeswohl sind die staatlich formulierten Erziehungsziele hier nicht irrelevant, sondern in einem anspruchsvollen System gegenseitiger Konkordanz zu

tung der Entwicklung bei *Avenarius*, Herausforderung (o. Fn. 44), S. 17 f.; Aufschlüsselung nach Konfessionen bei *Helmut E. Klein*, Privatschulen in Deutschland, 2007, S. 11 ff.; zuletzt Statistisches Bundesamt, Private Schulen (o. Fn. 74), S. 25, wonach im Bereich der allgemeinbildenden Schulen insgesamt 9 % der Schüler an Einrichtungen in privater Trägerschaft unterrichtet wurden, 9,5 % bei beruflichen Schulen. Zur deutlichen Gesamtsteigerung um 67 % gegenüber 1992/93 (67 %): Statistisches Bundesamt, Bildungsfinanzbericht 2012, S. 50. Zur Lage im Ausland *Hinnerk Wißmann*, in: BK, Stand 2016, Art. 7–I, Rn. 34 ff.

⁷⁶ BVerfGE 27, 195 (200); 88, 40 (46); 90, 107 (114); 112, 74 (83); *Boysen*, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 67), Art. 7, Rn. 88; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 69), Art. 7, Rn. 106.

⁷⁷ BVerwGE 90, 1 (6). Einschlägig zu Art. 6 GG BVerfGE 34, 165 (197 f.); *Jestaedt*, Schule (o. Fn. 27), Rn. 48; *Wißmann*, in: BK (o. Fn. 46), Art. 7–III, Rn. 212; *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 66), Art. 7, Rn. 165 ff., 171.

⁷⁸ Zum Eigenanspruch der katholischen Kirche im Bildungswesen can. 794 CIC/1983, zur Hinordnung des Elternrechts can. 793 CIC/1983; vgl. in der Übersicht *Norbert Lüdecke*, Das Bildungswesen, in: Handbuch des katholischen Kirchenrechts, hg. von Stephan Haering / Wilhelm Rees / Heribert Schmitz, 3. Aufl. 2015, § 68, S. 989 ff. Vgl. für die evangelische Perspektive Rat der EKD, Kirche und Bildung, 2009, insbes. S. 31 ff. Zur älteren kirchlichen Diskussion v. *Campenhausen*, Erziehungsauftrag (o. Fn. 31), S. 115 ff., 129 ff.

⁷⁹ *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 69), Art. 7, Rn. 65; *Thiel*, in: Sachs (o. Fn. 68), Art. 7, Rn. 61. Etatistischer BVerwGE 90, 1 (11 ff.).

beachten.⁸⁰ Der staatliche Ausgriff auf ein angemessenes Bildungsniveau für alle Kinder, der durch die ausnahmslose Schulpflicht abgesichert ist,⁸¹ realisiert sich hier in der Anforderung der „*Gleichwertigkeit*“ in kirchlichen und anderen freien Ersatzschulen. Allerdings ist *keine Gleichartigkeit* gefordert. Als gleichwertig im Sinn des Art. 7 Abs. 4 S. 2 f. GG gilt ein Bildungsgang, der hinsichtlich der verfassungsstaatlichen Bildungs- und Erziehungsziele in Inhalt und Form keine Defizite gegenüber der öffentlichen Schule erwarten lässt; insofern genügt eine auf konkreten Feststellungen beruhende und nachvollziehbare, grundrechtsfreundliche Prognose.⁸²

Als *Ersatzschule* muss die private Schule nicht nur gleichwertigen Unterricht anbieten, sondern auch gleichwertige Ergebnisse ermöglichen; sie ist also per definitionem auf die zur Verfügung stehenden staatlichen Abschlüsse ausgerichtet. Damit ist aber noch nicht darüber entschieden, ob die entsprechenden Prüfungen integral zum Besuch einer genehmigten Ersatzschule gehören und daher von ihr selbst abzunehmen sind, oder ob der Abschluss als staatliche Entscheidung vom Besuch des Unterrichts getrennt werden kann und als „Externenprüfung“ durchgeführt wird. Die meisten Bundesländer haben sich mit früher Billigung des Bundesverfassungsgerichts dafür

29

⁸⁰ Vgl. BVerfGE 27, 195 (201); BVerwGE 90, 1 (7 ff.); siehe insbesondere *Loschelder*, Kirchen (o. Fn. 66), S. 540 ff.; *Niehues*, Schulrecht (o. Fn. 46), Rn. 1215 ff., 1267. Vgl. oben Rn. 14, 18. Zum Konzept und der Reichweite der „Privatschulgarantie“ *Wißmann*, in: BK (o. Fn. 46), Art. 7–III, Rn. 219 ff.; *Boas Kümper*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Anerkennung von Privatschulen: freiheitsrechtliche und institutionelle Dimensionen, in: DÖV 2015, S. 864 ff. Um die entsprechenden Anforderungen durchzusetzen, ist die staatliche Schulaufsicht über das gesamte Schulwesen (Art. 7 Abs. 1 GG) auch in der privaten Bekenntnisschule nicht einfach als allgemeine, letztlich gewerberechtliche Aufsicht über gesellschaftliche Rechtssubjekte zu verstehen, in diese Richtung aber *Boysen*, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 67), Art. 7, Rn. 54 a. E. Zum Gesamtkomplex ausführlich *Brosius-Gersdorf*, Privatschulen (o. Fn. 68), S. 393 ff. Zur Frage, ob sich mit Blick auf öffentliche und Privatschulen Rechts- und Fachaufsicht sinnvoll unterscheiden lassen, *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 66), Art. 7, Rn. 68. Für ein umfassendes Verständnis der Aufsicht *Thiel*, in: Sachs (o. Fn. 68), Art. 7, Rn. 16 f.

⁸¹ BVerfG, B. v. 21. 4. 1989 – 1 BvR 235/89, Orientierungssatz 1; BVerfGK 8, 151 (153 ff.); zuletzt BVerfG, in: NJW 2015, S. 44, Rn. 22; zum häuslichen Unterricht BVerwG, in: NVwZ 2010, S. 525 Rn. 3, 5; *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 66), Art. 7, Rn. 80; *Wißmann*, in: BK (o. Fn. 46), Art. 7–III, Rn. 81 ff.

⁸² BVerwGE 90, 1 (8, 10 f.); vgl. *Wißmann*, in: BK (o. Fn. 46), Art. 7–III, Rn. 244 f.; *Robbers*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 66), Art. 7, Rn. 194; *Thiel*, in: Sachs (o. Fn. 68), Art. 7, Rn. 68. Zur Unterscheidung bereits v. *Campenhause*n, Erziehungsauftrag (o. Fn. 31), S. 66 ff.

entschieden, nur der (nicht bloß genehmigten, sondern) „anerkannten“ Ersatzschule im Wege der Beileihung die Abschlussrechte zu übertragen; nur teilweise besteht auf diesen Status ein Anspruch.⁸³ Allein Nordrhein-Westfalen verleiht der genehmigten Ersatzschule grundsätzlich von vornherein sämtliche Rechte in Bezug auf schulische Abschlüsse.⁸⁴

30 Sowohl bei der Entscheidung über den Zugang zum Gymnasium wie auch bei den Abschlussprüfungen ist ohne weiteres erkennbar, dass die Attraktivität einer privaten Ersatzschule maßgeblich davon abhängt, ob sie ohne externe Prüfungen durch staatliche Stellen die Erfolge ihrer Schüler bewerten kann. Und alle pädagogische Vernunft spricht dafür, Unterrichtsvorgang und Bewertungsentscheidung nicht zu trennen, zumal wenn dieser Unterricht als gleichwertig angesehen wird. Allerdings hat sich durch die flächendeckende Einführung zentraler Abschlussprüfungen die Ausgangslage verändert: Da der zentrale Prüfungsstoff nunmehr überall auch den vorangegangenen Unterricht bindet, müssen auch die (anerkannten) Ersatzschulen genau diesen Stoff vermitteln. Der Umstellung der Qualitätssicherung auf ein veräußerlichtes System haben sich so auch die Privatschulen zu unterstellen, auch wenn dadurch der Unterschied zwischen Gleichartigkeit und Gleichwertigkeit weitgehend eingeebnet wird – es sei denn, sie wählen den Weg der Externenprüfung und bestehen bewusst darauf, ihren gleichwertigen Unterricht in gesonderte Prüfungen zu überführen.⁸⁵

⁸³ BVerfGE 27, 195 (202 f.); 37, 314 (320); zustimmend etwa *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 66), Art. 7, Rn. 201; kritisch *Loschelder*, Kirchen (o. Fn. 66), S. 532 f. Einen Anspruch auf Genehmigung gewähren etwa Art. 100 Abs. 1 S. 1 BayEUG, § 148 Abs. 1 S. 1 SchulG Nds., § 8 Abs. 1 S. 1 Sächs. G. über Schulen in freier Trägerschaft, § 17 Abs. 1 S. 1 SchulG LSA. Zur „Anerkennung“ von Ersatzschulen *Wißmann*, in: BK (o. Fn. 46), Art. 7–III, Rn. 203 f. m. w. N.

⁸⁴ Siehe § 100 Abs. 4 S. 1 SchulG NRW. Dafür wird dann „nach unten“ das System durch „anerkannte Ergänzungsschulen“ (vgl. § 118 SchulG NRW) ergänzt, die der Sache nach einer (nur genehmigten) Ersatzschule entsprechen, allerdings nicht dem Sonderungsverbot unterliegen und damit eine Umgehung des Art. 7 Abs. 4 GG nahelegen, sowie die „Ersatzschule eigener Art“, § 100 Abs. 6 SchulG NRW, die nicht das Recht haben, mit gleicher Wirkung wie öffentliche Schulen Zeugnisse zu erteilen und Abschlüsse zu vergeben.

⁸⁵ Die Alternative wäre, Ersatzschulen Freiheit des Unterrichtsgangs und zugleich Freiheit in der Erstellung von Prüfungen zu gewähren, sie also aus dem Zentralabitur auszunehmen. Eine solche Kombination von Anreizen müsste kluge Eltern samt und sonders in die Ersatzschulen treiben.

c) Schüler- und Lehrerwahl

Als Ausdruck grundrechtlicher Freiheit steht privaten Schulträgern die Auswahl von Schülern und Lehrern im Rahmen ihrer *Vertragsabschlussfreiheit* zu. Allerdings sind diesem Grundsatz Grenzen gesetzt: Zum einen müssen für den Bereich der Ersatzschulen nach Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG sowohl bei der *Qualität der Lehrer* als auch bei der *Ausblendung wirtschaftlicher Verhältnisse* der Schüler formale Vorgaben beachtet werden: Die Qualifikation der Lehrer ist in wissenschaftlicher bzw. fachlicher, pädagogischer und unterrichtspraktischer Hinsicht sicherzustellen.⁸⁶ Entsprechende Fähigkeiten des Lehrpersonals sind anzunehmen, wenn die staatliche Lehrerbildung durchlaufen wurde oder auf andere Weise nachgewiesen werden kann, dass die vorgegebenen Lehrziele erreicht werden können.⁸⁷ Schließlich ist auch eine angemessene wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrer erforderlich (Art. 7 Abs. 4 S. 4 GG), um die Wahrnehmung ihrer Aufgabe zu sichern.⁸⁸

31

Die Auswahl der Schüler darf im Übrigen insbesondere im Bereich der Bekenntnisschulen im engeren Sinn nach Art. 7 Abs. 5 GG nicht als grenzenlose Freiheit missverstanden werden. Diese Schulen sind in der Weise gekennzeichnet, dass sie als Schultypus dann zugelassen werden, wenn die geschlossene Beschulung im Bekenntnis von Eltern gewünscht wird. Bei einer Öffnung für bekenntnisfremde Kinder wird der ursprünglich intendierte Schutzbereich des Art. 7 Abs. 5 GG verlassen, es handelt sich hier um eine Gestaltung des Gesetzgebers; daher ist eine gesetzliche Obergrenze für diese Mischformen zulässig.⁸⁹

32

Insbesondere ist die *Teilnahme am konfessionellen Religionsunterricht* typischerweise als Zulassungskriterium festgelegt, das durch entsprechende vertragliche Bestimmungen abgesichert wird. Aller-

33

⁸⁶ OVG NRW, in: NWVBl. 1993, S. 211 (211 f.); Wißmann, in: BK (o. Fn. 46), Art. 7–III, Rn. 250; Rux, Schulrecht (o. Fn. 46), Rn. 1227 ff.; Robbers, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 66), Art. 7, Rn. 198.

⁸⁷ Geis, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz (o. Fn. 64), Art. 7, Rn. 83. Für die Erbringung des Nachweises auf andere Art als die staatliche Lehrerausbildung Bodo Pieroth, Zulässige Eignungsanforderungen bei der Genehmigung von Lehrern an Ersatzschulen, in: NWVBl. 1993, S. 201 (203 f.). Vgl. auch § 102 Abs. 2 SchulG NRW, § 144 Abs. 3 SchulG Nds.

⁸⁸ Wißmann, in: BK (o. Fn. 46), Art. 7–III, Rn. 254.

⁸⁹ Vgl. § 129 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 157 Abs. 1 S. 1 bzw. § 157 Abs. 1 S. 1 SchulG Nds.; s. zu Bedeutung der konfessionellen Zusammensetzung BVerwGE 90, 1 (3 ff.).

dings ist auch insoweit zu beachten, dass Art. 7 Abs. 2 GG die Freiwilligkeit der Teilnahme an diesem Unterricht als allgemeinen Grundsatz festschreibt. Die Norm ist richtigerweise als spezielle Freiheitsgewährleistung auf das gesamte Schulwesen (Art. 7 Abs. 1 GG) zu beziehen und nicht etwa auf öffentliche Schulen (Abs. 3) beschränkt.⁹⁰ Mindestens für die Ersatzschulen müsste insoweit die Privatautonomie in Sachen Schülerswahl zurücktreten. Denn hier ist – gegen die gängige Praxis⁹¹ – eine verfassungsstaatliche Grenze der Vertragsfreiheit erreicht, die sowohl bekenntnisangehörige als auch (erst recht) bekenntnisfremde Schülerinnen und Schüler schützt – und nicht zuletzt auch die eigengeartete Intention des Religionsunterrichts.

d) Finanzierung

34 Als Betätigung grundrechtlicher Freiheit sind Gründung, Betrieb und damit auch Finanzierung privater Schulen zunächst nicht Sache des Staates. Soweit allerdings private Schulen als Ersatzschulen fungieren (und also Schüler dort ihre Schulpflicht erfüllen), legt sich eine staatliche Mitfinanzierung nahe, insbesondere, wenn Privatschulen nicht die „Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern“ fördern sollen (Art. 7 Abs. 4 S. 3 GG). Dies hat die Rechtsprechung dem Grunde nach als Verfassungsgebot anerkannt.⁹² Die

⁹⁰ Näher Wißmann, in: BK (o. Fn. 46), Art. 7–III, Rn. 183 f.; ders., Teilnahme am Religionsunterricht (o. Fn. 51), S. 217 f. In der Literatur wird vorrangig (und skeptisch) das nicht in gleicher Weise verankerte Recht eines Privatschullehrers diskutiert, die Erteilung von Religionsunterricht zu verweigern, vgl. Boysen, in: v. Münch/Kunig (o. Fn. 67), Art. 7, Rn. 87.

⁹¹ Dafür mit einer teleologischen Reduktion des Art. 7 Abs. 2 GG Christoph Link, Religionsunterricht (§ 54), in: HSKR², Bd. II, S. 474, Fn. 146 m.w.N.; In der frühen Bundesrepublik wurde die unterschiedslose Freistellung angenommen: Hermann v. Mangoldt, Grundgesetz, 1953, Art. 7, Anm. 3; Friedrich Klein, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein, Grundgesetz, 2. Aufl. 1957, Art. 7, Anm. IV 2, m.w.N. Zum entsprechenden Problem bei öffentlichen Bekenntnisschulen vgl. oben Rn. 22.

⁹² Mit Betonung einer staatlichen Schutzpflicht für gesellschaftlich getragenen Bildungsppluralismus BVerfGE 75, 40 (62 ff.); zum Ausgleichsanspruch aufgrund der Art. 7 Abs. 4 GG errichteten Hürden BVerfGE 90, 107 (115, 121). Vgl. aus der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere BVerwGE 23, 347 (349 ff.); 27, 360 (362 ff.); 70, 290 (292); 79, 154 (155 ff.); BVerwG, U. v. 21.12.2011 – 6 C 18/10, in: Buchholz 421, Kultur- und Schulwesen, Nr. 138; B. v. 4.11.2016 – 6 B 27/16, in: Buchholz 421.10, Schulrecht, Nr. 17; OVG MV, U. v. 23.8.2012 – 2 L 44/09. Zu Unterschieden in der landesverfassungsrechtlichen Praxis Winfried Kluth, Aktuelle Entwicklungen im

beachtliche Spreizung in den Bundesländern weist darauf hin, dass hier kein bundeseinheitlicher Standard zu beachten ist, sondern vielmehr das Verfassungsrecht nur eine Untergrenze definiert, die sich nicht auf die einzelne Schule, sondern nur auf das Ersatzschulwesen als Institution richtet.⁹³

Damit sind verschiedene Ausgestaltungen denkbar, die sich sowohl am konkreten Kostendeckungsbedarf als auch an Pauschalen orientieren können;⁹⁴ geboten ist bei Anerkennung eines schulpolitischen Gestaltungsspielraums des Landesgesetzgebers eine angemessene Absicherung für private Schulträger (und die betroffenen Kinder).⁹⁵ Durch Art. 3 Abs. 1 GG ist insofern jeweils die grundsätzliche Gleichbehandlung der Schulträger geboten.⁹⁶ Die Praxis des einfachen Rechts führt gleichwohl zu einer Besserstellung institutioneller Träger, insbesondere amtskirchlicher Schulen: Denn sowohl die zulässige „Mindestwartezeit“ bis zum Einsetzen der Förderung⁹⁷ wie auch die Billigung dauerhafter Zufinanzierung jenseits der Schulgeldgrenze⁹⁸ erschwert freien Trägern, insbesondere religiös motivier-

35

Recht der Privatschulfinanzierung, in: LKV 2017, S. 433; *Frauke Brosius-Gersdorf*, Finanzhilfe für private Ersatzschulen. Zur Beschränkung der Finanzhilfe auf staatlich anerkannte Ersatzschulen und Ersatzschulen von besonderer pädagogischer Bedeutung, in: DÖV 2017, S. 881 ff. Vgl. aus der landesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung VerfGH Sachsen, U. v. 15.11.2013 – Vf. 25-II-12; VerfGH Thür., U. v. 21.5.2014 – 11/13; LVerfG Bbg., U. v. 12.12.2014 – 31/12; zur grundsätzlichen Aufarbeitung vgl. die Beiträge in *Friedrich Müller / Bernd Jeand'Heur*, Zukunftsperspektiven der freien Schule, 2. Aufl. 1996.

⁹³ BVerfGE 75, 40 (66 f.); 90, 107 (116); 112, 74 (84). Bestandsaufnahme bei *Heinig / Vogel*, Private Ersatzschulen (o. Fn. 44), S. 337 ff.; *Wallrabenstein*, Privatschulfinanzierung (o. Fn. 41); vgl. Statistisches Bundesamt, Finanzen der Schulen in freier Trägerschaft und der Schulen des Gesundheitswesens 2013, S. 16 ff., wonach der Zuschuss der Länder im Durchschnitt 68 % beträgt, dort auch zur näheren Differenzierung zwischen den Schularten.

⁹⁴ Vgl. BVerfGE 90, 128 (141 ff.). Unterschieden werden können etwa die Förderung durch direkte Finanzhilfen für Sach- und Personalkosten, die Abstellung von Lehrkräften sowie (zum Teil rückwirkend gewährte) Investitionshilfen, siehe zum Ganzen näher *Wallrabenstein*, Privatschulfinanzierung (o. Fn. 41), passim.

⁹⁵ *Heinig / Vogel*, Private Ersatzschulen (o. Fn. 44), S. 341 f., insbesondere zu Bestimmbarkeit, Vorhersehbarkeit, Vertrauensschutz und Übermaßverbot. Zum Sonderfall der sog. „Konkordatsschulen“, § 154 ff. SchulG Nds.

⁹⁶ BVerfGE 75, 40 (69 ff.).

⁹⁷ BVerfGE 90, 107 (117 ff.).

⁹⁸ Für eine vorübergehende Zufinanzierung: BVerfGE 90, 107 (117 ff.). Für eine dauerhafte Zufinanzierung BVerfG (K), B. v. 4.3.1997 – 1 BvL 26/96, 1 BvL 27/96, juris, Rn. 29, 32. Zuletzt wird wieder eine restriktive Haltung hinsichtlich staatlicher Finanzierungshilfe deutlich, BVerfGE 112, 74 (84 f.).

ten Elternvereinen, den Schulbetrieb. Angesichts der auf den Elternwillen gerichteten Vorgabe des Art. 7 Abs. 5 GG ist das eine schwer zu begründende Haltung, deren zulässiger Sinn (in positiver Deutung) in der Vermutung einer besseren *Qualitätssicherung* liegt.⁹⁹ Tatsächlich liegt in ihr vor allem eine gesamtpolitisch gewollte Begrenzung des privaten Schulwesens, die in Deutschland eine lange Tradition seit Beginn der schulrechtlichen Moderne hat.¹⁰⁰ Legitim war und ist der Schutz des deutschen Staatsschulwesens freilich nur, wenn und solange in ihm innere Freiheitlichkeit, Leistungsfähigkeit und Pluralität gewährleistet sind.¹⁰¹

IV. Schluss: Standort und Perspektiven der Bekenntnisschule im Verfassungsstaat der Gegenwart

- 36 Mit den konfessionellen Schulen bezeugt die Bildungsverfassung, dass Unterricht und Schule die gesamte menschliche Existenz ansprechen und nicht auf eine veräußerlichte Wissensvermittlung beschränkt sind. Das damit verbundene Menschenbild ist ein wichtiger „Stör“-Faktor in einem Bildungssystem, das vielfach auf Standardisierung, Vergleichbarkeit und ökonomischen Nutzen ausgerichtet wird. Zugleich verlangt ein so weitgehender Anspruch bestimmte Sicherungen und Brechungen. Ihr Kristallisationspunkt, von dem aus die Bekenntnisschule zu organisieren ist, ist die Entfaltung der individuellen Persönlichkeit des Kindes: Weder staatliche Institutionen noch Religionsgemeinschaften dürfen über Kinder verfügen, die Ver-

Kritische Einordnung der Rechtsprechungslinien des BVerfG bei *Johann Peter Vogel*, Der Zerfall der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: RdJB 2005, S. 255 (260 ff.).

⁹⁹ In Nordrhein-Westfalen wird erhobenes Schulgeld vom Landeszuschuss abgezogen, § 1 Abs. 3 Hs. 1 Ersatzschulfinanzierungsverordnung – FESchVO (i.V.m. Nr. 1.3.2 und 1.2.2 Verwaltungsvorschriften zur Ausführung der FESchVO) – was im praktischen Ergebnis zum Verzicht führt. Damit ist die externe Zufinanzierung jenseits des Landeszuschusses zwingend geboten, was Amtskirchen eher leisten können als freie Träger.

¹⁰⁰ Siehe oben Rn. 4 ff.

¹⁰¹ Die Veränderung der demographischen Situation hat bereits deutlich erkennbar dazu geführt, dass die Anforderungen im Genehmigungsregime für private Schulen im „Wettbewerb um Schüler“ angezogen werden, vgl. dazu prototypisch *Avenarius* und *Pieroth/Barczak*, Herausforderung (o. Fn. 44); *Katrin Pecker*, Privatschulfreiheit unter Organisationsvorbehalt?, in: LKV 2013, S. 486 ff.; *Boas Kümper*, Konkurrenzsituationen zwischen öffentlichen und privaten Schulen aus Sicht des Bundesverfassungsrechts, in: DVBl. 2016, S. 225 ff.

pflichtung zum Schulbesuch ist keine Blankettermächtigung für die Schulträger.¹⁰²

Der angesprochene gesamthafte Anspruch des Schulunterrichts wird im *Bereich der öffentlichen Schule* nicht nur in der Bekenntnisschule ausgefüllt, sondern ist auch das Anliegen der (christlichen) Gemeinschaftsschule. Auch sie integriert – als Gegenstück zur bekenntnisfreien Schule, dem dritten Schultyp des Grundgesetzes – die religiöse Identität ihrer Schülerinnen und Schüler, geht dabei aber von der Vielfalt der Überzeugungen und Anschauungen aus, die in der Bürgergesellschaft der Gegenwart den Normalfall darstellen. Angesichts der weitgehenden verfassungsrechtlichen Vorgaben ist eine eigenständige Gestalt der öffentlichen Bekenntnisschule, die sich tatsächlich in der Fülle ihrer Aufgaben konfessionell versteht und zugleich die gebotene Offenheit gegenüber ihren bekenntnisfremden Schülern pflegt, kaum mehr vorstellbar – und die Praxis ist entsprechend blass, wenn man von den diskriminierenden Maßnahmen in Bezug auf Zugang und Religionsunterricht absieht.¹⁰³ Auch der Auftrag zur Profilschärfung im „Wettbewerb“ zwischen Schulen hat in Sachen verbindlicher konfessioneller Positivität kaum Erträge gebracht. Wenn aber der Bekenntnischarakter sich darin erschöpft, als „Bedarfs-Formalismus“ nur noch die Zusammensetzung der Schülerschaft nach den Vorstellungen der Lehrerschaft auszusteuern, ist das Konzept der öffentlichen Bekenntnisschule an sein Ende gekommen. Die Pflege von Religiosität im öffentlichen Schulwesen wird nicht durch die Verteidigung von Reservaten zu gewinnen sein; ihre Zukunft liegt in der Gemeinschaftsschule.

Für den *Bereich der privaten Schulen* ist die konfessionelle Bindung dagegen Legitimation und Konzept in einem. In grundrechtlicher Freiheit einigen sich Schulträger und Eltern für die Schülerinnen und Schüler darauf, die Schulpflicht in besonderer Form, mit besonderen Bindungen und Chancen auszugestalten. Die staatliche Schulverantwortung ist durch Mitfinanzierung und vielfältige Qualitätsvorgaben insoweit eingebunden, sie findet aber grundsätzlich als Einwirkung von außen, als Grenzziehung eines Eigengeschehens statt. Staat wie Kirche sollten ein Interesse daran haben, dass die Unterscheidbarkeit zwischen privaten und öffentlichen Schulen ohne

¹⁰² Zum Verbund der Anforderungen an die Erziehung in der Schule und den prozeduralen Konsequenzen oben Rn. 14, 18, 28. Zum zwingenden Zusammenhang zwischen Schulpflicht und freiheitlicher Ausgestaltung der Pflichtschule BVerfGK 8, 151; näher *Wißmann*, Schulwesen (o. Fn. 5), S. 50 ff.

¹⁰³ Vgl. oben Rn. 20, 22.

weiteres sichtbar bleibt und geschärft wird. Auch insoweit können sich Sinn und Auftrag der Bekenntnisschule nicht darin erschöpfen, durch selektive Schüler- und Lehrerwahl attraktiv zu sein. Der Maßstab der *Gleichwertigkeit* schützt dabei vor kinderfeindlicher Weltabgewandtheit, materielle *Gleichartigkeit* dagegen macht die private Bekenntnisschule überflüssig.

§ 46

Theologie an staatlichen Hochschulen

Von Christian Waldhoff*

A. Theologische Fakultäten	1–76
I. Entwicklung, Bestand, Typologie	1–18
1. Theologische Fakultäten als genuine Bestandteile deutscher Universitäten	1–7
2. Übersicht über Bestand und Entwicklung theologischer Fakultäten an deutschen Hochschulen	8–15
3. Typologie sonstiger Institutionalisierung von Theologie an Hochschulen	16–18
II. Rechtsgrundlagen theologischer Fakultäten	19–31
1. Verfassungsrecht	20–25
2. Vertragsstaatskirchenrecht	26–27
3. Gesetzliche Sonderregelungen	28
4. Kirchliches Recht	29–31
III. Der staatskirchenrechtliche Grundstatus theologischer Fakultäten	32–34
IV. Einzelfragen kirchlicher Mitwirkungsrechte	35–59
1. Kirchliche Ingerenzrechte in Bezug auf Auswahl und Tätigkeit der Hochschullehrer	37–42
2. Errichtung und Auflösung der Fakultäten	43–44
3. Mitwirkungsrechte bei Studien- und Prüfungs-, Promotions- und Habilitationsordnungen	45–47
4. Mitwirkung theologischer Fakultäten an nichttheologischen Studiengängen und Abschlüssen	48–50
5. Einführung nichttheologischer Studiengänge an theologischen Fakultäten, Verleihung nichttheologischer Doktorgrade, fachfremde Professuren	51–53

* Für wertvolle Zuarbeit danke ich meinen wissenschaftlichen Mitarbeitern *Dominik Rennert* und *Fabius Wittmer*.

6. Religions- und Konfessionszugehörigkeit der Studierenden	54–55
7. Der sog. Bolognaprozess und die theologischen Fakultäten	56–59
V. Islamische Theologie an staatlichen Hochschulen	60–76
1. Einführung	60–61
2. Islamische Studien / Islamische Theologie an staatlichen Hochschulen – eine Bestandsaufnahme	62–65
3. Der rechtliche Rahmen für Islamische Theologie an staatlichen Universitäten	66–73
a) Die Beiratsproblematik	67–69
b) Die „causa Khorchide“	70–72
c) Hochschulen von Religionsgemeinschaften als Alternative?	73
4. Ausblick	74–76
B. Konkordatsprofessuren	77–84

A. Theologische Fakultäten

I. Entwicklung, Bestand, Typologie

1. Theologische Fakultäten als genuine Bestandteile deutscher Universitäten

- 1 Die Theologie gehört zu den Kernfächern deutscher Universitätskultur.¹ Neben der Rechtswissenschaft und der Medizin bildete sie eine der höheren Fakultäten, denen die *artes liberales* als untere Fakultät zugeordnet waren.² Ein wissenschaftsstruktureller Zusam-

¹ So explizit BVerfGE 122, 89 (110): „glaubensgebundene Theologie“ als deutsche universitäre Tradition; Entscheidungsanmerkungen durch *Klaus F. Gärditz*, in: JZ 2009, S. 515; *Joachim E. Christoph*, Nachträgliche Lehrbeurteilung eines evangelischen Theologieprofessors, in: ZThK 107 (2010), S. 505 ff.; ferner *Alexander Hollerbach*, Theologische Fakultäten und staatliche Pädagogische Hochschulen (§ 56), in: HSKR², Bd. 2, 1995, S. 549 ff.; *Claus Dieter Classen*, Religionsrecht, 2. Aufl. 2015, Rn. 527.

² Vgl. *Rainer A. Müller*, Geschichte der Universität, 1990, S. 19; *Thomas Ellwein*, Die deutsche Universität, 1992/97, S. 23; *Friedrich Paulsen*, Die deutschen Universitäten und das Universitätsstudium, 1902, S. 22 f., 495 ff.; *Helmut Schelsky*, Einsamkeit und Freiheit. Idee und Gestalt der deutschen Universität und ihrer Reformen, 1963, S. 16; zur Bedeutung der Theologie bei der Gründung der Berliner Reformuniversität 1810 in und durch die Person *Schleiermachers* vgl. *Markus Wriedt*, „Theologie der Zukunft (...) zum Theil

menhang universitärer Theologie mit Rechtswissenschaft³ und Medizin besteht noch heute in ihrem spezifischen Praxisbezug: Alle drei sind „Professionswissenschaften“ an Schnittstellen von Theorie und Praxis⁴ (ohne sich freilich in Praxis zu erschöpfen) und damit vielleicht kaum zufällig vom sog. Bolognaprozess weitgehend aufgenommen.⁵ Noch heute ist die wissenschaftliche Theologie notwendiger Bestandteil der *universitas litterarum*. Das ist eine spezifisch deutsche Entwicklung, die in ausländischen Universitätssystemen allenfalls bedingt Entsprechungen findet.⁶

ein wahrhaft prophetisches Wort“; in: Evangelische Theologie an Staatlichen Universitäten, hg. von Stefan Alkier/Hans-Günter Heimbrock, 2011, S. 154 (165 ff.).

³ Vgl. zu Parallelen in den Arbeitsweisen von Rechtswissenschaft und Theologie als dogmatisierender Interpretationswissenschaften *Christian Waldhoff*, Recht als Religion, in: Rechtsanalyse als Kulturforschung, hg. von Werner Gephart, 2012, S. 161 (163 ff.). Insgesamt zu Gemeinsamkeiten mit anderen Geistes- und Sozialwissenschaften *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zur Weiterentwicklung von Theologien und religionsbezogenen Wissenschaften an deutschen Hochschulen, 2010, S. 51; dazu eingehend und differenziert *Martin Heckel*, Korollarien zur „Weiterentwicklung von Theologien und religionsbezogenen Wissenschaften“, in: ZevKR 55 (2010), S. 117 ff.

⁴ *Christoph Schwöbel*, Wissenschaftliche Theologie, in: Evangelische Theologie (o. Fn. 2), S. 56 (87 f.).

⁵ Zu den Auswirkungen auf und dem rechtlichen Rahmen für die universitäre Theologie unten Rn. 56 ff.

⁶ *Stefan Mückl*, Freiheit kirchlichen Wirkens, in: HStR³, Bd. 7, 2009, § 161, Rn. 38: „Charakteristikum des deutschen Staatskirchenrechts“. Der Zusammenhang mit dem Grundstatus von Religion und Staat wird auch hier offenkundig; in laizistischen Systemen kann grundsätzlich keine Theologie an staatlichen Hochschulen erwartet werden, was regelmäßig kirchliche Hochschulen als Alternative erfordert; in Frankreich ist es in diesem Zusammenhang bemerkenswert, dass es in dem von der Laizitätsgesetzgebung von 1905 wegen des Konkordats von 1801 ausgenommenen Landesteilen Elsaß und Lothringen in Straßburg staatliche theologische Fakultäten gibt, vgl. *Stefan Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts, 2005, S. 197 m.w.N. Zur Situation vor staatskirchlichem Hintergrund in Großbritannien ebd., S. 124 f.; im spanischen Kooperationsmodell ebd., S. 357 f. Für die USA *Robert Cummings Neville*, Theological and Religious Studies in the United States, in: Evangelische Theologie (o. Fn. 2), S. 123 ff. Überblick über die österreichische und schweizerische Situation bei *Hugo Schwendenwein*, Art. „Theologenausbildung. Kath.“, in: LKStKR, Bd. 3, 2004, S. 683 ff.; für die Schweiz *Dieter Kraus*, Schweizerisches Staatskirchenrecht, 1993, S. 352 ff.; dort existieren katholisch-theologische Fakultäten in staatlichen Hochschulen in Fribourg und Luzern; evangelisch-theologische Fakultäten auf Universitätsebene in Basel, Bern, Genf, Lausanne, Neuchâtel und Zürich. An der Universität Bern gibt es eine altkatholische („christkatholische“) Fakultät; für Österreich *Hugo Schwendenwein*, Aktuelle Rechtsfragen theologischer Fakultäten in Österreich, in: Iuri Canonico Promovendo. Festschrift für Heri-

Diese historische Bedeutung allein dürfte jedoch in der Gegenwart zu wenig sein, um den Sonderstatus dauerhaft zu rechtfertigen.⁷ Die Gegenwart ist durch mehrere dominante Tendenzen gekennzeichnet: Durch die zunehmende Attraktivität religionswissenschaftlicher Forschung, durch Konkurrenz- und Behauptungsprobleme im Hinblick auf moderne, freilich auch umstrittene Vergleichsparameter der „Messung“ wissenschaftlichen Erfolgs wie etwa Drittmittelquoten u. ä. sowie schließlich und vor allem durch sinkende Bedarfe in der Lehre bei absolutem und relativem Sinken der Studierendenzahlen.⁸ Der verfassungsrechtliche Rahmen und der verfassungsrechtliche Sonderstatus universitärer Theologie sind damit heute im eigentlichen Sinne fragwürdig.⁹ Drei Entwicklungen sind seit der letzten Auflage dieses Handbuchs bestimmend: (1.) Mit dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts in der „causa Lüdemann“ liegt inzwischen eine Leitentscheidung zu den staatskirchenrechtlichen Grundfragen vor; (2.) die tiefgreifende Umgestaltung der deutschen Hochschullandschaft durch den sog. Bolognaprozess gilt es zu berücksichtigen; mit den Empfehlungen des Wissenschaftsrats zur Weiterentwicklung des Faches wird diese Veränderung aufgenommen; (3.) die Forderung nach und die teilweise Verwirklichung von islamischer Theologie an staatlichen Universitäten hat die Verengung auf die beiden christlichen Konfessionen letztendlich aufgebrochen.

2 Wissenschaftliche Theologie ist sowohl in der universitären Praxis als auch verfassungsrechtsdogmatisch von Religionswissenschaft

bert Schmitz, hg. von Winfried Aymans/Karl-Theodor Geringer, 1994, S. 477 ff.

⁷ Eindringlich zu Problemen der bröckelnden Legitimität der Fakultäten *Martin Heckel*, Zum Status der Ev.-theol. Fakultäten in der Bundesrepublik, in: ZevKR 31 (1986), S. 27; *ders.*, Grundfragen der theologischen Fakultäten seit der Wende, in: Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung, Festschrift für Christoph Link, hg. von Heinrich de Wall/Michael Germann, 2003, S. 213 (216 ff.); *ders.*, Theologie zwischen Staat und Kirche im freiheitlichen Verfassungsrecht, in: ZThK 103 (2006), S. 95 ff.; ferner *Mückl*, Freiheit (o. Fn. 6), Rn. 38; *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 137 WRV, Rn. 24.

⁸ *Hans Michael Heinig*, Theologie an staatlichen Universitäten, in: Evangelische Theologie (o. Fn. 2), S. 93 (106), vor dem Hintergrund der Relativität der verfassungsrechtlichen Absicherungen theologischer Fakultäten.

⁹ *Joachim E. Christoph*, Kirchen- und staatskirchenrechtliche Probleme der Evangelisch-theologischen Fakultäten, 2009, S. 3 ff. und passim; s. auch *Sebastian Moll*, Theologieprofessor? Nein, danke!, <<http://www.kath.net/news/45511>>.

abzugrenzen.¹⁰ Religionswissenschaft entstand im deutschen Bereich Ende des 19. Jahrhunderts aus orientalischen und klassischen Philologien, aus Kulturanthropologie und Ethnologie sowie aus der (Religions-)Soziologie und konzentrierte sich zunächst auf nichtchristliche, vor allem außereuropäische Religionen.¹¹ Die Abgrenzung wird dadurch komplex, dass teilweise auch theologische Fakultäten Lehrstühle für Religionswissenschaften umfassen.¹² Das Proprium jeglicher Theologie in Abgrenzung zur Religionswissenschaft ist demgegenüber ihre Bindung an das positive Bekenntnis einer Religionsgemeinschaft.¹³ Systemtheoretisch formuliert: In der wissenschaftlichen Theologie kreuzen sich der wissenschaftliche Code („wahr/unwahr“) mit der Codierung von Religion („Glauben/ Unglauben“).¹⁴ Theologie geht damit, einer wissenschaftssoziologisch seit Aufklärung und Säkularisierung stattfindenden Differenzierung folgend, über die rein analytisch-deskriptive Befassung mit dem Phänomen Religion hinaus, ist nicht bloß Außenbetrachtung, sondern agiert im System Religion selbst. Diese Allianz von moderner Geisteswissenschaft und Theologie, damit das spezifisch *geisteswissenschaftliche* Selbstverständnis zumal der evangelischen Theologie ist aber keineswegs schon Traditionsgut des reformatorischen Zeitalters, vielmehr in dieser Form erst Anfang des 19. Jahrhunderts aus der Begegnung der evangelischen Theologie mit dem deutschen Idealismus entstanden, für die etwa Schleiermachers Berliner Fakultät 1810

¹⁰ Das Gutachten des *Wissenschaftsrats*, Empfehlungen (o. Fn. 3), kreist um Verhältnis, Abgrenzung und Zuordnung dieser Disziplinen. Für eine Gesamtorientierung über Theologie *Walter Kasper*, Art. „Theologie“, in: StL⁷, Bd. 5, 1989, Sp. 450 ff.

¹¹ Dazu näher sowie zur aktuellen disziplinären Situation *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 3), S. 47 ff.

¹² Dazu etwa *Johannes Dittmer / Peter Steinacker*, Christlicher Glaube ist „denkender Glaube“, in: *Evangelische Theologie* (o. Fn. 2), S. 23 (43 ff.).

¹³ BVerfGE 122, 89 (112); verkannt bei *Carsten Bäcker*, Staat, Kirche und Wissenschaft, in: *Der Staat* 48 (2008), S. 327 ff.; *ders.*, Theologie als Wissenschaft, in: *Der Staat* 49 (2009), S. 477 ff.; *ders.*, Ausschluss aus der Theologenausbildung – Fall Lüdemann, in: *NVwZ* 2009, S. 827 ff.; *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 3), S. 51 ff.; *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 475; aus theologischer Sicht die Beiträge von *Dietrich Korsch*, *Michael Germann*, *Michael Moxter* und *Christian Albrecht*, in: *Organisationsrechtliche Fragen der Theologie*, hg. von Hans Michael Heinig / Hendrik Munsonius / Viola Vogel, 2013, S. 3 ff., 17 ff., 23 ff. und 35 ff.; insgesamt jetzt: *Die Wissenschaftlichkeit der Theologie*, hg. von Benedikt Paul Göcke, Bd. 1: Historische und systematische Perspektiven, 2018; Bd. 2: Katholische Disziplinen und ihre Wissenschaftstheorien, 2019; Bd. 3: Theologie und Metaphysik, 2019.

¹⁴ *Heinig*, Theologie (o. Fn. 8), S. 109.

steht. Diese Allianz wurde schon im Laufe des 19. Jahrhunderts theologisch prekär, wird aber in Form der theologischen Fakultäten bis heute institutionell fortgeführt. Das erklärt manches von in diesem Bereich auftretenden grundsätzlichen Problemen.

Grundrechtlich wird die Zwischenstellung der Theologie zwischen kirchlichem Lehramt und staatlicher Universitätswissenschaft abgebildet durch die Ergänzung und Überlagerung der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG durch das kirchliche Selbstbestimmungsrecht des Art. 137 Abs. 3 WRV. Das hat auch das Bundesverfassungsgericht in der Leitentscheidung, dem Beschluss des Ersten Senats vom 26.10.2008 zum „Fall Lüdemann“, klar ausgesprochen: „Für eine theologische Fakultät wird ihr Lehr- und Forschungsauftrag wesentlich durch die Bekenntnismäßigkeit der Lehre mitbestimmt.“¹⁵ Institutionell wird dies durch die Einbindung in staatliche Universitäten einerseits, kirchliche Mitwirkungsrechte andererseits gewährleistet. In seiner Leitentscheidung spricht das Gericht davon, dass die Mitwirkungsrechte „notwendige Folge der Entscheidung des Staates, an seinen Universitäten Theologie als bekenntnisgebundene Glaubenswissenschaft [...] zu lehren“, seien.¹⁶ Das impliziert zugleich, dass evangelische und katholische Theologie unterschiedliche Wissenschaften darstellen. „Diese Differenz muss der Staat trotz seiner Organisationshoheit hinnehmen.“¹⁷ Wenn der Wissenschaftsrat in seinem Gutachten aus dem Jahr 2010 von den „christlichen Theologien“ von vornherein im Plural spricht, ist diese Zusammenfassung von verfassungsrechtlicher Warte aus mit der gebotenen Vorsicht zu sehen.

- 3 Staatskirchenrechtsdogmatisch handelt es sich um einen Fall der gemeinsamen Angelegenheiten von Staat und Kirche, eine *res mixta*.¹⁸ „Der Staat verschafft der Kirche in der staatlichen Instituti-

¹⁵ BVerfGE 122, 89 (114).

¹⁶ BVerfGE 122, 89 (112).

¹⁷ *Heinrich de Wall*, Die Evangelisch-theologischen Fakultäten in der Hochschulreform – staatskirchenrechtliche Aspekte, in: ZThK 101 (2004), S. 218 (224); *Dittmer / Steinacker*, Christlicher Glaube (o. Fn. 12), S. 41; zum gemeinsamen staatskirchenrechtlichen Grundstatus jedoch *Axel von Campenhausen / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 222 f. An der Universität Mainz existiert seit einiger Zeit ein gemeinsamer Fachbereich „Katholische und Evangelische Theologie“, die beiden konfessionellen Teile bleiben freilich unter dieser Glocke mit vollen Rechten bestehen.

¹⁸ *Bernd Jeand’Heur / Stefan Korioth*, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, Rn. 326; *von Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 17), S. 219.

on Universität einen grundrechtlich gesicherten und strukturierten Ort, an dem sie ihr Wissenschafts- und Freiheitsverständnis entfalten kann.“¹⁹ Wie noch zu zeigen sein wird, verändert dies nichts daran, dass es sich um *staatliche* Einrichtungen mit staatlichen Lehrkräften handelt;²⁰ die Kirchen werden durch Mitwirkungsrecht beteiligt, um den notwendigen Ausgleich der Belange beider Institutionen zu gewährleisten.²¹ Die theologischen Fakultäten erfüllen staatliche wie kirchliche Aufgaben zugleich.²² Die kirchliche Aufgabe ist die Ausbildung „der Diener des geistlichen Amtes“; die staatliche Aufgabe ist die wissenschaftliche Pflege und Vermittlung von Theologie. Dieser staatliche Auftrag kommt in Art. I des Vertrags des Landes Nordrhein-Westfalen mit dem Heiligen Stuhl von 1984 bzw. im parallelen Kirchenvertrag zum Ausdruck, wenn es dort heißt: „Pflege und Entwicklung der Katholischen [Evangelischen] Theologie durch Forschung, Lehre und Studium gehören zum Auftrag der wissenschaftlichen Hochschulen des Landes.“ In der Regierungsbegründung heißt es dazu: „Artikel I bringt das Einvernehmen zwischen dem Land und dem Heiligen Stuhl [den betreffenden Landeskirchen] darüber zum Ausdruck, daß die Pflege und Entwicklung der Katholischen [Evangelischen] Theologie im Verband der Wissenschaften an staatlichen wissenschaftlichen Hochschulen ein Teil der Wissenschaftsaufgabe des Staates ist. Er impliziert das Einverständnis des Heiligen Stuhls [der betreffenden Landeskirchen] damit, dass Land oder Hochschule Forschung, Lehre und Studium organisieren, soweit nicht durch Staatskirchenvertrag eine kirchliche Mitwirkung vereinbart ist.“²³

¹⁹ Hollerbach, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 580.

²⁰ von Campenhausen/de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 17), S. 221; Christoph, Kirchen- und staatskirchenrechtliche Probleme (o. Fn. 9), S. 23.

²¹ Zur Funktion dieser Mitwirkung überzeugend Heinig, Theologie (o. Fn. 8), S. 107 ff.; Heinrich de Wall, Die Staatskirchenrechtliche Stellung der Theologie an staatlichen Hochschulen und die Reichweite kirchlicher Mitwirkungsrechte, in: Organisationsrechtliche Fragen (o. Fn. 13), S. 47 ff.

²² Das wurde bereits vor dem Ersten Weltkrieg von Ernst Troeltsch in seiner weitsichtigen Abhandlung: Die Trennung von Staat und Kirche, der staatliche Religionsunterricht und die theologischen Fakultäten, 1907, S. 4 f. und öfter, formuliert; ferner Joachim E. Christoph, Art. „Theologische Fakultäten“, in: EvStL⁴, 2006, Sp. 2456.

²³ Drucksache 9/3352, S. 14, abgedruckt bei Joseph Listl (Hg.), Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1987, S. 307 ff.; Hervorhebungen nur hier.

- 4 Die heutige Zuordnung dieser Aufgaben verbindet verschiedene Aspekte der Entwicklung theologischer Fakultäten.²⁴ Auslöser ihrer Stellung als *res mixtae* zwischen Kirchen und Staat waren Reformation und Gegenreformation. In ihrer Folge rückten Pflege und Leitung der Universitäten zunehmend unter die Zuständigkeit der staatlichen Gewalt, d. h. der Landesherrn. Zeitgleich wurde das theologische Studium mehr und mehr zur Voraussetzung für das geistliche Amt. Diese beiden Entwicklungen warfen die Frage nach der Sicherung des kirchlichen Einflusses auf die Fakultäten auf – gerade hinsichtlich der Geistlichenausbildung und insbesondere dann, wenn Konfession von Landesherr und Universität auseinanderfielen, was vor allem bei den nicht staatskirchlich eingebundenen katholischen Fakultäten der Fall sein konnte. Richtungsweisend für die weitere Ausgestaltung waren die preußischen Regelungen *Friedrichs des Großen* von 1776 für die Katholisch-theologische Fakultät Breslau im neuerworbenen katholischen Schlesien, die die Mitwirkung des Diözesanbischofs in Fragen des Lehrpersonals sichern sollten.²⁵ Sie entwickelten 1834 zunächst für die rheinpreußische Bonner Fakultät, später dann auch für katholische Fakultäten jenseits Preußens Vorbildcharakter.²⁶
- 5 Bei den evangelisch-theologischen Fakultäten stand dagegen wegen der staatskirchlichen Einbindung der Ausbildungsaspekt, d. h. das Interesse an wissenschaftlich gebildetem und einsetzbaren Nachwuchs für das Pfarramt ganz im Vordergrund der Position des Landesherrn.²⁷ Die Mitwirkungsrechte der Landeskirchen in Personalfragen blieben entsprechend bei einem bloßen, erst 1855 in Preu-

²⁴ Zur Entwicklung theologischer Fakultäten s. insbes. *Heinz Mussinghoff*, Theologische Fakultäten im Spannungsfeld von Staat und Kirche, 1979 (insbes. zu kath. Fakultäten in Preußen); *Christoph*, Kirchen- und staatskirchenrechtliche Probleme (o. Fn. 9), S. 11 ff. insbesondere zu protestantischen Fakultäten; *Martin Heckel*, Die theologischen Fakultäten im weltlichen Verfassungsstaat, 1986, S. 10 ff.

²⁵ Ausführlich *Mussinghoff*, Fakultäten (o. Fn. 24), S. 10 ff.

²⁶ *Mussinghoff*, ebd., S. 31 ff.

²⁷ Vgl. etwa *Ellwein*, Die deutsche Universität (o. Fn. 2), S. 47 ff.: „Die Universität als Staatsdienerschule“ v. a. im konfessionellen Staat. Ebd., S. 48 f.: „Die Funktion der deutschen Hochschule als Staatsdienerschule wirkt sich auf das Tun der Hochschule nachhaltig aus. In seinem Mittelpunkt steht nicht die Wissenschaft oder eine Idee davon, sondern das, was die Staatsdiener für ihren Dienst benötigen.“ Unter teilweise anderen Vorzeichen kann so auch das Interesse des Staates an der Ausbildung des geistlichen Nachwuchses im Kulturkampf beschrieben werden, vgl. *Ernst-Lüder Solte*, Theologie an der Universität, 1971, S. 100 f.

ßen dekretierten, Gutachtenrecht²⁸ – ein Unterschied, der bis in die heutige Rechtslage hinein spürbar ist. So war es aus eigenem Antrieb heraus, dass die evangelische Theologie unter dem geistigen Leitbild *Schleiermachers* für sich den Anspruch der Wissenschaftlichkeit formulierte. Erst im Kulturkampf reklamierte der preußische Staat dieses Postulat für sich, um es als Instrument der Beschneidung kirchlichen Einflusses gegen die katholische Kirche zu wenden.

Allen historischen Antagonismen zum Trotz ist es letztlich diese im Kulturkampf mitgeprägte Gemengelage an Interessen gerade hinsichtlich der katholischen Theologiefakultäten – das überkommene kirchliche Interesse an der Geistlichenausbildung, das hinzugetretene staatliche an der Wissenschaftlichkeit des Faches –, die auch unter dem Grundgesetz der Existenz theologischer Fakultäten an staatlichen Universitäten ihre Rechtfertigung gibt. Theologische Fakultäten an staatlichen Universitäten als gemeinsame Angelegenheit von Staat und Kirche haben sich für die christlichen Kirchen wie für den Staat bewährt. Theologie als innerreligiöse, wissenschaftlich institutionalisierte Reflexion war und ist ein entscheidender Faktor der Einbettung der Religion in die allgemeine Kultur. Die Vorteile für Religion wie das Gemeinwesen sind von *Paul Nolte* prägnant zusammengefasst worden: „In mancher Hinsicht ist die besondere Staatsnähe der christlichen Kirchen in Deutschland, so schädlich sie in vielen anderen Aspekten war, auch ein Vorteil gegenüber einer reinen Laizität des Staates gewesen. Denn sie hat die Religion einem enormen Rationalisierungs- und Säkularisierungsdruck ausgesetzt. Die Tatsache, dass Theologie von Staatsbeamten an staatlichen Universitäten betrieben wird, die sich gegenüber den Vertretern säkularer Fächer auf intellektueller Augenhöhe bewegen müssen, ist ein eindrucksvolles Beispiel dafür.“²⁹ Oder in den Worten *Hans Michael Heinigs*: „An einer universitären Ausbildung des geistlichen Nachwuchses hat der Staat ein legitimes religionspolitisches Interesse. Denn Religion ist ein Ambivalenzphänomen mit einem sozialproduktiven, aber auch ausgesprochen destruktivem Potential. Universitär betriebene Theologie ist öffentliche Theologie im Konzert der Disziplinen. Öffentlichkeit erzeugt Modernisierungsdruck. Theologie bildet so gesehen ein probates Instrument der freiheitsschonenden Ge-

6

²⁸ Ausführlich *Christoph*, Fakultäten (o. Fn. 9), S. 20.

²⁹ *Paul Nolte*, Religion und Bürgergesellschaft, 2009, S. 64; vgl. auch *Holterbach*, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 560: Positive Effekte für die Theologie, wenn sie der Kommunikation und Konfrontation mit anderen Wissenschaften im „Reizklima der Universität“ ausgesetzt ist.

fahrenprävention und zugleich der neutralitätskompatiblen Stimulierung der ‚guten‘ Seiten der Religion.“³⁰

- 7 Diese Zielsetzung und Legitimation wurde in jüngster Zeit doppelt bestätigt, einmal durch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts im „Fall Lüdemann“ 2008,³¹ zum anderen durch den Bericht des Wissenschaftsrates zu Theologien und Religionswissenschaft an deutschen Hochschulen von 2009/2010.³² Nicht zuletzt ist auch mit der Einführung islamischer Theologie an staatlichen Hochschulen die Hoffnung verbunden, dass der Islam eine ähnliche Entwicklung durch wissenschaftliche Begleitung nimmt, wie dies für das Christentum durch die wissenschaftlichen Fortschritte der Theologie geschehen ist.

2. Übersicht über Bestand und Entwicklung theologischer Fakultäten an deutschen Hochschulen

- 8 Derzeit bestehen in Deutschland 13 katholische (darunter zwei situierte) und 19 evangelische theologische Fakultäten an staatlichen Universitäten.³³

³⁰ *Heinig*, Theologie (o. Fn. 8), S. 110 f.; *ders.*, Islamische Theologie an staatlichen Hochschulen in Deutschland, in: ZevKR 56 (2011), S. 238 (241): „Theologie als Fundamentalismusprophylaxe“.

³¹ BVerfGE 122, 89.

³² Vgl. *Jörg Ennuschat*, Hochschule und Religion, in: NWVBl. 2017, S. 89; *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 3); das hat zugleich Rückwirkungen auf kirchliche Hochschulen, die in diesem System allenfalls eine ausfüllende, ergänzende Rolle übernehmen können; die Qualitätssicherung erfolgt inzwischen über das Akkreditierungssystem, vgl. *ders.*, Private und kirchliche Hochschulen aus Sicht der Institutionellen Akkreditierung, 2012; zu dem Verhältnis insgesamt *Manfred Baldus*, Kirchliche Hochschulen (§ 57), in: HSKR², Bd. 2, S. 606 f., 621 ff.

³³ Stand der folgenden Übersichten: 1.3.2014. Aufgrund teilweise unterschiedlicher Zählweisen sind die angeführten Zahlen nicht stets vergleichbar.

Katholisch-theologische Fakultäten

<i>Fakultät</i> ³⁴	<i>Gründung</i> ₃₅	<i>Lehrstühle / Professuren</i> ₃₆	<i>Studierende</i> ₃₇	<i>Staatskirchenvertragliche Absicherung</i>
Freiburg i. Br.	1457*	14 + 1 JP	751 (714)	Art. IX BadK
Tübingen*	1817	15 ³⁸	480 (427)	Art. 19 Abs. 1 RK
Augsburg	1970	14 (13)	477 (470)	Art. 3 § 1 BayK
Bamberg (sistiert)	1972	6 (5)	276 (470)	Ebd. (beachte Zusatzprotokoll v. 12.5.2007)
München*	1472*	17 ³⁹ (17)	1.104 (935)	Ebd.
Passau (sistiert)	1978	5 (5)	388 (368)	Ebd. (beachte Zusatzprotokoll v. 12.5.2007)
Regensburg	1966	13 (13)	641 (907)	Ebd.
Würzburg	1582*	16 + 1 FV (14)	509 (551)	Ebd.
Bochum*	1967	14 + 1 P	1.294 (513)	Art. II Abs. 1 KathKV NRW 1984
Bonn*	1819*	13 ⁴⁰	572 (349)	Art. 12 Abs. 1 KathKV Preußen; Art. II Abs. 1 KathKV NRW 1984
Münster*	1780*	22	2.747 (1.785)	Ebd.
Mainz	1946*	13 (11)	536 (561)	Vereinbarung vom 15./17.4.1946 ⁴¹

³⁴ * markiert Universitäten mit Fakultäten beider Konfessionen.

³⁵ * markiert Gründungsfakultäten.

³⁶ JP = Juniorprofessuren, FV = Fachvertreter; in Klammern staatskirchenvertraglich abgesicherte Lehrstühle; Quelle: *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 3), Anhang C 10; eigene Recherchen.

³⁷ Stand: Wintersemester 2015/2016, in Klammern Zahlen von 2007; Quelle: Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz; *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 3), Anhang C 9.

³⁸ Die Lehrstühle für Alte Kirchengeschichte und Liturgiewissenschaften sind derzeit noch vakant.

³⁹ Der Lehrstuhl für Religionspädagogik ist derzeit noch vakant.

⁴⁰ Der Lehrstuhl für Dogmatik sowie der für Dogmatik und Theologische Propädeutik sind derzeit vakant.

Erfurt	2003	12 ⁴² (11)	181 (186)	Vertrag v. 19. 11. 2002
<i>Summe</i>		174 + 2 JP + 1 FV (84)	9.956 (8.236)	

Evangelisch-theologische Fakultäten

<i>Fakultät</i> ⁴³	<i>Grün- dung</i> ⁴⁴	<i>Lehrstühle / Professuren</i> ⁴⁵	<i>Studierende</i> ⁴⁶	<i>Staatskirchenvertrag- liche Absicherung</i> ⁴⁷
Heidelberg	1386* / 1556	16	772 (724)	Art. 3 Abs. 1 EvKV BW
Tübingen*	1477* / 1535	10	517 (614)	Ebd.
Erlangen- Nürnberg ⁴⁸	1743*	16 (16)	686 (508)	Art. 2 Abs. 1 BayKV ⁴⁹
München*	1967	11 (12)	1.018 (352)	Ebd.

⁴¹ Vereinbarung zwischen dem Bischof von Mainz einerseits, dem Oberregierungspräsidenten von Hessen-Pfalz und dem Rektor der Johannes-Gutenberg-Universität andererseits über die katholisch-theologische Fakultät der Universität Mainz vom 15./17. 4. 1946, abgedruckt in: *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 23), Bd. 2, S. 397 f.

⁴² Der Lehrstuhl für Philosophie ist derzeit noch vakant.

⁴³ * markiert Universitäten mit Fakultäten beider Konfessionen.

⁴⁴ * markiert Gründungsfakultäten, die zweite Jahreszahl meint Konfessionswandlungen.

⁴⁵ JP = Juniorprofessur, SP = Seniorprofessur, FV = Fachvertreter; in Klammern die Zahl staatskirchenvertraglich abgesicherter Lehrstühle; Quelle: *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 3), Anhang C 10; eigene Recherchen.

⁴⁶ Stand: 2018; in Klammern Zahlen von 2007; Quelle: *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 3), Anhang C 9 sowie eigene Recherche beruhend auf im Internet frei zugänglichen Informationen und Auskünften von Prüfungsbüros verschiedener Fakultäten.

⁴⁷ * = Die nicht unumstrittene Fortgeltung von Art. 11 Abs. 1 EvKV Preußen wird durch diese Vorschriften mehr oder weniger offengelassen.

⁴⁸ Die Fakultät wurde 2007 mit den beiden philosophischen und der erziehungswissenschaftlichen Fakultät zusammengelegt und ist nun ein eigenständiger Fachbereich an der neuentstandenen philosophischen Fakultät.

⁴⁹ Zuletzt geändert am 20.11.1984; beachte Zusatzprotokoll vom 20. 11. 1984 – in Kraft seit dem 3. 10. 2007.

HU Berlin	1810*	14 + 1 FV (11)	981 (783)	Art. 3 Abs. 1 EvKV Berlin*
Hamburg ⁵⁰	1954	14 ⁵¹	(466)	Art. 5 Abs. 1 EvKV Hmb.
Marburg ⁵²	1527*	14	473 (361)	Art. 13 Abs. 1 EvKV Hessen*
Frankfurt	1987	8	540 (471)	
Greifswald	1456* / 1539	6 + 1 JP	359 (445)	Art. 4 Abs. 1 EvKV MV*
Rostock	1433 / 1542	7	349 (609)	Art. 4 Abs. 1 EvKV MV
Göttingen	1737*	15	552 (491)	Art. 3 Abs. 1 NdsKV*
Bochum*	1967	11 + 1 JP	ca. 850 (497)	Art. II Abs. 1 EvKV NRW 1984
Bonn*	1819*	11	912 (190)	Art. II Abs. 1 EvKV NRW 1984*
Münster*	1914	16 (2)	1.141 (920)	Ebd.
Mainz*	1946*	13 (12)	411 (561)	Art. 14 Abs. 1 EvKV RP
Leipzig	1409* / 1539	11	764 (670)	Art. 3 Abs. 1 EvKV Sachsen
Halle- Wittenberg	1502* / 1522	10 + 1 JP	191 (412)	Art. 3 Abs. 1 EvKV LSA*
Kiel	1665*	10	291 (570)	Art. 4 Abs. 1 EvKV SH*
Jena	1548*	10	145 (329)	Art. 3 Abs. 1 EvKV Thür.
<i>Summe</i>		220 + 3 JP + 1 FV (53)	11.009 (9.973)	

⁵⁰ Die Fakultät wurde 2005 als Fachbereich an die geistes- und kulturwissenschaftliche Fakultät angegliedert.

⁵¹ Davon vier Professuren nach § 17 HmbHG.

⁵² Seit einer grundlegenden Umorganisation der Universität Marburg in den 1970er Jahren sind die Fakultäten zu Fachbereichen geworden.

- 9 In den spätmittelalterlichen / frühneuzeitlichen Universitätsgründungen auf deutschem Boden war die Theologie als erste Fakultät stets vertreten; noch heute bestehen aus dieser Zeit Fakultäten in Heidelberg (1386), Leipzig (1409), Rostock (1433), Greifswald (1456), Freiburg (1457), München (1472), Tübingen (1477) und Wittenberg (1502). Die Religionsspaltung im Zuge der Reformation erfasste auch diese frühen Gründungen; ihren Landesherrn folgend wechselten jene in Wittenberg (um 1522), Tübingen (1535), Leipzig (1539), Greifswald (1539), Rostock (1542) und Heidelberg (1556) die Konfession. Vom 16. bis ins 18. Jahrhundert kam es zudem zu mehreren evangelischen Neugründungen: Marburg (1527), Jena (1548), Kiel (1665), Halle (1694), Göttingen (1773) und Erlangen (1743). Nachreformatorische katholische Gründungen finden sich in Würzburg (1582), Münster (1780) und Tübingen (1817). Auch in den preußischen Universitätsgründungen des 19. Jahrhunderts waren von Beginn an theologische Fakultäten vorgesehen, eine protestantische (unter dem Einfluss *Schleiermachers*) in Berlin (1810) und solche beider Konfessionen 1834 in Bonn – wobei gerade die dortige katholische Fakultät in ihrer Ausgestaltung der Kirchenbeteiligung nach Breslauer Regeln Vorbildcharakter für die sukzessive Normierung kirchlicher Rechte auch an anderen Fakultäten haben sollte. Die bürgerschaftlichen Gründungen von Frankfurt a. M. (1914) sowie Hamburg und Köln (1919) erfolgten zunächst ohne universitäre Theologie.
- 10 Nach dem zweiten Weltkrieg kam es bereits 1946 im Zuge der Neugründung der Mainzer Universität unter französischer Ägide auch zur Neugründung von theologischen Fakultäten beider Konfessionen. Auch bei der ersten Neugründung einer Universität in der Bundesrepublik, der Ruhr-Universität Bochum 1962, waren Fakultäten beider Konfessionen vertreten; 1954 kam an der Universität Hamburg zudem ein protestantischer Fachbereich hinzu. Auch im Zuge der Reform der Lehrerausbildung in Bayern entstanden ab 1966 mehrere neue Fakultäten bei der Eingliederung der bisherigen philosophisch-theologischen Hochschulen in die Landesuniversitäten: Katholisch-theologische Fakultäten entstanden in Regensburg (1966), Augsburg (1970), Bamberg (1972) und Passau (1978), eine evangelisch-theologische zudem 1967 in München. Als einzige Neugründung nach der Wende und als einzige katholisch-theologische Fakultät auf dem Gebiet der neuen Bundesländer wurde außerdem 2003 die Erfurter Fakultät durch Überführung einer kirchlichen Ausbildungsstätte in die staatliche Hochschule eingerichtet.

Nur schwer in dieses Bild stetigen Ausbaus passen dagegen die Sittierungen der Bamberger und Passauer Fakultäten durch die katholische Kirche und den Freistaat Bayern im Jahr 2007; sie reagierten auf eine tiefgreifende Wandlung der Studierendenstruktur an theologischen Fakultäten, die insbesondere der Bericht des Wissenschaftsrates in ihrem vollen Umfang zu Tage befördert hat.⁵³ In den letzten dreißig Jahren ist die Zahl der Erstfachstudierenden der Theologie bei beiden Konfessionen zunächst deutlich gefallen.⁵⁴ In der evangelischen Theologie hat sie sich von 1985 (16.673) bis 2007 (9.353) fast halbiert; in der katholischen Theologie ging sie im selben Zeitraum immerhin um ein Drittel zurück (1985: 11.855, 2007: 7.430). Grund dafür ist insbesondere das stark abnehmende Interesse an einem volltheologischen Studium (in der evangelischen Theologie von 7.126 Studierenden 1995 auf 4.678 im Jahr 2007; in der katholischen im selben Zeitraum von 5.725 auf 3.479). Allerdings steigt die Zahl der Erstfachstudierenden in den letzten Jahren wieder leicht an (2017 studierten 13.508 evangelische und 8.480 katholische Theologie).

11

Dies hängt mit einem gegenläufigen Trend bei den Lehramts- und Bachelorstudiengängen, vor allem in der Belegung der Theologie als Zweit- und Drittfach, zusammen: Während die Zahl der Lehramtsstudierenden bei den Protestanten seit Jahren weitgehend konstant bleibt (1995: 11.789, 2007: 12.512), steigt sie bei den Katholiken sogar (1995: 11.458, 2007: 14.157). Eine geradezu explosive quantitative Entwicklung verzeichnen die seit den frühen 2000er Jahren eingeführten Bachelorstudiengänge: 2007 studierten schon 2.756 Studierende evangelische und 1.263 Studierende katholische Theologie in einem Bachelorstudium. Sowohl im Lehramt als auch im Bachelor kommt der Zuwachs dabei insbesondere von Zweifachstudierenden: Ihre Zahl stieg von 2002 bis 2007 in der katholischen Theologie von 5.490 auf 9.972, in der evangelischen von 6.951 auf 9.125. So sorgen gerade sie dafür, dass die Zahl der Theologiestudierenden über die Jahre hinweg nahezu konstant bleibt und sogar steigt.

12

⁵³ Zum Folgenden *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 3), S. 27 ff., 60 ff., Anhänge C 1 a, C 1 b, C 2 a, C 2; allgemein zur den Rechtsfragen *Ulrich Hufeld*, Rechtsfragen zur Schließung von Studiengängen und Fakultäten, in: DÖV 1997, S. 1025.

⁵⁴ Es handelt sich freilich nicht um eine neue Erscheinung; *Wriedt*, „Theologie der Zukunft“ (o. Fn. 2), S. 170 f., zeigt auf, dass die Zahl der Studenten der evangelischen Theologie im 19. Jh. von 27 % aller Universitätsstudenten über 13,3 % 1880 auf 5,7 % 1914 absank und im Kontext des Umbruchs 1918/19 die veränderte Stellung v.a. der evangelischen Kirchen zum Staat die Garantie des Art. 149 Abs. 3 WRV (mit)erklärt.

- 13 Diese deutliche Verlagerung des Ausbildungsschwerpunktes fort von der Volltheologie hin zu ergänzenden Angeboten für andere Studiengänge ist eng verwoben mit dem Bolognaprozess.⁵⁵ Dieser brachte wegen des kirchlichen Prüfungsmonopols bzw. kirchlicher Mitspracherechte zwar keine Umstellung der Abschlüsse in der Volltheologie; er führt aber doch zu einer zunehmenden Modularisierung und einhergehenden Kompatibilität der Theologie zu anderen Studiengängen und damit insgesamt zu einer Ausweitung des Studienangebots.
- 14 Mit dem Rückgang der Volltheologen ist zugleich, vor allem im katholischen Bereich, ein Nachwuchsproblem im wissenschaftlichen Bereich verbunden.⁵⁶ Letztlich gibt es zu wenig Promotionen und Habilitationen im Fach Theologie. Auf katholischer Seite wird der Mangel an qualifiziertem wissenschaftlichen Nachwuchs durch Quoten für Hochschullehrer im Priesteramt und durch nicht in jeder Hinsicht transparente Mitspracherechte der Kirche bei der Berufung der Hochschullehrer⁵⁷ noch verschärft.
- 15 An Existenz und Sinnhaftigkeit theologischer Fakultäten an staatlichen Universitäten ändern diese Entwicklungen nichts. Sie stellen aber gerade zur Zeit besondere Herausforderungen an die theologischen Fakultäten und die Kirchen, sich an eine sich wandelnde Hochschullandschaft anzupassen.⁵⁸

⁵⁵ Ausführlich *Christoph*, Fakultäten (o. Fn. 9), S. 100 ff.; *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 3), S. 23 ff.; zu den damit verbundenen Rechtsfragen unten Rn. 56.

⁵⁶ Davon zu trennen ist die hier nicht zu beantwortende Frage nach der Qualität des wissenschaftlichen Nachwuchses; dazu – nicht ohne Polemik – *Friedrich Wilhelm Graf*, Tumult im Theotop: Akademische Theologie in der Krise, in: FAZ v. 21.2.2008, S. 8; *ders.*, Kirchendämmerung, 2. Aufl. 2011, S. 39 ff.

⁵⁷ Zu den Rechtsfragen unten Rn. 50 ff.

⁵⁸ *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 3), S. 60 ff.

3. Typologie sonstiger Institutionalisierung von Theologie an Hochschulen

Die Institutionalisierung von Lehre und Forschung in der Theologie an staatlichen Hochschulen ist nicht auf Fakultäten beschränkt. Insbesondere die staatliche Aufgabe der Religionslehrausbildung hat in insgesamt elf Ländern eine Vielzahl theologischer Institute⁵⁹ an anderen Fakultäten entstehen lassen, die – teilweise staatskirchenvertraglich abgesichert – die theologische Ausbildungskomponente im Lehramtsstudium dort versehen, wo eine theologische Fakultät nicht vorhanden ist. Auf evangelischer Seite finden sich solche Institute derzeit (Stand 1.11.2018) an 34, auf katholischer Seite an 37 Universitäten, angesiedelt zumeist an philosophischen oder kultur-/geisteswissenschaftlichen, aber auch an erziehungswissenschaftlichen Fakultäten.

16

In Baden-Württemberg bestehen Institute beider Konfessionen an allen Pädagogischen Hochschulen des Landes (Freiburg, Heidelberg, Karlsruhe, Ludwigsburg, Schwäbisch-Gmünd und Weingarten) sowie an den Universitäten Mannheim und Hohenheim. Auch die durch Zusammenlegung der rheinland-pfälzischen Pädagogischen Hochschulen entstandene Universität Koblenz-Landau verfügt an ihren beiden Standorten je über katholische und evangelische Institute. Die Überführung der vormaligen konfessionellen Pädagogischen Hochschulen in die Universitäten in Bayern hat außerdem an den Universitäten Bayreuth und Erlangen-Nürnberg katholische und an den Universitäten Augsburg, Bamberg, Regensburg und Würzburg evangelische Institute entstehen lassen. Eine Vielzahl theologischer Einrichtungen finden sich in Niedersachsen (beider Konfessionen in Hannover, Hildesheim und Osnabrück, nur evangelischer Konfession in Braunschweig, Lüneburg und Oldenburg, nur katholischer in Vechta), Nordrhein-Westfalen (beider Konfessionen in Dortmund, Duisburg-Essen, Köln, Paderborn, Siegen und Wuppertal; in Aachen und Bielefeld seit Schließungen 2007 nur noch ein katholisches bzw. evangelisches) und Hessen (beider Konfessionen in Darmstadt, Gießen und Kassel; katholischer noch in Frankfurt und Marburg⁶⁰). An je

17

⁵⁹ Der Begriff „Institut“ ist vorliegend weit und untechnisch zu verstehen und umfasst nicht nur solche Einrichtungen, die den Namen Institut tragen, sondern generell alle hochschulischen Einrichtungen der Theologie außerhalb der Theologischen Fakultäten.

⁶⁰ Das Katholisch-Theologische Seminar an der Universität Marburg wurde im Jahr 2015 in die Theologische Fakultät Fulda integriert, ist jedoch weiterhin an die Universität Marburg angeschlossen.

einer Universität bestehen Institute zudem in Sachsen (TU Dresden, beide Konfessionen), Sachsen-Anhalt (Halle-Wittenberg, katholisch), Schleswig-Holstein (Flensburg, beide Konfessionen), Thüringen (Erfurt, evangelisch) und dem Saarland (beide Konfessionen). In Hamburg gibt es zudem seit Februar 2014 ein katholisches Institut an der Universität Hamburg. Außerdem verfügt der Bund über Institute – in Form jeweils einer Professur – beider Konfessionen an den Bundeswehruniversitäten in Hamburg und München.

- 18 Die letzten Jahre haben zudem die Entstehung mehrerer unterfakultärer Einrichtungen gesehen, die nicht den beiden großen christlichen Konfessionen zugeordnet sind. Seit über 100 Jahren besteht ein altkatholischer Lehrstuhl an der Universität Bonn.⁶¹ An der Universität München existiert ein aus drei Professuren gebildete „Ausbildungseinrichtung für Orthodoxe Theologie“, in Münster und in Erfurt finden sich in religionswissenschaftlichem Kontext zwei weitere Professuren. Daneben gibt es an einigen theologischen Fakultäten Professuren für orthodoxes Christentum, die freilich dann der Bekenntnisbindung dieser Fakultäten unterliegen.⁶²

Im Bereich der jüdischen Theologie gibt es nun (neben der vom Zentralrat der Juden getragenen Hochschule für jüdische Studien in Heidelberg)⁶³ seit 2013 an der Universität Potsdam als Institut innerhalb der Philosophischen Fakultät die „Potsdam School for Jewish Theology“, welche in Kooperation mit dem 1999 gegründeten Abraham Geiger Kolleg Berlin sowie dem 2013 gegründeten Zacharias Frankel College die Ausbildung von Rabbinern und Kantoren versieht⁶⁴ und andere Angebote wie etwa die Berliner Studien zum jüdi-

⁶¹ Dazu *Günter Eßer / Matthias Ring* (Hg.), *Zwischen Freiheit und Gebundenheit. Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Alt-Katholischen Seminars der Universität Bonn (1902–2002)*, 2002.

⁶² Näher *Konstantinos Vliakoftis / Ludger Westrick*, *Orthodoxe Universitätstheologie in Deutschland*, in: *Theologie(n) an der Universität*, hg. von Walter Homolka / Hans-Gert Pöttering, 2013, S. 101 ff.

⁶³ *Helmut G. Meier / Hermann Josef Schuster*, *Die Hochschule für Jüdische Studien in Heidelberg*, in: *Wissenschaftsrecht*, Beiheft 8, 1983, S. 112 ff., 158 ff.; s. auch *Alfred Bodenheimer*, „Wann haben wir die ersten Rabbiner?“ *Jüdische Studien als Wissenschaft und Politikum – Erfahrungen aus Deutschland und Perspektiven für die Schweiz*, in: *Religions-Politik II*, hg. von Alexander Heit / Georg Pfleiderer, 2012, S. 43.

⁶⁴ Vgl. insgesamt *Walter Homolka*, *Der lange Weg zur Errichtung des Fachs Jüdische Theologie an einer deutschen Universität*, in: *Theologie(n) an der Universität* (o. Fn. 62), 2013, S. 53.

schen Recht an der Humboldt-Universität zu Berlin ergänzt.⁶⁵ Die orthodoxe Rabbinerausbildung findet traditionell in nichtstaatlichen Rabbinerseminaren statt; in Berlin besteht seit 2009 wieder eine solche Ausbildungsstätte. Damit wurde ein seit 1836 bestehendes Desiderat der jüdischen Gemeinschaft verwirklicht.⁶⁶ Im Jahr 2012 wurde zudem mit Unterstützung des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) das Selma-Stern Zentrum, ein Verbundprojekt der Freien Universität Berlin, der Humboldt-Universität zu Berlin, der Technischen Universität Berlin, der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder), der Universität Potsdam, des Abraham Geiger Kollegs und des Moses Mendelssohn Zentrums für europäisch-jüdische Studien, zur transdisziplinären Vernetzung Jüdischer Studien eröffnet.⁶⁷

Die größte Änderung der zurückliegenden Jahre bedeutet aber die Einrichtung von Instituten für islamische Theologie an den Universitäten Osnabrück, Münster, Frankfurt, Gießen, Erlangen-Nürnberg und Tübingen entlang den Empfehlungen des Wissenschaftsrates aus dem Jahr 2010. Zudem gibt es seit 2015 an der Universität Paderborn ein Seminar für Islamische Theologie und auch an der Universität Hamburg ist die Islamische Theologie, angesiedelt an der multireligiösen Akademie der Weltreligionen, vertreten. An der Humboldt-Universität zu Berlin befindet sich ein weiteres Institut für Islamische Theologie im Aufbau. Daneben gibt es noch an verschiedenen Pädagogischen Hochschulen in Baden-Württemberg Institute für Islamische Theologie (Ludwigsburg, Weingarten, Karlsruhe). Im Jahr 2016 gab es damit ca. 30 islamisch bekenntnisgebundene Professuren an 10 deutschen Hochschulen.⁶⁸ An ihnen sollen islamische Religionslehrer und Imame nun ein theologisches Hochschulstudium erhalten.⁶⁹

⁶⁵ Vgl. <<https://bsjr.rewi.hu-berlin.de>>; zur Situation von Judaistik und Jüdischen Studien im Übrigen *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 3), S. 31 ff. sowie *Ennuschat*, Hochschule und Religion (o. Fn. 32), S. 95 f.

⁶⁶ Zur Entwicklung *Wissenschaftsrat*, ebd., S. 34 ff.; zum Berliner Rabbinerseminar <<https://rabbinerseminar.de/>>.

⁶⁷ Vgl. <<https://www.zentrum-juedische-studien.de/zentrum/geschichte/>>.

⁶⁸ Vgl. *Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration*, Viele Götter, ein Staat: Religiöse Vielfalt und Teilhabe im Einwanderungsland, Jahresgutachten 2016, S. 113, abrufbar unter <https://www.svr-migration.de/wp-content/uploads/2016/04/SVR_JG_2016-mit-Integrationsbarometer_WEB.pdf>.

⁶⁹ Dazu ausführlich unten Rn. 60 ff.

II. Rechtsgrundlagen theologischer Fakultäten

- 19 Entgegen noch vereinzelt vorgetragener Stimmen⁷⁰ sind theologische Fakultäten rechtlich zulässig und in vielfältiger Weise verfassungs- und einfachrechtlich abgesichert.

1. Verfassungsrecht

- 20 Theologische Fakultäten an staatlichen Hochschulen, insbesondere Universitäten, waren unter der Reichsverfassung von Weimar noch ausdrücklich verfassungsrechtlich garantiert. Art. 149 Abs. 3 WRV lautet: „Die theologischen Fakultäten an den Hochschulen bleiben erhalten.“⁷¹ Diese Bestimmung wurde nicht in das Grundgesetz übernommen. Damit sollte jedoch der Rechtsstatus dieser Fakultäten nicht verändert werden.⁷² Das hat auch das Bundesverfassungsge-

⁷⁰ *Erwin Fischer*, *Volkskirche ade!*, 4. Aufl. 1993, S. 131 ff.; *Markus Kleine*, *Institutionalisierte Verfassungswidrigkeiten im Verhältnis von Staat und Kirche unter dem Grundgesetz*, 1993, S. 95 ff.; *Ludwig Renck*, *Verfassungsprobleme der theologischen Fakultäten*, in: NVwZ 1996, S. 333 ff.; *Gerhard Czermak*, *Staatlich-kirchliche Einrichtungen*, in: *Religions- und Weltanschauungsrecht*, hg. von Gerhard Czermak/Eric Hilgendorf, 2. Aufl. 2018, Rn. 454 ff.; *Carsten Bäcker*, *Staat, Kirche* (o. Fn. 13), S. 477 ff.; dagegen zu treffend *Hans Michael Heinig*, *Wie das Grundgesetz (vor) Theologie an staatlichen Hochschulen schützt*, in: *Der Staat* 48 (2009), S. 615 ff.

⁷¹ Dazu *Gerhard Anschütz*, *Die Verfassung des Deutschen Reichs* vom 11. August 1919. Kommentar, 14. Aufl. 1933, Art. 149, Anm. 5: „Eine Bestimmung wie die des Abs. 3 erschien der Mehrheit der NatVers notwendig, um einer von ihr nicht gewollten Auffassung der Trennung von Staat und Kirche im voraus entgegenzutreten [...]. Der Verfassungsgesetzgeber wollte aussprechen, daß das Fortbestehen ‚theologischer Fakultäten‘, d. h. von Gliederungen der Staatsuniversitäten (oder anderer staatlicher Hochschulen), innerhalb deren staatlich angestellte, also mit der Eigenschaft als unmittelbare Staatsbeamte bekleidete Hochschullehrer einer kirchlich-konfessionell geprägten Religionswissenschaft dienen, auch unter der neuen Verhältnisordnung zwischen Staat und Kirche möglich und mit dieser Verhältnisordnung verträglich sei.“ *Anschütz* verneint dann – seiner staatskirchenrechtlichen Grundauffassung durchaus korrespondierend – im Gegensatz zu anderen gewichtigen Stimmen im zeitgenössischen Schrifttum eine institutionelle Garantie dieser Fakultäten.

⁷² Allgemeine Meinung, vgl. nur *Mückl*, *Freiheit* (o. Fn. 6), Rn. 39; *Heinig*, *Theologie* (o. Fn. 8), S. 98; *Peter Unruh*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle, Bd. 3, Art. 137 WRV, Rn. 175; *Karl-Hermann Kästner*, Art. „Theologische Fakultäten/Lehrstühle“, in: 100 Be-

richt in seiner Leitentscheidung zur Theologie an Universitäten anerkannt.⁷³ Als Individualverfassungsbeschwerde eines umgesetzten Theologieprofessors erfolgen die Ausführungen zum verfassungsrechtlichen Status theologischer Fakultäten an staatlichen Hochschulen daher als verfassungsrechtliches Gegengewicht zu der Wissenschaftsfreiheit des Hochschullehrers.⁷⁴ Der Erste Senat konstatiert, dass das Grundgesetz keinen Bruch mit der vorkonstitutionellen Rechtslage herbeiführen wollte und verweist dazu sowohl auf deren fortbestehende staatskirchenvertraglichen Absicherungen, als auch auf einschlägige vorkonstitutionelle landesverfassungsrechtliche Bestimmungen.⁷⁵ Mit Rücksicht auf die Kulturhoheit der Länder sahen sich die Väter und Mütter der Verfassung nicht gezwungen, eine entsprechende Regelung aufzunehmen.⁷⁶ Indessen bedarf es keines Rückgriffs auf den Schutzpflichtengehalt des Grundrechts der Religionsfreiheit in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG.⁷⁷ Neben der auch für andere Felder geltenden Überschätzung des mit vielfältigen ungelösten Problemen behafteten Schutzpflichtenpotenzials von Freiheitsgrundrechten allgemein bestünde nach der zuletzt benannten Lehre u. U. ein Rechtsanspruch einer Religionsgemeinschaft auf Errichtung einer theologischen Fakultät.⁷⁸ Das ist nicht nur rechtsdogmatisch wenig überzeugend, sondern religions- und wissenschaftspolitisch kaum wünschenswert.⁷⁹

Dem korrespondierend enthalten einige Landesverfassungen entsprechende Bestimmungen. Art. 150 Abs. 2 BayVerf. lautet: „Die

21

griffe aus dem Staatskirchenrecht, hg. von Hans Michael Heinig/Hendrik Munsonius, 2. Aufl. 2015, S. 292.

⁷³ BVerfGE 122, 89; die Urteilsverfassungsbeschwerde richtete sich gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts BVerwGE 124, 310.

⁷⁴ BVerfGE 122, 89 (107 ff.).

⁷⁵ BVerfGE 122, 89 (109).

⁷⁶ *Hans Michael Heinig/Viola Vogel*, Hochschulbildung (§ 21), in: HEKR, Rn. 4; *Hollerbach*, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 552; *Karl Hermann Kästner*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter, Losebl. Stand: 201. Erg.-Lfg. November 2019, Art. 140, Rn. 276; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 13), Rn. 464.

⁷⁷ So aber *Unruh*, ebd., Rn. 470 f., der dann Art. 7 Abs. 2 und 3 GG wiederum (nur) als mittelbare Verankerungen der Schutzpflichtendimension von Art. 4 GG sieht; vgl. auch *Ennuschat*, Hochschule und Religion (o. Fn. 32), S. 92.

⁷⁸ *Unruh*, ebd., Rn. 473, 486.

⁷⁹ Vgl. auch *Stefan Koriath*, Religiöse und weltanschauliche Freiheiten (§ 236), in: HGR, Bd. 8, Rn. 40; *Mückl*, Freiheit (o. Fn. 6), Rn. 45 mit Fn. 209.

theologischen Fakultäten an den Hochschulen bleiben erhalten.“⁸⁰ Art. 60 Abs. 2 HessVerf. postuliert: „Die theologischen Fakultäten an den Universitäten bleiben bestehen. Vor der Berufung ihrer Dozenten sind die Kirchen zu hören.“ Ganz ähnlich ist auch Art. 39 Abs. 1 S. 3 Verf. RP formuliert: „Die theologischen Fakultäten an den staatlichen Hochschulen bleiben erhalten.“ In anderen Landesverfassungen finden sich Regelungen über die Besetzung von theologischen Lehrstühlen, wodurch die theologischen Fakultäten indirekt landesverfassungsrechtlich anerkannt sind.⁸¹ Umstritten ist, ob es sich um eine Garantie der konkret bestehenden Fakultäten handelt oder um eine institutionelle Garantie, die schon dann erfüllt wäre, wenn es überhaupt universitäre Theologie in dem Land gibt.⁸²

- 22** Enthält das Grundgesetz auch keine explizite Normierung, spielen doch mehrere Verfassungsbestimmungen in Existenz und Status theologischer Fakultäten hinein. An erster Stelle ist die verfassungsrechtliche Garantie des Religionsunterrichts als ordentliches Lehrfach an öffentlichen Schulen nach Art. 7 Abs. 3 GG zu nennen.⁸³ Wie

⁸⁰ Dazu *Heinrich Amadeus Wolff*, in: *Verfassung des Freistaates Bayern. Kommentar*, hg. von Franz Josef Lindner / Markus Möstl / Heinrich Amadeus Wolff, 2. Aufl. 2017, Art. 150, Rn. 12: institutionelle Bestandsgarantie.

⁸¹ Art. 10 Verf. BW: „Die Besetzung der Lehrstühle der theologischen Fakultäten geschieht unbeschadet der in Artikel 8 genannten Verträge und unbeschadet abweichender Übung im Benehmen mit der Kirche.“; dazu *Klaus Braun*, *Kommentar zur Verfassung des Landes Baden-Württemberg*, 1984, Art. 10; *Alexander Hollerbach*, in: Paul Feuchte (Hg.), *Verfassung des Landes Baden-Württemberg*, 1987, S. 120 ff., 135 ff.; Art. 32 Abs. 4 S. 3 Verf. Bbg.: „Die Besetzung der Lehrstühle an den staatlichen theologischen Fakultäten erfolgt im Benehmen mit den Kirchen.“; dazu *Martina Ernst*, in: *Verfassung des Landes Brandenburg. Kommentar*, hg. von Hasso Lieber / Steffen Johann Iwers / Martina Ernst, 2012, Art. 32 Anm. 4: Benehmen nicht i. S. v. Mitsprache, sondern von Anhörung; Art. 111 Abs. 2 Verf. Sachsen: „Die Lehrstühle an theologischen Fakultäten und die Lehrstühle für Religionspädagogik werden im Benehmen mit der Kirche besetzt. Abweichende Vereinbarungen bleiben unberührt.“; dazu *Bernd Kunzmann*, in: *Die Verfassung des Freistaates Sachsen. Kommentar*, hg. von Harald Baumann-Hasske / Bernd Kunzmann, 2011, Art. 111, Rn. 5: kein kirchliches Vetorecht; etwas missverständlich Art. 9 Abs. 3 S. 1 Verf. MV: „Die Einrichtung theologischer Fakultäten an den Landesuniversitäten wird den Kirchen nach Maßgabe eines Vertrages im Sinne des Absatz 2 gewährleistet.“; dazu *Joachim Kronisch*, in: *Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern*, hg. von Rainer Litten / Maximilian Wallerath, 2. Aufl. 2015, Art. 9, Rn. 18: „vertragsabhängige“ institutionelle Garantie. Zurückhaltend zum Wert dieser Normen insgesamt *Heinig*, *Theologie* (o. Fn. 8), S. 105.

⁸² Vgl. *Christoph*, *Kirchen- und staatskirchenrechtliche Probleme* (o. Fn. 9), S. 30.

⁸³ Vgl. auch BVerfGE 122, 89 (110).

bei allen Unterrichtsfächern fordert Art. 7 Abs. 3 GG auch für den Religionsunterricht eine wissenschaftliche Vorbildung der Lehrkräfte. Dies bedeutet, dass sie einen fachlichen Hochschulabschluss aufweisen müssen. Einen solchen theologischen Hochschulabschluss können die Religionslehrer an einer kirchlichen oder staatlichen Hochschule erwerben. Es entspricht der deutschen Tradition, dass die Religionslehrer beider Konfessionen an staatlichen Hochschulen ausgebildet werden. In ihrer überkommenen Form garantieren die theologischen Fakultäten damit dem Staat den wissenschaftlichen Standard der Lehrkräfte, den Kirchen wird der notwendige Einfluss auf die inhaltliche Ausrichtung der Religionslehrer durch ihre Mitwirkung hinsichtlich Inhalt und Struktur des Studiums zugestanden. Jenseits kirchlicher Hochschulen ist der Staat aus Art. 7 Abs. 3 GG komplementär verpflichtet, die wissenschaftlich-theologische Ausbildung von Religionslehrern sicher zu stellen, ohne dass damit bestimmte Fakultäten oder Organisationsformen garantiert wären.⁸⁴ Die vor allem kirchenvertraglich erfolgende Absicherung der Fakultäten im Hinblick auf die Ausbildung von Geistlichen erfährt so ein Komplement hinsichtlich der Religionslehrer.⁸⁵

Art. 5 Abs. 3 GG – das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit – umfasst nach Rechtsprechung und ganz h. L. auch die Theologie als Wissenschaft.⁸⁶ Der juristische, genauer: der verfassungsrechtliche Wissenschaftsbegriff ist dabei nicht zwingend identisch mit einem wissenschaftstheoretischen Begriff,⁸⁷ das autonome gesellschaftliche

23

⁸⁴ *Heinig / Vogel*, Hochschulbildung (o. Fn. 76), Rn. 4; *Kästner*, in: BK (o. Fn. 76), Art. 140, Rn. 277.

⁸⁵ *Johannes Neumann*, Die Theologischen Fakultäten an den Staatlichen Universitäten nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: *Ius sacrum*. Klaus Mörsdorf zum 60. Geburtstag, hg. von Audomar Scheuermann / Georg May, 1969, S. 853 (865 ff.); *Heinig*, Theologie (o. Fn. 8), S. 102.

⁸⁶ BVerfGE 122, 89 (105 ff., 108: Theologie als konfessionsbezogene Lehre); explizit *Mückl*, Freiheit (o. Fn. 6), Rn. 38; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 13), Rn. 466; *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/2, 2011, S. 1225; *Kästner*, Art. „Theologische Fakultäten / Lehrstühle“ (o. Fn. 72), S. 274 f.; abweichend *Fischer*, Volkskirche ade! (o. Fn. 70), S. 131 ff.; *Renck*, Verfassungsprobleme (o. Fn. 70), S. 335.

⁸⁷ Zur Frage der Wissenschaftlichkeit der Theologie jenseits der „rechtspositivistischen“ Deutung vgl. etwa *Dittmer / Steinacker*, Christlicher Glaube (o. Fn. 12), S. 28 ff. Vgl. insgesamt *Gerhard Sauter* (Hg.), Theologie als Wissenschaft, 1971; *Wolfhard Pannenberg*, Wissenschaftstheorie und Theologie, 1973; *Hans-Georg Babke*, Theologie in der Universität aus rechtlicher, theologischer und wissenschaftstheoretischer Sicht, 2000; klassischer Text, die Wissenschaftlichkeit bestreitend, *Eduard Spranger*, Der Sinn der Voraussetzunglosigkeit in den Geisteswissenschaften. Sitzungsberichte der Preussischen Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Klasse, 1929,

Teilsystem „Wissenschaft“ ist in einen definierten Rechtsbegriff zu überführen.⁸⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat mit Recht festgestellt, „daß Art. 5 Abs. 3 GG nicht eine bestimmte Auffassung von der Wissenschaft oder eine bestimmte Wissenschaftstheorie schützen will. Seine Freiheitsgarantie erstreckt sich vielmehr auf jede wissenschaftliche Tätigkeit, d.h. auf alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist.“⁸⁹ Durch die Anerkennung der Bekenntnisgebundenheit der Theologie hat das Verfassungsrecht die traditionelle Unterscheidung zwischen Theologie und anderen Geistes- bzw. Kulturwissenschaften rezipiert.⁹⁰ Dieses Verhältnis stellt freilich keine Einbahnstraße dar, sondern erweist sich als dialektisch: Die Rezeption der genannten Unterscheidung ist durchaus entwicklungs offen, sofern sich das Selbstverständnis wissenschaftlicher Theologie verändert. Wie für die juristische Begriffsbildung allgemein kennzeichnend wird damit „eine für das Verfassungsrecht typische Spannung zwischen der in der Normativität begründeten Selektivität des Rechts im Sinne selektiver Weltwahrnehmung und Sachverhaltsrekonstruktion einerseits und einer der Freiheitsfunktion geschuldeten Offenheit für die Dynamik der normierten Lebenswelt andererseits eingezeichnet“ – verbunden mit einem spezifischen Neutralitätsproblem, nämlich den Grenzen, aus dem weltlichen Verfassungsrecht der Theologie vorzugeben, was „richtige“ Theologie ist.⁹¹ Art. 5 Abs. 3 GG schützt damit eine fach- und methodenpluralistische Wissenschaftslandschaft – eine Garantie konkreter akademischer konfessioneller Theologie lässt sich daraus allein jedoch kaum ableiten.⁹²

S. 17 ff. Historisch löste u. a. der „Fall Spahn“, d. h. die gegen den Willen von Universität / Fakultät durchgesetzte Berufung des dezidiert katholischen Historikers *Martin Spahn* an die „Reichsuniversität“ Straßburg kurz nach 1900 entsprechende, u. a. durch *Theodor Mommsen* geführte Auseinandersetzungen aus; vgl. nur *Hans-Ulrich Wehler*, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte 1849–1914*, Bd. 3, 2008, S. 1222 sowie *Rudolf Morsey*, *Martin Spahn (1875–1945)*, in: *Zeitgeschichte in Lebensbildern*, hg. von Jürgen Aretz u. a., Bd. 4, 1980, S. 143 ff.

⁸⁸ *Michael Fehling*, in: BK (o. Fn. 76), Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit), Rn. 60.

⁸⁹ BVerfGE 35, 79 (113); ferner BVerfGE 47, 327 (367); 90, 1 (12); 111, 333 (354); 122, 89 (105), für die h. L. *Stern*, *Staatsrecht* (o. Fn. 86), S. 741 ff.

⁹⁰ *Heinig*, *Theologie* (o. Fn. 8), S. 96.

⁹¹ *Heinig*, ebd., S. 97; allgemein für den verfassungsrechtlichen Wissenschaftsbegriff *Stern*, *Staatsrecht* (o. Fn. 86), S. 740.

⁹² Allerdings steht unter Berücksichtigung des Art. 7 Abs. 3 GG Theologie als Gegenstand von Forschung und Lehre an staatlichen Hochschulen nicht gänzlich zur Disposition, vgl. *Heinig / Vogel*, *Hochschulbildung* (o. Fn. 76),

Hier wie auch sonst ist der Verweis auf eine oder die „Kulturstaatlichkeit“ nicht zielführend.⁹³

In seiner Entscheidung zum Fall „Lüdemann“ zieht das Bundesverfassungsgericht als weiteren Begründungs- und Legitimationsstrang ein hochschul- bzw. wissenschaftspolitisches Argument heran: Der Staat habe das Recht und die Pflicht „Bildung und Wissenschaft an den staatlichen Universitäten zu organisieren“; das könne so aufgefasst werden, dass die Theologie eingeschlossen sei. Damit werde einerseits an die deutsche universitäre Tradition angeknüpft, andererseits werde den Ausbildungsbedürfnissen auf Seiten der Studierenden Rechnung getragen. Außerdem diene dies „auch den Interessen ihrer [der Länder] Universitäten an einem breiten, Interdisziplinarität ermöglichenden Fächerspektrum“.⁹⁴ Zu der vom Ersten Senat des Gerichts herangezogenen deutschen universitären Tradition gehöre auch ein Interesse des Staates, den Nachwuchs der Kirchen als Geistliche wie als Religionslehrer an staatlichen Hochschulen ausbilden zu lassen; zwar dürfe es über diesen Weg „keine auch nur indirekte Kontrolle der Geistlichkeit durch den Staat geben. Einem gleichwohl vorhandenen legitimen kulturpolitischen Interesse des Staates, theologische Ausbildung in universitärer Freiheit und auf einem universitären wissenschaftlichen Qualifikationsniveau stattfinden zu lassen, stehen keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Hindernisse entgegen.“⁹⁵ Dieses Argument ist freilich ambivalent: Zwar dürfte unbestritten sein, dass es gerade der Theologie in Deutschland – auch im Vergleich zum Ausland – gut bekommen ist, sich Wettbewerb und „Kontrolle“ durch andere Fakultäten ausgesetzt zu sehen und damit wissenschaftliche Standards hochhalten zu müssen;⁹⁶ die Herkunft dieses staatlichen Ansinnens aus dem „Kultur-

24

Rn. 5; weitergehend *Hollerbach*, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 555 f.: zumindest die „Institution ‚Theologische Fakultät‘“ sei geschützt: „Der Staat würde gegen das Prinzip der Wissenschaftsfreiheit verstoßen, wenn er die Theologie prinzipiell aus dem Kreis der akademischen Disziplinen verbannen wollte.“

⁹³ Klar und zutreffend *Heinig*, Theologie (o. Fn. 8), S. 101; allgemein *Christoph Möllers*, Pluralität der Kulturen als Herausforderung an das Verfassungsrecht?, in: *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, hg. von Horst Dreier / Eric Hilgendorf, 2008, S. 223.

⁹⁴ BVerfGE 122, 89 (110 f.).

⁹⁵ BVerfGE 122, 89 (111).

⁹⁶ Siehe bereits oben Rn. 6; *Schwöbel*, Wissenschaftliche Theologie (o. Fn. 4), S. 65, spricht anschaulich als Komplement des durch die Konfessionalität der akademischen Theologie abgebildeten „Prinzips der religiösen Authentizität“ von einem auf diskursive Überprüfbarkeit zielenden „Prinzip

kampf“⁹⁷ sollte gleichwohl Sensibilität für derartige staatliche Erwartungen wach halten.

- 25 Daraus ergibt sich folgender verfassungsrechtlicher Status der theologischen Fakultäten an staatlichen Hochschulen, wie er in dem Beschluss in der Sache „Lüdemann“ zusammengefasst wird: Das Grundgesetz garantiert und verbietet theologische Fakultäten nicht,⁹⁸ setzt sie freilich in Fortsetzung deutscher Traditionen voraus. Richtet der Staat theologische Fakultäten ein, ist das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften zu berücksichtigen.⁹⁹

2. Vertragsstaatskirchenrecht

- 26 Das Vertragsstaatskirchenrecht spielt für die theologischen Fakultäten eine besondere Rolle.¹⁰⁰ Über die Verträge nehmen die theologischen Fakultäten an dem erhöhten Bestandsschutz des Staatskirchenvertragsrechts teil.¹⁰¹ Das Landesverfassungsrecht verweist teil-

der rationalen Kommunizierbarkeit“, das v.a. durch die Einbindung der Theologie in das Konzert der Fakultäten und Wissenschaften sichergestellt werde.

⁹⁷ Vgl. etwa das Preußische Gesetz über die Vorbildung und Anstellung der Geistlichen vom 11.5.1873 (PrGS S. 191), welches als erstes sog. Maigesetz die Anstellung in einem geistlichen Amt der Kirchen in Preußen u. a. von einer wissenschaftlichen Vorbildung an einer deutschen Bildungseinrichtung abhängig machte. Das bedeutete ein mindestens dreijähriges Theologiestudium an einer theologischen Fakultät an einer staatlichen Hochschule mit abschließender wissenschaftlicher Staatsprüfung. Durch Entscheidung des Kultusministeriums konnte auch das Studium an einem anerkannten bischöflichen Seminar ausreichen, die dann freilich der Staatsaufsicht unterstellt waren. Als „Kulturexamen“ bezeichnet wurde der Nachweis hinreichender akademischer Kenntnisse in Philosophie, Geschichte und Literatur. Näher *Ernst Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 4, 1969, S. 712 f.

⁹⁸ BVerfGE 122, 89 (110).

⁹⁹ BVerfGE 122, 89 (111).

¹⁰⁰ *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 13), Rn. 468; näher *Hollerbach*, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 557 ff. Die jeweiligen vertraglichen Grundlagen sind in den beiden Übersichten oben Rn. 8 angegeben; vgl. konkret etwa *Klaus Blaschke*, Theologische Fakultäten in der Nordelbischen Kirche, in: *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert*, hg. von Andreas Hoyer u. a., 2008, S. 101.

¹⁰¹ *Heinig*, Theologie (o. Fn. 8), S. 106; allgemein zur Bindungswirkung dieser Verträge *Stefan Mückl*, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: *HStR*³, Bd. 7, 2009, § 159, Rn. 46.

weise auf diese Verträge.¹⁰² Zu Recht weist *Hans Michael Heinig* auf die begrenzte Schutzwirkung solcher vertraglicher Absicherungen hin: „Sie verhindern Entscheidungen nach rein politischer Opportunität. Aber sie stellen keine Ewigkeitsgarantie dar.“¹⁰³ Die *clausula rebus sic stantibus* erweist sich als eine Art Geschäftsgrundlage für den vertraglich gesicherten Status der Fakultäten.

Schon die vorkonstitutionellen Konkordate mit Bayern (1924), Preußen (1929) und Baden (1932) enthielten Regelungen in Bezug auf katholisch-theologische Fakultäten. Das Reichskonkordat vom 20.7.1933¹⁰⁴ enthält in Art. 19 eine Bestandsgarantie für alle katholisch-theologischen Fakultäten und verweist im Übrigen auf die Länderkonkordate: „Die katholisch-theologischen Fakultäten bleiben erhalten. Ihr Verhältnis zur kirchlichen Behörde richtet sich nach den einschlägigen Konkordaten und dazugehörigen Schlußprotokollen festgelegten Bestimmungen unter Beachtung der einschlägigen kirchlichen Vorschriften. Die Reichsregierung wird sich angelegen sein lassen, für sämtliche in Frage kommenden katholischen Fakultäten Deutschlands eine einheitliche Praxis zu sichern.“ An diese Tradition wurde nach 1945 angeknüpft. Für die evangelische Seite sind die zumeist parallel zu den Konkordaten abgeschlossenen Staatskirchenverträge zu erwähnen; nach der Wiedervereinigung wurde dieses System auch auf die neuen Länder übertragen.¹⁰⁵ Als jüngere Entwicklungen können die vertragliche Absicherung der Tübinger evangelischen Fakultät,¹⁰⁶ die Festschreibung als konfessionsgebundene Disziplin in Hamburg¹⁰⁷ sowie die Sistierungen der bayerischen Fakultäten in Bamberg und Passau¹⁰⁸ erwähnt werden.

27

3. Gesetzliche Sonderregelungen

Einfachrechtlich sind die theologischen Fakultäten in das allgemeine staatliche Hochschulrecht eingebunden, woraus spezifische

28

¹⁰² Siehe oben Rn. 20.

¹⁰³ *Heinig*, Theologie (o. Fn. 8), S. 106.

¹⁰⁴ RGBL. II S. 679; zur grundsätzlichen Fortgeltung BVerfGE 6, 309.

¹⁰⁵ EvKV Berlin; EvKV Bbg.; EvKV MV; EvKV Sachsen; EvKV LSA; EvKV Thür.; dazu *Axel Vulpus*, Zur Nihil obstat-Frage in den neuen evangelischen Kirchenverträgen, in: NVwZ 1996, S. 460 f.

¹⁰⁶ Art. 3 EvKV BW.

¹⁰⁷ Art. 5 EvKV Hmb.

¹⁰⁸ Zusatzprotokoll zum BayK vom 12.5.2007 (GVBl. 2007 S. 351).

Zielkonflikte resultieren.¹⁰⁹ Entscheidend sind hier die expliziten Regelungen zum Geltungsvorrang staatskirchenrechtlicher Verträge, wie § 81 HRG und entsprechende Landesbestimmungen.¹¹⁰ Dadurch verlieren die betroffenen Regelungen des Hochschulrechts von vornherein ihren Charakter als „für alle geltendes Gesetz“ i. S. v. Art. 137 WRV.¹¹¹ Fehlen solche Regelungen, gehen die Verträge als *leges speciales* ohnehin vor.

4. Kirchliches Recht

29 Auch die Kirchen haben Hochschulrecht erlassen. Inhalte und Struktur der Ausbildung ihrer Theologen sind eigene Angelegenheiten der Kirchen, die sie kraft ihres Selbstbestimmungsrechts regeln dürfen.¹¹² Dieses ist – wie jegliches religiöses Recht – nicht staatliches Recht, kann aber über die Schattnorm des Art. 137 Abs. 3 WRV i. V. m. Art. 140 GG staatlicherseits „anerkannt“ werden, soweit es einerseits die kirchliche Auffassung über die Gestaltung von Theologie und Hochschulen positiviert und sich andererseits über die Schranke des für alle geltenden Gesetzes in die staatliche Rechtsordnung einfügt.¹¹³ Das rein innerkirchliche Recht ergänzt und konkretisiert so die staatskirchenvertraglichen Grundlagen der theologischen Fakultäten. Wie kaum anders zu erwarten, ist der Ausdifferenzierungsgrad

¹⁰⁹ *Kästner*, Art. „Theologische Fakultäten/Lehrstühle“ (o. Fn. 72), S. 273 f.; *Axel von Campenhausen*, Zur Hochschulgesetzgebung hinsichtlich der Theologischen Fakultäten, in: ders./Hendrik Munsonius (Hg.), Göttinger Gutachten III, 2009, S. 404 ff.

¹¹⁰ § 74 Abs. 1 LHG BW; Art. 103 Abs. 1 LHG Bay.; Art. 39 Bayerisches Hochschulpersonalgesetz; § 97 LHG Hessen; § 72 Abs. 4 LHG Nds.; § 80 Abs. 1 LHG NRW; § 130 LHG RP; § 85 Abs. 4 LHG Saarl.; § 105 Abs. 1 Sächs. Hochschulfreiheitsgesetz; § 121 LHG LSA; § 107 Abs. 1 LHG Thür.

¹¹¹ *Stefan Koriath*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Losebl. Stand: 84. Erg.-Lfg. August 2018, Art. 140 GG/137 WRV, Rn. 49.

¹¹² *Ernst-Lüder Solte*, Art. „Theologenausbildung. Ev.“, in: LKStKR, Bd. 3, 2004, S. 682.

¹¹³ Vgl. auch *Hollerbach*, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 561 ff.; allgemein zum Schutzzumfang der Kirchenautonomie im Hinblick auf die Setzung kirchlichen Rechts BVerfGE 53, 366 (401): „Normsetzung“ als Schutzgegenstand von Art. 137 Abs. 3 WRV; ferner statt vieler *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 13), Rn. 155; zur Herstellung des Ausgleichs über das „für alle geltende Gesetz“ statt aller nur *Koriath*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 111), Art. 140 GG/137 WRV, Rn. 44 ff.

jedoch wiederum konfessionell bestimmt.¹¹⁴ Während sich das evangelische Kirchenrecht im Wesentlichen auf Fragen der Theologenausbildung konzentriert,¹¹⁵ umfasst das kanonische Recht ein ausgebaut-tes kirchliches Hochschulrecht.

Das katholische Kirchenrecht sieht die theologischen Fakultäten vorrangig unter dem Gesichtspunkt der Priesterausbildung. Durch das Dekret *Optatam totius* des Zweiten Vatikanischen Konzils über die Priesterbildung vom 28.10.1965¹¹⁶ fand eine Neuorientierung hinsichtlich deren Theologiestudiums statt (vgl. auch can. 250 CIC). Hier und in weiteren normativen Vorgaben werden sowohl Anforderungen an Dauer und Inhalt des Studiums, als auch an die Qualifikation von Hochschullehrern und Studierenden gestellt. Daraus können sich mittelbar Vorgaben für eine Mindestzahl von Professuren ergeben.¹¹⁷

30

Aufbauend auf den can. 815 ff. CIC über kirchliche Universitäten und Fakultäten, abzugrenzen von den auf profane Fächer zugeschnittenen katholischen Universitäten und anderen Hochschuleinrichtungen (can. 807 ff. CIC), stellte die Apostolische Konstitution *Sapientia Christiana* vom 15.4.1979¹¹⁸ und die ihr beigefügten *Ordinationes* der Kongregation für katholisches Bildungswesen vom 29.4.1979¹¹⁹ ein gesamtkirchliches Hochschulrecht dar.¹²⁰ Es wurde für den deutschen Bereich durch das Akkommodationsdekret I der Kongregation vom 1.1.1983 an die theologischen Fakultäten an staatlichen Universitäten und durch das Akkommodationsdekret II vom selben Tag

¹¹⁴ Vgl. auch *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 13), Rn. 469.

¹¹⁵ S. sogleich Rn. 31, insbes. Fn. 128.

¹¹⁶ Abgedruckt etwa bei *Karl Rahner / Herbert Vorgrimler*, Kleines Konzilskompendium, 29. Aufl. 2002, S. 293 ff.

¹¹⁷ Vgl. auch *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 13), Rn. 474; näher *Jörg Kriewitz*, Die Errichtung theologischer Hochschuleinrichtungen durch den Staat, 1992, S. 71 ff.

¹¹⁸ AAS 71 (1979), S. 469 ff.; AfKKR 148 (1979), S. 107 ff.; deutsche Übersetzung in *Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz* (Hg.), Katholische Theologie und Kirchliches Hochschulrecht. Einführung und Dokumentation der kirchlichen Rechtsnormen, 2. Aufl. 2011, S. 197 ff.

¹¹⁹ AAS 71 (1979), S. 500 ff.; deutsche Übersetzung in *Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz*, Katholische Theologie (Fn. 118), S. 281 ff.

¹²⁰ Eine allgemeine Einführung zum geltenden kirchlichen Hochschulrecht in Deutschland durch *Heribert Schmitz* und *Ulrich Rhode* findet sich bei *Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz*, Katholische Theologie (o. Fn. 118), S. 19 ff.; auch *Schwendenwein*, Art. „Theologenausbildung. Kath.“ (o. Fn. 6), S. 684 f.

auch für außerfakultäre Einrichtungen angepasst.¹²¹ Im Jahr 2017 hat Papst Franziskus *Sapientia Christiana* durch die Apostolische Konstitution *Veritatis Gaudium* vom 27.12.2017¹²² fortgeschrieben und damit gem. Art. 94 dieser Konstitution alle entgegenstehenden Normen¹²³ außer Kraft gesetzt. Somit stellt nun *Veritatis Gaudium* mit den ihr beigefügten *Ordinationes* der Kongregation für katholisches Bildungswesen vom 27.12.2017¹²⁴ das neue gesamtkirchliche Hochschulrecht dar. Hinzu treten weitere Normierungen sowohl der Kongregation als auch der Deutschen Bischofskonferenz – darunter am bedeutendsten ist wohl die Rahmenordnung für die Priesterbildung der Deutschen Bischofskonferenz –, die Einzelfragen regeln.¹²⁵

¹²¹ *Kongregation für das Katholische Bildungswesen*, Dekret über die Katholisch-theologischen Fakultäten in den Staatlichen Universitäten im Bereich der Deutschen Bischofskonferenz zur ordnungsgemäßen Anpassung und Anwendung der Vorschriften der Apostolischen Konstitution *Sapientia Christiana* und der ihr beigefügten *Ordinationes* („Akkommodationsdekret I“) vom 1.1.1983; *dies.*, Dekret („Akkommodationsdekret II“) vom 1.1.1983; deutsche Versionen bei *Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz*, *Katholische Theologie* (o. Fn. 118), S. 371 u. 387.

¹²² *Papst Franziskus*, Apostolische Konstitution *Veritatis Gaudium* (Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls Nr. 211), hg. von Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, 2018, S. 7 ff.; siehe zu den Neuerungen *Mattias Pulte / Anna-Christina Schmees*, Was ist neu in der Apostolischen Konstitution *Veritatis Gaudium* über das katholische Hochschulwesen?, in: *Kirchliche Hochschulen und konfessionelle akademische Institutionen im Lichte staatlicher und kirchlicher Wissenschaftsfreiheit*, hg. von Ansgar Hense / Matthias Pulte, S. 241 ff.

¹²³ S. zur Frage, ob die sich auf die *Sapientia Christiana* beziehende Akkommodationsdekrete weiterhin in Kraft bleiben *Pulte / Schmees*, Was ist neu in *Veritatis Gaudium*? (o. Fn. 122), S. 260, 270.

¹²⁴ Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls Nr. 211, hg. vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, 2018, S. 70 ff.

¹²⁵ *Kongregation für das Katholische Bildungswesen*, Normen zur Erteilung des Nihil obstat bei der Berufung von Professoren vom 25.3.2010; *dies.*, Regelungen für das theologische Lizentiat vom 5.2.1990; *Deutsche Bischofskonferenz*, Rahmenordnung für die Priesterbildung vom 12.3.2003; *dies.*, Habilitation und Berufung von Nichtpriestern vom 21.-24.2.1972; *dies.*, Kirchliche Anforderungen an Juniorprofessuren in der Katholischen Theologie vom 25.9.2003; *dies.*, Kirchliche Anforderungen an die Modularisierung des Studiums der Katholischen Theologie (Theologisches Vollstudium) im Rahmen des Bologna-Prozesses vom 8.3.2006; *dies.*, Kirchliche Anforderungen an die Religionslehrerbildung vom 23.9.2010 – alle abgedruckt bei *Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz*, *Katholische Theologie* (o. Fn. 118), S. 188 ff.; *dass.*, Kirchliche Anforderungen an die Modularisierung des Studiums der Katholischen Theologie (Theologisches Vollstudium) im Rahmen des Bologna-Prozesses vom 21.6.2016, *Die deutschen Bischöfe* 105, 2017.

Aus kirchenrechtlicher Sicht kann theologischen Fakultäten mit- hin ein „Doppelstatus“ als staatliche und als kirchliche Einrichtung zukommen. Aus deutscher staatskirchenrechtlicher Sicht würde man diesen Tatbestand dahingehend umschreiben, dass die theologischen Fakultäten staatliche Einrichtungen mit kirchlichen Mitwirkungs- rechten darstellen, wobei es der Kirche unbenommen ist, für ihren Bereich diese Fakultäten zugleich als kirchliche Einrichtungen an- zuerkennen. Dies ist nicht allein ein katholisches Phänomen, sind in evangelischen Landeskirchen doch teilweise Repräsentanten evange- lisch-theologischer Fakultäten Mitglieder von Landessynoden.¹²⁶ Diese weniger in der Sache als vielmehr in der Konstruktion unter- schiedliche Akzentuierung ist auszuhalten und führt zum staatskir- chenrechtlichen Grundstatus theologischer Fakultäten.

Normative Grundlagen für die universitäre Theologie auf evangeli- scher Seite bilden die Prüfungsordnungen der Landeskirchen sowie der theologischen Fakultäten.¹²⁷ Die EKD hat in Ausfüllung ihrer Kompetenz für Fragen der Ausbildung von Pfarrern und kirchlichen Dienstträgern durch mehrere Rahmenordnungen¹²⁸ koordinierend gewirkt und dabei insbesondere auch den durch den Bolognaprozess hervorgerufenen Umstellungen Rechnung getragen.¹²⁹

31

¹²⁶ Hollerbach, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 565.

¹²⁷ Näher Christoph, Kirchen- und staatskirchenrechtliche Probleme (o. Fn. 9), S. 31 ff.

¹²⁸ Übersicht über die Gegenstände des Studiums der Evangelischen Theologie vom 23./24.3.2012; Rahmenordnung für den Studiengang Evange- lische Theologie (Pfarramt/Diplom/Magister Theologiae) vom 26./27.3. 2009; Rahmenordnung für die Zwischenprüfung im Studiengang „Evange- lische Theologie“ (Erste Theologische Prüfung/Magister Theologiae) vom 3.12.2010; Rahmenordnung für die Erste Theologische Prüfung / die Prüfung zum Magister Theologiae vom 3.12.2010; Richtlinien zur Prüfung in Bibel- kunde (Biblicum) in Rahmen der Zwischenprüfung (Diplom-Vorprüfung) – auch als vorgezogene Prüfung – im Studium der Evangelischen Theologie vom 9.10.1999; Richtlinien zur Prüfung in Philosophie (Philosophicum) ge- mäß § 6, 9 der Rahmenordnung für die Zwischenprüfung (Diplomvorprü- fung) und § 10, 3, b der Rahmenordnung für die Erste Theologische Prüfung / die Diplomprüfung in Evangelischer Theologie vom 16.10.2004; Richtlinien zur Prüfung in Religionswissenschaft und Interkultureller Theologie vom 3.12.2010; Richtlinien für das Praktikum im Studiengang Evangelische Theologie (Pfarramt/Diplom/Magister Theologiae) vom 26./27.3.2009; Richtlinien zur Zulassung und Durchführung der Promotion im Fach Evan- gelische Theologie zum Dr. theol.; abrufbar unter <[https://www.kirchen recht-ekd.de](https://www.kirchenrecht-ekd.de)>.

¹²⁹ Solte, Art. „Theologenausbildung“ (o. Fn. 112), S. 682 f.

III. Der staatskirchenrechtliche Grundstatus theologischer Fakultäten

32 Es ist allgemeine Ansicht, dass die theologischen Fakultäten zu den gemeinsamen Angelegenheiten von Staat und Kirche, zu den *res mixtae* gehören.¹³⁰ Jenseits des Schlagworts ist genauer zu betrachten, was dies bedeutet. Zum einen handelt es sich um eine begriffliche Abstraktion, aus der nicht ohne weiteres juristische Deduktionen getroffen werden können.¹³¹ Zum anderen betont die neuere und zutreffende Ansicht, dass die *res mixtae* nicht zu einer Vermischung staatlicher und kirchlicher Hoheit führen, sondern dass es sich um ein spezifisches Zuordnungsverhältnis in gemeinsamer Interessenverfolgung handelt.¹³² Entscheidend ist die Erkenntnis, dass es sich um staatliche Einrichtungen handelt, deren Professoren zumeist staatliche Beamte sind, zumindest Angehörige des öffentlichen Dienstes, bei denen den Kirchen zur Wahrung der konfessionellen Bindung Mitwirkungsrechte eingeräumt sind.¹³³ Staatliche und kirchliche Sphäre

¹³⁰ Hollerbach, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 560; von Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 17), S. 219; aus der Rechtsprechung VGH Mannheim, in: NVwZ 1985, S. 126; BVerwGE 101, 309; BVerfGE 89, 122, vermeidet diese Qualifikation. Gänzlich eigene, schwer kompatible Wege geht Clemens Steinhilber, Theologie an staatlichen Universitäten – Relikt oder Modell? Förderung des freiheitlichen Staatsethos durch integrative Feindpolitik, 2018.

¹³¹ von Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 17), S. 196; auf theologische Fakultäten bezogen explizit Christoph, Kirchen- und staatskirchenrechtliche Probleme (o. Fn. 9), S. 23.

¹³² Grundlegend Dirk Ehlers, Die gemeinsamen Angelegenheiten von Staat und Kirche, in: ZevKR 32 (1987), S. 158 ff.; ferner Helmut Quaritsch, Der Streit um die Katholische Theologie an der Universität Frankfurt, in: NVwZ 1990, S. 28 ff.; Unruh, in: von Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 72), Art. 137 WRV, Rn. 171; bezogen auf katholisch-theologische Fakultäten angesichts des einschlägigen innerkirchlichen Rechts so auch Hollerbach, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 564: kein „Kondominium“ von Staat und Kirche; Heckel, Theologische Fakultäten (o. Fn. 24), S. 229: „Natürlich sind hier Überschneidungen nicht auszuschließen. Das Allgemeine konkretisiert sich stets im Besonderen, und das Besondere prägt das Allgemeine; das ist auch im Bereich der theologischen Wissenschaft der Fall. Doch schließt der unlösliche Zusammenhang der verschiedenen geistlichen und weltlichen Aspekte der *res mixtae* die Sonderung der Kompetenzen und der Verantwortung von Staat und Kirche keineswegs aus, sondern erfordert sie [...]“.

¹³³ Friedhelm Hufen, Wissenschaftsfreiheit und kirchliches Selbstbestimmungsrecht an theologischen Fakultäten staatlicher Hochschulen, in: Die Macht des Geistes. Festschrift für Hartmut Schiedermaier, hg. von Dieter Dörr u. a., 2001, S. 623 (625); Christoph, Kirchen- und staatskirchenrechtliche Probleme (o. Fn. 9), S. 23; terminologisch missverständlich ders., S. 42, wenn

können bei dieser Konstruktion auseinander gehalten werden,¹³⁴ die unterschiedlichen Status sind „nach Rechts- und Interessensphären geordnet“. ¹³⁵ Das bestätigt auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Grundsatzentscheidung: „Zwar sind theologische Fakultäten staatliche Einrichtungen, die staatliche bildungs- und wissenschaftspolitische Ziele verfolgen. Ein kirchliches Selbstbestimmungsrecht kann daher nicht damit begründet werden, dass die Fakultäten (auch) Einrichtungen der Kirche seien [...]. Die verbreitete Deutung, nach der die theologischen Fakultäten eine ‚Doppelstellung‘ als staatliche Einrichtungen ‚zur Erfüllung kirchlicher Aufgaben‘ hätten [...] beziehungsweise ‚gemeinsame‘ Angelegenheiten von Staat und Kirche darstellten [...], kann nur Beschreibung eines notwendigen Zusammenwirkens von Staat und Religionsgemeinschaft sein [...], nicht aber eine doppelte Rechtsnatur begründen.“¹³⁶ Die Trennbarkeit von staatlicher und kirchlicher Sphäre ist gelegentlich durch eine – in den staatskirchenvertraglichen Absicherungen angelegte – Vermischung des „Ausbildungs-“ und des „Wissenschaftsaspekts“ universitärer Theologie verwischt worden.¹³⁷

In der Sache ist die Errichtung und Unterhaltung theologischer Fakultäten Baustein des fördernden Religionsverständnisses des Staates, seiner *cura religionis*:¹³⁸ „Aber er tut das nicht im Stile und im Sinne eines christlichen Staates, sondern im Stile und im Sinne des freiheitlichen Kulturstaates, der auch Religion und Theologie in seine Freiheitsvorsorge aufnimmt und diesen damit die Chance öffentlicher Relevanz bietet.“¹³⁹ Angesichts des beschränkten Erklärungswerts der abstrahierenden Begrifflichkeit der *res mixtae* sind im Folgenden die einzelnen Ingerenzfelder zu untersuchen.

33

die (evangelisch-)theologischen Fakultäten als „integrale Bestandteile der jeweiligen Landeskirche“ bezeichnet werden.

¹³⁴ Helmut Lecheler, Die Rolle des Staates bei der Sicherung der Wissenschaftsfreiheit in der Theologie, in: NJW 1997, S. 439 (440); Mückl, Freiheit (o. Fn. 6), Rn. 41; Heinig, Grundgesetz (o. Fn. 70), S. 626; BVerfGE 122, 89 (112).

¹³⁵ Alexander Hollerbach, Freiheit kirchlichen Wirkens, in: HStR¹, Bd. 6, 1989, § 140, Rn. 45; Martin Heckel, Urteilsanmerkung, in: JZ 1985, S. 948 (949 f.).

¹³⁶ BVerfGE 122, 89 (111 f.).

¹³⁷ Näher Christian Waldhoff, Die Beziehung zwischen der Theologie und anderen Fächern in staatskirchenrechtlicher Sicht, in: Organisationsrechtliche Fragen (o. Fn. 13), S. 95 (98 ff.).

¹³⁸ Mückl, Freiheit (o. Fn. 6), Rn. 40.

¹³⁹ Hollerbach, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 561.

- 34 Die theologischen Fakultäten sind – wie andere Fakultäten auch – hochschulrechtlich teilrechtsfähige Gliedkörperschaften der Universitäten, deren Rechtscharakter üblicherweise als (Personal-)Körperschaften des öffentlichen Rechts bzw. als Mischformen von Typen juristischer Personen des öffentlichen Rechts qualifiziert werden. Damit unterliegen sie grundsätzlich der staatlichen Organisationshoheit, sind staatlich zu finanzieren und werden – vorbehaltlich vertraglicher Abweichungen – durch das allgemeine Hochschulrecht geregelt.¹⁴⁰ Sie sind im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 GG grundrechtsberechtigt.¹⁴¹

IV. Einzelfragen kirchlicher Mitwirkungsrechte

- 35 An diese staatliche Organisation und Zuständigkeit treten die verschiedenen kirchlichen Mitwirkungsrechte gleichsam von außen heran. Sie lassen sich unterscheiden in solche bezüglich des Lehrpersonals und solche, die Strukturfragen der Fakultäten betreffen. Gemeinsame Grundlage ihrer verfassungsrechtlichen Bewertung ist das Neutralitätsgebot aus Art. 137 Abs. 1 und 3 WRV i.V.m. Art. 140 GG. Es dient ihnen zugleich als „Grund und Grenze“¹⁴²: Sind kirchliche Ingerenzrechte in den staatlichen Bereich der Fakultät zunächst als institutionelle Verknüpfung von Staat und Religion vor dem Trennungsgebot des Art. 137 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG rechtfertigungsbedürftig, so „liefert“ das Neutralitätsgebot ihre Rechtfertigung gleich „mit“, ja fordert sie: Wenn der Staat an seinen Universitäten theologische Fakultäten einrichtet, muss er zugleich all jene Fragen den Kirchen überantworten, die ihr Selbstbestimmungsrecht berühren. Entschiede er sie selbst, verlasse er den Boden der Neutralität und griffe unzulässig in kirchliche Rechte ein.

Damit ergeben sich im Detail drei Begründungsstränge, die das Bundesverfassungsgericht im Fall „Lüdemann“ exemplarisch herausgearbeitet hat. Am offensichtlichsten und gewichtigsten ist das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften hinsichtlich der Ausbildung ihres Nachwuchses an staatlichen Fakultäten betroffen. Da nur die Religionsgemeinschaften über Ausgestaltung und

¹⁴⁰ *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 13), Rn. 474.

¹⁴¹ Allgemein für Fakultäten bzw. Fachbereiche BVerfGE 15, 256 (261 f.); 75, 192 (196); 93, 85 (93); 111, 333 (352).

¹⁴² *Heinig*, Grundgesetz (o. Fn. 70), S. 627; *ders. / Vogel*, Hochschulbildung (o. Fn. 76), Rn. 10.

Struktur dieser Ausbildung bestimmen können, braucht es ihre umfassende Mitwirkung in allen diesbezüglichen Fragen. Entsprechendes gilt für die staatlich betriebene Religionslehrausbildung. Werden ihre Glaubensinhalte an öffentlichen Schulen unterrichtet, müssen auch hier die Religionsgemeinschaften sicherstellen können, dass die Ausbildung der hierfür berufenen Religionslehrer im Rahmen ihres Bekenntnisses erfolgt.

Jenseits dieser funktional-strukturellen Betroffenheit des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts ist es zuletzt aber auch der Charakter der Theologie als bekenntnisgebundener Wissenschaft selbst, der die Mitwirkung derjenigen Religionsgemeinschaft verlangt, deren Theologie gelehrt wird. Bei inhaltlichen Fragen nach der Bekenntniswahrung der gelehrtten Theologie tritt die „Hybridstellung“¹⁴³ des Neutralitätsprinzips am deutlichsten hervor: Neben dem Verbot institutioneller Verknüpfungen verlangt Art. 137 Abs. 1 WRV i. V. m. Art. 140 GG eben auch die inhaltliche Nichtkompetenz des Staates in Bekenntnisfragen. „Es kann und darf [...] nicht Sache des religiösweltanschaulich neutralen Staates sein, über die Bekenntnisgemäßheit theologischer Lehre zu urteilen. Dies ist vielmehr ein Recht der Glaubensgemeinschaft selbst, um deren Theologie es sich handelt [...]“. Nur sie kann entscheiden, „was zum Beispiel (noch) katholische oder (noch) evangelische Theologie ist und sich im Rahmen des Bekenntnisses hält“.¹⁴⁴

Aus den verschiedenen Begründungssträngen ergibt sich auch die Reichweite der einzelnen Ingerenzrechte. Der „klassische“ Fall kirchlicher Mitwirkung, die Berufung wissenschaftlichen Personals, der in den vergangenen Jahrzehnten – nicht zuletzt wegen prominenter, die Öffentlichkeit bewegender Fälle¹⁴⁵ – im Vordergrund stand, hat insbesondere durch die „Lüdemann“-Entscheidung eine weitgehende Klärung erfahren (1.). Dagegen haben die institutionellen Verschiebungen der vergangenen Jahre, nicht zuletzt hervorgerufen durch den sog. Bolognaprozess (7.), deutlich werden lassen, dass die Mitwirkungsrechte in Organisations- und Strukturfragen in ihrer Reichweite noch nicht präzise genug ausgemessen sind (2. bis 6.). Insbesondere

36

¹⁴³ *Heinig*, Grundgesetz (o. Fn. 70), S. 624.

¹⁴⁴ BVerfGE 122, 89 (112 f.).

¹⁴⁵ *Hollerbach*, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 571 ff. Der Fall des katholischen Tübinger Theologen *Hans Küng* dürfte der prominenteste sein; dazu kritisch *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Der Fall Küng und das Staatskirchenrecht, in: NJW 1981, S. 2101 ff. Vgl. aus jüngerer Zeit jedoch den Fall *Lüdemann* in Göttingen, dazu abschließend BVerfGE 122, 89; ausführlich unten Rn. 50 ff.

wurde bisher zu wenig berücksichtigt, dass Theologie auch jenseits von Ausbildungsaspekten eine Wissenschaft unter anderen Wissenschaften in der Universität darstellt, d.h. der Wissenschaftsaspekt blieb gegenüber dem Ausbildungsaspekt – auch in den Rückwirkungen auf die Austarierung der Mitwirkungsrechte – tendenziell unterbelichtet.¹⁴⁶ Beachtet man diese notwendige Unterscheidung, auch hinsichtlich der genannten verfassungsrechtlichen Begründungsstränge, fallen die Ingerenzrechte in diesem Bereich deutlich schwächer aus, als bisher angenommen. Innerhalb einer Person kann, will man Schizophrenie vermeiden, kaum differenziert werden; bei Organisationsakten sind differenzierende Absichtungen dagegen durchaus denkbar.

1. Kirchliche Ingerenzrechte in Bezug auf Auswahl und Tätigkeit der Hochschullehrer

37 Die kirchlichen Ingerenzrechte in Bezug auf die Hochschullehrer gehören traditionell zu den umstrittensten staatskirchenrechtlichen Fragen. Sie sind in gewissem Sinne exemplarisch für die allgemeine Rechtfertigung kirchlicher Mitwirkung¹⁴⁷: Der religiös-weltanschaulich neutrale Staat kann und darf sich kein Urteil darüber anmaßen, was die richtige theologische Lehre ist und welchen Lebenswandel die Kirche noch tolerieren kann. Damit stellen die personellen Mitwirkungsrechte die Kerngewährleistung der kirchlichen Selbstbestimmung dar. Nicht nur sichern sie die Eignung des Lehrpersonals zur Ausbildung des kirchlichen Nachwuchses und bekenntnisgebundener Religionslehrer; sie sind auch das maßgebliche kirchliche Mittel zur Wahrung der inhaltlichen Bekenntnismäßigkeit der an der Fakultät betriebenen Theologie. Hieraus rührt ein Großteil ihrer Sprengkraft und der Aufmerksamkeit, die ihnen in der Vergangenheit zuteil wurde.

In Bezug auf das Personal der theologischen Fakultäten werden dabei Mitwirkungsrechte bei der Bestellung, sog. Erinnerungsrechte, von Beanstandungsrechten während der Tätigkeit als Hochschullehrer der Theologie unterschieden. Verfassungsrechtlich sind das staatliche Organisationsrecht im Hochschulbereich, die Funktionsfähigkeit theologischer Fakultäten, die kirchliche Selbstbestimmung sowie

¹⁴⁶ Dazu insgesamt *Waldhoff*, Beziehung zwischen der Theologie und anderen Fächern (o. Fn. 137), S. 95 ff.

¹⁴⁷ Oben Rn. 32.

die Wissenschaftsfreiheit des Hochschullehrers in Einklang zu bringen, einander verfassungsrechtlich im Sinne praktischer Konkordanz zuzuordnen.¹⁴⁸ Bevor auf die konfessionellen Besonderheiten eingegangen wird, ist auch hier als Leitentscheidung der „Fall Lüdemann“ in Erinnerung zu rufen. Das Gericht bemerkt zurecht, dass sich die kirchlichen Mitwirkungsrechte als Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts der jeweiligen Religionsgemeinschaft „insbesondere in einer Einflussnahme der Religionsgemeinschaften auf die personelle Zusammensetzung der Fakultäten“ verwirklichen.¹⁴⁹ Das Amt des Hochschullehrers der Theologie an staatlichen Fakultäten ist ein sog. bekenntnis- bzw. konfessionsgebundenes Staatsamt, ohne dass deswegen gegen Art. 33 Abs. 3 GG verstoßen werde.¹⁵⁰ Der Erste Senat hat vor diesem Hintergrund im konkreten Fall eines Theologen, der sich vom Glauben der Kirche losgesagt hatte und deswegen aus der Theologenausbildung entfernt wurde, den aus der Umsetzung resultierenden Eingriff in dessen Grundrecht auf Lehr- und Forschungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 GG, entlang der bereits dargestellten Begründungsstränge, mit dem Recht von Fakultät und Kirche auf Wahrung der bekenntnishaften Identität als theologische Fakultät im Bereich der Theologenausbildung verfassungsrechtlich gerechtfertigt: „Die theologische Fakultät dient [...] der Lehre bekenntnismäßiger Theologie, insbesondere auch der Ausbildung der Geistlichen der Kirche und der konfessionsgebundenen Religionslehrer. Diese Funktion wird gefährdet, wenn die Ausbilder öffentlich nicht mehr an den Glaubensüberzeugungen der Kirche festhalten. Eine theologische Fakultät wäre in ihrer Existenz bedroht, wenn die Kirche die dort

¹⁴⁸ Vor der Leitentscheidung eingehend *Hufen*, Wissenschaftsfreiheit (o. Fn. 133); vgl. auch jüngst *Martin Schulte / Bert Herbrich*, Wissenschaftsfreiheit in Lehre, Forschung und akademischer Selbstorganisation, in: *Kirchliche Hochschulen* (o. Fn. 122), S. 135 (153); insgesamt abweichend *Ludwig Renck*, Wissenschaftsfreiheit und theologische Fakultäten, in: *Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Rüfner*, hg. von Stefan Muckel, 2003, S. 711 ff.

¹⁴⁹ BVerfGE 122, 89 (113); *Unruh*, in: von Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 72), Art. 137 WRV, Rn. 32.

¹⁵⁰ BVerfGE 122, 89 (113); zur grundsätzlichen Zulässigkeit bekenntnis- oder konfessionell gebundener Staatsämter BVerwGE 101, 309 (314); *Christian Jasper*, Religiös und politisch gebundene öffentliche Ämter, 2015, S. 256 ff.; *Wolfgang Löwer*, Häresie und akademische Theologie, in: *WissR* 40 (2007), S. 119 (134 ff.); *Hans Michael Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003, S. 194 f.; *Axel von Campenhausen*, Das konfessionsgebundene Staatsamt, in: *Festschrift für Theodor Maunz zum 80. Geburtstag*, hg. von Peter Lerche / Hans Zacher / Peter Badura, 1981, S. 27 ff.; *Unruh*, in: von Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 72), Art. 140, Rn. 33; Art. 136 WRV, Rn. 18.

vertretene Lehre, zumal in einem Kernfach wie ‚Neues Testament‘, nicht mehr als bekennnismäßig ansehen und in der Konsequenz ihre Absolventen nicht als Geistliche aufnehmen und an ihr ausgebildete Religionslehrern nicht die Erlaubnis zur Erteilung bekennnisgebundenen Religionsunterrichts (*Vokation* bzw. *missio canonica*) erteilen würde.“¹⁵¹

In den Einzelheiten sind die Mitwirkungsrechte der Kirchen in den Staatskirchenverträgen konfessionell differenziert verankert. In der verfassungsgerichtlichen Leitentscheidung von 2008 wurde die Umsetzung des häretischen Theologen von den Professoren der evangelisch-theologischen Fakultät und daneben von den betroffenen evangelischen Landeskirchen beim Präsident der Universität beantragt, da die Staatskirchenverträge mit den evangelischen Kirchen – anders als die Konkordate – regelmäßig kein kirchliches Beanstandungsrecht vorsehen.¹⁵²

- 38** Im katholischen Kirchenrecht ist mit dem sog. *Nihil obstat* („es steht nichts entgegen“) ein festgefügtes Rechtsinstitut vorhanden, mit Hilfe dessen die Kirche über die Figur des konfessionsgebundenen Staatsamts die Reinheit ihrer Lehre im akademischen Unterricht sichern kann.¹⁵³ Ihr steht damit ein Vetorecht bzgl. des zu berufenden Kandidaten zu. Staatskirchenrechtlich wird von Erinnerungsrecht gesprochen. Kirchenrechtlich bezieht sich dieses Recht auf die Lehre und den sittlichen Lebenswandel (vorrangig bei Priestern) des Theologen. Das ist auch staatskirchenrechtlich zwingend, denn der religiös-weltanschaulich neutrale Staat kann sich keine Kompetenz in Fragen kirchlicher Lehre oder kirchlicher Sittengesetze anmaßen.¹⁵⁴ Demgegenüber gehören die wissenschaftliche und die didaktisch-pädagogische Qualifikation des Hochschullehrers zur weltlichen, hochschulrechtlichen Sphäre angesichts der Eingliederung der Fa-

¹⁵¹ BVerfGE 122, 89 (114 f.).

¹⁵² Näheres s. Rn. 42.

¹⁵³ Nach wie vor grundlegend Werner Weber, Das Nihil obstat, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 99 (1939), S. 193 ff.; Paul Mikat, Staatskirchenrechtliche Bemerkungen zur Nihil-obstat-Problematik, in: AfKKR 148 (1979), S. 93 ff.; ferner Heribert Schmitz, Das nihil obstat des Diözesanbischofs, in: AfKKR 170 (2001), S. 51 ff.; ausführlich auch Hollerbach, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 571 ff.; Thomas Schüller, Lehrerlaubnis für katholische Theologinnen und Theologen an Hochschulen und Schulen, in: Freiheit der Forschung und Lehre?, hg. von Rauf Ceylan / Claus Peter Sajak, 2017, S. 93 (101 ff.).

¹⁵⁴ Vgl. Stefan Mückl, Kirchliche Organisation, in: HStR³, Bd. 7, 2009, § 160, Rn. 23; ders., Freiheit (o. Fn. 6), Rn. 42.

kultäten in staatliche Universitäten.¹⁵⁵ Das ist einfachrechtlich geregelt und über Art. 5 Abs. 3 GG abgesichert. Entgegenstehende Normierungen in Konkordaten müssten entsprechend einschränkend interpretiert werden.¹⁵⁶ Bei Erteilung des *Nihil obstat* steht der Aufnahme des Kandidaten oder der Kandidaten in die Fakultät und damit der korporationsrechtlichen Eingliederung von kirchlicher Seite nichts im Wege. Staatskirchenvertraglich obliegt es dem jeweiligen Ortsbischof, sein Einverständnis zu erklären. Das sog. römische *Nihil obstat* erweist sich bei seiner Erteilung als rein innerkirchliche Angelegenheit ohne staatskirchenrechtliche Relevanz.¹⁵⁷ Nach Nr. 7 des Akkommodationsdekrets¹⁵⁸ darf der Ortsbischof für Professoren, die auf Lebenszeit ernannt werden sollen, ohne die in Art. 27 § 2 der Konstitution *Veritatis Gaudium*¹⁵⁹ vorgesehene Rückversicherung beim Heiligen Stuhl, seine Zustimmung nicht erteilen.¹⁶⁰ Bedenklich erscheint, dass in der praktischen Anwendung diese „römische Zustimmung“ wegen der unvertretbar langen Dauer und wegen der teilweise wenig transparenten Handhabung für Schwierigkeiten gesorgt hat. Ebenfalls problematisch, wenn auch staatskirchenrechtlich noch tragbar erscheint auch die kirchenrechtlich vorgeschriebene Priesterzentrierung der theologischen Hochschullehrer, wonach Theologieprofessoren nur ausnahmsweise Laien sein dürfen. Diese Priesterzentrierung wurde allerdings durch eine interpretationsoffene Formulierung in Art. 76 § 1 *Veritatis Gaudium* ein wenig aufgeweicht, indem nun nicht mehr starr eine Quote von 50 %, sondern lediglich eine angemessene Zahl von Priestern gefordert wird.¹⁶¹ Das stellt keine Frage des *Nihil obstat* dar, hängt thematisch jedoch mit ihm zusammen, da es in beiden Fällen um den kirchlichen Einfluss auf die personelle Zusammensetzung einer theologischen Fakultät

¹⁵⁵ Vgl. nur Mückl, ebd., Rn. 41.

¹⁵⁶ Hollerbach, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 572 f.; vgl. auch Clasen, Religionsrecht (o. Fn. 1), Rn. 548.

¹⁵⁷ Heribert Schmitz, Katholische Theologie und kirchliches Hochschulrecht. Kommentar zu den Akkommodationsdekreten zur Apostolischen Konstitution „Sapientia Christiana“, 1992, S. 81 f.; Hollerbach, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 573.

¹⁵⁸ Oben Rn. 30.

¹⁵⁹ Oben Rn. 30.

¹⁶⁰ Heribert Schmitz, „Nihil obstat Sanctae Sedis“, in: AfKKR 169 (2000), S. 382 ff.; Werner Böckenförde, Lehrbeanstandungen in der röm.-kath. Kirche und das Vefahren der Kongregation für die Glaubenslehre, in: ZevKR 32 (1987), S. 258 ff.

¹⁶¹ Ausführlich hierzu s. Pulte / Schmees, Was ist neu in *Veritatis Gaudium*? (o. Fn. 122), S. 245 ff.

geht. Angesichts des gravierenden, auch in Zukunft kaum abnehmenden Priestermangels und angesichts von Quantitäts- und Qualitätsproblemen beim wissenschaftlichen Nachwuchs liegt es im Eigeninteresse der Kirche, hier klug und pragmatisch zu agieren und Verbesserungen zu erreichen. Das Bemühen um Erklärung und um Öffentlichkeit weist in die richtige Richtung.¹⁶²

39 Betroffen vom *Nihil-obstat*-Erfordernis sind alle Hochschullehrer i. w. S., d. h. ordentliche und außerordentliche Professoren, Juniorprofessoren¹⁶³, Privatdozenten, Honorar- und Gastprofessoren sowie Lehrbeauftragte.¹⁶⁴ Sinn und Zweck legen eine weite Auslegung nahe.

40 Das – vom kirchlichen Lehrbeanstandungsverfahren rechtlich grundsätzlich unabhängige¹⁶⁵ – staatskirchenrechtliche Beanstandungsrecht betrifft ernannte Theologen. Es bezieht sich auf die Lehre sowie (vorrangig für Priester) auf die Sittlichkeit des Lebenswandels. In jedem Fall müssen die Vorkommnisse ein gewisses Gewicht besitzen; dies ist vertragsstaatskirchenrechtlich mit Begriffen wie „triftige Gründe“ oder „ernstliche Beanstandung“ verdeutlicht, gilt aus der ratio des Beanstandungsrecht heraus aber auch ohne eine derartige Charakterisierung im relevanten Vertrag. Die Beanstandungsgründe sind damit thematisch und qualitativ eingegrenzt. Der Maßstab ist insgesamt deutlich strenger, als bei der Erteilung des *Nihil obstat*.¹⁶⁶ Aus allgemeinen rechtsstaatlichen Erwägungen wie aus dem in den Konkordaten niedergelegten wechselseitigen freundschaftlichen Ver-

¹⁶² *Kommission für Wissenschaft und Kultur (VIII) der Deutschen Bischofskonferenz*, Handreichung zur pastoralen Erfahrung als Berufungsvoraussetzung für Professorinnen und Professoren der Katholischen Theologie vom 8.5.2013; *Kongregation für das Katholische Bildungswesen*, Normen zur Erteilung des *Nihil obstat* bei der Berufung von Professoren der Katholischen Theologie an den staatlichen Universitäten im Bereich der Deutschen Bischofskonferenz vom 25.3.2010, in: *Kommission für Wissenschaft und Kultur der Deutschen Bischofskonferenz*, Berufung von Professoren und Professorinnen der Katholischen Theologie, 2014, S. 7.

¹⁶³ Vgl. in Bezug auf das Erinnerungsrecht der evangelischen Kirche *Hans Michael Heinig/Hendrik Munsonius*, Zur kirchlichen Beteiligung bei der Besetzung von Juniorprofessuren an Theologischen Fakultäten – am Beispiel des Wittenberger Vertrages, in: *ZevKR* 62 (2017), S. 89 (91 ff.).

¹⁶⁴ *Hollerbach*, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 574 f.; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 13), Rn. 477.

¹⁶⁵ Näher *Hollerbach*, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 577 f.; *Schüller*, Lehrerlaubnis für katholische Theologinnen und Theologen (o. Fn. 153), S. 110 ff.

¹⁶⁶ *Hollerbach*, ebd., S. 575 ff. mit Einblicken in die Kasuistik.

halten von Staat und Kirche folgt, dass die Kirche die Beanstandung hinreichend substantiieren und auf Tatsachen stützen muss und dass der Staat diese Tatsachengrundlage ggf. überprüfen darf. Die Grenze stellt die staatliche Bewertung der präsentierten oder ermittelten Tatsachen dar.

Hinsichtlich der (Rechts-)Folgen ist zunächst auf die jeweilige Vertragslage hinzuweisen. Regelmäßig und zwingend führt die Beanstandung zu einer Entfernung des Theologen aus der theologischen Fakultät.¹⁶⁷ Kirchenvertrag, Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG und Beamtenrecht führen dann zu einer Umsetzung in eine andere Fakultät oder in einen sonstigen universitären Status außerhalb der theologischen Fakultät. Der jeweilige beamtenrechtliche Status sowie eine Grundausrüstung, um Forschung und Lehre zu erbringen,¹⁶⁸ bleiben erhalten.¹⁶⁹ In jedem Fall muss sichergestellt werden, dass der Hochschullehrer nicht mehr authentisch katholische Theologie unterrichten kann oder dass der Eindruck entsteht, er könne dies.¹⁷⁰ Diese Konsequenzen sind aufgrund des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts zwingend.¹⁷¹ Die Erhaltung des weltlichen Status des betroffenen Hochschullehrers erweist sich zugleich als schonender Ausgleich zwischen kirchlicher Selbstbestimmung einerseits, seiner Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG andererseits.¹⁷² Weniger zwingend ist die Frage, ob der Staat die freigewordene Professur erneut besetzen muss. Auch hier ist zunächst das einschlägige Konkordat oder die einschlägige vertragliche Regelung bindend. Sind Fächer doppelt besetzt, führt dies nicht automatisch dazu, dass die aufgrund des Beanstandungsverfahrens frei gewordene Professur neu besetzt werden muss – es sei denn, dies ist vertraglich zugesichert. Angesichts einer strukturellen Unterfinanzierung von Universitäten und angesichts der inneruniversitären Verteilungskämpfe stellt es ein

41

¹⁶⁷ *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 13), Rn. 478.

¹⁶⁸ Vgl. grundsätzlich – in anderem Zusammenhang – BVerfGE 35, 79 (116 ff., 120 ff.).

¹⁶⁹ *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 13), Rn. 478.

¹⁷⁰ Näher *Hollerbach*, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 584.

¹⁷¹ *Hollerbach*, ebd., S. 580 ff. gegen die im Zusammenhang mit dem „Fall Küng“ in den 1980er Jahren geäußerten Gegenansichten, etwa bei *Böckenförde*, Der Fall Küng (o. Fn. 145); *Ernst-Thomas Emde*, Die theologischen Fakultäten zwischen wissenschaftlicher Freiheit und kirchlicher Bindung, in: AöR 106 (1981), S. 355 ff.; *Helmut Quaritsch/Hans Küng*, Tübingen und Reichskonkordat, in: Baden-Württembergische Verwaltungspraxis 1981, S. 82 ff.

¹⁷² *Unruh*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 72), Art. 137 WRV, Rn. 179.

Ärgernis dar, wenn die knappen Ressourcen auf diesem Weg weiter geschmälert werden. Rechtspolitisch spricht vieles dafür, staatskirchenvertraglich im Falle eine Beanstandung die Kirche an den Kosten der Ersatzgestaltung zu beteiligen.¹⁷³

- 42 Für die evangelische Seite führt ein grundlegend anderes theologisches Verständnis von der Lehrautorität der Kirche¹⁷⁴ zu abweichenden Regelungen, sind die reformatorischen Kirchen doch selbst „aus der Beanstandung der Lehre eines Theologieprofessors hervorgegangen“.¹⁷⁵ Die älteren Staatskirchenverträge forderten – von Ausnahmen abgesehen – regelmäßig nur die staatliche Ernennung von Theologieprofessoren „im Benehmen“ mit der jeweiligen Kirche.¹⁷⁶ Mit beachtlichen Argumenten wurde jenseits der Vertragstexte gleichwohl in verfassungskonformer Interpretation ein Vetorecht der Kirchen begründet.¹⁷⁷ Die neueren, insbesondere nach der Wiedervereinigung geschlossenen Verträge, sehen teilweise weiterreichende Zustimmungrechte vor.¹⁷⁸ Zu den umstrittensten Fragen des evangeli-

¹⁷³ Differenziert zurückhaltend *Hollerbach*, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 585.

¹⁷⁴ Vgl. näher *Wolfgang Huber*, Lehrbeanstandung in der Kirche der Lehrfreiheit, in: *Das Recht der Kirche*, hg. von Gerhard Rau / Hans-Richard Reuter / Klaus Schlaich, Bd. 3, 1994, S. 118; *ders.*, Theologie und Kirchenleitung, in: *ZThK* 102 (2005), S. 409 ff.; *Eberhard Jüngel*, Was ist die theologische Aufgabe evangelischer Kirchenleitung?, in: *ZThK* 91 (1994), S. 189 ff.; *Martin Honnecker*, Das Verhältnis von theologischer Fakultät und Landeskirche aus der Sicht eines Theologen, in: *ZevKR* 57 (2012), S. 286 ff.

¹⁷⁵ *Christoph*, Kirchen- und staatskirchenrechtliche Probleme (o. Fn. 9), S. 65 f.

¹⁷⁶ Einzelheiten bei *Hollerbach*, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 587 f.

¹⁷⁷ *Solte*, Theologie (o. Fn. 27), S. 187 ff.; *Unruh*, in: von Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 72), Art. 137, Rn. 178; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 13), Rn. 479; Gegenposition bei *Huber*, Lehrbeanstandung (o. Fn. 174); *Katharina Kuchler*, Die Mitwirkungsrechte der evangelischen Kirche bei Personalangelegenheiten an staatlichen theologischen Fakultäten und ihre Rechtsfolgen für die theologischen Hochschullehrer, 2014, S. 102 ff., 113 f. So nun auch bestätigt in BVerfGE 122, 89 (114); s. hierzu auch: *de Wall*, Staatskirchenrechtliche Stellung der Theologie (o. Fn. 21), S. 51.

¹⁷⁸ *Kuchler*, Mitwirkungsrechte (o. Fn. 177), S. 97 f.; zu diesen Verträgen allgemein *Hermann Weber*, Der Wittenberger Vertrag – Ein Loccum für die neuen Bundesländer?, in: *NVwZ* 1994, S. 759 (764 f.); *Axel von Campenhauen*, Vier neue Staatskirchenverträge in vier neuen Bundesländern, in: *NVwZ* 1995, S. 757 (759); s. auch *Axel Vulpius*, Der Evangelische Kirchenvertrag Sachsen-Anhalt unter besonderer Berücksichtigung der Nihil obstat-Frage, in: *JöR* 43 (1995), S. 327 (341 ff.); insgesamt *Arne Kupke*, Die Entwicklung des deutschen „Religionsverfassungsrechts“ nach der Wiedervereinigung, insbesondere in den Neuen Bundesländern, 2004, insbes. S. 176 ff.

schen Kirchenrechts gehört das Problem eines nachträglichen Beanstandungsrechts.¹⁷⁹ In jedem Fall geht es hier sowohl bei der Anstellung als auch bei nachträglichen Vorkommissen stets nur um Lehre und Bekenntnis, nicht um den Lebenswandel.¹⁸⁰

2. Errichtung und Auflösung der Fakultäten

Die Errichtung theologischer Fakultäten ist keine kirchliche, sondern staatliche Angelegenheit und erfolgt durch einen innerkörperchaftlichen Organisationsakt der Universität¹⁸¹ (etwa § 69 Abs. 3 LHG Berlin, Art. 19 Abs. 3 S. 3 LHG Bay.). Theologische Fakultäten sind dabei wie das Staatskirchenrecht insgesamt als Angebot an Kirchen und Religionsgemeinschaften zu verstehen.¹⁸² Den Kirchen wird nichts aufgezwungen, der Staat stellt vielmehr Rechtsinstitute und rechtliche Regelungen zur Verfügung, falls die Kirchen mit dem Staat kooperieren wollen (wobei diese Bereitschaft zur Kooperation wiederum eine staatliche Erwartung ist). Nehmen die Kirchen das Angebot an, stellen sich die Fakultäten als Ausdruck der fördernden Neutralität dar, der Voraussetzungspflege im Verfassungsstaat, der *cura religionis*.¹⁸³ Umgekehrt bedeutet dies, dass theologische Fakultäten nicht gegen den Willen der jeweiligen Kirche staatlicherseits errichtet werden können, wie das Bundesverwaltungsgericht im Hinblick auf den theologischen Fachbereich in Frankfurt a.M. festgestellt hat.¹⁸⁴ Die kirchliche Mitwirkung wird auch hier als Ausdruck der

43

¹⁷⁹ Ausführlich *Christoph*, Kirchen- und staatskirchenrechtliche Probleme (o. Fn. 9), S. 65 ff.; ein solches befürwortend BVerfGE 122, 89; *Ennuschat*, Hochschule und Religion (o. Fn. 32), S. 94.

¹⁸⁰ Teilweise abweichend *Axel von Campenhausen*, Theologische Fakultät und Landeskirche, in: ders., Gesammelte Schriften, 1995, S. 211 (217 f.); a.A. wohl *Kühler*, Mitwirkungsrechte (o. Fn. 177), S. 181 ff.

¹⁸¹ *Unruh*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 72), Art. 137 WRV, Rn. 176.

¹⁸² BVerfGE 122, 89 (111); allgemein zum Angebotscharakter des Staatskirchenrechts *Christian Waldhoff*, Die Zukunft des Staatskirchenrechts, in: *EssGespr.* 42 (2008), S. 96 ff.

¹⁸³ Siehe bereits oben Rn. 33.

¹⁸⁴ BVerwGE 101, 309 (317 ff.); dazu ausführlich die zustimmende Anmerkung von *Stefan Muckel*, Die Rechtsstellung der Kirchen bei der Errichtung eines theologischen Studiengangs an einer staatlichen Universität, in: DVBl. 1997, S. 873; vgl. auch *Heinig/Vogel*, Hochschulbildung (o. Fn. 76), Rn. 8; a.A. *Kriewitz*, Errichtung (o. Fn. 117); *Claus Dieter Classen*, Organisationsrechtliche Fragen der Theologie, in: JZ 2014, S. 111 (116); *ders.*, Religionsrecht (o. Fn. 1), Rn. 533.

durch Art. 137 Abs. 3 WRV geschützten kirchlichen Selbstbestimmung verortet, so dass eine Güterabwägung mit den gegenläufigen staatlichen Interessen erforderlich sei. Im konkreten Fall wurde die Personalknappheit der Kirche und die Tatsache, dass benachbarte kirchliche Ausbildungsstätten negativ betroffen sein könnten, bei der Abwägung berücksichtigt.

Das kirchliche Mitwirkungserfordernis folgt – neben Erwägungen zu möglicher Konkurrenz zu kirchlichen Hochschulen – schon aus der grundsätzlichen Überlegung, dass im Falle der Verweigerung einer Kirche der Staat andernfalls selbst die Lehrinhalte bestimmen müsste – was, wie gezeigt, einen klaren Verstoß gegen seine Neutralitätspflicht darstellte.¹⁸⁵ Differenzierter ist die Einrichtung von Lehrstühlen oder Professuren für die Ausbildung von Religionslehrern. Lässt die jeweilige Religionsgemeinschaft im Sinne von Art. 7 Abs. 3 GG Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach an öffentlichen Schulen erteilen, setzte sie sich zu dieser Entscheidung in Widerspruch, wenn sie den Staat daran hinderte, für die wissenschaftliche Ausbildung der Religionslehrer zu sorgen.

44 Umgekehrt stellen sich in der Gegenwart eher Fragen der Schließung oder der Reorganisation theologischer Fakultäten. Auf die Sittierung der Bamberger und der Passauer Fakultät wurde bereits oben hingewiesen.¹⁸⁶ Da die Errichtung einer theologischen Fakultät ein staatliches Angebot an die Religionsgemeinschaften darstellt, welches Ausdruck der staatlichen Organisationshoheit ist, muss der Staat grundsätzlich auch umgekehrt in der Lage sein, ohne Mitwirkung der Kirchen theologische Fakultäten zu schließen.¹⁸⁷ Zwar garantieren einige Landesverfassungen theologische Fakultäten, ob damit aber die konkret bestehenden Fakultäten garantiert werden,

¹⁸⁵ Vgl. auch *Martin Heckel*, Zur Errichtung theologischer Fakultäten und Studiengänge im Spannungsfeld von Kulturverfassungsrecht und Staatskirchenrecht, in: *Rechtsstaat Kirche Sinnverantwortung. Festschrift für Klaus Obermayer*, hg. von Richard Bartlsperger / Dirk Ehlers / Werner Hofmann / Dietrich Pirson, 1986, S. 181 ff.; *Martin Morlok / Markus H. Müller*, Keine Theologie ohne die Kirche / keine Theologie gegen die Kirche, in: *JZ* 1997, S. 549 (552, 554 f.); *Mückl*, Freiheit (o. Fn. 6), Rn. 41; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 13), Rn. 482.

¹⁸⁶ Unter Rn. 11; bzgl. ähnlicher Probleme in NRW s. *Ennuschat*, Hochschule und Religion (o. Fn. 32), S. 93.

¹⁸⁷ Vgl. *de Wall*, Hochschulreform (o. Fn. 17), S. 225; *Classen*, Religionsrecht (o. Fn. 1), Rn. 533; zur umgekehrten Frage, ob die Kirche in der Lage ist eine theologische Fakultät zu schließen oder deren Approbation als kirchliche Fakultät aufzuheben s. *Pulte / Schmees*, Was ist neu in Veritatis Gaudium? (o. Fn. 122), S. 260 ff.

ist umstritten.¹⁸⁸ Sofern jedenfalls staatskirchenvertraglich das Bestehen einer Fakultät explizit zugesichert ist, kann diese ohne Änderung der vertraglichen Absicherung nicht staatlicherseits geschlossen werden.¹⁸⁹ Fachbereiche sind dabei Fakultäten gleichgesetzt.¹⁹⁰ Über die staatliche Organisationshoheit nehmen damit grundsätzlich auch die theologischen Fakultäten an Hochschulreformen, etwa in den 1970er Jahren in Richtung auf die sog. Gruppenuniversität, teil. Aufgrund der o.g. staatskirchenvertraglichen Absicherung bestimmter theologischer Fakultäten ist eine Eingliederung in eine andere Fakultät, der Übergang von der klassischen theologischen „Monofakultät“ in eine Großfakultät ohne entsprechende Rechtsänderung nicht möglich. Verfassungsrechtlich gilt es zudem weitestmöglich fachliche Fremdbestimmung zu verhindern, da ansonsten u. U. ein Eingriff in das kirchliche Selbstverwaltungsrecht vorliegt.¹⁹¹ Einige sehen daher aufgrund ihrer administrativen Verselbständigung lediglich die klassische Fakultät als geeignete Organisationsform an.¹⁹² In der Praxis stellt sich freilich vermehrt die Frage, ob eine Eingliederung in eine Großfakultät bei Absicherung des Rechtsstatus einer Fakultät möglich wäre. In Erlangen, Mainz und in Hamburg wurde dies in je unterschiedlicher Weise vollzogen.¹⁹³ So wurden in Mainz die Katholisch- und die Evangelisch-Theologische Fakultät in einem gemeinsamen Fachbereich vereint, wobei jedoch ihre traditionellen Namen

¹⁸⁸ Vgl. *Christoph*, Kirchen- und staatskirchenrechtliche Probleme (o. Fn. 9), S. 30.

¹⁸⁹ *de Wall*, Hochschulreform (o. Fn. 17), S. 222; *ders.*, Staatskirchenrechtliche Stellung der Theologie (o. Fn. 21), S. 47 (57); *Richard Puza*, Bestandsgarantie und Umbildung von Lehrstühlen und Professorenstellen an staatlichen Katholisch-Theologischen Fakultäten in Deutschland, in: ZRG 119 KA 88 (2002), S. 391 ff.

¹⁹⁰ *Hermann Weber*, Organisationsformen theologischer Forschung und Lehre, in: Organisationsrechtliche Fragen (o. Fn. 13), S. 59 (61); differenziert noch *Jörg Müller-Volbehr*, Staat und Kirche – Universität und Theologie, in: ZevKR 24 (1979), S. 1 (10 ff.).

¹⁹¹ Vgl. auch *Heinig / Vogel*, Hochschulbildung (o. Fn. 76), Rn. 11; *de Wall*, Hochschulreform (o. Fn. 17), S. 225; *Weber*, Organisationsformen (o. Fn. 190), S. 66 ff.; *Hermann Weber*, Akademische Theologie an Universitäten – rechtliche Aspekte, in: Theologie(n) an der Universität (o. Fn. 62), S. 31 (39).

¹⁹² *Martin Heckel*, Zur Errichtung theologischer Fakultäten und Studiengänge im Spannungsfeld von Kulturverfassungsrecht und Staatskirchenrecht, in: *ders.*, Gesammelte Schriften. Staat, Kirche, Recht, Geschichte, Bd. 4, S. 987 (994); *ders.*, Grundfragen der theologischen Fakultäten seit der Wende, S. 244 f. m.w.N.; a.A. *Classen*, Organisationsrechtliche Fragen (o. Fn. 184), S. 116 f.; *Weber*, Organisationsformen (o. Fn. 190), S. 62 f., 73 ff., sieht jedoch die Fakultät auch als sinnvollste Organisationsform an.

¹⁹³ Zu Einzelheiten *Weber*, Organisationsformen (o. Fn. 190), S. 69 ff.

erhalten geblieben sind und ihnen auch weiterhin die ursprünglichen Fakultätsrechte zustehen. Während auch in Erlangen die Eingliederung der Evangelisch-Theologischen Fakultät in die gemeinsame Fakultät „Philosophische Fakultät und Fachbereich Theologie“ weitestgehend unter Wahrung der traditionellen Fakultätsrechte stattgefunden hat, wurde in Hamburg die Evangelisch-Theologische Fakultät in die geisteswissenschaftliche Fakultät eingegliedert, ohne ihr jedoch ausdrückliche Sonderrechte, die denen einer theologischen Fakultät entsprechen, zuzugestehen. In Berlin wurde zudem überlegt, die Evangelisch-Theologische Fakultät als Institut zusammen mit einem Institut für Islamische sowie einem für Jüdische Theologie in einer „Fakultät der Theologien“ zu fusionieren.¹⁹⁴ Der volle Rechtsstatus könnte dabei freilich nur dann gesichert werden, wenn für alle Fragen der Organisation von Prüfung und Lehre die theologischen Fachvertreter allein entscheiden und auch bei der Personalauswahl ohne Ingerenz aus anderen Fächern agieren könnten, fachliche Fremdbestimmung vollständig ausgeschlossen bliebe.¹⁹⁵ Ganz unabhängig davon, ob das konstruktiv möglich wäre,¹⁹⁶ stellte sich dann die Frage, ob eine solche organisatorische Veränderung sinnvoll bliebe.

3. Mitwirkungsrechte bei Studien- und Prüfungs-, Promotions- und Habilitationsordnungen

- 45 Da Studien- und Prüfungsordnungen maßgeblich über Art und Inhalt der Theologie, die an einer Fakultät gelehrt wird, entscheiden, stehen kirchliche Mitwirkungsrechte im Grundsatz hier außer Zweifel. Das gilt in besonderem Maße für Promotions- und Habilitationsordnungen, werden dort doch Regeln über die wissenschaftliche Weiterentwicklungen des Faches selbst definiert. Die Intensität der Mit-

¹⁹⁴ Diesen Vorschlag ablehnend: *Martin Heckel*, Zur Zukunft der theologischen Forschung und Lehre in Berlin, in: ZThK 114 (2017), S. 330; eher befürwortend: *Notger Slencka*, Der Vorschlag einer Zusammenführung konfessionsgebundener Forschungs- und Lehrinstitute zu einer gemeinsamen Fakultät und die Anfrage von Professor Dr. Ingolf Dalferth in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung v. 4.5.2017, 22.5.2017, abrufbar unter <https://www.theologie.hu-berlin.de/de/professuren/professuren/st/Fakultaet%20der%20Theologien/fakultaet-der-theologien_slenczka.pdf>.

¹⁹⁵ Vgl. *de Wall*, Hochschulreform (o. Fn. 17), S. 225; etwas abgeschwächer auch *Classen*, Religionsrecht (o. Fn. 1), Rn. 540; *Weber*, Organisationsformen (o. Fn. 190), S. 69 ff.

¹⁹⁶ Dies befürwortend *Heinig / Vogel*, Hochschulbildung (o. Fn. 76), Rn. 11.

wirkungsrechte erfährt wiederum eine konfessionelle Differenzierung: Während auf evangelischer Seite oftmals eher Anhörungsrechte eingeräumt wurden, bestehen für die katholische Kirche regelmäßig echte Mitwirkungsrechte.¹⁹⁷ Die vertraglich – teilweise auch gesetzlich – eingeräumten Mitwirkungsrechte jenseits der personellen Besetzung theologischer Lehrstühle sind, wie die vertraglichen Vereinbarungen zu den theologischen Fakultäten insgesamt ganz überwiegend auf die Ausbildung von Priestern bzw. Pfarrern, d. h. Geistlichen bezogen.¹⁹⁸ So heißt es etwa in Art. IX BadK: „Für die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen bleibt die katholisch-theologische Fakultät der Universität Freiburg i. Br. mit den zur Zeit des Vertragsabschlusses geltenden Rechten bestehen [...]. Die Studienordnung an dieser Fakultät muß den kirchlichen Vorschriften gemäß und auch den Bedürfnissen der Seelsorge entsprechend im Einverständnis mit dem Erzbischof aufgestellt werden. [...]“¹⁹⁹ Das Mitwirkungsrecht des Erzbischofs hinsichtlich der Studienordnung erscheint so von vornherein auf die Bedürfnisse der Priesterausbildung bezogen und damit auch beschränkt. Die Parallelnorm in Art. VII Abs. 1 BadKV enthält eine entsprechende Regelung „für die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen“ in Bezug auf die Heidelberger Fakultät.²⁰⁰ Noch deutlicher wird die spezifische Ausrichtung in Art. 4 § 1 BayK: „Der Unterricht an den theologischen Fakultäten der Universitäten und an den philosophisch-theologischen Hochschulen muß den Bedürfnissen des priesterlichen Berufes nach Maßgabe der kirchlichen Vorschriften Rechnung tragen.“²⁰¹ Im evangelischen Kirchenvertrag aus demselben Jahr 1924 sichert der Freistaat in Bezug auf die theologische Fakultät in Erlangen „die Aufrechterhaltung ihres evangelisch-lutherischen Charakters zu“.²⁰² Der Loccumer Vertrag von 1955 (NdsKV) führt in Art. 3 Abs. 1 aus: „Für die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen bleibt die Theologische Fakultät an der Universität Göttingen bestehen.“²⁰³ Auch für Hessen wird explizit der Bezug

¹⁹⁷ Dieter Lorenz, *Wissenschaftsfreiheit zwischen Kirche und Staat*, 1976, S. 11.

¹⁹⁸ Vgl. insgesamt auch *Kriewitz*, *Errichtung* (o. Fn. 117), S. 161 ff.

¹⁹⁹ Abgedruckt bei *Listl*, *Konkordate und Kirchenverträge* (o. Fn. 23), Bd. 1, S. 136 ff.

²⁰⁰ Abgedruckt ebd., S. 215 ff.

²⁰¹ Abgedruckt ebd., S. 289 ff.

²⁰² Abgedruckt ebd., S. 508 ff.

²⁰³ Abgedruckt ebd., Bd. 2, S. 109 ff.; zum 60-jährigen Bestehen des Loccumer Vertrages s. *Herwig van Nieuwland*, *60 Jahre Loccumer Vertrag – Ein Meilenstein des Staatskirchenrechts im Lichte des gesellschaftlichen Wandels*, in: *KuR* 2015, S. 142; *Christian Waldhoff/Dominik Rennert*,

zur Ausbildung von Geistlichen herausgestellt.²⁰⁴ Komplexer ist die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen: Art. II KathKV NRW 1984 sowie Art. II EvKV NRW 1984 stellen den Bezug zur Ausbildung von Priestern und Pfarrern her: „Für die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen bleiben [im Land Nordrhein-Westfalen] die katholisch- [bzw. evangelisch-] theologischen Fachbereiche an den Universitäten Bochum, Bonn und Münster bestehen.“²⁰⁵ Das wird in Art. V KathKV NRW 1984, entsprechend in Art. IV EvKV NRW 1984, für die kirchliche Mitwirkung an den Satzungsrechten der jeweiligen Fakultäten konkretisiert: „Der zuständige Minister wird Studien-, Prüfungs- und Habilitationsordnungen der Hochschulen in Katholischer Theologie erst genehmigen, wenn zuvor durch Anfrage bei dem Bischof, in dessen Diözese die Hochschule ihren Sitz hat, festgestellt worden ist, daß Einwendungen nicht erhoben werden. [...]“ Hier ist zwar nicht mehr explizit von der Ausrichtung auf die Ausbildung von Geistlichen die Rede – der systematische Zusammenhang ergibt jedoch, dass das dort statuierte Einvernehmensrecht nur in Bezug auf diese Gesamtausrichtung erfolgen darf und soll. Entsprechendes gilt für die Auslegung und Anwendung von Bestimmungen in den jeweiligen Landeshochschulgesetzen, wie sie sich etwa in Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen finden.²⁰⁶

- 46 Dieser Befund deckt sich mit der dargestellten verfassungsrechtlichen Lage. Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht trägt allein hinsichtlich der Ausbildung von kirchlichem Nachwuchs und Religionslehrern eine kirchliche Mitwirkung in Strukturfragen. Jenseits dieser beiden funktional-strukturellen, studiengangsbezogenen Begründungsstränge verlangt zwar auch der Charakter der Theologie als bekenntnisgebundener Wissenschaft kirchliche Mitwirkung. Diese muss, da inhaltlich-bekenntniswährend und nicht funktional-struk-

Loccum als „Erinnerungsort“ des Staatskirchenrechts, in: NdsVBl. 2016, S. 33.

²⁰⁴ Art. 13 Abs. 1 EvKV Hessen, abgedruckt bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 23), Bd. 1, S. 802 ff.: „Für die wissenschaftliche Vorbildung der Geistlichen bleibt die Evangelisch-theologische Fakultät an der Philipps-Universität in Marburg / L. bestehen.“

²⁰⁵ Abgedruckt bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 23), Bd. 2, S. 297 ff. und S. 380 ff.; vgl. zuvor Art. 12 Abs. 1 KathKV Preußen, abgedruckt bei *Listl*, a. a. O., S. 709 ff.; entsprechend Art. 11 EvKV Preußen, abgedruckt bei *Listl*, a. a. O., S. 760 ff.

²⁰⁶ § 140 Abs. 2 Universitätsgesetz BW; § 80 Abs. 4 S. 2 LHG NRW; dazu wiederum *Kriewitz*, Errichtung (o. Fn. 117), S. 162. – Zu den Verträgen in den neuen Ländern *Michael Frisch*, Die theologischen Fakultäten in den Staatskirchenverträgen der neuen Bundesländer, in: DÖV 1995, S. 636 ff.

turell bezogen, auch grundsätzlich die gesamte an der Fakultät gelehrt Theologie – also auch solche außerhalb der Ausbildungsstudiengänge – erfassen.²⁰⁷ Die erforderliche Bekenntniswahrung erfolgt aber ganz vorrangig über die personelle Mitwirkung, durch die Rückbeziehung, also der inhaltlich gelehrt Theologie, auf den einzelnen Hochschullehrer. Zwar ist darüber hinaus grundsätzlich denkbar, dass inhaltliche Fragen auch im Organisatorischen aufbrechen. Diese Fälle sind aber seltener, als oft pauschal angenommen. Verfassungsrechtlich braucht es daher in Strukturfragen keine *generelle* Mitwirkung der Religionsgemeinschaften außerhalb der Ausbildungsstudiengänge, ja darf sie, soll das Neutralitätsprinzip nicht strapaziert werden, grundsätzlich nicht geben. Einzig dann, wenn inhaltliche theologische Fragen in den funktional-organisatorischen Bereich hinübertreten (z.B. in der Disziplinstruktur), ist ein auf diesen Fall bezogenes kirchliches Vetorecht verfassungsrechtlich erforderlich.²⁰⁸

Was kann als Zwischenbilanz bis hierher festgehalten werden? **47** Drei Punkte verdienen Hervorhebung: (1.) Im Grundsatz kann es bei den kirchlichen Mitwirkungsrechten im Hinblick auf die Gestaltung der Pflege von Theologie an bestehenden staatlichen Hochschulen in bestehenden theologischen Fakultäten nur um geistliche Aspekte gehen; die Mitwirkung bezieht sich grundsätzlich auf die *Inhalte* von Forschung und Lehre, d.h. die Übereinstimmung mit der konfessionell gebundenen Lehre der jeweiligen Kirche. Eine theologische Lehre, die nicht mehr als katholisch oder als evangelisch bezeichnet werden könnte, müsste von den Kirchen nicht geduldet werden. Die Mitwirkungsrechte sind insofern „bekenntniswährend“²⁰⁹. Die eigentlichen Organisationsfragen bleiben in staatlicher Hand. (2.) Darüber hinausgehende, strukturell-organisatorische Mitwirkungsrechte sind in den einschlägigen Staatskirchenverträgen regelmäßig auf die Ausbildung von Priestern bzw. Pfarrern, ggf. sonstigen kirchlichen Personals und der Religionslehrer ausgerichtet und begrenzt. Hier ist die kirchliche Mitwirkung (auch) funktional-ausbildungsbezogen orientiert. Das entspricht der verfassungsrechtlichen Situation: Organisatorische Mitwirkungsrechte jenseits des Ausbildungsbezugs sind grundsätzlich nicht anzuerkennen, würden die Neutralität des Staates wenn nicht verletzen, so doch belasten. (3.) Von den vertragli-

²⁰⁷ Im Ergebnis so wohl auch *Classen*, Organisationsrechtliche Fragen (o. Fn. 184), S. 115.

²⁰⁸ Vgl. auch *Classen*, Organisationsrechtliche Fragen (o. Fn. 184), S. 118 f.

²⁰⁹ *Kriewitz*, Errichtung (o. Fn. 117), S. 164.

chen Vereinbarungen nicht erfasste Studiengänge rufen daher grundsätzlich auch verfassungsrechtlich keine Mitwirkungsrechte hervor.²¹⁰ Hier können etwa Prüfungs- und Studienordnungen allein durch staatlich-innerorganisatorischen Akt erlassen werden.

4. Mitwirkung theologischer Fakultäten an nichttheologischen Studiengängen und Abschlüssen

48 Die Relevanz und Aktualität der Frage, ob bzw. inwieweit theologische Fakultäten an nichttheologischen Studiengängen und Abschlüssen mitwirken dürfen, hat sich in jüngerer Zeit aus einem doppelten Grund – untereinander freilich wiederum zusammenhängend – gesteigert: Die universitäre Theologie gehört neben der Medizin und der Rechtswissenschaft zu den Disziplinen, die von der Einführung der Bachelor-Master-Struktur ausgenommen sind.²¹¹ Zudem sind die Zahlen der Studierenden in den letzten Jahren deutlich zurückgegangen.²¹² Beide Aspekte hängen insoweit zusammen, als dass sich bei zahlreichen Fakultäten beider Konfessionen Legitimationsprobleme bei rechtlich gesichertem Status stellen – dem Staat gegenüber; anderen Fakultäten im inneruniversitären Wettbewerb gegenüber. Es kommt ein Weiteres hinzu: Wie bei anderen Fakultäten/Disziplinen auch, besteht Unklarheit über den Auftrag der Universität, nämlich dahingehend, ob diese „Ausbildung“ oder „Bildung“ prästieren soll. Ist Theologie ohne beruflichen Bezug, ohne berufliches Ziel überhaupt denkbar oder sinnvoll? Die Fixierung der strukturellen kirchlichen Mitwirkungsrechte auf die Ausbildung des kirchlichen, vorrangig des priesterlichen oder pfarramtlichen Nachwuchses, lässt diese Frage in den Anforderungen der Gegenwart besonders dringlich werden. Wie sehen die Mitwirkungsrechte hinsichtlich einer von Berufsbildern „gelösten“ Theologie aus – Theologie als „reine Wissenschaft“, Theologie als Erkenntnis, nicht als Ausbildung für kirchliche Berufe? Verringern sich hier die kirchlichen Ingerenzrechte und welche Auswirkungen hat das für den Kontakt zu theologiefremden Fächern, Fakultäten, Studiengängen u. s. w.?

²¹⁰ Ausdrücklich *Kriewitz*, ebd., S. 163.

²¹¹ Näher unten Rn. 56 ff.

²¹² Vgl. oben Rn. 11 ff. sowie *Ernst-Lüder Solte*, Aktuelle Rechtsfragen der Theologenausbildung an den Universitäten des Staates, in: *ZevKR* 49 (2004), S. 351 (355 f.).

Die aufgeworfenen Fragen sind vor dem Hintergrund der oben dargelegten, historisch gewordenen Doppelfunktion der theologischen Fakultäten bei gleichzeitig möglichst strikter Trennung der Rechtssphären anzugehen.²¹³ Neben der heute kirchlichen Aufgabe der Prästierung des Nachwuchses an Priestern und Pfarrern tritt gleichberechtigt der staatliche Wissenschaftsauftrag, Theologie als Wissenschaft zu pflegen.²¹⁴ Das impliziert – dem deutschen, zweckfreien Wissenschaftsideal korrespondierend – auch die berufs- bzw. ausbildungsunabhängige Wissenschaftspflege. Anders ausgedrückt: Die theologischen Fakultäten besitzen auch einen von der Geistlichenausbildung losgelösten Wissenschaftsauftrag im Zusammenspiel mit der Gesamtuniversität, d.h. den anderen Fakultäten.²¹⁵ Dadurch, dass die Theologie von der „Bologna-Struktur“ ausgenommen ist, ist der Kontakt zu anderen Fakultäten im Bereich der Lehre gefährdet. Mag der wissenschaftliche Austausch von der Struktur des Studiums grundsätzlich unabhängig sein, ist der Austausch von Studierenden durch die Studienstruktur fundamental behindert. Dies dürfte die theologischen Fakultäten langfristig schwächen, da es schwierig ist, Theologie als „Nebenfach“ zu studieren, theologische Studienleistungen in andere Studiengänge zu importieren oder einfach geisteswissenschaftlich interessierte Studierende, die in der Fach- und Berufswahl noch schwanken, für die Theologie zu gewinnen. Es bedarf kaum größerer Erläuterungen, dass eine theologische Grundbildung etwa in den Disziplinen Geschichte, Philosophie, Kunstgeschichte, Soziologie u.v.a.m. nicht nur sinnvoll, sondern vielfach notwendig ist. Dies kommt im Übrigen regelmäßig nicht nur den Studierenden, sondern auch den Wissenschaftlern zugute. Die freiwillige oder unfreiwillige Selbstisolation der akademischen Theologie im Hinblick auf die Kompatibilität der Studienstruktur stellt eine Gefahr in Richtung auf eine intellektuelle Verarmung dar. Davon geht etwa auch das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil zum

²¹³ Oben Rn. 32.

²¹⁴ Vgl. ähnlich bereits *Troeltsch*, Trennung von Staat und Kirche (o. Fn. 22), S. 68; sich anschließend *Wriedt*, Theologie der Zukunft (o. Fn. 2), S. 174.

²¹⁵ Vgl. auch *Heckel*, Theologische Fakultäten (o. Fn. 24), S. 213: „Für die theologische Forschung und Lehre besteht ein berechtigtes Bedürfnis nach Begegnung und Auseinandersetzung mit den theologischen Positionen der anderen großen Konfessionen, wie auch mit den philosophischen Strömungen und mit den großen Ideologien der Epoche. Dies ist gerade im Rahmen ihrer ‚kirchlichen‘ Funktion der Geistlichenausbildung zu betonen, die auf akademischer Ebene ohne Verschulung zu geistiger Selbständigkeit und Freiheit führen soll.“

Studiengang Katholische Diplomtheologie an der Universität Frankfurt von 1996 aus: „Ferner ist hier zu berücksichtigen, daß der mit den Bildungsaufgaben verbundene Forschungsauftrag nach überkommenem Verständnis auch die interdisziplinäre Forschung umfaßt. Deshalb ist die vom Beklagten [Land Hessen] und der Beigeladenen [Universität Frankfurt] geltend gemachte Notwendigkeit einer Zusammenarbeit etwa zwischen dem philosophischen und dem theologischen Fachbereich ein ebenfalls vom staatlichen Bildungsauftrag umfaßtes legitimes Interesse.“²¹⁶

50 Die verfassungsrechtlich umschriebene Reichweite der kirchlichen Mitwirkung in Strukturfragen entspricht – nicht von ungefähr – dieser Trennung der Interessensphären: Wie das kirchliche Interesse an den Fakultäten funktional auf die Nachwuchsausbildung gezielt und begrenzt ist, so ist auch verfassungsrechtlich die kirchliche Mitwirkung in der Fakultätsorganisation auf Ausbildungsfragen gezielt und begrenzt. Jenseits dieser Funktionalität, im gleichberechtigt danebenstehenden Bereich der staatlichen Wissenschaftspflege, bestehen im Umkehrschluss keine organisatorischen Mitwirkungsrechte. Anders würde die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates überstrapaziert. Damit sind Modularisierungen, etwa zum Export für andere Studiengänge, rechtlich grundsätzlich ohne kirchliche Mitwirkung zulässig. Darüber hinaus wäre auch die Einrichtung eines neben den auf das Priester- bzw. Pfarramt ausgerichteten Voll- bzw. Hauptstudiengang tretenden Bachelor-/Masterstudiengangs grundsätzlich ohne kirchliche Mitwirkung zulässig.²¹⁷ Die Kirchen sind in ihren Interessen hinreichend geschützt, da sie nicht gezwungen werden können, Absolventen derartiger Studiengänge zu beschäftigen. Das sollten sie dann auch deutlich herausstellen. Damit fällt auch das Argument von *Ernst-Lüder Solte* weg, wonach die Kirchen einen neuen Studiengang abwehren könnten, weil „es in ihrem Beschäftigungssystem keinen Bedarf an nach dem neuen Modell ausgebildeten Theologen“ gebe.²¹⁸ Das kann schon deshalb kein Argument sein, weil niemand gezwungen ist, irjemand einzustellen – schon gar nicht die Kirchen.

Gleichwohl gibt es Rückwirkungen der überkommenen Mitwirkungsrechte der Kirchen, die der staatlichen Einrichtungsbefugnis nach geltendem Recht Grenzen ziehen. Sie ergeben sich aus den Res-

²¹⁶ BVerwGE 101, 309 (317).

²¹⁷ A. A. *Joachim E. Christoph*, Zur Akkreditierung theologischer Studiengänge, in: ZevKR 49 (2004), S. 253 (266 ff.).

²¹⁸ *Solte*, Aktuelle Rechtsfragen (o. Fn. 212), S. 364.

sources der Fakultäten. Die vom Staat garantierte, vertraglich abgesicherte Ausbildungsfunktion darf durch anderweitiges fakultäres Engagement in keiner Weise gefährdet werden.²¹⁹ Die Bestandsgarantie der Fakultäten umfasst insoweit eine Funktionsgarantie, wiederum bezogen auf den Berufsausbildungsaspekt.²²⁰ Es wäre daher rechtswidrig, gingen die Leistungen der theologischen Fakultäten für andere Fakultäten bzw. Studiengänge zu Lasten der Priester- bzw. Pfarrerausbildung. Das bedeutet letzten Endes auch, dass das Bekenntnis der jeweiligen Theologie gewahrt bleiben muss. Die Ausweitung der theologisch-fakultären Betätigung kann nicht dazu führen, die konfessionelle Gebundenheit überkommener Prägung abzustreifen. Es ist mithin weiter evangelische oder katholische Theologie im Sinne der jeweiligen Kirche zu lehren. Auf die kirchlichen Beanstandungsrechte hinsichtlich der Hochschullehrer hätte eine solche Funktionsausweitung, die zu einem großen Teil meines Erachtens nur eine Funktionserhaltung darstellten würde, daher grundsätzlich keine Auswirkungen.

5. Einführung nichttheologischer Studiengänge an theologischen Fakultäten, Verleihung nichttheologischer Doktorgrade, fachfremde Professuren

Größere Probleme stellen sich bei der Einführung nichttheologischer Studiengänge an theologischen Fakultäten, da damit der Auftrag dieser universitären Einrichtungen überschritten würde. Gleichwohl sollte auch hier differenziert werden: Theologieferne Studiengänge würden schon nach allgemeinem Hochschulrecht Probleme aufwerfen. Ein (rein) philosophischer oder (rein) historischer Studiengang hat an einer theologischen Fakultät nichts zu suchen; dafür fehlt der Fakultät letztlich auch die Kompetenz. Schwieriger sind die – ohnehin wohl allein praktisch relevanten – Studiengänge mit einem entscheidenden theologischen fachlichen Anteil, die nicht auf die Ausbildung von Geistlichen oder sonstigem kirchlichen Per-

51

²¹⁹ In etwas anderem Kontext spricht auch das Bundesverwaltungsgericht von „Vorwirkungen“ und dem berechtigten Interesse der (katholischen) Kirche, „die bekenntnisgebundene Ausbildung von Volltheologen in ihrer Gesamtheit – an kirchlichen und staatlichen Hochschulen –“ zu ordnen und zu verwalten, BVerwGE 101, 309 (313 f.) – Studiengang Katholische Diplomtheologie an der Universität Frankfurt.

²²⁰ *Hollerbach*, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 567; *Solte*, Aktuelle Rechtsfragen (o. Fn. 212), S. 358, 359.

sonal oder auf das Lehramt ausgerichtet sind. In Bonn existiert etwa seit einigen Jahren ein „Master of Ecomenical Studies“. Oftmals sind diese Studiengänge freilich auf Importe aus anderen Fakultäten angewiesen. Nach den oben getroffenen Abschichtungen ergibt sich für kirchliche Mitwirkungsrechte folgendes: Hinsichtlich der Einführung und der Grundstruktur eines derartigen Studiengangs bestehen grundsätzlich keine kirchlichen Mitwirkungsrechte.²²¹ Dies stellte einen Übergriff in den staatlichen Bereich der Wissenschaftspflege dar und wäre mit der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates nicht zu vereinbaren. Hinsichtlich der Bekenntnistreue des theologischen Lehrpersonals bestehen die kirchlichen Mitwirkungs- und Aufsichtsrechte fort, denn es wäre nicht zu vermitteln, dass etwa ein Fundamentaltheologe im Rahmen der Priesterausbildung etwas grundsätzlich anderes lehrt, als in einem mit anderen Fakultäten zusammen veranstalteten Masterstudiengang.²²² Auch derartige Studiengänge dürften freilich wiederum die vertraglich garantierte Ausbildungsfunktion im Hinblick auf die Geistlichen nicht beeinträchtigen – eine Frage, die nur im Einzelfall aufgrund der je unterschiedlichen Ressourcen geklärt werden muss. Völlig fachfremde Studiengänge dürften ohnehin hochschulrechtlich nicht eingeführt werden.

- 52 Davon wiederum abzugrenzen ist die Frage, ob theologische Fakultäten nichttheologische Doktorgrade verleihen können. Eine entsprechende Praxis besteht z.T. seit langem.²²³ Bei der Promotion – und noch verstärkt bei der Habilitation – geht es um die wissenschaftliche Fortbildung des Faches; dies ist bei gewöhnlichen Studienabschlüssen regelmäßig nicht der Fall, so dass die Frage gesondert zu behandeln ist. Die Verleihung nichttheologischer Doktorgrade erscheint staatskirchenrechtlich zwar nicht von vornherein ausgeschlossen, sollte freilich die Ausnahme bleiben.²²⁴ Insbesondere darf sich der Charakter als konfessionell gebundene Fakultät durch derartige Verleihungen nicht verändern. Jenseits dieser Schwelle entfal-

²²¹ A. A. *Joachim E. Christoph*, Nichttheologische Graduierungen an Evangelisch-theologischen Fakultäten?, in: ZThK 109 (2012), S. 270 (281 ff.).

²²² Im Ergebnis ähnlich *Classen*, Organisationsrechtliche Fragen (o. Fn. 184), S. 118. Dieser sieht ein Mitwirkungsrecht der Kirchen für erforderlich, wenn Prüfungen einen spezifischen Bezug zur jeweiligen Theologie aufweisen.

²²³ *Hendrik Munsonius*, Einführung nichttheologischer Doktorgrade an theologischen Fakultäten?, in: Organisationsrechtliche Fragen (o. Fn. 13), S. 129.

²²⁴ Kritischer *Christoph*, Nichttheologische Graduierungen (o. Fn. 221), S. 281 ff.

len dann allerdings nach der hier vertretenen Auffassung die kirchlichen Mitwirkungsrechte.²²⁵ Demgegenüber sind u. U. – je nach hochschulrechtlicher Lage – diejenigen Fakultäten einzubeziehen, in deren Bereich übergreifen wird, insbesondere die jeweilige philosophische Fakultät. In keinem Fall könnte eine nichttheologische Fakultät einen theologischen Doktorgrad verleihen. Allerdings könnte bei der Integration einer theologischen Fakultät in z. B. eine philosophische Fakultät auch an letzterer ein theologischer Doktorgrad erworben werden, solange die Entscheidung maßgeblich auf theologischem Sachverstand beruht.²²⁶

Schließlich gilt es dem Phänomen gerecht zu werden, dass an vielen theologischen Fakultäten „fachfremde Professuren“ bestehen. Was freilich fachfremd ist oder nicht bestimmt die jeweilige Religionsgemeinschaft. Wenn diese der Ansicht ist, dass Religionswissenschaft zu einem Studium ihrer Theologie sinnvoll oder erforderlich ist, bestehen keine Bedenken, Lehrstühle für dieses Fach an einer theologischen Fakultät vorzuhalten.²²⁷ Nur gegen die Mitwirkungsrechte der jeweiligen Kirche ist dies nicht möglich, denn die Disziplinstruktur wie die Auswahl der Hochschullehrer gehören zum Kern kirchlicher Mitwirkungsrechte.²²⁸

53

6. Religions- und Konfessionszugehörigkeit der Studierenden

Die überkommene Lehre schließt die Zulassung konfessionsfremder Studierender vom konfessionell gebundenen Theologiestudium aus bzw. knüpft sie an die Zustimmung der jeweiligen Religionsgemeinschaft.²²⁹ Vor der Durchnormierung des Hochschulrechts u. a. als Folge der Wesentlichkeitsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts seit den 1960er/70er Jahren war die Konfessionszugehörigkeit regel-

54

²²⁵ So auch *Classen*, Organisationsrechtliche Fragen (o. Fn. 184), S. 120.

²²⁶ *Classen*, Organisationsrechtliche Fragen (o. Fn. 184), S. 119.

²²⁷ Zum Ganzen näher *Christian Walter*, Fachfremde Professuren an theologischen Fakultäten, in: Organisationsrechtliche Fragen (o. Fn. 13), S. 147.

²²⁸ So auch *Classen*, Organisationsrechtliche Fragen (o. Fn. 184), S. 118, für den Fall, dass den Kirchen staatsvertraglich Mitwirkungsrechte garantiert sind. Allerdings gesteht er den Kirchen nur ein grundsätzliches Zustimmungsrecht zu der grundsätzlichen Einrichtung der Professur zu, Mitwirkungsrechte bei der Besetzung dieser lehnt er ab.

²²⁹ *Heckel*, Theologische Fakultäten (o. Fn. 24), S. 270 ff.; *Axel von Campenhausen*, Zur Konfessionalität einer Theologischen Fakultät, in: ZevKR 41 (1996), S. 159 ff.; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 13), Rn. 483.

mäßig derart selbstverständlich, dass entsprechende Bestimmungen fehlten.²³⁰

- 55 Auch hinsichtlich der Frage der Konfessionszugehörigkeit kann freilich stärker zwischen dem Ausbildungs- und dem Wissenschafts- aspekt von Theologie differenziert werden, als dies bisher üblich ist: Die reine Zulassung zum Studium ist zumindest solange auch Konfessionsfremden offen zu halten wie – unter den Bedingungen einer fehlenden Zulassungsbeschränkung – der Charakter des Theologiestudiums als bekenntnistshaft gebundener Disziplin nicht verändert wird.²³¹ Das hängt wiederum mit der auch hier erhobenen wissenschafts- und disziplinpolitischen Forderung nach einer stärkeren Verzahnung der Theologie mit den anderen Geisteswissenschaften zusammen, die durch den Ausschluss Konfessionsfremder von vornherein erschwert wäre. Grenze ist die „Gefahr einer Überfremdung oder ‚Umfunktionierung‘“.²³² Führt dies zu einer Situation, in der ganz wenige Konfessionsangehörige einer Mehrzahl Konfessionsfremder oder Konfessionsloser gegenüberstünde, würde der der kirchlichen Mitwirkung unterliegende Gesamtzuschnitt, die Ausrichtung der Fakultät verändert. Das gilt prinzipiell auch für die Ablegung von Prüfungen und den Erwerb von Studienabschlüssen, solange die Kirchen nicht gezwungen werden, entsprechende Absolventen einzustellen. Die hier vorgeschlagene begrenzte Lockerung dient nicht zuletzt der Kompatibilisierung mit anderen Fächern in der „Bologna-Struktur“ der gegenwärtigen Universität und stellt einen schonenderen Ausgleich zwischen etwaigen kirchlichen Leitbildern vom konfessionshomogenen Studenten und der staatlichen Studierfreiheit dar. Sofern bei den Abschlüssen freilich der wissenschaftliche Aspekt überwiegt, wie dies insbesondere bei Dissertationen und bei Habilitationen der Fall ist, können die Kirchen den Zugang auf Angehörige der eigenen Konfession beschränken.²³³

²³⁰ Ausführlich *Christoph*, Kirchen- und staatskirchenrechtliche Probleme (o. Fn. 9), S. 74 ff.

²³¹ Vgl. auch *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 111), Art. 136 WRV, Rn. 97; *Classen*, Religionsrecht (o. Fn. 1), Rn. 543 f., hier wird zu Recht darauf hingewiesen, dass sich die Frage für Lehramtsstudiengänge kaum stellt, da ohnehin nur Konfessionszugehörige als Religionslehrer angestellt werden (können).

²³² Vgl. *Hollerbach*, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 570.

²³³ VGH Mannheim, in: JZ 1985, S. 943 = NVwZ 1985, S. 126; dazu *Axel von Campenhausen*, Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht in staatlichen Theologischen Fakultäten, in: ZevKR 30 (1985), S. 71 ff., und *Martin Heckel*, Urteilsanmerkung (o. Fn. 135), S. 948; insgesamt für Konfessionsklauseln *Axel von Campenhausen*, Rechtsprobleme der Theologischen Prüfung, in:

7. Der sog. Bolognaprozess und die theologischen Fakultäten

Hinter dem Schlagwort „Bolognaprozess“ verbergen sich zwei verschränkte Entwicklungen: die Festlegung von Reformzielen und -schritten für den sog. Europäischen Hochschulraum auf europäischer Ebene im Rahmen mehrerer Konferenzen ab 1998 sowie die verbindliche nationale Umsetzung dieser Ziele und die einhergehende Umwandlung des deutschen Hochschulsystems. Ziel des Prozesses ist die Vereinheitlichung der europäischen Hochschullandschaft: Nationale Abschlüsse sollen vergleichbar werden, die Mobilität der Studierenden über die Landesgrenzen hinweg soll erhöht werden. Zur Erreichung dieser Ziele wurden vier Reformschritte festgelegt:²³⁴

56

- die bekannteste Neuerung, die Einführung einheitlicher, in zwei „Zyklen“ angelegter Abschlüsse, einem ersten berufsqualifizierenden (Bachelor) und einem zweiten, zur Wissenschaft orientierten und nur für einen Teil der Studierenden gedachten (Master);
- die Einteilung und Bewertung der erbrachten Leistungen nach dem jeweiligen Zeitaufwand („workload“) in „Leistungspunkte“ (ECTS), um so die Vergleichbarkeit auch der Studienfortschritte zu gewährleisten und Mobilität auch innerhalb des Studiums sicherzustellen;
- in derselben Zielrichtung eine „Modularisierung“ von Studiengängen, ihre Untergliederung also in, mehrere Lehreinheiten nach einem Sachgebiet zusammenfassende, Bausteine oder „Module“; sowie
- die Sicherung eines einheitlichen europaweiten Studienstandards im Wege der externen „Akkreditierung“ der einzelnen Studiengänge.

Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche, hg. von Peter Badura, 1993, S. 179; *Christoph*, Kirchen- und staatskirchenrechtliche Probleme (o. Fn. 9), S. 74 ff., mit Nachweis sämtlicher Klauseln für evangelisch-theologische Fakultäten, S. 86 ff.; kritisch bzgl. VGH Mannheim *Classen*, Religionsrecht (o. Fn. 1), Rn. 544; weitergehend *Heribert Hallermann*, Bekenntnisgebundene Zugangsbeschränkungen zum Theologiestudium?, in: AfkKR 183 (2014), S. 77 (81 ff.), der nach derzeitigem katholischem Kirchenrecht selbst bei der Erlangung akademischer Grade eine konfessionelle Beschränkung nicht für begründbar hält.

²³⁴ Grundlegend ist hier die „Bologna-Erklärung“ von 1999: „The European Higher Education Area. The Bologna Declaration of 19 June 1999. Joint declaration of the European Ministers of Education“.

Die nationale Umsetzung dieser (rechtlich unverbindlichen) europäischen Zielsetzungen und Reformschritte ist in Deutschland durch den Bildungsföderalismus eher unübersichtlich geraten. Grundsätzliche Vorgaben finden sich im nach der Föderalismusreform über Art. 125a GG fortgeltenden Hochschulrahmengesetz. § 19 Abs. 1 HRG sieht die Möglichkeit von Bachelor- und Masterabschlüssen vor. § 9 Abs. 2 HRG beauftragt die Länder, einheitliche Standards für Studiengänge festzulegen, also Vorgaben für Modularisierung und Leistungspunktezuweisung zu entwickeln, die als Leitlinien für ihre Akkreditierung fungieren können. Diesen Rahmen / Regelungsauftrag haben die Länder zunächst durch koordinative Beschlüsse der Kultusministerkonferenz zu den einzelnen Reformbereichen aufgegriffen²³⁵ und diese dann in einem zweiten Schritt in ihren Hochschulgesetzen verankert.²³⁶

- 57 Für die theologischen Fakultäten kam es in diesem Prozess zu Besonderheiten, die sich aus ihrer Qualifikation als *res mixtae* und den damit einhergehenden Mitwirkungsrechten der Kirchen ergeben.²³⁷ Der dadurch nochmals erhöhte Koordinationsaufwand wurde durch Kultusministerkonferenz und Kirchen im Beschluss „Eckpunkte für die Studienstruktur in Studiengängen mit Katholischer oder Evangelischer Theologie / Religion“ der Kultusministerkonferenz vom 13.12.2007 (im Folgenden „Eckpunkte“) bewältigt.²³⁸ Nach diesem

²³⁵ Zu den zweistufigen Abschlüssen: Beschluss der Kultusministerkonferenz, „10 Thesen zur Bachelor- und Masterstruktur in Deutschland“ vom 12.6.2003; zur Modularisierung / Leistungspunktezuweisung: Beschluss der Kultusministerkonferenz „Rahmenvorgaben für die Einführung von Leistungspunktsystemen und die Modularisierung von Studiengängen“ vom 15.9.2000 i. d. F. v. 22.10.2004; zur Akkreditierung (Erfüllung des Regelungsauftrages aus § 9 Abs. 2 HRG): Beschluss der Kultusministerkonferenz, „Ländergemeinsame Strukturvorgaben gem. § 9 Abs. 2 HRG für die Akkreditierung von Bachelor- und Masterstudiengängen“ vom 10.10.2003 i. d. F. v. 4.2.2010; zu Lehramtsstudiengängen: Kultusministerkonferenz, „Eckpunkte für die gegenseitige Anerkennung von Bachelor- und Masterabschlüssen in Studiengängen, mit denen die Bildungsvoraussetzungen für ein Lehramt vermittelt werden“ vom 2.6.2005.

²³⁶ Z. B. § 29 Abs. 2 LHG BW; Art. 57 Abs. 2 LHG Bay.; § 23 Abs. 1 LHG Berlin; § 17 Abs. 3 LHG Bbg.; § 60 Abs. 4 LHG NRW; § 44 Abs. 1 S. 1 LHG Thür.

²³⁷ Vgl. auch *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 13), Rn. 484 f.; *Heribert Hallermann*, Akkreditierung katholisch-theologischer Studiengänge?, in: AfKKR 173 (2004), S. 92 ff.

²³⁸ Eine 2. Evaluation der Eckpunkte im Jahre 2015 durch den Hochschulausschuss der Kultusministerkonferenz ist zu dem Ergebnis gekommen, dass gute Fortschritte bei der Umsetzung des Bologna-Prozesses erzielt worden seien. Allerdings bestehen sowohl die katholische als auch die evangelische

Papier ergibt sich für die Theologie ein Bild einer nach Studiengängen abgestuften Umsetzung der Bologna-reform: Für das theologische Vollstudium ist keine Einführung der gestuften Studienabschlüsse vorgesehen (Eckpunkte Nr. 3 Abs. 1).²³⁹ Auf Seiten beider Konfessionen bestehen klare kirchenrechtliche Vorschriften, nach denen nur ein grundständiges fünfjähriges Vollstudium zum Dienst im geistlichen Amt befähigt.²⁴⁰ Dem genügt aber insbesondere der Bachelor-Abschluss, der nach drei Jahren Studium zum Beruf qualifizieren soll, nicht; für „dreijährige“ Volltheologen sehen die Kirchen keine Verwendungsmöglichkeit. Als einziger Reformschritt wurde daher eine Umbenennung des Diplom-Abschlusses in „Magister Theologiae“ vorgegeben (Eckpunkte Nr. 3 Abs. 1 a.E.); viele Fakultäten sind aber auch im Titel beim Diplom verblieben.

Eine Modularisierung und Aufteilung in Leistungspunkte ist dagegen auch für die Volltheologie vorgesehen (Eckpunkte Nr. 3 Abs. 2) und wurde von kirchlicher Seite entsprechend umgesetzt.²⁴¹ Der Aufwand hierfür war gleichwohl gering, richteten sich die jeweiligen Studiengänge in ihrer Binnendifferenzierung ja bereits zuvor nach einheitlichen (kirchlichen) Vorgaben für ihren Aufbau. Ebenfalls umgesetzt wurde die Akkreditierung der Studiengänge, wobei bei der Akkreditierung die einschlägigen kirchlichen Vorschriften zu berücksichtigen sind und ein Vertreter der Kirche mitwirken und seine Zustimmung erteilen muss (Eckpunkte Nr. 8 Abs. 1). Die Akkreditierung

58

Kirche weiterhin auf eine ungestufte Studienstruktur des Studiums der Volltheologie. Die Eckpunkte hätten sich jedoch bewährt, sodass es derzeit keiner Überarbeitung dieser bedürfe. Eine weitere Evaluation ist nach Ablauf von fünf Jahren vorgesehen.

²³⁹ Anschauliche landeshochschulrechtliche Umsetzungen sind § 29 Abs. 3 S. 2 LHG BW; Art. 57 Abs. 4 Hs. 2 LHG Bay. oder § 44 Abs. 1 S. 2 LHG Thür.

²⁴⁰ Nr. 131 der Rahmenordnung für die Priesterbildung der Deutschen Bischofskonferenz i. d. F. v. 12. 3. 2003; § 3 S. 1 der Rahmenordnung für die Erste Theologische Prüfung / die Prüfung zum Magister Theologiae der EKD vom 3. 12. 2010.

²⁴¹ Katholisch: „Kirchliche Anforderungen an die Modularisierung des Studiums der Katholischen Theologie (Theologisches Vollstudium) im Rahmen des Bologna-Prozesses“ der Deutschen Bischofskonferenz zuletzt vom 21. 6. 2016, sowie die „Handreichung für die Anerkennung von Studien- und Prüfungsleistungen beim modularisierten Theologischen Vollstudium der Katholischen Theologie“ der Deutschen Bischofskonferenz vom 29./31. 1. 2012 – evangelisch: „Rahmenordnung für den Studiengang Evangelischer Theologie (Pfarramt / Diplom / Magister Theologiae) vom 26./27. 3. 2009; s. auch die entsprechenden Dokumente und Texte aus der Arbeit der Gemischten Kommission für die Reform des Theologiestudiums, in: Theologische Ausbildung in der EKD, hg. von Michael Beintker / Michael Wöller, 2014, S. 63 ff.

des katholischen theologischen Vollstudiums erfolgt dabei durch die Akkreditierungsagentur des Heiligen Stuhls (Eckpunkte Nr. 8 Abs. 2).²⁴²

- 59 Für die Lehramtsstudiengänge (Eckpunkte Nr. 4) sowie andere, nicht in das geistliche Amt führende Studiengänge mit Theologie / Religion im Haupt- oder Nebenfach (Eckpunkte Nr. 6) wurde die Reform dagegen vollumfänglich²⁴³ umgesetzt, sowohl in den Abschlussbezeichnungen (für das Lehramtsstudium B.Ed. und M.Ed. – *of Education*) als auch im Aufbau der Studiengänge und ihrer (ebenfalls unter Mitwirkung und Zustimmung eines Kirchenvertreters zu erfolgenden) Akkreditierung (Eckpunkte Nr. 8).²⁴⁴ Insbesondere von der Einführung sonstiger theologischer Bachelor- und Masterstudiengänge haben die Fakultäten Gebrauch gemacht. Der rege Zulauf von Studierenden bestätigt diesen Schritt.²⁴⁵ Für die Einrichtung derlei Studiengänge sieht der Kultusministerkonferenz-Beschluss die Zustimmung der Kirchen vor; Ähnliches gilt für einige Landeshochschulgesetze und Staatskirchenverträge. Dass diese Zustimmung von Verfassungen wegen indes nicht erforderlich ist, wurde bereits dargelegt.²⁴⁶

²⁴² Genauer durch „Agentur für Qualitätssicherung und Akkreditierung kanonischer Studiengänge in Deutschland e.V. – AKAST“ eine vom Akkreditierungsrat anerkannte selbständige Regionalorganisation der „Agenzia della Santa Sede per la Valutazione e la Promozione della Qualità delle Facoltà Ecclesiastiche – AVERPO“.

²⁴³ Kritisch hierzu *Hubertus Drobner*, Quo vadis, Bologna?, 2013, S. 66 f., da der Bachelor nicht ausreicht, um als Lehrer arbeiten zu können.

²⁴⁴ Hierzu auf katholischer Seite: *Deutsche Bischofskonferenz*, „Kirchliche Anforderungen an die Religionslehrerausbildung“ vom 23.11.2010; *Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz*, „Handreichung zur kirchlichen Mitwirkung bei der Akkreditierung von Lehramts- oder Kombinationsstudiengängen bzw. interdisziplinären Angeboten mit Katholischer Theologie / Religion“, zuletzt vom 6.11.2014 – auf evangelischer Seite: *Gemischte Kommission für die Reform des Theologiestudiums*, „Problemfelder und Orientierungspunkte bei der Entwicklung von BA-/MA-Studiengängen im Fach ‚Evangelische Theologie / Religionspädagogik‘ – Lehramtsstudiengänge“ vom 19.2.2005.

²⁴⁵ Siehe oben Rn. 12.

²⁴⁶ Siehe oben Rn. 50.

V. Islamische Theologie an staatlichen Hochschulen

1. Einführung

Die vor dem Hintergrund der religionssoziologischen Veränderung von der traditionellen Bikonfessionalität zur Multireligiösität verhandelte Frage, ob islamische Theologie an staatlichen Hochschulen eingerichtet werden kann oder soll, ist vielschichtig. In dieser Problemstellung spiegelt sich u.a. die Frage, ob das überkommene staatskirchen-/religionsverfassungsrechtliche System des Grundgesetzes den Herausforderungen durch den zur Zeit der Entstehung des Systems 1918/19 in Deutschland nicht verbreiteten Islam gewachsen ist.²⁴⁷ Zugleich bestehen unmittelbare Zusammenhänge mit dem parallelen Projekt der Einführung islamischen Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen.²⁴⁸ Zu fragen sein wird ferner, ob sich die Funktion islamischer Theologie im universitären Bereich in der Ausbildung wissenschaftlich vorgebildeter Religionslehrer erschöpft oder ob etwa auch Imame vorbereitet werden sollen²⁴⁹ bzw. ob Wissenschaft ohne unmittelbarem Ausbildungsaspekt ein (weiteres) Ziel sein soll – eine Frage, die auch für die christlichen Theologien nicht abschließend geklärt ist.²⁵⁰ Die Rechtfertigung islamischer Theologie an staatlichen Fakultäten unterscheidet sich im Ausgangspunkt kaum von der oben herausgearbeiteten Rechtfertigung christlicher Theologien im Verfassungsstaat des Grundgesetzes.²⁵¹ Auch die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung islamischer

60

²⁴⁷ Dazu jeweils ausführlich *Waldhoff*, Zukunft (o. Fn. 182), S. 55 ff.; *ders.*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität: Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates? Gutachten D für den 68. Deutschen Juristentag, 2010, S. D 1 ff.

²⁴⁸ Für einen Überblick *Waldhoff*, Religionskonflikte (o. Fn. 247), S. D 89 ff.; ferner *Stefan Muckel / Reiner Tillmanns*, Die religionsverfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen, in: *Der Islam im öffentlichen Recht des säkularen Verfassungsstaates*, hg. von Stefan Muckel, 2008, S. 234 (264 ff.); *Nina Coumont*, Islam und Schule, ebd., S. 440 (551 ff.).

²⁴⁹ Dazu etwa *Bülent Ucar* (Hg.), *Imamausbildung in Deutschland*, 2010; *Heinig*, Islamische Theologie (o. Fn. 30), S. 245 f.; die Imamausbildung erfolgt in Deutschland – ähnlich wie die Rabbinerausbildung, vgl. oben Rn. 18 – üblicherweise außerhalb der Universitäten; vielfach werden die Geistlichen mit allen daran hängenden Problemen „importiert“ – aus der Türkei, von der islamischen Fakultät in Sarajevo u. a. m.

²⁵⁰ Siehe oben Rn. 35 und öfter.

²⁵¹ Oben Rn. 1 ff. (6); *Heinig*, Islamische Theologie (o. Fn. 30), S. 241.

Theologie an staatlichen Hochschulen entsprechen im Grundsatz den oben herausgearbeiteten Anforderungen an christliche Theologien.²⁵²

- 61 Neben der rechtlichen Kompatibilität und verfassungskonformen Ausgestaltung stellt sich die noch anspruchsvollere Frage, ob bzw. wie das Konzept „abendländischer“ Theologie, wie wir es an den theologischen Fakultäten in Deutschland zur Zeit vorfinden, überhaupt für den Islam „passt“, ob die wissenschaftliche Aufbereitung von Offenbarungsschriften, religiösen Lehrsätzen bzw. Lehrgebäuden, religiösen Rechts und der Geschichte der eigenen Religion grundsätzlich bzw. aktuell islamkompatibel ist oder ob hier nicht eine Religion bestehenden Verfassungsregeln und Verfassungserwartungen angepasst werden soll.²⁵³ Terminologische Fragen sind zumeist Zweckmäßigkeitsfragen; immerhin zeigt hier die Unsicherheit der Bezeichnung des Gegenstands („Islamische Studien“ v. „Islamische Theologie“²⁵⁴) Klärungsbedarf. Diese Frage kann freilich mit juristi-

²⁵² Heinrich de Wall, Das Verhältnis von Staat und Religionsgemeinschaften in Deutschland, in: Handbuch Christentum und Islam in Deutschland, hg. von Mathias Rohe u. a., 3. Aufl. 2017, S. 189 (213); vgl. auch Anne-Kathrin Lange, Islamische Theologie an staatlichen Hochschulen, 2014, S. 247 ff.

²⁵³ Dazu Reza Hajatpour, Die Zweiheit von Glauben und Forschung. Gibt es religiöse Wissenschaft? Hat Theologie mehr als apologetische Funktionen? Zur Debatte über islamische Lehren an Universitäten, in: FAZ v. 21. 10. 2009, S. N 5; Lange, Islamische Theologie (o. Fn. 252), S. 50 ff., 107; Moritz Indenhuck, Islamische Theologie im staatlichen Hochschulsystem, 2015, S. 30 ff.; Jan Felix Engelhardt, Islamische Theologie im deutschen Wissenschaftssystem, 2017, S. 236 ff.; Ömer Özsoy, Islamische Theologie als Wissenschaft, in: Zwischen Glaube und Wissenschaft, hg. von Mahammad Gharaibeh u. a., 2015, S. 56 (58 ff.); eine wissenschaftliche Aufbereitung des Islams befürwortend Ömer Özsoy / Ertugrul Sahin, Fundamente der islamischen Theologie in Deutschland, in: Handbuch Christentum und Islam (o. Fn. 252), S. 422 ff.; auch Peter Antes / Rauf Ceylan, Die Etablierung der Islamischen Theologie. Institutionalisierung einer neuen Disziplin und die Entstehung einer muslimischen scientific community, in: Muslime in Deutschland, hg. von Peter Antes / Rauf Ceylan, 2017, S. 151 ff.; Taner Yüksel, Herausforderungen für die Etablierung Islamischer Theologie, in: Theologie(n) an der Universität (o. Fn. 62), S. 47 (52); betont kritisch Hans-Thomas Tillschneider, Nicht ohne die nötige Traditionskritik, in: FAZ v. 1.2.2013; ders., Ein deutscher Islam muss sich erst entwickeln, in: FAZ v. 27.3.2014, S. 6; (verhaltener) auch Tilman Allert, Gezweifelt wird viel zu selten, in: FAZ v. 13.9.2013; Überblick darüber, was unter islamischer Theologie verstanden wird bei Stefan Wild, Art. „Islam I. Historisch 8. Theologie, Dogmatik, Philosophie“, in: StL⁷, Bd. 3, 1987, Sp. 194 (201 f.); Stephan Guth, Art. „Theologie“, in: Kleines Islam-Lexikon, hg. von Ralf Elger, 5. Aufl. 2008, S. 322 ff.

²⁵⁴ Für gleiche Bedeutung Volker Epping, Der hochschulrechtliche Rahmen für die Einführung des Fachs „Islamische Studien“, in: Die Einrichtung von Beiräten für Islamische Studien, hg. von Christian Walter / Janbernd Oebbecke / Antje von Ungern-Sternberg / Michael Indenhuck, 2011, S. 41 f.

schers Kompetenz kaum beantwortet werden, sie schwingt jedoch im Hintergrund der rechtlichen Erörterungen mit. Nur hingewiesen werden kann an dieser Stelle auf Tendenzen einer „Konfessionalisierung“ des Islam, die ebenfalls Auswirkungen auf islamische Theologie an staatlichen Hochschulen hätte: Kann es dann „Einheitsinstitute“ geben oder müssten nicht von vornherein für die verschiedenen Spielrichtungen des Islam (Sunniten; Schiiten; jeweils liberaler oder orthodoxer Provenienz; Aleviten und andere) Standorte aufgebaut werden?²⁵⁵

Die „Evaluation“ von Theologien und Religionswissenschaft an deutschen Hochschulen durch den Wissenschaftsrat 2009/10 hat gerade für diese Fragestellung zentrale Bedeutung.²⁵⁶

2. Islamische Studien / Islamische Theologie an staatlichen Hochschulen – eine Bestandsaufnahme

Für eine erste Experimentierphase können rückblickend folgende Modellversuche erwähnt werden, die dem „Hybridcharakter islamischer Religionskunde an den öffentlichen Schulen“ folgten:²⁵⁷

62

Bereits seit 2002 bestehen an den Universitäten Erlangen-Nürnberg, Frankfurt a. M.²⁵⁸, Münster, Osnabrück und Hamburg²⁵⁹ Bestre-

²⁵⁵ Auf unser Thema bezogen *Heinrich de Wall*, Der religionsrechtliche Rahmen für die Einführung des Fachs „Islamische Studien“ und für Beiräte für islamische Studien, in: Die Einrichtung von Beiräten für Islamische Studien (o. Fn. 254), S. 15 (31 ff.); *Michael Kiefer*, „Islamische Studien“ an deutschen Universitäten – Zielsetzungen, offene Fragen und Perspektiven, in: Aus Politik und Zeitgeschichte 13-14/2011, S. 35 (39 f.); *Janbernd Oebbecke*, Islamische Theologie an deutschen Universitäten, in: ZevKR 56 (2011), S. 262 (270 ff.); *Lange*, Islamische Theologie (o. Fn. 252), S. 293 f.

²⁵⁶ *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 3); vgl. daneben *Walter / Oebbecke / von Ungern-Sternberg / Indenhuck* (Hg.), Die Einrichtung von Beiräten für Islamische Studien (o. Fn. 254); früh bereits *Jakob J. Nolte*, Islamische Theologie an deutschen Hochschulen?, in: DÖV 2008, S. 129 ff.

²⁵⁷ Zitat nach *Heinig*, Islamische Theologie (o. Fn. 30), S. 245; vgl. insgesamt auch *Katrin Janke*, Institutionalisierte Islam an staatlichen Hochschulen, 2005, S. 5 ff.; *Kiefer*, Islamische Studien (o. Fn. 255), S. 36 f.

²⁵⁸ *Ölmer Özsoy*, Stiftungsprofessur für Islamische Religion am Fachbereich evangelische Theologie der Goethe-Universität Frankfurt am Main, in: Drei Jahre Deutsche Islam Konferenz (DIK) 2006–2009. Muslime in Deutschland – deutsche Muslime, hg. von der Deutschen Islam Konferenz, 2009, S. 270 ff.

bungen, islamische Theologie an der Universität zu etablieren und insbes. islamische Religionslehrer auszubilden. Im Jahre 2002 wurde zum Beispiel an der Universität Erlangen-Nürnberg ein langfristig auf ein volles Lehramtsstudium ausgelegtes Ergänzungsstudium anbietendes „Interdisziplinäres Zentrum für Islamische Religionslehre“ gegründet, welches seit 2006 eine dauerhaft besetzte Professur für Islamische Religionslehre hat. Auch in Münster wurde zu diesem Zweck 2004 ein Lehrstuhl für „Religion des Islams“ am „Centrum für Religiöse Studien“ eingerichtet.

- 63** Das 2010 veröffentlichte Gutachten des Wissenschaftsrats führte mit seiner Empfehlung, an zwei bis drei universitären Standorten sog. Islamische Studien in Form von Instituten an Philosophischen oder Kulturwissenschaftlichen Fakultäten anzusiedeln, zu einem rasanten Ausbau der islamischen Theologie an staatlichen Hochschulen.²⁶⁰ Noch im selben Jahr reichten die Universitäten Erlangen-Nürnberg, Gießen/Marburg, Tübingen sowie Münster/Osnabrück Anträge auf Förderung ein. In einem ersten Begutachtungsverfahren entschied man sich für die Standorte Tübingen sowie Münster/Osnabrück. Inzwischen werden auch Frankfurt/Gießen sowie Erlangen-Nürnberg durch das BMBF gefördert. Der nicht ganz einfach zu überblickende Sachstand gestaltet sich danach wie folgt.²⁶¹

An der *Universität Münster* stellt das aus fünf Professuren bestehende „Zentrum für Islamische Theologie“ einen (Kern-)Bestandteil des „Centrums für Religiöse Studien“ dar; in diesem sind die Theologien jenseits der Katholisch- und Evangelisch-Theologischen Fakultät, die Judaistik sowie die Religionswissenschaft gebündelt. Bislang sind nur zwei der vier Professuren besetzt. Angeboten werden sowohl Bachelor- als auch Masterstudiengänge in Islamischer Theologie sowie Islamischer Religionslehre. Grund für die langsame Besetzung der Professuren ist u. a. eine längere Kontroverse um *Mouhanad Khorchide* – Leiter des Zentrums und Professor für Religionspädagogik – sowie um die Besetzung des Beirats. Der Beirat hat sich jedoch im Mai 2016 schließlich konstituiert und der Berufung *Ahmad Milad Karimis* zuge-

²⁵⁹ Vgl. *Wolfram Weiße*, „Akademie der Weltreligionen“ an der Universität Hamburg: Vorüberlegungen und Perspektiven, <<https://www.awr.uni-hamburg.de/>>; *Nolte*, Islamische Theologie (o. Fn. 256), S. 129.

²⁶⁰ Zum Einfluss der Deutschen Islam Konferenz s. *Nils J. Schröder*, Die Deutsche Islamkonferenz und die muslimischen Verbände im Religionsverfassungsrecht, in: Staat und Islam, hg. von Uwe Hunger/Nils Johann Schröder, 2016, S. 191 (206 ff.).

²⁶¹ Beruhend aus dem aus dem Internet abrufbaren Angaben; Stand: 1.3.2014.

stimmt, sodass nun erst einmal Ruhe am Münsteraner Institut eingekehrt zu sein scheint.²⁶²

An der *Universität Osnabrück* wurde im Oktober 2012 das auf dem seit 2008 arbeitenden „Zentrum für Interkulturelle Islamstudien“ aufbauende „Institut für Islamische Theologie“ eröffnet. Vier ordentliche Professuren sowie zwei von drei Juniorprofessuren sind mittlerweile besetzt. Neben Bachelor- und Masterstudiengängen zu Islamischer Theologie und Islamischer Religionslehre wird auch die universitäre Weiterbildung von Imamen angeboten. Das Osnabrücker Institut bildet zusammen mit dem Zentrum für Islamische Theologie in Münster eines der vier von der Bundesregierung geförderten Zentren.

Als zweites von der Bundesregierung geförderte Zentrum wurde an der *Universität Tübingen* im Januar 2012 das Zentrum für Islamische Theologie eröffnet; angeboten werden mittlerweile ein Bachelor- und zwei Masterstudiengänge in Islamischer Theologie sowie ein Lehramtsstudium „Islamische Religionslehre“. Die sieben Lehrstühle halten derzeit drei Professoren, drei Juniorprofessoren und ein außerplanmäßiger Professor.

Das dritte von der Bundesregierung geförderte Zentrum ist aus dem „Interdisziplinären Zentrum für Islamische Religionslehre“ als Plattform für die Ausbildung von Lehrkräften für den Islamischen Religionsunterricht in Bayern hervorgegangen und wurde im September 2012 an der *Universität Erlangen-Nürnberg* unter dem Namen „Department Islamisch-Religiöse Studien“ eröffnet. Alle vier Professuren sind mittlerweile besetzt. Neben dem zum Wintersemester 2012/13 begonnen Bachelorstudiengang „Islamisch-religiöse Studien“ wird mittlerweile neben einem entsprechenden Masterstudiengang auch ein Master „Medien-Ethik-Religion“ angeboten.

An der *Universität Frankfurt a.M.* wurde im Juni 2009 aufbauend auf Stiftungsprofessuren von 2002 und 2005 das Institut für Studien der Kultur und Religion des Islam gegründet und vom Fachbereich Evangelische Theologie zum Fachbereich Sprach- und Kulturwissenschaft verlegt. Das Institut besteht aus insgesamt drei Professuren – besetzt durch zwei ordentliche Professoren sowie eine Juniorprofessorin. Ein Bachelor- und ein Masterstudiengang „Islamische Studien“ sowie „Religionswissenschaft – Islamische Religion“ werden mittlerweile angeboten. Zusammen mit der Universität Gießen bildet Frankfurt das vierte vom BMBF geförderte Zentrum für Islamische Studien. Neben den drei Professuren des Instituts an der Universität Frankfurt vereint das Zentrum eine Professur für Erziehungswissenschaft mit Schwerpunkten Islamische Religionspädagogik und Fachdidaktik des Islamischen Religionsunterrichts in Frankfurt mit einer Professur für Islamische Theologie und ihrer Didaktik in Gießen. In Kooperation mit der Universität Gießen werden so auch Lehramtsstudiengänge in Islamischer Religion angeboten.

Neben den vier vom BMBF geförderten Zentren wurde an der Universität Hamburg im Juni 2010 die Akademie der Weltreligionen gegründet, die aus dem 2006 entstandenen interdisziplinären Zentrum „Weltreligionen im Dia-

²⁶² Näher zur Münsteraner Kontroverse *Indenhuck*, Islamische Theologie (o. Fn. 253), S. 57 ff.; *Oebbecke*, Islamische Theologie (o. Fn. 255), S. 264 ff.

log“ hervorgegangen ist. Der Islam ist in dem multireligiös besetzten Zentrum durch eine Juniorprofessur und eine Vertretungsprofessur vertreten. Daneben bestehen noch eine Juniorprofessur sowie eine Gastprofessur für das Alevitentum. Seit dem Wintersemester 2015/16 werden ein Lehramtsstudiengang in islamischer sowie ein weiterer in alevitischer Religion angeboten. Somit hat sich die ursprünglich eher nicht konfessionsgeprägte Lehre und Forschung²⁶³ an der Akademie mittlerweile durchaus zu einer konfessionsgeprägten entwickelt.

2009 entstand zudem an der *Universität Paderborn* das „Zentrum für Komparative Theologie und Kulturwissenschaften“ mit dem erklärten Ziel, einen Studiengang „Islamische Religionslehre“ einzurichten. Im Oktober 2015 ist sodann das Seminar für Islamische Theologie gegründet worden, welches mit einer Juniorprofessur besetzt ist. Einen Studiengang „Islamische Religionslehre“ gibt es allerdings noch nicht. Es ist bisweilen nur möglich den angebotenen Bachelorstudiengang „Komparative Theologie der Religionen“ mit islamischem Schwerpunkt zu studieren.

An der *Humboldt-Universität* zu Berlin wurde im Juni 2018 beschlossen, ein Institut für Islamische Theologie einzurichten.²⁶⁴ Geplant ist, dass der Lehrbetrieb mit zunächst vier Professuren zum Wintersemester 2019/20 startet. Zwei weitere Professuren sind beim BMBF beantragt. Angeboten werden sollen sowohl Bachelor- als auch Masterstudiengänge in „Islamischer Theologie“ sowie „Islamische Theologie“ mit Lehramtsoption. Zudem soll es auch einen Master „Islam und Gesellschaft“ geben. Zu Streit hat allerdings die Besetzung des Beirats mit drei muslimischen Verbänden, die für eine konservative Auslegung des Islams stehen, geführt. Die Studentenvertretung hat versucht, die Einrichtung des Instituts durch ein Veto zu verhindern, welches die Universitätsleitung jedoch als nicht wirksam angesehen hat. Im gerichtlichen Eilrechtsschutz ist die Studentenvertretung vorerst gescheitert; im Berufungsverfahren gibt es zur Zeit noch keine Entscheidung. Dass damit der Konflikt endgültig beendet ist, erscheint unwahrscheinlich.

Mit Geldern der Stiftung Mercator wurde außerdem 2011 in Kooperation mit den Universitäten Münster, Erlangen-Nürnberg, Frankfurt, Hamburg, Osnabrück, Paderborn sowie nun auch Tübingen ein diese Universitäten umfassendes standortübergreifendes *Graduiertenkolleg Islamische Theologie* aufgebaut, welches von der Universität Münster koordiniert wird.²⁶⁵ Außerdem wurde 2012 mit dem Avicenna-Studienwerk ein Begabtenförderungswerk für Muslime gegründet.²⁶⁶

64 Hier nur angedeutet werden können die unterschiedlichen Motive, welche der Staat einerseits, die Islamvertreter andererseits verfolgen.

²⁶³ So noch *Lange*, Islamische Theologie (o. Fn. 252), S. 184.

²⁶⁴ Für weitere Informationen zum Institut s. <<https://www.islamische-theologie.hu-berlin.de>>.

²⁶⁵ Näheres hierzu s. *Indenhuck*, Islamische Theologie (o. Fn. 253), S. 64.

²⁶⁶ Ausführlich hierzu s. *Hakan Tosuner*, Das Avicenna-Studienwerk: ein Stipendienprogramm für leistungsstarke und engagierte muslimische Studierende und Promovierende, in: *Muslime in Deutschland* (o. Fn. 253), S. 345 ff.

Während etwa die seinerzeitige Wissenschaftsministerin *Annette Schavan* neben dem praktischen Anliegen der Ausbildung von akademisch geschulten Religionslehrern auch die Hoffnung ausspricht, islamische Theologie durch ihre Verwissenschaftlichung/Akademisierung zu rationalisieren, etwa historisch-kritischem Textverständnis zuzuführen und ein Stück Integrationspolitik zu leisten,²⁶⁷ weisen andere darauf hin, dass es dem Islam in Deutschland vorrangig um Anerkennung in Staat und Gesellschaft geht;²⁶⁸ vor allem die in den Beiräten vertretenen Verbände erfahren durch ihre Mitwirkungsmöglichkeiten ein Stück Selbstlegitimation. Theologisch dürfte es zu meist eher um Bewahrung, denn um Aufbruch gehen.

Neben diesen Institutionalisierungen an staatlichen Universitäten wird auch die Einrichtung von Islamprofessuren an kirchlichen Hochschulen vorangetrieben. So gibt es seit Oktober 2014 an der Philosophisch-Theologischen Hochschule Sankt Georgen in Frankfurt a. M. eine Stiftungsprofessur für Katholische Theologie im Angesicht des Islam. Ziel dieser Einrichtung ist es, auf den interreligiösen Dialog aus christlicher Sicht vorzubereiten.

65

3. Der rechtliche Rahmen für Islamische Theologie an staatlichen Universitäten

Entscheidend ist zunächst der Zusammenhang zwischen dem in Art. 7 Abs. 3 GG garantierten Religionsunterricht als ordentlichem Lehrfach an öffentlichen Schulen und den theologischen Fakultäten als wissenschaftlichen Ausbildungsstätten auch für Religionslehrer:²⁶⁹ Befürwortet man den Ausbau islamischen Religionsunterrichts bzw. seiner Vorformen, hängt damit die Errichtung von Lehrstühlen für islamische Theologie zusammen.²⁷⁰ Angesichts der Zahlenverhältnisse erscheint die Einrichtung von islamisch-theologischen Fakultä-

66

²⁶⁷ *Kiefer*, Islamische Studien (o. Fn. 255), S. 12; so auch *Arnulf von Scheliha*, Religiöse Pluralität an der Universität, in: Religions-Politik II (o. Fn. 63), S. 27 (30 ff.).

²⁶⁸ *Kiefer*, ebd., S. 38; vgl. auch *Christoph Schmischke*, Das Beiratsmodell – neue Wege für den islamischen Religionsunterricht, 2018, S. 19 f.

²⁶⁹ Noch ohne Bezug zum Islam BVerfGE 122, 89 (110); *Hollerbach*, Theologische Fakultäten (o. Fn. 1), S. 554; *Klaus F. Gärditz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 609.

²⁷⁰ Sehr weitgehend *Janke*, Institutionalisierte Islam (o. Fn. 257), 42 ff.; vgl. den aktuellen Überblick bei *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 3), S. 37 ff., 77 ff.

ten demgegenüber zur Zeit nicht angezeigt – paritätsrechtliche Gleichstellung ist damit (noch und auf Dauer) kein Thema.²⁷¹ Der Wissenschaftsrat hat in seinem Gutachten darauf hingewiesen, dass auch im Bereich der christlichen Theologie Professuren – etwa für die Ausbildung von Religionslehrern – außerhalb der theologischen Fakultäten bestehen.²⁷² Es soll freilich nicht verschwiegen werden, dass damit neue Probleme – analog zu denen bei der Reorganisation christlich-theologischer Fakultäten²⁷³ – hervortreten: Die Integration eines bekenntnisgebundenen Fachs an philosophischen bzw. kulturwissenschaftlichen Fakultäten einschließlich der Abgrenzung zur überkommenen Islam- bzw. Religionswissenschaft.²⁷⁴ Es gilt somit auch hier fachliche Fremdbestimmung durch entsprechende Organisationsstrukturen weitestgehend zu verhindern.²⁷⁵ Damit sind die beiden zentralen Probleme noch nicht gelöst: Gibt es – grundsätzlich bzw. in der Gegenwart – überhaupt eine wissenschaftliche, gleichwohl bekenntnisgebundene Behandlung islamischer Glaubensinhalte, allen voran der Offenbarungsschriften, also des Koran?²⁷⁶ Diese Frage kann der Jurist kaum beantworten. Daher steht hier die zweite Frage ganz im Vordergrund: Wer ist der notwendige Ansprechpartner für derartige *res mixtae*?²⁷⁷

²⁷¹ Ausgewogen und überzeugend wiederum *Wissenschaftsrat*, ebd., S. 80: zumindest zunächst Integration in die Philosophischen Fakultäten; insgesamt zu weitgehend wiederum *Janke*, Institutionalisierte Islam (o. Fn. 257), S. 98 ff., 133 ff., die freilich den von ihr konstruierten Anspruch auf Einrichtung ganzer Fakultäten auch an die Zahlenverhältnisse rückkoppelt; ferner *Nolte*, Islamische Theologie (o. Fn. 256), S. 135 f.; a.A. *Lange*, Islamische Theologie (o. Fn. 252), S. 296 ff., 313 f.

²⁷² *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 3), S. 78.

²⁷³ S. o. Rn. 44.

²⁷⁴ Zur Situation der Islam- und Religionswissenschaft *Wissenschaftsrat*, ebd., S. 37 ff., 47 ff.

²⁷⁵ *Hendrik Munsonius*, Institutionalisierung Islamischer Theologie. Religionsrechtliche Rahmenbedingungen und Modelle der Beteiligung Islamischer Verbände, in: Göttinger E-Papers zu Religion und Recht (GöPRR) 11 (2017), S. 5 ff.

²⁷⁶ Dazu *Hajatpour*, Glauben und Forschung (o. Fn. 253); *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 3), S. 55 f.; *Tillschneider*, Traditionskritik (o. Fn. 253); *Engelhardt*, Islamische Theologie (o. Fn. 253), S. 264 ff.; befürwortend *Özsoy / Sahin*, Fundamente der islamischen Theologie (o. Fn. 253), S. 422 ff.; *Yüksel*, Herausforderungen (o. Fn. 253), S. 52; zur Entstehung einer muslimischen scientific community *Antes / Ceylan*, Die Etablierung der Islamischen Theologie (o. Fn. 253), S. 151 ff.

²⁷⁷ Zu letzterem eingehend *Nolte*, Islamische Theologie (o. Fn. 256), S. 133 ff.

a) Die Beiratsproblematik

67

Der Islam ist nicht in gleicher Weise organisiert und institutionalisiert, wie – wiederum bei allen Abstufungen – die christlichen Kirchen.²⁷⁸ Einerseits ist der Großteil der Muslime überhaupt nicht mitgliedschaftlich organisiert.²⁷⁹ Andererseits besteht eine Vielzahl von Moscheegemeinden, die wiederum nur teils in verschiedenen Dachverbandsorganisationen zusammen mit sonstigen Vereinigungen, die u. a. der Pflege karitativer, kultureller oder berufsbezogener Belange dienen, vereinigt sind.²⁸⁰ Das staatskirchen-/religionsverfassungsrechtliche System in Deutschland setzt jedoch für sämtliche Kooperationen zwischen Staat und Religionsgemeinschaften Ansprechpartner auf Seiten der Religion voraus.²⁸¹ Kann dieses zentrale Problem nicht gelöst werden, sind alle Kooperationsbemühungen mit dem Islam in Deutschland vergebens. Das rechtliche Dilemma kann auf folgende Kurzformel gebracht werden: Legte der Staat selbst die Inhalte von Lehre und Forschung in islamischer Theologie fest, würde er einerseits die verfassungsrechtliche Konzeption von Theologie / Religionsunterricht durch Missachtung des religiösen Selbstbestimmungsrechts verfehlen und damit gegen seine religiös-weltanschauliche Neutralität verstoßen,²⁸² auf der anderen Seite bestehen im Islam nicht in gleicher Weise verlässliche Ansprechpartner, die auch für die

²⁷⁸ Auf unsere Fragestellung bezogen *Gärditz*, Hochschulorganisation (o. Fn. 269), S. 611 f.; *de Wall*, Islamische Studien (o. Fn. 255), S. 25 ff.; für einen Überblick über die aktuelle Organisation des Islam s. *Volker Beck / Cem Özdemir*, Den Islam und andere Religionen der Einwanderer ins deutsche Religionsverfassungsrecht integrieren – Gleiche Rechte für Muslime, Aleviten und Jeziden!, in: KuR 2015, S. 129 (135 ff.).

²⁷⁹ *Vera Niestegge*, Dachverbandsorganisationen als Religionsgemeinschaften?, in: KuR 2018, S. 140 (148 f.); *Antje von Ungern-Sternberg*, Islamischer Religionsunterricht und islamische Theologie – die Suche nach verfassungskonformen Lösungen, in: RdJB 2016, S. 30 (37).

²⁸⁰ *Munsonius*, Institutionalisierung (o. Fn. 275), S. 9; *Niestegge*, Dachverbandsorganisationen (o. Fn. 279), S. 149; *von Ungern-Sternberg*, Islamischer Religionsunterricht (o. Fn. 279), S. 37; *Czermak*, Staatlich-kirchliche Einrichtungen (o. Fn. 70), Rn. 470.

²⁸¹ *Indenhuck*, Islamische Theologie (o. Fn. 253), S. 103 f.; zu den strukturellen Voraussetzungen an den religiösen Ansprechpartner s. *Lange*, Islamische Theologie (o. Fn. 252), S. 129 ff.; *Indenhuck*, Islamische Theologie (o. Fn. 253), S. 107 ff.

²⁸² Für die Theologischen Fakultäten BVerfGE 122, 89 (111): „Richtet der Staat theologische Fakultäten ein, so hat er das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft zu berücksichtigen, deren Theologie Gegenstand des Unterrichts ist.“; vgl. *Munsonius*, Institutionalisierung (o. Fn. 275), S. 7 f.

Mitglieder der Religionsgemeinschaft verbindlich sprechen und die Lehrinhalte überwachen sowie die religiöse Unbedenklichkeit des Lehrpersonals bescheinigen können. Dieses Dilemma lässt sich nicht bruchlos auflösen. Zwar können die Moscheegemeinden Religionsgemeinschaften²⁸³ darstellen und sind damit an sich religionsverfassungsrechtlich legitimer Ansprechpartner²⁸⁴ für den Staat. Allerdings sind sie bereits aufgrund ihrer Anzahl nicht geeignet als einheitlicher islamischer Ansprechpartner zu fungieren.²⁸⁵ Im Hinblick auf islamischen Religionsunterricht hatte das Bundesverwaltungsgericht 2005 entschieden, dass unter bestimmten Voraussetzungen islamische Dachverbände als Religionsgemeinschaft anerkannt werden können, sodass diese eine solche Funktion übernehmen könnten.²⁸⁶ Allerdings hat das OVG Münster, an welches die Sache zurückverwiesen wurde, nach langjährigem Ruhen des Verfahrens 2017 das Vorliegen der Voraussetzungen im vorliegenden Fall verneint. Dem in Rede stehenden islamischen Dachverband fehle es an der tatsächlichen Durchsetzbarkeit seiner identitätsstiftenden Aufgabe – der Autorität in Lehrfragen – gegenüber den örtlichen Glaubensgemeinden.²⁸⁷ Unabhängig von der Einordnung als Religionsgemeinschaft deutete das Bundes-

²⁸³ Zu den Voraussetzungen für die Qualifikation als Religionsgemeinschaft s. eingehend *Indenhuck*, Islamische Theologie (o. Fn. 253), S. 108 ff.; *Lange*, Islamische Theologie (o. Fn. 252), S. 129 ff.; *Schmischke*, Das Beiratsmodell (o. Fn. 268), S. 56 ff.

²⁸⁴ Vgl. hierzu *Oebbecke*, Islamische Theologie (o. Fn. 255), S. 277 f.; *von Ungern-Sternberg*, Islamischer Religionsunterricht (o. Fn. 279), S. 37; *Munsonius*, Institutionalisierung (o. Fn. 275), S. 8.

²⁸⁵ Ähnlich auch *Schmischke*, Das Beiratsmodell (o. Fn. 268), S. 111 ff., 132.

²⁸⁶ BVerwGE 123, 49.

²⁸⁷ OVG Münster, U. v. 9.11.2017 – 19 A 997/02, BeckRS 2017, 137643, siehe dazu Urteilsanmerkung von *Niestegge*, Dachverbandsorganisationen (o. Fn. 279), S. 147 ff.; zu Kritik an dem vom BVerwG geforderten Kriterium der verbindlichen Wahrnehmung identitätsstiftender Aufgaben durch den Dachverband s. *von Ungern-Sternberg*, Islamischer Religionsunterricht (o. Fn. 279), S. 38. Demgegenüber wurden die Landesverbände DITIB und Ahmadiyya Muslim Jamaat in Hessen als Religionsgemeinschaften anerkannt. Für eine Anerkennung von DITIB, SCHURA und VIKZ in Hamburg als Religionsgemeinschaft *Grit Klinkhammer/Heinrich de Wall*, Staatsvertrag mit Muslimen in Hamburg. Die rechts- und religionswissenschaftlichen Gutachten, abrufbar unter <<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:gbv:46-00102852-13>>; für eine generelle Anerkennung der DITIB als Religionsgemeinschaft s. *Wissenschaftliche Dienste des Bundestages*, Rechtlicher Status der DITIB, WD10-3000-053/18, 2018, abrufbar unter <<https://www.bundestag.de/blob/566948/359318b04c5199597f024f3dd696ff21/wd-10-053-18-pdf-data.pdf>>; weitergehend *Schmischke*, Das Beiratsmodell (o. Fn. 268), S. 56 ff., 110.

verwaltungsgericht jedoch an, dass die Dachverbände dennoch stellvertretend für die lokalen Moscheegemeinden als religiöser Ansprechpartner für die Organisation der Theologie dienen können.²⁸⁸ Die Empfehlungen des Wissenschaftsrats in Bezug auf islamische Theologie gehen dahin, mit sog. Beiräten – zumindest für eine Übergangszeit – ein Äquivalent, einen „Ersatz“ für die fehlende Institutionalisierung des Islam zu schaffen und damit „die verfassungsrechtlich erforderliche Mitwirkung der islamischen Gemeinschaften an der Ausgestaltung der Islamischen Studien zu realisieren“.²⁸⁹ „Die Zusammensetzung des jeweiligen Beirats für Islamische Studien sollte dem Selbstverständnis der Muslime, der Vielfalt ihrer Organisationsformen in Deutschland sowie den Anforderungen an theologische Kompetenz Rechnung tragen.“²⁹⁰ Neben dem organisierten Islam sollte daher eine „Vertretung“ der Mehrheit der nichtorganisierten Muslime sichergestellt werden, theologischer Sachverstand ist durch die Berufung muslimischer Religionsgelehrter in den Beirat zu nutzen und die Chancen für sich neu bildende Gruppierungen sind offen zu halten. Dies alles vor dem Hintergrund, dass die Mehrheit der Muslime in Deutschland nicht von den Dachverbänden des Islam repräsentiert werden.²⁹¹

Die staatskirchenrechtliche Kernfrage in diesem Zusammenhang lautet: Können derartige Beiräte das Selbstbestimmungsrecht einer Religion(-sgemeinschaft) ausüben angesichts der Tatsache, dass sich dort Dachverbände, aber auch unabhängige Einzelpersonlichkeiten finden und dass die Beiräte letztlich staatlich angestoßen und organisiert sind? Das Beiratsmodell wird von zwei Seiten mit beachtlichen Argumenten angegriffen: Zum einen wird die Gefahr gesehen, dass es sich auch als Modell für die christlichen Theologien entwi-

68

²⁸⁸ BVerwGE 123, 49 (70); so auch *Indenhuck*, Islamische Theologie (o. Fn. 253), S. 215; *Niestegge*, Dachverbandsorganisationen (o. Fn. 279), S. 161; *von Ungern-Sternberg*, Islamischer Religionsunterricht (o. Fn. 279), S. 39; vgl. generell zu den Vorteilen und Nachteilen der Kooperation mit Verbänden s. *Rauf Ceylan*, Implementierung Wissenschaftlicher Beiräte für die neue Wissenschaftsdisziplin Islamische Theologie, in: Freiheit der Forschung und Lehre (o. Fn. 153), S. 267 ff.

²⁸⁹ *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 3), S. 79.

²⁹⁰ *Wissenschaftsrat*, ebd., S. 82; für eine Übersicht über die Besetzung der gebildeten Beiräte sowie die Ausgestaltung der jeweiligen Mitwirkungsrechte s. *Lange*, Islamische Theologie (o. Fn. 252), S. 177 ff.; *von Ungern-Sternberg*, Islamischer Religionsunterricht (o. Fn. 279), S. 40; *Ceylan*, Implementierung Wissenschaftlicher Beiräte (o. Fn. 288), S. 275 ff.; *Schmischke*, Das Beiratsmodell (o. Fn. 268), S. 161 ff.

²⁹¹ *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 3), S. 81.

ckeln könnte – ein freilich unbegründetes Bedenken;²⁹² zum anderen wird der Vorrang vorhandener oder noch zu schaffender Selbstorganisationsstrukturen des Islam betont.²⁹³

Der Beirat selbst ist keine Religionsgemeinschaft. In ihm finden sich (koordinierte) islamische Dachverbände sowie unabhängige „Vertreter“²⁹⁴ des Islam / der islamischen Theologie. Auch scheint mit der Entscheidung des OVG Münster vorerst die Anerkennung von Dachverbänden als Religionsgemeinschaften in weite Ferne gerückt zu sein.²⁹⁵ Die Moscheegemeinden als mögliche Religionsgemeinschaften sind, wie bereits erwähnt, aufgrund ihrer Anzahl bereits von vornherein nicht geeignet. *Heinrich de Wall*, einer der Protagonisten des Modells, fasst den Charakter der Beiräte wie folgt zusammen: „Die Beiräte für islamische Studien sind also ein Mittel zur Organisation des Selbstbestimmungsrechts der beteiligten Religionsgesellschaften bei der Errichtung islamisch-theologischer Studiengänge und Einrichtungen.“²⁹⁶ Dies impliziert wiederum eine hinreichende Staats-/Hochschulunabhängigkeit. Beispielsweise darf der Staat sich die beteiligten Verbände grundsätzlich nicht aussuchen, sondern muss alle relevanten islamischen Organisationen zur Mitarbeit einladen.²⁹⁷ Auch dürfen Vertreter der Universität kein Stimmrecht haben. Die organisatorische Anbindung an der jeweiligen Universität ist jedoch unbedenklich. Während die Berufung der Verbandsmitglieder in dem gestuften System der Dachverbände, lose gebündelt im Koor-

²⁹² Vgl. *Heinig*, Islamische Theologie (o. Fn. 30), S. 252.

²⁹³ So deutlich wiederum *Heinig*, ebd., S. 253 ff.

²⁹⁴ Kritisch zur Repräsentativität solcher „Vertreter“: *Heinig*, ebd., S. 257 f.; *Oebbecke*, Islamische Theologie (o. Fn. 255), S. 270 f.

²⁹⁵ Vgl. *Niestegge*, Dachverbandsorganisationen (o. Fn. 279), S. 161; generell gegen eine Anerkennung der vier großen islamischen Verbänden als Religionsgemeinschaft s. *Beck / Özdemir*, Der Islam (o. Fn. 278), S. 137 ff.

²⁹⁶ *de Wall*, Islamische Studien (o. Fn. 255), S. 36.

²⁹⁷ *Hans Michael Heinig*, Islamische Theologie an staatlichen Hochschulen in Deutschland, in: Die Verfassung der Religion, hg. von dems., S. 300 (319); *Munsonius*, Institutionalisierung (o. Fn. 275), S. 10; *Schmischke*, Das Beiratsmodell (o. Fn. 268), S. 219 ff.; vgl. auch *Indenhuck*, Islamische Theologie (o. Fn. 253), S. 210 ff., 216 f., der darauf hinweist, dass bei Vorliegen religiös-neutraler Differenzierungskriterien eine Auswahl möglich ist und dass die erforderliche Staatsunabhängigkeit nicht rein formal zu betrachten ist; Kritisch demgegenüber *Lange*, Islamische Theologie (o. Fn. 252), S. 185 ff., welche auch bei Zwischenschaltung des Koordinierungsrats der Muslime zur Bestimmung der Vertreter der organisierten Muslime, wie es § 6 Abs. 1 der Musterordnung (s. Fn. 303) vorsieht, die erforderliche Staatsunabhängigkeit als verletzt ansieht; zur konkreten Ausgestaltung des Besetzungsverfahrens in der Praxis s. *Schmischke*, Das Beiratsmodell (o. Fn. 268), S. 193 ff.

dinationsrat der Muslime in Deutschland (KRM), systemkonform sein dürfte,²⁹⁸ stellt die Berufung von „Vertretern“ der über die Dachverbände nicht organisierten Muslime die größeren verfassungsrechtlichen Probleme: einmal hinsichtlich ihrer Berufung in den Beirat,²⁹⁹ zum anderen wegen der unklaren Repräsentationsfrage.³⁰⁰ Mit welcher Legitimation können diese „freien“ Beiratsmitglieder für wen sprechen? *de Wall* fordert, dass die unabhängigen Mitglieder die Verbandsvertreter in keinem Fall majorisieren dürfen.³⁰¹ *von Ungern-Sternberg* lässt es entsprechend dem nordrhein-westfälischen Modell genügen, wenn die „freien“ Mitglieder nur unter Mitwirkung der Verbände ernannt werden können und die Abstimmungsregeln eine Abstimmung gegen den Willen der Verbandsvertreter ausschließen.³⁰² Die Interessen der Religionsgemeinschaft(en) werden in jedem Fall nicht zuletzt dadurch gewahrt, dass ohne oder gegen ihren Willen entsprechende Konstruktionen überhaupt nicht möglich sind.³⁰³ Daher ist es letztendlich auch unschädlich, dass der Staat die Initiative ergriffen hat. Zumal es ihm nicht verwehrt ist, aktiv tätig zu werden bei der Einführung islamischer Theologie, solange er seine religiöse Neutralität bei der Ausgestaltung wahrt.³⁰⁴

²⁹⁸ Vgl. auch *von Ungern-Sternberg*, Islamischer Religionsunterricht (o. Fn. 279), S. 39.

²⁹⁹ Ausführlich zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben an die Berufung dieser „Vertreter“ s. *Indenhuck*, Islamische Theologie (o. Fn. 253), S. 217 ff.

³⁰⁰ Eindringlich zu diesem Problem *Heinig*, Islamische Theologie (o. Fn. 30), S. 257 f.; *Oebbecke*, Islamische Theologie (o. Fn. 255), S. 270 f. s. auch *Lange*, Islamische Theologie (o. Fn. 252), S. 186 f.; *Indenhuck*, Islamische Theologie (o. Fn. 253), S. 204 ff.

³⁰¹ *de Wall*, Islamische Studien (o. Fn. 255), S. 37 ff.; so auch *Munsonius*, Institutionalisierung (o. Fn. 275), S. 10; a. A. *Indenhuck*, Islamische Theologie (o. Fn. 253), S. 220 f., der bei alleiniger Berufung der nicht organisierten „Vertreter“ durch die Verbände diese ebenfalls als Vertreter der Verbände ansieht und daher einer Begrenzung der Stimmrechte als entbehrlich ansieht.

³⁰² *von Ungern-Sternberg*, Islamischer Religionsunterricht (o. Fn. 279), S. 41 f.

³⁰³ Zur Veranschaulichung siehe die von *Christian Walter* und *Janbernd Oebbecke* entworfene Musterordnung für einen solchen Beirat: Kommentierter Ordnungsentwurf, in: Die Einrichtung von Beiräten für Islamische Studien (o. Fn. 254), S. 71 (75 ff.); vgl. auch *von Ungern-Sternberg*, Islamischer Religionsunterricht (o. Fn. 279), S. 40 f.; *Indenhuck*, Islamische Theologie (o. Fn. 253), S. 206 ff., 216 f.; a. A. *Lange*, Islamische Theologie (o. Fn. 252), S. 187.

³⁰⁴ *von Ungern-Sternberg*, Islamischer Religionsunterricht (o. Fn. 279), S. 40 f.; vgl. auch *Indenhuck*, Islamische Theologie (o. Fn. 253), S. 210 ff.; *Schmischke*, Das Beiratsmodell (o. Fn. 268), S. 173 ff., 182; a. A. wohl *Lange*, Islamische Theologie (o. Fn. 252), S. 185 f.

Der hochschulrechtlich / religionsverfassungsrechtlich vorgezeichnete und erprobte Weg ist die Fixierung dieser Rechte in einem (Staats-)Vertrag mit der jeweiligen Religionsgemeinschaft;³⁰⁵ aber auch unterhalb dieser Ebene ist die skizzierte Lösung möglich, sofern dem religiösen Selbstbestimmungsrecht hinreichend Raum eingeräumt wird.³⁰⁶

69

Auch der Wissenschaftsrat sieht die Einrichtung von Beiräten als Ansprechpartner für die staatliche Seite als Experiment an und spricht von einer Erprobungsphase von etwa fünf Jahren mit anschließender Evaluationspflicht.³⁰⁷ *de Wall* charakterisiert das von ihm stark mitgeprägte Beiratsmodell als Übergangslösung „in der gegenwärtigen Situation der noch nicht abgeschlossenen organisatorischen Festigung des Islam in Deutschland“; sofern Kirchen oder verfestigte Religionsgemeinschaften als Ansprechpartner zur Verfügung stünden, stelle das Beiratsmodell keine zulässige Alternative dar.³⁰⁸ Das weist in die richtige Richtung. Vor allem *Hans Michael Heinig* hat wiederholt betont, angesichts fehlender unüberwindlicher theologischer Hindernisse könne stärker die Selbstorganisation des Islam gefordert und gefördert werden, eine „verfassungsmäßige Selbstorganisation“ sei „möglich und zumutbar“; ohne klare mitgliedschaftliche Struktur bleibe die Kooperation stets prekär. Das Beiratsmodell des Wissenschaftsrates erweise sich „deshalb bei näherem Hinsehen nicht als Instrument zur Überwindung besonderer Hindernisse, die aus dem theologischen Proprium des Islam und den Eigenarten des Religionsverfassungsrechts erwachsen, sondern primär als eine Strategie zur Schaffung politischer Akzeptanz durch die Einbindung theologischer Expertise jenseits der Verbände und die Beteiligung nichtorganisierter Muslime“ und reagiere damit letztlich auf das tief verwurzelte Misstrauen weiter Kreise gegenüber dem Islam.³⁰⁹ Insbesondere der Charakter als „Brückenlösung“ rechtfertigt somit verfassungsrechtlich die Einführung des Beiratsmodells.³¹⁰

³⁰⁵ Einen ersten Versuch der Fixierung der Rechte islamischer Organisationen hat z.B. Hamburg mit dem IslamV Hmb. gewagt; hierzu *Michael Demel*, Die Verträge Hamburgs mit islamischen Verbänden und der Alevitischen Gemeinde, in: KuR 2013, S. 93 ff.

³⁰⁶ *Epping*, Hochschulrechtlicher Rahmen (o. Fn. 254), S. 43 ff., 47 ff.

³⁰⁷ *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 3), S. 81.

³⁰⁸ *de Wall*, Islamische Studien (o. Fn. 255), S. 39 f.

³⁰⁹ *Heinig*, Islamische Theologie (o. Fn. 30), S. 256; a.A. wohl *Schmischke*, Das Beiratsmodell (o. Fn. 268), S. 263 ff., 333.

³¹⁰ *von Ungern-Sternberg*, Islamischer Religionsunterricht (o. Fn. 279), S. 42; *Heinig*, Islamische Theologie (o. Fn. 30), S. 258 f.; *de Wall*, Verhältnis

Dies gilt freilich nur so lange es eine „Brückenlösung“ ist, d. h. keine besseren Konstruktionen – in Form von Körperschaften des öffentlichen Rechts oder Religionsgemeinschaften – zur Verfügung stehen.³¹¹

b) Die „*causa Khorchide*“

Die Münsteraner Auseinandersetzung um den Theologieprofessor *Khorchide* stellt das Modell Islamischer Theologie an staatlichen Universitäten bereits vor seiner vollständigen Umsetzung auf eine erste Probe. *Khorchide* wird – soweit sich das dem vom Koordinationsrat der Muslime vorgelegten Gutachten und weiteren Äußerungen der Islamverbände entnehmen lässt – eine gezielt unhistorische und „liberale“ Interpretation des Islam vorgeworfen, die bestehende theologische Strömungen nur selektiv wahrnehme und pauschal als „gehorsamsgeprägt“ abtue. Er mache „Theologie an der Mitte der Muslime vorbei“.³¹² In ihrem Duktus richtet sich die Kritik vor allem gegen die fehlende Wissenschaftlichkeit des Werkes, deren Pflege freilich Sache der staatlichen Stellen und nicht der Religionsgemeinschaften ist. Die islamischen Verbände scheint vielmehr die Sorge umzutreiben, sich in *Khorchide* einem Vertreter eines deutschen „Staatsislam“ gegenüberzusehen, der sie nicht repräsentiere, als dass er den Boden des (sunnitischen) Islams verlassen habe. Damit liegt die Sache längst nicht so deutlich wie bei *Khorchides* Amtsvorgänger *Sven Kalisch*, der sich – insofern etwa analog zu *Lüdemann* – vom Islam losgesagt hatte.

Auch wenn der Konflikt zeitweise in die Forderung von Verbandsvertretern mündete, *Khorchide* solle zurücktreten und Zweifel daran geäußert wurden, ob die von *Khorchide* ausgebildeten Studierenden

von Staat und Religionsgemeinschaften (o. Fn. 252), S. 213; a. A. *Lange*, Islamische Theologie (o. Fn. 252), S. 185 ff., 203 f.; *Wolfgang Loschelder*, Und nun: Islamische Theologische Fakultäten an staatlichen Universitäten? – Kritische Fragen zu einem fragwürdigen Projekt, in: Der Staat im Recht. Festschrift für Eckart Klein zum 70. Geburtstag, hg. von Marten Breuer u. a., 2013, S. 217 (226).

³¹¹ *de Wall*, Islamische Studien (o. Fn. 255), S. 39 f.; *Christian Waldhoff*, Islamische Theologie an staatlichen Hochschulen, in: BThZ 2013, S. 325 (342); ähnlich *Munsonius*, Institutionalisierung (o. Fn. 275), S. 10; *Lukas Hentschel*, Das Verhältnis des Selbstbestimmungsrechts der Religionen und die Freiheit der Wissenschaft, in: DÖV 2019, S. 305 ff.

³¹² *Reiner Burger*, Ankunft im Alltag der Zumutungen, in: FAZ v. 29. 11. 2013, S. 3.

von der muslimischen Gemeinden noch akzeptiert werden, eine vor Art. 7 Abs. 3 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV i. V. m. Art. 140 GG bedenkliche Situation, scheint vorerst Ruhe zu herrschen.³¹³ Einerseits hat *Khorchide* in einer Neuauflage seines Buches „Islam ist Barmherzigkeit“ die umstrittenen Textstellen geändert.³¹⁴ Andererseits hat der Koordinationsrat der Muslime angedeutet, dass das Gutachten lediglich eine Verwarnung gewesen sei.³¹⁵ Mittlerweile kommen viele Studenten wohl auch seinetwegen nach Münster.³¹⁶ *Khorchide* hat sich in seinem Amt behauptet.³¹⁷ Auch der Beirat hat sich 2016 konstituiert und der Berufung des über vier Jahre nur mit Zeitverträgen arbeitenden *Milad Karimi* zugestimmt.³¹⁸

- 72 Die anfänglichen Schwierigkeiten in Münster lassen sich damit retrospektiv als Geburtswehen deuten, die letztlich die Institutionalisierung der islamischen Theologie vorangetrieben haben.

c) Hochschulen von Religionsgemeinschaften als Alternative?

- 73 So sehr etwa der Münsteraner Fall Herausforderungen des verfolgten Modells markiert, so wenig ist die Verlagerung universitärer islamischer Theologie an von den Islamverbänden allein getragene Hochschulen eine Alternative.³¹⁹ Hier tragen dieselben Gründe, die schon die Verortung christlicher Theologien an den staatlichen Uni-

³¹³ Vgl. *Arnfried Schenk*, Islam – Made in Germany, in: Muslime in Deutschland (o. Fn. 253), S. 163 (166); *Heike Zafar*, Streit am Zentrum für islamische Theologie, vom 21. 3. 2016, abrufbar unter <https://www.deutschlandfunk.de/universitaet-muenster-streit-am-zentrum-fuer-islamische.680.de.html?dram:article_id=348959>; *Arnfried Schenk*, Mission erfüllt?, abrufbar unter <<https://www.zeit.de/2016/07/islamische-theologie-universitaet-fach-studium-bilanz>>.

³¹⁴ *Zafar*, Streit am Zentrum für islamische Theologie (o. Fn. 313).

³¹⁵ Vgl. *DTJ-Online*, Khorchide muss keine Konsequenzen fürchten – zumindest vorerst, vom 15. 5. 2014, abrufbar unter <<https://dtj-online.de/islam-in-deutschland-zit-muenster-khorchide/>>.

³¹⁶ *Schenk*, Mission erfüllt? (o. Fn. 313); *ders.*, Islam (o. Fn. 313), S. 166.

³¹⁷ So auch *Schenk*, Mission erfüllt? (o. Fn. 313).

³¹⁸ Vgl. *Karin Völker*, Milad Karimi: Endlich richtiger Professor, vom 19. 7. 2016, abrufbar unter <<https://www.muensterschezeitung.de/Lokales/Staedte/Muenster/2465175-Vereidigung-im-Islamischen-Zentrum-Milad-Karimi-Endlich-richtiger-Professor>>; *Schenk*, Islam (o. Fn. 313), S. 166.

³¹⁹ A. A. *Loschelder*, Islamische Theologische Fakultäten (o. Fn. 310), S. 226 ff.

versitäten rechtfertigen.³²⁰ In den Worten des Wissenschaftsrats: „Die Entwicklung Islamischer Studien an privaten Hochschulen kann gelingen, wobei eine staatliche Anerkennung der betreffenden Hochschule die institutionelle Akkreditierung voraussetzt. Aus wissenschaftlicher Perspektive ist ein solches Vorgehen für eine Disziplin in der Anfangsphase mit Nachteilen verbunden. Zum einen fehlt die Einbindung in die universitäre Zusammenarbeit mit den Nachbar-disziplinen, auf die gerade ein im Aufbau befindliches Fach angewiesen ist. Zum anderen kann eine neue Disziplin in der Anfangsphase nicht auf ihren eigenen wissenschaftlichen Nachwuchs zurückgreifen. [...] Der Wissenschaftsrat empfiehlt deshalb, die Entwicklung der Islamischen Studien vorrangig im staatlichen Hochschulsystem voranzutreiben.“³²¹

4. Ausblick

Islamisch-theologische Studiengänge sind zur Ausbildung islamischer Religionslehrer, Imame und auch zur Förderung islamischer Theologie um ihrer selbst willen an staatlichen Universitäten einzurichten.³²² Dabei ist auf eine sachgerechte Schwerpunktsetzung zu achten. Solche Studiengänge stellen eine notwendige Vorbedingung der Einführung islamischen Religionsunterrichts dar. Nur so kann eine heimischen Standards entsprechende wissenschaftliche Vorbildung der Religionslehrer gesichert und der Rückgriff auf nicht im Inland ausgebildete Lehrkräfte ausgeschaltet werden. Wie beim islamischen Religionsunterricht ist freilich auch hier das Problem des Ansprechpartners ungelöst; zwar ist der Körperschaftsstatus nicht Voraussetzung,³²³ für eine Übergangs- und Experimentierphase ist auch hinsichtlich islamischer Theologie an Universitäten mit den vorhandenen Gruppierungen in Form der oben skizzierten Beiräte zu kooperieren. Mittelfristig ist die Kooperation mit einem sich stärker

74

³²⁰ Oben Rn. 6 f. mit Fn. 31.

³²¹ *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 3), S. 76 f.; zu den Akkreditierungsfragen wiederum *Wissenschaftsrat*, Private und kirchliche Hochschulen (o. Fn. 32).

³²² Am Erfolg der Einführung Islamischer Theologie im Hinblick auf diese Ziele zweifelnd *Czermak*, Staatlich-kirchliche Einrichtungen (o. Fn. 70), Rn. 470.

³²³ *Christian Walter*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Einrichtung theologischer Fakultäten, in: *Drei Jahre Deutsche Islam Konferenz* (o. Fn. 258), S. 264 (265 f.).

selbst verfassenden Islam anzustreben. Während die wissenschaftliche Qualifikation das zentrale Auswahlkriterium für die Personalentscheidung der Universität darstellt, ist – entsprechend den überkommenen christlich-theologischen Fakultäten – der Glaubensgemeinschaft ein Vetorecht einzuräumen, das sich auf bekenntnisrelevante Lehre und Lebenswandel beziehen darf.³²⁴ Eine völlige Gleichstellung mit den theologischen Fakultäten ist aus Gründen der unterschiedlichen Religionsstruktur und der Größenverhältnisse abzulehnen; die institutionalisierte christliche Theologie besitzt somit allenfalls beschränkt Vorbildfunktion.³²⁵ Es kann demgegenüber nicht empfohlen werden, die Gründung von Hochschulen anderer Religionsgemeinschaften, als derjenigen, die bereits über Hochschulen verfügen, zu fördern.³²⁶ Rechtlich könnte dies bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen zwar kaum verwehrt werden; die fehlende Erfahrung mit derartigen Einrichtungen drängt jedoch dazu, islamische Theologie in staatlichen Hochschulen anzusiedeln. Zudem dürfte die Zahl der Studierenden nicht ausreichen, eine Hochschulgründung zu rechtfertigen.

- 75 Die verfassungsrechtlichen Probleme werden in der praktischen Umsetzung nicht weniger. Jenseits unmittelbar praktischer Fragen wie der Zahl der zur Verfügung stehenden Kandidaten für die Besetzung der jetzt zahlreichen Professuren bleiben weitere Herausforderungen: Wird sich das Beiratsmodell bewähren? Ist der Islam, respektive sind seine „Ansprechpartner“, bereit, konstruktiv mitzuwirken, ohne dem Gefühl der Bevormundung oder staatlicher Eingriffe in ihren religiösen Bereich ausgesetzt zu sein? Eignet sich die Religion des Islam für die wissenschaftliche Behandlung „theologischer Art“ jenseits religionswissenschaftlicher Ansätze? Schließlich stellt sich noch die Frage der Quantität. Welcher „Bedarf“ besteht angesichts der Größenrelationen (rund fünf Millionen Muslime im Vergleich zu jeweils deutlich über 20 Millionen evangelischer und katholischer Christen)? Damit hängt die organisatorische Frage der Bildung eigener Fakultäten zusammen, die für das Selbstverständnis und die staatskirchenrechtlich relevante Unabhängigkeit bei den christlich-

³²⁴ Vgl. auch *Lange*, Islamische Theologie (o. Fn. 252), S. 247 ff.

³²⁵ *Walter*, ebd., S. 267 f.; vgl. auch *Indenhuck*, Islamische Theologie (o. Fn. 253), S. 187 ff.; insgesamt zum Paritätsgrundsatz im Hinblick auf islamische Theologie s. *Lange*, Islamische Theologie (o. Fn. 252), S. 110 ff.

³²⁶ In der Tendenz wiederum abweichend *Bäcker*, Theologie (o. Fn. 13); *Loschelder*, Islamische Theologische Fakultäten (o. Fn. 310), S. 227; s. auch *Lange*, Islamische Theologie (o. Fn. 252), S. 314 ff., 331 f., die für ein zweigeteiltes Ausbildungsmodell plädiert.

theologischen Fakultäten von großer Bedeutung sind. Die laufenden Versuche stellen sicherlich die quantitative Obergrenze einer institutionellen Verankerung dar. Wahrscheinlich wäre es sogar besser gewesen, den Vorschlägen des Wissenschaftsrats folgend auf ein oder zwei dieser Versuche zu verzichten um an weniger Orten eine „kritische Masse“ an Expertise zu erreichen. Gleichzeitig ist es gerade in einem Experimentierstadium wichtig, unterschiedliche Modelle und Herangehensweisen vergleichen zu können, um geeignete Lösungen zu erzielen – eine Kernlegitimation jeglichen Bildungsföderalismus. Schon allein die Größendimensionen verbieten den Aufbau eigener Fakultäten.³²⁷ Mit wenigen Lehrstühlen wäre dies nicht nur hochschulrechtlich problematisch, derart kleine Einheiten wären auch kaum in der Lage, eine fakultäre Kultur o. ä. zu entwickeln. In Betracht kommt mithin nur die Eingliederung in philosophische oder kulturwissenschaftliche Fakultäten mit dem skizzierten Sonderstatus oder die Errichtung unmittelbar der Hochschuleitung zugeordneter Institute.³²⁸ Mangels entsprechender staatskirchenvertraglicher Absicherungen³²⁹ stellt dies rechtlich auch keine unüberwindbaren Hindernisse in den Raum.

Mit der Einführung islamischer Theologie an staatlichen Hochschulen ist die Erwartung verbunden, dass der Islam eine ähnliche Entwicklung durch wissenschaftliche Begleitung nimmt, wie dies für das Christentum durch die wissenschaftlichen Fortschritte der Theo-

76

³²⁷ Vgl. auch *Indenhuck*, Islamische Theologie (o. Fn. 253), S. 225 ff.; demgegenüber *Lange*, Islamische Theologie (o. Fn. 252), S. 296 ff., 313 f., die langfristig für den Aufbau eigener Fakultäten plädiert.

³²⁸ Zu daraus resultierenden Folgeproblemen *Heinig*, Islamische Theologie (o. Fn. 30), S. 259 f.; *Indenhuck*, Islamische Theologie (o. Fn. 253), S. 228 ff.

³²⁹ Die aktuell geschlossenen Verträge in Hamburg (IslamV Hmb.) und Bremen (IslamV Bremen) enthalten entsprechende Klauseln. Schleswig-Holstein, Niedersachsen und Rheinland-Pfalz beabsichtigten ursprünglich ebenfalls einen solchen Vertragsschluss. Die Verhandlungen sind jedoch mittlerweile in allen drei Bundesländern ausgesetzt bzw. in Niedersachsen ist die Unterzeichnung der bereits fertig ausgehandelten Verträge abgesagt worden.

Für unsere Fragestellung vgl. Art. 5 aus dem Hamburger Vertrag. Aus der Protokollerklärung wird deutlich, dass den islamischen Religionsgemeinschaften jedoch nur ein Stellungnahmerecht zukommen soll.

Zum IslamV Hmb. s. *Demel*, Die Verträge Hamburgs (o. Fn. 305), S. 93 ff.; s. auch *Hans Michael Heinig*, Mehr als eine Geste? Über Chancen (und Risiken) von Islamverträgen, in: *Säkularer Staat – viele Religionen*, hg. von dems., 2018, S. 116 ff.; vgl. zu dem Problemkomplex insgesamt *Julia Lutz-Bachmann*, *Mater rixarum? Staatskirchenverträge mit kleinen Religionsgemeinschaften am Beispiel der jüdischen Verträge mit Ausblicken auf Verträge mit dem Islam*, 2014.

logien geschehen ist.³³⁰ Beim Christentum handelte es sich dabei freilich um eine Jahrhunderte währende Entwicklung. Im gegenwärtigen religionsverfassungsrechtlichen Rahmen wird die Kunst darin bestehen, den Islam ohne unzuträglichen Zwang zur Ausbildung islamischer Theologie zu bewegen, gleichwohl keine Art neuen „Kulturkampfes“³³¹ damit zu verbinden. Die vielfach geäußerte Erwartung eines anspruchsvollen Textverständnisses unter wissenschaftlichen Standards ist nachvollziehbar, bleibt gleichwohl eine Hoffnung, die nicht erzwungen werden kann. Juristen bezeichnen derartige Hoffnungen oder Voraussetzungen als „Verfassungserwartungen“.³³² Diese können freilich, wie am prägnantesten *Ernst-Wolfgang Böckenförde* formuliert hat,³³³ nicht erzwungen werden.³³⁴ Nicht ganz zu Unrecht wird von islamischer Seite Geduld und die Vermeidung von Überstürzung eingefordert.³³⁵ Auch die Geschichte der Beziehung zwischen den christlichen Konfessionen und dem Staat hat gezeigt, dass eine entsprechende Kooperation beide Seiten beeinflusst und letztlich auch verändert. Dies zu ignorieren, wäre unredlich. Die Verfassungserwartung an den Islam besteht inzwischen aus einer Art „Gesamtpaket“: Religionsunterricht an öffentlichen Schulen, Theologie an staatlichen Universitäten sowie darüber hinausreichend insgesamt die Bereitschaft zu Kooperation. Letztlich müsste sich mittel- und langfristig der Islam in Deutschland mitgliedschaftlich organi-

³³⁰ Vgl. in einem größeren Zusammenhang auf die Religion als solche bezogen am Beispiel des Protestantismus *Rolf Schieder*, Sind Religionen gefährlich?, 2008, S. 274 ff.

³³¹ Nach wie vor interessant die Parallelisierung der aktuellen Behandlung des Islam in westlichen Gesellschaften der Gegenwart mit dem „Kulturkampf“ gegen die katholische Kirche im 19. Jh. durch *José Casanova*, Religion, Politik und Geschlecht im Katholizismus und im Islam, in: ders., Europas Angst vor der Religion, 2009, S. 31 ff.; ferner *Stefan Wild*, Wahrheit und Überlegenheit. Muslime und Nicht-Muslime in pluralistischen Gesellschaften, in: Demokratie und Religion, hg. von Bernhard Kempen/Kolja Naumann, 2011, S. 27 (37 ff.).

³³² Vgl. etwa *Josef Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: HStR³, Bd. 9, 2011, § 190; kritisch auf das hiesige Thema bezogen *Christoph Möllers*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, in: VVDStRL 68 (2009), S. 47 (51 f.).

³³³ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 92 (112).

³³⁴ *Martin Heckel*, Die Zukunftsfähigkeit des deutschen „Staatskirchenrechts“ oder „Religionsverfassungsrechts“, in: AöR 134 (2009), S. 309 (342 f.); *Waldhoff*, Religionskonflikte (o. Fn. 247), S. D 49 f.

³³⁵ Vgl. etwa *Hamideh Mohaghegi*, Diskussionsbeitrag, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages Berlin 2010, Bd. II/2 Sitzungsberichte (Diskussion und Beschlussfassung), 2011, S. O 113 f.

sieren. Das Ganze ist ein Experiment. Viele Regelungen sind – oftmals wiederum mit Evaluationsaufträgen versehen – zunächst zeitlich befristet. Zwar wäre es naiv zu glauben, dass solche Experimente einfach abgebrochen werden könnten; gleichwohl wird die Evaluation ernst zu nehmen zu sein und notwendige Korrekturen müssten umgesetzt werden.

B. Konkordatsprofessuren

Eine bemerkenswerte historische Besonderheit und nicht (vollends) in die vorangegangenen Kategorien zu fassen sind die sog. Konkordatsprofessuren. Hierbei handelt es sich um nicht-theologische Professuren und Lehrstühle, die zwar außerhalb theologischer Fakultäten angesiedelt sind, die aber dennoch konkordatärer Bindung und damit einem diözesanbischöflichen *Nihil obstat* unterliegen. Nach der gegenwärtigen Rechtslage bestehen Konkordatsprofessuren fast ausschließlich in Bayern; gem. Art. 3 § 5 BayK „unterhält [der Staat] an den Universitäten Augsburg, Erlangen-Nürnberg, München (Ludwig-Maximilians-Universität), Passau, Regensburg und Würzburg sowie an der Gesamthochschule Bamberg in einem für das erziehungswissenschaftliche Studium zuständigen Fachbereich je einen Lehrstuhl für Philosophie, für Gesellschaftswissenschaften und für Pädagogik, gegen deren Inhaber hinsichtlich ihres katholisch-kirchlichen Standpunktes keine Erinnerung zu erheben ist“. Außerhalb von Bayern finden sich Konkordatslehrstühle nur noch – für die Fächer Geschichte und Philosophie an den philosophischen Fakultäten – an den Universitäten Freiburg und Mainz. Auf evangelischer Seite fehlt ein vergleichbares Institut, abgesehen von einzelnen Regelungen, die *de facto* einer konfessionellen Bindung gleichkommen.³³⁶

Anders als bei ihren Konterparts an den Theologischen Fakultäten begrenzt sich bei Konkordatslehrstühlen der Umfang der kirchlichen Mitwirkungsrechte auf ein bloßes (vorheriges) Erinnerungsrecht hinsichtlich Lehre und Lebenswandel. Eine nachträgliche Beanstandung ist dagegen wegen der im Vergleich zur Theologie fehlenden konfessionellen Einbindung der Lehrinhalte nicht vorgesehen.³³⁷ Entspre-

³³⁶ So ist nach Art. III Abs. 2 BayKV bei der Besetzung der kirchenrechtlichen Lehrstühle an den juristischen Fakultäten München und Nürnberg-Erlangen auf die evangelischen Theologiestudierenden „Rücksicht“ zu nehmen. Freilich ist der derzeitige Münchener Lehrstuhlinhaber Katholik.

³³⁷ Vgl. etwa *Mückl*, Freiheit (o. Fn. 6), Rn. 46.

chend verfügt der Lehrstuhlinhaber auch nicht über die *missio canonica* und unterliegt keinen innerkirchlichen Beschränkungen der Lehrfreiheit.

- 79 Ein neueres Gerichtsverfahren um die Besetzung des philosophischen Konkordatslehrstuhls an der Universität Erlangen-Nürnberg hat die Frage nach der Vereinbarkeit gerade der bayerischen Lehrstühle mit dem Grundgesetz zum Objekt der Aufmerksamkeit werden lassen, nachdem der Bayerische Verfassungsgerichtshof in einem älteren Verfahren zumindest dann keine Bedenken hatte, sofern daneben noch andere Lehrstühle des betroffenen Faches bestehen und den Studierenden damit Wahlmöglichkeiten bleiben.³³⁸ Eine jüngere Verfassungsbeschwerde einer übergangenen nicht-katholischen Kandidatin gegen die kirchlichen Mitwirkungsrechte wurde vom Bundesverfassungsgericht als unzulässig abgewiesen.³³⁹ Die Beschwerdeführerin war bereits im vorgelagerten universitären Berufungsverfahren ausgeschieden, sodass es zu einer Verweigerung des *Nihil obstat* gar nicht gekommen war. Es fehlte somit die erforderliche Selbstbetroffenheit (aus demselben Grund waren auch bereits verwaltungsgerichtliche Klage und Berufung abgewiesen worden).³⁴⁰ Auch wenn das Verfahren abgewiesen wurde, hat die dadurch erzeugte Aufmerksamkeit zuvor schon politische Wirkung gezeitigt: Im Frühjahr 2013 haben die bayerischen Bischöfe der Freisinger Bischofskonferenz erklärt, ihr Recht, das *Nihil obstat* zu verweigern, bei Konkordatslehrstühlen in Zukunft nicht mehr ausüben zu wollen.³⁴¹ Somit verbleiben *de facto*³⁴² nur die Freiburger und Mainzer Lehrstühle.

³³⁸ BayVerfGH, in: BayVBL 1980, S. 462 mit zustimmender Anmerkung von *Joseph Listl*; jüngst zustimmend *Michael Goldhammer*, Entweltlichung an den bayerischen Universitäten? Konkordatslehrstühle im staatskirchenrechtlichen Kontext, in: BayVBL 2014, S. 618 (622).

³³⁹ BVerfG, B. v. 6. 10. 2015 – 1 BvR 1903/12.

³⁴⁰ VG Ansbach, U. v. 20. 6. 2012 – AN 2 K 12.00252; VGH München, B. v. 5. 12. 2012 – 7 ZB 12.1816.

³⁴¹ *Katholische Nachrichtenagentur*, Bayerische Bischöfe wollen auf Konkordatslehrstühle verzichten, 1. 2. 2013, abrufbar unter <<http://www.kath.net/news/39914>>. Auf den Vorschlag der Bayerischen Bischöfe, das Konkordat insofern zu ändern, ist die bayerische Staatsregierung indes nicht eingegangen; sie sieht die Frage mit dem Verzicht für erledigt, vgl. *Süddeutsche Zeitung*, Landtagsdisput ums Konkordat, v. 7. 3. 2013, S. 47.

³⁴² Hingegen führt der Verzicht zu keiner Änderung der Rechtslage, da das Konkordat als Staatsvertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat geschlossen wurde. Bzgl. verschiedener Umsetzungsvarianten s. *Goldhammer*, Entweltlichung an den bayerischen Universitäten? (o. Fn. 338), S. 620 f.

Historisch galt die Einrichtung katholisch gebundener nichttheologischer Professuren zunächst der Sicherung der konfessionellen Parität in weltanschaulich sensiblen Gebieten im protestantisch geprägten (preußischen) Hochschulwesen des 19. Jahrhunderts, war also gewissermaßen eine Form positiver Diskriminierung *avant la lettre*.³⁴³ Zudem sollte die katholische Priesteramtsausbildung an die staatliche Universität geholt werden, um so das katholische Bildungsdefizit zu beheben.³⁴⁴ In Preußen entwickelte sich etwa an der Bonner, Breslauer und Münsteraner Universität die Praxis, in sensiblen Fächern (traditionell Geschichte, Philosophie und Kirchenrecht) konfessionell unterschiedlich besetzte Parallel-Lehrstühle einzurichten. Erstmals vertraglich festgehalten wurde diese Übung anlässlich der Einrichtung der katholischen Theologiefakultät in Straßburg 1902.³⁴⁵ Schon damals trat freilich anstelle der ursprünglich paritätischen Motivation die Rolle besagter Fächer für die Theologenausbildung als Ziel in den Vordergrund und setzte sich schließlich bei späteren Normierungen von Konkordatslehrstühlen vollends durch: dem Bayerischen Konkordat von 1924, das in seiner ursprünglichen Fassung die Gründung gebundener Geschichts- und Philosophielehrstühle in München und Würzburg (später auch in Regensburg) vorsah, sowie dem Badischen Konkordat von 1932, nach dessen Schlussprotokoll zu Art. IX der Inhaber einer Geschichts- und einer Philoso-

³⁴³ Zur historischen Entwicklung: Konrad Tilmann, Die sogenannten Konkordatsprofessuren, 1971; *Mussinghoff*, Fakultäten (o. Fn. 24), S. 109 ff.; Katharina Pabel, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Konkordatslehrstühlen, in: KuR 2004, S. 65 (68 ff.); *Solte*, Theologie (o. Fn. 27), 1971, S. 214 ff.; *Manfred Baldus*, Konfessionsgebundene Professuren außerhalb der Theologie an deutschen staatlichen Universitäten, in: Wissenschaftsrecht im Umbruch. Gedächtnisschrift für Hartmut Krüger, hg. von Peter Hanau / Dieter Leuze / Wolfgang Löwer / Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 21 (22 ff.); s. auch die Einzelstudien von *May*, insbes. *Georg May*, Die Errichtung von zwei mit Katholiken zu besetzenden Professuren in der Philosophischen Fakultät der Universität Straßburg im Jahre 1902/03, in: Speculum iuris et ecclesiarum. Festschrift für Willibald M. Plöchl, hg. von Hans Lentze, 1967, S. 245; *ders.*, Mit Katholiken zu besetzende Professuren für Philosophie und Geschichte an der Universität Freiburg nach dem Badischen Konkordat vom 12. 10. 1932, in: ius et salus animarum. Festschrift für Bernhard Panzram, hg. von Ulrich Mosiek / Hartmut Zapp, 1972, S. 341 ff. Zum „Fall Spahn“ siehe sogleich in Fn. 345.

³⁴⁴ *Jasper*, öffentliche Ämter (o. Fn. 150), S. 275; *Goldhammer*, Entweltlichung an den bayerischen Universitäten? (o. Fn. 338), S. 619 f.

³⁴⁵ Dazu insbes. *May*, Straßburg (o. Fn. 343), S. 247 f. Die Besetzung des Geschichtslehrstuhls mit dem katholischen Historiker *Martin Spahn* führte zu dem als „Affäre Spahn“ bekannten und vom 84-jährigen *Theodor Mommsen* entscheidend mitgeführten Streit um die „Voraussetzungslosigkeit der Wissenschaft“. Dazu *Mussinghoff*, Fakultäten (o. Fn. 24), S. 123 ff.

phieprofessur an der Universität Freiburg „für die einwandfreie Ausbildung der Theologiestudierenden geeignet“ sein muss. Dieser der Theologenausbildung dienende Typus in den Fächern Geschichte und Philosophie fand kurz nach dem Krieg anlässlich der Neugründung der Mainzer Theologenfakultät 1946 eine letzte Umsetzung.³⁴⁶

81 Einen neuen Typ brachte in Bayern die Aufgabe der Bekenntnisschule 1968, in deren Folge die vormaligen konfessionellen Pädagogischen Hochschulen in die Universitäten eingegliedert wurden. Gleichsam als konfessionelle Überbleibsel entstanden dabei durch Konkordatsänderungsvertrag vom 4.9.1974³⁴⁷ die heutigen 21 Lehrstühle je der Philosophie, der Gesellschaftswissenschaften und der Pädagogik, nun an den erziehungswissenschaftlichen Fakultäten angesiedelt und den alten Typus ersetzend. In ihnen sollte für die christlichen Gemeinschaftsschulen, insbesondere angesichts der fortbestehenden Möglichkeit der Bildung von Bekenntnisklassen, aber auch für das Religionslehramt ein Rest konfessioneller Lehrerbildung bewahrt werden. 1980 erklärte der Bayerische Verfassungsgerichtshof diese Regelung für mit der bayerischen Verfassung vereinbar.³⁴⁸

82 Wie die jüngsten Entwicklungen vermuten lassen, ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Konkordatslehrstühlen im Vergleich zu den theologischen Fakultäten ungleich uneindeutiger und strittiger. Wie bei diesen stößt sich das diözesanbischöfliche *Nihil obstat* auch hier am Trennungsgrundsatz des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 und 3 WRV sowie insbesondere an den grundrechtlichen Gleichheitspositionen des Bewerbers aus Art. 33 Abs. 2 und 3 GG (bzw. dem inhaltsgleichen Art. 136 Abs. 2 WRV) und allgemeiner aus Art. 3 Abs. 3 GG; freiheitsrechtlich sind außerdem Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und Art. 5 Abs. 3 GG berührt. Anders als bei theologischen Lehrstühlen kann die grundlegende Rechtfertigung über die Bekenntnisbindung der zu lehrenden Inhalte bei profanen pädagogischen, historischen etc. Lehrstühlen nicht greifen.³⁴⁹

³⁴⁶ Ziff. 4 der Vereinbarung zwischen dem Bischof von Mainz einerseits, dem Oberregierungspräsidenten von Hessen-Pfalz und dem Rektor der Johannes-Gutenberg-Universität andererseits über die katholisch-theologische Fakultät der Universität Mainz vom 15./17.4.1946; Text bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 23), Bd. 2, S. 397 f.

³⁴⁷ Abgedruckt bei *Listl*, ebd., Bd. 1, S. 409.

³⁴⁸ BayVerfGH, in: BayVBl. 1980, S. 462, mit zustimmender Anmerkung *Joseph Listl*.

³⁴⁹ Anderes könnte nur für auf katholischen Glaubensinhalten fußende Philosophie gelten, vgl. *Solte*, Theologie (o. Fn. 27), S. 225 f.; für diesen Begründungsstrang gilt das hier Diskutierte entsprechend.

Als Rechtfertigung belastbarer, und auch von vielen Autoren vorgebracht,³⁵⁰ ist dagegen der Verweis auf die Rolle der Philosophie für die Theologenausbildung nach Mainzer und Freiburger Modell;³⁵¹ da dagegen der (Profan-)Geschichte (in Gegensatz zur Kirchengeschichte) keinerlei Bedeutung für das theologische Studium zukommt, werden die geschichtlichen Lehrstühle auch von diesen Autoren als verfassungswidrig angesehen.³⁵² Für die bayerischen Konkordatslehrstühle wird daneben entsprechend ihrer Zielsetzung der Bedarf für die Lehrerausbildung betont:³⁵³ allgemein für Religionslehrer, besonders aber für Lehrer an christlichen Gemeinschaftsschulen mit der Möglichkeit der Bildung von Bekenntnisklassen, sowie an konfessionellen Privatschulen. Der bayerische Staat genüge so in legitimer Weise dem landesverfassungsrechtlichen Auftrag aus den Art. 131 Abs. 2, Art. 135, 136 und 134 BayVerf. Ein Teil des älteren Schrifttums, aber auch vermehrt die jüngere (Kommentar-)Literatur lehnen diese Begründungsversuche ab.³⁵⁴ Es wird betont, dass weder die

³⁵⁰ *Alexander Hollerbach*, Freiheit kirchlichen Wirkens, in: HStR², Bd. 6, 2001, § 140, Rn. 53; *ders.*, Art. „Konkordatslehrstühle“, in: StL⁷, Bd. 3, 1987, Sp. 625 ff.; *Mückl*, Freiheit (o. Fn. 6), Rn. 46; *Baldus*, Konfessionsgebundene Professuren (o. Fn. 343), S. 38 f.; *Pabel*, Konkordatslehrstühle (o. Fn. 343); *Axel von Campenhausen*, Theologische Fakultäten / Fachbereiche, in: Handbuch des Wissenschaftsrechts, hg. von Christian Flämig u. a., Bd. 1, 2. Aufl. 1996, S. 963 (987); *Dirk Ehlers*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 140 GG / Art. 136 WRV, Rn. 3. Vgl. zu den Positionen auch *Unruh*, in: von Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 72), Art. 136 WRV, Rn. 25 ff.

³⁵¹ Vgl. *Deutsche Bischofskonferenz*, Rahmenordnung für die Priesterbildung i. d. F. v. 12. 3. 2003.

³⁵² *Solte*, Theologie (o. Fn. 27), S. 224 ff.; *Baldus*, Konfessionsgebundene Professuren (o. Fn. 343), S. 42.

³⁵³ Insbes. *Baldus*, Konfessionsgebundene Professuren (o. Fn. 343), S. 39 f.; *Heinrich de Wall*, Art. „Konkordatslehrstuhl“, in: 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht (o. Fn. 72), S. 147 (148 f.); BayVerfGH, in: BayVBl. 1980, S. 462; jüngst auch *Goldhammer*, Entweltlichung an den bayerischen Universitäten? (o. Fn. 338), S. 621 f.; einschränkend *Pabel*, Konkordatslehrstühle (o. Fn. 343), S. 78 ff., 81 f.

³⁵⁴ Aus dem jüngeren Schrifttum *Classen*, Religionsrecht (o. Fn. 1), Rn. 554; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 13), Rn. 148; *Jeand’Heur / Koriath*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 18), Rn. 338 f.; *Koriath*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 111), Art. 140, Rn. 70; *Heinig*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 150), S. 195; *Kästner*, in: BK (o. Fn. 76), Art. 140 GG / Art. 136 WRV, Rn. 245; *Jasper*, öffentliche Ämter (o. Fn. 150), S. 273 ff., 281; *Czermak*, Staatlich-kirchliche Einrichtungen (o. Fn. 70), Rn. 472; *Ulrich K. Preuß*, in: Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Erhard Denninger u. a., 3. Aufl. 2001, Art. 140, Rn. 43. Aus dem älteren Schrifttum *Friedrich Müller*, Jenseits der Verfassung. Konkordatslehrstühle am Maßstab des Grundgesetzes, in: *ders.*, Rechtsstaatliche Form, Demokratische Politik, 1977, S. 110; *Kleine*, Verfas-

konkordatäre Verankerung noch ein – wenn auch einsichtiger – Bedarf der Kirche allein eine Rechtfertigung gelingen lassen können; dafür brauche es vielmehr eine verfassungsrechtliche Position. Eine solche fehle aber insbesondere für die bayerischen Lehrstühle, soweit sie sich auf einen Bedarf an christlich geprägten Lehrern für die öffentlichen Schulen stützten; wegen Art. 31 GG könnten die landesverfassungsrechtlichen Regeln hier gerade nicht eine inhaltliche Beteiligung der Kirchen rechtfertigen, weder im Unterricht noch in der Ausbildung der Lehrkräfte.³⁵⁵ Tatsächlich steht insbesondere die Begründung der bayerischen Lehrstühle durch die Bedürfnisse der christlichen Gemeinschaftsschule verfassungsrechtlich auf nicht in jeder Hinsicht standfesten Füßen. Art. 137 Abs. 3 WRV kann hier nicht greifen, da es sich bei den öffentlichen Schulen gerade nicht um innerkirchliche Angelegenheiten handelt, die einer konfessionellen Rückbindung bedürften; sie bleiben ausschließlich staatliche Veranstaltungen, deren christliche Prägung nach dem Bundesverfassungsgericht³⁵⁶ nur mehr eine kulturell-abendländische sein darf. Sofern hingegen die Lehrstühle der Religionslehrer- und Theologenausbildung (und in gewissem Grad der Ausbildung von Lehrern in Bekenntnisklassen) dienen, lässt sich zur Begründung Art. 137 Abs. 3 WRV zunächst heranziehen: Diese Ausbildungen führen in Berufe, die auch inhaltlich einer kirchlichen Rückbindung bedürfen.³⁵⁷ Aber auch hier bleiben Fragen. So ist es organisationsrechtlich nur schwer einsichtig, warum die philosophische Vorbildung der Theologen und Religionslehrer nicht, wie es in anderen Bundesländern geübt wird, ebenfalls an den theologischen Fakultäten erfolgen sollte³⁵⁸ – das schon deswegen, weil die Konkordatslehrstühle den Lehrstuhlbewerber, der nicht Theologie, sondern Profanphilosophie studiert hat – und damit nicht „sehenden Auges“ eine wissenschaftliche Karriere in kirchlicher Bindung eingeschlagen hat – und sich auch gerade nicht

sungswidrigkeiten (o. Fn. 70), S. 159 ff.; *Fischer*, Volkskirche Ade! (o. Fn. 70), S. 137 ff.

³⁵⁵ Daneben wird mittlerweile auch die europarechtliche Zulässigkeit angesichts der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG bezweifelt; *Heinig*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 150), S. 485; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 13), Rn. 148; *Czermak*, Staatlich-kirchliche Einrichtungen (o. Fn. 70), Rn. 472; *Goldhammer*, Entweltlichung an den bayerischen Universitäten? (o. Fn. 338), S. 622.

³⁵⁶ BVerfGE 41, 65.

³⁵⁷ *Mückl*, Freiheit (o. Fn. 6), Rn. 46.

³⁵⁸ A. A. *Baldus*, Konfessionsgebundene Professuren (o. Fn. 343), S. 39; *Solte*, Theologie (o. Fn. 27), S. 226.

an einer Theologischen Fakultät bewirbt, ungleich mehr belasten.³⁵⁹ Ebenfalls bleiben Bedenken, ob für die Lehrerausbildung eine Rückbindung über die Person des lehrenden Professors in den Fächern Gesellschaftswissenschaften und Pädagogik wirklich unerlässlich ist. Ein Vergleich mit NRW, wo es keine Konkordatsprofessuren mehr gibt und die Religionslehrerausbildung in diesen Fächern durch kirchlich ungebundene Professoren vollzogen wird, zeigt, dass selbst die katholische Kirche dies nicht für zwingend erachtet.³⁶⁰ Für Religionslehrer erfolgt diese Rückbindung bereits über das eigentliche Theologiestudium. Für (die geringe Zahl der) Lehrer in Bekenntnis-klassen ist der christliche Auftrag zudem bloß ein gesamt-weltanschaulicher, den zu erfüllen sie auch ohne diese Form der Rückbindung in der Lage sein sollten. Im Falle der Verfassungswidrigkeit, stellte sich die Frage nach der Rechtsfolge, die durch die konkordatäre Absicherung komplex wird. Das Zustimmungsgesetz zum einschlägigen Konkordat wäre insoweit nichtig, die staatlichen Stellen hätten den berufenen Kandidaten ohne Beteiligung des Diözesanbischofs und insoweit unter Verstoß gegen die völkerrechtliche Bindung zu ernennen. Zur Beendigung dieses Rechtsverstoßes wären zudem die jeweiligen Landesregierungen verpflichtet, auf eine baldige Aussetzung der einschlägigen konkordatären Regeln hinzuarbeiten.

Mit der jüngsten Initiative der bayerischen Bischöfe verliert die verfassungsrechtliche Frage einen Großteil ihrer Relevanz.³⁶¹ Jedenfalls aber die verbleibenden geschichtlichen Lehrstühle in Freiburg und Mainz sind auch nach großzügigen Maßstäben verfassungsrechtlich nur schwer zu halten. Allein für die dortigen philosophischen Lehrstühle lässt sich eine Rechtfertigung unternehmen. Angesichts der Bemerkung des jetzigen Vorsitzenden der Deutschen Bischofskonferenz zur Entscheidung der Freisinger Bischofskonferenz, die „geschichtlichen Rahmenbedingungen“ seien heute eben andere,³⁶² möchte man aber auch hier den kirchlichen Stellen ein Überdenken der geltenden Regeln anraten.

84

³⁵⁹ Bei der Religionslehrerbildung an der Universität Nürnberg-Erlangen schlägt, mangels theologischer Fakultät, dieser Einwand freilich nicht vollends durch.

³⁶⁰ *Jasper*, öffentliche Ämter (o. Fn. 150), S. 278 f.

³⁶¹ Vgl. auch *Stefan Muckel*, Die Entchristlichung der Gesellschaft, in: AfKR 183 (2014), S. 18 (29), der den Verzicht sogar als Klarstellung wertet.

³⁶² *Reinhard Kardinal Marx*, Zitiert nach Katholische Nachrichtenagentur, Bayerische Bischöfe wollen auf Konkordatslehrstühle verzichten, 1.2.2013, abrufbar unter <<http://www.kath.net/news/39914>>.

§ 47

Kirchliche Hochschulen

Von Manfred Baldus

I. Einführung	1–11
1. Begriff	1
2. Bestand und Bedeutung	2–11
II. Kirchliche Hochschulen in der kirchlichen Rechtsordnung	12–21
1. Katholische Hochschulen	12–19
2. Evangelische Hochschulen	20–21
III. Kirchliche Hochschulen in der staatlichen Rechtsordnung	22–35
1. Kirchliches Selbstordnungsrecht im Hochschulwesen	22–25
2. Vertragskirchenrechtliche Grundlagen	26–35
IV. Staatskirchenrechtliche Einzelfragen	36–81
1. Hochschulrechtliche Anerkennung kirchlicher Hochschulen	36–43
2. Rechtsform und Trägerschaft	44–48
3. Binnenstruktur	49–52
4. Studiengänge, Hochschulprüfungen und -grade	53–57
5. Dienstrecht der Hochschullehrer	58–62
6. Rechtsverhältnisse der Studierenden	63–65
7. Aufsicht über kirchliche Hochschulen	66–69
8. Staatliche Finanzhilfe	70–72
9. Rechtsschutz	73–75
10. Zusammenarbeit von Hochschulen und Hochschulplanung	76–81

I. Einführung

1. Begriff

- 1 Kirchliche Hochschulen sind nichtstaatliche Einrichtungen, die wissenschaftliche Aufgaben in Forschung, Lehre, Studium und Berufsvorbereitung erfüllen und von einer Kirche oder Religionsgemeinschaft entweder getragen werden oder in sonstiger Weise ihrem bestimmenden rechtlichen Einfluss unterliegen.¹ Sie widmen sich auf

¹ Gesamtdarstellungen zum Recht der kirchlichen Hochschulen oder einzelner Hochschultypen (ab 1996):

Manfred Baldus, Kirchliche Hochschulen, in: Handbuch des Wissenschaftsrechts, hg. von Christian Flämig u. a., 2. Aufl. 1996, Bd. I, S. 1131–1156 (Lit.); *ders.*, Rechtsstellung und Aufgaben nichtstaatlicher Fachhochschulen, in: *WissR* 30 (1997), S. 1–19; *Hans-Jochen Brauns*, Private Hochschulen in Deutschland, 2003 (<http://www.alpheios.de/fileadmin/dateien/Private_Hochschulen_in_Deutschland.pdf>); *Deutsche Bischofskonferenz* (Hg.), Katholische Theologie und Kirchliches Hochschulrecht (Arbeitshilfen Nr. 100), 2. Aufl. 2011, mit einer Einführung von Heribert Schmitz u. Ulrich Rhode; *Bundeskonferenz der Rektoren und Präsidenten Kirchlicher Fachhochschulen in der Bundesrepublik Deutschland*, Kirchliche Fachhochschulen und ihre Träger im Gespräch, 1998 (Tagungsdokumentation Mainz 1998); *Rainer Himmelsbach*, Die Rechtsstellung der Theologischen Fakultäten Trier, Paderborn, Frankfurt St. Georgen und Fulda, 1997; *Jörg Kriewitz*, Hochschulen, kirchliche, in: *EvStL*⁴, 2006, Sp. 964–967; *Georg May*, Die Hochschulen, in: *HKKR*², S. 749–777; *Michael-Andreas Nobel*, Die wissenschaftliche Ausbildung der Priesterkandidaten in der lateinischen Kirche unter besonderer Berücksichtigung der Partikulargesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland, 2008; *Christoph-E. Palmer*, Theologische Fakultäten und kirchliche Fachhochschulen als Beitrag zum Bildungswesen in Baden-Württemberg, in: *epd-Dokumentation* 2002, H. 36/37, S. 40–49; *Wilhelm Rees*, Katholisch-Theologische Fakultäten und Studium der Katholischen Theologie in der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich, in: *Festschrift für Georg May*, hg. von Anna Egler / Wilhelm Rees, 2006, S. 723–789; *Ulrich Rhode / Wolfgang Rüfner*, Kirchliche Hochschulen, 2012; *Heribert Schmitz*, Neue Studien zum kirchlichen Hochschulrecht, 2005; *Ingo Schröder*, Die staatlichen philosophisch-theologischen Hochschulen in Bayern von 1923 bis 1978, 2004; *Hugo Schwendenwein*, Das Hochschulwesen im kanonischen Recht, in: *Festschrift für Johannes Mühlsteiger*, hg. von Konrad Breitsching u. Wilhelm Rees, 2001, S. 289–316; *Ernst-Lüder Solte*, Kirchliche Fachhochschulen im staatlichen Recht, in: *Festschrift für Christoph Link*, hg. von Heinrich de Wall / Michael Germann, 2003, S. 465–481; *Ursula Steinkemper*, Die verfassungsrechtliche Stellung der Privathochschule und ihre staatliche Förderung, 2002; *Werner Thieme*, Deutsches Hochschulrecht, 3. Aufl. 2004, S. 217; *Bernd Werle*, Ordenshochschulen, in: *OK* 2008, S. 131–137.

Zur Weiterentwicklung des Hochschulwesens in kirchlicher Trägerschaft: *Kultusministerkonferenz*, Beschluss vom 13. 12. 2007: Eckpunkte für die Studienstruktur in Studiengängen mit Katholischer oder Evangelischer Theologie / Religion (<<https://www.kmk.org>>); *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen zur

der Ebene der Universitäten und der ihnen gleichstehenden Institutionen meist den theologischen Fächern, jedoch hat die katholische Kirche in Deutschland ihren Anspruch auf eine katholische Universität, deren Aufgabenfeld sich grundsätzlich auf das gesamte Spektrum der Wissenschaften erstreckt, verwirklichen können. Als Fachhochschulen (Hochschulen für angewandte Wissenschaften)² wirken kirchliche Hochschulen in den Bereichen Soziale Arbeit, Religionspädagogik / Gemeindepädagogik / Gemeindediakonie, Pflegewissenschaft, Pflegemanagement, Früh-, Heil- und Sonderpädagogik, Management in sozialen Organisationen sowie Supervision und Mediation.

2. Bestand³ und Bedeutung

Im Bereich der *katholischen* Kirche haben die kirchlichen Hochschulen zum Teil kanonisch-rechtlichen Universitäts- bzw. Fakultäts-

2

Weiterentwicklung von Theologien und religionsbezogenen Wissenschaften an deutschen Hochschulen, Drs. 9678-10, 29.1.2010; Beiträge zur Tagung des Wissenschaftsrates: Vielfalt der Religionen – Theologie im Plural, 16./17.6.2010, insbesondere die Beiträge von *Eva-Maria Faber* u. *Stefan Schreiner*, Theologische Ausbildung an nichtstaatlichen Hochschulen; *Wissenschaftsrat*, Private und kirchliche Hochschulen aus Sicht der Institutionellen Akkreditierung, Drs. 2264-12, 25.5.2012; *Wissenschaftsrat*, Kriterien für die Hochschulförmigkeit bekenntnisgebundener Einrichtungen im nichtstaatlichen Sektor, Drs. 3644-14, 24.1.2014 (sämtlich abrufbar unter <<https://www.wissenschaftsrat.de>>).

² Manche kirchlichen Fachhochschulen führen in ihrem Namen als Untertitel die Bezeichnung „(Catholic / Protestant) University of Applied Sciences“. Dieser Zusatz, durch den offenbar auf eine internationale Orientierung hingewiesen werden soll, ist hochschulrechtlich ohne Bedeutung. Die Bezeichnung *Universität* bleibt solchen Hochschulen vorbehalten, die ein eigenes Promotions- und Habilitationsrecht besitzen; vgl. auch § 1 Abs. 4 PartN (unten Fn. 70 für kath. Hochschulen), § 75 Abs. 1 LHG BW (z.B. für die als private Stiftungshochschule staatlich anerkannte Zeppelin-Universität Friedrichshafen). Zum Begriff Hochschule auch *Hartmut Krüger*, Ein allgemeiner Begriff „Hochschule“ kann den Gesetzesbegriff „wissenschaftliche Hochschule“ nicht ersetzen, in: *WissR* 23 (1990), S. 140–154.

³ Die Verfassungen (Statuten, Grundordnungen) der in diesem Kapitel genannten kirchlichen Hochschulen und die dort geführten Studiengänge sind in der Regel über die jeweilige Homepage online gestellt. Es wird deshalb von einem Quellenachweis für hochschuleigene Rechtsnormen abgesehen. Studien- und Prüfungsordnungen sowie diözesanrechtliche Regelungen über die Priesterausbildung sind auch bei *Nobel*, Ausbildung (o. Fn. 1), S. 355–409, zugänglich.

status, nämlich die Katholische Universität Eichstätt-Ingolstadt⁴, die Theologischen Fakultäten bzw. Philosophisch-Theologischen Hochschulen Frankfurt am Main⁵, Fulda⁶, Paderborn⁷, St. Augustin⁸, Trier⁹

⁴ *Kath. Universität Eichstätt-Ingolstadt*: Sacra Congregatio pro Institutione Catholica (SC InstCath), Errichtungsdekret für die Universität vom 1.4.1980 (Pfarramtsblatt 53 [1980], S. 126) und die Theol. Fakultät vom 25.1.1975 (AAS 67 [1975], S. 505). Fakultäten: Kath. Theologie, Philosophie u. Pädagogik, Sprach- und Literaturwissenschaften, Geschichts- u. Gesellschaftswissenschaften, Mathematik u. Geographie, Wirtschaftswissenschaften (in Ingolstadt), Religionspädagogik u. Kirchl. Bildungsarbeit (FH), Soziale Arbeit (FH). Träger ist die Stiftung *Katholische Universität Eichstätt-Ingolstadt Kirchliche Stiftung des öffentlichen Rechts*. – *Friedrich August v. d. Heydte*, Eine Universität in freier Trägerschaft: Das Beispiel von Eichstätt, in: Festschrift für Theodor Maunz, hg. von Peter Lerche u. a., 1981, S. 137–144; *Raimund Joos* (Hg.), Katholische Universität. Perspektiven, Erfahrungen, Visionen, 2002; *Ulrich Karpen*, Rechtliche Stellung und Chancen einer Privatuniversität unter besonderer Berücksichtigung der Katholischen Universität Eichstätt, in: WissR 23 (1990), S. 123–140; *Nikolaus Lobkowicz*, Die Katholische Universität gestern und morgen. Überlegungen zum Weg der Katholischen Universität Eichstätt-Ingolstadt, 2005; *Heribert Schmitz*, Studien zum kirchlichen Hochschulrecht, 1990, S. 347–365, 367–377.

⁵ *Phil.-Theol. Hochschule St. Georgen Frankfurt am Main – Theol. Fakultät*. Die Phil.-Theol. Hochschule wurde 1926 durch den Bischof von Limburg vornehmlich für die Ausbildung des Diözesanklerus gegründet u. dem Jesuitenorden durch Vertrag übergeben. Die bis dahin in Büren / Westfalen ansässige Theol. Fakultät SJ siedelte 1950 nach Frankfurt über und wurde 1970 mit der Phil.-Theol. Hochschule durch eine gemeinsame Verfassung (Satzung) vom 1.7.1970 verbunden. Träger der Hochschule ist die Deutsche Provinz SJ KÖR (München). Auf dem Campus Sankt Georgen befindet sich auch das überdiözesane Priesterseminar Sankt Georgen vornehmlich für Priesterkandidaten aus den (Erz-)Bistümern Aachen, Berlin, Dresden-Meißen, Görlitz, Hamburg, Hildesheim, Limburg, Osnabrück und Trier. Das Seminar wird von den (Erz-)Bistümern Limburg, Hamburg, Hildesheim und Osnabrück mit der Deutschen Provinz SJ getragen. Seit 1985 besteht eine „Stiftung Hochschule Sankt Georgen“ als rechtsfähige kirchliche Stiftung des bürgerlichen Rechts, die Forschung und Lehre an der Hochschule durch Zuschüsse fördert. – *Werner Löser*, Sankt Georgen 1926 bis 1951. Phil.-Theol. Hochschule St. Georgen, 2001; *Ulrich Rhode*, Phil.-Theol. Hochschule St. Georgen Theol. Fakultät SJ – Frankfurt am Main, in: OK 2008, S. 154; *Klaus Schatz*, Phil.-Theol. Hochschule Sankt Georgen Frankfurt am Main, jährliche Beiträge in *AmrhKG* unter *Kirchenhistorische Chronik*; *ders.*, Zur Gründungsgeschichte der Hochschule St. Georgen 1919–1926, in: Theologie u. Philosophie 76 (2001), S. 481–508.

⁶ *Theol. Fakultät Fulda*: SC InstCath, Errichtungsdekret vom 22.12.1978 (AfkKR 147 [1978], S. 480). Träger der Fakultät ist der Bischöfliche Stuhl zu Fulda. Von Dozenten der Theol. Fakultät Fulda wurde der Lehrbetrieb des Kath.-Theol. Seminars der Universität Marburg, einer Einrichtung des Bistums Fulda in Verbindung mit dem Hessischen Wissenschaftsministerium, mitbesorgt. Am 4.2.2015 verfügte der Bischof von Fulda die Angliederung des Katholisch-Theologischen Seminars Marburg als wissenschaftliche Abteilung der Theologischen Fakultät Fulda mit weiterbestehendem Standort in

und Vallendar¹⁰ und die Hochschule für Philosophie München¹¹. Daneben bestehen die Phil.-Theol. Hochschule Münster¹² und die katho-

Marburg. – *Bernd Willmes*, Theologische Fakultät Fulda, jährliche Beiträge in: AmrhKG unter *Kirchenhistorische Chronik*.

⁷ *Theol. Fakultät Paderborn*: Sacra Congregatio de Seminariis et Universitatibus Studiorum (SC Stud), Errichtungsdekret vom 11.6.1966 (AAS 58 [1966], S. 1195). Träger der Fakultät ist der Erzbischöfliche Stuhl zu Paderborn. Mit der Universität Paderborn besteht eine institutionelle Kooperation. Sie erstreckt sich vor allem auf das Studium der Philosophie, in das die Theologische Fakultät mit ihren beiden Lehrstühlen der Geschichte der Philosophie und der Systematischen Philosophie eingebunden ist. Daher können Absolventen der Theologischen Fakultät unter bestimmten Voraussetzungen auch zum Doktor der Philosophie promoviert werden. – *Klemens Honselmann*, Die Phil.-Theol. Akademie in Paderborn und ihr Stiftungsvermögen, 1954; *Josef Meyer zur Schlochtern* (Hg.), Die Academia Theodoriana. Von der Jesuitenuniversität zur Theologischen Fakultät Paderborn 1614–2014, 2014.

⁸ *Phil.-Theol. Hochschule SVD St. Augustin*. Zunächst nach kanonischem Hochschulrecht mit dem *Pontificio Ateneo Sant' Anselmo* in Rom verknüpft, wurde die Hochschule durch Dekret römischen Bildungskongregation (SCStud) vom 28.8.1999 (Prot. N.528/99) zur eigenständigen kirchlichen Fakultät (mit Graduierungsrecht für Magister, Lizentiat und Doktorat in kath. Theologie) erhoben. Die spezifische Ausprägung der Hochschule (Missionswissenschaft, Religionswissenschaft und Ethnologie) tritt u. a. im Konzept der Studiengänge und in der Zusammenarbeit u. a. mit drei eigenständigen wissenschaftlichen Forschungszentren (Missionswissenschaftliche Institut, Anthropos Institut, Institut Monumenta Serica) hervor. Hochschulträger ist die Deutsche Provinz der Gesellschaft des Göttlichen Wortes (SVD) Steyler Missionare e.V. – *Joachim G. Piepke*, Phil.-Theol. Hochschule SVD St. Augustin, in: OK 2008, S. 148–153. – Es ist beabsichtigt, die Trägerschaft der Hochschule in eine vom Erzbistum Köln gegründete Stiftung überzuleiten; die internationale Ausrichtung der Hochschule und ihr durch den Dialog der Religionen bestimmter Schwerpunkt sollen erhalten bleiben.

⁹ *Theol. Fakultät Trier*: SC Stud, Errichtungsdekret vom 5.6.1950 (KAmtsAnz. Trier S. 111) u. 8.9.1955 (AAS 48 [1956], S. 590). Träger ist das Bischöfliche Priesterseminar zu Trier (KöR). Die Verbindung mit der staatlichen Universität Trier, wo die Fakultät seit 1992 mit ihrem ersten Standort angesiedelt ist, beruht auf einem Kooperationsvertrag zwischen dem Bistum Trier und dem Land Rheinland-Pfalz vom 28.9.1970 (abgedr. bei *Joseph Listl* [Hg.], Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1987, S. 431).

¹⁰ *Phil.-Theol. Hochschule Vallendar*: Die Hochschule ist aus einer theologischen Bildungsstätte des Pallottinerordens hervorgegangen, die 1993 zur Theologischen Fakultät erhoben wurde; SC InstCath, Dekret vom 7.10.1993 (unv., vgl. OK 35 [1994], S. 86). Seit 2006 hat die Hochschule zwei Fakultäten (Theologie, Pflegewissenschaften). Ihr Träger ist die PTHV gGmbH mit Sitz in Vallendar; deren Gesellschafter sind die Marienhaus Holding GmbH Waldbreitbach und die Vinzenz Pallotti gGmbH Friedberg. Seit 2007 wird die rechtliche Vertretung der Träger-GmbH durch den Provinzial der Herz-Jesu-Provinz des Pallottinerordens in Friedberg/Bayern wahrgenommen. – *Heribert Niederschlag*, Die Hochschule der Pallottiner in Vallendar, in: OK 2008, S. 161–167.

lischen Fachhochschulen Berlin¹³, Freiburg i. Br.¹⁴, Mainz¹⁵, München¹⁶ und Nordrhein-Westfalen (Köln)¹⁷.

¹¹ *Hochschule für Philosophie München*: Die Hochschule wurde 1925 unter dem Namen Berchmanskolleg in Pullach als philosophische Ausbildungsstätte des Jesuitenordens gegründet, 1932 zur Phil. Fakultät kanonischen Rechts erhoben u. 1971 nach München verlegt. Träger der Hochschule ist die Deutsche Provinz SJ KöR (München). Es wird ein Bachelor- und Master-Studiengang Philosophie mit dem Abschluss im phil. Doktorgrad vermittelt; außerdem bestehen weiterbildende Master-Studiengänge Ethik und Interkulturelle Bildung. Im Gegensatz zu anderen Universitäten und Fakultäten ist die Hochschule nicht durchgängig nach Instituten und Lehrstühlen aufgegliedert. Institute gibt es nur für besondere Forschungsbereiche. – *Michael Bordt*, Hochschule für Philosophie München, in: OK 2008, S. 159 f.

¹² *Phil.-Theol. Hochschule Münster*: Die Hochschule ist im Jahre 1998 aus der 1971 gegründeten *Phil.-Theol. Hochschule der Franziskaner und Kapuziner Münster* hervorgegangen. Träger ist die *Phil.-Theol. Hochschule Münster gGmbH*. Statuten sind unveröffentlicht. Der Provinzial der Deutschen Kapuzinerprovinz ist kraft Amtes Generalmoderator der Hochschule. Als solcher vertritt er die Hochschule gegenüber staatlichen und kirchlichen Behörden. Es bestehen Lizentiats- und Master-Studiengänge mit dem Schwerpunkt „Theologie in der Spiritualität“. Der Hochschule sind ein Institut für Spiritualität, ein Institut für Kirche, Management und Spiritualität, ein Institut für Theologische Zoologie und ein Pastorseminar angegliedert. – *Thomas Dienberg*, Das entscheidend Unterscheidende: die Theologie der Spiritualität – Phil.-Theol. Hochschule Münster, in: OK 2008, S. 143–147.

¹³ *Kath. Hochschule für Sozialwesen Berlin*. Die Fachhochschule führt die Aufgaben der kirchlichen Ausbildungsstätten *Seminar für den kirchlich-caritativen Dienst in Magdeburg* u. *Kirchliches Seminar II des Deutschen Caritasverbandes, Zentralstelle Berlin*, fort. Träger ist das Erzbistum Berlin.

¹⁴ *Kath. Hochschule Freiburg i. Br.* Träger ist die *Katholische Hochschule Freiburg gGmbH*, zu der die (Erz-)Bistümer Freiburg u. Rottenburg-Stuttgart und deren Diözesancaritasverbände sowie der Deutsche Caritasverband gehören. – *Herbert Pielmaier/Helmut Schwab*, Von der Caritasschule zur Katholischen Hochschule, in: caritas '97. Jahrbuch des Deutschen Caritasverbandes, 1997, S. 76–82.

¹⁵ *Kath. Hochschule Mainz*. Träger ist die *gGesellschaft zur Förderung von Wissenschaft u. Bildung mbH Mainz*, deren Gesellschafter die (Erz-)Bistümer Mainz, Trier, Speyer, Limburg und Köln sind.

¹⁶ *Kath. Stiftungshochschule München* mit Abteilungen in Benediktbeuern und München. Träger ist die kirchl. Stiftung des öff. Rechts *Katholische Bildungsstätten für Sozialberufe in Bayern*. – *Karljörg Schäflein* (Hg.), Gedenkschrift für Professor Hermann Zeit. Ein Beitrag zur Geschichte der Katholischen Stiftungsfachhochschule München und der Katholischen Fachakademie für Sozialpädagogik München, 1988.

¹⁷ *Kath. Hochschule Nordrhein-Westfalen Köln* mit Abteilungen in Aachen, Köln, Münster u. Paderborn. Träger ist die *Katholische Fachhochschule Gemeinnützige Gesellschaft mbH Köln*, deren Gesellschafter die (Erz-)Bistümer Aachen, Essen, Köln, Münster u. Paderborn sind. An jedem Standort besteht ein Fachbereich Sozialwesen, in Köln zusätzlich der Fachbereich

Auf *evangelischer* Seite sind dem landeskirchlichen Bereich zuzurechnen die Augustana-Hochschule Neuendettelsau¹⁸, die Kirchliche Hochschule Wuppertal/Bethel¹⁹ und die Fachhochschulen bzw. Hochschulen ohne Promotionsrecht Berlin²⁰, Bielefeld²¹, Darmstadt²²,

Gesundheitswesen (seit 1994), in Paderborn zusätzlich der Fachbereich Theologie.

¹⁸ *Augustana-Hochschule Neuendettelsau*. Kirchl. Errichtungsgesetz vom 16.5.1947 (KABl. Landeskirche Bayern S. 42); KG vom 3.12.1984 (ABl. EKD 1985 S. 43). Träger ist die Ev.-Luth. Kirche in Bayern. Der Studiengang führt zum Ersten Theologischen Examen. – *Jörg Dittmer* (Hg.), *Theologie auf dem Campus. 50 Jahre Augustana-Hochschule*, 1997; *Gerhard Monninger* (Hg.), *Eine Denkwerkstatt der Kirche. Augustana-Hochschule 1947–1987*, 1987; *Helmut Utzschneider* (Hg.), *60 Jahre augustana in neuendettelsau*. Dokumentation der Beiträge und Reden zum Jubiläumsjahr, 2008. Ein früher mit der Augustana-Hochschule verbundener Fachhochschulstudiengang wurde im Jahre 1995 in die Ev. Fachhochschule Nürnberg (s. Fn. 31) überführt; *Solte*, *Fachhochschulen* (o. Fn. 1), S. 467, Fn. 10.

¹⁹ *Kirchliche Hochschule Wuppertal / Bethel – Hochschule für Kirche und Diakonie* mit Sitz in Wuppertal. Die früher selbständigen Kirchlichen Hochschulen Bethel (gegründet 1905) und Wuppertal (gegründet 1935), beide seit 1979 als wissenschaftliche Hochschulen staatlich anerkannt, sind auf der Grundlage eines Kirchenvertrages zwischen Ev. Kirche im Rheinland, der Ev. Kirche von Westfalen und der Stiftung Anstalt Bethel vom 17.11.2005 (KABl. EKIR 2006 S. 38) zusammengeschlossen worden. Im Schwerpunkt widmet sich der Arbeitsbereich Bethel der Diakoniewissenschaften, der Arbeitsbereich Wuppertal der Ausbildung für das Pfarramt. Die Hochschule ist eine kirchliche Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 4 KV) und eingebunden in das der Aus- und Fortbildung dienende *Theologische Zentrum Wuppertal*. – *Hartmut Aschermann / Wolfgang Schneider*, *Studium im Auftrag der Kirche*. Die Anfänge der Kirchlichen Hochschule Wuppertal 1935 bis 1945, 1985 (Schriftenreihe des Vereins für Rheinische Kirchengeschichte 83); *Frank-Michael Kuhlemann*, *Die Kirchliche Hochschule Bethel*, 2005. *Henning Wrogemann* (Hg.), *Theologie in Freiheit und Verbindlichkeit. Profile der Kirchlichen Hochschule Wuppertal/Bethel*, 2012 (Veröffentlichungen der Kirchlichen Hochschule Wuppertal/Bethel. N. F. Bd. 13).

²⁰ *Ev. Hochschule Berlin*, gegründet 1971, Körperschaft des öffentlichen Rechts im Bereich der Ev. Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz.

²¹ *Fachhochschule der Diakonie Bielefeld*. Träger ist die gleichnamige gGmbH, der als Gesellschafter u. a. angehören die Bodelschwingh'schen Stiftungen Bethel, das Ev. Johanneswerk, das Ev. Perthes Werk, die Ev. Stiftung Wittekindshof, das Diakonische Werk der EKD und mehrere regionale Diakonische Werke.

²² *Ev. Hochschule Darmstadt (EHD)*. Die Hochschule wurde 1971 durch die Ev. Kirche in Hessen und Nassau errichtet (Kirchl. Errichtungsgesetz vom 18.2.1973 [ABl. EKD S. 812] i. d. F. vom 18.2.1982 u. 21.2.1983 [KABl. EKHN S. 90]) und befindet sich jetzt in der Trägerschaft der Ev. Kirche in Hessen und Nassau, der Ev. Kirche von Kurhessen-Waldeck und des Diakonischen Werkes in Hessen und Nassau. Die Hochschule hat Studienstandorte in Darmstadt u. Schwalmstadt-Treysa.

Dresden²³, Freiburg i. Br.²⁴, Hamburg²⁵, Hermannsburg²⁶, Liebenzell²⁷, Ludwigsburg²⁸, Marburg²⁹, Moritzburg³⁰, Nürnberg³¹ und Rheinland-Westfalen-Lippe (Bochum)³².

Freikirchliche Träger haben die Hochschulen Wustermark-Elstal³³, Ewersbach³⁴, Möckern-Friedensau³⁵, Oberursel³⁶ und Reutlingen³⁷.

²³ *Ev. Hochschule Dresden*. Die Hochschule wird von der gleichnamigen Stiftung bürgerlichen Rechts getragen, die dem Diakonischen Werk der Ev.-Luth. Landeskirche Sachsens angeschlossen ist. Für die Bereiche Forschung und Weiterbildung hat die Stiftung eine eigene Gesellschaft, die *Zentrum für Forschung, Weiterbildung und Beratung gGmbH* gegründet.

²⁴ *Ev. Hochschule Freiburg i. Br.* Die Hochschule ist eine Einrichtung der Ev. Landeskirche in Baden; kirchl. Errichtungsgesetz vom 14.4.1972 (ABl. EKD S. 725). Stellungnahme des Deutschen Wissenschaftsrates zur Reakkreditierung der Evangelischen Hochschule Freiburg (Drs. 4178-14), online.

²⁵ *Ev. Hochschule für Soziale Arbeit u. Diakonie Hamburg*. Träger der Hochschule ist die Stiftung bürgerlichen Rechts Diakonenanstalt des Rauhen Hauses in Hamburg.

²⁶ *Fachhochschule für Interkulturelle Theologie Hermannsburg*. Träger ist das Ev.-luth. Missionswerkes in Niedersachsen (ELM), eine privatrechtliche Stiftung der ev.-luth. Landeskirchen von Hannover, Braunschweig und Schaumburg-Lippe. – *Frieder Ludwig*, „Fachhochschule für Interkulturelle Theologie“, in: *Handbuch der Religionen*, hg. von Michael Klöcker/Udo Tworuschka, 2013, II – 4.2.2.1.

²⁷ *Internationale Hochschule Liebenzell (IHL)* mit Sitz in Bad Liebenzell, gegründet im Jahre 2011. Die Hochschule ging aus dem Theologischen Seminar der Liebenzeller Mission (ThSLM) hervor, deren gGmbH weiterhin Träger der Hochschule ist.

²⁸ *Ev. Hochschule Ludwigsburg – Hochschule für Soziale Arbeit, Diakonie u. Religionspädagogik*; Außenstelle auf dem Campus Reutlingen. Träger ist die Ev. Landeskirche in Württemberg.

²⁹ Die *Ev. Hochschule Tabor* in Marburg ist eine Hochschule pietistischer Prägung. Träger ist die dortige *Stiftung Studien- und Lebensgemeinschaft Tabor*. Unter anderem werden Bachelor-Studiengänge in Evangelischer Theologie und Praktischer Theologie / Sozialer Arbeit geführt.

³⁰ *Ev. Hochschule Moritzburg*. Als Einrichtung der Sächsischen Landeskirche, getragen vom *Ev.-Luth. Diakonenhaus Moritzburg e. V.*, vermittelt die Hochschule neben der Diakonenausbildung das Fach Evangelische Religionspädagogik mit sozialarbeiterischem bzw. musikalischem Profil in Bachelor- / Master-Studiengängen.

³¹ *Ev. Hochschule für angewandte Wissenschaften – Ev. Fachhochschule Nürnberg*. Träger ist die Ev.-Luth. Kirche in Bayern. Der Hochschule liegt ein Kirchliches Fachhochschulgesetz vom 3. 12. 2013 (KABl. 2014 S. 6) zugrunde.

³² *Ev. Fachhochschule Rheinland-Westfalen-Lippe, Bochum*: Die Hochschule ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, der ein Kirchenvertrag der drei evangelischen Kirchen in Nordrhein-Westfalen i. d. F. vom 18./21./29. 7. 2003 (KABl. S. 328) zugrunde liegt.

³³ *Theologisches Seminar Elstal (Fachhochschule)* in Wustermark / Brandenburg. Träger ist der Bund Ev.-Freikirchlicher Gemeinden in Deutschland

Der Zentralrat der Juden in Deutschland unterhält seit 1979 die Hochschule für Jüdische Studien in Heidelberg³⁸.

Neben den hier zu beschreibenden wissenschaftlichen Einrichtungen stehen acht Musikhochschulen in kirchlicher Trägerschaft³⁹.

4

K.d.ö.R. Auf einen Bachelor-Studiengang Evangelische Theologie folgt ein gleichnamiger Master-Studiengang bzw. ein Master-Studiengang Freikirchliche Diakonie. Vgl. auch *Wissenschaftsrat*, Stellungnahme zur Akkreditierung des Theologischen Seminars Elstal (Fachhochschule) des Bundes Evangelisch-Freikirchlicher Gemeinden in Deutschland – 2. Antrag – Drs. 8029-07, 2007; FS 125 Jahre Theologisches Seminar, Beiheft 6 zum Theologischen Gespräch, hg. von Günter Balders, 2005.

³⁴ *Theologische Hochschule Ewersbach* in Dietzhöhlztal/Lahn-Dill-Kreis. Träger ist der Bund Freier evangelischer Gemeinden in Deutschland KdöR. Es wird ein theologisches Fachhochschulstudium mit einem dreijährigen Bachelor-Studiengang und einem darauf aufbauenden zweijährigen Master-Studiengang in Evangelischer Theologie angeboten.

³⁵ *Theologische Hochschule Friedensau* in Möckern-Friedensau. Träger ist die Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten in Deutschland, KöR. Die Hochschule führt Bachelor- und Master-Studiengänge in den Fachbereichen Theologie und Christliches Sozialwesen.

³⁶ *Lutherische Theologische Hochschule Oberursel*. Träger ist die Selbstständige Ev.-Luth. Kirche in Deutschland (SELK), KöR. Der von der Hochschule angebotene Studiengang *Evangelische Theologie* führt zur kirchlichen Abschlussprüfung (Erstes Theologisches Examen) oder zum Magister Theologiae (Mag. Theol.).

³⁷ *Theologische Hochschule Reutlingen*. Träger ist die Ev.-methodistische Kirche in Deutschland, KöR. Die Fachhochschule führt Bachelor- und Master-Studiengänge in Theologie. Vgl. auch *Wissenschaftsrat*, Stellungnahme zur Akkreditierung des Theologischen Seminars Reutlingen, Drs. 6415-05, Berlin 2005.

³⁸ *Hochschule für Jüdische Studien, Heidelberg*. Träger ist der Zentralrat der Juden in Deutschland, KöR. – *Helmut G. Meier / Hermann Josef Schuster*, Die Hochschule für Jüdische Studien in Heidelberg, in: *WissR Beih.* 8 (1983), S. 112–137; *Johannes Heil / Daniel Krochmalnik* (Hg.), *Jüdische Studien als Disziplin – die Disziplinen der Jüdischen Studien*. Festschrift der Hochschule für Jüdische Studien Heidelberg 1979–2009, 2010; *Wissenschaftsrat*, Stellungnahme zur Akkreditierung der Hochschule für Jüdische Studien Heidelberg, Drs. 8912-09, Berlin 2009. Die Hochschule bietet Bachelor- und Master-Studiengänge u. a. in den Fächern Jüdische Studien, Jewish Civilizations, Jüdische Museologie u. für Staatsexamen in Jüdischer Religionslehre. Die Ausbildung der Rabbiner und Kantoren erfolgt im Abraham Geiger Kolleg und Zacharias-Frankel-College an der Universität Potsdam und wird in Kooperation mit dem Zentrum Jüdische Studien Berlin-Brandenburg durchgeführt.

³⁹ Hochschule für Kirchenmusik der Diözese Rottenburg-Stuttgart in Rottenburg, Hochschule für Kirchenmusik der Ev. Landeskirche in Baden in Heidelberg, Hochschule für Kirchenmusik der Ev. Landeskirche in Württemberg in Tübingen, Hochschule für Katholische Kirchenmusik u. Musikpädagogik in Regensburg, Hochschule für Evangelische Kirchenmusik in Bay-

- 5 Veränderungen in der Bedarfslage haben bis in die jüngste Zeit zur Einstellung des Lehrbetriebs kirchlicher Hochschulen geführt, so eines Teils der Ordenshochschulen⁴⁰, der für die besonderen Aufgaben der Flüchtlingsseelsorge nach dem Zweiten Weltkrieg gegründeten katholischen Phil.-theol. Hochschule Königstein im Taunus⁴¹ und mehrerer Fachhochschulen⁴².
- 6 Nach der Wiedervereinigung Deutschlands sahen sich die evangelischen Landeskirchen veranlasst, die auf dem Gebiet der ehemaligen DDR und in Berlin gelegenen kirchlichen Hochschulen zugunsten der dort erhalten gebliebenen evangelisch-theologischen Staatsfakultäten aufzuheben. Hiervon waren die Kirchlichen Hochschulen Berlin-Brandenburg (ehemaliges Sprachenkonvikt), Berlin (Zehlendorf), Leipzig und Naumburg betroffen.⁴³ Das Phil.-Theol. Studium Erfurt,

reuth, Hochschule für Kirchenmusik der Ev. Kirche von Westfalen in Herford, Hochschule für Kirchenmusik der Ev.-Luth. Landeskirche Sachsens in Dresden, Evangelische Hochschule für Kirchenmusik in Halle. Daneben dienen der Pflege der Kirchenmusik die entsprechenden Abteilungen staatlicher Musikhochschulen. – Geschlossen wurden die evangelische Hochschule für Kirchenmusik in Görlitz (2008) und die katholische Hochschule für Kirchenmusik in Aachen (2007).

⁴⁰ Den Lehrbetrieb eingestellt haben die *Hochschule bei St. Stephan* in Augsburg (Benediktiner), die *Albertus-Magnus-Akademie* in Bornheim-Walberberg (Dominikaner) und die Phil.-Theol. Hochschulen Hennef-Geistingen (Redemptoristen) und Benediktbeuern (Salesianer Don Boscos). Wissenschaftlichen Aufgaben des Dominikanerordens dient das „Institut M.-Dominique Chenu“ in Berlin, zugleich An-Institut der Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Päpstlichen Universität Hl. Thomas von Aquin (Angelicum) in Rom; *Thomas Eggensperger*, Das „Institut M.-Dominique Chenu“ in Berlin, in: OK 2008, S. 168–172. In Zusammenarbeit mit der Katholischen Stiftungsfachhochschule München (o. Fn. 16) wird in Benediktbeuern eine theologische Ausbildung auf Hochschulniveau weitergeführt u. a. mit einem Studiengang *Religionspädagogik und kirchliche Bildungsarbeit* (B. A.).

⁴¹ 1949–1978. *Manfred Baldus*, Die philosophisch-theologischen Hochschulen in der Bundesrepublik Deutschland, 1965, S. 83–86.

⁴² Geschlossen oder an staatliche Fachhochschulen überführt wurden die kath. Fachhochschulen Bonn (Fachhochschule f. d. öff. Bibliothekswesen), Norddeutschland (Osnabrück u. Vechta) und Saarbrücken und die ev. Fachhochschulen Hannover, Ludwigshafen und Reutlingen. Die im Jahre 1948 gegründete evangelische Kirchliche Hochschule Hamburg ist bereits im Jahre 1954 als Evangelisch-Theologische Fakultät in die dortige Universität überführt worden.

⁴³ Über die ev. Kirchl. Hochschulen in der damaligen DDR vgl. *Gerhard Ruhbach*, Hochschulen, Kirchliche, in: TRE, Bd. 15, 1986, S. 423 (433); *Ernst-Lüder Solte*, Religionsunterricht und Theologenausbildung in den Ländern der ehemaligen DDR, in: Die Kirchen und die deutsche Einheit, hg. von Richard Puza/Abraham P. Kustermann, 1991, S. 129–143. Die Kirchl. Hochschulen Berlin-Brandenburg (früheres Sprachenkonvikt) und Berlin (Zeh-

die einzige kirchliche Einrichtung für die Ausbildung des geistlichen Nachwuchses in den katholischen Diözesen und Diözesananteilen der DDR, wurde im Jahre 2003 als Kath.-Theol. Fakultät in die staatliche Universität Erfurt überführt.⁴⁴

Für einige Einrichtungen ist zweifelhaft, ob sie als kirchliche Hochschulen im Sinne des eingangs umschriebenen Rechtsbegriffs anzusehen sind, auch wenn sie der verfassten Kirche nahestehen. Die Einbeziehung in den Schutzbereich des Selbstordnungsrechts (Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV) erfordert nämlich, dass die in Betracht kommende Religionsgemeinschaft mindestens die rechtliche Möglichkeit hat, die Einrichtung ihrem bestimmenden Einfluss zu unterwerfen.⁴⁵ Das Spektrum und das Gewicht der hier in Betracht

7

lendorf) wurden durch Verträge zwischen der Landeskirche und der Humboldt-Universität bzw. dem Land Berlin vom 17.9.1990 u. 1.6.1993 (beide unv.; vgl. aber KABl. Landeskirche Berlin-Brandenburg 1992, S. 224; 1993, S. 175) mit der Theol. Fakultät zum Fachbereich Ev. Theologie der Humboldt-Universität zusammengeführt. In ähnlicher Weise erfolgte die Zusammenlegung der Kirchl. Hochschule Leipzig (früheres Theol. Seminar) mit der Theol. Fakultät der dortigen Universität gemäß einem am 1.10.1992 in Kraft getretenen (unv.) Vertrag zwischen dem Freistaat Sachsen und der Ev.-Luth. Landeskirche Sachsens. Die Kirchl. Hochschule Naumburg (früheres Katechetisches Oberseminar) wurde ohne vertragskirchenrechtliche Übernahmeregung im Jahre 1993 aufgelöst.

Zur Zukunft theologischer Forschung und Lehre in Berlin vgl. auch Empfehlungen der vom Fakultätsrat der Theologischen Fakultät eingesetzten Kommission zur Verortung weiterer Theologien an der Humboldt-Universität, am 14.6.2017 vom Fakultätsrat zur Kenntnis genommen (<<https://www.theologie.hu-berlin.de>>).

⁴⁴ Das Phil.-Theol. Studium Erfurt wurde 1952 als Regionalpriesterseminar gegründet. Daneben bestanden bis 1992 bzw. 1993 Seminare für den pastoralpraktischen Ausbildungsabschnitt auf der Huysburg (b. Magdeburg) und in Kloster Neuzelle/Brandenburg. Im Jahre 1990 wurde das Erfurter Studium nach staatlichem Hochschulrecht anerkannt, erhielt 1999 als Wissenschaftliche Hochschule in kirchlicher Trägerschaft die Bezeichnung Theologische Fakultät und wurde 2003 als Kath.-Theol. Fakultät in die staatliche Universität Erfurt integriert. *Konrad Hartelt*, Die Anfänge des Phil.-Theol. Studiums Erfurt unter rechtlichen Gesichtspunkten betrachtet, in: Festschrift für Heribert Schmitz, hg. von Winfried Aymans / Karl-Theodor Geringer, Regensburg 1994, S. 455–475; *Josef Pilvousek*, Theologische Ausbildung und gesellschaftliche Umbrüche – 50 Jahre Katholische Theologische Hochschule und Priesterausbildung in Erfurt, 2002. Über die frühere Anbindung des Studiums an die Päpstliche Universität Gregoriana in Rom s. u. Fn. 78.

⁴⁵ *Jörg Ennuschat*, in: Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen, hg. von Dieter Leuze / Volker Epping, Losebl.: Stand 3/2011, § 74, Rn. 27.

kommenden Indizien⁴⁶ kann in Grenzfällen zu Zweifeln Anlass geben, so für die Gustav-Siewerth-Akademie Weilheim-Bierbrunn⁴⁷, die Fliedner Fachhochschule Düsseldorf⁴⁸, die Freie Theologische Hochschule Gießen⁴⁹, die CVJM-Hochschule Kassel⁵⁰, die Internationale Hochschule Liebenzell⁵¹, die Evangelische Hochschule Tabor in

⁴⁶ Vgl. z. B. den umfangreichen Katalog von Indizien in LAG Berlin-Brandenburg (B. v. 8. 7. 2010 – 26 TaBV 843/10, KirchE 56, 32 [40 f.], im Anschluss an BVerfGE 46, 73 = KirchE 16, 189). Die bloße kirchliche Anerkennung einer Hochschule oder ihrer Abschlüsse soll nicht geeignet sein, den hochschulrechtlichen Status als kirchliche Hochschule zu begründen; *Andreas Reich*, Bayerisches Hochschulgesetz, 5. Aufl. 2007, Art. 76, Rn. 13; *Frank Nolden / Frank Rottmann u. a.*, Sächsisches Hochschulgesetz, 2011, Anm. zu § 106 Abs. 2. Zur Zuordnung evangelisch-diakonischer Einrichtungen, mit denen auch (Fach-)Hochschulen verbunden sein können, vgl. *Jörg Winter*, Welche Einrichtungen gehören zur Kirche?, in: ZevKR 59 (2014), S. 141–156.

⁴⁷ *Gustav-Siewerth-Akademie* Weilheim-Bierbrunn. Die Akademie, der katholischen Kirche nahestehend, versteht sich als philosophische Hochschule, die ihren Studienbetrieb derzeit als Studium generale ankündigt. Träger ist die Gustav-Siewerth-Haus gGmbH. Staatliche und kirchliche Zuschüsse werden nicht erbracht. *Rhode / Rübner*, Hochschulen (o. Fn. 1), S. 32. Der Widerspruch des Trägers gegen den Entzug der staatlichen Anerkennung der Hochschule (2013) war bei Redaktionsschluss noch Gegenstand eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (VG Freiburg i. Br., 1 K 1098/13).

⁴⁸ *Fliedner Fachhochschule* Düsseldorf. Die Hochschule ist eine Einrichtung der Kaiserwerther Diakonie. Die Hochschule führt Studiengänge u. a. in pflegewissenschaftlichen Bereichen, Medizinischer Assistenz, Pädagogik und Bildungsmanagement. Ähnlich verhält es sich mit der *Wilhelm Löhe Hochschule für angewandte Wissenschaften in Fürth*, die von der Wissenschaft und Forschung (WuF) GmbH getragen wird. Letztere ist ein Tochterunternehmen des Ev.-Luth. Diakoniewerks Neuendettelsau KdöR.

⁴⁹ *Freie Theologische Hochschule Gießen*. Träger ist der Förderverein für evangelikale Theologie und Ausbildung e.V. Die Hochschule bietet einen Bachelor- (6 Semester) und einen darauf aufbauenden Master-Studiengang (4 Semester) in evangelikaler Theologie für Bewerber aus evangelikalen Gemeinschaften, Freikirchen und unabhängigen Gemeinden an. *Wissenschaftsrat*, Stellungnahme zur Akkreditierung der Freien Theologischen Akademie Gießen als private Hochschule, Drs. 8496-08, 2008; *Reinhard Scheerer*, Bekennende Christen in den evangelischen Kirchen Deutschlands 1966–1991, 1997; *Friedhelm Jung*, Die deutsche evangelikale Bewegung. Grundlinien ihrer Geschichte und Theologie, 3. Aufl. 2001.

⁵⁰ *Internationale Fachhochschule für Religions- und Gemeindepädagogik, Soziale Arbeit sowie Sozial- und Diakonienmanagement* (CVJM-Hochschule), Kassel, Träger ist die CVJM-Bildungswerk gGmbH. Deren Hauptgesellschafter ist der CVJM-Gesamtverband in Deutschland e.V., der u. a. als Fachverband zum Diakonischen Werk der EKD gehört. *Wissenschaftsrat*, Stellungnahme zur Akkreditierung der CVJM Hochschule, Kassel, Drs. 8614-08, 2008.

⁵¹ *Internationale Hochschule Liebenzell*. Träger der Hochschule ist die Liebenzeller Mission in der Rechtsform des Liebenzeller Gemeinschaftsverbands e.V. Die Studiengänge (Ev. Theologie, Soziale Arbeit im interkulturellen Kontext, Gemeindepädagogik, Systemische Beratung) werden z. T. in

Marburg⁵² und die Mathias Hochschule Rheine⁵³. Diese Bildungsstätten werden daher im Rahmen dieses Beitrags als private Hochschulen verstanden.⁵⁴ Ferner ist nicht auszuschließen, dass Religionsgemeinschaften Einrichtungen unterhalten, die zwar die Bezeichnung Hochschule führen, aber einen Status nach weltlichem Verfassungs- oder Hochschulrecht nicht in Anspruch nehmen.⁵⁵

Trotz der nicht geringen Anzahl kirchlicher Bildungsstätten wird das Bild der theologischen Wissenschaftspflege in Deutschland weiterhin durch die theologischen Fakultäten an staatlichen Universitäten geprägt. Knapp 10 % der Theologiestudierenden wissenschaftlicher Hochschulen sind an kircheneigenen Bildungsstätten immatrikuliert.⁵⁶ In der theologisch-wissenschaftlichen Zielsetzung zeigen die katholisch-theologischen Staatsfakultäten und die Hochschulen in diözesaner Trägerschaft ein komplementäres Bildungsan-

8

Kooperation mit der CVJM-Hochschule Kassel (o. Fn. 50) und der Ev. Hochschule Tabor Marburg (o. Fn. 29) angeboten. *Wissenschaftsrat*, Stellungnahme zur Akkreditierung der Internationalen Hochschule Liebenzell, Drs. 1008-11, 28.1.2011, S. 22 f. Seit 2017 trägt die Hochschule das Forschungsinstitut LIMRIS (Liebenzeller Institut für missionswissenschaftliche, religionswissenschaftliche, interkulturelle und soziale Studien).

⁵² S. oben Fn. 29. *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 1), S. 26, Anm. 31.

⁵³ *Mathias Hochschule Rheine. Fachhochschule für Gesundheit, Wirtschaft und Technik*. Die Hochschule ist in zwei Fakultäten (Gesundheit, Wirtschaft) gegliedert. Träger ist die *Mathias Fachhochschule Rheine GmbH*, deren Alleingesellschafter die Stiftung Mathias-Spital Rheine ist. Die Vertretung der Stiftung obliegt einem Kuratorium, dessen Vorsitzender der Pfarrer bzw. der Pfarrverwalter der Pfarrgemeinde St. Dionysius in Rheine ist. Im Jahre 2016 wurde die Mathias-Hochschule von der Praxis-Hochschule, einer privaten, staatlich anerkannten Fachhochschule im Bereich Sozial- und Gesundheitswesen mit Sitz in Köln, übernommen.

⁵⁴ Vgl. hierzu auch die Übersicht in *Wissenschaftsrat*, Hochschulen (o. Fn. 1), S. 26 f., Tabelle 2 Private und kirchliche Hochschulen nach Status, S. 143–149; *ders.*, Kriterien (o. Fn. 1), S. 7 f. Der dort ersichtliche Status der vorgenannten Einrichtungen als private Hochschulen geht meist auch aus der jeweiligen Internet-Präsentation (Homepage) hervor. Nach § 5 Abs. 1 PartN (s. u. Fn. 70) können Katholische Hochschulen in der Regel nur von kirchlichen Körperschaften oder Stiftungen oder von deren Zusammenschlüssen auf verbandsrechtlicher Grundlage getragen werden.

⁵⁵ So das *Priesterseminar Stuttgart* als Freie Hochschule der Christengemeinschaft e.V. (<<https://www.priesterseminar-stuttgart.de>>).

⁵⁶ Statistisches Bundesamt Fachserie 11 Reihe 4.1, Studierende an Hochschulen Sommersemester 2018; *Wissenschaftsrat*, Hochschulen (o. Fn. 1), S. 87–89. Die Fluktuation zwischen kirchl. Hochschulen u. Staatsfakultäten ist vor allem auf ev. Seite verhältnismäßig hoch. Im Rahmen von Kooperationsvereinbarungen (s. unten IV. 10.) ermöglichen manche Hochschulen auch ein Belegen von Lehrveranstaltungen ohne Zweitimmatrikulation.

gebot, das sich jedoch in fachlichen Schwerpunkten unterscheiden kann. Demgegenüber kennzeichnet es die Ordenshochschulen, dass sie die der Ordensgemeinschaft eigentümliche Spiritualität für alle Bereiche der Theologie auch in der akademischen Forschung und Lehre zur Geltung bringen.⁵⁷ Auf evangelischer Seite darf als unterscheidende Eigenart der Kirchlichen Hochschulen die größere Nähe zur verfassten Kirche und eine hierdurch bedingte Orientierung des Selbstverständnisses an den Ansprüchen des kirchlichen Amtes genannt werden.⁵⁸

- 9 Von den Fachhochschulstudienplätzen entfallen auf kirchliche Einrichtungen in den Studiengängen des Sozialwesens ca. 40 % und in den Pflegestudiengängen ca. ein Drittel. Theologie (Religionspädagogik, Praktische Theologie, Gemeindepädagogik, Gemeindediakonie) kann auf Fachhochschulebene nur an Einrichtungen nichtstaatlicher, d. h. in der Regel kirchlicher Träger studiert werden.
- 10 Im Übrigen bieten die kleineren kirchlichen Hochschulen die bekannten Vorteile überschaubarer Einheiten, sind aber auch wegen der Erhaltung des wissenschaftlichen Standards mehr als andere Hochschulen auf Zusammenarbeit angewiesen.⁵⁹
- 11 Die Einführung eines islamischen Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen und die Ausbildung entsprechender Lehrkräfte⁶⁰ hat

⁵⁷ Werner Prawdzik, Die Bedeutung und der Beitrag der Ordenshochschulen und der wissenschaftlichen Institute von Ordensgemeinschaften für den Bildungsauftrag der Ortskirche in Deutschland, in: OK 1991, S. 175 (190).

⁵⁸ Martin Heckel, Die theologischen Fakultäten im weltlichen Verfassungsstaat, 1986, S. 358; Ruhbach, Hochschulen (o. Fn. 43), S. 425 f.; Ernst-Lüder Solte, Die evangelischen kirchlichen Hochschulen in der neueren Rechtsentwicklung, in: WissR Beih. 8 (1983), S. 1 (10 f.).

⁵⁹ S. unten IV. 9. Katrin Janke, Institutionalisierte Islam an deutschen Hochschulen, 2005.

⁶⁰ Martin Affolderbach, Schritte zum islamischen Religionsunterricht und die Etablierung von Lehrstühlen für islamische Studien an deutschen Universitäten, in: Dokumente zum kirchlichen Zeitgeschehen. Kirchliches Jahrbuch 2011, 2013, S. 81–107; Jan Felix Engelhardt, Islamische Theologie im deutschen Wissenschaftssystem. Ausdifferenzierung und Selbstkonzeption einer neuen Wissenschaftsdisziplin, 2017; Hans Michael Heinig, Islamische Theologie an staatlichen Hochschulen in Deutschland, in: ZevKR 56 (2011), S. 238–278; Moritz Indenhuck, Islamische Theologie im staatlichen Hochschulsystem, 2016; Janke, Institutionalisierte Islam (o. Fn. 59); Hartmut Kreß, Islamischer Religionsunterricht zwischen Grundsatzproblemen und neuen Rechtsunsicherheiten, in: ZRP 2010, S. 14–17; Anne-Kathrin Lange, Islamische Theologie an staatlichen Hochschulen, 2014; Mediendienst Integration, Religion an Schulen – Islamischer Religionsunterricht in Deutschland, 2018; Jakob Julius Nolte, Islamische Theologie an deutschen Hochschu-

die Frage aufkommen lassen, ob hierfür auch Hochschuleinrichtungen in der Trägerschaft islamischer Verbände in Betracht kommen könnten. Der Wissenschaftsrat⁶¹ hält ein solches Projekt zwar für realisierbar, empfiehlt jedoch, die Entwicklung der islamischen Studien vorrangig im staatlichen Hochschulsystem voranzutreiben, weil nur durch eine enge Kooperation mit anderen wissenschaftlichen Fächern der gebotene wissenschaftliche Standard zu gewährleisten sei.

II. Kirchliche Hochschulen in der kirchlichen Rechtsordnung⁶²

1. Katholische Hochschulen

a) Unter den Trägern nichtstaatlicher Hochschulen in Deutschland hat nur die katholische Kirche, ausgehend von der Erklärung „Gravissimum Educationis“ des II. Vatikanischen Konzils⁶³, ein für ihr gesamtes Hochschulwesen verbindliches Rahmenrecht geschaffen. 12

Das kanonische Hochschulrecht befasste sich zunächst⁶⁴ hauptsächlich mit dem Status wissenschaftlicher Einrichtungen, die der 13

len?, in: DÖV 2008, S. 129–138; *Janbernd Oebbecke*, Islamische Theologie an deutschen Universitäten, in: ZevKR 56 (2011), S. 262–278; *Michael Ott*, Die Ausbildung islamischer Religionslehrer und staatliches Recht, 2009; *Richard Potz*, Islamische Theologie an der Universität, in: Festschrift für Hans Paarhammer, hg. von Stefan Haering u. a., 2012, S. 929–949; *Karoline Schweizer*, Islamischer Religionsunterricht an öffentlichen Schulen nach dem Beiratsmodell in Nordrhein-Westfalen, Diss. iur. Köln 2016, <<https://kups.ub.uni-koeln.de/6917/>>; *Christian Walter* u. a. (Hg.), Die Einrichtung von Beiräten für islamische Studien, 2011.

⁶¹ Empfehlungen zur Weiterentwicklung von Theologien (o. Fn. 1), S. 74–78. *WR-Kongress*, Berlin: Vielfalt der Religionen (o. Fn. 1), insbesondere die Beiträge von *Christian Walter*, *Wolfram Weiße*, *Havva Yakar* u. *Sarah Stroumsa*. Vgl. auch *Jörg Ennuschat*, Die Kooperation von Staat und Kirche im Bereich von Schule und Hochschule, in: KuR 2012, S. 214 (222 f.).

⁶² Hochschulübergreifende Regelungen im Bereich der katholischen Kirche und der evangelischen Landeskirchen sind (Stand: 25.9.2007) zusammengestellt in der Anlage zum Beschluss der Kultusministerkonferenz vom 13.12.2007: Eckpunkte (o. Fn. 1); vgl. auch die Dokumentation der kirchlichen Rechtsnormen, in: Kath. Theologie u. Kirchl. Hochschulrecht (o. Fn. 1), S. 188–509.

⁶³ Vat. II, Erklärung über die christlichen Erziehung, AAS 58 (1966), S. 728. Dt. Übersetzung: LThK, 2. Aufl., Ergänzungsband: Das Zweite Vatikanische Konzil, II, 1967, S. 357–404, Ziff. 10 u. 11.

⁶⁴ Zur Entwicklung des kanonischen Hochschulrechts vgl. *Schmitz*, Studien (o. Fn. 4), S. 13–67, 69–100.

Pflege der Theologie und verwandter Disziplinen (u. a. der Philosophie und des kanonischen Rechts) dienen. Für diese sog. kirchlichen Universitäten und Fakultäten gelten jetzt cc. 815–821 CIC/1983 und die Apostolische Konstitution „Sapientia Christiana“ nebst Ordinationes von 1979⁶⁵. Maßgebend für die Anwendung des gemeinkirchlichen Rahmenrechts ist, dass die Hochschule als solche durch den Apostolischen Stuhl errichtet oder approbiert und mit dem Recht zur Verleihung akademischer Grade ausgestattet worden ist (c. 816 § 1 CIC/1983, Art. 2 SapChr, Art. 1 OrdSapChr). Für die Anpassung und Anwendung der Apostolischen Konstitution „Sapientia Christiana“ und der ihr beigefügten Ordinationes im Recht katholisch-theologischer Einrichtungen an deutschen staatlichen Universitäten hat die Kongregation für das katholische Bildungswesen am 1.1.1983 zwei sog. Akkommodationsdekrete⁶⁶ erlassen. Das Dekret I betrifft die katholisch-theologischen Fakultäten, das Dekret II theologische Dozenturen außerhalb dieser Fakultäten. Zwar gelten beide Dekrete formell nur für staatliche Institute, jedoch begrenzen sie inhaltlich in gleichem Umfange auch für theologische Fakultäten und Dozenturen in kirchlicher Trägerschaft die Verbindlichkeit des gemeinkirchlichen Hochschulrechts.⁶⁷

- 14 Katholische Universitäten und andere Hochschuleinrichtungen mit profanwissenschaftlichem Schwerpunkt⁶⁸ unterliegen cc. 807–814 CIC/1983 und der Apostolischen Konstitution „*Ex Corde Ecclesiae*“ von 1990⁶⁹. Die Ausfüllung des gemeinkirchenrechtlichen Rahmens

⁶⁵ *Johannes Paul II.*, Const. Ap. „Sapientia Christiana“ de studiorum Universitatibus et Facultatibus Ecclesiasticis (SapChr) vom 15. 4. 1979 (AAS 71 [1979], S. 469) i. d. F. vom 28. 1. 2011 (AAS 153 [2011], S. 153) SC InstCath, Ordinationes ad Const. Ap. „Sapientia Christiana“ rite exsequendam (OrdSapChr) vom 29. 4. 1979 (AAS 71 [1979], S. 500) i. d. F. vom 28. 1. 2011 (AAS 103 [2011], S. 155). Dt. Übersetzung: Katholische Theologie u. Kirchliches Hochschulrecht (o. Fn. 1), S. 197, 281. Vgl. *Manfred Baldus*, Die Reform des Hochschulrechts in der katholischen Kirche, in: *WissR Beih.* 8 (1983), S. 46–73; *Schmitz*, Studien (o. Fn. 4), S. 103–147.

⁶⁶ Abgedr. in: Katholische Theologie u. Kirchliches Hochschulrecht (o. Fn. 1), S. 370, 386.

⁶⁷ S. unten Rn. 29. Maßgeblich ist die im Interesse von Kirche und Staat liegende Gleichstellung und Gleichwertigkeit von kirchlichen Fakultäten und staatlichen kath.-theol. Universitätsfakultäten, vgl. *Schmitz / Rhode*, Einführung (o. Fn. 1), Rn. 41.

⁶⁸ Zur Unterscheidung der beiden vorgenannten Hochschulformen (nach Errichtung/Approbation, Disziplinen und verliehenen akademischen Graden) vgl. *Rhode / Rüfner*, Hochschulen (o. Fn. 1), S. 27.

⁶⁹ *Johannes Paul II.*, Const. Ap. „*Ex Corde Ecclesiae*“ de Universitatibus Catholicis (ExCE) vom 15. 8. 1990 (AAS 82 [1990], S. 1475). Dt. Übersetzung:

ist für diese Hochschulen im Zuständigkeitsbereich der Deutschen Bischofskonferenz durch Partikularnormen vom 2. 9. 2009⁷⁰ erfolgt.

Der Apostolischen Konstitution „*Ex Corde Ecclesiae*“ folgen demnach die Katholische Universität Eichstätt-Ingolstadt, die Phil.-Theol. Hochschule Vallendar und die Katholischen (Fach-)Hochschulen Berlin, Freiburg i. Br., Mainz, Nordrhein-Westfalen und München. Die Apostolische Konstitution „*Sapientia Christiana*“ ist maßgebend für die selbständigen Theologischen Fakultäten Frankfurt a. M. – St. Georgen, Fulda, Paderborn, St. Augustin und Trier, die Hochschule für Philosophie München und die Phil.-Theol. Hochschule Münster; sie gilt ferner für die Theologischen Fakultäten an der Katholischen Universität Eichstätt-Ingolstadt und der Phil.-Theol. Hochschule Vallendar.⁷¹

Andere als die zuvor genannten Einrichtungen haben keinen kanonisch-rechtlichen Hochschulstatus. Dies gilt z. B. auch für Priesterseminare, selbst wenn sie ausnahmsweise eine vollständige theologisch-wissenschaftliche und praktische Ausbildung verbinden.⁷² Sol-

Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls 99, hg. von der Deutschen Bischofskonferenz, 1990. *Josef Ammer*, Zum Recht der „Katholischen Universität“, 1994; *Manfred Baldus*, Kirche und Universität im Kanonischen Recht, in: *WissR* 24 (1991), S. 193–220; *John P. Galvin*, *Ex Corde Ecclesiae*: Perspectives on the document, in: *The Jurist* 1999, S. 111; *Peter Krämer*, Die Katholische Universität, in: *AfkKR* 160 (1991), S. 25–47.

⁷⁰ Partikularnormen der Deutschen Bischofskonferenz zur Apostolischen Konstitution *Ex Corde Ecclesiae* vom 2. 9. 2009 (PartN) (Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls 99), 2. Aufl. 2010, S. 48–59 (<<https://www.kirchenrecht-online.de>>).

⁷¹ Vgl. die Bestandsübersicht bei *Rhode/Rüfner*, Hochschulen (o. Fn. 1), S. 31 f.

⁷² In Deutschland ist die Ausbildung der Weltpriester durchweg auf drei Institute verteilt: Theologische Fakultät, Konvikt u. Priesterseminar. Eine seminaristische Ausbildung, z. T. verknüpft mit einem Hochschulstudium, erfolgt z. B. am Überdiözesanen Priesterseminar Lantershofen in Grafschaft (Kreis Ahrweiler), den bischöflichen Missionarischen Priesterseminaren „*Redemptoris Mater*“ des sog. Neokatechumenalen Weges in Berlin und Bonn und am Internationale Priesterseminar der Petrusbruderschaft in Wigratzbad b. Wangen. Über das Überdiözesane Priesterseminar Lantershofen vgl. *Reimund Haas*, Studienhaus St. Lambert Burg Lantershofen, in: *AmrhKG* 52 (2000), S. 494–498; *Nobel*, Ausbildung (o. Fn. 1), S. 403–405. Über die Priesterseminare „*Redemptoris Mater*“ *Bernhard Sven Anuth*, Der Neokatechumenale Weg: erfolgreich, innovativ, umstritten, in: *AfkKR* 182 (2013), S. 103–160, bes. S. 129–134. Die Ausbildung der Ordenspriester findet statt an den Theologischen Fakultäten oder eigenen Ordenshochschulen, z. T. im Ausland, so an der Phil.-Theol. Hochschule Heiligenkreuz / Österreich. Ein kanonisch-rechtlicher Status des Priesterseminars Herz Jesu der Pius-Bruderschaft in Zaitzkofen bei Regensburg wird von der kath. Kirche nicht anerkannt.

che Bildungsstätten können durch Verfügung der römischen Bildungskongregation mit einer kirchlichen Fakultät verknüpft werden und partizipieren dann an deren kanonischem Graduierungsrecht; der Umfang der Partizipation folgt der klassischen Dreiteilung konsekutiv aufgebauter Studiengänge⁷³. In Deutschland wurde ein solches Partizipationsverhältnis mit päpstlichen Hochschulen in Rom zeitweilig für die Kirchenmusikschule Regensburg⁷⁴, die Ordenshochschulen Benediktbeuern⁷⁵, Vallendar⁷⁶ und St. Augustin⁷⁷ und das Phil.-Theol. Studium Erfurt⁷⁸ eingerichtet. Zurzeit besteht nur eine Affiliation für das Bakkalaureat in Philosophie zwischen der Päpstlichen Universität Gregoriana in Rom und dem Erzbischöflichen Priesterseminar „*Redemptoris Mater*“ in Berlin.⁷⁹

- 17 b) Die rahmenrechtliche Natur des gemeinkirchlichen Hochschulrechts tritt am deutlichsten in den Bestimmungen für die katholische Universität und ähnliche Hochschuleinrichtungen hervor. Vorbehal-

⁷³ Affiliation für den 1. Zyklus (Bakkalaureat), Aggregation für den 1. u. 2. Zyklus (bis Lizentiat), Inkorporation für den 2. und/oder 3. Zyklus (bis Doktorat). Art. 62, 63 SapChr, Art. 47, 48 OrdSapChr. Schmitz, Studien (o. Fn. 4), S. 35–37, 99 f., 122, 184–186, 308; ders., Neue Studien (o. Fn. 1), S. 303–307.

⁷⁴ Die im Jahre 1959 durch Dekret der römischen Studienkongregation erfolgte Affiliatio der Kirchenmusikschule Regensburg an den *Pontificio Istituto di Musica Sacra* in Rom dürfte nach Errichtung der *Hochschule für katholische Kirchenmusik und Musikpädagogik Regensburg* (2001) und Umsetzung der Studienreform (Bachelor- u. Master-Studiengänge) überholt sein.

⁷⁵ Die Fachbereiche Theologie und Philosophie waren seit 1970 bzw. 1976 den entsprechenden Fakultäten der *Universitas Pontificia Salesiana* in Rom affiliert, 1990 folgte die Erhebung zur kirchlichen Theologischen Fakultät mit eigenständigem Promotionsrecht. Auch nach Einstellung des Studienbetriebs (2013) bleibt der Status der Einrichtung nach staatlichem und kirchlichem Hochschulrecht erhalten. Sein Erlöschen richtet sich nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen.

⁷⁶ S. oben Fn. 10.

⁷⁷ Die Phil.-Theol. Hochschule SVD St. Augustin wurde 1965 an den *Pontificio Ateneo Sant'Anselmo* in Rom aggregiert. 1972 folgte die Errichtung der missionstheologischen Spezialisierung der Hochschule als Sektion der Theologischen Fakultät des *Pontificio Ateneo Sant'Anselmo*. Nach mehreren Approbationsschritten wurde die Hochschule im Jahre 1999 zur kirchlichen Fakultät erhoben mit dem Recht, eigenständig alle kirchlichen Grade mit kanonischer Wirkung zu verleihen (o. Fn. 8).

⁷⁸ Das Phil.-Theol. Studium Erfurt war von 1962 bis zu seiner Erhebung zur Theologischen Fakultät im Jahre 1999 (o. Fn. 44) durch eine Vereinbarung mit der Päpstlichen Universität Gregoriana in Rom delegiert, ein Aufbaustudium zum Erwerb des römischen Lizentiats u. Doktorats in Theologie durchzuführen. Pilvousek, Ausbildung (o. Fn. 44), S. 217.

⁷⁹ S. oben Fn. 72 u. Rhode / Rüfner, Hochschulen (o. Fn. 1), S. 31.

ten sind danach im Wesentlichen das Proprium der Hochschule, die Beteiligungsrechte kirchlicher Instanzen bei der Hochschuleinrichtung, die dienstrechtliche Verpflichtung des Lehrpersonals auf den besonderen kirchlichen Auftrag und schließlich einige Basisbestimmungen, die für die Umsetzung des Propriums in die Lehr- und Forschungspraxis unerlässlich erscheinen (Vertretung der Theologie, Hochschuleseelsorge, curriculare Berücksichtigung der berufsständischen Ethik).⁸⁰ Die Konkretisierung dieser allgemeinen Normen fällt in die Zuständigkeit der Bischofskonferenz, die insoweit jedoch gehalten ist, auch die jeweiligen Hochschulstatuten und das weltliche Recht zu beachten.⁸¹ Für theologische Fächer sind darüber hinaus durch gesamtkirchliches Hochschulrecht u. a. die Mitwirkungsbefugnisse der kirchlichen Behörde, auch des Apostolischen Stuhles, bei der Berufung der Dozenten festgeschrieben.⁸² Im Gegensatz zum deutschen staatlichen Hochschulrecht bestimmen nach kanonisch-rechtlichem Verständnis die aufgrund Satzungsautonomie erlassenen, aber in der Regel kirchenbehördlich zu genehmigenden Statuten⁸³ das rechtliche Erscheinungsbild der Hochschule. Insoweit ist dem allgemeinen kanonischen Hochschulrecht nur zu entnehmen, worüber sich die Statuten verhalten sollen oder müssen.⁸⁴

Wegen der Verweisung auf das Statutenrecht kann die Hochschule ihre Binnenstruktur, aber auch ihre Studien- und Prüfungsordnungen den Anforderungen des jeweiligen nationalen Bildungssystems anpassen. Ähnlichkeit mit dem staatlichen Bildungswesen zeigt sich vor allem bei kirchlichen Einrichtungen des profanwissenschaftlichen Bereichs, d. h. der Katholischen Universität Eichstätt-Ingolstadt und den katholischen Fachhochschulen. Die Zuständigkeit für den Erlass der Regelungswerke ist hier meist zwischen Hochschulträger⁸⁵ und Hochschule verteilt. Durchweg unterliegen die Grundordnung

18

⁸⁰ Cc. 808, 810 § 1, 811–813 CIC/1983; II Art. 2–6 ExCE, § 10 PartN. Zum personellen Zuschnitt *Heribert Hallermann*, Was ist eine Katholisch-Theologische Fakultät?, in: KuR 2005, S. 63–73; *Schmitz / Rhode*, Einführung (o. Fn. 1), Rn. 106–109.

⁸¹ Cc. 809, 810 § 2 CIC/1983; II Art. 1 § 2 ExCE.

⁸² II Art. 4 § 3 ExCE mit Anm. 50, Akkommodationsdekret II, § 8 Abs. 4 PartN. Für theologische Fakultäten vgl. Art. 27 SapChr, Art. 18, 19 OrdSapChr, Nr. IV 5–7 Akkommodationsdekret I.

⁸³ II Art. 3 § 4 ExCE, § 5 Abs. 4 PartN, Art. 7 SapChr.

⁸⁴ Vgl. z. B. c. 810 § 1 CIC/1983, Art. 30 SapChr (Abberufung von Dozenten), II Art. 5 § 2 ExCE (Verfahrensvorbehalt für Eingriffsrechte des Ortsbischofs).

⁸⁵ S. unten IV. 2.

(Verfassung) der Hochschule, welche das staatliche Hochschulgesetz inhaltlich substituiert, und die Satzungen der Zustimmung des Trägers.⁸⁶

- 19 c) Institutionelle Autonomie ist der Hochschule gewährleistet im Sinne der Kompetenz zu akademischer Leitung, die ihrerseits auf der Universitätsgemeinschaft (*communitas academica*) als Körperschaft beruht; in ihr ist die Verantwortung auf personal verfasste Ämter (Rektor, Dekan) und auf Gremien (Räte) der akademischen Selbstverwaltung verteilt.⁸⁷ Die vom *Codex Iuris Canonici*, den beiden Hochschulkonstitutionen und im partikularen Recht zugesicherte Wissenschaftsfreiheit⁸⁸ ist nicht schrankenlos gewährt, sondern steht – wie alle innerkirchlichen Freiheitsrechte – unter dem Vorbehalt des Gemeinwohls, das hier durch den besonderen kirchlichen Hochschulauftrag bestimmt ist.⁸⁹ Für dieses *Proprium* der katholischen Hochschule ist ein integratives und ein personalisierendes Moment maßgebend. Nach c. 807 CIC/1983 hat die Kirche das Recht, Universitäten zu errichten und zu leiten, „denn sie tragen bei zur höheren Kultur der Menschen und zur volleren Entfaltung der menschlichen Person wie auch zur Erfüllung des Verkündigungsdienstes der Kirche“. Die Integration des Wissens in den verschiedenen akademischen Disziplinen soll durch eine fortwährende und umfassende Pflege der als notwendig erachteten Konvergenz von wissenschaftlicher Wahrheitsuche und im Glauben geoffenbarter und erfahrener Wahrheit geschehen. Beide Bereiche sind zwar nach Methode und Inhalt strikt zu unterscheiden, jedoch darf dabei nicht verkannt werden, dass hier „zwei Ordnungen der Wirklichkeit existentiell zu verbinden“⁹⁰ sind. Weil Forschung und Lehre im Dienst am Menschen und an der Schöpfung stehen, sind sie von der ethischen Verantwortung des einzelnen Wissenschaftlers für Methoden und Ergebnisse nicht zu tren-

⁸⁶ Vgl. § 5 Abs. 4 PartN (auch über eine Beteiligung des Apostolischen Stuhles) und z.B. Art. 16 Abs. 4 Stiftungsverfassung Eichstätt-Ingolstadt, § 20 Abs. 3 u. 4 Statut Kath. Hochschule Nordrhein-Westfalen, § 1 Abs. 3 Satzung Kath. Hochschule Mainz.

⁸⁷ Art. 11–21 SapChr, II Art. 4 ExCE, § 3 Abs. 1–3 PartN. Vgl. auch *Schmitz*, Studien (o. Fn. 4), S. 145–148.

⁸⁸ Cc. 218, 809 CIC/1983, Art. 39 SapChr, I Nr. 12, II Art. 2 § 5 ExCE, § 3 Abs. 5 PartN. Zur Wissenschaftsfreiheit im kanonischen Hochschulrecht vgl. *Baldus*, Kirche (o. Fn. 69), S. 204–211; *Schmitz*, Studien (o. Fn. 4), S. 170–173, 371–373.

⁸⁹ C. 218 CIC/1983, II Art. 2 § 5 S. 2 ExCE, § 3 Abs. 5 PartN.

⁹⁰ I Nr. 1 ExCE.

nen; hierzu können Theologie und Seelsorge einen wesentlichen Beitrag leisten.⁹¹

2. Evangelische Hochschulen

a) Gesetzgeberisch ist nur ein Teil der evangelischen Landeskirchen auf dem Gebiet des kirchlichen Hochschulwesens hervorgetreten. Die Augustana-Hochschule Neuendettelsau und die Ev. Hochschulen Darmstadt und Freiburg i. Br. sind durch Kirchengesetz errichtet worden.⁹² Der Gründung der Kirchlichen Hochschule Wuppertal/Bethel und der Ev. Fachhochschule Rheinland-Westfalen-Lippe liegen Vereinbarungen kirchlicher Körperschaften (u. a. von Landeskirchen) zugrunde.⁹³ Im Übrigen leben die kirchlichen Hochschulen nach ihrem eigenen, durchweg unter dem Vorbehalt kirchenaufsichtlicher Genehmigung stehenden Statutenrecht.⁹⁴ **20**

b) Inhaltlich folgt die Grundstruktur der einzelnen Hochschulen weitgehend dem Vorbild des staatlichen Hochschulverfassungsrechts, stellt aber vielfach in den einleitenden Bestimmungen über das Proprium die Nähe zum Auftrag des kirchlichen Trägers heraus. „Im Spannungsfeld von wissenschaftlicher Freiheit und evangelischem Bekenntnis“ zu stehen, so die Präambel zur Grundordnung der Kirchlichen Hochschule Wuppertal/Bethel, gilt für alle evangelischen Hochschulen. Auch wo akademische Selbstverwaltung nicht ausdrücklich normiert wird, bleibt die für die Verwirklichung des Hochschulauftrags erforderliche institutionelle Selbständigkeit der Einrichtung gegenüber Träger und Landeskirche nach kirchlichem Rechtsverständnis gewahrt.⁹⁵ **21**

⁹¹ Art. 10 Abs. 1 Vat. II Erklärung über die christlichen Erziehung (o. Fn. 63); Einleitung II SapChr; I Nr. 12–19 ExCE; *Johannes Paul II.*, Universität und ethische Orientierung. Ansprache beim Symposium der Rektoren der europäischen Universitäten am 19. 4. 1991; dt. Übersetzung: Pfarramtsblatt 1991, S. 261.

⁹² S. oben Fn. 18, 22 u. 24.

⁹³ S. oben Fn. 19 u. 32.

⁹⁴ *Dietrich Pirson*, Die kirchlichen Fachhochschulen als Gegenstand des Staatskirchenrechts, in: ZevKR 30 (1985), S. 1 (6); *Solte*, Hochschulen (o. Fn. 58), S. 35 f.

⁹⁵ *Pirson*, Fachhochschulen (o. Fn. 94), S. 13 f.; *Solte*, Hochschulen (o. Fn. 58), S. 36 f.

III. Kirchliche Hochschulen in der staatlichen Rechtsordnung

1. Kirchliches Selbstordnungsrecht im Hochschulwesen

22 Das Recht der Kirchen und Religionsgemeinschaften, das Ausbildungswesen für ihre Ämter und Dienste unabhängig von staatlichen Vorgaben zu gestalten, ist durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 und 2 WRV und die entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen verbürgt. Die freie Ämterverleihung als Ausfluss des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts schließt die Unabhängigkeit in der Regelung der Zugangsvoraussetzungen ein⁹⁶. Dies gilt für Ämter und Dienste sämtlicher Institutionen (ungeachtet der Rechtsform), die dem bestimmenden Einfluss der Kirche unterworfen sind und der Erfüllung des kirchlichen Auftrages dienen⁹⁷. Als Ausgestaltung und Folge des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts⁹⁸ gewährleiten die Verfassungen von Bayern, Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, des Saarlandes, von Sachsen und Thüringen theologische Hochschulen zur Ausbildung der Geistlichen und anderer kirchlicher Mitarbeiter.⁹⁹ Das Landeshochschulrecht folgte mit

⁹⁶ *Ernst-Lüder Solte*, Die Ämterhoheit der Kirchen, in: HSKR², Bd. 1, S. 561 (564); *Dietrich Pirson*, Das Dienstrecht der Geistlichen und Kirchenbeamten, in: HSKR², Bd. 1, S. 845 (850); *Wolfgang Rüfner*, Das kirchlich rezipierte und adaptierte Dienst- und Arbeitsrecht der übrigen kirchlichen Bediensteten, in: HSKR², Bd. 1, S. 877 (880); *Ennuschat*, in: Hochschulgesetz (o. Fn. 45), § 74, Rn. 6 f.

⁹⁷ BVerfGE 70, 138 (162) = KirchE 23, 105 (108 f.); BVerfGE 72, 278 (289) = KirchE 24, 113 (122 f.). Inhaltlich wird dieser Auftrag nach kirchlichem Selbstverständnis durch den Gegenstand, z.B. Seelsorge, Schule, Diakonie und Krankenpflege, bestimmt und schließt daher eine Ausbildung für Tätigkeiten in nichtkirchlichen Einrichtungen wie z.B. öffentlichen Schulen und Behörden ein.

⁹⁸ *Dieter Lorenz*, in: Hochschulrecht in Bund und Ländern, hg. von Kay Hailbronner u. a., Losebl., Stand 2000, § 70 HRG, Rn. 70; *Heinrich Amadeus Wolff*, ebd., Brandenburg, Rn. 94; *Christian v. Coelln*, ebd., Nordrhein-Westfalen, Rn. 41 f.; *Heckel*, Fakultäten (o. Fn. 58), S. 364; *Stefan Mückel*, Freiheit kirchlichen Wirkens, in: HStR³, Bd. 7, 2009, Rn. 19; *Georg Brüggem* (Hg.), Handbuch des Sächsischen Hochschulrechts, 2011, Rn. 1315.

⁹⁹ Art. 150 Abs. 1 BayVerf., Art. 32 Abs. 4 Verf. Bbg., Art. 60 Abs. 3 HessVerf., Art. 16 Abs. 2 Verf. NRW, Art. 42 Verf. RP, Art. 36 Abs. 1 Verf. Saarl., Art. 111 Abs. 1 Verf. Sachsen, Art. 28 Abs. 3 ThürVerf. Ausdrücklich gewährleistet sind meist nur Einrichtungen zur Ausbildung von Geistlichen, z. B. für Nordrhein-Westfalen *Klaus Schönenbroicher / Andreas Heusch u. a.*, Landesverfassung Nordrhein-Westfalen. Kommentar, 2010, Art. 16, Rn. 28. Auch die Einbeziehung von kirchlichen Mitarbeitern (Art. 111 Abs. 1 Verf. Sachsen) und die Umschreibung als theologische Bildungsanstalten (Art. 28 Abs. 2 ThürVerf.) bewirkt keine wesentliche Ausweitung des Kreises der begünstig-

entsprechenden Regelungen für das geistliche Bildungswesen.¹⁰⁰ Diese sog. kirchliche Hochschulfähigkeit¹⁰¹ ist das Ergebnis einer in ihren Vorformen bis ins 19. Jahrhundert zurückreichenden, sukzessiven Emanzipation kirchlicher Anstalten des geistlichen Bildungswesens vom staatlichen Hochschulmonopol.¹⁰²

Die mit den Landesverfassungen der Nachkriegszeit eingeleitete Sonderstellung kirchlicher Bildungsanstalten trat mit der allgemeinen Öffnung des Hochschulrechts für Einrichtungen in freier Trägerschaft¹⁰³ in einen anderen Kontext. Neben dem Wunsch kirchlicher Träger, auch außerhalb des geistlichen Bildungsfeldes präsent zu sein (katholische Universität, Fachhochschulen für Soziale Arbeit u. Pflegewissenschaft etc.), ist hierfür die Erwägung bestimmend, dass die seelsorgerlichen und religionspädagogischen Dienste einer stärkeren fachlichen Aufgliederung bedürfen, für die nicht allein eine Orientierung am überkommenen Berufsbild des Geistlichen zielführend sein

23

ten Hochschulen. Der Begriff des Geistlichen richtet sich nach dem Recht der jeweiligen Religionsgemeinschaft.

Art. 150 Abs. 1 BayVerf. spricht nur den Kirchen, nicht aber den in der Verfassung ebenfalls erwähnten (anderen) Religionsgemeinschaften das Recht zu, ihre Geistlichen auf eigenen Hochschulen aus- u. fortzubilden. *Jürgen Lehmann*, Die kleinen Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts im heutigen Staatskirchenrecht, 1959, S. 27, 118; *Reich*, Bay. Hochschulgesetz (o. Fn. 46), Art. 80, Rn. 5. Die Errichtung theol. Fakultäten durch die Kirche bedarf nach Art. 36 Abs. 2 Verf. Saarl. des Einvernehmens mit dem Staat.

¹⁰⁰ Art. 83 LHG Bay., § 98 LHG Hessen, § 74 LHG NRW.

¹⁰¹ *Solte*, Hochschulen (o. Fn. 58), S. 14, m. w. N.

¹⁰² Zur historischen Entwicklung des kirchl. Hochschulwesens in Deutschland vgl. *Manfred Baldus*, Die nichtstaatlichen katholischen Hochschulfakultäten in der Bundesrepublik Deutschland, in: *WissR* 10 (1977), S. 49 (50–65); *Ruhbach*, Hochschulen (o. Fn. 43), S. 423 (ev.). Zum staatl. Hochschulmonopol u. zu seiner Durchbrechung vgl. *Werner Thieme*, Privathochschulen in Deutschland – Chancen für die Zukunft?, 1988, S. 7; *Rhode/Rüfner*, Hochschulen (o. Fn. 1), S. 10 f.; *Heinrich de Wall*, Nichtstaatliche Hochschulen, in: *Hochschulrecht im Freistaat Bayern*, hg. von Max-Emanuel Geis, 2009, S. 415, Rn. 2 f.

¹⁰³ Alle Landeshochschulgesetze enthalten einen besonderen Abschnitt über nichtstaatliche Hochschulen bzw. Hochschulen in freier Trägerschaft, der thematisch meist nach dem Vorbild von § 70 HRG aufgebaut ist (Anerkennungsvoraussetzungen, Rechtswirkungen, Verlust der Anerkennung). Übersicht bei *Lorenz*, in: *Hochschulrecht* (o. Fn. 98), § 70 HRG, Rn. 40–44. Das Recht zu Errichtung und Betrieb von Hochschulen durch Private und andere nichtstaatliche Träger wird im Schrifttum z. T. auf Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) gestützt; vgl. hierzu *Solte*, Fachhochschulen (o. Fn. 1), S. 469, Fn. 13; *Mückl*, Freiheit (o. Fn. 98), S. 840; *de Wall*, Hochschulen (o. Fn. 102), Rn. 16, jeweils m. w. N.

kann.¹⁰⁴ Schon wegen des von ihnen angestrebten Austauschs mit dem öffentlichen Bildungswesen, der auch der Sicherung des eigenen wissenschaftlichen Ranges dient, nehmen die Kirchen für ihre Bildungsstätten den vom staatlichen Recht gebotenen hochschulrechtlichen Status einer anerkannten Hochschule in freier Trägerschaft (Ersatzhochschule) in Anspruch. Die hier in Betracht kommenden Bestimmungen des staatlichen Rechts¹⁰⁵ bilden eine Schranke (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV) des kirchlichen Selbstordnungsrechts. Um die durch den Wechselbezug von Kirchenfreiheit und Schranken Zweck¹⁰⁶ bestimmten Grenzen staatlicher Hochschulhoheit gegenüber kirchlichen Hochschulen zu wahren, sehen das Hochschulrahmengesetz und die meisten Hochschulgesetze der Länder bei den enumerativ aufgezählten Anerkennungsbedingungen für Hochschulen in kirchlicher Trägerschaft Ausnahmen vor, wenn gewährleistet bleibt, dass das Studium einem Studium an einer staatlichen Hochschule gleichwertig ist.¹⁰⁷ In Nordrhein-Westfalen ist selbst die Gewährleistung der Gleichwertigkeit des Studiums und der Abschlüsse, deren Feststellung grundsätzlich der staatlichen Hochschulbehörde vorbehalten ist¹⁰⁸, im Bereich des Bildungswesens für Geistliche und kirchliche Berufe dem kirchlichen Hochschulträger

¹⁰⁴ Charakteristisch ist – neben dem hohen Anteil der Lehramtsstudierenden an den theol. Fakultäten u. Hochschulen – die Einführung eines einheitlichen Studienganges, der entsprechend dem Studienziel zum kirchlichen Examen oder zum Abschluss mit dem Grad *Magister Theologiae* führt. Aus denselben Gründen erscheint eine stärkere Vernetzung der auf kirchliche Dienste ausgerichteten Studiengänge in den verschiedenen Formen des kirchlichen Hochschulwesens wünschenswert. Vgl. auch *Christoph Link*, Staatskirchenrechtliche Probleme der nicht-akademisch vorgebildeten Geistlichen, in: *ZevKR* 17 (1972), S. 256–279; *WR-Kongress*, Berlin: Vielfalt der Religionen (o. Fn. 1), insbesondere die Beiträge von *Klaus Müller / Albert Franz* (Zur Zukunft Theologischer Abschlüsse angesichts neuer Berufsfelder) u. *Johann Schneider* (Neue Abschlüsse, neue Berufe und alte Probleme); *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 1), S. 68 f.

¹⁰⁵ S. oben Fn. 103.

¹⁰⁶ BVerfGE 72, 278 (289) = *KirchE* 24, 119 (123); BVerfG, in: *DVBl.* 2007, S. 1555 (1562) = *KirchE* 50, 247 (270).

¹⁰⁷ Vgl. § 70 Abs. 2 HRG, § 70 Abs. 3 LHG BW, Art. 76 Abs. 2 LHG Bay., § 74 Abs. 1 LHG NRW, § 117 Abs. 4 LHG RP, § 106 Abs. 2 SächsHSFG (Sächs. Hochschulfreiheitsgesetz), § 76 Abs. 4 LHG SH, § 122 Abs. 3 LHG Thür. Näheres bei *Ennuschat*, in: *Hochschulgesetz* (o. Fn. 45), Rn. 35–37; *de Wall*, Hochschulen (o. Fn. 102), Rn. 26–29. Hamburg gestattet die Fortführung der Ev. Hochschule für soziale Arbeit und Diakonie; § 113 LHG Hmb.

¹⁰⁸ *Lorenz*, in: *Hochschulrecht* (o. Fn. 98), § 70 HRG, Rn. 54.

überantwortet¹⁰⁹. Die Anerkennungsmerkmale, deren Vorliegen der Hochschulträger auf Dauer zu gewährleisten hat, sind – im Landesrecht z.T. unterschiedlich gewichtet – am Vorbild der staatlichen Hochschule orientiert: den Hochschulaufgaben, dem Ziel des Studiums, den Bedingungen des Hochschulzugangs, den Anforderungen für Studienpläne und Prüfungsordnungen, den Einstellungs Voraussetzungen der hauptamtlich Lehrenden, der Sicherung ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Stellung und Grundzügen der Hochschulmitwirkung.¹¹⁰

Der kirchlichen, nicht dem Schrankenvorbehalt des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV unterworfenen Rechtssphäre sind demgegenüber zuzuordnen z.B. die Trägerschaft, die Hochschulverfassung, das Rechtsverhältnis von Hochschule und Träger, die Mitwirkungsrechte kirchlicher Behörden bei der Besetzung der Dozentenstellen, das Dienstverhältnis der Dozenten und das Immatrikulationsverhältnis der Studierenden. Freilich bleibt es hier dem kirchlichen Träger überlassen, sich auch der vom weltlichen Recht gebotenen Gestaltungsformen zu bedienen.

Eine gemeinsame Angelegenheit von Staat und Kirche kann vorliegen, soweit kirchliche Hochschulen und Hochschulträger an der staatlichen Hochschulplanung beteiligt oder hiervon betroffen sind.¹¹¹ Die öffentliche Aufgabe der Hochschulplanung hat zum Ziel, ein fachlich und geographisch ausgeglichenes, unter zumutbaren Bedingungen erreichbares Bildungsangebot auf Hochschulebene bereitzustellen. Der Pflege der konfessionell gebundenen Theologie und ihrer Grenzbereiche in Forschung, Lehre und Studium kann sich der weltanschaulich neutrale Staat an den öffentlichen Hochschulen oder im Rahmen einer auch das nichtstaatliche Hochschulwesen einbeziehenden Hochschulplanung nur im Rahmen seiner kulturstaatli-

¹⁰⁹ § 74 Abs. 3 LHG NRW; hierzu kritisch *Heckel*, Fakultäten (o. Fn. 58), S. 384 f.; *ders.*, Die neue Hochschulfreiheit der nichtstaatlichen Hochschulen, in: JZ 1986, § 72 Abs. 2 LHG NRW, § 117 Abs. 1 LHG RP, § 88 Abs. 2 LHG Saarl., § 106 Abs. 1 SächsHSFG, § 105 Abs. 1 LHG LSA, § 122 Abs. 1 LHG Thür.

¹¹⁰ § 70 Abs. 1 HRG, § 70 Abs. 2 LHG BW, Art. 76 Abs. 2 LHG Bay., § 123 Abs. 2 LHG Berlin, § 83 Abs. 2 LHG Bbg., § 112 Abs. 1 LHG Bremen, § 114 Abs. 1 LHG Hmb., § 91 Abs. 2 LHG Hessen, § 108 Abs. 2 LHG MV, § 64 Abs. 1 LHG Nds., § 72 Abs. 2 LHG NRW, § 117 Abs. 1 LHG RP, § 88 Abs. 2 LHG Saarl., § 106 Abs. 1 SächsHSFG, § 105 Abs. 1 LHG LSA, § 122 Abs. 1 LHG Thür.

¹¹¹ Vgl. z.B. § 70 Abs. 4 HRG. Zum Begriff der sog. *res mixtae* vgl. *Axel Frhr. von Campenhausen / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 94 f. Wegen der Identität des konkreten Regelungsgegenstandes möchte *Pirson*, Fachhochschulen (o. Fn. 94), S. 2, den Status der kirchlichen Fachhochschulen insgesamt als *res mixta* ansehen.

chen Verantwortung¹¹² annehmen. Soweit der Staat hier religiöse Belange zu berücksichtigen hat,¹¹³ kann dies ohne Verletzung des Neutralitätsgebots nur im Konsens mit der betroffenen Kirche (z. B. über die räumliche Verteilung und die Art der Studiengänge des theologischen Bildungsangebots) geschehen.¹¹⁴

2. Vertragskirchenrechtliche Grundlagen

- 26 a) Die bundes- und landesrechtlichen Bestimmungen über die nichtstaatlichen Hochschulen lassen das Vertragskirchenrecht unberührt.¹¹⁵ Nach Art. 20 RK hat die katholische Kirche vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarungen das Recht, zur Ausbildung des Klerus philosophische und theologische Lehranstalten zu errichten, die ausschließlich von der kirchlichen Behörde abhängen, falls keine staatlichen Zuschüsse verlangt werden. Hiervon abweichende Regelungen enthalten Art. 12 Abs. 2 KathKV Preußen, wonach dem Erzbischof von Paderborn und den Bischöfen von Fulda, Hildesheim, Limburg, Osnabrück und Trier „ein Seminar zur wissenschaftlichen Vorbildung

¹¹² Heckel, Fakultäten (o. Fn. 58), S. 351.

¹¹³ Zur Kulturverantwortung des Staates vgl. v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 111), S. 244.

¹¹⁴ Zur Kontroverse über die Einrichtung eines kath.-theol. Diplomstudienganges an der Universität Frankfurt a.M. vgl. VG Wiesbaden, in: NVwZ 1986, S. 409; HessVGH, NVwZ 1988, S. 850 = KirchE 25, 262; BVerwG, in: NVwZ 1989, S. 859 = KirchE 27, 119; VG Wiesbaden, in: NVwZ-RR 1991, S. 84; HessVGH, in: NVwZ 1995, S. 505 = KirchE 32, 245; BVerwG, in: NJW 1996, S. 3287 = KirchE 34, 273; HessVGH, in: NVwZ 1997, S. 198 = KirchE 34, 409. Axel Frhr. v. Campenhausen, Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht in staatlichen Theologischen Fakultäten, in: ZevKR 30 (1985), S. 71–76; Heckel, Fakultäten (o. Fn. 58), S. 350 f.; ders., Zur Errichtung theologischer Fakultäten und Studiengänge im Spannungsfeld von Kulturverfassungsrecht und Staatskirchenrecht, in: Festschrift für Klaus Obermayer, hg. von Richard Bartlsperger / Dirk Ehlers / Werner Hofmann / Dietrich Pirson, 1986, S. 181–191; Jörg Kriewitz, Die Errichtung theologischer Hochschuleinrichtungen durch den Staat, 1992 (Lit.); Stefan Muckel, Die Rechtsstellung der Kirche bei der Errichtung eines theologischen Studienganges an einer staatlichen Universität, in: DVBl. 1997, S. 873–878; Helmut Quaritsch, Der Streit um die Katholische Theologie an der Universität Frankfurt, in: NVwZ 1990, S. 28–32.

¹¹⁵ Vgl. § 81 HRG, Art. 103 Abs. 1 LHG Bay., § 124 Abs. 3 LHG Berlin, § 74 Abs. 1 LHG BW, § 98 LHG Hessen, § 72 Abs. 5 LHG Nds., § 130 LHG RP, § 85 Abs. 4 LHG Saarl., § 105 Abs. 1 SächsHSFG, § 121 LHG LSA, § 129 Abs. 1 LHG Thür. Vgl. auch Rhode / Rüfner, Hochschulen (o. Fn. 1), S. 19.

der Geistlichen“ zugestanden wird¹¹⁶, und Art. IX BadK, der die theologisch-wissenschaftliche Ausbildung an der Katholisch-Theologischen Fakultät der Universität Freiburg i. Br. monopolisiert. Für die neuerrichteten (Erz-)Bistümer Hamburg, Erfurt und Magdeburg wird vertragskirchenrechtlich die Einrichtung eines Diözesanseminars (Hochschule im Sinne des Kirchenrechts und Priesterseminar) zur wissenschaftlichen Vorbildung der Geistlichen zwar dem kirchlichen Rechtskreis zugewiesen, eine Anerkennung nach Maßgabe des staatlichen Hochschulrechts aber ermöglicht.¹¹⁷

Für die niedersächsischen Anteile der Bistümer Hildesheim und Osnabrück kommt das Recht aus Art. 12 Abs. 2 KathKV Preußen, das die dortigen Bischöfe bislang nicht in Anspruch genommen haben, gemäß Art. 4 Abs. 2 NdsK mit der (bisher ebenfalls noch nicht erfolgten) Errichtung einer Katholisch-Theologischen Fakultät an der Universität Göttingen in Wegfall. Durch § 6 Abs. 1 Essener Kirchenvertrag ist Art. 12 Abs. 2 KathKV Preußen auf das Bistum Essen ausgedehnt worden, jedoch macht hiervon der Bischof von Essen für die Dauer des Bestehens der Katholisch-Theologischen Abteilung der Ruhr-Universität Bochum keinen Gebrauch.¹¹⁸ Soweit das Vertragskirchenrecht noch Beschränkungen hinsichtlich der Gewährleistung kirchlicher Hochschulen enthält, beziehen sie sich nur auf das nach kirchlichem Recht unter der Leitung der erwähnten Ortsbischöfe stehende Bildungswesen für den Diözesanklerus. Hinsichtlich der Ordensgemeinschaften gelten Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV, Art. 20 RK, d.h. die ungeschmälerzte verfassungs- und vertragskir-

27

¹¹⁶ *Ennuschat*, in: Hochschulgesetz (o. Fn. 45), § 74, Rn. 16–21. In welchen Organisationsformen die Bischöfe von dem Recht aus Art. 12 Abs. 2 KathKV Preußen Gebrauch machen (z.B. Zusammenschlüsse zu gemeinsamen Studienanstalten, Übertragung an einen Orden), ist ihrem Ermessen überlassen; *Georg May*, Die Ausbildung des Weltklerus in Deutschland, in: ThQ 144 (1964), S. 170 (199 f.) u. Beispiel oben Fn. 5.

¹¹⁷ Vgl. Art. 8 Vertrag über die Errichtung von Erzbistum und Kirchenprovinz Hamburg vom 22.9.1994 (abgedr. u.a. in: KABl. Erzdiozese Hamburg 1 [1995] S. 1), Art. 6 (mit Schlussprot.) Vertrag über die Errichtung des Bistums Erfurt vom 14.6.1994 (GVBl. Thür. S. 791), Art. 6 Vertrag über die Errichtung des Bistums Magdeburg vom 13.4.1994 (GVBl. LSA S. 771). Der Bestand und der Status des damaligen Phil.-Theol. Studiums Erfurt als staatlich anerkannte Hochschule werden ausdrücklich festgestellt.

¹¹⁸ Notenwechsel vom 20./29.12.1967, abgedr. bei *Listl*, Konkordate (o. Fn. 9), S. 256; vgl. auch Schlussprot. zu Art. II Abs. 1 des Vertrages zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen und dem Heiligen Stuhl vom 26.3.1984, abgedr. bei *Listl*, a. a. O., S. 305. Die pastoralpraktische Ausbildung der Priesteramtskandidaten des Bistums Essen erfolgt seit dem 1.10.2012 im Collegium Borromaeum (Priesterseminar) des Bistums Münster.

chenrechtliche Gewährleistung philosophisch-theologischer Ausbildungsstätten des geistlichen Nachwuchses.¹¹⁹

28 In das Bayerische Konkordat war zunächst keine ausdrückliche Bestandsgarantie für die damals bereits vorhandene kirchliche Phil.-theol. Hochschule Eichstätt aufgenommen worden. Eine konkordatsrechtliche Absicherung erfolgte erst seit 1968 durch mehrere Änderungen von Art. 5 BayK. Diese bezogen sich zuerst auf eine kirchliche Pädagogische Hochschule (1968), später auf eine örtlich zusammengefasste kirchliche Gesamthochschule (1974) mit bestimmten Hoch- und Fachhochschuldisziplinen (1974/1978/1988) und schließlich – ohne dass dadurch der Umfang der Gewährleistung verändert wurde – auf Einrichtung und Betrieb einer wissenschaftlichen Hochschule unter der Bezeichnung „Katholische Universität in kirchlicher Trägerschaft“ (1980).¹²⁰

29 Nach der Regel des c. 3 CIC/1983 geht Konkordatsrecht auch den Normen des kirchlichen Hochschulrechts vor. Für das Verhältnis der staatlichen katholisch-theologischen Fakultäten zur kirchlichen Behörde verweist Art. 19 S. 2 RK im Übrigen auf die „einschlägigen kirchlichen Vorschriften“. Diese sog. dynamische Verweisung¹²¹ berührt unmittelbar auch die vertragskirchenrechtliche Lage der kirchlich getragenen Fakultäten und Lehrstühle. Soweit eine Gewährleistung ihres Hochschulstatus (als Fakultät etc.) erfolgt, wird dieser auf kirchlicher Seite mindestens inhaltlich durch die zur Verweisungsmaterie des Art. 19 S. 2 RK gehörenden Akkommodationsdekrete vom 1.1.1983 umgrenzt, weil eine Benachteiligung der kirchlichen gegenüber den staatlichen Fakultäten hinsichtlich des Verhältnisses zur kirchlichen Behörde der angestrebten qualitativen und rechtlichen Gleichstellung zuwiderlaufen würde. Schließlich dürfte die in Art. 19 S. 3 RK programmatisch bekundete Absicht des Staates, „für sämtliche in Frage kommenden katholischen Fakultäten Deutschlands eine der Gesamtheit der einschlägigen Bestimmungen entsprechende einheitliche Praxis zu sichern“, nur zu verwirklichen sein, wenn die Kirche hierfür die erforderlichen, ebenfalls auf Vereinheitlichung ausgerichteten Voraussetzungen im kanonischen Hochschul-

¹¹⁹ Näheres bei *Manfred Baldus*, Die deutschen Ordenshochschulen, in: OK 19 (1978), S. 163 (176 f.).

¹²⁰ Quellen abgedr. bei *Listl*, Konkordate (o. Fn. 9), Bd. 1, S. 384, 406, 448, 467, 468 u. GVBl. Bay. 1988, S. 242 f. Vgl. auch *Baldus*, Hochschulfakultäten (o. Fn. 102), S. 58–64; *Schmitz*, Studien (o. Fn. 4), S. 347.

¹²¹ *Listl*, Konkordate (o. Fn. 9), Bd. 1, S. 56, Anm. 33 zum Schlussprot. zu Art. 19 S. 2 RK.

recht schafft. Dies ist bei gleichmäßiger Anwendung der Akkommodationsdekrete auf staatliche und kirchliche Hochschuleinrichtungen der Fall.

b) Abgesehen von dem bisher nicht in Anspruch genommenen Art. 11 Abs. 6 EvKV Lippe enthielten die Verträge mit den evangelischen Landeskirchen bis in die jüngere Zeit keine Gewährleistung kirchlicher Hochschulen.¹²² 30

c) Im Anschluss an die Öffnung des Landesrechts für Hochschulen in freier Trägerschaft bestätigen die Konkordate und Kirchenverträge, die der Apostolische Stuhl bzw. die evangelischen Landeskirchen zwischen 1993 und 2007 mit deutschen Ländern abgeschlossen haben, die Anerkennungsfähigkeit kirchlicher Hochschulen nach Maßgabe des jeweiligen Landesrechts.¹²³ Eine nähere Zweckbestimmung dieser Hochschulen wird nur ausnahmsweise erwähnt.¹²⁴ 31

d) Die vertragskirchenrechtlichen Absprachen über *Lehrerbildungsstätten in kirchlicher Trägerschaft* (Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein)¹²⁵ sind zurzeit nur noch für den Sektor der Fort- und Weiterbildung von Belang. 32

e) Aus den vertragskirchenrechtlichen Bestandsgarantien für die staatlichen theologischen Fakultäten erwächst dem kirchlichen Vertragspartner die Obliegenheit, nicht durch Aufbau eines eigenen konkurrierenden Hochschulwesens den Berufsbildungsauftrag dieser Fakultäten im geistlichen Bildungswesen in Frage zu stellen.¹²⁶ Die katholische Kirche hat freilich schon im Vorfeld der Landeskonzor- 33

¹²² Nur aus dem Abschließenden Protokoll vom 2.7.1970 (Abschnitt IV; Text bei *Listl*, Konkordate [o. Fn. 9], Bd. 1, S. 676) ist ein sondervertraglicher Bestandsschutz für die Kirchliche Hochschule Berlin (Zehlendorf) entnommen worden; *Heckel*, Fakultäten (o. Fn. 58), S. 368 f.; *Solte*, Hochschulen (o. Fn. 58), S. 23–25.

¹²³ Art. 11 Abs. 1 EvKV BW, Art. 4 EvKV Berlin, Art. 4 EvKV Bbg., Art. 5 KathKV Bbg., Art. 4 Abs. 1 KathKV Bremen, Art. 6 EvKV Hmb., Art. 7 Abs. 1 KathKV Hmb., Art. 5 EvKV MV, Art. 5 KathKV MV, Art. 4 EvKV Sachsen, Art. 6 KathKV Sachsen, Art. 4 EvKV LSA, Art. 7 KathKV LSA, Art. 7 KathKV SH, Art. 4 EvKV Thür., Art. 10 KathKV Thür.

¹²⁴ Art. 4 EvKV Sachsen, Art. 6 KathKV Sachsen, Art. 4 EvKV LSA, Art. 7 KathKV LSA. Im sächsischen Vertragskirchenrecht ist eine vertragliche Regelung auch für die Anerkennungsgrundlagen vorgesehen; zum kirchlichen Bezug des Hochschulauftrags vgl. *Brüggen*, Handbuch (o. Fn. 98), Rn. 1316.

¹²⁵ Quellen abgedr. bei *Listl*, Konkordate (o. Fn. 9), S. 262, 297, 343, 380 (Nordrhein-Westfalen), 423 (Rheinland-Pfalz), 665 (Schleswig-Holstein).

¹²⁶ *Solte*, Hochschulen (o. Fn. 58), S. 17 f. Über die Einrichtung konkurrierender staatlicher Hochschulangebote vgl. *Andreas Reich*, Hochschulgesetz Sachsen-Anhalt, 1996, § 126, Rn. 2.

date ihr Prinzip durchgesetzt, dass Priesterbildung an Staatsfakultäten als vertragsabhängiger Sonderfall zu betrachten ist, dessen Ausnahmecharakter auf der Einbindung der theologischen Wissenschaftspflege in den kirchlichen Selbstordnungsbereich¹²⁷ beruht.

34 Schließlich wird die Bestandsgarantie für die theologischen Staatsfakultäten durch vertragskirchenrechtliche Klauseln flankiert, die den Zugang zu bestimmten Kirchenämtern grundsätzlich vom Nachweis eines meist dreijährigen Studiums an einer staatlichen Hochschule bzw. bestimmten katholischen Priesterbildungsstätten abhängig machen.¹²⁸ Eine allzu großzügige Handhabung der in den Konkordaten und Kirchenverträgen vorgesehenen Dispensmöglichkeiten¹²⁹ zugunsten eines vollständigen Studiums an kirchlichen Hochschulen könnte dem Zweck der Bestandsgarantie für die Staatsfakultäten zuwiderlaufen.

35 So stellt sich aus staatlicher Sicht die kirchliche Hochschule heute im Regelfall als eine durch staatskirchenrechtliche und auch vertragskirchenrechtliche Modalitäten veränderte Sonderform der Hochschule in freier Trägerschaft dar. Mit den sog. Privathochschulen (z.B. der Universität Witten-Herdecke) hat sie im Prinzip die hochschulgesetzliche Rechtsgrundlage gemeinsam, unterscheidet sich von diesen aber dadurch, dass ihr dem öffentlichen Bereich zuzurechnender Träger nicht staatlich gewährte Privatautonomie, sondern sein originäres Selbstordnungsrecht im Rahmen des staatskirchenrechtlichen Systems entfaltet.¹³⁰

¹²⁷ Heckel, Hochschulfreiheit (o. Fn. 109), S. 511.

¹²⁸ Sog. Triennium. Nachweise bei Baldus, Ordenshochschulen (o. Fn. 119), S. 177, 197; Solte, Hochschulen (o. Fn. 58), S. 19, Anm. 60. Vgl. auch Schlussprot. zu Art. 3 KathKV Bremen, Art. 5 Abs. 3 u. 4 KathKV Thür.

¹²⁹ Heckel, Fakultäten (o. Fn. 58), S. 373 f.; Solte, Hochschulen (o. Fn. 58), S. 20 f. Wegen des Sachzusammenhangs zwischen staatl. Dotationsleistungen u. den von den Kirchen eingegangenen Verpflichtungen im geistlichen Bildungswesen vgl. Werner Weber, Der gegenwärtige Status der theologischen Fakultäten und Hochschulen, in: Tymbos für Wilhelm Ahlmann, 1951, S. 309 (323).

¹³⁰ Thieme, Privathochschulen (o. Fn. 102), S. 11; Lorenz, in: Hochschulrecht (o. Fn. 98), § 70 HRG, Rn. 64, 70. Insoweit kann auf eine Rechtsentwicklung parallel zum Privatschulrecht verwiesen werden; Manfred Baldus, Kirchliches Schulrecht, in: Handbuch Katholische Schule, hg. von Rainer Ilgner, Bd. 4, 1992, S. 15 f.

IV. Staatskirchenrechtliche Einzelfragen

1. Hochschulrechtliche Anerkennung kirchlicher Hochschulen

Die verfassungsrechtlich gewährleisteten kirchlichen Hochschulen sind insbesondere als Ausbildungsstätten der Geistlichen teils ausdrücklich von der Geltung des staatlichen Hochschulrechts über die Anerkennungsbedürftigkeit nichtstaatlicher Einrichtungen ausgenommen.¹³¹ In Berlin, Hamburg und Nordrhein-Westfalen erfolgte durch das Hochschulgesetz die Anerkennung bestimmter kirchlicher Hochschulen als Einrichtungen in freier Trägerschaft.¹³² 36

Auch wo die hochschulrechtliche Gleichstellung einer kirchlichen Hochschule mit den öffentlichen Hochschulen von einer Gleichwertigkeitsfeststellung (Anerkennung, § 70 HRG) abhängt¹³³, ist bei der Prüfung der gesetzlich allgemein für Hochschulen in freier Trägerschaft vorgegebenen Gleichwertigkeitsmerkmale¹³⁴ der kirchliche Charakter der Einrichtung, insbesondere ihr Auftrag und Wissenschaftsverständnis, zu beachten. Diese Besonderheit tritt bereits in 37

¹³¹ § 70 Abs. 1 LHG BW, Art. 1 Abs. 3, Art. 81, 83 LHG Bay. Ob damit ohne weiteres der Hochschulcharakter nach weltlichem Recht gegeben ist, mag dahingestellt bleiben; jedenfalls ist damit ein Anspruch des kirchlichen Hochschulträgers auf Anerkennung der Einrichtung gegeben; *Rhode / Rüfner*, Hochschulen (o. Fn. 1), S. 16, Fn. 29; *Ennuschat*, in: Hochschulgesetz (o. Fn. 45), § 74, Rn. 24 f.

¹³² § 124 Abs. 1 u. 2 LHG Berlin (Ev. Hochschule Berlin, Kath. Hochschule für Sozialwesen Berlin), § 113 LHG Hmb. (Ev. Fachhochschule für Sozialpädagogik), § 74 Abs. 1 LHG NRW (Theologische Fakultät Paderborn, Kirchliche Hochschule Wuppertal/Bethel). Näheres bei *Mathias Neukirchen / Ute Reußow u. a.* (Hg.), Hamburgisches Hochschulgesetz, 2011, § 113, Rn. 3–80; *Ennuschat*, in: Hochschulgesetz (o. Fn. 45), § 74, Rn. 28.

¹³³ Zum Rechtsanspruch des Trägers auf hochschulrechtliche Anerkennung *Solte*, Fachhochschulen (o. Fn. 1), S. 472; *de Wall*, Hochschulen (o. Fn. 102), Rn. 35. *Josef Franz Lindner*, in: Hochschulrecht (o. Fn. 98), Bayern, Rn. 308 f.; *Joachim Welz*, ebd., Sachsen-Anhalt, Rn. 328; *Kristina Hillermann-Fischer*, ebd., Schleswig-Holstein, Rn. 44. Auch soweit Landeshochschulrecht im Anschluss an § 70 HRG für eine Ermessensentscheidung der staatlichen Hochschulbehörde spricht, ist deren Rahmen weitgehend durch die am Gleichwertigkeitsprinzip orientierten Anerkennungsbedingungen (§ 70 Abs. 1 Nr. 1–5, Abs. 2 HRG) eingegrenzt.

¹³⁴ S. oben Fn. 107. Die Gleichwertigkeit des Ausbildungs- und Qualifikationsstandards wird inhaltlich im Verhältnis zu vergleichbaren theologischen Hochschulen respektive Fakultäten staatlicher Universitäten ermittelt; *Wissenschaftsrat*, Kriterien (o. Fn. 1), S. 12.

den erwähnten Ausnahmeklauseln¹³⁵ hervor. Die dabei stets vorbehaltene Gleichwertigkeit des Studiums bedeutet, dass das Studium und die Abschlüsse auf Grund der Prüfungsordnungen und des tatsächlichen Lehrangebots den wissenschaftlichen Maßstäben an Hochschulen in der Trägerschaft des Landes entsprechen müssen.¹³⁶

38 Das im Landesrecht vorgesehene Akkreditierungsverfahren¹³⁷ wird auch für die hochschulrechtliche Anerkennung der Hochschule in freier Trägerschaft genutzt.¹³⁸ Die sog. institutionelle Akkreditierung¹³⁹ betrifft u. a. die dauerhafte Sicherung des wissenschaftlichen Qualitätsstandards, der personellen und sachlichen Ausstattung und der Finanzierung. Daneben stehen das Erfordernis, die angebotenen Studiengänge individuell akkreditieren zu lassen (sog. Programmakkreditierung),¹⁴⁰ und die Akkreditierung eines hochschulinternen Qualitätssicherungssystems (sog. Systemakkreditierung).

39 Bei der Akkreditierung und der Anerkennung sind „Schwellenstandards“ im nichtstaatlichen Hochschulsektor zu beachten, durch

¹³⁵ S. oben Fn. 107. Vgl. auch *Ennuschat*, in: Hochschulgesetz (o. Fn. 45), § 74, Rn. 35–37; *de Wall*, Hochschulen (o. Fn. 102), Rn. 26–29.

¹³⁶ § 72 Abs. 1 Nr. 4 LHG NRW; *Rhode / Rübner*, Hochschulen (o. Fn. 1), S. 21.

¹³⁷ § 30 Abs. 4 LHG BW, Art. 10 Abs. 4 LHG Bay., § 8a LHG Berlin, § 18 Abs. 6 LHG Bbg., § 53 Abs. 4 LHG Bremen, § 52 Abs. 8 LHG Hmb., § 12 Abs. 2 LHG Hessen, § 28 Abs. 5 LHG MV, § 6 Abs. 2 LHG Nds., § 7 LHG NRW, § 5 Abs. 5 LHG RP, § 58 Abs. 5 LHG Saarl., § 9 Abs. 4 LHG LSA, § 5 LHG SH, § 49 LHG Thür. Zum aktuellen Stand des Verfahrensablaufs vgl. *Welz*, in: Hochschulrecht (o. Fn. 132), Sachsen-Anhalt, Rn. 327. Zur Problemlage vgl. auch *Rhode / Rübner*, Hochschulen (o. Fn. 1), S. 21–23.

¹³⁸ § 70 Abs. 1 LHG BW, § 80 Abs. 1 LHG Bay., § 83 Abs. 2 Nr. 4, § 84 Abs. 2 LHG Bbg., § 112 Abs. 1 Nr. 3 LHG Bremen, § 114 Abs. 3 LHG Hmb., § 91 Abs. 3 LHG Hessen, § 108 Abs. 2 Nr. 9 LHG MV, § 64 Abs. 1 LHG Nds., § 72 Abs. 2 Nr. 4 LHG NRW, § 117 Abs. 1 LHG RP, § 76 Abs. 2 Nr. 5 LHG SH, § 88 Abs. 3 u. 4 LHG Saarl., § 106 Abs. 1 SächsHSFG, § 105 Abs. 1 LHG LSA, § 122 Abs. 2 LHG Thür. *Wissenschaftsrat*, Empfehlungen (o. Fn. 1), S. 68 f.

¹³⁹ Die in Fn. 138 genannten Landeshochschulgesetze sehen mit wenigen Ausnahmen eine Akkreditierung der nichtstaatlichen Hochschule in Zusammenhang mit der hochschulrechtlichen Anerkennung vor. Vgl. auch *Wissenschaftsrat*, Private und kirchliche Hochschulen aus Sicht der Institutionellen Akkreditierung, Drs. 2264-12, Bremen 25.5.2012 (o. Fn. 1); zur Inanspruchnahme der Institutionellen Akkreditierung durch kirchliche Hochschulen und Musikhochschulen ebd., S. 16.

¹⁴⁰ *Kultusministerkonferenz*, Eckpunkte (o. Fn. 1), Nr. 8; *Joachim E. Christoph*, Zur Akkreditierung theologischer Studiengänge, in: ZevKR 49 (2004), S. 253–271. Akkreditierte Studiengänge sind über die Zentrale Datenbank des Akkreditierungsrats abrufbar.

die der „akademische Kern“ der Einrichtung gewährleistet bleibt.¹⁴¹ Danach gehören zur „Hochschulförmigkeit“ unter anderem a) ein dem aktuellen Wissensstand entsprechendes Lehrprogramm, dessen Vermittlung durch einen personell angemessen ausgestatteten Lehrkörper aus hauptamtlichen Professoren bestimmt wird, b) ein Mindestmaß an Forschungsleistungen und wissenschaftlicher Meinungsvielfalt, c) ein intellektueller und wissenschaftlicher Austausch innerhalb des Lehrkörpers und zwischen Lehrenden und Lernenden, d) eine maßgebliche Beteiligung der hauptberuflichen Professoren an der akademischen Selbstverwaltung, der Studienberatung und der Qualitätssicherung.

Gegen eine mit der Akkreditierung und Anerkennung einhergehende Überfremdung ihres Propriums sind die kirchlichen Hochschulen in dreifacher Hinsicht geschützt. Erstens verbietet das kirchliche Selbstordnungsrecht (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV) der staatlichen Hochschulbehörde, sich mit einer eigenen Wissenschaftskonzeption in die Glaubensbindung als Element der Wahrheitsfindung einzumischen.¹⁴² Ein solcher Eingriff entbehrt – zweitens – auch deshalb der Legitimationsgrundlage, weil die normative Erfassung des Begriffs Wissenschaft, insbesondere im Zusammenhang mit dem Schutz der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG), auf die formal-methodische Seite beschränkt ist.¹⁴³ Dieser offene, d.h. nicht durch eine bestimmte Wissenschaftstheorie geprägte Wissenschaftsbegriff umschließt auch eine Theologie, die lehramtlich

40

¹⁴¹ Vgl. *Wissenschaftsrat*, Hochschulen (o. Fn. 1), S. 125–133; *Claus Dieter Classen*, in: *Hochschulrecht* (o. Fn. 98), Mecklenburg-Vorpommern, Rn. 31 f.; *Ennuschat*, in: *Hochschulgesetz* (o. Fn. 45), § 74, Rn. 26.

¹⁴² *Heckel*, Fakultäten (o. Fn. 58), S. 381; *Solte*, Hochschulen (o. Fn. 58), S. 28.

¹⁴³ BVerfGE 35, 79 (113): Wissenschaft als der „nach Inhalt und Form ernsthafte, planmäßige Versuch zur Ermittlung von Wahrheit“. Vgl. hierzu auch *Wissenschaftsrat*, Kriterien (o. Fn. 1), S. 11 f. („Intersubjektive und interinstitutionelle Verständlichkeit, Mitteilbarkeit und Nachprüfbarkeit von Inhalten, die Auseinandersetzung mit tradierten oder vorherrschenden Lehrmeinungen und alternativen Auffassungen sowie deren öffentliche Darlegung sind als allgemein konstitutive Merkmale von Wissenschaftlichkeit vorauszusetzen“). *Dieter Lorenz*, Wissenschaftsfreiheit zwischen Kirche und Staat, 1976, S. 24–29; *Dietrich Pirson*, Wissenschaftsfreiheit in kirchlichen Universitäten, in: *Festschrift für Peter Lerche*, hg. von Peter Badura u. a., 1993, S. 289; *Klaus Joachim Grigoleit / Jens Kersten*, Die Reichweite der Wissenschaftsfreiheit im Dienstrecht staatlich anerkannter kirchlicher Hochschulen, in: *Der Öffentliche Dienst* 2001, S. 1–8; *Ennuschat*, in: *Hochschulgesetz* (o. Fn. 45), § 74, Rn. 57; *Solte*, Fachhochschulen (o. Fn. 1), S. 473; *de Wall*, Hochschulen (o. Fn. 102), Rn. 43–46.

gebunden ist, und einen Hochschulauftrag, der die Konvergenz von wissenschaftlicher Wahrheitssuche und einer im Glauben geoffenbarten Wahrheit intendiert.¹⁴⁴ Vor dem Hintergrund der europäischen Universitätsgeschichte ließe sich ein Ausschluss der kirchlichen Wissenschaftspflege aus dem Spektrum der an Hochschulen vertretenen Wissenschaften ohnehin nicht rechtfertigen. Aus der ersatzschulrechtlichen Tradition, an die das einfache Hochschulrecht des Bundes und der Länder anknüpft, darf – drittens – gefolgert werden, dass der Alternativcharakter nichtstaatlicher Hochschulbildung, mag diese in kirchlicher oder sonstiger Trägerschaft stehen, nicht auf die institutionelle Seite beschränkt ist, sondern auch ein inhaltlich eigenständiges Konzept der wissenschaftlichen Wahrheitssuche einbezieht.

- 41** Die Gleichwertigkeit des Studiums, die auch bei Ausschöpfung der gesetzlichen Ausnahmemöglichkeiten (§ 70 Abs. 2 HRG) nachzuweisen ist, erfordert neben einer durch den jeweiligen Studiengang bestimmten personellen und sachlichen Ausstattung der Hochschule in technisch-formaler Hinsicht einen Zuschnitt von Forschung, Lehre und Studium, der den Verhältnissen einer vergleichbaren Disziplin an staatlichen Hochschulen entspricht; ein der wissenschaftlichen Sachgesetzlichkeit immanentes Mindestmaß an Autonomie gegenüber dem Hochschulträger¹⁴⁵ ist als hochschulrechtliche Anerkennungsbedingung im Recht der bestehenden kirchlichen Hochschulen meist ausdrücklich, mindestens aber de facto verwirklicht. Die landesrechtlich unterschiedliche Tragweite des Ausnahmenkatalogs¹⁴⁶ mag nicht immer den Erwartungen kirchlicher Hochschulträger entsprechen,¹⁴⁷ stellt aber in der Praxis die Verwirklichung des besonderen kirchlichen Hochschulauftrags nicht in Frage. So erlaubt die Anknüpfung des Auftrags nichtstaatlicher Hochschulen an „Aufgaben“

¹⁴⁴ Teil 1 Nr. 12–20, Teil 2 Art. 2 ExCE; § 2 Abs. 1 PartN. Hierzu auch *Wissenschaftsrat*, Kriterien (o. Fn. 1), S. 5; *Peter Michael Lynen*, in: Hochschulrecht, hg. von Michael Hartmer / Hubert Detmer, 2. Aufl. 2011, Teil III, Rn. 38.

¹⁴⁵ Näheres bei *Solte*, Hochschulen (o. Fn. 58), S. 36 f.; *de Wall*, Hochschulen (o. Fn. 102), Rn. 48 f.

¹⁴⁶ Weitreichend z.B. § 74 Abs. 1 S. 4 LHG NRW. Danach gilt für kirchl. Träger mit dem Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts und für Ordenshochschulen als festgestellt, dass der Bestand der Hochschule und des Studienbetriebs sowie die Stellung des Hochschulpersonals wirtschaftlich und rechtlich dauerhaft gesichert sind (§ 72 Abs. 1 Nr. 9 LHG NRW); *Ennuschat*, in: Hochschulgesetz (o. Fn. 45), § 74, Rn. 5.

¹⁴⁷ *Heckel*, Fakultäten (o. Fn. 58), S. 378; *Solte*, Hochschulen (o. Fn. 58), S. 29.

öffentlicher Hochschulen¹⁴⁸ abweichende Akzente im Verhältnis von Forschung, Lehre, Studium und Berufsvorbereitung, die durch das kirchliche Hochschulrecht¹⁴⁹ vorgegeben sind.

Die im Akkreditierungsverfahren gewonnenen Erkenntnisse kommen daher vorrangig als Vertiefung der Entscheidungsgrundlagen für das hochschulrechtliche Anerkennungs- bzw. Genehmigungsverfahren zum Zuge.¹⁵⁰ Bereits die Beachtung der staatskirchenrechtlichen Ingerenzschranke (Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV) legt es nahe, am Akkreditierungsverfahren nur Agenturen zu beteiligen, die neben der erforderlichen fachspezifischen Sachkunde auch mit den verfassungs- und vertragskirchenrechtlich verbürgten Entfaltungsmöglichkeiten einer kirchlichen Hochschule vertraut sind. So wird für die Qualitätssicherung und Akkreditierung von Vollstudiengängen in Katholischer Theologie bzw. kanonischer Studiengänge in Philosophie etc. eigens eine auf vereinsrechtlicher Basis organisierte Agentur¹⁵¹ unterhalten, die vom Akkreditierungsrat¹⁵² zugelassen ist.

42

¹⁴⁸ Vgl. z. B. § 70 Abs. 1 LHG BW, Art. 76 Abs. 1 LHG Bay., § 72 Abs. 1 Nr. 1 LHG NRW, § 106 Abs. 1 Nr. 1 SächsHSFG.

¹⁴⁹ Vgl. z. B. die in den Partikularnormen der Deutschen Bischofskonferenz zur Apostolischen Konstitution *Ex Corde Ecclesiae* (o. Fn. 69) enthaltenen Vorgaben für Einrichtung und Ausstattung der Hochschulen.

¹⁵⁰ Zur Anwendung quantitativer Eck- und Mindestwerte im Sinne eines „akademischen Kerns“ der Einrichtung vgl. *Wissenschaftsrat*, Private und kirchliche Hochschulen (o. Fn. 1), S. 125.

¹⁵¹ *Agentur für Qualitätssicherung und Akkreditierung kanonischer Studiengänge in Deutschland e. V.* (AKAST). Mitglieder sind u. a. alle deutschen kath.-theol. Fakultäten, der Fakultätentag und von der Deutschen Bischofskonferenz gewählte Repräsentanten der Bistümer. Die Agentur ist zugleich unabhängige Regionalagentur der vatikanischen Evaluierungseinrichtung *Agenzia della Santa Sede per la Valutazione e la Promozione della Qualità delle Facoltà Ecclesiastiche* (AVEPRO). Einschlägige Dokumente unter <<https://www.akast.info>>. Näheres bei Rhode/Rüfner, Hochschulen (o. Fn. 1), S. 48 f.

Systemakkreditierungen werden von AKAST nicht durchgeführt. Zur inhaltlichen Struktur des Theologiestudiums vgl. *Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz* (Hg.), *Kirchliche Anforderungen an die Modularisierung des Studiums der Katholischen Theologie* (Theologisches Vollstudium) im Rahmen des Bologna-Prozesses vom 8.3.2006 i. d. F. vom 21.6.2016, 2017 (Die deutschen Bischöfe H. 105); *Kultusministerkonferenz*, Beschluss vom 13.12.2007: Eckpunkte (o. Fn. 1); Patrick Becker (Hg.), *Studienreform in der Theologie*, Bd. 2, 2011.

Die Akkreditierung von Lehramts- und sonstigen Kombinations-Studiengängen mit Katholischer Religion/Theologie erfolgt durch die Agenturen, die auch die übrigen Studiengänge der jeweiligen Hochschule begutachten; *Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz*, Handreichung zur kirchlichen Mitwirkung bei der Akkreditierung von Lehramts- oder Kombinationsstu-

- 43 Nach Maßgabe der staatlichen Anerkennung nimmt die kirchliche Hochschule am öffentlichen Berechtigungswesen teil, d. h. der Befugnis zur Abnahme von Hochschulprüfungen und zur Verleihung von Hochschulgraden gemäß der durch das staatliche Recht vorgegebenen Unterscheidung nach Universitäten, Fachhochschulen, Musikhochschulen etc. Zugleich wird mit der Anerkennung die Gleichwertigkeit des Studiums festgestellt.¹⁵³

2. Rechtsform und Trägerschaft

- 44 Die meisten kirchlichen Hochschulen haben keine eigene Rechtspersönlichkeit. Lediglich die Kirchliche Hochschule Wuppertal/Bethel und die Fachhochschulen Berlin (ev.) und Rheinland-Westfalen-Lippe sind juristische Personen des öffentlichen Rechts.¹⁵⁴
- 45 Als Träger der Katholischen Universität Eichstätt-Ingolstadt und der Fachhochschule München handelt jeweils eine rechtsfähige kirchliche Stiftung des öffentlichen Rechts, für die Fachhochschulen Dresden, Hamburg und Hermannsburg eine Stiftung des bürgerlichen Rechts.¹⁵⁵ Die Theol. Fakultät Vallendar, die Phil.-Theol. Hochschule Münster und die Fachhochschulen Bielefeld, Freiburg i. Br. (kath.), Mainz und Nordrhein-Westfalen werden im weltlichen Rechtsverkehr durch (gemeinnützige) Gesellschaften mit beschränk-

diengängen bzw. interdisziplinären Angeboten mit Katholischer Theologie / Religion vom 6. 11. 2014 (<[http://www.katholische-theologie.info/Kirchliche Dokumente](http://www.katholische-theologie.info/Kirchliche_Dokumente)>).

¹⁵² Die Zuständigkeit des Akkreditierungsrats ergibt sich aus dem Gesetz zur Errichtung einer „Stiftung zur Akkreditierung von Studiengängen in Deutschland“ vom 15. 2. 2005 i. d. F. vom 1. 4. 2008 (GVBl. NRW 2005 S. 45 u. 2008 S. 195). Einschlägige Dokumente insbesondere zum Verfahren unter <<https://www.akkreditierungsrat.de/>>.

¹⁵³ Zu den Rechtsfolgen der Anerkennung vgl. im übrigen *de Wall*, Hochschulen (o. Fn. 102), Rn. 30–33.

¹⁵⁴ Kirchliche Hochschule Wuppertal/Bethel: § 4 KV (o. Fn. 19); FH Berlin (ev.): § 124 Abs. 1 LHG Berlin – Körperschaft des öff. Rechts im Bereich der Ev. Kirche von Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz; FH Rheinland-Westfalen-Lippe: § 1 Gesetz [des Landes NRW] über die Evangelische Fachhochschule Rheinland-Westfalen-Lippe vom 10. 12. 1987 (GVBl. S. 487), geändert am 5. 4. 2005 (GVBl. S. 306) – Körperschaft des öff. Rechts.

¹⁵⁵ S. oben Fn. 4, 16, 23, 25, 26. Zur Problematik von Stiftungen als Hochschulträger vgl. *Christian Flämig*, Alternative Stiftungsuniversität?, in: *WissR* 8 (1975), S. 1–29.

ter Haftung vertreten,¹⁵⁶ die Ev. Hochschule Moritzburg durch einen eingetragenen Verein¹⁵⁷.

Rechtsträger der Theologischen Fakultäten Fulda und Paderborn ist der (Erz-)Bischöfliche Stuhl, der Theologischen Fakultät Trier das zugehörige Priesterseminar, jeweils als kirchliche Körperschaft des öffentlichen Rechts.¹⁵⁸

Die Hochschule für Philosophie München/Philosophische Fakultät SJ und die übrigen Ordenshochschulen stehen in der Rechtsträgerschaft der jeweiligen Gemeinschaften, die auf Provinzebene zum Teil ebenfalls Körperschaftsrechte haben.¹⁵⁹ Die Augustana-Hochschule Neuendettelsau, die Hochschulen Ewersbach, Friedensau, Oberursel und Reutlingen und die Fachhochschulen Berlin (kath.), Elstal, Freiburg i. Br. (ev.), Darmstadt, Ludwigsburg und Nürnberg werden unmittelbar vom Bistum bzw. von der (Landes-)Kirche getragen.¹⁶⁰ Die Hochschule für Jüdische Studien in Heidelberg ist eine Einrichtung des Zentralrats der Juden in Deutschland, einer Körperschaft des öffentlichen Rechts.¹⁶¹

Die Zuerkennung von Rechtsfähigkeit für den weltlichen Rechtskreis bedarf, auch wenn sie von der verfassten Kirche als Körperschaft des öffentlichen Rechts ausgeht, eines staatlichen Mitwirkungsaktes in der durch das jeweilige Landesrecht z.B. für die öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten vorgegebenen Form.¹⁶² Auch bei Ausstattung mit eigener Rechtspersönlichkeit oder Zwischenschaltung eines Trägers als juristische Person staatlichen Rechts, was vornehmlich der Erleichterung einer Teilnahme am weltlichen Rechtsverkehr dient, verbleibt die kirchliche Hochschule im Schutzbereich der verfassungsrechtlich gewährleisteten Kirchenfreiheit (Art. 4 Abs. 1 u. 2, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV)¹⁶³. Für eine Verselbständigung der Hochschule gegenüber ihrem kirchlichen Veranstalter ist daher das kirchliche Recht maßgebend; jedenfalls ist

¹⁵⁶ S. o. Fn. 10, 12, 14, 15, 17, 21.

¹⁵⁷ S. o. Fn. 30.

¹⁵⁸ S. o. Fn. 6, 7, 9.

¹⁵⁹ S. o. Fn. 5, 8, 11.

¹⁶⁰ S. o. Fn. 13, 18, 22, 24, 28, 31, 33–37 u. *Heckel*, Fakultäten (o. Fn. 58), S. 360 f.

¹⁶¹ *Meier / Schuster*, Hochschule (o. Fn. 38), S. 127–133.

¹⁶² *Pirson*, Fachhochschulen (o. Fn. 94), S. 5–11.

¹⁶³ Vgl. insoweit für den verf.-rechtl. Status ausgegliederter kirchl. Träger u. Organisationseinheiten BVerfGE 70, 138 (162) = Kirche 23, 105 (108); für Hochschulen auch *Heckel*, Fakultäten (o. Fn. 58), S. 360.

die Kirche insoweit nicht auf die Inanspruchnahme der Gestaltungsformen des staatlichen Rechts angewiesen.¹⁶⁴

3. Binnenstruktur

49 Da das staatliche Hochschulrecht die kirchlichen Hochschulen als Einrichtungen in freier Trägerschaft von organisationsrechtlichen Vorgaben weitgehend freistellt, sind Art, Zahl, Aufgaben und Zusammensetzung der Hochschulorgane häufig durch die historische Entwicklung der einzelnen Hochschule, ihren speziellen Auftrag, ihre Größe, die örtlichen Verhältnisse und die Eigenart des jeweiligen kirchlichen Trägers bestimmt.¹⁶⁵

50 Die Struktur der Lehrkörper wird freilich dadurch festgelegt, dass nach Maßgabe etwaiger Ausnahmeklauseln¹⁶⁶ auch die nichtstaatliche Hochschule Aufgaben öffentlicher Hochschulen wahrnimmt und die hauptberuflich Lehrenden den Einstellungsanforderungen für entsprechende Tätigkeiten an staatlichen Hochschulen unterliegen¹⁶⁷. Die zentralen Funktionen in Forschung, Lehre, Studium und Berufsvorbereitung sind daher Dozenten vorbehalten, die die Qualifikation von Professoren im Sinne von § 44 HRG besitzen.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Für das kanonische Hochschulrecht vgl. *Ammer*, Recht (o. Fn. 69), S. 266–321; *Pierre Andrieu-Guitrancourt*, La personnalité morale des Universités Catholiques, in: *Ius Populi Dei. Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor*, Bd. 2, 1972, S. 43–74; *Schmitz*, Studien (o. Fn. 4), S. 119. Über kirchl. Hochschulen als Körperschaften des öff. Rechts u. als Einrichtungen der Kirche vgl. *Baldus*, Rechtsstellung (o. Fn. 1), S. 18; *Pirson*, Fachhochschulen (o. Fn. 94), S. 12 f.

¹⁶⁵ Da die Mitglieder der Hochschule an der Gestaltung des Studiums in sinngemäßer Anwendung der für staatliche Hochschulen geltenden Grundsätze zu beteiligen sind (§ 70 Abs. 1 Nr. 5 HRG), zeigen auch die kirchlichen Hochschulen (nur in den Beteiligungsanteilen modifizierte) Merkmale der Gruppenuniversität. Die Tendenz des jüngeren Hochschulrechts, die staatlichen Hochschulen gegenüber dem Staat zu verselbständigen, ist kein Richtmaß für das Verhältnis von Kirche und Hochschule; dafür ist vielmehr prägend (s. oben zu I. 1.), dass die Hochschule dem bestimmenden rechtlichen Einfluss des kirchlichen Trägers unterliegt; *Rhode / Rüfner*, Hochschulen. (o. Fn. 1), S. 20.

¹⁶⁶ S. o. Fn. 107.

¹⁶⁷ S. u. Fn. 196.

¹⁶⁸ Damit setzt das staatliche Hochschulrecht als Gleichwertigkeitsmerkmal voraus, dass die kirchliche Hochschule Lehrpersonal hauptberuflich beschäftigt, freilich ohne dessen Anteil am Lehrkörper festzulegen. *Lorenz*, in: *Hochschulrecht* (o. Fn. 98), § 70 HRG, Rn. 29; a.A. *Thieme*, Privathoch-

Für personelle Ausstattung katholischer Hochschulen, insbesondere soweit sie volltheologische Studiengänge führen, sind das Fächerspektrum und die Mindestzahl von Professuren bzw. Lehrstühlen partikularrechtlich festgeschrieben.¹⁶⁹ Einen ähnlichen Fächerzuschnitt zeigen auch die evangelischen Hochschulen.¹⁷⁰

Die allgemein eingeführte, aber in unterschiedlichem Umfang ausgeprägte akademische Selbstverwaltung einerseits und die Bedarfsverwaltung andererseits sind getrennt; letztere wird vom Träger geführt. Die Leitung der Selbstverwaltungskörperschaft obliegt dem meist auf Zeit gewählten Rektor (Rektorat, Präsident). An den katholischen Hochschulen sind die Spitzenämter (Rektor, Kanzler) sowie die Mehrheit in der Hochschulleitung Angehörigen dieser Kirche vorbehalten.¹⁷¹ Beschlussorgane beteiligen sich u. a. an der Ergänzung des Lehrkörpers mindestens mit einem Vorschlagsrecht.¹⁷² Die Mitwirkung der Hochschulangehörigen an der Gestaltung des Studiums dürfte den Anforderungen des staatlichen Hochschulrechts¹⁷³ entsprechen. Eine funktionale Verzahnung zwischen Hochschule und Träger erfolgt zum Teil durch Einbindung trägerschaftlicher Organe (Kuratorium) in den Hochschulaufbau.

4. Studiengänge, Hochschulprüfungen und -grade

Die im sog. Bologna-Prozess vorgesehene gestufte Studienstruktur mit eigenständigen und konsekutiven Bachelor- und Master-Studien-

schulen (o. Fn. 102), S. 30. Nach § 8 Abs. 5 PartN sind die für die Kernfächer eingerichteten Professuren grundsätzlich mit hauptberuflich nur an dieser Hochschule lehrenden Vollzeitkräften zu besetzen. Ein etwaiger dienst- oder arbeitsrechtlicher Rechtsanspruch des Stelleninhabers auf Teilzeitbeschäftigung bleibt davon unberührt.

¹⁶⁹ *Schmitz / Rhode*, Einführung (o. Fn. 1), Rz. 106–109. Zur Einrichtung einer Stiftungsprofessur vgl. *Heribert Schmitz*, Stiftungsprofessur – Besonderheiten einer nicht seltenen Rechtsfigur, in: ders., *Neue Studien* (o. Fn. 1), S. 328–331.

¹⁷⁰ *Wissenschaftsrat*, Kriterien (o. Fn. 1), S. 16 f.

¹⁷¹ § 7 Abs. 3 PartN. Da auch an den kirchlichen Hochschulen die meisten Spitzenämter in der Regel durch Wahl aus der Mitte des Lehrkörpers besetzt werden, folgt diese konfessionelle Bindung schon aus den Einstellungsanforderungen für Professoren; s. u. Fn. 197–199.

¹⁷² Vgl. z. B. § 8 Abs. 3 PartN.

¹⁷³ Anerkannte kirchliche Hochschulen unterliegen insoweit einer sinn-gemäßen Anwendung der für staatliche Hochschulen geltenden Grundsätze; vgl. z. B. § 70 Abs. 1 Nr. 5 HRG, Art. 76 Abs. 2 Nr. 6 LHG Bay., § 72 Abs. 1 Nr. 8 LHG NRW, § 106 Abs. 1 Nr. 6 SächsHSFG.

gängen, die unter Einschluss eines international kompatiblen Leistungspunktesystems modular ausgerichtet sind,¹⁷⁴ ist für volltheologische Studiengänge nur teilweise umgesetzt worden.¹⁷⁵ Das grundlegende Vollstudium von fünf Jahren in katholischer bzw. evangelischer Theologie ist in Modulen strukturiert, die Studienleistungen werden nach dem European Credit Transfer System (ECTS) bewertet¹⁷⁶ und führen zum Abschluss mit dem Grad *Magister Theologiae*. Das Studium wird mit der Fakultätsprüfung oder mit der Kirchlichen Prüfung abgeschlossen und ist in der Regel die Zugangsvoraussetzung für eine pastorale Tätigkeit (z. B. das Priesteramt, Pfarramt). Andere theologische Studiengänge, etwa Lehramts- und sonstige Kombinations-Studiengänge¹⁷⁷, sind nach den allgemeinen Vorgaben für Bachelor- und Master-Studiengänge strukturiert.

- 54 Die frühere Streitfrage¹⁷⁸, ob kirchliche Hochschulen als nicht-staatliche Einrichtungen mit öffentlich-rechtlicher Wirkung akade-

¹⁷⁴ § 29 Abs. 2 LHG BW.

¹⁷⁵ Vgl. zum folgenden insbesondere den Beschluss der *Kultusministerkonferenz*, Eckpunkte (o. Fn. 1); *Kath.-Theol. Fakultätentag*, Handreichung für die Anerkennung von Studien- und Prüfungsleistungen beim modularisierten Theologischen Vollstudium der Katholischen Theologie vom 29.–31. 1. 2012 (<<http://kthf.de>>). Zum Bologna-Prozess sind Rundschreiben der Kongregation für das Katholische Bildungswesen vom 3.2. u. 28.10.2004, 12.7.2005, 30.10.2006, 30.3. u. 12.6.2009 ergangen (<<http://www.katholische-theologie.info/KirchlicheDokumente>>). Vgl. auch *Nobel*, Ausbildung (o. Fn. 1), S. 289–353; *Rhode / Rüfner*, Hochschulen (o. Fn. 1), S. 47–49; *Friedrich Bechina*, Kirchliche Hochschulstudien vor den Herausforderungen gegenwärtiger Entwicklungen der internationalen Hochschulpolitik, in: S. Clarissimo Professori Doctori Carolo Giraldo Fürst. In memoriam Carl Gerold Fürst, hg. von Elmar Güthoff u. a., 2013, S. 301–325.

¹⁷⁶ 1. Studienabschnitt: 3 Jahre (Einführung in theologisches Denken, erste Vermittlung von Inhalten und Methoden der Philosophie und der Theologie), 180 ECTS-Leistungspunkte. 2. Studienabschnitt: 2 Jahre (fachliche Vertiefung in allen Bereichen der Theologie), 120 ECTS-Leistungspunkte.

¹⁷⁷ *Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz*, Handreichung zur kirchlichen Mitwirkung bei der Akkreditierung (o. Fn. 151).

Zusammenfassende Darstellung einzelner Studiengänge an kirchlichen Hochschulen: *Martin Lechner*, Theologie in der Sozialen Arbeit, 2000; *Rektorenkonferenz Kirchlicher Fachhochschulen* (Hg.), Die Besten für die Kleinsten. Studiengänge der Bildung und Erziehung an kirchlichen Fachhochschulen, 2010.

¹⁷⁸ Vgl. hierzu die Schrifttumsnachweise bei *Solte*, Hochschulen (o. Fn. 58), S. 33, Anm. 109. Das kirchl. Selbstbestimmungsrecht, die verf.-rechtl. Zulassung kirchl. Hochschulen u. die Wissenschaftsfreiheit als Hochschulgrundrecht (Art. 5 Abs. 3 GG) sind nicht geeignet, die öff.-rechtl. Wirksamkeit eines kirchl. Promotionsrechts zu begründen; vgl. *Lorenz*, in: Hochschulrecht (o. Fn. 98), § 70 HRG, Rn. 75 m. w. N.; v. *Coelln*, ebd., Nordrhein-Westfalen, Rn. 42; *Rhode / Rüfner*, Hochschulen (o. Fn. 1), S. 16.

mische Grade verleihen können, ist im Wesentlichen durch die Gesetzgebung über Hochschulen in freier Trägerschaft geklärt. Aufgrund und nach Maßgabe der hochschulrechtlichen Anerkennung haben sie die Befugnis zur Abnahme von Hochschulprüfungen und Erteilung von Hochschulgraden, die die gleichen Berechtigungen begründen wie die entsprechenden Abschlüsse und Grade staatlicher Hochschulen; für die Graduierung reicht eine kirchliche Studienabschlussprüfung aus (§ 70 Abs. 3 HRG)¹⁷⁹. Dasselbe gilt aufgrund einer sonderrechtlichen Entwicklung, die schon vor Erlass des Hochschulrahmengesetzes einsetzte, für die Katholische Universität Eichstätt-Ingolstadt, die Theologische Fakultäten Paderborn und Trier, die Hochschule für Philosophie München/Philosophische Fakultät SJ und die Augustana-Hochschule Neuendettelsau.¹⁸⁰ Unabhängig von einer hochschulrechtlichen Anerkennung stellt das bayerische Landesrecht das Promotions- und Habilitationsrecht bestimmter kirchlicher Hochschulen fest.¹⁸¹ In Berlin, Hamburg und Nordrhein-Westfalen ergibt sich für einzelne kirchliche Hochschulen dieselbe Rechtsfolge aus der gesetzlichen Anerkennung.¹⁸²

Wenn der kirchlichen Hochschule – dem staatlichen Anerkennungsakt zufolge – das Promotionsrecht zusteht, ist sie befugt, den Doktor- und (meist auch) den Lizentiatengrad weltlichen Rechts zu verleihen; in der Regel wird es der theologische Grad sein.¹⁸³ In Be-

55

¹⁷⁹ *Thieme*, Hochschulrecht (o. Fn. 1), Rn. 297; *de Wall*, Hochschulen (o. Fn. 102), Rn. 36. Nach § 70 Abs. 7 LHG BW, Art. 81 LHG Bay., § 123 Abs. 5 LHG Berlin, § 91 Abs. 4 LHG Hessen bedarf die Verleihung des Promotions- (und Habilitations-)rechts an eine nichtstaatliche Hochschule ein besonderen Rechtsaktes neben der Anerkennung.

¹⁸⁰ Nachweise bei *Baldus*, Hochschulfakultäten (o. Fn. 102), S. 52 f., 55 f., 58–64; *Ruhbach*, Hochschulen (o. Fn. 43), S. 431 f.; *Solte*, Hochschulen (Fn. 58), S. 30 f.

¹⁸¹ Art. 81 S. 1 u. 2 LHG Bay. (für die Philosophische Hochschule / Philosophische Fakultät SJ München u. die Augustana-Hochschule Neuendettelsau). Die entsprechende Rechtsstellung der Kath. Universität Eichstätt-Ingolstadt beruht auf Art. 5 § 4 BayK (o. Fn. 120).

¹⁸² S. o. Fn. 132.

¹⁸³ *Kongregation für das Katholische Bildungswesen*, Dekret vom 5.2.1990: Anforderungen für die Erlangung des theologischen Lizentiats an den deutschen theologischen Fakultäten; *Kath.-Theol. Fakultätentag*, Beschluss vom 22.5.2012 / Rundschreiben des Vorsitzenden der Kommission für Wissenschaft und Kultur der DBK vom 13.1.2011: Eckpunkte zum Verfahren der theologischen Promotion auf der Basis eines Abschlusses in Lehramtsstudiengängen; *Kath.-Theol. Fakultätentag*, Beschluss vom 27.1.2014: Empfehlungen zur Qualitätssicherung und Neuordnung der Promotion in Katholischer Theologie (Dr. theol.) (sämtlich <<http://www.katholische-theologie.info/KirchlicheDokumente>>); *Kath.-Theol. Fakultätentag*, Beschluss vom

tracht kommen auch Modelle, die eine Kooperation mit einer anderen promotionsberechtigten staatlichen oder kirchlichen Hochschule vorsehen, um den Studierenden die Erlangung eines dortigen Hochschulgrades zu ermöglichen.¹⁸⁴

- 56 Soweit das kanonische Hochschulrecht namentlich in den theologischen Studiengängen entsprechende Hochschulgrade vorsieht, machen die katholischen Hochschulen von einem erteilten staatlich verliehenen Promotionsrecht nur Gebrauch, wenn die Ausstattung mit einem kongruenten kirchlichen Graduierungsrecht erfolgt ist. Sie erteilen daher meist *uno actu* einen akademischen Grad staatlichen und kirchlichen Rechts.¹⁸⁵ Trotz formeller Eigenständigkeit des Graduierungsrechts in der staatlichen bzw. kirchlichen Rechtssphäre hat die staatliche Maßnahme eher den Charakter einer öffentlich-rechtlichen Zulassungsentscheidung,¹⁸⁶ denn die inhaltliche Seite der theologischen Wissenschaftspflege, d. h. auch der qualitative Schwerpunkt einer katholisch-theologischen Graduierung, fällt in den Bereich des kirchlichen Selbstordnungsrechts¹⁸⁷, und dem Staat ver-

28.1.2014: Empfehlung zur Verleihung nicht-kanonischer Doktorgrade an theologischen Fakultäten (<<http://kthf.de>>); *Schmitz / Rhode*, Einführung (o. Fn. 1), Rn. 267–299.

Die Hochschule für Philosophie München/Philosophische Fakultät SJ vermittelt den philosophischen Doktorgrad. An der Pflegewissenschaftliche Fakultät der Phil.-Theol. Hochschule Vallendar führt ein viersemestriges Promotionsstudium zum Dr. rer. cur. (Doktor der Pflegewissenschaft).

¹⁸⁴ Die Hochschule für Jüdische Studien Heidelberg verleiht in enger Zusammenarbeit mit der Universität Heidelberg den Grad eines Doktors der Philosophie. *Wissenschaftsrat*, Stellungnahme zur Akkreditierung der Hochschule für Jüdische Studien Heidelberg (o. Fn. 38). Promotionsordnung der Hochschule für Jüdische Studien Heidelberg gemäß Senatsbeschluss vom 21.10.2014.

Für die evangelischen Kirchlichen Hochschulen vgl. *Ev.-theol. Fakultäten-tag*, Plenarversammlung 2012 Beschluss 3: Rahmenrichtlinie für die Vergabe nicht-theologischer Doktorgrade an Promovierende an Ev.-theol. Fakultäten (<<http://www.evtheol.fakultaetentag.de>>).

¹⁸⁵ *Lorenz*, in: Hochschulrecht (o. Fn. 98), § 70 HRG, Rn. 75. Eine bloße öff.-rechtl. Anerkennung des kirchlichen Promotionsrechts u. kirchlicher akademischer Grade gilt jetzt nur noch für die Theol. Fakultät Trier fort. Näheres bei *Himmelsbach*, Rechtsstellung (o. Fn. 1), S. 156. Graduierungen in nicht-kanonischen Studiengängen (z. B. Sozialarbeit, Sozialpädagogik, Religionspädagogik, Theol. Bildung) entfalten wegen ihres rein staatlichen Charakters keine hochschulrechtlichen Wirkungen im kirchl. Rechtskreis.

¹⁸⁶ Die Wirksamkeit kirchlicher akademischer Grade im weltlichen Rechtskreis muss sich jedenfalls auf einen staatlichen Legitimationsakt stützen; OLG Hamm, KirchE 30, 121.

¹⁸⁷ *Klemens Honselmann*, Zum Promotionsrecht der deutschen katholisch-theologischen Fakultäten, in: ThGl 1957, S. 321 (328 f.).

bleibt insoweit nur ein kulturstaatlich begründetes Ordnungs- und Förderungsinteresse.

Kirchlichen Hochschulen, denen mit der Anerkennung nach § 70 HRG das Promotionsrecht verliehen ist, steht in der Regel auch Habilitationsrecht zu.¹⁸⁸ Das allgemeine kanonische Hochschulrecht kennt kein Habilitationsrecht, weil dort bereits der Doktor- und Lizentiatengrad kirchlicher Fakultäten eine abgestufte *facultas docendi* einschließt.¹⁸⁹ Da jedoch die nationale Praxis den Zugang zu einer Professur von einer Habilitation oder der erfolgreichen Wahrnehmung einer Juniorprofessur abhängig macht, hat die römische Bildungskongregation teilkirchenrechtliche Habilitationsordnungen der deutschen kirchlichen Fakultäten approbiert¹⁹⁰ und der Theologischen Fakultät an der Universität Eichstätt-Ingolstadt¹⁹¹ ein kirchliches Habilitationsrecht verliehen. Verlautbarungen der Deutschen Bischofskonferenz befassen sich mit dem Zugang zur Habilitation¹⁹² und der Juniorprofessur¹⁹³.

57

5. Dienstrecht der Hochschullehrer

Zur Regelung des Dienstverhältnisses der Hochschullehrer bedienen sich die kirchlichen Hochschulträger teils des kirchlichen Beamtenrechts, teils der (dem staatlichen öffentlichen Dienst angepassten) Form des privatrechtlichen Dienstvertrages, in der aber auch die Be-

58

¹⁸⁸ Vgl. z.B. Art. 81 LHG Bay., § 83 Abs. 2 LHG Bbg., § 112 Abs. 4 LHG Bremen, § 91 Abs. 4 LHG Hessen, § 73 Abs. 2, § 74 Abs. 1 LHG NRW, § 107 Abs. 8 SächsHSFG, § 76 Abs. 6 LHG SH.

¹⁸⁹ Art. 50 § 1 SapChr.; *Schmitz / Rhode*, Einführung (o. Fn. 1), Rn. 300–304.

¹⁹⁰ Das Habilitationsrecht wird meist schon in den approbationspflichtigen Fakultätsstatuten erwähnt, so für die Theol. Fakultät Paderborn in Art. 33 Abs. 1 (<<https://www.thf-paderborn.de>>).

¹⁹¹ *SC InstCath*, Dekret vom 25. 1. 1975, in: AAS 65 (1975), S. 505.

¹⁹² *DBK*, Beschluss vom 21./24. 2. 1972: Habilitation u. Berufung von Nichtpriestern (<<https://www.kirchenrecht-online.de>>); *DBK / Kommission f. Wissenschaft u. Kultur*, Berufung von Professoren und Professorinnen der Katholischen Theologie. Normen – Vorgaben – Informationen, 2014 (Die deutschen Bischöfe [Erklärungen der Kommissionen] Nr. 38); *Heribert Schmitz*, Habilitation und Berufung von Nichtpriestern zu Hochschullehrern der Katholischen Theologie, in: TThZ 95 (1986), S. 319–330.

¹⁹³ *DBK*, Beschluss vom 25. 9. 2003: Kirchliche Anforderungen an Juniorprofessoren in der Katholischen Theologie (<<https://www.kirchenrecht-online.de>>).

sonderheiten des kirchlichen Arbeitsrechts berücksichtigt werden.¹⁹⁴ Sie erfüllen damit zugleich die Vorgabe des staatlichen Hochschulrechts für Einrichtungen in freier Trägerschaft, wonach die rechtliche und wirtschaftliche Stellung des Lehrpersonals gesichert sein muss.¹⁹⁵ Die persönlichen Einstellungserfordernisse richten sich an den staatlich anerkannten Hochschulen nach den Vorschriften des staatlichen Hochschullehrerdienstrechts.¹⁹⁶ Darüber hinaus sind die katholischen Hochschulen an die vom kanonischen Hochschulrecht aufgestellten Vorbildungsanforderungen¹⁹⁷ gebunden. Theologieprofessoren an kirchlichen Hochschulen, denen auch Priesterausbildung anvertraut ist, müssen mehrheitlich Priester sein, eine starre, insbesondere fachbezogene Quotenregelung besteht jedoch nicht.¹⁹⁸ Für andere katholische Hochschulen gilt, dass eine nicht-katholische Majorität unter den hauptberuflichen Mitgliedern des Lehrkörpers zu vermeiden ist.¹⁹⁹

- 59 Die Teilnahme an der kirchlichen Lehrverkündigung bedarf der Vokation (ev.) bzw. der Missio canonica (kath.). Letztere ergeht für katholische Theologiedozenten an wissenschaftlichen Hochschulen in Form des sog. Nihil obstat. Hierfür ist der Ortsbischof / Großkanzler zuständig, der allerdings zuvor eine entsprechende Erklärung des Apostolischen Stuhles (sog. römisches Nihil obstat) einholen muss.²⁰⁰

¹⁹⁴ § 5 Abs. 5 PartN; *Schmitz*, Studien (o. Fn. 4), S. 353–356 (für die Kath. Universität Eichstätt-Ingolstadt); *Solte*, Hochschulen (o. Fn. 58), S. 39; *de Wall*, Hochschulen (o. Fn. 102), Rn. 40–42. Eine besoldungsrechtl. Gleichstellung staatlicher u. kirchlicher Hochschullehrer verneint VG Berlin, KirchE 38, 391.

¹⁹⁵ § 70 Abs. 2 Nr. 6 LHG BW, Art. 76 Abs. 2 Nr. 5 LHG Bay., § 123 Abs. 2 Nr. 8 LHG Berlin, § 61 Abs. 2 Nr. 8 LHG Bbg., § 114 Nr. 9 LHG Hmb., § 91 Abs. 2 Nr. 5 LHG Hessen, § 108 Abs. 2 Nr. 8 LHG MV, § 72 Abs. 1 Nr. 9 LHG NRW, § 88 Abs. 2 Nr. 7 LHG Saarl., § 76 Abs. 2 Nr. 9 LHG SH, § 122 Abs. 1 Nr. 7 LHG Thür.

¹⁹⁶ Vgl. z.B. § 70 Abs. 1 Nr. 4, § 44 HRG; *Lorenz*, in: Hochschulrecht (o. Fn. 98), § 70 HRG, Rn. 30. Eine entsprechende konkordatsrechtliche Verpflichtung ergibt sich aus Art. 12 Abs. 2 S. 4 KathKV Preußen mit Schlussprot.

¹⁹⁷ Nr. IV 8 Akkommodationsdekret I; *DBK / Kommission f. Wissenschaft u. Kultur*, Berufung von Professoren (o. Fn. 193); *Rhode / Rüfner*, Hochschulen (o. Fn. 1), S. 20. Zur Professio fidei kirchl. Hochschullehrer vgl. *Schmitz / Rhode*, Einführung (o. Fn. 1), Rn. 203–207.

¹⁹⁸ *Schmitz / Rhode*, Einführung (o. Fn. 1), Rn. 128–138.

¹⁹⁹ II Art. 4 § 4 ExCE, § 8 Abs. 1 PartN.

²⁰⁰ C. 812 CIC/1983, Art. 27 § 2 SapChr, Art. 19 §§ 1–3 OrdSapChr, Nr. IV 7 Akkommodationsdekret I; *Kongregation für das Katholische Bildungswesen*, Dekret vom 25.3.2010: Normen zur Erteilung des Nihil obstat bei der Berufung von Professoren der Katholischen Theologie an den staatlichen Univer-

Für die nähere Ausgestaltung des Dienstverhältnisses gibt es nur verstreute kirchengesetzliche oder statutarische Regelungen.²⁰¹ Die dienstrechtliche Treuepflicht der Dozenten lässt sich als Verpflichtung umschreiben, die vom Träger der Hochschule bestimmte Zielsetzung der Hochschule nicht nur zu respektieren, sondern auch aktiv zu fördern.²⁰²

Die Befugnis zur Führung des Professorentitels steht nicht nur den Dozenten an staatlich anerkannten Hochschulen zu,²⁰³ sondern auch solchen Hochschullehrern, die an einer nicht anerkennungsbedürftigen Hochschule des geistlichen Bildungswesens tätig sind, sofern sie eine der staatlichen Professur vergleichbare Tätigkeit ausüben²⁰⁴. Für

60

sitäten im Bereich der Deutschen Bischofskonferenz (<<https://www.kirchenrecht-online.de>>); *Winfried Löffler*, *Missio Canonica und Nihil Obstat: Wege des Rechtsschutzes im Konflikt*, in: Festschrift für Johannes Mühlsteiger, hg. von Konrad Breitsching / Wilhelm Rees, 2001, S. 429–461; *Heribert Schmitz*, *Eignungsvoraussetzungen für die Berufung zum Professor der katholischen Theologie*, in: ders., *Neue Studien* (o. Fn. 1), S. 392–408; *ders. / Rhode*, *Einführung* (o. Fn. 1), Rn. 159–202; *Martin Werneburg*, *Wissenschaftsfreiheit und kirchliche Lehrbefugnis*, in: *Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft* (StudZR) 2006, S. 471–493.

Theologiedozenten an Fachhochschulen benötigen gemäß Nr. 25 Nihil obstat-Normen zwar ein Mandat des Ortsbischofs i. S. v. c. 812 CIC/1983, aber kein römisches Nihil-obstat.

²⁰¹ Vgl. z.B. Art. 58 SapChr; Kath. Universität Eichstätt-Ingolstadt: Art. 11 Stiftungsverfassung (<<https://www.ku.de>>); Theol. Fakultät Paderborn: Art. 18 Abs. 6 Statuten; Theol. Fakultät Trier: Art. 15 Statuten; Augustana-Hochschule Neuendettelsau: § 4 Abs. 3 Satzung.

²⁰² § 6 Abs. 4 PartN. Zur Treuepflicht des kirchl. Fachhochschullehrers vgl. ArbG Darmstadt, KirchE 15, 426; LAG Frankfurt, KirchE 16, 155. Über vergleichbare Treuepflicht des Lehrers im kirchl. Schuldienst (bes. bezüglich der persönlichen Lebensführung) vgl. BAG, in: NJW 1985, S. 1855 = KirchE 22, 209.

Über den Anspruch des kirchl. Fachhochschullehrers auf Anerkennung einer Pflichtveranstaltung vgl. VG Berlin, KirchE 13, 109.

²⁰³ § 72 Abs. 2 LHG BW, Art. 79 Abs. 1 LHG Bay., § 123 Abs. 6 LHG Berlin, § 85 Abs. 5 LHG Bbg., § 112 Abs. 4 LHG Bremen, § 92 Abs. 2 LHG Hessen, § 116 Abs. 4 LHG Hmb., § 110 Abs. 3 LHG MV, § 66 Abs. 1 LHG Nds., § 73 Abs. 5 LHG NRW, § 120 Abs. 2, 3 u. 5 LHG RP, § 90 Abs. 4 u. 5 LHG Saarl., § 107 Abs. 3 u. 4 SächsHSFG, § 106 Abs. 5 LHG LSA, § 77 Abs. 1 LHG SH, § 124 Abs. 5 LHG Thür. *Thieme*, *Hochschulrecht* (o. Fn. 1), Rn. 295; *de Wall*, *Hochschulen* (o. Fn. 102), Rn. 42.

²⁰⁴ Nachweise bei *Baldus*, *Hochschulen* (o. Fn. 41), S. 185 f.; *Pirson*, *Wissenschaftsfreiheit* (o. Fn. 143), S. 292; *Solte*, *Hochschulen* (o. Fn. 58), S. 40.

die als Hochschuldozenten tätigen Kleriker ist deren besonderer kanonisch-rechtlicher Dienststatus zu beachten.²⁰⁵

61 Entsprechend einer rahmenrechtlichen Weisung (Art. 30 SapChr, Art. 22 OrdSapChr) regeln die katholischen Fakultäten die vorzeitige Abberufung eines Dozenten bei Beanstandung wegen seiner Lehre oder seines Lebenswandels. Für das Verfahren ist typisch, dass zunächst hochschulintern eine Lösung gefunden werden soll, bevor die kirchliche Aufsichtsbehörde damit befasst wird.²⁰⁶

62 Die durch die Anerkennung einer kirchlichen Hochschule bewirkte Gleichstellung des Ausbildungsangebots mit demjenigen einer staatlichen Hochschule genügt nicht, um den Hochschulträger der Bindung des Art. 33 Abs. 2 GG (gleicher Zugang zu den öffentlichen Ämtern) zu unterwerfen. Für eine hierauf gestützte Konkurrentenklage im Auswahlverfahren zur Besetzung einer Professorenstelle ist daher kein Raum.²⁰⁷

6. Rechtsverhältnisse der Studierenden

63 Die Zugangsvoraussetzungen für Studierende kirchlicher Hochschulen sind im Wesentlichen durch das staatliche Hochschulrecht²⁰⁸, in Studiengängen des geistlichen Bildungswesens der beiden Großkirchen auch durch Vertragskirchenrecht²⁰⁹ festgelegt und entsprechen damit den Anforderungen der öffentlichen Hochschule. Als Angebotshochschulen sind die kirchlichen Einrichtungen in der Auswahl der Bewerber frei. Ein grundrechtlich für das staatliche Hochschulwesen aus Art. 12 Abs. 1 GG (Teilhaberecht) entwickelter Anspruch auf Zulassung zum Studium²¹⁰ findet gegenüber kirchlichen

²⁰⁵ Josef Jurina, Dienst- und Arbeitsrecht in der katholischen Kirche, in: EssGespr. 10 (1976), S. 57 (bes. S. 58 f.).

²⁰⁶ Vgl. z. B. *Theol. Fakultät Paderborn*: Art. 21 Abs. 3 Statuten; *Theol. Fakultät Trier*: Art. 21 Statuten. Näheres bei Schmitz/Rhode, Einführung (o. Fn. 1), Rn. 208–216.

²⁰⁷ BAG, in: AP Nr. 73 zu Art. 33 Abs. 2 GG = KirchE 56, 301.

²⁰⁸ Vgl. z. B. § 70 Abs. 1 Nr. 3 HRG. Ausnahmen für theol. Studiengänge kirchl. Hochschulen gem. Art. 76 Abs. 2 S. 2 LHG Bay, wenn die Gleichwertigkeit des Studiums gewährleistet ist.

²⁰⁹ Vorbildungsanforderungen für die dauernde Übertragung bestimmter kirchl. Ämter: Vgl. z. B. Art. 14 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b RK, Art. 13 § 1 Buchst. b BayK, Art. 26 Abs. 1 Buchst. b BayKV, Art. 9 Abs. 1 Buchst. b KathKV Preußen, Art. 8 Abs. 1 Buchst. b EvKV Preußen.

²¹⁰ BVerfGE 33, 303.

Hochschulen seine Grenzen in der durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV garantierten Autonomie des Trägers.²¹¹ Die Konfession des Bewerbers spielt für die Zulassungsentscheidung durchweg keine Rolle, jedoch wird als besondere Zulassungsbedingung von den Studierenden erwartet, dass sie bereit sind, Auftrag und Charakter der Hochschule anzuerkennen und zu beachten.²¹² Darüber hinaus bringen Hochschulen eigene Auswahlkriterien u. a. im Rahmen von Interviews und durch Berücksichtigung haupt- oder ehrenamtlichen Engagements im kirchlichen Bereich zur Geltung. Die Begründung des Rechtsverhältnisses zur Hochschule durch einseitigen Akt (Immatrikulation) ist mit Wirkung für den staatlichen Raum nur möglich, soweit das Landeshochschulrecht die Immatrikulationsbestimmungen der öffentlichen Hochschulen für anwendbar erklärt²¹³ oder die Hochschule als juristische Person des öffentlichen Rechts mit Satzungsautonomie (hier für eine Immatrikulationsordnung) ausgestattet ist²¹⁴. Kirchliche Hochschulen müssen daher als Grundlage ihrer Rechtsbeziehung mit dem einzelnen Studierenden meist die aus dem

²¹¹ *Hartmer / Detmer*, Hochschulrecht (o. Fn. 144), Teil III, Rn. 38. Zu den vornehmlich unter Kapazitätsgesichtspunkten erhobenen Zulassungsbegehren vgl. OVG Rheinland-Pfalz, KirchE 16, 271; VGH Baden-Württemberg, in: DÖV 1981, S. 65 = KirchE 18, 224; OVG Nordrhein-Westfalen, in: WissR Beih. 8 (1983), S. 154 = KirchE 20, 79; VG Köln, KirchE 20, 231; BayVGH, in: DÖV 1992, S. 711 = KirchE 30, 185; OVG Saarland, in: NVwZ 1996, S. 1237 = KirchE 33, 340; VG Osnabrück, in: NVwZ 2000, S. 9611 = KirchE 37, 327 u. KirchE 44, 228; VG Berlin, KirchE 41, 132, KirchE 45, 236 u. KirchE 46, 225; VG München, KirchE 52, 157 u. 161. Vgl. auch *Albert Krölls*, Rechtsfragen des Zugangs zu kirchlichen Fachhochschulen, in: NVwZ 1996, S. 10–16; *Pirson*, Fachhochschulen (o. Fn. 94), S. 25 f.; *Reich*, Bay. Hochschulgesetz (o. Fn. 46), § 80, Rn. 5; *Harald Baumann-Hasske / Bernd Kunzmann* (Hg.), Die Verfassung des Freistaates Sachsen, 3. Aufl. 2010, Art. 111, Rn. 3; *Solte*, Fachhochschulen (o. Fn. 1), S. 478 f.; *de Wall*, Hochschulen (o. Fn. 102), Rn. 39.

²¹² Vgl. z.B. § 9 PartN; Kath. Universität Eichstätt-Ingolstadt: Schlussprot. Abs. 5 zu Art. 5 § 1 BayK i. d. F. des Vertrages vom 4. 9. 1974, § 30 Abs. 1 S. 2 Grundordnung; Kath. Stiftungsfachhochschule München: § 1 Abs. 5 Verf.; Kath. Hochschule Mainz: § 2 Einschreibeordnung; Ev. Hochschule Berlin: Art. 26 Nr. 2 Verf.; Augustana-Hochschule Neuendettelsau: § 10 Abs. 2 Satzung. *Ennuschat*, in: Hochschulgesetz (o. Fn. 45), § 74, Rn. 59; *de Wall*, Hochschulen (o. Fn. 102), Rn. 37.

²¹³ Art. 80 Abs. 1, Art. 42 LHG Bay.; Kath. Universität Eichstätt-Ingolstadt: Art. 17 Abs. 1 Stiftungsverfassung, § 32 Abs. 1 Grundordnung.

²¹⁴ Vgl. *Pirson*, Fachhochschulen (o. Fn. 94), S. 18 f.; zur Zeit die Kirchl. Hochschule Wuppertal/Bethel und die Ev. Hochschulen Berlin und Rheinland-Westfalen-Lippe (o. Fn. 154).

Privatschulwesen entlehnte Form des bürgerlich-rechtlichen Schul- oder Ausbildungsvertrages in Anspruch nehmen.²¹⁵

- 64 Eine verfasste Studentenschaft als personenrechtlich verselbständigte Gliedkörperschaft mit Zwangsmitgliedschaft kraft Immatrikulation kommt nur an solchen kirchlichen Hochschulen in Betracht, die Körperschaft des öffentlichen Rechts sind. Ob bereits der für den Körperschaftsstatus der Hochschule konstitutive staatliche Hoheitsakt als Grundlage auch einer solchen Gliedkörperschaft ausreicht, erscheint zweifelhaft, wenn das Landeshochschulrecht für entsprechende Einrichtungen ausdrücklich eine gesetzliche Grundlage vorbehält.²¹⁶
- 65 Die Anrechnung von Studien- und Prüfungsleistungen, die an einer anderen kirchlichen oder staatlichen Hochschule erbracht worden sind, richtet sich, soweit nicht hochschulübergreifende Regelungen vorliegen, nach dem Eigenrecht der jeweiligen Hochschule.²¹⁷

7. Aufsicht über kirchliche Hochschulen

- 66 Kirchliche Hochschulen unterliegen im Rahmen ihrer ersatzhochschulrechtlichen Anerkennung der staatlichen Aufsicht nach den Bestimmungen für Einrichtungen in freier Trägerschaft. Sie ist im Wesentlichen als Gleichwertigkeitsaufsicht (mit entsprechenden Auskunft- und Informationsrechten, zum Teil aber auch weiterge-

²¹⁵ Zur Anwendung von § 2 Abs. 1 Nr. 3 u. 7, § 20 Abs. 1 Nr. 4 AGG auf Verträge dieses Typs vgl. *Gregor Thüsing*, in: Münchener Kommentar zum BGB, hg. von Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker, 6. Aufl. 2012, § 2 AGG, Rn. 33.

²¹⁶ Vgl. z.B. § 65 Abs. 1 LHG BW, § 76 Abs. 1 LHG Hessen, § 53 Abs. 1 LHG NRW für staatl. Hochschulen, für die Ev. Fachhochschule Rheinland-Westfalen-Lippe: §§ 2 Errichtungsgesetz, § 44 Abs. 1 KV (o. Fn. 32).

²¹⁷ Nach einem Beschluss des Evangelisch-theologischen Fakultätentages vom Oktober 2010 werden Studienleistungen an bestimmten akkreditierten Hochschulen in freikirchlicher oder freier Trägerschaft für den Studiengang zum Ersten Theologischen Examen / Magister Theologiae grundsätzlich nicht anerkannt. Plenarversammlung 2010, Beschluss 3: Anerkennung von Studienleistungen an akkreditierten Fachhochschulen in freikirchlicher oder freier Trägerschaft für den Studiengang zum Ersten Theologischen Examen / Magister Theologiae (<<http://www.evtheol.fakultaetentag.de>>). Es handelt sich um die Hochschulen Reutlingen, Elstal, Gießen u. Marburg (o. Fn. 33, 37, 49, 52). Davon kann aber abgewichen werden, so etwa beim Vorhandensein von Studienleistungen an der Theologischen Hochschule Reutlingen, da Kirchengemeinschaft mit der Trägerin dieser Hochschule, der Evangelisch-methodistischen Kirche, besteht.

henden staatlichen Einflussrechten) zu verstehen.²¹⁸ Das Landeshochschulrecht muss jedoch auch hier dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht durch Einschränkung staatlicher Aufsichtsbefugnisse²¹⁹ Rechnung tragen. Adressat staatlicher Aufsichtsmaßnahmen ist – ähnlich wie im Privatschulwesen²²⁰ – regelmäßig der Träger bzw. die mit der kirchlichen Hochschulaufsicht befasste Stelle. Für ein Anordnungs-, Aufhebungs- oder Selbsteintrittsrecht der staatlichen Hochschulaufsicht ist in der Regel kein Raum, weil die staatlichen Belange durch die Möglichkeit des Entzugs oder der Einschränkung der Anerkennung hinreichend gewahrt sind.²²¹ Kirchliche Hochschulen zur Ausbildung der Geistlichen unterliegen keiner Staatsaufsicht.²²² Soweit sie staatliches Promotionsrecht etc. wahrnehmen, übt das Land die Rechtsaufsicht aus.²²³

Für die Wahrnehmung der kirchlichen Hochschulaufsicht kommt in erster Linie der Träger und – meist bei Formen abgestufter Aufsicht – eine ihm nach Kirchenrecht übergeordnete Instanz in Betracht. So beaufsichtigt die Kurienkongregation für das katholische Bildungswesen alle dem kirchlichen Hochschulrecht unterliegenden Einrichtungen. Als Aufsichts- und Vermittlungsinstanz zwischen Kongregation und Hochschule handelt vornehmlich bei den Hochschulen, die nach der Apostolischen Konstitution „*Sapientia Christiana*“ leben, meist der Ortsbischof oder ein Ordensoberer als Großkanzler (*Magnus Cancellarius*).²²⁴

67

²¹⁸ Vgl. z.B. § 72 LHG BW, Art. 85 LHG Bay., § 123 Abs. 9 LHG Berlin, § 85 Abs. 9 LHG Bbg., § 113 Abs. 2 LHG Hmb., § 66 Abs. 2 LHG Nds., § 73 Abs. 7 LHG NRW, § 121 Abs. 1 LHG RP, § 90 Abs. 7 LHG Saarl., § 107 Abs. 7 SächsHSFG, § 79 LHG SH, § 106 Abs. 6 LHG LSA, § 124 Abs. 7 LHG Thür. *Pirson*, Fachhochschulen (o. Fn. 94), S. 23 f.; *de Wall*, Hochschulen (o. Fn. 102), Rn. 53–56. Aufsichtsbehördliche Entscheidungen unterliegen dem Rechtsschutz im Verwaltungsrechtsweg.

²¹⁹ Vgl. z.B. Art. 83 LHG Bay., § 123 Abs. 5 LHG Berlin, § 74 Abs. 2 S. 2 LHG NRW.

²²⁰ *Jochen Abraham Frowein*, Zur verfassungsrechtlichen Lage der Privatschulen unter besonderer Berücksichtigung der kirchlichen Schulen, 1979, S. 40, m. w. N.

²²¹ Vgl. für das Privatschulwesen *Norbert Niehues / Johannes Rux*, Schul-u. Prüfungsrecht, 4. Aufl., Bd. 1, 2006, Rn. 1006.

²²² Vgl. z. B. Art. 83 S. 2 LHG Bay.

²²³ Vgl. z. B. Art. 81 LHG Bay.; Theol. Fakultät Trier: Art. 44 Statuten.

²²⁴ *Maximilian Hommens*, Magnus Cancellarius einer Kirchlichen Hochschule, 1985; *Rhode / Rüfner*, Hochschulen (o. Fn. 1), S. 38 f.; *Schmitz*, Studien (o. Fn. 4), S. 134–139. Zur kirchlichen Aufsicht über die der Apostol. Konstitution *Ex Corde Ecclesiae* unterstellten Hochschuleinrichtungen in Deutschland vgl. § 13 PartN.

- 68 Als ein für viele evangelische Hochschulen charakteristisches Organ verknüpft das Kuratorium in unterschiedlicher Gewichtung Aufsichts- und Leitungsfunktionen.²²⁵
- 69 Die kirchliche Hochschulaufsicht²²⁶ umfasst meist die Genehmigung von Satzungen der Hochschule, die Bestätigung der Wahl der Hochschulleitung und die Beteiligung an Personalentscheidungen.

8. Staatliche Finanzhilfe

- 70 Der aus Art. 7 Abs. 4 GG abgeleitete Anspruch von Privatschulträgern²²⁷ auf Staatsbeihilfe gilt nicht im Hochschulbereich, hat aber bei Fortführung von früheren Höheren Fachschulen als Fachhochschulen deren Refinanzierung nahegelegt.²²⁸ In der Gewährleistung der Landesverfassungen für kirchliche Hochschulen²²⁹ werden staatliche Zuschüsse nicht erwähnt. Auch soweit in einigen Landesrechten ein Anspruch auf Staatsbeihilfe ausdrücklich verneint wird,²³⁰ bleiben freiwillige Leistungen unberührt. Zum Teil werden kirchliche Hochschulen in den Regelungen über die Förderung nichtstaatlicher Träger begünstigt.²³¹ Im Vertragskirchenrecht wird vorwiegend auf das

²²⁵ Vgl. z.B. §§ 7–10 KV Kirchl. Hochschule Wuppertal/Bethel (o. Fn. 19), Art. 3 Verf. Ev. Hochschule Berlin, § 3 Verf. Ev. Hochschule Dresden, § 3 Verf. Ev. Hochschule Hamburg, § 5 Kirchengesetz Ev. Hochschule Darmstadt, §§ 25–29 Kirchenvertrag FH Rheinland-Westfalen-Lippe; § 9 Statut Theol. Hochschule Oberursel. *Solte*, Hochschulen (o. Fn. 58), S. 36 f.

²²⁶ Näheres zum Inhalt bei *Heckel*, Fakultäten (o. Fn. 58), S. 363; *Pirson*, Fachhochschulen (o. Fn. 94), S. 24; *Rhode/Rüfner*, Hochschulen (o. Fn. 1), S. 36 f.; *Schmitz*, Studien (o. Fn. 4), S. 138; *Solte*, Fachhochschulen (o. Fn. 1), S. 474.

²²⁷ BVerfGE 75, 40; BVerwGE 23, 347; 27, 360; 79, 154. Zur Frage eines verf.-rechtl. Subventionierungsanspruchs freier Hochschulträger vgl. auch *Flämig*, Stiftungsuniversität (Fn. 155), S. 21 f.

²²⁸ § 81 LHG NRW; *Ennuschat*, in: Hochschulgesetz (o. Fn. 45), § 74, Rn. 54.

²²⁹ S. o. Fn. 99.

²³⁰ § 70 Abs. 8 LHG BW, Art. 84 Abs. 1 LHG Bay., § 81 Abs. 1 LHG Bbg., § 108 Abs. 1 LHG MV, § 76 Abs. 10 LHG SH, § 104 LHG LSA, § 122 Abs. 4 LHG Thür.

²³¹ Art. 84 Abs. 2 LHG Bay., § 124 Abs. 2 LHG Berlin, § 121 Abs. 2 LHG RP; *de Wall*, Hochschulen (o. Fn. 102), Rn. 50–52. Zur Personalkostenerstattung vgl. VG Berlin, KirchE 37, 314.

staatliche Recht verwiesen,²³² zum Teil aber auch eine nähere Bestimmung des Leistungsinhalts vorgenommen²³³.

Wegen des staatlichen Entlastungsinteresses wird in der Regel nur der Aufwand für das Lehrpersonal in Studiengängen des Sozial- und Gesundheitswesens bezuschusst, während theologische Studiengänge, Verwaltungskosten, Sachausstattung und Baumaßnahmen nicht oder in wesentlich geringerem Umfang gefördert werden. Für grundlegende Studiengänge (Theologie, Soziale Arbeit, Sozialpädagogik, Pflege, Religionspädagogik, Diakonie etc.) werden durchweg keine Studiengebühren erhoben. Für die Studierenden fallen insoweit nur Studienbeiträge (Sozialbeitrag, „AStA“-Beitrag, Semesterticket) an.

71

Kirchliche Fachhochschulen konnten durch Ausweitung der angewandten Forschung den Zufluss von Drittmitteln befördern.²³⁴ Auch die Erhebung von Entgelten für postgraduale Studiengänge ergänzt die Finanzierungsbasis.

72

9. Rechtsschutz

Prüfungsrechtliche Rechtsakte, die die kirchliche Hochschule aufgrund der hochschulrechtlichen Anerkennung erlässt, können als Verwaltungsakte sog. Beliehener im Verwaltungsrechtsweg angefochten werden.²³⁵

73

²³² § 11 Abs. 2 EvKV BW, Art. 4 Abs. 2 EvKV Bbg., Art. 5 Abs. 3 KathKV Bbg., Art. 4 Abs. 2 KathKV Bremen, Art. 6 Abs. 1 EvKV Hmb., Art. 6 Abs. 1 KathKV Hmb., Art. 5 Abs. 2 EvKV MV, Art. 5 Abs. 2 u. 3 KathKV MV.

²³³ Vgl. z.B. Art. 5 § 2 BayK für die Universität Eichstätt-Ingolstadt. Nordrhein-Westfalen: Finanzierungsvertrag für die Kath. Hochschule NRW vom 11. 10. 1972 i. d. F. vom 30. 10. 2009 auf der Grundlage von § 81 Abs. 2 u. 3 LHG NRW. Die Hochschule erhält die Zuschüsse des Landes zur Erfüllung ihrer Pflichten in den Fachbereichen Sozialwesen und Gesundheitswesen. Die Kosten im Fachbereich Theologie werden nicht aus Landesmitteln, sondern ausschließlich aus Mitteln der Bistümer finanziert. Im Vertragskirchenrecht des Freistaates Sachsen (o. Fn. 124) ist eine Vereinbarung hinsichtlich des Umfangs staatlicher Beteiligung an den Sach- und Personalkosten vorbehalten. Demnach ist dem Grunde nach eine Leistungspflicht des Staates bereits vertragsrechtlich anerkannt; *Brüggen*, Handbuch (o. Fn. 98), Rn. 1318.

²³⁴ Zur Beteiligung nichtstaatlicher Hochschulen an wettbewerblich orientierten Programmen in Forschung und Lehre vgl. *Wissenschaftsrat*, Hochschulen (o. Fn. 1), S. 123 f.

²³⁵ VG Neustadt, KirchE 15, 347; *Dirk Ehlers*, in: Friedrich Schoch / Jens-Peter Schneider / Wolfgang Bier (Hg.), *VwGO, Losebl., 25. Erg.-Lfg.* 2013, § 40, Rn. 477.

- 74 Gegen kirchliche Prüfungsentscheidungen sowie gegen Versagung oder Entzug kirchlicher Mandate (Vokation, Missio canonica), Atteste (Nihil obstat) und Grade, mögen letztere auch öffentlich-rechtlich anerkannt sein, ist der Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten nur gegeben, wenn dieser von der Kirche selbst eröffnet worden ist.²³⁶
- 75 Angesichts der Prävalenz öffentlich-rechtlicher Bezüge im nicht-staatlichen Hochschulwesen, die etwa in der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für den Streit über den Hochschulzugang²³⁷ und die Zulassung einzelner Lehrveranstaltungen²³⁸ hervortritt, erscheint es wenig sinnvoll, allein die Überprüfung des Ausschlusses von der Hochschule wegen des privatrechtlich strukturierten Schulvertrages dem Zivilgericht²³⁹ vorzubehalten.²⁴⁰

10. Zusammenarbeit von Hochschulen und Hochschulplanung

- 76 Die vom staatlichen und kirchlichen Recht gewünschte Kooperation der Hochschulen²⁴¹ wird im kanonischen Hochschulrecht auf der Grundlage einer Planungs- und Regelungszuständigkeit der Bischofskonferenz²⁴² entfaltet.

²³⁶ Zu kirchl. Prüfungsentscheidungen vgl. BayVGh, KirchE 2, 223; OVG Berlin, in: ZevKR 16 (1971), 297 = KirchE 11, 327; VG Ansbach, in: BayVBl. 1974, S. 120 = KirchE 21, 257; Lorenz, in: Hochschulrecht (o. Fn. 98), § 70 HRG, Rn. 69. Zu Versagung bzw. Entzug der Missio canonica vgl. VG Aachen, in: DÖV 1973, S. 682 = KirchE 12, 503; VG Münster, KirchE 16, 160.

²³⁷ Rechtsprechungsnachweise oben Fn. 211.

²³⁸ OVG Saarland, in: DÖV 1979, S. 104 = KirchE 17, 70 (Zulassung zu einer sog. Projektgruppe an einer kirchl. Fachhochschule des Sozialwesens).

²³⁹ So für den Ersatzschulbereich OLG Düsseldorf, KirchE 15, 414; Bay-VGH, in: NVwZ 1982, S. 562 = KirchE 19, 202. Den Zivilrechtsweg auch im kirchl. Fachhochschulwesen befürworten OVG Rheinland-Pfalz, KirchE 16, 271, und Pirson, Fachhochschulen (o. Fn. 94), S. 22 f.

²⁴⁰ Vgl. im übrigen zu staatskirchenrechtlichen Fragen des Rechtsschutzes Fabian Wittreck, → § 77, und Wolfgang Rüfner, → § 78.

²⁴¹ Vgl. aus dem staatl. Rechtskreis z.B. § 6 LHG BW, Art. 16, Art. 77 Abs. 2 LHG Bay., § 77 LHG NRW, § 103 Abs. 8 LHG RP; Wissenschaftsrat, Empfehlungen (o. Fn. 1), S. 63 f., 66; Wissenschaftsrat, Hochschulen (o. Fn. 1), S. 19, 29, 33, 67, 151; Wissenschaftsrat, Kriterien (o. Fn. 1), S. 19. Aus dem kanonischen Hochschulrecht Art. 64 SapChr, Art. 49 § 2 OrdSapChr, II Art. 7 § 1 ExCE, 12 PartN; Schmitz, Studien (o. Fn. 4), S. 129–131.

²⁴² Art. 4, 60 SapChr, Art. 5 OrdSapChr, 1 § 2 ExCE.

Die Zusammenarbeit betrifft u.a. die Durchführung von Lehramts- und anderen Kombinationsstudiengängen²⁴³ unter Einbeziehung theologischer Fächer, die Durchführung gemeinsamer Lehrveranstaltungen (z.B. in Grundlagenfächern) und die Erweiterung von Promotionsmöglichkeiten²⁴⁴. Eine besondere Form der Kooperation bietet das kanonische Hochschulrecht mit der Möglichkeit, durch Anbindung an eine römische Fakultät kanonischen Rechts an deren Promotionsrecht zu partizipieren.²⁴⁵ So können die Studierenden durch Vermittlung des hiesigen Instituts (alle oder einzelne) Grade der „Mutter“-Fakultät als ausländische Hochschulgrade²⁴⁶ erwerben. Veränderungen in Personallagen der Diözesen (Rückgang der Pries-

²⁴³ S. o. Fn. 177.

²⁴⁴ Für die kirchlichen Hochschulen mit Promotionsrecht stellt sich – ähnlich wie für die staatlichen theologischen Fakultäten – die Frage der Mitwirkung an nichttheologischen Studiengängen und Abschlüssen anderer Hochschulen und der Einführung nichttheologischer Studiengänge und Doktorgrade. Vgl. vornehmlich am Beispiel der evangelischen Theologie *Hans Michael Heinig / Hendrik Munsonius / Viola Vogel* (Hg.), *Organisationsrechtliche Fragen der Theologie – im Kontext moderner Religionsforschung*, 2013; *Claus Dieter Classen*, *Organisationsrechtliche Fragen der Theologie*, in: JZ 2014, S. 111–120.

Die Phil.-Theol. Hochschule St. Georgen Frankfurt a.M. verleiht als Theol. Fakultät aufgrund eines sechssemestrigen philosophischen Studiums den Grad Bachelor in Philosophie (B.A.).

Eine Ausgestaltung der Promotionsphase durch Kooperation zwischen Universität und Fachhochschule (z.B. gemeinsame Promotions- bzw. Graduiertenkollegs) liegt auch im Interesse des Hochschullehrernachwuchses an nicht promotionsberechtigten Hochschulen. § 2 Abs. 2 LHG MV, § 117 Abs. 6 LHG LSA; *Heribert Schmitz*, *Promotion von Fachhochschulabsolventen an den Kath.-Theol. Fakultäten der Universitäten in Bayern*, in: ders., *Neue Studien* (o. Fn. 1), S. 312–323.

Ob mit einem Grad auch kanonisch-rechtliche Wirkungen verbunden sind, erläutert das Diploma supplement, d.h. der Anhang der Promotionsurkunde; *Kultusministerkonferenz*, *Eckpunkte* (o. Fn. 1), Nr. 4 u. 6. Für den Zugang zu einer katholisch-theologischen Professur gilt weiterhin Nr. 8 *Akkommodationsdekret I* (o. Fn. 66).

²⁴⁵ S. oben Fn. 73–79.

²⁴⁶ Nach § 28 Abs. 1 u. 2 LHG Bbg., § 34a Abs. 1 u. 2 LHG Berlin, § 69 Abs. 2 u. 6 LHG NRW (i.V.m. § 1 Abs. 1 VO über die Führung von akademischen Graden i.d.F. vom 31.3.2008 [GVBl. S. 375]), § 53 Abs. 4 LHG Thür. können Inhaber von Doktorgraden, die von Päpstlichen Hochschulen in Rom verliehen und in einem wissenschaftlichen Promotionsverfahren erworben sind, anstelle der im Herkunftsland verliehenen Bezeichnung die Bezeichnung „Dr.“ ohne fachlichen Zusatz und ohne Herkunftsbezeichnung führen. Diese Regelung beruht auf Beschlüssen der Kultusministerkonferenz vom 14.4.2000, 21.9.2001 und 15.5.2008, die in Landesrecht umgesetzt worden sind; vgl. hierzu auch Art. 68 Abs. 4 LHG Bay., § 44 Abs. 3 SächsHSFG, § 19 Abs. 4 LHG LSA (Vorrang von Ländervereinbarungen).

terberufe, Erweiterung der Laiendienste) gaben Anlass, die Umwandlung einzelner Universitätsfakultäten in theologische Institute herbeizuführen.²⁴⁷ Schon wegen der betroffenen Studiengänge (etwa der Religionslehrerbildung) liegt eine Zusammenarbeit solcher Institute mit katholisch-theologischen Fakultäten nahe.

- 78 Für die kleinen Hochschulen in freikirchlicher bzw. freier Trägerschaft bietet die Kooperation mit anderen Hochschulen ein wesentliches Element zur Erfüllung gleichwertiger Standards in der theologischen Ausbildung.²⁴⁸
- 79 Die Kooperation wird vertraglich vereinbart. Sie ist nicht auf Einrichtungen in kirchlicher Trägerschaft beschränkt, sondern bezieht auch staatliche Hochschulen ein.²⁴⁹
- 80 Die nach staatlichem und kirchlichem Recht promotionsberechtigten kirchlichen Hochschulen sind Vollmitglieder des jeweiligen Fakultätentages.²⁵⁰ Größtenteils gehören die kirchlichen Hochschulen

²⁴⁷ Priesterausbildung ist als Aufgabe der kath.-theol. Fakultäten insbesondere im Vertragskirchenrecht vorgegeben; u. a. Art. IX BadK, Art. 4 § 1 BayK, Art. 12 KathKV Preußen, zuletzt Art. 2 Staatsvertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Freistaat Thüringen und zur Errichtung einer Kath.-Theol. Fakultät der Universität Erfurt vom 3. 12. 2002 (GVBl. Thür. S. 418). In Bayern wurde an den Universitäten Bamberg und Passau die Theologische Fakultät für „ruhend“ erklärt und als Institut für Katholische Theologie in eine andere Fakultät integriert. Zum hochschulrechtlichen Modus vgl. *Johann Störle*, Anmerkungen zum „Ruhen“ der Kath.-Theol. Fakultäten an den Universitäten Bamberg und Passau, in: BayVBl. 2007, S. 673–680.

²⁴⁸ *Wissenschaftsrat*, Kriterien (o. Fn. 1), S. 13, 19.

²⁴⁹ Vgl. für die Universität u. die Theol. Fakultät Trier o. Fn. 9, Der Fachbereich Katholische Theologie der Universität Frankfurt a. M., der nicht den kanonisch-rechtlichen Status einer Fakultät besitzt, ermöglicht aufgrund einer zuletzt im Dezember 2008 getroffenen Vereinbarung u. a. den Zugang zur Promotion an der Phil.-Theol. Hochschule St. Georgen Frankfurt a. M. Ein Kooperationsverhältnis besteht auch zwischen der Universität Koblenz-Landau und der Theol. Fakultät Vallendar (Kooperationsvertrag vom 4. 2. 1992, unv.). Von Dozenten der Theol. Fakultät Fulda wird der Lehrbetrieb des Kath.-Theol. Seminars der Universität Marburg, einer Einrichtung des Bistums Fulda in Verbindung mit dem Hessischen Wissenschaftsministerium, mitbesorgt; *Bernd Willmes*, Theologische Fakultät Fulda, in: *AmrhKG* 52 (2000), S. 616–619. Das Deutsche Institut für Sucht- und Präventionsforschung der Kath. Hochschule Nordrhein-Westfalen kooperiert mit der Kath. Stiftungsfachhochschule München.

Über die Zusammenarbeit zwischen der Universität Heidelberg u. der Hochschule für Jüdische Studien s. oben Fn. 38 u. 184.

²⁵⁰ Ordentliche Mitglieder des Kath.-Theol. Fakultätentages sind die Fakultäten bzw. Fachbereiche, die das staatliche und kirchliche Promotionsrecht zum Dr. theol. besitzen. Außerordentliche Mitglieder sind die Regionalverbünde, die Einrichtungen zur wissenschaftlichen Ausbildung von Religi-

auch der Hochschulrektorenkonferenz an.²⁵¹ Auf Fachhochschulebene sind sie in der Rektorenkonferenz kirchlicher Fachhochschulen zusammengeschlossen.

Die rechtliche Einwirkung der Religionsgemeinschaft auf die kirchliche Hochschule hat umgekehrt zur Folge, dass Lehrende und Lernende auf vielfältige Weise in kirchliche Einrichtungen und Aktivitäten eingebunden sind. Dies gilt beispielsweise für die Kooperation in praktischen Anteilen der verschiedenen Studiengänge, die Weiterbildung des kirchlichen Personals und für Forschungsvorhaben.²⁵²

81

onslehrern vertreten, die in andere universitäre Fachbereiche integriert sind und mit diesen den akademischen Grad Dr. phil. verleihen können. Der Ev.-theol. Fakultätentag ist die Vertretung der 19 Ev.-Theol. Fakultäten an deutschen Universitäten und der Kirchlichen Hochschulen Neuendettelsau, Oberursel und Wuppertal/Bethel. Vertreter der Einheiten an wissenschaftlichen Hochschulen, in denen Fächer der Evangelischen Theologie gelehrt werden, gehören zum Erweiterten Ev.-theol. Fakultätentag und haben Stimmrecht in Fragen der Lehramtsausbildung.

²⁵¹ Von den Hochschulen in der Trägerschaft der Kirchen/Religionsgemeinschaften gehören der Hochschulrektorenkonferenz an die Theologischen Fakultäten Fulda, Paderborn und Trier, die Phil.-Theol. Hochschule Frankfurt a.M., die Hochschule für Philosophie München, die Augustana-Hochschule Neuendettelsau, die Lutherische Theologische Hochschule Oberursel, die Kirchliche Hochschule Wuppertal/Bethel und die Hochschule für Jüdische Studien Heidelberg.

²⁵² Für bestimmte Forschungsvorhaben können Institute errichtet und als sog. An-Institute durch Vertrag mit der Hochschule verbunden werden. So ist das *Institut für Weltkirche und Mission (IWM)*, ein wissenschaftliches Institut der Deutschen Bischofskonferenz, der Phil.-Theol. Hochschule Sankt Georgen Frankfurt a.M. angegliedert. Vgl. auch *Elmar Güthoff*, Das An-Institut als Perspektive zur Institutionalisierung theologischer Disziplinen an staatlichen Hochschulen, in: *De Processibus Matrimonialibus (DPM)* Bd. 8/1 (2001), S. 139–166.

§ 48

Kirchliche Erwachsenenbildung und Akademien

Von Wolfgang Bock

I. Begriff und Bereiche der Erwachsenen- und der Weiterbildung	1–5
II. Umfang und Arten der kirchlichen Erwachsenenbildung	6–27
1. Geschichtliche Entwicklung	6–8
2. Ziele, Formen und Inhalte der kirchlichen Erwachsenenbildung	9–13
3. Organisationsformen, Trägerschaft und Zusammenarbeit der Einrichtungen kirchlicher Erwachsenenbildung	14–20
4. Die kirchlichen Akademien	21–26
5. Kirchliche Finanzierung	27
III. Staatliche Regelungskompetenzen und Normierungen	28–61
1. Verfassungs- und völkerrechtliche Normen	29–37
a) Legislative Kompetenzen	29–30
b) Grundrecht auf Bildung?	31–33
c) Recht auf Bildung nach Normen des internationalen Rechts	34–36
d) Grundrechtsschutz der Anbieter	37
2. Die europäische Dimension	38–40
3. Einfachgesetzliche Normen des Bundesrechts	41–47
4. Landesrechtliche Normen	48–61
a) Die Gesetzgebung der Länder in ihren übereinstimmenden Grundzügen	48
b) Entwicklungsphasen der Rechtsetzung im Überblick	49
c) Drei unterschiedliche Regelungsmodelle der Länder	50–54
d) Landesrechtliche Schwerpunkte der Jugend- und Erwachsenenbildung	55–59
e) Bewertung der rechtlichen Perspektiven	60–61

IV. Die staatliche Förderung kirchlicher Erwachsenenbildung	62–66
1. Voraussetzungen von Förderung und Finanzierung	63
2. Strukturen von Förderung und Finanzierung	64–66

I. Begriff und Bereiche der Erwachsenen- und der Weiterbildung

- 1 Bildung beinhaltet – folgt man der philosophischen Aufklärung seit *Kant* – den auf Freiheit beruhenden, an ihr orientierten, wesentlich selbstgesteuerten, umfassenden und allseitigen Erwerb geistiger, kultureller und physischer Fähigkeiten und Kenntnisse unter Einbeziehung von Selbst-, Gemeinschafts- und Weltbezügen. Bildung zielt in den beiden Bereichen der Natur und der menschlich geformten Kultur sowohl auf diesen Erwerb als auch auf eigenständige Bewertung anhand selbst zu findender, der Vernunft entsprechender Maßstäbe, also aufgrund der menschlichen Urteilskraft. *Wilhelm von Humboldt* formuliert 1792:

„Der wahre Zweck des Menschen – nicht der, welchen die wechselnde Neigung, sondern welchen die ewig unveränderliche Vernunft ihm vorschreibt – ist die höchste und proportionirlichste Bildung seiner Kräfte zu einem Ganzen. Zu dieser Bildung ist Freiheit die erste, und unerlassliche Bedingung. Allein außer der Freiheit erfordert die Entwicklung der menschlichen Kräfte noch etwas andres, obgleich mit der Freiheit eng verbundenes, Mannigfaltigkeit der Situation.“¹ „Die letzte Aufgabe unseres Daseyns: dem Begriff der Menschheit in unsrer Person sowohl während der Zeit unsres Lebens, als auch noch über dasselbe hinaus, durch die Spuren des lebendigen Wirkens, die wir zurücklassen, einen so großen Inhalt als möglich zu verschaffen, diese Aufgabe löst sich allein durch die Verknüpfung unsres Ichs mit der Welt zu der allgemeinsten, regesten und freiesten Wechselwirkung.“²

- 2 Soll Freiheit der Urteilsbildung ermöglicht werden, so bedarf es sowohl der umfassenden, nicht einseitig festgelegten Wahrnehmung empirischer Tatsachen und diesbezüglicher Informationen als auch der Beurteilung von Einschätzungen, Bewertungen und Perspektiven

¹ *Wilhelm von Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen (1792/1851), in: ders., Gesammelte Schriften, hg. von der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Bd. 1, 1903, S. 97–254 (106).

² *Wilhelm von Humboldt*, Theorie der Bildung des Menschen (1793), in: Gesammelte Schriften (o. Fn. 1), S. 282 (283). Zum Bildungsbegriff vgl. *Rudolf Lennert*, Stichwort Bildung, in: TRE, Bd. VI, 1980, S. 568–635 (Literatur); *Clemens Menze*, Bildung, in: StL⁷, Bd. 1, S. 783–786; *Wolfgang Hörner / Barbara Drinck / Solvejg Jobst*, Bildung, Erziehung, Sozialisation. Grundbegriffe der Erziehungswissenschaft, 2008.

inklusive der Bedingungen ihrer Hervorbringung. Doktrinäre Einseitigkeiten und überlieferte Vorurteile sind dabei nicht auszublenden, sondern im Sinne der Aufklärung in die Auseinandersetzung mit einzubringen, ohne dass die Ergebnisse der geistigen Tätigkeit im Vorhinein feststehen dürfen. An diesem universalen Maßstab sind Bildung, ihre Organisation und ihre Gehalte zu messen.

In der pädagogischen Diskussion über die politische Bildung ist dieser Maßstab mit dem 1976 von *Hans-Georg Wehling* formulierten „Beutelsbacher Konsens“ aufgenommen worden: (1) „Überwältigungsverbot“ (keine Indoktrination und keine Behinderung der Gewinnung eines selbständigen Urteils), (2) in Wissenschaft und Politik kontroverse Auffassungen sind auch im Unterricht so wiederzugeben, (3) es soll die Fähigkeit vermittelt werden, eine politische Lage und die eigenen Interessen so zu analysieren, dass man weiß, wie die Politik im Sinne der eigenen Interessen beeinflusst werden kann.³ Dieser Maßstab ist entsprechend auf die Erwachsenenbildung anzuwenden.

Die deutsche Bildungslandschaft gliedert sich in die regulären (primären) Ausbildungsgänge (allgemeine schulpflichtige Bildung, weiterführende Schulbildung inklusive dualer Ausbildung, Hochschulbildung) sowie in die nachträglichen (daher: sekundären), weiterführenden Bildungsmöglichkeiten. Letztgenannte erfassen unter der Bezeichnung „Weiterbildung“ die Bildung von Erwachsenen auf den Feldern der berufsbezogenen, der politischen und der allgemeinen Bildung, wohingegen der Begriff „Erwachsenenbildung“ in einem engeren Sinne nur die politische und die allgemeine Bildung beinhaltet. In einem weiteren Sinne umfasst Erwachsenenbildung die allgemeine, politische, berufliche und kulturelle Weiterbildung inklusive des Erwerbs von Schulabschlüssen sowie die Eltern- und Familienbildung.⁴ Teils wird auch nur zwischen beruflicher und allgemeiner Weiterbildung als Formen der Erwachsenenbildung unterschieden.⁵

³ *Hans-Georg Wehling*, Konsens à la Beutelsbach? Nachlese zu einem Expertengespräch, in: Das Konsensproblem in der politischen Bildung, hg. von Siegfried Schiele / Herbert Schneider, 1977, S. 179 f.; vgl. auch die Darstellung bei *Bernhard Sutor*, Politische Bildung im Streit um die ‚intellektuelle Gründung‘ der Bundesrepublik Deutschland, in: Aus Politik und Zeitgeschichte. Politische Bildung, B 45/2002.

⁴ *Ernst-Wilhelm Luthe*, Bildungsrecht, 2003, S. 379.

⁵ *Luthe*, ebd., S. 376 m. w. N.; vgl. auch *Peter Krug / Ekkehard Nuissl* (Hg.), Praxishandbuch Weiterbildungsrecht, Losebl., Stand: Juni 2013, Einleitung, 1.0, S. 3.

- 5 Berufsbezogene Weiterbildung bieten und organisieren einerseits die Wirtschaft in Form der betrieblichen Fortbildung und andererseits kommerzielle Träger sowie die Kammern als Ausprägungen der funktionalen Selbstverwaltung verschiedener Bereiche der Gesellschaft. Die Erwachsenenbildung im Übrigen wird von Volkshochschulen und sonstigen staatlichen Trägern (u. a. Bundeszentrale und Landeszentralen für politische Bildung), von nicht umfassend organisierten privaten Veranstaltungsträgern und kommerziellen Einrichtungen sowie insbesondere von kirchlichen Trägern, Berufsverbänden, Kammern und Gewerkschaften erbracht.⁶

II. Umfang und Arten der kirchlichen Erwachsenenbildung

1. Geschichtliche Entwicklung

- 6 Die beiden großen christlichen Kirchen wollen dem Evangelium und dem Glaubensbekenntnis – ihrem jeweiligen geistlichen Auftrag entsprechend – Wirksamkeit verleihen, indem sie in verschiedensten Formen in die Gesellschaft hineinwirken. Neben ihre im engeren Sinne kirchliche sowie neben die diakonische und missionarische Praxis tritt insbesondere seit dem Ende des 2. Weltkrieges ein verstärktes kulturelles, wissenschaftliches und bildungsbezogenes Wirken, das in den Kirchen aber schon seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts Wurzeln geschlagen hatte. In der Folge der Aufklärung entstehen in der Vormärzepoche des 19. Jahrhunderts Initiativen zur Förderung der Volksbildung, etwa ab 1860 zunehmend in Form von Bildungsvereinen. Zu nennen sind hier als Pioniere *Johann Hinrich Wichern*, *Ignaz Heinrich v. Wessenberg* und Bischof *Emmanuel von Ketteler* sowie als institutionelle Beispiele pars pro toto der Lette-Verein und der Kolpingverein.⁷
- 7 Evangelischerseits findet sich zunächst im 19. Jahrhundert eine Vielzahl bildungsbezogener Initiativen und Vereinigungen sowohl auf den Ebenen der Landeskirchen als auch der Gemeinden in Form von

⁶ Vgl. auch *Bernhard Losch*, Stichwort Erwachsenenbildung (staatlich), in: LKStKR, Bd. 1, 2. Aufl. 2000, S. 618 f.

⁷ Hinweise bei *Horst Dräger*, Historiographie und Geschichte der Erwachsenenbildung, in: Enzyklopädie der Erziehungswissenschaft, hg. von Dieter Lenzen, Bd. 11: Erwachsenenbildung, 1984, S. 76 (80 f.); erste beschreibende Ansätze schon bei *Friedrich Paulsen*, Das deutsche Bildungswesen in seiner geschichtlichen Entwicklung, 1906.

freien Werken. Wissenschaftlich sieht man sich im Rahmen der staatlichen Einrichtungen in der Regel gut repräsentiert. Bildungsvereine treten hinzu. In der Weimarer Republik werden erstmals evangelische Bildungswerke und Heimvolkshochschulen eingerichtet. Nicht zuletzt in Reaktion auf die Erfahrung des Nationalsozialismus werden nach 1945 in den evangelischen Landeskirchen und in der EKD die Evangelischen Akademien (1946–1954), die landeskirchlichen Organisationen für Erwachsenenbildung, der Evangelische Kirchentag und (als deren Ergänzung in den Bereich der Wissenschaft hinein) Forschungsinstitute errichtet. Dem folgt 1961 die Gründung der Deutschen Evangelischen Arbeitsgemeinschaft für Erwachsenenbildung (DEAE) e.V. als eines Verbandes mit der Zielsetzung eines (auch konzeptuellen) bildungspolitischen Wirkens auf Bundesebene.⁸

Katholischerseits entwickeln sich Formen der Erwachsenenbildung im 19. Jahrhundert zunächst im Rahmen der im Vormärz gegründeten katholischen Verbände – katholische Gesellenvereine (1846), katholische Arbeitervereine (1848) und Kolpingverein – und sodann auf der Grundlage des nach dem Kulturkampf konstituierten Volksvereins für das katholische Deutschland (1890–1933) sowie in weiteren Initiativen (z.B. Görres-Gesellschaft). Weitere Bildungseinrichtungen und Heimvolkshochschulen folgen in der Weimarer Republik. Ab 1951 werden – weitgehend parallel zu den Erwägungen auf evangelischer Seite – unter Beteiligung der Gemeinsamen Synode der Bistümer katholische Akademien eingerichtet. Verschiedene Träger von Aktivitäten auf dem Feld der Erwachsenenbildung haben sich bundesweit zur „Katholischen Erwachsenenbildung Deutschlands – Bundesarbeitsgemeinschaft e.V.“ – bis 2013: „Katholische Bundesarbeitsgemeinschaft für Erwachsenenbildung“ – (KBE) zusammengeschlossen.⁹

8

⁸ *Gerhard Strunk*, Stichwort Erwachsenenbildung, in: TRE, Bd. X, S. 175–181.

⁹ Zur Geschichte der katholischen Erwachsenenbildung: *Bernhard Nacke*, Stichwort Erwachsenenbildung (katholisch), in: LKStKR (o. Fn. 6), S. 622; *Margret Fell*, Mündig durch Bildung. Zur Geschichte katholischer Erwachsenenbildung in der Bundesrepublik Deutschland zwischen 1945 und 1975, 1983.

2. Ziele, Formen und Inhalte der kirchlichen Erwachsenenbildung

- 9 Neben Verkündigung, Seelsorge, Diakonie und Mission hat die kirchliche Erwachsenenbildung in den evangelischen Kirchen¹⁰ wie auch in der katholischen Kirche¹¹ den Rang einer zentralen Aufgabe. Die Kirchen betätigen sich im Bildungsbereich unter zwei Aspekten, nämlich unter dem der lebenslangen helfenden Begleitung von Christen und unter dem eines auf Orientierung zielenden, aber zugleich offenen Angebotes an alle Menschen. Beide großen christlichen Kirchen stellen ihre Arbeit in diesem Bereich unter für sie jeweils besondere, theologisch begründete Zielsetzungen. Die evangelischen Kirchen bezwecken – in Bindung an Schrift, Bekenntnis und ein christlich fundiertes Menschenbild – eine theologisch begründete und wissenschaftlich qualifizierte Erwachsenenbildung mit dem Ziel, berufliche und lebensbezogene, auf Sinn- und Wertfragen gerichtete, kritisches Bewusstsein und Verantwortung mit einschließende Weiterentwicklungen von Menschen zu ermöglichen.¹² Das Phänomen gesellschaftlicher Säkularisierung wird als Herausforderung angesehen. Die katholische Kirche will ebenfalls wertgebundene Lebens-, Orientierungs-, Verstehens-, Verständigungs- und Glaubenshilfen anbieten. Gegenüber beschleunigten gesellschaftlichen Umwälzungsprozessen und damit verbundenen Traditionsabbrüchen wird auf retardierende und korrigierende Perspektiven gesetzt, gegen Atomisierung und Vereinzelung werden Gemeinschaftsbildung und Solidaritätsförderung ins Feld geführt. Diese Schwerpunktsetzungen können sich angesichts wahrgenommener gesellschaftlicher und politischer Herausforderungen verschieben, da kirchliche Bildungsarbeit regelmäßig auf neue Entwicklungen reagiert.

¹⁰ Zur Erwachsenenbildung in evangelischer Perspektive: *Rat der EKD* (Hg.), *Erwachsenenbildung als Aufgabe der Evangelischen Kirche*. Grundsätze, 1983; *Kirchenamt der EKD* (Hg.), *Evangelisches Bildungsverständnis in einer sich wandelnden Arbeitsgesellschaft* (EKD-Texte Nr. 37), 1991; *Rat der EKD* (Hg.), *Orientierung in zunehmender Orientierungslosigkeit*. Evangelische Erwachsenenbildung in kirchlicher Trägerschaft, 1997.

¹¹ Zur Erwachsenenbildung in katholischer Perspektive: *Josef Sauer*, *Erwachsenenbildung und Gemeindekatechese als Aufgabe der Kirche*, 1981; *Norbert Lüdecke*, *Das Bildungswesen*, in: HKKR³, 2014, S. 989 (1008–1012).

¹² Ein Katechumenat für Erwachsene und eine alltags- und gesellschaftsbezogene Bildung sollen miteinander verbunden werden. So *Ernst-Ludwig Spitzner*, *Stichwort: Erwachsenenbildung* (evangelische Trägerschaft), in: *Enzyklopädie der Erziehungswissenschaft* (o. Fn. 7), 1984, S. 380 (382).

Von der kircheninternen, auch als pastoral qualifizierbaren Erwachsenenbildung ist organisatorisch wie auch aufgabenbezogen die offene, in Staat und Gesellschaft hineinwirkende Erwachsenenbildung zu unterscheiden. Beide Kirchen legen den tatsächlichen Schwerpunkt ihrer Praxis auf die offene Erwachsenenbildung. Aus kirchlicher Perspektive ist die kirchliche Dienst am Menschen und darüber hinaus zugleich weltliche Wahrnehmung und Teilnahme an einer gesamtgesellschaftlichen öffentlichen Aufgabe; so sind Kirchen auch Träger berufsbildender Schulen. **10**

Angesichts der verschiedenen, sich aus den genannten Zielsetzungen ergebenden Aufgabenstellungen konkretisieren beide Kirchen die Maßstäbe einer umfassenden Bildung samt den von ihnen geforderten kritischen Perspektiven auf individuelles, gesellschaftliches, staatliches und kirchliches Handeln je unterschiedlich. Das Gegen- und Miteinander einer christlichen und säkularen Perspektive kann dabei kontrapunktisch zu Spannungen, aber auch zu sinnvollen Synthesen führen. **11**

Die in den zwei Bereichen der kircheninternen und der offenen Erwachsenenbildung anfallenden Aufgaben gehören nach ihrem jeweiligen Schwerpunkt entweder der personalen, der sozialen und politischen oder der beruflichen Bildung an. Dementsprechend sind die Prinzipien und Methoden der Bildungsarbeit anzupassen. Diesbezügliche wissenschaftliche Erkenntnisse sind zu berücksichtigen. Die tatsächlichen inhaltlichen Schwerpunkte liegen in den drei Bereichen der Eltern- und Familienbildung, der theologischen und der politischen Bildung.¹³ Neben den schon unter dem Aspekt der Religionsfreiheit gerechtfertigten Bezug auf den jeweiligen kirchlichen Auftrag treten die allgemein anerkannten Methoden der Erwachsenenbildung. Das schließt die vorstehend umrissenen Elemente des Beutelsbacher Konsenses mit ein.¹⁴ **12**

Kirchliche Angebote müssen, sofern sie staatliche finanzielle Förderung in Anspruch nehmen sollen, zugleich den staatlich-rechtlichen Zielsetzungen für die Erwachsenenbildung entsprechen: Sie sollen einen individuellen bzw. gesellschaftlichen Nutzen erbringen, z. B. Förderung der Fähigkeiten und Möglichkeiten der Urteilsbildung oder der geistigen Auseinandersetzung, Hilfe bei der Bewältigung **13**

¹³ *Spitzner*, ebd., S. 381. Für eine Auflistung der Sachmaterien, der Veranstaltungs- und der Teilnehmerzahlen vgl. Deutsches Institut für Erwachsenenbildung/Leibniz-Zentrum für Lebenslanges Lernen/DEAE, Evangelische Erwachsenenbildung in der Bundesrepublik Deutschland 2012.

¹⁴ Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 3.

persönlicher und sachlicher Probleme, Impulse zur (Mit-)Gestaltung des demokratischen Gemeinwesens oder Bewältigung von Problemen und Anforderungen der Arbeitswelt.¹⁵

3. Organisationsformen, Trägerschaft und Zusammenarbeit der Einrichtungen kirchlicher Erwachsenenbildung

- 14** Regelmäßige organisatorische Grundtypen kirchlicher Erwachsenenbildung sind Heimvolkshochschulen, Familienbildungsstätten, Akademien, regionale Bildungszentren, Einrichtungen der Sozialbildung und institutionalisierte Angebote im Zusammenhang des Bildungsurlaubs. Zudem treten Verbundformen dieser vielfältigen Angebotstypen und Erbringungsarten auf. Nach der Dauer der angebotenen Veranstaltungen lassen sich die kirchlichen Einrichtungen der Erwachsenenbildung in Abend- und Tageseinrichtungen unterteilen, wobei der Angebotszeitraum bis hin zu mehrmonatigen Veranstaltungen in internatsförmigen Einrichtungen reicht. Darüber hinaus widmen sich Vereine, Werke und Verbände der Frauen- und Männerarbeit, der Industrie- und Sozialarbeit sowie weiteren spezifischen Aufgaben (so z.B. die Aktionsgemeinschaft Dienst für den Frieden).
- 15** Die Formen der kirchlichen Trägerschaft sind vielfältig: Teils sind die Landeskirchen oder Bistümer unmittelbare Träger, teils sind dies Kirchengemeinden oder – auch in mittelbarer Trägerschaft seitens kirchlicher Körperschaften – kirchliche Verbände, was bei regionalen Bildungszentren regelmäßig der Fall ist; teils werden Einrichtungen als unselbständige Anstalten oder als Sondervermögen geführt, so z.B. Angebote für berufliche Fortbildung und Weiterqualifizierung. Auf den kirchlichen Handlungsebenen (Gemeinden und deren Verbände, Landeskirchen und EKD bzw. Bistümer und Bischofssynode) sind rechtliche, finanzielle und fachliche Neustrukturierungen der Erwachsenenbildung möglich. Bislang bestehen Landesarbeitsgemeinschaften und landeskirchliche Bildungswerke. Darüber hinaus gibt es weitere Formen örtlicher, regionaler, überregionaler und internationaler Zusammenarbeit.
- 16** Kirchliche Einrichtungen der Erwachsenenbildung, die staatlich geförderte Bildungsaufgaben erfüllen, bedürfen regelmäßig einer

¹⁵ Luthé, Bildungsrecht (o. Fn. 4), S. 379; vgl. nur exemplarisch § 3 Abs. 1 Erwachsenenbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen oder § 2 Abs. 2 Erwachsenenbildungsgesetz Thüringen sowie nachfolgend unter III. 4. a.

zentralen Vertretung, da Bundes- und Landesgesetze die Existenz eines derartigen Ansprechpartners als Förderungsbedingung voraussetzen. Dieser Ansprechpartner muss rechtlich organisiert und finanziell rechenschaftsfähig sein. Die der Rechtsform nach eigenständig auftretenden zentralen Vereinigungen beruhen auf der Zusammenarbeit der sie tragenden Einrichtungen und unterliegen nach innen kirchlich-rechtlichen Bindungen; nach außen – nicht zuletzt auch auf der Ebene der Bundesländer – erfüllen sie Aufgaben der Koordination sowie der eigenständigen Vertretung.

Die große Mehrzahl der Werke, Einrichtungen und Verbände der Erwachsenenbildung im Bereich der EKD¹⁶ hat sich zur „Deutschen Evangelischen Arbeitsgemeinschaft für Erwachsenenbildung e.V.“ (DEAE) zusammengeschlossen. In der DEAE sammeln sich in Form zweier tragender Säulen erstens insgesamt 16 evangelische Landesorganisationen für Erwachsenenbildung und landeskirchliche Bildungswerke sowie zweitens 10 jeweils an besonderen Zwecken orientierte Träger evangelischer Erwachsenenbildung wie die Aktionsgemeinschaft Dienst für den Frieden (AGDF) e.V., die Diakonie Deutschland, die Evangelischen Akademien in Deutschland (EAD) e.V., der Verband der Evangelischen Studierendengemeinden in Deutschland (Bundes-ESG) und das Gemeinschaftswerk der Evangelischen Publizistik gGmbH (gep). Mehr als zwei Drittel dieser Einrichtungen haben die Form von Körperschaften des öffentlichen Rechts. Zu knapp einem Drittel sind sie in Form eingetragener Vereine verfasst, während andere Rechtsformen von geringer Bedeutung sind. Nicht beigetreten sind die einen eigenen kirchenrechtlichen Status wie einen gesonderten Status nach staatlichem Recht aufweisende Militärseelsorge, einige Einrichtungen der Frauenarbeit und ein Teil der Familienbildungsstätten. Die DEAE betreibt ein Informations- und Arbeitszentrum in Karlsruhe und ist u.a. Mitglied in kirchlichen, erwachsenenbildungs- und familienbezogenen und europäischen Vereinigungen.

17

Katholischerseits haben sich die Organisationen der Erwachsenenbildung auf Bundesebene in Form der Organisation „Katholische Erwachsenenbildung Deutschlands – Bundesarbeitsgemeinschaft e.V.“ (KEB) zusammengeschlossen.¹⁷

18

¹⁶ Insgesamt gab es 2012 461 Einrichtungen der Evangelischen Erwachsenenbildung, in denen etwa 50.000 Personen arbeiteten.

¹⁷ Bis zum 3.6.2013 noch unter der Bezeichnung „Katholische Bundesarbeitsgemeinschaft für Erwachsenenbildung“ (KBE). Der Verband ist Herausgeber der „Zeitschrift für Erwachsenenbildung. Vierteljahresschrift für Theo-

- 19 Die KEB fasst 10 Landesarbeitsgemeinschaften bzw. Bildungswerke, 6 Zusammenschlüsse katholischer Einrichtungen auf Bundesebene, 4 auf Bundesebene in der Erwachsenenbildung tätige katholische Verbände sowie 3 katholische Werke und Einrichtungen auf Bundesebene; daneben gibt es noch 5 katholische Organisationen als Mitglieder mit beratender Stimme. Die KEB ist ebenfalls Mitglied europäischer Dachverbände.
- 20 Teil der katholischen akademischen Erwachsenenbildung sind auch die von den Katholischen Hochschulen angebotenen Fernstudienkurse für Erwachsene.¹⁸ Sowohl die evangelischen Kirchen als auch die katholische Kirche betreiben als Voraussetzung wissenschaftlicher Bildung Begabtenförderung in Form von Begabtenförderungswerken.¹⁹ Die von den Religionsgemeinschaften eingerichteten und unterstützten Medien lassen sich in einem weiteren Sinne zum Bildungsbereich zählen.²⁰

4. Die kirchlichen Akademien

- 21 Als intellektuelle Foren besitzen die Evangelischen und Katholischen Akademien eine hohe kulturelle und politische Bedeutung in der deutschen Demokratie. Trotz gewisser Unterschiede in der Gründungsphase – die Evangelischen Akademien zielten auf ein verstärktes Laienengagement protestantischer Persönlichkeiten und auf die Verbindung evangelischer Berufsethik mit gesellschaftlicher Verantwortung, die Katholischen Akademien auf die Durchdringung aller Wissens- und Lebensbereiche von Glauben und Ethik her – einte sie doch die aus der Erfahrung des Nationalsozialismus abgeleitete Forderung nach der Übernahme von stärkerer Mitverantwortung durch

rie und Praxis“. Die Geschichte des Verbandes ist Gegenstand von Heft 3 des Jahrgangs 2007 („50 Jahre KBE“).

¹⁸ Das Land Rheinland-Pfalz stellt nunmehr derartige Angebote mit Präsenzkursen gleich; vgl. § 12 Nr. 1 Landesverordnung zur Durchführung des Weiterbildungsgesetzes RP v. 5.2.1996 (GVBl. S. 111) i. d. F. v. 11.1.2006 (GVBl. S. 24). Vgl. dazu auch *Manfred Baldus*, → § 47, und *Christian Waldhoff*, → § 46.

¹⁹ Evangelischerseits das Evangelische Studienwerk e.V. in Villigst; katholischerseits die Bischöfliche Studienförderung Cusanuswerk in Bonn und der Katholische Akademische Auslandsdienst als Stipendienwerk für Postgraduierte und Wissenschaftler aus Asien, Afrika, Lateinamerika und Ost- wie Südosteuropa.

²⁰ Vgl. dazu *Martin Morlok*, → § 35.

die christlichen Kirchen im öffentlich-politischen Raum der Demokratie und das Interesse an der neuen deutschen Rechtsstaat und Grundrechte vereinigenden, demokratischen Verfassung.²¹

Prinzipiell liegt der Bildungsarbeit der Evangelischen und Katholischen Akademien zu weiten Teilen ein übereinstimmendes Konzept zugrunde: Dem Verständnis als offenes Forum für die kritische Erörterung wesentlicher politischer, kultureller und individueller Fragestellungen entspricht die Form des „institutionalisierten Dialogs“, einer von Toleranz geprägten, für kontroverse Standpunkte offenen Diskussion, die unterschiedliche Sach- und Wissenschaftsorientierungen vor dem Hintergrund christlicher Glaubensperspektiven in ökumenischer Offenheit zusammenzuführen versucht.²²

Die Bildungsarbeit wird in der Regel in der Form mehrtägiger Tagungen mit sachkundigen und erfahrenen Referenten und unter Einsatz sehr vielfältiger Arbeitsweisen und Bildungsmethoden von hauptamtlichen Studienleitern organisiert – teils in Kooperation mit anderen Organisationen. Für die politische Geschichte Deutschlands grundlegende Richtungsentscheidungen sind auch von Akademie-Veranstaltungen ausgegangen (Ostdenkschrift der EKD, Anstöße im Rahmen der Ökologie- und Friedensbewegung seitens der westlichen Akademien; Förderung der Bewegungen für Menschenrechte, Demokratie und Umweltschutz in den Evangelischen Akademien der DDR).²³

Erwachsenenbildung in Form der Evangelischen und Katholischen Akademien ist organisatorisch dadurch gekennzeichnet, dass Akademien regelmäßig in der Trägerschaft einer oder mehrerer Landeskirchen bzw. Diözesen stehen. Die kirchlichen Akademien haben sich evangelischerseits in einem Dachverband mit Koordinationsfunktionen zusammengeschlossen (Evangelische Akademien in Deutschland EAD e.V.). Katholischerseits entspricht dem der „Leiterkreis der Katholischen Akademien in Deutschland“. Er versammelt alle von der katholischen Kirche als Akademien anerkannten Einrichtungen.

²¹ Vgl. *Fritz Erich Anhelm*, Stichwort Akademie, kirchliche (evangelisch), in: LKStKR (o. Fn. 6), S. 40–42; *Abraham Peter Kustermann*, Stichwort Akademie, kirchliche (katholisch), ebd., S. 42–44.

²² *Kustermann*, Stichwort Akademie (o. Fn. 21), S. 42 f.; umfassend: *Thomas Mittmann*, Kirchliche Akademien in der Bundesrepublik. Gesellschaftliche, politische und religiöse Selbstverortungen, 2011.

²³ *Anhelm*, Stichwort Akademie (o. Fn. 21), S. 41 f. mit Abriss der sich historisch entwickelnden Themenfelder.

25 Die kirchliche Trägerschaft führt – unabhängig von der Rechtsform – zum grundrechtlichen Schutz von Tätigkeit und Organisationsstrukturen durch die Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1, 2 GG) und die staatskirchenrechtlichen Gewährleistungen des Grundgesetzes (Art. 140 GG i.V.m. Art. 136, 137 Abs. 3 S. 1, Art. 138 Abs. 2 WRV).²⁴ Die organisationsrechtlichen Gestaltungen und die kirchliche Finanzierung im einzelnen unterliegen damit als Fragen der kirchlichen Selbstbestimmung der verfassungsrechtlich geschützten Selbstverwaltung der Religionsgesellschaften.²⁵ Dem staatlichen Recht unterfallen die Tätigkeiten der Akademien ebenso wie die sonstigen kirchlichen Aktivitäten der Erwachsenenbildung allerdings immer dann, wenn sie für ihre Angebote von den staatlicherseits allgemein im Bereich der Bildung angebotenen (zumeist finanziellen) Leistungen oder Vergünstigungen Gebrauch machen. In diesen Fällen sind jedoch zunächst die Normen des staatlichen Rechts in ihrer schrankensetzenden Wirkung auf die Vereinbarkeit mit den vorstehenden grundrechtlich geschützten Gewährleistungen zu befragen. In der Folge haben die kirchlichen Träger der Erwachsenenbildung in diesen Fällen die Rechtsnormen zu beachten, die auch für alle sonstigen Träger gelten, sofern sie als für alle geltende Gesetze anzusehen sind: als rechtliche Konsequenz der freien Entscheidung kirchlicher Rechtsträger zugunsten staatlicher Angebote an Träger der Erwachsenenbildung.

26 Große Evangelische Akademien mit einem im Vergleich beträchtlichen Personalkörper und/oder sehr weit gefächerten Programm sind insbesondere die Akademien in Loccum, Bad Boll und Tutzing. Auf katholischer Seite gilt das für die Akademien in München, Rottenburg und Berlin. Das studienleitende Personal der Akademien entstammt regelmäßig einer Vielzahl wissenschaftlicher Disziplinen und vereinigt idealiter in sich zugleich einen Querschnitt beruflich-praktischer Erfahrungen. Rechtlich gelten für das studienleitende Personal der Akademien die für die jeweilige Religionsgesellschaft spezifischen Loyalitätspflichten.

²⁴ *Stefan Mückl*, Freiheit kirchlichen Wirkens (§ 161), in: HStR³, Bd.VII, Rn. 21.

²⁵ Im Verfassungsrecht der Länder finden sich zudem besondere Garantien: Art. 17 Verf. NRW; Art. 37 Abs. 2 Verf. RP; Art. 26 Abs. 3 Verf. Saarl.; Art. 108 Abs. 2 Verf. Sachsen; Art. 30 Abs. 1 Verf. LSA; Art. 29 ThürVerf. Das Recht der Staatskirchenverträge enthält Gewährleistungen z.B. in Art. 11 und 12 EvKV BW sowie in Art. 7 Abs. 1 EvKV Berlin i.V.m. dem Schlussprotokoll zu Art. 7 Abs. 1 und zu Art. 16 (S. 1 Buchst. e).

5. Kirchliche Finanzierung

Die kirchliche Erwachsenenbildung wird teils kirchlich und teils (entsprechend den die Finanzierung betreffenden Bestimmungen der Landesgesetze zur Weiterbildung und Erwachsenenbildung) staatlich finanziert. Im Durchschnitt deckte die kirchliche Finanzierung im Jahr 2012 – ausgewiesen als „Eigenmittel der Träger“ – 32,9 % der Aufwendungen. Staatliche Zuwendungen trugen durchschnittlich 22,4 %, im Einzelfall höchstens bis zu 50 % des Gesamtaufwands.²⁶ Staatliche Zuwendungen erfassen den verwaltungsbezogenen Aufwand in nur geringem Maß. Eine weitere Ursache für den geringen Umfang der staatlichen Förderung liegt in der geringen Eigenbeteiligung von Teilnehmern der Erwachsenenbildung: Teilnahmebeiträge führen insofern in der Regel nur zu 30,5 % der Einnahmen für diese Veranstaltungen.

27

III. Staatliche Regelungskompetenzen und Normierungen

Das Recht der Weiterbildung ist keinem geschlossenen Korpus zu entnehmen; es setzt sich aus Normen verschiedener Ebenen (europäisches und internationales Recht, Recht des Bundes und der Länder) zusammen.²⁷ Sofern dieses Recht die kirchliche Erwachsenenbildung und die kirchlichen Akademien betrifft, ist es Teil des staatlichen Religionsrechts und steht insofern auch unter der Ausstrahlungswirkung der im Religionsverfassungsrecht enthaltenen Freiheiten und Gewährleistungen. Insgesamt reflektiert die Gesamtheit dieser Rechtsnormen die politische, sachliche und kulturelle Bedeutung des pluralen Systems der öffentlichen Weiterbildung unter Beteiligung kirchlicher Träger: Ziel sind die Freiheit der Urteilsbildung des Menschen als Individuum und die zu verantwortende Freiheit der

28

²⁶ Diese wie die nachfolgenden statistischen Angaben aus: Deutsches Institut für Erwachsenenbildung / Leibniz-Zentrum für Lebenslanges Lernen / DEAE, Evangelische Erwachsenenbildung (o. Fn. 13).

²⁷ Vgl. *Hans-Peter Füssel*, Recht der Weiterbildung – Recht auf Weiterbildung, in: *Lernzeiten. Für ein Recht auf Weiterbildung*, hg. von Peter Faulstich, 2002, S. 31–46; *Anke Grotlüschen / Erik Habertzeth / Peter Krug*, Rechtliche Grundlagen der Weiterbildung, in: *Handbuch der Erwachsenenbildung / Weiterbildung*, hg. von Rudolf Tippelt / Aiga von Hippel, 3. Aufl. 2009, S. 347 (347 f.). Der jeweils aktuelle Stand der dieses Gebiet erfassenden Gesetze findet sich in *Krug / Nuissl* (Hg.), *WeiterbildungsRecht* (o. Fn. 5).

menschlichen Gestaltung der Geschichte. Das sind auch Koordinaten einer der Freiheit verpflichteten religiösen Kultur.

1. Verfassungs- und völkerrechtliche Normen

a) Legislative Kompetenzen

29 Die allgemeine Weiterbildung und die Erwachsenenbildung unterfallen als Teil der Bildungspolitik der Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer (Art. 70 GG).

30 Dagegen stehen dem Bund berufspolitische Regelungskompetenzen nur in Form der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 72 GG) für Maßnahmen der beruflichen Fortbildung und Umschulung auf den folgenden, in Art. 74 GG bezeichneten Gebieten zu: öffentliche Fürsorge (Nr. 7), Maßnahmen der Wiedergutmachung (Nr. 9)²⁸, Recht der Wirtschaft – unter Einschluss berufsregelnder Gesetze, berufsbildprägender Normen, Regelungen von Berufszugangsvoraussetzungen und der Berufsausübung, von Gesetzen über die praktische berufliche Bildung²⁹ sowie über den Fernunterricht³⁰ – (Nr. 11)³¹, Arbeitsrecht³² – unter Einschluss des Bildungsurlaubs³³, des Jugendschutzes³⁴ und der Arbeitsförderung³⁵ – (Nr. 12), Regelung der Ausbildungshilfen – im Sinne einer individuellen Förderung von Personen³⁶

²⁸ Vgl. dazu *Stefan Oeter*, in: Hermann von Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Bd. II, Art. 74, Rn. 68 f.

²⁹ Dazu im einzelnen BVerfGE 55, 274 (309); vgl. auch *Ingo Richter*, Öffentliche Verantwortung für die berufliche Bildung, 1970.

³⁰ Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht (Fernunterrichtsschutzgesetz) v. 24. 8. 1976 (BGBl. I S. 2525) – unter dem Aspekt der Kompetenz zur Regelung des Gewerbes.

³¹ Vgl. dazu *Oeter*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 28), Art. 74, Rn. 93 ff., 97, 100 (subsidiärer Auffangtatbestand zu anderen Kompetenzteilen).

³² Vgl. dazu *Oeter*, ebd., Art. 74, Rn. 124–129.

³³ BVerfGE 77, 308 (329).

³⁴ Gesetz zum Schutz der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz) v. 12. 4. 1976 (BGBl. I S. 965).

³⁵ Arbeitsförderungsgesetz v. 25. 6. 1969 (BGBl. I S. 582).

³⁶ Bundesgesetz über die individuelle Förderung der Ausbildung (Bundesausbildungsförderungsgesetz) v. 26. 8. 1971 (BGBl. I S. 1409) i. d. F. v. 6. 6. 1983 (BGBl. I S. 645, 1680).

– (Nr. 13)³⁷ und Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen und zum Heilgewerbe – samt entsprechenden Regelungen der Berufsausübung – (Nr. 19)³⁸. Der Bund hat von der ihm in Art. 86, 87 GG eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht, Gesetze über die Berufsbildung, die im Regelfall als Bundesgesetze von den Landesbehörden ausgeführt werden, durch Behörden der unmittelbaren und mittelbaren Bundesverwaltung ausführen zu lassen. So ist für die Ausführung des Arbeitsförderungsgesetzes die Bundesagentur für Arbeit als sozialer Versicherungsträger i. S. v. Art. 87 Abs. 2 GG mit bundesweiter Zuständigkeit zuständig.

b) Grundrecht auf Bildung?

Ein Grundrecht auf Bildung, zum Beispiel in Form einer grundrechtsbasierten Förderungspflicht des Staates, ist dem Grundgesetz – z. B. Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3, Art. 7 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip – nicht zu entnehmen. Zwar sehen einzelne Stimmen aus Wissenschaft und Rechtsprechung „Elemente“ eines derartigen Grundrechts in Art. 2 Abs. 1 GG³⁹: Diese gewährleisten die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlichen Sozialisationsbedingungen, die Entfaltung der individuellen Persönlichkeit im Bildungsprozess, den (bei Erfüllung legitimer Zugangsvoraussetzungen) gleichen Zugang zu allen Bildungseinrichtungen sowie ein auf Mitbestimmung abzielendes Beteiligungsrecht.⁴⁰ Die überwiegende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung⁴¹ verneint aber

31

³⁷ Vgl. dazu *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 28), Art. 74, Rn. 132 m. w. N. in Fn. 626.

³⁸ Vgl. dazu *Oeter*, ebd., Art. 74, Rn. 171–173.

³⁹ Z. B. Jörg *Ennuschat*, Grundrecht auf lebenslanges Lernen? – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für das lebenslange Lernen, in: RdJB 2005, S. 193 (196).

⁴⁰ Ingo *Richter*, in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (AK-GG), 3. Aufl., hg. von Erhard Denninger/Wolfgang Hoffmann-Riem/Hans-Peter Schneider/Ekkehart Stein, 2001, Art. 7, Rn. 38 ff.; *ders.*, Recht im Bildungssystem. Eine Einführung, 2006, S. 62 (64). Für die Gewinnung von Elementen eines Grundrechts auf Bildung aus einer Zusammenschau von Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip sowie dem Gleichheitssatz *Hans D. Jarass*, in: *ders.*/Bodo Pieroth (Hg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 2, Rn. 31, Art. 12, Rn. 93; *Peter J. Tettinger*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz – Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 12, Rn. 329; überblicksartig *Ennuschat*, Grundrecht (o. Fn. 39), S. 197 ff.

⁴¹ Zwar Tendenzen zu einem Grundrecht auf Bildung aus der staatlichen Schutzpflicht für die Persönlichkeit des Kindes: BVerfGE 34, 165 (200); 58,

die Existenz eines Grundrechts auf Bildung, weil weder der leistungs- noch der teilhaberechtliche Gehalt eines derartigen Rechts hinreichend genau zu bestimmen sind.⁴²

32 Grundrechte ohne konkret durchsetzbare sachliche Berechtigung können keinen rechtserheblichen Anspruch verbürgen. Dieser Mangel lässt das für Grundrechte zentrale Element des rechtlichen Schutzes eines (besonders gewährleisteten) Rechtsgutes entfallen. Insbesondere lässt sich aus der dem Staat nach Art. 2 Abs. 1 GG obliegenden Schutzpflicht für die Persönlichkeitsentfaltung des Kindes kein Anspruch des Kindes gegenüber dem Staat auf Erziehung und Bildung entsprechend seinen Begabungen und Möglichkeiten ableiten.⁴³

33 Sofern Landesverfassungen allgemein ein Recht auf Bildung⁴⁴ oder ein Recht auf Erwachsenenbildung⁴⁵ kennen – ebenso einige Landesschulgesetze⁴⁶ –, ändert dies nicht die dem Grundgesetz eigene Rechtslage.

185 (203); 58, 257 (273 f.); 59, 360 (376, 382); 75, 40 (62), aber kein allgemeines Recht auf Bildung aus Art. 2 Abs. 1 GG: BVerfGE 59, 172 (20 f.); krit. auch die Autoren der folgenden Fußnote.

⁴² Rolf Gröschner, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz – Kommentar, Bd. I, 2. Aufl., Art. 7, Rn. 65 f. m. w. N.; Peter Badura, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz – Kommentar, Losebl., Art. 7, Stand: 2006, Rn. 5; Max-Emanuel Geis, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Karl Heinrich Friauf / Wolfram Höfling, Losebl., Art. 7, Stand: 2004, Rn. 41; Thomas Oppermann, Gutachten C, in: 51. DJT, Bd. I, 1976, S. C 88; Ingo Richter, Referat M, ebd., Bd. II, 1976, S. M 12 f.; Markus Heintzen, Erziehung, Wissenschaft, Kultur, Sport (§ 218), in: HStR¹, Bd. IX, Rn. 28; Matthias Jestaedt, Schule und außerschulische Erziehung (§ 156), in: HStR³, Bd. VII, Rn. 92, S. 586.

⁴³ Jestaedt, ebd.

⁴⁴ Art. 11 Abs. 2 Verf. BW; Art. 29 Abs. 1 Verf. Bbg.; Art. 20 Abs. 1 S. 1 Verf. Berlin; Art. 27 Abs. 1 Verf. Bremen; Art. 4 Abs. 1 NdsVerf.; Art. 102 Abs. 1 Verf. Sachsen; Art. 25 Abs. 1 Verf. LSA; Art. 20 S. 1 ThürVerf.

⁴⁵ Ein objektives Recht auf Erwachsenenbildung normieren Art. 22 Verf. BW; Art. 139 BayVerf.; Art. 33 Verf. Bbg.; Art. 35 Verf. Bremen; Art. 16 Abs. 4 Verf. MV; Art. 17 Verf. NRW; Art. 37 Verf. RP; Art. 32 Verf. Saarl.; Art. 108 Verf. Sachsen; Art. 30 Verf. LSA; Art. 9 Abs. 2 Verf. SH; Art. 29 ThürVerf. Subjektive Rechte finden sich in Art. 33 Abs. 2 (Freistellung zur Weiterbildung), Art. 48 Abs. 2 S. 2 (berufliche Weiterbildung mangels Nachweises einer angemessenen Arbeitsgelegenheit) Verf. Bbg.; Art. 8 S. 1 Verf. MV (freier Zugang zu Bildungseinrichtungen nach Begabung).

⁴⁶ So z. B. § 2 Berliner Schulgesetz, Brandenburg, Hessen, Bremen, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen.

c) Recht auf Bildung nach Normen des internationalen Rechts

Wenn europäische Rechtsnormen sowie völkerrechtliche Vereinbarungen ein Recht auf (Aus-)Bildung und Erziehung proklamieren, führt das nicht zu einer Änderung der Rechtslage unter dem Grundgesetz: Regelmäßig haben diese Normen weder gleichen Rechtsrang wie das Grundgesetz noch entfalten sie per se eine innerstaatliche, das Grundgesetz überspielende Rechtswirkung. Allerdings können die Gerichte die europäischen Rechtsnormen im Rahmen der Auslegung deutschen Rechts als die europäische Verfassungsordnung prägende Werte mit berücksichtigen. 34

Art. 14 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-GRC) erkennt ein „Recht auf Bildung sowie auf Zugang zur beruflichen Aus- und Weiterbildung“ an, um dies dann zu konkretisieren, es umfasse „die Möglichkeit, unentgeltlich am Pflichtunterricht teilzunehmen“.⁴⁷ Angesichts des Anwendungsvorranges der EU-GRC sind die Vorschriften des Grundgesetzes auch insofern europarechtsfreundlich und (soweit möglich) europarechtskonform zu interpretieren.⁴⁸ 35

Art. 2 S. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK von 1952 garantiert ein Recht auf Bildung. Ebenso gewährleisten völkervertragsrechtliche Normen wie Art. 26 Abs. 1 S. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, Art. 6 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 S. 1 des UN-Sozialpakts⁴⁹ und Art. 28 Abs. 1 S. 1 der UN-Kinderkonvention von 1989 ein objektivrechtlich gestaltetes Recht auf Bildung – in Verpflichtung der Unterzeichnerstaaten –, ohne dass dem subjektive und damit einklagbare Rechte der Bürger entsprechen.⁵⁰ Art. 2 des Übereinkommens Nr. 140 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 36

⁴⁷ Vgl. dazu *Christine Langenfeld*, in: EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, hg. von Rainer Grote / Thilo Marauhn, 2. Aufl. 2013, Kap. 23, Rn. 29.

⁴⁸ *Armin Hatje*, in EU-Kommentar, hg. von Jürgen Schwarze u. a., 3. Aufl. 2012, Art. 4 EUV, Rn. 50 m. w. N.

⁴⁹ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. 12. 1966 (BGBl. 1973 II S. 1569).

⁵⁰ Im Sinne eines Abwehrrechts und eines Rechts auf Teilhabe an vorhandenen Bildungsangeboten: *Christine Langenfeld*, Recht auf Bildung in der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: RdJB 2007, S. 412 (415, 418).

24.6.1974 verpflichtet Deutschland zu einer politischen Förderung der Gewährung bezahlten Bildungsurlaubs.⁵¹

d) Grundrechtsschutz der Anbieter

37 Kirchliche Träger der Erwachsenenbildung sind im Rahmen ihrer institutionellen Eigenständigkeit nach Art. 19 Abs. 3 GG durch die Grundrechte der Berufs- und Gewerbefreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) – als Gewerbetreiber, aber auch als gemeinnützige Akteure⁵² – sowie subsidiär durch das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) geschützt. Religionsgemeinschaften und ihre institutionalisierten Träger der Erwachsenenbildung genießen zudem den Schutz der religionsgemeinschaftlichen Selbstbestimmung (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1, Art. 138 Abs. 2 WRV).⁵³ Die gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten des Europarechts, nämlich die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) ergänzen diesen Befund. Allerdings gewährt der abwehrrechtliche Gehalt der letztgenannten Grundfreiheiten keinen Schutz vor staatlicher Konkurrenz: Damit unterliegt zwar die Errichtung staatlicher Einrichtungen der Erwachsenenbildung keinen Einschränkungen unter dem Aspekt der Konkurrenz⁵⁴, wohl aber ergibt sich eine derartige Einschränkung aus Art. 4 und aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV sowie aus den Freundschaftsklauseln der Staatsverträge. Dem Staat ist es verwehrt, aus eigenem Recht als Anbieter religionsspezifischer Leistungen aufzutreten. Der grundrechtliche Schutz der Erwachsenenbildung führt per se nicht zu finanziellen Ansprüchen auf staatliche Förderung. Allerdings ergeben sich mögliche abgeleitete Ansprüche auf finanzielle Förderung aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf gesetzliche Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) im Fall der Existenz eines staatlichen Gesetzes, durch das Förderungsmittel bereitgestellt werden.

⁵¹ Vgl. zu den vorstehenden Normen auch im einzelnen *Klaus Stern / Michael Sachs / Johannes Dietlein*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV: Die einzelnen Grundrechte, 2. Hbd., 2011, § 116 IX.1 u. 2, S. 573–580 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁵² *Josef Isensee*, Die karitative Bestätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat, in: HSKR², Bd. II, S. 665 (707 f.).

⁵³ *Axel v. Campenhausen*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 28), 4. Aufl. 2001, Art. 140/137 WRV, Rn. 75.

⁵⁴ Vgl. für die Konkurrenz zwischen öffentlichen Schulen und Privatschulen BVerfGE 37, 314 (319); weiter auch: BVerwGE 39, 329 (336); 71, 183 (193).

2. Die europäische Dimension

Für den Bildungsbereich erlassene verbindliche Rechtsakte der EU dürfen keine Harmonisierung des nationalen Rechts beinhalten (Art. 2 Abs. 5 Satz 2 EUV). Eine „qualitativ hoch stehende Bildung“ soll durch die Förderung der Zusammenarbeit unter den EU-Mitgliedern weiterentwickelt werden; die EU darf die Tätigkeit der Mitgliedstaaten im Bereich des Bildungssystems nur erforderlichenfalls unterstützen und ergänzen (Art. 165 Abs. 1 AEUV). Die EU darf in Form einer Anerkennung von Diplomen und Studienzeiten aktiv werden (Art. 165 Abs. 2 AEUV). Die berufliche Bildung regelt Art. 166 AEUV: Die Union darf Maßnahmen der Mitgliedstaaten unterstützen und ergänzen (Abs. 1) und verfolgt nach Abs. 2 mit ihrer Tätigkeit u. a. das Ziel einer „Verbesserung der beruflichen Erstausbildung und Weiterbildung zur Erleichterung der beruflichen Eingliederung und Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt“. Die vor diesem Hintergrund erlassenen Anerkennungsrichtlinien für berufliche Befähigungen und der damit entstandene Europäische Qualifikationsrahmen (verabschiedet 2008 durch den Europäischen Rat und das Europäische Parlament) werden mit gutem Grund kontrovers beurteilt; das ist angesichts der für die EU festgeschriebenen Zurückhaltungspflicht im Bildungsbereich nicht überraschend.⁵⁵

Durch die Vergabe von Fördermitteln für Bildung, Kultur und Forschung kann die Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten im Sinne der unionseigenen Unterstützungsziele beeinflussen. Diese Mittel werden im Rahmen von Programmen der Gemeinschaft – diese beschlossen im Gesetzgebungsverfahren durch qualifizierte Mehrheit im Rat und unter Mitentscheidung des Parlaments – angeboten und ausgebracht. Seit 2006 ist das Förderprogramm für Lebenslanges Lernen (1720/2006/EG) ein zentrales Mittel europäischer Bildungspolitik. Neben Schulen und Hochschulen gewidmeten Programmen sind als bereichsspezifisch besonders zu nennen das auf die berufliche Aus- und Weiterbildung bezogene Programm „Leonardo da Vinci“ sowie das auf die Erwachsenenbildung bezogene Programm „Grundtvig“. Die europäische Zusammenarbeit und entsprechende europäische Verbünde haben seit der Verabschiedung des Grundtvig-Programms im Jahr 2007 erheblich an Bedeutung gewonnen.

⁵⁵ Hans-Peter Füßel, Mobilität und Anerkennung von Abschlüssen in Europa, in: RdJB 53 (2005), S. 186–192.

- 40 Mit der Methode der offenen Koordinierung hat die EU eine neue Form der Steuerung entwickelt: Der Europäische Rat formuliert als Selbstverpflichtung bestimmte Ziele, um an Hand dieser Ziele Indikatoren festzulegen, deren Realisierung in der Folge für jeden einzelnen Nationalstaat in der Form eines Monitoring von der Europäischen Kommission überprüft wird. Diese Ergebnisse beurteilen sodann Rat und Kommission, um Empfehlungen auszusprechen. Ohne dass Sanktionen verhängt werden, bemüht sich jedes Land, die gesetzten Ziele zu erreichen. Der Leistungsvergleich führt zu einem öffentlichen Wettbewerb.⁵⁶ Diese Effektivität der im Ergebnis rechtlich-politischen Durchsetzung unterläuft – so die berechtigte Kritik – im Bereich der Bildungspolitik das Subsidiaritätsprinzip.⁵⁷

3. Einfachgesetzliche Normen des Bundesrechts

- 41 Von den zahlreichen einfachgesetzlichen bundesrechtlichen Normen über Weiterbildung und berufliche Fortbildung werden im nachfolgenden nur zentrale Regelungen angeführt, nicht aber randständige Normierungen der Teilnahme an Weiterbildungsveranstaltungen.
- 42 Gleichsam eine Mantelregelung enthält § 3 Abs. 2 des Sozialgesetzbuchs (SGB) I⁵⁸ mit einem Recht auf individuelle Förderung der beruflichen Weiterbildung, das allerdings nur die Ansprüche verbürgt, die in den besonderen Teilen des SGB enthalten sind (§ 2 Abs. 1 SGB I). Ansprüche auf Weiterbildung – dieser Begriff umfasst hier Fortbildung und Umschulung – ergeben sich aus dem 3. Kapitel („Aktive Arbeitsförderung“) in §§ 81 ff. SGB III⁵⁹ in Form von seitens der Bundesagentur für Arbeit zu erbringenden Ermessensleistungen; sie dienen auch der Wiedereingliederung von Erwerbslosen in den

⁵⁶ Vgl. dazu auch *Thomas Oppermann / Claus Dieter Claasen / Martin Nettesheim*, *Europarecht*, 7. Aufl. 2016, § 9, Rn. 134 f., § 34, Rn. 25; *Michael W. Bauer / Ralf Knöll*, Die Methode der offenen Koordinierung: Zukunft europäischer Politikgestaltung oder schleichende Zentralisierung?, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 01–02/2003, S. 33–38; *Grotlüschen / Haberzeth / Krug*, *Rechtliche Grundlagen* (o. Fn. 27), S. 351; *Nada Bodiroga-Vukobrat / Gerald G. Sander / Sania Baric* (Hg.), *Offene Methode der Koordinierung in der Europäischen Union*, 2010 mit zahlreichen Nachweisen der ausgedehnten Diskussion.

⁵⁷ Zur Kritik seitens der Bundesländer und des Bundesrates *Grotlüschen / Haberzeth / Krug*, *Rechtliche Grundlagen* (o. Fn. 27), S. 351 m. w. N.

⁵⁸ SGB I v. 11.12.1975 (BGBl. I S. 3015) i. d. F. v. 23.11.2012 (BGBl. I S. 2246).

⁵⁹ SGB III v. 24.3.1997 (BGBl. I S. 594) i. d. F. v. 20.4.2013 (BGBl. I S. 831).

Arbeitsmarkt. Parallel gestalten sich Ansprüche auf Fortbildung zwecks beruflicher Reintegration von Behinderten (§§ 97 ff. SGB III). Darüber hinaus regelt das SGB III die berufliche Fortbildung unter den Aspekten des Aufstiegs, der Anpassung, der Umschulung und spezieller Einarbeitungssituationen. Weitere Förderungsmaßnahmen enthalten SGB VII (Gesetzliche Unfallversicherung) und SGB IX (Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen). § 26 Bundesversorgungsgesetz gewährt Beschädigten einen Rechtsanspruch auf Hilfen zur Erlangung, Wiedererlangung und Besserung ihrer beruflichen Leistungsfähigkeit.

Das Berufsbildungsgesetz (BBiG) enthält Bestimmungen über die Ordnung, die Durchführung und die Zuständigkeiten für die berufliche Fortbildung und Umschulung.⁶⁰ Dabei normieren §§ 53–63 die berufliche Fortbildung und Umschulung, wobei § 47 BBiG staatlichen Stellen nach Fortbildungs- und Umschulungsmaßnahmen Prüfungsermächtigungen einräumt. **43**

§ 1 Bundesgesetz über die individuelle Förderung der Ausbildung (BAföG)⁶¹ gewährt einen Anspruch auf notwendige Mittel für Ausbildung und Lebensunterhalt, sofern diese nicht zur Verfügung stehen; das gilt auch für Weiterbildungsschritte über eine abgeschlossene Ausbildung hinaus, sofern diese für die Aufnahme eines angestrebten Berufes erforderlich sind (für die konkreten Voraussetzungen vgl. § 7 BAföG). §§ 74–80, 81–87 SGB III regeln die individuelle und die institutionelle Förderung von Maßnahmen der Berufsausbildung und der beruflichen Weiterbildung durch die Bundesagentur für Arbeit. **44**

Das Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetz (AFBG) soll eine auf den beruflichen Aufstieg abzielende Fortbildung altersunabhängig und in Form finanzieller Unterstützung der Berechtigten ermöglichen.⁶² Voraussetzung ist eine abgeschlossene berufliche Erstausbildung. Einerseits muss der durch die geförderte Maßnahme angestrebte Abschluss dem beruflichen Aufstieg dienen können, andererseits muss der Abschluss selbst Mindestkriterien erfüllen. Die finanzielle Förderung erfolgt in einer Mischung aus Darlehen und Zuschuss. **45**

§ 37 Abs. 6 und 7 Betriebsverfassungsgesetz geben Betriebsratsmitgliedern und Vertrauensleuten einen Freistellungsanspruch hin- **46**

⁶⁰ BBiG v. 23. 3. 2005 (BGBl. I S. 931) i. d. F.v. 31. 8. 2015 (BGBl. I S. 1474).

⁶¹ BAföG i. d. Neufassung v. 7. 12. 2010 (BGBl. I S. 1952, BGBl. 2012 I S. 197) i. d. F.v. 23. 12. 2014 (BGBl. I S. 2475).

⁶² AFBG v. 23. 4. 1996 i. d. F.v. 15. 6. 2016 (BGBl. I S. 1450).

sichtlich des Besuchs von Bildungsveranstaltungen, unter die auch Maßnahmen der Erwachsenenbildung fallen.⁶³

- 47 Ein Teil der allgemeinen Weiterbildung ist auch die außerschulische Jugendbildung nach den §§ 11–13 SGB VIII, die selbst wiederum mit den Regelungen des Kinder- und Jugendhilfegesetzes zur Jugendarbeit und Jugendsozialarbeit eng verbunden ist und in der Sache Jugendhilfeträger zu umfassenden Angeboten verpflichtet.⁶⁴ Auch wenn Länder kein eigenes Jugendbildungsgesetz erlassen haben, ergeben sich für sie aus dem SGB VIII vielfältige Pflichten.⁶⁵

4. Landesrechtliche Normen

a) Die Gesetzgebung der Länder in ihren übereinstimmenden Grundzügen

- 48 Aufgrund ihrer grundgesetzlichen Kompetenz zur rechtlichen Ordnung der Erwachsenenbildung haben (mit Ausnahme von Berlin und Hamburg) alle Bundesländer umfassende Landesgesetze über die Weiter- und die Erwachsenenbildung⁶⁶ – teils zusätzlich gegrün-

⁶³ Vgl. zu diesbezüglichen Gerichtsentscheidungen *Günter Schaub / Ulrich Koch / Rolf Wank*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 14. Aufl. 2014, Betriebsverfassungsgesetz, § 37, Rn. 20 ff. m. w. N.

⁶⁴ Vgl. z.B. als eigene Jugendbildungsgesetze der Länder: Jugendbildungsgesetz Baden-Württemberg v. 8.7.1996, Hessisches Jugendbildungsförderungsgesetz v. 16.12.1997.

⁶⁵ Je nach der Natur der spezifischen Bildungsangebote können auch die Bestimmungen des Fernunterrichtsschutzgesetzes einschlägig sein, die Rechte und Pflichten von Teilnehmern und Anbietern des Fernunterrichts regeln.

⁶⁶ Baden-Württemberg: Gesetz zur Förderung der Weiterbildung und des Bibliothekswesens i. d. F.v. 20.3.1980 (GBl. S. 249), zuletzt geändert am 1.7.2004 (GBl. S. 469); Bayern: Gesetz zur Förderung der Erwachsenenbildung v. 24.7.1974 (GVBl. S. 368), zuletzt geändert am 16.2.2012 (GVBl. S. 39); Brandenburg: Gesetz zur Regelung und Förderung der Weiterbildung v. 15.12.1993 (GVBl. I S. 498), zuletzt geändert am 25.1.2016 (GVBl. I S. 15); Bremen: Gesetz über die Weiterbildung im Lande Bremen v. 18.6.1996 (GBl. S. 127), zuletzt geändert am 13.12.2011 (GBl. S. 24); Hessen: Gesetz zur Förderung der Weiterbildung und des lebensbegleitenden Lernens v. 25.8.2001 (GVBl. I S. 370), zuletzt geändert am 27.9.2012 (GVBl. I S. 299); Mecklenburg-Vorpommern: Gesetz zur Förderung der Weiterbildung v. 20.5.2011 (GVBl. S. 342); Niedersachsen: Erwachsenenbildungsgesetz v. 17.12.1999 (GVBl. S. 430), zuletzt geändert am 23.11.2004 (GVBl. S. 508); Nordrhein-Westfalen: Gesetz zur Ordnung und Förderung der Weiterbildung i. d. F.v. 14.4.2000 (GVBl. S. 390), zuletzt geändert am 15.2.2005 (GVBl. S. 102); Rheinland-Pfalz: Weiterbildungsgesetz v. 17.11.1995 (GVBl. S. 454), zuletzt

det auf entsprechende Normen der Landesverfassungen – sowie (ausgenommen Baden-Württemberg, Bayern, Sachsen und Thüringen) Bildungsurlaubsgesetze⁶⁷ erlassen. Diese Gesetze sehen in der Weiterbildung und/oder der Erwachsenenbildung einen Teil des allgemeinen öffentlichen Bildungswesens. Ziel und Inhalt dieser Bildungsformen sind danach – in teils unterschiedlicher Bewertung – die Entwicklung der individuellen Anlagen, die Entfaltung der beruflichen Fähigkeiten, die Bewältigung persönlicher Lebenslagen und die Befähigung zum mitverantwortlichen Handeln in der Gesellschaft. Alle Landesgesetze gehen davon aus, dass eine Pluralität von Bildungsträgern, darunter auch nichtstaatliche, freie Träger von beispielsweise konfessioneller, betrieblicher und gewerkschaftlicher Art in diesen Bildungsformen tätig sein dürfen. Ein zentraler Rechtsgrundsatz aller Weiterbildungsgesetze liegt in der Sicherung einer institutionellen Grundstruktur der Weiterbildung durch öffentliche Förderung. Sie regeln in verschiedenen Formen die Förderung einer organisatorisch relativ unabhängigen Weiterbildung durch staatliche wie nichtstaatliche Träger und Einrichtungen, die Kooperation und

geändert am 16.12.2002 (GVBl. S. 481); Saarland: Weiterbildungsgesetz v. 10.2.2010 (ABl. I S. 1077), zuletzt geändert am 15.6.2011 (ABl. I S. 236); Sachsen: Gesetz über die Weiterbildung v. 29.6.1998 (GVBl. S. 270), zuletzt geändert am 27.1.2012 (GVBl. S. 556); Sachsen-Anhalt: Gesetz zur Förderung der Erwachsenenbildung v. 25.5.1992 (GVBl. S. 379), zuletzt geändert am 18.11.2005 (GVBl. S. 698); Schleswig-Holstein: Weiterbildungsgesetz i. d. F.v. 6.3.2012 (GVBl. S. 282); Thüringen: Erwachsenenbildungsgesetz v. 18.11.2010 (GVBl. S. 328).

⁶⁷ Berliner Bildungsurlaubsgesetz v. 24.10.1990 (GVBl. S. 2209), zuletzt geändert am 17.5.1999 (GVBl. S. 178); Brandenburg regelt den Bildungsurlaub im Weiterbildungsgesetz; Bremisches Bildungsurlaubsgesetz v. 18.12.1974 (GBl. S. 348), zuletzt geändert am 23.3.2010 (GBl. S. 269, 298); Hamburgisches Bildungsurlaubsgesetz v. 21.1.1974 (GVBl. S. 6), zuletzt geändert am 15.12.2009 (GVBl. S. 444); Hessisches Gesetz über den Anspruch auf Bildungsurlaub i. d. F.v. 28.7.1998 (GVBl. I S. 294), zuletzt geändert am 13.12.2012 (GVBl. I S. 622); Bildungsfreistellungsgesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern v. 7.5.2001 (GVBl. S. 112), zuletzt geändert am 19.12.2005 (GVBl. S. 612); Niedersachsen: Gesetz über den Bildungsurlaub für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen i. d. F.v. 25.1.1991 (GVBl. S. 29), zuletzt geändert am 17.12.1999 (GVBl. S. 430); Nordrhein-Westfalen: Gesetz zur Freistellung von Arbeitnehmern zum Zwecke der beruflichen und politischen Weiterbildung v. 6.11.1984 (GVBl. S. 678), zuletzt geändert am 8.12.2009 (GVBl. S. 752); Rheinland-Pfalz: Gesetz über die Freistellung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern für Zwecke der Weiterbildung i. d. F.v. 30.3.1993 (GVBl. S. 157), zuletzt geändert am 19.12.2012 (GVBl. S. 410); Saarland: Bildungsfreistellungsgesetz v. 10.2.2010 (ABl. I S. 28); Sachsen-Anhalt: Gesetz zur Freistellung von der Arbeit für Maßnahmen der Weiterbildung v. 4.3.1998 (GVBl. S. 92), zuletzt geändert am 28.11.2005 (GVBl. S. 698).

Koordination von Trägern der Weiterbildung sowie die Qualifikation ihrer Mitarbeiter. Grundsätzlich findet sich dabei auch eine Subsidiarität staatlicher Angebote. Die Offenheit des Zugangs für Personen und Personengruppen wird jeweils durch die Veröffentlichung der Bildungsangebote gesichert.⁶⁸ Subjektiv-rechtliche Leistungsrechte auf Weiterbildung gewähren diese landesrechtlichen Normen nicht; sie formen aber objektiv-rechtliche Pflichten des Staates im Weiterbildungsbereich aus.

b) Entwicklungsphasen der Rechtsetzung im Überblick

- 49** Die rechtliche Ordnung der Erwachsenenbildung – primär in Form der Landesgesetzgebung und sekundär in Form der europarechtlichen Einflüsse – lässt sich zeitlich in fünf Phasen unterteilen⁶⁹: Während in der ersten Phase (1946–1953) die kommunalen Volkshochschulen in das öffentliche Schulwesen eingegliedert werden sollen, erkennt in der zweiten Phase (1953–1960) Nordrhein-Westfalen schon gruppenorientierte Bildungseinrichtungen als gleichrangig neben den kommunalen Volkshochschulen an (Gesetz über die Zuschußgewährung an Volkshochschulen und entsprechende Volksbildungseinrichtungen vom 10. 3. 1953). In der dritten Phase (1960–1970) setzt sich die Einsicht durch, dass in der Erwachsenenbildung notwendig ein Bildungspluralismus vorherrscht (so zuerst das niedersächsische Gesetz zur Förderung der Erwachsenenbildung vom 13. 1. 1970 und anschließend das saarländische Gesetz zur Förderung der Erwachsenenbildung vom 8. 4. 1970), sodass Gemeinden und Gemeindeverbände nicht zur Errichtung kommunaler Volkshochschulen verpflichtet sind, während einige Länder weiter diese Grundstruktur voraussetzen. Die vierte Phase (1970–1995) systematisiert die vorangehende Entwicklung dahingehend, dass die Erwachsenen- und Weiterbildung auf der Grundlage eines Bildungspluralismus als Teil des allgemeinen, öffentlichen Bildungswesens entwickelt und mit staatlichen Mitteln gefördert werden soll (Gesetze zur Erwachsenen- und Weiterbildung in Bremen, Hessen, Bayern, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz). In der fünften Phase (1995–2016) gewinnt als neues

⁶⁸ LAG Düsseldorf, in: NZA 1995, S. 995.

⁶⁹ Für die ersten vier Phasen vgl. *Dietrich Kreikemeier*, Zwischenbilanz der bildungspolitischen Diskussion in der Erwachsenenbildung, in: Bilanz der Erwachsenenbildungsgesetze, Loccumer Protokolle 10/1973, 1974, S. 29–34.

Element die europäische Rechtsdimension an Gewicht und es werden neue Techniken und Medien stärker berücksichtigt.

c) Drei unterschiedliche Regelungsmodelle der Länder

Die Mehrzahl der Bundesländer realisiert *Förderungsmodelle* auf der Grundlage freiwilliger Angebotserbringung und der Zusammenarbeit seitens staatlicher und nichtstaatlicher Träger und Einrichtungen. Davon unterscheidet sich der in einigen Bundesländern anzutreffende, auf eine sicherzustellende Grundversorgung zielende Regelungstyp des *Pflichtmodells*, das staatliche und kommunale Angebotsträger stärker als die freien Träger in das Zentrum stellt und eine kommunale Pflichtträgerschaft mit einem Pflichtangebot vorsieht. Das Pflichtmodell greift in das verfassungsrechtlich gewährleistete Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden und Kreise ein, indem es ihnen nicht völlig freistellt, wie sie die auf die Erwachsenenbildung bezogenen Selbstverwaltungsaufgaben in Reaktion auf die jeweils bestehenden örtlichen Besonderheiten erfüllen. Einige Länder verwenden Elemente aus beiden Modellen. Je stärker in Form eines *Kooperationsmodells* auf die Zusammenarbeit mit anderen Bildungsträgern – regelmäßig mittels des kooperativen Managements – abgestellt wird, desto weniger greift eine Regelung in die Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung und das ihr entsprechende kommunale Leistungermessen ein.⁷⁰

- Die in *Baden-Württemberg*, *Bayern*, in *Niedersachsen* und im *Saarland* geltenden Gesetze zur Erwachsenenbildung⁷¹ stellen die *Förderung* der plural organisierten und als solcher zugrundegelegten Erwachsenenbildung in den Mittelpunkt, ohne dabei Unterschiede zwischen staatlichen, kommunalen oder freien Trägern zu machen. *Niedersachsen* und *Saarland* zahlen Zuschüsse in einer Mindesthöhe; *Bayern* stellt nur wenige Anerkennungsvoraussetzungen, normiert jedoch strengere Voraussetzungen für die Förderung.
- Dagegen enthalten die in *Nordrhein-Westfalen*, *Hessen* (Volks-*hochschulgesetz*), *Mecklenburg-Vorpommern* und in *Brandenburg* geltenden gesetzlichen Bestimmungen neben der staatlichen För-

⁷⁰ Vgl. dazu im Einzelnen *Bernhard Losch*, Erwachsenenbildung und Akademien (§ 58), in: HSKR², Bd. II, S. 639 (656).

⁷¹ Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 66.

derungspflicht eine *Pflicht* der Kommunen, Weiterbildungseinrichtungen zu tragen und bestimmte Koordinationsaufgaben wahrzunehmen. *Nordrhein-Westfalen* verlangt die Erbringung eines bestimmten, besonders geförderten kommunalen Mindestangebots.

- 53 – Zwischen diesen beiden Grundmodellen stehen landesgesetzliche Regelungen mit dem Ziel der Erbringung eines bestimmten Mindestangebots unter kommunaler Leitung im Wege der Kooperation (*Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt* und *Thüringen*): In Zusammenwirken mit anerkannten Bildungsträgern sollen die Kommunen ein dem Bedarf gerecht werdendes Grundangebot bzw. eine Grundversorgung bereitstellen.⁷² Das Weiterbildungsgesetz des Landes *Brandenburg* statuiert, dass das Mindestangebot im Wege der Zusammenarbeit zu erbringen ist; eine Verordnung legt eine Mindeststundenzahl fest.
- 54 – Die neuere Gesetzgebung der Länder enthält vereinzelt weitere Elemente. So regelt *Bayern* die Ausstellung von Zertifikaten. Das 2014 in Nordrhein-Westfalen verabschiedete Gesetz enthält erstmals die Beschreibung von besonders für die Kirchen wesentlichen Bildungszwecken (§ 11 Abs. 2).

d) Landesrechtliche Schwerpunkte der Jugend- und Erwachsenenbildung

- 55 Grundsätzlich richtet sich die *Jugendbildung* nach ähnlichen Grundsätzen wie die Erwachsenenbildung, wobei in den Landesgesetzen die Befähigung zur Teilnahme an der Selbstverwaltung und zur Wahrnehmung staatsbürgerlicher Pflichten im Vordergrund stehen. Träger von Jugendarbeit können neben den Jugendämtern als öffentlichen Trägern private Träger wie z.B. Jugendmusikschulen oder Jugendverbände sein, die jeweils der Anerkennung als Bildungsträger bedürfen.⁷³
- 56 Überwiegend gewähren die Bildungsurlaubsgesetze der Länder Arbeitnehmern als *Bildungsurlaub* einen 5-tägigen Anspruch⁷⁴ auf

⁷² Vgl. zu dem damit angestrebten bedarfsgerechten Mindestangebot Losch, *Erwachsenenbildung* (o. Fn. 70), S. 655.

⁷³ Zu den Förderungsvoraussetzungen und -grundsätzen im Einzelnen vgl. z.B. §§ 6–8, 10–14 Jugendbildungsgesetz Baden-Württemberg; § 7 Hessisches Jugendbildungsförderungsgesetz.

⁷⁴ § 3 Abs. 1 Arbeitnehmerweiterbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen: bis zu 10 Tage für 2 Jahre zusammen.

bezahlte Freistellung von der Arbeit⁷⁵ zum Zweck der beruflichen und politischen Weiterbildung sowie der Schulung zur Wahrnehmung eines Ehrenamts⁷⁶; teils erfolgt das unter Akzentuierung des allgemeinen Bildungsgedankens⁷⁷ und ohne Übernahme der Weiterbildungskosten durch den Arbeitgeber. Aus Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen können sich Ansprüche auf bezahlte Freistellung für die Dauer des Bildungsurlaubs ergeben, die weitere Ansprüche auf Bildungsurlaub ausschließen.⁷⁸

Bildungsurlaub setzt eine als bildungsurlaubsfähig anerkannte Bildungsveranstaltung voraus. Die Anerkennung erfolgt auf Antrag des Veranstalters durch staatliche oder nichtstaatliche, damit beauftragte Stellen. Im Fall eines Erstantrags wird ein 2-stufiges Verfahren durchgeführt (Prüfung der allgemeinen Leistungsfähigkeit des Antragstellers einerseits und der Eignung der einzelnen Bildungsmaßnahme andererseits); ansonsten – nicht zuletzt bei bereits erfolgreich tätigen Veranstaltern im jeweiligen Bundesland – kommt es im vereinfachten Verfahren nur noch zur Prüfung der Bildungsmaßnahme. Die Anerkennung gilt in der Regel nur im jeweiligen Bundesland und ergeht immer als Verwaltungsakt.⁷⁹ Bei Ablehnung richten sich Widerspruch und Klage gegen die staatliche bzw. die beauftragte Stelle.⁸⁰

Die Anerkennung als Bildungsveranstaltung ist im einzelnen von folgenden Voraussetzungen abhängig: Geeignetheit gemäß den gesetzlichen Zielen (Vorlage des Programms samt den Lernzielen), Offenstehen für alle Interessenten, vorherige Veröffentlichung des Programms und Eignung des Trägers. Teils schließen Landesgesetze

⁷⁵ Das fortzuzahlende Entgelt bestimmt sich nach dem Lohnausfallprinzip oder nach der Urlaubsvergütung (§§ 11, 12 Bundesurlaubsgesetz).

⁷⁶ § 1 Abs. 2 Hamburgisches Bildungsurlaubsgesetz; § 1 Abs. 2 Hessisches Gesetz über den Anspruch auf Bildungsurlaub; § 1 Niedersächsisches Gesetz über den Bildungsurlaub für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen; § 1 Abs. 2 Arbeitnehmerweiterbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen.

⁷⁷ So etwa das Erwachsenenbildungsgesetz Niedersachsen; anders §§ 1, 15 Hamburgisches Bildungsurlaubsgesetz und §§ 1, 11 Hessisches Gesetz über den Anspruch auf Bildungsurlaub. Keine Regelung des Bildungsurlaubs dagegen in Baden-Württemberg, Bayern, Sachsen, Thüringen und Mecklenburg-Vorpommern.

⁷⁸ § 2 Abs. 1 Niedersächsisches Gesetz über den Bildungsurlaub für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen; ähnlich: § 4 Arbeitnehmerweiterbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen.

⁷⁹ Hat bereits ein anderes Bundesland eine Anerkennung ausgesprochen, so ist ein vereinfachtes Verfahren die Regel.

⁸⁰ *Luthe*, Bildungsrecht (o. Fn. 4), S. 384 m. w. N.

allgemeinbildende Veranstaltungen von der bezahlten Freistellung aus, teils beziehen sie diese mit ein.⁸¹ Ausschlusskriterien sind dagegen:

- die Abhängigmachung des Veranstaltungsbesuchs von einer Mitgliedschaft in Partei, Gewerkschaft oder Religionsgemeinschaft,
- die Vermittlung parteipolitischer oder rein betrieblicher Inhalte sowie
- Erholung, Unterhaltung oder Fragen persönlicher Lebensbewältigung als Hauptzweck.⁸²

- 59 Die Inanspruchnahme von Bildungsurlaub hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber unter Beilage der Anmeldebestätigung mitzuteilen. Nach Beendigung der Bildungsveranstaltung muss der Veranstalter dem Teilnehmer eine Teilnahmebescheinigung ausstellen (Voraussetzung der Lohnfortzahlung).

e) Bewertung der rechtlichen Perspektiven

- 60 Die Freiheit der kommunalen Selbstverwaltung und wie auch die der religionsbezogenen Selbstbestimmung ermöglichen in ihrem Zusammenwirken eine vielfältige Landschaft der Erwachsenenbildung. Diese wird rechtlich am besten geschützt, wenn die plurale Organisation der Erwachsenenbildung – das Nebeneinander von freien und staatlichen Trägern – respektiert und durch Förderung unterstützt wird. Dabei kann die Kooperation der Träger eine Verbesserung und Vervollständigung der Angebote bewirken.

- 61 Pflichtmodelle bergen die Gefahr, durch Programmplanung oder sogar infolge der Verengung geforderter Angebote die Vielfalt von Möglichkeiten der Erwachsenenbildung einzuschränken. Zwar stehen rechtliche Schranken in Form der gemeindlichen Selbstverwaltung zunächst einer kommunalen Pflichtenstellung entgegen⁸³; der

⁸¹ Eine vielfältige Rechtsprechung setzt die jeweiligen beruflichen Aufgaben und den Inhalt der Bildungsmaßnahme zueinander in Bezug.

⁸² § 11 Abs. 2 Hessisches Gesetz über den Anspruch auf Bildungsurlaub; § 11 Abs. 2 Niedersächsisches Gesetz über den Bildungsurlaub für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen; § 9 Abs. 2 Arbeitnehmerweiterbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen.

⁸³ *Bernhard Losch*, Kommunale Kompetenzprobleme. Staatlicher Einfluss und Dirigismus am Beispiel der Weiterbildung, in: *VerwArch* 1987, S. 145–160.

verfassungsrechtlich gebotene finanzielle Ausgleich des Landes macht aber den in der kommunalen Bildungsverpflichtung liegenden Eingriff in die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 GG) verfassungsrechtlich zulässig.⁸⁴ Der offene Wettbewerb unter verschiedenen Anbietern kann auf eine qualitative Verbesserung bestehender Bildungsangebote hinwirken.

IV. Die staatliche Förderung kirchlicher Erwachsenenbildung

Angesichts der vorstehend umrissenen Vielfalt des Rechts der Erwachsenenbildung bzw. der Weiterbildung ergibt sich das die jeweiligen (kirchlichen) Angebote bestimmende Recht sowohl aus dem Rechtsstatus des Anbieters und – in der rechtlichen Ausgestaltung des Einzelfalls – aus dem von Anbieter und Nutzer angewendeten Recht. Die staatliche Seite besitzt hinsichtlich der Voraussetzungen von Förderung und Finanzierung Einwirkungsrechte; diese ergeben sich aus den Erwachsenenbildungsgesetzen der Länder. Sie machen die staatliche Förderung der Erwachsenenbildung – unabhängig von der organisatorischen Orientierung des Anbieters – von der Einhaltung allgemeiner rechtlicher Maßstäbe abhängig.

62

1. Voraussetzungen von Förderung und Finanzierung

Grundsätzlich sind fünf Kriterien einzuhalten: (1) Allgemeinzugänglichkeit des Bildungsangebots, (2) Leistungsfähigkeit des Anbieters (u. a. Kontinuität, Qualität und Planmäßigkeit der Bildungsangebote⁸⁵; Qualifikation des Personals; Themenvielfalt), (3) eine gewisse, auf die Erfüllung der Bildungsaufgaben bezogene Unabhängigkeit des Trägers gegenüber kirchlichen, politischen oder wirtschaftlichen Organisationen, (4) auf Finanzierung und Arbeitsprogramme bezogene Offenlegungspflichten und (5) fehlende Gewinnerzielungsabsicht.⁸⁶ Dienen dagegen Bildungseinrichtungen oder Bildungsver-

63

⁸⁴ Vgl. BVerwG, in: NVwZ 1987, 789.

⁸⁵ Die Durchführungsverordnungen der Weiterbildungsgesetze der Länder machen zunehmend ein vorhandenes Qualitätsmanagement zur Voraussetzung einer Anerkennung als Einrichtung der Weiterbildung; vgl. z.B. § 1 Nr. 6 Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Weiterbildung im Lande Bremen v. 19. 12. 2011 (GBl. S. 491).

⁸⁶ So *Luthe*, Bildungsrecht (o. Fn. 4), S. 379 f. Fraglich erscheint die von *Luthe* (a. a. O., S. 380) vorgenommene rein ökonomische Betrachtung des

anstaltungen einzig wirtschaftlichen, parteipolitischen oder religiösen Sonderinteressen, so steht dies sowohl der finanziellen Förderung als auch der für die Gewährung von Bildungsurlaub erforderlichen Anerkennung von Bildungsmaßnahmen entgegen.⁸⁷ Einrichtungen und Maßnahmen der Weiterbildung müssen immer einen gleichsam überschießenden möglichen Beitrag zur individuellen oder gesellschaftlichen Bildung und Entwicklung beinhalten.⁸⁸

2. Strukturen von Förderung und Finanzierung

- 64** Die Förderung darf sich sowohl an den für die Weiterbildung charakteristischen Kostenstrukturen (Personalkosten, Dozentenhonorare) als auch an den Kosten für besondere Leistungen (Modellvorhaben, Behebung von bereichsspezifischer Unterversorgung, Förderungswürdigkeit besonderer themen- oder gruppenbezogener Angebote) orientieren. Eine Überprüfung der Förderungsverwendung durch die Landesrechnungshöfe wie auch Evaluationen können zusätzlich Transparenz erzeugen (§§ 10, 12 Nds. Erwachsenenbildungsgesetz).
- 65** Die Förderung erfolgt in zwei Verwaltungsakten, zunächst durch Anerkennung der generellen Berechtigung zur Finanzhilfe und sodann durch Mittelzuweisung im Einzelfall. Detaillierte Regelungen der Landesgesetze lassen insofern für Ermessensentscheidungen keinen Raum.⁸⁹ Auch die Kommunen sind insofern – gegebenenfalls unter verfassungsrechtlich gebotenen Ausgleichsansprüchen an das Land – zur Förderung verpflichtet.⁹⁰
- 66** Kritik an den Förderungsvoraussetzungen setzte an großen Teilnehmerzahlen und daran an, dass geleisteter Unterricht ohne Berücksichtigung der Vor- und Nachbereitung angesetzt werde.⁹¹ Jedoch

Weiterbildungsbereichs mit der Folge eines möglichen, dem Europarecht entnommenen Beihilfeverbotes.

⁸⁷ Vgl. z. B. § 3 Abs. 5 Niedersächsisches Erwachsenenbildungsgesetz; § 11 Abs. 2 Niedersächsisches Bildungsurlaubsgesetz.

⁸⁸ Zutreffend *Luthe*, Bildungsrecht (o. Fn. 4), S. 376 f.

⁸⁹ Vgl. z. B. §§ 6, 12, 15 Hessisches Weiterbildungsgesetz; § 3 Niedersächsisches Erwachsenenbildungsgesetz; §§ 15, 16 Erwachsenenbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen; §§ 8, 9 Erwachsenenbildungsgesetz Thüringen.

⁹⁰ So z. B. §§ 9, 12 Hessisches Weiterbildungsgesetz; § 6 Niedersächsisches Erwachsenenbildungsgesetz; §§ 15, 16 Weiterbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen.

⁹¹ *Luthe*, Bildungsrecht (o. Fn. 4), S. 384.

fördern nunmehr einzelne Bundesländer unter besonderen, schriftlich darzulegenden Bedingungen auch Kurse mit 5–9 Personen. Darüber hinaus wird vereinzelt schon die Nutzung neuer informationstechnischer Medien (Internetangebote, Fernkurse u. ä.) im Rahmen von Förderung und Finanzierung berücksichtigt.

VIII.

Karitas und Diakonie

§ 49

Das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften im Verfassungsstaat

Von Peter Unruh

A. Einführung	1–31
I. Begriff und theologische Grundlagen	1–4
II. Historische Grundlagen	5–11
1. Das 19. Jahrhundert	5–6
2. Die Weimarer Republik	7
3. Deutschland nach 1945	8–11
III. Erscheinungs- und Handlungsformen	12–21
1. Erscheinungsformen karitativ-diakonischen Wirkens	12–19
2. Handlungs- und Rechtsformen karitativ-diakonischen Wirkens	20–21
IV. Aktuelle Herausforderungen	22–31
1. Gesellschaftliche Veränderungsprozesse	22–28
2. Das Verhältnis zum Sozialstaat	29–31
B. Der religionsverfassungsrechtliche Rahmen für das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften	32–99
I. Rechtsquellen	32–34
II. Grundrechtsschutz über Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV	35–61
1. Dogmatischer Status	35–38
2. Personeller Schutzbereich	39–44
a) Kirchen und Religionsgemeinschaften	39
b) Zugeordnete Einrichtungen	40–44
3. Sachlicher Schutzbereich	45–49

4. Eingriffe	50–52
5. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen	53–61
a) Schranken des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften	53
b) Sozialstaatsprinzip; Kooperationsgebot	54–57
c) Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung	58–59
d) Das Wahlrecht der Hilfeempfänger	60–61
III. Grundrechtsschutz über Art. 140 GG i. V. m. Art. 138 Abs. 2 WRV	62–66
1. Dogmatischer Status	62
2. Schutzbereich	63–64
3. Eingriffe	65
4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	66
IV. Schutz durch die Verfassungen der Bundesländer	67–77
1. Allgemeines	67–69
2. Allgemeine Verweisung auf Art. 140 GG	70
3. Gewährleistung des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften	71
4. Schutz des Eigentums zu Wohltätigkeitszwecken	72
5. Anerkennung der Gemeinnützigkeit	73
6. Gewährleistung des karitativ-diakonischen Wirkens	74
7. Schutz und Förderung	75
8. Kooperationsgebot	76
9. Kostenerstattung	77
V. Schutz durch religionsverfassungsrechtliche Verträge	78–83
VI. Gesetzesrecht	84–99
1. Sozialrecht	85–96
a) Allgemeiner Teil (SGB I)	85
b) Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V) und Pflegeversicherung (SGB XI)	86–87
c) Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII)	88–91
d) Sozialhilfe	92–94
e) Krankenhauswesen	95–96
2. Steuerrecht	97–99
C. Der europarechtliche Rahmen für das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften	100–130
I. Einführung	100

II. Europäisches Sozialrecht	101–113
1. Begriff und Bedeutungswandel des Europäischen Sozialrechts	101–105
2. Koordinierendes Sozialrecht der EU	106–109
3. Harmonisierendes Sozialrecht der EU	110–112
4. Fazit	113
III. Europäisches Wettbewerbsrecht	114–130
1. Mittelbare Wirkungen des EU-Rechts	114–115
2. Das Verbot von Beihilfen	116–124
a) Der Begriff der Beihilfe	116–122
b) Ausnahmen vom Beihilfenverbot; Beihilfeverfahren	123–124
3. Das Beihilfenverbot und das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften	125–129
a) Vorliegen einer Beihilfe?	125–128
b) Hilfsweise: Ausnahmetatbestände	129
4. Fazit	130
D. Abschließende Bemerkungen	131

A. Einführung

I. Begriff und theologische Grundlagen

Der Begriff des karitativ-diakonischen Wirkens der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften bezeichnet im weiteren Sinne die umfassende Hilfe und Sorge für Mitmenschen, die sich in einer Situation „kreatürlicher Not“ befinden. Von kreatürlicher Not kann etwa bei Krankheit, Armut und sozialer Isolation gesprochen werden.¹ Das damit verbundene physische, psychische und soziale Leiden von Mitmenschen bildet den Ausgangspunkt des karitativ-diakonischen Wirkens, das seinerseits auf die Behebung dieses Leidens gerichtet ist.

Hilfe und Sorge für kranke, arme und sozial isolierte Mitmenschen werden von allen in Deutschland relevanten Religionsgemeinschaften ganz selbstverständlich zumindest als Teil ihrer Aufgabe erkannt. Dies gilt etwa für die jüdischen Religionsgemeinschaften, die mit

¹ Pieter Johan Roscam Abbing, Art. „II. Theologische Grundprobleme der Diakonie“, in: TRE, Bd. 8, 1981, S. 644.

dem Begriff der „Zedaka“ das jüdische Verständnis von Wohltätigkeit als eine der wichtigsten religiösen Pflichten bezeichnen und auf dieser Grundlage u. a. eine umfangreiche jüdische Sozialarbeit organisieren.² Es gilt aber auch für den Islam, der ebenfalls die Behebung kreatürlicher Not zur religiösen Pflicht erklärt. So ist die „Almosensteuer“ (Zakat) eine der fünf Säulen des Islam³; von besonderer Bedeutung ist hier die Unterstützung der Witwen und Waisen. Daneben sind die Angehörigen des Islam zu freiwilligen Spenden (Sadaqat) aufgerufen. Institutionelle Hilfe kommt von frommen Stiftungen (Awqaf) und islamischen Hilfswerken, ist aber auf die „Umma“, d. h. auf die Gemeinschaft der eigenen Glaubensgenossen beschränkt.⁴

- 3 Von herausragender Bedeutung und in Deutschland nach wie vor von besonderer Relevanz ist das karitativ-diakonische Wirken der christlichen Kirchen. Der Dienst tätiger Nächstenliebe ist – neben der Wortverkündigung und der Sakramentsverwaltung – Lebens- und Wesensäußerung der Kirche(n). Für die römisch-katholische Kirche⁵ lässt sich dieser Befund u. a. an der dogmatischen Konstitution „Lumen gentium“ des Zweiten Vatikanischen Konzils ablesen: Die Kirche umgibt „alle mit ihrer Liebe, die von menschlicher Schwachheit angefochten sind, ja in den Armen und Leidenden erkennt sie das Bild dessen, der sie gegründet hat und selbst ein Armer und Leidender war. Sie müht sich, deren Not zu erleichtern, und sucht Christus in ihnen zu dienen.“⁶ Für die evangelischen Kirchen⁷ ist vor allem

² Dazu *Benjamin Bloch*, Zedaka – Die Gerechtigkeit, in: *Juden in Deutschland nach 1945*, hg. von Otto R. Romberg/Susanne Urban-Fahr, 1999, S. 176 ff.

³ Vgl. *Mathias Rohe*, Das islamische Recht. Geschichte und Gegenwart, 2. Aufl. 2009, S. 13, 48.

⁴ Zu Grundlagen und Praxis der Barmherzigkeit im Islam siehe u. a. *Heinrich Pompey*, Diakonie im interreligiösen und interkulturellen Dialog, in: *Diakonisches Kompendium*, hg. von Günter Ruddat/Gerhard K. Schäfer, 2005, S. 158 (161 f.) und *Rauf Ceylan/Michael Kiefer*, Muslimische Wohlfahrtspflege in Deutschland. Eine historische und systematische Einführung, 2016.

⁵ Dazu u. a. *Alfred E. Hierold*, Grundfragen karitativer Diakonie, in: *HKKR*³, S. 1458 ff.; *Markus Lehner*, Caritas als Grundfunktion der Kirche, in: *Caritas '95. Jahrbuch des DCV* (1995), S. 16 ff., sowie besonders *Gernot Sydow*, → § 50.

⁶ Dogmatische Konstitution *Lumen gentium*. Über die Kirche, I, 8. Zur ihrer Bedeutung für die römisch-katholische Auffassung von der Caritas siehe u. a. *Hierold*, Grundfragen karitativer Diakonie (o. Fn. 5), S. 1459 f.; *Ulrich Scheuner*, Die karitative Tätigkeit der Kirchen im heutigen Sozialstaat. Verfassungsrechtliche und staatskirchenrechtliche Fragen (1974), in: *Kirche, Staat, Diakonie. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im*

Art. 15 Abs. 1 der Grundordnung der EKD signifikant: „Die Evangelische Kirche in Deutschland und die Gliedkirchen sind gerufen, Christi Liebe in Wort und Tat zu verkündigen. Diese Liebe verpflichtet alle Glieder der Kirche zum Dienst und gewinnt in besonderer Weise Gestalt im Diakonat der Kirche; demgemäß sind die diakonisch-missionarischen Werke Wesens- und Lebensäußerung der Kirche.“ Diese Aussage wird bekräftigt in der Präambel der Satzung des Evangelischen Werkes für Diakonie und Entwicklung vom 14. 6. 2012. Dem im evangelischen Kontext verwendeten Begriff der „Diakonie“⁸ entspricht in der römisch-katholische Kirche die Bezeichnung „Caritas“.⁹ Insofern kann von einer „ökumenischen Konvergenz“ der christlichen Kirchen in ihrer karitativ-diakonischen Grundfunktion ausgegangen werden.

Die Synonymität der Begriffsverwendung beruht auf dem wenig überraschenden Befund, dass die christlichen Kirchen von identischen theologischen Grundlagen für ihr karitativ-diakonisches Wir-

4

diakonischen Bereich, hg. von Axel von Campenhausen / Hans-Jochen Ehrhardt, 1982, S. 162 (163).

⁷ Dazu u. a. *Johannes Meister*, Der Auftrag der Kirche zu sozial-caritativem Handeln, in: ZevKR 18 (1973), S. 354 ff., *Tobias Braune-Krickau*, Die gelebte Diakonie. Praktisch-theologische Perspektiven auf diakonisches Handeln, in: ZThK 113 (2016), S. 384 ff., *Thorsten Moos*, Kirche bei Bedarf. Zum Verhältnis von Diakonie und Kirche aus theologischer Sicht, in: ZevKR 58 (2013), S. 253 ff., sowie besonders *Jörg Winter*, → § 51.

⁸ Zur Wortbedeutung u. a. *Hans Martin Müller*, Diakonie in Deutschland (2002), in: ders., Bekenntnis – Kirche – Recht. Gesammelte Aufsätze zum Verhältnis Theologie und Kirchenrecht, 2005. S. 416 ff. (416 f.).

⁹ Zum Begriff der Caritas siehe u. a. *Heinrich Pompey*, Art. „Caritas“, in: LThK³, Bd. 2, 1994, Sp. 947 f.; zur Organisation der Caritas siehe *Alfred E. Hierold*, Grundfragen karitativer Diakonie, in: HKKR³, S. 1463 ff. Zum Begriff der Diakonie u. a. *Peter Bartmann*, Art. „Diakonie“, in: EvStL⁴, Sp. 368 f. Für die Synonymität beider Begriffe u. a. *Josef Isensee*, Die karitative Betätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat, in: HSKR², Bd. II, 1995, S. 665 (668); gemeinsame Behandlung auch bei *Hendrik Munsonius*, Diakonie und Caritas, in: 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, hg. von Hans Michael Heinig / Hendrik Munsonius, 2012, S. 24 ff.; differenziert *Nicole Hennecke*, Caritas und Recht. Eine kanonistische Untersuchung zum caritativen Sendungsauftrag der Kirche, 2012, S. 44 f. Eine vergleichende, auch begriffsgeschichtliche Betrachtung findet sich bei *Andreas Henkelmann / Traugott Jähnichen*, Innere Mission – Caritas – Diakonie: Transformation und Angleichungsprozesse im theologischen Verständnis des konfessionellen Hilfefhandelns seit den „langen 1960’er Jahren“, in: Abschied von der konfessionellen Identität? Diakonie und Caritas in der Modernisierung des deutschen Sozialstaats seit den sechziger Jahren, hg. von Andreas Henkelmann / Traugott Jähnichen / Uwe Kaminsky / Katharina Kunter, 2012, S. 314 (315 ff.).

ken ausgehen.¹⁰ Von zentraler Bedeutung ist das mit der Gottesliebe gekoppelte Gebot der Nächstenliebe, das sowohl den einzelnen Christenmenschen als auch die Institution Kirche bindet und paradigmatisch bei Mk 12, 28–34 formuliert wird. Die Magna Charta des spezifischen karitativ-diakonischen Wirkens findet sich im Gleichnis vom barmherzigen Samariter bei Lk 10, 25–37.¹¹ Aus diesem Gleichnis ist u. a. die Universalität des Gebots der tätigen Nächstenliebe abzuleiten, die nicht auf die Angehörigen der christlichen Religion beschränkt ist. In der Perikope vom Weltgericht bei Mt 25, 31–46 erfolgt eine Konkretion der Hilfsdimensionen, indem sechs verschiedene Werke aufgeführt werden: Hungrige speisen, Durstige tränken, Nackte bekleiden, Fremde beherbergen, Kranke und Gefangene besuchen. Der den Kirchenvätern zuzurechnende *Laktanz* (ca. 250 – ca. 320) wird später diese Liste um die Bestattung der Toten erweitern. Erste Ansätze zu einer korporativen bzw. institutionellen tätigen Nächstenliebe ergeben sich dann aus der Apostelgeschichte, in der die Agape-Feiern, die Gütergemeinschaft und der „Tischdienst“ erwähnt werden (Apg 2, 42–47; 4, 32–37; 6, 1–7). Schließlich kann auf die Kollekte des *Paulus* für Jerusalem verwiesen werden, die das karitativ-diakonische Handeln theologisch verwurzelt und verfestigt.

II. Historische Grundlagen

1. Das 19. Jahrhundert

- 5 Nicht nur das karitativ-diakonische Wirken der Religionsgemeinschaften und hier speziell der Kirchen, sondern auch sein Verhältnis zum Sozialstaat der Bundesrepublik Deutschland bleiben ohne zumindest rudimentäre Kenntnis der historischen Entwicklung unverständlich.¹² Hinsichtlich der allgemeinen Geschichte von römisch-katholischer Caritas und evangelischer Diakonie kann auf die einschlägigen und ausführlichen Gesamtdarstellungen verwiesen wer-

¹⁰ Zum Folgenden insbesondere *Hennecke*, Caritas und Recht, (o. Fn. 9), S. 48 ff., sowie *Ulrich Luz*, Biblische Grundlagen der Diakonie, in: *Diakonisches Kompendium* (o. Fn. 4), S. 18 ff.

¹¹ Die Bezeichnung dieser Stelle als „Magna Charta“ wird verwendet bei *Uwe Becker* (Hg.), *Perspektiven der Diakonie im gesellschaftlichen Wandel*, 2. Aufl. 2011, S. 15.

¹² Ebenso u. a. *Tobias Brenner*, *Diakonie im Sozialstaat. Staatskirchenrecht und Evangelische Kirche*, 1994, S. 137.

den.¹³ Das aktuelle Verhältnis des karitativ-diakonischen Wirkens der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften zum (Sozial-)Staat hat seine Wurzeln im 19. Jahrhundert.¹⁴ Die rasch fortschreitende und weite Teile der Bevölkerung affizierende Industrielle Revolution hatte eine ebenso weit reichende Pauperisierung zur Folge. Auf die damit entstehende Soziale Frage hatte die staatliche Sphäre zunächst keine adäquate Antwort.¹⁵ Mit Ausnahme einiger Elemente der Armenfürsorge blieb der Staat bis gegen Ende des 19. Jahrhunderts passiv.¹⁶ In dieses Vakuum stießen neben der „Privatwohltätigkeit“ und den Kommunen vor allem christliche Vereine, die zunächst abseits der jeweiligen Amtskirchen, die im Falle der evangelischen Kirchen aufgrund des landesherrlichen Kirchenregiments eng mit der staatlichen Sphäre verbunden waren, umfangreiche karitativ-diakonische Aktivitäten entfalteten. Auf römisch-katholischer Seite kulminierte diese Entwicklung in der im Wesentlichen von *Lorenz Werthmann* initiierten Gründung des Caritasverbandes für das katholische Deutschland im Jahre 1897.¹⁷ Maßgeblich für die evangelischen Kirche wurden die fulminante Rede *Johann Hinrich Wicherns* auf dem Wittenberger Evangelischen Kirchentag des Jahres 1848 und seine nachfolgende Denkschrift, die schon 1849 zur Gründung des Centralausschusses

¹³ Zur Caritas siehe etwa *Wilhelm Liese*, Geschichte der Caritas, 2 Bde, 1922; zur (jüngeren) Verbandsgeschichte der Caritas *Ewald Frie*, Zwischen Katholizismus und Wohlfahrtsstaat. Skizze einer Verbandsgeschichte der Deutschen Caritas, in: JCSW 38 (1997), S. 21 ff. Aus evangelischer Perspektive siehe etwa *Gerhard Uhlhorn*, Die christliche Liebestätigkeit, 2. Aufl. 1895; *Erich Beyreuther*, Geschichte der Diakonie und Inneren Mission in der Neuzeit, 3. Aufl. 1983; *Georg-Hinrich Hammer*, Geschichte der Diakonie in Deutschland, 2013; *Gerhard K. Schäfer / Volker Herrmann*, Geschichtliche Entwicklungen der Diakonie, in: Diakonisches Kompendium (o. Fn. 4), S. 36 ff.; kurze Darstellung bei *Bartmann*, Art. „Diakonie“ (o. Fn. 9), Sp. 369 ff. Zur Geschichte von Caritas und Diakonie siehe auch die Ausführungen bei *Gernot Sydow*, → § 50, Rn. 8 f.; *Jörg Winter*, → § 51, Rn. 5–19.

¹⁴ Statt vieler *Brenner*, Diakonie im Sozialstaat (o. Fn. 12), S. 12; *Müller*, Diakonie in Deutschland (o. Fn. 6), S. 421 ff.; *Jochen-Christoph Kaiser*, Art. „Diakonie“, in: RGG⁴, Bd. 2, 1999, Sp. 792.

¹⁵ *Michael Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003, S. 29 ff.

¹⁶ *Axel von Campenhausen*, Staat – Kirche – Diakonie. Historische Bezüge und aktuelle Probleme, in: Kirche, Staat, Diakonie (o. Fn. 6), S. 11 (18, 25).

¹⁷ Dazu *Karl-Heinz Boefenecker / Michael Vilain*, Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege. Eine Einführung in Organisationsstrukturen und Handlungsfelder sozialwirtschaftlicher Akteure in Deutschland, 2. Aufl. 2013, S. 81 ff.; *Frie*, Zwischen Katholizismus und Wohlfahrtsstaat (o. Fn. 13), S. 27 m. w. N.

für Innere Mission¹⁸ führten. Hier konnte die ganz überwiegende Anzahl der genossenschaftlich oder vereinsrechtlich organisierten Werke des evangelisch inspirierten karitativ-diakonischen Wirkens zusammengefasst werden.¹⁹

- 6 Signifikante staatliche Bemühungen auf dem Handlungsfeld karitativ-diakonischen Wirkens der Kirchen sind erstmals gegen Ende des 19. Jahrhunderts wahrnehmbar. Damals und bis heute sind von den Kirchen wesentliche Impulse für die sozialstaatliche Rechtsetzung ausgegangen.²⁰ Einen epochalen Meilenstein der staatlichen Bemühungen um die soziale Existenzsicherung formte die Sozialgesetzgebung unter der Ägide des Reichskanzlers *Otto von Bismarck* in den Jahren 1883–1889.²¹ Mit den Gesetzen zur Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung (1883, 1884 bzw. 1889) sowie dem flankierenden Arbeiterschutzrecht wurde der Staat massiv in einem Bereich aktiv, der zuvor ganz überwiegend den Freien Trägern, und hier maßgeblich den Kirchen vorbehalten war. Damit stellte sich auch erstmals die Frage nach dem Verhältnis der verschiedenen Akteure zueinander. Nach anfänglich deutlicher, auch finanzieller Trennung zwischen staatlicher Verantwortung und kirchlichem Engagement im Bereich sozialer Fürsorge, wurden karitativ-diakonische Einrichtungen bei der Erfüllung entsprechender Aufgaben schon im Kaiserreich zunehmend eingebunden und bei der Finanzierung berücksichtigt.²² Insgesamt sind Integrationstendenzen ebenso erkennbar wie Konflikte zwischen einem Staat, der die soziale Sicherung nunmehr als seine originäre Aufgabe betrachtete, und karitativ-diakonischen Einrichtungen, die ihrerseits an Bedeutung gewannen.²³

¹⁸ *Johann Hinrich Wichern*, Die Innere Mission der deutschen evangelischen Kirche, 1849.

¹⁹ Zu *Johann Hinrich Wichern* und seine Bedeutung für die Organisation der Inneren Mission siehe *Beyreuther*, Geschichte der Diakonie und Inneren Mission in der Neuzeit (o. Fn. 13), S. 88 ff.; *Hammer*, Geschichte der Diakonie in Deutschland (o. Fn. 13), S. 149 ff., jeweils m. w. N.

²⁰ *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland (o. Fn. 15), S. 35.

²¹ Dazu *Michael Stolleis*, Die Sozialversicherung Bismarcks (1979), in: ders., Konstitution und Intervention. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert, 2001, S. 226 ff.; ders., Geschichte des Sozialrechts in Deutschland (o. Fn. 15), S. 36 ff.; siehe auch *Hansjoachim Henning*, Daseinsvorsorge im Rahmen der staatlichen Sozialpolitik des Deutschen Kaiserreichs 1881–1918, in: Diakonie und Sozialstaat. Kirchliches Helfehandeln und staatliche Sozial- und Familienpolitik, hg. von Manfred Schick/Horst Seibert/Yorick Spiegel, 1986, S. 10 ff.

²² *von Campenhausen*, Staat – Kirche – Diakonie (o. Fn. 16), S. 26.

²³ *Brenner*, Diakonie im Sozialstaat (o. Fn. 12), S. 19.

2. Die Weimarer Republik

Mit dem Ausbau der Einrichtungen der karitativ-diakonischen und anderen freien Träger einerseits und dem Bedeutungszuwachs der öffentlichen Sozialfürsorge andererseits wurde nach dem Ersten Weltkrieg und in der Weimarer Republik eine ausdrückliche Klärung des beiderseitigen Verhältnisses unausweichlich. Die für das 20. Jahrhundert und bis heute maßgebliche Lösung bestand darin, die karitativ-diakonische Arbeit in den Sozialstaat zu integrieren. Paradigmatisch wurden das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt vom 9.7.1922 (RJWG) und die Reichsfürsorgepflichtverordnung vom 13.2.1924 (FVO).²⁴ So wurde in § 2 FVO zwar die Letztverantwortung der öffentlichen Hand für die Fürsorge festgeschrieben. Gem. § 5 Abs. 3 FVO war aber zugleich darauf hinzuwirken, „dass öffentliche und freie Wohlfahrtspflege sich zweckmäßig ergänzen und in Formen zusammenarbeiten, die der Selbstständigkeit beider gerecht werden.“ Dazu war in § 5 Abs. 4 FVO näher bestimmt, dass die Träger der öffentlichen Fürsorge „eigene Einrichtungen nicht neu schaffen sollen, soweit geeignete Einrichtungen der freien Wohlfahrtsverbände ausreichend vorhanden sind“. ²⁵ In vergleichbarer Weise hatten die Jugendwohlfahrtsbehörden gem. § 6 RJWG „die freiwillige Tätigkeit zur Förderung der Jugendwohlfahrt unter Wahrung ihrer Selbstständigkeit und ihres satzungsmäßigen Charakters zu unterstützen, anzuregen und zur Mitarbeit heranzuziehen, um mit ihr zum Zwecke eines planvollen Ineinandergreifens aller Organe und Einrichtungen der öffentlichen und privaten Jugendhilfe und der Jugendbewegung zusammenzuwirken.“ Mit diesen Regelungen war im Grunde bereits das die weitere Entwicklung bestimmende Paradigma der Einbeziehung (auch) des karitativ-diakonischen Wirkens der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften in den Sozialstaat (bundes-)deutscher Provenienz gefunden und ausgeführt. Dieses Paradigma besteht aus zwei Teilen: der Letztverantwortung des Staates bzw. der öffentlichen Träger der Fürsorge für die Erfüllung der normativen Standards und dem Gebot der Kooperation mit den freien Trägern. Ob daneben bzw. darüber hinaus auch ein „bedingter Vorrang des freien Trägers“ anzunehmen und aus § 5 Abs. 3 FVO herzuleiten sei, ist um-

²⁴ Dazu *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland (o. Fn. 15), S. 140 ff. bzw. S. 188; siehe auch *Herbert Wagner*, Sozialpolitik in der Weimarer Republik, in: *Diakonie und Sozialstaat* (o. Fn. 21), S. 51 (69 ff.).

²⁵ Dazu *Peter August Baath*, Verordnung über die Fürsorgepflicht vom 13. Februar 1924, 7. Aufl. 1929, S. 56 f.

stritten, im Ergebnis aber abzulehnen, denn diese und vergleichbare Regelungen lassen sich auch als Ausprägung des Kooperationsgebotes interpretieren.²⁶

3. Deutschland nach 1945

- 8 Unter der Herrschaft des Nationalsozialismus war mit Hilfe der „NS-Volkswohlfahrt“ (NSV) als der Wohlfahrtsorganisation der NSDAP das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und der Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland massiv eingeschränkt worden.²⁷ Nach 1945 konnten zumindest die kirchlichen Organisationen und Einrichtungen der Wohlfahrtspflege schnell wieder auf- und ausgebaut werden.
- 9 In der ehemaligen DDR unterlag kirchliches Handeln weitgehenden Restriktionen. Dies galt auch für das karitativ-diakonische Tätigkeitsfeld. Gleichwohl waren entsprechende kirchliche Einrichtungen „Teil, aber nicht Bestandteil des Gesundheits- und Sozialwesens in der DDR“.²⁸ Die Grundlage für diese Einbeziehung lieferte Art. 39 Abs. 2 Verf. DDR vom 6.4.1968 i. d. F. vom 7.10.1974: „Die Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften ordnen ihre Angelegenheiten und üben ihre Tätigkeiten aus in Übereinstimmung mit der Verfassung und den gesetzlichen Bestimmungen der DDR. Näheres kann durch Vereinbarungen geregelt werden.“ Die materialistisch-sozialistische Ausrichtung des SED-Regimes ließ den Kirchen und Religionsgemeinschaften nur wenig Handlungsspielräume. Gleichwohl wurden auf der Grundlage des Art. 39 Abs. 2 Verf. DDR einige Vereinbarungen über das karitativ-diakonische Wirken abgeschlossen, etwa zur Krankenhausfinanzierung.²⁹

²⁶ Für den bedingten Vorrang der freien Träger etwa *Bartmann*, Art. „Diakonie“ (o. Fn. 9), Sp. 370; *Brenner*, Diakonie im Sozialstaat (o. Fn. 12), S. 23. Auf das damit verbundene Thema der Subsidiarität staatlicher Aktivitäten im karitativ-diakonischen Bereich wird zurückzukommen sein. Zum Kooperationsgebot s.u. B. II. 5. b.

²⁷ Dazu *Hammer*: Geschichte der Diakonie in Deutschland (o. Fn. 13), S. 246 f.; *Peter Hammerschmidt*, Die Wohlfahrtsverbände im NS-Staat. Die NSV und die konfessionellen Verbände Caritas und Innere Mission im Gefüge der Wohlfahrtspflege des Nationalsozialismus, 1999; *Brenner*, Diakonie im Sozialstaat, (o. Fn. 12), S. 25 ff. m. w. N.

²⁸ *Wilfrid Koltzenburg*, Vereinbarungen zwischen Staat und Kirche in der ehemaligen DDR, in: *ZevKR* 38 (1993), S. 429 ff.

²⁹ Überblick bei *Koltzenburg*, ebd., S. 431 ff.

Die Bundesrepublik Deutschland entwickelte sich hingegen nach Maßgabe der Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG zu einem Sozialstaat, der die materiellen und sozialen Bedingungen der Möglichkeit von Freiheit und Gleichheit der Bürgerinnen und Bürger zu schaffen und zu erhalten hat.³⁰ Vor diesem normativen Hintergrund wurden die kirchlichen Aktivitäten auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge frühzeitig vom Staat unterstützt und gefördert, etwa durch die Erstattung von Pflegesätzen und durch Zuschüsse zu Investitionskosten. Es wurde also „von Anfang an die Zweispurigkeit des Systems von öffentlicher Fürsorge, kirchlichen und freigemeinnützigen Wohlfahrtseinrichtungen“ sichtbar.³¹ Eine Neuordnung des Fürsorgerechts erfolgte dann mit dem Bundessozialhilfegesetz (BSHG) vom 30.6.1961 und dem Gesetz für Jugendwohlfahrt (JWG) vom 11.8.1961. In beiden Gesetzen wurde das Verhältnis zwischen staatlicher und einschlägiger religionsgemeinschaftlicher Betätigung auf der Grundlage der staatlichen Letztverantwortung für die soziale Sicherheit nach Maßgabe der Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG und des Kooperationsgebotes beschrieben.³² So sollten gem. § 10 Abs. 2 BSHG die „Träger der Sozialhilfe [...] bei der Durchführung dieses Gesetzes mit den Kirchen und Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts sowie den Verbänden der freien Wohlfahrtspflege zusammenarbeiten und dabei deren Selbständigkeit in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben achten“. Gem. § 10 Abs. 3 S. 1 BSHG sollte die Betätigung der freien Träger eine angemessene Unterstützung erfahren, und schließlich sollten gem. § 10 Abs. 4 BSHG die öffentlichen Träger der Sozialhilfe von eigenen Maßnahmen absehen, wenn und soweit die freien Träger die Hilfe im Einzelfall gewährleisten konnten. Entsprechende Regelungen waren im JWG enthalten (§ 5 Abs. 3, 4, §§ 7, 9 JWG). Das BVerfG hat die Verfassungsmäßigkeit der Regelungen des BSHG zur Abgrenzung von öffentlichen und freien Trägern der Wohlfahrtspflege mit Urteil vom 18.7.1967 bestätigt.³³ Die weitere Entwicklung seit den 1970er Jahren war geprägt von einem Ausbau sozialstaatlicher Aktivitäten, der das religionsverfas-

³⁰ Zur Sozialstaatlichkeit unter dem Grundgesetz siehe grundlegend *Hans-Michael Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit. Zur Formel vom „sozialen“ Staat in Art. 20 Abs. 1 GG, 2008; aus verfassungstheoretischer Perspektive *Peter Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes. Eine verfassungstheoretische Rekonstruktion, 2001, S. 580 ff. Zur Umsetzung u. a. *Fritz-Joachim Steinmeyer*, Sozialpolitik nach 1945, in: *Diakonie und Sozialstaat* (o. Fn. 21), S. 156 ff.

³¹ *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland (o. Fn. 15), S. 216.

³² *von Campenhausen*, Staat – Kirche – Diakonie (o. Fn. 16), S. 27 f.

³³ BVerfGE 22, 180.

sungsrechtliche Problem der Abgrenzung zum karitativ-diakonischen Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften verschärft hat.³⁴

- 11 Seit den 1990er Jahren sind tektonische Verschiebungen im Verhältnis zwischen der Freien Wohlfahrtspflege und anderen Trägern zu verzeichnen, die „zu einer deutlichen Erosion der früheren Vorrangstellung“ auch der religionsgemeinschaftlich getragenen Einrichtungen geführt haben.³⁵ So ist in der 1994 eingeführten Pflegeversicherung (SGB XI) die Unterscheidung zwischen freigemeinnützigen und privat-gewerblichen Trägern weggefallen. Die Novellierung des Bundessozialhilfegesetzes im Jahre 1996 hat die bis dato bestehende Vorrangstellung der freien Träger aufgelöst und durch ein System der Vereinbarungen mit der öffentlichen Hand über Inhalt, Umfang und Qualität der Leistungen ersetzt. Entsprechendes gilt für die Novellierung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (SGB VIII) im Jahre 1998, mit der das Prinzip der Selbstkostendeckung durch ein System der Leistungs- und Entgeltvereinbarungen abgelöst wurde. Mit der Inkorporation des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch (SGB XII) wurde schließlich das Prinzip der Leistungsvereinbarungen auf das gesamte Sozialrecht übertragen. Diese Entwicklung erzeugt von Staats wegen einen starken Ökonomisierungsdruck auf die freien Träger der Wohlfahrtspflege, der auch die karitativ-diakonischen Einrichtungen vor neue Herausforderungen stellt (s. u. A. IV).

³⁴ Vgl. von Campenhausen, Staat – Kirche – Diakonie (o. Fn. 16), S. 31.

³⁵ Boefenecker / Vilain, Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege (o. Fn. 17), S. 25 f.; zum Folgenden ebd. Siehe auch die Standortbestimmungen bei Traugott Jähnichen, Vom Leistungsträger im Sozialstaat zum Wettbewerber auf dem Sozialmarkt – Diakonie unter veränderten wohlfahrtsstaatlichen Bedingungen, in: ZevKR 62 (2017), S. 197 ff.; Michael Welker, Kirche und Diakonie in säkularen Kontexten, in: ZevKR 60 (2015), S. 27 ff.; Heinrich Bedford-Strohm, Kirche und Diakonie im multireligiösen Kontext, in: ZevKR 60 (2015), S. 41 ff.; Ulrich Lilie, Kirche und Diakonie im säkularen Kontext, in: ZevKR 60 (2015), S. 94 ff.; Ingo Habenicht, Diakonische Arbeit im säkularen Kontext, in: ZevKR 60 (2015), S. 105 ff.; Tobias Braune-Krickau / Jan Hermelink, Diakonie und Kirche: Neue Bewegung in einem alten Spannungsfeld, in: Praktische Theologie 50 (2015), S. 195 ff.

III. Erscheinungs- und Handlungsformen

1. Erscheinungsformen karitativ-diakonischen Wirkens

Die Tätigkeitsbereiche des karitativ-diakonischen Wirkens der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften ergeben sich aus seinem Begriff und aus seiner theologischen Fundierung. Es geht um die umfassende Hilfe und Sorge für Mitmenschen, die sich in einer Situation „kreatürlicher Not“ befinden. Diese Not kann vielfältige Formen annehmen und entsprechend ausdifferenziert präsentiert sich das karitativ-diakonische Wirken.³⁶ 12

Im Bereich der *Gesundheitshilfe*, d.h. der Hilfe für kranke Menschen, haben die Kirchen und – wenn auch in bedeutend geringerem Umfang – jüdische Religionsgemeinschaften ein weites Netz von allgemeinen und spezialisierten Krankenhäusern zur stationären und/oder ambulanten Krankenpflege geknüpft.³⁷ Darüber hinaus existieren u.a. Rehabilitationskliniken sowie Fachkliniken für Psychiatrie und Sucht. In diesen Bereich gehören auch Fachschulen für Krankenpflege und Physiotherapie. Die Gesundheitshilfe wird – wie in vielen anderen Bereichen auch – sowohl stationär als auch ambulant angeboten. In einem weiten Sinne gehören auch die Rettungs- und Transportdienste zur Gesundheitshilfe. 13

Der *Kinder- und Jugendhilfe* sind u.a. kirchliche Kindertagesstätten, Krippen und Krabbelgruppen zuzuordnen. Ferner werden Wohnheime für Kinder und Jugendliche, Heime für Eltern und Kinder, Jugendzentren, Jugendberatungsstellen, Hausaufgabenhilfegruppen 14

³⁶ Nachweise zu kirchlichen Einrichtungen in: *Deutscher Caritasverband e.V.* (Hg.), *Die katholischen sozialen Einrichtungen und Dienste der Caritas. Zentralstatistik*, 2012; *Diakonisches Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland e.V.* (Hg.), *Einrichtungsstatistik zum 1. Januar 2010, 2011. Überblick u.a. bei Bartmann*, Art. „Diakonie“ (o. Fn. 9), Sp. 371 f. Siehe auch die Beiträge in *Christan Albrecht* (Hg.), *Was leistet die Diakonie fürs Gemeinwohl? Diakonie als gesellschaftliche Praxis des Öffentlichen Protestantismus*, 2018.

³⁷ Dazu u.a. *Barbara Städtler-Mach*, *Sorge für Kranke*, in: *Diakonisches Kompendium* (o. Fn. 4), S. 567 ff. Zum jüdischen Krankenhaus in Berlin-Gesundbrunnen siehe etwa *Patricia-Charlotta Steinfeld* (Hg.), *250 Jahre Jüdisches Krankenhaus Berlin. Seine zivilgesellschaftliche Rolle in Deutschland und Europa*, 2008.

etc. betrieben. Auch hier existieren Ausbildungs- und Qualifizierungseinrichtungen.³⁸

- 15 Die speziell von den Kirchen betriebene *Familienhilfe* umfasst neben allgemeinen Sozialstationen u. a. Familienbildungsstätten und -beratungsstellen, Erholungs- bzw. Kurheime, Frauen- und Kinderschutzhäuser sowie stationäre und ambulante Hospizdienste.³⁹ Jedenfalls in den evangelischen Kirchen gehört auch die Schwangerschaftskonfliktberatung zu den diakonischen Handlungsfeldern.⁴⁰
- 16 In den Bereich der *Altenhilfe*, der aufgrund der demografischen Entwicklung an Bedeutung zunimmt, fallen vollstationäre Seniorenheime, aber auch von Kirchen getragene bzw. organisierte Mahlzeitendienste, Anlagen für betreutes Wohnen, Seniorenbildungs-, Seniorenbegegnungs- und Seniorentagesstätten.⁴¹
- 17 Der *Hilfe für Menschen mit Behinderungen* dienen allgemeine und spezielle Wohnheime sowie Werkstätten und Bildungseinrichtungen in kirchlicher Trägerschaft. Daneben existieren ebenfalls kirchlich getragene Beratungsstellen, Selbsthilfegruppen und einschlägige Fachschulen.⁴²
- 18 In dem weiten Bereich der *Hilfen in besonderen sozialen Situationen* sind u. a. die Teilbereiche der Hilfe für Menschen in Armut⁴³, der

³⁸ Dazu u. a. *Arnd Götzelmann*, Kinder- und Jugendhilfe, in: *Diakonisches Kompendium* (o. Fn. 4), S. 535 ff.

³⁹ Zur Familienhilfe u. a. *Michael Klessmann*, Ehe- und Familienberatung, in: *Diakonisches Kompendium* (o. Fn. 4), S. 510 ff.; *Wolfgang Kinzinger*, Bedeutung und Situation der Familienberatung, in: *Diakonie und Sozialstaat* (o. Fn. 21), S. 257 ff. Speziell zu Hilfe in und durch Hospize siehe u. a. *Daniela Tausch*, Begleitung Sterbender und Trauernder in der Hospizbewegung, in: *Diakonisches Kompendium* (o. Fn. 4), S. 478 ff.

⁴⁰ Dazu u. a. *Helga Kuhlmann*, Schwangerschaftskonfliktberatung, in: *Diakonisches Kompendium* (o. Fn. 4), S. 554 ff.

⁴¹ Dazu u. a. *Klaus Hartmann / Klaus Hildemann*, Altenhilfe, in: *Diakonisches Kompendium* (o. Fn. 4), S. 455 ff.; *Gerhard Brockschmidt*, Altenhilfe, in: *Diakonie und Sozialstaat* (o. Fn. 21), S. 349 ff.; *Zuzanna Hanussek*, Die Entwicklung der Altenhilfe in der Bundesrepublik Deutschland von den 1960'ern bis in die Anfänge der 90er Jahre, in: *Abschied von der konfessionellen Identität?* (o. Fn. 9), S. 209 ff.

⁴² Dazu u. a. *Norbert Störmer*, Behindertenhilfe, in: *Diakonisches Kompendium* (o. Fn. 4), S. 499 ff.

⁴³ Vgl. u. a. *Ernst-Ulrich Huster*, Bekämpfung von Armut als Herausforderung an diakonisches Handeln, in: *Diakonisches Kompendium* (o. Fn. 4), S. 485 ff.

Arbeitslosenhilfe⁴⁴, der Suchthilfe⁴⁵ sowie der Hilfe für Wohnungslose⁴⁶ zusammengefasst. Hierher gehören auch die Telefonseelsorge⁴⁷ und die Flüchtlingshilfe⁴⁸.

Schließlich können auch die z.T. umfangreichen *Bildungsangebote* kirchlicher und anderer religionsgemeinschaftlicher Träger dem karitativ-diakonischen Wirken zugeordnet werden. Darunter fallen allgemeine und berufsbildende Schulen, Fach- und Fachhochschulen sowie die dazugehörigen Wohnheime und Begleitangebote.

19

2. Handlungs- und Rechtsformen karitativ-diakonischen Wirkens

Das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften vollzieht sich in unterschiedlichen und nebeneinander bestehenden Handlungs- und Organisationsformen. So gelten etwa für alle Angehörigen der (christlichen) Kirchen in gleicher Weise das Gebot der Nächstenliebe und die theologische Fundierung der Hilfe für Menschen in „kreatürlicher Not“. Daher beginnt das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen bereits mit und in den einschlägigen Handlungen der bzw. des Einzelnen und setzt sich auf dieser elementaren Stufe in den fürsorgenden Handlungen von christlich geprägten Familien, Freundeskreisen etc. fort. Die erste Stufe organisierten karitativ-diakonischen Wirkens ist auf der lokalen Ebene in Kirchengemeinden, jüdischen Gemeinden bzw. Moscheegemeinden erreicht.⁴⁹ Die Zusammenfassung karitativ-diakonischer Einrichtungen

20

⁴⁴ Dazu u.a. *Traugott Jähnichen*, Arbeitslosenhilfe, in: *Diakonisches Kompendium* (o. Fn. 4), S. 467 ff.

⁴⁵ Dazu u.a. *Ulrich Eibach*, Suchtkrankenhilfe und Suchtberatung, in: *Diakonisches Kompendium* (o. Fn. 4), S. 576 ff.

⁴⁶ Dazu u.a. *Reinhard von Spankeren*, Obdachlosen-/Wohnungshilfe, in: *Diakonisches Kompendium* (o. Fn. 4), S. 546 ff.

⁴⁷ Dazu u.a. *Uwe Kaminsky*, Die Telefonseelsorge als neues Handlungsfeld zwischen Seelsorge und Beratung, in: *Abschied von der konfessionellen Identität?* (o. Fn. 9), S. 166 ff.; *Jörg Wieners*, Telefonseelsorge, in: *Diakonisches Kompendium* (o. Fn. 4), S. 586 ff.

⁴⁸ Dazu u.a. *Wolf-Dieter Just*, Flüchtlingshilfe, in: *Diakonisches Kompendium* (o. Fn. 4), S. 520 ff.

⁴⁹ Zur (evangelischen) Gemeindediakonie siehe u.a. *Günter Ruddat/Gerhard K. Schäfer*, Diakonie in der Gemeinde, in: *Diakonisches Kompendium* (o. Fn. 4), S. 203 ff.; *Theodor Stroh*, Diakonie zwischen Gemeindepraxis und sozialstaatlicher Wirklichkeit. Zeitgeschichtliche Herleitungen – Theologische Perspektiven, in: *Das Recht der Kirche*, hg. von Gerhard Rau/

gen erstreckt sich zumeist über die mittlere kirchliche Organisationsebene bis zu den religionsgemeinschaftlichen Spitzenverbänden der Freien Wohlfahrtspflege auf nationaler Ebene (Deutscher Caritasverband e.V., Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V., Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland e.V.).⁵⁰ Inzwischen finden sich auch auf europäischer Ebene entsprechende Zusammenfassungen.⁵¹

- 21** Karitativ-diakonische Einrichtungen sind vielfach als rechtsfähige eingetragene Vereine (e.V.) organisiert. Diese Rechtsform bietet relativ einfache Gründungsvoraussetzungen, weite Spielräume bei der Satzungsgestaltung, eine Haftungsbeschränkung auf das Vereinsvermögen, eine demokratische Binnenstruktur und gute Möglichkeiten einer Anerkennung der steuerrechtlich relevanten Gemeinnützigkeit.⁵² Auch die religionsgemeinschaftlichen Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege sind in Vereinsform organisiert. Daneben finden weitere Rechtsformen Verwendung. So werden große und thematisch diversifizierte Einrichtungen als kirchliche Stiftungen geführt, so etwa die von *Johann Hinrich Wichern* 1833 gegründete evangelische Stiftung „Das Rauhe Haus“ in Hamburg mit diversen Bildungsangeboten.⁵³ Demgegenüber werden z.B. Krankenhäuser oder auch Kindertagesstätten in religionsgemeinschaftlicher Trägerschaft zumeist in der Rechtsform der GmbH betrieben.⁵⁴

Hans-Richard Reuter / Klaus Schlaich, Bd. III: Zur Praxis des Kirchenrechts, 1994, S. 203 ff.

⁵⁰ Dazu *Boeßenecker / Vilain*, Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege (o. Fn. 17), S. 81 ff., 121 ff. bzw. 269 ff. Zu Caritas und Diakonie s. *Gernot Sydow*, → § 50; *Jörg Winter*, → § 51.

⁵¹ So z.B. der Europäische Verband für Diakonie / Eurodiaconia; dazu *Bernd Schlüter*, *Diaconica Europea*. Europapolitische Bindungen kirchlich-diakonischer Dienste und die Interessenvertretung der Diakonie bei der Europäischen Union, in: *ZevKR* 52 (2007), S. 325 (351 ff.); *Jürgen Gohde*, *Kirchliche Föderation – das Beispiel Eurodiaconia*, in: *Diakonisches Kompendium* (o. Fn. 4), S. 260 ff.

⁵² Dazu *Brenner*, *Diakonie im Sozialstaat* (o. Fn. 12), S. 37 f. m. w. N.

⁵³ Zur Rechtsform der Stiftung im karitativ-diakonischen Bereich siehe *Brenner*, *Diakonie im Sozialstaat* (o. Fn. 12), S. 38 f. m. w. N. Zur Stiftung „Das Rauhe Haus“ siehe u. a. *Hammer*, *Geschichte der Diakonie in Deutschland* (o. Fn. 13), S. 149 ff. Weiteres Beispiel: *Ev. Stiftung Alsterdorf* als diakonisches Dienstleistungsunternehmen mit Angeboten für Beratung und Diagnostik, Wohnen und Assistenz, Bildung und Arbeit, Medizin, Pflege und Therapie für Menschen mit und ohne Behinderung.

⁵⁴ Dazu *Brenner*, *Diakonie im Sozialstaat*, (o. Fn. 12), S. 40; *Alfred Jäger*, *Diakonie als christliches Unternehmen. Theologische Wirtschaftsethik im Kontext diakonischer Unternehmenspolitik*, 4. Aufl. 1992.

IV. Aktuelle Herausforderungen

1. Gesellschaftliche Veränderungsprozesse

Im 21. Jahrhundert steht das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften vor z.T. neuartigen Herausforderungen, die sich aus sozial-politisch fundierten Prognosen oder aus laufenden gesellschaftlichen Veränderungsprozessen ergeben.⁵⁵ Ohne Anspruch auf Vollständigkeit und erschöpfende inhaltliche Entfaltung können zumindest fünf einschlägige Aspekte identifiziert werden. 22

Erstens ist davon auszugehen, dass zwar die Erwerbsarbeit in ihrer gesamtgesellschaftlichen Bedeutung für das Einkommen der meisten Menschen ungebrochen ist und bleiben wird. Zugleich ist aber von den Vorstellungen der Vollbeschäftigung und dem Grundsatz armutsfester Einkommen Abschied zu nehmen. Dieses „Strukturproblem der *Mangelware Erwerbsarbeit*“⁵⁶ liefert u. a. dem karitativ-diakonischen Wirken – jedenfalls noch auf mittlere Sicht – diverse Betätigungsfelder individuell-nachsorgender, aber auch politisch-aktivierender Art. 23

Besondere Auswirkungen sind – zweitens – vom *demografischen Wandel* zu erwarten. Der Umstand, dass der Anteil an älteren, auch kranken Menschen an der Gesamtbevölkerung beträchtlich steigen wird, hat massive Folgen für Angebot und Nachfrage im Bereich der sozialen Dienstleistungen und damit auch für das karitativ-diakonische Wirken auf religiöser Grundlage. Insbesondere die Bereiche der Alten- und der Krankenhilfe stehen vor Herausforderungen von bisher ungekanntem Ausmaß. 24

In einem gewissen Zusammenhang mit der „Mangelware Erwerbsarbeit“ und dem demografischen Wandel steht – drittens – die Erkenntnis von einer gesamtgesellschaftlich zunehmenden *Ungleichverteilung der Güter*. Damit wird die Armut – derzeit primär bei Kindern, Alleinerziehenden, Menschen ohne Arbeit oder in prekären Beschäftigungsverhältnissen, Menschen mit Migrationshintergrund, älteren Menschen – von einem lange als *quantité négligeable* gelten- 25

⁵⁵ Zum Folgenden statt vieler *Karl Gabriel*, Caritas und Sozialstaat unter Veränderungsdruck. Analysen und Perspektiven, 2007, S. 147 et passim; *Becker*, Perspektiven der Diakonie im gesellschaftlichen Wandel (o. Fn. 11), S. 26 ff.

⁵⁶ *Becker*, ebd., S. 30.

den Phänomenen zu einem Thema für den Sozialstaat und das karitativ-diakonische Wirken.

- 26 Viertens ergeben sich Herausforderungen aus der anhaltenden Tendenz zur *Individualisierung* einerseits und der *Pluralisierung der Werteorientierungen* andererseits. Die zunehmende Vielfalt möglicher Lebensentwürfe und der damit verbundene soziale Wertewandel führen auch zu einer nachhaltigen Veränderung der Familienstruktur(en). In der Folge sehen sich auch karitativ-diakonische Einrichtungen einer quantitativ wachsenden und inhaltlich modifizierten Nachfrage aus dem Familien-, Kinder- und Jugendhilfebereich gegenüber.
- 27 Schließlich führt der Befund der *Interkulturalität* der modernen (westlichen) Gesellschaft nicht zuletzt zu einem erhöhten Bedarf an karitativ-diakonischen Aktivitäten im Bildungsbereich neben der staatlichen Erfüllung seines Bildungsauftrages. Inbegriffen ist das Postulat der interkulturellen Öffnung aller karitativ-diakonischen Angebote.
- 28 In der Summe ist eine qualitativ intensivierte und quantitativ steigende Nachfrage in den Tätigkeitsbereichen des karitativ-diakonischen Wirkens der Kirchen und Religionsgemeinschaften festzustellen.

2. Das Verhältnis zum Sozialstaat

- 29 Die Entwicklung des Verhältnisses des karitativ-diakonischen Wirkens der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften zum (Sozial-)Staat verlief bis in die 1990er Jahre von der nahezu exklusiven Stellung der kirchlichen Träger bis zum letztverantwortlichen Sozialstaat, der die religionsgemeinschaftlichen Träger in die Erfüllung seiner sozialen Aufgabe maßgeblich einbezieht. Eine signifikante Veränderung ergab sich mit der Modifikation des sozialen Sicherungssystems, die sich mit dem Stichwort von der „Ökonomisierung des Sozialen“ beschreiben lässt.⁵⁷ Es vollzogen sich eine Universalisierung und eine Übertragung des marktwirtschaftlichen Paradigmas

⁵⁷ Dazu u. a. Becker, ebd., S. 78 ff.; Gabriel, Caritas und Sozialstaat unter Veränderungsdruck (o. Fn. 55), passim; Überblick auch bei Andreas Henkelmann / Traugott Jähnichen / Uwe Kaminsky / Katharina Kunter, Abschied von der konfessionellen Identität? Diakonie und Caritas im Prozess der Modernisierung des deutschen Sozialstaats seit den sechziger Jahren, in: Abschied von der konfessionellen Identität? (o. Fn. 9), S. 7 ff.

auf den sozialen Sektor mit Auswirkungen auf das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften.⁵⁸

Extern bildete sich im Zuge der Globalisierung eine internationale, auch europäische Konkurrenz von Wirtschaftsstandorten auf dem sozialen Sektor heraus. Intern, d.h. bezogen auf den Sozialstaat der Bundesrepublik Deutschland, hat die Ökonomisierung des Sozialen mehrere Facetten. Zunächst wurden staatlicherseits bewusst Wohlfahrtsmärkte geschaffen, auf denen nicht mehr nur die bisherigen freigemeinnützigen – auch religionsgemeinschaftlichen – Träger operieren, sondern eine Pluralität von Leistungserbringern um die Partizipation an der Erfüllung des staatlichen sozialen Auftrags konkurriert. Statt des bisher üblichen Rückgriffs auf die freigemeinnützigen Träger wird verstärkt die Tendenz zur Privatisierung betrieben, um durch das Nebeneinander von freigemeinnützigen und privatgewerblichen Anbietern von Sozialleistungen Kostenersparungen und Effizienzeffekte zu erzielen. Ferner wurden privatwirtschaftliche Paradigmen und Handlungsformen auch auf die Beziehungen zwischen dem Staat und den karitativ-diakonischen Einrichtungen erstreckt. Dies gilt etwa für die Ergänzung der Rechtsbeziehungen um die Elemente der Kontrakte, Zielvereinbarungen und des Berichtswesens. Schließlich ist im Modus der (Re-)Finanzierung der Leistungen ein Übergang vom Kostendeckungsprinzip mit entsprechenden Erstattungen und Zuschüssen hin zur Zahlung von Kosten- und Fallpauschalen (z.B. Pflegesätze) zu beobachten. Damit verbunden ist eine Abkehr von der Regelförderung zu einer Projektförderung.

Die Auswirkungen auf das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften sind gravierend. Die zu meist unzureichenden Budgets der öffentlichen Hand im Verbund mit den nachteiligen (Re-)Finanzierungsmodalitäten stellen die einschlägigen Einrichtungen vor große finanzielle Herausforderungen. Zudem muss die Konkurrenz der religionsgemeinschaftlichen Einrichtungen untereinander und mit den privat-gewerblichen Einrichtungen bewältigt werden. In diesem Zusammenhang weisen die religiös fundierten karitativ-diakonischen Betätigungen und Einrichtungen gegenüber den privat-gewerblichen Anbietern strukturelle Nachteile auf, die mit den Stichworten von der Tarifbindung und der Gemeinwohl- statt Profitorientierung verbunden sind. Insgesamt unterliegt

⁵⁸ Kritisch-differenziert zur Übertragung dieses Paradigmas auf das Handeln und die innere Organisation von Kirchen *Christoph Meyns*, Kirchenreform und betriebswirtschaftliches Denken. Modelle-Erfahrungen-Alternativen, 2013.

das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften vor dem Hintergrund der Ökonomisierung des Sozialen einem erheblichen Druck zur Reorganisation. Zudem droht das Proprium der kirchlichen Einrichtungen, d. h. die auch zeitintensive Hinwendung zum Menschen in Fürsorge und Pflege, im Sog dieses Ökonomisierungsdrucks unterzugehen. Angesichts dieser Herausforderungen haben sich auch die Kirchen als Träger karitativ-diakonischer Einrichtungen einer Leitbilddiskussion unterzogen.⁵⁹ Zudem gewinnt die Frage nach den religionsverfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für das karitativ-diakonische Handeln der Religionsgemeinschaften eine besondere Bedeutung.

B. Der religionsverfassungsrechtliche Rahmen für das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften

I. Rechtsquellen

- 32 Der Schutz des karitativ-diakonischen Wirkens Einzelner und in Einrichtungen der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften wird auf der nationalen Ebene primär durch die religionsverfassungsrechtlichen Grundrechte des Grundgesetzes gewährleistet.⁶⁰
- 33 Flankierende bzw. konkretisierende Regelungen unterschiedlicher Regelungsdichte und -gehalte sind zunächst in einigen Verfassungen der Bundesländer enthalten. Entsprechendes gilt für religionsverfassungsrechtliche Verträge zwischen den Bundesländern und den Kirchen und ggf. anderen Religionsgemeinschaften.
- 34 Von besonderer Bedeutung sind schließlich die Ausprägungen der religionsverfassungsrechtlichen Vorgaben im einfachen Gesetzesrecht, insbesondere im Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland.

⁵⁹ Vgl. *Andreas Losch*, Profil gegen Profilverlust? Leitbilder der Spitzenverbände der freien Wohlfahrtspflege und diakonischer und caritativer Träger im Vergleich, in: Abschied von der konfessionellen Identität? (o. Fn. 9), S. 341 ff.

⁶⁰ Die einschlägigen Implikationen des Europarechts werden in einem gesonderten Abschnitt behandelt; s. u. C.

II. Grundrechtsschutz über Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV

1. Dogmatischer Status

Der religionsverfassungsrechtliche Schutz des karitativ-diakonischen Wirkens der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften wird zumeist und zutreffend im Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften i.S.d. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV verortet. Die Annahme, dass diese Vorschrift einen eigenständigen und einschlägigen Grundrechtsschutz gewährleistet, ist nur haltbar, wenn ihr spezifischer Grundrechtsgehalt in einer doppelten Abgrenzung gegen das Grundrecht auf Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG einerseits und gegen andere spezielle Freiheitsrechte ohne religiösen Bezug andererseits nachgewiesen werden kann.

Vielfach wird neben dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften – z.T. sogar vorrangig – Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in Bezug genommen.⁶¹ Die Frage nach dem spezifischen normativen Gehalt des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften wird damit zur Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Grundrecht der Religionsfreiheit und Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV.⁶² Zwischen der Trennungsthese, die dogmatisch kategorial das Grundrecht der Religionsfreiheit von den institutionell verstandenen Kirchenartikeln der WRV unterscheidet⁶³, und der Einheitsthese, die Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zur Grundnorm des gesamten Religionsverfassungsrechts erklärt⁶⁴, liegt eine vermittelnde Antwort. Sie besagt, dass die über Art. 140 GG inkorporierten Artikel der WRV dogmatisch als spezifische Ausprägungen der Schutzpflichtendimension der

⁶¹ Statt vieler *Isensee*, Die karitative Betätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat (o. Fn. 9), S. 716 ff.; *Michael Stolleis*, Sozialstaat und karitative Tätigkeit der Kirchen (1973), in: Kirche, Staat, Diakonie (o. Fn. 6), S. 188 (199).

⁶² Zur Systematik *Stefan Korioth*, → § 16, Rn. 8. Die folgenden Ausführungen basieren auf *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 67 f., 150 ff.

⁶³ Aus neuerer Zeit u.a. *Hartmut Maurer*, Der verfassungsrechtliche Rechtsschutz der Gemeinden, politischen Parteien und Kirchen, in: Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag, hg. von Rainer Grote / Ines Härtel / Karl-Eberhard Hain u. a., 2007, S. 335 (349 f.); *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, Hbd. 2, 2011, S. 922.

⁶⁴ So etwa *Christian Walter*, Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive, 2006, S. 200 ff.; BVerfGE 102, 370 (387, 395 – Zeugen Jehovas).

Religionsfreiheit aufzufassen sind.⁶⁵ Daraus folgt zunächst, dass Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV als originäres Grundrecht im materiellen Sinne gilt.⁶⁶ Ferner besteht zwischen korporativer Religionsfreiheit i.S.d. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG⁶⁷ und dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften i.S.d. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV eine Schutzbereichsidentität.⁶⁸ Schließlich ist Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV inhaltlich gegenüber Art. 4 Abs. 1 und 2 GG die speziellere und daher vorrangig anzuwendende Norm. Ihr Charakter als abschließende, spezifische Ausprägung der korporativen Religionsfreiheit wird nicht zuletzt am Vorbehalt „des für alle geltenden Gesetzes“ deutlich: Die Religionsausübung der Religionsgemeinschaften wird aufgrund des unterschiedlichen Gefährdungspotentials anders als die rein individualrechtliche Dimension der Religionsfreiheit einem Schrankenvorbehalt unterworfen.⁶⁹ Für das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften ist daher das in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV verankerte Selbstbestimmungsrecht der gegenüber der allgemeinen Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG primäre grundrechtliche Maßstab.

- 37 Die Kirchen und Religionsgemeinschaften bzw. ihre im karitativ-diakonischen Bereich tätigen Einrichtungen und Mitarbeitenden genießen neben dem Schutz aus Art. 4 und 140 GG auch – ggf. über Art. 19 Abs. 3 GG – den Schutz aus dem allgemeinen Freiheitsrecht des Art. 2 GG und den speziellen Freiheitsrechten, etwa aus Art. 9, 12 und 14 GG.⁷⁰ Das Verhältnis dieser speziellen Freiheitsrechte zu den religionsspezifischen Grundrechten ist nicht zuletzt für die Identifikation der einschlägigen verfassungsrechtlichen Schranken des karitativ-diakonischen Wirkens relevant. Dieses Verhältnis kann nicht –

⁶⁵ Zur Schutzpflichtendimension des Grundrechts auf Religionsfreiheit *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 62), Rn. 104 f.

⁶⁶ Ebenso u.a. *Dirk Ehlers*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 4.

⁶⁷ Zur korporativen Religionsfreiheit BVerfGE 19, 129 (132); 24, 236 (245 f.); *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 62), Rn. 69 m. w. N.

⁶⁸ Ebenso u.a. *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 42 („Schutzbereichsüberdeckung“); zuvor schon *Joseph Listl*, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. 372 ff.

⁶⁹ Insoweit zutreffend *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 68), Art. 140 GG / 137 WRV, Rn. 15.

⁷⁰ Dazu schon *Isensee*, Die karitative Betätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat (o. Fn. 9), S. 705 ff.

nach dem (negativen) Vorbild des Schächt-Urteils des BVerfG – durch eine „i.V.m.“-Konstruktion bestimmt werden dergestalt, dass die genannten speziellen Freiheitsrechte zur Anwendung kommen „i.V.m.“ dem religionsspezifischen Grundrecht, das dann nur in der Verhältnismäßigkeitsprüfung relevant wird.⁷¹ Vielmehr ist dieses Verhältnis nach den allgemeinen Regeln über die Grundrechtskonkurrenzen zu bestimmen. Nach dem Grundsatz der Spezialität genießt ein Grundrecht den Vorrang gegenüber anderen einschlägigen Grundrechten, wenn es „eine schon allgemein geschützte Tätigkeit besonders schützt“.⁷² Auch wenn das karitativ-diakonische Wirken der (und in den) Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften die Berufs-, die Eigentums-, die Koalitions- und die allgemeine Handlungsfreiheit berührt, so liegt die primär religiöse Dimension dieses Wirkens, das für die Kirchen eine wesentliche und für die anderen Religionsgemeinschaften zumindest Teil ihrer Aufgabe ist, auf der Hand.⁷³ In diesem Zusammenhang ist zu Recht von einer objektivierten religiösen Qualität der Wohltätigkeit gesprochen worden, die zur Anwendung des Spezialitätsgrundsatzes und damit zum Vorrang der religionsspezifischen Grundrechte vor den anderen speziellen Freiheitsrechten führt.⁷⁴

Selbst wenn diese Lösung über das Spezialitätskriterium nicht überzeugen sollte, fiele das Ergebnis nicht anders aus. Jenseits der Spezialität sind im Wesentlichen zwei Wege zur Lösung von Grundrechtskonkurrenzen eröffnet.⁷⁵ Der erste Weg führt über die Feststellung, welches der in Betracht kommenden Grundrechte im Schwerpunkt betroffen ist. Ist ein solcher Schwerpunkt bestimmbar, so orientiert sich die Prüfung ausschließlich an dem vorrangig betroffene-

38

⁷¹ Ausführlich dazu *Karl-Eberhard Hain / Peter Unruh*, Neue Wege in der Grundrechtsdogmatik? Anmerkungen zum Schächt-Urteil des BVerfG nach Änderung des Art. 20a GG, in: DÖV 2003, S. 147 ff.

⁷² *Christian Starck*, in: Hermann von Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber / Andreas Voßkuhle, Bd. 1, Art. 1, Rn. 292. Zum Kriterium der Spezialität bei Grundrechtskonkurrenzen siehe auch *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, Hbd. 2, 1994, S. 1400 ff.

⁷³ S. o. A. I. Zur Subsumtion des karitativ-diakonischen Wirkens unter die verfassungsrechtlichen Begriffe der Religion und der Religionsfreiheit sowie zu der dogmatischen Zuordnung zum Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften s. u. 3.

⁷⁴ *Isensee*, Die karitative Betätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat (o. Fn. 9), S. 716 f.

⁷⁵ Dazu umfassend u. a. *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, Hbd. 2 (o. Fn. 72), S. 1366 ff.

nen Grundrecht und dessen Schranken. Beim karitativ-diakonischen Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften liegt der Schwerpunkt der Tätigkeiten in der Erfüllung einer religiös fundierten Aufgabe. Sollte auch diese vorrangige Betroffenheit bestritten werden, so bleibt schließlich der Weg über das jeweils stärkste Grundrecht, d.h. dasjenige, an dessen Einschränkungen die Verfassung die höchsten Anforderungen stellt. Dieser Weg führt zunächst unproblematisch zum vorbehaltlos (aber nicht schrankenlos!) gewährleisteten Grundrecht auf Religionsfreiheit.⁷⁶ Im Vorgriff auf die Erläuterung der Schranken des Selbstbestimmungsrechts aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV kann hier konstatiert werden, dass dieses Schutz-Kriterium jedenfalls nicht gegen die Anwendung der religionsspezifischen Grundrechte spricht. Für das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften bleibt daher das Selbstbestimmungsrecht aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV maßgeblich.

2. Personeller Schutzbereich

a) Kirchen und Religionsgemeinschaften

- 39 Der personelle Schutzbereich des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV umfasst alle Religionsgemeinschaften unabhängig von ihrem Rechtsstatus. In den Genuss dieses Selbstbestimmungsrechts kommen daher öffentlich-rechtliche Körperschaften, privatrechtliche Vereine und Gemeinschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit, wenn sie die begrifflichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer Religionsgemeinschaft erfüllen.⁷⁷

⁷⁶ Zu den Schranken des Grundrechts auf Religionsfreiheit siehe *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 62), Rn. 119 ff.

⁷⁷ BVerfGE 99, 100 (120); *Axel von Campenhausen/Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht. Eine systematische Darstellung des Religionsverfassungsrechts in Deutschland und Europa, 6. Aufl. 2006, S. 99. Zum Verfassungsbegriff der Religionsgemeinschaft siehe *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 62), Rn. 153.

b) Zugeordnete Einrichtungen

Sofern karitativ-diakonische Tätigkeiten und Einrichtungen von den Religionsgemeinschaften selbst entfaltet bzw. betrieben werden, ergeben sich im Hinblick auf den personellen Schutzbereich keine Probleme. Vielfach vollzieht sich das karitativ-diakonische Wirken jedoch in rechtlich selbstständigen, d.h. von den Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften rechtlich unabhängigen Einrichtungen in Privatrechtsform.⁷⁸ Diese Einrichtungen sind selbst keine Religionsgemeinschaften, weil sie sich mit ihrem karitativ-diakonischen Wirken nur einem Teilbereich, d.h. nur partiell der Pflege des religiösen Lebens widmen. Die Einbeziehung dieser Einrichtungen in den personellen Schutzbereich des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV setzt nach der akzeptierten und zutreffenden Rechtsprechung des BVerfG eine Zuordnung zu einer Religionsgemeinschaft voraus. In der maßgeblichen Goch-Entscheidung des BVerfG heißt es: „Nach Art. 137 Abs. 3 WRV sind nicht nur die organisierte Kirche und die rechtlich selbstständigen Teile dieser Organisation, sondern alle der Kirche in bestimmter Weise zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform Objekte, bei deren Ordnung und Verwaltung die Kirche grundsätzlich frei ist, wenn sie nach kirchlichem Selbstverständnis ihrem Zweck oder ihrer Aufgabe entsprechend berufen sind, ein Stück Auftrag der Kirche in dieser Welt wahrzunehmen und zu erfüllen [...]“.⁷⁹ Für das in der Goch-Entscheidung in Rede stehende römisch-katholische Wilhelm-Anton-Hospital stellte das Gericht fest, dass es der Kirche „so zugeordnet [ist], dass es teilhat an der Verwirklichung eines Stückes Auftrag der Kirche im Geist katholischer Religiosität, im Einklang mit dem Bekenntnis der katholischen Kirche und in Verbindung mit den Amtsträgern der katholischen Kirche.“⁸⁰ Aus diesen Ausführungen lässt sich ein „Kriterien-Dreiklang“ für die Zuordnung von rechtlich selbstständigen, karitativ-diakonischen Einrichtungen zu den Kirchen bzw. Religionsgemeinschaften destillieren.⁸¹

⁷⁸ Brenner, *Diakonie im Sozialstaat* (o. Fn. 12), S. 35 ff. S. o. A. III. 2., mit Beispielen.

⁷⁹ BVerfGE 46, 73 (85); ebenso BVerfGE 53, 366 (391), 70, 138 (162 ff.); zustimmend u. a. Axel Isak, *Das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften*, 1994, S. 81 f., 287 ff.; Martin Morlok, *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, 1993, S. 388 ff.

⁸⁰ BVerfGE 46, 73 (87).

⁸¹ Die folgenden Ausführungen basieren überwiegend auf der umfassenden und zutreffenden Darstellung bei Anne-Ruth Glawatz-Wellert, *Die Zu-*

- 41** Die Zuordnung setzt erstens zumindest die partielle Wahrnehmung des Auftrags der betreffenden Religionsgemeinschaft voraus. Sie kann also einerseits nur gelingen bei Religionsgemeinschaften, für die das karitativ-diakonische Wirken zumindest einen Teil ihres Auftrages ausmacht. Andererseits haben sich die betreffenden Einrichtungen von anderen Trägern durch ihr religionsgemeinschaftliches Proprium abzugrenzen. Dieses Proprium kann etwa in der satzungsmäßig festgeschriebenen religiös fundierten Motivation der Tätigkeiten und durch das Abhalten von Gottesdiensten und Andachten sowie die Seelsorge in den Einrichtungen zum Ausdruck gebracht und plausibilisiert werden.
- 42** Zweitens muss die Tätigkeit der Einrichtung im Einklang mit dem Bekenntnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft stehen. Auch hier kann die in der Satzung fixierte bekenntnismäßige Ausrichtung der Einrichtung als Indikator dienen. Über den Einklang mit ihrem Bekenntnis kann jedoch abschließend nur die jeweilige Religionsgemeinschaft selbst, und zwar im Wege der Anerkennung entscheiden. Für eine rechtswirksame Anerkennung stehen mehrere Wege offen. Von besonderer Bedeutung sind explizite und formale Anerkennungsakte in der Form von Kirchengesetzen, Vereinbarungen oder einseitigen Anerkennungserklärungen seitens der jeweiligen Religionsgemeinschaft. Im Falle der Kirchen kann die Zuordnung einzelner Einrichtungen auch durch die Aufnahme in die kircheneigenen Caritasverbände bzw. Diakonischen Werke als Dachverbände erfolgen, sofern innerkirchlich die entsprechenden Rechtsgrundlagen geschaffen werden.
- 43** Den dritten Ton des Kriterien-Dreiklangs bildet die organisatorische Verbindung zur jeweiligen Religionsgemeinschaft. Mit diesem Kriterium soll die kontinuierliche Einbindung der Einrichtung über den formalen Anerkennungsakt hinaus zur Sicherstellung der dauerhaften Erfüllung der ersten beiden Kriterien gewährleistet werden. Diese Verbindung kann etwa durch das Vorhalten einer bestimmten Anzahl von Sitzen in den leitenden Gremien der Einrichtung hergestellt werden, die der Religionsgemeinschaft ein Mindestmaß an Einflussmöglichkeiten auf die Einrichtung gewährt.

ordnung der Diakonie zur Kirche, in: ZevKR 51 (2006), S. 352 (359 ff. – Zitat vom „Kriterien-Dreiklang“, ebd., S. 359); zuvor schon *dies.*, Die Zuordnung privatrechtlich organisierter Diakonie zur evangelischen Kirche, 2003; siehe auch *Jörg Winter*, Welche Einrichtungen gehören zur Kirche?, in: ZevKR 59 (2014), S. 141 ff., und *Hendrik Munsonius*, Die Zuordnung von Kirche und Diakonie im freiheitlichen Gemeinwesen, in: ZevKR 60 (2015), S. 51 ff.

Dieser Dreiklang und die zugehörigen Kriterien sind in eine wer-
tende Gesamtschau einzustellen. Eine Zuordnung ist dann erfolg-
reich, „wenn für alle drei Kriterien ausreichende tatsächliche und
satzungsrechtliche Hinweise vorhanden sind“.⁸² In Reaktion auf die
Vorgaben aus der Rechtsprechung des BVerfG zur Zuordnung von
karitativ-diakonischen Einrichtungen hatte die EKD für den Bereich
der evangelischen Kirchen zunächst eine Zuordnungsrichtlinie erlas-
sen, die inzwischen in ein Zuordnungsgesetz transformiert wurde.⁸³

44

3. Sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich des Selbstbestimmungsrechts aus
Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV umfasst das Ordnen und Ver-
walten der eigenen Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften.⁸⁴
Zu diesen Angelegenheiten zählt alles, was durch den jeweiligen Auf-
trag umschrieben und für den Vollzug dieses Dienstes nach dem
(plausiblen) Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft
unentbehrlich ist.⁸⁵

45

Aus der einschlägigen Rechtsprechung des BVerfG ergibt sich, dass
das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und Religionsgemein-
schaften schon in den Schutzbereich der Religionsfreiheit aus Art. 4
Abs. 1 und 2 GG fällt.⁸⁶ Diese Rechtsprechung entwickelte sich in der
Auseinandersetzung mit religionsverfassungsrechtlichen Fragen, die
die Kirchen betrafen. Ihre Ergebnisse gelten aber auch für die ande-
ren Religionsgemeinschaften, denn aufgrund der Schutzbereichsiden-
tität von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und Art. 140 GG i.V.m. Art. 137
Abs. 3 WRV ist sie auch für den sachlichen Schutzbereich des Selbst-
bestimmungsrechts aller Religionsgemeinschaften relevant.

46

⁸² *Glawatz-Wellert*, Die Zuordnung der Diakonie zur Kirche (o. Fn. 81), S. 362. Zu Problemen der Zuordnung bei Ausgliederungen und Mischträger-
schaften sowie zum Verhältnis zwischen kirchlichem Arbeitsrecht und Zu-
ordnung ebd., S. 366 ff.

⁸³ Zuordnungsgesetz vom 12. 11. 2014 (ABl. EKD S. 340).

⁸⁴ Zum sachlichen Schutzbereich des Selbstbestimmungsrechts der Reli-
gionsgemeinschaften s. *Stefan Koriath*, → § 16, Rn. 13–31.

⁸⁵ *Peter Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 72), Bd. 3, Art. 137
WRV, Rn. 33.

⁸⁶ Zu dieser Entwicklung u. a. *von Campenhausen*, Staat – Kirche – Dia-
konie (o. Fn. 16), S. 42 ff.

47 Ein erster großer Schritt auf dem Weg dieser Entwicklung wurde mit der Lumpensammler-Entscheidung des BVerfG gegangen, der seinerseits aus drei Teilschritten besteht. Das BVerfG stellte hier zunächst fest, dass der Begriff der Religionsausübung aufgrund seiner zentralen Bedeutung für die Religionsfreiheit „extensiv ausgelegt werden muss. [...] Zur Religionsausübung gehören danach nicht nur kultische Handlungen und Ausübung und Beachtung religiöser Gebräuche wie Gottesdienst, Sammlung kirchlicher Kollekten, Gebete, Empfang der Sakramente, Prozession, Zeigen von Kirchenfahnen, Glockengeläute, sondern auch religiöse Erziehung, freireligiöse und atheistische Feiern sowie andere Äußerungen des religiösen Lebens.“⁸⁷ Damit ist der Weg zu einer Subsumtion des karitativ-diakonischen Wirkens der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften unter Art. 4 Abs. 1 und 2 GG eröffnet. Ferner erklärt das BVerfG, dass die Berufung auf dieses Grundrecht nicht nur den verfassten Religionsgemeinschaften zusteht, „sondern auch Vereinigungen, die sich nicht die allseitige, sondern nur die partielle Pflege des religiösen oder weltanschaulichen Lebens ihrer Mitglieder zum Ziel gesetzt haben.“⁸⁸ Damit sind auch die rechtlich selbstständigen karitativ-diakonischen Einrichtungen, die einer Religionsgemeinschaft zugeordnet werden können, vom Schutzbereich der Religionsfreiheit umfasst. In einem dritten und letzten Teilschritt wird konstatiert: „Bei der Würdigung dessen, was im Einzelfall als Ausübung von Religion und Weltanschauung zu betrachten ist, darf das Selbstverständnis der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften nicht außer Betracht bleiben.“⁸⁹ Für die Kirchen hat das Gericht ausdrücklich anerkannt, dass die „tätige Nächstenliebe [...] nach dem Neuen Testament eine wesentliche Aufgabe für den Christen [ist] und [...] von der Katholischen wie der Evangelischen Kirche als kirchliche Grundfunktion verstanden [wird].“⁹⁰ Aber auch den anderen Religionsgemeinschaften steht es offen, plausibel darzulegen, dass das karitativ-diakonische Wirken als religiöse Aufgabe von ihrem Selbstverständnis umfasst ist.

48 Die nachfolgende Rechtsprechung des BVerfG hat die Anerkennung des karitativ-diakonischen Wirkens der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften in der Folge bestätigt, gefestigt und konkre-

⁸⁷ BVerfGE 24, 236 (246).

⁸⁸ BVerfGE 24, 236 (246 f.).

⁸⁹ BVerfGE 24, 236 (247).

⁹⁰ BVerfGE 24, 236 (248).

tisiert.⁹¹ Ein herausragendes Beispiel liefert die St. Marien-Entscheidung des BVerfG zu Betrieb und Organisation von Krankenhäusern. Hier wird zunächst und allgemein bekräftigt, dass die tätige Nächstenliebe eine Grundfunktion der Kirchen ist. Im Anschluss wird festgestellt: „Zu dieser karitativen Tätigkeit gehört die kirchlich getragene Krankenpflege. Ihr entspricht die Organisation des kirchlichen Krankenhauses und die auf sie gestützte, an christlichen Grundsätzen ausgerichtete umfassende Hilfeleistung für den Patienten.“⁹² Damit wurde ein spezifischer Bereich, nämlich der Bereich der religiös motivierten Krankenpflege, dem Grundrecht der Religionsfreiheit unterstellt. Entsprechendes muss für die anderen Tätigkeitsfelder des karitativ-diakonischen Wirkens der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften gelten.

Schon aus diesem rudimentären Überblick ergibt sich die Erkenntnis, dass das karitativ-diakonische Wirken vom Schutzbereich des Grundrechts der Religionsfreiheit umfasst ist.⁹³ Die organisierte Form dieses Wirkens ist zugleich und unbestritten eine eigene Angelegenheit der Religionsgemeinschaften und fällt damit in den Schutzbereich des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV.⁹⁴ Innerhalb dieses Schutzbereiches sind zwei Schutzdimensionen zu unterscheiden. Die Abwehrdimension umfasst den Schutz vor unmittelbaren staatlichen Beschränkungen des karitativ-diakonischen Wirkens. Die Schutzdimension bezieht sich auf die rechtlichen und tatsächlichen Bedingungen der Möglichkeit der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts auch im karitativ-diakonischen Betätigungsfeld. Sie ist gerichtet auf die Unterlassung eigener und die Hinderung anderer Aktivitäten, die eine Verdrängung der Religionsgemeinschaften aus diesem – zumindest für die Kirchen wesentlichen – Tätigkeitsbereich bewirken können.⁹⁵

49

⁹¹ Überblick u. a. bei *Brenner*, *Diakonie im Sozialstaat* (o. Fn. 12), S. 54 ff.

⁹² BVerfGE 53, 366 (393).

⁹³ Ebenso *Stolleis*, *Sozialstaat und karitative Tätigkeit der Kirchen* (o. Fn. 61), S. 199.

⁹⁴ Statt vieler *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 85), Art. 137 WRV, Rn. 39.

⁹⁵ Annahme einer vergleichbaren Schutzgarantie bei *Stolleis*, *Sozialstaat und karitative Tätigkeit der Kirchen* (o. Fn. 61), S. 206.

4. Eingriffe

50 Eingriffe im klassischen Sinne lägen in einer unmittelbaren hoheitlichen Untersagung karitativ-diakonischen Wirkens.⁹⁶ Diese Konstellation lag dem Lumpensammler-Fall (o. Rn. 47) zugrunde, in dem das BVerfG zu beurteilen hatte, ob das noch aus nationalsozialistischer Zeit stammende Sammlungsgesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist.⁹⁷ Inhalt dieses Gesetzes waren u. a. massive Beschränkungen auch von Sammlungen der Religionsgemeinschaften für karitativ-diakonische Zwecke. Diese Beschränkungen stellten finale, unmittelbare, rechts- bzw. gesetzesförmige und imperative Eingriffe in das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften dar.

51 Von praktisch höherer Bedeutung als unmittelbare und zielgerichtete Eingriffe in das grundrechtlich geschützte karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften sind faktische bzw. mittelbare Eingriffe. Sie lassen sich mit dem modernen bzw. grundrechtlichen Eingriffsbegriff erfassen, der über den klassischen Eingriffsbegriff hinausgeht.⁹⁸ Danach gilt als Grundrechtseingriff jede dem Staat zurechenbare Maßnahme, die dem Einzelnen ein Verhalten, das vom Schutzbereich eines Grundrechts umfasst ist, ganz oder teilweise unmöglich macht.⁹⁹ Dieser Eingriffsbegriff ist naturgemäß auch für Eingriffe in die religionsspezifischen Grundrechte relevant.¹⁰⁰ Für das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften gilt daher, dass jede dem Staat zurechenbare rechtliche oder faktische Beeinträchtigung der Religionsgemeinschaften in der Erledigung ihrer eigenen Angelegenheiten als Eingriff in den Schutzbereich des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV zu betrachten ist.¹⁰¹

⁹⁶ Zu den Definitionsmerkmalen des klassischen Grundrechtseingriffs (Finalität, Unmittelbarkeit, Rechtsförmigkeit und Imperativität) siehe *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 72), Art. 1, Rn. 265; *Horst Dreier*, in: ders. (o. Fn. 68), Bd. 1, 3. Aufl., Vorb., Rn. 124 ff.

⁹⁷ BVerfGE 20, 150 (Sammlungs-Urteil). Das BVerfG hat das Gesetz für mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig erklärt.

⁹⁸ Überblick bei *Lothar Michael/Martin Morlok*, Grundrechte, 6. Aufl. 2017, Rn. 492 ff.

⁹⁹ *Bodo Pieroeth/Bernhard Schlink*, Grundrechte. Staatsrecht II, 34. Aufl. 2018, Rn. 240.

¹⁰⁰ Dazu *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 62), Rn. 107 ff.

¹⁰¹ *Unruh*, ebd., Rn. 169.

In diesem Zusammenhang lassen sich zwei Kategorien mittelbarer Eingriffe unterscheiden. So liegt – erstens – ein Eingriff in die grundrechtlich geschützten karitativ-diakonischen Entfaltungsmöglichkeiten vor, wenn der Staat oder die Kommunen durch den Betrieb eigener Einrichtungen die sofortige oder schleichende Verdrängung der von den Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften getragenen Einrichtungen bewirken. Konkurrierende Staatstätigkeit – etwa durch den massiven und flächendeckenden Ausbau eigener Kindertagesstätten, Jugend- und Altenhilfeeinrichtungen und Krankenhäuser – kann daher zu einer Verkürzung des geschützten Betätigungsfeldes führen, die grundrechtsdogmatisch einen Grundrechtseingriff darstellt und einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf.¹⁰² Entsprechendes gilt – zweitens –, wenn Staat oder Kommunen karitativ-diakonische Einrichtungen verdrängen, indem sie private Anbieter übermäßig fördern oder mit ihnen vorzugsweise kontrahieren. Auch hier liegt in den hoheitlichen Aktivitäten zumindest ein faktischer bzw. mittelbarer Eingriff in den Schutzbereich des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften unter dem Aspekt des karitativ-diakonischen Wirkens, denn damit wird die Erledigung einer eigenen Angelegenheit i. S. d. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV jedenfalls behindert, ggf. sogar verunmöglicht. Ohne verfassungsrechtliche Rechtfertigung sind derartige hoheitliche Aktivitäten verfassungswidrig.

52

5. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen

a) *Schranken des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften*

Gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV wird das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften „innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“ gewährleistet. Jenseits des Erfordernisses einer Beschränkung durch formelles Bundes- oder Landesgesetz hat die Auslegung dieses Schrankenvorbehalts seit der Formulierung der WRV eine wechselvolle Geschichte durchlaufen.¹⁰³

53

¹⁰² So schon *Isensee*, Die karitative Betätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat (o. Fn. 9), S. 740 f. m.w.N. zum Schutz karitativ-diakonischer Einrichtungen durch staatliche und kommunale Konkurrenz und allgemein zum Schutz vor „Eingriffen durch Konkurrenz“.

¹⁰³ Überblick u.a. bei *Stefan Muckel*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling, Stand: 2011,

In der neueren Rechtsprechung des BVerfG und der Literatur wird sein dogmatischer Gehalt mit der sog. Wechselwirkungs- bzw. Abwägungslehre umschrieben.¹⁰⁴ Ausgangspunkt ist die auf den Normtext gegründete Feststellung, dass der Schrankenvorbehalt grundsätzlich für alle eigenen Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften gilt. Die Bestimmung der Schranken des Selbstbestimmungsrechts kann aber nicht anhand einer einheitlichen Formel erfolgen, sondern hat sich im Einzelfall an einer Abwägung mit den kollidierenden Rechtsgütern zu orientieren. In diesem Sinn hat das BVerfG (im Hinblick auf die Kirchen) festgestellt: „Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV gewährleistet in Rücksicht auf das zwingende Erfordernis friedlichen Zusammenlebens von Staat und Kirchen sowohl das selbstständige Ordnen und Verwalten der eigenen Angelegenheiten der Kirchen als auch den staatlichen Schutz anderer für das Gemeinwesen bedeutsamer Rechtsgüter. Dieser Wechselwirkung ist durch entsprechende Güterabwägung Rechnung zu tragen.“¹⁰⁵ Erforderlich ist demnach eine Abwägung des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften mit den Rechtsgütern, die mit dem einschränkenden Gesetz geschützt werden sollen. Beide Rechtspositionen sind zwar in möglichst hohem Maße zu verwirklichen. Sie sind einander aber im Sinne einer Wechselwirkung verhältnismäßig zuzuordnen, d.h. das einschränkende Gesetz muss stets im Lichte der Bedeutung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV betrachtet werden, wie umgekehrt die Bedeutung des kollidierenden Rechtsguts im Verhältnis zum Selbstbestimmungsrecht gewichtet werden muss. Es ist in jedem Einzelfall durch Abwägung der kollidierenden Rechtsgüter zu prüfen, ob das jeweilige Gesetz als „für alle geltendes Gesetz“ Einschränkungen des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften verfassungsrechtlich zu rechtfertigen vermag. Als kollidierende Rechtsgüter kommen nicht nur kollidierendes Verfassungsrecht, sondern alle Rechtsgüter des Gemeinwohls in Betracht.¹⁰⁶ So lassen sich zuguns-

Art. 140 GG / 137 WRV, Rn. 48 ff.; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV. Hbd. 2 (o. Fn. 63), S. 1254 ff; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 62), Rn. 171 ff. m. w. N.

¹⁰⁴ Dazu *Stefan Koriath*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Losebl., 1958 ff., Stand: Februar 2003, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 47 m. w. N. Zum Folgenden schon *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 62), Rn. 173 f.

¹⁰⁵ BVerfGE 53, 366 (400).

¹⁰⁶ Ebenso u. a. *Claus Dieter Classen*, Religionsrecht, 2. Aufl. 2015, Rn. 260; *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 66), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 11; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, Hbd. 2 (o. Fn. 63),

ten staatlicher und kommunaler Konkurrenz im karitativ-diakonischen Bereich das Sozialstaatsprinzip und die Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG anführen. Daneben sind auch die weltanschaulich-religiöse Neutralität des Staates und Grundrechte Dritter etwa in Gestalt der negativen Religionsfreiheit von Bedeutung.¹⁰⁷

b) Sozialstaatsprinzip; Kooperationsgebot

Das in Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG verankerte Sozialstaatsprinzip hat den Status einer Staatszielbestimmung¹⁰⁸ und ist trotz seines hohen Abstraktionsgrades ein tauglicher Abwägungstopos bei der Einschränkung von Grundrechten.¹⁰⁹ Die Vor- und Aufgabe der Sozialstaatlichkeit wurzelt in der Menschenwürde als dem normativen Grundwert des Grundgesetzes, der sich verfassungstheoretisch in die Begriffe der Freiheit und Gleichheit der Bürgerinnen und Bürger ausdifferenziert. „Sozial ist [demnach] ein Staat, der eine Gesellschaftsordnung schafft, die den prinzipiellen Anforderungen der Menschenwürde, nämlich der Freiheit und Gleichheit entspricht.“¹¹⁰ Mit dem Sozialstaatsprinzip ist dem Staat normativ aufgegeben, die Bedingungen der Möglichkeit realer (!) Freiheit und Gleichheit nach Maßgabe des rechtlich und tatsächlich Möglichen zu

54

S. 1238. A. A. etwa *Bernd Grzeszick*, Staatlicher Rechtsschutz in Kirchensachen, in: *AöR* 129 (2004), S. 168 (210 ff.).

¹⁰⁷ Außer Betracht bleibt hier die von *Scheuner*, Die karitative Tätigkeit (o. Fn. 6), S. 181 ff., formulierte These, aus der „Natur der freiheitlichen Verfassungsordnung“ erwachse „eine innere Grenze staatlicher Wirksamkeit gegenüber Kräften gesellschaftlichen Lebens“. Dazu die hinreichende Erwiderung bei *Stolleis*, Sozialstaat und karitative Tätigkeit der Kirchen (o. Fn. 61), S. 208 f.

¹⁰⁸ Zum Begriff der Staatszielbestimmung siehe grundlegend *Karl-Peter Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997.

¹⁰⁹ *Karl-Peter Sommermann*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 72), Bd. 2, Art. 20, Rn. 103, 126.

¹¹⁰ *Karl-Eberhard Hain*, Die Grundsätze des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG, 1999, S. 311. In der Sache ebenso *Hans F. Zacher*, Das soziale Staatsziel, in: *HStR*^I, Bd. I, 1987, S. 1045 ff.; *Peter Badura*, Der Sozialstaat, in: *DÖV* 1989, S. 491 (498); *Ernst Benda*, Der soziale Rechtsstaat, in: *HVerfR*², Rn. 89; *Christian Starck*, Gesetzgeber und Richter im Sozialstaat (1978), in: ders., Der demokratische Verfassungsstaat. Gestalt, Grundlagen, Gefährdungen, 1995, S. 265 (268).

gewährleisten.¹¹¹ Auf dieser Grundlage lassen sich drei Elemente des Sozialstaatsprinzips identifizieren: sozialer Ausgleich, soziale Sicherheit und soziale Gerechtigkeit.¹¹² Von besonderer Bedeutung für das karitativ-diakonische Betätigungsfeld ist das Element der sozialen Sicherheit, das dem Sozialstaat den Schutz der Menschen vor den Wechselfällen des Lebens aufgibt. Es ist – neben der Garantie des Existenzminimums¹¹³ – geprägt von dem sog. Fünfsäulensystem der Sozialversicherung, d. h. der Kranken-, der Unfall-, der Renten-, der Arbeitslosen- und der Pflegeversicherung. Das Sozialstaatsprinzip verpflichtet den Staat zur Hilfe für Menschen, die sich in einer Situation „kreatürlicher Not“ befinden; damit besteht eine Aufgabenüberschneidung mit dem Auftrag der Kirchen und Religionsgemeinschaften zu karitativ-diakonischem Wirken. Dem Staat kommt eine Gesamt- bzw. Letztverantwortung für die Erfüllung dieser Aufgabe zu.¹¹⁴ Eine Verpflichtung, die damit verbundenen Aufgaben ausschließlich durch eigene staatliche bzw. kommunale Einrichtungen wahrzunehmen, lässt sich daraus jedoch nicht entnehmen.¹¹⁵ Eine Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe(n) durch karitativ-diakonische Einrichtungen der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften ist daher nicht von vornherein ausgeschlossen.¹¹⁶

- 55 Für die Abwägung zwischen dem in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV verankerten Recht der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften zu karitativ-diakonischem Wirken auch mittels eigener Einrichtungen und dem Sozialstaatsprinzip, von dem entsprechende Aktivitäten des Staates und der Kommunen umfasst sind, ist gelegentlich auf das aus der römisch-katholischen Soziallehre stam-

¹¹¹ Ausführlich dazu *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes (o. Fn. 30), S. 580 ff. Eine freiheitsfunktionale Deutung des Sozialstaatsprinzips wird unterstrichen bei *Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit (o. Fn. 30), S. 5 ff., 294.

¹¹² Zum Folgenden statt vieler *Rolf Gröschner*, in: Dreier (o. Fn. 68), Bd. II, Art. 20 (Sozialstaat), Rn. 37 ff.; *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 109), Art. 20, Rn. 103 ff.

¹¹³ BVerfGE 44, 353 (375), 45, 187 (228); 82, 60 (80). Aus der Lit. statt vieler *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 109), Art. 20, Rn. 114; *Benda*, Der soziale Rechtsstaat (o. Fn. 110), Rn. 116.

¹¹⁴ So BVerfGE 22, 180 (204) für den Bereich der Jugend- und Sozialhilfe.

¹¹⁵ Vgl. BVerfGE 22, 180 (204): „Keineswegs folgt aus dem Sozialstaatsprinzip, dass der Gesetzgeber für die Verwirklichung dieses Ziels nur behördliche Maßnahmen vorsehen darf. Art. 20 Abs. 1 GG bestimmt nur das ‚Was‘, das Ziel, die gerechte Sozialordnung; er lässt aber für das ‚Wie‘, d. h. für die Erreichung des Ziels, alle Wege offen.“

¹¹⁶ Ausdrücklich *Gröschner*, in: Dreier (o. Fn. 112), Art. 20 (Sozialstaat), Rn. 49, 51.

mende Subsidiaritätsprinzip zurückgegriffen worden. Danach kommt der jeweils kleineren sozialen Einheit (bzw. dem Individuum) vor der nächstgrößeren Einheit ein normativer Vorrang zu, „solange diese sich als effizienter als jene erweist“.¹¹⁷ Diese allgemeine Vorrangrelation zugunsten der unteren Ebene wird insbesondere auf das Verhältnis von Staat und nicht-staatlichen, d. h. gesellschaftlichen Kräften übertragen.¹¹⁸ Mit diesem normativen Gehalt sei das Subsidiaritätsprinzip zugleich ein dem Grundgesetz zu entnehmender Verfassungsgrundsatz.¹¹⁹ Belege lieferten etwa die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 70 ff. GG und die Vollzugskompetenzen nach Art. 83 ff. GG, die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 1 GG, aber auch die Grundrechte und das Rechtsstaatsprinzip.¹²⁰ Vor diesem Hintergrund wird für den Bereich karitativ-diakonischen Wirkens ein Vorrang der freien (auch kirchlichen bzw. religionsgemeinschaftlichen) Träger vor staatlicher Aufgabenwahrnehmung vertreten. Denn da „Staat und Gesellschaft in der sozialen Sicherheit, im Gesundheits- und Bildungswesen gemeinsame öffentliche Aufgaben zu erfüllen haben, stellen sich die gesell-

¹¹⁷ Zum Begriff der Subsidiarität und seiner Herkunft aus der römisch-katholischen Soziallehre u. a. *Oswald von Nell-Breuning*, Art. „Subsidiarität“, in: StL⁶, Bd. VII, 1962, Sp. 826 ff.; *Valentin Zsifkovits*, Art. „Subsidiarität“, in: *Katholisches Soziallexikon*, hg. von Alfred Klose / Wolfgang Mantl / Valentin Zsifkovits, 2. Aufl. 1980, Sp. 2994 ff.; *Walter Schöpsdau*, Art. „Subsidiarität (Th)“, in: EvStL⁴, Sp. 2422 ff.; *Thomas Hausmanninger*, Art. „Subsidiarität. III. Als Terminus katholischer Soziallehre“, in: RGG⁴, Bd. 7, 2004, Sp. 1824 (Zitat ebd.); *Becker*, Perspektiven der Diakonie im gesellschaftlichen Wandel (o. Fn. 11), S. 75 f.; *Brenner*, Diakonie im Sozialstaat (o. Fn. 12), S. 74 ff. Instruktiv zur Subsidiarität als sozialethischem Prinzip und seiner Übertragbarkeit auf das (Staats- und Europa-) Recht siehe *Ottfried Höffe*, Subsidiarität als Staatsprinzip, in: ders., Vernunft und Recht. Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs, 1996, S. 220 (222 ff.).

¹¹⁸ *Jochen-Christoph Kaiser*, Art. „Subsidiarität. I. Sozialwissenschaftlich“, in: RGG⁴, Bd. 7, 2004, Sp. 1822. Zur allgemein-rechtstechnischen Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips etwa in den Anwendungsfeldern des Straf-, des Verfassungsprozess- und des Verwaltungsprozessrechts siehe u. a. *Michael Droege*, Art. „Subsidiarität (J)“, in: EvStL⁴, Sp. 2415 (2416). Zum Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Union siehe u. a. *Christian Calliess*, Subsidiarität und Solidarität in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999; *ders.*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 187, 194 ff.

¹¹⁹ So *Josef Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, 2. Aufl. 2001.

¹²⁰ Aufgeführt bei *Droege*, Art. „Subsidiarität (J)“ (o. Fn. 118), Sp. 2420. Zur Verankerung in den Grundrechten und im Rechtsstaatsprinzip insbesondere *Isensee*, Subsidiarität und Verfassungsrecht (o. Fn. 119), S. 158 ff., 278 f.

schaftlichen Aktivitäten als die untere Ebene dar gegenüber den staatlichen Veranstaltungen“.¹²¹ Folglich dürfe die öffentliche Hand im karitativ-diakonischen Bereich erst selbst handeln, „wenn freie Träger nicht (genügend) tätig werden“.¹²²

56 Die Projektion des Subsidiaritätsprinzips auf das geltende Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland bzw. die Verortung dieses Prinzips im Grundgesetz hat sich nicht durchsetzen können. Ihr ist mit guten Gründen entgegengehalten worden, dass ein allgemeines, jenseits konkreter Ausprägungen wirksames Subsidiaritätsprinzip auf Verfassungsebene „kaum angedeutet, geschweige denn durchgängig verwirklicht“ ist.¹²³ Es lässt sich nicht überzeugend und rückstandslos aus dem Grundgesetz extrahieren; zudem „ist ein Nutzen, ein verfassungsdogmatischer Mehrwert von einem starren, hierarchischen Subsidiaritätsprinzip nicht zu erwarten“.¹²⁴

57 Auch zu einer adäquaten Klärung des Verhältnisses zwischen dem Sozialstaat und dem karitativ-diakonischen Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften kann und sollte das Subsidiaritätsprinzip nicht herangezogen werden. Diese Zurückweisung steht im Einklang mit dem einschlägigen und maßgeblichen Sozialhilfe-Urteil des BVerfG. Das Gericht hatte hier die inkriminierten Bestimmungen des (damaligen) Jugendwohlfahrts- und Bundessozialhilfegesetzes für verfassungsgemäß erklärt, aber gerade kein starres Vorrangverhältnis zugunsten der freien Träger der Wohlfahrtspflege statuiert. Vielmehr wurde als grundgesetzkonform anerkannt, dass die angegriffenen Vorschriften „nicht den Zweck [verfolgen], der freien Wohlfahrtspflege schlechthin einen Vorrang vor der öffentlichen Sozialhilfe einzuräumen, sondern [...] die längst auch im Fürsorgewesen übliche und bewährte Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen Trägern der Sozialhilfe und den freien Wohlfahrtsverbänden gewährleisten [wollen], um mit dem koordinierten Einsatz öffentlicher und pri-

¹²¹ *Isensee*, Die karitative Betätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat (o. Fn. 9), S. 739.

¹²² *Isensee*, Die karitative Betätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat (o. Fn. 9), S. 739.

¹²³ *Stolleis*, Sozialstaat und karitative Tätigkeit der Kirchen (o. Fn. 61), S. 208; ebenso *Scheuner*, Die karitative Tätigkeit (o. Fn. 6), S. 179 f.; *Brenner*, Diakonie im Sozialstaat (o. Fn. 12), S. 74, 83; *Heinrich de Wall*, Art. „Subsidiarität. II. Rechtlich“, in: RGG⁴, Bd. 7, 2004, Sp. 1823 (1824).

¹²⁴ *Droege*, Art. „Subsidiarität (J)“ (o. Fn. 118), Sp. 2420 mit weiteren Ausführungen zu den ausdrücklichen Verankerungen der Subsidiarität im Grundgesetz. I. E. ebenso *Brenner*, Diakonie im Sozialstaat (o. Fn. 12), S. 83 ff.

vater Mittel den größtmöglichen Erfolg zu erzielen“.¹²⁵ Zugleich wurde klargestellt, dass die Letztverantwortung für die Gewährung von Hilfe nicht – wie es dem Subsidiaritätsprinzip entspräche – bei den freien, sondern bei den öffentlichen Trägern der Jugend- bzw. Sozialhilfe liegt.¹²⁶ Die Kollision zwischen dem Sozialstaatsauftrag und dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften im Hinblick auf ihr karitativ-diakonisches Wirken ist daher – auch nach Maßgabe dieser überzeugenden Rechtsprechung – nicht mittels des Subsidiaritätsprinzips, sondern durch ein Kooperations- und Koordinationsgebot aufzulösen.¹²⁷ Durch den kooperativen und koordinierten Einsatz öffentlicher und privater Mittel unter Einschluss der Ressourcen der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften ist ein größtmöglicher Erfolg zugunsten der Hilfebedürftigen zu erzielen.¹²⁸ Das Kooperationsgebot schließt ein, dass das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften nicht durch staatliche oder kommunale Aktivitäten verdrängt werden darf. Vielmehr ist es in die Erfüllung der öffentlichen Sozialstaatsaufgabe einzubeziehen. Durch das verfassungsrechtliche Gebot der Kooperation sind aber zugunsten des Subsidiaritätsprinzips darüber hinausgehende Vorschriften des Gesetzesrechts bzw. des einfachen Sozialrechts nicht ausgeschlossen.

c) Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung

Auf kommunaler Ebene, die „staatsorganisationsrechtlich als Teil der Länder einzustufen ist“,¹²⁹ steht dem Recht der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften auf karitativ-diakonisches Wirken die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG

58

¹²⁵ BVerfGE 22, 180 (202).

¹²⁶ BVerfGE 22, 180 (204).

¹²⁷ Ebenso statt vieler *Brenner*, *Diakonie im Sozialstaat* (o. Fn. 12), S. 101. Zum Topos „Kooperation“ bereits *Alfred Rinken*, *Die karitative Betätigung der Kirchen und Religionsgemeinschaften. Staatskirchenrechtliche Grundlagen. Die karitativen Werke und Einrichtungen der katholischen Kirche*, in: HSKR¹, Bd. II, S. 345 (372 ff.), *Willi Geiger*, *Caritas im freiheitlichen Rechtsstaat*, 1977, S. 23 f.; *Roland Wegener*, *Staat und Verbände im Sachbereich Wohlfahrtspflege*, 1978, S. 227 ff.

¹²⁸ I. E. ebenso u. a. *von Campenhausen*, *Staat – Kirche – Diakonie* (o. Fn. 16), S. 45 f.; *Droege*, Art. „Subsidiarität (J)“ (o. Fn. 118), Sp. 2421; *Brenner*, *Diakonie im Sozialstaat* (o. Fn. 12), S. 86 f., der den Begriff der „Funktionenteilung“ verwendet.

¹²⁹ *Horst Dreier*, in: ders. (o. Fn. 112), Art. 28, Rn. 95.

gegenüber. Aus dieser Garantie folgt das Recht der (politischen) Gemeinden, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen des geltenden Rechts eigenverantwortlich zu regeln.¹³⁰ Zu diesen Angelegenheiten zählen auch die Errichtung und der Betrieb eigener Einrichtungen zur Erfüllung sozialstaatlicher Aufgaben, die materiell in den Bereich karitativ-diakonischer Aufgabenfelder fallen.

- 59 Die Lösung dieser Kollision erfolgt analog zu der Abwägung zwischen dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften im karitativ-diakonischen Bereich und dem Sozialstaatsprinzip. Nach der Rechtsprechung des BVerfG aus dem auch insoweit einschlägigen Sozialhilfe-Urteil bringt das Kooperationsgebot auch im Verhältnis zwischen Kirchen und Religionsgemeinschaften einerseits und (politischen) Gemeinden andererseits eine „vernünftige Aufgabenverteilung“ zum Ausdruck und stellt „eine möglichst wirtschaftliche Verwendung der zur Verfügung stehenden öffentlichen und privaten Mittel“ sicher. Zudem verbleibt den Gemeinden die Gesamtverantwortung dafür, dass das für die Hilfebedürftigen Erforderliche „durch behördliche und freie Tätigkeit [...] geschieht“.¹³¹ Auch der Rekurs auf Art. 28 Abs. 2 GG rechtfertigt nicht die Verdrängung des karitativ-diakonischen Wirkens der Kirchen und anderer Religionsgemeinschaften.¹³²

d) Das Wahlrecht der Hilfeempfänger

- 60 Als gegenläufige Verfassungsrechtsposition erweist sich schließlich das Wahlrecht der im Hinblick auf die Leistungen des Sozialstaats Anspruchsberechtigten auf eine jeweils eigene Entscheidung darüber, ob die Leistung durch karitativ-diakonische Einrichtungen der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften oder durch Einrichtungen anderer Träger ohne konfessionelle Bindung erbracht werden soll.¹³³ Dieses Wahlrecht gründet verfassungsrechtlich im Grundrecht

¹³⁰ Statt vieler *Peter J. Tettinger / Kyrill-A. Schwarz*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 109), Art. 28, Rn. 178; *Dreier*, in: ders. (o. Fn. 129), Art. 28, Rn. 102.

¹³¹ Siehe vorausgehende Zitate aus BVerfGE 22, 180 (206).

¹³² I. E. ebenso schon *Isensee*, Die karitative Betätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat (o. Fn. 9), S. 741 f.

¹³³ Zum Folgenden u. a. *Stolleis*, Sozialstaat und karitative Tätigkeit der Kirchen (o. Fn. 61), S. 210 ff.; *Brenner*, Diakonie im Sozialstaat (o. Fn. 12), S. 89 ff. Zum Wahlrecht der Hilfebedürftigen allgemein siehe *Otto Jehle*, Das „Wahlrecht“ des Hilfeempfängers im BSHG, in: Zeitschrift für das Fürsor-

der Hilfeempfänger aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG. In seiner Dimension als individuelle positive Religionsfreiheit unterstützt dieses Grundrecht das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften auf karitativ-diakonisches Wirken. Es umfasst auch das Recht der Hilfesuchenden, die jeweiligen Leistungen von einem ihrem Bekenntnis verpflichteten Träger erbringen zu lassen.¹³⁴ Religionsverfassungsrechtlich relevant(er) sind jedoch die Auswirkungen der negativen Dimension der Religionsfreiheit, die zu einer Kollision mit dem Recht der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften auf karitativ-diakonisches Wirken führen können. Denn aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG können Hilfesuchende auch das Recht ableiten, karitativ-diakonische Angebote und Leistungen in Einrichtungen der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften – etwa aufgrund abweichender oder fehlender Konfession – gerade nicht in Anspruch nehmen zu müssen.¹³⁵ Diese Konstellation führt insbesondere dann zu einem Grundrechtskonflikt, wenn konfessionell getragene Einrichtungen in dem jeweiligen Betätigungsfeld und bezogen auf die örtlichen Gegebenheiten eine (Quasi-)Monopolstellung haben. Dies gilt etwa dann, wenn der Staat oder die Kommunen aufgrund des Kooperations- und Koordinationsgebotes und der ausreichenden Versorgung durch kirchliche Einrichtungen auf die Errichtung und den Betrieb eigener Kindergärten, Krankenhäuser oder Altenheime verzichtet haben. In diesem Fall treffen das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften und die negative Religionsfreiheit von Hilfesuchenden aufeinander.

Grundsätzlich gilt, dass die Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften, auch wenn ihnen der Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zukommt, Grundrechtsträger und nicht Grundrechtsverpflichtete sind.¹³⁶ So kommt eine Bindung an staatliche

61

gewesen 14/32 (1962), S. 82 ff.; *Andreas Unrau / Frank Garlich*, Das sozialhilferrechtliche Wunsch- und Wahlrecht des konfessionell gebundenen Heimbewohners, in: ZevKR 48 (2003), S. 38 ff.

¹³⁴ So schon *Rinken*, Die karitative Betätigung der Kirchen und Religionsgemeinschaften (o. Fn. 127), S. 361.

¹³⁵ Diese Dimension des Wahlrechts wird implizit anerkannt in BVerfGE 22, 180 (209), wo der verfassungsrechtliche Bestand einer Vorrangregel zugunsten freier Träger im älteren JWG deshalb angenommen wird, weil die Hilfeempfänger „die Inanspruchnahme eines freien Trägers ablehnen [können]“.

¹³⁶ Grundlegend *Hermann Weber*, Grundrechtsbindung der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: HSKR², Bd. II, S. 575 ff.; *ders.*, Bindung der Kirchen an staatliche und innerkirchliche Grundrechte und das Verhältnis der Grundrechtsgewährleistungen zueinander, in: ZevKR 42 (1997), S. 282 ff.;

Grundrechte im internen Bereich der Religionsgemeinschaften nicht in Betracht. Wenn und soweit die Religionsgemeinschaften hingegen staatliche Hoheitsrechte in Anspruch nehmen, ist eine Grundrechtsbindung unbestritten gegeben.¹³⁷ Mit und in ihrem karitativ-diakonischen Wirken handeln aber zumindest die Kirchen einerseits nicht im rein internen Bereich, da ihre Einrichtungen grundsätzlich allen Hilfebedürftigen unabhängig von ihrer Konfession offen stehen. Andererseits nehmen sie in diesem Zusammenhang – mit den eigenen – (auch) öffentliche Aufgaben wahr, aber keine Hoheitsrechte in Anspruch. Vielmehr können und müssen sich der Staat und die Kommunen im Rahmen des Kooperations- und Koordinationsgebotes bestehender karitativ-diakonischer Einrichtungen in religionsgemeinschaftlicher Trägerschaft zur Erfüllung ihres Sozialstaatsauftrages bedienen. Insbesondere wenn religionsgemeinschaftlichen Einrichtungen im karitativ-diakonischen Bereich die beschriebene (Quasi-) Monopolstellung zukommt, läuft das Wahlrecht der Hilfebedürftigen leer und die öffentliche Hand ist aufgrund des Koordinations- und Kooperationsgebotes weder gezwungen noch berechtigt, eigene Paralleleinrichtungen zu schaffen. Damit entsteht ein mehrpoliges Kollisionsverhältnis zwischen dem Sozialstaatsauftrag des Staates, der negativen Religionsfreiheit der bzw. des Einzelnen und dem in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV gewährleisteten Recht der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften auf karitativ-diakonisches Wirken auf der Grundlage ihres jeweiligen Auftrages. Dieses mehrpolige Kollisionsverhältnis ist dahin gehend aufzulösen, dass in den konfessionellen karitativ-diakonischen Einrichtungen mit Monopolstellung Rücksicht zu nehmen ist auf ggf. abweichende oder fehlende konfessionelle Orientierungen derjenigen, die diese Einrichtungen in Anspruch nehmen (müssen).¹³⁸ Diese ausgleichende Lösung über das Gebot der Rücksichtnahme steht im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG, das in seinem Sozialhilfe-Urteil eine im BSHG verankerte Vorrangregel zugunsten der freien Träger der Wohlfahrtspflege für vereinbar mit der negativen Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG erklärt hat, „weil nach § 3 BSHG den Wünschen des Hilfeempfängers hinsichtlich der Gestaltung der Hilfe

ders., Die Grundrechtsbindung der Kirchen, in: ZevKR 17 (1972), S. 386 ff.; siehe auch *Christian Heckel*, Grundrechte in evangelischen Kirchenverfassungen, in: ZevKR 63 (2018), S. 233 ff.

¹³⁷ *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 62), Rn. 176.

¹³⁸ So schon *Stolleis*, Sozialstaat und karitative Tätigkeit der Kirchen (o. Fn. 61), S. 213; a.A. *Isensee*, Die karitative Betätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat (o. Fn. 9), S. 696.

auch in konfessioneller Hinsicht entsprochen werden soll.“¹³⁹ Das Gebot der Rücksichtnahme steht ferner im Einklang mit der breit konsentierten Lösung entsprechender Konflikte im Bereich des Friedhofswesens. Wenn und soweit etwa ein kirchlicher Friedhof im jeweiligen Einzugsgebiet eine Monopolstellung einnimmt, können Beschränkungen des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften zugunsten der Pflicht einer Aufnahme Konfessionsfremder erfolgen.¹⁴⁰ Schließlich dürfte das Rücksichtnahmegebot auch in der Praxis nicht zu grundlegenden Veränderungen führen. Denn in kirchlichen Einrichtungen besteht von vorneherein keine Pflicht zur Teilnahme an Andachten oder zur Inanspruchnahme der Seelsorgeangebote, und auf eine bestimmte religiöse oder areligiöse Motivation des in den Einrichtungen tätigen Personals gibt weder die positive noch die negative Religionsfreiheit einen Anspruch.

III. Grundrechtsschutz über Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV

1. Dogmatischer Status

Gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV werden das „Eigentum und andere Rechte der Religionsgesellschaften und religiösen Vereine an ihren für Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und sonstigen Vermögen“ gewährleistet. Materiell handelt es sich um den verfassungsrechtlichen Schutz des Religionsgutes vor Säkularisierungen. Die dogmatisch-normative Eigenständigkeit dieser Vorschrift ist mit der Begründung bestritten worden, dass zwischen Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV und dem allgemeinen Eigentumsschutz aus Art. 14 GG eine Schutzbereichsidentität bestehe, sodass der Schutz des Religionsguts als „Bestandteil der Eigentumsfreiheit“ betrachtet werden müsse.¹⁴¹ Zudem sei die „spezifische kirchliche Widmung (für ‚Wohltätigkeitszwecke‘) [...] bereits abgedeckt durch das Selbstbestimmungsrecht

62

¹³⁹ BVerfGE 22, 180 (209).

¹⁴⁰ Dazu u. a. *Bernd Jeand’Heur / Stefan Koriath*, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, Rn. 342 m. w. N.

¹⁴¹ *Jörg Lücke*, Die Weimarer Kirchengutsgarantie als Bestandteil des Grundgesetzes, in: JZ 1998, S. 534 ff. Aus der Weimarer Zeit etwa *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933 (Neudruck 1987), S. 654; *Godehard Josef Ebers*, Staat und Kirche im neuen Deutschland, 1930, S. 214 ff.

nach Art. 137 Abs. 3 WRV“.¹⁴² Dagegen ist zurecht eingewandt worden, dass der Schutzbereich des Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV im Vergleich zum allgemeinen Eigentumsschutz aus Art. 14 GG einerseits weiter ist im Hinblick auf die umfassten Rechtspositionen, andererseits durch die Beschränkung auf den spezifischen Schutz der religiösen Funktion enger ist.¹⁴³ Im Ergebnis kommt dem Schutz des Religionsguts eine eigenständige normative Bedeutung gegenüber dem allgemeinen Eigentumsgrundrecht zu, sodass von einem Ergänzungsverhältnis bzw. einem Nebeneinander beider Gewährleistungen auszugehen ist.¹⁴⁴ Seine Funktion als Sicherstellung der materiellen Bedingungen der Möglichkeit der Selbstbestimmung der Religionsgemeinschaften weist den Schutz des Religionsguts seinerseits als Ausprägung der Schutzpflichtendimension der (kollektiven) Religionsfreiheit aus und verleiht ihm damit einen eigenständigen Grundrechtsstatus.¹⁴⁵

2. Schutzbereich

63 Der personelle Schutzbereich umfasst – ebenso wie das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV – alle Religionsgemeinschaften einschließlich ihrer Untergliederungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform.¹⁴⁶

64 Der sachliche Schutzbereich umfasst zunächst das Eigentum und andere Rechte der Religionsgemeinschaften. Der Eigentumsbegriff des Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV ist identisch mit dem Begriff des Eigentums in Art. 14 GG.¹⁴⁷ Unter diesen Begriff fällt auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.¹⁴⁸ Geschützt ist demnach die Sach- und Rechtsgesamtheit eines wirt-

¹⁴² *Isensee*, Die karitative Betätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat (o. Fn. 9), S. 736.

¹⁴³ Statt vieler *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 68), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 39 m. w. N.

¹⁴⁴ Ebenso *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 104), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 13; siehe auch *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 85), Art. 138 WRV, Rn. 23; zum Grundrechtsstatus des Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV ebd., Rn. 24.

¹⁴⁵ Dazu *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 62), Rn. 493 f.

¹⁴⁶ *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 85), Art. 138 WRV, Rn. 25.

¹⁴⁷ Statt vieler *Unruh*, ebd., Rn. 26 m. w. N.

¹⁴⁸ *Otto Depenheuer*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 72), Art. 14, Rn. 132 ff.

schaftlichen Unternehmens. Soweit karitativ-diakonische Einrichtungen der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften als wirtschaftliche Unternehmen in diesem Sinne betrachtet werden können, werden sie vom Schutzbereich des Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV umfasst. Die religiöse Zweckbestimmung steht aufgrund des Zusammenhangs dieser Einrichtung mit dem jeweiligen Auftrag der Kirche bzw. Religionsgemeinschaft außer Frage.

3. Eingriffe

Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV liegt vor, wenn hoheitliches Handeln das Religionsgut beeinträchtigt.¹⁴⁹ Der Entzug bzw. die Schließung karitativ-diakonischer Einrichtungen der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften liefern Beispiele für mögliche Eingriffe.

65

4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Schutz des Religionsguts aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV enthält keine eigenständige Schrankenregelung. Vor diesem Hintergrund ist vereinzelt die Auffassung vertreten worden, es handele sich um ein vorbehaltlos gewährleistetetes Grundrecht, das nur durch verfassungsimmanente Schranken in Gestalt kollidierenden Verfassungsrechts eingeschränkt werden könne.¹⁵⁰ Die dogmatische Grundlegung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV in der Religionsfreiheit und im Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften legt demgegenüber nahe, im Einklang mit der Rechtsprechung und der ganz überwiegenden Literatur die „Schranken des für alle geltenden Gesetzes“ aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV auf den Schutz des Religionsguts zu übertragen.¹⁵¹ Voraussetzung für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Be-

66

¹⁴⁹ *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 85), Art. 138 WRV, Rn. 30.

¹⁵⁰ So etwa *Dietrich Pirson*, Kirchengut – Religionsfreiheit – Selbstbestimmung (1999), in: ders., *Gesammelte Beiträge zum Kirchenrecht und Staatskirchenrecht*, 2. Hbd., 2008, S. 1048 (1058 f.).

¹⁵¹ Ebenso BVerwGE 87, 115 (125); *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 68), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 39; *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 66), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 10; *Classen*, Religionsrecht (o. Fn. 106), Rn. 288; *von Campenhhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 77), S. 270.

schränkungen des Religionsguts ist damit eine Abwägung mit kollidierenden Rechtsgütern. Insbesondere das Polizei- und Ordnungsrecht, das Bau- und Denkmalschutzrecht sowie das Immissionschutzrecht werden damit auch für karitativ-diakonische Einrichtungen der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften relevant.¹⁵²

IV. Schutz durch die Verfassungen der Bundesländer

1. Allgemeines

- 67** Neben dem im Grundgesetz verankerten Grundrechtsschutz wird das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften auch durch die Verfassungen der Bundesländer geschützt. Mit dem einschlägigen Landesverfassungsrecht wird der grundrechtliche Schutz aus dem Grundgesetz nicht geschmälert, sondern eine zusätzliche, gegenüber der jeweiligen Landesgewalt wirksame Schutzmauer errichtet.¹⁵³
- 68** Art und Ausmaß des Schutzes in den Landesverfassungen sind unterschiedlich. Keine Landesverfassung liefert hinsichtlich der Regelungen zum karitativ-diakonischen Wirken eine komplette Kopie des Grundgesetzes. Vielmehr zeichnen einzelne Landesverfassungen jeweils einzelne Elemente des grundgesetzlichen Schutzes nach. Darüber hinaus enthalten einzelne Landesverfassungen aber auch Regelungen, die den normativen Gehalt des grundgesetzlichen Schutzes konkretisieren bzw. ergänzen.
- 69** Die nachfolgende Übersicht über das einschlägige Landesverfassungsrecht geht nicht von einer isolierten Betrachtung jeder einzelnen Landesverfassung aus. Sie folgt vielmehr in systematischer Hinsicht dem Gedanken einer Ordnung unter dem Gesichtspunkt des zunehmenden Schutzniveaus für das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften – von der allgemeinen Verweisung auf Art. 140 GG bis hin zu einer Konkretisierung des Kooperationsgebotes und einer Kostenerstattung für die Tätigkeiten kirchlicher oder sonstiger religionsgemeinschaftlicher Einrichtungen im sozialstaatlich relevanten Bereich.

¹⁵² Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck Art. 138 WRV (o. Fn. 85), Rn. 33.

¹⁵³ Zum Verhältnis der Bundesgrundrechte zu den Landesgrundrechten siehe u. a. Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 85), Art. 141, Rn. 1 ff. Die im Nachfolgenden referierten Landesverfassungstexte sind auf dem Stand vom 31. 12. 2017.

2. Allgemeine Verweisung auf Art. 140 GG

Einige Landesverfassungen enthalten eine ausdrückliche Verweisung auf Art. 140 GG und damit auf die religionsverfassungsrechtlich relevanten Artikel der WRV. Dies gilt etwa für Art. 5 Verf. BW: „Für das Verhältnis des Staates zu den Kirchen und den anerkannten Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften gilt Artikel 140 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. Er ist Bestandteil dieser Verfassung.“ Ähnliche Regelungen enthalten Art. 9 Abs. 1 Verf. MV, Art. 109 Abs. 4 Verf. Sachsen, Art. 32 Abs. 5 Verf. LSA und Art. 40 ThürVerf. Die Verfassungen der betroffenen Länder begnügen sich jedoch nicht mit der Bezugnahme auf Art. 140 GG, sondern enthalten – wiederum in unterschiedlicher Gestalt – weitere Regelungen, die für das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und Religionsgemeinschaften relevant sind.

70

3. Gewährleistung des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften

In einigen Landesverfassungen wird – z. T. über die allgemeine Bezugnahme auf Art. 140 GG hinaus¹⁵⁴ – das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften ausdrücklich gewährleistet. Auch hier unterscheiden sich die Formulierungen. So lautet Art. 142 Abs. 3 BayVerf.: „Kirchen und anerkannte Religionsgemeinschaften sowie solche weltanschauliche Gemeinschaften, deren Bestrebungen den allgemein geltenden Gesetzen nicht widersprechen, sind von staatlicher Bevormundung frei. Sie ordnen und verwalten ihre Angelegenheiten innerhalb der Schranken der für alle geltenden Gesetze selbstständig. Sie verleihen ihre Ämter ohne Mitwirkung des Staates oder der politischen Gemeinde.“ Normativ vergleichbare Regelungen sind in Art. 4 Abs. 1 Verf. BW, Art. 36 Abs. 2 Verf. Bbg., Art. 59 Abs. 2 Verf. Bremen, Art. 49 HessVerf., Art. 19 Abs. 2 Verf. NRW, Art. 41 Abs. 2 Verf. RP, Art. 109 Abs. 2 Verf. Sachsen und Art. 32 Abs. 2 Verf. LSA enthalten. In Art. 35 Abs. 2 Verf. Saarl. wird im Rahmen der Gewährleistung des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften ausdrücklich hervorgehoben, dass „sie das Recht [haben], Vereine und Organisationen zu gründen und zu unterhalten, die ihren religiösen, karitativen, sozialen und volkserziehenden Aufgaben die-

71

¹⁵⁴ So in den Verfassungen von Sachsen und Sachsen-Anhalt.

nen.“ Die Auslegung des landesverfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstbestimmungsrechts, insbesondere in seiner Relevanz für das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften folgt der Dogmatik zu Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV.

4. Schutz des Eigentums zu Wohltätigkeitszwecken

- 72** Regelungen, die normativ dem Eigentumsschutz der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV entsprechen, enthalten Art. 146 BayVerf., Art. 37 Abs. 1 Verf. Bbg. und Art. 44 Verf. RP. Letzterer lautet: „Das Eigentum und andere Rechte der Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften sowie ihrer Einrichtungen an ihrem für Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke bestimmten Vermögen werden gewährleistet.“

5. Anerkennung der Gemeinnützigkeit

- 73** Einige Landesverfassungen enthalten Regelungen, in und mit denen karitativ-diakonische Einrichtungen der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften ausdrücklich und mit Verfassungsrang als gemeinnützig anerkannt werden. Beispielhaft dafür ist Art. 63 Verf. Bremen: „Die von den anerkannten Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften oder ihren Organisationen unterhaltenen Krankenhäuser, Schulen, Fürsorgeanstalten und ähnlichen Häuser gelten als gemeinnützige Einrichtungen.“ Vergleichbare Garantien enthalten Art. 46 Verf. RP und Art. 40 Verf. Saarl.

6. Gewährleistung des karitativ-diakonischen Wirkens

- 74** Die Verfassungen von Baden-Württemberg und Sachsen enthalten ausdrückliche Gewährleistungen des karitativ-diakonischen Wirkens der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften. So lautet Art. 6 Verf. BW: „Die Wohlfahrtspflege der Kirchen und der anerkannten Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften wird gewährleistet.“ Art. 87 Verf. BW erweitert diesen Schutz auf die „freien Wohlfahrtsverbände“. In Art. 109 Abs. 3 Verf. Sachsen wird – normativ gleich-

laufend – die „diakonische und karitative Arbeit der Kirchen und Religionsgemeinschaften [...] gewährleistet“.

7. Schutz und Förderung

Über die bloße Gewährleistung gehen diejenigen Landesverfassungen hinaus, die das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften schützen und fördern wollen. Dies gilt etwa für Art. 19 Abs. 2 Verf. MV: „Die soziale Tätigkeit der Kirchen, der Träger der freien Wohlfahrtspflege und der freien Jugendhilfe wird geschützt und gefördert.“ Vergleichbare Regelungen enthalten Art. 32 Abs. 3 Verf. LSA und Art. 41 ThürVerf.

75

8. Kooperationsgebot

In einigen Verfassungen finden sich Regelungen, die für den gesamten Bereich oder für Teilbereiche des karitativ-diakonischen Wirkens der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften als Ausprägungen des Kooperationsgebotes gelten können. Besonders augenfällig wird die Verbindung zum Kooperationsgebot in Art. 25 Abs. 1 und 2 Verf. Saarl. zur Kinder-, Jugend- und Familienhilfe: „(1) Das Land, die Gemeinden und Gemeindeverbände und die sonstigen Träger öffentlicher Gewalt achten und sichern die Kinderrechte, tragen für altersgerechte positive Lebensbedingungen Sorge und fördern die Kinder nach ihren Anlagen und Fähigkeiten. Sie haben die erforderlichen Einrichtungen zu schaffen. Ihre Aufgaben können durch Einrichtungen der freien Wohlfahrt wahrgenommen werden. – (2) Das Mitwirkungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften sowie der Verbände der freien Wohlfahrtspflege in den Angelegenheiten der Familienförderung, der Kinder- und Jugendhilfe bleibt gewährleistet und ist zu fördern.“ Hier werden die Letztverantwortung des Staates bei gleichzeitiger Einbeziehung der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften für die Erfüllung (eines Teils) des Sozialstaatsauftrages deutlich beschrieben. Eine vergleichbare Regelung zur Jugendhilfe enthält Art. 13 Verf. BW. Eine abgeschwächte, gleichwohl als solche erkennbare Formulierung des Kooperationsgebotes findet sich in den wortgleichen Art. 22 Abs. 2 Verf. Berlin und Art. 45 Abs. 3 S. 1 Verf. Bbg.: „Die Errichtung und Unterhaltung von Einrichtungen für die Beratung, Betreuung und Pflege im Alter, bei Krankheit, Behinde-

76

rung, Invalidität und Pflegebedürftigkeit sowie für andere soziale und karitative Zwecke sind staatlich zu fördern, unabhängig von ihrer Trägerschaft.“ Die Letztverantwortung des Staates aus dem Sozialstaatsprinzip bleibt hier (nur) der unausgesprochene verfassungsrechtliche Hintergrund für die Einbeziehung von Einrichtungen in nicht-staatlicher Trägerschaft.

9. Kostenerstattung

- 77 Einmalig unter den Regelungen des Landesverfassungsrechts zum karitativ-diakonischen Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften ist die Kostenerstattungsvorschrift des Art. 110 Verf. Sachsen: „(1) Werden durch die Kirchen und Religionsgemeinschaften im öffentlichen Interesse liegende gemeinnützige Einrichtungen oder Anstalten unterhalten, so besteht Anspruch auf angemessene Kostenerstattung durch das Land nach Maßgabe der Gesetze. – (2) Freie Träger mit vergleichbarer Tätigkeit und gleichwertigen Leistungen haben den gleichen Anspruch.“

V. Schutz durch religionsverfassungsrechtliche Verträge

- 78 Der Begriff des religionsverfassungsrechtlichen Vertrages dient als Oberbegriff für Konkordate und sonstige Kirchenverträge. *Konkordate* sind vertragliche Vereinbarungen zwischen dem Staat und dem Heiligen Stuhl, sofern sie die dauerhafte und umfassende Regelung der Beziehungen der Vertragspartner zum Gegenstand haben. Als *Kirchenverträge* werden hingegen entsprechende Vereinbarungen zwischen dem Staat und den evangelischen Kirchen sowie den weiteren Religionsgemeinschaften bezeichnet.¹⁵⁵ Ausgehend von der historischen Zäsur der Trennung von Staat und Kirche mit der Weimarer Reichsverfassung von 1919 lassen sich für das 20. und 21. Jahrhundert drei Generationen religionsverfassungsrechtlicher Verträge unterscheiden (1919–1933; 1945–1990; nach 1990).¹⁵⁶ Neben einer voll-

¹⁵⁵ Zu dieser Differenzierung u.a. *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 62), Rn. 328 f. m.w.N. Zu den Verträgen zwischen dem Staat und den Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften siehe auch *Stefan Mückl*, → § 10.

¹⁵⁶ Dazu *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 62), Rn. 330 ff. m.w.N.

ständigen Regelungsabstinenz¹⁵⁷ weisen diese Verträge hinsichtlich des karitativ-diakonischen Wirkens der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften – auch „generationenübergreifend“ – unterschiedliche Regelungsdichten auf.

Eine frühe vertragliche Absicherung findet sich im Reichskonkordat vom 20.6.1933; dessen Art. 31 S. 1–3 lauten: „Diejenigen katholischen Organisationen und Verbände, die ausschließlich religiösen, reinkulturellen und karitativen Zwecken dienen und als solche der kirchlichen Behörde unterstellt sind, werden in ihren Einrichtungen und in ihrer Tätigkeit geschützt. Diejenigen katholischen Organisationen, die außer religiösen, kulturellen und karitativen Zwecken auch anderen, darunter auch sozialen oder berufsständischen Aufgaben dienen, sollen, unbeschadet einer etwaigen Einordnung in staatliche Verbände, den Schutz des Artikel 31 Absatz 1 genießen, sofern sie Gewähr dafür bieten, ihre Tätigkeit außerhalb jeder politischen Partei zu entfalten. Die Feststellung der Organisationen und Verbände, die unter die Bestimmungen dieses Artikels fallen, bleibt vereinbarlicher Abmachung zwischen der Reichsregierung und dem deutschen Episkopat vorbehalten.“

79

Das Konkordat mit dem Land Niedersachsen aus 1965 regelt in Art. 1 Abs. 1: „Das Land Niedersachsen gewährt der Freiheit, den katholischen Glauben zu bekennen und auszuüben, und der Liebestätigkeit der katholischen Kirche den gesetzlichen Schutz.“ Damit ist das karitativ-diakonische Wirken von der Schutzzusage umfasst. Demgegenüber enthält der für die evangelischen Kirchen in Deutschland lange stilbildende Loccumer Vertrag mit dem Land Niedersachsen keine entsprechende Regelung. Lediglich in der Regierungsbeurkundung zu Art. 14 Abs. 1 dieses Vertrages, der die Sammlungen für kirchliche Zwecke betrifft, heißt es: „Die Erfüllung von Werken der Nächstenliebe ist ein wesentlicher Teil christlicher Religionsausübung.“¹⁵⁸

80

Ein weiterer Umschwung in Richtung einer verstärkten Verankerung des karitativ-diakonischen Wirkens der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften, hier insbesondere der jüdischen, erfolgte mit den Verträgen, die nach 1990 mit den neuen Bundesländern abgeschlossen wurden. Vielfach wurde das Recht zur Aufgabenwahrnehmung im Sozial-, Gesundheits- und Bildungsbereich einschließlich

81

¹⁵⁷ So etwa der EvKV Hessen.

¹⁵⁸ Abgedruckt in *Joseph Listl*, Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1987, S. 119 (124).

eines Förderungsanspruchs ausdrücklich bekräftigt, so etwa in Art. 8 S. 1 EvKV Bbg., Art. 10 Abs. 2 KathKV MV, Art. 8 Abs. 2 JüdV MV, Art. 20 Abs. 1 S. 1 EvKV Sachsen, Art. 9 Abs. 1 S. 1 KathKV Sachsen, Art. 18 Abs. 1 EvKV LSA, Art. 8 Abs. 1 KathKV LSA, Art. 19 S. 1 EvKV Thür., Art. 15 S. 1 KathKV Thür. und Art. 9 JüdV LSA.¹⁵⁹ Beispielhaft für die prägnanten und materiell weit gehenden Regelungen ist Art. 22 EvKV MV: „(1) Die Kirchen und ihre diakonischen Werke nehmen in Erfüllung ihres Auftrages Aufgaben der Gesundheits- und Wohlfahrtspflege wahr. Sie unterhalten Heime, Dienste und sonstige Einrichtungen für Betreuung und Beratung. – (2) Sie haben Anspruch auf gleiche Förderung wie andere freie Träger der Wohlfahrtspflege. – (3) Ein nach Verfassung oder Gesetz bestehender Vorrang in der Aufgabenerfüllung für die freien Träger der Wohlfahrtspflege ist von allen öffentlichen Stellen zu beachten.“ Mit dieser Vorschrift wird über das Kooperationsgebot hinausgehend das Subsidiaritätsprinzip in Bezug genommen.

- 82** Jüngere religionsverfassungsrechtliche Verträge mit den alten Bundesländern nehmen diese Entwicklung auf und enthalten z.T. ebenfalls klare und weitreichende Regelungen zum karitativ-diakonischen Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften. Dies gilt etwa für Art. 18 EvKV Hmb. vom 29.11.2005 und Art. 13 EvKV BW vom 17.10.2007. Den (vorläufigen) Abschluss bildet die Formulierung aus Art. 10 KathKV SH vom 12.1.2009 zur kirchlichen Wohlfahrtspflege: „(1) Die Katholische Kirche und ihre Einrichtungen nehmen in Erfüllung ihres Auftrages Aufgaben der Gesundheits- und Wohlfahrtspflege sowie der Familienförderung und der Ausländerseelsorge wahr. Sie unterhalten dafür Heime, Krankenhäuser, Dienste und sonstige Einrichtungen. – (2) Die Katholische Kirche und ihre Einrichtungen nehmen in Erfüllung ihres Auftrages Aufgaben als anerkannte Träger der freien Jugendhilfe wahr. – (3) Einrichtungen der Katholischen Kirche haben Anspruch auf Förderung nach den gleichen Bedingungen wie andere staatliche oder freie Einrichtungen der Wohlfahrtspflege. – (4) Ein nach Verfassung oder Gesetz bestehender Vorrang in der Aufgabenerfüllung für die freien Träger der Wohlfahrtspflege ist von allen öffentlichen Stellen zu beachten.“

- 83** Insgesamt spiegeln die aktuellen religionsverfassungsrechtlichen Verträge ganz überwiegend das vom Grundgesetz vorgegebene Recht

¹⁵⁹ Dazu *Hans Ulrich Anke*, Die Neubestimmung des Staatskirchenverhältnisses in den neuen Ländern durch Staatskirchenverträge. Zu den Möglichkeiten und Grenzen des staatskirchenvertraglichen Gestaltungsinstruments, 2000, S. 106 f.

der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften auf karitativ-diakonisches Wirken wider. Dies gilt auch für das Verhältnis dieses Wirkungsbereiches zum Sozialstaatsauftrag des Staates nach Maßgabe des Kooperationsgebotes.

VI. Gesetzesrecht

Das grundrechtlich gewährleistete karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften erfährt im Verfassungsstaat des Grundgesetzes eine Ausformung und Konkretisierung im einfachen Gesetzesrecht. Hier ist vornehmlich das Sozialrecht zu betrachten, dessen Einzelmaterien hinsichtlich der Ausgestaltung des Kooperationsgebotes nicht homogen sind und auch nicht durchgängig zwischen religionsgemeinschaftlichen und sonstigen freien Trägern differenzieren. Neben dem Sozial- ist das Steuerrecht bedeutsam.¹⁶⁰

84

1. Sozialrecht

a) Allgemeiner Teil (SGB I)

Der Allgemeine Teil des Sozialgesetzbuches enthält im Zweiten Abschnitt und hier im Ersten Titel „Allgemeines über Sozialleistungen und Leistungsträger“ in § 17 Abs. 3 SGB I eine paradigmatische Formulierung des Kooperationsgebotes für das Zusammenwirken von freier Wohlfahrtspflege und staatlichen Leistungsträgern: „In der Zusammenarbeit mit gemeinnützigen und freien Einrichtungen und Organisationen wirken die Leistungsträger darauf hin, dass sich ihre Tätigkeit und die der genannten Einrichtungen und Organisationen zum Wohl der Leistungsempfänger wirksam ergänzen. Sie haben dabei deren Selbständigkeit in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben zu achten. Die Nachprüfung zweckentsprechender Verwendung bei der Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bleibt unberührt. Im Übrigen ergibt sich ihr Verhältnis zueinander aus den besonderen Teilen dieses Gesetzbuchs [...]“. Allgemeine Vorschriften über das

85

¹⁶⁰ Zur Irrelevanz des Vergaberechts für die Erbringung von Sozialleistungen durch kirchliche Träger siehe *Volker Neumann*, Die Diakonie im sparsbeflissenen Staat. Sozialraumbudgets, Vergaberecht, europäisches Wettbewerbsrecht, in: ZevKR 51 (2006), S. 374 (379 ff.), m. w. N.

Verhältnis der Sozialleistungsträger zu den Leistungserbringern, ihre Zusammenarbeit und die jeweilige Organisation enthalten §§ 86 ff. SGB X. Sie erfahren in den einzelnen Teilen des Sozialgesetzbuches Modifikationen und Konkretisierungen.

*b) Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V)
und Pflegeversicherung (SGB XI)*

86 Gem. § 2 Abs. 3 SGB V ist bei der Auswahl der Leistungserbringer in der gesetzlichen Krankenversicherung „ihre Vielfalt zu beachten. Den religiösen Bedürfnissen der Versicherten ist Rechnung zu tragen.“

87 Das Gebot, die Vielfalt der Leistungserbringer zu beachten, gilt gem. § 11 Abs. 2 S. 1 SGB XI auch für die Soziale Pflegeversicherung. Darüber hinaus sind Selbstständigkeit, Selbstverständnis und Unabhängigkeit der Leistungserbringer zu achten. Ferner ist nach § 11 Abs. 2 S. 2 SGB V dem „Auftrag kirchlicher und sonstiger Träger der freien Wohlfahrtspflege, kranke, gebrechliche und pflegebedürftige Menschen zu pflegen, zu betreuen, zu trösten und sie im Sterben zu begleiten, [...] Rechnung zu tragen“. § 11 Abs. 2 S. 3 SGB XI geht zugunsten des Subsidiaritätsprinzips über das Kooperationsgebot hinaus und schreibt vor: „Freigemeinnützige und private Träger haben Vorrang gegenüber öffentlichen Trägern.“ Dieser Vorrang wird bekräftigt in § 72 Abs. 3 S. 2 SGB XI, der die Auswahl unter mehreren geeigneten Pflegeeinrichtungen betrifft: „Bei notwendiger Auswahl zwischen mehreren geeigneten Pflegeeinrichtungen sollen die Versorgungsverträge vorrangig mit freigemeinnützigen und privaten Trägern abgeschlossen werden.“

c) Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII)

88 Das im achten Buch des Sozialgesetzbuches zusammengefasste Recht der Kinder- und Jugendhilfe stellt in § 3 Abs. 1 SGB VIII zunächst fest, dass diese Hilfe „durch die Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und die Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen“ geprägt ist. Daher können die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe sowohl von öffentlichen als auch von kirchlichen und sonstigen Trägern erbracht werden. Die Letztverantwortung der öffentlichen Träger wird in § 3 Abs. 2 S. 2

SGB VIII festgehalten: „Leistungsverpflichtungen, die durch dieses Buch begründet werden, richten sich an die Träger der öffentlichen Jugendhilfe.“

Im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe ist das Gebot der Kooperation von öffentlichen und freien Leistungserbringern in § 4 SGB VIII niedergelegt. Zunächst wird in § 4 Abs. 1 SGB VIII geregelt, dass die öffentliche Jugendhilfe „mit der freien Jugendhilfe zum Wohl junger Menschen und ihrer Familien partnerschaftlich zusammenarbeiten“ soll. Dabei ist die Selbstständigkeit der freien Träger der Jugendhilfe „in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben sowie in der Gestaltung ihrer Organisationsstruktur zu achten“. Eine weitere und spezifische Ausprägung des Kooperationsgebotes enthält § 4 Abs. 2 SGB VIII: „Soweit geeignete Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen von anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe betrieben werden oder rechtzeitig geschaffen werden können, soll die öffentliche Jugendhilfe von eigenen Maßnahmen absehen.“ In einer starken Interpretation ist diese Vorschrift auch als Ausprägung des Subsidiaritätsprinzips gelesen worden.¹⁶¹ Die Verpflichtung der öffentlichen Träger der Jugendhilfe, bei Bestehen von kirchlichen oder sonstigen freien Einrichtungen von eigenen (Konkurrenz-)Einrichtungen abzusehen, fügt sich demgegenüber in stringenter Weise in das Kooperationsgebot ein. Zudem steht diese Verpflichtung in systematischem Zusammenhang mit dem Gebot der partnerschaftlichen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 1 S. 1 SGB VIII. In den Kontext des Kooperationsgebotes gehört auch die Vorschrift des Art. 4 Abs. 3 SGB VIII, demzufolge die öffentliche Jugendhilfe „die freie Jugendhilfe nach Maßgabe dieses Buches fördern und dabei die verschiedenen Formen der Selbsthilfe stärken“ soll. Nähere Bestimmungen zur Förderung und Anerkennung der Träger der freien Jugendhilfe enthalten §§ 74, 75 SGB VIII. Die Kostentragung für die Inanspruchnahme der freien Träger regelt § 77 SGB VIII.

Das Wahlrecht der Leistungsberechtigten ist in § 5 Abs. 1 SGB VIII normiert. Danach haben die Leistungsberechtigten das Recht, „zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen und Wünsche hinsichtlich der Gestaltung zu äußern“. Gem. § 5 Abs. 2 S. 1 SGB VIII ist dieser Wahl und diesen Wünschen zu entsprechen, „sofern dies nicht mit unverhältnismäßigen Mehrkosten verbunden ist“. Bei der Ausgestaltung der Leistungen und der Erfüllung der Aufgaben sind zudem die Rechte der Leistungsberechtigten und der

¹⁶¹ So etwa *Isensee*, Die karitative Betätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat (o. Fn. 9), S. 753.

Personensorgeberechtigten zur religiösen Erziehung zu beachten (§ 9 Nr. 1 SGB VIII).

- 91 Die Vorgaben aus dem achten Buch des Sozialgesetzbuches zur Kooperation zwischen öffentlichen und kirchlichen sowie sonstigen freien Trägern der Kinder- und Jugendhilfe werden im Kindertagesstättenrecht der Bundesländer umgesetzt. So legt § 6 Kindertagesstättengesetz (KiTaG) SH zunächst die Letztverantwortung der öffentlichen Träger fest: „Die Kreise und kreisfreien Städte als örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe planen und gewährleisten ein bedarfsgerechtes Angebot an Kindertageseinrichtungen und Tagespflegestellen nach §§ 24 und 24 a SGB VIII. Bei der Erfüllung dieser Aufgaben werden die Kreise von den kreisangehörigen Gemeinden unterstützt. Die Gemeinden und die anerkannten Träger der freien Jugendhilfe sind frühzeitig und umfassend in allen Phasen der Planung zu beteiligen.“ Mit dem Gebot der Einbeziehung auch der freien Träger in die Planung ist bereits ein Element des Kooperationsgebotes benannt. Es wird ausdrücklich in § 31 Abs. 1 KiTaG SH formuliert: „Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe arbeiten mit den anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe in Angelegenheiten von Kindern in Kindertageseinrichtungen partnerschaftlich zusammen.“

d) Sozialhilfe

- 92 Im zwölften Buch des Sozialgesetzbuches, das der Sozialhilfe gewidmet ist, sind die Letztverantwortung der staatlichen Leistungserbringer und das Kooperationsgebot in besonderer Ausführlichkeit geregelt. So regelt § 3 SGB XII, dass die Sozialhilfe von örtlichen und überörtlichen Trägern geleistet wird. Örtliche Träger sind die kreisfreien Städte und die Kreise, soweit das einschlägige Landesrecht keine Abweichungen enthält. Die überörtlichen Träger der Sozialhilfe werden durch die Länder bestimmt.
- 93 Das Verhältnis zur kirchlichen und sonstigen freien Wohlfahrtspflege wird detailliert in § 5 SGB XII beschrieben. In § 5 Abs. 1 SGB XII werden die Kirchen und Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts sowie die Verbände der freien Wohlfahrtspflege „als Träger eigener sozialer Aufgaben“ (an-)erkannt. Ihre Tätigkeit zur Erfüllung dieser Aufgaben wird durch das zwölfte Buch des Sozialgesetzbuches nicht berührt. Gem. § 5 Abs. 2 SGB XII sollen die öffentlichen Träger bei der Durchführung der Sozialhilfe „mit den Kirchen und Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts sowie den

Verbänden der freien Wohlfahrtspflege zusammenarbeiten“. Hier wird die allgemeine Geltung des Kooperationsgebotes für den Bereich der Sozialhilfe festgeschrieben.¹⁶² Bedeutsam ist ferner, dass hier nur die Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts sowie die Verbände der freien Wohlfahrtspflege und nicht auch die privat-gewerblichen Träger in das Kooperationsgebot einbezogen werden.¹⁶³ Im Übrigen enthält das SGB XII an einigen Stellen Konkretisierungen des Kooperationsgebotes.¹⁶⁴ Verdeutlicht wird die Geltung des Kooperationsgebotes in § 5 Abs. 3 S. 1 SGB XII durch die Beschreibung des Ziels der Zusammenarbeit: Die „Sozialhilfe und die Tätigkeit der freien Wohlfahrtspflege [sollen sich] zum Wohle der Leistungsberechtigten wirksam ergänzen“. In § 5 Abs. 3 S. 2 SGB XII wird zudem die Pflicht zur angemessenen Unterstützung der Verbände der freien Wohlfahrtspflege „in ihrer Tätigkeit auf dem Gebiet der Sozialhilfe“ verankert. Konkrete Subventionsansprüche sind mit dieser Pflicht jedoch nicht verbunden.¹⁶⁵ Eine weitere Ausprägung des Kooperationsgebotes enthält § 5 Abs. 4 SGB XII in Gestalt des Nachranggrundsatzes. Danach sollen die Träger der Sozialhilfe von der Durchführung eigener Maßnahmen absehen, wenn die erforderliche Leistung im Einzelfall durch die freie Wohlfahrtspflege erbracht wird. Die Erbringung von Geldleistungen ist ausgenommen. Der Nachranggrundsatz ist vor allem im Bereich der stationären Pflege bedeutsam. Der Sozialhilfeträger hat sich der Errichtung eigener Einrichtungen zu enthalten, wenn und soweit kirchliche oder sonstige freie Träger ein hinreichendes Angebot vorhalten.¹⁶⁶ Diese Vorgabe wird ausdrücklich in § 75 Abs. 2 SGB XII normiert: „Zur Erfüllung der Aufgaben der Sozialhilfe sollen die Träger

¹⁶² *Johannes Münder*, in: Sozialgesetzbuch XII. Lehr- und Praxiskommentar, hg. von Renate Bieritz-Harder / Wolfgang Conradis / Stephan Thie (Hg.), 9. Aufl. 2012, § 5 SGB XII, Rn. 18, spricht insofern von einem „korporatistische[n] Zusammenwirken zwischen öffentlichen Trägern und freier Wohlfahrtspflege.“

¹⁶³ Hervorgehoben auch bei *Volker Wahrendorf*, in: SGB XII. Sozialhilfe. Kommentar, hg. von Christian Grube / Volker Wahrendorf, 6. Aufl. 2018, § 5 SGB XII, Rn. 8.

¹⁶⁴ Zur Verankerung des speziellen Kooperationsgebotes (neben § 4 SGB XII) in § 5 Abs. 2 SGB XII und den Konkretisierungen siehe *Bernhard Schiefer*, in: SGB II / SGB XII. Grundsicherung für Arbeitsuchende und Sozialhilfe. Kommentar, hg. von Ernst Oestreicher, Stand: Mai 2018, § 5 SGB XII, Rn. 17 ff.

¹⁶⁵ *Wahrendorf*, in: SGB XII (o. Fn. 163), § 5 SGB XII, Rn. 15; *Schiefer*, in: SGB II / SGB XII (o. Fn. 164), § 5 SGB XII, Rn. 25 f.

¹⁶⁶ *Wahrendorf*, in: SGB XII (o. Fn. 163), § 5 SGB XII, Rn. 17; *Schiefer*, in: SGB II / SGB XII (o. Fn. 164), § 5 SGB XII, Rn. 33 ff.

der Sozialhilfe eigene Einrichtungen nicht neu schaffen, soweit geeignete Einrichtungen anderer Träger vorhanden sind, ausgebaut oder geschaffen werden können.“ Über das Kooperationsgebot hinausgehend verschafft § 5 Abs. 5 SGB XII den Trägern der Sozialhilfe die Befugnis einer Aufgabenübertragung auf die Träger der freien Wohlfahrtspflege. Die Verantwortung gegenüber den Leistungsberechtigten verbleibt aber bei den Trägern der Sozialhilfe.

- 94 Das Wahl- bzw. Wunschrecht der Leistungsberechtigten wird in allgemeiner Form und unter einem Angemessenheitsvorbehalt in § 9 Abs. 2 SGB XII gewährleistet. Ein Beispielsfall dieses Wahlrechts ist in § 9 Abs. 3 SGB XII geregelt: „Auf Wunsch der Leistungsberechtigten sollen sie in einer Einrichtung untergebracht werden, in der sie durch Geistliche ihres Bekenntnisses betreut werden können.“ Der Vorbehalt der Angemessenheit, insbesondere die Grenze der vertretbaren Kosten, gilt jedoch auch hier.¹⁶⁷

e) Krankenhauswesen

- 95 Das Krankenhausfinanzierungsgesetz des Bundes schreibt in § 1 Abs. 2 KHG eine angemessene Berücksichtigung der Träger der freien Wohlfahrtspflege vor: „Bei der Durchführung des Gesetzes ist die Vielfalt der Krankenhausträger zu beachten. Dabei ist nach Maßgabe des Landesrechts insbesondere die wirtschaftliche Sicherung freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser zu gewährleisten. Die Gewährung von Fördermitteln nach diesem Gesetz darf nicht mit Auflagen verbunden werden, durch die die Selbständigkeit und Unabhängigkeit von Krankenhäusern über die Erfordernisse der Krankenhausplanung und der wirtschaftlichen Betriebsführung hinaus beeinträchtigt werden.“ In der Verpflichtung, die Vielfalt der Träger zu beachten, ist zugleich das Kooperationsgebot enthalten.
- 96 Die Länder setzen diese Vorgabe in ihren jeweiligen Ausführungsgesetzen zum KHG um. So lautet § 1 Abs. 2 AG-KHG des Landes Schleswig-Holstein: „Das Land, die Kreise und kreisfreien Städte stellen die Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhäusern (Krankenhausversorgung) in öffentlich-rechtlicher, freigemeinnütziger oder privater Trägerschaft sicher. Die Vielfalt der Krankenhausträger ist zu beachten.“ Gem. § 2 Abs. 1 dieses Gesetzes ist auch bei der Aufstellung des Krankenhausplanes die Vielfalt der Träger zu beachten.

¹⁶⁷ Schiefer, in: SGB II / SGB XII (o. Fn. 164), § 9 SGB XII, Rn. 63 ff.

Vergleichbare Vorschriften enthält auch das einschlägige Landesrecht der anderen Bundesländer.

2. Steuerrecht

Die speziellen Steuergesetze enthalten Steuerbefreiungen und Vergünstigungen zugunsten von „Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen“, die unmittelbar „gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken dienen“. Dies gilt etwa für die Befreiung von der Körperschaftsteuer (§ 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG), von der Vermögensteuer (§ 3 Abs. 1 Nr. 12 Vermögensteuergesetz – VStG), von der Erbschaftsteuer (§ 13 Abs. 1 Nr. 16, 17 ErbStG) und von der Gewerbesteuer (§ 3 Nr. 6 GewStG).

97

Die entsprechenden Definitionen liefert die Abgabenordnung in §§ 51 ff. AO. So werden gemeinnützige Zwecke verfolgt, wenn die Tätigkeit darauf gerichtet ist, „die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern“ (§ 52 Abs. 1 S. 1 AO). Als Förderung der Allgemeinheit gilt gem. § 52 Abs. 2 Nr. 3, 4, 9 AO die Förderung der Jugendhilfe, der Altenhilfe, des öffentlichen Gesundheits- und Wohlfahrtswesens. Mildtätige Zwecke werden gem. § 53 AO mit Tätigkeiten verfolgt, die darauf gerichtet sind, Personen selbstlos zu unterstützen, die infolge ihres körperlichen, geistigen oder seelischen Zustandes auf die selbstlose Hilfe anderer angewiesen sind. Eine Förderung kirchlicher Zwecke liegt gem. § 54 AO in Tätigkeiten, die darauf gerichtet sind, eine Religionsgemeinschaft, die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, selbstlos in der Erfüllung ihrer Aufgaben zu fördern.

98

Karitativ-diakonische Einrichtungen der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften, die Einnahmen oder sonstige wirtschaftliche Vorteile erzielen, verlieren die Steuerbegünstigungen nicht, wenn sie Zweckbetriebe sind, die dazu dienen, die steuerbegünstigten Zwecke ihrer Träger zu verwirklichen, §§ 64 ff. AO. Die Kriterien für den Status eines Zweckbetriebes werden für die Wohlfahrtspflege im Allgemeinen in § 66 beschrieben. Spezialregelungen für Krankenhäuser, Alten-, Altenwohn- und Pflegeheime, Mahlzeitendienste, Einrichtungen der Erziehungshilfe, Kindergärten etc. enthalten §§ 67, 68 AO.

99

C. Der europarechtliche Rahmen für das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften

I. Einführung

100 Das im Grundgesetz enthaltene Gebot der Kooperation von öffentlichen und religionsgemeinschaftlichen Trägern auf dem Gebiet der sozialen Vor- und Fürsorge wird im (nationalen) Sozialrecht konkretisiert. Damit wird zutreffend der thematische und normative Zusammenhang des karitativ-diakonischen Wirkens der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften mit den staatsgerichteten Topoi der sozialen Sicherheit bzw. der „Daseinsvorsorge“ herausgestellt. Im laufenden Prozess der zunehmenden europäischen Integration, an dem auch die Bundesrepublik Deutschland partizipiert, genügt der Blick auf das nationale Recht nicht (mehr), um eine Rechtsmaterie einer abschließenden Analyse zu unterziehen. Aufgrund des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts vor dem Recht der Mitgliedstaaten¹⁶⁸ ist hinsichtlich des nationalen Rechts stets auch die Frage nach seiner Kompatibilität mit dem geltenden EU-Recht zu stellen. Dies gilt auch für die rechtlichen Rahmenbedingungen für das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften. Insofern sind insbesondere zwei Teilmaterien des EU-Rechts in den Blick zu nehmen, die Auswirkungen auf das einschlägige nationale Religionsverfassungs- und Sozialrecht haben (können): das Europäische Sozialrecht und das Europäische Wettbewerbsrecht. Im Übrigen kann sich die Betrachtung des Europäischen Religionsverfassungsrechts unter Hinweis auf Art. 17 Abs. 1 AEUV mit einem Seitenblick begnügen.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Zum Anwendungsvorrang des EU-Rechts siehe *Martin Nettesheim*, in: *Europarecht*, hg. von Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim, 8. Aufl. 2018, § 10, Rn. 1 ff., 32: „Das meint die ‚Überlagerung‘, ‚Verdrängung‘ des mitgliedstaatlichen Rechts in dem Sinne, dass die nationale Norm im Anwendungsbereich des vorrangigen Unionsrechts in jeder Beziehung ‚automatisch‘ außer Anwendung und Betracht bleibt. Sie ist aber nicht schlechthin nichtig.“

¹⁶⁹ Art. 17 Abs. 1 AEUV gibt der EU auf, „den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Vorschriften genießen“, zu achten und nicht zu beeinträchtigen. Zum Europäischen Religionsverfassungsrecht siehe *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 62), Rn. 585 ff.

II. Europäisches Sozialrecht

1. Begriff und Bedeutungswandel des Europäischen Sozialrechts

Europäisches Sozialrecht ist „der Inbegriff der Rechtsnormen der EU, die das Sozialrecht der Mitgliedstaaten bestimmen, prägen und beeinflussen“.¹⁷⁰ 101

In der (noch) nicht vollendeten Entwicklung der EU von einer Wirtschafts- zu einer politischen Gemeinschaft hat das Europäische Sozialrecht einen erheblichen Bedeutungswandel bzw. Bedeutungszuwachs erfahren, denn proportional zum Grad der europäischen Integration gewinnt der Aspekt der sozialen Sicherheit für die EU an Legitimationskraft.¹⁷¹ Vor allem mit dem Vertrag von Lissabon hat im EU-Primärrecht eine Relativierung der lange ungeschmälernten Prävalenz des freien Binnenmarktes durch einen gesteigerten Sozialbezug der EU stattgefunden. 102

Signifikant für das aktuelle Verhältnis von freiem Binnenmarkt und Sozialbezug der EU ist bereits der Bedeutungsverlust, den die Verankerung der „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ im EU-Primärrecht erlitten hat. Bis zum Vertrag von Lissabon an prominenter Stelle in Art. 4 EGV normiert, ist das Bekenntnis zum europaweit freien Binnenmarkt aus den Grundsatzartikeln hinaus und aktuell in Art. 119 Abs. 1 AEUV hinein gewandert. Durch diese „Degradierung der Binnenmarktvorschriften im System des Primärrechts“ verliert das Binnenmarktkonzept „zumindest teilweise seine prägende Kraft auf die künftige Politik der EU sowie deren sekundärrechtliche Verfestigung“.¹⁷² 103

In besonderer Weise wird der Bedeutungszuwachs des Sozialbezugs in den Werten und Zielen des EU-Primärrechts sichtbar.¹⁷³ So 104

¹⁷⁰ Eberhard Eichenhofer, Sozialrecht der Europäischen Union, 7. Aufl. 2017, Rn. 5. Im Wesentlichen zustimmend Maximilian Fuchs, in: Europäisches Sozialrecht, hg. von dems., 6. Aufl. 2013, Einführung, Rn. 4.

¹⁷¹ Vgl. Markus Kotzur, Daseinsvorsorge als Unionsaufgabe. Überlegungen zur sozialen Integration in Europa, in: JöR N. F. 61 (2013), S. 195 (195 ff.). Zum Konnex zwischen der Intensität der europäischen Integration und dem Erfordernis einer Harmonisierung der sozialen Sicherheit siehe auch Stolleis, Geschichte des Sozialrechts (o. Fn. 15), S. 319.

¹⁷² Matthias Knauff, Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, in: EuR 2012, S. 725 (741 f.).

¹⁷³ Zum Folgenden etwa Kotzur, Daseinsvorsorge als Unionsaufgabe (o. Fn. 171), S. 204 ff.; Eichenhofer, Sozialrecht der Europäischen Union (o. Fn. 170), S. 39 ff.

hebt schon die Präambel des EUV die Bedeutung der sozialen Grundrechte und den Willen zur Stärkung des sozialen Fortschritts der Völker in der EU hervor. Damit wird der bisher einseitig ökonomischen Ausrichtung der europäischen Integration eine Absage erteilt und festgestellt, dass die EU den wirtschaftlichen Fortschritt „nicht um jeden Preis, sondern (nur) verbunden mit sozialem Fortschritt [...] anstrebt.“¹⁷⁴ In Art. 2 EUV werden Gerechtigkeit und Solidarität als Werte der Union benannt, die allerdings inhaltlich vage bleiben.¹⁷⁵ Die Absage an eine einseitig an marktwirtschaftlichen Konzepten orientierte EU wird in Art. 3 Abs. 3 EUV verstärkt, denn hier werden soziale Marktwirtschaft, sozialer Fortschritt, soziale Gerechtigkeit und sozialer Schutz explizit zu Zielen der Union erhoben.¹⁷⁶ In der Präambel des AEUV wird die Entschlossenheit der EU zur Sicherung des sozialen Fortschritts und das Streben nach stetiger Besserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen der Völker in der EU bekräftigt. Bedeutsam ist ferner die Sozialklausel des Art. 9 AEUV, der allem Handeln der EU aufgibt, die „Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes“ zu berücksichtigen.¹⁷⁷ Schließlich normiert Art. 36 EU-GRC, der nunmehr über Art. 6 Abs. 1 EUV für die EU verbindliche Rechtswirkungen entfaltet, ein Zugangsrecht zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, die mitgliedstaatlich organisiert oder angeboten werden. Die Beschränkung der Rechtsgeltung auf Handlungen der EU bewirkt allerdings keinen Schutz vor mitgliedstaatlichen Einschränkungen des Zugangs.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Rudolf Streinz, in: EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, hg. von dems., 3. Aufl. 2018, Präambel EUV, Rn. 12.

¹⁷⁵ Wolff Heintschel von Heinegg, in: Europäisches Unionsrecht. EUV/AEUV/Grundrechte-Charta. Handkommentar, hg. von Christoph Vedder/Wolff Heintschel von Heinegg, 2. Aufl. 2018, Art. 2 EUV, Rn. 12.

¹⁷⁶ Heintschel von Heinegg, ebd., Art. 3 EUV, Rn. 15: Mit diesen Formulierungen wird „klargestellt, dass es nicht das Ziel der Union sein darf, einem rein kapitalistischen Ansatz zu folgen, bei dem die Schwachen und Bedürftigen zwangsläufig auf der Strecke bleiben.“

¹⁷⁷ Zum Status der Sozialklausel als allgemeine Förderpflicht für die Ziele des Art. 3 Abs. 3 AEUV ohne originäre Begründung von Rechtsansprüchen siehe Eberhard Eichenhofer, in: EUV/AEUV (o. Fn. 174), Art. 9 AEUV, Rn. 1, 3; und Gassner, in: Europäisches Unionsrecht (o. Fn. 175), Art. 9 AEUV, Rn. 15 f.

¹⁷⁸ Knauff, Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon (o. Fn. 172), S. 738 f.

Aus diesem gesteigerten Sozialbezug der EU, der sich in der Beschreibung ihrer Werte und Ziele im aktuellen Primärrecht dokumentiert, können zwar keine originären Regelungskompetenzen der EU im Bereich des Sozialrechts abgeleitet werden. Er bildet aber den normativen Hintergrund für ein adäquates Verständnis der weiteren Regelungen des Europäischen Sozialrechts. Hier kann zwischen dem koordinierenden und dem harmonisierenden Europäischen Sozialrecht unterschieden werden.

105

2. Koordinierendes Sozialrecht der EU

Der Begriff des koordinierenden Sozialrechts der EU bezeichnet „die Summe aller primär- und sekundärrechtlichen Vorschriften, Regeln und Prinzipien [...], die dazu dienen, alle nationalen sozialrechtlichen Hindernisse zu beseitigen, die geeignet sind, den Einzelnen von der Wahrnehmung seines Rechts auf Freizügigkeit abzuhalten“.¹⁷⁹ Das koordinierende Sozialrecht der EU gestaltet die Beziehungen unter den Sozialrechten der Mitgliedstaaten.¹⁸⁰

106

Die zentrale Vorschrift des koordinierenden Sozialrechts der EU ist Art. 48 AEUV. Sie ermächtigt und verpflichtet die EU, Maßnahmen zur Koordinierung der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit zu ergreifen, damit die Grundfreiheit der Freizügigkeit nicht durch divergierende und unverbunden nebeneinander stehende soziale Anspruchssysteme der Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird.¹⁸¹ Dieses Erfordernis besteht vor allem im Hinblick auf Personen mit grenzüberschreitenden Berufsbiografien.¹⁸² Das gem. Art. 48 AEUV zu schaffende Koordinierungssystem muss die Zusammenrechnung der für die jeweiligen sozialen Systeme relevanten anspruchsbegründenden Zeiten sowie den Transfer der Sozialleistungen in andere Mitgliedstaaten gewährleisten.¹⁸³ Die allgemeinen Vorgaben des Art. 48 AEUV werden im Sekundärrecht vor allem durch die VO (EG) 883/2004 konkretisiert. Sie regelt den internationalen Geltungsbereich der Sozialrechtssysteme der Mitgliedstaaten und sichert damit

107

¹⁷⁹ *Fuchs*, in: Europäisches Sozialrecht (o. Fn. 170), Einführung, Rn. 31.

¹⁸⁰ *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union (o. Fn. 170), Rn. 8.

¹⁸¹ Vgl. *Astrid Epiney*, in: Europäisches Unionsrecht (o. Fn. 175), Art. 48 AEUV, Rn. 3.

¹⁸² *Rose Langer*, in: Europäisches Sozialrecht (o. Fn. 170), Art. 48 AEUV, Rn. 1.

¹⁸³ *Eichenhofer*, in: EUV/AEUV (o. Fn. 177), Art. 48 AEUV, Rn. 4, 17.

den nationalen Sicherungssystemen ihre EU-weite Wirkung.¹⁸⁴ Die VO (EG) 883/2004 wird hinsichtlich ihres Vollzuges von der VO (EG) 987/2009 flankiert.¹⁸⁵

108 Weitere Instrumente des koordinierenden Sozialrechts der EU sind in den Sozialvorschriften der Art. 151 ff. AEUV¹⁸⁶, in den Vorschriften zur Beschäftigungspolitik (Art. 145 ff. AEUV)¹⁸⁷ und in Art. 162 AEUV zur Regelung des Europäischen Sozialfonds¹⁸⁸ enthalten.

109 Ein allgemeines und auch für das Sozialrecht wichtiges Koordinierungsinstrument ist die sog. Methode der offenen Koordinierung (MoK), die in Bereichen zur Anwendung gelangt, in denen keine originäre Zuständigkeit der EU besteht.¹⁸⁹ Sie beruht daher auf der Erwartung einer freiwilligen Befolgung ihrer unverbindlichen Anregungen und Empfehlungen durch die Mitgliedstaaten.¹⁹⁰ Im Rahmen der MoK werden zunächst gemeinsame Ziele definiert, sodann entsprechende Indikatoren identifiziert und schließlich auf der Grundlage nationaler Berichte einschlägige Empfehlungen formuliert.¹⁹¹ Die Anwendung der MoK auf das Sozialrecht kann und wird zumindest mittel-, jedenfalls aber langfristig zu einer Annäherung der Systeme sozialer Sicherheit in der EU führen.¹⁹²

¹⁸⁴ Vgl. *Eichenhofer*, ebd., Art. 48 AEUV, Rn. 18 ff. Zum Regelungsgehalt der VO (EG) 883/2004 siehe auch die Kommentierung von *Bernhard Spiegel*, in: *Europäisches Sozialrecht* (o. Fn. 170), Teil 2: Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit; sowie die umfassende Darstellung des gesamten darauf basierenden Koordinationssystems bei *Eichenhofer*, *Sozialrecht der Europäischen Union* (o. Fn. 170), §§ 6–14.

¹⁸⁵ Dazu *Eichenhofer*, *Sozialrecht der Europäischen Union* (o. Fn. 170), Rn. 86, 96.

¹⁸⁶ Dazu u.a. *Astrid Epiney*, in: *Die Europäische Union. Europarecht und Politik*, hg. von Roland Bieber / Astrid Epiney / Marcel Haag, 12. Aufl. 2016, § 22, Rn. 7 ff.

¹⁸⁷ Dazu u.a. *Claus Dieter Classen*, in: *Europarecht* (o. Fn. 168), § 29, Rn. 20 f.

¹⁸⁸ Dazu *Gassner*, in: *Europäisches Unionsrecht* (o. Fn. 177), Art. 162 AEUV, Rn. 1 ff., und *Eichenhofer*, in: *EUV/AEUV* (o. Fn. 177), Art. 162 AEUV, Rn. 1 ff.

¹⁸⁹ Überblick bei *Thomas Bodewig / Thomas Voss*, Die „offene Methode der Koordinierung“ in der Europäischen Union, in: *EuR* 2003, S. 310 ff.

¹⁹⁰ Vgl. *Roland Bieber*, in: *Die Europäische Union* (o. Fn. 186), § 7, Rn. 4.

¹⁹¹ *Nettesheim*, in: *Europarecht* (o. Fn. 168), § 9, Rn. 134 f.

¹⁹² Ebenso *Eichenhofer*, *Sozialrecht der Europäischen Union* (o. Fn. 170), Rn. 476 ff.

3. Harmonisierendes Sozialrecht der EU

Das harmonisierende Sozialrecht der EU umfasst Vorschriften, die 110 darauf gerichtet sind, dass die Mitgliedstaaten ihr nationales System der sozialen Sicherheit den EU-rechtlichen Vorgaben anpassen.¹⁹³ Im Gegensatz zum koordinierenden Sozialrecht werden hier der EU originäre Kompetenzen zur verbindlichen Regelung des Sozialrechts eingeräumt. Quantitativ bleibt der Bereich des harmonisierenden Sozialrechts (noch) deutlich hinter dem koordinierenden Sozialrecht der EU zurück. Derzeit sind nur zwei Vorschriften relevant.

Die komplexe Vorschrift des Art. 153 AEUV zur Zusammenarbeit 111 der Mitgliedstaaten in sozialen Fragen beschreibt in Abs. 1 die Regelungsgegenstände einer unterstützenden und ergänzenden Tätigkeit der EU. Dazu zählen die soziale Sicherheit (Buchst. c) und die Modernisierung der Systeme des sozialen Schutzes (Buchst. k). Gem. Art. 153 Abs. 2 AEUV können im Bereich der sozialen Sicherheit Richtlinien erlassen und zur Modernisierung der Systeme des sozialen Schutzes lediglich „unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung“ Maßnahmen getroffen werden. Insofern kann Art. 153 Abs. 1 Buchst. k) AEUV als primärrechtliche Verankerung der MoK im Bereich der sozialen Sicherungssysteme gelten.¹⁹⁴ In den Richtlinien zur sozialen Sicherheit können nur „Mindestvorschriften“ normiert werden. Zudem ist gem. Art. 153 Abs. 2 S. 3 AEUV ein einstimmiger Beschluss des Rates erforderlich. Schließlich bestimmt Art. 153 Abs. 4 AEUV in seinem ersten Spiegelstrich, dass „die anerkannte Befugnis der Mitgliedstaaten, die Grundprinzipien ihres Systems der sozialen Sicherheit festzulegen“, nicht berührt werden darf. Die Zusammenschau dieser engen materiellen und formellen Voraussetzungen für eine harmonisierende Regelung der EU auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit erlaubt die Prognose, dass dem Art. 153 AEUV wenig europäisierende Durchschlagskraft zukommt und zukommen wird.¹⁹⁵

In Art. 14 Abs. 1 AEUV wird den Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ein besonderer Wert zugesprochen. Nach einer 112 Definition der Kommission fallen unter den Begriff dieser Dienstleistungen „marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allge-

¹⁹³ Vgl. *Fuchs*, Europäisches Sozialrecht (o. Fn. 170), Einführung, Rn. 33.

¹⁹⁴ Ebenso *Eichenhofer*, in: EUV/AEUV (o. Fn. 177), Art. 153 AEUV, Rn. 26.

¹⁹⁵ Ähnlich *Fuchs*, in: Europäisches Sozialrecht (o. Fn. 170), Einführung, Rn. 74.

meinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden“.¹⁹⁶ Art. 14 S. 1 AEUV formuliert ein Unionsstrukturprinzip, das die Funktionsfähigkeit von Systemen gemeinwohlorientierter Leistungen zur Daseinsvorsorge sichern und als Auslegungstopos bei der Anwendung des EU-Rechts dienen soll.¹⁹⁷ Art. 14 S. 2 AEUV enthält hingegen eine Unionskompetenz, „Grundsätze und Bedingungen“ für die Funktionsfähigkeit dieser Dienste im Verordnungswege festzulegen. Die Beschränkung der Regelungskompetenz auf „Grundsätze und Bedingungen“ bedeutet, dass die einschlägigen Verordnungen nur Rahmenregelungen enthalten dürfen.¹⁹⁸ Ferner besteht die Regelungskompetenz gem. Art. 14 S. 2 AEUV nur „unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, diese Dienste im Einklang mit den Verträgen zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren“. Die maßgebliche Rolle der Mitgliedstaaten wird in Art. 1 des Protokolls über Dienste von allgemeinem Interesse, das als 26. Protokoll dem Vertrag von Lissabon beigegeben wurde, bekräftigt. Zudem werden in Art. 2 dieses Protokolls die nichtwirtschaftlichen Dienste von allgemeinem Interesse von den Bestimmungen der Verträge und damit auch von der Regelungskompetenz des Art. 14 S. 2 AEUV ausgenommen.¹⁹⁹ Wie schon für Art. 153 AEUV lässt sich aufgrund der vergleichbar engen materiellen und formellen Voraussetzungen für Art. 14 S. 2 AEUV die Prognose wagen, dass auch von dieser Vorschrift keine maßgebliche harmonisierende Wirkung ausgehen wird.²⁰⁰

¹⁹⁶ *Mitteilung der Kommission*, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa (ABl. EG 1996, C 281/3). Zustimmend *Christian Koenig/Julia Paul*, in: EUV/AEUV (o. Fn. 174), Art. 14 AEUV, Rn. 27.

¹⁹⁷ Vgl. *Kotzur*, Daseinsvorsorge als Unionsaufgabe (o. Fn. 171), S. 204; *Peter-Christian Müller-Graff*, in: *Europäisches Unionsrecht* (o. Fn. 175), Art. 14 AEUV, Rn. 3: „Auslegungstopos“.

¹⁹⁸ Statt vieler *Knauff*, Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon (o. Fn. 172), S. 732.

¹⁹⁹ Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse (ABl. EU 2007, C 306/158). Dazu u. a. *Müller-Graff*, in: *Europäisches Unionsrecht* (o. Fn. 197), Art. 14 AEUV, Rn. 7 ff.

²⁰⁰ Ähnlich *Knauff*, Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon (o. Fn. 172), S. 734.

4. Fazit

Ausgangspunkt der Betrachtung des Sozialrechts der EU war die Frage, ob das einschlägige EU-Recht aufgrund seines Anwendungsvorrangs vor dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten das vom Grundgesetz durch das Kooperationsgebot austarierte Verhältnis zwischen dem karitativ-diakonischen Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften einerseits und dem an die öffentlichen Träger gerichteten Sozialstaatsauftrag andererseits normativ überspielen und ggf. aushebeln kann. Es ist deutlich geworden, dass das koordinierende Sozialrecht der EU dazu nicht in der Lage ist, denn es strebt nach einer Angleichung der Systeme der sozialen Sicherung nicht durch verbindliche Rechtsakte der EU, sondern durch die Mitgliedstaaten selbst. Hinsichtlich des harmonisierenden Sozialrechts der EU muss die Antwort differenzierter ausfallen. Einerseits entfalten die wenigen originären Unionskompetenzen auf dem Gebiet des Sozialrechts bisher nur eine geringe europäisierende Wirkung. Die Primärverantwortung für die soziale Sicherheit liegt nach wie vor bei den Mitgliedstaaten.²⁰¹ Aus der Perspektive des Grundgesetzes hat zudem das BVerfG darauf hingewiesen, dass der EU auch in ihrer normativen Gestalt nach dem Vertrag von Lissabon der Übergang zu einer „Sozialunion“ verwehrt ist.²⁰² Andererseits wird die Daseinsvorsorge bzw. die soziale Sicherheit zunehmend deutlich als Unionsaufgabe erkennbar.²⁰³ Mit der fortlaufenden Vertiefung der EU zu einer politischen Union wird sich auch die Entwicklung in Richtung einer Sozialunion fortsetzen.

113

²⁰¹ Vgl. auch *Ulrich Becker*, Der Sozialstaat in der Europäischen Union, in: Sozialstaat Deutschland. Geschichte und Gegenwart, hg. von dems./Hans Günter Hockerts/Klaus Tenfelde (Hg.), 2010, S. 313 (317).

²⁰² BVerfGE 123, 267 (362 f.): Die „sozialpolitisch wesentlichen Entscheidungen“, namentlich „die Existenzsicherung des Einzelnen“ müssen „weiterhin primäre Aufgabe der Mitgliedstaaten bleiben, auch wenn Koordinierung bis hin zur allmählichen Angleichung nicht ausgeschlossen ist. Dies korrespondiert mit den rechtlich wie faktisch begrenzten Möglichkeiten der Europäischen Union zur Ausformung sozialstaatlicher Strukturen.“ Eine eingehende Analyse des Lissabon-Urteils des BVerfG mit zahlreichen weiteren Nachweisen bei *Calliess*, Die neue Europäische Union (o. Fn. 118), S. 325 ff.

²⁰³ Vgl. *Kotzur*, Daseinsvorsorge als Unionsaufgabe (o. Fn. 171), S. 210, und *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union (o. Fn. 170), Rn. 304 ff. Vgl. auch den Ausblick bei *Stefan Huster*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, S. 585 ff.

III. Europäisches Wettbewerbsrecht

1. Mittelbare Wirkungen des EU-Rechts

- 114** Nach dem in Art. 5 EUV und Art. 13 Abs. 2 EUV verankerten Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung vermag die EU nur in den ihr ausdrücklich zugewiesenen Bereichen für die Mitgliedstaaten verbindliches Recht zu setzen.²⁰⁴ Eine unmittelbare Einwirkung auf die grundgesetzlichen Rahmenbedingungen für das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften durch Europäisches Sozialrecht scheidet – wie gesehen – wegen des Mangels an hinreichenden originären Regelungskompetenzen der EU aus. Entsprechendes gilt für das Religionsverfassungsrecht der EU. Zwar kennt das EU-Recht Normen mit religionsverfassungsrechtlichem Gehalt, etwa in Art. 10, 14 Abs. 3, Art. 21 und 22 EU-GRC.²⁰⁵ Gem. Art. 17 AEUV hat die EU jedoch den Status der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften, den sie nach dem jeweiligen Recht der Mitgliedstaaten genießen, zu achten.²⁰⁶ Im Übrigen hat das BVerfG in seinem Lissabon-Urteil festgestellt, dass die Regelungskompetenz für das Religionsverfassungsrecht bei den Mitgliedstaaten bleiben muss, solange die EU im Status einer supranationalen Union verharret und nicht selbst zu einer staatlichen Organisation mit hinreichend demokratischen Entscheidungsstrukturen wird.²⁰⁷ Eine unmittelbare Einwirkung des EU-Rechts auf das Religionsverfassungsrecht der Mitgliedstaaten ist daher ebenfalls nicht zu befürchten – und dies gilt auch für das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften unter dem Grundgesetz.
- 115** Damit sind jedoch mittelbare Einwirkungen des EU-Rechts nicht ausgeschlossen. Vielmehr können die Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften wie alle Bürgerinnen und Bürger von den Regelungen des EU-Rechts betroffen sein.²⁰⁸ So gilt für den Bereich wirt-

²⁰⁴ Statt vieler *Nettesheim*, in: *Europarecht* (o. Fn. 168), § 11, Rn. 3 ff. m. w. N.

²⁰⁵ Dazu *Unruh*, *Religionsverfassungsrecht* (o. Fn. 62), Rn. 593 f.

²⁰⁶ Dazu *Unruh*, ebd., Rn. 599.

²⁰⁷ BVerfGE 123, 267 (358); kritisch u. a. *Calliess*, *Die neue Europäische Union* (o. Fn. 118), S. 268 ff., und *Claus Dieter Classen*, *Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokrustesbett?* Zum Urteil des BVerfG zum Vertrag von Lissabon, in: *JZ* 2009, S. 881 (887 f.).

²⁰⁸ Vgl. *Kyrill-Alexander Schwarz*, *Die karitative Tätigkeit der Kirchen im Spannungsfeld von nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht*, in: *EuR* 2002, S. 192 (207).

schaftlicher Tätigkeiten das EU-Wettbewerbsrecht. Für das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften kommt insbesondere die Teilmaterie des EU-Beihilfenrechts in Betracht. Verbindliche Rechtsakte der EU bzw. unmittelbar einschlägige Rechtsprechung des EuGH oder des Gerichts der EU (EuG) fehlen bisher, und auch in der Literatur herrscht über die Anwendbarkeit des EU-Beihilfenrechts keine Einhelligkeit.²⁰⁹

2. Das Verbot von Beihilfen

a) Der Begriff der Beihilfe

Die Grundnorm des EU-Beihilfenrechts ist in Art. 107 Abs. 1 AEUV enthalten. Hier wird das Verbot staatlicher Beihilfen normiert. Der Begriff der Beihilfe wird zwar nicht legaldefiniert, lässt sich aber aus dem Wortlaut der Vorschrift erschließen. Er ist nach einhelliger Ansicht weit auszulegen.²¹⁰ **116**

Eine Beihilfe i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV ist zunächst eine Begünstigung. Darunter sind jedwede geldwerten Vorteile ohne angemessene Gegenleistung zu verstehen.²¹¹ Eine Beihilfe liegt demnach nicht vor, wenn der geldwerte Vorteil als marktgerechte Gegenleistung zu bewerten ist. Die Annahme einer Begünstigung und damit auch einer Beihilfe ist nach der Altmark Trans-Entscheidung des EuGH ferner ausgeschlossen, wenn eine Leistung an ein gewirtschaftliches Unternehmen kumulativ vier Voraussetzungen erfüllt.²¹² **117** Danach setzt der Begünstigungsausschluss voraus, dass (1.) das jeweilige Unternehmen mit klar definierten Gemeinwohlpflichten betraut sein muss, (2.) objektive und transparente Parameter für die Berechnung des Ausgleichs vorliegen, (3.) der Ausgleich nicht über

²⁰⁹ Insofern ist die gleich lautende Diagnose bei *Hermann Weber*, Die Kirchen und das europäische Subventionsrecht, in: ZevKR 50 (2005), S. 419 (420), immer noch aktuell.

²¹⁰ Vgl. *Marcel Haag*, in: Die Europäische Union (o. Fn. 186), § 13, Rn. 7.

²¹¹ Vgl. *Müller-Graff*, in: Europäisches Unionsrecht (o. Fn. 197), Art. 107 AEUV, Rn. 8 ff.

²¹² EuGH, Rs. C-280-00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747; dazu die Besprechung von *Rudolf Streinz*, Europarecht – Beihilfenrecht – *Altmark Trans*, in: JuS 2004, S. 150 ff. Zum Ausschluss einer Begünstigung und damit zur Relevanz der *Altmark Trans*-Kriterien bereits auf der Tatbestandsebene siehe u. a. *Koenig / Paul*, in: EUV/AEUV (o. Fn. 196), Art. 106 AEUV, Rn. 63, und *Jürgen Kühling*, ebd., Art. 107 AEUV, Rn. 40.

das hinausgeht, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns zu decken, und (4.) die Höhe des Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt wird, die ein gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Pflichten hätte.

- 118** Die Begünstigung darf im Sinne der Selektivität nur bestimmten Unternehmen zukommen. Allgemeine Maßnahmen der Wirtschaftsförderung sind demnach keine Beihilfen.²¹³
- 119** Begünstigungen sind ferner nur dann Beihilfen, wenn sie unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden.²¹⁴ Eine unmittelbare staatliche Mittelgewährung liegt vor, wenn die Begünstigung unmittelbar öffentliche Haushalte der Gebietskörperschaften belastet. Mittelbare Mittelgewährungen müssen dem Staat zuzurechnen sein.
- 120** Die Begünstigung muss einem Unternehmen i. S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV zukommen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist insofern ein funktionaler Unternehmensbegriff maßgeblich.²¹⁵ Danach ist ein Unternehmen jede auf Dauer wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.²¹⁶ Das Merkmal der wirtschaftlichen Tätigkeit ist weit zu verstehen. Nach der Rechtsprechung des EuGH wird jede Tätigkeit erfasst, „die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.“²¹⁷
- 121** Eine Wettbewerbsverfälschung liegt vor, wenn die Begünstigung ein bestehendes oder potentiellles Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen oder Produktionszweigen beeinträchtigt und damit

²¹³ *Haag*, in: Die Europäische Union (o. Fn. 210), § 13, Rn. 8.

²¹⁴ Dazu *Koenig / Paul*, in: EUV/AEUV (o. Fn. 196), Art. 107 AEUV, Rn. 56 ff.

²¹⁵ Grundlegend EuGH, Rs. C-41/90, Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979, Rn. 21. Dazu u. a. *Ansgar Hense*, Freie Wohlfahrtspflege im Konflikt mit europäischem Beihilferecht, in: Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, hg. von Otto Depenheuer / Markus Heintzen / Matthias Jestaedt / Peter Axer, 2007, S. 1075 (1089 f.).

²¹⁶ Umfassend *Koenig / Paul*, in: EUV/AEUV (o. Fn. 196), Art. 107 AEUV, Rn. 69 ff.

²¹⁷ EuGH, Rs. C-309/99, Wouters, Slg. 2002, I-1577, Rn. 47; zustimmend u. a. *Kühling*, in: EUV/AEUV (o. Fn. 212), Art. 106 AEUV, Rn. 7.

den Ablauf des Wettbewerbs in dem betreffenden Marktsegment verändert.²¹⁸

Schließlich ist eine Beihilfe gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV nur dann gegeben, wenn die Begünstigung „den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt“. Nach allgemeiner Ansicht ist das Vorliegen dieses grenzüberschreitenden Begriffsmerkmals („sog. Zwischenstaatlichkeitsklausel“) angesichts des sich stets verdichtenden Handelsverkehrs innerhalb der EU nur ausnahmsweise zu verneinen.²¹⁹ Schon die Möglichkeit zukünftiger Auswirkungen auf den Binnenmarkt genügt, sofern sie den Status der bloß abstrakten Denkbareit überschreitet.²²⁰ Im Übrigen fallen nach Art. 3 VO (EU) 1407/2013 (De-minimis-Verordnung)²²¹ Begünstigungen, die den De-minimis-Betrag von 200.000 € in einem Zeitraum von drei Jahren nicht überschreiten, nicht unter das Beihilfenverbot.

122

b) Ausnahmen vom Beihilfenverbot; Beihilfeverfahren

Beihilfen sind gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV nur unzulässig, „soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist“. Der AEUV enthält eine Reihe von Ausnahmetatbeständen.²²² So enthält Art. 107 Abs. 2 AEUV einen Katalog von Legalausnahmen für Beihilfen, bei denen keine wettbewerbsverzerrende Wirkung zu befürchten steht. Art. 107 Abs. 3 AEUV eröffnet die Möglichkeit, Ausnahmen vom Beihilfenverbot durch Ermessensentscheidungen der Kommission bzw. des Rates zu treffen. Schließlich enthält Art. 106 Abs. 2 AEUV einen Ausnahmetatbestand für „Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind“. Hier gilt das EU-Wettbewerbsrecht unter Einschluss des Beihilfenverbots nur, „soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die

123

²¹⁸ Koenig / Paul, in: EUV/AEUV (o. Fn. 196), Art. 107 AEUV, Rn. 87. Dazu auch Classen, in: Europarecht (o. Fn. 187), § 21, Rn. 11.

²¹⁹ Koenig / Paul, in: EUV/AEUV (o. Fn. 196), Art. 107 AEUV, Rn. 97.

²²⁰ Müller-Graff, in: Europäisches Unionsrecht (o. Fn. 197), Art. 107 AEUV, Rn. 20.

²²¹ VO (EU) 1407/2013 (ABl. EU, L 352/1). Sie gilt vom 1.1.2014 bis zum Ablauf des 31.12.2020.

²²² Zum Folgenden statt vieler Classen, in: Europarecht (o. Fn. 187), § 21, Rn. 13 ff., und Haag, in: Die Europäische Union (o. Fn. 210), § 13, Rn. 15 ff., jeweils m. w. N.

Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“.²²³

- 124** Das Verfahren der (repressiven und präventiven) Beihilfenkontrolle ist in Art. 108 AEUV und der auf Art. 109 AEUV beruhenden VO (EG) 659/1999 geregelt.²²⁴ Ein wichtiges Element dieses Verfahrens ist das in Art. 108 Abs. 3 AEUV i.V.m. Art. 2 VO (EG) 659/1999 verankerte Notifizierungsverfahren. Danach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, der Kommission neue Beihilfen oder die Umgestaltung bestehender Beihilfen anzuzeigen. Die Notifizierungspflicht besteht auch für Beihilfen, die unter die genannten Ausnahmetatbestände fallen, nicht aber für Begünstigungen, die nicht unter den Begriff der Beihilfe zu subsumieren sind.

3. Das Beihilfenverbot und das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften

a) Vorliegen einer Beihilfe?

- 125** Der im Rahmen des Kooperationsgebotes gebotene und erfolgende Transfer von Zuwendungen des Staates und der Kommunen an karitativ-diakonische Einrichtungen der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften käme vor den Schranken des EU-Wettbewerbsrechts zum Erliegen, wenn darin eine unzulässige Beihilfe zu sehen wäre. Die bisher nicht eindeutig und nachhaltig beantwortete Frage nach der Beihilfenqualität dieser Zuwendungen ist daher für den Bestand des karitativ-diakonischen Wirkens der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften unter dem Grundgesetz von herausragender Bedeutung. Zweifel am Vorliegen einer Beihilfe ergeben sich insbesondere im Hinblick auf die Begriffsmerkmale des „Unternehmens“ und der „Begünstigung“.
- 126** Nach Ansicht des EuGH sind Träger von Sozialleistungen – etwa die öffentlichen Sozialversicherungssysteme – keine Unternehmen im Sinne des EU-Beihilfenrechts, da sie keine wirtschaftlichen Tätigkeiten ausüben, sondern soziale Aufgaben wahrnehmen und dabei nicht in einem Wettbewerb mit anderen öffentlichen oder privaten Einrich-

²²³ Dazu u.a. *Müller-Graff*, in: *Europäisches Unionsrecht* (o. Fn. 197), Art. 106, Rn. 13 ff.

²²⁴ Dazu statt vieler *Classen*, in: *Europarecht* (o. Fn. 187), § 21, Rn. 27 ff.

tungen stehen.²²⁵ Die Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf die Leistungserbringer unter Einschluss karitativ-diakonischer Einrichtungen der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften ist umstritten. Die Kommission geht jedenfalls davon aus, dass das EU-Wettbewerbsrecht auch für die „Kirchen und religiösen Gemeinschaften“ gilt, sobald sie wirtschaftliche Tätigkeiten aufnehmen.²²⁶ Für die Annahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit spricht der Umstand, dass diese Einrichtungen ihre Leistungen (zunehmend) in Konkurrenz mit privaten Anbietern anbieten.²²⁷ Dagegen ist mit einer Reihe von Argumenten eingewandt worden, dass im Bereich der Sozialleistungen schon mangels eines Marktes keine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen könne.²²⁸ So richteten sich Sozialleistungen nicht nach den Marktprinzipien von Angebot und Nachfrage, sondern werden beim Sozialleistungsträger beantragt und ggf. bewilligt. Die Berechtigung zur Leistungserbringung setze zudem den Abschluss einer Vereinbarung voraus und Leistungsentgelte seien keine Preise, sondern Resultat von bedarfsorientierten Vereinbarungen oder Festsetzungen durch Schiedsstellen. Auch die Zulassung Privater erzeuge noch keinen Markt, da auch sie dem öffentlich-rechtlichen Regime der Sozialleistungen unterlägen. Schließlich seien die Marktprinzipien mit einigen Strukturprinzipien des Sozialrechts unvereinbar, so etwa mit dem Bedarfsdeckungsgrundsatz und der Gesamtverantwortung des Staates. Angesichts der gebotenen weiten Auslegung des Begriffsmerkmals der wirtschaftlichen Tätigkeit ist jedoch zweifelhaft, ob diese Einwände tatsächlich eine Exemption des Sozialleistungssektors aus dem EU-Wettbewerbsrecht bewirken können.

Erfolg versprechender ist ein Blick auf das Begriffsmerkmal der Begünstigung im Lichte der Ausschlusskriterien aus dem Altmarkt-Trans-Urteil des EuGH. Danach sind Begünstigungen an gemeinwirtschaftliche Unternehmen schon begrifflich nicht als Beihilfen zu bewerten, wenn sie die o.g. vier Kriterien erfüllen. Der Status der karitativ-diakonischen Einrichtungen der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften lässt sich aus dem Ambulanz Glöckner-Urteil

127

²²⁵ Etwa EuGH, Rs. C-264/01, in: EuZW 2004, S. 241 (243 f.).

²²⁶ *Mitteilung der Kommission*, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa (ABl. EG 2001, C 17/4), Nr. 30 (C 17/9).

²²⁷ So etwa Weber, Die Kirchen und das Europäische Subventionsrecht (o. Fn. 209), S. 433, und Schwarz, Die karitative Tätigkeit der Kirchen im Spannungsfeld von nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht (o. Fn. 208), S. 210 f.

²²⁸ Neumann, Die Diakonie im sparbeflissenen Staat (o. Fn. 160), S. 390 ff.

des EuGH erschließen.²²⁹ Danach können als gemeinwirtschaftliche Unternehmen auch nichtkommerzielle Verbände der freien Wohlfahrtspflege in Betracht kommen. Es ist nicht ersichtlich, warum dies nicht auch für religionsgemeinschaftliche Einrichtungen oder Wohlfahrtsverbände gelten soll.²³⁰ Da die staatlichen bzw. kommunalen Zuwendungen im Rahmen des Kooperationsgebotes zumeist die Gestalt von nicht kostendeckenden und damit auch nicht gewinnbringenden Zuschüssen haben, dürften sie keinen Ausgleich darstellen, der über die Kosten der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Aufgaben hinaus geht und auch den Berechnungen der Kosten eines objektiv gut geführten Unternehmens entsprechen. Damit sind die o. g. Kriterien (3.) und (4.) erfüllt. Objektive und transparente Parameter für den Ausgleich im Sinne des Kriteriums (2.) dürften in den allermeisten Fällen den Zuwendungen zugrunde liegen, jedenfalls aber vereinbart werden können.²³¹ Problematisch ist das Kriterium (1.) der Betrauung der Einrichtungen mit klar definierten Gemeinwohlpflichten. In der älteren Rechtsprechung des EuGH wurde die Erfüllung dieses Kriteriums von dem Vorliegen eines entsprechenden Hoheitsaktes, etwa einer Übertragung durch Gesetz, abhängig gemacht.²³² Die neuere Rechtsprechung des EuGH lässt demgegenüber schon eine öffentlich-rechtliche Konzession, einen Vertrag oder eine Genehmigung genügen.²³³ Vor diesem Hintergrund sind die einschlägigen Versorgungsverträge oder die Aufnahme karitativ-diakonischer Einrichtungen der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften als Betrauungsakte hinreichend.²³⁴ Insgesamt liegt also keine Beihilfe vor.

²²⁹ EuGH, Rs. C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg. 2001, I-8055.

²³⁰ Ebenso *Weber*, *Die Kirchen und das Europäische Subventionsrecht* (o. Fn. 209), S. 435.

²³¹ Ebenso *Weber*, ebd., S. 435. Für die Möglichkeit einer EU-Recht konformen Ausgestaltung auch *Neumann*, *Die Diakonie im sparbeflissenen Staat* (o. Fn. 160), S. 389.

²³² Vgl. EuGH, Rs. 127/73, *BRT II*, Slg. 1974, 313; Rs. 10/71, *Hafen von Metert*, Slg. 1971, 723, Rn. 13/16.

²³³ Nachweise bei *Katharina Stürz*, *Die staatliche Förderung der christlichen karitativen Kirchentätigkeit im Spiegel des europäischen Beihilferechts*, 2008, S. 115.

²³⁴ Ebenso *Stürz*, ebd., S. 115; *Weber*, *Die Kirchen und das Europäische Subventionsrecht* (o. Fn. 209), S. 435; skeptisch *Hense*, *Freie Wohlfahrtspflege im Konflikt mit europäischem Beihilferecht* (o. Fn. 215), S. 1099 m. w. N. auch zur Gegenauffassung.

Sollten Zweifel an dieser Begründung der Exemption des karitativ-diakonischen Wirkens der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften aus dem Begriff der Beihilfe i.S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV und damit aus dem EU-Beihilfenrecht insgesamt bestehen bleiben, so kann auf drei weitere Auslegungstopoi hingewiesen werden. So ist zunächst an den nunmehr im Primärrecht normativ verankerten Bedeutungszuwachs des Sozialbezugs der EU zu erinnern. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Auslegung des EU-Wettbewerbsrechts im Zweifel zu Lasten eines in einem Mitgliedstaat verfassungsrechtlich gebotenen Kooperationssystems nicht plausibel. Damit zusammenhängend kann – zweitens – auf die mehrfach betonte primärrechtliche Absicherung der nationalen Systeme der sozialen Sicherung – etwa in Art. 153 Abs. 4 AEUV – verwiesen werden, die zudem aus nationalstaatlicher Perspektive vom BVerfG in seinem Lissabon-Urteil gestützt wird.²³⁵ Schließlich ist das einschlägige Kooperationsgebot Teil des Religionsverfassungsrechts des Grundgesetzes, und nicht zuletzt aus Art. 17 AEUV ergibt sich, dass das EU-Recht das nationalstaatliche Religionsverfassungsrecht nicht beeinträchtigen soll. Es bleibt daher dabei, dass die staatlichen Zuwendungen an das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften im Rahmen des Kooperationsgebotes des Grundgesetzes keine Beihilfe im Sinne des EU-Beihilfenrechts darstellen.

128

b) Hilfsweise: Ausnahmetatbestände

Sollte entgegen den vorstehenden Ausführungen gleichwohl das Vorliegen einer Beihilfe und damit das Eingreifen des Beihilfenverbots i.S. d. Art. 107 Abs. 1 AEUV angenommen werden, so ist hilfsweise ein Blick auf die Ausnahmetatbestände zu werfen. Legalausnahmen i.S. d. Art. 107 Abs. 2 AEUV kommen offensichtlich nicht in Betracht. Aus dem Katalog der Ermessensausnahmen in Art. 107 Abs. 3 AEUV wird gelegentlich Buchst. b) für einschlägig erachtet.²³⁶ Ob aber die Zuwendungen an karitativ-diakonische Einrichtungen der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften als „Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem

129

²³⁵ Nochmals BVerfGE 123, 267 (358).

²³⁶ So etwa von *Schwarz*, Die karitative Tätigkeit der Kirchen im Spannungsfeld von nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht (o. Fn. 208), S. 213.

Interesse“ gelten können, ist zumindest zweifelhaft.²³⁷ Bedeutsamer ist die Ausnahmenvorschrift des Art. 106 Abs. 2 AEUV. Die Eigenschaft der einschlägigen karitativ-diakonischen Einrichtungen als gemeinwirtschaftliche Unternehmen, die mit Gemeinwohlverpflichtungen betraut sind, ist bereits festgestellt worden. Da mit dem eventuellen und EU-wettbewerbsrechtlich bedingten Wegfall des Kooperationsgebotes auch die „Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“ würde, sprechen gute Gründe dafür, eine Rechtfertigung der (vermeintlichen) Beihilfe über Art. 106 Abs. 2 AEUV anzunehmen.²³⁸

4. Fazit

- 130** Das EU-Wettbewerbs- bzw. EU-Beihilfenrecht wirft hinsichtlich seiner Anwendung auf das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften diverse Auslegungsprobleme auf. Klarstellende Rechts- oder Rechtsprechungsakte aus der Sphäre der EU fehlen bisher. Eine an der bisherigen Dogmatik der vorliegenden Literatur und den primärrechtlichen Werten und Zielen der EU orientierte Auslegung führt zu dem Ergebnis, dass die entsprechenden Zuwendungen keine Beihilfen und daher insgesamt mit dem Europäischen Wettbewerbsrecht konform sind.

D. Abschließende Bemerkungen

- 131** Karitativ-diakonisches Wirken zählt in besonderer Weise für die Kirchen, aber auch für andere Religionsgemeinschaften zu ihren unverzichtbaren Betätigungsfeldern. Das Grundgesetz gewährleistet einen entsprechenden Grundrechtsschutz vor allem über Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV. Die gebotene Abwägung mit dem staatsgerichteten Sozialstaatsprinzip führt zu einem Kooperationsgebot, demzufolge die religionsgemeinschaftlich getragenen Einrichtungen der sozialen Vor- und Fürsorge in die Erfüllung der Sozialstaatsaufgabe einzubeziehen sind. Das Kooperationsgebot wird u. a. im Sozialrecht und im Landesverfassungsrecht in

²³⁷ Ablehnend *Weber*, Die Kirchen und das Europäische Subventionsrecht (o. Fn. 209), S. 438.

²³⁸ Ebenso *Weber*, ebd., S. 438 f.

jeweils unterschiedlicher Ausprägung konkretisiert. Dieser durch das Grundgesetz gezogene religionsverfassungsrechtliche Rahmen wird durch das europäische Sozial- und Wettbewerbsrecht (derzeit) nicht tangiert. Er liefert eine solide Grundlage dafür, dass die Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften auch in Zukunft mit karitativ-diakonischem Wirken ihrem Auftrag in der und für die Welt nachgehen können.

§ 50

Karitative Einrichtungen und Verbände in der katholischen Kirche

Von Gernot Sydow*

I. Grundbefunde	1–20
1. Karitative Handlungsfelder der Kirche	1–4
2. Kerndaten zum karitativen Handeln der katholischen Kirche	5–7
3. Prägungen katholischer karitativer Einrichtungen	8–9
4. Subsidiarität und Pluralität als grundlegende Organisationsprinzipien	10–12
5. Vielfalt an Fachperspektiven	13–20
a) Theologische Fundierung: karitatives Handeln als Ausdruck des Glaubens und Auftrag der Kirche	14–15
b) Sozialrechtliche Perspektive: kirchliche Caritas als Teil der freien Wohlfahrtspflege	16–18
c) Betriebswirtschaftliche Perspektive: karitative Einrichtungen als wirtschaftliche Unternehmen	19–20
II. Normative Vorgaben	21–35
1. Doppelte Verfasstheit der Träger karitativer Einrichtungen nach Kirchenrecht und staatlichem Recht	21–31
a) Relevante Normen des staatlichen und kirchlichen Rechts	21–25
b) Unabhängigkeit der staatlichen und kirchlichen Normierungen	26–31
2. Steuerung durch soft law	32–35
a) Arbeitshilfen der Deutschen Bischofskonferenz als soft law	32–33

* Für Hinweise und Diskussionen insbesondere zu den kirchenrechtlichen Fragen des nachfolgenden Beitrags dankt der Autor *Prof. Dr. Dr. Burkhard Josef Berkmann, Prof. Dr. Ansgar Hense, Prof. Dr. Peter Platen, Prof. Dr. Ulrich Rhode SJ und Dr. Hanna Sattler OSB.*

b) Torsohafter Charakter der Arbeitshilfen wegen fehlender Erklärungs- und Transparenzverpflichtungen	34–35
III. Formen der Trägerschaft karitativer Einrichtungen	36–58
1. Grundkonstellationen der Einrichtungsträgerschaft	36–37
2. Typologie von Trägerschaften	38–50
a) Pfarreiträgerschaft	38–40
b) Ordensträgerschaft	41–42
c) Vereinsträgerschaft	43–45
d) Stiftungsträgerschaft	46–47
e) GmbH-Trägerschaft	48–50
3. Entwicklungstendenzen	51–54
4. Rahmenbedingungen ökumenischer Kooperationen auf Trägerschaftsebene	55–58
IV. Gute Unternehmensführung und Organstrukturen karitativer Einrichtungen	59–64
1. Maßstabsfunktion staatlicher Normierungen und des Deutschen Corporate Governance Kodex	59–60
2. Grundregel einer dreiteiligen Organstruktur karitativer Rechtsträger	61–62
3. Umsetzung der Vorgaben in den Statuten der Rechtsträger	63–64
V. Aufsicht und bischöfliche Verantwortung für karitative Einrichtungen	65–88
1. Bischöfliche Gesamtverantwortung für das karitative Handeln	65–71
a) Kirchenrechtliche Grundlagen	65–66
b) Fehlen einer einheitlichen, umfassenden bischöflichen Befugnis	67–71
2. Prinzip der gestuften kirchlichen Aufsicht	72–73
3. Instrumente zur Wahrnehmung der bischöflichen Gesamtverantwortung	74–88
a) Bischöfliche Gesetzgebung	74–77
b) Weisungsbefugnisse des Diözesanbischofs	78
c) Statutengenehmigung und Aufsicht über karitative Einrichtungen in Vereinsträgerschaft	79–83
d) Aufsicht über karitative Einrichtungen in Stiftungsträgerschaft	84
e) Bischöfliche Aufsicht über karitative Ordenseinrichtungen	85–87

f) Mittelbare Steuerung über Zuschüsse und Bewilligungsbedingungen	88
VI. Einrichtungsübergreifende Verbände der Caritas	89–95
1. Der Deutsche Caritasverband als institutionelle Zusammenfassung und Vertretung der Caritas	89–91
2. Mitgliedschaft im Deutschen Caritasverband und in den Diözesancaritasverbänden	92–93
3. Karitative Einrichtungen außerhalb der Verbandsstrukturen der Caritas	94–95

I. Grundbefunde

1. Karitative Handlungsfelder der Kirche

Die Kirche leitet aus dem Gebot christlicher Nächstenliebe ihren Auftrag ab, alle hilfsbedürftigen Menschen zu unterstützen und so Gottes barmherzige Sorge um den einzelnen Menschen zu verwirklichen. Karitatives Handeln ist Antwort auf die Liebe Gottes, zugleich Ausdruck des Glaubens und Auftrag der Kirche als einer dienenden Kirche der Liebe und Kirche der Armen.¹

Dieser Auftrag wird in Selbsthilfegruppen, im ehrenamtlichen Einsatz, auf privater und organisierter Ebene, in Pfarreien, Orden, geistlichen Gemeinschaften und besonders in den Einrichtungen der verbandlich strukturieren Caritas wahrgenommen. Fachliche Schwerpunkte des karitativen Handelns der katholischen Kirche bilden die Gesundheitshilfe, insbesondere durch die Trägerschaft von Krankenhäusern, die Kinder- und Jugendhilfe, die Altenhilfe, die Behindertenhilfe und Psychiatrie, des Weiteren die Arbeitsbereiche der Schwangerschaftsberatung, der Sucht- und Schuldnerberatung, der Hilfe für Geflüchtete und der Familienhilfe.

Die Abgrenzung dessen, was als karitatives Handeln verstanden werden kann, ist nicht immer eindeutig und im Zeitablauf teilweise auch Wandlungen unterworfen. Das gilt etwa für die kirchlichen Wohnungsunternehmen, die in den Nachkriegsjahren zur Linderung akuter Wohnungsnot gegründet wurden, ihre sozialen Bindungen

¹ Zum karitativen Auftrag der Kirche *Alfred E. Hierold*, in: Stephan Haering/Wilhelm Rees/Heribert Schmitz (Hg.), *Handbuch des katholischen Kirchenrechts*, 3. Aufl. 2015, S. 1458 ff.

nicht aufgegeben haben, aber heute gleichwohl nicht primär als karitative Einrichtung begriffen werden.²

- 4 Ähnliche Zuordnungsfragen ergeben sich für die Kindertagesstätten: Der Deutsche Caritasverband versteht sie als Teil des karitativen Wirkens der Kirche und nimmt daher für sie seine verbandliche Vertretungsfunktion wahr, während Bistümer und Pfarreien die von ihnen getragenen Kindertagesstätten vor allem als Orte des pfarrlichen Wirkens, des gelebten Glaubens und seiner Weitergabe vor Ort verstehen.³ Beide Sichtweisen schließen sich nicht aus und können sich grundsätzlich gut ergänzen. In konkreten Fragen der Zuordnung von Kompetenzen bricht der Konflikt beider Sichtweisen freilich schnell wieder auf: etwa für die Verortung der Fachberatung für Kindertagesstätten oder der Zuständigkeit für Personalentwicklungskonzepte für die kirchlichen Kindertagesstätten entweder im Diözesancaritasverband oder im jeweiligen Generalvikariat.

2. Kerndaten zum karitativen Handeln der katholischen Kirche

- 5 Die karitativen Verbände, Einrichtungen, Dienste und Initiativen in der römisch-katholischen Kirche betreuen, beraten oder begleiten in Deutschland mehr als 12 Millionen Menschen jährlich. Zum Deutschen Caritasverband, der den ganz überwiegenden Teil der katholischen karitativen Einrichtungen vertritt, zählen etwa 25.000 Einrichtungen mit gut 1 Million Plätzen bzw. Betten, darunter ca. 500 Krankenhäuser und damit etwa ein Viertel aller Krankenhäuser in Deutschland. Unter den karitativen Einrichtungen sind Tageseinrichtungen, Dienste der offenen Hilfe, stationäre Einrichtungen sowie Aus- und Fortbildungsstätten. Hinzu treten die bischöflichen Hilfswerke Misereor, Adveniat und Renovabis, und verschiedenste karitative Dienste und Initiativen, die anders als große stationäre Einrichtungen überwiegend auf ehrenamtlichem Engagement beruhen und mit einem Mindestmaß an organisatorischer Verfestigung auskommen.
- 6 Das karitative Wirken ist gleichermaßen durch Professionalisierung und Ehrenamtlichkeit gekennzeichnet: In den Caritaseinrichtungen arbeiten etwa 660.000 hauptberufliche Mitarbeiter, 42.000

² Zu ihren gewandelten Aufgaben *Ludolf von UsLAR*, Die Legitimation kirchlicher Wohnungsunternehmen, KuR 2009, S. 102 ff.

³ Siehe unten I. 5. a.

Auszubildende und 10.000 Freiwillige im Rahmen eines Sozialen Jahres oder des Bundesfreiwilligendienstes. Zudem engagieren sich in den Caritaseinrichtungen weitere 500.000 Menschen ehrenamtlich.⁴ Die Zahl der Einrichtungen und Plätze ist in den vergangenen Jahrzehnten stabil, tendenziell leicht gewachsen, die Zahl der Mitarbeiter deutlich gewachsen, was teilweise auf einem Anstieg an Vollzeitstellen beruht, vor allem aber durch die Zunahme von Teilzeitbeschäftigung bedingt ist.⁵

Die regionale Verteilung der Einrichtungen entspricht weitgehend dem jeweiligen katholischen Bevölkerungsanteil. So sind 70 % aller Mitarbeiter der Caritas in Nordrhein-Westfalen, Bayern oder Baden-Württemberg tätig. In den nördlichen und östlichen Bundesländern ist das Netz von Einrichtungen in katholischer Trägerschaft weit weniger dicht.

3. Prägungen katholischer karitativer Einrichtungen

In der Vielfalt heutiger Trägerschaftsformen für die karitativen Einrichtungen der katholischen Kirche spiegeln sich unterschiedliche historische Prägungen wider. Viele katholische karitative Einrichtungen sind durch ihre Gründung und Trägerschaft und vor allem durch die dort tätigen Ordensleute von einer Ordensgemeinschaft geprägt, auch wenn die Zahl der karitativ tätigen Ordensleute in den letzten Jahrzehnten deutlich zurückgegangen ist.⁶

Zahlreiche der karitativ tätigen Ordensgemeinschaften sind Gründungen des 19. Jahrhunderts. Die soziale Frage des 19. Jahrhunderts

⁴ Statistische Angaben: Katholische Kirche in Deutschland. Zahlen und Fakten 2017/2018 (Arbeitshilfe 299), hg. vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, 2018, S. 32 f., sowie <<https://www.caritas.de/diecaritas/wir-ueber-uns/die-caritas-in-zahlen/statistik>>.

⁵ Ende 2014 135.000 mehr Mitarbeiter im Dienste der Caritas im Vergleich zu 1994 <<https://www2.caritas-statistik.de/startseite-statistik/zentralstatistik/>>.

⁶ 1950 ca. 60.000, 1990 ca. 21.000 (*Josef Schmitz-Elsen*, Die karitativen Werke und Einrichtungen im Bereich der katholischen Kirche, in: HSKR², Bd. 2, 1995, S. 789 [792]); für 2012 ca. 1.200 Ordensfrauen in Medizin und Pflegeberufen sowie ca. 250 Schwestern in der Sozialarbeit, zu denen Ordensleute in der Verwaltung und im Wirtschaftsbereich karitativer Einrichtungen hinzuzuzählen sind; Angaben für 2012 in: Katholische Kirche in Deutschland. Zahlen und Fakten 2012/2013 (Arbeitshilfen Nr. 263), hg. vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, 2013, S. 23.

hat auch ein nachhaltiges soziales Engagement katholischer Laien ausgelöst, teilweise im Bezugsrahmen der Pfarreien, überwiegend im Rahmen neu gegründeter Vereine und Verbände.⁷ Gründung, Prägung und Entwicklung der karitativen Einrichtungen der katholischen Kirche standen im 19. und 20. Jahrhundert in enger Wechselbeziehung zur Entstehung und Entfaltung der katholischen Soziallehre.⁸

4. Subsidiarität und Pluralität als grundlegende Organisationsprinzipien

- 10 Grundlegendes Organisationsprinzip für die karitativen Einrichtungen der katholischen Kirche ist das Subsidiaritätsprinzip. Es sichert in der Ausprägung, die es durch die katholische Soziallehre gefunden hat⁹, die Nähe zum einzelnen Menschen, fördert die Identifikation mit örtlichen karitativen Einrichtungen und motiviert ehrenamtliches Engagement. Es trägt nicht zuletzt einer Sorge Rechnung, die den Geist der Liebe durch Organisation und Institution gefährdet sieht. Das Subsidiaritätsprinzip bedingt vielfältige, dezentrale und inhomogene Trägerstrukturen für karitative Einrichtungen. Von karitativen Einrichtungen der katholischen Kirche zu sprechen bedeutet daher nicht, dass diese Einrichtungen eine einheitliche Trägerschaft hätten, über gleichförmige Strukturen verfügten oder identischen normativen Vorgaben unterlägen.
- 11 Mit der bischöflichen Verfasstheit der katholischen Kirche stehen die grundlegenden Organisationsprinzipien für die Caritas in einem latenten Spannungsverhältnis, sofern bischöfliche Verfasstheit mit einem Verständnis der katholischen Kirche als monolithischer Einheit gleichgesetzt wird. Dass eine solche Gleichsetzung verfehlt ist, zeigt sich daran, dass Geltung und prägende Bedeutung des Subsidi-

⁷ Siehe etwa *Winfried Becker*, Der politische und soziale Katholizismus, in: Handbuch der Katholischen Soziallehre, hg. von Anton Rauscher, 2008, S. 175 ff.

⁸ Dazu *Lothar Roos*, Entstehung und Entfaltung der modernen katholischen Soziallehre, in: Handbuch der Katholischen Soziallehre (o. Fn. 7), S. 103 ff.; *Reinhard Kardinal Marx*, Die Katholische Soziallehre im Kontext aktueller Herausforderungen, in: Caritas in veritate, hg. von Jörg Althammer, 2013, S. 9 ff.

⁹ Überblick etwa bei *Ursula Nothelle-Wildfeuer*, Die Sozialprinzipien der Katholischen Soziallehre, in: Handbuch der Katholischen Soziallehre (o. Fn. 7), S. 143 ff.

diaritätsprinzips für den karitativen Bereich nicht in Zweifel stehen.¹⁰

Auch die institutionelle Zusammenfassung und Vertretung der karitativen Einrichtungen und Verbände im Deutschen Caritasverband stellt das Subsidiaritätsprinzip und die Vielfältigkeit an Organisationsstrukturen im karitativen Bereich nicht in Frage. Der Deutsche Caritasverband erfüllt übergreifende Funktionen der Koordinierung, der Interessenvertretung sowie der Qualitäts- und Strukturentwicklung.¹¹ Seine Mitglieder üben ihre eigenen satzungsgemäßen Tätigkeiten selbständig aus, unterstehen also nicht einer hierarchischen Leitung oder Aufsicht durch den Deutschen Caritasverband. Ihre gemeinsame Mitgliedschaft im Deutschen Caritasverband nivelliert nicht das Verhältnis des einzelnen Einrichtungsträgers zum Diözesanbischof oder zur sonst zuständigen kirchlichen Autorität.¹²

12

5. Vielfalt an Fachperspektiven

Eine Analyse, die Grundstrukturen in der Vielfalt kirchlichen karitativen Wirkens aufzuzeigen versucht, steht sehr schnell und immer wieder vor der Herausforderung verschiedener Zugriffsmöglichkeiten und unterschiedlicher Fachperspektiven. Selbstverständnis und Fremdwahrnehmung aus unterschiedlichen Sichtweisen beziehen sich auf verschiedene Referenzrahmen, betonen deshalb andere Aspekte und stehen anderen Perspektiven bisweilen mit Unverständnis gegenüber.

13

a) Theologische Fundierung: karitatives Handeln als Ausdruck des Glaubens und Auftrag der Kirche

Mit ihren karitativen Einrichtungen und Diensten nimmt sich die Kirche in besonderer Weise der Not und Ungerechtigkeit, des Leids

14

¹⁰ Bekräftigung dieser dezentralen Struktur bspw. durch: Soziale Einrichtungen in katholischer Trägerschaft und wirtschaftliche Aufsicht (Arbeitshilfen Nr. 182), hg. vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, 2. Aufl. 2007, S. 10.

¹¹ Näher unten IV. 1.

¹² Dazu unten V.

und der Ausgrenzung von Menschen an.¹³ Zentrale Bezugspunkte des karitativen Handelns sind die personale Würde des Einzelnen und ihre Begründung aus der Gottesebenenbildlichkeit des Menschen. Auf grundlegende lehramtliche Texte zum karitativen Auftrag der Kirche kann an dieser Stelle nur verwiesen werden: auf die Enzykliken Papst *Benedikts XVI.* „Deus caritas est“ vom Dezember 2005 und „Caritas in veritate“ vom Juni 2009¹⁴ und die Schrift der deutschen Bischöfe „Berufen zur caritas“ vom Dezember 2009.

- 15 Diese theologischen und ekklesiologischen Aussagen können in einer sozialetischen Perspektive reformuliert werden, nach der karitatives Handeln Solidarität und Gemeinwohl verwirklicht.¹⁵ Auch diese Reformulierung zieht aber nicht in Zweifel, dass zentraler Bezugspunkt karitativen Handelns der einzelne Mensch ist. Weder die Politische Theologie eines *Johann Baptist Metz* noch die Befreiungstheologie und ihre Rezeption in Deutschland haben sich als tragfähige Alternative zur Katholischen Soziallehre und ihres prononciert personalen Ansatzes durchsetzen können. Es dürfte heute – anders noch als in den 1970er Jahren – nicht mehr erforderlich sein, karitatives Handeln innerkirchlich gegen den Vorwurf in Schutz zu nehmen, es sei antiquiert, zu wenig strukturverändernd, von herablassender Barmherzigkeit und betulicher Fürsorge.¹⁶

¹³ Wort der Deutschen Bischöfe „Caritas als Lebensvollzug der Kirche und als verbandliches Engagement in Kirche und Gesellschaft“, hg. vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz (Die deutschen Bischöfe 64), 1999, S. 7 ff.; siehe auch *Ulrike Kostka*, Von der Überzeugungs- zur biblisch geprägten Handlungsgemeinschaft, in: Hermann Reichold (Hg.), Loyalität und Konfessionsbindung in der Dienstgemeinschaft – Wege zu einer glaubwürdigen Unternehmenskultur in katholischen Einrichtungen, 2018, S. 13 ff.

¹⁴ Dazu *Heinrich Pompey*, Zur Neuprofilierung der caritativen Diakonie der Kirche. Die Enzyklika „Deus caritas est“, 2007; *Lothar Roos*, Die Sozialenzykliken der Päpste, in: Handbuch der Katholischen Soziallehre (o. Fn. 7), S. 125 ff.; *Nicole Hennecke*, Caritas und Recht. Eine kanonistische Untersuchung zum caritativen Sendungsauftrag der Kirche, 2012, S. 91 ff.; *Alois Baumgartner*, Die Enzyklika „Caritas in veritate“ im Kontext der kirchlichen Sozialverkündigung, in: Caritas in veritate (o. Fn. 8), S. 29 ff. und weitere Beiträge dieses Sammelbandes.

¹⁵ Entfaltung durch *Ursula Nothelle-Wildfeuer*, Die Sozialprinzipien der Katholischen Soziallehre (o. Fn. 9), S. 143 ff.

¹⁶ So die Zusammenfassung innerkirchlicher Positionen Anfang der 1970er Jahre, dagegen damals *Richard Völkl*, Caritative Diakonie als Auftrag der Kirche, in: EssGespr. 8 (1974), S. 9 (10); mit derselben Verteidigungshaltung immer noch *Klaus Baumann*, Caritas – Anwältin der Armen und Bedrängten für ein gerechtes Sozialsystem, in: Orientierung und Innovation, hg. von Bernhard Nacke, 2009, S. 432 ff.

*b) Sozialrechtliche Perspektive:
kirchliche Caritas als Teil der freien Wohlfahrtspflege*

Für den säkularen Staat sind die kirchlichen karitativen Einrichtungen und Dienste insbesondere unter zwei Aspekten von Bedeutung: als Grundrechtsträger und als Erbringer von Sozialleistungen. Deren Verhältnis zueinander ist nicht spannungsfrei. Denn die Einbeziehung eines Grundrechtsträgers in ein staatliches System der Leistungserbringung für Dritte setzt ein Mindestmaß an Kompatibilität in Zielsetzung und Arbeitsweise voraus. Dies kann für den Grundrechtsträger einen indirekten Anpassungsdruck an staatliche Vorstellungen verursachen, der der grundrechtlichen Freiheit tendenziell zuwider laufen kann.

16

In der Diktion des Sozialgesetzbuchs nehmen die karitativen Einrichtungen Aufgaben der freien Wohlfahrtspflege¹⁷ wahr. Deren Erfüllung liegt im staatlichen Interesse; teilweise ist sie staatliche Verpflichtung mit Blick auf das Sozialstaatsziel und grundrechtliche Schutzpflichten. Der Staat nimmt das karitative Wirken der Kirchen und anderer freier Träger mit Wohlwollen wahr und fördert es, weil es ihn selbst entlastet. Die Aufgabenwahrnehmung durch nichtstaatliche Institutionen entspricht zudem dem Subsidiaritätsgedanken, der für das staatliche (Sozial-)Recht ein zentrales Organisationsprinzip ist. Dementsprechend bestimmt das Sozialgesetzbuch das Verhältnis zwischen freier und staatlicher Wohlfahrtspflege durch gesetzliche Garantien der Trägerpluralität¹⁸ und durch sektorale Vorrangregelungen zugunsten der freien Träger.¹⁹ Sie werden durch

17

¹⁷ Weitere Differenzierungen (Sozialpolitik, Wohlfahrtspflege, Sozialhilfe, Sozialarbeit), jeweils in Abgrenzung zum kirchlichen Verständnis von Caritas, bei *Alfred E. Hierold*, Grundlegung und Organisation kirchlicher Caritas, 1979, S. 66 ff.

¹⁸ Bspw. für den Krankenhaussektor § 1 Abs. 2 S. 1 KHG, dazu *Ansgar Hense*, Soziale Infrastruktur im Gesundheitswesen – der stationäre Sektor, in: *Regulierungsrecht*, hg. von Michael Fehling/Matthias Ruffert, 2010, S. 863 (887 ff.).

¹⁹ Bspw. für den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe § 4 Abs. 2 SGB VIII; ähnlich, wenn auch etwas eingeschränkt § 5 Abs. 4 SGB XII für die Sozialhilfe; zum bedingten Vorrang freier Träger im Bereich der Kindertagesstätten *Burkard Kämper*, Kindergärten in kirchlicher Trägerschaft, 1991, S. 66 ff., 74 ff.; zur Subsidiarität in den Sozialgesetzbüchern auch *Heinrich Griep/Caroline von Kries*, Welche Rechte gibt der Subsidiaritätsgrundsatz der freien Wohlfahrtspflege?, in: *neue caritas spezial* 1 (2017), S. 4 ff.

Kooperations- und Unterstützungspflichten für die Tätigkeit der freien Wohlfahrtspflege ergänzt.²⁰

- 18 Das staatliche Sozialrecht garantiert in Übereinstimmung mit der Verfassungsgarantie der kirchlichen Selbstbestimmung die Selbständigkeit der kirchlichen Träger „in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben sowie in der Gestaltung ihrer Organisationsstrukturen.“²¹ Damit ist es nur schwer vereinbar, die Tätigkeit und Förderung kirchlicher und anderer freier Träger davon abhängig zu machen, dass diese sich staatlichen Schutz-, Förderungs- oder Qualitätsmanagementkonzepten unterwerfen, die in den letzten Jahren in unübersehbarer Fülle entwickelt worden sind.²² Trägerpluralität und das Selbstbestimmungsrecht der freien Träger als Grundrechtsberechtigte bedingen, dass diese Träger eigene Vorstellungen über Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben, das Qualitätsmanagement und die dazu erforderliche Gestaltung ihrer Organisations- und Arbeitsstrukturen entwickeln.

*c) Betriebswirtschaftliche Perspektive:
karitative Einrichtungen als wirtschaftliche Unternehmen*

- 19 Weder die theologischen und sozialetischen Begründungen des karitativen Handelns noch das Verständnis karitativer Einrichtungen als freie Träger der Wohlfahrtspflege stehen einer Sichtweise entgegen, die karitative Einrichtungen auch als wirtschaftliche Unternehmen in einer Wettbewerbssituation begreift.²³ Die gegenwärtige wirtschaftliche Situation vieler karitativer Einrichtungen ist durch zunehmenden Kostendruck, diverse Umstellungen in den Finanzierungsbedingungen und eine Wettbewerbssituation mit neuen, kommerziellen Anbietern von Sozialleistungen geprägt. Das unternehmerische Selbstverständnis der Träger äußert sich darin, dass sie mit ihrem Kapital ein Unternehmen gründen, Arbeitgeber und Risikoträger sind und einzelbetrieblichen Gewinn benötigen, um Risikokapital

²⁰ Bspw. § 5 Abs. 2, 3 SGB XII.

²¹ Bspw. § 4 Abs. 1 S. 2 SGB VIII für die Kinder- und Jugendhilfe.

²² Zu Qualitätssicherungsinstrumenten im Krankenhaus- und Pflegesektor Hense, Soziale Infrastruktur im Gesundheitswesen (o. Fn. 18), S. 921 ff.

²³ Zur Markt- und Wettbewerbsorientierung im Gesundheitssektor Hense, Soziale Infrastruktur im Gesundheitswesen (o. Fn. 18), S. 869 ff.

in Form von Rücklagen zu schaffen und Wachstum zu finanzieren.²⁴ Die durch das Kostensenkungsparadigma erzeugten Refinanzierungsstrukturen setzten dabei teilweise Steuerungsanreize, die mit den Bedürfnissen des einzelnen hilfsbedürftigen Menschen nicht immer in Einklang zu bringen sind.²⁵

Das Verständnis karitativer Einrichtungen als wirtschaftliche Unternehmen prägt die Empfehlungen der Deutschen Bischofskonferenz zum notwendigen Wandel der Organisationsstrukturen im karitativen Bereich, die traditionell häufig durch persönliche Beziehungen und Vertrauensverhältnisse geprägt waren. Die Empfehlungen der Bischofskonferenz, diese gewachsene Kultur durch formalisierte, personenunabhängige Verfahren und Strukturen zu ersetzen (Trennung von Aufsicht und Geschäftsführung, umfassende externe Wirtschaftsprüfung, Transparenz nach außen etc.)²⁶, sind durch betriebswirtschaftliche Einsichten in Wirtschaftlichkeit, effektive Aufsichtsführung oder Risikominimierung geprägt. Die entsprechende Arbeitshilfe der Bischofskonferenz versteht sich als Sammlung von Empfehlungen im Sinne einer betriebswirtschaftlichen best practice, die sich am Deutschen Corporate Governance Kodex orientieren.²⁷

20

II. Normative Vorgaben

1. Doppelte Verfasstheit der Träger karitativer Einrichtungen nach Kirchenrecht und staatlichem Recht

a) *Relevante Normen des staatlichen und kirchlichen Rechts*

Das karitative Wirken der Kirchen erscheint aus staatlicher Perspektive in der Regel als sozialrechtliches Handeln. Dementsprechend wird es materiell-rechtlich primär durch die Regelungen des Sozialgesetzbuchs und des übrigen Sozialrechts gesteuert. Die Rechtsträger unterliegen auch darüber hinaus dem staatlichen Recht,

21

²⁴ Josef Gronemann, Die kirchliche Stiftung als mittelbare Unternehmens-trägerin sozialcaritativer Einrichtungen, in: KuR 1996, S. 147 (147).

²⁵ Zur Krankenhausfinanzierung bspw. Hense, Soziale Infrastruktur im Gesundheitswesen (o. Fn. 18), S. 905 ff.

²⁶ Arbeitshilfen Nr. 182 (o. Fn. 10), S. 10 f. und passim.

²⁷ Näher unten IV.

insbesondere dem Steuer- und Gemeinnützigkeitsrecht²⁸, und bedienen sich öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rechtsformen, die das staatliche Gesellschaftsrecht zur Verfügung stellt.²⁹

22 Die Normstruktur des römisch-katholischen Kirchenrechts und seiner Regelungen für karitatives Handeln ist vergleichbar: Neben Normen, die speziell dem karitativen Wirken gewidmet sind, stehen allgemeine Bestimmungen, vor allem das Vereinigungs- und das Vermögensrecht des CIC, die auch auf karitative Träger und ihr Handeln Anwendung findet.³⁰ Spezielle Regelungen für den karitativen Bereich hat Papst *Benedikt XVI.* 2012 durch das Motu proprio „Intima Ecclesiae natura“ (Über den Dienst der Nächstenliebe)³¹ erlassen. Dessen Regelungen stellen eine Zusammenfassung, Ausgestaltung und Fortentwicklung der allgemeinen CIC-Normen dar.³² Insbesondere unterstreicht das Motu proprio die konstitutive Beziehung des karitativen kirchlichen Handelns zum Bischofsamt.³³

23 Zu diesen universalkirchlichen Regelungen des CIC treten teilkirchenrechtliche Regelungen hinzu, von denen insbesondere die Stiftungsordnungen verschiedener deutscher Diözesen von erheblicher Relevanz für entsprechend verfasste karitative Träger sind.³⁴ Die

²⁸ Rolf Wallenhorst / Raymond Halaczinsky, Die Besteuerung gemeinnütziger Vereine, Stiftungen und der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, 6. Aufl. 2009; Wolfgang Schulte, Steuerpflichten der Kirchengemeinden als Körperschaften des öffentlichen Rechts, in: KuR 2012, S. 45 ff.

²⁹ Zu den auf kirchliche Stiftungen anwendbaren Normen des staatlichen und des kirchlichen Rechts Martin Schulte, in: Christoph Stumpf / Joachim Suerbaum / Martin Schulte / Rudolf Pauli, Stiftungsrecht – Kommentar, 3. Aufl. 2018, S. 384 (437 ff.).

³⁰ Allgemein zum kirchlichen Vereinsrecht Thomas Schüller, in: Stephan Haering / Wilhelm Rees / Heribert Schmitz (Hg.), Handbuch des katholischen Kirchenrechts, 3. Aufl. 2015, S. 796 ff., 813 ff.; zum kirchlichen Vermögensrecht Helmuth Pree, a. a. O., S. 1471 ff.

³¹ Papst *Benedikt XVI.*, Motu proprio *Intima Ecclesiae natura* (Über den Dienst der Nächstenliebe) vom 11. 11. 2012, Promulgation: Osservatore Romano vom 2. 12. 2012; dazu Ulrich Rhode, Das Motu proprio *Intima Ecclesiae natura* über den Dienst der Nächstenliebe, in: KuR 2013, S. 107 ff.; knapp auch Georg Neureither, Gesetzeslücke im CIC geschlossen, in: ZAT 2013, S. 32 f.; Helmuth Pree, Das Motu proprio *Intima Ecclesiae natura* (IEN) über den Dienst der Liebe, AfKR 181 (2012), S. 361 ff.; zum Rechtscharakter eines Motu proprio Heiner Grote, Was verlaublich Rom wie?, 1995, S. 54 f.

³² Zum Verhältnis des Motu proprio zum bis dahin geltenden kirchlichen Recht Rhode Motu proprio (o. Fn. 31), KuR 2013, S. 109.

³³ Näher unten V.

³⁴ Dazu Ansgar Hense, „Religiöse Stiftungen“ in multireligiöser Gesellschaft, in: Non Profit Law Yearbook 2005, hg. von Rainer Walz u. a., 2006, S. 15 (28 f.).

Deutsche Bischofskonferenz, die als solche keine Gesetzgebungskompetenz für die Rechtsfragen karitativer Einrichtungen hat, steuert das karitative Handeln durch soft law³⁵, nämlich durch die Publikation von Arbeitshilfen.³⁶

Die Direktionskraft des römisch-katholischen Kirchenrechts, insbesondere seiner vermögens- und vereinigungsrechtlichen Regelungen, ist für karitative Einrichtungen teilweise eingeschränkt. Die tendenzielle Direktionschwäche des Kirchenrechts beruht teilweise auf schwach ausgeprägten Rechtsdurchsetzungsmechanismen des Kirchenrechts.³⁷ Hinzu treten wechselseitige Rezeptionsschwierigkeiten der Rechtsdogmatiken des kirchlichen und des staatlichen Rechts. Es ist vor diesem Hintergrund für die Direktionskraft des Kirchenrechts nicht günstig, dass die betriebswirtschaftlichen, vermögens- und gesellschaftsrechtlichen Belange kirchlicher Einrichtungen meist von Betriebswirten, Wirtschaftsprüfern und Juristen verantwortet werden, die allein durch das staatliche Recht geprägt sind. Sie neigen nicht selten dazu, dem Kirchenrecht wenig Beachtung zu schenken, dessen reiches begriffliches Instrumentarium nicht den ihnen gewohnten Kategorien entspricht.³⁸

Diese Neigung wird verstärkt, wenn die Kirchenrechtsdogmatik bisweilen zentrale Fragen in einer wenig überzeugenden vagen Offenheit belässt.³⁹ Immerhin dürfte durch die Zusammenfassung,

³⁵ Zum Begriff *Matthias Knauff*, Der Regelungsverbund. Recht und soft law im Mehrebenensystem, 2010, darin S. 213 ff.; *Wolfgang Kahl*, in: Der Staat 50 (2011), S. 353 (373 ff.), *Jürgen Schwarze*, in: EuR 2011, S. 3 ff.

³⁶ Näher unten II. 2. b.

³⁷ Dazu sogleich II. 2. b.

³⁸ Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang die Trägerstrukturanalyse des Deutschen Caritasverbandes, die ausschließlich die Verfasstheit der Träger nach staatlichem Recht erfasst (e. V., GmbH, Stiftung etc.).

³⁹ Bspw. *Winfried Schulz*, in: Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland, Österreich und der Schweiz (MK), hg. von Klaus Lüdicke, Losebl., can. 310, Rn. 4, der ausdrücklich schreibt, er „wage nicht zu entscheiden“, ob die gesamthänderische Konzeption des nichtrechtsfähigen kanonischen Vereins dazu führt, dass die Vereinsmitglieder und / oder die rechtsgeschäftlich Handelnden ein persönliches Haftungsrisiko trifft. Das dürfte freilich für die Bereitschaft zu ehrenamtlichem Engagement eine entscheidende Frage sein, deren Sprengkraft nur dadurch entschärft wird, dass entsprechende Vereine im staatlichen Recht in aller Regel als e.V. konstituiert sind. Vgl. zur Diskussion des Problems auch *Susanne Eberle*, Sozialstationen in kirchlicher Trägerschaft, 1993, S. 130 f., deren Lösungsvorschlag (Erwerb der kanonischen Rechtsfähigkeit durch den Verein nach Prüfung der Statuten gemäß can. 322

Ausgestaltung und Fortentwicklung kirchenrechtlicher Anforderungen an das karitative Handeln durch das *Motu proprio* „*Intima Ecclesiae natura*“ von 2012⁴⁰ die Zugänglichkeit des einschlägigen Kirchenrechts gewährleistet sein.

b) Unabhängigkeit der staatlichen und kirchlichen Normierungen

26 Die Normen des staatlichen und des kirchlichen Rechts stehen grundsätzlich unabhängig nebeneinander und nehmen ihre Zuschreibungen eigenständig vor. Sie können aufeinander Bezug nehmen und miteinander korrespondieren, etwa in Form der Kanonisation weltlichen Rechts im Sinne von can. 22 CIC.⁴¹ In Österreich besteht durch das Konkordatsrecht ein weitgehender Einklang beider Rechtsordnungen: Danach verfügen Einrichtungen der katholischen Kirche, die nach kirchlichem Recht Rechtspersönlichkeit besitzen, in Österreich auch für den staatlichen Bereich über Rechtspersönlichkeit.⁴²

27 Entsprechende Abstimmungen oder Bezugnahmen beider Rechtsordnungen aufeinander sind indes nicht zwingend und auch nicht die Regel. Das weltliche und das kirchliche Recht konstruieren eigenständig, wer als juristische Person Zurechnungsobjekt von Rechten und Pflichten in der jeweiligen Rechtsordnung sein kann.⁴³ Für eine Rechtspluralismusforschung, die mit einer Heterarchie von Rechts-

§ 1 CIC) dem einzelnen Vereinsmitglied die Haftungssorgen nicht nimmt, solange der Verein diesen Weg nicht beschritten hat.

⁴⁰ Oben Fn. 31.

⁴¹ Zu den unterschiedlichen Formen des Verweises auf weltliches Recht im CIC *Stephan Haering*, Rezeption weltlichen Rechts im kanonischen Recht, 1998; *Hubert Socha*, in: MK, can. 22, Rn. 7 ff.; zur Relevanz kanonischer Mitwirkungsvorschriften im staatlichen Recht *Ulrich Rhode*, Mitwirkungsrechte kirchlicher Autoritäten im Codex Iuris Canonici, Bd. II, 2004, S. 137 ff., 149 ff. (dort zur Frage, wie den kanonischen Vorschriften bei der Errichtung juristischer Personen im staatlichen Rechtskreis Rechnung getragen werden kann).

⁴² Grundlage Art. II des Konkordats zwischen dem Heiligen Stuhl und der Republik Österreich vom 5.6.1933; näher dazu *Burkhard Josef Berkmann*, Karitative Organisationsformen zwischen kirchlicher Autorität und Autonomie, in: Elmar Güthoff/Stephan Haering (Hg.), *Ius quia iustum – Festschrift für Helmuth Pree*, 2015, S. 739 (742 ff.).

⁴³ Am Beispiel der Vereinsformen im staatlichen und kirchlichen Recht *Sabine Demel*, Handbuch Kirchenrecht, 2010, Stichwort Verein, S. 592; für Stiftungen ebenso *Hense*, „Religiöse Stiftungen“ in multireligiöser Gesellschaft (o. Fn. 34), S. 18.

quellen rechnet, ist dies ein erwartbarer Zustand.⁴⁴ Dadurch entstehen aber für die Trägerschaften karitativer Einrichtungen bipolare Rechtslagen, deren Komplexität nicht immer einfach zu durchdringen ist.

Aus der doppelten Verfasstheit der karitativen Träger resultiert zudem ein Darstellungsproblem: Es gibt kein sinnvolles Kriterium, um zu entscheiden, den Kategorien welcher Rechtsordnung vorrangig gefolgt werden soll. Da Kirchenrecht und staatliches Recht über keinen gemeinsamen normativen Bezugspunkt verfügen, sondern „in der Wurzel geschieden“⁴⁵ sind, ist dieses Problem prinzipiell unlösbar. Es kann nur durch eine Darstellungsweise entschärft werden, die das Problem in seiner Unauflösbarkeit reflektiert und den Blick pragmatisch zwischen beiden Rechtssystemen hin- und herwandern lässt.

Die Normen des Kirchenrechts sind von besonderer Relevanz für die kircheninternen Beziehungen zwischen den karitativen Trägern und den zuständigen kirchlichen Autoritäten (Diözesanbischof, Bischofskonferenz, Ordensobere etc.), während sich die Rechtsbeziehungen zu Dritten in der Regel nach Maßgabe des staatlichen Rechts gestalten. Denn die aus der Rechtsfähigkeit resultierende Handlungsfähigkeit im staatlichen Recht kann eine juristische Person nur durch die staatliche Rechtsordnung erlangen.⁴⁶

Die aus der doppelten juristischen Verfasstheit resultierenden Probleme sind überschaubar, soweit sich die Kategorien des staatlichen und des kirchlichen Rechts weitgehend entsprechen. Das ist zumindest auf der Ebene der Grundkategorien des Vereins und der Stiftung

⁴⁴ Problematisierung des Rechtsquellenbegriffs *Matthias Ruffert*, Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, hg. von Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle, Bd. I, 2. Aufl. 2012, S. 1163 (1165 ff.). Die gegenwärtige Rechtspluralismusforschung macht um das Verhältnis von staatlichem und kirchlichem Recht einen weiten Bogen und diskutiert andere, strukturell allerdings vergleichbare Problemlagen wie die *lex mercatoria*, vgl. etwa *Nils Christian Ipsen*, Private Normenordnungen als Transnationales Recht?, 2009; *Thomas Vesting*, Rechtstheorie, 2007, S. 77 ff., 93 ff.; *Gregor Bachmann*, Private Ordnung – Grundlagen ziviler Regelsetzung, 2006; und insbes. *Christian Bumke/Anne Röthel* (Hg.), Privates Recht, 2012, darin namentlich der Beitrag der Herausgeber, S. 1 ff., und von *Andreas von Arnould*, Einbindung und Autonomie Privaten Rechts in die staatliche Rechtsordnung, S. 247 ff.

⁴⁵ Klassische Formulierung durch *Alexander Hollerbach*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, in: VVDStRL 26 (1968), S. 57 (62).

⁴⁶ Explizit zu dieser rechtstheoretischen Selbstverständlichkeit Art. 13 S. 1 des Reichskonkordats vom 20. 7. 1933.

der Fall.⁴⁷ Bereits für die Subdifferenzierungen dieser Institute arbeiten aber das Kirchenrecht und das staatliche deutsche Recht mit eigenen Kategorien, die inkompatiblen Kriterien folgen.

- 31 Häufig liegen die Kategorien beider Rechtsordnungen schon im Ansatzpunkt weit auseinander. Die Kategorien des Kirchenrechts versagen weitgehend für Kapitalgesellschaften. Das Kirchenrecht steht deshalb den zahlreichen GmbH-Gründungen im karitativen Bereich sprachlos gegenüber und kann sie vermögensrechtlich immer nur als Personengesamtheit und Teil des Vermögens der Gesellschafter erfassen. Der Verselbständigung in einer eigenen juristischen Person des Privatrechts wird diese Sichtweise kaum gerecht. Die Kategorien des staatlichen Rechts können demgegenüber Ordensinstitute nur in ihren sehr unterschiedlichen staatlichen Rechtsformen erfassen, nämlich als eingetragener Verein, Körperschaft des öffentlichen Rechts oder GmbH, die über ihre Binnenstruktur und ihre kircheninternen Beziehungen nichts aussagen.

2. Steuerung durch soft law

a) Arbeitshilfen der Deutschen Bischofskonferenz als soft law

- 32 Zentrales Instrument einer Steuerung karitativer Einrichtungen durch die Deutsche Bischofskonferenz ist in Ermangelung einer einschlägigen Gesetzgebungskompetenz der Bischofskonferenz soft law, nämlich sogenannte Arbeitshilfen der Deutschen Bischofskonferenz. Von besonderer Bedeutung sind die Arbeitshilfe Nr. 182 „Soziale Einrichtungen in katholischer Trägerschaft und wirtschaftliche Aufsicht“ und die Arbeitshilfe Nr. 209 „Das Profil sozialer Einrichtungen in kirchlicher Trägerschaft im Kontext von Kooperationen und Fusionen“. In Entsprechung zum Empfehlungs- und Anregungscharakter des Deutschen Corporate Governance Kodex für börsennotierte Unternehmen (DCGK)⁴⁸ handelt es sich um soft law, das Standards

⁴⁷ Zu den Gründen, nämlich der Prägekraft des kirchlichen Stiftungswezens für die Herausbildung eines staatlichen Stiftungsrechts: *Ansgar Hense*, *Katholische Stiftungen: Überblick, Grundlegung, Geschichte*, in: *Religiöse Stiftungen in Deutschland*, hg. von W. Rainer Walz, 2006, S. 1 (15 f., 19 ff.); zudem *Martin Schulte*, in: Christoph Stumpf/Joachim Suerbaum/Martin Schulte/Rudolf Pauli (Hg.), *Stiftungsrecht – Kommentar*, 3. Aufl. 2018, S. 382 ff.

⁴⁸ Rechtsgrundlage des DCGK ist § 161 AktG; der Deutsche Corporate Governance Kodex stellt auf dieser gesetzlichen Basis wesentliche gesetzli-

guter und verantwortungsvoller Unternehmensleitung und -überwachung formuliert.

Die fehlende Normativität dieser kirchenamtlichen Dokumente zeigt sich an zahlreichen ihrer Formulierungen, etwa daran, dass die Arbeitshilfe Nr. 182 „auf Sinnhaftigkeit und Überzeugungskraft setzt“⁴⁹. Die Arbeitshilfe Nr. 209 formuliert zusammenfassend zehn sog. „Thesen“ zu den rechtlichen Rahmenbedingungen der Fusion sozialer Einrichtungen in kirchlicher Trägerschaft.⁵⁰ Der damalige Vorsitzende der Deutschen Bischofskonferenz hat im Vorwort die Hoffnung ausgedrückt, diese Arbeitshilfe werde auf Grund der breiten Beteiligung interessierter kirchlicher Kreise an ihrer Erarbeitung im Alltag Anwendung finden. Akzeptanz ersetzt Normativität.

33

b) Torschafter Charakter der Arbeitshilfen wegen fehlender Erklärungs- und Transparenzverpflichtungen

So sehr das Instrument des soft law im weltlichen Recht ein gut etabliertes und dort funktionsfähiges Vorbild hat, verfehlen diese Arbeitshilfen letztlich das Ziel einer nachhaltigen, gerade in Konfliktsituationen wirksamen Steuerungswirkung. Das liegt nicht an Schwächen der inhaltlichen Empfehlungen. Vielmehr fehlt es im Kirchenrecht an einer Parallelregelung zu § 161 AktG, nach dem der Vorstand und der Aufsichtsrat börsennotierter Gesellschaften jährlich zur Abgabe und Veröffentlichung einer Entsprechungserklärung oder zur Begründung von Abweichungen vom Deutschen Corporate Governance Kodex verpflichtet sind. Daraus können Geschäftspartner und finanzierende Banken ihre Konsequenzen ziehen, was einen erheblichen wirtschaftlichen Druck zur Übernahme des DCGK bedingen kann.

34

che Vorschriften zur Leitung und Überwachung deutscher börsennotierter Gesellschaften (Unternehmensführung) dar und enthält anerkannte Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung; Fassung 2017 unter <<https://www.dcgk.de>>.

⁴⁹ Arbeitshilfen Nr. 182 (o. Fn. 10), S. 6, 16.

⁵⁰ Das Profil sozialer Einrichtungen in kirchlicher Trägerschaft im Kontext von Kooperationen und Fusionen. Eine Handreichung des Verbandes der Diözesen Deutschlands und der Kommission für caritative Fragen der Deutschen Bischofskonferenz (Arbeitshilfen Nr. 209), hg. vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, März 2007, S. 47.

- 35 Durch die nur halbherzige Übernahme von Regelungskonzepten des staatlichen Rechts in das Kirchenrecht entsteht ein Torso: Denn einerseits werden zwar die inhaltlichen Empfehlungen des DCGK weitgehend rezipiert und auch dessen bloßer Empfehlungscharakter. Andererseits aber übernimmt das Kirchenrecht nicht die indirekt wirksamen Rechtsdurchsetzungsmechanismen des staatlichen Rechts, nämlich die in § 161 AktG normierten Erklärungs- und Transparenzpflichten.⁵¹ Gerade diese flankierenden Erklärungs- und Transparenzverpflichtungen des staatlichen Rechts bewirken aber, dass die Anwendung des DCGK nicht einfach im Belieben börsennotierter Unternehmen steht und nicht nur auf der Überzeugungskraft seiner inhaltlichen Empfehlungen beruht. Abweichungen sind vielmehr rechtfertigungspflichtig. Entsprechende kirchenrechtliche Pflichten fehlen für karitative Träger.

III. Formen der Trägerschaft karitativer Einrichtungen

1. Grundkonstellationen der Einrichtungsträgerschaft

- 36 In aller Regel benötigen und erlangen die Träger karitativer Einrichtungen Rechtsfähigkeit nach staatlichem Recht.⁵² Sie können sich dazu privatrechtlicher Rechtsformen bedienen, etwa als eingetragener Verein, gemeinnützige GmbH oder als rechtsfähige privatrechtliche Stiftung. Die Träger karitativer Einrichtungen sind teilweise auch öffentlich-rechtlich verfasst, nämlich die Ordensgemeinschaften, sofern sie Körperschaften des öffentlichen Rechts sind,⁵³ teilwei-

⁵¹ Grundsätzlich zu den Möglichkeiten und Grenzen der Rezeption von weltlichen Rechtsinstrumenten im Kirchenrecht *Helmuth Pree*, Die Anwendung von Rechtsinstrumenten des weltlichen Rechts in der kirchlichen Verwaltung. Möglichkeiten und Grenzen, in: Józef Wroceński / Marek Stokłosa (Hg.), *La funzione amministrativa nell'ordinamento canonico* (XIV. Congresso Internazionale di diritto canonico Varsavia), 2012, S. 1065 ff.

⁵² Zu den Rechtsformen nach staatlichem Recht: Trägerstrukturanalyse des Deutschen Caritasverbandes für Träger mit mehr als 50 Mitarbeitern (1.300): darunter e.V. 42,3 %, GmbH 35,2 %, Stiftung 13,4 %, Körperschaft des öffentlichen Rechts 7,6 %, sonstige 1,5 %.

⁵³ Primär in Bayern; umfassender Überblick bei *Karl Siepen*, Vermögensrecht der klösterlichen Verbände, 1963, S. 323 ff., 331, 333 ff.; alte landesrechtliche Verleihungen von Korporationsrechten sind dabei nicht stets mit öffentlich-rechtlichem Rechtsstatus gleichzusetzen; siehe insgesamt auch *Wolfgang Rüfner*, Die Gründung juristischer Personen des öffentlichen Rechts durch die Kirchen, in: *Dem Staate, was des Staates – der Kirche, was*

se die kirchlichen Stiftungen sowie die Pfarreien, soweit sie heute noch Einrichtungsträger sind. In aller Regel machen karitative Träger allerdings von spezifisch öffentlich-rechtlichen Gestaltungsbeugnissen keinen Gebrauch – etwa von der Dienstherrenfähigkeit⁵⁴ –, so dass die Differenzierung zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Verfasstheit von untergeordneter Bedeutung ist.

Als kirchenrechtliche Rechtsformen kommen für karitative Einrichtungen insbesondere Ordensinstitute, Pfarreien, Vereine von Gläubigen oder fromme Stiftungen in Betracht. Eindeutige Zuordnungen und Entsprechungen zwischen weltlichen und kirchlichen Rechtsformen bestehen dabei nur in Teilbereichen: Kirchenrechtliche Pfarreien haben im Geltungsbereich des Grundgesetzes stets den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Angesichts der Eigenständigkeit und Unabhängigkeit beider Rechtsordnungen sind derartige Entsprechungen eher die Ausnahme, was besonders im Vereinsrecht deutlich wird: Ein nach staatlichem Recht rechtsfähiger Verein (e.V.) kann durchaus ein kirchlicher Rechtsträger sein und Regelungen kirchlicher Autoritäten unterliegen, ohne einen kanonischen Rechtsstatus zu besitzen oder je beantragt zu haben.⁵⁵

37

2. Typologie von Trägerschaften⁵⁶

a) Pfarreiträgerschaft

Die Pfarreien sind ein zentraler Ort des karitativen Wirkens der Kirche. Deshalb war es vielfach eine naheliegende Entwicklung, dass karitative Einrichtungen, die aus örtlichen Initiativen der Pfarrcaritas erwachsen sind, in Pfarreiträgerschaft geführt wurden. Nicht wenige katholische Pfarreien sind so zu Trägern von Altenheimen, Sozi-

38

der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag, hg. von Josef Isensee / Wilhelm Rees / Wolfgang Rübner, 1999, S. 431 ff.

⁵⁴ Zu den Möglichkeiten der Begründung kirchlicher Beamtenverhältnisse Gernot Sydow, Kirchliche Beamtenverhältnisse zwischen staatlichem Recht und kirchlicher Ämterautonomie, in: KuR 2009, S. 229 ff.

⁵⁵ Ausführlich Ulrich Rhode, Rechtliche Anforderungen an die Kirchlichkeit katholischer Vereinigungen und Einrichtungen, in: AfkKR 175 (2006), S. 32 ff.

⁵⁶ Umfassende Typologie möglicher kirchlicher Trägerschaftsformen bei Eberle, Sozialstationen (o. Fn. 39), S. 154 ff., die freilich auch zahlreiche Trägerschaftsformen umfasst, deren praktische Relevanz im karitativen Bereich verschwindend ist.

alstationen, in Einzelfällen auch von Krankenhäusern geworden, bisweilen mit hohen Umsätzen und mit Mitarbeiterzahlen im dreibis teilweise vierstelligen Bereich.⁵⁷

39 In der Regel sind die Pfarreien unter den heutigen Rahmenbedingungen karitativen Handelns mit der Führung derartiger Einrichtungen überfordert und strukturell dafür ungeeignet, unter anderem weil die Besetzungsmodi für die pfarrlichen Gremien (Kirchenvorstand, Verwaltungsrat) auf Ehrenamtlichkeit basieren und daher keine effektive Steuerung und Kontrolle der Geschäftsführung gewährleisten. Der weit überwiegende Teil eigenständiger karitativer Einrichtungen ist daher mittlerweile in andere Trägerschaftsformen überführt worden. Die Pfarrcaritas beschränkt und konzentriert sich auf Formen karitativen Handelns, die wirkungsvoll ehrenamtlich wahrgenommen werden können. Auch wenn die Pfarreien demnach die Mehrzahl ihrer früheren karitativen Einrichtungen mittlerweile auf andere Rechtsträger übertragen haben, bleiben sie Träger karitativer Aufgaben im örtlichen Kontext und sind deshalb auch korporative Mitglieder des Deutschen Caritasverbandes.

40 So unausweichlich und wirtschaftlich sinnvoll die Abgabe von Einrichtungsträgerschaften ist, so birgt sie eine Gefahr: Ein Grundvollzug von Kirche – die diakonia – läuft Gefahr, im Kontext der Pfarreien ein Randdasein zu führen. Eine Trennung zwischen kategorial- und Territorialeseelsorge, wie sie den Personaleinsatzkonzeptionen vieler Diözesen zu Grunde liegt, verstärkt dieses Problem. Eine territoriale Neuordnung der Pfarreien steht vor diesem Hintergrund auch vor der Aufgabe, in größeren Seelsorgeeinheiten die karitative Dimension zurückzugewinnen – nicht durch Rückübertragung von Trägerschaften, wohl aber im Sinne einer verstärkten konzeptionellen Integration karitativer Einrichtungen in pfarrliche Lebenszusammenhänge.

b) Ordensträgerschaft

41 Etwa 260 Ordensgemeinschaften⁵⁸ sind in Deutschland karitativ tätig und Mitglieder im Deutschen Caritasverband. Das Bild karita-

⁵⁷ Dazu etwa *Wilhelm Mensing*, Caritative Unternehmen katholischer Kirchengemeinden und der Stiftergedanke, in: *Kirchliches Stiftungswesen und Stiftungsrecht im Wandel*, hg. von Ansgar Hense / Martin Schulte, 2009, S. 115 (116 ff.).

tiver Einrichtungen der katholischen Kirche war lange Zeit durch Ordenschristen geprägt, insbesondere durch Ordensfrauen. Nach wie vor befindet sich ein erheblicher Teil der karitativen Einrichtungen in Ordensträgerschaft.

Für den Fortbestand dieser Ordensträgerschaften ist nicht so sehr der allgemeine Rückgang an Ordenschristen von Bedeutung, sondern vor allem auch die rückläufige Zahl derer, die ihre eigene Berufung gerade in der Übernahme unternehmerischer Verantwortung sehen. Nicht wenige Ordensgemeinschaften möchten daher die unmittelbare unternehmerische Verantwortung für ihre karitativen Einrichtungen abgeben, zugleich aber das Wirken ihrer Einrichtungen verstetigen. Daraus kann im günstigen Fall eine Rückbesinnung auf das Gründungscharisma resultieren, nämlich im Sinne einer unmittelbaren Hinwendung zum bedürftigen Menschen unter Abgabe von Unternehmer- bzw. Gesellschafterfunktionen. Häufig tritt das Ziel hinzu, eine haftungsrechtliche Trennung zwischen den Rücklagen für die eigene Altersvorsorge und den wirtschaftlichen Risiken aus der Trägerschaft karitativer Einrichtungen herzustellen. Gerade im Bereich der karitativen Einrichtungen in Ordenstradition sind daher zahlreiche Ausgliederungen, Trägerwechsel, Errichtung von Trägerverbünden u. Ä. zu verzeichnen.⁵⁹

42

c) Vereinsträgerschaft

Die Regelungen des CIC über die Gründungsfreiheit für kirchliche Vereine⁶⁰ eröffnen einen breiten Entfaltungsraum für das Laienapostolat innerhalb der katholischen Kirche. Er wird durch Art. 1 § 1 des

43

⁵⁸ Cc. 607 ff. CIC; Buch II, Teil III des CIC (cc. 573 ff. CIC) behandelt umfassend Institute des geweihten Lebens (Ordensinstitute und Säkularinstitute) sowie Gesellschaften des apostolischen Lebens; Relevanz als Träger karitativer Einrichtungen haben insbesondere die Ordensinstitute (Religiosenverbände), so dass auf eine nähere Darstellung der Säkularinstitute und Gesellschaften des apostolischen Lebens verzichtet wird; umfassend: *Hugo Schwendenwein*, Die Katholische Kirche – Aufbau und rechtliche Organisation, 2003, S. 535 ff.; *Winfried Aymans / Klaus Mörsdorf*, Kanonisches Recht, Bd. 2, 13. Aufl. 1997, S. 542 ff.

⁵⁹ Vgl. bereits *Gronemann*, Die kirchliche Stiftung (o. Fn. 24), S. 148; Praxisbeispiel aus einem pfarrlichen Kontext bei *Mensing*, Caritative Unternehmen katholischer Kirchengemeinden und der Stiftergedanke (o. Fn. 57), S. 115 ff.

⁶⁰ Cc. 215, 298, 299 § 1 CIC; dazu *Burkhard Josef Berkmann*, in: Festschrift für Helmuth Pree (o. Fn. 42), S. 745 ff.

Motu proprio „Intima Ecclesiae natura“ von 2012 für karitativ ausgerichtete Vereine wiederholt und unterstrichen: „Die Gläubigen haben das Recht, sich in Vereinen zusammenzuschließen und Organisationen zu gründen, die bestimmte Dienste der Nächstenliebe leisten, insbesondere zu Gunsten der Armen und Leidenden.“

- 44** Nach staatlichem Recht erlangen Vereine in der Regel Rechtsfähigkeit als eingetragene Vereine nach § 21 BGB. Ein kirchlicher Verein, der ausschließlich nach Kirchenrecht errichtet würde und auf Schritte zur Erlangung von Rechtsfähigkeit im staatlichen Recht verzichtete, wäre im staatlichen Recht als nichtrechtsfähiger Verein oder als Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach § 705 BGB verfasst⁶¹ und daher in der Regel als Träger karitativer Einrichtungen ungeeignet. Für lokale karitative Initiativen, die wesentlich auf dem ehrenamtlichen karitativen Engagement von Einzelpersonen beruhen, keine Beschäftigungsverhältnisse begründen und überschaubare wirtschaftliche Aktivitäten entfalten, können diese Rechtsformen im Einzelfall eine Alternative sein, sofern diese karitativen Initiativen nicht im Rechtsrahmen der örtlichen Pfarrei betrieben werden sollen.
- 45** Vielfach verzichten karitativ tätige kirchliche Vereine darauf, neben der staatlichen Rechtsfähigkeit auch die kirchliche Rechtsfähigkeit zu beantragen und zu erwerben. Sie sind dann als private Vereine von Gläubigen verfasst, präzise als kanonische private Vereine ohne kirchliche Rechtsfähigkeit. Dies gilt auch für den Deutschen Caritasverband und die große Mehrzahl der Diözesancaritasverbände.⁶² Die fehlende kirchliche Rechtsfähigkeit impliziert insbesondere das Fehlen von Prozessfähigkeit vor den kirchlichen Gerichten; da allfällige Streitigkeiten karitativer Rechtsträger mit anderen juristischen Personen des Kirchenrechts aber ohnehin in aller Regel nicht vor der kirchlichen Gerichtsbarkeit ausgetragen werden, kommt der Frage nach kirchlicher Prozessfähigkeit in der Praxis wenig Bedeutung zu.

⁶¹ Zur Kompatibilität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem kirchlichen Vereinsrecht *Dirk Künzel*, Die kirchliche Vereinsaufsicht, Diss. iur. Bonn 1999, S. 32 f.

⁶² Zur kirchenrechtlichen Stellung des Diözesancaritasverbandes Köln als eines öffentlichen kanonischen Vereins: *Hennecke*, Caritas und Recht (o. Fn. 14), S. 200 ff., 209 ff.

d) *Stiftungsträgerschaft*

Der Grundbestand kirchlicher karitativer Stiftungen ist alt.⁶³ Viele Stiftungen, die karitative Einrichtungen tragen, bestanden bereits vor 1900, dem Inkrafttreten des BGB.⁶⁴ Eine staatliche Anerkennung, die § 80 BGB entsprechen würde, liegt für diese Altstiftungen in der Regel nicht vor. Nach der Regelung des Art. 163 EGBGB zum intertemporalen Stiftungsrecht finden auf Altstiftungen die stiftungsrechtlichen Normen des BGB mit Ausnahme der Anerkennungsregeln, also §§ 85 bis 89 BGB, entsprechende Anwendung.

Die Rechtsform der Stiftung bietet für die unmittelbare oder mittelbare Trägerschaft karitativer Einrichtungen verschiedene Vorteile, die auch für Neugründungen und Umstrukturierungen eine Attraktivität dieser Rechtsform begründen.⁶⁵ Denn die Stiftung ist als Eigentümerloses Rechtssubjekt eine reine Verwaltungsorganisation; sie besteht unabhängig von Eigentümern oder Mitgliedern und deren je aktuellen Interessen. Die Stiftungsorgane sind dauerhaft an den Stifterwillen gebunden und zur Kapitalerhaltung verpflichtet. Mit der kirchlichen Stiftungsaufsicht durch die Generalvikariate bzw. Ordinariate⁶⁶ besteht ein dauerhafter Garant des Stifterwillens. In Form der Trägerstiftung ist die Rechtsform der Stiftung auch dann für karitative Einrichtungen geeignet, wenn die von der Stiftung getragenen Einrichtungen nicht aus den Erträgen des Stiftungskapitals finanziert werden können, sondern ganz überwiegend auf andere laufende Einnahmen angewiesen sind.

⁶³ Zu den historischen Grundlagen des kirchlichen Stiftungswesens *Benjamin Scheller*, Memoria, Caritas und das Problem der Dauer, in: Kirchliches Stiftungswesen und Stiftungsrecht im Wandel (o. Fn. 57), S. 19 ff., und *Albrecht Fiedler*, Kirchliche Stiftungen zwischen Säkularisierung und Rekonfessionalisierung, ebd., S. 39 ff.

⁶⁴ Gesamtüberblick: *Hense*, Katholische Stiftungen (o. Fn. 47), S. 7 ff.; zudem *Stefan Ihli*, Stiftungen im Kirchen- und Zivilrecht des 19. Jahrhunderts, in: Kirchliche Stiftung zwischen kirchlichem und staatlichem Recht, hg. von Richard Puza / Stefan Ihli / Abraham Peter Kustermann, 2008, S. 41 ff.; zu den Zuordnungsproblemen altrechtlicher Stiftungen *Karl-Hermann Kästner / Daniel Couzinet*, Der Rechtsstatus kirchlicher Stiftungen staatlichen Rechts des 19. Jahrhunderts, 2008, insbes. S. 12 ff.

⁶⁵ Überblick über das Recht der frommen Stiftungen im CIC bei *Hense*, Katholische Stiftungen (o. Fn. 47), S. 34 ff.; *ders.*, „Religiöse Stiftungen“ in multireligiöser Gesellschaft (o. Fn. 34), S. 24 ff.

⁶⁶ *Marcus Baumann-Gretza*, Die Aufsicht über rechtsfähige kirchliche Stiftungen des Bürgerlichen Rechts, in: KuR 2009, S. 91 ff.

e) GmbH-Trägerschaft

- 48 Mit der gemeinnützigen GmbH stellt das staatliche Recht eine Rechtsform zur Verfügung, in deren Rahmen sich vielfach adäquate Regelungen für die Trägerschaft karitativer Einrichtungen gestalten lassen. Die traditionellen Träger katholischer Einrichtungen – Orden, Pfarreien, Vereine, Stiftungen – gründen und beteiligen sich seit einigen Jahrzehnten in erheblichem Maße auch an GmbHs. Von den größeren karitativen Einrichtungen ist mittlerweile gut ein Drittel in der Rechtsform der GmbH verfasst.⁶⁷
- 49 Spezifische Vorteile dieser Rechtsform sind die Haftungsbegrenzung und Insolvenzfähigkeit, im Vergleich zum Verein der Verzicht auf ein Mindesterfordernis von sieben Gründungsmitgliedern, im Vergleich zur Stiftung das Erfordernis eines vergleichsweise nur geringen Stammkapitals und vor allem die flexiblen Strukturen der GmbH. Das betrifft einerseits die Möglichkeit zur Beteiligung mehrerer Gesellschafter mit differenzierten Einflussmöglichkeiten als Mehrheits- oder Minderheitsgesellschafter und zum anderen die Organstruktur der GmbH. Sie schafft eine Trennung von Grundentscheidungen in Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung, operativer Verantwortung in der Hand der Geschäftsführung und Aufsicht im fakultativen Aufsichtsrat.
- 50 Damit erleichtert die Rechtsform der GmbH eine Strukturierung des Rechtsträgers, die eine Führung karitativer Einrichtungen unter den Aspekten der Wirtschaftlichkeit, Risikominimierung und effektiven Aufsicht ermöglicht und den entsprechenden Empfehlungen der Deutschen Bischofskonferenz⁶⁸ gerecht wird.

3. Entwicklungstendenzen

- 51 Die Trägerstrukturen im karitativen Bereich sind nicht durch Statik, sondern durch vielfache gesellschaftsrechtliche Restrukturierungen geprägt. Die Refinanzierungsbedingungen setzen in verschiedenen Bereichen deutliche wirtschaftliche Anreize zu Umstrukturierungen, besonders ausgeprägt im Bereich der Krankenhäuser. Die traditionellen Träger karitativer Einrichtungen sind mit der gewach-

⁶⁷ Trägerstrukturanalyse des DCV, oben Fn. 38, 52.

⁶⁸ Näher unten sub IV.

senen wirtschaftlichen und juristischen Komplexität der Führung größerer karitativer Einrichtungen nicht selten überfordert. Dies gilt – mit vielen Unterschieden und Ausnahmen im Einzelnen – gleichermaßen für viele Pfarreien, kirchliche Vereine und Ordensgemeinschaften.

Folge dieser Entwicklungen ist eine wachsende Tendenz zu Fusionen und Ausgründungen und zu einem verstärkten Ausbau regionaler und überregionaler Trägerstrukturen. Sie versprechen eine erhöhte Wettbewerbsfähigkeit karitativer Einrichtungen durch die Stärkung und Bündelung finanzieller, personeller und fachlicher Ressourcen.⁶⁹ Eine zentrale Rolle als Rechtsinstitut kommt für solche Restrukturierungen der GmbH zu. **52**

Denn im Vergleich zur GmbH sind andere Rechtsformen relativ statische Trägerschaftsformen, beispielsweise die Stiftung wegen der dauerhaften Bindung an den Stifterwillen. Die fehlende Möglichkeit zu gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen an einer Stiftung oder an einem als Körperschaft des öffentlichen Rechts verfassten Einrichtungsträger erschwert Kooperationen verschiedener karitativer Rechtsträger untereinander, solange nicht eine GmbH in die gesellschaftsrechtliche Konstruktion integriert wird.⁷⁰ **53**

Gemeinsame Trägerstrukturen unter Beteiligung einer Stiftung, einer Pfarrei, eines Vereins oder einer Ordensgemeinschaft erfordern daher regelmäßig die Errichtung einer oder mehrerer GmbHs, die die Einrichtungsträgerschaften übernehmen. § 161 UmwG ermöglicht es rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts, Unternehmen im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge auf bestehende oder durch die Umwandlung neu gegründete Kapitalgesellschaften zu übertragen (Ausgliederung zur Aufnahme bzw. Ausgliederung zur Neugründung). Eine solche Verbindung von Stiftung und GmbH kann die Vorteile beider Rechtsformen kombinieren, nämlich den Selbststand und die Dauerhaftigkeit der Stiftung zur langfristigen Wahrung kirchlicher Zwecksetzungen und die operative Handlungsfähigkeit der GmbH für das operative Geschäft.⁷¹ **54**

⁶⁹ Arbeitshilfen Nr. 182 (o. Fn. 10), 3. Aufl. 2014, S. 9.

⁷⁰ Axel Scherff, Stiftungsmodelle im kirchlichen Bereich, in: Kirchliche Stiftung zwischen kirchlichem und staatlichem Recht (o. Fn. 64), S. 89 (96).

⁷¹ Bspw. Gründung der Marienhaus Stiftung durch die Waldbreitbacher Franziskanerinnen unter der Stiftungsaufsicht des Bistums Trier und Überführung der Ordenseinrichtungen in die Trägerschaft verschiedener GmbHs Ende 2011, deren Gesellschafterin die neu gegründete Stiftung ist.

4. Rahmenbedingungen ökumenischer Kooperationen auf Trägerschaftsebene

- 55 Das Motu proprio „Intima Ecclesiae natura“ von 2012 ermöglicht ausdrücklich eine institutionelle ökumenische Zusammenarbeit im karitativen Bereich⁷² und legt die Entscheidung darüber in die Hand der Ortskirchen: „Der Bischof möge, wenn es angebracht ist, karitative Initiativen gemeinsam mit anderen Kirchen oder kirchlichen Gemeinschaften fördern, unbeschadet der Besonderheiten aller Beteiligten.“⁷³ Der Kooperations- und Fusionsdruck, unter dem viele karitative Träger stehen, hat in Deutschland schon seit längerem dazu geführt, dass karitative Einrichtungen auch nach Formen der Zusammenarbeit mit anderen christlichen, teilweise auch mit weltlichen Trägern suchen, insbesondere in Diasporagegenden, wo in akzeptabler Entfernung keine katholischen Kooperationspartner existieren.
- 56 Die Deutsche Bischofskonferenz hatte hierzu bereits 2007 eine Handreichung unter dem Titel „Das Profil sozialer Einrichtungen in kirchlicher Trägerschaft im Kontext von Kooperationen und Fusionen“ veröffentlicht.⁷⁴ Sie stellt eine Vorrangregelung auf, nach der Fusionen zwischen Trägern einer Konfession grundsätzlich Vorrang vor interkonfessionellen Zusammenschlüssen und vor Fusionen mit weltlichen Trägern haben. Fusionen, die zu Gesellschaftsanteilen von 50 % auf beiden Seiten führen, werden zu Recht für betriebswirtschaftlich wie konfessionspolitisch nicht empfehlenswert erklärt.⁷⁵ Durchgängiger Bezugspunkt ist die Wahrung des katholischen Profils bei Kooperationen und Fusionen.⁷⁶

⁷² Davon zu trennen ist die Frage nach der Beschäftigung von Mitarbeitern anderer Konfessionen in katholischen Einrichtungen, dazu *Ansgar Henze*, Möglichkeiten und Grenzen der Mitarbeit von anders- und nichtgläubigen Personen in katholischen Einrichtungen aus der Sicht des Staatskirchenrechts, in: Hermann Reichold (Hg.), *Loyalität und Konfessionsbindung in der Dienstgemeinschaft* (o. Fn. 13), S. 65 ff.; für die umgekehrte Perspektive *Arno Schilberg*, Die Richtlinie über die kirchlichen Anforderungen der beruflichen Mitarbeiter in der Evangelischen Kirche und ihrer Diakonie vom 8. Dezember 2016, in: *KuR* 2017, S. 42 ff.

⁷³ Art. 14 Motu proprio über den Dienst der Liebe (o. Fn. 31). Näher zu den Regelungen des Motu proprio über die katholische Identität karitativer Einrichtungen: *Helmuth Pree* (o. Fn. 31), S. 374 ff.

⁷⁴ Siehe oben Rn. 32 f. mit Fn. 50.

⁷⁵ Arbeitshilfen Nr. 209 (Fn. 50), S. 48 (These 6).

⁷⁶ Zu Fragen des konfessionellen Profils und der Identität kirchlicher Einrichtungen aus evangelischer Perspektive *Harald Schliemann*, Die EKD-Loyalitätsrichtlinie vom 9. Dezember 2016 zwischen Anspruch und Wirk-

So richtig diese Sorge um das Profil der einzelnen Einrichtung ist, so hat sie in der Handreichung der Deutschen Bischofskonferenz eine Grundskepsis gegenüber ökumenischer Zusammenarbeit erzeugt, die insbesondere terminologisch über das hinausschießt, was zur Klarheit und Eindeutigkeit geboten ist.⁷⁷ Man kann es immerhin als ermutigendes ökumenisches Zeichen werten, dass die Deutsche Bischofskonferenz diese Arbeitshilfe zur ökumenischen Kooperation (bzw. primär zu deren Grenzen) nach Erlass des *Motu proprio* „*Intima Ecclesiae natura*“ nicht erneut aufgelegt hat, im Gegensatz beispielsweise zur regelmäßig überarbeiteten und aktualisierten Arbeitshilfe Nr. 182.

57

Andererseits existiert aber kein förmliches Aufhebungsverfahren für eine Arbeitshilfe der Deutschen Bischofskonferenz, so dass die Aussagen der Arbeitshilfe Nr. 209 seit ihrer Publikation Anfang 2007 einfach im Raum stehenbleiben. Es ist so dem Interpreten überlassen, ob er diese Arbeitshilfe mittlerweile für obsolet oder durch das *Motu proprio* „*Intima Ecclesiae natura*“ für überholt halten will. Der Rechtsklarheit ist diese Form des Umgangs mit soft law nicht zuträglich.

58

IV. Gute Unternehmensführung und Organstrukturen karitativer Einrichtungen

1. Maßstabsfunktion staatlicher Normierungen und des Deutschen Corporate Governance Kodex

Fragen nach einer adäquaten Träger- und Organstruktur von Unternehmen, nach guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung und Transparenz, nach effizienter Führung, nach klaren Verantwortlichkeiten und effektiver Aufsicht haben in den vergangenen zwei Jahrzehnten eine deutlich erhöhte Aufmerksamkeit gefunden. Das gilt im Bereich der staatlichen deutschen Gesetzgebung insbesondere mit Blick auf das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich von 1998, das Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität von 2002,

59

lichkeit, in: Hermann Reichold (Hg.), *Loyalität und Konfessionsbindung in der Dienstgemeinschaft* (o. Fn. 13), S. 34 ff.

⁷⁷ Vgl. etwa „Loyalitäten-Potpourri“ (Arbeitshilfen Nr. 209 [Fn. 50], S. 39, auch dort in Anführungszeichen, was an der Despektierlichkeit des Ausdrucks wenig ändert).

das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister von 2007 sowie den Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK)⁷⁸. Die genannten gesetzlichen Regelungen und die Empfehlungen des DCGK finden zwar unmittelbar nur auf börsennotierte Unternehmen Anwendung. Sie enthalten aber grundlegende Standards guter Unternehmensführung und wirken so maßstabsbildend auch für die großen karitativen Einrichtungen der Kirche.

- 60** Die verstärkte Aufmerksamkeit für entsprechende Fragen im kirchlich-karitativen Bereich lässt sich schon daran ablesen, dass die Arbeitshilfe Nr. 182 „Soziale Einrichtungen in katholischer Trägerschaft und Aufsicht“, die die Kommission für caritative Fragen der Deutschen Bischofskonferenz und der Verband der Diözesen Deutschlands gemeinsam mit dem Deutschen Caritasverband und der Deutschen Ordensobernkonzferenz erarbeitet hat, seit ihrem erstmaligen Erscheinen im Jahr 2004 relativ rasch Neuauflagen erfahren hat und 2014 grundlegend überarbeitet worden ist.⁷⁹ Die Neuauflage integriert das *Motu proprio* „*Intima Ecclesiae natura*“ von 2012. In ihren Empfehlungen zur Organstruktur orientiert sich die Neuauflage der Arbeitshilfe Nr. 182 der Bischofskonferenz konsequent am DCGK.

2. Grundregel einer dreiteiligen Organstruktur karitativer Rechtsträger

- 61** Die Arbeitshilfe der Deutschen Bischofskonferenz Nr. 182 empfiehlt den Trägern karitativer Einrichtungen, die dreiteilige Organstruktur des Deutschen Corporate Governance Kodex auch für karitative Einrichtungen vorzusehen: Hauptversammlung / Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat / Stiftungsrat und Vorstand / Geschäftsführung.
- 62** Diese dreiteilige Struktur soll idealtypisch auch die verschiedenen Funktionen in kirchlich-karitativen Einrichtungen widerspiegeln. Soweit Funktionen und Kompetenzen der Organe nicht ohnehin durch die gewählte Rechtsträgerstruktur im staatlichen Recht vorgegeben sind (bspw. für Gesellschafterversammlung und Geschäftsführung einer GmbH im GmbHG), sollen den Organen durch die kirchli-

⁷⁸ Oben Fn. 48.

⁷⁹ Arbeitshilfen Nr. 182 (o. Fn. 69).

chen Statuten des Rechtsträgers entsprechend differenzierte Aufgaben und Kompetenzen übertragen werden: Strategie und Grundlagenentscheidungen in der Hand der Mitglieder- und Gesellschafterversammlung, Kontrolle und Aufsicht durch ein Aufsichtsorgan und die unternehmerische Führung, d.h. das operative Tagesgeschäft, durch eine Geschäftsführung bzw. einen Vorstand.⁸⁰ Die Eigentümerfunktion obliegt dabei im Verein den Mitgliedern, in einer GmbH den Gesellschaftern und bei einer Stiftung dem Stifter bzw. dessen Stifterwillen.

3. Umsetzung der Vorgaben in den Statuten der Rechtsträger

Der Rahmencharakter der staatlichen Rechtsformen ermöglicht es, den Maßstäben guter Unternehmensführung als soft law und den bindenden kirchenrechtlichen Vorgaben über Aufsichts- und Mitwirkungsrechte kirchlicher Autoritäten, insbesondere des Ortsbischofs, durch eine entsprechende Gestaltung der Trägerstatuten Rechnung zu tragen. Denn das staatliche Vereins- und Gesellschaftsrecht enthält nur wenige Vorgaben zur Aufsicht über juristische Personen und stellt im Übrigen flexible Rechtsformen zur Verfügung. In diesem Rahmen können die Besetzung und die Befugnisse von Gesellschafter-/Mitgliederversammlung, Geschäftsführung/Vorstand, Aufsichtsrat und ähnlichen Gremien im jeweiligen Gründungsdokument festgelegt werden. Das Vereinsrecht des BGB eröffnet beispielsweise aus Gründen der Religionsfreiheit die Möglichkeit, dass auch ein Nichtmitglied wesentlichen satzungsmäßigen Einfluss in einem kirchlichen Verein ausüben kann – eine Möglichkeit, die dem Vereinsrecht des BGB ansonsten auf Grund des mitgliedschaftlichen Strukturleitbildes des Vereins fremd ist.⁸¹

Ein Rekurs auf den CIC, das Motu proprio „Intima Ecclesiae naturae“ oder die verschiedenen Arbeitshilfen der Bischofskonferenz ist daher in der Regel nur für die Erarbeitung und eine eventuelle spätere Änderung der Statuten erforderlich, während die Aufsichtsbefugnisse im Alltag nach den Festlegungen in den Trägerstatuten gehand-

⁸⁰ Arbeitshilfen Nr. 182 (o. Fn. 69), S. 13.

⁸¹ Wilhelm Dütz, Tendenzaufsicht im Vereinsrecht, in: Festschrift für Wilhelm Herschel zum 85. Geburtstag, hg. von Peter Hanau u. a., 1982, S. 55 ff.; Eberle, Sozialstationen (o. Fn. 39), S. 140 f.; umfassend Reinmar Wolff, Der drittbestimmte Verein. Satzungsrechte Dritter zwischen Vereinigungsfreiheit und Vereinsautonomie, 2006.

habt werden können. Das oben diagnostizierte Problem einer Steuerungsschwäche des Kirchenrechts⁸² wird dadurch in der Praxis zumindest partiell entschärft.

V. Aufsicht und bischöfliche Verantwortung für karitative Einrichtungen

1. Bischöfliche Gesamtverantwortung für das karitative Handeln

a) Kirchenrechtliche Grundlagen

65 Die bischöfliche Gesamtverantwortung für das karitative Handeln der Kirche ist kirchenrechtlich begründet und festgeschrieben. Sie wird insbesondere durch das Motu proprio „Intima Ecclesiae natura“ von 2012 betont. Die Normen des Kirchenrechts über eine Approbation der Statuten des Einrichtungsträgers, über hierarchische Weisungs- und Aufsichtsrechte, Berichts- und Informationspflichten oder Genehmigungsvorbehalte für bestimmte Rechtsgeschäfte und Personalentscheidungen bestimmen die Reichweite eigenständiger Handlungsmöglichkeiten der Einrichtungsträger. Diese Aufsichtsregelungen tarieren das Verhältnis zwischen bischöflicher Verfasstheit der katholischen Kirche und Subsidiarität als grundlegendem Organisationsprinzip für ihr karitatives Handeln aus.

66 Das Motu proprio „Intima Ecclesiae natura“ ist 2012 explizit mit dem Ziel erlassen worden, für das karitative Handeln der Kirche dessen „konstitutive Beziehung zum Bischofsamt in der kanonischen Rechtsordnung angemessen zum Ausdruck zu bringen“. Das Motu proprio unterstreicht „die Autorität und die koordinierende Rolle“, die dem Diözesanbischof in Bezug auf das gesamte karitative Handeln der Kirche zukommt.⁸³ Eine ähnliche Regelung enthält bereits der CIC: Gemäß can. 394 § 1 CIC hat der Diözesanbischof für die Koordinierung der verschiedenen karitativen Aktivitäten der Kirche Sorge zu tragen.

⁸² Oben II. 2. b.

⁸³ Motu proprio über den Dienst der Liebe (o. Fn. 31), Einleitung. Allgemein zur potestas des Diözesanbischofs *Georg Bier*, Die Rechtsstellung des Diözesanbischofs nach dem Codex Iuris Canonici von 1983, 2001, S. 119 ff.

b) Fehlen einer einheitlichen, umfassenden bischöflichen Befugnis

Die konkreten bischöflichen Handlungsbefugnisse im karitativen Bereich ergeben sich indes nicht unmittelbar aus can. 394 § 1 CIC oder Art. 6 des *Motu proprio*, sondern aus den Einzelnormen über Aufsicht, Statutengenehmigung, Zustimmungsvorbehalte für Personalentscheidungen u. s. w.⁸⁴ Auch wenn die Kirchenrechtsdogmatik nicht mit derselben Strenge wie das staatliche deutsche Recht zwischen Aufgaben und Befugnissen unterscheidet, dürfte can. 394 § 1 CIC als Norm zu verstehen sein, die dem Diözesanbischof eine Koordinierungsaufgabe für das gesamte karitative Handeln der Kirche zuweist, während sich die konkreten Einzelbefugnisse zur Wahrnehmung dieser Aufgabe aus anderen Normen ergeben müssen.

Das katholische Kirchenrecht unterscheidet insofern zwischen der Ausübung von Aufsicht (*vigilantia*) und der Ausübung von Leitungsgewalt (*regimen*),⁸⁵ jeweils im Unterschied zur Verwaltung/Geschäftsführung der Einrichtung, die von den eigenen Organen ihres Rechtsträgers ausgeübt wird. *Regimen* bezeichnet die Unterstellung des kanonischen Vereins unter die allgemeine Leitungsbefugnis der kirchlichen Autorität (Beispiele: Gesetzgebung, Rechtsprechung, Ausübung der *potestas executiva* beispielsweise durch Rekognoszierung der Statuten oder die Verleihung von Rechtspersönlichkeit).⁸⁶

Die Einzelbefugnisse des Ortsbischofs variieren dabei je nach kirchenrechtlicher Verfasstheit und auch gemäß den Statuten des einzelnen Trägers. Denn karitative Einrichtungen können dem Diözesanbischof in ihren Statuten stets weitergehende Mitwirkungsrechte einräumen, als es den kirchenrechtlichen Mindestanforderungen entspricht. So enthalten die Satzungen vieler Diözesancaritasverbände Zustimmungsvorbehalte für den jeweiligen Diözesanbischof bei vielen Personalentscheidungen, in der Regel auch ein unmittelbares bischöfliches Bestellungsrecht für den Diözesan-Caritasdirektor. Diese bischöflichen Rechte wären mit Blick auf den Status der Diözesancaritasverbände als private Vereine von Gläubigen kirchenrechtlich

⁸⁴ Versuch einer strukturierten Zusammenstellung bei *Aymans / Mörsdorf*, *Kanonisches Recht* (o. Fn. 58), S. 521 f.

⁸⁵ *Helmuth Pree*, *Das Motu proprio Intima Ecclesiae natura* (o. Fn. 31), S. 379 ff.; *Burkhard Josef Berkmann*, in: *Festschrift für Helmuth Pree* (Fn. 42), S. 746 ff.

⁸⁶ *Burkhard Josef Berkmann*, in: *Festschrift für Helmuth Pree* (Fn. 42), S. 746.

nicht zwingend. Sie dienen dazu, die Rückbindung der Caritasverbände an das Bischofsamt zu stärken.

- 70 Generalisierende Aussagen zu den Aufsichtsbefugnissen sind demnach nur im Sinne von Mindestanforderungen möglich, zudem mit Blick auf die Verdrängung bischöflicher Befugnisse durch die Zuständigkeit anderer kirchlicher Autoritäten bei bestimmten Trägerformen: Bei überdiözesan tätigen Vereinen ist zuständige kirchliche Autorität die Bischofskonferenz bzw. der Heilige Stuhl,⁸⁷ für Orden päpstlichen Rechts der jeweilige Ordensobere.
- 71 In Abhängigkeit von der kirchenrechtlichen Verfasstheit des Trägers vereint der Diözesanbischof demzufolge teilweise ein Befugnisbündel in sich: als teilkirchlicher Gesetzgeber, als Leiter mit einer *directio altior* oder *directio superior*⁸⁸ über öffentliche Vereinigungen und diejenigen Einrichtungen, die sich in Trägerschaft seiner Diözese oder ihrer Pfarreien befinden, etc.⁸⁹ Teilweise sind demgegenüber die Gesetzgebungs-, Leitungs- und Aufsichtsbefugnisse für karitative Einrichtungen auf verschiedene kirchliche Autoritäten verteilt.⁹⁰

2. Prinzip der gestuften kirchlichen Aufsicht

- 72 Die Arbeitshilfe Nr. 182 der Deutschen Bischofskonferenz formuliert ein Prinzip der gestuften Aufsicht: Soweit ein Einrichtungsträger über ein eigenes Aufsichtsorgan verfügt, soll der Umfang der kirchlichen Aufsicht geringer sein als bei Rechtsträgern, die noch kein trägereigenes Aufsichtsorgan besitzen. Die kirchlichen Oberbehörden sollen in erster Linie darauf hinwirken, dass bei allen Rechtsträgern geeignete trägereigene Aufsichtsstrukturen bestehen.⁹¹ Die Bischöfe nehmen ihre Aufsicht gegenüber den sozialen Diensten und Einrichtungen in kirchlicher Trägerschaft in erster Linie dadurch

⁸⁷ Zur Zuständigkeitsabgrenzung can. 312 CIC, der über entsprechende Verweismormen und Inbezugnahmen auch für private Vereine gilt; allgemein zu Vorbehalten zu Gunsten anderer kirchlicher Autoritäten in Bezug auf die bischöfliche Gewalt *Bier*, Die Rechtsstellung des Diözesanbischofs (o. Fn. 83), S. 144 ff.

⁸⁸ Cc. 315, 319 § 1 CIC.

⁸⁹ *Klaus Lüdicke*, Die „Grundordnung des kirchlichen Dienstes...“, ein bischöfliches Gesetz?, in: *KuR* 2012, S. 1 (3).

⁹⁰ Zur jeweils zuständigen kirchlichen Autorität *Burkhard Josef Berkmann*, in: *Festschrift für Helmuth Pree* (o. Fn. 42), S. 752 ff.

⁹¹ Arbeitshilfen Nr. 182 (o. Fn. 69), S. 6.

wahr, dass sie für funktionierende Aufsichtsstrukturen und -gremien bei den Trägern dieser Dienste und Einrichtungen Sorge tragen.⁹²

Nach dem Prinzip der gestuften Aufsicht ist bei Trägern mit einer eigenen Aufsichtsstruktur die kirchenbehördliche Aufsicht in der Regel auf Kernfragen beschränkt, nämlich auf:

73

- die Genehmigung der Statuten, also der Satzungen bzw. Gesellschaftsverträge bei Errichtung oder Umstrukturierung von Rechtsträgern sowie bei anderen Änderungen der Statuten,
- die Umsetzung des kirchlichen Arbeitsrechts nach Maßgabe der Grundordnung für den kirchlichen Dienst,
- die Genehmigung bestimmter grundsätzlicher Rechtsgeschäfte nach Maßgabe der Statuten (z. B. Erwerb und Veräußerung von Beteiligungen, Neugründung und Aufgabe von Einrichtungen, Grundstücksangelegenheiten),
- die Kontrolle über die Umsetzung der Arbeitshilfe „Soziale Einrichtungen in katholischer Trägerschaft und Aufsicht“.⁹³

3. Instrumente zur Wahrnehmung der bischöflichen Gesamtverantwortung

a) Bischöfliche Gesetzgebung

Als Steuerungsinstrument des Bischofs für das karitative Handeln der Kirche kommt zunächst seine Stellung als kirchlicher Gesetzgeber in Betracht. In der Tat ist der Diözesanbischof gemäß can. 391 CIC Gesetzgeber⁹⁴ und somit befugt, für seine Diözese rein kirchliche Gesetze zu erlassen (im Unterschied zu naturrechtlichen und positiv-göttlichrechtlichen Normen).

74

⁹² Arbeitshilfen Nr. 182 (o. Fn. 69), S. 37.

⁹³ Arbeitshilfen Nr. 182 (o. Fn. 69), S. 38 f.

⁹⁴ Gesetzgebungsbefugnisse der Bischofskonferenz sind die Ausnahme und bedürfen einer besonderen Rechtsgrundlage; als Gesetz der Deutschen Bischofskonferenz (erlassen auf Grund eines Mandats des Hl. Stuhls gemäß can. 455 § 1 CIC) hat insbes. die Kirchliche Arbeitsgerichtsordnung i. d. F. vom 25.2.2010 Relevanz auch für alle karitativen Einrichtungen der katholischen Kirche; vgl. im Übrigen die Zusammenstellung von *Heribert Schmitz / Franz Kalde*, Partikularnormen der Deutschen Bischofskonferenz – Text und Kommentar, 1996.

75 Die Reichweite der bischöflichen Gesetzgebungskompetenz wird indes vielfach überschätzt. Für karitative Rechtsträger ist sie insbesondere in Bezug auf die Neufassung der Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse im Jahr 2011 ausführlich diskutiert worden,⁹⁵ und zwar für ihren Art. 2 zum Geltungsbereich der Grundordnung. Nach Art. 2 Abs. 1 GrO soll die Grundordnung aus sich selbst heraus nur für diejenigen der bischöflichen Gesetzgebungsgewalt unterliegenden Rechtsträger gelten, die dort eigens aufgezählt sind (Diözese, Pfarreien, verschiedene öffentliche juristische Personen des kanonischen Rechts). Alle anderen kirchlichen Rechtsträger müssen sich der Grundordnung durch Übernahme in ihr Statut unterwerfen und nehmen erst dann am Selbstbestimmungsrecht der Kirche in arbeitsrechtlichen Beziehungen teil (Art. 2 Abs. 2 GrO). Die Neuordnung der Grundordnung basiert demnach auf der Annahme – und formuliert dies auch explizit –, dass zahlreiche kirchliche Rechtsträger *nicht* der bischöflichen Gesetzgebung unterliegen. Für einen Rechtstext, den die deutschen Bischöfe selbst erlassen haben, ist dies eine bemerkenswert zurückhaltende, sachlich indes zutreffende Vorstellung von der eigenen Regelungskompetenz.

76 Vor diesem Hintergrund ist Art. 2 Abs. 2 GrO in sich inkonsequent, indem diese Norm Rechtsträgern eine Übernahmeverpflichtung auferlegt, die nicht der bischöflichen Gesetzgebung unterliegen sollen.⁹⁶ Woraus diese Übernahmeverpflichtung bei fehlender Unterwerfung unter die bischöfliche Gesetzgebungsgewalt ihre normative Verbindlichkeit erlangen soll, bleibt unklar und ist von den Prämissen her unerklärlich. Art. 2 Abs. 2 GrO kann daher keine normativ verbindliche Übernahmepflicht statuieren, sondern nur eine Erwartung und Empfehlung zur Übernahme der Grundordnung ausdrücken. Der kirchliche Gesetzgeber kann diese Erwartung nicht selbst durchsetzen. Er kann aus einer gegenteiligen Entscheidung zur Nichtübernahme der Grundordnung nur auf anderen Ebenen Konsequenzen

⁹⁵ Lüdicke, Die „Grundordnung des kirchlichen Dienstes...“ (o. Fn. 89), S. 1 ff.; Martin Fuhrmann, Weltliches oder kirchliches Arbeitsrecht?, in: ZAT 2013, S. 6 ff.; Dominicus M. Meier OSB, Gemeinsam oder doch besser getrennt? – Die veränderte „Grundordnung des kirchlichen Dienstes“ als Stolperstein für das Miteinander von Bischöfen und Ordensinstituten, in: ZAT 2013, S. 17 (20 ff.); Josef Jurina, Kirchliches und staatliches Recht, in: KuR 2013, S. 21 ff.; Wilhelm Dütz, Zur Neufassung von Art. 2 der Grundordnung, in: ZMV 2013, S. 294 ff.; Joachim Eder, Caritative Rechtsträger und die Ausschlussfrist, in: ZMV 2013, S. 297 ff.

⁹⁶ „Kirchliche Rechtsträger, die nicht der bischöflichen Gesetzgebungsgewalt unterliegen, sind verpflichtet, [...]“

ziehen, nämlich dem Staat gegenüber erklären, dass der entsprechende Rechtsträger in arbeitsrechtlichen Fragen nicht am kirchlichen Selbstbestimmungsrecht teilnehme.

Erstaunlicherweise wird selten die Konsequenz gezogen, diese Annahmen zur eingeschränkten bischöflichen Gesetzgebungskompetenz auf andere Bereiche als das Arbeitsrecht zu übertragen. Sie gelten indes für die gesamte kirchliche Gesetzgebung. Ein in der Praxis relevantes Parallelproblem zur Geltung der Grundordnung besteht insbesondere im Datenschutzrecht: Auch hier kann die Geltung des Kirchlichen Datenschutzgesetzes (KDG) durch Kirchengesetzgebung nur gegenüber dem Kreis an juristischen Personen statuiert werden, der in Art. 2 Abs. 1 GrO genannt ist. Gegenüber allen anderen kirchlichen Rechtsträgern erlangt die Kirchliche Datenschutzgesetzgebung nur Geltung, wenn sich diese Rechtsträger in ihren Statuten zur Übernahme der kirchengesetzlichen Regelungen entscheiden.

77

b) Weisungsbefugnisse des Diözesanbischofs

Das Instrument der Weisung, wie es für hierarchische Strukturen prägend ist, steht dem Diözesanbischof in Bezug auf karitative Einrichtungen und Verbände in aller Regel nicht zur Verfügung. Denn sie sind ganz überwiegend in Rechtsformen konstituiert, die zum Diözesanbischof nicht in einem hierarchischen Verhältnis stehen, sondern im Rahmen der kirchenrechtlichen Vorgaben über Autonomie verfügen (private Vereine von Gläubigen; Orden). Eine Weisungs- bzw. Direktionsbefugnis (*directio altior*), wie sie dem Diözesanbischof über diözesane öffentliche Vereine nach can. 315 CIC zukommt, besteht gegenüber diesen Trägern nicht.

78

c) Statutengenehmigung und Aufsicht über karitative Einrichtungen in Vereinsträgerschaft

Für Einrichtungen in Vereinsträgerschaft bestimmt das Kirchenrecht die Intensität der bischöflichen Einflussmöglichkeiten in Abhängigkeit von den kirchenrechtlichen Vereinskategorien und deren Subdifferenzierungen.⁹⁷ Wesentlicher Anknüpfungspunkt ist die Ver-

79

⁹⁷ Im einzelnen zu den vereinsrechtlichen Kategorien und Subkategorien des Kirchenrechts (kanonischer/nicht-kanonischer Verein; kanonischer pri-

einserrichtung: Von Gläubigen gegründete kanonische Vereine werden als private Vereine bezeichnet.⁹⁸ Sie prägen das Bild karitativ tätiger Vereine. Vom Heiligen Stuhl, der Bischofskonferenz oder vom Diözesanbischof errichtete kanonische Vereine werden demgegenüber kirchenrechtlich als öffentliche Vereine (kirchenamtliche Vereine) bezeichnet.⁹⁹

80 Die Statuten privater kanonischer Vereine bedürfen einer Überprüfung durch den Bischof oder die sonst zuständige kirchliche Autorität (*recognitio*).¹⁰⁰ Die *recognitio* ist eine gebundene Rechtsprüfung auf mögliche Widersprüche von Vereinszweck und Vereinsstatuten gegen die vereinsrechtlichen Normen des CIC.¹⁰¹ Die zuständige kirchliche Autorität hat nicht das Recht, die *recognitio* der Statuten nach eigenem Ermessen zu verweigern.

81 Für Organisation und Handeln privater Vereine besteht kirchenrechtlich Vereinsautonomie.¹⁰² Ihre Grenzen findet sie in der Vereinsaufsicht der zuständigen kirchlichen Autorität gemäß can. 305 CIC, die sich auf Glaube, Sitte und Disziplin der Kirche bezieht. Die nachfolgenden Normen des CIC enthalten eine Reihe konkretisierender Einzelbestimmungen, die sich auf punktuelle Aufsichtsrechte beschränken. So bestellt der private Verein von Gläubigen den Vorsit-

vater/öffentlicher Verein; privater Verein mit/ohne kirchliche Rechtsfähigkeit): Thomas Schüller (o. Fn. 30), S. 813 ff.; Lluís Martínez Sistach, Die Vereine von Gläubigen, 2008, S. 37 ff.; Heribert Hallermann, Die Vereinigung im Verfassungsgefüge der lateinischen Kirche, 1999, S. 388 ff.; Winfried Schulz, Der neue Codex und die kirchlichen Vereine, 1986, S. 40 ff.; Aymans / Mörsdorf, Kanonisches Recht (o. Fn. 58), S. 478 ff.; Winfried Aymans, Kirchliche Vereinigungen, 1988; Demel, Handbuch Kirchenrecht (o. Fn. 43), Stichworte Verein, S. 592 f., und kirchlich-kanonischer Verein, S. 597 ff.; Künzel, Die kirchliche Vereinsaufsicht (o. Fn. 61), S. 18 ff.

⁹⁸ Can. 299 § 1, 2 CIC.

⁹⁹ Can. 312 CIC.

¹⁰⁰ Can. 299 § 3 CIC; Art. 1 § 1 S. 2 Motu proprio über den Dienst der Liebe (o. Fn. 31). Diese Normen werden ergänzt und konkretisiert durch die „Kriterien für die kirchenamtliche Genehmigung und Satzungsänderungen von katholischen Vereinigungen“, die die Deutsche Bischofskonferenz 1993 beschlossen hat; abgedr. in: AfKKR 162 (1993), S. 507 ff.

¹⁰¹ Im Unterschied zu einer Statutenbilligung (*probatio*) als Voraussetzung der kanonischen Rechtsfähigkeit gemäß can. 322 § 2 CIC und insbesondere im Unterschied zur autoritativen Statutengenehmigung (*approbatio*), die nach can. 314 CIC für öffentliche Vereine vorgeschrieben ist: Winfried Schulz, in: MK (o. Fn. 41), can. 299, Rn. 6; ausführlich zur Verwendung der verschiedenen Termini im CIC Ulrich Rhode, Mitwirkungsrechte kirchlicher Autoritäten im Codex Iuris Canonici, Bd. I, 2001, S. 28 ff., 237 ff.; siehe zudem Burkhard Josef Berkmann, in: Festschrift für Helmuth Pree (o. Fn. 42), S. 747.

¹⁰² „[A]utonomia gaudeant ad normam can. 321“, so can. 323 § 1 CIC.

zenden und die Amtsträger frei nach Maßgabe der Statuten. Lediglich die (fakultative) Auswahl eines Priesters als geistlichen Berater bedarf der Bestätigung des Bischofs.¹⁰³ Auch das Vermögen des Vereins wird durch den Verein frei verwaltet. Die zuständige kirchliche Autorität hat nur eine Aufsichtsfunktion darüber, dass das Vereinsvermögen zu den Vereinszwecken verwendet wird.¹⁰⁴ Lediglich can. 326 § 1 CIC gewährt ein weitreichendes, nur an vage Voraussetzungen gebundenes Recht: Die zuständige Autorität kann einen privaten Verein von Gläubigen auflösen, wenn seine Tätigkeit zu einem schweren Schaden für die kirchliche Lehre oder Disziplin wird oder den Gläubigen zum Ärgernis gereicht.

Die Bestimmungen über Aufsichts- und Leitungsbefugnisse gegenüber karitativen Vereinen können demnach so zusammengefasst werden: Die bischöfliche Aufsicht beschränkt sich auf Glaube, Sitte und Disziplin der Kirche (can. 305 § 1 CIC) und die zweckentsprechende Mittelverwendung (can. 325 § 1 CIC), sofern nicht die Vereinsstatuten im Einzelfall weitergehende Aufsichts- oder Zustimmungrechte für den Bischof vorsehen. Eine konsistente Gesamtregelung ergibt das kirchliche Vereinsrecht nur dann, wenn auch das Erfordernis einer recognitio der Statuten und die Befugnis zur Vereinsauflösung an diese Kriterien gebunden werden. Dazu müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen der can. 305 § 1, can. 325 § 1 CIC in die Normen des can. 299 § 3 CIC und des can. 326 § 1 CIC hineingelesen werden.

Soweit ersichtlich, zieht die Kirchenrechtsdogmatik diese Konsequenz nicht – mit dem eigentümlichen Ergebnis, dass der Diözesanbischof gegen die Vereinsexistenz eine weitergehende Handhabung haben müsste als gegen das Vereinshandeln. Ein in sich überzeugendes System von Aufsichtsbefugnissen müsste genau gegenteilig aufgebaut sein, nämlich die einschneidenderen Maßnahmen an erhöhte materielle Voraussetzungen binden.

d) Aufsicht über karitative Einrichtungen in Stiftungsträgerschaft

Die Stiftung ist die einzige juristische Person des Privatrechts, die rechtsformbezogen einer Aufsicht nach Maßgabe der landesrechtli-

¹⁰³ Can. 324 CIC.

¹⁰⁴ Can. 325 § 1 CIC, der insofern die Aufsichtszwecke aus can. 305 CIC (Glaube, Sitte, Disziplin der Kirche) ergänzt.

chen Stiftungsgesetze unterliegt.¹⁰⁵ Diese Unterwerfung unter eine externe Aufsicht dient der Sicherung des Stifterwillens, der – anders als Mitglieder- oder Eigentümerinteressen beim Verein bzw. der GmbH – nach Errichtung der Stiftung nicht mehr durch den Stifter selbst bestimmt und durchgesetzt wird. § 80 Abs. 3 S. 1 BGB lässt landesrechtliche Vorschriften über kirchliche Stiftungen unberührt. An Stelle der staatlichen Aufsicht besteht für sie eine kirchliche Stiftungsaufsicht nach Maßgabe kirchlicher Stiftungsordnungen.¹⁰⁶ Die Aufsichtsfunktion der staatlichen Stiftungsaufsicht beschränkt sich damit auf Grundentscheidungen über die Errichtung und ggf. Auflösung der Stiftung und grundlegende Änderungen des Stiftungszwecks; andere Aufsichtsfunktionen obliegen nach Maßgabe der jeweiligen diözesanen Stiftungsordnung der kirchlichen Stiftungsaufsicht.¹⁰⁷

e) Bischöfliche Aufsicht über karitative Ordenseinrichtungen

85 Grundlegendes Charakteristikum aller kanonischen Lebensverbände ist ihre Autonomie (can. 586 CIC).¹⁰⁸ Der Diözesanbischof wird durch diese Norm explizit verpflichtet, diese Autonomie zu wahren und zu schützen. Die Gewährleistung bezieht sich als innere Verbandsautonomie auf das Verbandsleben und die Verbandsleitung. So steht den Orden – in Entsprechung zum Satzungsrecht der Vereine – das Recht zu, eigene Verbandskonstitutionen zu schaffen (can. 587 CIC).

86 In Abhängigkeit von der errichtenden kirchlichen Autorität sind Orden entweder päpstlichen oder bischöflichen Rechts. Die Kompetenzen dieser hierarchischen Autoritäten ergeben sich indes nicht in der schlichten Weise, dass der Papst bzw. Apostolische Stuhl ausschließlich und abschließend für Verbände päpstlichen Rechts, der Diözesanbischof dagegen für Verbände bischöflichen Rechts zustän-

¹⁰⁵ Christian Hörstrup, Maßstab kirchlicher Stiftungsaufsicht, in: KuR 2018, S. 104 (106).

¹⁰⁶ Für Nordrhein-Westfalen § 14 StiftG NRW.

¹⁰⁷ Näher zu den Maßstäben kirchlicher Stiftungsaufsicht Christian Hörstrup, Maßstab kirchlicher Stiftungsaufsicht (o. Fn. 105), S. 104 ff.

¹⁰⁸ Aymans / Mörsdorf, Kanonisches Recht (o. Fn. 58), S. 561 ff.

dig wäre.¹⁰⁹ Da nämlich die Orden, auch wenn sie päpstlichen Rechts sind, in den Diözesen leben und wirken, stehen sie auch zum jeweiligen Diözesanbischof in Rechtsbeziehungen. Außerhalb des inneren Verbandslebens unterstehen sie (auch, d. h. in Abstimmung mit den Ordensoberen) der bischöflichen Gewalt, und zwar in Bezug auf die Ausübung der Seelsorge, den öffentlichen Gottesdienst und andere Apostolatswerke (can. 678 §§ 1, 3 CIC), also auch in Bezug auf ihr karitatives Wirken in der Welt.¹¹⁰

Das karitative Wirken der Orden unterliegt zudem der bischöflichen Visitation (can. 683 CIC). Das Visitationsrecht umfasst die Kompetenz des Diözesanbischofs, bei Missständen nach ergebnisloser Mahnung des Ordensoberen kraft eigener Autorität selbst Vorkehrungen zu treffen.

87

f) Mittelbare Steuerung über Zuschüsse und Bewilligungsbedingungen

In Ergänzung zu den rechtlichen Instrumentarien (Gesetzgebung, Weisung, Aufsicht, Genehmigungsvorbehalte) kann eine Steuerung des karitativen Handelns auch über die zielgerichtete Vergabe von Zuschüssen an karitative Träger erreicht werden, indem Ziele und Modi der Mittelverwendung in Bewilligungsbedingungen und Auflagen der Zuschussgewährung festgeschrieben werden. Unabhängig von der Reichweite juristischer Aufsichtsbefugnisse kann der Diözesanbischof karitatives Handeln auf diese Weise wirtschaftlich steuern.¹¹¹ In dieser Hinsicht ist er freilich seinerseits finanziell an das Budgetrecht gewählter Kirchensteuerräte gebunden.

88

¹⁰⁹ *Aymans / Mörsdorf*, Kanonisches Recht (o. Fn. 58), S. 582 ff. – die Darstellung der Kompetenzen der hierarchischen Autoritäten verästelt sich auf 13 Seiten.

¹¹⁰ Zu diesem Spannungsverhältnis ausführlich *Heribert Schmitz*, Apostolat der Ordensinstitute unter der Autorität des Diözesanbischofs. Zur Spannung zwischen c. 678 § 1 und c. 683 § 1 CIC, in: AfKKR 169 (2000), S. 35 ff.; vor Inkrafttreten des CIC/1983 zudem *Hierold*, Grundlegung und Organisation kirchlicher Caritas (o. Fn. 17), S. 119 ff.; zur Bindung von karitativen Einrichtungen von Instituten des geweihten Lebens und Gesellschaften des apostolischen Lebens an das Motu proprio *Intima Ecclesiae natura*: *Helmuth Pree* (o. Fn. 31), S. 373 f.

¹¹¹ Siehe *Burkhard Josef Berkmann*, in: Festschrift für Helmuth Pree (o. Fn. 42), S. 761 f.

VI. Einrichtungsübergreifende Verbände der Caritas

1. Der Deutsche Caritasverband als institutionelle Zusammenfassung und Vertretung der Caritas

89 Als institutionelle Zusammenfassung und Vertretung der Caritas¹¹² wurde 1897 der Deutsche Caritasverband gegründet, unter maßgeblicher Prägung durch *Lorenz Werthmann*.¹¹³ Sitz des Caritasverbandes ist seitdem Freiburg i. Br. mit Hauptvertretungen in Berlin, Brüssel und München. Kirchenrechtlich ist der Deutsche Caritasverband als privater Verein von Gläubigen verfasst.¹¹⁴ Nach staatlichem Recht handelt es sich um einen eingetragenen Verein im Sinne des § 21 BGB. Er verfügt über eine ausdifferenzierte Organstruktur, die seine mitgliedschaftliche Verfassung widerspiegelt: Präsident, Vorstand, Delegiertenversammlung und Caritasrat (mit einer Finanzkommission als Untergliederung; daneben ein Caritaskongress ohne Organstellung).¹¹⁵

90 Der Deutsche Caritasverband erfüllt primär Funktionen der Koordinierung, der Interessenvertretung sowie der Qualitäts- und Strukturentwicklung. Mit seinem Werk „Caritas international“ initiiert der Deutsche Caritasverband auch selbst soziale Hilfen, insbesondere im Ausland, und kann sich nach seiner Satzung im Einzelfall auch an der Trägerschaft sozialer Einrichtungen beteiligen.¹¹⁶ In der Regel fungieren allerdings nicht der Deutsche Caritasverband selbst, sondern seine Mitglieder und deren Untergliederungen als Träger karitativer Einrichtungen.

¹¹² „Der Deutsche Caritasverband ist die von den deutschen Bischöfen anerkannte institutionelle Zusammenfassung und Vertretung der katholischen Caritas in Deutschland“, § 2 Abs. 1 DCV-Satzung.

¹¹³ Zu seiner Person und seinem Beitrag zur Gründung des Caritasverbandes: *Peter Neher* u. a., *Lorenz Werthmann. Caritasmacher und Visionär*, 2008.

¹¹⁴ § 2 Abs. 2 DCV-Satzung; dazu *Alfred Hierold*, Struktur- und Satzungsfragen im Deutschen Caritasverband, in: *Dienst an Glaube und Recht. Festschrift für Georg May zum 80. Geburtstag*, hg. von Anna Egler/Wilhelm Rees, 2006, S. 443 ff.; *Hennecke*, *Caritas und Recht* (o. Fn. 14), S. 194 f.; *Heribert Heinemann*, Die Rechtsstellung des Deutschen Caritasverbandes und der Diözesancaritasverbände und ihre Einordnung in das Gesetzbuch der Kirche, in: *AfkKR* 158 (1989), S. 416 ff. (insbes. 421 ff.).

¹¹⁵ *Hierold* (o. Fn. 1), S. 1465.

¹¹⁶ § 6 Abs. 3 DCV-Satzung.

Der Deutsche Caritasverband untersteht der Aufsicht der Deutschen Bischofskonferenz, nicht aber ihrer hierarchischen Leitung. Für Reichweite und Intensität der Aufsicht verweist die Satzung des Deutschen Caritasverbandes weitgehend auf die vereinsrechtlichen Normen des CIC.¹¹⁷ Der Deutsche Caritasverband verfügt demnach über Vereinsautonomie nach Maßgabe der Regelungen der cc. 321, 323 ff. CIC und der Satzung des DCV zu den Aufsichtsbefugnissen der Deutschen Bischofskonferenz.

91

2. Mitgliedschaft im Deutschen Caritasverband und in den Diözesancaritasverbänden

Der Deutsche Caritasverband ist ein Zusammenschluss der 27 Diözesancaritasverbände, von 18 karitativen Fachverbänden, von verschiedenen karitativen Vereinigungen sowie der ca. 260 überdiözesan tätigen karitativen Orden, jeweils einschließlich ihrer Gliederungen und Mitglieder. Dem DCV gehören insgesamt 1.300 größere Träger (mit einer Mitarbeiterzahl von 50 oder mehr) an. Über die Mitgliedschaft in den Diözesancaritasverbänden sind auch die katholischen Pfarreien korporative Mitglieder des Deutschen Caritasverbandes. Als persönliche Mitglieder nimmt der Deutsche Caritasverband auch natürliche Personen auf. Seine mitgliedschaftliche Struktur ist aber primär durch die Verbände, Vereinigungen und Träger von Einrichtungen und Diensten als korporativen Mitgliedern geprägt.

92

Zu den verbandlichen Mitgliedern zählen verschiedene Einrichtungsverbände, zu denen sich die Träger zahlreicher karitativer Einrichtungen gleicher Fachrichtungen zusammengeschlossen haben.¹¹⁸ Sie dienen dem fachlichen Erfahrungsaustausch unter den Mitgliedern und der gemeinsamen Interessenvertretung nach außen durch

93

¹¹⁷ Dazu unten V. 3. d.; im übrigen § 2 Abs. 3 DCV-Satzung; nach § 2 Abs. 4 DCV-Satzung hat der Vorsitzende der Caritas-Kommission der Deutschen Bischofskonferenz ein Recht auf Teilnahme an den Sitzungen der Verbandsorgane des Deutschen Caritasverbandes.

¹¹⁸ Bundesverband katholischer Einrichtungen und Dienste der Erziehungshilfe; Bundesverband Katholischer Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen für Kinder und Jugendliche; Bundesverband Caritas Behindertenhilfe und Psychiatrie; Katholischer Arbeitskreis für Familienerholung; Katholischer Krankenhausverband Deutschland; Verband Katholischer Tageseinrichtungen für Kinder; Verband katholischer Altenhilfe in Deutschland. Die Mitgliederzahlen reichen von einigen Dutzend (Katholischer Arbeitskreis für Familienerholung) bis zu mehreren Tausend Einrichtungen (Verband Katholischer Tageseinrichtungen für Kinder).

Lobbyarbeit. Aus dem bürgerschaftlichen Engagement des ausgehenden 19. Jahrhunderts sind zudem verschiedene karitative Verbände hervorgegangen, deren Tätigkeit die präventive, aufsuchende und nachgehende Sozialarbeit sowie stationäre Hilfen umfasst.¹¹⁹ Unter ihnen sind große Einrichtungsträger, etwa der Malteser Hilfsdienst.¹²⁰ Andere Verbände wirken primär durch Selbsthilfegruppen und auf ehrenamtlicher Basis.¹²¹

3. Karitative Einrichtungen außerhalb der Verbandsstrukturen der Caritas

- 94** Mit seiner verbandlichen, dem Subsidiaritätsprinzip verpflichteten Struktur umfasst der Deutsche Caritasverband den Großteil der katholischen karitativen Einrichtungen. Auch wenn die Formulierung der Satzung des Deutschen Caritasverbandes einen Alleinvertretungsanspruch zu formulieren scheint¹²², haben verschiedene Träger auf die Möglichkeit einer Mitgliedschaft verzichtet.¹²³ Eine Zwangsmitgliedschaft für alle katholischen karitativen Einrichtungen besteht nicht.
- 95** Das Motu proprio „Intima Ecclesiae natura“ von 2012 hat explizit klargestellt, dass die verbandlichen Caritasstrukturen keine Mono-

¹¹⁹ Caritaskonferenzen Deutschland; Familien-Ferien-Werk; IN VIA – Verband für Mädchen- und Frauensozialarbeit Deutschland e.V.; Katholische Jugendfürsorge; Kreuzbund; Malteser Hilfsdienst; Raphaels-Werk; Sozialdienst katholischer Frauen; Katholischer Verband für soziale Dienste in Deutschland; Gemeinschaft der Vinzenz-Konferenzen Deutschlands.

¹²⁰ Ca. 700 Standorte mit Einrichtungen der Altenhilfe, Krankenhäusern, Hospize, im Rettungsdienst u. a. m.

¹²¹ Beispielsweise der Kreuzbund e.V. (Selbsthilfe- und Helfergemeinschaft für Suchtkranke und Angehörige) mit 1.500 örtlichen Selbsthilfegruppen.

¹²² „Von den deutschen Bischöfen anerkannte institutionelle Zusammenfassung und Vertretung der katholischen Caritas in Deutschland“.

¹²³ Dies gilt etwa für die Josefs-Gesellschaft, deren erste Einrichtung 1904 durch einen katholischen Pfarrer im Sauerland gegründet wurde und die heute 25 Tochterunternehmen mit 6.000 Beschäftigten mit Schwerpunkten in der Behindertenhilfe, in Krankenhäusern und Altenheimen umfasst. Die kirchliche Rückbindung wird ohne Mitgliedschaft im Deutschen Caritasverband über die Satzungsbestimmungen gewährleistet. So ist der Erzbischof von Paderborn Protektor der Josefs-Gesellschaft, und jeweils sechs Mitglieder des Verwaltungsrats der Josefs-Gesellschaft e.V. bzw. des Aufsichtsrats der Josefs-Gesellschaft gGmbH werden von verschiedenen (Erz-)Bischöfen entsandt.

polstellung für karitatives Wirken in der katholischen Kirche beanspruchen können. Das Motu proprio hat vielmehr dem Bischof und dem Pfarrer die Sorge dafür übertragen, dass neben der verbandlichen Caritas „auch andere karitative Initiativen bestehen und sich entfalten können“.¹²⁴

¹²⁴ Art. 9 § 2 Motu proprio über den Dienst der Liebe (o. Fn. 31).

§ 51

Die diakonischen Werke und Einrichtungen der evangelischen Kirche

Von Jörg Winter

I. Diakonie als Grundfunktion der Kirche	1–4
II. Zur Geschichte und Konzeption der Diakonie	5–24
1. Programm und Statut des Central-Ausschusses für die Innere Mission von 1849	5–7
2. Vom Central-Ausschuss zum Centralverband 1921	8–11
3. Die Innere Mission im Kirchenkampf des „Dritten Reiches“	12–13
a) Die Verfassung der Deutschen Evangelischen Kirche vom 14. 7. 1933	12
b) Der Erlass des Leiters der Kirchenkanzlei der Deutschen Evangelischen Kirche vom 12. 7. 1940	13
4. Innere Mission und Hilfswerk nach dem Ende des zweiten Weltkrieges	14–24
a) Das Hilfswerk der Evangelischen Kirche in Deutschland	14–15
b) Der Zusammenschluss von Innerer Mission und Hilfswerk zum Diakonischen Werk der EKD e. V.	16–18
c) Die Entwicklung in der ehemaligen DDR	19
d) Das Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung	20–24
III. Diakonie im sozialen Rechtsstaat heute	25–33
1. Zahlen und Fakten	25
2. Herausforderungen und Probleme	26–33
a) „Verkirchlichung“ der Diakonie	26–27
b) Freiheit der Diakonie im Sozialmarkt	28–29
c) Vorgaben des Staatskirchenrechts	30–31
d) Doppelcharakter als Werk der Kirche und Wohlfahrtsverband	32–33

I. Diakonie als Grundfunktion der Kirche

- 1 Das Bundesverfassungsgericht hat in einer seiner frühen Entscheidungen zur Reichweite der Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG, die unter der Bezeichnung „Lumpensammlerfall“ bekannt geworden ist, zum Selbstverständnis der römisch-katholischen und evangelischen Kirche folgendes ausgeführt:

„Nach dem Selbstverständnis der Katholischen und Evangelischen Kirche umfaßt die Religionsausübung nicht nur den Bereich des Glaubens und des Gottesdienstes, sondern auch die Freiheit zur Entfaltung und Wirksamkeit in der Welt, wie es ihrer religiösen und diakonischen Aufgabe entspricht. Die tätige Nächstenliebe ist nach dem neuen Testament eine wesentliche Aufgabe für den Christen und wird von der Katholischen wie der Evangelischen Kirche als kirchliche Grundfunktion verstanden [...]“¹

- 2 Das Gericht bezieht sich dabei ausdrücklich auf Art. 15 Abs. 1 der Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland vom 13. 7. 1948, in dem es heißt:

„Die Evangelische Kirche in Deutschland und die Gliedkirchen sind gerufen, Christi Liebe in Wort und Tat zu verkündigen. Diese Liebe verpflichtet alle Glieder der Kirche zum Dienst und gewinnt in besonderer Weise Gestalt im Diakonat der Kirche; demgemäß sind die diakonisch-missionarischen Werke Wesens- und Lebensäußerung der Kirche.“²

- 3 Seit dieser Entscheidung ist anerkannt, dass die diakonische Liebestätigkeit als Ausdruck religiöser Betätigung grundsätzlich in den Schutzbereich des Art. 4 GG fällt, und zwar auch soweit sie nicht in der unmittelbaren Verantwortung der Kirchen und ihrer Organe wahrgenommen wird. In Fortführung dieser Linie hat das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf das Selbstverwaltungsrecht der Religionsgemeinschaften im Streit um die Frage, ob ein katholisches Krankenhaus im niederrheinischen Goch verpflichtet ist, eine Betriebsratswahl zuzulassen, in einer späteren Entscheidung festgestellt:

„Nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 3 WRV sind nicht nur die organisierte Kirche und die rechtlich selbständigen Teile dieser Organisation, sondern alle der Kirche in bestimmter Weise zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform Objekte, bei deren Ord-

¹ BVerfGE 24, 236 (248). In der Sache ging der Streit um die Frage, ob sich eine katholische Jugendorganisation auf Art. 4 GG berufen kann, wenn sie gebrauchte Kleidung, Lumpen und Altpapier zur Linderung sozialer Notzustände sammelt.

² Zitiert nach *Herbert Claessen*, Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland. Kommentar und Geschichte, 2007, S. 44.

nung und Verwaltung die Kirche grundsätzlich frei ist, wenn sie nach kirchlichem Selbstverständnis ihrem Zweck oder ihrer Aufgabe entsprechend berufen sind, ein Stück Auftrag der Kirche in dieser Welt wahrzunehmen und zu erfüllen.“³

Auch die privatrechtlich organisierten kirchlichen Werke und Einrichtungen haben danach Anteil an den staatskirchenrechtlichen Garantien, die das Grundgesetz zugunsten der Religionsgemeinschaften bereit hält, sofern sie nach den vom Bundesverfassungsgericht genannten Maßstäben diesen zugeordnet sind.⁴ Im historischen Rückblick zeigt sich allerdings, dass sich das Verhältnis der diakonischen Werke und Einrichtungen zur evangelischen Kirche nicht frei von Spannungen und konzeptionellen Unterschieden entwickelt hat. Diese sind bis heute spürbar, so dass die Umsetzung der Vorgaben für die von der staatlichen Rechtsprechung geforderte Zuordnung auf Schwierigkeiten und Widerstände stößt. Dies gilt insbesondere in einer Zeit, in der soziale Dienstleistungen unter den Bedingungen eines am wirtschaftlichen Wettbewerb orientierten Marktes erbracht werden müssen.

4

II. Zur Geschichte und Konzeption der Diakonie

1. Programm und Statut des Central-Ausschusses für die Innere Mission von 1849

Die Geschichte der Diakonie war von Anfang an begleitet von dem Grundthema, wie ihr Verhältnis zum Staat und zur Kirche in rechter Weise zu bestimmen sei.⁵ *Johann Hinrich Wichern* hat in seiner Rede vor dem Kirchentag in Wittenberg am 22. 9. 1848, die als die Geburts-

5

³ BVerfGE 46, 73.

⁴ Zur Diskussion in der frühen Bundesrepublik um den kirchenrechtlichen und staatskirchenrechtlichen Status der Werke und Einrichtungen der evangelischen Kirche vgl.: *Günter Wasse*, Die Werke und Einrichtungen der evangelischen Kirche, 1954 (Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 11); *ders.*, Die Werke und Einrichtungen der evangelischen Kirche, in: ZevKR 4 (1955), S. 75 ff. *Wasse* ging davon aus, „daß die eigenständigen Gruppen als solche nicht ohne weiteres die verfassungsrechtlich garantierte Sonderstellung der privilegierten, mit öffentlichen Korporationsrechten ausgestatteten Kirche teilen“. *Ders.*, a. a. O., S. 131. Zur Auseinandersetzung mit *Wasse* vgl.: *Arnold Köttgen*, Bemerkungen über den rechtlichen Status der Werke und Einrichtungen der evangelischen Kirche als Grundsatzfrage des kirchlichen und staatlichen Rechts, in: ZevKR 4 (1955), S. 144 ff.

⁵ Zur historischen Entwicklung vgl. auch: *Axel von Campenhausen / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 163 ff.

stunde der organisierten Liebestätigkeit der evangelischen Kirche in Deutschland gelten kann, zur Frage des Verhältnisses der Inneren Mission zur Kirche folgendes ausgeführt:

„[...] von je her steht mir die hier ausgesprochene Überzeugung fest, dass die Kirche die innere Mission in die Hand nehmen muß. Jetzt wird sie zum Teil mit betrübtem Herzen betrieben, weil man von seiten derer, welche die Kirche vertreten, die Tätigkeit als nicht berechtigt anerkennt. Es ist ein Mißtrauen gegen sie eingetreten, welches auch mit dem aufrichtigsten Bekenntnis: Die innere Mission will nur der Kirche und dem Staat als der anderen göttlichen Stiftung dienen, nicht hat entfernt werden können. Wenn nun diese Versammlung es ausspräche, dass der Kirchenbund Förderung und Schutz dieser Tätigkeit zukommen lasse, dass er die innere Mission in sich aufnehmen wolle, unbeschadet der notwendigen Freiheit derselben: so würde dieser Arbeit ein Stempel aufgedrückt, wovon ein Gottesgesen ausgehen müßte.“⁶

- 6 *Wichern* hat die Innere Mission nicht als „eine Lebensäußerung außer oder neben der Kirche“ verstanden, „sondern sie will eine Seite des Lebens der Kirche selbst offenbaren, und zwar das Leben des Geistes der gläubigen Liebe, welche die verlorenen, verlassenen, verwahrlosten Massen sucht, bis sie sie findet.“⁷ Der aus der Wittenberger Kirchenversammlung vom September 1849 hervorgegangene Central-Ausschuss für die Innere Mission legte daher in seinem von *Wichern* entworfenen Programm von 1849 Wert auf die Feststellung, „dass er nur für eine der Kirche *dienende* Stelle angesehen werde.“⁸ Dementsprechend heißt es in den ersten Statuten des Central-Ausschusses vom 9. 1. 1849⁹ im § 1: Die Aufgabe der Inneren Mission „umfaßt nur diejenigen Lebensgebiete, welche die geordneten Ämter der evangelischen Kirche mit ihrer Wirksamkeit ausreichend zu bedienen nicht imstande sind, so dass sie diesen in die Hände arbeitet und in demselben Maße ihre Aufgabe für gelöst ansieht, als die Wirksamkeit des kirchlichen Amtes sich erweitert“¹⁰. Nach seinem Programm setzte es sich der Central-Ausschuss zur Aufgabe, „einen Mittelpunkt für die innere Missionstätigkeit im gesamten deutschen Va-

⁶ *Johann Hinrich Wichern*, Erklärung, Rede und Vortrag Wicherns auf dem Wittenberger Kirchentag (1848), in: ders., Sämtliche Werke, hg. von Peter Meinhold, Bd. I, 1962, S. 156 (157).

⁷ *Johann Hinrich Wichern*, Die innere Mission der deutschen evangelischen Kirche. Eine Denkschrift an die deutsche Nation, in: ders., Sämtliche Werke (o. Fn. 6), S. 175 (183).

⁸ Centralesschuß für die innere Mission der deutschen evangelischen Kirche, Programm und Statut, abgedruckt in: *Wichern*, Sämtliche Werke (o. Fn. 6), Bd. II, 1965, S. 17 (20).

⁹ Abgedruckt in: *Wichern*, Sämtliche Werke (o. Fn. 6), Bd. I, S. 360 ff.

¹⁰ Ebd., S. 360.

terland zu bilden“¹¹ und die bereits bestehenden oder sich neu bildenden Anstalten der Inneren Mission zu gegenseitiger Hilfestellung zu verknüpfen.

Der Central-Ausschuss bestand nach § 4 der Statuten aus den beiden Präsidenten der Wittenberger Kirchenversammlung, das waren zunächst *Moritz August v. Bethmann-Hollweg* und *Friedrich Julius Stahl*, und zwei anderen hinzu gewählten Mitgliedern, denen es überlassen war, die Mitgliederzahl durch Kooptation zu ergänzen.¹² Als Sitz des Central-Ausschusses bestimmte die Satzung die Städte Hamburg und Berlin, „jenes weil es blühende Anstalten der inneren Mission besitzt, die im ganzen deutschen Vaterland Teilnahme erweckt haben und zum Vorbild dienen könne; dieses, weil es durch seine Lage und seine staatlichen Beziehungen sich zum Mittelpunkt eignet, auch die Mehrzahl der Mitglieder des Centralausschusses daselbst ihren Wohnsitz haben.“¹³ Als Organ wurden die „Fliegenden Blätter des Rauhen Hauses bei Hamburg“ bestimmt. Der abschließende § 14 der Satzung befasste sich mit den Geldmitteln, welche durch freiwillige Beiträge zu beschaffen waren. Rechtsfähigkeit erlangte der Central-Ausschuss nach dem damals gültigen Konzessionssystem für religiöse Vereinigungen durch preußischen Erlass vom 8. 8. 1849. Demgemäß sind die späteren Satzungsänderungen noch bis 1958 jeweils durch die Staatsaufsicht genehmigt worden, obwohl dem Konzessionssystem durch Art. 137 Abs. 4 WRV längst der Boden entzogen war.

7

2. Vom Central-Ausschuss zum Centralverband 1921

Der Central-Ausschuss war nach seinen Statuten nicht mehr als eine Versammlung von Honoratioren, deren Aufgabe sich im Wesentlichen darauf beschränkte, Kontakte zu pflegen, bestehende Einrich-

8

¹¹ Programm und Statut (o. Fn. 8), S. 21.

¹² Zu den Mitgliedern siehe: *Helmut Talazko*, Der Central-Ausschuß für die innere Mission der deutschen evangelischen Kirche in der Kaiserzeit. Organisation und Arbeitsweise, in: *Diakonie im Deutschen Kaiserreich (1871–1919)*, hg. von Theodor Strohm/Jörg Thierfelder, 1995 (Veröffentlichungen des Diakoniewissenschaftlichen Instituts an der Universität Heidelberg, Bd. 7), S. 210; wieder abgedruckt in: *Soziale Arbeit in historischer Perspektive. Zum geschichtlichen Ort der Diakonie in Deutschland. Festschrift für Helmut Talazko zum 65. Geburtstag*, hg. von Jochen-Christoph Kaiser, 1998, S. 278 ff.

¹³ Programm und Statut (o. Fn. 8), S. 21.

tungen zu fördern, die Gründung neuer anzuregen und die Tätigkeit der Inneren Mission zu koordinieren. Er hatte dagegen keinerlei Vertretungsrechte für den Gesamtbereich der Inneren Mission gegenüber den staatlichen Instanzen im Reich und in den Ländern oder sonst in der Öffentlichkeit. Als Defizit erwies sich auch die fehlende Ausstattung mit hauptamtlichen Vereinsgeistlichen. Diese Situation änderte sich erst mit der Gründung des „Centralverbandes der Inneren Mission“, dessen Satzung am 1.1.1921 in Kraft trat. Dieser Centralverband bestand aus dem Central-Ausschuss der Inneren Mission, den ihm angeschlossenen Landes- und Provinzialausschüssen, -vereinen oder -verbänden und den Fachverbänden, deren Tätigkeit über die Grenzen eines Landes oder einer Provinz hinausgingen, wobei deren Freiheit in vollem Umfang gewahrt blieb. Die Geschäftsführung des Verbandes lag in den Händen des Central-Ausschusses, dem nun auch das Recht zukam, die Vertretung in der Öffentlichkeit, insbesondere gegenüber den staatlichen Behörden, wahrzunehmen.

- 9 Mit der Gründung des Centralverbandes war ein wesentlicher Schritt zur organisatorischen Neuordnung getan, der es der Inneren Mission erlaubte, sich als moderner Verband der freien Wohlfahrtspflege darzustellen und als solcher gegenüber den Behörden aufzutreten. Die neue Satzung litt freilich an „Unebenheiten“,¹⁴ weil sie zu einem Nebeneinander von Central-Ausschuss und Centralverband führte und den Antagonismus zwischen der bisherigen „aristokratischen“ Leitungsstruktur des Central-Ausschusses durch auf Lebenszeit berufene Einzelpersonlichkeiten und einem demokratischen Leitungsprinzip, wie es durch die Vertreter der Verbände, Ausschüsse und Vereine repräsentiert wurde, nicht überwand. Das führte in der Folgezeit zu heftigen Auseinandersetzungen, die schließlich zur Satzung des Central-Ausschusses vom 23.4.1929 führten. Diese Satzung war ein vollständiger Sieg der Provinzial- und Fachverbände über die „Altherrenriege“.¹⁵ Der Dualismus zwischen dem Central-Ausschuss und dem Centralverband wurde beseitigt, indem der Central-Ausschuss selbst als die organisatorische Zusammenfassung aller ihm angeschlossenen Verbände, Anstalten und Einrichtungen der Inneren Mission fungierte. Persönliche Mitglieder kannte der Central-Ausschuss nicht mehr.

¹⁴ *Martin Gerhardt*, Ein Jahrhundert Innere Mission, Bd. II, 1948, S. 235.

¹⁵ Vgl. dazu: *Jochen-Christoph Kaiser*, Sozialer Protestantismus im 20. Jahrhundert. Beiträge zur Geschichte der Inneren Mission 1914–1945, 1989, S. 90 ff.

Die historische Entwicklung hat dazu geführt, dass die Innere Mission zwar von Anfang an eine enge Verbindung zur Kirche angestrebt hat, ihre Rechtsform aber außerhalb der kirchlichen Verfassungsstrukturen entwickeln musste. Eine Ursache dafür wird man in der Tatsache suchen dürfen, dass die Struktur der Inneren Mission zwar ideell von kirchlichen Amtsträgern getragen, ihre materielle Existenzgrundlage aber von wirtschaftlich potenten Laien geschaffen worden ist. Von daher bestand ein notwendiger innerer Zusammenhang zwischen der Finanzierung der Inneren Mission einerseits und ihrer privatrechtlichen Organisationsform andererseits. Es galt lange Zeit der Grundsatz, dass Kirchensteuermittel nicht für soziale Zwecke verwendet werden dürfen. Das Verhältnis der Inneren Mission zur verfassten Kirche war von der Vorstellung bestimmt, es sei nicht Sache der Kirche, diakonische Aufgaben selbst zu übernehmen:

10

„Soziale Arbeit muß auf dem Boden der evangelischen Kirche von freien Verbänden getragen werden. In erster Linie natürlich von den Organisationen der Inneren Mission. Diese Organisationen sind freie und selbständige Gebilde. Die ‚amtliche‘ Kirche kann ihnen in ihre Arbeit nicht hineinreden. Sie kann es nicht, und sie will es nicht. Darin muß eben das Gegengewicht gegen das amtliche Kirchentum mit seinem Kirchenrecht und mit seinen Abhängigkeiten vom Staat liegen, dass neben diesem amtlichen Kirchentum die freien Vereine in völliger Unabhängigkeit arbeiten.“¹⁶

Zu einer prinzipiellen Verbindung institutionell-organisatorischer Art, die über rein persönliche Fühlungen und Verbindungen vor allem in der Form personaler Unionen zwischen Kirchenämtern und wichtigen Stellen der Inneren Mission hinausgegangen wäre, ist es daher lange Zeit nicht gekommen. Die Entwicklung freier diakonischer Initiativen ist historisch gesehen der ecclesiologische „Ausdruck der evangelischen Verantwortung des ‚Laien‘, der Vollmacht des in der Taufe begründeten allgemeinen Priestertums der Gläubigen und der theologisch begründeten Autonomie christlicher Gemeinschaft“¹⁷ gegenüber den Strukturen der eng mit dem Staat verflochtenen als Körperschaft des öffentlichen Rechts verfassten Kirche. Die kirchenrechtliche Anerkennung der diakonisch-missionarischen Werke als „Wesens- und Lebensäußerung der Kirche“ ist erst das Ergebnis des Kirchenkampfes im „Dritten Reich“ gewesen.

11

¹⁶ Hermann Schumacher, Devaheim, Innere Mission und Kirche, Berlin o. J. (1931), S. 3.

¹⁷ Günther Wendt, Das Diakoniesgesetz, Vorgeschichte, Ziel, Aufgabe und Inhalt, in: Auf dein Wort... Wegstrecken der Diakonie in Baden, hg. im Auftrag des Vorstandes des Diakonischen Werkes in Baden, 1990, S. 23 (25).

3. Die Innere Mission im Kirchenkampf des „Dritten Reiches“

a) Die Verfassung der Deutschen Evangelischen Kirche vom 14. 7. 1933

- 12 Bereits vor 1933 ergaben sich Bemühungen der Landeskirchen und des Deutschen Evangelischen Kirchenausschusses, in den Leitungsgremien der Inneren Mission größeren Einfluss zu gewinnen. Ein wesentlicher Punkt in dieser Entwicklung war der Skandal um die finanziellen Unregelmäßigkeiten der Deutschen Evangelischen Heimstättengesellschaft (Devaheim) Ende 1931, durch den auch das öffentliche Ansehen der Kirche stark beschädigt worden ist.¹⁸ Das Ziel war eine grundsätzliche Änderung des Verhältnisses der Kirche zu den freien Verbänden im Sinne ihrer „Verkirklichung“. Diese Tendenz musste auf dem Hintergrund des nationalsozialistischen Staates, der aus ideologischen Gründen auf eine politische Gleichschaltung aller gesellschaftlichen Lebensbereiche abzielte, zusätzlichen Auftrieb bekommen. Die Bemühungen der Deutschen Christen waren schon bald darauf gerichtet, die Innere Mission in der neu entstehenden Reichskirche zu verankern und sie organisatorisch der Konsistorialbürokratie zu unterstellen. Das freilich scheiterte nicht zuletzt an der Organisationsstruktur der Inneren Mission, die Veränderungen „von oben“ nicht ohne weiteres zuließ. Die Verfassung der Deutschen Evangelischen Kirche vom 14. 7. 1933 beschränkte sich deshalb in ihrem Art. 4 Nr. 3 auf die Aussage: „Die freie kirchliche Arbeit von gesamtkirchlicher Bedeutung, insbesondere auf dem Gebiete der Inneren und Äußeren Mission, nimmt sie in ihre fördernde Obhut.“ Die Innere Mission hat sich zunächst in die damaligen kirchenpolitischen Auseinandersetzungen nicht unmittelbar hineinziehen lassen und es – trotz unterschiedlicher Positionen und harter interner Auseinandersetzungen – verstanden, nach außen hin einen „neutralen“ Kurs zu fahren.

¹⁸ Siehe dazu: *Schumacher*, Devaheim, Innere Mission und Kirche (o. Fn. 16).

*b) Der Erlass des Leiters der Kirchenkanzlei
der Deutschen Evangelischen Kirche vom 12. 7. 1940*

Die willkürlichen Maßnahmen der staatlichen Organe und die Bemühungen der Nationalsozialistischen Volkswohlfahrt (NSV), konfessionelle Einrichtungen – wie z. B. die Kindergärten – zu übernehmen, machten es dann aber doch notwendig, die Innere Mission und ihre Gliederungen möglichst eng mit der Deutschen Evangelischen Kirche zu verknüpfen. Die zum Teil gewaltsamen Bestrebungen des NS-Staates, die Anstalten und Einrichtungen der Inneren Mission der Leitung der NSV zu unterstellen, haben „weite Kreise der Inneren Mission zu der Erkenntnis gebracht, [...] dass die Innere Mission auch rechtlich zu einem unveräußerlichen Bestandteil der Deutschen Evangelischen Kirche bzw. der Landeskirchen“ erklärt werden muss, so der Direktor des Central-Ausschusses *Horst Schirmacher* an Landesbischof *Marahrens*, Hannover, in einem Brief vom 10. 10. 1939, in dem er ihn als Mitglied des Geistlichen Vertrauensrates darum bittet, „das kirchenrechtliche Verhältnis der Inneren Mission zur Deutschen Evangelischen Kirche überprüfen zu lassen mit dem Ziel einer schnellstens durchzuführenden Eingliederung der Inneren Mission in die verfaßte Kirche“¹⁹. Diesem Ziel diene der „Erlaß des Leiters der Deutschen Evangelischen Kirchenkanzlei betreffend die Innere Mission der Deutschen Evangelischen Kirche“ vom 12. 7. 1940.²⁰ Der Erlass erklärt die in der Inneren Mission zusammengeschlossenen Verbände, Anstalten und Einrichtungen der evangelischen Liebestätigkeit und Volksmission zu einem „Bestandteil der Deutschen Evangelischen Kirche“. Andererseits hält der Erlass ausdrücklich fest, dass die Innere Mission ihre Angelegenheiten selbst verwaltet und dass zu Vorstandsmitgliedern des Central-Ausschusses und der ihm angeschlossenen Verbände, Anstalten und Einrichtungen „nur solche Persönlichkeiten gewählt werden (können), die sich verpflichten, die kirchliche Eigenart des von ihnen vertretenen Werkes zu wahren“. Eine freiwillige Auslieferung dieser Werke an die NSV war damit unmöglich gemacht. Der Erlass geht weit über das hinaus, was bisher als „fördernde Obhut“ der Kirche für die Innere Mission gelten

13

¹⁹ Archiv des Diakonischen Werkes der EKD, CA 876 IV/2 (Abschrift).

²⁰ GBl. DEK S. 39; zur Entstehungsgeschichte und Interpretation dieses Erlasses vgl.: *Jörg Winter*, Die Kirche und ihr Diakonisches Werk, in: Das Recht der Kirche, hg. von Gerhard Rau/Hans-Richard Reuter/Klaus Schlaich, Bd. III: Zur Praxis des Kirchenrechts, 1994 (Forschungen und Berichte des Evangelischen Studiengemeinschaft, Bd. 51), S. 238 (248 ff.).

konnte. Nach dem Urteil von *Krüger-Wittmack*²¹ war er ein „diplomatisches Meisterstück“²². Er sicherte einerseits den kirchlichen Charakter der Inneren Mission und bewahrte sie vor dem Zugriff der NSV. Andererseits enthielt er aber auch Elemente, die auf dem Weg über die Reichskirche eine politische Einflussnahme durch Partei und Staat ermöglichten. Anders hätte der politisch abhängige Leiter der Kirchenkanzlei den Erlass sicher nicht herausgeben können. In seiner Wirkung hat der Erlass aber dazu geführt, dass der Central-Ausschuss und die Innere Mission weiterarbeiten und ihren kirchlichen Charakter haben bewahren können. Er enthält die seither viel verwendete Formel: „Die Innere Mission ist Wesens- und Lebensäußerung der evangelischen Kirche.“

4. Innere Mission und Hilfswerk nach dem Ende des zweiten Weltkrieges

a) *Das Hilfswerk der Evangelischen Kirche in Deutschland*

- 14** Eine wichtige Station auf dem Weg zur Neuordnung der rechtlichen Organisation diakonischer Tätigkeit nach dem Zweiten Weltkrieg war die Gründung des Hilfswerkes der Evangelischen Kirche in Deutschland.²³ Unter dem maßgeblichen Einfluss von *Eugen Gersentenmaier* kam es bereits bei der ersten Kirchenkonferenz in Treysa vom 27.–31. 8. 1945 zur Proklamation eines von der Kirche selbst getragenen Hilfswerkes. Dies führte zunächst zur Gründung von Hilfswerken in den einzelnen Landeskirchen, bevor nach der Gründung der EKD 1948 eine erste vorläufige Ordnung für ein „Hilfswerk der Evangelischen Kirche in Deutschland“ als Kirchengesetz erlassen werden konnte. Die Evangelische Kirche in Deutschland bekennt sich in Art. 15 ihrer Grundordnung vom 13. 7. 1948 in Aufnahme der Formulierung aus dem Erlass von 1940 bis heute dazu, dass „die diakonisch-missionarischen Werke Wesens- und Lebensäußerungen der

²¹ Oberkonsistorialrat *Georg Krüger-Wittmack* nahm nach dem neuen Erlass die Verbindung der Kirchenkanzlei zum Central-Ausschuss wahr, vgl.: *Gerhardt*, Ein Jahrhundert (o. Fn. 14), S. 365.

²² *Georg Krüger-Wittmack*, Das Verhältnis der verfaßten Kirche zur Inneren Mission seit der Kirchenbundszeit, in: *ZevKR* 13 (1967), S. 53 (64).

²³ Vgl. dazu: *Johannes Michael Wischnath*, Kirche in Aktion. Das Evangelische Hilfswerk 1945–1957 und sein Verhältnis zu Kirche und Innerer Mission, 1986 (Arbeiten zur kirchlichen Zeitgeschichte, Reihe B: Darstellungen, Bd. 14).

Kirche“ sind. Sie bringt damit zum Ausdruck, dass Diakonie als Zusammenfassung aller Arbeiten christlicher Liebestätigkeit eine Sache der Kirche selbst und nicht einer neben ihr stehenden Organisation ist.²⁴ Das Hilfswerk verstand sich „als epochalen Neuansatz kirchlich-diakonischen Handelns, als ersten Schritt auf dem Weg von einer Kirche des Wortes und der Worte allein zu einer ‚Kirche in Aktion‘, die ihre diakonische Aufgabe nicht mehr an privatrechtlich organisierte Vereine wie die Innere Mission delegieren, sondern als Hilfswerk, als ‚Kirche im Akt des Helfens‘, selbst wahrnehmen würde.“²⁵ In der Präambel des Kirchengesetzes zur Ordnung des Hilfswerkes der Evangelischen Kirche in Deutschland, das nach langen Auseinandersetzungen über die künftige Struktur des Hilfswerkes am 5.4.1951 von der EKD-Synode in Hamburg verabschiedet wurde²⁶, heißt es dazu: „Das Hilfswerk der Evangelischen Kirche in Deutschland ist eine Einrichtung der Kirche in der Erfüllung ihres diakonischen Auftrages, wie er in Art. 15 Abs. 1 der Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland umschrieben ist. Es wird getragen von der Evangelischen Kirche in Deutschland, den Gliedkirchen und ihren Gemeinden. Es dient dem kirchlichen Wiederaufbau sowie der Linderung und Behebung der Notstände der Zeit.“²⁷

Von grundsätzlicher Bedeutung war die Bestimmung in § 4 des Gesetzes, die die Errichtung eigener Anstalten, Heime oder Ausbildungsstätten durch das Hilfswerk sowie seine Beteiligung an wirtschaftlichen Unternehmungen von der Zustimmung des Verwaltungsrates und der Genehmigung durch den Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland abhängig machte. § 4 Abs. 2 bestimmte ausdrücklich: „Eigene wirtschaftliche Unternehmungen unterhält das Hilfswerk nicht.“ Das diente zur Klarstellung, dass „die verfaßte Kirche damit für ihr Hilfswerk auf eine Monopolstellung ihrer diakonischen Wirksamkeit verzichtet. Sie will sich sogar mit der Gründung eigener Werke durch das Hilfswerk zurückhalten und der christlichen Lie-

15

²⁴ Vgl. dazu: *Heinz Brunotte*, Die Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland, 1954, S. 180.

²⁵ *Wischnath*, Kirche in Aktion (o. Fn. 23), S. IX; zur Konzeption des Hilfswerkes vgl. im Übrigen: *Eugen Gerstenmaier*, Wichern II, in: Das diakonische Amt der Kirche, hg. von Herbert Krimm, 2. Aufl. 1965, S. 482.

²⁶ Siehe dazu: *Wischnath*, Kirche in Aktion (o. Fn. 23), S. 286 ff.

²⁷ Diese und die folgenden Zitate sind entnommen aus: *Friedrich Merzyn*, Die Ordnung von Hilfswerk und Innerer Mission im Bereich der Evangelischen Kirche in Deutschland und ihrer Gliedkirchen, 1954.

bestätigung außerhalb des Hilfswerkes keinerlei Beschränkungen auferlegen.“²⁸

*b) Der Zusammenschluss von Innerer Mission und Hilfswerk
zum Diakonischen Werk der EKD e. V.*

- 16 Mit der Entstehung des Hilfswerkes war auch die Innere Mission gezwungen, ihr Verhältnis zur verfassten Kirche neu zu überdenken. Die Gründung des Diakonischen Werkes der EKD als eingetragener Verein ist das Ergebnis eines langen und kontroversen Prozesses. Dieser begann 1957 mit dem Zusammenschluss des Central-Ausschusses für die Innere Mission und des Hilfswerkes. In rechtlicher Hinsicht erfolgte der Zusammenschluss durch das Kirchengesetz vom 8.3.1957²⁹, mit dem die zwischen der EKD und dem Central-Ausschuss vereinbarte Ordnung vom selben Tage bestätigt und das neue Werk „Innere Mission und Hilfswerk der Evangelischen Kirche in Deutschland“ als „Werk der Kirche“ gemäß Art. 15 der Grundordnung anerkannt wurde. Die Rechte und Pflichten des Hilfswerkes nach dem Gesetz von 1951 wurden künftig von dem neuen Werk wahrgenommen. Über die Rechtsform des Zusammenschlusses wurde damals vom kirchlichen Gesetzgeber keine Entscheidung getroffen. Nach *Hans Liermann* handelte es sich um eine „atypische Gesellschaft“ als Mischform zwischen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und nichtrechtsfähigem Verein.³⁰ Diese unklare rechtliche Situation erklärt sich nicht nur aus der Tatsache, dass mit Rücksicht auf die Verhältnisse im Osten Deutschlands die Schaffung einer neuen juristischen Person allgemein nicht für opportun gehalten wurde, sondern vor allem auch daraus, dass es gegen den Zusammenschluss vor allem im Bereich der Inneren Mission noch große Ressentiments gab. Dabei spielte auch das ganz andere programmatische Selbstverständnis im Verhältnis zum Hilfswerk eine Rolle. Außerdem ergaben sich Schwierigkeiten aus der unterschiedlichen Rechtsform des Central-Ausschusses als konzessionierter Verein alten preußischen Rechts auf der einen Seite und des Hilfswerkes als rechtlich unselbständiger Organisation der verfassten Kirche auf der anderen Seite. Das neue

²⁸ *Hans Liermann*, Recht und Rechtsstellung des Diakonischen Werkes – Innere Mission und Hilfswerk – der Evangelischen Kirche in Deutschland, in: ZevKR 16 (1971), S. 131 (144).

²⁹ ABl. EKD S. 54.

³⁰ *Liermann*, Recht und Rechtsstellung (o. Fn. 28), S. 169.

Werk konnte deshalb nur eine Übergangsform sein, allerdings in dem Streben nach einer baldigen endgültigen Verschmelzung des Central-Ausschusses für die Innere Mission der Deutschen Evangelischen Kirche und dem Hilfswerk der Evangelischen Kirche in Deutschland. Das Hilfswerk und der Central-Ausschuss wurden also rechtlich nicht aufgelöst.

Eine parallele Entwicklung der Fusion von Innerer Mission und Hilfswerk hat in den Gliedkirchen der EKD stattgefunden. **17**

Die endgültige Fusion von Innerer Mission und Hilfswerk zum „Diakonischen Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland e.V.“ ist erst durch das Kirchengesetz über das Diakonische Werk vom 6. 11. 1975³¹ mit Sitz in Stuttgart erfolgt. **18**

c) Die Entwicklung in der ehemaligen DDR

Im Bereich des Bundes der Evangelischen Kirchen in der DDR ist nach der Trennung von den westlichen Gliedkirchen durch Kirchengesetz vom 29. 6. 1970 ein eigenes Werk „Innere Mission und Hilfswerk der Evangelischen Kirchen in der Deutschen Demokratischen Republik“ geschaffen worden, das nach der staatlichen Wiedervereinigung mit dem Diakonischen Werk der EKD wieder zusammengeführt worden ist. Aufgrund der politischen Verhältnisse in der DDR waren die Beziehungen zwischen Kirche und Diakonie wesentlich enger als in der Bundesrepublik. So waren die Diakonischen Werke keine rechtlich selbständigen Organisationen, sondern Bestandteile der jeweiligen landeskirchlichen Verwaltungen. Nach der staatlichen Wiedervereinigung ist aber im Wege der Anpassung an die westlichen Verhältnisse auch eine rechtliche Verselbständigung der Diakonischen Werke der östlichen Gliedkirchen der EKD in der Form des eingetragenen Vereins erfolgt. **19**

d) Das Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung

Im Oktober 2012 ist das „Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.“ mit Sitz in Berlin gegründet worden, in dem die soziale Arbeit der evangelischen Kirche vernetzt und gebündelt wor- **20**

³¹ ABl. EKD S. 713.

den ist. Rechtsgrundlage für den Zusammenschluss ist das Kirchengesetz der EKD über das Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung e.V. (Diakonie- und Entwicklungsdienstgesetz – DEDG-EKD) vom 9.11.2011.³² Das Werk gliedert sich in die Bereiche „Diakonie Deutschland – Evangelischer Bundesverband“ und „Brot für die Welt – Evangelischer Entwicklungsdienst“³³ und nimmt nach § 2 Abs. 1 des Kirchengesetzes „im Sinne der Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland diakonische und volksmissionarische Aufgaben sowie Aufgaben des Entwicklungsdienstes und der humanitären Hilfe nach Maßgabe seiner Satzung wahr“. Das zuerst genannte Werk fungiert nach § 2 Abs. 2 DEDG-EKD als anerkannter „Spitzenverband der freien Wohlfahrtspflege“³⁴, während in dem anderen Werk die Aufgaben der ökumenischen Diakonie zusammengefasst sind. Beide Werke vertreten für ihren Bereich die Diakonie der Evangelischen Kirche in Deutschland und der Freikirchen sowie der anderen Kirchen, die Mitglieder des Vereins sind, gegenüber der Bundesrepublik Deutschland, sonstigen in- und ausländischen zentralen Organisationen sowie in der Kirche und in der Öffentlichkeit.

- 21 Mitglieder des Vereins sind nach § 1 Abs. 1 der von der Konferenz für Diakonie und Entwicklung beschlossenen Ordnung für die Zugehörigkeit von Mitgliedern zum Evangelischen Werk für Diakonie und Entwicklung und ihr Zusammenwirken vom 17.10.2012 die Evangelische Kirche in Deutschland³⁵, die Gliedkirchen der EKD, die im

³² ABl. EKD S. 326.

³³ Zu den Organisationen der ökumenischen Diakonie, die in diesem Werk aufgegangen sind, vgl. *Florian Herrmann*, Die rechtliche Organisation international tätiger kirchlicher Hilfswerke, 2006 (Schriften zum Staatskirchenrecht, Bd. 32), S. 51. Siehe dazu außerdem die Beiträge in: *Oekumene – Gemeinschaft einer dienenden Kirche*, hg. von Theodor Schober/Hermann Kunst/Hans Thimme (Hg.), 1983.

³⁴ Dazu zählen außer der Diakonie Deutschland die Arbeiterwohlfahrt (AWO), Der Deutsche Caritasverband (DCV), Der Paritätische Gesamtverband (Der Paritätische), das Deutsche Rote Kreuz (Rotes Kreuz) und die Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland (ZWST). Die genannten Organisationen sind zusammengeschlossen in der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAGFW) mit Sitz in Berlin.

³⁵ Die Tatsache, dass auch die Evangelische Kirche in Deutschland selbst Mitglied des Werkes ist, hatte ursprünglich vereinsrechtliche Gründe, weil das Registergericht bei der Gründung des Diakonischen Werkes e.V. ohne diese Mitgliedschaft in den Mitwirkungsrechten der EKD einen Verstoß gegen das Verbot der Fremdbestimmung des Vereins gesehen hat, eine Auffassung, die im Lichte der inzwischen ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr aufrecht zu erhalten ist (vgl.: BVerfG, in: NJW 1991, S. 2623 – Bahá’i).

Evangelischen Werk für Diakonie und Entwicklung mitarbeitenden Freikirchen, die freikirchlichen diakonischen Werke, die Landesverbände, die Fachverbände und das Evangelische Missionswerk in Deutschland (EMW). In einer Anlage zur Satzung des Werkes sind zum Zeitpunkt der Gründung des Werkes 123 Organisationen des öffentlichen und privaten Rechts als Mitglieder ausgewiesen. Weitere Mitglieder können aufgenommen werden. Voraussetzung für die Mitgliedschaft ist nach § 3 Abs. 2 der Satzung, „dass die diakonische, volksmissionarische, entwicklungsbezogene oder humanitäre Tätigkeit“ unmittelbar oder mittelbar Gegenstand der Arbeit ist und damit ausschließlich gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke verfolgt werden.

Organe des Werkes sind nach § 8 der Satzung vom 14.6.2012³⁶ die Konferenz Diakonie und Entwicklung, der Aufsichtsrat und der Vorstand. Die Konferenz bildet einen Ausschuss Diakonie und einen Ausschuss Entwicklungsdienst und humanitäre Hilfe. **22**

Die Mitwirkung der Evangelischen Kirche in Deutschland ist in § 3 des Kirchengesetzes geregelt. Darin ist vorgeschrieben, dass **23**

1. Vertreterinnen und Vertreter der EKD-Synode, der Kirchenkonferenz und des Rates der Konferenz und dem Aufsichtsrat angehören müssen,³⁷
2. die Berufung der Personen, die den Vorsitz oder die Stellvertretung im Vereinsvorstand führen, der Zustimmung des Rates der EKD bedarf,
3. bei Erklärungen im Namen des Vereins zu grundsätzlichen Fragen, die beide Werke gemeinsam berühren, das Benehmen mit dem Rat der EKD hergestellt werden muss,
4. den Organen der EKD regelmäßig über die Arbeit der Werke berichtet wird,
5. in Fragen von grundsätzlicher Bedeutung das Benehmen mit den Rat der EKD hergestellt wird.

Außerdem bedürfen Satzungsänderungen der Zustimmung des Rates der EKD. **24**

³⁶ ABl. EKD 2013 S. 376.

³⁷ Die Einzelheiten sind geregelt in § 9 (Konferenz) und in § 14 (Aufsichtsrat).

III. Diakonie im sozialen Rechtsstaat heute

1. Zahlen und Fakten

- 25 Zur Diakonie Deutschland gehören heute³⁸ 31.500 Einrichtungen und Dienste mit knapp einer Million Betreuungsplätzen und Betten.³⁹ Es bestehen etwa 2.760 Selbsthilfegruppen. Diakonische Arbeit findet außerdem in den 18.000 Gemeinden der Landes- und evangelischen Freikirchen statt. Mit 525.707 hauptamtlich Beschäftigten und etwa 700.000 ehrenamtlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern gehört die Diakonie zu den größten Arbeitgebern in Deutschland. Die Diakonie unterhält Krankenhäuser, Pflegeheime und Einrichtungen für Menschen mit körperlichen und geistigen Behinderungen, sozialtherapeutische Wohngemeinschaften, Erholungsstätten für Familien, Frauenhäuser, Kindertagesstätten und Hospize, in denen schwer Kranke bis zu ihrem Lebensende begleitet werden. Mit 629.546 Plätzen ist der Bereich der Jugendhilfe das größte Arbeitsfeld der Diakonie. Neben der allgemeinen Sozialberatung bestehen darüber hinaus spezielle Angebote vor allem im Bereich der Suchthilfe, der Schwangerschaftskonfliktberatung, der Schuldnerberatung, für Arbeitslose, sowie für Flüchtlinge und Migranten. Mit ihren Angeboten erreicht die Diakonie etwa 10 Millionen Menschen. Die diakonischen Einrichtungen und die sozialen Hilfsangebote der Diakonie haben damit einen wesentlichen Anteil an der Realisierung der sozialstaatlichen Verpflichtungen des Staates aus Art. 20 Abs. 1 des Grundgesetzes.

2. Herausforderungen und Probleme

a) „Verkirchlichung“ der Diakonie

- 26 Durch den Kirchenkampf des „Dritten Reiches“ ist eine Entwicklung eingeleitet worden, durch die die Distanz zwischen der Diakonie und ihren Einrichtungen zur „verfassten“ Kirche weitgehend überwunden schien. Der Kirchenkampf hat Klarheit darüber geschaffen, dass ein „harmloses Programm eines gleichgesinnten Nebeneinan-

³⁸ Nach dem Stand vom November 2018.

³⁹ Die Zahlen sind entnommen aus den Angaben in: Diakonie auf einen Blick, Selbstdarstellung der Diakonie Deutschland, unter <https://www.diakonie.de/fileadmin/user_upload/Diakonie/PDFs/Ueber_Uns_PDF/2018-05_Diakonie_Auf-einen-Blick.pdf>.

der“⁴⁰ keine tragfähige Grundlage mehr sein kann, das Verhältnis von Kirche und Diakonie zueinander zu bestimmen. Dazu hat *Rudolf Smend* 1955 festgestellt, es sei „nur noch ein bezeichnendes Denkmal ferner kirchengeschichtlicher Vergangenheit“⁴¹. Dem entsprechend will *Günter Wasse* in dieser Zeit „als Folge der in den letzten Jahrzehnten vollzogenen Neubesinnung der reformatorischen Theologie auf das Wesen der Kirche auch *kirchenrechtlich* einen starken Zug zur *Verkirklichung*“ im evangelisch-kirchlichen Gruppenwesen erkannt haben.⁴² Tatsächlich hat die historische Entwicklung ihren Weg genommen von einer Diakonie neben der Kirche zu einer „Diakonie der Kirche“, so dass heute beide über personelle Verflechtungen hinaus auch rechtlich und institutionell stärker miteinander verbunden sind.⁴³ Darin liegt ein grundlegender Wandel gegenüber den Anfängen der Inneren Mission in der Mitte des 19. Jahrhunderts. Gleichwohl ist festzustellen, dass die Auseinandersetzungen, die darüber im Zusammenhang mit der Fusion von Innerer Mission und Hilfswerk mit ihren unterschiedlichen programmatischen Ansätzen zum Diakonischen Werk der EKD in den fünfziger Jahren geführt worden sind, im Ergebnis im Sinne der Tradition der Inneren Mission entschieden worden sind. Die diakonischen Werke und die ihnen angeschlossenen Einrichtungen haben ihre organisatorische Eigenständigkeit gegenüber der öffentlich-rechtlich verfassten Kirche bewahrt. Die professionelle Wahrnehmung diakonischer Aufgaben spielt sich auch heute weitgehend außerhalb der öffentlich-rechtlichen organisierten Kirche in selbständigen Formen des Privatrechts ab. Die Berechtigung dafür ergibt sich nicht nur aus dem historischen Erbe der Inneren Mission und der aus ihr hervorgegangenen Einrichtungen, sondern hat nicht zuletzt sachliche Gründe, die den finanziellen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen geschuldet sind, unter denen soziale Arbeit heute erbracht werden muss. Die am öffentlichen Recht orientierte Organisationstruktur der Kirche ist nicht auf eine Betätigung unter den Bedingungen des wirtschaftlichen Wettbewerbs ausgerichtet und dafür nicht geeignet.

Jenseits der Frage, wie die Beziehung zwischen der Kirche und den diakonischen Werken und Einrichtungen im Einzelnen rechtlich zu

27

⁴⁰ *Rudolf Smend*, Das Kirchenrecht und die kirchlichen Werke und Dienste, in: ZevKR 4 (1955), S. 71 (72 f.).

⁴¹ *Smend*, ebd.

⁴² *Wasse* (o. Fn. 4), in: ZevKR 4 (1955), S. 139 (Hervorhebungen im Original).

⁴³ Siehe dazu oben in Rn. 23 die Bestimmungen über die Mitwirkungsrechte der EKD im Evangelischen Werk für Diakonie und Entwicklung.

regeln ist, bleibt festzuhalten: „Die enge Verbindung von Diakonie und Kirche ist von größter Bedeutung für den Erhalt, die Pflege und die fruchtbare Entwicklung einer lebendigen und freiheitsorientierten Zivilgesellschaft. [...] Die Ausstrahlung der vereinten und sich wechselseitig verstärkenden diakonischen, prophetisch-ethischen und geistlichen Kräfte ist ein ganz entscheidendes Ferment, das Ethos von Recht und Erbarmen, von Dankbarkeit und Freiheit in unseren zivilgesellschaftlichen Kommunikationsprozessen hochzuhalten und auszubreiten.“⁴⁴ Diese notwendige Verbindung bewahrt zugleich einerseits die Kirche vor einem „liturgistischen Leerlauf“ und wirkt andererseits eine „Selbstsäkularisierung“ der Diakonie entgegen.⁴⁵

b) Freiheit der Diakonie im Sozialmarkt

- 28** Die Klärung der Beziehungen zwischen der Kirche als Trägerin des Selbstbestimmungsrechts aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV zu den rechtlich selbständigen diakonischen Werken und Einrichtungen ist deshalb nach wie vor auch ein Thema des Kirchen- und Staatskirchenrechts. Dabei ist festzustellen, dass die Herausforderungen, vor die sich die diakonischen Einrichtungen unter den Bedingungen eines privatwirtschaftlich organisierten „Sozialmarktes“ gestellt sehen, die Distanz zwischen der Kirche und „ihrer“ Diakonie in neuerer Zeit wieder haben wachsen lassen. Die Zeiten, in denen die freigemeinnützigen Einrichtungen in einem relativ geschützten Rechtsraum ohne nennenswerten Konkurrenzdruck privatwirtschaftlicher Anbieter wirtschaften konnten, sind endgültig vorbei. Damit hat sich auch die Interessenlage der diakonischen Einrichtungen im Blick auf die Inanspruchnahme des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts verschoben. Dieses kann gegen den Konkurrenzdruck privater Anbieter nicht in Ansatz gebracht werden und ist ein stumpfes Schwert, wenn es darum geht, sich auf dem Markt sozialer Dienstleistungen zu behaupten und durchzusetzen. Das führt dazu, dass die Bindung an die Kirche von den Einrichtungen heute weniger als Freiheit von einer zu starken Bevormundung durch eine ausufernde

⁴⁴ Michael Welker, Kirche und Diakonie im säkularen Kontext, in: ZevKR 60 (2015), S. 27 (40), mit Hinweis zur Diakonie als Gesellschaftsdienst auf u. a. Heinrich Bedford-Strohm, Kirche und Diakonie im multireligiösen Kontext, in: ZevKR 60 (2015), S. 41 ff.

⁴⁵ Vgl. Welker, ebd., S. 39 f.

Regelungswut des Sozialstaates empfunden wird, der man sich – wie die Vergangenheit gezeigt hat – unter Berufung auf das kirchliche Selbstbestimmungsrecht mit Hilfe der Gerichte notfalls entziehen konnte⁴⁶, sondern eher als Fessel für eine von kirchlichen Vorgaben freie wirtschaftliche Betätigung.⁴⁷ Seinen Niederschlag findet das vor allem im Bereich des Arbeitsrechts und der Tendenz diakonischer Rechtsträger, aus dem kirchenrechtlichen Verfahren des „Dritten Weges“⁴⁸ zur Bestimmung der kollektiven arbeitsrechtlichen Bedingungen auszuscheren⁴⁹ und in günstigere Tarifwerke anderer Branchen oder in die Inanspruchnahme von Leiharbeit⁵⁰ auszuweichen.⁵¹

Auf diesem Hintergrund wird der Widerstand verständlich, der sich zunehmend gegen die Versuche der evangelischen Kirche richtet, die Zuordnung der privatrechtlich organisierten diakonischen Einrichtungen⁵² und die Anforderungen an das dort beschäftigte Perso-

29

⁴⁶ Als schönes Beispiel dafür siehe die sog. St.-Marien-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gegen die Erstreckung von Ausführungsbestimmungen zum Krankenhausgesetz in Nordrhein-Westfalen auf kirchliche Krankenhäuser, BVerfGE 53, 366 (404).

⁴⁷ Vgl. dazu die Tagung der Evangelischen Akademie Bad Boll vom Oktober 2001: „Selbstbestimmungsrecht von Kirche und Diakonie – Freiheit oder Fessel?“ (epd-Dokumentation Nr. 16 vom 15. 4. 2002); Klaus D. Hildemann (Hg.), Kirche der Freiheit – Diakonie der Knechtschaft? Wie Kirche und Diakonie voneinander profitieren können, 2008.

⁴⁸ Zu diesem Verfahren vgl.: Gregor Thüsing, Der Dritte Weg – seine Grundlagen und seine Zukunft, in: ZTR 1999, S. 298 ff.; zur Entstehungsgeschichte vgl.: Hermann Lührs, Kirchliche Dienstgemeinschaft. Genese und Gehalt eines umstrittenen Begriffs, in: KuR 2007, S. 220 ff.; Jacob Joussen, Das Arbeitsrecht in der Kirche (§ 7), in: HEKR, Rn. 25 ff.

⁴⁹ Vgl. dazu: Jörg Winter, Ist der kirchliche Sonderweg im Arbeitsrecht für die diakonischen Unternehmen zukunftsfähig?, in: Diakonie und „ihre“ Kirche – Plädoyer für einen Perspektivwechsel (epd-Dokumentation Nr. 23 vom 4. 6. 2013), S. 27 ff.

⁵⁰ Siehe dazu: Jacob Joussen, Formen der Arbeitnehmerüberlassung in kirchlichen Einrichtungen und das Selbstverständnis kirchlicher Arbeitgeber, in: ZMV 2007 (Sonderheft), S. 24 ff.

⁵¹ Die zehnte Fachtagung zum kirchlichen Arbeitsrecht am 5. und 6. 3. 2006 in Eichstätt hat sich mit diesen Fragen intensiv beschäftigt. Vgl. dazu die Dokumentation als Sonderheft der ZMV 2007; siehe dazu auch: Hans Michael Heinig, Dienstgemeinschaft und Leiharbeit – kirchenrechtliche Probleme eines komplexen Rechtsbegriffs, in: ZevKR 54 (2009), S. 63 ff.

⁵² Siehe dazu: Richtlinie des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland nach Art. 15 Abs. 2 Grundordnung der EKD über die Zuordnung diakonischer Einrichtungen zur Kirche (Zuordnungsrichtlinie) vom 8. 12. 2007 (ABl. EKD S. 405).

nal im Blick auf ihre Loyalität zur evangelischen Kirche⁵³ rechtlich zu regeln.⁵⁴ Die Diskussion darüber trägt neben den sachlichen Gesichtspunkten auch Züge eines Machtkampfes über die Deutungshoheit diakonischer Tätigkeit.⁵⁵ Tatsächlich fehlt es nach wie vor an einem klaren und einheitlichen kirchenrechtlichen System für die Zuordnung der diakonischen Einrichtungen und Werke.⁵⁶ Eine direkte Steuerung der Arbeit der rechtlich selbständigen diakonischen Einrichtungen und Werke durch Kirchenrecht findet jedenfalls nicht statt und auch die indirekten Instrumente sind unzureichend.⁵⁷

c) Vorgaben des Staatskirchenrechts

30 Das ändert aber nichts daran, dass es nach der eingangs zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allein Sache der Kirche ist, darüber zu bestimmen, welche Werke und Einrichtungen an den Garantien des Staatskirchenrechts zugunsten der Religionsgemeinschaften teilhaben. Diese Teilhabe besteht nicht neben oder außerhalb der Kirche, sondern kann nur durch sie bzw. über sie vermittelt werden. Es ist deshalb zwingend erforderlich, dass die Kirche verlässliche Kriterien für die Frage entwickelt, unter welchen Voraussetzungen ihr eine Einrichtung zugeordnet ist.⁵⁸ Im konkreten Fall

⁵³ Siehe dazu: Richtlinie des Rates über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und des Diakonischen Werkes der EKD vom 9. 12. 2016 (ABl. EKD 2017 S. 11) und die nichtamtliche Begründung dieser Richtlinie unter: <<https://www.kirchenrecht-ekd.de/document/36980>>.

⁵⁴ Siehe dazu: *Johannes Degen*, Diakonie und „ihre“ Kirche. Zu einem de-rangierten Verhältnis, in: epd-Dokumentation Nr. 23 (o. Fn. 49), S. 36 ff.

⁵⁵ Im Beitrag von *Degen*, ebd., wird das besonders deutlich.

⁵⁶ So das Urteil von *Anne-Ruth Wellert*, Einrichtungen und Werke der Kirche (§ 14), in: HEKR, Rn. 54.

⁵⁷ Siehe dazu: *Norbert Manterfeld*, Diakonischer Dienst (§ 23), in: HEKR, Rn. 28.

⁵⁸ Zur Zuordnungsproblematik vgl. *Anne-Ruth Glawatz*, Die Zuordnung privatrechtlich organisierter Diakonie zur evangelischen Kirche, 2003 (Schriften zum Staatskirchenrecht, Bd. 14); *dies.*, Die Zuordnung der Diakonie zur Kirche, in: ZevKR 51 (2006), S. 352 ff.; *dies.*, Einrichtungen und Werke der Kirche (o. Fn. 56), § 14, Rn. 37 ff.; *Jörg Winter*, Welche Einrichtungen gehören zur Kirche? Voraussetzungen und Folgen der Zuordnung, in: ZevKR 59 (2014), S. 141 ff.; *Hendrik Munsonius*, Die Zuordnung von Kirche und Diakonie im freiheitlichen Gemeinwesen, in: ZevKR 60 (2015), S. 51 ff.; vgl. auch: *Herbert Claessen*, Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland (o. Fn. 2), S. 336 ff.

des Krankenhauses in Goch hat das Bundesverfassungsgericht verlangt, dass die Einrichtung erstens teilhat an der Verwirklichung eines Stückes des Auftrages der katholischen Kirche in der Welt – sich damit also inhaltlich identifiziert –, dass dieses zweitens im Einklang mit dem Bekenntnis der katholischen Kirche geschieht und drittens die satzungsmäßige Verbindung mit den Amtsträgern der katholischen Kirche sichergestellt ist. Das Bundesarbeitsgericht hat dazu in seiner Entscheidung über die Zulässigkeit des Ausschlusses des Streikrechts in diakonischen Einrichtungen⁵⁹ vom 20.11.2012 ausgeführt: „Hiernach setzt die Zuordnung zur Kirche i. S. d. § 118 Abs. 2 BetrVG eine institutionelle Verbindung zwischen der Kirche und der Einrichtung voraus, aufgrund derer die Kirche über ein Mindestmaß an Einflussmöglichkeiten verfügt, um auf Dauer eine Übereinstimmung der religiösen Betätigung der Einrichtung mit kirchlichen Vorstellungen gewährleisten zu können. Die Kirche muss in der Lage sein, einen etwaigen Dissens in religiösen Angelegenheiten zwischen ihr und der Einrichtung zu unterbinden.“⁶⁰

Neben dieser von der Rechtsprechung geforderten institutionellen Verbindung, die den Einfluss der Kirche auf die diakonischen Einrichtungen sicherstellt, müssen sich die in einer kirchlichen Einrichtung bestehenden Regelungen auf die Befugnisse der Kirche zur Rechtssetzung zurückführen lassen, wenn sie unter Berufung auf das kirchliche Selbstbestimmungsrecht an die Stelle staatlichen Rechts treten sollen. Eine unmittelbare Gesetzgebungskompetenz der Synoden gegenüber den selbständigen Rechtsträgern der Diakonie und den Freikirchen, die dem Diakonischen Werk als Mitglieder angehören oder ihm angeschlossen sind, lässt sich aber kaum begründen und wäre mit der historischen Entwicklung und dem theologischen

31

⁵⁹ Zum Streit um das Streikrecht in kirchlichen Einrichtungen vgl.: *Albert Janssen*, Das Streikrecht der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst und der „Dritte Weg“ der Kirchen, 1982 (Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 43); *Jürgen Kühling*, Arbeitskampf in der Diakonie, in: AuR 2002, S. 241 ff.; *Hermann Reichold*, Neues zum Streikrecht in diakonischen Einrichtungen, in: ZevKR 57 (2012), S. 57 ff.; *Gerhard Robbers*, Streikrecht in der Kirche, 2010; *Christian Wiegmann*, Zulässigkeit und Grenzen von Arbeitskämpfen in kirchlichen Einrichtungen, 2012 (Studien zur Rechtswissenschaft, Bd. 279); *Jacob Joussen*, Das Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 48).

⁶⁰ BAG, U. v. 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, juris, Rn. 48; siehe dazu auch: BAG, in: ZevKR 22 (1977), S. 190 (193 f.) = NJW 1976, S. 1166 ff.; zu den Problemen, die sich daraus unter dem Gesichtspunkt eines vereinsrechtlich unzulässigen Fremdeinflusses ergeben können vgl.: *Florian Herrmann*, Die rechtliche Organisation international tätiger kirchlicher Hilfswerke (o. Fn. 33), S. 177 ff.

Selbstverständnis evangelischer Diakonie auch nicht zu vereinbaren. Die Rechtsbeziehungen zwischen den selbständigen Trägern und dem jeweiligen Diakonischen Werk, dem sie als Mitglieder angeschlossen sind, richten sich vielmehr nach den Bestimmungen der zivilrechtlichen Vereinssatzung, die eine solche automatische und unbegrenzte Unterwerfung unter Akte der kirchlichen Gesetzgebung regelmäßig nicht enthält. Deshalb kann der Auffassung, die Kirche sei berechtigt, trotz zivilrechtlicher Selbständigkeit der Einrichtungen auf dem Gebiet der Diakonie gesetzgeberisch tätig zu werden⁶¹, nur mit der Maßgabe gefolgt werden, dass der kirchliche Gesetzgebungsakt mit Zustimmung des betroffenen diakonischen Rechtsträgers erfolgt sein muss, wenn er für diesen rechtliche Wirkung entfalten soll. Eine solche Zustimmung, sich auf bestimmten Rechtsgebieten der kirchlichen Gesetzgebung in der jeweiligen Fassung unmittelbar zu unterwerfen, kann auch Inhalt satzungsrechtlicher Verpflichtungen sein, wie z.B. die Verpflichtung zur Anwendung des kirchlichen Arbeits- und Mitarbeitervertretungsrechtes.⁶² Wird diese Verpflichtung nicht eingehalten, steht im äußersten Konfliktfall der Ausschluss aus dem Diakonischen Werk als Sanktion zur Verfügung.

d) Doppelcharakter als Werk der Kirche und Wohlfahrtsverband

- 32** Die Diakonischen Werke und Einrichtungen sind heute weitgehend in die sozialpolitischen Planungen des Staates eingebunden und in ihrer Finanzierung von den Leistungen der Sozialversicherungsträger abhängig. In manchen Bereichen kommt ihnen faktisch die Funktion einer Sicherstellung staatlicher Sozialaufgaben zu. Sie haben deshalb kaum noch die Möglichkeit, außerhalb staatlicher Sozialplanung und öffentlicher Finanzierungssysteme neue Aufgaben aufzugreifen und eigene Strategien zu entwickeln. Dennoch verbietet es sich, die Diakonischen Werke deshalb ausschließlich als Wohlfahrtsorganisationen und Interessenvertretungen der ihnen angeschlossenen freien Rechtsträger zu verstehen. Sie müssen vielmehr ihren doppelten Charakter als Werke der Kirche und als Wohlfahrtsverbände bewahren. Die enge Beziehung zwischen den freien Trägern und der Kirche ist nicht nur eine wichtige Voraussetzung für die Teil-

⁶¹ Siehe dazu: *Michael Stolleis*, Staatliche und kirchliche Zuständigkeit im diakonischen Bereich, in: ZevKR 34 (1989), S. 430.

⁶² Siehe dazu: *Joachim E. Christoph*, Kirchliche Rechtsetzung im diakonischen Bereich, in: ZevKR 34 (1989), S. 433 ff.

habe der privatrechtlich organisierten diakonischen Rechtsträger an den Garantien des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften, sondern auch für die Erfüllung des diakonischen Auftrages der Kirche. Grundlage dafür ist die gemeinsame Verantwortung für die Zielsetzungen, die in der Präambel zur Satzung des Evangelischen Werkes für Diakonie und Entwicklung wie folgt beschrieben sind:

- „– unterschiedslos allen Menschen beizustehen, die in leiblicher Not, seelischer Bedrängnis, Armut und ungerechten Verhältnissen leben;
- die Ursachen dieser Nöte aufzudecken und zu benennen und zu ihrer Beseitigung beizutragen;
- den kirchlichen Beitrag zur Überwindung der Armut, des Hungers und der Not in der Welt und ihrer Ursachen in ökumenischer Partnerschaft zu gestalten;
- gemeinsam mit den ihn tragenden Kirchen und Verbänden in Politik, Gesellschaft und Wirtschaft für eine gerechte Gesellschaft und nachhaltige Entwicklung einzutreten;
- Zeugnis einer gelebten Hoffnung auf das Heil zu geben, das in Jesus Christus allen Menschen verheißen ist.“

Für die Kirche ergibt sich daraus die Verpflichtung, ihre von *Wichern* noch beklagte Selbstvergessenheit im Blick auf die soziale Verantwortung dauerhaft zu überwinden und nicht der Versuchung zu erliegen, angesichts eigener Probleme den „Rückzug in die Burg“ anzutreten, eine Gefahr, vor der der Hamburger Bischof *Volkmar Hertrich* schon in seinem Vortrag über den diakonischen Auftrag der Kirche vor der ersten Synode der EKD 1951 gewarnt hat.⁶³ Die diakonische Dimension gehört ebenso unverzichtbar zu den Kernaufgaben der Kirche, wie es bei Predigt, Sakramentsverwaltung und Seelsorge der Fall ist. Eine vollständige Delegation der diakonischen Aufgaben an freie Rechtsträger kann daher nicht in Betracht kommen. Die Delegation von Aufgaben setzt im Übrigen voraus, dass die selbständigen Rechtsträger bereit sind, die Bedingungen zu akzeptieren, die für eine kontinuierliche Verbindung mit der Kirche nach der Rechtsprechung der staatlichen Gerichte erfüllt sein müssen. Andererseits darf diese aber nicht außer Acht lassen, dass der unmittelbaren

33

⁶³ *Volkmar Hertrich*, Der Diakonische Auftrag der Kirche, in: *Volkmar Hertrich 1908–1958. Ein diakonischer Bischof*, hg. von Hans-Volker Hertrich, 1968, S. 61 (67).

Einflussnahme kirchlicher Organe auf die rechtlich selbständigen diakonischen Einrichtungen aufgrund der historischen Entwicklung und nach dem theologischen Selbstverständnis der evangelischen Kirche Grenzen gesetzt sind. Die geforderte institutionelle und personelle Verbindung zwischen der Kirche und den rechtlich selbständigen Trägern diakonischer Arbeit darf deshalb nicht so weit gehen, dass diese in rechtlicher Hinsicht vollkommen „verkirchlicht“ werden oder im Sinne einseitiger Weisungsbefugnisse in Abhängigkeit zu den Entscheidungsbefugnissen kirchlicher Organe geraten. Gefordert ist damit ein Selbstverständnis diakonischen Handelns, das weder „die Gewinne säkularer Professionalität verspielt, noch den religiösen Glutkern der Diakonie erstickt“.⁶⁴ Wie auch sonst im Staatskirchenrecht geht es hier darum, Freiheit und Bindung im Sinne einer praktischen Konkordanz zu einem Ausgleich zu bringen, der es den diakonischen Werken und Einrichtungen ermöglicht, in wechselseitiger Verantwortung im Sinne der Formulierung des Bundesverfassungsgerichts „ein Stück Auftrag der Kirche in dieser Welt wahrzunehmen und zu erfüllen“.

⁶⁴ Tobias Braune-Krickau, *Religion und Anerkennung, Ein Versuch über Diakonie als religiöse Erfahrung*, 2015 (Praktische Theologie in Geschichte und Gegenwart, Bd. 17), S. 1; siehe dazu auch: Christian Albrecht, *Wozu ist Diakonie fähig?*, Theologische Deutungen heutiger Herausforderungen, 2016; Matthias Fichtmüller, *Diakonie ist Kirche. Zur Notwendigkeit der Genese einer Diakoniekirche*, 2019 (Diakoniewissenschaft und Diakonienmanagement, Bd. 14).

§ 52

Krankenhäuser in kirchlicher Trägerschaft

Von Winfried Kluth

I. Kirchliche Krankenhäuser im System der Gesundheitsversorgung	1–14
1. Entwicklung und Bedeutung der Trägervielfalt im deutschen Krankenhauswesen	1–9
2. Die Rolle der kirchlichen Krankenhäuser in qualitativer und quantitativer Hinsicht	10–14
II. Die (verfassungs-)rechtliche Verortung der kirchlichen Krankenhäuser	15–38
1. Wann ist ein Krankenhaus „kirchlich“?	15–20
2. Kirchliche Krankenhäuser als Grundrechtsträger	21–24
3. Die Bedeutung des Selbstverwaltungsrechts der Religionsgesellschaften für kirchliche Krankenhäuser	25–34
4. Der spezifische verfassungsrechtliche „Status“ der kirchlichen Krankenhäuser	35–38
III. Kirchliche Krankenhäuser im Rahmen der staatlichen Krankenhausplanung	39–60
1. Zielsetzungen und Strukturen der staatlichen Krankenhausplanung	39–41
2. Das Vielfaltsgebot und seine Bedeutung für die kirchlichen Krankenhäuser	42–55
3. Die Gewährleistungspflicht des § 2 Abs. 2 S. 2 KHG	56–60
IV. Die Finanzierung der kirchlichen Krankenhäuser	61–70
1. Die Finanzierungsquellen und ihre Entwicklung im Überblick	61–64
2. Die Haushaltslage kirchlicher Krankenhäuser zu Beginn des 21. Jahrhunderts	65–67
3. Einzelfragen	68–70

V. Einzelfragen der Organisation kirchlicher Krankenhäuser	71–74
1. Die in der Praxis genutzten Organisationsrechtsformen	71–72
2. Spezifische Instrumente der Qualitätssicherung in kirchlichen Krankenhäusern	73–74
VI. Entwicklungsperspektiven kirchlicher Krankenhäuser	75–78

I. Kirchliche Krankenhäuser im System der Gesundheitsversorgung

1. Entwicklung und Bedeutung der Trägervielfalt im deutschen Krankenhauswesen

- 1 Die Entwicklung der stationären medizinischen Versorgung in Hospitälern¹ und Krankenhäusern ist in historischer Perspektive nur durch eine differenzierte Betrachtung angemessen zu erfassen. Das hängt damit zusammen, dass unsere heutige Vorstellung von medizinischer Versorgung auf der Grundlage einer wissenschaftlich fundierten Ausbildung und Handlungspraxis sich erst im 19. Jahrhundert entwickelt und etabliert hat.² Alle weiter zurückliegenden Entwicklungen müssen deshalb vor dem Hintergrund anderer Rahmenbedingungen und Parameter erfasst und zugeordnet werden.
- 2 Im Vordergrund stehen bei der älteren Entwicklung die Einrichtungen und Aktivitäten zur Pflege von armen, kranken und alten Menschen. Durch die von Jesus Christus verkündete Wechselbezüglichkeit von Gottes- und Nächstenliebe, die den Armen und Kranken eine besondere Aufmerksamkeit schenkt³, motiviert, waren es vor allem auf die praktische Caritas ausgerichteten Ordensgemeinschaften

¹ Ursprünglich wurde von Hospital / Spital gesprochen, wobei darunter in erster Linie Alten- und Pflegeheime verstanden wurden, die auch als Pilgerherbergen fungierten. Zu Einzelheiten *Hans Peter Rhomberg*, Das Hospital. Heil- und Pflegestätten im Wandel der Zeit, 2015; *Kyrill Makoski*, Kirchliche Krankenhäuser und staatliche Finanzierung, 2010, S. 46 ff.; *Michael Matheus*, Funktions- und Strukturwandel spätmittelalterlicher Hospitäler im europäischen Vergleich, 2005; *Dieter Jetter*, Das europäische Hospital, 1986.

² Zur historischen Entwicklung des wissenschaftsbasierten Medizinstudiums siehe exemplarisch *Wolfgang Eckart*, Geschichte der Medizin, 6. Aufl. 2009, S. 155 ff., 229 ff. auch zur Entstehung des modernen Krankenhauses und der klinischen Fächer in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts.

³ Mt 25, 36 und 40: „36 [...] ich war krank und ihr habt mich besucht [...] 40 [...] Was ihr für einen meiner geringsten Brüder getan habt, das habt ihr mir getan.“

ten (u. a. der Malteserorden und der Johanniterorden⁴), die sich für die Errichtung und die Unterhaltung von Pflegeeinrichtungen einsetzten. Die zutiefst religiöse Motivation⁵ des Handelns hatte überdies zur Folge, dass Krankheit und medizinische Versorgung in dem weiter gespannten Kontext einer ganzheitlichen Betrachtungsweise menschlicher Existenz eingebunden waren. Die medizinische Versorgung und Pflege⁶ wurde mit der christlichen Sinngebung menschlicher Existenz auch in Krankheit und Leiden verbunden, der Kranke als Mensch auch in seiner geistig-geistlichen Dimension wahrgenommen.⁷

Die durch wechselseitige Treueverhältnisse gekennzeichnete Sozialordnung des Mittelalters („ordo“), bei der weltliche und geistliche Sphäre eng miteinander verwoben waren und es noch keine klare Trennung staatlicher und privater Sphären und Verantwortlichkeiten gab, kannte wirksame Strukturen einer in Bezug auf die Leistungen nach Status differenzierenden sozialen Fürsorge einschließlich der Krankenpflege, bei der die christlichen Armenfürsorge eine Auffangfunktion für nicht leistungsfähige Personen übernahm. Im Übergang vom Spätmittelalter zur frühen Neuzeit ging die Aufgabe der Armenfürsorge im städtischen Bereich zunehmend auf die Kommunen über und es ist eine „Laisierung des Spitalwesens“ und eine „Säkularisierung der Sozialfürsorge“ zu verzeichnen.⁸ Die Bedeutung der kirchlichen Armenfürsorge ging zurück.

Es war dann die Zeit der in Deutschland verspätet einsetzenden Industrialisierung, die mit dem Aufbruch der überkommenen familiären und sozialen Strukturen und Solidaritätsformen vor allem in

⁴ Zur historischen Entwicklung des Krankenhauswesens ab der Frühneuzeit näher *Makoski*, *Kirchliche Krankenhäuser* (o. Fn. 1), S. 49 ff.; *Axel Hinrich Murken*, *Vom Armenhaus zum Großklinikum*, 1988.

⁵ Siehe auch Lk 9, 1 f.: „1 Dann rief er die Zwölf zu sich und gab ihnen Kraft und Vollmacht über alle Dämonen und um Krankheiten zu heilen. 2 Und er sandte sie aus, das Reich Gottes zu verkünden und die Kranken gesund zu machen.“

⁶ Vor dem Hintergrund der aus heutiger Sicht sehr begrenzten Heilungsmöglichkeiten stand lange Zeit die Pflege im Vordergrund der Krankenversorgung. Siehe zum engen Zusammenhang von Heilen und Pflegen auch BVerfGE 106, 62 (104 ff.) zur Regelung der Altenpflege.

⁷ Exemplarisch dazu die „Kreuzeswissenschaft“ der *Edith Stein* (*Edith Stein*, *Kreuzeswissenschaft: Studien zu Johannes vom Kreuz*, 2003).

⁸ *Ernst-Ulrich Huster*, *Von der mittelalterlichen Armenfürsorge zu den Anfängen der Sozialstaatlichkeit*, in: *Handbuch Armut und soziale Ausgrenzung*, hg. von dems./Jürgen Boeckh/Hildegard Mogge-Grotjahn, 2008, S. 243 (245).

den Städten zu einer neuen Form von Armut und Bedürftigkeit führte, die eine breite Welle der Gründung neuer Bewegungen christlicher Armenfürsorge auch im Bereich der Krankenversorgung auslöste.⁹ Mit der Gründung der Diakonie (ursprünglich Centralausschuss für die innere Mission der deutschen evangelischen Kirche) im Bereich der evangelischen Kirche (ab 1848 als Folge der sog. „Stegreifrede“ von *Johann Hinrich Wichern* auf dem Wittenberger Kirchentag)¹⁰ und der Caritas im Bereich der katholischen Kirche (Gründung des Deutschen Caritasverbandes 1897)¹¹ sowie durch die Gründung von caritativen Ordensgemeinschaften¹², die sich der Krankenpflege widmeten¹³, kam es zu einer spürbaren und bis heute nachwirkenden Erneuerung des über das Krankenhauswesen hinausgehenden christlichen Engagements in diesem Bereich.

- 5 Seit dem späten 19. Jahrhundert ist vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen in Deutschland ein sich regional unterschiedlich darstellendes Neben- und Miteinander von kommunalen, sonstigen öffentlichen und freigemeinnützigen einschließlich kirchlicher Träger der stationären Krankenversorgung zu verzeichnen.¹⁴ Hinzu kamen dann später Krankenhäuser in der Trägerschaft des Staates, namentlich der Länder (Hochschulkliniken und Landeskrankenhäuser) aber auch verschiedener Sozialversicherungsträger.¹⁵ Punktuell wurden zudem durch (große) Unternehmen Krankenhäuser errichtet, die (zunächst) den eigenen Arbeitnehmern vorbehalten waren.¹⁶

⁹ *Huster*, ebd., S. 246 ff.

¹⁰ Zur Entwicklung *Jochen-Christoph Kaiser*, *Evangelische Kirche und sozialer Staat: Diakonie im 19. und 20. Jahrhundert*, 2008.

¹¹ Die Caritas ist heute der größte freigemeinnützige Träger in Deutschland, wenn man auf die gesamte Breite der Tätigkeitsfelder abstellt. Zu Einzelheiten *Catherine Maurer*, *Der Caritasverband zwischen Kaiserreich und Weimarer Republik*, 2008.

¹² Das schlägt sich auch in dem Umstand nieder, dass im 19. Jahrhundert die Ordensschwestern den weitaus größten Anteil des Pflegepersonals darstellten. In Gestalt der Rot-Kreuz-Schwestern wurde 1882 die erste säkulare Pflegegemeinschaft gegründet.

¹³ Exemplarisch *Bernhard Jungnitz*, *Die konfessionellen Krankenhäuser der Stadt Münster im achtzehnten und neunzehnten Jahrhundert*, 1981.

¹⁴ Siehe auch *Eckart*, *Geschichte* (o. Fn. 2), S. 229 ff.

¹⁵ Etwa die Krankenkassen einzelner Berufsgruppen (u. a. aus dem Bergbau – <<https://www.knappschaft.de>>).

¹⁶ Exemplarisch kann hier auf das Krankenhaus der Firma Krupp in Essen (<<https://www.krupp-krankenhaus.de/>>) verwiesen werden.

Im späten zwanzigsten Jahrhundert weitete sich schließlich das im Bereich der spezialisierten medizinischen Versorgung¹⁷ schon länger etablierte Engagement privater gewerblicher¹⁸ und weiterer gemeinnütziger¹⁹ Unternehmen bzw. Träger in den Bereich der allgemeinen Krankenhausversorgung aus. Das spiegelt sich eindrucksvoll in den Erhebungen des Statistischen Bundesamtes wider.

Im Jahr 2017²⁰ standen in insgesamt 1942 Krankenhäusern Deutschlands rund 497.200 Betten für die stationäre Versorgung der Bevölkerung zur Verfügung. Während die Zahl der Häuser um 0,5 % sank, blieb das Bettenangebot gegenüber dem Vorjahr unverändert. Ein Krankenhausaufenthalt dauerte durchschnittlich 9,3 Tage. Die Bettenauslastung lag bei 88,8 %.

Der Anteil der Krankenhäuser in privater Trägerschaft, der bei Einführung der bundeseinheitlichen Krankenhausstatistik 1991 noch bei 14,8 % lag, steigt seit Jahren kontinuierlich an. 2017 ist bereits jedes dritte Krankenhaus (37,1 %) in privater Trägerschaft. Im gleichen Zeitraum sank der Anteil öffentlicher Krankenhäuser von 46,0 % auf 28,8 %. Der Anteil freigemeinnütziger Krankenhäuser hat sich demgegenüber nur geringfügig auf 34,1 % geändert (1991: 39,1 %).

Die heutige Lage im Bereich des Krankenhauswesens ist vor dem Hintergrund der knapp beschriebenen Entwicklung durch eine breite Vielfalt der Träger und Konzeptionen bestimmt, die der Gesetzgeber in sein Steuerungsinstrumentarium als erhaltens- und förderungswürdiges Merkmal der deutschen Krankenhauslandschaft übernommen hat.²¹

¹⁷ U. a. gilt dies für Rehabilitationskliniken und psychiatrische Kliniken (Privatnervenkliniken).

¹⁸ Dieses Engagement spiegelt sich auch in § 30 GewO (Privatkrankenanstalten) wider, einer seit 1869 im Wesentlichen unveränderten Vorschrift. Dazu näher *Konrad Roedenbeck*, in: BeckOK Gewerbeordnung, hg. von Johann-Christian Pielow (Hg.), Edition 33 (Stand: 1.10.2015), § 30, Rn. 10 ff. Zum Reformbedarf in diesem Bereich *Walter Georg Leisner*, Die Konzessionspflicht für Privatkrankenanstalten nach § 30 GewO – eine dringend reformbedürftige Vorschrift, in: *GewArch* 2006, S. 188 ff.

¹⁹ Wobei auch kirchliche Krankenhäuser gemeinnützig sind. Der steuerrechtlich geprägte Begriff umfasst ein breites Spektrum an Motivationsformen und Akteuren.

²⁰ Die folgenden Angaben sind aus der Erhebung des Statistischen Bundesamtes, Gesundheit, Grunddaten Krankenhäuser (Stand: 11/2018), Fachserie 12 Reihe 6.1.1, 2017, entnommen.

²¹ Siehe § 1 Abs. 2 KHG. Dazu näher unter III. 2.

2. Die Rolle der kirchlichen Krankenhäuser in qualitativer und quantitativer Hinsicht

- 10 Die in kirchlicher Trägerschaft stehenden Krankenhäuser stellen unabhängig davon, dass auch in diesem Bereich in den letzten Jahrzehnten nicht zuletzt wegen des Rückzugs von Ordensgemeinschaften und finanzieller Nöte der Träger immer wieder Schließungen und Übernahmen (meist durch private Träger) zu verzeichnen waren²², eine tragende Säule der medizinischen Versorgung in qualitativer und quantitativer Hinsicht dar.
- 11 Da das Statistische Bundesamt bei der Trägerschaft die kirchliche Trägerschaft nicht gesondert erfasst, so dass die kirchlichen Krankenhäuser der Gruppe der freigemeinnützigen Krankenhäuser zugeordnet sind, muss insoweit auf Eigenangaben Bezug genommen werden. Ausweislich der Angaben des Verbandes christlicher Krankenhäuser²³ gibt es ca. 550 christliche (kirchliche) Krankenhäuser mit einem Angebot von ca. 138.000 Betten und 265.000 Beschäftigten, die jährlich ca. 6 Millionen Patienten versorgen. Bezogen auf die Allgemeinkrankenhäuser repräsentieren die kirchlichen Krankenhäuser rund ein Drittel der vorhandenen Einrichtungen. Im Bereich der freigemeinnützigen Träger stellen die kirchlichen Krankenhäuser ca. 86 % der Einrichtungen.
- 12 Nach ihrem Selbstverständnis unterscheiden sich die kirchlichen Krankenhäuser von anderen, insbesondere den privaten und öffentlichen Trägern²⁴ durch einen über die qualitätsvolle medizinische Versorgung hinausgehenden sozialen Dienstleistungsauftrag, der u. a. durch die Einnahme einer Fürsprecherstellung für kranke und benachteiligte Menschen²⁵ sowie ein besonderes Qualitätsverständnis²⁶ bestimmt ist. Diese Ausrichtung ist indes weder rechtlich noch tatsächlich den kirchlichen Krankenhäusern vorbehalten und wird auch

²² Im Zeitraum von 1991 bis 2017 ist die Zahl der Krankenhäuser von 2411 auf 1942 zurückgegangen (ca. 18 %). Die Zahl der Krankenhäuser in privater Trägerschaft hat sich im gleichen Zeitraum mehr als verdoppelt.

²³ <<https://christliche-krankenhaeuser.de/>>.

²⁴ Die Abgrenzung zu den anderen freigemeinnützigen Trägern erweist sich als schwierig, weil auch in diesem Bereich vergleichbare altruistische Motivationen wie im kirchlichen Bereich anzutreffen sind. Siehe dazu *Hans Michael Heinig / Bernd Schlüter*, Krankenhäuser in freigemeinnütziger Trägerschaft, in: *Krankenhausrecht*, hg. von Stefan Huster, 2010, § 16 B, Rn. 1.

²⁵ *Heinig / Schlüter*, Krankenhäuser (o. Fn. 24), Rn. 4.

²⁶ Zu diesem näher *Heinig / Schlüter*, Krankenhäuser (o. Fn. 24), Rn. 27 ff.

von vielen anderen freigemeinnützigen Trägern geteilt.²⁷ Im Falle der kirchlichen Träger ist sie jedoch in besonderer Weise durch die religiöse Dimension bestimmt und zudem verfassungsrechtlich abgesichert, wie im Einzelnen zu zeigen sein wird. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass sich die christliche Caritas nicht auf Personen beschränkt, die den christlichen Glauben teilen, sondern das christliche Gebot der Nächstenliebe gerade betont, dass es sich auf alle Menschen gleich welcher Herkunft und Religion bezieht²⁸, also durch Toleranz und unterschiedslose Offenheit geprägt ist. Dies schließt auch den Respekt vor anderen religiösen und weltanschaulichen Orientierungen ein.

Konkret zum Ausdruck gelangt die über die medizinische Versorgung hinausgehende Motivation etwa durch die Bereitstellung zusätzlicher Leistungen wie z.B. der geistlichen Begleitung²⁹ sowie ein besonderes Engagement bei der medizinischen Versorgung von Flüchtlingen und illegal aufhältigen Personen³⁰. Von profilbildender Relevanz ist insbesondere der Umgang mit den weltanschaulich kontroversen Themen- und Leistungsfeldern des vorgeburtlichen Lebensschutzes³¹, den verschiedenen Erscheinungsformen der künst-

13

²⁷ Bedeutsamste freigemeinnützige Krankenhausträger neben den beiden christlichen Kirchen sind die Arbeiterwohlfahrt, das Deutsche Rote Kreuz, der Paritätische Wohlfahrtsverband und die Zentrale Wohlfahrtsstelle der Juden. Siehe zum gemeinsamen Selbstverständnis exemplarisch *Bundesgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege e.V.*, Die Freie Wohlfahrtspflege – Profil und Leistungen, 2002.

²⁸ Dies lässt sich auch vielfach biblisch belegen. Siehe etwa das Gleichnis vom barmherzigen Samariter, Lk 10, 25–37.

²⁹ Die Krankenhausseelsorge ist jedoch nicht auf die kirchlichen Krankenhäuser beschränkt, sondern wird von den Kirchen auch in den Krankenhäusern anderer Träger angeboten. Dazu näher Arno Schilberg, → § 56, Rn. 36–40.

³⁰ Dazu nähere Informationen unter <<https://www.malteser-migranten-medizin.de>> sowie unter <<https://www.johanniter.de/einrichtungen/fluechtlinge/einrichtungen/>>. Siehe auch Maren Mylius / Andreas Frewer, Medizinische Versorgung von Migrantinnen und Migranten ohne legalen Aufenthaltsstatus – Eine Studie zur Rolle der Gesundheitsämter in Deutschland, in: Gesundheitswesen 2014, S. 440 ff.; Eberhard Eichenhofer (Hg.), Migration und Illegalität, 1999.

³¹ Siehe dazu die gemeinsame Stellungnahme der Evangelischen Kirche Deutschlands und der Deutschen Bischofskonferenz „Gott ist ein Freund des Lebens“ aus dem Jahr 1990. Die Haltung der christlichen Kirchen zum Schwangerschaftsabbruch ist indes nicht einheitlich. Vor allem in katholischen Krankenhäusern werden keine Schwangerschaftsabbrüche vorgenommen. Vertiefend dazu Manfred Spieker, Kirche und Abtreibung in Deutschland, 2001.

lichen Erzeugung menschlichen Lebens³² sowie der Angebote im Bereich der Palliativmedizin³³.

- 14 Während die religiöse Motivation bei Errichtung und Unterhaltung von Krankenhäusern insbesondere durch das verfassungsrechtlich fundierte und einfachgesetzlich in § 1 Abs. 2 KHG verankerte Gebot der Vielfaltssicherung eine praktisch bedeutsame Steuerungswirksamkeit entfaltet, ist dies im Bereich der ambulanten Versorgung durch niedergelassene Ärzte nicht der Fall. Das gilt auch dann, wenn sich Ärztinnen und Ärzte zu Berufsausübungsgemeinschaften oder medizinischen Versorgungszentren zusammenschließen. Die nachvollziehbaren Gründe für diesen strukturellen Unterschied liegen letztlich darin, dass es im Bereich der Versorgung durch niedergelassene Ärzte an einer institutionellen Anbindung an eine Kirche fehlt und der einzelne freiberuflich tätige Arzt letztlich auch von Verfassungen wegen nicht gezwungen werden kann, sich zu einer bestimmten Motivation seiner Berufsausübung zu bekennen. Durch die auch gesetzgeberisch initiierte stärkere Kooperation zwischen Krankenhäusern und niedergelassenen Ärzten (sog. integrierte Versorgung³⁴) und die Heranziehung der Ambulanzen von Krankenhäusern zur Sicherung der flächendeckenden ärztlichen Versorgung³⁵ kommt es allerdings zu strukturellen Verschiebungen. Diese stellen indes die überkommenen rechtlichen Strukturen nicht grundsätzlich in Frage. Deshalb bleibt die religiös-weltanschauliche Motivation im Bereich der niedergelassenen Ärzte weiterhin eine reine Privatsache ohne rechtlich strukturierende Auswirkungen. Es ist dem einzelnen Arzt aber unbenommen, seine religiös-weltanschauliche Motivation nach außen kenntlich zu machen und werbend einzusetzen.³⁶ Das praktische Interesse an einer solchen Vorgehensweise dürfte indes gering sein.

³² Auch in diesem Themenfeld gibt es keine einheitliche Haltung der christlichen Kirchen und Krankenhäuser. Zu den Positionen im Überblick Norbert Arnold (Hg.), *Biowissenschaften und Lebensschutz: Der schwierige Dialog zwischen Wissenschaft und Kirche*, 2015.

³³ Dazu Michael Fischer, *Das konfessionelle Krankenhaus*, 3. Aufl. 2012, S. 370 ff.

³⁴ §§ 140a ff. SGB V.

³⁵ Dazu näher Stefan Bauer-Schade, *Die flächendeckende vertragsärztliche Versorgung*, 2013.

³⁶ Es gibt aber auch in diesem Bereich mehrere Berufsorganisationen, wie die Arbeitsgemeinschaft Christlicher Mediziner und den Bund katholischer Ärzte.

II. Die (verfassungs-)rechtliche Verortung der kirchlichen Krankenhäuser

1. Wann ist ein Krankenhaus „kirchlich“?

Aussagen über kirchliche Krankenhäuser setzen nicht zuletzt vor dem Hintergrund der organisatorischen Vielschichtigkeit des Phänomens Kirche eine Klärung voraus, wann und unter Beachtung welcher (zwingenden) Voraussetzungen ein Krankenhaus als „kirchlich“ zu qualifizieren ist. Bereits die Verwendung des Adjektivs kirchlich hebt die institutionelle Dimension der Zuordnung hervor, die zugleich deutlich macht, dass es in erster Linie um die staatskirchenrechtliche (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV) und nicht die religionsgrundrechtliche Rechtsebene (Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG) ankommt. Gleichwohl kommt auch der Religionsfreiheit eigenständige Bedeutung zu, insbesondere bei der Eröffnung von Rechtsschutzmöglichkeiten.³⁷ 15

Die Berufung auf das Grundrecht der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG setzt voraus, dass die Betätigung im Bereich der stationären Krankenversorgung religiös motiviert ist. Sie muss also Ausdruck des religiösen Standpunktes einer Privatperson bzw. – für Krankenhausträger alleine praktisch relevant – des konfessionellen Trägers und damit einer juristischen Person i. S. d. Art. 19 Abs. 3 GG sein. 16

Zur Religionsausübung gehören nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „nicht nur kultische Handlungen und Ausübung sowie Beachtung religiöser Gebräuche [...], sondern auch religiöse Erziehung, freireligiöse und atheistische Feiern sowie andere Äußerungen des religiösen und weltanschaulichen Lebens.“³⁸ Dabei steht das Grundrecht „nicht nur Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu, die sich die allseitige, sondern nur die partielle Pflege des religiösen oder weltanschaulichen Lebens ihrer Mitglieder zum Ziel gesetzt haben. Voraussetzung dafür ist aber, dass der Zweck der Vereinigung gerade auf die Erreichung eines solchen Ziels gerichtet ist. Das gilt ohne weiteres für organisatorisch oder institutionell mit den Kirchen verbundene Vereinigungen wie kirchliche Orden, deren Daseinszweck eine Intensivierung der gesamtkirch- 17

³⁷ Das Bundesverfassungsgericht verbindet beide Dimensionen in seiner Argumentation indes vor dem verfahrensrechtlichen Hintergrund, dass eine Verfassungsbeschwerde nur auf die Verletzung von Art. 4 GG gestützt werden kann.

³⁸ BVerfGE 24, 236 (246 f.) – st. Rspr.

lichen Aufgaben enthält. Es gilt aber auch für andere selbständige oder unselbständige Vereinigungen, wenn und soweit ihr Zweck die Pflege oder Förderung eines religiösen Bekenntnisses oder die Verkündigung des Glaubens ihrer Mitglieder ist. Maßstab für das Vorliegen dieser Voraussetzungen kann das Ausmaß der institutionellen Verbindung mit einer Religionsgemeinschaft oder die Art der mit der Vereinigung verfolgten Ziele sein.“³⁹

18 Diese Rechtsprechung wird vor allem dem Umstand gerecht, dass religiös motiviertes Handeln nicht auf die offiziellen Strukturen der großen christlichen Kirchen beschränkt ist, sondern sich dezentral und vielfältig entwickelt hat und vor dem Hintergrund der durch Migration wachsenden Vielfalt im Bereich des religiösen Lebens mit wachsender Dynamik entwickeln wird.

19 Sollen die nach Art. 140 GG inkorporierten staatskirchenrechtlichen Garantien, insbesondere das Selbstverwaltungsrecht nach Art. 137 Abs. 3 WRV, aktiviert werden, so stellt das Bundesverfassungsgericht stärker auf die institutionelle Verbindung zwischen der Religionsgesellschaft und dem Träger ab. Allerdings kann sich ein Krankenhausträger auch direkt auf diese Vorschriften berufen, wenn er im Sinne einer kirchlichen Zielsetzung tätig wird. Dazu führt das Gericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 1985 aus: „Diese Selbstordnungs- und Selbstverwaltungsgarantie kommt nicht nur den verfassten Kirchen und deren rechtlich selbständigen Teilen zugute, sondern allen der Kirche in bestimmter Weise zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform, wenn sie nach kirchlichem Selbstverständnis ihrem Zweck oder ihrer Aufgabe entsprechend berufen sind, ein Stück des Auftrags der Kirche wahrzunehmen und zu erfüllen“.⁴⁰ Die Einrichtung kann vom Selbstbestimmungsrecht selbständig auch in einer Weise Gebrauch machen, die vom übrigen Gebrauch in der Religionsgemeinschaft abweicht, solange damit kein Verstoß gegen interne Bindungen die Berufung der Einrichtung auf das Selbstbestimmungsrecht diese in Widerspruch zum Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft setzt.⁴¹

20 Für die derzeit bestehenden kirchlichen Krankenhäuser, die ähnlich wie die übrigen freigemeinnützigen Häuser durch ein breites

³⁹ BVerfGE 24, 236 (246 f.).

⁴⁰ BVerfGE 70, 138 (162) unter Bezugnahme auf BVerfGE 46, 71 (85 f.); 53, 366 (391); 57, 220 (242). Zu Einzelheiten und Zuordnungskriterien *Anne-Ruth Glawatz*, Die Zuordnung privatrechtlich organisierter Diakonie zur evangelischen Kirche, 2003.

⁴¹ So VGH München, in: NVwZ-RR 2005, S. 315 (316).

Leistungsangebot und eine mittlere bis große Betriebsstruktur gekennzeichnet sind⁴², ergeben sich daraus keine Probleme, da enge und gut sichtbare institutionelle Verbindungen zwischen den Träger und der verfassten Kirche bzw. auf die kirchlichen Ziele verweisen- den Zweckbestimmungen der Trägerorganisationen die Regel und Neugründungen kaum zu erwarten sind. Interessanter dürfte deshalb sein, wie sich etwa Muslime⁴³ und andere im Zuge der wachsenden Migration nach Deutschland kommende religiöse Gruppierungen mit von den christlichen Kirchen abweichenden Organisationsstrukturen im Bereich der Krankenhausversorgung engagieren und wie diese Aktivitäten zu verorten sind. Die Offenheit des einschlägigen Verfassungsrechts für verschiedenste Formen der Selbstorganisation spricht dafür, dass angemessene Lösungen gefunden werden können.⁴⁴

2. Kirchliche Krankenhäuser als Grundrechtsträger

Ein wesentliches statusprägendes Merkmal kirchlicher Krankenhäuser ist die Grundrechtsträgerschaft ihrer Träger, die sie von kommunalen⁴⁵ und sonstigen staatlichen Krankenhäusern unterscheidet und mit anderen freigemeinwirtschaftlichen und privat-gewerblichen Krankenhäusern bzw. ihren Trägern eint. Innerhalb der Gruppe grundrechtsberechtigter Krankenhausträger heben sich die kirchlichen Krankenhäuser zudem dadurch ab, dass sie sich nicht nur auf das Unternehmergrundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG⁴⁶, sondern auch

21

⁴² Diese „Lagebeschreibung“ entspricht noch der Bestandsaufnahme, wie sie das Bundesverfassungsgericht 2004 (in: NJW 2004, S. 1648 f.) zugrunde gelegt hat. Inzwischen haben die privaten Träger in vielen Regionen Krankenhäuser der Allgemeinversorgung übernommen, so dass von einer veränderten Struktur auszugehen ist. Weiterhin werden kleine Spezialkliniken aber vor allem durch private Träger geführt.

⁴³ Dazu im Überblick *Stefan Muckel* (Hg.), *Der Islam im öffentlichen Recht des säkularen Verfassungsstaates*, 2008. Zur Einführung einer muslimischen Krankenhausseelsorge *Tarik Tabbara*, *Rechtsfragen der Einführung einer muslimischen Krankenhausseelsorge*, in: ZAR 2009, S. 254 ff.

⁴⁴ Dazu auch *Michael Germann*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 42. Edition 1. 12. 2019, Art. 140, Rn. 40.3.

⁴⁵ Die Kommunen können sich unter bestimmten Voraussetzungen auf ihr Selbstverwaltungsrecht aus Art. 28 Abs. 2 GG berufen, das aber in seiner Wirkkraft für den Krankenhausbetrieb deutlich hinter den Grundrechten zurückbleibt.

⁴⁶ Dazu grundlegend in Bezug auf die Krankenhausträger BVerfGE 82, 209 (231) sowie *Otto Depenheuer*, *Staatliche Finanzierung und Planung im*

auf die in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gewährleistete Religionsfreiheit⁴⁷ berufen können, die mit ihrem engen Schrankenregime⁴⁸ einen zusätzlichen Freiheitsschutz vermittelt. Dieser wirkt sich vor allem im Bereich der arbeitsrechtsrechtlichen Beziehungen des Krankenhaus-trägers zum Personal aus.⁴⁹

- 22 Die sachliche Reichweite der Religionsfreiheit ist wegen des offenen und eng an die Motivation des Grundrechtsträgers⁵⁰ anknüpfenden Interpretationsansatzes in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁵¹ weit zu verstehen. Dementsprechend schützt die Freiheit, religiöse (und weltanschauliche) Überzeugungen zu betätigen, jedes religiös (oder weltanschaulich) motivierte Verhalten (forum externum). Sie umfasst „das Recht des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln“.⁵² Ein religiöses oder weltanschauliches Interesse wird dem Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 GG nicht dadurch entzogen, dass es sich mit einem wirtschaftlichen Interesse verbindet.⁵³ Wenn jedoch das wirtschaftliche Interesse nicht „Mittel zum religiösen Zweck“ ist, sondern zum Selbstzweck erstarkt, ist eine Berufung auf die Religions- und Weltanschauungsfreiheit ausgeschlossen.⁵⁴

Krankenhauswesen, 1986, S. 108 ff.; *Heike Thomae*, Krankenhausplanungsrecht, 2006, S. 129 ff.

⁴⁷ Zu Einzelheiten des Schutzbereichs und der Gewährleistungen siehe *Hans Michael Heinig*, → § 14.

⁴⁸ Zum Streit über das Schrankenregime siehe nur BVerfGE 33, 23 (30); 108, 282 (297, 311) und *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 44), Art. 4, Rn. 47.3 einerseits (kein Gesetzesvorbehalt aus Art. 136 Abs. 1 WRV) sowie *Karl-Hermann Kästner*, Hypertrophie des Grundrechts auf Religionsfreiheit? Über das Verhältnis der Religions- und Weltanschauungsfreiheit zum Geltungsanspruch des allgemeinen Rechts, in: JZ 1998, S. 975 (981 f.) sowie *Stefan Muckel*, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, 224 ff. (Übernahme des Gesetzesvorbehalts aus Art. 136 Abs. 1 WRV in Art. 4 Abs. 1 GG) andererseits.

⁴⁹ Zu diesem siehe *Jacob Joussen*, → § 57; *Gregor Thüsing*, → § 59.

⁵⁰ Zu diesem Zweck wird auf das Selbstverständnis des Grundrechtsträgers rekurriert; siehe *Martin Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993 und konkret BVerfGE 138, 296 (329, Rn. 86).

⁵¹ Grundlegend für das weite Verständnis BVerfGE 24, 236 (245 ff.); siehe aus jüngerer Zeit BVerfGE 93, 1 (15 f.); 138, 296 (328, Rn. 85 f.).

⁵² BVerfGE 108, 292 (297).

⁵³ BVerfGE 105, 279 (293); BVerwGE 90, 112 (116 f.).

⁵⁴ So zutreffend *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 44), Art. 4, Rn. 25.

Innerhalb dieses weit gesteckten Rahmens, der prima facie den gesamten Krankenhausbetrieb erfasst, soweit dieser religiös motiviert ist, bedarf es aber weiterer Differenzierungen, um die Wirkdimensionen der Religionsfreiheit in Bezug auf den Krankenhausbetrieb zutreffend zu erfassen und in ihrer Bedeutung nicht zu überdehnen. So sind gesetzliche Regelungen, die sich allgemein auf die Finanzierung der Krankenhäuser oder die der Qualitätssicherung im Allgemeinen und in Bezug auf einzelne medizinische Behandlungen im Besonderen beziehen (fachliche Standards u.s.w.) grundsätzlich nicht am Grundrecht der Religionsfreiheit zu messen.⁵⁵ Genauer: mit ihnen sind selbst dann keine Eingriffe in dieses Grundrecht verbunden, wenn damit konkret die Folge verbunden ist, dass ein Krankenhaus nicht mehr wirtschaftlich betrieben bzw. Heilbehandlungen wegen fehlender Finanzierbarkeit faktisch nicht durchgeführt werden können. Es fehlt insoweit an einem spezifischen sachlichen und damit auch rechtlichen Zusammenhang zwischen den gesetzgeberischen Zielsetzungen und der Religionsfreiheit, die sich gegenüber solchen Standards grundsätzlich neutral verhält. Wissenschaftliche Mindeststandards der medizinischen Versorgung und Hygiene (um nur die wichtigsten Bereiche zu nennen) sowie betriebswirtschaftliche Mindestanforderungen an den Krankenhausbetrieb, die nur bei der Aufnahme in den Krankenhausplan relevant werden, erweisen sich damit indes nicht als grundrechtsirrelevant. Sie sind jedoch an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen.⁵⁶

Anders zu beurteilen sind die in der Praxis seltenen Fälle, in denen eine religiöse Überzeugung eine bestimmte Form der medizinischen Behandlung fordert, die aus Gründen der Qualitätssicherung oder zur Wahrung der rechtlich geschützten Interessen der Patienten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gesetzlich untersagt, also berufsrechtswidrig ist.⁵⁷ Ein erstes Beispiel für einen solchen Konflikt stellt die Weigerung von kirchlichen Krankenhäusern dar, Schwangerschaftsabbrü-

⁵⁵ Ungenau insoweit *Heinig / Schlüter*, Krankenhäuser (o. Fn. 24), Rn. 22.

⁵⁶ Allgemein zur Grundrechtsrelevanz von Maßnahmen der Qualitätssicherung *Franz Reimer*, Qualitätssicherung. Grundlagen eines Dienstleistungsverwaltungsrechts, 2010, S. 406 ff. Speziell zur Qualitätssicherung in der Krankenhausplanung *Frank Stollmann*, Qualitätsvorgaben in der Krankenhausplanung – Änderungen durch das Krankenhausstrukturgesetz, in: NZS 2016, S. 201 ff.

⁵⁷ Primärer Adressat der entsprechenden Regelungen sind die ausführenden Berufsträger, da das Gesundheits- und Medizinrecht primär handlungsorientiert normiert ist. Die an die Krankenhäuser selbst gerichteten Pflichten haben aber deutlich zugenommen, führen aber in den meisten Fällen nicht zu Verboten.

che vorzunehmen. Hier hat der Gesetzgeber mit Rücksicht auf die Religions- und Gewissensfreiheit der Ärzte, auf das sich mittelbar bei der Ausübung eines Weisungsrechts auch die Träger berufen können, zwar ein entsprechendes Weigerungsrecht ausdrücklich geregelt (§ 12 SchKG), davon aber die Fälle einer Gefährdung des Lebens der Mutter ausdrücklich ausgenommen und insoweit auch die Religions- und Gewissensfreiheit von Ärzten und Krankenhausträgern beschränkt.⁵⁸ Ein zweites Beispiel stellt das religiös motivierte Verbot der Vornahme von Bluttransfusionen dar, wie es bei Zeugen Jehovas als Ausdruck einer religiösen Überzeugung gelebt wird.⁵⁹ Der Krankenhaus-träger müsste sich allerdings diese religiöse Motivation zu Eigen machen und nicht nur – wie in der bisherigen Praxis in Deutschland – der Patient.⁶⁰ Ebenfalls besonders gelagert sind die Fälle der sog. Knabenbeschneidung aus religiösen Gründen, die keine Heilbehandlung darstellt und nur wegen der damit verbundenen Gesundheitsgefährdungen in Berührung mit dem Medizin- und Krankenhausrecht gelangt.⁶¹

3. Die Bedeutung des Selbstverwaltungsrechts der Religionsgesellschaften für kirchliche Krankenhäuser

- 25 Als selbständige oder unselbständige Einrichtungen einer Kirche haben die kirchlichen Krankenhäuser am Schutz des in Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WRV gewährleisteten Selbstverwaltungsrechts der Religionsgesellschaften teil. Dieser in enger Wechselwirkung mit der grundrechtlichen Gewährleistung aus Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG⁶² zu verstehende Schutz bezieht sich auf die innere Organisation und ist

⁵⁸ Zu Einzelheiten *Albin Eser / Bettina Weißer*, in: Adolf Schönke / Horst Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 218a, Rn. 84 ff.

⁵⁹ Siehe dazu BVerfG, in: FamRZ 2006, S. 764 und NJW 2002, S. 206.

⁶⁰ Zur Fallpraxis *Albrecht Bender*, Zeugen Jehovas und Bluttransfusion, in: MedR 1999, S. 260 ff.

⁶¹ Zu Einzelheiten dieser hier nicht zu vertiefenden Thematik und den gesetzlichen Regelungen siehe *Stephan Rixen*, Das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes, in: NJW 2013, S. 257 ff.; *Tonio Walter*, Der Gesetzentwurf zur Beschneidung – Kritik und strafrechtliche Alternative, in: JZ 2012, S. 1110 ff.; *Michael Germann*, Der menschliche Körper als Gegenstand der Religionsfreiheit, in: Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur. Festschrift zum 70. Geburtstag von Gerfried Fischer, hg. von Bernd-Rüdiger Kern / Hans Lilie, 2010, S. 35 ff.

⁶² BVerfGE 53, 336 (401); *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 44), Art. 140, Rn. 32.

grundsätzlich geeignet, auf diesen Bereich abzielende gesetzgeberische Ingerenzen, die in der Praxis bislang selten sind, abzuwehren bzw. zu begrenzen.⁶³

Selbstverwaltungsrechte, die begrifflich auch Normsetzung einschließen⁶⁴, sind definitorisch auf den Innenbereich und damit auf die Beziehung zu den Mitgliedern und den das interne Wirken der Organisation betreffenden Bereich beschränkt.⁶⁵ In Bezug auf die Krankenhäuser bedeutet dies u. a., dass die grundlegenden privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zu den Patienten jedenfalls in ihrem Kern⁶⁶ nicht zum Selbstverwaltungsrecht gehören, wohl dagegen die arbeitsrechtlichen Beziehungen zu den Mitarbeitern einschließlich des Leitungspersonals.⁶⁷ Zu weit geht es indes, die Gestaltung des caritativen und diakonischen Wirkens pauschal dem Selbstverwaltungsrecht zuzuordnen.⁶⁸

Sieht man von den arbeitsrechtlichen Aspekten der inneren Organisation von Krankenhäusern⁶⁹ einmal ab, bei denen die auch in anderen Arbeitsfeldern gültigen Besonderheiten zur Geltung kommen⁷⁰, so enthält das geltende Bundes- und Landesrecht in Bezug auf Krankenhäuser kaum⁷¹ Regelungen, die zur Veranschaulichung von Konfliktfeldern herangezogen werden können. Vielmehr belässt das staatliche Recht in allen wesentlichen Bereichen allen nichtstaatlichen Krankenhäusern die Nutzung der durch das Gesellschaftsrecht bereitgestellten⁷² Rechts- und Organisationsformen.⁷³

⁶³ Ob die abwehrrechtliche Wirkweise aus Art. 137 Abs. 3 WRV oder aus Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG folgt, kann dabei wegen der engen Verknüpfung beider Regelungen offenbleiben.

⁶⁴ Es gehört zur Begriffstradition des deutschen Selbstverwaltungsverständnisses, die eigenen Angelegenheiten zu „regeln“. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG spricht dies exemplarisch aus.

⁶⁵ Beispiele bei *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 44), Art. 140, Rn. 34.2.

⁶⁶ Soweit es um die Vertragsinhalte und gegenseitigen Pflichten geht; hier gelten insbes. §§ 630a ff. BGB.

⁶⁷ Dazu *Jacob Joussen*, → § 57.

⁶⁸ Diesen Eindruck erweckt *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 44), Art. 140, Rn. 34.

⁶⁹ Dies betrifft z. B. die betriebsverfassungsrechtlichen Vertretungen.

⁷⁰ Weshalb auf die Darstellung bei *Jacob Joussen*, → § 57, verwiesen werden kann.

⁷¹ Auf die Regelungen zum Krankenhausplanungsrecht wird unter III. näher eingegangen.

⁷² Ein kirchliches Organisationsfindungsrecht im Bereich der Gesellschaftsrechtsformen lässt sich aus Art. 137 Abs. 3 WRV nicht ableiten, da es

28 Positiv kann man den geschützten Gestaltungsbereich mit *Depenheuer* wie folgt umschreiben: „Dieser Freiraum zur Regelung der eigenen Angelegenheiten deckt im Rahmen und nach Maßgabe der staatlichen Planungsvorgaben prinzipiell jede Organisationsentscheidung dem Verfahren und dem Inhalt nach. Diese sind – gemäß den verfassungsgerichtlichen Kriterien – in dem Maße eingriffsfest, wie sie theologisch zwingend und säkular nachvollziehbar aus dem kirchlichen Selbstverständnis abgeleitet werden können. Hingegen verengt sich die kirchliche Autonomie, wenn und insoweit das kirchliche Proprium grundsätzlich keine eigenen Maßstäbe bereithält. Vor dem Hintergrund dieser verfassungsrechtlichen Determinanten läßt sich die Bandbreite organisatorischer Entscheidungen nach Kompetenz- und Funktionsbereichen absichten in den exklusiv gesetzlicher Regelung vorbehaltenen Staatsraum, den exklusiv kirchlicher Selbstbestimmung vorbehaltenen Kirchenraum sowie den prinzipiell beiden Kompetenzbereichen zugänglichen Kontaktbereich.“⁷⁴

29 Folgt man dieser Strukturierung, so erweist sich der Kontaktbereich als das Themenfeld, dem besondere Aufmerksamkeit zu widmen ist. Mit Blick auf die Praxis erweisen sich insoweit die eng mit Finanzierungsfragen verbundene Krankenhausplanung, die Einzelheiten des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts, die Ausgestaltung der rechtlichen Beziehungen zu den Patienten als die besonders wichtigen Themenfelder. Zu erwähnen ist schließlich die Zurückhaltung der Landesgesetzgeber im Bereich der Organisationsvorgaben für Krankenhäuser⁷⁵, soweit es solche gibt.

um die bürgerlichrechtliche Außendimension (den Rechtsverkehr) und nicht nur um die bürgerlichrechtliche Anerkennung interner Organisationsakte geht.

⁷³ Die entscheidende Beschränkung bei Rechtsformenwahl folgt aus dem Gemeinnützigkeitsrecht (dazu *Ilona Nowak*, Freigemeinnützige Krankenhäuser in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung ihrer abgabenrechtlichen Privilegierung, 2007), dessen Inanspruchnahme aber in der freien Entscheidung der Träger liegt. *Thomas Bauer*, Die GmbH als Rechtsform karitativer Einrichtungen der Kirche, 2003, S. 14 ff.; *Heinig / Schlüter*, Krankenhäuser (o. Fn. 24), Rn. 16.

⁷⁴ *Otto Depenheuer*, Finanzierung und Organisation der kirchlichen Krankenhäuser (§ 60), in: HSKR², Bd. 2, S. 757 (783).

⁷⁵ In den meisten Gesetzen werden die kirchlichen Krankenhäuser von den Regelungen ausdrücklich ausgenommen. Siehe z.B. § 2 Abs. 3 LKHG BW.

Da auf die Krankenhausplanung und das Arbeitsrecht an anderer Stelle vertieft eingegangen wird⁷⁶, soll an dieser Stelle vertiefend die Beziehung zu den Patienten näher betrachtet werden. Dabei ist das Verhältnis zu den Patienten für das kirchliche Verständnis des Krankenhausbetriebs von zentraler Bedeutung, weil es den Kern des bereichsspezifischen Sendungsauftrags betrifft. Der im Gebot der christlichen Nächstenliebe verankerte caritative Auftrag trifft dabei auf die grundrechtlich und sozialstaatlich fundierten staatlichen Schutzpflichten, die auch als Patientenrechte bezeichnet werden können.⁷⁷

Der vom Bundesgesetzgeber in §§ 630a ff. BGB⁷⁸ vorgegebene gesetzliche Rahmen für die Behandlungsverträge mit den Patienten führt nicht zu Kollisionen mit dem kirchlichen Selbstverwaltungsrecht und konkretisiert mit wenigen inhaltlichen Abweichungen den zuvor richterrechtlich⁷⁹ entwickelten Rechtsrahmen.

Das Gleiche gilt für die in einigen Landeskrankenhausgesetzen (LKHG)⁸⁰ normierte Pflicht, Patienten aufzunehmen, die einer stationären medizinischen Versorgung bedürfen.⁸¹ Vor dem Hintergrund des personell nicht begrenzten Auftrags der christlichen Caritas ist auch hier kein Konflikt mit dem kirchlichen Selbstverständnis ersichtlich.

Ähnliches gilt für die in einigen Krankenhausgesetzen ohne explizite Sanktionsfolgen normierte Pflicht zur Zusammenarbeit mit anderen Einrichtungen des Gesundheitswesens⁸² und die von kirchlichen Krankenhäusern besonders geförderte⁸³ stationäre Palliativver-

⁷⁶ Zur Krankenhausplanung unten unter III. und zum Arbeitsrecht *Jacob Joussen*, → § 57.

⁷⁷ Zu den Inhalten von Patientenrechten näher *Laura Hoffmann / Hans Hartweg*, Patientenrechte in Europa, 2014; *Kathrin Kubella*, Patientenrechtgesetz, 2011.

⁷⁸ Zum Gesetz *Ulrich Preis / Angie Schneider*, Das Patientenrechtgesetz – eine gelungene Modifikation, in: NZS 2013, S. 281 ff.

⁷⁹ *Andreas Spickhoff*, in: Medizinrecht, hg. von dems., 2. Aufl. 2014, § 630a BGB, Rn. 3.

⁸⁰ Siehe z.B. § 28 LKHG BW; § 5 LKHG Hessen 2011; § 2 Abs. 2 LKHG NRW.

⁸¹ Ein bürgerrechtlicher Kontrahierungszwang wird durch die Regelung mangels Gesetzgebungskompetenz der Länder für diese Thematik allerdings nicht begründet.

⁸² Z. B. in § 3a LKHG BW.

⁸³ Bundesweit gab es 2015 in ca. 300 Krankenhäusern Palliativstationen. Davon befanden sich rund 48 Prozent in katholischer oder evangelischer Trägerschaft.

sorgung. Sowohl das staatliche Recht⁸⁴ als auch das kirchliche Selbstverständnis stellen dabei die Würde des Menschen und die Achtung des Selbstbestimmungsrechts in den Vordergrund.⁸⁵

- 34 Unterschiedliche Sichtweisen sind in dem kontrovers diskutierten Themenfeld der ärztlichen Sterbehilfe⁸⁶ sowie im Bereich der gesetzlichen Regelungen zur Patientenverfügung⁸⁷ zu verzeichnen. Während die kirchlichen Krankenhäuser im Bereich der ärztlichen Sterbehilfe durch entsprechende Weisungen an das ärztliche und Pflegepersonal Konflikte sicher vermeiden können, können im Bereich der Patientenverfügung auf Grund der zwingenden gesetzlichen Vorgaben Konflikte auftreten. Inhaltlich geht es dabei um den vor allem für katholische Krankenhäuser wichtigen Grundsatz, dass der Einzelne kein Recht zur Verfügung über sein Leben besitzt mit der Folge, dass nicht unter allen Umständen auf eine medizinische (Weiter-)Behandlung verzichtet werden darf. Der Gesetzgeber hat aber auch in diesen Fällen einer nicht unmittelbar lebensbedrohlichen Krankheit eine strikte Bindung an eine Patientenverfügung angeordnet. Lösungsansätze liegen hier im Bereich der Vertragsgestaltung bei der Aufnahme von Patienten.⁸⁸

⁸⁴ Winfried Kluth, Verfassungsrechtliche Aspekte der Palliativmedizin, in: Aktuelle Rechtsfragen der Palliativversorgung, hg. von Albrecht Wienke / Katrin Janke / Thomas Sitte / Toni Graf-Baumann, 2016, S. 143 ff.

⁸⁵ Die christlichen Krankenhäuser haben die neuere Gesetzgebung zur Verbesserung der Palliativversorgung (siehe etwa die Finanzierungsregelung in § 17b Abs. 1 S. 15 KHG) unterstützt. Sie fordern darüber hinaus die Etablierung ganzheitlicher End of Life Care-Konzepte im Klinikalltag und die Integration palliativer Behandlungskonzepte in die stationäre Regelversorgung auf Normalstationen, außerhalb spezieller Palliativstationen sowie der Verbesserung der Vernetzung durch Förderung einer sektorübergreifenden Palliativversorgung. Bislang steht die ambulante Palliativversorgung im Vordergrund der Gesetzgebung; siehe näher zum Zweiten Pflegestärkungsgesetz Alexander Schrehardt, Das Zweite Pflegestärkungsgesetz – Ein sozialrechtlicher Paradigmenwechsel?, in: DStR 2016, S. 253 ff.

⁸⁶ Dazu im Überblick Gunnar Duttge, Der assistierte Suizid: Ein Dilemma nicht nur der Ärzteschaft. Ein Kritischer Kommentar zu den „Reflexionen“ der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin (DGP), in: MedR 2014, S. 621 ff.

⁸⁷ Dazu näher Franziska Buchwald, Zwischen Religion und Selbstbestimmung: karitative Tätigkeit der Religionsgemeinschaften vor neuen Herausforderungen anlässlich der gesetzlichen Regelung zur Patientenverfügung, 2013.

⁸⁸ Zu Einzelheiten Buchwald, ebd., S. 141 ff., 227 ff.

4. Der spezifische verfassungsrechtliche „Status“ der kirchlichen Krankenhäuser

Die aus dem Grundrechtsschutz und dem Selbstverwaltungsrecht abgeleiteten besonderen Rechte der kirchlichen Krankenhäuser werden zusammenfassend auch als ihr spezifischer Status bezeichnet.⁸⁹ Damit ist indes keine Erweiterung der Rechte verbunden. Es handelt sich vielmehr lediglich um die bündelnde Zusammenschau der aus den einzelnen Rechtspositionen folgenden Berechtigungen. **35**

Auf der Ebene des Verfassungsrechts ist dieser Status durch die Grundrechtsträgerschaft und namentlich durch die Möglichkeit der Berufung kirchlicher Krankenhäuser auf die Grundrechte aus Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG i.V.m. Art. 140 GG, Art. 12 Abs. 1 GG sowie ergänzend Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) inhaltlich konkretisiert. **36**

Praktisch bedeutsam ist dieser Status auf zwei Rechtsebenen: Zunächst erfahren die Gestaltungs- und Wirtschaftsinteressen der kirchlichen Krankenhäuser überall dort, wo sie einen spezifischen Bezug der Betätigung zu ihrem religiösen Selbstverständnis aufweisen auf Grund des engeren Schrankenregimes einen stärkeren Schutz, als dies bei Krankenhäusern in der Trägerschaft der öffentlichen Hand oder privat-gewerblicher Unternehmen der Fall ist. Dies wirkt sich indirekt auch auf die Möglichkeit der verfassungsgerichtlichen Überprüfung fachgerichtlicher Entscheidungen aus, da neben dem Grundrecht der Berufsfreiheit auch den besonderen Anforderungen der Religionsfreiheit Rechnung getragen werden muss. **37**

Mit Blick auf die Praxis zeichnen sich in Bezug auf die religiös-weltanschauliche Gestaltungsfreiheit in den kirchlichen Krankenhäusern abgesehen von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten derzeit keine grundsätzlichen Konflikte ab. Indiz ist die gegen Null tendierende Zahl neuerer Gerichtsentscheidungen aus diesem Themenkreis. Dazu trägt auch die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Planungs- und Finanzierungsrechts bei, die auf eine konsensuale Vorgehensweise bei der Planung und Finanzierung ausgerichtet ist. **38**

⁸⁹ *Depenheuer*, Staatliche Finanzierung (o. Fn. 46), S. 104 ff.

III. Kirchliche Krankenhäuser im Rahmen der staatlichen Krankenhausplanung

1. Zielsetzungen und Strukturen der staatlichen Krankenhausplanung

- 39 Mit dem im Dezember 2015 grundlegend novellierten Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zu Regelungen der Krankenhauspflegesätze (KHG)⁹⁰ verfolgt der Bundesgesetzgeber auf der Grundlage seiner Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG⁹¹ gem. § 1 Abs. 1 das Ziel, die Krankenhäuser wirtschaftlich zu sichern, „um eine qualitativ hochwertige patienten- und bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen, qualitativ hochwertigen und eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern zu gewährleisten und zu sozial tragbaren Pflegesätzen beizutragen“. Damit nimmt der Bundesgesetzgeber seine sozialstaatliche Gewährleistungsverantwortung für den Bereich der stationären medizinischen Versorgung der Bevölkerung wahr.⁹²
- 40 Instrumente zur praktischen Gewährleistung der wirtschaftlichen Sicherung sind die von den Ländern aufzustellenden Krankenhauspläne (§ 6 KHG), die auf dieser Grundlage auf Antrag zu erlassenden Förderbescheide (§§ 8 ff. KHG) sowie die durch Verordnung erfolgende Pflegesatzregelung (§§ 16 ff. KHG), die eine Preisregulierung bewirken. Eine institutionenbezogene Qualitätssicherung ermöglicht § 8 Abs. 1a, 1b KHG durch die Koppelung der Aufnahme in den Krankenhausplan an den Nachweis der Erfüllung der durch den Gemeinsamen Bundesausschuss nach § 136c Abs. 2 S. 1 SGB V entwickelten Qualitätsstandards.
- 41 Die Handhabung dieser Instrumente wird in § 1 Abs. 2 KHG auch zur Wahrung verfassungsrechtlicher Vorgaben auf das Gebot der Vielfaltssicherung verpflichtet: „Bei der Durchführung des Gesetzes ist die Vielfalt der Krankenhausträger zu beachten. Dabei ist nach Maßgabe des Landesrechts insbesondere die wirtschaftliche Sicherung freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser zu gewährleisten. Die Gewährung von Fördermitteln nach diesem Gesetz darf

⁹⁰ G. i. d. F. v. 10. 4. 1991 (BGBl. I S. 886), zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 17. 7. 2017 (BGBl. I S. 2581).

⁹¹ Zu Einzelheiten *Thomae*, Krankenhausplanungsrecht (o. Fn. 46), S. 24 ff.

⁹² *Thomae*, ebd., S. 19 ff.

nicht mit Auflagen verbunden werden, durch die die Selbständigkeit und Unabhängigkeit von Krankenhäusern über die Erfordernisse der Krankenhausplanung und der wirtschaftlichen Betriebsführung hinaus beeinträchtigt wird.“ Diesen letzten Aspekt hat auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung hervorgehoben.⁹³

2. Das Vielfaltsgebot und seine Bedeutung für die kirchlichen Krankenhäuser

Das Vielfaltsgebot kann verfassungsrechtlich sowohl aus den Grundrechtspositionen der Krankenhausträger als auch aus den grundrechtlich geschützten Interessen der Patienten abgeleitet und näher begründet werden, wobei sich beide Ableitungen gegenseitig ergänzen und verstärken. Die besondere Bedeutung der Religionsfreiheit wird in diesem Zusammenhang besonders deutlich, wenn in die Überlegungen vergleichend die Rechtspositionen der anderen Träger einbezogen werden.

Wie die Bezugnahme auf die Grundrechte erkennen lässt, auf die sich die öffentlichen Träger (insbes. Länder, Kommunen, Sozialversicherungsträger und ggf. Hochschulen) nicht berufen können, beruht das Vielfaltsgebot aus der Trägerperspektive auf einer asymmetrischen Rechtslage. Es wirkt stärker zugunsten der nicht-staatlichen Träger und sichert diesen eine Marktpräsenz, die indes weder voraussetzungslos ist noch in Bezug auf ihren Umfang detaillierte Ableitungen zulässt. Den kommunalen Krankenhäusern wird demgegenüber durch die meisten Landeskrankenhausesetze die Pflicht zur „Lückenschließung“ im Versorgungssystem zugewiesen. Exemplarisch heißt es entsprechend in § 3 Abs. 1 LKHG BW: „Wird die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern nicht durch andere Träger sichergestellt, so sind die Landkreise und Stadtkreise verpflichtet, die nach dem Krankenhausplan notwendigen Krankenhäuser und Krankenhauseinrichtungen zu betreiben.“ In dieser Regelung kommt die staatliche Gewährleistungsverantwortung für die flächendeckende Gesundheitsversorgung zum Ausdruck.

Alle nichtöffentlichen Krankenhausträger können sich auf das Grundrecht der Berufs- und Unternehmerfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG berufen. Das ist für die privaten Krankenhausträger, die sich

⁹³ BVerfGE 82, 209 (231 ff.).

gewerblich betätigen unzweifelhaft⁹⁴, trifft aber auch auf die freige-meinnützigen und kirchlichen Träger zu. Auch sie verfolgen mit dem Betrieb eines Krankenhauses einen existenzsichernden Zweck, der zumindest auf die Deckung der Kosten des Krankenhausbetriebs gerichtet ist. Da es beim Grundrecht der Berufsfreiheit anders als beim Gewerbebegriff nicht auf eine Gewinnerzielungsabsicht ankommt, reicht die auf Kostendeckung gerichtete objektive Zielsetzung aus, um den sachlichen Schutzbereich des Grundrechts zu eröffnen.⁹⁵

- 45** Obwohl dem Grundrecht der Berufsfreiheit häufig eine (zu) geringe Wirkkraft zugeschrieben wird,⁹⁶ ist wegen der Einstufung der Entscheidung über die Aufnahme eines Krankenhausträgers in den Krankenhausplan als Entscheidung, die formal die Berufsausübungsfreiheit betrifft, aber auf Grund ihrer faktischen Bedeutung einer Regelung der Berufswahlfreiheit gleichzustellen ist, durch das Bundesverfassungsgericht⁹⁷ von einer erheblichen Relevanz des Grundrechts auszugehen. Das verdeutlichen die Rechtfertigungsanforderungen, die das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der Nichtaufnahme eines privaten Trägers in den Krankenhausplan entwickelt hat und die auch für kirchliche Träger gelten. Danach dürfen für die Aufnahme in den Krankenhausplan keine Anforderungen gestellt werden, die mehr als die Erfüllung der aktuellen fachlichen Standards verlangen.⁹⁸ Es dürfen zudem keine Krankenhäuser deshalb bevorzugt werden, weil sie ein umfassenderes Leistungsangebot vorhalten, da dadurch kleinere Träger und neue Träger benachteiligt würden.⁹⁹ Es müssen auch nicht alle Krankenhäuser über den gleichen medizinischen Standard in technischer und personeller Hinsicht verfügen.¹⁰⁰

⁹⁴ Exemplarisch BVerfGE 82, 209 (229 f.); BVerfG, in: NJW 2004, S. 1648 ff.

⁹⁵ Dazu näher *Deppenheuer*, Staatliche Finanzierung (o. Fn. 46), S. 109 ff. m. w. N.

⁹⁶ *Friedhelm Hufen*, Berufsfreiheit – Erinnerung an ein Grundrecht, in: NJW 1994, S. 2913 ff. spricht unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 GG kritisch von der „Erinnerung an ein Grundrecht“.

⁹⁷ BVerfGE 82, 209 (231); BVerfG, in: NJW 2004, S. 1648 (1649).

⁹⁸ BVerfGE 82, 209 (232).

⁹⁹ BVerfG, in: NJW 2004, S. 1648 (1649); *Udo Steiner*, Die staatliche Krankenhausbedarfsplanung als Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Rechtmäßigkeitskontrolle, in: DVBl. 1979, S. 865 (870).

¹⁰⁰ BVerfG, in: NJW 2004, S. 1648 (1649).

Die Pflicht zur Vielfaltssicherung lässt sich mittelbar auch aus den Grundrechten der Patienten ableiten. Dabei geht es weniger um deren Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, das in Bezug auf die qualitätsvolle medizinische Versorgung von besonderer Bedeutung ist¹⁰¹, aber von allen Anbietern von Gesundheitsdienstleistungen in gleicher Weise zu beachten ist, sondern vor allem um das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Religionsfreiheit, die sich – rechtstechnisch formuliert – auf die Art und Weise der Leistungserbringung auswirken. Dabei spielt vor allem der Zugang zu sozialen und seelsorgerischen Diensten bei schweren und terminalen Erkrankungen eine wichtige Rolle, da es in diesen Fällen auch darum geht, diesen wichtigen Abschnitt der persönlichen Lebensführung angemessen zu gestalten. Die kirchlichen Krankenhausträger schenken diesem Aspekt auf Grund ihres Selbstverständnisses besondere Aufmerksamkeit.

46

Die praktische Umsetzung des Vielfaltsgebotes wird in erster Linie durch die nähere Ausgestaltung des Verfahrens zur Aufstellung des Krankenhausplans gewährleistet. Auch insoweit sind die rechtlichen Vorgaben auf zwei Ebenen verteilt. Der Bundesgesetzgeber hat die zentralen Verfahrensmaßgaben in § 7 KHG geregelt. Absatz 1 Satz 2 der Vorschrift gibt insoweit vor, dass „bei der Krankenhausplanung und der Aufstellung der Investitionsprogramme [...] einvernehmliche Regelungen mit den unmittelbar Beteiligten anzustreben“ sind. Auch insoweit ist das Nähere nach Absatz 2 durch Landesrecht zu bestimmen. Der Gesetzgeber vertraut damit auf eine verfahrensrechtliche Lösung für den Interessenausgleich und verzichtet auf den ersten Blick auf klare Auswahlkriterien. Diese sind aber gleichwohl erforderlich und aus dem Gesetz abzuleiten, wenn es in Ausnahmefällen nicht zu einer einvernehmlichen Lösung kommt.

47

Die Vorgabe bezieht sich auf den Krankenhausplan und die Investitionsprogramme. Ihre nähere Ausgestaltung bleibt dabei offen. Bundesgesetzlich vorgegeben wird jedoch, wer zu beteiligen und dass das Einvernehmen mit den unmittelbar Beteiligten anzustreben ist, woraus sich Vorgaben für die Betätigung des Verfahrensermessens ergeben.

48

Der Begriff des „unmittelbar Beteiligten“ ist im Wege der Auslegung zu bestimmen und meint auch ausweislich der Gesetzesbegrün-

49

¹⁰¹ Jörg Gstöttner, Der Schutz von Patientenrechten durch verfahrensmäßige und institutionelle Vorkehrungen sowie den Erlass einer Charta der Patientenrechte, 2005, S. 105 ff.; siehe auch im Zusammenhang mit dem Versorgungsanspruch der gesetzlich Versicherten BVerfGE 115, 25 ff.

dung nicht die einzelnen Krankenhausträger, wie es der Wortlaut nahelegt, sondern die Verbände der verschiedenen Trägergruppen. Denn es geht um die an der Aufstellung des Krankenhausplans unmittelbar Beteiligten.¹⁰² Das einzelne Krankenhaus, das eine Aufnahme in den Krankenhausplan anstrebt, ist nach Abs. 1 S. 1 Hs. 2 lediglich anzuhören. Es ist am Verfahren der Aufstellung des Krankenhausplans nicht (unmittelbar) beteiligt. Die Anhörung genügt dabei den rechtsstaatlichen Anforderungen. Ein Anspruch auf direkte Verfahrensbeteiligung lässt sich verfassungsrechtlich nicht begründen.

- 50** Anzuhören ist ein Krankenhaus nicht nur dann, wenn eine Entscheidung zu Lasten des Krankenhausträgers dergestalt ergeht, dass er nicht in den Krankenhausplan aufgenommen wird oder eine beantragte Investitionsförderung abgelehnt werden soll. Auch andere Krankenhäuser betreffende Maßnahmen, die sich auf das Wettbewerbsverhältnis auswirken können, führen zu einer Anhörungspflicht.¹⁰³
- 51** Die auf das Verfahrensermessen bezogene Vorgabe „anzustreben“ bedeutet, dass die Verhandlungsleitung gegebenenfalls verpflichtet ist, zunächst abgelehnte Vorschläge zu verändern, wenn dadurch eine einvernehmliche Lösung erzielt werden kann. Da das Einvernehmen aber keine zwingende Voraussetzung für eine Beschlussfassung darstellt, muss der Verhandlungsprozess nicht so lange fortgeführt werden, bis ein Einvernehmen erzielt wird. Es ist nicht Voraussetzung einer wirksamen Beschlussfassung.
- 52** Die Aufnahme in den Krankenhausplan wird nach den 2015 neu in § 8 Abs. 1a KHG eingeführten Regelungen zu den Qualitätsvorgaben, die der Gemeinsame Bundesausschuss zu konkretisieren hat, von der Einhaltung dieser Vorgaben abhängig gemacht. Konsequenterweise sieht Absatz 1b auch die Möglichkeit einer vollständigen oder auf einzelne Leistungsbereiche begrenzten Herausnahme aus dem Krankenhausplan vor.
- 53** Einen weiteren Qualitätsvorbehalt normiert § 8 Abs. 2 KHG für den Fall, dass eine größere Zahl an Krankenhäusern die Voraussetzungen für die Aufnahme in den Krankenhausplan erfüllt, als es dem Bettenbedarf entspricht. Für diesen Fall sieht das Gesetz eine Ermessensentscheidung vor, bei der das Merkmal der Vielfalt nur dann den

¹⁰² BT-Drs. 10/2095, S. 22; *Thomae*, Krankenhausplanungsrecht (o. Fn. 46), S. 89 f.

¹⁰³ *Thomae*, ebd., S. 91.

Ausschlag geben darf, wenn die Qualität der erbrachten Leistungen der in Konkurrenz stehenden Einrichtungen gleichwertig ist. Umgekehrt bedeutet dies, dass bei gleicher Qualität das Vielfaltsgebot eine Privilegierung freigemeinnütziger und privater Krankenhausträger rechtfertigen kann.¹⁰⁴ Nur auf diesen Fall der Betätigung des Auswahlmessens bezieht sich auch die Aussage, dass kein Anspruch auf Aufnahme in den Krankenhausplan besteht.

Die Landesgesetzgeber haben das Verfahren in den Einzelheiten unterschiedlich ausgestaltet.¹⁰⁵ Teilweise wird der Krankenhausplan durch das zuständige Ministerium beschlossen, das die unmittelbar Betroffenen anhört.¹⁰⁶ Die meisten Länder sehen die Bildung eines Planungsausschusses vor, in dem die staatlichen Stellen und die zu beteiligenden Verbände zusammenwirken.¹⁰⁷ In Sachsen-Anhalt sieht das Gesetz vor, dass der Planungsausschuss „bei“ dem zuständigen Ministerium gebildet¹⁰⁸ wird, was die Frage seiner organisationsrechtlichen Verortung aufwirft. Auch hier wird der Krankenhausplan aber durch die Landesregierung beschlossen.¹⁰⁹

54

Gemeinsam ist allen Verfahrensregelungen, dass sie auf eine einvernehmliche Entscheidung abzielen und dass eine rechtliche Außenwirkung erst dem auf der Grundlage des Krankenhausplans ergehenden Investitionsbescheid zukommt, bei dessen gerichtlicher Überprüfung aber auch der zugrunde liegende Krankenhausplan kontrolliert werden kann.¹¹⁰

55

3. Die Gewährleistungspflicht des § 2 Abs. 2 S. 2 KHG

Ergänzend zum Vielfaltsgebot hat der Bundesgesetzgeber im Rahmen der Gesetzesnovellierung im Jahr 1984 in § 2 Abs. 2 S. 2 KHG die weitergehende staatliche Pflicht eingeführt, „die wirtschaftliche Sicherung freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser zu ge-

56

¹⁰⁴ *Thomae*, ebd., S. 97.

¹⁰⁵ Siehe dazu auch die Synopse bei *Thomae*, ebd., S. 163 ff.

¹⁰⁶ § 3 Abs. 1 LKHG LSA.

¹⁰⁷ Z. B. § 4 Abs. 2 LKHG BW; § 13 Abs. 1 LKHG NRW.

¹⁰⁸ § 9 Abs. 1 LKHG LSA.

¹⁰⁹ § 3 Abs. 4 LKHG LSA.

¹¹⁰ Zu Einzelheiten *Thomae*, Krankenhausplanungsrecht (o. Fn. 46), S. 139 ff.

währleisten“. Die Einzelheiten dazu werden der Verantwortung der Landesgesetzgeber zugewiesen.

- 57 Diese auf die nichtstaatlichen Krankenhäuser beschränkte Regelung geht mit der Vorgabe der Gewährleistungspflicht weiter als das an den Bestand von Krankenhäusern verschiedener Träger anknüpfende Vielfaltsgebot, weil der Staat positiv sichern muss, dass freigemeinnützige und private Krankenhäuser in ihrer Existenz gesichert sind, soweit die allgemeinen organisatorischen und qualitativen Voraussetzungen für den Krankenhausbetrieb gesichert sind.¹¹¹ Damit ordnet der Bundesgesetzgeber eine Privilegierung der nichtstaatlichen Träger an, deren konkrete inhaltliche Reichweite allerdings offen bleibt und der näheren Ausgestaltung durch die Landesgesetzgeber überantwortet ist. Die Gesetzesbegründung spricht nur vage davon, dass den freigemeinnützigen und privaten Krankenhäusern bei der Sicherstellung der bedarfsgerechten und bürgernahen Versorgung eine „besondere Bedeutung“ zukommen soll.¹¹²
- 58 Die Gewährleistungspflicht ist an die Beachtung der Vielfaltsicherung gekoppelt („dabei“) und entfaltet insbesondere dann größere Wirkung, wenn die Gewährleistung der Vielfalt selbst gefährdet ist. Deshalb kommt der Gewährleistungspflicht vor allem dann Bedeutung zu, wenn im Rahmen einer Auswahlentscheidung bei der Aufnahme in den Krankenhausplan zwischen einem öffentlichen und einem freigemeinnützigen oder privaten Krankenhaus zu wählen ist.¹¹³
- 59 Die staatlichen Handlungspflichten sind auf das Instrumentarium des KHG beschränkt, d. h. auf die Investitionskosten und die Ausgestaltung der Pflegesätze. Da letztere für alle Krankenhäuser gleichermaßen verbindlich sind, kommen Unterstützungsmaßnahmen nur durch die Unterstützung von Investitionen in Frage. Das Gesetz verpflichtet die Länder nicht zu weitergehenden allgemeinen Subventionen und vergleichbaren Unterstützungsmaßnahmen.¹¹⁴
- 60 In den Landeskrankenhausesetzen finden sich keine expliziten Regelungen, die als weitergehende Konkretisierung der Gewährleistungspflicht zu verstehen sind. Verlangt werden solche Regelungen durch § 1 Abs. 2 S. 2 KHG auch nicht. Vielmehr muss das vorgegebene Ziel im Rahmen der Anwendung der landesgesetzlichen Regelung

¹¹¹ *Thomae*, ebd., S. 95 ff.

¹¹² BT-Drs. 10/2565, S. 27.

¹¹³ *Thomae*, Krankenhausplanungsrecht (o. Fn. 46), S. 97.

¹¹⁴ Ähnlich *Thomae*, ebd., S. 97.

gen und damit konkret bei der Aufstellung der Krankenhauspläne berücksichtigt werden.

IV. Die Finanzierung der kirchlichen Krankenhäuser

1. Die Finanzierungsquellen und ihre Entwicklung im Überblick

Die Finanzierung der Krankenhäuser erfolgt in Deutschland seit 1972, dem Erlasszeitpunkt des KHG, auf der Grundlage eines sog. dualen Modells.¹¹⁵ Dualität bezieht sich dabei auf die Finanzierungsgegenstände und die Finanzierungsquellen. Die Länder fördern die Investitionen in die Krankenhausinfrastruktur in dem durch § 9 Abs. 1 KHG normierten Umfang.¹¹⁶ Hinzu kommen die auf Antrag zur Verfügung stellbaren weiteren Fördermittel nach § 9 Abs. 2 KHG. Die durch den laufenden Versorgungsbetrieb vor allem im Personalbereich und bei den Sachmitteln entstehenden Kosten werden durch die Pflegesätze gedeckt, die auf der Grundlage des § 16 KHG in einer Pflegesatzverordnung im Einzelnen geregelt sind. In diesem Bereich wurde ab 2002 durch die Umstellung der Finanzierung auf das DRG-System (Diagnosis-Related-Groups, sog. Fallpauschalen auf der Grundlage eines ärztlich-ökonomischen Patientenklassifikationssystems) auf der Grundlage der Vorgaben des § 17b KHG eine grundlegende Neuausrichtung¹¹⁷ vorgenommen. Das auf Kostendämpfung und Verkürzung der Verweildauer ausgerichtete Finanzierungssystem arbeitet mit einer Kombination von Fallpauschalen-Katalog, Zusatzentgelten, Zu- und Abschlägen für atypische Fälle¹¹⁸, Sicherstellungs-

61

¹¹⁵ Zu Einzelheiten *Udo Degener-Hencke*, in: Krankenhausrecht (o. Fn. 24), § 5, Rn. 42 ff.; *Deppenheuer*, Staatliche Finanzierung (o. Fn. 46), S. 57 ff.; *Makoski*, Kirchliche Krankenhäuser (o. Fn. 1), S. 81 ff.

¹¹⁶ Zu Einzelheiten *Degener-Hencke*, in: Krankenhausrecht (o. Fn. 115), § 5, Rn. 46 ff. Zu den beihilferechtlichen Aspekten der Investitionsförderung *Degener-Hencke*, ebd., § 5, Rn. 89 ff.; *Makoski*, Kirchliche Krankenhäuser (o. Fn. 1), S. 109 ff.; *Svend Heise*, Krankenhausfinanzierung und Beihilferecht – das Krankenhauswesen zwischen Gemeinwohlverpflichtung und Wettbewerb, in: EuZW 2015, S. 739 ff.

¹¹⁷ Zu Motiven und Struktur näher *Degener-Hencke*, in: Krankenhausrecht (o. Fn. 115), § 5, Rn. 147 ff.

¹¹⁸ Jede DRG beruht auf einer mittleren Verweildauer. Wird diese über- oder unterschritten, kommt es zu Zu- oder Abschlägen. Ob die vorgesehenen Zuschläge die zusätzlichen Kosten decken, ist einzelfallabhängig.

zuschlag und krankenhausindividuellen Entgelten¹¹⁹ und ersetzt die bis dahin geltenden verweildauerbezogenen Tagespflegesätze.¹²⁰

62 Die Investitionsförderung durch die Länder setzt die Aufnahme¹²¹ in den Krankenhausplan voraus, die mit verschiedenen Hindernissen verbunden sein kann.¹²² Bei den bestehenden kirchlichen Krankenhäusern ist die Aufnahme in den Krankenhausplan indes die Regel.

63 Das Hauptproblem im Bereich der Investitionsförderung liegt in der Handhabung durch die Länder, die durch das KHG nicht zur Bereitstellung von Mitteln in einer bestimmten Höhe verpflichtet werden. Vor dem Hintergrund der Haushaltslagen in den Bundesländern ist seit 1994 ein Rückgang der Fördermittel zu verzeichnen.¹²³ Lagen die Gesamtausgaben der Länder 1994 für die Investitionsförderung nach dem KHG noch bei 3,9 Mrd. Euro, so war der Betrag 2011 auf nur noch 2,7 Mrd. Euro zurückgegangen.¹²⁴ Erst in jüngster Zeit bemühen sich Bund und Länder um eine Verbesserung der Investitionsförderung, auch um die strukturelle Anpassung der Krankenhauslandschaft an die Folgen und Anforderungen des demografischen Wandels zu fördern, indem für (Teil-)Schließungen und Neuausrichtungen von Krankenhäusern Fördermittel bereitgestellt werden (§§ 12 bis 15 KHG). Zudem hat sich das Verhältnis von Einzelfallförderung zu Pauschalförderung zu Lasten der Einzelfallförderung verschoben.¹²⁵ Diese Entwicklung betrifft zwar alle Krankenhausträger gleichermaßen, wirkt sich praktisch aber vor allem dort aus, wo es an eigenen finanziellen Mitteln zur Schließung von Investitionslücken fehlt. Das ist vor allem der Bereich der kommunalen Krankenhäuser mit der Folge, dass in diesem Bereich viele Häuser

¹¹⁹ Zu den einzelnen Elementen siehe vertiefend *Degener-Hencke*, in: Krankenhausrecht (o. Fn. 115), § 5, Rn. 155 ff.

¹²⁰ Zu einzelnen Problemfeldern siehe *Timo Balmberger / Jeanette Hohls*, Grundsätze der Krankenhausfinanzierung, in: AuK 2014, S. 2 ff.

¹²¹ Relevant wird in Zukunft aber auch die Herausnahme von Krankenhäusern bzw. einzelnen Leistungsbereichen aus einem Krankenhausplan gem. § 8 Abs. 1b KHG, wenn die neuen Vorgaben der Qualitätssicherung und Mindestmengen nicht erreicht werden.

¹²² Zur neueren Rechtsprechung siehe *Mechthild Schildwächter*, Neuere Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen zum Krankenhausrecht, in: NZS 2016, S. 207 ff.

¹²³ *Degener-Hencke*, in: Krankenhausrecht (o. Fn. 115), § 5, Rn. 60 ff. m. w. N.

¹²⁴ Siehe zu den Folgen auch *Balmberger / Hohls* (o. Fn. 120), S. 2 ff.

¹²⁵ *Degener-Hencke*, in: Krankenhausrecht (o. Fn. 115), § 5, Rn. 61.

durch private Investoren übernommen wurden.¹²⁶ Im Bereich der gemeinnützigen und kirchlichen Träger sind vergleichbare Entwicklungen abgesehen von Fusionen und Restrukturierungsmaßnahmen bislang (noch) nicht zu verzeichnen gewesen.

Die durch die geringe Investitionsförderung der Länder verursachten Investitionslücken haben in der Praxis dazu geführt, dass Teile des DRG-Aufkommens zur Schließung dieser Lücken verwendet wurden und werden, mit der Folge, dass es im Personalbereich zu Unterbesetzungen bzw. der Zahlung geringer Entgelte kommt.¹²⁷ Dies hat indirekt zur Folge, dass sich die unzureichende Finanzierungsbereitschaft der Länder zu Lasten der Patienten und der Betreuungsqualität in den Krankenhäusern auswirkt.

64

2. Die Haushaltslage kirchlicher Krankenhäuser zu Beginn des 21. Jahrhunderts

In Bezug auf die Größe der Krankenhäuser ergibt sich folgendes Bild: Gut die Hälfte der kirchlichen Krankenhäuser verfügt über eine Bettenzahl zwischen 101 und 300 und gehört damit zur mittleren Größenklasse. Bei den Krankenhäusern mit mehr als 300 Betten stellen die kirchlichen Krankenhäuser gut ein Drittel, bei den kleineren Krankenhäusern sind nur ca. 16 % kirchliche Träger. Insgesamt ist das kirchliche Krankenhauswesen damit durch größere Häuser mit einem breiten Versorgungsangebot geprägt. Damit kann die strukturelle Ausgangslage für die kirchlichen Krankenhäuser insgesamt als günstig qualifiziert werden. Das spiegelt sich auch in stabilen Marktanteilen in den letzten Jahren wider.

65

Innerhalb dieses allgemeinen staatlichen Finanzierungsrahmens müssen sich auch die kirchlichen Krankenhäuser im Wettbewerb behaupten und ihr eigenständiges Profil bewahren und sichtbar machen. Da der eigene Anspruch unter anderem darauf abzielt, den Patienten eine hohe Aufmerksamkeit in allen ihren Belangen und Bedürfnissen zu widmen, müssen dafür zusätzliche eigene Finanzierungsquellen zur Verfügung stehen.

66

¹²⁶ Dies spiegelt sich in der deutlichen Zunahme der privaten Träger und der Bettenzahlen in diesem Bereich wider. Dazu auch *Michael Stein / Oliver Klöck / Johannes Althaus*, Kostendruck, knappe Kassen und die Konsolidierung des Marktes – Rosige Zeiten für Privatinvestoren im Gesundheitswesen?, in: NZS 2011, S. 525 ff.

¹²⁷ *Balmberger / Hohls* (o. Fn. 120), S. 6.

- 67 In Betracht kommen insoweit als kirchliche Finanzierungsquellen (indirekt) das Kirchensteueraufkommen, die Erträge aus Stiftungen und Kirchenvermögen, Spenden und Staatsleistungen gem. Art. 138 Abs. 1 WRV.¹²⁸ Zur Bedeutung dieser Finanzierungsquellen lassen sich wegen der erheblichen regionalen Unterschiede keine allgemeinen Aussagen machen, weshalb ihre Bedeutung für den einzelnen Krankenhausträger auch sehr unterschiedlich ausfällt. Allgemein lässt sich nur feststellen, dass das Kirchensteueraufkommen nur begrenzt für Investitionen im Krankenhausbereich genutzt wird bzw. werden kann, da die Kostenbelastungen in den anderen Aufgabenbereichen damit kaum gedeckt werden können.

3. Einzelfragen

- 68 Wie bei den übrigen Trägern steht auch bei den kirchlichen Krankenhäusern ein Prozess der Strukturanpassung an, der in vielen Bereichen zu einer neuen Ausrichtung und Schwerpunktsetzung führen wird. Es geht dabei zum einen darum, die Versorgung in dünn besiedelten ländlichen Räumen sicherzustellen¹²⁹ und zum anderen um die stärkere Ausrichtung auf die Versorgungsbedürfnisse einer alternden Bevölkerung (Palliativmedizin¹³⁰ u.s.w.). Neben neuen fachlichen Schwerpunktsetzungen geht es um eine Veränderung an der Schnittstelle von ambulanter und stationärer Versorgung und eine Weiterentwicklung der integrierten Versorgung.¹³¹ Für die kirchlichen Krankenhäuser ist damit jenseits der organisatorischen und finanziellen Herausforderungen und Lasten¹³² die Chance verbunden, ihren spezifisch religiösen Dienstauftrag in neue Bereiche der Gesundheitsversorgung hinein zu erstrecken und damit ihr Profil zu stärken.¹³³ Vor allem die mit dem demografischen Wandel und der Pallia-

¹²⁸ Makoski, Kirchliche Krankenhäuser (o. Fn. 1), S. 143 ff.

¹²⁹ Mario Königshofen, Daseinsvorsorge in Zeiten des demographischen Umbruchs, 2015, S. 172 ff.; Ernst-Wilhelm Luthe (Hg.), Kommunale Gesundheitslandschaften, 2013.

¹³⁰ Wienke / Janke / Sitte / Graf-Baumann (Hg.), Aktuelle Rechtsfragen der Palliativversorgung (o. Fn. 84).

¹³¹ Ein untergeordneter Aspekt ist auch die Suche nach neuen kooperativen Formen der medizinischen Versorgung, u. a. durch Einsatz von Telemedizin.

¹³² Diese werden teilweise durch neue Finanzierungs- und Förderinstrumente gedeckt.

¹³³ Dabei können die weitreichenden Aktivitäten kirchlicher Träger Caritas und Diakonie im Bereich der Pflege genutzt werden.

tivmedizin verbundenen Betätigungsfelder stellen die persönlichen Bedürfnisse der Menschen im Verhältnis zur medizinisch-technischen Versorgung wieder stärker in das Zentrum der Aufmerksamkeit.

Um dieser Herausforderung zu begegnen, haben die kirchlichen Krankenhäuser, wie viele andere freigemeinwirtschaftliche Träger, in den letzten Jahren vor allem im Bereich der Qualitätssicherung und der Konkretisierung der Qualitätsmerkmale erhebliche Anstrengungen unternommen.¹³⁴

An Grenzen stößt das Engagement der kirchlichen Krankenhäuser nicht nur bei der Finanzierung vorhandener und neuer Einrichtungen, sondern auch bei der Suche nach christlich orientiertem Personal, das unverzichtbar für die praktische und wirksame Umsetzung des spezifischen Dienstverständnisses ist. Die Realität des kirchlichen Krankenhauswesens ist insoweit weit entfernt von seinen Ursprüngen, die durch eine enge Verknüpfung von christlicher Berufung (u. a. in einem Pflegeorden) und Beruf (vor allem in der Pflege und Betreuung der Kranken) gekennzeichnet war. Die steigende Zahl arbeitsgerichtlicher Verfahren, bei denen eine von christlichen Grundsätzen abweichende private Lebensführung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern im Zentrum der Auseinandersetzung steht, ist auch vor dem Hintergrund einer sich weiterentwickelnden Rechtsprechung¹³⁵ eines von vielen Indizien für diese Problematik. Für die kirchlichen Krankenhäuser geht es damit auch um ihr Selbstverständnis und die Ansprüche an die konsequente Umsetzung in den Einrichtungen sowie die Mitwirkung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter am kirchlichen Sendungsauftrag, der maßgeblich für die Rechtfertigung der Besonderheiten des kirchlich geprägten Arbeitsrechts ist.

¹³⁴ Dazu näher unter V. 2.

¹³⁵ Dazu *Stefan Greiner*, Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten nach dem „IR“-Urteil des EuGH, in: NZA 2018, S. 1289 ff.

V. Einzelfragen der Organisation kirchlicher Krankenhäuser

1. Die in der Praxis genutzten Organisationsrechtsformen

- 71** Ähnlich wie die öffentliche Verwaltung nutzen auch die Kirchen in jüngerer Zeit vorwiegend privatrechtliche Organisationsrechtsformen, wenn sie Krankenhäuser als selbständige Organisationseinheiten mit eigener Rechtsfähigkeit errichten.¹³⁶ Dies führt in der Praxis dazu, dass die kirchlichen Krankenhäuser bzw. ihre Träger in der Regel als Verein, als Kapitalgesellschaft oder (privatrechtliche) Stiftung organisiert sind. Besonders häufig ist in neuerer Zeit die Rechtsform der gemeinnützigen GmbH (gGmbH) anzutreffen.¹³⁷
- 72** Die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung der Trägergesellschaft ist in der Praxis einerseits durch die Vorgaben des Gemeinnützigkeitsrechts¹³⁸ und andererseits durch die Sicherung einer hinreichenden Einflussnahme durch die Kirchenleitung geprägt. Dabei geht es insbesondere um sog. externe Zustimmungsvorbehalte und Mitwirkungsrechte bei der Bestellung von Leitungspersonal sowie bei der inhaltlichen Ausrichtung der Tätigkeit.¹³⁹ Das Gesellschaftsrecht eröffnet auch ohne den Rekurs auf eine grundrechtskonforme Auslegung, wie sie im Vereinsrecht erforderlich ist,¹⁴⁰ hinreichende Gestaltungsspielräume, um diese Ziele wirksam umzusetzen.

2. Spezifische Instrumente der Qualitätssicherung in kirchlichen Krankenhäusern

- 73** Die Qualitätssicherung hat im Gesundheitswesen in den letzten Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen und auch Eingang in die Investitionsförderung und Krankenhausplanung gefunden¹⁴¹ (§ 6 Abs. 1a und § 8 Abs. 1a und 1b KHG).¹⁴² Die kirchlichen Kranken-

¹³⁶ Soweit eine kirchliche Organisationseinheit unmittelbar als Träger agiert, kann folglich auch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts als Träger fungieren; vgl. *Bauer*, Die GmbH (o. Fn. 73), S. 16 ff.

¹³⁷ *Bauer*, ebd., S. 57 ff.

¹³⁸ Dazu näher *Nowak*, Freigemeinnützige Krankenhäuser (o. Fn. 73).

¹³⁹ Zu Einzelheiten *Bauer*, Die GmbH (o. Fn. 73), S. 71 ff.

¹⁴⁰ Dazu BVerfGE 83, 341 (356 ff.).

¹⁴¹ *Stollmann* (o. Fn. 56), S. 201 ff.

¹⁴² Siehe dazu auch die Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses gemäß § 137 Abs. 1 SGBV i.V.m. § 135a SGBV über Maßnahmen der Quali-

häuser unterliegen den gesetzlich etablierten Instrumenten der Qualitätskontrolle insoweit wie alle anderen Krankenhausträger.¹⁴³

Um darüber hinaus der besonderen religiösen Sendung gerecht zu werden, die für das Selbstverständnis der kirchlichen Krankenhäuser prägend ist und durch die christliche Wertorientierung, die besondere Zuwendung zum Menschen (auch durch die Einbindung von ehrenamtlichem Engagement) und die Ermöglichung eines würdigen Sterbens bestimmt ist, wurden durch die Träger besondere Instrumente der Qualitätssicherung auch für diese Handlungsfelder entwickelt. Exemplarisch kann insoweit auf den Verein Qualitätsindikatoren für kirchliche Krankenhäuser – QKK e.V. verwiesen werden, der Instrumente zur Messung und Förderung der Qualität entwickelt und vermittelt.¹⁴⁴

74

VI. Entwicklungsperspektiven kirchlicher Krankenhäuser

Die kirchlichen Krankenhäuser bilden mit ihrer stabilen organisatorischen und ökonomischen Basis, der ungefähr ein Drittel der stationären Gesundheitsversorgung im deutschen Gesundheitswesen abdeckt, eine bedeutsame und unverzichtbare Trägergruppe, die zusammen mit anderen freigemeinnützigen, öffentlichen und privatgewerblichen Krankenhäusern die auch gesetzlich erwünschte Vielfalt der Versorgungsangebote gewährleistet.

75

Die für kirchliche Krankenhäuser prägende Ausrichtung an den Bedürfnissen des ganzen Menschen während der Krankenhausaufenthalte trifft vor dem Hintergrund der Herausforderungen, denen sich das Gesundheitswesen in Zeiten des demographischen Wandels und einer alternden Gesellschaft stellen muss, auf besonders große Aufmerksamkeit und Akzeptanz. Gerade angesichts der Tendenzen zu einer stärkeren Ausrichtung des Gesundheitswesens an Wirtschaftlichkeit und Wettbewerb können die kirchlichen Krankenhäuser andere Akzente setzen und wichtige Impulse für die gesellschaftliche Entwicklung in diesem Bereich geben.

76

tätssicherung für nach § 108 SGBV zugelassene Krankenhäuser, zuletzt geändert am 16. 4. 2015, BAnz., Amtlicher Teil, vom 6. 8. 2015 B2.

¹⁴³ Im Überblick dazu *Christian Katzenmeier*, in: *Arztrecht*, hg. von Adolf Laufs/Christian Katzenmeier/Volker Lipp, 7. Aufl. 2015, Abschnitt X, Rn. 65 ff.; *Beatrix Beyerle*, *Rechtsfragen medizinischer Qualitätskontrolle*, 2004.

¹⁴⁴ Siehe <<https://qkk-online.de>>.

- 77** Durch die veränderten Versorgungsstrukturen, die zu einer Relativierung der überkommenen Trennung zwischen ambulanten und stationärer Versorgung führen und der Palliativversorgung einen höheren Stellenwert zuweisen, ergeben sich neue Chancen, den kirchlichen Dienstauftrag in neue Felder der medizinischen Versorgung hinein auszuweiten. Zugleich hat sich das Wettbewerbsumfeld durch die starke Zunahme privat-gewerblicher Träger verändert und verschärft.
- 78** Eine besondere Herausforderung stellt für die kirchlichen Krankenhäuser vor dem Hintergrund der deutlich abnehmenden religiösen und kirchlichen Bindungen in der deutschen Gesellschaft die Gewinnung von Personal dar, das den spezifischen Sendungsauftrag mit Leben erfüllt und aus innerer Überzeugung umsetzt. In diesem Bereich ist der primäre Verkündigungsauftrag der christlichen Kirchen gefordert, die Grundlagen für die Fortführung eines kirchlichen Krankenhauswesens zu sichern.

§ 53

Kindertageseinrichtungen in kirchlicher Trägerschaft

Von Renate Penßel

I. Die Bedeutung kirchlicher Kindertageseinrichtungen für Staat und Kirche	1–2
II. Begriffsdefinitionen	3–10
1. Der Begriff der „Kindertageseinrichtung“	3
2. Die „kirchliche Trägerschaft“ einer Kindertageseinrichtung und ihre unterschiedlichen Formen	4–10
III. Überblick über die einschlägigen Rechtsgrundlagen	11–34
1. Verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Rahmen	11–22
a) Vorgaben des Grundgesetzes	12–19
b) Völker- und unionsrechtliche Regelungen	20–21
c) Regelungen des Landesverfassungsrechts	22
2. Einfaches Bundesrecht	23–31
a) Staatliche Planungs- und Gesamtverantwortung	25
b) Trägerpluralismus und Selbständigkeit der freien Träger	26–27
c) Subsidiaritätsprinzip	28–29
d) Wahlrecht zwischen verschiedenen Einrichtungsträgern	30
e) Anspruch auf einen Betreuungsplatz	31
3. Landesrecht, kirchenvertragliche Regelungen	32–33
4. Bedeutung des Kirchenrechts	34
IV. Einzelfragen	35–57
1. Beteiligung kirchlicher Träger an der Bedarfsplanung	35
2. Zulassung einer kirchlichen Kindertageseinrichtung	36–38
3. Staatliche Einwirkungsmöglichkeiten	39–40

4. Das Rechtsverhältnis zwischen Einrichtungsträger und Benutzern	41–47
a) Anspruch auf Aufnahme in eine kirchliche Kindertageseinrichtung	41
b) Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses	42
c) Religiöse Erziehung in kirchlichen Kindertageseinrichtungen	43
d) Mitwirkungsrechte der Eltern	44
e) Rechtsschutzfragen	45–47
5. Die Beschäftigung von Mitarbeitern	48
6. Finanzierung kirchlicher Kindertageseinrichtungen	49–57
a) Quellen der Kostendeckung	50
b) Voraussetzungen und Umfang der staatlichen Förderung	51–56
c) Insbesondere: Elternbeiträge	57

I. Die Bedeutung kirchlicher Kindertageseinrichtungen für Staat und Kirche

- 1 Der Anteil der Kinder, die in Kindertageseinrichtungen betreut werden, ist in den vergangenen Jahren stark gewachsen¹: Inzwischen besuchen durchschnittlich 34 % der 0–3-jährigen² und 93 % der 3–6-jährigen Kinder eine solche.³ Besonders in der Altersgruppe unter 3

¹ Meilensteine waren die Einführung eines Anspruchs auf einen Betreuungsplatz ab Vollendung des 3. Lebensjahres zum 1. Januar 1999 und später ab Vollendung des 1. Lebensjahres zum 1. August 2013. V. a. Letzteres hatte einen deutlichen, noch nicht abgeschlossenen Ausbau der Kindertagesbetreuung zur Folge. Überblick bei: Kommentierte Daten der Kinder- und Jugendhilfe, Heft 1 (2018), S. 13 ff., abrufbar unter: <http://www.akjstat.tu-dortmund.de/fileadmin/user_upload/AKJStat/Komdat/2018_Heft1_KomDat.pdf>. Näher zur Gesetzgebungsgeschichte und ihren rechtspolitischen Hintergründen *Jutta Struck*, in: Reinhard Wiesner (Hg.), SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe – Kommentar, 5. Aufl. 2015, Vorbem. zu § 22, Rn. 1 ff.

² *Statistisches Bundesamt*, Pressemitteilung vom 26. 9. 2019, <https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2019/09/PD19_379_225.html>.

³ Für einen umfassenderen Überblick s. *Statistisches Bundesamt*, Statistisches Jahrbuch 2019, Schaubild 2.6.18, S. 69, <<https://www.destatis.de/DE/Themen/Querschnitt/Jahrbuch/jb-bevoelkerung.pdf>>; Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe, Kinder und tätige Personen in Tageseinrichtungen und in öffentlich geförderter Kindertagespflege am 1.3.2019, Tabelle Q1, S. 98 <<https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Kindertagesbetreuung/Publikationen/Downloads-Kindertagesbetreuung/tageseinrichtungen-kindertagespflege-5225402197004.pdf>>.

Jahren und beim Besuch von Horteinrichtungen neben der Schule ist die Tendenz weiter steigend. Auch die Anzahl der Stunden, die Kinder in Kindertageseinrichtungen verbringen, ist im Steigen begriffen. Die Zeit in einer Kindertageseinrichtung ist damit fester Bestandteil der Biographie fast jeden Kindes, und wird voraussichtlich noch weiter an Bedeutung gewinnen. Die Mitgliedskirchen der EKD bzw. die Diakonie und die Katholische Kirche bzw. die Caritas stellen ca. ein Drittel der vorhandenen Betreuungsplätze (zu jeweils etwa gleichen Teilen) bereit.⁴ Sie beschäftigen dafür rund 200.000 pädagogische Mitarbeiter⁵ und engagieren sich als Träger von Fachschulen und -akademien in deren Aus- und Weiterbildung.⁶ Damit leisten sie einen wichtigen Beitrag zur Erfüllung dieser Gemeinschaftsaufgabe und sind für pädagogische Fachkräfte ein bedeutender Arbeitgeber. Kleinere Religionsgemeinschaften sind zwar ebenfalls präsent. Ihr Anteil am Gesamtvolumen ist jedoch bislang gering.⁷ Dies rechtfertigt es, dass dieser Beitrag die Kindertageseinrichtungen der beiden großen Kirchen und die für sie relevanten Rechtsfragen in den Mittelpunkt stellt. Allerdings gelten für die Aktivitäten anderer Religionsgemeinschaften grundsätzlich die gleichen staatlich-rechtlichen Vorgaben, so dass das Gesagte auf sie in aller Regel übertragbar ist.

Katholische und Evangelische Kirche engagieren sich deshalb so stark in der Kinderbetreuung, weil beide es als Teil ihres diakoni-

2

⁴ Von ca. 3,6 Millionen Kindern, die Kindertageseinrichtungen in Anspruch nehmen, werden mehr als 1,1 Millionen in Einrichtungen der EKD / Diakonie bzw. der Katholischen Kirche / Caritas betreut. Von gut 56.000 Kindertageseinrichtungen im Bundesgebiet werden ca. 18.000 von EKD / Diakonie und Katholischer Kirche / Caritas getragen, vgl. Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe, Kinder und tätige Personen in Tageseinrichtungen und in öffentlich geförderter Kindertagespflege am 1.3.2019 (o. Fn. 3), Tabelle T1, S. 11 f.

⁵ Vgl. ebd. Dazu kommen weitere Mitarbeiter in Verwaltung und Hauswirtschaft.

⁶ Ca. 30 % der Fachschulen haben einen kirchlichen Träger, näher *Jan Leygraf*, Struktur und Organisation der Ausbildung von Erzieherinnen und Erziehern, 2012, S. 11 (Stand: 2009).

⁷ 2019 waren 20 Kindertageseinrichtungen der Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland und 209 Einrichtungen anderer korporierter Religionsgemeinschaften registriert, vgl. Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe (o. Fn. 4), S. 12. Ihr Anteil liegt damit bei ca. 0,4 %. Dazu kommen privatrechtlich organisierte Kindertageseinrichtungen religiöser Prägung, die bisher allerdings nicht statistisch erfasst sind (z.B. Kindertageseinrichtungen mit islamischem Profil, die i. d. R. von eingetragenen Vereinen betrieben werden).

schen Auftrages⁸ und ihres Verkündigungsauftrages begreifen, Eltern, die dies wünschen, bei der (religiösen und allgemeinen) Erziehung ihrer getauften, und damit der Kirche besonders anbefohlenen, aber auch ihrer (u. U. noch) nicht getauften Kinder zu unterstützen.⁹ Deshalb waren es auch überwiegend den Kirchen verbundene, christlich motivierte Persönlichkeiten, die im späten 18. und 19. Jahrhundert „Kinderbewahranstalten“, „Kindergärten“ oder „Kleinkinderschulen“ gründeten, in denen die heutigen Kindertageseinrichtungen ihre Wurzeln haben.¹⁰ Stand damals noch die Hilfe für Unterstützungsbedürftige, also der diakonische Auftrag im Vordergrund, hat heute der Verkündigungsauftrag i. e. S. (d. h. die sich über Kindertageseinrichtungen eröffnende Möglichkeit, religiöses Wissen und die christliche Botschaft weiterzugeben, der Kinder in ihrer alltäglichen Lebenswelt nicht mehr zwangsläufig begegnen) an Bedeutung gewonnen¹¹. Des-

⁸ Zur Bedeutung der „Diakonie“ als Auftrag der evangelischen Kirche vgl. nur Art. 15 Abs. 1 S. 1, 2 GO EKD sowie die einleitenden Bestimmungen der Diakoniegesetze der Landeskirchen; zur „Caritas“ als Auftrag der Katholischen Kirche vgl. nur can. 1254 § 2 CIC; näher *Peter Unruh*, → § 49, Rn. 3 f. m. w. N.; *Peter Müller*, Art. Diakonie, in: LKStKR, Bd. 1, 2000, S. 416 ff.; *Alfred E. Hierold*, Grundfragen karitativer Diakonie (§ 98), in: HKKR³, S. 1458 f. Zur Bedeutung der „tätigen Nächstenliebe“ für andere Religionsgemeinschaften, insbesondere Judentum und Islam, *Peter Unruh*, → § 49, Rn. 2 m. w. N.

⁹ Vgl. für die Katholische Kirche: can. 217, can. 794 – §§ 1, 2. Näher zum Bildungs- und Erziehungsauftrag der Kirche aus römisch-katholischer Sicht *Norbert Lüdecke*, Das Bildungswesen (§ 68), in: HKKR³, S. 989 ff.; *Kerstin Schmitz-Stuhlträger*, Das Recht auf christliche Erziehung in der Katholischen Schule, 2009, S. 146 ff. Für die evangelischen Kirchen vgl. z. B. Abschnitt A. 2. Nr. 4 Abs. 6, Nr. 6 Abs. 1 Leitlinien kirchlichen Lebens in der VELKD (LKL VELKD), Art. 42, 17 Ordnung des kirchlichen Lebens in der EKD (OKL EKD); § 1 der Richtlinie für Tageseinrichtungen für Kinder in der Evangelischen Kirche von Westfalen, in: KABl. 2008, S. 336. Zum Bildungs- und Erziehungsauftrag der Kirche aus evangelischer Sicht *Renate Penßel*, Art. Erziehungsrecht, ev., in: Lexikon für Kirchen- und Religionsrecht, hg. von Heribert Hallermann/Thomas Meckel/Michael Droege/Heinrich de Wall, Bd. 1, 2019, S. 879 ff.; *Heinrich de Wall*, Das Recht des Kindes auf Religion – Orientierungen aus juristischer Sicht, in: Mensch – Religion – Bildung. Religionspädagogik in anthropologischen Spannungsfeldern, 2014, hg. von Thomas Schlag/Henrik Simojoki, S. 418 (431 f.).

¹⁰ Näher zur Geschichte der Kindertageseinrichtungen *Johann Hofmeier*, Religiöse Erziehung im Elementarbereich, 1987, insbes. S. 30 ff.; *Johannes Kessels*, Geschichtliche Quellen der Kindergartenarbeit, in: Heribert Mörsberger u. a. (Hg.), Der Kindergarten. Handbuch in drei Bänden, Bd. 1, 3. Aufl. 1978, S. 190–226.

¹¹ Näher zum Auftrag der Kindertageseinrichtungen aus kirchlicher Sicht *Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz* (Hg.), Welt entdecken, Glauben leben. Zum Bildungs- und Erziehungsauftrag katholischer Kindertageseinrichtungen, 2008, 3. Aufl. 2013; *Kirchenamt der EKD* (Hg.), Wo Glaube

halb ist die Bereitschaft der Kirchen groß, an ihrem beträchtlichen Engagement festzuhalten oder es sogar auszuweiten.

II. Begriffsdefinitionen

1. Der Begriff der „Kindertageseinrichtung“

Der Begriff der „Kindertageseinrichtung“ entstammt dem SGB VIII, der bundesrechtlichen Rahmenregelung für das „Kinder- und Jugendhilferecht“. Er bezeichnet dort – in Abgrenzung zur Kindertagespflege – alle Einrichtungen, in denen Kinder *außerhalb einer häuslichen Umgebung* für einen Teil des Tages oder ganztätig *in Gruppen* erzogen, gebildet und betreut werden (§ 22 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 SGB VIII).¹² Das Landesrecht, das den Rechtsrahmen des SGB VIII weiter ausfüllt¹³, rezipiert den Begriff regelmäßig¹⁴, und

3

wächst und Leben sich entfaltet. Der Auftrag evangelischer Kindertageseinrichtungen. Eine Erklärung des Rates der EKD, 2004. Weitere Nachweise aus dem geltenden evangelischen Kirchenrecht bei *Renate Koch*, Kindertagesstätten und Jugendhilfe (§ 19), in: HEKR, Rn. 8. Näher zu Kindertageseinrichtungen im katholischen Kirchenrecht *Lüdecke*, in: HKKR³ (o. Fn. 9), S. 1006. Konfessionsübergreifender Überblick bei *Hendrik Munsonius*, Art. Kindergärten, kirchliche, in: Hans Michael Heinig/Hendrik Munsonius (Hg.), 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, 2. Aufl. 2015, S. 103 ff.

¹² Ermöglicht das Landesrecht auf der Grundlage von § 22 Abs. 1 S. 4 SGB VIII, dass auch Kindertagespflege außerhalb einer häuslichen Umgebung in „anderen geeigneten Räumen“ angeboten werden kann, wird die Abgrenzung problematisch, näher *Roland Kaiser*, in: Peter-Christian Kunkel/Jan Kepert/Andreas Kurt Pattar (Hg.), Sozialgesetzbuch VIII. Lehr- und Praxiskommentar (LPK-SGB VIII), 7. Aufl. 2018, § 22, Rn. 7. Einzelheiten sind gem. § 22 Abs. 1 S. 3 SGB VIII dem Landesrecht zu entnehmen (s. z.B. § 4 Gesetz zur frühen Bildung und Förderung von Kindern – Kinderbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen (KiBiz NRW) v. 30.10.2007 (GVBl. S. 462), zuletzt geändert am 3.12.2019 (GVBl. S. 849).

¹³ Vgl. § 26 S. 1 SGB VIII. Näher zum Verhältnis des SGB VIII zu den jeweiligen Landesgesetzen und zur Bedeutung des Vorbehalts in § 26 S. 2 SGB VIII vgl. nur *Lothar Fischer*, in: ders./Horst Mann/Helmut Schellhorn/Christoph Kern (Hg.), SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe. Kommentar, 5. Aufl. 2017, § 26, Rn. 1 ff. m.w.N.; *Kunkel/Kepert*, in: dies./Pattar (Hg.), LPK-SGB VIII (o. Fn. 13), § 26, Rn. 1 ff.

¹⁴ Vgl. nur Art. 2 Abs. 1 Bayerisches Gesetz zur Bildung, Erziehung und Betreuung von Kindern in Kindergärten, anderen Kindertageseinrichtungen und in Tagespflege – Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz (BayKiBiG) v. 8.7.2005 (GVBl. S. 236), zuletzt geändert am 23.12.2019 (GVBl. S. 747); § 1 Abs. 1 Gesetz über die Betreuung und Förderung von Kindern in Kindergärten, anderen Tageseinrichtungen und der Kindertagespflege – Kindertagesbetreuungsgesetz Baden-Württemberg (KiTaG BW) v. 19.3.2009 (GBl. S. 161),

gliedert ihn in unterschiedliche Einrichtungstypen auf, an die es unterschiedliche rechtliche Anforderungen stellt¹⁵. Welche konkreten Einrichtungsformen dem weiten Begriff der „Kindertageseinrichtung“ unterfallen, ist deshalb dem jeweiligen Landesrecht zu entnehmen – und differiert entsprechend.

2. Die „kirchliche Trägerschaft“ einer Kindertageseinrichtung und ihre unterschiedlichen Formen

- 4 Als Träger von Kindertageseinrichtungen treten unterschiedliche Rechtsträger auf, die mit den „verfassten Kirchen“ unterschiedlich eng verbunden sind¹⁶. Dies wirft die Frage auf, welche von ihnen als solche „kirchlicher Natur“ eingeordnet werden können.
- 5 Auf die besonderen verfassungsmäßigen Rechte der Religionsgemeinschaften (insbes. Art. 4 Abs. 1, 2 GG und Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 GG), und damit auch auf die einfachrechtlichen Ausformungen dieser Rechte¹⁷, können sich nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG nicht nur die „organisierte Kirche und die rechtlich selbständigen Teile dieser Organisation“ berufen, sondern außerdem „alle der Kirche in bestimmter Weise zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform [...], wenn sie nach kirchlichem Selbstverständnis ihrem Zweck oder ihrer Aufgabe entsprechend berufen sind, ein Stück Auftrag der Kirche in dieser Welt

zuletzt geändert am 19.11.2019 (GBl. S. 476 i.V.m. Bek. v. 2.12.2019, GBl. S. 524); § 1 Abs. 1 Gesetz zur frühen Bildung und Förderung von Kindern – Kinderbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen (KiBiz NRW) v. 30.10.2007 (GVBl. S. 462), zuletzt geändert am 3.12.2019 (GVBl. S. 849).

¹⁵ Meist werden dabei „Kinderkrippen“ (für Kinder bis zum vollendeten 2. oder 3. Lebensjahr), „Kindergärten“ (ab dem 3. Lebensjahr bis zum Schuleintritt), „Horte“ (zur Betreuung von Schulkindern) und altersstufenübergreifende Einrichtungen unterschieden. Manche Länder sehen außerdem weitere Einrichtungstypen (z. B. „kindergartenähnliche Einrichtungen“) vor.

¹⁶ Überblick über die diverse Trägerlandschaft kirchlicher Kindertageseinrichtungen unter: <<https://www.institut-fuer-sozialstrategie.de/2016/02/23/traegerlandschaft/>>. Zur komplexen Aufgliederung „der Kirchen“ in unterschiedliche Rechtspersönlichkeiten (die zudem variieren kann, je nachdem, ob man die Perspektive des kirchlichen oder des staatlichen Rechts einnimmt) *Stephan Haering*, → § 20 für die römisch-katholische Kirche in Deutschland; *Hans Ulrich Anke / Burkhard Guntau*, → § 21 für die evangelischen Kirchen innerhalb der EKD, jeweils m. w. N.

¹⁷ Z. B. die aus diesen abgeleiteten Besonderheiten des kirchlichen Arbeitsrechts, die für die kirchliche Arbeit von großer praktischer Bedeutung sind; näher dazu *Jacob Joussen*, → § 57.

wahrzunehmen und zu erfüllen“, sofern sie dabei im „Einklang mit dem Bekenntnis“ der Kirche und „in Verbindung mit (deren) Amtsträgern“ tätig werden¹⁸. Davon ausgehend ordnet die Rechtsprechung auch nicht unmittelbar inkorporierte Einrichtungen dann einer Kirche bzw. Religionsgemeinschaft zu, wenn sie wesensmäßig kirchliche Aufgaben wahrnehmen, von der Kirche als ihr zuordenbar anerkannt sind¹⁹, und solche organisatorischen oder personellen Verbindungen bestehen, die die Identifikation der Kirche bzw. Religionsgemeinschaft mit dem selbständigen Träger dauerhaft gewährleisten²⁰. Aus staatskirchenrechtlicher Perspektive können somit alle Einrichtungen als „kirchlich“, d.h. umfassend an der Rechtsstellung der Religionsgemeinschaft bzw. Kirche Anteil habend, bezeichnet werden, die diese Anforderungen erfüllen²¹.

Unproblematisch gehören dazu unmittelbar von Untergliederungen der Kirchen getragene Kindertageseinrichtungen, die gegenwärtig noch deutlich überwiegen: In den in der EKD zusammengeschlossenen Landeskirchen werden knapp 80 % der Einrichtungen von Kirchengemeinden, Kirchengemeindeverbänden oder speziell hierfür gegründeten Zweckverbänden als rechtlich unselbständige Einrichtung (Eigenbetriebe) geführt²². Auch in der katholischen Kirche sind

6

¹⁸ Vgl. nur BVerfGE 46, 73 (85 f., 87); 53, 366 (391 f.); 70, 138 (162 ff.). Näher zu dem in diesen und weiteren Entscheidungen, auch des BAG, ausgeformten „Kriterien-Dreiklang“ für die „Zuordnung“ rechtlich verselbständigter Rechtsträger an eine Kirche bzw. Religionsgemeinschaft *Peter Unruh*, → § 49, Rn. 40–44; *Jörg Winter*, → § 51, Rn. 30; *Stefan Koriath*, → § 16, Rn. 9 ff.; *Michael Germann*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), BeckOK GG, Edition 42 (Stand: 1.12.2019), Art. 140 GG, Rn. 40; jeweils m. w. N.

¹⁹ Näher dazu m. w. N. *Anne-Ruth Glawatz*, Die Zuordnung privatrechtlich organisierter Diakonie zur evangelischen Kirche, S. 46 ff.; *dies.*, Die Zuordnung der Diakonie zur Kirche, in: ZevKR 51 (2006), S. 351 (360 f.).

²⁰ Näher *Glawatz*, Zuordnung (o. Fn. 19), S. 60 ff.; *dies.*, Zuordnung der Diakonie zur Kirche (o. Fn. 19), in: ZevKR 51 (2006), S. 351 (361 f.).

²¹ Allerdings können jedenfalls den Schutz von Art. 4 Abs. 1, 2 GG auch religiöse Vereinigungen in Anspruch nehmen, die keiner Religionsgemeinschaft zugeordnet sind, s. *Hans Michael Heinig*, → § 14, Rn. 31. Zur Einbeziehung von religiös geprägten Einrichtungen in den Schutzbereich von Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV, die sich nicht auf eine Zuordnungsentscheidung und institutionelle Anbindung an eine Religionsgemeinschaft stützen können, weil es für ihre Religion bzw. Konfession keine organisatorisch verfasste Religionsgemeinschaft gibt, *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 18), Art. 140 GG, Rn. 40.3.

²² Näher *Deutsches Jugendinstitut*, Träger von Kindertageseinrichtungen im Spiegel der amtlichen Statistik, Dortmund 2016 <http://www.akjstat.tu-dortmund.de/fileadmin/Analysen/Kita/Traeger_von_Kindertageseinrichtungen_im_Spiegel_der_amtlichen_Statistik.pdf>, S. 55 f., 157 (Stand: 2015);

Träger der Kindertageseinrichtungen häufig Pfarreien bzw. Kirchengemeinden²³, Pfarrei- bzw. Kirchengemeindeverbände oder die Bistümer selbst.

- 7 Im katholischen Bereich treten daneben auch Orden, kirchliche Vereine oder Stiftungen als Träger auf, die der Kirche gegenüber z.T. stärker verselbständigt und damit staatskirchenrechtlich betrachtet nicht ohne Weiteres Teile einer Religionsgemeinschaft sind, aber in der Regel z.B. durch ihre Mitgliedschaft in den nach staatlichem Privatrecht (meist als e.V.) organisierten Caritasverbänden mit der Kirche in Verbindung stehen²⁴. Im evangelischen Kontext werden etliche Einrichtungen von diakonischen Trägern angeboten, die typischerweise als privatrechtlicher e.V. organisiert und in den landeskirchlichen und EKD-weiten Diakonieverbänden zusammengeschlossen sind²⁵.
- 8 Dabei lässt sich allerdings beobachten, dass sowohl Untergliederungen der „verfassten Kirchen“ als auch verselbständigte diakonische bzw. karitative Träger dazu übergehen, Kindertageseinrichtungen

Matthias Schilling, Forschungsbericht: Möglichkeiten und Grenzen der Ergebnisse der amtlichen Kinder- und Jugendhilfestatistik für die Bildungsberichterstattung zur frühkindlichen Bildung, Betreuung und Erziehung für die der EKD angeschlossenen Träger sowie der Diakonie, 2012, <<http://www.akjstat.tu-dortmund.de/fileadmin/Analysen/Kita/KJH-Kita-Statistik-fuer-Bildungsbericht-EKD.pdf>>, S. 17 (Stand: 2010).

²³ Zum Verhältnis der Pfarrei als Rechtspersönlichkeit nach kanonischem Recht und der Kirchengemeinde als Rechtspersönlichkeit nach staatlichem Recht *Heribert Hallermann*, Die Pfarrei (§ 44), in: HKKR³, S. 680; *Burkhard Kämper*, Art. Kirchengemeinde, II. Staatlich, in: LKStKR, Bd. 2, 2002, S. 481 ff.; allgemeiner zum Verhältnis juristischer Personen des kanonischen Rechts zu solchen nach deutschem staatlichen Recht *Winfried Aymanns / Klaus Mörsdorf*, Kanonisches Recht, Bd. 1, 1991, S. 326 ff.

²⁴ Überblick über die unterschiedlichen Rechtsträger karitativer Einrichtungen innerhalb der katholischen Kirche *Gernot Sydow*, → § 50, Rn. 38–47. Näher zur Organisation der Caritas und zu ihrem Verhältnis zur katholischen Kirche *ders.*, → § 50, Rn. 5 ff.; *Alfred E. Hierold*, Organisation der Caritas (§ 99), in: HKKR³, S. 1463 ff.; *ders.*, Grundfragen karitativer Diakonie, in: ebd., S. 1485 ff.; *Josef Schmitz-Elsen*, Art. Caritas, in: LKStKR, Bd. 1, 2000, S. 327 ff.; *Johannes Falterbaum*, Caritas und Diakonie. Struktur- und Rechtsfragen, 2000, S. 29 ff.; *Georg Ludemann / Werner Negwer*, Rechtsformen kirchlich-caritativer Einrichtungen, Verein – Stiftung – GmbH, 2000.

²⁵ Näher zu Selbstverständnis und Organisation der „Diakonie“ in der evangelischen Kirche *Jörg Winter*, → § 51; *Peter Bartmann*, Art. Diakonie, Diakonisches Werk, in: EvStL⁴, Sp. 368 ff.; *Norbert Manterfeld*, Diakonischer Dienst (§ 23), in: HEKR, S. 797 ff.; *Jörg Winter*, Die Kirche und ihr Diakonisches Werk, in: Gerhard Rau / Hans-Richard Reuter / Klaus Schlaich (Hg.), Das Recht der Kirche, Bd. 3, S. 238 ff.; *Glawatz*, Zuordnung (Fn. 19), S. 18 ff.; *Hans Martin Müller*, Diakonie in Deutschland, in: ZevKR 47 (2002), S. 475.

gen nicht mehr unmittelbar selbst zu betreiben, sondern die Trägerschaft einem weiteren selbständigen privatrechtlichen Rechtssubjekt (i. d. R. einem e.V.²⁶, einer privatrechtlichen Stiftung oder auch einer gGmbH²⁷) übertragen, dem sie alleine oder zusammen mit Anderen angehören²⁸.

In all diesen Fällen ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Zuordnung zu einer Kirche bzw. Religionsgemeinschaft gegeben sind, was oft eine sorgfältige Analyse der konkreten Rechtsgestaltung erfordert. Allgemein kann dazu nur festgehalten werden:

Träger von Einrichtungen, die die Erziehung und Bildung von Kindern im evangelischen bzw. katholischen Verständnis zum Ziel haben, nehmen nach kirchlichem Selbstverständnis „wesensmäßig kirchliche Aufgaben“ wahr.²⁹ Sie haben deshalb Anteil an der besonderen Rechtsstellung der Kirchen, wenn sie durch die Kirche anerkannt sind und ein hinreichender organisatorischer Zusammenhang mit ihr besteht. In der evangelischen Kirche wird dies in der Regel über die Mitgliedschaft in den Diakonischen Werken der Landeskirchen gewährleistet.³⁰ Das katholische Kirchenrecht ordnet die Caritasverbände überwiegend³¹ als „private Vereine“³² der Kirche zu³³

²⁶ Zur Frage, ob und wann die mit dem Betrieb einer Kindertageseinrichtung einhergehende wirtschaftliche Tätigkeit der Wahl dieser Rechtsform entgegensteht BGH NJW 2017, S. 1943.

²⁷ Zur Bedeutung dieser Rechtsform für die karitative bzw. diakonische Tätigkeit unter gegenwärtigen Bedingungen *Gernot Sydow*, → § 50, Rn. 48 ff. Näher zu den unterschiedlichen Rechtsformen der Einrichtungsträger, ihren Voraussetzungen, Vorteilen und Nachteilen *Falterbaum*, *Caritas und Diakonie* (o. Fn. 24), S. 93 ff.; *Ludemann / Negwer*, Rechtsformen (o. Fn. 24); *Rolf-Jürgen Korte / Hartwig Drude*, Führen von Sozialleistungsunternehmen, Konfessionelle Sozialarbeit und unternehmerisches Handeln im Einklang, 2008, S. 247 ff.

²⁸ Dies ermöglicht u. a. die Kooperation mehrerer Akteure (z. B. mehrerer Kirchengemeinden oder Diakonievereine). Zum Hintergrund der gegenwärtigen Umstrukturierungsprozesse in der Trägerschaft von Kindertageseinrichtungen *Koch*, in: HEKR (o. Fn. 11), Rn. 22 f.

²⁹ Vgl. oben I.

³⁰ Vgl. nur §§ 8, 9 Zuordnungsgesetz der EKD v. 12.11.2014 (ABl. EKD 2014, S. 340), das bisher allerdings lediglich in fünf Landeskirchen unmittelbar gilt, während sich die Zuordnung in den übrigen nach eigenem, allerdings nicht selten inhaltlich übereinstimmendem Recht richtet. Überblick bei *Koch*, in: HEKR (o. Fn. 11), Rn. 9 Fn. 27, 28. Näher zum Ganzen auch *Glawatz*, Zuordnung (o. Fn. 19), S. 58 ff., 64 ff.; *dies.*, Die Zuordnung der Diakonie zur Kirche, in: ZevKR 51 (2006), S. 351 (363 ff.).

³¹ Für mögliche Ausnahmen s. *Falterbaum*, *Caritas und Diakonie* (o. Fn. 24), S. 33 ff., 46 f.

³² Zur Vereinigungsfreiheit im kanonischen Recht s. can. 215, 299 § 1 CIC.

und unterstellt sie der bischöflichen Aufsicht und Gesamtverantwortung³⁴. Für Träger, die weder der „Diakonie“ noch der „Caritas“ angehören, müssen ggf. andere Zuordnungsinstrumente gefunden werden. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf „kirchliche Einrichtungen“ im beschriebenen Sinn, da nur für sie die besonderen Regeln des Staatskirchenrechts umfassend gelten.

III. Überblick über die einschlägigen Rechtsgrundlagen

1. Verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Rahmen

- 11 Das Betreiben kirchlicher Kindertageseinrichtungen ist eingebettet in ein Geflecht verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben, die dem einfachen Recht Grenzen setzen und bei seiner Anwendung zu beachten sind:

a) Vorgaben des Grundgesetzes

- 12 Von zentraler Bedeutung sind dabei die Regelungen des Grundgesetzes. Sie lassen sich auflgliedern in die Rechte der „kirchlichen Träger“, die Grundrechte der Eltern, Kinder und der Einrichtungsmitarbeiter sowie weitere, u. U. rein objektivrechtliche Vorgaben, die das Handeln des Staates binden.
- 13 Die Kirchen und die ihnen zuzuordnenden Träger³⁵ können sich für das Betreiben von Kindertageseinrichtungen sowohl auf die Religions(ausübungs)freiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG³⁶, als auch auf das

³³ Hans Heimerl / Helmuth Pree, Handbuch des Vermögensrechts der katholischen Kirche, 1993, S. 529 (Rn. 5/812), 544 (Rn. 5/862); Falterbaum, Caritas und Diakonie, (o. Fn. 24), S. 33 ff., 40 ff.; Hallermann, Strukturen kirchlicher Caritas im geltenden Recht, in: AfKR 1999, S. 443 (454 ff.); Gernot Sydow, → § 50, Rn. 43 ff. Allgemein zur Stellung von „Vereinigungen“ (als häufigen Trägern karitativer Aktivitäten) im kanonischen Recht Thomas Schüller, Allgemeine Fragen des kirchlichen Vereinsrechts (§ 54), in: HKKR³, S. 796 ff.

³⁴ Näher Gernot Sydow, → § 50, Rn. 65 ff. Näher zum „doppelten Status“ der privatrechtlich organisierten Rechtsträger in Caritas und Diakonie als Adressaten des Kirchen- und Staatskirchenrechts und des allgemeinen Privatrechts Glawatz, Zuordnung (o. Fn. 19), S. 66.

³⁵ Näher zu diesen Rn. 4 ff.

³⁶ Die Religions(ausübungs)freiheit geht nach der Auslegung, die ihr das BVerfG und die h. L. geben, über das Recht zur Kultuspflege („Religionsausübung i. e. S.“) hinaus und schließt das Recht ein, sein gesamtes Leben nach

in Art. 137 Abs. 3 WRV i.V.m. Art. 140 GG garantierte kirchliche Selbstbestimmungsrecht³⁷ berufen und staatliche Eingriffe in den Einrichtungsbetrieb abwehren, die nicht mehr von den Schranken der jeweiligen (Grund)Rechte gedeckt sind³⁸. Da beide jedoch als Abwehrrechte gegen den Staat, nicht als Leistungsrechte formuliert sind, folgt aus ihnen unmittelbar kein Anspruch auf aktive staatliche Förderung³⁹ (z.B. durch Finanzleistungen), lediglich (i.V.m. Art. 3 GG) ein Anspruch auf gleichberechtigte Teilhabe an Leistungen, die der Staat Kindertageseinrichtungen zur Verfügung stellt.

Bei der außerhäuslichen Erziehung von Klein- und Kleinstkindern kommt den Rechten der Eltern besondere Bedeutung zu: Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verbürgt deren Recht, frei und ohne Einwirkung des Staates über die Erziehung ihrer Kinder zu bestimmen⁴⁰. Einschränkungen

14

den Regeln des eigenen Glaubens auszurichten, vgl. nur BVerfGE 24, 236 (246, 247 ff.); 32, 98 (106 f.); 108, 282 (297). Dabei ist es grundsätzlich Sache des Grundrechtsträgers, zu bestimmen, welche Aktivitäten dazu gehören, solange deren religiöse Motivation plausibel gemacht werden kann. Wie eingangs ausgeführt, begreifen beide Kirchen das Betreiben von Kindertageseinrichtungen als Teil ihres kirchlichen Auftrages, so dass sich die Religionsausübungsfreiheit auch hierauf erstreckt. Entsprechend handelt es sich zugleich um „eigene Angelegenheiten“ der Kirchen i.S. v. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV, vgl. nur *Axel Elgeti*, Rechtsprobleme bei Kindergärten in kirchlicher Trägerschaft, in: ZevKR 34 (1989), 144 (148 f.); *Peter Müller*, Zur Rechtslage kirchlicher Kindergärten nach Einräumung eines Rechtsanspruchs auf einen Kindergartenplatz, in: ZevKR 43 (1998), S. 145 (157 f.).

³⁷ Das Verhältnis der Schutzbereiche von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV ist umstritten; näher dazu *Hans Michael Heinig*, → § 14, Rn. 87 ff. m.w.N. Hier wird davon ausgegangen, dass das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften besonders für solche Entscheidungen relevant wird, für die keine spezifisch religiöse Motivation mehr dargelegt werden kann (wie z. B. die Entscheidung, eine Kindertageseinrichtung in einer bestimmten Rechtsform zu betreiben), und die daher nicht mehr in den Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1, 2 GG fallen.

³⁸ Näher zur Beschränkbarkeit der Religionsfreiheit und des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts im Allgemeinen *Hans Michael Heinig*, → § 14, Rn. 60 ff.; *Stefan Koriath*, → § 16, Rn. 32 ff., jeweils m.w.N. Dabei ist zur berücksichtigen, dass das BVerfG in seiner neueren Rspr. im Überschneidungsbereich der Schutzbereiche von Art. 4 Abs. 1, 2 GG und Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV die Schrankenregelung aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV für einschlägig erachtet (näher BVerfGE 137, 273).

³⁹ Vgl. nur *Elgeti*, Kindergärten in kirchlicher Trägerschaft (o. Fn. 36), S. 154 f.

⁴⁰ Vgl. nur BVerfGE 24, 119 (143); 47, 46 (69 f.); 99, 216 (232). Näher zum Inhalt des Elternrechts, das als fremdnütziges Recht zu Gunsten des Kindes konzipiert ist, und dem die Pflicht zur Pflege und Erziehung des Kindes korrespondiert, BVerfGE 59, 360 (376 f.); *Matthias Jestaedt*, → § 42, Rn. 13 ff.;

sind dem Staat grundsätzlich nur im Rahmen seines in Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG normierten „Wächteramtes“ erlaubt,⁴¹ das allerdings erst an der Schwelle der Kindeswohlgefährdung ansetzt⁴² und den Staat nicht ermächtigt, ohne das Vorliegen einer solchen für die bestmögliche Förderung des Kindes gegen oder ohne den Willen der Eltern zu sorgen⁴³. Der Staat kann deshalb – außerhalb des Anwendungsbezirks des mit Art. 6 Abs. 2 gleichrangigen Art. 7 Abs. 1 GG⁴⁴ – kein eigenständiges, das Erziehungsrecht der Eltern begrenzendes Erziehungsmandat beanspruchen.⁴⁵ Für die religiöse Erziehung, die ein besonderes Anliegen kirchlicher Kindertageseinrichtungen ist⁴⁶, wird das Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG durch die Religionsfreiheit der Eltern verstärkt⁴⁷.

- 15** Der abwehrrechtliche Gehalt des Art. 6 Abs. 2 GG wird schließlich ergänzt durch die in Art. 6 Abs. 1 GG statuierte Förderpflicht zugunsten der Familie: Aus ihr folgert das BVerfG, dass der Staat außerhäusliche Betreuungs- und Erziehungshilfe – trotz des elterli-

ders., in: BK, Stand: Dezember 1995, Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 28 ff., 37 ff. Näher zum Begriff der „Eltern“ i. S. v. Art. 6 Abs. 2 GG *ders.*, → § 42, Rn. 19–25.

⁴¹ Näher zu diesem und seiner – im Schrifttum differierenden – dogmatischen Einordnung *Friederike Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl: eine Untersuchung zum Status des Kindes im öffentlichen Recht, 2015, S. 122 ff. m. w. N.

⁴² BVerfGE 24, 119 (144 f.). Näher dazu *Matthias Jestaedt*, → § 42, Rn. 29, 43 ff.; *ders.*, in: BK (o. Fn. 40), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 187 ff.; *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl (o. Fn. 41), S. 133 ff., 141. Näher zum auslegungsbedürftigen Begriff des „Kindeswohls“ und seiner Schädigung oder Gefährdung *Matthias Jestaedt*, Das Kinder- und Jugendhilferecht und das Verfassungsrecht, in: Johannes Mündler/Reinhard Wiesner (Hg.), Kinder- und Jugendhilferecht. Handbuch, 2007, Rn. 6 ff.; *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl (o. Fn. 41), S. 133 ff., 515 ff.; *Bernd Jeand’Heur*, Der Kindeswohlbegriff aus verfassungsrechtlicher Sicht, 1992.

⁴³ BVerfGE 60, 79 (94); BVerfG, in: NJW 2006, S. 1723; *Marion Hundt*, Pädagogik und Recht in der Kindertagesbetreuung, 2013, Rn. 39.

⁴⁴ S. dazu unten Rn. 19.

⁴⁵ Vgl. nur *Matthias Jestaedt*, → § 42, Rn. 29, 46 f.; *ders.*, in: Kinder- und Jugendhilferecht (o. Fn. 42), Rn. 17 ff., 31 f.; *ders.*, Schule und außerschulische Erziehung, in: HStR³, Bd. VII, 2009, § 156, Rn. 46; ein dem Staat oder anderen „Erziehungsträgern“ außerhalb der Schule einfachrechtlich eingeräumtes Erziehungsmandat ist daher immer dem elterlichen Erziehungsrecht gegenüber nachrangig, vgl. auch *Reinhard Wiesner*, Die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und die Einheit der Jugendhilfe, in: ZfJ 2003, S. 293 (300).

⁴⁶ S. dazu oben I., Rn. 2.

⁴⁷ Näher zum Verhältnis dieser beiden Grundrechte *Matthias Jestaedt*, → § 42, Rn. 49 m. w. N.

chen Erziehungsrechts – nicht nur organisieren darf, sondern sogar muss.⁴⁸

Auch Kinder selbst sind von Geburt an Grundrechtsträger⁴⁹. Jedoch ist die Wahrnehmung der Grundrechte von Kindern dort, wo das möglich ist, vertretungsweise den Eltern überlassen, solange das Kind keine eigenständigen Entscheidungen über die Ausübung seines Grundrechtes treffen kann. Doch auch sobald das Kind lernt, von seinen Grundrechten bzw. von der durch ein Grundrecht geschützten Freiheit nach und nach eigenständig Gebrauch zu machen⁵⁰, erkennt der Gesetzgeber für das Verhältnis zu seinen Eltern zunächst noch einen (beschränkten) Vorrang des elterlichen Erziehungsrechtes an⁵¹. Für die Religionsfreiheit wird zwischen den beiden in diesem Fall kollidierenden – vom Staat im einen Fall zu schützenden, im anderen Fall zu achtenden – Grundrechtsausübungen⁵² durch das „Gesetz

16

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 99, 216 (234); ähnlich bereits BVerfGE 88, 203 (260). Diese Entscheidungen werfen die Frage auf, wie weit die Förderpflicht des Staates aus Art. 6 Abs. 1 GG reicht und ob ihr ein subjektives Recht der Eltern auf einen Betreuungsplatz (u. U. sogar in einer Einrichtung, die die gewünschte Werterziehung anbietet) korrespondiert. Näher *Matthias Jestaedt*, Ein Grundrecht auf Kinderbetreuung, in: ZfJ 2000, S. 281 ff., der i. E. zu Recht gegen ein solches Recht argumentiert.

⁴⁹ Vgl. nur BVerfGE 24, 119 (144); *Peter Michael Huber*, Natürliche Personen als Grundrechtsträger, in: Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 49, Rn. 14 ff.; *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl (o. Fn. 41), S. 90; *Wolfgang Roth*, Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbständiger Grundrechtsausübung, elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbindung, 2003, S. 11 ff.; *Ernst Benda / Eckart Klein / Oliver Klein*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, § 19, Rn. 510.

⁵⁰ Davon dürfte für die Religionsfreiheit bereits im Kindergartenalter ausgegangen werden können, denn schon in diesem Alter stellen Kinder Fragen mit religiöser Dimension und entwickeln Auffassungen darüber, was sie glauben. Sofern nicht die Entscheidungen der Eltern vorrangig zu berücksichtigen sind, können deshalb schon Kindergärten und erst recht Kinderhorte dazu verpflichtet sein, auf die religiösen Entscheidungen der Kinder Rücksicht zu nehmen. Für abweichende, aber verbreitete Auffassungen zum Einsetzen religiöser Entscheidungsfähigkeit s. *Roth*, Die Grundrechte Minderjähriger (o. Fn. 49), S. 49 ff.

⁵¹ Näher zum Verhältnis von Kindes- und Elterngrundrechten *Matthias Jestaedt*, → § 42, Rn. 31 f., 99; *ders.*, in: BK (o. Fn. 40), Art. 6 Abs. 2, Rn. 134 ff.; *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl (o. Fn. 41), S. 93 ff.; *Roth*, Die Grundrechte Minderjähriger (o. Fn. 49), S. 86 ff.; *Eva Lohse*, Privatrecht als Grundrechtskoordinationsrecht – das Beispiel der elterlichen Sorge, in: JURA 2005, S. 815–821; *Ursula Fehnmann*, Die Innehabung und Wahrnehmung von Grundrechten im Kindesalter, 1983.

⁵² Näher *Roth*, Die Grundrechte Minderjähriger (o. Fn. 49), S. 125 f. m. w. N.

über die religiöse Kindererziehung“ von 1921 (RKEG)⁵³ ein verfassungskonformer Ausgleich hergestellt⁵⁴. Danach kann ein Kind erst mit 14 Jahren (wo i. d. R. auch die Erziehung in Kindertageseinrichtungen endet⁵⁵) seine eigene Religionsfreiheit umfassend gegen den Willen der Eltern durchsetzen.⁵⁶ Für den Einrichtungsträger ist daher – nach Maßgabe der näheren Vorgaben des RKEG – im Konfliktfall grundsätzlich die Entscheidung der Eltern und nicht die des Kindes maßgeblich.

17 Auch die Mitarbeiter der Einrichtungen sind Grundrechtsträger. Sie können sich u. a. auf die Berufsfreiheit und, insbesondere was die religiöse Erziehungsarbeit anbelangt, auf die Religions(ausübungs)-freiheit berufen.

18 Die Grundrechte von Eltern, Kindern und Mitarbeitern binden zwar unmittelbar nur den Staat und nicht die kirchlichen Einrichtungsträger. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn diese öffentlich-rechtlich organisiert sind⁵⁷, und überwiegend⁵⁸ sogar, wenn sie

⁵³ Näher zu diesem umfassend *Matthias Jestaedt*, → § 42, Rn. 63 ff.

⁵⁴ Vgl. nur *Matthias Jestaedt*, → § 42, Rn. 31 f., 99. Danach ist das Kind ab Vollendung des 10. Lebensjahres zu Entscheidungen über seine religiöse Erziehung anzuhören. Ab Vollendung des 12. Lebensjahres kann es nicht mehr in einem anderen Bekenntnis als bisher erzogen werden. Ab Vollendung des 14. Lebensjahres kann es sein religiöses Bekenntnis frei wählen.

⁵⁵ Vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII.

⁵⁶ Entsprechend kann das Kind auch erst ab Erreichen des 14. Lebensjahres seine Religionsfreiheit prozessual selbständig geltend machen (sog. „Grundrechtsmündigkeit“), vgl. nur *Roth*, Die Grundrechte Minderjähriger (o. Fn. 49), S. 175; *Herbert Bethge*, in: Theodor Maunz/Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein/Herbert Bethge (Hg.), Bundesverfassungsgerichtsge-
setz, Kommentar, Stand: Februar 2018, § 90, Rn. 171 m. w. N.

⁵⁷ Ganz h. M., vgl. nur BVerfGE 102, 370 (392); *Hermann Weber*, → § 19, Rn. 19–49; *Stefan Magen*, → § 27, Rn. 3; *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 18), Art. 140, Rn. 83.

⁵⁸ Ob und inwieweit die Kirchen bei öffentlich-rechtlichem Handeln an Grundrechte gebunden sind, ist hochumstritten. In der Literatur werden verschiedene, i. d. R. differenzierende Lösungsansätze vertreten (vgl. z. B. *Germann*, in: Epping/Hillgruber [o. Fn. 18], Art. 140, Rn. 80 ff.; *Stefan Magen*, → § 27, Rn. 32; *ders.*, Körperschaftsstatus und Religionsfreiheit, 2004, S. 111 ff.). Näher dazu ausführlich *Gunter Barwig*, Die Geltung der Grundrechte im kirchlichen Bereich, 2004, S. 96 ff. Jedenfalls wenn die Kirchen in öffentlich-rechtlicher Rechtsform „eigene Angelegenheiten“ wahrnehmen (was für den Betrieb von Kindertageseinrichtungen zweifellos der Fall ist), ist bei der Bestimmung der Reichweite ihrer Grundrechtsbindung zu berücksichtigen, dass sie sich gleichzeitig auf eigene Grundrechte und das kirchliche Selbstbestimmungsrecht berufen können.

öffentlich-rechtlich handeln⁵⁹. Auch daraus, dass die kirchlichen Träger mit ihren Kindertageseinrichtungen nicht nur eigene, sondern auch „öffentliche Aufgaben“ erfüllen, folgt nicht, dass sie als „Beliehene“ einer unmittelbaren Grundrechtsbindung unterliegen.⁶⁰ Weil die Grundrechte jedoch über ihre Funktion als Abwehrrechte gegen den Staat hinaus „grundlegende Wertentscheidungen“ für die Ausgestaltung der gesamten Rechtsordnung, einschließlich der Rechtsbeziehungen zwischen „Privaten“ sind⁶¹, ist der Staat verpflichtet, durch geeignete Gestaltung und Anwendung des einfachen Rechts die Achtung der in ihnen ausgedrückten Werte auch gegenüber kirchlichen Einrichtungsträgern hinreichend abzusichern⁶².

Unter den weiteren verfassungsrechtlichen Vorgaben für das einfachgesetzliche Recht⁶³ ist v. a. eine Auseinandersetzung mit Art. 7 Abs. 1 GG geboten, der „das gesamte Schulwesen“ unter die Aufsicht des Staates stellt. Seine Bedeutung liegt v. a. darin, dass er dem Staat für den von ihm erfassten Bereich – und nur für diesen Bereich – einen eigenen Bildungs- und Erziehungsauftrag⁶⁴ zuerkennt, der dem elterlichen Erziehungsrecht gleichberechtigt gegenübersteht, und deshalb geeignet ist, es auch über Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG hinaus einzuschränken.⁶⁵ Für die Freiheit des Staates, Bildungs- und Erziehungs-

19

⁵⁹ A. A. Christian Hillgruber, in: Hans Michael Heinig/Christian Walter (Hg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht, 2007, S. 213 (224); OVG Münster, U. v. 18. 9. 2012, in: DVBl 2012, S. 1585. Näher zu den Möglichkeiten kirchlicher Träger, Rechtsbeziehungen öffentlich-rechtlich auszugestalten s. unten IV. 4. b.

⁶⁰ BVerfGE 22, 180 (203 f.); Burkhard Kämper, Das Recht der Kindergärten in freier Trägerschaft, in: Johann Peter Vogel/Holger Knudsen (Hg.), Bildung und Erziehung in freier Trägerschaft, Bd. 1, Losebl. Stand: 3.1999, S. 4. Näher Barbara Lüddeke, Neues zur Kindergartenaufsicht, in: BayVBl. 1994, S. 167 (169).

⁶¹ Vgl. nur BVerfGE 7, 198 (205).

⁶² Näher zu dieser sog. „Drittwirkung“ der Grundrechte Hans-Jürgen Papier, Drittwirkung der Grundrechte, in: Handbuch der Grundrechte (o. Fn. 49), § 55; Heinrich de Wall/Roland Wagner, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, in: JA 2011, S. 734, jeweils m. w. N.

⁶³ Zu ihnen gehören außerdem u. a. das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG) und das kommunale Selbstverwaltungsrecht (Art. 28 GG).

⁶⁴ Näher Matthias Jestaedt, → § 42, Rn. 47; Markus Thiel, Der Erziehungsauftrag des Staates in der Schule, 2000, S. 61 ff., 86 ff.; Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl (o. Fn. 41), S. 203 f.

⁶⁵ Vgl. nur BVerfGE 34, 165 (183); 47, 46 (70 ff.); sowie statt Aller: Gerhard Robbers, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle, Bd. 1, Art. 7, Rn. 81, 87; Matthias Jestaedt, in: BK (o. Fn. 40), Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 334 ff.; ders., → § 42, Rn. 47. Näher Wapler, Kinderrechte

ziele und -inhalte festzulegen und für ihre Vermittlung, ggf. auch gegen den Willen der Eltern, zu sorgen, ist daher von erheblicher Bedeutung, ob eine Erziehungs- und Bildungseinrichtung innerhalb oder außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 7 Abs. 1 GG anzusiedeln ist. Da Kindertageseinrichtungen inzwischen nicht mehr nur der Verwahrung und Betreuung der Kinder, sondern explizit auch deren (frühkindlicher) Bildung dienen (vgl. § 22 Abs. 3 S. 1 SGB VIII), plädieren manche dafür, sie als „Elementarbereich des Bildungswesens“ dem „Schulwesen“ i. S. v. Art. 7 Abs. 1 GG zuzuordnen.⁶⁶ Dagegen spricht jedoch, dass es ihnen sowohl an einem strukturierten, verschiedene „Fächer“ umfassenden Unterrichtsprogramm⁶⁷, als auch an einem Prüfungswesen mit Qualifizierungsfunktion fehlt, die der allgemeine Sprachgebrauch mit dem Begriff der „Schule“ assoziiert. Obwohl auch Kindertageseinrichtungen einen „Bildungsauftrag“ i. e. S. haben, steht dieser doch – anders als in der Schule – gegenüber der sozialen „Erziehung“ des Kindes (zu einer „eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit“) und seiner Betreuung (um den Eltern Erwerbstätigkeit zu ermöglichen) nicht klar im Vordergrund.⁶⁸ Dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte und dem Gesamtzusammenhang des Art. 7 GG nach (der z. B. von „ordentlichen Lehrfächern“ und „Unterricht“ spricht) sind Kindertageseinrichtungen deshalb in ihrer momentanen Ausgestaltung nicht dem Schulwesen zuzuordnen. Der besondere, in Art. 7 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommende staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag erstreckt sich daher nicht auf sie.

und Kindeswohl (o. Fn. 41), S. 204 ff. Ausführlich zum staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrag im Vorschulbereich und seinem Verhältnis zu Art. 6 Abs. 2 GG s. auch *Björn Reith*, Der Erziehungs-, Bildungs- und Betreuungsauftrag des Staates im Vorschulbereich. Verfassungsrechtliche Grundlagen der frühkindlichen Förderung, 2014.

⁶⁶ Vgl. *Heinrich de Wall*, Religiöse Bildung in Kindertagesstätten im Spannungsfeld von Erziehungsrecht und -auftrag, staatlicher Neutralität und Religionsfreiheit, in: RdJB 2007, S. 458 (462 f.).

⁶⁷ Damit wird i. d. R. der „Schulcharakter“ verneint, vgl. nur *Arnd Uhle*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 18), Art. 7, Rn. 8; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 65), Art. 7, Rn. 55; *Hans Hofmann*, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Hans-Günter Henneke (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 14. Aufl. 2017, Art. 7, Rn. 8; *Ulfried Hemmrich*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig, Grundgesetz, 5. Aufl. 2000, Art. 7, Rn. 5; offen dagegen *Markus Thiel*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 7, Rn. 8, der die Zuordnung von der konkreten Ausgestaltung der Kindertageseinrichtungen abhängig machen will.

⁶⁸ Vgl. § 22 Abs. 2 SGB VIII; BVerfGE 97, 332 (342).

b) Völker- und unionsrechtliche Regelungen

Verschiedene oben angeführte Rechtsgewährleistungen sind auch im Völkerrecht verankert. Beispiele dafür sind Art. 9 (Religionsfreiheit) und Art. 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) EMRK. Teilweise expliziert das Völkerrecht Rechtsgrundsätze, die sich bei sachgerechter Auslegung auch dem Grundgesetz entnehmen lassen⁶⁹. Beispiele dafür sind Art. 2 Abs. 2 1. ZP EMRK, der bei staatlichen Erziehungs- und Unterrichtsmaßnahmen zur Achtung des religiösen und weltanschaulichen Erziehungsrechts der Eltern verpflichtet, oder Art. 3 und Art. 12 der UN-Kinderrechtskonvention⁷⁰, die herausstellen, dass für alle ein Kind betreffenden Maßnahmen das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein muss⁷¹, und auch der Kinderwille (u. a. bei dessen Konkretisierung) angemessen zu berücksichtigen⁷² ist. Diese völkerrechtlichen Normen vermitteln i. d. R. keine über das Grundgesetz hinausgehenden Abwehrrechte gegenüber staatlichen Freiheitseinschränkungen, eröffnen aber z.T. den Rechtsweg zu internationalen Spruchorganen, und sind aufgrund der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ des Grundgesetzes bei dessen Auslegung und Anwendung, genauso wie bei der Auslegung einfachen Rechts, angemessen zu berücksichtigen.⁷³ Dabei können sie auch Anstoß dafür sein, dass der Staat die (unterverfassungsrechtlichen)

20

⁶⁹ S. dazu Rn. 12 ff. (insbes. 14 und 16).

⁷⁰ Näher zur Bedeutung der UN-Kinderrechtskonvention *Hundt*, Kindertagesbetreuung (o. Fn. 43), S. 117 ff.; *Stefanie Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Einl., Rn. 22 ff.

⁷¹ Näher zur Auslegung von Art. 3 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl (o. Fn. 41), S. 242 ff.; *Schmahl*, Kinderrechtskonvention (o. Fn. 70), Art. 3, Rn. 3 ff. Im vorliegenden Zusammenhang ist diese Norm deshalb besonders bedeutsam, weil sie anders als die übrigen völker- und unionsrechtlichen Gewährleistungen nicht nur den Staat, sondern auch unmittelbar die privaten Einrichtungsträger verpflichtet, *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl (o. Fn. 41), S. 243; *Schmahl*, Kinderrechtskonvention (o. Fn. 70), Art. 3, Rn. 6.

⁷² Näher zur Auslegung von Art. 12 UN-Kinderrechtskonvention – u. a. im Zusammenhang mit Art. 5 UN-Kinderrechtskonvention (Elternrecht) *Schmahl*, Kinderrechtskonvention (o. Fn. 70), Art. 12, Rn. 1 ff., Rn. 28; *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl (o. Fn. 41), S. 248.

⁷³ Vgl. nur BVerfGE 111, 307 (317, 329); BVerfGE 128, 282 (306); speziell zur UN-Kinderrechtskonvention: *Gregor Kirchhof*, NJW 2018, 2690 (2691); *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl (o. Fn. 41), S. 243.

Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern auf der einen, und Einrichtungsträgern auf der anderen Seite neu austariert⁷⁴.

- 21 Auch das Unionsrecht, das Anwendungsvorrang vor nationalem Recht hat, enthält inzwischen einschlägige, mit den vorgestellten Normen des Grundgesetzes und des Völkerrechts in der Sache im Wesentlichen übereinstimmende Bestimmungen (z.B. Art. 24 EU-GRC – „Rechte des Kindes“ oder Art. 14 EU-GRC – „Recht auf Bildung“). Da die Europäische Grundrechte-Charta allerdings nur für die Organe und Einrichtungen der Union und für die „Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung von Unionsrecht“ gilt⁷⁵, und sich das für Kindertageseinrichtungen geltende Recht bisher überwiegend (mangels einschlägiger Unionskompetenzen) nicht als „Durchführung von Unionsrecht“ darstellt, ist deren Anwendungsreich gegenwärtig nur eingeschränkt eröffnet⁷⁶.

c) Regelungen des Landesverfassungsrechts

- 22 Die Vorgaben der Landesverfassungen gehen teilweise über das Grundgesetz hinaus. Sie enthalten z.T. spezielle Bestimmungen über die Rechte von Kindern (vgl. z.B. Art. 24 Verf. RP, Art. 13 Verf. BW), die Anerkennung eines eigenständigen Erziehungsauftrags der Religionsgemeinschaften (s. z.B. Art. 12 Abs. 2 Verf. BW, Art. 127 BayVerf.), die Definition von Erziehungs- und Bildungszielen (deren Anwendungsbereich allerdings z.T. auf das Schulwesen beschränkt ist) oder die Anerkennung eines „Rechtes auf Bildung“ (vgl. nur Art. 20 Abs. 1 ThürVerf.; Art. 29 Verf. Bbg.). Gem. Art. 31 GG sind sie nur insoweit wirksam, als sie sich innerhalb des durch das Grundgesetz abgesteckten Rahmens halten, z.B. über dieses hinaus Rechte gewähren (Art. 142 GG), und nicht zu nach dem Grundgesetz unzu-

⁷⁴ So hat v.a. die UN-Kinderrechtskonvention den Gesetzgeber dazu veranlasst, die Anhörungs- und Beteiligungsrechte der Kinder im Recht der Kindertageseinrichtungen zu stärken (vgl. z.B. § 45 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 SGB VIII) oder die Einrichtungen verstärkt zu Kinderschutzmaßnahmen zu verpflichten. Näher *Hundt*, Kindertagesbetreuung (o. Fn. 43), S. 122 ff.

⁷⁵ Art. 51 Abs. 1 EU-GRC. Näher zur (umstrittenen) Auslegung dieser Bestimmung *Thorsten Kingreen*, in: Christian Callies/Matthias Ruffert (Hg.), EUV/AEUV. Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 51 EU-GRC, Rn. 8 ff. m. w. N.

⁷⁶ Wichtigstes Beispiel dafür sind die Beschäftigungsverhältnisse in den Einrichtungen, für die das AGG und die diesem zugrundeliegenden unionsrechtlichen Richtlinien zu beachten sind. Näher dazu IV. 5.

lässigen Grundrechtsbeschränkungen (z.B. des Elternrechts) führen.⁷⁷

2. Einfaches Bundesrecht

Die Grundregeln für den Betrieb von Kinderbetreuungseinrichtungen werden seit der Weimarer Republik auf Reichs- bzw. Bundesebene formuliert.⁷⁸ Sie finden sich heute im SGB VIII⁷⁹, der auf die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG (das Recht der „öffentlichen Fürsorge“) gestützten Gesamtkodifikation des „Kinder- und Jugendhilferechts“. Dass die außerschulische Betreuung von Kindern als dessen Teilgebiet (d. h. als familienunterstützendes und -ergänzendes Hilfsangebot) verortet, und damit zugleich in das System des Sozialrechts eingebunden und der ausschließlichen Länderkompetenz für das „Bildungswesen“ entzogen ist, wird z.T. kritisch gesehen.⁸⁰ Es erhielt aber die Billigung des BVerfG⁸¹ und lässt sich angesichts der typischen Zwecke und Inhalte der Kleinkindpädagogik, wie sie das SGB VIII nach wie vor vorgibt⁸², auch heute noch rechtfertigen.

23

⁷⁷ So kann z.B. das in den Landesverfassungen den Religionsgemeinschaften gewährleistete Erziehungsrecht das elterliche Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG nicht wirksam beschränken. Näher *Matthias Jestaedt*, → § 42, Rn. 51. Zwar kann eine Regelung der bayerischen Landesverfassung das landesverfassungsrechtliche elterliche Erziehungsrecht einschränken (s. dazu BayVerfGH, E. v. 3.12.2019 – Vf. 6-VIII-17, Vf. 7-VIII-17 – juris, Rn. 175 f., wonach der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag aus Art. 130 Abs. 1 BayVerf. auch Kindertageseinrichtungen erfasst und eine verbindliche Festlegung von Bildungs- und Erziehungszielen für alle Kindertageseinrichtungen rechtfertigen kann, die als Eingriff in das Elternrecht zu werten ist). Einen Eingriff in Art. 6 Abs. 2 GG kann sie jedoch nicht rechtfertigen.

⁷⁸ Näher zu Gesetzgebungsgeschichte *Wiesner*, in: ZfJ 2003 (o. Fn. 45), S. 293 ff.

⁷⁹ S. dazu bereits oben II. 1.

⁸⁰ Vgl. nur *Josef Isensee*, Der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz, in: DVBl. 1995, S. 1 (6); *Philip Kunig*, in: Ingo von Münch / Philip Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 74, Rn. 30; *Friedrich Schoch*, Kompetenz- und Finanzierungsfragen für (Tages-)Einrichtungen zwischen Schule und Jugendhilfe, in: ZfJ 2003, S. 301 (304); *Hundt*, Kindertagesbetreuung (o. Fn. 43), S. 36 m. w. N.

⁸¹ BVerfGE 97, 332 (342); ebenso OVG Münster, in: NVwZ 1995, S. 191 (192); a. A. BayVerfGH, in: BayVBl. 1977, S. 81 (83); zur (weiten) Auslegung des Begriffs der „öffentlichen Fürsorge“ siehe BVerfGE 22, 180 (212 f.); 97, 332 (341 f.).

⁸² S. oben III. 1. a. Rn. 19.

- 24 Unter den Regelungen des SGB VIII, die in Vielem Konkretisierungen der dargelegten verfassungsrechtlichen Vorgaben darstellen, sind für kirchliche Kindertageseinrichtungen v. a. die folgenden Grundsätze bedeutsam:

a) Staatliche Planungs- und Gesamtverantwortung

- 25 Wie auch sonst im Bereich der „öffentlichen Fürsorge“ trifft den Staat – u. a. aufgrund des Sozialstaatsprinzips und seiner Schutzpflicht aus Art. 6 Abs. 1 GG⁸³ – die Verpflichtung, für ein ausreichendes Leistungsangebot zu sorgen. Deshalb trägt § 80 SGB VIII den „öffentlichen Trägern der Jugendhilfe“⁸⁴ auf, den Bedarf an Einrichtungen zu ermitteln, um anschließend durch geeignete Planungsschritte sicherzustellen, dass die erforderlichen Einrichtungen rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen (§ 79 Abs. 2 SGB VIII). Der Staat trägt also die Gesamt- und Planungsverantwortung dafür, dass Kindertageseinrichtungen vor Ort in hinreichender Zahl und Ausstattung vorhanden sind (§ 79 Abs. 1, 2 SGB VIII).

b) Trägerpluralismus und Selbständigkeit der freien Träger

- 26 Weil der Staat jedoch für die außerschulische Betreuung von Kindern keinen dem der Eltern gleichrangigen Bildungs- und Erziehungsauftrag hat⁸⁵, muss er die Förderleistungen so planen und gestalten, dass den Eltern eine Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Erziehungs- und Bildungskonzepten eingeräumt und auch ihren Wünschen nach einer religiösen Kindererziehung Rechnung getragen wird⁸⁶ (vgl. auch § 9 Nr. 1 SGB VIII⁸⁷). Das SGB VIII bestimmt daher,

⁸³ S. dazu bereits oben III. 1. a., Rn. 15.

⁸⁴ Wer dies im Einzelnen ist, regelt das Landesrecht, vgl. § 69 Abs. 1 SGB VIII. Meist sind dies die Landratsämter und kreisfreien Städte.

⁸⁵ S. oben III. 1. a., Rn. 14. Zwar kann der Gesetzgeber Kindertageseinrichtungen einen (eigenständigen) Bildungs- und Erziehungsauftrag zuerkennen (vgl. nur § 3 KiBiz NRW). Verfassungsrechtlich steht dieser jedoch nicht auf einer Stufe mit dem Elternrecht und kann diesem deshalb keine Grenzen setzen. Dem trägt das gegenwärtige Recht v. a. dadurch Rechnung, dass es den Besuch einer Kindertageseinrichtung freiwillig ausgestaltet.

⁸⁶ *Thomas Meysen / Janna Beckmann*, Rechtsanspruch U3: Förderung in Kita und Kindertagespflege, 2013, Rn. 300.

dass die Jugendhilfe insgesamt gekennzeichnet ist „durch die Vielfalt von Trägern unterschiedlicher Wertorientierungen und die Vielfalt von Inhalten, Methoden und Arbeitsformen“ (§ 3 Abs. 1 SGB VIII) und dass Leistungsangebote von Trägern der „öffentlichen Jugendhilfe“ (d. h. der staatlichen Einrichtungsträger) neben den Leistungen von Trägern der freien Jugendhilfe stehen, zu denen u. a. die „kirchlichen Träger“ gehören.

§ 4 Abs. 1 S. 2 SGB VIII verpflichtet den Staat außerdem, die Selbständigkeit der freien Jugendhilfe „in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben“ zu wahren. Für die Gewährleistung der Pluralität des Einrichtungsangebots ist dies eine unerlässliche Voraussetzung. Daraus – und auch aus deren Grundrechten – folgt, dass den freien Trägern ausreichend große Freiheit bei der Ausgestaltung ihrer Angebote verbleiben muss.⁸⁸

27

c) Subsidiaritätsprinzip

Um hinreichende inhaltliche Vielfalt zu gewährleisten, räumt das SGB VIII bestimmten, nämlich den sogenannten „anerkannten“ Trägern der freien Jugendhilfe⁸⁹ bedingten Vorrang ein: Gem. § 4 Abs. 2 SGB VIII „soll“ die öffentliche Jugendhilfe von eigenen Maßnahmen absehen, „soweit geeignete Einrichtungen [...] von anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe betrieben werden oder rechtzeitig geschaffen werden können“. Das Wort „soll“ bringt zum Ausdruck, dass der Vorrang kein absoluter ist. Rechtsprechung und h. M. gehen daher davon aus, dass § 4 Abs. 2 SGB VIII nicht die Schließung vorhandener öffentlicher Einrichtungen gebietet, und es erlaubt, dem Bedürfnis nach wirtschaftlichem Mitteleinsatz Rechnung zu tragen, so dass er z. B. einer (kostengünstigeren) Erweiterung einer vorhandenen

28

⁸⁷ Näher zur Bedeutung von § 9 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII, der u. a. dazu verpflichtet, die von den Personensorgeberechtigten bestimmte Grundrichtung der Erziehung zu beachten, *Christoph Kern*, in: Fischer / Mann / Schellhorn / Kern (Hg.), SGB VIII (o. Fn. 13), § 9, Rn. 3–7.

⁸⁸ Vgl. nur *Jürgen Winkler*, Sammelkommentierung zum SGB VIII, in: Sabine Knickrehm / Ralf Kreikebohm / Raimund Waltermann (Hg.), Kommentar zum Sozialrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 9. Näher dazu unten IV. 4., 5., 6.

⁸⁹ Einen Überblick über die Rechtsfolgen, die an die Rechtsstellung als „anerkannter Träger der freien Jugendhilfe“ anknüpfen, geben *Schindler / Elmayer*, in: Kunkel / Kepert / Pattar (Hg.), LPK-SGB VIII (o. Fn. 12), § 75, Rn. 1; *Winkler*, in: Knickrehm / Kreikebohm / Waltermann (o. Fn. 88), Rn. 149; *Hundt*, Kindertagesbetreuung (o. Fn. 43), S. 42 f.

öffentlichen Einrichtung zu Lasten der Förderung einer neu zu schaffenden freien Einrichtung nicht zwingend entgegensteht.⁹⁰ Sieht man davon ab, kann § 4 Abs. 2 SGB VIII allerdings – besonders wenn zusätzliche Einrichtungen benötigt werden – nicht anders verstanden werden, als dass er der öffentlichen Hand grundsätzlich gebietet, auf eigene Einrichtungen zu verzichten, sobald sich ein anerkannter freier, z. B. kirchlicher Träger zur Schaffung einer geeigneten Einrichtung (und sei es bei öffentlicher Förderung) bereiterklärt.⁹¹

29

Die Kirchen und anderen öffentlich-rechtlich korporierten Religionsgemeinschaften (und damit auch ihre Untergliederungen)⁹² sind gem. § 75 Abs. 3 SGB VIII kraft Gesetzes „anerkannte Träger der freien Jugendhilfe“. Dasselbe gilt für „die auf Bundesebene zusammengeschlossenen Verbände der freien Wohlfahrtspflege“, zu denen der Deutsche Caritasverband, die Diakonie Deutschland – Evangelischer Bundesverband und für das Judentum die Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland gehören⁹³. Aus dem Wortlaut des § 75 Abs. 3 SGB VIII geht allerdings nicht unmissverständlich hervor, ob er nur die Bundesverbände selbst bezeichnet, oder darüber hinaus alle Verbände, die unter einem solchen Bundesverband stehen, so dass auch die lokalen diakonischen bzw. caritativen Träger, die die Einrichtungen in praxi unterhalten, aber lediglich Mitglieder, oder

⁹⁰ Vgl. BVerfGE 22, 180 (200 ff.); Kern, in: Fischer/Mann/Schellhorn/Kern (Hg.), SGB VIII (o. Fn. 13), § 4, Rn. 20; Peter Christian Kunkel, Jugendhilferecht, 9. Aufl. 2018, S. 83; Wiesner, in: Wiesner, SGB VIII (o. Fn. 1), § 4, Rn. 28.

⁹¹ Vor diesem Hintergrund ist es zumindest missverständlich, wenn es in der Literatur z. T. heißt, aus § 4 Abs. 2 SGB VIII würde sich kein „Vorrang-Nachrang-Verhältnis“ zugunsten freier Träger ergeben (so z. B. Johannes Münder, in: ders./Thomas Meysen/Thomas Trenczek [Hg.], Frankfurter Kommentar SGB VIII, 8. Aufl. 2019, § 4, Rn. 15); näher zur Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips im Kinder- und Jugendhilferecht Burkhard Kämper, Kindergärten in kirchlicher Trägerschaft, 1991, S. 66 ff.

⁹² Näher dazu, welche Rechtsträger von Kindertageseinrichtungen den „verfassten Kirchen“ bzw. Religionsgemeinschaften (als Untergliederungen oder selbständige Einrichtungen) zuzuordnen sind, Rn. 4 ff.

⁹³ Vgl. nur Klaus Schäfer/Gabriele Weitzmann, in: Münder/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar (o. Fn. 91), Vor. §§ 69–71, Rn. 11; Kern, in: Fischer/Mann/Schellhorn/Kern (Hg.), SGB VIII (o. Fn. 13), § 75, Rn. 17. Die Deutsche Islamkonferenz hat einen Prozess angestoßen, der in die Gründung eines oder mehrerer Bundesverbände für islamische Wohlfahrtspflege münden soll. Ein 2016 begonnenes Modell- und Qualifizierungsprojekt innerhalb des Paritätischen Wohlfahrtsverbandes NRW soll dafür den Weg bereiten. Näher zur Schaffung organisierter Strukturen islamischer Wohlfahrtspflege in Deutschland Rauf Ceylan/Michael Kiefer, Muslimische Wohlfahrtspflege in Deutschland, 2016.

sogar nur Mitglieder von Mitgliedern der Bundesverbände sind⁹⁴, kraft Gesetzes „anerkannte Träger der freien Jugendhilfe“ sind⁹⁵. Gegenwärtig wird diese Frage oft nicht virulent, weil das Landesrecht, das das Anerkennungsverfahren regelt, die Untergliederungen der Wohlfahrtsverbände auf Landesebene und deren (lokale) Mitgliedsverbände häufig kraft Gesetzes zu „anerkannten“ Trägern der freien Jugendhilfe erklärt.⁹⁶ Jedenfalls bei entsprechender landesrechtlicher Konkretisierung, bei überzeugenderer Auslegung jedoch schon gem. § 75 Abs. 3 SGB VIII⁹⁷, gilt deshalb der Vorrang gem. § 4 Abs. 2 SGB VIII auch für Kindertageseinrichtungen, die im Rahmen der Caritas oder Diakonie betrieben werden, ohne dass es eines besonderen Anerkennungsverfahrens bedarf.⁹⁸

⁹⁴ In aller Regel ist Letzteres der Fall. Vgl. nur *Kämper*, Kindergärten in freier Trägerschaft (o. Fn. 60), S. 3.

⁹⁵ Dafür zu Recht *Kern*, in: Fischer/Mann/Schellhorn/Kern (Hg.), SGB VIII (o. Fn. 13), § 75, Rn. 17; A. A. *Schindler/Elmayer*, in: Kunkel/Kepert/Pattar (Hg.), LPK-SGB VIII (o. Fn. 89), § 75, Rn. 23; *Wiesner*, SGB VIII (o. Fn. 1), § 75, Rn. 18. Entstehungsgeschichte und Ratio von § 75 Abs. 3 SGB VIII sprechen dagegen, seinen Anwendungsbereich auf die Bundesverbände zu beschränken: Der Gesetzgeber sah sich zur pauschalen Anerkennung der Kirchen aufgrund deren verfassungsmäßiger Rechtsstellung, insbesondere aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV, veranlasst (vgl. BT-Drs. 11/5948, S. 99). An dieser haben jedoch, wie dargelegt, auch alle der Kirche zugeordneten Träger Anteil, die mit ihren Aktivitäten „einen Teil des Auftrages der Kirche erfüllen“ (s.o. Rn. 4 ff.). Dies gilt für diakonische bzw. caritative Rechtsträger unabhängig davon, ob sie auf Bundes-, Landes- oder örtlicher Ebene organisiert sind. Auch wäre § 75 Abs. 3 2. Alt. SGB VIII bei anderer Auslegung praktisch weitgehend bedeutungslos, weil die besonderen Rechte, die das SGB VIII „anerkannten Trägern der freien Jugendhilfe“ gewährt (s. z.B. § 4 Abs. 2, § 80 Abs. 3 SGB VIII), überwiegend an Aktivitäten anknüpfen, die nicht von den Bundesverbänden, sondern von regionalen oder lokalen Mitgliedsverbänden entfaltet werden.

⁹⁶ Vgl. nur § 11 Abs. 2 Kinder- und Jugendhilfegesetz für Baden-Württemberg (LKJHG) v. 14. 4. 2005 (GBl. S. 376), zuletzt geändert am 23. 2. 2017 (GBl. 99); Art. 33 Abs. 3 des Bayerischen Gesetzes zur Ausführung der Sozialgesetze (AGSG) v. 8. 12. 2006 (GVBl. S. 942), zuletzt geändert am 23. 12. 2019 (GVBl. S. 737, 743, 746, 747); § 10 Abs. 3 Hessisches Kinder- und Jugendhilfegesetzbuch (HKJGB) v. 18. 12. 2006 (GVBl. I S. 698), zuletzt geändert am 13. 9. 2018 (GVBl. S. 590); § 19 Abs. 4 S. 1 f. Sächsisches Landesjugendhilfegesetz i. d. F. v. 4. 9. 2008 (GVBl. S. 578), zuletzt geändert am 11. 5. 2019 (GVBl. S. 358).

⁹⁷ S. o. Fn. 95.

⁹⁸ Problematisch ist allerdings, ob Träger, die weder der verfassten Kirche bzw. einer anderen Religionsgemeinschaft des öffentlichen Rechts, noch der Diakonie, Caritas oder einem anderen auf Bundesebene zusammengeschlossenen religiónsgemeinschaftlichen Wohlfahrtsverband angehören, unter den Begriff des „anerkannten Trägers der freien Jugendhilfe“ in § 75 Abs. 3 SGB VIII subsumiert werden können. Obwohl auch sie an der verfassungs-

d) *Wahlrecht zwischen verschiedenen Einrichtungsträgern*

30 Soweit Einrichtungen unterschiedlicher Träger zur Verfügung stehen⁹⁹, haben die Leistungsberechtigten ein Wahlrecht zwischen diesen, dem zu entsprechen ist, solange dies nicht mit unverhältnismäßigen Mehrkosten¹⁰⁰ verbunden ist (§ 5 SGB VIII). Das Wahlrecht endet nicht an der Gemeindegrenze, sondern schließt alle zur Bedarfsdeckung geeigneten (d.h. für die Eltern zumutbar erreichbaren) Einrichtungen ein.¹⁰¹ Anspruchsgegner des Wahlrechts ist der Staat,

rechtlichen Rechtsstellung der Religionsgemeinschaften Anteil haben können (s. o. Rn. 4 ff.), steht dem der Wortlaut der Norm entgegen.

⁹⁹ Dass das SGB VIII ein Nebeneinander unterschiedlicher Träger vorsieht, bedeutet nicht, dass zwingend auch vor Ort Trägerpluralität und umfassende Wahlfreiheit herrscht oder auch herrschen muss. Sie herzustellen gebietet weder das SGB VIII noch das Verfassungsrecht: Denn zum einen sind die einschlägigen Grundrechte grundsätzlich Abwehrrechte, keine auf ein optimales Angebot gerichteten Leistungsrechte (vgl. oben III. 1. a., Rn. 13 mit Fn. 48). Zum anderen hängt ein bedarfsgerechtes plurales Angebot immer auch von der Eigeninitiative der freien Träger ab. Weil der Staat sie nicht erzwingen kann, kann es eine auf ein bestimmtes Organisationsergebnis gerichtete Gewährleistungspflicht nicht geben. Entsprechend soll weder aus § 79 Abs. 2, noch aus § 5 oder § 24 SGB VIII ein subjektives Recht auf einen Betreuungsplatz in einer bestimmten Einrichtung und auch kein Recht freier Träger auf Förderung folgen, vgl. *Jürgen Winkler*, in: Christian Rolfs / Richard Giesen / Ralf Kreikebohm / Peter Udsching (Hg.), BeckOK SGB VIII, Edition 55 (1. 12. 2019), § 79, Rn. 7; *Meysen / Beckmann*, Rechtsanspruch U3 (o. Fn. 86), Rn. 300; *Fischer*, in: ders. / Mann / Schellhorn / Kern (Hg.), SGB VIII (o. Fn. 13), § 24, Rn. 21, 31 f.; OVG Lüneburg, B. v. 19. 12. 2018 – 10 ME 395/18, in: NdsVBl. 2019, S. 227; VGH Baden-Württemberg, U. v. 4. 6. 2008 – 12 S 2559/06, in: VBIBW 2009, S. 95.

¹⁰⁰ Näher zu dieser Einschränkung *Kern*, in: Fischer / Mann / Schellhorn / Kern (Hg.), SGB VIII (o. Fn. 13), § 5, Rn. 22 ff.; *Meysen / Beckmann*, Rechtsanspruch U3 (o. Fn. 86), Rn. 291 ff.; *Hundt*, Kindertagesbetreuung (o. Fn. 43), S. 40 f.

¹⁰¹ *Wiesner*, Förderung von Kindern (o. Fn. 45), S. 297; daher dürfen Einrichtungen mit gemeindeübergreifendem Einzugsgebiet bei der staatlichen Förderung nicht gegenüber Einrichtungen mit gemeindebezogenem Einzugsbereich benachteiligt werden, vgl. nur BVerwG, U. v. 21. 1. 2010 – 5 CN 1/09, in: NJOZ 2010, S. 1583. Das Landesrecht sieht inzwischen häufig Kostenübernahmen durch die Wohnsitzgemeinde vor, vgl. nur § 21 Abs. 5 Thüringer Gesetz über die Bildung, Erziehung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege als Ausführungsgesetz zum Achten Buch Sozialgesetzbuch – Kinder- und Jugendhilfe – (ThürKitaG) v. 18. 12. 2017 (GVBl. S. 276), zuletzt geändert am 10. 10. 2019 (GVBl. S. 383), § 25a Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Tagespflegestellen – Kindertagesstättengesetz Schleswig-Holstein (KiTaG SH) v. 12. 12. 1991 (GVBl. S. 651), zuletzt geändert am 12. 12. 2019 (GVBl. S. 759).

nicht der freie Träger.¹⁰² Es hindert den kirchlichen Träger daher nicht daran, einzelne Interessenten abzulehnen¹⁰³. Erklärt er sich jedoch zur Leistung bereit, wandelt sich das Wahlrecht gegenüber dem Staat grundsätzlich in einen Anspruch auf Übernahme der Kosten der gewählten Leistung nach Maßgabe des einschlägigen Rechts.¹⁰⁴

e) Anspruch auf einen Betreuungsplatz

Der Staat ist schließlich auch Anspruchsgegner des Anspruchs auf einen Betreuungsplatz, den § 24 Abs. 2, 3 SGB VIII allen Kindern zwischen dem vollendeten ersten Lebensjahr und dem Schuleintritt vermittelt.¹⁰⁵ Er schuldet daraus das Angebot (mindestens) eines Betreuungsplatzes, der den gesetzlichen Anforderungen entspricht und im Einzelfall zumutbar ist.¹⁰⁶ Die Anforderungen an die Erfüllungseignung eines Platzes (hinsichtlich der Betreuungszeit, der örtlichen Lage des Angebots u.s.w.) werden von der Rechtsprechung fortlaufend präzisiert¹⁰⁷. Da jedoch bei allen staatlichen bzw. staatlich orga-

31

¹⁰² S. nur *Winkler*, in: Rolfs / Giesen / Kreikebohm / Udsching, SGB VIII (o. Fn. 99), § 5, Rn. 7.

¹⁰³ Näher dazu unten IV. 4. a.

¹⁰⁴ Vgl. *Schindler / Elmauer*, in: Kunkel / Kepert / Pattar (Hg.), LPK-SGB VIII (o. Fn. 12), § 5, Rn. 17 ff. Wegen § 90 SGB VIII, dem zufolge auch nichtstaatliche Träger „Teilnahmebeiträge“ erheben dürfen (näher dazu unten IV. 6. c.), kann im Recht der Kindertageseinrichtungen allerdings grundsätzlich nicht von einem Anspruch auf volle Kostenübernahme ausgegangen werden.

¹⁰⁵ Vgl. nur *Müller*, Rechtslage kirchlicher Kindergärten (o. Fn. 36), S. 150 f.; *Fischer*, in: ders. / Mann / Schellhorn / Kern (Hg.), SGB VIII (o. Fn. 13), § 24, Rn. 37 f.

¹⁰⁶ *Meysen / Beckmann*, Rechtsanspruch U3 (o. Fn. 86), Rn. 304. Welcher Platz erfüllungsgeeignet ist, unterscheidet sich danach, ob ein Anspruch auf Betreuung nach der Vollendung des 1. Lebensjahres gem. § 24 Abs. 2 oder nach Vollendung des 3. Lebensjahres gem. § 24 Abs. 3 geltend gemacht wird. Näheres, auch zum Verfahren, wird z.T. durch Landesrecht geregelt, das dabei allerdings die Ansprüche aus § 24 SGB VIII nicht verkürzen, sondern allenfalls präzisieren kann (*Fischer*, in: ders. / Mann / Schellhorn / Kern [Hg.], SGB VIII [o. Fn. 13], § 24, Rn. 26). Näher zu den Ansprüchen aus § 24 Abs. 2 und 3 SGB VIII *Fischer*, in: ders. / Mann / Schellhorn / Kern [Hg.], SGB VIII [o. Fn. 13], § 24, Rn. 21 ff.; *Kaiser*, in: Kunkel / Kepert / Pattar (Hg.), LPK-SGB VIII (o. Fn. 12), § 24, Rn. 16–18, Rn. 33–35; *Hundt*, Kindertagesbetreuung (o. Fn. 43), S. 147 ff.

¹⁰⁷ S. dazu z.B. OVG Lüneburg, B. v. 19.12.2018 – 10 ME 395/18, in: NdsVBl. 2019, S. 227; BVerwG, in: NJW 2018, S. 1489 m.w.N. aus der älteren

nisierten Erziehungsangeboten das (religiöse) Erziehungsrecht der Eltern zu achten ist (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 2 S. 2 1. ZP EMRK, § 9 Nr. 1 SGB VIII), kann ein Platz in einer Einrichtung, die eine von den Eltern abgelehnte religiöse oder konfessionelle Erziehung praktiziert, nicht als „zumutbar“ gewertet werden.¹⁰⁸ Steht nur ein solcher Platz zur Verfügung, ist daher zwar nicht der freie Träger gehalten, sein Angebot zu verändern, aber der Staat aus § 24 Abs. 2, 3 SGB VIII verpflichtet, für das anspruchsberechtigte Kind einen Betreuungsplatz mit zumutbarer, d. h. mit notfalls religiös-weltanschaulich neutraler Erziehungsausrichtung, bereitzustellen.¹⁰⁹

3. Landesrecht, kirchenvertragliche Regelungen

32 Soweit das Bundesrecht Landesrechtsvorbehalte enthält oder Lücken aufweist, sind die Länder zur Regelung befugt (Art. 72 Abs. 1 GG).¹¹⁰ Entsprechend haben inzwischen alle Bundesländer Spezialgesetze erlassen, die die Vorgaben der §§ 22 ff. SGB VIII auf der Grundlage von § 26 S. 1 SGB VIII konkreter ausgestalten.¹¹¹ I. d. R.

Rspr. (zu § 24 Abs. 2 SGB VIII). S. dort auch grundlegend zur Höhe eines Aufwendungsersatzanspruchs aus § 36a SGB VIII analog (dazu ausführlich BVerwG, in: NJW 2014, S. 1256) bei Selbstbeschaffung eines Betreuungsplatzes.

¹⁰⁸ Näher *Meysen / Beckmann*, Rechtsanspruch U3 (o. Fn. 86), Rn. 320 ff.

¹⁰⁹ Dies ist auch bei der Bedarfsplanung gem. § 79 Abs. 1 SGB VIII zu berücksichtigen und stellt die kirchlichen Einrichtungsträger ggf. vor die Alternative, entweder das eigene Betreuungsangebot hinreichend „neutral“ und diskriminierungsfrei auszugestalten, oder die Gründung von (öffentlichen) Konkurrenzteinrichtungen hinzunehmen.

¹¹⁰ Sofern man die §§ 22 ff. SGB VIII – wie hier – als kompetenzgemäß und damit wirksam ansieht, haben die Länder nicht die Möglichkeit, die vorschulische Kindererziehung vollständig – auf eigener Kompetenzgrundlage – dem Bildungswesen zuzuordnen, da sonst der Regelungsauftrag der §§ 22 ff. SGB VIII in dem jeweiligen Land nicht erfüllt würde. Auch § 26 S. 2 SGB VIII – der außerdem eingeschränkter formuliert ist – darf nicht dahingehend missverstanden werden.

¹¹¹ Sie haben in den einzelnen Ländern unterschiedliche Bezeichnungen: Eine Gesamtübersicht findet sich bei *Wiesner*, SGB VIII (o. Fn. 1), Landesausführungsgesetze zum SGB VIII, Rn. 3; *Hundt*, Kindertagesbetreuung (o. Fn. 43), S. 37 f. sowie unter: <<https://www.bildungsserver.de/Ausfuehrungsgesetze-der-Laender-zu-Tageseinrichtungen-fuer-Kinder-Kitagesetze--1899.html>>. Lediglich Hessen hat auf ein eigenständiges Gesetz zur Ausführung der §§ 22–26 SGB VIII verzichtet und die entsprechenden Regelungen in das allgemeine Ausführungsgesetz zum SGB VIII, das HKJGB (s. oben Fn. 96), integriert. Abweichend von der hier vertretenen Auffassung wird das Bayerische Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz v. 8.7.2005 (GVBl. 236) von

präzisieren sie den Bildungs- und Erziehungsauftrag der Einrichtungen (teilweise durch eigene Regelungen, teilweise durch Ausführungsverordnungen und Verwaltungsvorschriften), geben ihnen auf, individuelle Konzeptionen zu erstellen¹¹², regeln die Beteiligung der Eltern¹¹³ und die Einzelheiten der Finanzierung¹¹⁴. Sie gehen innerhalb ihres Anwendungsbereichs allgemeineren Regelungen (des SGB VIII oder der Landesausführungsgesetze zu dessen sonstigen Bestimmungen) vor.

Trotz ihres Sonderstatus¹¹⁵ können dem Landesrecht auch diejenigen Regelungen in neueren Staatskirchenverträgen zugeordnet werden, die bestimmte der oben genannten Bestimmungen (z.B. die Anerkennung als „freie Träger der Kinder- und Jugendhilfe“¹¹⁶ oder den Vorrang der freien Träger in der Wohlfahrtspflege¹¹⁷) den Kirchen gegenüber garantieren oder konkretisieren und sich mit der öffentlichen Förderung kirchlicher Einrichtungen befassen.¹¹⁸ Soweit ihre Bindungswirkung reicht¹¹⁹, können sich die Kirchen den vertraglich gebundenen Ländern gegenüber auf ihre Gewährleistungen berufen.

33

manchen nicht als Ausführungsgesetz zum SGB VIII, sondern als eigenständiges Gesetz auf der Grundlage der Landesgesetzgebungskompetenz für das Bildungswesen angesehen (vgl. nur *Heike Jung / Simon Lehner*, Bayerisches Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz, Praxishandbuch, 2007, S. 19 ff.). Dagegen spricht, dass Bayern in diesem Fall seinem Regelungsauftrag aus § 26 SGB VIII nicht nachkäme (s. Fn. 110). Auch gibt das Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz Kindertageseinrichtungen in Bayern keinen anderen Zuschuss als den, den das BVerfG (vertretbarerweise) unter die Bundeskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG subsumiert hat (s. o. Fn. 81).

¹¹² Vgl. nur § 13a KiBiz NRW.

¹¹³ Näher dazu unten IV. 3. d.

¹¹⁴ Näher dazu unten IV. 6.

¹¹⁵ Näher *Stefan Mückl*, → § 10, Rn. 38–47.

¹¹⁶ Vgl. z.B. Art. 13 Abs. 3 EvKV BW; Art. 18 Abs. 1 EvKV Hamburg; Art. 10 Abs. 1 KathKV Hamburg.

¹¹⁷ Vgl. z.B. Art. 13 Abs. 5 EvKV BW; Art. 18 Abs. 3 EvKV Hamburg; Art. 10 Abs. 4 KathKV Hamburg; Art. 17 Abs. 1 EvKV Bremen; Art. 10 Abs. 2 KathKV Bremen.

¹¹⁸ Vgl. z.B. Art. 13 Abs. 4 EvKV BW; Art. 17 Abs. 2 EvKV Bremen; Art. 10 Abs. 3 KathKV Bremen; Art. 18 Abs. 2 EvKV Hamburg; Art. 10 Abs. 3 KathKV Hamburg; Art. 20 Abs. 1 S. 2 EvKV Sachsen; Art. 9 Abs. 1 KathKV Sachsen, die den Anspruch auf „angemessene Förderung“ daran knüpfen, dass die Einrichtungen ohne Rücksicht auf die Kirchenzugehörigkeit in Anspruch genommen werden können. Umfassender Überblick über die für Kindertageseinrichtungen einschlägigen Bestimmungen in evangelischen Kirchenverträgen *Koch*, in: HEKR (o. Fn. 11), Rn. 15 f.

¹¹⁹ Näher dazu *Stefan Mückl*, → § 10, Rn. 42–47.

4. Bedeutung des Kirchenrechts

- 34** Angesichts der Religionsfreiheit, des religionsgemeinschaftlichen Selbstverwaltungsrechts und der einfachgesetzlich gewährleisteten Selbständigkeit der freien Träger muss das staatliche Recht den Kirchen Raum für die eigenständige Ausgestaltung des Rechts der kirchlichen Kindertageseinrichtungen lassen und tut dies auch. Entsprechend finden sich im Recht beider Kirchen Normen, die den Einrichtungen ergänzende Vorgaben (z.B. über die Erziehungs- und Bildungsziele, die Auswahl der Mitarbeiter oder auch die Kooperation mit den Eltern) machen.¹²⁰ Je nachdem, in welcher Rechtsform sie erlassen wurden (als bloße Richtlinie oder als verbindliches kirchliches Recht), binden sie zumindest die innerhalb der „verfassten Kirchen“ angesiedelten Einrichtungsträger. Inwieweit sie auch für den Kirchen nur „zugeordnete“ Einrichtungen gelten, ist im Einzelfall zu prüfen und hängt von der Ausgestaltung der Zuordnung ab.¹²¹

IV. Einzelfragen

1. Beteiligung kirchlicher Träger an der Bedarfsplanung

- 35** In die gem. § 80 SGB VIII den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe aufzugebene Bedarfsplanung sind durch die Ausführungsgesetze der Länder i. d. R. auch die Gemeinden – zur Wahrung ihres kommunalen Selbstverwaltungsrechts – einbezogen. Welche Einrichtungen in die Bedarfsplanung aufgenommen werden, hat erhebliche praktische

¹²⁰ Innerhalb der EKD finden sich die einschlägigen Bestimmungen im Recht der Landeskirchen, s. z.B. Kirchengesetz über die Kindertagesstättenarbeit der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz v. 18.11.2006 (KABl. 2007 S. 2); Richtlinie für Tageseinrichtungen für Kinder in der Evangelischen Kirche von Westfalen v. 27.11.2008 (KABl. S. 336; 2017 S. 50); einen Überblick über die Rechtsgrundlagen im evangelischen Kirchenrecht gibt Koch, in: HEKR (o. Fn. 11), Rn. 17. Im Recht der Römisch-katholischen Kirche werden die allgemeinen Bestimmungen in can. 793–795 CIC durch das Recht der Diözesen konkretisiert, vgl. z.B. Statut für die katholischen Kindertageseinrichtungen im nordrhein-westfälischen Teil des Erzbistums Köln v. 18.11.2014 (ABl. des Erzbistums Köln, Stück 1 v. 1.1.2015, Nr. 4); Statut für die katholischen Kindertageseinrichtungen im Bistum Essen v. 18.11.2014 (KABl., Stück 2 v. 30.1.2015, Nr. 5).

¹²¹ Für kirchenrechtliche Bestimmungen aus anderen Sachgebieten (z.B. des Arbeits- oder Datenschutzrechts; der Aufsicht über die Vermögensverwaltung u. s. w.) gilt Entsprechendes.

Bedeutung, weil das Landesrecht i.d.R. die öffentliche Förderung davon abhängig macht.¹²² Deshalb ist verfahrensrechtlich zumindest abgesichert, dass die Kirchen und die diakonischen bzw. caritativen Träger mit ihren Anliegen im Planungsprozess Gehör finden: Zu diesem Zweck haben sie das Recht, Mitglieder für den mit der Planung betrauten „Jugendhilfeausschuss“ vorzuschlagen (vgl. §§ 71 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 SGB VIII) und sind in allen Phasen der Planungen frühzeitig zu beteiligen (vgl. § 80 Abs. 3 S. 1 SGB VIII sowie die Konkretisierungen durch das Landesrecht¹²³).

2. Zulassung einer kirchlichen Kindertageseinrichtung

Der Betrieb von Kindertageseinrichtungen ist erlaubnispflichtig (§ 45 Abs. 1 SGB VIII). Die Erlaubnis wird durch Verwaltungsakt erteilt und ist als gebundene Entscheidung ausgestaltet: Sie ist § 45 Abs. 2 S. 1 SGB VIII zufolge immer zu erteilen, wenn „das Wohl der Kinder [...] in der Einrichtung gewährleistet ist“.¹²⁴ Ist diese Voraussetzung erfüllt, hat der Träger einen einklagbaren Anspruch auf Zulassung seiner Einrichtung.¹²⁵

Um praktisch handhabbar zu sein, bedarf die weite Definition des Erlaubnistatbestands mithilfe des unbestimmten Rechtsbegriffs der

¹²² Näher dazu unten IV. 6.

¹²³ Vgl. z. B. § 20 Abs. 3 ThürKitaG; § 13 Abs. 5 Gesetz über Tageseinrichtungen für Kinder – Niedersächsisches Kindertagesstättengesetz (KiTaG Nds.) v. 7.2.2002 (GVBl. S. 57), zuletzt geändert am 24.10.2019 (GVBl. S. 300); § 6 Abs. 1 Saarländisches Kinderbetreuungs- und -bildungsgesetz (SKBBG) v. 18.6.2008 (ABl. S. 1254), zuletzt geändert am 19.6.2019 (ABl. I S. 564); § 10 Abs. 1 S. 3 Gesetz zur Förderung und Betreuung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege des Landes Sachsen-Anhalt – Kinderförderungsgesetz (KiFöG LSA) v. 5.3.2003 (GVBl. S. 48), zuletzt geändert 16.1.2020 (GVBl. S. 2); § 6 S. 3 KiTaG SH.

¹²⁴ Die Neufassung des Wortlauts des § 45 Abs. 2 S. 1 SGB VIII 2012 deutet darauf hin, dass in Zweifelsfällen der Träger für die Erfüllung dieser Voraussetzung die Darlegungs- und Beweislast trägt, vgl. *Hundt*, Kindertagesbetreuung (o. Fn. 43), S. 142; *Horst Mann*, in: Fischer / Mann / Schellhorn / Kern (Hg.), SGB VIII (o. Fn. 13), § 45, Rn. 10; so wohl auch OVG Saarlouis, B. v. 30.4.2013 – 3 A 194/12, juris, Rn. 14. A. A. *Heribert Mörsberger*, in: Wiesner (Hg.), SGB VIII (o. Fn. 1), § 45, Rn. 52; *Maria Wersig*, in: SGB VIII, Onlinekommentar, hg. von Jochen Goerdeler / Friederike Wapler, (Stand: 15.12.2015), § 45, Rn. 14; *Angela Smessaert / Thomas Lakies*, in: Frankfurter Kommentar (o. Fn. 91), § 45, Rn. 26.

¹²⁵ Vgl. nur ebd. Rn. 24; *Mann*, in: Fischer / Mann / Schellhorn / Kern (Hg.), SGB VIII (o. Fn. 13), § 45, Rn. 16.

„Gewährleistung des Kindeswohls“ allerdings der Konkretisierung. Sie erfolgt durch § 45 Abs. 2 S. 2 SGB VIII und Präzisierungen der dort genannten Voraussetzungen (räumlicher, personeller u. s. w. Art) im Landesrecht (§ 49 SGB VIII)¹²⁶. Bei der Anwendung des § 45 Abs. 2 S. 2 SGB VIII und v. a. bei seiner Ausfüllung durch Landesrecht (mit seinen z.T. sehr detaillierten Vorgaben über die Qualifikation des Personals, den Personalschlüssel, die Gruppengrößen oder die räumliche Ausstattung) ist stets zu berücksichtigen, dass der Erlaubnisvorbehalt (genauso wie das Recht, die Erlaubnis zurückzunehmen oder zu widerrufen¹²⁷) lediglich die Funktion einer „Mindeststandardgarantie“ zur Gewährleistung des Kindeswohls¹²⁸ erfüllt. Entsprechend sind alle konkretisierenden Anforderungen nur berücksichtigungsfähig, sofern es sich tatsächlich um Vorgaben zur Gewährleistung des Kindeswohls (im konkreten Einrichtungstyp¹²⁹) handelt. Nur an diesem Maßstab darf die Behörde auch die der (gem. § 45 Abs. 3 im Erlaubnisverfahren vorzulegenden) Konzeption zugrundeliegenden (religiösen und anderen) Wertvorstellungen, Erziehungsziele und pädagogischen Konzepte messen. Darüber hinaus hat sie sich einer Bewertung zu enthalten und die Eigenständigkeit der freien Träger bei der Gestaltung ihres Angebots zu respektieren (§ 4 Abs. 1 S. 2 SGB VIII).¹³⁰

- 38** Für das im Wortlaut des § 45 Abs. 4 S. 1 SGB VIII scheinbar unbeschränkt anerkannte Recht, die Erlaubnis mit Nebenbestimmungen zu versehen, gilt i. E. dasselbe: Auch eine solche darf nur den Zweck verfolgen, das Kindeswohl in der Einrichtung sicherzustellen.¹³¹ Die Erteilung der Erlaubnis mit Nebenbestimmungen (die die Erlaubnis-

¹²⁶ Näher dazu *Mann*, in: Fischer / Mann / Schellhorn / Kern (Hg.), SGB VIII (o. Fn. 13), § 45, Rn. 16.

¹²⁷ Zu den Anforderungen an Rücknahme oder Widerruf s. § 45 Abs. 7 SGB VIII.

¹²⁸ *Mann*, in: Fischer / Mann / Schellhorn / Kern (Hg.), SGB VIII (o. Fn. 13), § 45, Rn. 16; *Smessaert / Lakies*, in: Frankfurter Kommentar (o. Fn. 91), § 45, Rn. 26, 44; *Nonninger*, in: LPK-SGB VIII (o. Fn. 89), § 45, Rn. 5, 21; *Kämper*, Kindergärten in freier Trägerschaft (o. Fn. 60), S. 13. Dies wird bereits am Wortlaut des § 45 Abs. 2 SGB VIII deutlich – und danach ist auch bei dessen Auslegung zu verfahren.

¹²⁹ Vgl. nur *Smessaert / Lakies*, in: Frankfurter Kommentar (o. Fn. 91), § 45, Rn. 29; *Mörsberger*, in: Wiesner (Hg.), SGB VIII (o. Fn. 1), § 45, Rn. 53a.

¹³⁰ Vgl. näher *Hundt*, Kindertagesbetreuung (o. Fn. 43), S. 52, 60 f.

¹³¹ VG Münster, U. v. 9.7.2013 – 6 K 1698/12; VGH Baden-Württemberg, in: NVwZ-RR 1999, S. 317 f.; näher *Mann*, in: Fischer / Mann / Schellhorn / Kern (Hg.), SGB VIII (o. Fn. 13), § 45, Rn. 31. S. dazu auch § 32 Abs. 3 SGB X.

voraussetzungen gewährleisten) hat dabei aus Verhältnismäßigkeitsgründen Vorrang vor der Erlaubnisversagung.¹³²

3. Staatliche Einwirkungsmöglichkeiten

Trotzdem ist die Freiheit von Kindertageseinrichtungen, ihre Arbeit nach eigenen Vorstellungen zu gestalten, durch ein engmaschiges Netz an staatlichen Vorschriften (v.a. aus den Kindertageseinrichtungsgesetzen der Länder, den dazu erlassenen Ausführungsverordnungen und den noch detaillierteren, in unterschiedlicher Rechtsform erlassenen „Bildungs- und Erziehungsplänen“¹³³) beträchtlich eingeschränkt.¹³⁴ Zwar ist es von Bestimmung zu Bestimmung unterschiedlich, inwieweit sie Einrichtungen freier Träger unmittelbar bindet. Soweit dies der Fall ist, kann sie von den staatlichen Aufsichtsbehörden entweder nach § 45 Abs. 4 S. 2, Abs. 6 SGB VIII – soweit der Normverstoß das Kindeswohl tangiert – oder im Wege der in manchen Landesrechten vorgesehenen Rechtsaufsicht¹³⁵ (notfalls im Wege des Verwaltungszwangs) durchgesetzt werden¹³⁶. Soweit staatliche Vorgaben nicht unmittelbar gelten, erklären viele Landesrechte die Einhaltung einzelner von ihnen (unmittelbar oder nach Maßgabe einer Vereinbarung mit dem Träger) zur Fördervoraussetzung, schon um dem Auftrag aus § 22a Abs. 5 SGB VIII gerecht zu werden, die Erfüllung des Förderauftrags durch sämtliche – auch die freien Einrichtungen – sicherzustellen¹³⁷. Dies hat zwar keinen rechtlichen, aber einen nicht minder wirksamen faktischen Zwang zur Einhaltung der staatlichen Vorgaben zur Folge.

Teilweise gehen diese Vorgaben (v.a. in den Bildungs- und Erziehungsplänen) so weit, dass sich die Frage aufdrängt, ob sie den grundrechtlich und gem. §§ 4, 5 SGB VIII gewährleisteten Gestal-

¹³² Vgl. *Smessaert / Lakies*, in: Frankfurter Kommentar (o. Fn. 91), Rn. 41 f.; *Kämper*, Kindergärten (o. Fn. 91), S. 190.

¹³³ Zu diesen und ihrer Verbindlichkeit *Koch*, in: HEKR (o. Fn. 11), Rn. 26.

¹³⁴ Zur Kompensation sehen viele Landesrechte vor, dass die Kirchen und anderen freien Träger an der Ausarbeitung der Bildungs- und Erziehungspläne beteiligt werden.

¹³⁵ Vgl. z.B. § 9 ThürKitaG.

¹³⁶ Außerdem sind die freien Träger dem (überwiegend verfahrensrechtlichen) Kontrollregime der §§ 46 ff. SGB VIII unterworfen. Näher *Marcus Wüstefeld / Ralf Korden*, Aufsichtsrechte der Jugendämter über Kindertageseinrichtungen in kirchlicher Trägerschaft, in: KuR 2007, S. 215 ff.

¹³⁷ Näher *Wüstefeld / Korden*, Aufsichtsrechte (o. Fn. 136), S. 218 f.

tungsspielraum nicht zu weitgehend einschränken, und damit als „kumulative Rechtsbeschränkung“ gegen höherrangiges Recht verstoßen. Auch einzelne staatliche Vorgaben können vor dem Hintergrund der einschlägigen Grundrechte unwirksam sein.

4. Das Rechtsverhältnis zwischen Einrichtungsträger und Benutzern

a) Anspruch auf Aufnahme in eine kirchliche Kindertageseinrichtung

41

Nimmt man das Rechtsverhältnis zwischen Nutzungsinteressenten oder Benutzern und dem Einrichtungsträger in den Blick, stellt sich zunächst die Frage, ob Eltern und Kinder einen Anspruch darauf haben, zu einer kirchlichen Kindertageseinrichtung zugelassen zu werden oder ob die Träger selbst bestimmen können, nach welchen Kriterien (z.B. Konfessionszugehörigkeit, Kirchengemeindezugehörigkeit u. s. w.) sie Interessenten aufnehmen. Aus dem SGB VIII ergibt sich ein Zulassungsanspruch nicht.¹³⁸ Gleichzeitig folgt aus den Grundrechten der kirchlichen Träger und § 4 Abs. 1 S. 2 SGB VIII, dass sie grundsätzlich frei über die Zulassungskriterien und das Aufnahmeverfahren entscheiden können.¹³⁹ Soweit daher in der (älteren) Literatur vertreten wurde, dass immer dann, wenn eine staatliche Alternative fehlt, Kontrahierungszwang besteht (und auf Missionierung zu verzichten ist)¹⁴⁰, ist dies abzulehnen.¹⁴¹ Auch aus dem

¹³⁸ Der Anspruch auf einen (geeigneten) Betreuungsplatz aus § 24 SGB VIII richtet sich ausschließlich gegen den Staat, vgl. III. 2. e.

¹³⁹ *Kämper*, Kindergärten (o. Fn. 91), S. 207 f.; *Erna Moskal/Sibrand Foerster/Rainer Strätz*, Kinderbildungsgesetz NRW, 2011, Erl. § 9, S. 131; *Müller*, Rechtslage kirchlicher Kindergärten (o. Fn. 36), S. 176 f.; *Stefanie Haccius*, Der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz und seine Auswirkungen auf Kindergärten in kirchlicher Trägerschaft, in: *KuR* 1995, S. 43 (47).

¹⁴⁰ *Kämper*, Kindergärten (o. Fn. 91), 206; *ders.*, Kindergärten in freier Trägerschaft (o. Fn. 60), S. 13 f.; *Hermann Weber*, Gelöste und ungelöste Probleme des Staatskirchenrechts, in: *NJW* 1983, S. 2541 (2545).

¹⁴¹ Die Annahme eines solchen Kontrahierungszwangs würde eine Grundrechtseinschränkung ohne gesetzliche Grundlage bedeuten, die nach moderner Grundrechtsdogmatik unzulässig ist. I. E. ebenso *Müller*, Rechtslage kirchlicher Kindergärten (o. Fn. 36), S. 176. Zwar gibt die neuere bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung (BVerfGE 148, 267 – Stadionverbot) Anlass, darüber nachzudenken, ob (ggf. unter bestimmten weiteren Voraussetzungen) die Monopolstellung eines Grundrechtsträgers dazu führt, dass dieser einer (nach dem Wortlaut der Entscheidung „mittelbaren“, in der Sache aber – da nicht der Vermittlung durch entsprechende Entscheidung des Gesetzgebers bedürftige – „unmittelbaren“) Bindung durch Art. 3 Abs. 1 GG

AGG folgt weder ein allgemeiner Kontrahierungszwang noch das Verbot, bei der Aufnahme von Kindern nach religiösen Gesichtspunkten zu differenzieren.¹⁴² Allerdings formulieren inzwischen viele Landesrechte Vorgaben für die Aufnahme von Kindern in Einrichtungen freier Träger, meist das Verbot, die Aufnahme von religiösen, konfessionellen oder auch sozialen Kriterien abhängig zu machen.¹⁴³ Ein solcher Aufnahmewang kann die kirchliche Religions-

unterliegt und deshalb immer dann zum Kontrahieren verpflichtet ist, wenn kein sachlicher Grund für eine Ablehnung besteht. Selbst wenn der Annahme einer unmittelbaren – d. h. nicht durch Entscheidung des Gesetzgebers vermittelten – Drittwirkung von Art. 3 Abs. 1 GG in solchen Konstellationen zu folgen wäre (kritisch dazu u. a. *Fabian Michl*, *Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure*, JZ 2018, S. 910 ff.), hätte dies nicht zur Folge, dass eine Differenzierung zwischen Interessenten unzulässig wäre, sondern nur, dass diese einer sachlichen Rechtfertigung bedarf. Das Interesse eines konfessionellen Trägers, durch eine entsprechende Auswahl von Kindern das eigene konfessionelle Profil zu bewahren, würde einen solchen sachlichen Differenzierungsgrund darstellen. Wäre angesichts einer entsprechenden Freiheitsausübung des freien Trägers der tatsächliche Bedarf an – zumutbaren – Betreuungsplätzen nicht sichergestellt, wäre dem nicht durch weitere Einschränkung des freien Trägers im Wege der Rechtsauslegung (die dessen Rechtsposition im Nebeneinander von öffentlichen und freien Trägern der Jugendhilfe grundsätzlich in Frage stellen würde), sondern durch die Bereitstellung weiterer, alternativer Einrichtungen im Rahmen der Jugendhilfeplanung Rechnung zu tragen.

¹⁴² Das Verbot einer Benachteiligung wegen der Religion gemäß § 2 Abs. 1, § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG erfasst nur Schuldverhältnisse, die „typischerweise ohne Ansehen der Person“ zustandekommen oder „bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat“. Auch wenn die Aufnahme eines Kindes in eine Kindertageseinrichtung als soziale Vergünstigung (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 AGG), als Bildungsangebot (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 AGG) oder als Dienstleistung an die Öffentlichkeit (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG) dem Anwendungsbereich des Gesetzes unterfällt, ist sie doch jedenfalls für kleinere Einrichtungen mit geringerer Kapazität regelmäßig eine gezielte, personenbezogene Auswahlentscheidung, schon um die Gruppen nach Alter und Geschlecht zu mischen. Selbst wenn bzw. sofern § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG einschlägig sein sollte, ist die Anknüpfung an die Religion des Kindes durch einen sachlichen Grund nach § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AGG im Hinblick auf die Religionsfreiheit und das Selbstbestimmungsrecht des Trägers zur Verwirklichung seines religiösen Selbstverständnisses gerechtfertigt. Davon geht auch die Antidiskriminierungsstelle des Bundes aus, s. dies. (Hg.), *Handbuch „Rechtlicher Diskriminierungsschutz“*, 3. Aufl. 2017, <https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Handbuch_Diskriminierungsschutz/Gesamtes_Handbuch.pdf>, S. 103). Von alldem unberührt bleibt das Verbot einer Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft nach § 19 Abs. 2 AGG.

¹⁴³ Vgl. z. B. § 12 Abs. 2 KiTaG SH; § 4 ThürKitaG; § 2 Abs. 3 S. 1 KiFöG LSA, § 6 Abs. 1 Kindertagesförderungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern (KiföG MV) v. 4. 9. 2019 (GVBl. S. 558), die diese Vorgabe allerdings auf

freiheit und das kirchliche Selbstbestimmungsrecht allenfalls dann zulässigerweise beschränken, wenn er lediglich bei staatlicher Förderung der Einrichtung eingreift¹⁴⁴, so dass den kirchlichen Trägern die Möglichkeit verbleibt, bei Verzicht auf staatliche Leistungen ein Betreuungsangebot mit erkennbarem konfessionellen Profil zu machen.

b) Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses

42

Die Kirchen selbst und andere ihnen zuordenbare Träger, die in öffentlich-rechtlicher Rechtsform organisiert sind, haben – anders als die privatrechtlich organisierten Träger der Diakonie oder Caritas – die Möglichkeit, das Rechtsverhältnis zu den Benutzern ihrer Einrichtungen öffentlich-rechtlich auszugestalten¹⁴⁵ (also z. B. die Benut-

öffentlich geförderte Einrichtungen beschränken. Vgl. außerdem § 7 KiBiz NRW, der diese Einschränkung nicht enthält, aber ergänzt, dass „die verfassungsmäßigen Rechte der Kirchen [unberührt bleiben]“. Entsprechend wird er überwiegend so verstanden, dass er es zulässt, dass kirchliche Träger nach Religions- bzw. Konfessionszugehörigkeit auswählen (vgl. nur *Moskal / Foerster / Strätz*, KiBiz NRW [o. Fn. 139], Erl. § 7 S. 103). Näher zur Verfassungsmäßigkeit landesrechtlicher Aufnahmegebote *Müller*, Rechtslage kirchlicher Kindergärten (o. Fn. 36), S. 172 ff.

¹⁴⁴ Dies ist i. d. R. der Fall, s. o. Fn. 143. Mit § 14 Abs. 2 Zweites Gesetz zur Ausführung des Achten Buches des Sozialgesetzbuches – Kinder- und Jugendhilfe: Kindertagesstättengesetz Brandenburg (KitaG Bbg.) v. 27. 6. 2004 (GVBl. I S. 384), zuletzt geändert am 1. 4. 2019 (GVBl. I Nr. 22), existiert allerdings auch eine Aufnahmeverpflichtung, die diesen Vorbehalt nicht enthält.

¹⁴⁵ Vgl. nur *Mann*, in: Fischer / Mann / Schellhorn / Kern (Hg.), SGB VIII (o. Fn. 13), § 90, Rn. 15; *Koch*, in: HEKR (o. Fn. 11), Rn. 45; *Dirk Ehlers*, Grundfragen kirchlicher Gebührenerhebungen, in: ZevKR 54 (2009), S. 186 (192 f.). Nach der Rechtsprechung des BVerfG und der h. M. ist dem Körperschaftsstatus die Befugnis zu „öffentlich-rechtlicher Rechtssetzung“ immanent. Davon soll auch das Recht umfasst sein, die Benutzungsverhältnisse eigener Einrichtungen öffentlich-rechtlich auszugestalten und „Verwaltungsakte“ zu erlassen, vgl. nur *Rainer Mainusch*, Rechtsprobleme des kirchlichen Verwaltungsverfahrens, in: ZevKR 50 (2005), S. 16 (26 f.); *Hans Michael Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften als Körperschaften des Öffentlichen Rechts, 2003, S. 284 ff. Beides ist allerdings nicht unumstritten. Z. T. wird angenommen, dass die unmittelbar durch Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 WRV verbürgte Befugnis zu öffentlich-rechtlicher Rechtssetzung grds. nur gegenüber Mitgliedern, nicht gegenüber Dritten besteht (s. *Stefan Magen*, → § 27, Rn. 37 m. W. N. zum Streitstand). Der BayVGh ging in einer Entscheidung von 1985 davon aus, dass mangels anderslautender gesetzlicher Regelung „die Benutzung kirchlicher Kindergärten [...] in Bayern allgemein dem Privatrecht zugeordnet“ sei, in: BayVBl. 1986, S. 271 (273) m. Anm. *Ludwig Renck*; dazu auch BVerwG, in: DVBl. 1986, S. 1202 ff. m. Anm. *Hans-Uwe Erichsen*. Das Recht zu „öffentlich-rechtlicher“ Ausgestaltung des Be-

zungsbedingungen durch „Satzung“ zu regeln, das Benutzungsverhältnis einseitig durch Verwaltungsakt zu begründen oder Elternbeiträge durch Verwaltungsakt zu erheben¹⁴⁶). Vereinzelt machen die kirchlichen Träger von diesem Recht Gebrauch, auch wenn sie sich in der Praxis überwiegend privatrechtlicher Rechtsformen bedienen¹⁴⁷.

c) Religiöse Erziehung in kirchlichen Kindertageseinrichtungen

Oft nennen landesrechtliche Regelungen, die für alle Kindertageseinrichtungen gelten, „Religion“ als von diesen explizit zu bearbeitenden „Bildungsbereich“.¹⁴⁸ Das ist rechtspolitisch zu befürworten und verfassungsrechtlich genauso zulässig, wie es die Einbeziehung des Christentums als „Kultur- und Bildungsfaktor“ im Schulwesen ist¹⁴⁹, weil das Wissen um und das Verständnis für religiöse Überzeugungen (christlicher und nichtchristlicher Prägung) für die Persönlichkeitsentwicklung und den Zugang zu Geschichte und Kultur von erheblicher Bedeutung sind. Anders als staatliche Kindertageseinrichtungen, die dabei stärkeren Einschränkungen unterliegen, und christliche Inhalte entweder nur „neutral“ und informierend vermitteln dürfen, oder für alle, die dies nicht wünschen, Ausweichmöglichkeiten offenhalten müssen¹⁵⁰, dürfen kirchliche Träger religiöse Werte

43

nutzungsverhältnisses eines kirchlichen Kindergartens (ohne spezielle gesetzliche Grundlage) bejahen demgegenüber OVG Lüneburg, in: NVwZ 1987, S. 708; OVG Lüneburg, in: NVwZ-RR 1991, S. 206.

¹⁴⁶ Nach weitgehend allgemeiner Meinung sind derartige kirchliche Verwaltungsakte allerdings nur unmittelbar vollstreckbar, wenn dies spezialgesetzlich zugelassen ist. Für Verwaltungsakte im Kindertageseinrichtungsrecht ist dies nur ganz vereinzelt der Fall (vgl. z. B. § 50 Abs. 1 Württembergisches Gesetz über die Kirchen v. 3. 3. 1924). Näher Ehlers, Grundfragen kirchlicher Gebührenerhebungen (o. Fn. 145), S. 186 (197).

¹⁴⁷ Vgl. nur *Elgeti*, Kindergärten in kirchlicher Trägerschaft (o. Fn. 36), S. 152; *Koch*, in: HEKR (o. Fn. 11), Rn. 45. Sofern das einschlägige (kirchliche) Recht nicht eindeutig zuordenbar ist, muss es ausgelegt werden. Zur rechtlichen Einordnung eines privatrechtlichen Krippenbetreuungsvertrages und zur Unwirksamkeit bestimmter AGB s. BGH NJW 2016, 1578.

¹⁴⁸ Vgl. z. B. § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 KiTaG SH; § 3 Abs. 1 Nr. 2 KiföG MV; § 4 Abs. 1 Ausführungsverordnung zum BayKiBiG v. 5. 12. 2005 (GVBl. S. 633), zuletzt geändert am 24. 5. 2019 (GVBl. S. 266).

¹⁴⁹ Vgl. dazu BVerfGE 41, 29 (65).

¹⁵⁰ Näher zur Zulässigkeit und zu den Grenzen religiöser Erziehung in Kindertageseinrichtungen öffentlicher Träger VGH Kassel, in: NJW 2003, S. 2846; Besprechung dazu von *Markus Ogorek*, in: JA 2004, S. 199; *de Wall*, Religiöse Bildung in Kindertagesstätten (o. Fn. 66), S. 459 ff.; *ders./Renate Penßel*, Religion in Kindergarten und Schule, in: Handbuch der Religionen,

und Inhalte auch in dezidiert missionarischer Absicht und Art weitergeben¹⁵¹. Das gilt auch dann, wenn in der Einrichtung Kinder anderer Konfession oder Religion oder Kinder aus Elternhäusern ohne religiöses Bekenntnis vertreten sind¹⁵², sei es, weil der Träger sie aus freiem Entschluss zulässt, oder weil gesetzliche Diskriminierungsverbote (als Fördervoraussetzung) diese Zulassung gebieten¹⁵³. Denn würde man an die Verpflichtung zur Zulassung (und sei es auch nur als Fördervoraussetzung, die wirtschaftlich i. d. R. einem Zulassungszwang gleichsteht) die Pflicht zum „Verzicht auf Missionierung“ und zur einschränkungslosen Achtung anderer Überzeugungen anknüpfen, liefe das grund- und einfachrechtlich verbürgte Recht der Eltern, ihren Kindern (über die kirchliche Kindertageseinrichtung) eine Erziehung nach ihren eigenen religiösen Vorstellungen (Art. 6 Abs. 2 GG und § 9 Nr. 1 SGB VIII) zuteilwerden zu lassen, und das Recht der kirchlichen Träger, durch Betreuungseinrichtungen den eigenen Glauben weiterzugeben, faktisch leer¹⁵⁴. Die Entscheidung der Eltern, ihr Kind in eine kirchliche Einrichtung zu geben, anstatt dem Staat gegenüber ihren Anspruch auf einen zumutbaren, weil religiös neutralen Betreuungsplatz¹⁵⁵ geltend zu machen, ist insofern als (auch für das Kind wirkende) Einwilligung in die dort stattfindende religiöse Erziehung zu werten¹⁵⁶, jedenfalls wenn diese Erziehungsabsichten Nutzungsinteressenten gegenüber hinreichend transparent gemacht werden.

hg. von Michael Klöcker / Udo Tworuschka, Kap. I-16 (Losebl., Stand: 2009), S. 13 ff.

¹⁵¹ Näher *de Wall*, Religiöse Bildung in Kindertagesstätten (o. Fn. 66), S. 467 f.; *ders./Penßel*, Religion in Kindergarten und Schule (o. Fn. 150), S. 16 f.

¹⁵² Vgl. auch *de Wall*, Religiöse Bildung in Kindertagesstätten (o. Fn. 66), S. 468.

¹⁵³ Vgl. oben IV. 4. a.

¹⁵⁴ I. E. ebenso *Kämper*, Kindergärten in freier Trägerschaft (o. Fn. 60), S. 14; *Elgeti*, Kindergärten in kirchlicher Trägerschaft (o. Fn. 36), S. 155.

¹⁵⁵ S. dazu oben III. 2. e.

¹⁵⁶ Sofern landesrechtliche Regelungen, wie z.B. § 2 Abs. 3 S. 2 KiFöG LSA, als entgegenstehend wahrgenommen werden könnten, sind sie entsprechend grundrechtskonform auszulegen. I. E. ähnlich *Koch*, in: HEKR (o. Fn. 11), Rn. 25; *Müller*, Rechtslage kirchlicher Kindergärten (o. Fn. 36), S. 180 f.

d) Mitwirkungsrechte der Eltern

Um zu gewährleisten, dass die Erziehung in Kindertageseinrichtungen das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) wahrt, verpflichten alle Landesgesetze die freien Träger, in ihren Einrichtungen Institutionen zu schaffen, über die die Eltern in deren Arbeit und die anfallenden Entscheidungen einbezogen werden.¹⁵⁷ Die Formulierungen variieren dabei. Meist lassen sie Auslegungsspielräume, wie weit die „Mitentscheidungsbefugnis“ reicht. Die Literatur stellt jeweils – zu Recht – klar, dass das „Mitwirkungsrecht“ der Eltern in Grundsatzfragen (wozu insbes. die Festlegung der Konzeption gehört) nicht als Mitentscheidungsrecht verstanden werden kann, sondern die Letztentscheidung beim Träger verbleiben muss.¹⁵⁸ Andernfalls würde zwischen Grundrechten des Trägers und Grundrechten der Eltern kein angemessener Ausgleich hergestellt. Probleme werfen deshalb Bestimmungen auf, die unzweideutig ein Mitentscheidungsrecht der Elternvertreter in Grundsatzfragen anordnen, wie sie sich in vereinzelt Landesrechten finden¹⁵⁹. Jedenfalls dann, wenn sie die inhaltliche Arbeit betreffen und mit einem Aufnahmewang zusammentreffen (so dass der Träger zugleich die Mitwirkung fremdkonfessioneller bzw. areligiöser Eltern akzeptieren muss), sind sie nicht verfassungskonform.

44

¹⁵⁷ Die meisten Landesgesetze sehen hierfür eine aus allen Eltern bestehende „Elternversammlung“ und einen „Elternbeirat“ aus gewählten Vertretern vor. Während die „Elternversammlung“ regelmäßig lediglich zu informieren und anzuhören ist, geben viele Länder vor, dass gewählte Elternvertreter (entweder durch einen reinen „Elternbeirat“ oder einen „Kindertageseinrichtungsausschuss“, in dem neben Elternvertretern auch die Kindergartenleitung und der Träger vertreten sind) in allen „wesentlichen Fragen“ der Organisation „mitwirken“ bzw. dass wesentliche Entscheidungen „in Abstimmung mit“ der Elternvertretung getroffen werden.

¹⁵⁸ Vgl. nur *Heike Jung / Simon Lehner*, Bayerisches Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz, 2007, Art. 14, Rn. 105; *Müller*, Rechtslage kirchlicher Kindergärten (o. Fn. 36), S. 178 ff. I. E. ebenso *Kämper*, Kindergärten in freier Trägerschaft (o. Fn. 60), S. 15; *ders.*, in: LKStKR (o. Fn. 23), S. 412 f.; *Koch*, in: HEKR (o. Fn. 11), Rn. 28.

¹⁵⁹ Vgl. z.B. § 19 Abs. 3 S. 3 KiFöG LSA, demzufolge die Änderung der Konzeption der Zustimmung des „Kuratoriums“ der Einrichtung bedarf, in dem mindestens zur Hälfte Vertreter der Eltern mitwirken.

e) Rechtsschutzfragen

45 Das Betreiben kirchlicher Kindertageseinrichtungen ist grundsätzlich nicht von der staatlichen Gerichtsbarkeit eximiert: Denn zur Achtung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts verneint die Rechtsprechung die Eröffnung des staatlichen Rechtswegs nur dann, wenn eine „rein innerkirchliche Maßnahme“¹⁶⁰ vorliegt. Eine solche wurde bisher nur anerkannt in Angelegenheiten der kirchlichen Lehre und Verkündigung, der inneren Organisation, der Kirchenzucht oder ähnlichen Maßnahmen, die „im staatlichen Bereich nicht wirksam“ sind.¹⁶¹ Obwohl kirchliche Kindertageseinrichtungen auch einen Verkündigungsauftrag haben¹⁶², liegt der Schwerpunkt ihrer Arbeit doch in der ihnen sozialrechtlich aufgetragenen, auch allgemeinen Erziehung und Bildung der anvertrauten Kinder, die de facto zu einem beträchtlichen Teil nicht Kirchenmitglieder sind. Auch richtet sich die Arbeit kirchlicher Kindertageseinrichtungen nicht überwiegend oder sogar ausschließlich nach Kirchenrecht, sondern ist (zulässigerweise) Gegenstand einer Vielzahl staatlicher Regelungen, die das Gemeinwohlinteresse daran zum Ausdruck bringen. Daher sind die auf die Arbeit kirchlicher Kindertageseinrichtungen bezogenen Rechtsverhältnisse nicht als „rein innerkirchlich“ anzusehen. Entsprechend ist grundsätzlich für alle daraus erwachsenden Streitigkeiten der Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten eröffnet.¹⁶³

46 Die Frage, ob der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten (§ 13 GVG) oder der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten (§ 40 VwGO) eröffnet ist, ist danach zu beantworten, ob die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht oder dem Zivilrecht angehören. So-

¹⁶⁰ Vgl. nur BVerwGE 25, 364 (365).

¹⁶¹ Vgl. ebd. Diese ältere Leitlinie eignet sich – richtig interpretiert – noch immer zur Abgrenzung zwischen Angelegenheiten, die dem staatlichen Recht und damit auch dem staatlichen Rechtsweg zugänglich sind und solchen, die es (mangels staatlicher Zuständigkeit in diesen Fragen) grundsätzlich nicht sind, obwohl die Rechtsprechung inzwischen in der fallbezogenen Anwendung weitergehend als früher die Geltung staatlichen Rechts und damit auch die Eröffnung des Rechtsweges zu den staatlichen Gerichten bejaht, s. BVerwGE 149, 139. Zum Zusammenhang und zur jüngeren Entwicklung *Wolfgang Rüfner*, → § 78.

¹⁶² S. dazu oben I.

¹⁶³ Näher *Koch*, in: HEKR (o. Fn. 11), Rn. 43; *Elgeti*, Kindergärten in kirchlicher Trägerschaft (o. Fn. 36), S. 165 ff.; *Hermann Weber*, Staatliche und kirchliche Gerichtsbarkeit, in: NJW 1989, S. 2217 (insbes. S. 2223 f.). Vgl. auch OVG Lüneburg, in: NVwZ 1987, S. 708 zur verwaltungsgerichtlichen Überprüfbarkeit der Gebührensatzung eines kirchlichen Kindergartens.

weit Rechte und Pflichten aus dem Benutzungsverhältnis streitig sind, kommt es darauf an, ob dieses öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet ist.¹⁶⁴

Bei Streitigkeiten über die Zulassung zu einer kirchlichen Kindertageseinrichtung oder über die Entlassung aus einer solchen ist zu prüfen, ob sie nach den Regelungen des Benutzungsverhältnisses oder nach staatlichem Recht zu entscheiden sind. Sind die kirchlichen Benutzungsregelungen streitentscheidend, hängt die Zuordnung von deren Rechtscharakter ab.¹⁶⁵ Gehören sie dem Privatrecht an, handelt es sich um eine privatrechtliche Streitigkeit.¹⁶⁶ Für den öffentlich-rechtlichen Charakter der Zulassungs- bzw. Ausschlussentscheidung kann in diesem Fall auch nicht damit argumentiert werden, dass für sie – über die privatrechtlichen Vereinbarungen aus dem Benutzungsverhältnis hinaus – auch spezifische Bindungen des öffentlichen Rechts (z.B. aus den Grundrechten, i. S. d. „Zwei-Stufen-Theorie“) einschlägig sind. Denn trotz ihrer öffentlich-rechtlichen Organisationsform treten kirchliche Träger im Sozialrecht als „freie“, d.h. nicht unmittelbar grundrechtsgebundene, vom Staat unterscheidbare Akteure auf. Sie unterliegen entsprechend auch nicht den besonderen Rechtsbindungen des Staates als solchem¹⁶⁷.

47

5. Die Beschäftigung von Mitarbeitern

Mitarbeiter kirchlicher Kindertageseinrichtungen werden nahezu ausnahmslos auf der Grundlage privatrechtlicher Verträge beschäftigt.¹⁶⁸ Da aber die Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen in kirchlichen Einrichtungen von deren Grundrechten und dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht erfasst wird¹⁶⁹, gelten für den Abschluss, den Vollzug und die Beendigung derartiger Verträge Besonderheiten,

48

¹⁶⁴ Vgl. dazu näher oben IV. 4. b.

¹⁶⁵ Vgl. nur *Koch*, in: HEKR (o. Fn. 11), Rn. 45; *Müller*, Rechtslage kirchlicher Kindergärten (o. Fn. 36), S. 177 f.

¹⁶⁶ Vgl. nur OVG Münster, in: NVwZ 1996, S. 812; i.E. ebenso *Kämper*, Kindergärten (o. Fn. 91), S. 221; *Erich Schulke*, Zur Frage des Rechtsweges bei Nichtzulassung zum Kindergarten, in: BayVBl. 1981, S. 585 (587).

¹⁶⁷ Vgl. in der Sache auch BVerwG, in: NVwZ 1987, 677: ein freigemeinnütziger (kirchlicher) Kindergarten erhält durch die staatliche Anerkennung nicht die Stellung eines öffentlich-rechtlichen Aufgabenträgers.

¹⁶⁸ Besonderheiten gelten selbstverständlich für die Beschäftigung von Ordensangehörigen.

¹⁶⁹ Vgl. nur BAG, U. v. 20. 11. 2012, BAGE 143, 354 = NZA 2013, S. 448.

die unter dem Schlagwort des „kirchlichen Arbeitsrechts“ zusammengefasst werden. Das „kirchliche Arbeitsrecht“ (als Summe der individual- und kollektivrechtlichen Besonderheiten kirchlicher Arbeitsverhältnisse) ist in jüngerer Zeit durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und die Rechtsprechung des EuGH sowie des EGMR stark in die Diskussion und in Bewegung geraten. Im Hinblick auf die Beschäftigungsverhältnisse in kirchlichen Kindertageseinrichtungen stehen v.a. zwei Fragen im Fokus: Erstens die Frage, wann eine Nichteinstellung aus religiösen Gründen gegen das Benachteiligungsverbot aus § 7 AGG verstößt, was u. U. eine Pflicht zum Schadensersatz oder zur Entschädigung auslöst (§ 15 AGG), und zweitens die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Träger aus Gründen seines religiösen Selbstverständnisses ein Arbeitsverhältnis (ordentlich oder sogar außerordentlich) kündigen kann. Die Beantwortung dieser v.a. aufgrund europarechtlicher Einflüsse (z.B. des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung des AGG) in Wissenschaft und Rechtsprechung hochumstrittenen Fragen kann hier nicht vertieft werden. Dafür sei auf die (umfangreiche) Literatur zum kirchlichen Arbeitsrecht verwiesen.¹⁷⁰ Festgehalten werden kann jedoch, dass es sich jedenfalls bei der Leitung der Einrichtung und bei der Leitung einzelner Gruppen in Kindertageseinrichtungen um Funktionen handelt, für deren Ausübung die Religion nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte Anforderung ist¹⁷¹, weil zumindest diese Personen dafür bürgen müssen, dass der Verkündigungsauftrag der Einrichtung¹⁷² durch deren Gesamtausrichtung und durch die pädagogische Arbeit in den einzelnen Gruppen tatsächlich verwirklicht wird. Auch jedem Erzieher bzw. Kinderpfleger kann der Träger Verantwortung für die in der Kindertageseinrichtung stattfindende Vermittlung der christlichen Botschaft und Werte beilegen. Sofern dies geschieht, stellt auch hier die Religion der oder des Betreffenden eine nach der Art der Tätigkeit gerechtfertigte berufliche Anforderung dar, weil die Erfüllung des Verkündigungsauftrages einer Kindertageseinrichtung maßgeblich davon abhängt, ob er von den Bezugspersonen der Kinder und Eltern wirklich (glaubwürdig) mit Leben gefüllt wird.

¹⁷⁰ Vgl. nur *Jacob Joussen*, → § 57, insb. Rn. 57 ff.; *Gregor Thüsing*, → § 59; *Andreas Schneedorf*, Die Auswirkungen der EGMR-Judikatur auf das kirchliche Individualarbeitsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 2013.

¹⁷¹ Zu dieser Anforderung s. insbes. Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG; EuGH, U. v. 17.4.2018, NJW 2018, S. 1869.

¹⁷² Näher zu diesem Rn. 2.

6. Finanzierung kirchlicher Kindertageseinrichtungen

Die Finanzierung der Kindertageseinrichtungen regelt – vorbehaltlich des § 90 SGB VIII¹⁷³ – das Landesrecht¹⁷⁴. Überwiegend wählen die Länder dabei eine Finanzierung über (z.T. in das Ermessen des Staates gestellte) Zuwendungen, nicht ein System der Entgeltübernahme, wie sie sonst im Jugendhilferecht üblich ist¹⁷⁵. Wegen der Verschiedenheit der landesrechtlichen Regelungen¹⁷⁶ können hier nur die groben Strukturen aufgezeigt werden¹⁷⁷.

49

a) Quellen der Kostendeckung

Als Quellen der Kostendeckung sehen die Landesgesetze i. d. R. neben einem Eigenanteil des Trägers¹⁷⁸ Zuschüsse des Landes, des örtlichen Trägers der Jugendhilfe und der örtlichen Gemeinde vor. Für die Betriebskosten werden sie – als vierte Finanzierungsquelle – durch die Elternbeiträge¹⁷⁹ ergänzt¹⁸⁰. Von Land zu Land und Kostenart zu Kostenart verschieden ist geregelt, in welchem Verhältnis diese unterschiedlichen Finanzierungsquellen zueinander stehen. Außerdem bestimmen die Länder abweichend voneinander, welche staatlichen

50

¹⁷³ S. dazu sogleich IV. 4. c.

¹⁷⁴ Vgl. § 74a SGB VIII, der dem allgemeineren § 74 und auch den §§ 77 ff. SGB VIII vorgeht. Hat der Landesgesetzgeber eine eigenständige, umfassende Finanzierungsregelung getroffen, kommt ein ergänzender, auf § 74 SGB VIII gestützter Finanzierungsanspruch freier Träger nicht in Betracht, BayVGH, BayVBl. 2014, S. 309.

¹⁷⁵ Vgl. §§ 77 ff. SGB VIII; *Arne von Boetticher/Johannes Münder*, in: Frankfurter Kommentar (o. Fn. 91), Vorbem. Kap. 5, Rn. 13.

¹⁷⁶ Eingehendere Gegenüberstellung und Analyse der unterschiedlichen Finanzierungskonzeptionen (Stand: 2016) unter <https://www.fruehe-chancen.de/fileadmin/PDF/Fruehe_Chancen/Bund-Laender-Konferenz/FiBS_Expertise_Kita-Finanzierung_Langfassung.pdf>.

¹⁷⁷ Für die Details sei auf die Kommentierungen zum SGB VIII und zu den einschlägigen Landesgesetzen verwiesen.

¹⁷⁸ Er ist z.T. gesetzlich fixiert, vgl. § 12 Abs. 3 Kindertagesstättengesetz Rheinland-Pfalz (KitaG RP) v. 15.3.1991 (GVBl. S. 79), zuletzt geändert am 3.9.2019 (GVBl. S. 213); § 14 Abs. 3 Nr. 3 Verordnung zur Ausführung des Saarländischen Kinderbetreuungs- und -bildungsgesetzes (AV SKBBG) v. 2.9.2008 (ABl. S. 1398), zuletzt geändert am 19.6.2019 (ABl. I S. 564). Vereinzelte Landesrechte sehen ihn nicht (verbindlich) vor, vgl. z.B. § 25 Abs. 2 KiföG MV; § 11 Abs. 1 KiföG LSA.

¹⁷⁹ S. dazu näher IV 4. c.

¹⁸⁰ Vgl. nur § 25 KiTaG SH.

Zuschüsse dem Träger unmittelbar zufließen und in welchem Umfang ein gegenüber dem Träger unmittelbar Leistungsverpflichteter (z. B. die Gemeinde und/oder der öffentliche Träger der Jugendhilfe) im Umlageverfahren eine (anteilige) Erstattung durch übergeordnete Stellen erhält.

b) Voraussetzungen und Umfang der staatlichen Förderung

51 Die unterschiedlichen landesrechtlichen Fördermodelle erschließen sich über die folgenden Fragen: 1. Was sind die (zwingenden) Förder Voraussetzungen? 2. Besteht bei ihrer Erfüllung ein Anspruch auf Förderung (gegenüber einem näher zu bestimmenden staatlichen Rechtsträger) oder steht die Förderung im Ermessen des Staates?¹⁸¹ 3. Welchen Umfang hat ein etwaiger Förderanspruch (für eine bestimmte Kostenart)? Das dem Staat häufig eingeräumte Ermessen ist regelmäßig zugunsten der potentiell zu fördernden Träger drittschützend, so dass sie zumindest einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung gerichtlich geltend machen können.¹⁸² Zusätzlich sind (auch bei der Ausübung eines u. U. eingeräumten Ermessens) die Regeln des Subventions- und Zuwendungsrechts und ggf. auch die Vorgaben des europäischen Beihilferechts zu beachten.¹⁸³

¹⁸¹ Sofern dem Staat Ermessen zusteht, muss er es im Einklang mit höher-rangigem Recht, insbesondere dem Gleichheitsgrundsatz gem. Art. 3 GG, ausüben, und darf keine sachfremden, den Intentionen des Jugendhilferechts widersprechenden Kriterien einstellen. Zu den für die Förderentscheidung relevanten Kriterien s. BayVGh 2014, 309 (310). Danach ist einem Förderanliegen i. d. R. nachzukommen, wenn die Plätze des freien Trägers als bedarfsnotwendig anerkannt sind und für den Fall der Verweigerung eine merkliche Kürzung des Angebots oder eine Schließung der Einrichtung droht. Eine Ermessensreduzierung auf Null soll jedoch nur in Betracht kommen, wenn der weitere Betrieb der Einrichtung (unter dem Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung eines pluralen Angebots) konkret gefährdet ist und andere zumutbare Wege der Eigenfinanzierung ausgeschöpft sind.

¹⁸² Eine Ermessensentscheidung über die Versagung von Zuschüssen ist z. B. (wegen Verletzung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechtes) fehlerhaft, wenn die Bedürftigkeit eines kirchlichen Trägers pauschal mit dem Verweis auf die Finanzkraft der Gesamtkirche verneint wird (BVerwGE 70, 290). Dagegen dürfen kirchenrechtlich explizit vorgesehene Förderansprüche der Einrichtungsträger berücksichtigt werden (BVerwG, in: NVwZ 1990, S. 66).

¹⁸³ Vgl. nur Arne von Boetticher / Johannes Münder, in: Frankfurter Kommentar (o. Fn. 91), § 74, Rn. 33 ff. Speziell zum europäischen Beihilferecht s. ebd. Rn. 38 ff. Der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Die Fördervoraussetzungen sind in den Ländern unterschiedlich geregelt: Viele beziehen in die Förderung nur Einrichtungen ein, die in die örtliche Bedarfsplanung aufgenommen wurden¹⁸⁴ oder stufen die Förderhöhe danach ab¹⁸⁵. Jedenfalls sofern dies der Fall ist, haben Einrichtungsträger Anspruch darauf, dass über ihren Antrag auf Aufnahme in den Bedarfsplan ermessensfehlerfrei entschieden wird¹⁸⁶. Vereinzelt machen sie die Förderung von weiteren Voraussetzungen abhängig, z. B. von der Einhaltung rechtlicher Vorgaben, die unmittelbar nur für die öffentlichen Einrichtungsträger gelten.¹⁸⁷

Ob ein Anspruch auf staatliche Zuwendungen besteht, und welche Höhe er hat, hängt regelmäßig von der betroffenen Kostenart ab: Die Beteiligung an Investitionskosten (bzw. Grunderwerbs- und Baukosten) ist nur vereinzelt verpflichtend vorgesehen.¹⁸⁸ Häufig liegt sie umfassend im Ermessen der staatlichen Rechtsträger (und erfolgt

v. 11.1.2012 (2012/C 8/02), Ziff. 26, zufolge ist allerdings „innerhalb des nationalen Bildungssystems organisierte öffentliche Bildung, die vom Staat finanziert und überwacht wird“, als „nicht wirtschaftliche Tätigkeit“ anzusehen. Gem. Ziff. 27 der Mitteilung gilt dies auch dann, wenn „Schüler oder Eltern gelegentlich Unterrichts- oder Einschreibegebühren entrichten müssen“, solange die Bildungsdienstleistung „vorrangig aus staatlichen Mitteln“ finanziert wird. „Kindertageseinrichtungen“ werden (nach „privaten und öffentlichen Grundschulen“) ausdrücklich als Anwendungsfall aufgeführt. Die betreffenden Einrichtungen sind damit keine „Unternehmen“ i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV, so dass dessen Anwendungsbereich nicht eröffnet ist. Dieser Mitteilung der Kommission zufolge stellen kirchliche Kindertageseinrichtungen, die soweit ersichtlich ausnahmslos nur zu einem Bruchteil aus Eigenbeiträgen der Eltern finanziert werden, keine „Unternehmen“ dar, und können deshalb ohne Rücksicht auf die Einschränkungen aus Art. 107–109 AEUV staatlich bezuschusst werden. Auch in anderem Zusammenhang hat die Rechtsprechung bereits den „nichtwirtschaftlichen“ Charakter von kommunalen und kirchlichen Kindertageseinrichtungen betont (s. BGH, NJW-RR 2017, S. 1016 zur Auslegung von § 144 Abs. 1 KostO a. F., heute § 91 GNotKG).

¹⁸⁴ Vgl. nur § 21 Abs. 2 ThürKitaG; § 12 Abs. 2 KitaG RP; § 18 Abs. 2 KiBiz NRW.

¹⁸⁵ Vgl. z. B. § 14 Abs. 4, 5 Sächsisches Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen – Gesetz über Kindertageseinrichtungen (SächsKitaG) v. 15.5.2009 (SächsGVBl. S. 225), zuletzt geändert am 14.12.2018 (SächsGVBl. S. 782); § 8 KiTaG BW.

¹⁸⁶ Näher VG Meiningen, U. v. 10.3.2016, Az. 8 K 40/14 Me – juris; VG Gera, U. v. 11.9.2001, Az. 6 K 1016/99.GE – juris.

¹⁸⁷ Vgl. nur Art. 19 BayKiBiG; § 32 Abs. 3 HKJGB.

¹⁸⁸ S. z. B. §§ 16 Abs. 3 KitaG Bbg. § 15 Abs. 2 KitaG RP spricht von „angemessener Beteiligung“ des Trägers des Jugendamtes, allerdings ohne dies näher zu spezifizieren.

somit nur „nach Maßgabe des Haushaltes“¹⁸⁹). Wo ein staatlicher Beitrag ausnahmsweise verbindlich vorgesehen ist, ist regelmäßig zumindest seine Höhe ins Ermessen des Staates gestellt.¹⁹⁰

- 54 Demgegenüber sehen die Landesgesetze einen Zuschuss zu den „Betriebskosten“ (i. d. R. definiert als Gesamtheit der angemessenen Personal- und Sachkosten) ausnahmslos verbindlich vor. Soweit das Gesetz diesen Zuschuss seiner Höhe nach abstuft (z. B., wie das nordrhein-westfälische Recht, gegenüber Kirchen und Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts niedriger bemisst als gegenüber anderen Trägern), sind diese Differenzierungen am Maßstab des Art. 3 GG zu messen.¹⁹¹ Allerdings regeln manche Länder die Zuschusshöhe nicht abschließend. Manche von ihnen stellen es frei, (weitere) Zuschüsse vertraglich auszuhandeln.¹⁹² Besonders in diesen Fällen wird relevant, dass staatliche Träger auch und gerade dort, wo verbindliche gesetzliche Vorgaben fehlen, an Art. 3 GG gebunden sind und bestimmte Träger nicht ohne hinreichenden sachlichen Grund gegenüber anderen Trägern benachteiligen dürfen. Deshalb und auch weil in der Jugendhilfe kraft Verfassungsrechts und gem. § 3 SGB VIII ein „vielfältiges“ Angebot bereitzustehen hat, ist ein individuelles Erziehungskonzept eines Trägers, auch dann, wenn es politischen oder anderen Wertungen der für die Förderung zuständigen Stelle widersprechen sollte, für sich genommen kein Sachgrund, der eine Benachteiligung rechtfertigt¹⁹³.

¹⁸⁹ Vgl. nur § 7 Abs. 2 SKBBG; § 17 KiTaG Nds.; § 21 Gesetz zur Förderung von Kindern in Kindertageseinrichtungen und Kindertagespflege – Kindertagesförderungsgesetz Berlin (KitaFöG Berlin) v. 23.6. 2005 (GVBl. S. 322), zuletzt geändert am 19. 12. 2017 (GVBl. S. 702).

¹⁹⁰ Davon gibt es allerdings auch Ausnahmen, vgl. nur: § 16 Abs. 2 AV SKBBG.

¹⁹¹ Vgl. nur *Arne von Boetticher / Johannes Münder*, in: Frankfurter Kommentar (o. Fn. 91), § 74a, Rn. 5. Ob sich die Differenzierung, die § 20 Abs. 1 KiBiz NRW vorsieht, rechtfertigen lässt, ist zweifelhaft. Dagegen *Moskal / Förster / Strätz*, KiBiz NRW (o. Fn. 139), S. 230 f. Auch dürfen Kindertageseinrichtungen mit übergemeindlichem Einzugsbereich nicht schlechter gestellt werden als andere, vgl. BVerwG, U. v. 21.1.2010 – 5 CN 1/09, in: NJOZ 2010, S. 1583. Allerdings lässt sich daraus, dass Gemeinden das Betriebskostendefizit eigener Einrichtungen tragen (müssen), kein Anspruch darauf herleiten, dass sie auch das Betriebskostendefizit einer Einrichtung in freier Trägerschaft übernehmen müssen, s. BayVerfGH, in: BayVBl. 2016, S. 481.

¹⁹² Vgl. nur § 21 Abs. 4 S. 2 ThürKitaG; § 17 Abs. 2 SächsKitaG.

¹⁹³ Zu den Leitlinien für eine sachgerechte Ermessensausübung s. Bay-VGH, BayVBl. 2014, S. 309 (310). Zum Ganzen auch (i.E. wie hier) *Koch*, in:

Auch die Parameter, an die die Förderung der Höhe nach anknüpft, variieren: Inzwischen sind die meisten Landesgesetze von einer Objektfinanzierung (d.h. einer pauschalen Finanzierung der Einrichtung als solcher) zu einer Subjektfinanzierung übergegangen, bei der die Förderung nach der Anzahl der betreuten Kinder (ggf. gestuft nach den gebuchten Betreuungszeiten) bemessen wird.¹⁹⁴ **55**

Neben „positiver“, direkter Unterstützung erhalten kirchliche Träger schließlich auch „negative“, indirekte Förderung: Sofern sie die steuerrechtlichen Gemeinnützigkeitsvoraussetzungen erfüllen, was regelmäßig der Fall ist, kommen sie in den Genuss der damit einhergehenden Steuervergünstigungen.¹⁹⁵ **56**

c) Insbesondere: Elternbeiträge

§ 90 SGB VIII regelt das Recht, für die Förderung von Kindern in Kindertageseinrichtungen „Kostenbeiträge“ festzusetzen. § 90 Abs. 3 SGB VIII verpflichtet zur Staffelung dieser Beiträge und macht dafür nähere Vorgaben. Die Regelungen des § 90 SGB VIII über „Kostenbeiträge“ gelten nach Sinn und Zweck und Systematik der Vorschrift lediglich für die öffentlich-rechtliche Beitragserhebung durch Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Die Festlegung von Entgelten durch freie, und damit auch kirchliche Träger (§ 90 SGB VIII spricht insofern von „Teilnahmebeiträgen“) bleibt davon unberührt.¹⁹⁶ Sie ist deshalb grundsätzlich deren eigener Entscheidung überlassen. Häufig sind allerdings nähere, z.T. sehr detaillierte Vorgaben darüber im Landesrecht enthalten.¹⁹⁷ Dies ist grundsätzlich zulässig, da das vorrangige Bundesrecht insoweit keine Bestimmungen enthält. Sofern jedoch gesetzliche Regelungen im Landesrecht fehlen, sind öffentliche Träger nicht befugt, die Festlegung oder gar die Erhebung der Elternbeiträge für den freien Träger zu übernehmen.¹⁹⁸ Trotzdem **57**

HEKR (o. Fn. 11), Rn. 34. S. auch VGH Baden-Württemberg, U. v. 18. 12. 2006, in: VB1BW 2007, S. 294 LS 7 (allerdings zu § 74 SGB VIII).

¹⁹⁴ Vgl. z.B. § 19 KiBiz NRW, Art. 21 BayKiBiG. Zu den Nachteilen dieser Finanzierungsform aus Trägersicht Koch, in: HEKR (o. Fn. 11), Rn. 31.

¹⁹⁵ Näher Marc Desens / Julian Winkler, Die Gemeinnützigkeitsvoraussetzungen von Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe, in: RdJB 2009, S. 474.

¹⁹⁶ Vgl. nur OVG Rheinland-Pfalz, B. v. 16. 5. 2000, KirchE 38, 212; näher zur Terminologie des § 90 Mann, in: Fischer / Mann / Schellhorn / Kern (Hg.), in: SGB VIII (o. Fn. 13), § 90, Rn. 14 f.

¹⁹⁷ Vgl. z.B. § 15 Abs. 1 SächsKitaG, § 17 KitaG Bbg.; § 6 KiTaG BW.

¹⁹⁸ Vgl. nur OVG Rheinland-Pfalz, B. v. 16. 5. 2000, KirchE 38, 212.

steht die Beitragserhebung auch ohne konkrete landesrechtliche Vorgaben nicht im Belieben des freien Trägers: Sofern sie in öffentlich-rechtlicher Form erfolgt, richtet sie sich zwar grundsätzlich nach Kirchenrecht. Jedoch erkennt der Staat hoheitlich festgesetzte Beitragsforderungen – richtigerweise – nur dann als wirksam an, wenn rechtsstaatliche Mindestanforderungen (z.B. Vorliegen einer hinreichend bestimmten und bekannt gemachten Rechtsgrundlage, etwa einer kirchengemeindlichen Beitragssatzung; hinreichende Bestimmtheit der Gebührenforderung, Wahrung des Grundsatzes der Abgabengerechtigkeit u. s. w.) gewahrt sind.¹⁹⁹ Die lange umstrittene Frage, ob es gegen den Grundsatz der Abgabengerechtigkeit verstößt, wenn Kindertageseinrichtungsgebühren trotz Inanspruchnahme gleicher Leistungen nach der Leistungsfähigkeit der Eltern gestaffelt werden²⁰⁰, ist allerdings inzwischen entschieden: Wenn § 90 Abs. 3 S. 2 SGB VIII öffentlichen Trägern die Staffelung nach dem Elterneinkommen grundsätzlich sogar gebietet, kann sie freien Trägern nicht verwehrt sein.²⁰¹ Demgegenüber ist bisher noch unentschieden, ob es zulässig ist, von Nutzern, die nicht dem Träger oder überhaupt keiner Kirche angehören, „Dissidentenzuschläge“ zu verlangen.²⁰² Hierfür dürften die dazu im Friedhofsrecht entwickelten Grundsätze²⁰³ entsprechend anwendbar sein. Dem Grundcharakter der Kinderbetreuung als Sozialleistung trägt schließlich auch Rechnung, dass gem. § 90 Abs. 4 SGB VIII der Teilnahmebeitrag eines freien Trägers auf Antrag vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe übernommen wird, wenn die mit ihm verbundene Belastung den Eltern und dem Kind nicht zuzumuten ist. Wann dies der Fall ist, wird in § 90 Abs. 4 S. 2 SGB VIII definiert.

¹⁹⁹ Vgl. nur OVG Lüneburg, in: NVwZ-RR 1991, S. 206 (207).

²⁰⁰ Für einen Rechtsverstoß noch *Bernhard Kempen*, Gebühren im Dienst des Sozialstaats? Zur Zulässigkeit sozial gestaffelter Kindergartenbeiträge, in: NVwZ 1995, S. 1163 m. w. N. aus der älteren Rspr. Für die Verfassungsmäßigkeit dagegen schließlich zu Recht BVerfGE 97, 332. Näher m. w. N. *Annette Guckelberger*, Kindergärten als kostenintensive Einrichtungen – Wer zahlt?, in: SGB 2010, S. 1 (3 ff.).

²⁰¹ Dies ist dadurch gerechtfertigt, dass die Elternbeiträge niemals die vollen Kosten der entgegengenommenen Leistung abdecken, so dass immer ein Subventionsanteil verbleibt, für dessen Bemessung die Leistungsfähigkeit der Eltern ein sachgerechtes Kriterium darstellt.

²⁰² Vgl. auch *Kämper*, Kindergärten in freier Trägerschaft (o. Fn. 60), S. 8; *Elgeti*, Kindergärten in kirchlicher Trägerschaft (o. Fn. 36), S. 164.

²⁰³ Vgl. dazu nur *Jürgen Gaedke*, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, 11. Aufl. 2016, Kap. 3, Rn. 136; *Renate Penßel*, Bestattung und Friedhöfe, in: HEKR (o. Fn. 11), Rn. 37 Fn. 131, jeweils m. w. N.

IX.

Seelsorge in staatlichen Einrichtungen

§ 54

Seelsorge in der Bundeswehr

Von Jörg Ennuschat

I. Historische Entwicklungslinien der Seelsorge in der Bundeswehr	5–12
II. Rechtsgrundlagen	13–21
1. Kirchenvertragliche Rechtsgrundlagen	14
2. Staatliche Rechtsgrundlagen	15–17
3. Kirchliche Rechtsgrundlagen	18–19
4. Militärseelsorgeinterne Rechtsgrundlagen	20
5. Völkerrechtlicher Schutz für Militärangeistliche	21
III. Organisation, Finanzierung und Wirkungskreis der Seelsorge in der Bundeswehr	22–38
1. Bundesminister der Verteidigung und Militärbischöfe	24–27
2. Evangelisches Kirchenamt für die Bundeswehr und Katholisches Militärbischofsamt	28–30
3. Die Militärangeistlichen	31–36
4. Die Soldatengemeinden und sonstigen Einrichtungen	37
5. Finanzierung der Seelsorge in der Bundeswehr	38
IV. Die Verfassungsmäßigkeit der Seelsorge in der Bundeswehr	39–46
V. Seelsorge für Soldaten anderer Religionen sowie von Weltanschauungsgemeinschaften	47–68
1. Verfassungsrechtliche Fragen	50–54
2. Vertrag vom 20. 12. 2019 zur Regelung der jüdischen Militärseelsorge	55–61
3. Vorbereitungen zur Errichtung einer islamischen Soldatenseelsorge	62–68
VI. Zur Zukunft der Seelsorge in der Bundeswehr	69

- 1 Bei den großen christlichen Kirchen in Deutschland steht die Ortsgemeinde im Zentrum der Seelsorge. Daneben gibt es ein aufgefächertes Angebot von Seelsorge für Menschen in besonderen Lebenssituationen, was häufig mit einer organisatorischen Verselbstständigung von Seelsorge neben und sogar außerhalb der Ortsgemeinde verbunden ist. Traditionsreiches Beispiel ist die Militärseelsorge.
- 2 Militärseelsorge kann durch einen Staat zur Stärkung der Kampfkraft instrumentalisiert und im schlimmsten Fall dazu missbraucht werden, einem völkerrechtswidrigen militärischen Handeln den Anschein von Legitimation und religiöser Rechtfertigung zu verleihen. Diese Gefahr eines Missbrauchs von Kirche und Religion für kriegsgerische Zwecke erklärt vielleicht die erhebliche Skepsis, welche viele, auch innerhalb der Kirchen, der Militärseelsorge entgegen bringen.¹ Andere kritisieren die Militärseelsorge als ein überholtes staatskirchliches Relikt und wenden sich insbesondere gegen die organisatorische Verflechtung von Staat und Kirche sowie die erhebliche staatliche finanzielle Unterstützung kirchlicher Arbeit durch den Staat.²
- 3 Die vorstehend angedeutete Skepsis und Kritik bildet den Hintergrund für einen gewissen Wandel der Begrifflichkeiten. Der lange verwendete Begriff „Militärseelsorge“³ wird heute häufig durch die Begriffe „Soldatenseelsorge“⁴ oder „Seelsorge in der Bundeswehr“⁵

¹ Zur neueren innerkirchlichen Kritik an der Militärseelsorge siehe z.B. auf evangelischer Seite *Sylvie Thonak*, Evangelische Militärseelsorge und Friedensethik. Eine Problemanzeige, in: *Evangelische Theologie* 2012, S. 221 ff.; *Hartwig Hohnsbein*, Fest in der Tradition verankert – die Militärseelsorge, in: *Kirche von unten*, Nr. 101 (2001), S. 33 ff. Zur Kritik innerhalb der katholischen Kirche vgl. etwa *Reinhard J. Voß*, Militär-Seelsorge? – Soldatenseelsorge?! – Friedensdienste!, in: *Kirche unter Soldaten*, hg. vom Katholischen Militärbischofsamt, 2006, S. 273 (278 ff.), oder die Stellungnahme der Kommission Friedenspolitik von *Pax Christi*, 50 Jahre Pacem in Terris. Impuls zu einer friedensethischen Neuorientierung, vom 4. 10. 2013 (abrufbar unter <<https://www.paxchristi.de/artikel/view/5721807508209664/50%20Jahre%20Pacem%20in%20Terris>>). – In jüngerer Zeit hat die theologische Diskussion zur Militärseelsorge wohl an ideologischer Färbung verloren, so *Niklas Peuckmann*, Kirche(n) unter Soldaten – zur Ökumene der Militärseelsorge, in: *Lebendige Seelsorge* 4/2018, S. 288 (291); siehe zur praktischen Theologie der Militärseelsorge *Isolde Karle/Niklas Peuckmann* (Hg.), *Seelsorge in der Bundeswehr*, 2020.

² Zur verfassungsrechtlichen Kritik siehe unten IV.

³ Vgl. etwa Art. 27 Abs. 2 S. 1 des Reichskonkordates vom 20. 7. 1933 (RGBl. II S. 679): „Die Leitung der *Militärseelsorge* obliegt dem Armeebischof.“

⁴ Z. B. „Gesetz über die Verleihung der Rechtsstellung einer Anstalt des öffentlichen Rechts an die kirchliche Einrichtung ‚Katholische *Soldatenseel-*

ersetzt. Dadurch soll verdeutlicht werden, dass es nicht um Seelsorge oder gar kirchliche Weihe für das Militär oder die Bundeswehr geht, sondern um die seelsorgerische Betreuung der Soldatinnen und Soldaten in der Bundeswehr. Im Folgenden sollen diese Begriffe, die alle Bestandteil des geltenden Rechts sind, synonym verwendet werden.

Recht und Praxis der Seelsorge in der Bundeswehr sind bislang nahezu ausschließlich durch den evangelischen und katholischen Zweig der Militärseelsorge geprägt worden. Die religiöse Pluralisierung der Gesellschaft hat auch Auswirkungen für die Bundeswehr und damit für die Soldatenseelsorge. Deshalb sollen die Seelsorgeangebote anderer Religionen ebenfalls betrachtet werden, wenngleich die evangelische und katholische Militärseelsorge schon zahlenmäßig noch auf längere Sicht besonders bedeutsam bleiben werden und deshalb in diesem Beitrag im Vordergrund stehen.

4

I. Historische Entwicklungslinien der Seelsorge in der Bundeswehr

Eine geistliche Begleitung von Soldaten hat es vermutlich immer gegeben.⁶ Die Militärseelsorge von heute hat Wurzeln, die tief in die Vergangenheit zurückreichen. Stets wiederkehrende Strukturfragen sind u. a.: Stehen die Militärgeistlichen im Staatsdienst oder im Kirchendienst? Falls sie im Staatsdienst stehen: Bekleiden sie einen Offiziersrang oder haben sie einen zivilen Status? Falls sie im Kirchendienst stehen: Üben sie ihr Amt im Haupt- oder im Nebenamt aus? Sind die Soldatengemeinden aus der allgemeinen Gemeindestruktur herausgelöst oder bleiben die Soldaten Teil ihrer zivilen Kirchengemeinden? Gibt es womöglich eine exemte Militärkirche, die neben den zivilkirchlichen Strukturen steht? Welche Mitspracherechte hat

5

sorge', Sitz Bonn" vom 24.11.1992 (GVBl. NRW S. 467); dazu unten II. 1., III. 2.

⁵ So hat die EKD das „Kirchengesetz zur Regelung der evangelischen Militärseelsorge in der Bundesrepublik Deutschland“ vom 8.3.1957 (ABl. EKD S. 257) zum 1.1.2004 umbenannt in „Kirchengesetz zur Regelung der evangelischen *Seelsorge in der Bundeswehr*“ (Kirchengesetz vom 7.11.2002, ABl. EKD S. 387).

⁶ Zur Geschichte der Militärseelsorge siehe z. B. Jörn Bleese, Die Militärseelsorge und die Trennung von Staat und Kirche, 1969, S. 4 ff., S. 193 ff.; Volkmar Kruk, Die Militärseelsorge, in: KuR 2001, S. 67 ff.; Alfred E. Hierold, Militärseelsorge im Spannungsfeld zwischen Kirche und Staat, in: AfKKR 175 (2006), S. 100 ff.; Horst Scheffler, Militärseelsorge, in: Handbuch Militär- und Sozialwissenschaft, hg. von Sven Gareis/Paul Klein, 2. Aufl. 2006, S. 190 ff.

der Staat bei der Auswahl der Militärgeistlichen? Welche Aufsichtsrechte haben Staat und Kirche gegenüber der Militärseelsorge?

- 6 Das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 kannte einige Regelungen für die Militärseelsorge. Soldaten zählten seinerzeit nicht zur zivilen Ortsgemeinde, sondern zur „Parochie des Regiments oder der Garnison“ (§§ 278 f. II 11 ALR). Der Feld- oder Garnisonsgeistliche gehörte dem „Militairstande“ an (vgl. § 291 II 11 ALR). Damit wurden zwei Strukturmerkmale der Militärseelsorge normiert, welche noch lange Bestand hatten: (1) Die Soldaten bildeten eigene Militärkirchengemeinden, die aus der zivilen Kirchenstruktur herausgelöst waren. In der Königlich-Preußischen Militair-Kirchen-Ordnung von 1832 wurde überdies bestimmt, dass „die Konfession der einzelnen Individuen [...] auf diese Parochialverhältnisse von keinem Einflusse“ sei (§ 38 Abs. 2 MKO)⁷ – mit der Konsequenz, dass auch die katholischen Soldaten den evangelischen Militärkirchengemeinden zugeordnet wurden. (2) Militärgeistliche bekleideten einen Offiziersrang, was etwa auch im Zweiten Weltkrieg noch der Fall war – und in vielen (auch freiheitlichen und demokratischen) Staaten noch heute der Fall ist.
- 7 Es gab allerdings bereits im 19. Jahrhundert gegenläufige Entwicklungen und Beispiele einer seelsorgerischen Betreuung von Soldaten innerhalb der zivilkirchlichen Strukturen. Die hannoversche Armee kannte zwar Militärkirchengemeinden als Personalgemeinden, die aber neben den Ortsgemeinden den örtlichen (zivil- bzw. landeskirchlichen) Superintendenten zugeordnet waren.⁸ Diese Konstruktion ist mit den heutigen Militärkirchengemeinden gemäß Art. 6 Abs. 2 MSV (s.u. Rn. 10) vergleichbar. In Bayern wurden die

⁷ Zitat und nähere Angaben bei *Hartmut Rudolph*, Das evangelische Militärkirchenwesen in Preußen, 1973, S. 314 ff. – Erst 1848 erhielt jedes preußische Armeekorps einen katholischen Militärgeistlichen. 1868 einigte sich Preußen mit dem Heiligen Stuhl (Breve „In hac beatissimi“ vom 22.5.1868) auf eine eigene katholische Militärgeistlichkeit mit einem – mit den Rechten eines Titularbischofs ausgestatteten – Feldpropst an der Spitze; dazu *Werner Trolp*, Die Militärseelsorge in der hannoverschen Armee, 2012, S. 40 ff.; *Konrad Zillober / Peter Häger*, Zu Recht und Organisation der katholischen Militärseelsorge, in: Biographisches Lexikon der katholischen Militärseelsorge Deutschlands 1848–1945, hg. von Hans Jürgen Brandt / Peter Häger, 2002, S. XLIV f.

⁸ Näher *Trolp*, Die Militärseelsorge in der hannoverschen Armee (o. Fn. 7), S. 55 ff.

Soldaten in Friedenszeiten durch die Ortsgemeinden seelsorglich betreut.⁹

Das Reichskonkordat von 1933 sah schließlich vor, dass der Reichswehr eine exemte Seelsorge zugestanden wurde (Art. 27 Abs. 1 RK). Eine ähnliche Regelung traf zuvor die Evangelische militärkirchliche Dienstordnung für das Reichsheer und die Reichsmarine von 1929 für die evangelische Militärseelsorge.¹⁰ Die Wehrmacht erhoffte sich jedenfalls zu Beginn des Zweiten Weltkriegs ausdrücklich eine Stärkung der Schlagkraft des Heeres durch die Militärseelsorge.¹¹

Diese historische Praxis der Militärseelsorge war nach 1945 in den Augen vieler diskreditiert, nicht aber die Soldatenseelsorge als solche. Nahezu zeitgleich mit der Aufstellung der ersten Bundeswehreinheiten im Januar 1956 wurden deshalb evangelische und katholische Militärgeistliche bestellt und die noch heute bestehenden institutionellen Strukturen der Militärseelsorge geschaffen.¹² Die neue Ausgestaltung der Militärseelsorge in der Bundesrepublik brach bewusst mit einigen Traditionen: Die Soldaten verbleiben nunmehr grundsätzlich in ihren (zivilen) Ortsgemeinden und werden zusätzlich in personalen Seelsorgebereichen (auf evangelischer Seite) bzw. Seelsorgebezirken (auf katholischer Seite) zusammen gefasst (dazu

⁹ *Trolp*, ebd., S. 43 ff. – Siehe zur katholischen Militärseelsorge im 19. Jahrhundert ferner *Zillober/Häger*, Zu Recht und Organisation der katholischen Militärseelsorge (o. Fn. 7), S. XXXVI f.

¹⁰ Dazu *Dagmar Pöpping*, Die Wehrmachtsseelsorge im Zweiten Weltkrieg, in: *Zerstrittene „Volksgemeinschaft“*. Glaube, Konfession und Religion im Nationalsozialismus, hg. von Manfred Gailus/Armin Nolzen, 2011, S. 257 (259).

¹¹ Siehe das Merkblatt des Oberkommandos des Heeres vom 21.8.1939 (dort Ziffer 1): „Die Feldseelsorge ist daher ein wichtiges Mittel zur Stärkung der Schlagkraft des Heeres. Sie ist eine dienstlich befohlene Einrichtung der Wehrmacht.“ – Zitiert nach *Horst Scheffler*, Die evangelische Militärseelsorge, in: *Kirche unter Soldaten* (o. Fn. 1), S. 193 (196).

¹² *Peter H. Blaschke/Harald Oberhem*, Militärseelsorge. Grundlagen, Aufgaben, Probleme, 1985, S. 6 ff., 47 ff.; *Jörg Ennuschat*, Militärseelsorge. Verfassungs- und beamtenrechtliche Fragen der Kooperation von Staat und Kirche, 1996, S. 30. – Zur Soldatenseelsorge in der Bundeswehr siehe ferner insbes. *Hans Ulrich Anke*, Neubestimmung des Staat-Kirche-Verhältnisses in den neuen Ländern, 2000, S. 3 ff.; *Markus Kleine*, Institutionalisierte Verfassungswidrigkeiten im Verhältnis von Staat und Kirchen, 1993, S. 163 ff.; *Gebhard Mehrle*, Trennung vom Staat. Mitarbeit in staatlichen Institutionen, 1998, S. 98 ff.; *Ines-Jacqueline Werkner*, Soldatenseelsorge versus Militärseelsorge. Evangelische Pfarrer in der Bundeswehr, S. 14 ff.; *Volkmar Kruk*, Die rechtlichen Probleme der Militärseelsorge, in: *Neue Zeitschrift für Wehrrecht (NZWehr)* 1997, S. 1 ff.

III. 4.). Die Militärgeistlichen stehen zwar zumeist im Staatsdienst, erhalten aber einen zivilen Beamtenstatus ohne Eingliederung in die militärische Hierarchie (näher unten III. 3.).

- 10 Erst einige Zeit nach Bestellung der ersten Militärgeistlichen wurden die Verhandlungen zwischen Staat und EKD förmlich durch den Vertrag zur Regelung der evangelischen Militärseelsorge vom 22.2.1957 (BGBl. II S. 702) – kurz: Militärseelsorgevertrag, MSV – abgeschlossen, dessen wesentlicher Inhalt aufgrund des Zustimmungsgesetzes maßgeblich auch für die katholische Militärseelsorge ist.¹³
- 11 Der Militärseelsorgevertrag von 1957 war willkommener Anlass für die DDR-Propaganda, die EKD fortan als Nato-Kirche oder Atomkriegskirche zu diffamieren – mit Konsequenzen für die ost-deutschen Landeskirchen, die sich auf Druck der DDR von der EKD lösten und 1969 den Bund der Evangelischen Kirchen in der DDR gründeten. In der ehemaligen DDR gab es keine institutionalisierte Militärseelsorge, lediglich Einzelfälle einer (heimlichen) Individualseelsorge außerhalb der Kasernen.¹⁴
- 12 Nach der Einigung Deutschlands übertrug die katholische Kirche das westdeutsche Militärseelsorgemodell auf die in den neuen Ländern stationierten Bundeswehreinheiten.¹⁵ In den dortigen evangelischen Landeskirchen gab es jedoch Vorbehalte gegenüber einer staatlich organisierten Militärseelsorge.¹⁶ Bund und EKD verständigten sich daher zunächst auf eine zeitlich auf den 31.12.2003 begrenzte Rahmenvereinbarung über die evangelische Seelsorge in der Bundeswehr im Bereich der neuen Bundesländer vom 12.6.1996 (ABl.

¹³ Blaschke / Oberhem, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 3 ff., 52; Ennuschat, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 30 ff., 45.

¹⁴ Ennuschat, ebd., S. 48; Mehrle, Trennung vom Staat (o. Fn. 12), S. 102; Scheffler, Militärseelsorge (o. Fn. 11), S. 201 ff.

¹⁵ Ennuschat, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 55 ff; Kruk, Probleme der Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 12 f.

¹⁶ Anke, Neubestimmung (o. Fn. 12), S. 4 ff.; Ennuschat, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 33 ff., 53 ff.; Mehrle, Trennung vom Staat (o. Fn. 12), S. 98 ff.; Axel Freiherr v. Campenhausen / Heinrich de Wall, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 203 f., Fn. 46; Kruk, Probleme der Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 7 ff. – Derartige Vorbehalte gab und gibt es auch in den westdeutschen Landeskirchen. Schon während der Verhandlungen zum Militärseelsorgevertrag wurden innerkirchlich Forderungen erhoben, die Soldatenseelsorge innerhalb der Landeskirchen zu belassen, ohne Militärbischof und ohne verbeamtete Militärpfarrer; dazu Scheffler, Evangelische Militärseelsorge (o. Fn. 11), S. 200.

EKD 1997 S. 101; im Folgenden: RahmenV),¹⁷ um eine gewisse Herauslösung der Militärseelsorge aus der staatlichen Organisation zu ermöglichen, insbes. durch verstärkten Einsatz von Pfarrern, die nur im Nebenamt die Soldatenseelsorge wahrnehmen und vollständig im kirchlichen Dienst verbleiben. Seit dem 1.1.2004 wird dieses Ziel durch eine einvernehmliche Modifizierung der Interpretation des ansonsten unveränderten MSV erreicht, der nunmehr in ganz Deutschland angewendet wird (unten III. 3.).¹⁸

II. Rechtsgrundlagen

Der Rechtsrahmen für die Seelsorge in der Bundeswehr wird **13** durch zahlreiche Regelungen gezogen.

1. Kirchenvertragliche Rechtsgrundlagen

Die Militärseelsorge stützt sich zunächst auf kirchenvertragliche **14** Abreden. Auf evangelischer Seite stellt der zwischen Bund und EKD geschlossene Militärseelsorgevertrag von 1957 die zentrale Rechtsgrundlage dar. Von 1996 bis 2003 gab es für die evangelische Seelsorge in der Bundeswehr im Bereich der neuen Bundesländer eine gesonderte Vereinbarung (oben I.). Die katholische Militärseelsorge basiert weiterhin auch auf Art. 27 des am 20.7.1933 zwischen der damaligen NS-Reichsregierung und dem Heiligen Stuhl geschlossenen Reichskonkordats (RGBl. II S. 679). Diese – auf das heutige Bundesrecht bezogene – Bestimmung des Reichskonkordates gilt gemäß Art. 123 Abs. 1, Art. 124 GG fort.¹⁹ Auf der Ebene eines Verwaltungs-

¹⁷ Mit den dazugehörigen Erläuterungen der EKD, abgedruckt in: LKV 1996, S. 196–200; siehe hierzu *Anke*, Neubestimmung (o. Fn. 12), S. 4 ff.; *Mehrle*, Trennung vom Staat (o. Fn. 12), S. 98 ff., 118 ff.; *Jörg Ennuschat*, Sollen Militärgeistliche Staats- oder Kirchenbeamte sein? Verfassungs-, völker- und beamtenrechtliche Aspekte, in: *ZevKR* 41 (1996), S. 419 f.; *Martina Haedrich*, Die Neuordnung der evangelischen Militärseelsorge im wiedervereinigten Deutschland, in: LKV 1997, S. 85 f.; *Kruk*, Probleme der Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 7 ff.

¹⁸ Siehe dazu die Einleitung, die Protokollnotiz zur Auslegung des Militärseelsorgevertrages und die dazugehörigen Erläuterungen der EKD vom 13.6.2002, abgedruckt in: LKV 2004, S. 22–24.

¹⁹ Zur grundsätzlichen Fortgeltung des Reichskonkordates siehe BVerfGE 6, 309 (330 ff.).

abkommens gibt es ferner eine Vereinbarung vom 6. 4. 1987 zwischen dem Bundesminister für Verteidigung und dem katholischen Militärbischof über den Einsatz von Pastoralreferenten in der katholischen Militärseelsorge (MBI. S. 170).²⁰

2. Staatliche Rechtsgrundlagen

15 Staatliche Regelungen über die Militärseelsorge sind vor allem im Grundgesetz, in Bundesgesetzen und in bundeswehrinternen Verwaltungsvorschriften enthalten. Im Grundgesetz ist neben der Religionsfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zuvörderst Art. 140 GG i.V.m. Art. 141 WRV zu nennen, wonach die Religionsgemeinschaften, soweit ein Bedürfnis nach Gottesdienst und Seelsorge im Heer besteht, zur Vornahme religiöser Handlungen zuzulassen sind, wobei jeder Zwang fern zu halten ist. Das Zwangsverbot in Art. 141 a. E. WRV ist ein Nachhall auf den bayerischen Kniebeugungsstreit von 1839;²¹ Seinerzeit war es noch selbstverständlich, dass die Soldaten zur Teilnahme am Militärgottesdienst verpflichtet waren; Proteste löste indessen die Pflicht aus, als Protestant am katholischen Militärgottesdienst teilnehmen und dabei das Knie beugen zu müssen. Bis in das zwanzigste Jahrhundert hinein waren Soldaten und Gefängnisinsassen vielerorts verpflichtet, am Militär- oder Gefängnisgottesdienst teilzunehmen. Seit der Weimarer Reichsverfassung wäre eine solche Pflicht verfassungswidrig (Art. 136 Abs. 4, Art. 141 a. E. WRV).

16 Auf der Ebene des einfachen Rechts sind das Gesetz über die Militärseelsorge vom 26. 7. 1957 (BGBl. II S. 701) – dies ist das Zustimmungsgesetz zum MSV – und § 36 des Soldatengesetzes (SG) anzuführen. Nach § 36 S. 1 SG hat jeder Soldat Anspruch auf Seelsorge und ungestörte Religionsausübung. Gemäß § 36 S. 2 SG ist die Teilnahme am Gottesdienst freigestellt. Vereinzelt gibt es sogar landesrechtliche Vorgaben, z. B. in NRW das „Gesetz über die Verleihung der Rechtsstellung einer Anstalt des öffentlichen Rechts an die kirchliche Einrichtung ‚Katholische Soldatenseelsorge‘, Sitz Bonn“ vom 24. 11. 1992 (GVBl. S. 467).

²⁰ Hierzu knapp *Wolfgang Rüfner*, Verwaltungsabkommen zwischen Staat und Kirche, in: Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag, hg. von Rainer Grote u. a., 2007, S. 1175 (1181).

²¹ Dazu *Ennuschat*, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 142 f., 192.

Hinzu treten einige bundeswehrinterne Verwaltungsvorschriften, welche die nähere Ausgestaltung der Militärseelsorge regeln, u. a. die Zentralen Dienstvorschriften (ZDv) „Militärseelsorge“ (A-2500/2) und „Zusammenarbeit mit den Angehörigen der Militärseelsorge“ (A-2500/1) sowie die Zentralrichtlinie „Lebenskundlicher Unterricht“ (A2-2530/0-0-1).²²

17

3. Kirchliche Rechtsgrundlagen

Gemäß Art. 18 GO EKD ist die Seelsorge in der Bundeswehr eine Gemeinschaftsaufgabe der EKD und ihrer Gliedkirchen.²³ Einfachrechtliche Regelungen enthält auf EKD-Ebene das Kirchengesetz zur Regelung der evangelischen Seelsorge in der Bundeswehr (früher: „zur Regelung der evangelischen Militärseelsorge“; im Folgenden: KG-evSeelsBw).²⁴ Landeskirchliche Vorschriften treten hinzu.²⁵ Soweit diese in manchen Landeskirchen fehlen, stellt dies die Arbeit der Seelsorge in der Bundeswehr nicht in Frage.²⁶

18

Nach can. 569 CIC gelten für Militärseelsorger besondere Gesetze. Rahmengesetz für die Militärseelsorge im gesamten Bereich der katholischen Kirche ist die Apostolische Konstitution „Spirituali

19

²² Diese Vorschriften ersetzen die früheren Regelungen der ZDv 66/1 „Militärseelsorge“, ZDv 10/4 „Lebenskundlicher Unterricht“ (die ihrerseits die ZDv 66/2 abgelöst hatte) und einen Erlass des Generalinspektors der Bundeswehr „Weisung für die Zusammenarbeit mit den Angehörigen der Militärseelsorge“ vom 10.12.2003.

²³ Dazu näher *Herbert Claessen*, Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland. Kommentar und Geschichte, 2007, S. 366 f.; *Heinrich de Wall / Stefan Muckel*, Kirchenrecht, 4. Aufl. 2014, § 44, Rn. 3.

²⁴ Kirchengesetz zur Regelung der ev. Militärseelsorge in der Bundesrepublik Deutschland vom 8.3.1957 (ABl. EKD S. 257), geändert durch das Erste Kirchengesetz zur Änderung des Kirchengesetzes zur Regelung der ev. Militärseelsorge in der Bundesrepublik Deutschland vom 7.11.2002 (ABl. EKD S. 387).

²⁵ Z. B. Kirchengesetz zur Durchführung der ev. Militärseelsorge im Gebiet der Evangelisch-lutherischen Landeskirche Hannovers vom 23.5.1958 (KABl. S. 140) i.V.m. der Verordnung zur Durchführung der ev. Militärseelsorge im Gebiet der Ev.-luth. Landeskirche Hannovers vom 22.6.1961 (KABl. S. 117, zuletzt geändert durch das Kirchengesetz vom 26.1.1968, KABl. S. 29).

²⁶ *Ennuschat*, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 42 f.

militum curae“ vom 21. 4. 1986.²⁷ Speziell bezogen auf die Seelsorge in der Bundeswehr sind die päpstlichen „Statuten für den Jurisdiktionsbereich des Katholischen Militärbischofs für die Deutsche Bundeswehr“ (fortan: PS-KathMB) vom 23. 11. 1989 und das Apostolische Breve „Moventibus Quidem“ vom selben Tage.²⁸ Die Statuten enthalten die Ausführungsbestimmungen gemäß Art. 27 Abs. 4 RK; sie wurden nach intensiven Verhandlungen im Benehmen mit der Bundesregierung erlassen.²⁹

4. Militärseelsorgeinterne Rechtsgrundlagen

- 20 Die Militärbischöfe und Kirchenämter erlassen zudem für ihren jeweiligen Bereich interne Vorschriften, etwa zur Zusammenarbeit der beiden Militärseelsorgezweige, zu Rüstzeiten, zur Zusammenarbeit mit der örtlichen Seelsorge, zu Mitarbeitervertretungen etc.

5. Völkerrechtlicher Schutz für Militärgeistliche

- 21 Seit langem kennt das Völkerrecht Vorgaben zum Schutz der Militärgeistlichen.³⁰ Eine umfassende Regelung ihres völkerrechtlichen Status und Schutzes findet sich in den vier Genfer Konventionen vom 12. 8. 1949 (sog. Rotkreuz-Abkommen, BGBl. 1954 II S. 781) und in den beiden Zusatzprotokollen vom 8. 6. 1977 (BGBl. 1990 II S. 1550). Der Schutz greift, wenn der Geistliche den Streitkräften zugeteilt bzw. zugewiesen ist. Nötig ist also eine klare Zuordnung und eine

²⁷ AAS 78 (1986), S. 481 ff.; dazu *Ulrich Tammler*, *Spirituali militum curae*. Entstehung, Inhalt, Bedeutung und Auswirkung der Apostolischen Konstitution vom 21. April 1986, in: AfKR 159 (1986), S. 47 ff.

²⁸ Die Statuten und das Breve finden sich in AAS 81 (1989), S. 1284 ff. und im Verordnungsblatt des Katholischen Militärbischofs 1990, S. 1 ff.; zu den Statuten siehe *Alfred E. Hierold*, *Statuten für den Jurisdiktionsbereich des Katholischen Militärbischofs für die Deutsche Bundeswehr*, in: AfKR 159 (1990), S. 94 ff.

²⁹ Näher *Helmut Jermer*, *Die katholische Militärseelsorge in der Bundeswehr – ein Überblick*, Militärseelsorge (Sonderheft) 2007, S. 5 (7 f.).

³⁰ Zum Folgenden näher *Ennuschat*, *Militärseelsorge* (o. Fn. 12), S. 344 ff.; *Stefan Lunze*, *Zugeordnet auf Zusammenarbeit, dabei geschont und geschützt*. Einige Aspekte zum Schutz des Personals der deutschen katholischen Militärseelsorge durch das humanitäre Völkerrecht, in: *Kirche unter Soldaten* (o. Fn. 1), S. 227 ff.; *Knut Ipsen*, in: *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, hg. von Dieter Fleck, 1994, S. 75 ff.

gewisse Nähebeziehung, aber keine Eingliederung des Militärgeistlichen in die Streitkräfte. Gefordert ist lediglich eine Verbindung des Geistlichen zu den Streitkräften, die auf einer (Zulassungs-)Entscheidung der zuständigen Militärbehörde beruht. Der Soldatenseelsorger muss keinen öffentlich-rechtlichen Status haben, mithin weder Offizier noch Bundesbeamter sein.

III. Organisation, Finanzierung und Wirkungskreis der Seelsorge in der Bundeswehr

Die Militärseelsorge als Teil der kirchlichen Arbeit wird im Auftrag und unter der Aufsicht der Kirche ausgeübt (Art. 2 Abs. 1 MSV). Der Staat sorgt für ihren organisatorischen Aufbau und trägt ihre Kosten (Art. 2 Abs. 2 MSV). Die Militärseelsorge ist so „der von den Kirchen geleistete, vom Staat gewünschte und unterstützte Beitrag zur Sicherung der freien religiösen Betätigung in den Streitkräften“ (so ZDv A-2500/2 Nr. 101; ebenso früher ZDv 66/1 Nr. 1). Diese enge Kooperation von Staat und Kirche schlägt sich in der Organisation der evangelischen und katholischen Militärseelsorge nieder. Die Militärseelsorge gliedert sich auf drei Ebenen in einen staatlichen Zweig und zwei kirchliche Zweige. An der Spitze des staatlichen Zweiges steht der Bundesminister der Verteidigung (Art. 7 Abs. 3, Art. 14 MSV), an der Spitze der beiden kirchlichen Zweige der jeweilige Militärbischof (Art. 10 MSV, Art. 27 Abs. 2 RK). Auf den beiden unteren Ebenen fallen die staatlichen und kirchlichen Funktionsträger institutionell und personell zusammen. Die Mittelebene wird im Wesentlichen durch das Evangelische Kirchenamt für die Bundeswehr (Militärbischofsamt) unter Leitung des Militärgeneraldekans (Art. 14 f. MSV) sowie durch das Katholische Militärbischofsamt mit dem Militärgeneralvikar gebildet, die untere Ebene durch die Militärpfarrer (Art. 16 ff. MSV).

Das Alternativmodell einer kirchlichen Organisation der Soldatenseelsorge wurde in der RahmenV von 1996 bis 2003 für die ostdeutschen evangelischen Landeskirchen praktiziert. Die kirchliche Leitung oblag dem Militärbischof (Nr. 1 Abs. 1 RahmenV). Es wurde ein „Bevollmächtigter für die evangelische Seelsorge in der Bundeswehr in den neuen Bundesländern“ als Kirchenbeamter der EKD bestellt (Nr. 2 RahmenV), der den Militärbischof vertrat und die Aufgaben eines Leitenden Militärdekans (Wehrbereichsdekans) wahrnahm (Nr. 2 RahmenV). Die für die Soldatenseelsorge eingesetzten Geistli-

chen standen in einem Dienstverhältnis zur EKD (Nr. 1 Abs. 3 RahmenV).

1. Bundesminister der Verteidigung und Militärbischöfe

24 Der Bundesminister der Verteidigung ist die oberste Dienstbehörde für die beamteten Militärgeistlichen (Art. 22 Abs. 2 Nr. 1 MSV). Nach Maßgabe des Haushaltsplans (unten III. 5.) errichtet er Dienststellen und Ämter und stattet diese mit Personal sowie mit Sach- und Finanzmitteln aus. Auf die Inhalte der Soldatenseelsorge nimmt er keinen Einfluss, trägt indessen Verantwortung für den Lebenskundlichen Unterricht (unten III. 3. a. E.).

25 Während in der Weimarer Republik der Vorläufer des heutigen Militärbischofs, der Feldpropst, als Reichsbeamter ein Amt im Reichswehrministerium bekleidete³¹ und noch heute die Militärgeistlichen grundsätzlich staatlich verbeamtet sind (Art. 19 MSV), stehen die Militärbischöfe der Bundeswehr in keinem Dienstverhältnis zum Staat. Militärseelsorgevertrag und Reichskonkordat lassen offen, ob der Militärbischof im Haupt- oder im Nebenamt tätig wird. Beide Kirchen haben sich zunächst für die nebenamtliche Wahrnehmung des Amts entschieden.³² Vorteil der nebenamtlichen Lösung ist die größere Anbindung der Soldatenseelsorge an die übrige kirchliche Arbeit; ihr Nachteil liegt darin, dass es schon zeitlich nicht leicht ist, die Aufgabe des Militärbischofs neben einem Hauptamt zu erfüllen. Die Hauptamtlichkeit wertet das kirchliche Amt des Militärbischofs zudem im Verhältnis zum (auch staatlichen) Kirchenamt auf.³³ Durch Kirchengesetz vom 7. 11. 2002 (ABl. EKD S. 387) änderte deshalb die EKD die kirchenrechtlichen Vorgaben zum 1. 1. 2004 dahingehend, dass das Amt des Militärbischofs sowohl haupt- als auch nebenamtlich wahrgenommen werden kann (§ 10 S. 2 KG-evSeelsBw). Im Juli

³¹ *Ennuschat*, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 59.

³² Siehe auf katholischer Seite Art. 2 PS-KathMS: „Zum Militärbischof wird vom Heiligen Stuhl ein in der Bundesrepublik Deutschland residierender Diözesanbischof ernannt unter Wahrung der Bestimmungen, die in Artikel 27 des zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Deutschen Reich am 20. Juli 1933 abgeschlossenen Konkordates (AAS XXV, 1933, 389–414) enthalten sind.“

³³ Auf evangelischer Seite wurde das (Neben-)Amt des Militärbischofs bisweilen mit Personen besetzt, deren Hauptamt in der kirchlichen Hierarchie eher in der zweiten Reihe verortet war. Auch das war ein Grund für den relativen Bedeutungsverlust des Militärbischofs.

2014 wurde erstmals ein hauptamtlicher evangelischer Militärbischof ernannt. Der katholische Militärbischof ist weiterhin nebenamtlich tätig und im Hauptamt Diözesanbischof.

Den Militärbischöfen obliegt die kirchliche Leitung der Militärseelsorge (Art. 10 MSV, Art. 27 Abs. 2 S. 1 RK). Nach Art. 12 Abs. 1 MSV ist der evangelische Militärbischof zuständig für alle kirchlichen Angelegenheiten der evangelischen Militärseelsorge. Ferner kommt ihm gemäß Art. 12 Abs. 1 Nr. 2 MSV die oberste kirchliche Dienstaufsicht über die evangelischen Militärggeistlichen zu, mit Ausnahme der Lehrzucht und der Disziplinalgewalt, die bei den Gliedkirchen verbleiben. Dem katholischen Militärbischof steht die sog. Jurisdiktionsgewalt gegenüber allen ihm unterstellten Katholiken zu (u. a. den Militärggeistlichen), d. h. die dem Hirtenamt eines Bischofs entsprechende umfängliche Leitungsvollmacht (Art. 1 S. 2 und Art. 3 PS-KathMB). Die Militärbischöfe werden unterstützt durch das Evangelische Kirchenamt für die Bundeswehr bzw. das Militärbischofsamt.

26

Beide Militärbischöfe werden von kirchlichen Stellen ernannt: der evangelische Militärbischof vom Rat der EKD unter Zustimmung der Kirchenkonferenz (Art. 11 Abs. 1 MSV i.V.m. § 11 S. 1 KG-evSeels-Bw), der katholische vom Heiligen Stuhl (Art. 2 PS-KathMB). Der Staat hat sich jeweils Mitwirkungsrechte i.S. eines Einvernehmens vorbehalten (Art. 11 Abs. 1 MSV, Art. 27 Abs. 2 S. RK). Diese Mitwirkungsrechte werfen mit Blick auf Art. 137 Abs. 3 S. 2 WRV i.V.m. Art. 140 GG einige Fragen auf (unten IV.).

27

2. Evangelisches Kirchenamt für die Bundeswehr und Katholisches Militärbischofsamt

Das evangelische Kirchenamt für die Bundeswehr (Sitz: Berlin) ist sowohl staatliche als auch kirchliche Behörde.³⁴ Es dient gemäß Art. 14 MSV der Wahrnehmung der zentralen Verwaltungsaufgaben der evangelischen Militärseelsorge. Leiter ist der Militärgeneraldekan (Art. 15 Abs. 1 MSV). Gemäß Art. 19 Abs. 1 Hs. 2 MSV ist er Bundesbeamter auf Lebenszeit. Nach Art. 22 MSV kommt ihm die staat-

28

³⁴ Blaschke / Oberhem, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 81 f.; v. Campenhaußen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 16), S. 204 f.; Ennuschat, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 66 f.; Kruk, Probleme der Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 4; Rudolf Seiler, Seelsorge in Bundeswehr und Bundesgrenzschutz (§ 68), in: HSKR², Bd. II, S. 961 (966).

liche und kirchliche Dienstaufsicht über die übrigen Militärgeistlichen zu. Soweit er mit der Militärseelsorge zusammenhängende staatliche Verwaltungsaufgaben wahrnimmt, untersteht er dem Bundesminister der Verteidigung, im Übrigen dem Militärbischof (Art. 5 Abs. 2 MSV). Er wird auf Vorschlag des Militärbischofs vom Bundesminister der Verteidigung ernannt (Art. 15 Abs. 1 MSV); dem Vorschlag geht eine Benennung durch den Rat der EKD unter Zustimmung der Kirchenkonferenz voraus (§ 11 S. 1 KG-evSeelsBw).

29 Militärgeneraldekan und Evangelisches Kirchenamt für die Bundeswehr sind unter der Aufsicht des Militärbischofs auch zuständig für alle kirchenrechtlichen Belange, für theologische Fragen, soweit sie die Praxis der Militärseelsorge berühren, für den liturgischen und pastoralen Dienst, die Fortbildung der Militärgeistlichen, für die Förderung des Gemeindelebens, die Vorbereitung des Lebenskundlichen Unterrichts und von Rüstzeiten, Werkwochen sowie die Darstellung der Militärseelsorge in der (kirchlichen) Öffentlichkeit.³⁵ Neben dem Kirchenamt steht der „Handlungsbereich Evangelische Seelsorge in der Bundeswehr“, der als unselbstständige Einrichtung der EKD zugeordnet, d. h. rein kirchlicher Natur ist. Bei ihm handelt es sich um eine kirchliche Behörde, die dem Militärbischof beigestellt ist.

30 Das Katholische Militärbischofsamt (Sitz: Berlin) bildet einen wesentlichen Teil der Kurie des Militärbischofs (vgl. Art. 6 Abs. 1 S. 1 PS-KathMB). Zur Kurie (dazu cc. 469–471) zählen ferner die Katholische Soldatenseelsorge als Anstalt öffentlichen Rechts sowie das Archiv und das Gästehaus des Katholischen Militärbischofs. Das Militärbischofsamt wird durch den Militärgeneralvikar geleitet, insoweit als Bundesbeamter. Der Militärgeneralvikar bekleidet zugleich das rein kirchliche Amt des Generalvikars (Art. 6 Abs. 3 PS-KathMB). Er wird kirchlich vom Militärbischof und zum Bundesbeamten durch den Bundesminister der Verteidigung (vgl. Art. 15 S. 2 PS-KathMB) ernannt.

³⁵ Blaschke / Oberhem, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 84 ff.; Ennuschat, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 69.

3. Die Militärgeistlichen

Militärgeneraldekan und Militärgeneralvikar sind selbst Militärgeistliche, und zwar auf oberster Ebene.³⁶ Auf der Mittelebene gibt es auf evangelischer und katholischer Seite jeweils vier Militärdekanate mit Leitenden Militärdekanen (Wehrbereichsdekane) an ihrer Spitze. Diese sind – wie Militärgeneraldekan und Militärgeneralvikar – Bundesbeamte auf Lebenszeit (Art. 19 Abs. 1 Hs. 2 MSV).³⁷ Im Weiteren gibt es haupt- und nebenamtliche Militärpfarrer.³⁸

Gemäß Art. 19 Abs. 1 und 3 MSV sind die hauptamtlichen Militärpfarrer Bundesbeamte auf Zeit (maximal 12 Jahre). Der Beamtenstatus hat sich bewährt. Es gibt jedoch innerhalb der evangelischen Kirche und namentlich bei den ostdeutschen Landeskirchen Bedenken gegenüber der Verbeamtung. Um diesen Bedenken Rechnung zu tragen, haben sich EKD und der Bundesminister der Verteidigung 2002 darauf verständigt, die Regelung des Art. 18 Abs. 2 MSV, wonach Militärpfarrer in der dreimonatigen Probezeit vor der Verbeamtung im Angestelltenverhältnis tätig sind, weitestmöglich (und wohl auch darüber hinaus) auszudehnen: Die zuständige Landeskirche und der Militärbischof können erwirken, dass hauptamtliche Militärpfarrer auch nach Ablauf der Probezeit als Bundesangestellte weiterbeschäftigt werden.³⁹ Dies setzt jedoch voraus, dass besondere sachliche

³⁶ Siehe allerdings die gemeinsame Protokollnotiz vom Bundesministerium der Verteidigung und der EKD zur Auslegung des Militärseelsorgevertrages vom 22.2.1957 in der Fassung vom 13.6.2002 (o. Fn. 18): „Mit der Leitung des Evangelischen Kirchenamtes für die Bundeswehr kann gem. Art. 15 MSV auch eine Beamtin oder ein Beamter mit der Befähigung zum Richteramt betraut werden.“ Dadurch soll ermöglicht werden, stärker zwischen den staatlichen Verwaltungsaufgaben des Kirchenamtes und den kirchlichen Leitungsaufgaben zu unterscheiden. Bislang ist von der Möglichkeit, einem Juristen das Amt des Militärgeneraldekans anzuvertrauen, kein Gebrauch gemacht worden.

³⁷ Art. 19 Abs. 1 S. 2 MSV wird modifiziert durch eine – an sich überdehnte – gemeinsame Auslegung in der Protokollnotiz vom 13.6.2002 (o. Fn. 18): „Leitungsaemter nach Art. 19 I Halbs. 2 MSV können auch befristet vergeben werden.“

³⁸ Im Oktober 2015 wurden 102 Militärgeistliche von den Landeskirchen in den hauptamtlichen Dienst der Evangelischen Seelsorge in der Bundeswehr entsandt, so eine Angabe im Bericht des Bischofs für die Evangelische Seelsorge in der Bundeswehr, 2. Tagung der 12. Synode der evangelischen Kirche in Deutschland 2015, Anlage 1 (<http://www.ekd.de/download/s15_03_iii_d_1_bericht_militaerbischof.pdf>).

³⁹ Siehe dazu die Protokollnotiz zur Auslegung des Militärseelsorgevertrages vom 13.6.2002 (o. Fn. 18) sowie dazugehörige Erläuterungen des Kirchenamtes der EKD vom selben Tage (abgedruckt in: LKV 2004, S. 23).

Gründe vorliegen. Die Feststellung des sachlichen Grundes geschieht durch die betroffene Landeskirche und durch den Militärbischof. Ein sachlicher Grund könnte beispielsweise vorliegen, wenn auf Grund einer bestimmten theologischen Wertung der Bundesbeamtenstatus im konkreten Falle abgelehnt wird und deshalb ein beamtenrechtliches Beschäftigungsverhältnis nicht zu Stande käme.

33 Darüber hinaus gibt es nebenamtlich tätige Militärgeistliche (Art. 3 Abs. 2 MSV). Im Bereich der ostdeutschen evangelischen Landeskirchen kann von dieser (Ausnahme-)Möglichkeit verstärkt Gebrauch gemacht werden – so eine gemeinsame Auslegung von EKD und Bundesministerium der Verteidigung von 2002,⁴⁰ und zwar auch in Form des sog. ausgebauten Nebenamtes (bis zu 45 % Seelsorge in der Bundeswehr und mindestens 55 % im Gemeindedienst). Erneut ging es darum, Bedenken innerhalb der dortigen Landeskirchen auszuräumen oder zumindest zu verkleinern: Militärpfarrer im Nebenamt verbleiben im Dienst der Gliedkirchen und schließen hinsichtlich der nebenamtlichen Aufgabenwahrnehmung als Seelsorger in der Bundeswehr einen gesonderten zivilrechtlichen Vertrag mit dem Bundesministerium der Verteidigung ab. Die Kirchlichkeit der Soldatenseelsorge wird so deutlicher als bei einer Verbeamtung des Militärgeistlichen durch den Staat.

34 Auch die staatlich verbeamteten Militärpfarrer haben einen zivilen Status und sind nicht in die militärische Hierarchie eingebunden (ZDv A-2500/2 Nr. 214; ebenso früher ZDv 66/1 Nr. 15). Sie sind den jeweiligen militärischen Stellen zur Zusammenarbeit zugeordnet (ZDv A-2500/2 Nr. 212 = ZDv 66/1 Nr. 13), woraus im Ansatz eine wechselseitige Pflicht zur Kooperation und Rücksichtnahme folgt.⁴¹ In Erfüllung ihres geistlichen Auftrages sind sie gemäß Art. 16 MSV von staatlichen Weisungen unabhängig.⁴² Im Falle der Verbeamtung findet gemäß Art. 19 Abs. 3 S. 4 MSV das allgemeine Beamtenrecht sinngemäß Anwendung, soweit nicht im MSV etwas anderes bestimmt ist.⁴³ Einschlägig sind etwa die beamtenrechtlichen Dienst-

⁴⁰ Siehe wiederum die Protokollnotiz zur Auslegung des Militärseelsorgevertrages vom 13. 6. 2002 (o. Fn. 18).

⁴¹ *Ennuschat*, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 73 f., 327 f.; *ders.*, Sollen Militärgeistliche Staats- oder Kirchenbeamte sein? (o. Fn. 17), S. 432 f.

⁴² *Alfred E. Hierold*, Militärseelsorge (§ 54), in: HKKR², S. 555 ff. (560).

⁴³ Hierzu umfassend *Ennuschat*, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 291 ff.; ferner *ders.*, Sollen Militärgeistliche Staats- oder Kirchenbeamte sein? (o. Fn. 17), S. 429 ff.; *Wolfgang Loschelder*, Militärseelsorge im Beamtenstatus?, in: Zeugnis des Glaubens, Dienst an der Welt. Festschrift für Franz Kardinal

pflichten (z. B. Verfassungstreue, § 60 Abs. 1 S. 3 BBG; Mäßigung und Zurückhaltung bei politischer Betätigung, § 60 Abs. 2 BBG; Gehorsam, § 62 BBG; Amtsverschwiegenheit, § 67 Abs. 1 BBG) und das staatliche Disziplinarrecht. Dies gilt insbesondere für den Lebenskundlichen Unterricht. Der Beamtenstatus der Militärpfarrer ist also keine „leere Hülse ohne sachlichen Gehalt“. ⁴⁴ Hieran knüpft der kirchenpolitische Vorwurf an, dass die Militärpfarrer in zu großer staatlicher Abhängigkeit stünden. ⁴⁵ Die Beamtenpflichten sind jedoch kein Einfallstor des Staates, um inhaltlichen Einfluss auf die Seelsorge zu nehmen. Die Reichweite der potenziell konfliktträchtigen Dienstpflichten ist im Wesentlichen auf die Achtung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung und das zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr Unerlässliche begrenzt. Der beamtenrechtlich geschuldete Gehorsam gilt nicht den Militärs, sondern dem Leitenden Militärdekan und dem Militärgeneraldekan. ⁴⁶ In der Praxis engen die beamtenrechtlichen Pflichten die Wirkungsmöglichkeiten der Militärpfarrer nicht ein. Bislang ist das staatliche Disziplinarrecht nur ein einziges Mal angewendet worden. ⁴⁷

Im Vordergrund der seelsorgerischen Tätigkeit der Militärpfarrer steht die seelsorgerische Betreuung der Soldaten und ihrer Familien. Sie betreuen die Soldaten im Dienst, in deren Freizeit, im Krankenhaus oder im Arrest. Außerdem bieten sie Sprechstunden, Gesprächskreise, Militärgottesdienste und Rüstzeiten an. Der räumliche Tätigkeitsbereich der Militärpfarrer ist nicht auf die Kasernen und

35

Hengsbach zur Vollendung des 80. Lebensjahres, hg. von Baldur Hermans, 1990, S. 783 (789 ff.).

⁴⁴ So aber *Dietrich Pirson*, in: *EssGespr.* 23 (1989), S. 45 (Diskussion); wie hier *Ennuschat*, *Militärseelsorge* (o. Fn. 12), S. 343; *ders.*, Sollen Militärgeistliche Staats- oder Kirchenbeamte sein? (o. Fn. 17), S. 428; *Wolfgang Loschelder*, in: *EssGespr.* 23 (1989), S. 39 (Diskussion); *ders.*, *Militärseelsorge im Beamtenstatus* (o. Fn. 43), S. 795 f.

⁴⁵ Siehe dazu, jeweils m. w. N., *Ennuschat*, *Militärseelsorge* (o. Fn. 12), S. 33 ff.; *Mehrle*, *Trennung vom Staat* (o. Fn. 12), S. 98 ff.; *Werkner*, *Soldaten-seelsorge versus Militärseelsorge* (o. Fn. 12), S. 115 ff.

⁴⁶ Vgl. Art. 22 Abs. 2 Nr. 2 MSV; hierzu *Blaschke / Oberhem*, *Militärseelsorge* (o. Fn. 12), S. 100; *Ennuschat*, *Militärseelsorge* (o. Fn. 12), S. 321; *ders.*, Sollen Militärgeistliche Staats- oder Kirchenbeamte sein? (o. Fn. 17), S. 432; *Kruk*, *Probleme der Militärseelsorge* (o. Fn. 12), S. 5; *Loschelder*, *Militärseelsorge im Beamtenstatus* (o. Fn. 43), S. 791.

⁴⁷ Auskunft des Evangelischen Kirchenamtes für die Bundeswehr vom 22. 8. 2018. – In der Praxis dürfte es in aller Regel möglich sein, etwaige Probleme ohne das Disziplinarrecht zu lösen, nötigenfalls durch rechtzeitigen Rückruf betroffener Militärgeistlicher in den landeskirchlichen Dienst.

Übungsplätze begrenzt, sondern erfasst auch die Auslandseinsätze der Bundeswehr.

- 36 Die Militärfarrer erteilen ferner den sog. Lebenskundlichen Unterricht (LKU). Dieser versteht sich ausweislich der Zentralrichtlinie „Lebenskundlicher Unterricht“ (A2-2530/0-0-1)⁴⁸ als ein Ort freier und vertrauensvoller Aussprache, der von der engagierten Mitarbeit der Soldatinnen und Soldaten lebt. Er soll das Gewissen schärfen, moralisches Urteilsvermögen ausbilden und das verantwortungsbewusste Handeln unterstützen. Zu den typischen Themen des LKU gehören etwa: das grundgesetzliche Menschenbild, Toleranz, Weltreligionen, Freiheit, Gewissen, Familie und Dienst, Leben und Tod, Verantwortung und Schuld. Der LKU stellt so eine wichtige Ergänzung der Inneren Führung dar. Er ist kein Religionsunterricht und keine Form der Religionsausübung. Anders als früher fußt er nicht mehr auf den Grundlagen christlichen Glaubens (so noch ZDv 66/2 Nr. 3). Der LKU wird in der Regel von Militärseelsorgern und im Bedarfsfall von anderen berufsethisch besonders qualifizierten Lehrkräften erteilt. Grund für den Einsatz der Militärggeistlichen (hier im staatlichen Wirkungskreis) im LKU ist nicht deren geistliches Amt, sondern deren besondere Qualifikation für einen berufsethischen Unterricht. Als besonders qualifiziert werden ferner z.B. Lehrkräfte angesehen, die über eine entsprechende akademische Ausbildung verfügen wie z.B. Religionswissenschaften, Philosophie, Psychologie, Rechtsphilosophie etc. Die Teilnahme am LKU ist für jeden Soldaten, unabhängig welcher Konfession er angehört, verpflichtend (Zentralrichtlinie A2-2530/0-0-1 Nr. 107); Befreiungsmöglichkeiten sind in der Zentralrichtlinie nicht vorgesehen.⁴⁹

⁴⁸ Vorläufer waren die ZDv 10/4 und ursprünglich die ZDv 66/2.

⁴⁹ Anders früher ZDv 66/2 Nr. 5: Nach mindestens einmaliger Teilnahme und nach „gründlicher Überlegung“ gab es die Möglichkeit der Befreiung durch den Dienstvorgesetzten. Kritisch zum heutigen Fehlen der Befreiungsmöglichkeit mit Blick auf die negative Religionsfreiheit z.B. *Stefan Koriath*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz – Kommentar, Losebl. Stand Januar 2018, Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 15. – Eine ausnahmslose Teilnahmepflicht wäre zumindest dann unzulässig, wenn der Unterricht das ausschließlich staatliche Gepräge verlieren und faktisch verkirchlicht würde – so wie das früher teils der Fall war, zumal der LKU seinerzeit auf christlicher Grundlage fußte (ZDv 66/2 Nr. 3); siehe *Ennuschat*, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 203.

4. Die Soldatengemeinden und sonstigen Einrichtungen

Evangelische Soldaten und ihre Familien werden in der Regel zu sog. personalen Seelsorgebereichen zusammengefasst (Art. 6 Abs. 1 MSV i.V.m. Art. 7 Abs. 1 MSV), bleiben aber Mitglieder ihrer (zivilen) Ortsgemeinden (Art. 8 Abs. 1 S. 1 MSV). Ausnahmsweise werden eigenständige Militärkirchengemeinden gebildet (Art 6 Abs. 2 MSV).⁵⁰ Auf katholischer Seite besteht im Ansatz eine exemte Militärseelsorge (so Art. 27 Abs. 1 RK). Völlig losgelöst von der zivilen Kirche ist sie dennoch nicht. Der Militärbischof hat zwar eine eigene Jurisdiktion (Art. 3 S. 1 PS-KathMB). Aber die Soldaten und ihre Familien unterfallen zugleich, jedoch erst an zweiter Stelle, der Gewalt von Ortsbischof und Ortspfarrer (Art. 3 S. 2 PS-KathMB). Die Soldatengemeinden bilden also keine eigenen Pfarreien, sondern Seelsorgebezirke (vgl. Art. 7 Abs. 1 PS-KathMB).

37

5. Finanzierung der Seelsorge in der Bundeswehr

Gemäß Art. 2 Abs. 2 MSV sorgt der Staat für den organisatorischen Aufbau der Militärseelsorge und trägt ihre Kosten. Indessen genügen die staatlichen Mittel nicht, sämtliche Kosten der Militärseelsorge zu decken.⁵¹ Die evangelischen Landeskirchen stellen nach § 8 Abs. 2 KG-evSeelsBw einen erheblichen Teil des Kirchensteueraufkommens evangelischer Soldaten der EKD zur Verfügung.⁵² Die

38

⁵⁰ Dazu *Blaschke / Oberhem*, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 104 ff.; *Ennuschat*, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 80 ff.; *Hans Gerd Meyer*, Personale Seelsorgebereiche und Militärkirchengemeinden in der Militärseelsorge, in: *ZevKR* 26 (1981), S. 326 ff. – Im Jahre 2016 gab es zwei Militärkirchengemeinden (Augustdorf und St. Stephanus-Munster). Allerdings werden seit einiger Zeit zwischen EKD und betroffenen Landeskirchen Gespräche über die Zukunft der noch verbleibenden Militärkirchengemeinden geführt; siehe Bericht des Bischofs für die Evangelische Seelsorge in der Bundeswehr, 6. Tagung der 11. Synode der Evangelischen Kirche in Deutschland 2013, S. 1 (<https://www.ekd.de/download/s13_iii_d_ev_seelsorge_bundeswehr.pdf>).

⁵¹ *Blaschke / Oberhem*, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 71 f.; *Ennuschat*, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 103 f.

⁵² Der EKD-Haushalt 2016 ging davon aus, dass das Kirchensteueraufkommen evangelischer Soldaten ca. 22 Mio. Euro betrug. Davon sollten ca. 12,7 Mio. Euro im Ergebnis den Landeskirchen verbleiben, der Rest für die Soldatenseelsorge verwendet werden (Bericht des ständigen Haushaltsausschusses der Synode der Evangelischen Kirche in Deutschland zum Haushaltsplan 2016, 2. Tagung der 12. Synode der Evangelischen Kirche in Deutschland 8. bis 11. November 2015 in Bremen, S. 3).

kirchlichen Mittel für die Militärseelsorge wurden zunächst in einem Sonderhaushalt Evangelische Militärseelsorge zusammengefasst. Später gab es den Haushalt Evangelische Seelsorge in der Bundeswehr, der als Teil II in den allgemeinen Haushalt der EKD integriert war. Im Zuge der Einführung der Doppik wird seit 2013 der Haushalt Evangelische Seelsorge in der Bundeswehr als Handlungsbereich 2012⁵³ in den Gesamthaushalt der EKD eingearbeitet. Das Volumen betrug auf evangelischer Seite im Jahr 2016 ca. 10,6 Mio. Euro und war neben der Seelsorge für die gemeindliche Arbeit und für Rüstzeiten bestimmt. Auf katholischer Seite dürften die kirchlichen Mittel eine ähnliche Dimension aufweisen. Die staatlichen Mittel sind Teil des Kapitels 1413 „Bundeswehrverwaltung, Universitäten der Bundeswehr, Militärseelsorge usw.“, wobei der Kostenanteil der Militärseelsorge nicht ohne Weiteres zu ermitteln ist. Ein gesondertes Kapitel „1406 Militärseelsorge“ gab es zuletzt im Bundeshaushalt 2007 (damals ca. 28 Mio. Euro insgesamt für die evangelische und katholische Militärseelsorge).⁵⁴

IV. Die Verfassungsmäßigkeit der Seelsorge in der Bundeswehr

- 39 Die gegenwärtige Organisation und Finanzierung der Militärseelsorge ist seit langem kirchenpolitisch und verfassungsrechtlich umstritten. Zahlreiche, auch prominente Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur bezweifeln deren Verfassungskonformität oder stellen diese gänzlich in Abrede.⁵⁵

⁵³ „20“ steht dabei für den Rechtsträger EKD, „12“ für den Handlungsbereich; die Evangelische Seelsorge in der Bundeswehr bildet einen von insgesamt 12 Handlungsbereichen.

⁵⁴ BT-Drs. 16/2300. – Zum Vergleich: Der EKD-Haushalt für die evangelische Seelsorge in der Bundeswehr betrug seinerzeit 10,4 Mio. Euro (§ 1 Abs. 2 des Kirchengesetzes über den Haushaltsplan, die Umlagen und die Kollekten der Evangelischen Kirche in Deutschland für das Haushaltsjahr 2007 vom 8. 11. 2006).

⁵⁵ *Peter Unruh*, in: Hermann v. Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber / Andreas Voßkuhle, Bd. 3, Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 28; *Dirk Ehlers*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz – Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 9; *Hans Dieter Jarass*, in: ders. / Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 2 und Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 1; *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 49), Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 13 f.; *Ute Mager*, in: Ingo v. Münch / Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 96 (die staatliche Finanzierung sei jedoch

Ausgangspunkt ist meist die Prämisse eines grundsätzlichen Handlungsverbotes des Staates im religiösen Bereich: Als normative Grundlage dafür werden das Verbot der Staatskirche (Art. 137 Abs. 1 WRV) und die Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) herangezogen: Daraus folgten die Trennung von Staat und Kirche sowie die Grundsätze der Neutralität und Nichtidentifikation. Die staatliche Organisation und insbes. die Verbeamtung der Militärgeistlichen stellten eine organisatorische Verbindung zwischen Staat und Kirche und damit eine staatskirchliche Einrichtung dar. Zugleich resultiere daraus eine Identifikation des Staates mit einer Religion. Manche sehen in der Militärseelsorge sogar eine Instrumentalisierung von Kirche und Religion durch den Staat zu militärischen Zwecken.⁵⁶ Die Vertreter dieser Auffassung konzedieren, dass das Grundgesetz in einigen Bereichen die Verbindung von Staat, Religion und Kirche zulässt, so etwa beim Religionsunterricht. Aber, so diese Literaturmeinung, solche Verbindungen müssten als Ausnahme vom Trennungsgebot eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Rechtfertigung finden. Art. 141 WRV sei eine derartige Ausnahmenorm, die aber eng auszulegen sei: Dem Wortlaut des Art. 141 WRV zufolge seien die Religionsgemeinschaften lediglich zur Vornahme religiöser Handlungen „zuzulassen“. Die Rolle des Staates sei also auf die Nicht-Verhinderung beschränkt. Eine aktive staatliche Förderung der Soldatenseelsorge sei durch Art. 141 WRV nicht gedeckt. Gegen diese Sichtweise, so diese Auffassung, könne auch nicht angeführt werden, dass Art. 141 WRV zur Weimarer Zeit weniger eng verstanden worden sei (in der Weimar Republik gab es eine staatlich institutionalisierte Militärseelsorge). Denn bei der Entstehung des Grundgesetzes habe sich

verfassungsrechtlich unbedenklich); *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), *Grundgesetz*, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 140 GG / 141 WRV, Rn. 16; *Ulrich K. Preuß*, in: *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Alternativkommentar), hg. von Erhard Denninger/Wolfgang Hoffmann-Riem/Hans-Peter Schneider/Ekkehart Stein, 3. Aufl. 2001, Art. 140, Rn. 71; *Claus Dieter Classen*, *Religionsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 280; *Gerhard Czermak*, *Religions- und Weltanschauungsrecht*, 2008, Rn. 153, 415; *Erwin Fischer*, *Volkskirche* ade, 4. Aufl. 1993, S. 143 ff.; *Hans Markus Heimann*, *Deutschland als multireligiöser Staat*, 2016, S. 97 ff.; *Wolfgang Huber*, *Kirche und Öffentlichkeit*, 1973, S. 262 ff.; *Bernd Jeand'Heur/Stefan Koriath*, *Grundzüge des Staatskirchenrechts*, 2000, S. 206 f.; *Kleine*, *Verfassungswidrigkeiten* (o. Fn. 12), S. 180 ff.; *Christian Seiler*, *Die staatliche Finanzierung der Kirchen und das Grundgesetz*, in: ZRP 2001, S. 80 (85); *Peter Unruh*, *Religionsverfassungsrecht*, 3. Aufl. 2015, Rn. 401 ff.

⁵⁶ *Czermak*, *Religions- und Weltanschauungsrecht* (o. Fn. 55), Rn. 54; *Huber*, *Kirche und Öffentlichkeit* (o. Fn. 55), S. 262 ff.; *Kleine*, *Verfassungswidrigkeiten* (o. Fn. 12), S. 184 ff.

niemand vorstellen können, dass es wieder eine deutsche Armee geben könne.

41 Diese Ansicht ist in sich konsistent, überzeugt dennoch nicht.⁵⁷ Sie beruht auf Prämissen, die dem Grundgesetz nicht entnommen werden können. Dies ergibt sich aus einer Gesamtwürdigung der staatskirchenrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes in ihrer historischen Entwicklung, die an dieser Stelle nicht vollständig nachvollzogen werden kann.⁵⁸

42 Auf Folgendes sei immerhin hingewiesen: Das Grundgesetz kennt keine ausdrückliche Festlegung eines strikten Trennungsgrundsatzes, der nur durchbrochen werden könnte, wenn das Grundgesetz dies explizit anordnet. Natürlich kann man versuchen, diesen Grundsatz in die Vorgabe des Art. 137 Abs. 1 WRV „Es besteht keine Staatskirche“ hineinzulesen. Im Wege der Auslegung lässt sich dem Staatskirchenverbot indessen nur eine verfassungsrechtliche Absage an frühere staatskirchliche Zustände entnehmen,⁵⁹ die mit der heutigen Militärseelsorge nicht vergleichbar sind: Die Militärseelsorge als Teil der kirchlichen Arbeit wird im Auftrag und unter der Aufsicht der Kirche ausgeübt (Art. 2 Abs. 1 MSV). Es gibt also keine staatliche Einflussnahme auf die Inhalte der Seelsorge, noch weniger eine Lenkung.

43 Betrachtet man die Vorgaben des Grundgesetzes zum Verhältnis Staat, Religion und Kirchen, entdeckt man einerseits einige ausdrückliche Handlungsgebote: Das betrifft z. B. die staatliche Organisation und Finanzierung eines Religionsunterrichts an staatlichen Schulen (Art. 7 Abs. 3 GG). Andererseits gibt es eine Reihe expliziter Handlungsverbote, z. B.: Kein Lehrer darf gegen seinen Willen verpflichtet werden, Religionsunterricht zu erteilen (Art. 7 Abs. 3 S. 3 GG), niemand darf zur Teilnahme an religiösen Handlungen gezwungen werden (Art. 136 Abs. 4, Art. 141 a. E. WRV), der Staat darf keine Staatskirche errichten (Art. 137 Abs. 1 WRV). Diese Handlungsge- und -verbote ziehen einen äußeren Rahmen für das Handeln des

⁵⁷ Die Verfassungsmäßigkeit der Militärseelsorge bejahend *Campenhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 16), S. 206; *Ennuschat*, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 290; *Karl-Hermann Kästner*, in: BK, Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Stand: Juni 2018, Rn. 700 f.; *Kruk*, Probleme der Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 77 f.; *Loschelder*, Militärseelsorge im Beamtenstatus (o. Fn. 43), S. 785 ff.; *Mehrle*, Trennung vom Staat (o. Fn. 12), S. 42; *Stefan Mückl*, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: HStR³, Bd. VII, 2009, § 159, Rn. 63; *ders.*, Freiheit kirchlichen Wirkens, ebd., § 161, Rn. 63.

⁵⁸ Dazu umfassend *Ennuschat*, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 108–290.

⁵⁹ Näher *Ennuschat*, ebd., S. 160 ff.

Staates. Dazwischen verbleiben ihm Handlungsspielräume, die ohne Scheu vor Kirche und Religion und durchaus religionsfreundlich ausgefüllt werden können. Die Religionsfreundlichkeit des Grundgesetzes und seine Unbefangenheit gegenüber Kirche und Religion kommt nicht zuletzt in der Erwähnung Gottes in der Präambel zum Ausdruck – mit beträchtlicher Signalwirkung. Die Religionsfreundlichkeit kommt allen Religionen zugute – auch etwa dem Islam – und gleichermaßen den Weltanschauungsgemeinschaften (vgl. Art. 137 Abs. 7 WRV).

Vor diesem Hintergrund beschreibt Art. 141 WRV nicht die äußerste Grenze zulässigen Staatshandelns, sondern – im Gegenteil – einen Mindeststandard.⁶⁰ Der Staat muss mindestens Geistlichen den Zutritt in die Bundeswehr und in seine Anstalten ermöglichen, kann die Seelsorge aber darüber hinaus auch aktiv unterstützen. Das entspricht dem historischen Willen des Grundgesetzgebers. Dieser wollte ersichtlich an den Weimarer Rechtszustand anknüpfen.⁶¹ Der Parlamentarische Rat hat im Übrigen die Wiederbewaffnung Deutschlands bereits als Möglichkeit erkannt, wie anhand des Rechts auf Kriegsdienstverweigerung (Art. 4 Abs. 3 GG) deutlich wird. Unabhängig davon gab es zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes zwar keine Militär-, wohl aber eine Anstaltsseelsorge, die ebenfalls staatlich unterstützt wurde – einschließlich der Verbeamtung von Gefängnis-seelsorgern. Wenn der Parlamentarische Rat das für verfassungswidrig gehalten hätte, hätte er Anlass und Gelegenheit gehabt, dies im Verfassungstext oder zumindest in den Verfassungsberatungen klarzustellen.

Die staatliche Organisation der Militärseelsorge ist deshalb verfassungskonform. Verfassungsrechtliche Bedenken könnte die Mitwirkung des Staates bei der Ernennung der Militärbischöfe (die ein rein kirchliches Amt bekleiden) und der Militargeistlichen (die ein kirchliches und staatliches Amt innehaben) auslösen. Art. 27 Abs. 2 S. 2 RK enthält eindeutig ein staatliches Vetorecht gegenüber der Person des (kirchlich zu ernennenden) Militärbischof („Einvernehmen“); weniger klar ist dies bei Art. 11 Abs. 1 S. 2 MSV („tritt der Rat [der EKD] mit der Bundesregierung in Verbindung, um sich zu versichern, dass [...] keine schwerwiegenden Einwendungen erhoben werden.“).

⁶⁰ *Alexander Hollerbach*, Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, 1965, S. 138; *Mückel*, Freiheit kirchlichen Wirkens (o. Fn. 57), Rn. 63; *Seiler*, Bundeswehrseelsorge (o. Fn. 34), S. 989; *Loschelder*, Militärseelsorge im Beamtenstatus (o. Fn. 43), S. 785 ff.

⁶¹ Hierzu *Ennuschat*, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 125 ff.

Der Wille beider Vertragsparteien dürfte dennoch – in Parallele zum Reichskonkordat – auf die Vereinbarung eines Vetorechts gerichtet gewesen sein.⁶² Das Vetorecht ist eine grundsätzlich unzulässige Mitwirkung i. S. d. Art. 137 Abs. 3 S. 2 WRV. Das verfassungsrechtliche Mitwirkungsverbot steht auch nicht zur Disposition der Kirche.⁶³ Man wird jedoch eine Ausnahme vom Mitwirkungsverbot aus der Natur der Sache annehmen können: Die Mitwirkungsrechte des Staates in Art. 27 Abs. 2 S. 2 RK, Art. 11 Abs. 1 S. 2 MSV konkretisieren nur das, was ohnehin aus dem Gebot wechselseitiger Rücksichtnahme folgt: Der Staat nimmt grundsätzlich jede Person als Militärbischof hin, es sei denn, diese Person ist für ihn schlechterdings unzumutbar. Bei den Militärangeistlichen ist die Situation etwas anders gelagert: Deren kirchliche Ernennung/die Betrauung mit dem kirchlichen Amt erfolgt ohne staatliches Vetorecht (vgl. Art. 12 Abs. 1 Nr. 1, Art. 18 Abs. 1 MSV – Art. 27 Abs. 3 S. 1 RK sieht allerdings immerhin ein Benehmen vor). Erst die Berufung in das staatliche Amt (insbes. durch die Verbeamtung) erfolgt durch den Staat.

- 46 Zusammengefasst bedeutet dies: Das Grundgesetz kennt keinen Grundsatz strikter Trennung von Staat und Kirche. Vielmehr ist der Staat gehalten, im kooperativen Zusammenwirken mit den Religionsgemeinschaften in positivem Sinne Raum für die Religionsausübungsfreiheit auch im staatlichen Bereich zu schaffen (vgl. Art. 4, 17a, 140 GG i.V.m. Art. 141 WRV). Daraus folgt keine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur gegenwärtigen Ausgestaltung der Militärseelsorge, wohl aber die Berechtigung. Deshalb gibt es keine durchgreifenden Bedenken aus verfassungsrechtlicher Sicht. Der Vorwurf, die staatliche Organisation der Militärseelsorge verletze die Grundsätze der Neutralität und Nichtidentifikation, hat zudem an Überzeugungskraft verloren, als 2020 eine jüdische Militärseelsorge eingeführt wurde, und wird weiter an Überzeugungskraft verlieren, wenn in absehbarer Zeit eine islamische Soldatenseelsorge eingerichtet werden wird.

⁶² Näher Ennuschat, ebd., S. 276 f.; a.A. Unruh, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 55), Art. 140 GG/Art. 141 WRV, Rn. 29; Pirson, Die Seelsorge in staatlichen Einrichtungen (o. Fn. 44), S. 21 f.

⁶³ Insoweit ebenso Koriath, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 49), Art. 140 GG/Art. 141 WRV, Rn. 14; Mager, in: v. Münch/Kunig (o. Fn. 55), Art. 140 GG, Rn. 36.

V. Seelsorge für Soldaten anderer Religionen sowie von Weltanschauungsgemeinschaften

Gegenüber der evangelischen und katholischen Kirche hat sich der Staat verpflichtet, für je 1.500 evangelische bzw. katholische Soldaten einen Militärgeistlichen zu berufen (Art. 3 Abs. 1 S. 2 MSV). Die Bundesregierung hat klargestellt, dass diese Regelung analog auf andere Religionen anwendbar ist.⁶⁴ Lange Zeit war die Zahl der Soldaten anderer christlicher Konfessionen oder anderer Religionen und Weltanschauungsgemeinschaften freilich so gering, dass kein Anlass bestand, für diese eine institutionalisierte Soldatenseelsorge einzurichten.

In den letzten Jahren hat sich die Situation verändert. Im Jahr 2016 waren ca. 55 % der Soldatinnen und Soldaten Mitglieder der evangelischen oder katholischen Kirche.⁶⁵ Das Gros der übrigen Soldatinnen und Soldaten ist konfessionslos. Schätzungen zufolge soll es 2019 ca. 3.000 muslimische Bundeswehrangehörige gegeben haben.⁶⁶ Die Zahl der Soldatinnen und Soldaten jüdischen Glaubens bleibt deutlich dahinter zurück.⁶⁷

Dennoch kam es am 20.12.2019 zum Vertragsschluss zur Regelung der jüdischen Militärseelsorge (unten 2.). Die Einrichtung einer islamischen Soldatenseelsorge ist vom Staat beabsichtigt, steht jedoch noch aus (unten 3.), was den Blick auf verfassungsrechtliche Fragen lenkt (unten 1.). Vorab klargestellt sei, dass selbst bei Fehlen einer institutionalisierten Soldatenseelsorge es die individuelle religiöse Betreuung der Soldatinnen und Soldaten anderer Religionen gibt, die durch die Bundeswehr nicht nur zugelassen, sondern auch aktiv unterstützt wird (z. B. durch Gewährung von Sonderurlaub).⁶⁸

⁶⁴ BT-Drs. 17/9482, S. 11.

⁶⁵ Angabe nach Oberst im Generalstabsdienst *Burkhard Köster*, Vortrag anlässlich der Arbeitsausschusssitzung der Deutschen Islam Konferenz im Bundesministerium der Verteidigung am 27.4.2016 (dort S. 13; <https://www.katholische-militaerseelsorge.de/fileadmin/kunde/aktuelles/2016/05_2016/20160503_vortrag_koester_ZInF_militaerseelsorge.pdf>).

⁶⁶ Angabe nach *Bundesregierung*, BT-Drs. 19/11919, S. 2.

⁶⁷ So *Bundesregierung*, BT-Drs. 17/9482, S. 11 (vom 2.5.2012). – Im Jahre 2019 sollen es etwa 300 jüdische Soldaten sein (u. Fn. 74).

⁶⁸ *Ennuschat*, Militärseelsorge (o. Fn. 12), S. 209.

1. Verfassungsrechtliche Fragen

- 50 Die Geltung der Vorgaben aus Art. 4 Abs. 1 und 2, Art. 140 GG i. V. m. Art. 141 WRV, § 36 SG hängt nicht von der Anzahl der betroffenen Soldaten oder der Größe der Religionsgemeinschaft ab. Dies bedeutet: Religionsgemeinschaften haben ein Recht, zur Vornahme religiöser Handlungen zugelassen zu werden, und die Soldaten haben einen Anspruch auf Seelsorge und ungestörte Religionsausübung, wozu auch der Besuch von Gottesdiensten oder das Gespräch mit einem Seelsorger zählen.
- 51 Das Recht aus Art. 141 WRV steht allerdings nur „Religionsgesellschaften“ (= Religionsgemeinschaften) zu. Religionsgesellschaften sind Verbände mit dem Zweck, gemeinsam religiöse Überzeugungen zu betätigen.⁶⁹ Auf die soziale Relevanz, Organisationsform oder die zahlenmäßige Stärke einer derartigen Gruppierung kommt es nicht an.⁷⁰ Viele Glaubensrichtungen sind in Deutschland als Körperschaft des öffentlichen Rechts verfasst, worin zugleich die Anerkennung enthalten ist, dass eine Religionsgemeinschaft vorliegt (vgl. den Wortlaut von Art. 137 Abs. 5 WRV i. V. m. Art. 140 GG). Einige der kleineren Religionsgemeinschaften in Deutschland (z. B. altkatholische Kirche, evangelische Freikirchen, die russisch-orthodoxe Kirche oder jüdische Gemeinschaften) können sich also unproblematisch auf das Zutrittsrecht aus Art. 141 WRV berufen. Der öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus ist gleichwohl nicht erforderlich, um das Recht aus Art. 141 WRV auszuüben.⁷¹ Bedeutsam ist diese Einsicht insbesondere für die Einrichtung einer islamischen Soldatenseelsorge (unten 3.).
- 52 Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob Weltanschauungsgemeinschaften und ihre Angehörigen die Rechte aus Art. 141 WRV und § 36 SG in Anspruch nehmen können.⁷² Der Wortlaut enthält jeweils

⁶⁹ Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 49), Art. 137 WRV, Rn. 14.

⁷⁰ Morlok, in: Dreier (o. Fn. 55), Art. 137 WRV, Rn. 33.

⁷¹ BVerfGE 102, 370 (396); Morlok, in: Dreier (o. Fn. 55), Art. 141 WRV, Rn. 9; Stefan Muckel, in: Karl Heinrich Friauf / Wolfram Höfling (Hg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Losebl. Stand September 2017, Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 9; Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 55), Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 13; Markus Schulten, Anstaltsseelsorge für Muslime, in: KuR 2014, S. 50 (59).

⁷² Bejahend z. B. Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 55), 8. Aufl. 2018, Art. 141 WRV, Rn. 6; Morlok, in: Dreier (o. Fn. 55), Art. 141 WRV, Rn. 8; Susanne Eick-Wildgans, Anstaltsseelsorge, Möglichkeit und Grenzen des Zusammenwirkens von

zunächst Festlegungen auf „Religionsgemeinschaften“, „religiöse Handlungen“ (so Art. 141 WRV) und „Religionsausübung“ (so § 36 SG). Mit Blick auf Art. 137 Abs. 7 WRV (i.V.m. Art. 140 GG) liegt dennoch eine Gleichstellung der Weltanschauungsgemeinschaften mit Religionsgemeinschaften nahe. Ohnehin verbürgt Art. 4 Abs. 1 GG die Weltanschauungsfreiheit in gleicher Weise wie die Religionsfreiheit. Die Kerninhalte des Art. 141 WRV lassen sich auch unmittelbar aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG ableiten; das betrifft sowohl das Recht des Soldaten auf seelsorgerische Betreuung durch seine Weltanschauungsgemeinschaft als auch deren Recht auf Betreuung ihrer Mitglieder innerhalb der Bundeswehr.

Art. 4, 140 GG i.V.m. Art. 141 WRV verbürgen nur einen Mindeststandard (oben IV.). Die darüber hinaus reichende staatliche Unterstützung kann an weitere Voraussetzungen geknüpft werden, insbes. auch an die Kooperationsbereitschaft und -fähigkeit des jeweiligen Partners in einem sicherheitssensiblen Bereich. Diese Voraussetzungen dürfen nicht gegen grundgesetzliche Vorgaben verstoßen. Zu beachten ist etwa der staatskirchenrechtliche Paritätsgrundsatz bzw. der Gleichheitsgrundsatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG. Gleichheit verlangt keine Gleichartigkeit. Die Soldatenseelsorge anderer Religionen muss keine (ggf. verkleinerte) Kopie der evangelischen oder katholischen Militärseelsorge sein. Geboten ist vielmehr Gleichwertigkeit.

Selbst die Mindestrechte aus Art. 141 WRV, etwa das Zutrittsrecht, können durch kollidierendes Verfassungsrecht, wozu die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr zählt, beschränkt werden.⁷³ Im Sinne der praktischen Konkordanz muss der Staat dann nach Wegen suchen, die Religionsfreiheit seines Soldaten auch dann zu wahren, wenn konkrete Sicherheitsbedenken dem Zutritt eines Geistlichen seiner Religion in die Bundeswehreinrichtung entgegenstehen, z.B. durch Gewährung von Sonderurlaub, um außerhalb der Kaserne Seelsorgeangebote nachfragen zu können.

Staat und Kirche im Strafvollzug, 1993, S. 108 f., 116; verneinend *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 49), Art. 140 GG/Art. 141 WRV, Rn. 6.

⁷³ *Unruh*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 55), Art. 140 GG/Art. 141 WRV, Rn. 19 ff.; *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 49), Art. 140 GG/Art. 141 WRV, Rn. 9; ähnlich zur Anstaltsseelsorge *Schulten*, Anstaltsseelsorge für Muslime (o. Fn. 71), S. 60.

2. Vertrag vom 20. 12. 2019 zur Regelung der jüdischen Militärseelsorge

- 55** Derzeit soll es ca. 300 jüdische Soldaten und Soldatinnen geben.⁷⁴ Obwohl die vorstehend genannte Orientierungsgröße von 1.500 Soldaten je Militärgeistlichen bei weitem nicht erreicht wird, haben die Bundesrepublik Deutschland und der Zentralrat der Juden in Deutschland – Körperschaft des Öffentlichen Rechts – am 20.12.2019 einen Vertrag zur Regelung der jüdischen Militärseelsorge geschlossen (JüdMilSeelsV). Der Bundestag stimmte durch das Gesetz über die jüdische Militärseelsorge (JüdMilSeelsG) vom 10. 7. 2020 dem Vertrag zu (BGBl. I S. 1664). Der Staat stuft den Vertrag als historischen Schritt ein, um dem jüdischen Leben in der Bundeswehr wieder den Raum und den Platz einzuräumen, den es verdiene. Zugleich hat der Staat die größeren Gruppen von orthodoxen Christinnen und Christen sowie von Muslimen in der Bundeswehr im Blick, um diesen entsprechende Angebote zu machen (unten 3.).⁷⁵
- 56** Für die jüdische Militärseelsorge gelten ferner die allgemeinen staatlichen Rechtsgrundlagen, d. h. das Zutrittsrecht aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 141 WRV, die Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG sowie § 36 SG. Der Bund stellt für die jüdische Militärseelsorge jährlich ca. 4,67 Mio. Euro zur Verfügung. Hinzu kommen einmalige Kosten i. H. v. ca. 900.000 Euro.⁷⁶
- 57** Die jüdische Militärseelsorge wird im Auftrag und unter Aufsicht des Zentralrates der Juden in Deutschland ausgeübt (Art. 2 Abs. 1 JüdMilSeelsV). Der Staat sorgt für den organisatorischen Aufbau der Militärseelsorge und trägt ihre Kosten (Art. 2 Abs. 2 JüdMilSeelsV). Die Organisation der jüdischen Militärseelsorge orientiert sich am Vorbild der evangelischen und katholischen Militärseelsorge.
- 58** Die religiöse Leitung der jüdischen Militärseelsorge obliegt dem Militärbundesrabbiner (Art. 8 JüdMilSeelsV), der – in Parallele zu den Militärbischöfen – nicht in einem Beschäftigungsverhältnis zum Bund steht, sondern lediglich eine Dienstaufwandsentschädigung sowie Reisekostenerstattung erhält (Art. 9 Abs. 2 JüdMilSeelsV). Der Militärbundesrabbiner wird vom Zentralrat der Juden in Deutschland bestimmt, der sich zuvor bei der Bundesregierung versichern

⁷⁴ So eine Angabe der *Bundesregierung*, BT-Drs. 19/11919, S. 2.

⁷⁵ Bundesministerin der Verteidigung *Kramp-Karrenbauer*, BT-Plenarprot. 19/20080, B, C.

⁷⁶ Angabe nach BT-Drs. 19/18704, S. 6.

muss, dass vom staatlichen Standpunkt aus gegen die für das Amt des Militärbundesrabbiners vorgesehene Person keine schwerwiegenden Bedenken erhoben werden (Art. 9 Abs. 1 JüdMilSeelsV).

Die Mittelebene besteht aus einer neu errichteten Bundesbehörde „Militärrabbinat“ mit Sitz in Berlin, die dem Bundesministerium der Verteidigung unmittelbar nachgeordnet ist (Art. 12 Abs. 1 JüdMilSeelsV). Geleitet wird das Militärrabbinat durch den Militärrabbinatsleiter, der – wie der Militärgeneraldekan – Bundesbeamter auf Lebenszeit ist. Er (oder sie) untersteht in religiösen Angelegenheiten der Dienst- und Fachaufsicht des Militärbundesrabbiners, während er bei der Wahrnehmung der staatlichen Verwaltungsaufgaben dem Bundesministerium der Verteidigung untersteht (Art. 13 Abs. 2 JüdMilSeelsV).

59

Langsam aufwachsend sollen zunächst bis zu zehn Militärrabbinerinnen und Militärrabbiner eingestellt werden (Schlussprotokoll zu Art. 3 Abs. 2 JüdMilSeelsV). Ihre Aufgabe ist die Lehre der Halacha (jüdisches Recht), die Entscheidung religiöser Fragen, die Sicherstellung der Einhaltung der Mizwot (jüdischen Gebote) und die Seelsorge im In- und Ausland sowie im Rahmen einer Begleitung in Auslandseinsätzen und Übungen (Art. 4 Abs. 1 JüdMilSeelsV). In Erfüllung dieses Dienstes sind sie von staatlichen Weisungen unabhängig (Art. 4 Abs. 2, Art. 14 S. 1 JüdMilSeelsV). In religiösen Angelegenheiten unterstehen sie der Leitung und Dienstaufsicht des Militärbundesrabbiners, während die religiöse Fachaufsicht dem Zentralrat der Juden obliegt (Art. 19 Abs. 1 JüdMilSeelsV). Die Militärrabbiner erteilen darüber hinaus im Rahmen ihres staatlichen Amtes den Lebenskundlichen Unterricht. Unterrichtsteilnehmer sind sämtliche Soldaten, nicht nur solche jüdischen Glaubens. Die Militärrabbiner werden von Hilfskräften unterstützt (Art. 21 JüdMilSeelsV) und grundsätzlich in das Beamtenverhältnis auf Zeit berufen (Art. 17 Abs. 1 JüdMilSeelsV). Die Aufgaben der Militärseelsorge können von Rabbinern auch in Nebenfunktion wahrgenommen werden (Art. 3 Abs. 3 JüdMilSeelsV).

60

Die jüdischen Soldaten und Soldatinnen werden in die jüdischen Gemeinden vor Ort eingebunden. Das Errichten von jüdischen Militärgemeinden ist nicht vorgesehen (Art. 6 JüdMilSeelsV), auch nicht die Bildung personaler Seelsorgebereiche nach dem Vorbild des Art. 6 MSV.

61

3. Vorbereitungen zur Errichtung einer islamischen Soldatenseelsorge

- 62** Die derzeitige Anzahl von ca. 3.000 muslimischer Soldatinnen und Soldaten übersteigt, jedenfalls dann, wenn man alle Strömungen innerhalb des Islams addiert, die in Art. 3 Abs. 1 S. 2 MSV genannte Größenordnung von einem Militärgeistlichen je 1.500 Soldaten. Dies deutet auf einen Bedarf an muslimischer Soldatenseelsorge hin. Schon 2002 enthielt die Islamische Charta des Zentralrats der Muslime in Deutschland (einer der großen islamischen Dachverbände) die Forderung nach „Beschäftigung muslimischer Militärbetreuer“ (dort Nr. 20). In der Folgezeit haben sich auch die Bundeswehr,⁷⁷ der Bundestag⁷⁸ und die Deutsche Islam Konferenz⁷⁹ mit dieser Thematik befasst.⁸⁰ Dennoch gibt es bislang keine islamische Soldatenseelsorge.
- 63** Vor diesem Hintergrund sei hervorgehoben: Das Grundgesetz ist – erstens – offen dafür, dass islamische Religionsgemeinschaften ihre Rechte aus Art. 141 WRV ausüben. Zweitens ist unsere Verfassung gleichermaßen offen für eine über das Zutrittsrecht hinausreichende Institutionalisierung und staatliche Unterstützung einer islamischen Soldatenseelsorge. Soll ein Vertrag die Grundlage bilden, ist ein geeigneter Vertragspartner nötig.
- 64** Bei den gegenwärtig als islamische Partner einer institutionalisierten Seelsorge für die Bundeswehr in Betracht kommenden islamischen Dachverbänden ist aus verschiedenen Gründen nicht abschließend geklärt, ob alle Voraussetzungen zur Einstufung als Religions-

⁷⁷ Siehe insbes. *Zentrum Innere Führung*, Deutsche Staatsbürger muslimischen Glaubens in der Bundeswehr, Arbeitspapiere 1/2011, S. 30.

⁷⁸ Z. B. Kleine Anfrage der Grünen „Multikulturelle Identität der Bundeswehr“ vom 11.4.2012, BT-Drs. 17/9300 (Antwort der Bundesregierung: BT-Drs. 17/9482); Antrag der Grünen „Gesellschaftliche Vielfalt in der Bundeswehr anerkennen“ vom 17.4.2013, BT-Drs. 17/13095 (Bericht und Beschlussempfehlung des Verteidigungsausschusses, BT-Drs. 17/13621; Plenardebatte, Plenarprotokoll 17/234 vom 18.4.2013, S. 29313 ff.).

⁷⁹ *Deutsche Islam Konferenz*, Arbeitsausschuss, 9. Sitzung am 9.2.2016, 10. Sitzung am 27.4.2016 (dazu <<https://web.archive.org/web/20170823234427/http://www.deutsche-islam-konferenz.de/DIK/DE/DIK/1UeberDIK/Arbeitsausschuss/9Arbeitsausschuss/9-arbeitsausschuss-node.html>>).

⁸⁰ Bereits Soldatenkönig Friedrich Wilhelm I. soll für die muslimischen Soldaten seiner „langen Kerls“ Gebetsräume eingerichtet und Friedrich der Große soll Feldimame für seine Bosniaken-Regimenter eingesetzt haben; Angaben nach *Trolp*, Die Militärseelsorge in der hannoverschen Armee (o. Fn. 7), S. 25 f.

gemeinschaft vorliegen.⁸¹ Die Staatspraxis der Länder tendiert zur Bejahung dieser Frage, und zwar auch im Hinblick auf die Anstaltsseelsorge i. S. d. Art. 141 WRV. Beispielhaft sind die Verträge in Hamburg und Bremen mit einigen islamischen Dachverbänden,⁸² die auch Regelungen zur Anstaltsseelsorge enthalten, u. a. in den Bereichen Justizvollzug und Polizei.

Noch schwieriger zu beantworten ist die weitere Frage nach der Kooperationsfähigkeit. Die jüngste Entwicklung – Stichwort: Ditib-Imame als Spitzel der türkischen Regierung⁸³ – haben zu einer neuen Skepsis staatlicher Stellen geführt, ob z. B. Ditib ein geeigneter Kooperationspartner für den Staat ist. Dabei stellt sich nicht nur die Frage nach der Bejahung grundgesetzlicher Werte, sondern auch nach womöglich unzulässiger Fremdsteuerung durch einen anderen (ob schon verbündeten und freundschaftlich verbundenen) Staat.⁸⁴

Anlässlich der parlamentarischen Beratungen des Gesetzes über die Jüdische Militärseelsorge hat die Bundesministerin der Verteidigung darauf hingewiesen, dass die Einführung einer muslimischen Seelsorge kompliziert sei, weil es den *einen* Ansprechpartner nicht gebe, zugleich aber erneut klargestellt, dass staatlicherseits die Bereitschaft bestehe, auch eine islamische Soldatenseelsorge einzurichten.⁸⁵

Als einen Schritt auf dem Weg dahin hat die Bundeswehr am 1. 7. 2015 beim Zentrum Innere Führung eine Zentrale Ansprechstelle für Soldatinnen und Soldaten anderer Glaubensrichtungen (ZASaG) eingerichtet. Diese soll den Soldaten der Bundeswehr, die nicht der

⁸¹ Bejahend z. B. BVerwGE 123, 49 (57, 59); *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 55), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 19; verneinend etwa *Michael Kloepfer*, Der Islam in Deutschland als Verfassungsfrage, in: DÖV 2006, S. 45 (51); *Stefan Muckel*, Islamischer Religionsunterricht und Islamkunde an öffentlichen Schulen in Deutschland, in: JZ 2001, S. 58 (60 f.).

⁸² Vertrag zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg, dem DITIB-Landesverband Hamburg, SCHURA – Rat der Islamischen Gemeinschaften in Hamburg und dem Verband der Islamischen Kulturzentren vom 13. 11. 2012 (HmbGVBl. II 2013 S. 997); Vertrag zwischen der Freien Hansestadt Bremen und den Islamischen Religionsgemeinschaften im Lande Bremen vom 15. 1. 2013 (Bürgerschaft-Drs. 18/727; Zustimmungsbeschluss Nr. 18/576 vom 24. 1. 2013).

⁸³ Dazu eine Antwort der *Bundesregierung* auf eine Kleine Anfrage, BT-Drs. 18/11576 vom 20. 3. 2017.

⁸⁴ So eine Antwort der *Bundesregierung* auf eine Kleine Anfrage, BT-Drs. 19/11919, S. 2.

⁸⁵ Bundesministerin der Verteidigung *Kramp-Karrenbauer*, BT-Plenarprot. 19/20080, C.

evangelischen oder katholischen Kirche oder dem jüdischen Glauben angehören, bei Bedarf seelsorgerische Betreuung vermitteln, den jeweiligen Vorgesetzten mit kompetenter Beratung zur Seite stehen und Kontakte zu möglichst vielen Ansprechpartnern der verschiedensten Religionsgemeinschaften pflegen mit dem Ziel, die Kompetenz für die Beratung zu erhöhen. Von 2015 bis 2019 gingen über 400 Anfragen bei der ZASaG ein.⁸⁶ Im April 2020 wurden die ZASaG und deren Kernaufgaben in die Zentrale Ansprechstelle für den Umgang mit Vielfalt (ZAVI) überführt.⁸⁷

- 68 Die Bundeswehr versteht die ZASaG als erste Stufe, die dazu dienen, den Bedarf an seelsorglicher Betreuung für Soldaten zu ermitteln, die nicht evangelisch, katholisch oder jüdisch seien. Wenn ein nachhaltiger und relevanter Bedarf erkennbar werde, sollen – zweite Stufe – Verhandlungen mit den betroffenen Religionsgemeinschaften aufgenommen werden. In der dritten Stufe soll dann ggf. über die Einstellung hauptamtlicher Soldatenseelsorger anderer Glaubensrichtungen entschieden werden.⁸⁸ Selbst wenn ein Bedarf festgestellt wird, müsste nach Auffassung der Bundeswehr noch geklärt werden, wer geeigneter Ansprech- und Vertragspartner für den Staat ist (dazu oben V. 1.); außerdem müsse das Schweigerecht der Soldatenseelsorger auch gegenüber ihren religiösen Oberen sichergestellt werden.⁸⁹ Als Zwischenschritt wird die Einrichtung einer Arbeitsgemeinschaft beim Bundesministerium der Verteidigung erwogen.⁹⁰

VI. Zur Zukunft der Seelsorge in der Bundeswehr

- 69 Aufgabe der Bundeswehr ist im Kern die Verteidigung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung gegen äußere Feinde. Zur Freiheit zählt auch die Religionsfreiheit. Deshalb wird es immer einen Bedarf an religiöser Betreuung für die Soldaten der Bundeswehr geben. Das Bild der Soldatenseelsorge wandelt sich gleichwohl. Bei

⁸⁶ *Bundesregierung*, BT-Drs. 19/11919, S. 2.

⁸⁷ Angaben nach <<https://www.bundeswehr.de/de/organisation/weitererbmv-g-dienststellen/zentrum-innere-fuehrung/abteilungen-und-bereiche/abteilung-weiterentwicklung-innere-fuehrung/dezernat-vier/zentrale-ansprechstelle-fuer-den-umgang-mit-vielfalt>>.

⁸⁸ Köster, Vortrag (o. Fn. 65), S. 16.

⁸⁹ Köster, ebd., S. 18; *Zentrum Innere Führung*, Deutsche Staatsbürger muslimischen Glaubens (o. Fn. 77), S. 30.

⁹⁰ *Bundesregierung*, BT-Drs. 19/11919, S. 2.

Abschluss des Militärseelsorgevertrages waren fast alle Soldaten Mitglied der evangelischen oder der katholischen Kirche. Heute gehören viele Soldaten anderen Kirchen und Religionen an – oder immer häufiger auch keiner. Das verändert das Bild der Soldatenseelsorge in zweifacher Weise: Es wird künftig neben dem evangelischen und dem katholischen Zweig weitere Zweige geben. 2020 begann der Aufbau des jüdischen Zweigs, demnächst gibt es vielleicht einen islamischen Zweig oder u. U. sogar mehrere islamische Zweige. Und die Militärgeistlichen werden verstärkt auf Soldaten treffen, die sich zwar keiner Religion zugehörig fühlen, die dennoch Seelsorge benötigen, nicht zuletzt in Auslands- und Kampfeinsätzen. Die Grundstrukturen der gegenwärtigen Soldatenseelsorge sind stabil und flexibel genug, die künftigen Herausforderungen zu bewältigen.

§ 55

Polizeiseelsorge

Von Markus Heintzen

I. Aufgabe, Inhalt und Umfang der Polizeiseelsorge in Bund und Ländern	1–3
II. Rechtsgrundlagen der Seelsorge für die Polizei der Länder	4–10
1. Das Verfassungsrecht des Bundes und der Länder	4–7
2. Staatskirchenverträge, Verwaltungsvorschriften	8–10
III. Organisation der Polizeiseelsorge auf Landesebene	11–14
1. Einbindung in die Kirchenorganisation	11–12
2. Rechtsstellung der Polizeipfarrer	13
3. Zusammenarbeit von Staat und Kirche	14
IV. Der berufsethische Unterricht	15
V. Zollseelsorge	16
VI. Bundespolizei	17

I. Aufgabe, Inhalt und Umfang der Polizeiseelsorge in Bund und Ländern

Die Polizeiseelsorge umfasst im engeren Sinne Gottesdienste, religiöse Vorträge und Diskussionen in Dienstversammlungen, Reden bei repräsentativen Anlässen, seelsorgerische Einzel- und Gruppengespräche und religiöse Arbeitskreise am Dienort, Unterstützung bei oder nach Einsätzen, schließlich ein berufsspezifisches Angebot an Tagungen, Rüstzeiten, Exerzitien u. s. w.¹ Nur im weiteren Sinne zur

1

¹ Zusammenfassende Darstellungen bei *Michael Arnemann*, Kirche und Polizei: Zwischen Gleichschaltung und Selbstbehauptung. Historische Grundlagen und aktuelle Perspektiven für kirchliches Handeln in staatlichen Institutionen, 2004, insbes. S. 173–191 und S. 304 ff. (Tabellen und Diagramme); *Jörg Ennuschat / Alfred E. Hierold*, Polizeiseelsorge, in: LKStKR, Bd. 3,

Polizeiseelsorge zählt der berufsethische Unterricht; dieser ist Teil der staatlichen Polizeiausbildung. Die Polizeiseelsorge dient aus der Sicht des Staates dem Zweck, den Polizisten die Ausübung des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zu erleichtern und dem Polizeidienst die Werte einer im religiösen Glauben wurzelnden Berufsauffassung nutzbar zu machen.² Polizeiseelsorge findet vor allem in Polizeischulen und in der Bereitschaftspolizei statt; Beamte des Einzeldienstes der Schutzpolizei (einschließlich der Wasserschutzpolizei) sowie der Kriminalpolizei werden in geringerem und von Land zu Land divergierendem Umfang einbezogen; die Verwaltungspolizei (in der Mehrzahl der Bundesländer ohnedies entpolizeilicht) liegt außerhalb des Arbeitsfeldes der Polizeiseelsorger.³ Polizeiseelsorge ist Seelsorge für Polizisten; das schließt nicht aus, dass Polizeiseelsorger in Kontakt zu weiteren Personen, wie Angehörige von Toten oder Verbrechensoffer, treten, bis hin zur kirchlichen Beteiligung an Zeu-

2004, S. 250 f.; *Siegfried Franke*, Polizeiseelsorge, in: StL⁷, Bd. 4, 1988, Sp. 506 ff.; *Kurt Grützner u. a.* (Hg.), Handbuch Polizeiseelsorge, 2. Aufl. 2012; *Markus Heintzen*, Die Vereinbarungen über die Seelsorge in der Bundespolizei in staatsrechtlicher Perspektive, in: 50 Jahre Seelsorgevereinbarung in Bundesgrenzschutz und Bundespolizei, hg. von Helmut Blanke u. a., 2015, S. 55–67; *Ralf Röger*, Aktuelle staatskirchenrechtliche Problemfelder der Vereinbarungen über die Seelsorge in der Bundespolizei, ebd., S. 93–122; *Heribert Schwark*, Die Polizeiseelsorge. Geschichte und Rechtsgrundlagen der Polizeiseelsorge in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland und Berlin (West), 1986, S. 48–91; *Christian Waldhoff*, Die rechtlichen Grundlagen der Seelsorge in der Bundespolizei, in: 50 Jahre Seelsorgevereinbarung in Bundesgrenzschutz und Bundespolizei, hg. von Helmut Blanke u. a., 2015, S. 43–53. – Zur Geschichte der Polizeiseelsorge: *Arnemann*, a. a. O., Teil 1; drei Artikel in *Grützner*, a. a. O., S. 50 ff.; *Schwark*, a. a. O., S. 1–48; *Markus Heintzen*, Zur Geschichte der Polizeiseelsorge vor Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung, in: ZevKR 37 (1992), S. 58 ff.; – Aktuelle Informationen zu beiden Konfessionen unter <www.Polizeiseelsorge.de>; vgl. auch *Helmut Blanke u. a.* (Hg.), 50 Jahre Seelsorgevereinbarung in Bundesgrenzschutz und Bundespolizei, 2015.

² Zu dem zweiten Punkt Nr. 3 des nordrhein-westfälischen Erlasses über den berufsethischen Unterricht (abgedr. bei *Schwark*, Polizeiseelsorge [o. Fn. 1], S. 277 f.); kritisch dazu *Gerhard Czermak / Eric Hilgendorf*, Religions- und Weltanschauungsrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 484. Die Problematik eines Konflikts von staatlichen und kirchlichen Zielsetzungen stellt sich bei der Polizeiseelsorge in ähnlicher, wiewohl abgeschwächter Weise wie bei der Militärseelsorge; zur Militärseelsorge insoweit *Andreas Pawlas*, Freiheit der Militärseelsorge?, in: Freiheit und Kontingenz. Zur interdisziplinären Anthropologie menschlicher Freiheiten und Bindungen. FS für Christian Walter, hg. von Rainer Dieterich, 1992, S. 116 ff.; *Jörg Ennuschat*, → § 54.

³ Zu der Einteilung der Polizei in Dienstzweige siehe *Volkmar Götz / Max-Emanuel Geis*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 16. Aufl. 2017, S. 167 f. Zur Polizeiseelsorge äußert sich dieses Werk, wie die gesamte polizeirechtliche Literatur, nicht.

genschutzprogrammen. Träger der Polizeiseelsorge sind die evangelischen Landeskirchen und die katholischen Diözesen; andere Religions- oder Weltanschauungsgesellschaften beteiligen sich nicht, auch wenn dies als Option in Vereinbarungen, so in Art. 3 Abs. 2 des Vertrages des Landes Baden-Württemberg mit der Israelischen Religionsgemeinschaft Baden und der Israelischen Religionsgemeinschaft Württembergs vom 18. Januar 2010, vorgesehen ist.⁴

Polizeirecht ist im Kern *Landesrecht*; demgemäß präsentiert die Polizeiseelsorge sich in föderaler Vielfalt. In den schon vor dem 3. Oktober 1990 zur Bundesrepublik Deutschland gehörenden Bundesländern ist in vierzig Jahren nach und nach ein fast flächendeckendes, wenn auch nicht in allen Ländern gleich geartetes und gleich dichtes Netz polizeiseelsorgerischer Tätigkeit entstanden. Die Deutsche Demokratische Republik stand kirchlicher Seelsorge für Bedienstete des Staates ablehnend gegenüber.⁵ Eine auf der Zusammenarbeit von Staat und Kirche beruhende Polizeiseelsorge ist seit 1990, anfängliche Bedenken von kirchlicher Seite überwindend, auch in Ostdeutschland aufgebaut worden, in konzeptioneller und organisatorischer Anlehnung an die Gegebenheiten in Westdeutschland.⁶ Die Zahl der Polizeiseelsorger ist seit Anfang der 1980er Jahre im Saldo wohl konstant, trotz Wiedervereinigung; sowohl auf evangelischer als auch auf katholischer Seite geht es um etwa 100 Personen, davon ca. 15 hauptamtlich tätig, darunter nicht nur Geistliche, zum Teil Personal in den kirchlichen Verwaltungen.⁷ Bei beiden Konfes-

2

⁴ Zur Militärseelsorge vgl. den Entwurf eines Gesetzes über die jüdische Militärseelsorge (BR-Drs. 50/20) und weiterhin BT-Drs. 19/10428, S. 10 zu muslimischer Militärseelsorge.

⁵ Art. 46 Verf. DDR von 1949 enthielt eine bis auf die Militärseelsorge dem Art. 141 WRV entsprechende Gewährleistung. In der Verf. DDR von 1968/74 fehlte eine solche Regelung. Zur Praxis vgl. *Stefan Mußler*, Zum Verhältnis von Staat und Kirche in der DDR, in: *Recht in Ost und West* 35 (1991), S. 382, 384. Zu Übergangsproblemen bei der Wiedervereinigung *Axel Frhr. v. Campenhausen*, Staatskirchenrecht in den neuen Bundesländern, in: *HStR*², Bd. IX, 1997, § 207, Rn. 60–64.

⁶ Vgl. Art. 15 EvKV Berlin, Art. 7 KathKV Bbg., Art. 12 EvKV Bbg., Art. 8 KathKV MV, Art. 20 EvKV MV, Art. 10 KathKV LSA, Art. 12 EvKV LSA, Art. 12 KathKV Sachsen, Art. 13 EvKV Sachsen, Art. 14 KathKV Thür. und Art. 12 EvKV Thür. Überwiegend werden Polizei, Polizeiausbildungsstätten oder Bereitschaftspolizei hier ausdrücklich genannt. In einem Protokollvermerk zwischen dem Land Berlin und dem Bischöflichen Ordinariat aus dem Jahr 1970 wird die Bereitschaftspolizei ebenfalls ausdrücklich genannt.

⁷ Die Zahlen lassen sich aus den Internet-Präsentationen der evangelischen und der katholischen Polizeiseelsorge erschließen. Nachweis älterer Zahlen bei *Markus Heintzen*, Polizeiseelsorge (§ 69), in: *HSKR*², Bd. 2, 1995, S. 985 Fn. 2. Zur Altersstruktur *Arnemann*, Kirche und Polizei (o. Fn. 1),

sionen ist eine Schwerpunktbildung in Nordrhein-Westfalen und allgemein im Westen und im Süden Deutschlands zu verzeichnen.

- 3 Seit der Umbenennung des Bundesgrenzschutzes in Bundespolizei im Jahr 2005 ist die frühere Bundesgrenzschutzseelsorge Polizeiseelsorge. Es gibt Polizeiseelsorge also auf Bundesebene und auf Länderebene. Beide Ebenen haben auch kirchlicherseits überraschend wenig miteinander zu tun; so ist der katholische Polizeibischof nur für die Länderpolizei zuständig. Für beide Konfessionen waren auf Bundesebene Mitte 2018 jeweils ein Polizeidekan, ca. 10 hauptamtliche Pfarrer und Pfarrer im Nebenamt tätig. Im vorliegenden Beitrag werden die Rechtsfragen der Polizeiseelsorge mit primärem Blick auf die Polizei der Bundesländer behandelt. Auf die Bundespolizei wird im Anschluss daran gesondert, zum größeren Teil aber auch zurückverweisend eingegangen.

II. Rechtsgrundlagen der Seelsorge für die Polizei der Länder

1. Das Verfassungsrecht des Bundes und der Länder

- 4 Verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte für die Polizeiseelsorge sind die Art. 4 Abs. 1 und 2 und Art. 140 GG, letzterer in Verbindung mit Art. 141 WRV.⁸ Art. 141 WRV gibt den Religionsgesellschaften, Art. 4 Abs. 1 und 2 GG den Polizisten unter bestimmten Bedingungen einen Anspruch auf staatliche Zulassung kirchlicher Seelsorge im Bereich der Polizei. Die Rechtsnatur, die tatbestandlichen Voraussetzungen und das wechselseitige Verhältnis dieser Ansprüche stellen sich bei der Polizei nicht anders dar als beim Militär oder bei sonstigen Anstalten.⁹ Zu diesen Vorschriften treten hinzu Art. 148 BayVerf.,

S. 214 f., zum Ansehen der Polizeiseelsorge bei den Polizisten *ders.*, ebd., S. 219.

⁸ Auf diese Normen wird in einigen Landesverfassungen verwiesen, und zwar auf Art. 4 Abs. 1 und 2 GG in Art. 2 Abs. 1 Verf. BW, in Art. 5 Abs. 3 Verf. MV, in Art. 3 Abs. 2 S. 1 NdsVerf. und in Art. 4 Abs. 1 Verf. NRW und auf Art. 141 WRV (entweder unmittelbar oder vermittelt durch Art. 140 GG) in den Art. 5 Verf. BW, Art. 9 Abs. 1 Verf. MV, Art. 22 Verf. NRW („im übrigen“), Art. 32 Abs. 5 Verf. LSA, Art. 109 Abs. 4 Verf. Sachsen und Art. 40 ThürVerf.

⁹ Zu diesen allgemeinen Fragen der Militär- und Anstaltsseelsorge: *Peter Unruh*, in: Hermann v. Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber / Andreas Voßkuhle, Bd. 3, Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 22; *Susanne Eick-Wildgans*, Anstaltsseelsorge, 1993; *Dietrich Pirson*, Die Seelsorge in staatlichen Ein-

Art. 38 Verf. Bbg., Art. 62 Verf. Bremen, Art. 54 HessVerf., Art. 20 Verf. NRW, Art. 48 Verf. RP und Art. 42 Verf. Saarl. Die Verfassungen weiterer Bundesländer verweisen auf Art. 140 GG; die Verfassungen von Berlin und Hamburg enthalten nichts Einschlägiges.

Mit der einen Ausnahme des Art. 38 S. 1 Verf. Bbg. wird die Polizei in keiner dieser Vorschriften namentlich genannt. Daraus darf indessen nicht gefolgert werden, dass die Polizeiseelsorge sich unter sie nicht subsumieren lasse oder dass dies nur bei Art. 141 WRV, nicht bei den landesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen möglich sei, und zwar mittels einer Analogie zum „Heer“. Die Polizei wird von den Auffangklauseln „sonstigen [oder ‚ähnlichen‘] [...] Anstalten“ bzw. „sonstigen [...] Einrichtungen“ erfasst.¹⁰ Der Analogie zu dem

5

richtungen als Gegenstand des Staatskirchenrechts, in: EssGespr. 23 (1989), S. 4 (8 ff.); Jörg Ennuschat, → § 54; Arno Schilberg, → § 56.

¹⁰ So für Art. 140 GG i.V.m. Art. 141 WRV: Stefan Mückl, Freiheit kirchlichen Wirkens, in: HStR³, Bd. VII, 2009, § 161, Rn. 64; Alexander Hollerbach, Verträge zwischen Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, 1965, S. 80; Pirson, Seelsorge (o. Fn. 9), S. 12; Schwark, Polizeiseelsorge (o. Fn. 1), S. 101 f. (mit Einschränkungen). Seit der letzten Auflage dieses Handbuchs hat sich dieses Ergebnis in der Kommentarliteratur zum Grundgesetz durchgesetzt; siehe Unruh, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 9), Art. 140 GG/Art. 141 WRV, Rn. 34; Dirk Ehlers, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 140 GG/Art. 141 WRV, Rn. 4; Michael Germann, in: BeckOK Grundgesetz, hg. von Volker Epping/Christian Hillgruber, 42. Edition (Stand 1.12.2019), Art. 140, Rn. 148; Karl-Hermann Kästner, in: BK, Stand April 2010, Art. 140, Rn. 687, 694, 704; Stefan Koriath, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Losebl., Stand August 2019, Art. 140 GG/Art. 141 WRV, Rn. 5; Ute Mager, in: Ingo v. Münch/Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 140, Rn. 91; Martin Morlok, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz – Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 140 GG/Art. 141 WRV, Rn. 7; Stefan Muckel, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling, Losebl., 47. Erg.-Lfg., September 2015, Art. 140 GG/Art. 141 WRV, Rn. 27, 28; weiter Peter Unruh, Religionsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 383, 408. Für den Bereich des Landesverfassungsrechts: Franz-Georg von Busse, in: Die Verfassung des Freistaates Bayern. Kommentar, hg. von Hans Nawiaskey u.a., Losebl., Art. 148, Rn. 7; Jörg Ennuschat, in: Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, hg. von Wolfgang Löwer/Peter Tettinger, 2002, Art. 20, Rn. 12; Thomas Holzner, Verfassung des Freistaates Bayern, 2014, Art. 148, Rn. 9; Hasso Lieber, Verfassung des Landes Brandenburg, hg. von dems. u.a., 2012, S. 286; Alexander Hollerbach, in: Verfassung des Landes Baden-Württemberg. Kommentar, hg. von Paul Feuchte, 1987, Art. 5, Rn. 17; Gerhard Robbers, in: Verfassung für Rheinland-Pfalz, hg. von Lars Brocker u.a., 2014, Art. 48, Rn. 7; Otto Voll, Handbuch des Bayerischen Staatskirchenrechts, 1985, S. 302, 305 f.; Heinrich de Wall, in: Die Verfassung des Freistaates Bayern, hg. von Theodor Meder/Winfried Brechmann, 5. Aufl. 2014, Art. 148, Rn. 5. A. A. Ludwig Renck, Bemerkungen zum Konkordat des Landes Brandenburg mit dem Hl. Stuhl, in: LKV 2004, S. 250 (252); wohl auch Christian

Merkmal „Heer“, die bei der Bundespolizei am ehesten vertretbar erscheint (ähnlich der unbestrittenen Ausdehnung von Art. 141 WRV auf die dort nicht ausdrücklich genannten Teilstreitkräfte der Bundeswehr), bedarf es daher nicht.¹¹ Der Anstaltsbegriff, das gleiche gilt für den Terminus „Einrichtung“, ist nicht organisationsrechtlich, sondern im Hinblick auf die ratio des Art. 141 WRV auszulegen. Dessen Zweck besteht darin, solchen Personen eine Sonderseelsorge zu gewährleisten, die aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einem Sonderstatusverhältnis und der damit verbundenen Herauslösung aus ihrem sozialen Umfeld an der allgemeinen Seelsorge nicht teilnehmen können.¹² „Anstalt“ ist vor diesem Hintergrund jede staatliche Organisationseinheit, der solche Personen zuzurechnen sind. Zu diesem Personenkreis kann auch das Anstaltspersonal gehören. Auch die Polizei ist „Anstalt“, soweit ihre Beamten infolge dienstlicher Verpflichtungen an der allgemeinen Seelsorge nicht oder nur unter erheblichen Erschwernissen teilnehmen können. Diese Voraussetzung trifft in erster Linie auf die Angehörigen kasernierter Polizeieinheiten zu. Die kasernierte Polizei wird darum zu Recht als „Keimzelle“ der Polizeiseelsorge bezeichnet.¹³ Ob schon die Erschwernisse durch Schicht-

Hermes, Konkordate im vereinigten Deutschland, 2009, S. 544; ablehnend weiter *Hermann-Josef Blanke / Bernd Th. Dröfler*, in: Die Verfassung des Freistaates Thüringen, hg. von Joachim Linck u. a., 2013, Art. 41, Rn. 31, Fn. 64; *Heinrich A. Wolff*, in: Verfassung des Freistaates Bayern, hg. von Josef F. Lindner / Markus Möstl / Heinrich A. Wolff, 2. Aufl. 2017, Art. 148, Rn. 8. – Eine Subsumtion unter Art. 28 RK ist problematisch, weil dort von „sonstigen Häusern“ und deren „allgemeine[r] Hausordnung“ die Rede ist; eine Analogie zur Gewährleistung der Militärseelsorge in Art. 27 RK scheitert daran, dass Polizeiseelsorge keine „exemte Seelsorge“ ist.

¹¹ Vgl. dazu *Franz-Georg von Busse*, Gemeinsame Angelegenheiten von Staat und Kirche, 1978, S. 235, Fn. 46. Aus den Umständen, dass die Polizeiseelsorge vor 1919 Bestandteil der Militärseelsorge war und der Weimarer Verfassungsgeber die von ihm vorgefundenen Strukturen der Militärseelsorge nicht hat antasten wollen (vgl. Verhandlungen der Weimarer Nationalversammlung, 59. Sitzung vom 17.7.1919, Prot., S. 1645 f.), kann man zwar folgern, dass die Polizeiseelsorge überhaupt von Art. 141 WRV gewährleistet wird (dazu *Heintzen*, Geschichte [o. Fn. 1], S. 58 ff.), nicht aber, dass die textliche Anknüpfung für diese Gewährleistung dieselbe ist wie diejenige der Militärseelsorge.

¹² Verhandlungen der Weimarer Nationalversammlung (o. Fn. 11), S. 1645 D; *Godehard Josef Ebers*, Staat und Kirche im neuen Deutschland, 1930, S. 280; *Jörg Ennuschat*, Militärseelsorge, 1996, S. 266 f.; *Wolfgang Loschelder*, Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung, 1982, S. 435 f. Zum Anstaltsbegriff s. auch *Claus D. Classen*, Religionsrecht, 2. Aufl. 2015, Rn. 559.

¹³ So *Jochen Buchter*, Polizeiseelsorge, in: Handbuch der Praktischen Theologie, hg. von Peter C. Bloth u. a., Bd. 4, 1987, S. 540.

dienst, heimatferne Verwendung oder häufige Versetzungen oder ein berufsspezifischer Seelsorgebedarf ausreichen, um einen Anspruch – nach Art. 141 WRV der Kirchen, nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG der Polizisten – auf Sonderseelsorge zu begründen, ist dagegen unklar.¹⁴ Es geht hier um die schwierige Grenzziehung zwischen rechtlich erheblichen und rechtlich unerheblichen Behinderungen, bei der es auf eine typisierende Betrachtung der einzelnen Polizeidienststelle ankommt. Nur die einzelne Dienststelle kann Anstalt im Sinne von Art. 141 WRV sein; die Polizei insgesamt kann es wegen ihrer großen organisatorischen Vielfalt nicht sein.

Art. 141 WRV hat trotz des Wortes „soweit“ keine Sperrwirkung in dem Sinne, dass im Bereich der Polizei Seelsorge nur in den Grenzen seines Tatbestandes erlaubt wäre. Die Norm enthält vielmehr eine Mindestgarantie.¹⁵ Sie bestimmt nach Wortlaut und Zweck, wozu der Staat verpflichtet, nicht jedoch, wozu er – darüber hinausgehend – berechtigt ist. Dies ist Regelungsthema der allgemeinen staatskirchenrechtlichen Regeln des Grundgesetzes. Soweit das Verbot einer institutionellen Verbindung von Staat und Kirche und die negative Religionsfreiheit anderer respektiert werden, darf der von Art. 141 WRV geforderte Mindeststandard in mehrfacher Hinsicht überschritten werden: personell insoweit, als Polizisten in die Seelsorge einbezogen werden, deren Dienst nicht „anstaltlich“ geordnet ist, thematisch insoweit, als das kirchliche Angebot über Seelsorge im engeren Sinne hinausgeht (berufsethischer Unterricht, Weiterbildungs- und Freizeitveranstaltungen), organisatorisch insoweit, als der Staat Polizeiseelsorger einstellt oder sich an den Kosten beteiligt. Eine Pflicht des Staates zu einer über Art. 141 WRV hinausgreifenden Kooperation mit den Kirchen besteht von Verfassungs wegen nicht. Aus dem Gleichheitsgrundsatz ergeben sich zwar Ermessensdirektiven. Rechtsungleichheit zwischen einzelnen Bundesländern ist aber im Lichte von Art. 3 Abs. 1 GG unbedenkliche Folge von Föderalismus;

6

¹⁴ Vgl. *Pirson*, Seelsorge (o. Fn. 9), S. 15; *ders.*, Diskussionsbeitrag, ebd., S. 54 f.; *Henning Kramer*, Diskussionsbeitrag, ebd., S. 52; *Schwark*, Polizei-seelsorge (o. Fn. 1), S. 101 Fn. 32; *Voll*, Handbuch des Bayerischen Staatskirchenrechts (o. Fn. 10), S. 305. Zur Weite des institutionellen Rahmens wie hier *Robbers*, in: Verfassung für Rheinland-Pfalz (o. Fn. 10), Art. 48.

¹⁵ Das bestreitet im Ansatz auch *Erwin Fischer* nicht; *ders.*, Trennung von Staat und Kirche, 3. Aufl. 1984, S. 251; *ders.*, Volkskirche ade! Trennung von Staat und Kirche, 4. Aufl. 1993, S. 141, 150 (dort zur Anstalts- und Militär-seelsorge); er kritisiert nur den Umfang der von der h. L. konsentierten Ausweitungen, ohne selbst Kriterien für eine Grenzziehung anzubieten. A. A. wohl (für den Bundesgrenzschutz) *Armin Dittmann*, Die Bundesverwaltung, 1983, S. 226 f.

diesem Föderalismus stehen kirchliche Gliederungen in Landeskirchen und Diözesen – nicht immer deckungsgleich – gegenüber.¹⁶ Die Legitimation für staatliche Kooperation gerade in Bereichen wie Polizei, Zoll, Feuerwehr und Rettungsdienste ergibt sich auch aus den besonderen psychischen Belastungen für das hier tätige Personal, die die allgemeine Seelsorge überfordern können.¹⁷

- 7 Art. 141 WRV deckt mithin nur einen Teil der gegenwärtig praktizierten Polizeiseelsorge ab.¹⁸ Die Voraussetzungen, auf denen er aufbaute, haben sich im Laufe der Zeit mit der Auflockerung von Kasernierung und Dienstzeitreglement abgeschliffen.¹⁹ Der von Art. 141 WRV nicht abgedeckte Teil beruht auf einem Entgegenkommen des Staates, für das das Verfassungsrecht nicht Grundlage, sondern Grenze ist. Die Trennlinie zwischen verfassungsrechtlich gebotener Grundversorgung und weitergehender Polizeiseelsorge läuft mitten durch den Alltag polizeiseelsorgerischer Tätigkeit hindurch. In dem von Art. 141 WRV ausgesparten Bereich erlangen Staatskirchenverträge und andere unterverfassungsrechtliche Regelungen über die Polizeiseelsorge eigenständige Bedeutung. Durch sie hat der Staat sich zusätzliche Bindungen auferlegt.

2. Staatskirchenverträge, Verwaltungsvorschriften

- 8 Nähere Regelungen über die Polizeiseelsorge, etwa über die Rechtsstellung des Seelsorgepersonals und die Kostentragung, enthalten Staatskirchenverträge²⁰ und Verwaltungsvorschriften, die es gegenwärtig in den meisten Bundesländern gibt; völlig regelungsab-

¹⁶ Vergleichende Betrachtung der verschiedenen Vereinbarungen bei *Arne-mann*, Kirche und Polizei (o. Fn. 1), S. 186–191.

¹⁷ Ebenso *Jörg Ennuschat / Clemens Munoz*, Seelsorge in Polizei / Militär / Gefängnis / Krankenhaus, in: 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, hg. von Hans Michael Heinig / Hendrik Munsonius, 2. Aufl. 2015, S. 251 (252); *Kästner*, in: BK (o. Fn. 10), Art. 140 GG, Rn. 687. Überblick über weitere Sonderseelsorgebereiche, die teilweise ähnlich begründet werden: *Uwe Kai Jacobs*, Gemeindeformen und Seelsorgefelder in der evangelischen Kirche, in: KuR 2012, S. 224 (228 ff.).

¹⁸ Wie hier *Schwark*, Polizeiseelsorge (o. Fn. 1), S. 101 f., 186 ff.

¹⁹ Dazu *Pirson*, Seelsorge (o. Fn. 9), S. 54; zuvor schon *Gerhard Scheffler*, Staat und Kirche, 2. Aufl. 1973, S. 355 f.

²⁰ Zur näheren juristischen Qualifikation vgl. *Schwark*, Polizeiseelsorge (o. Fn. 1), S. 94 ff.; ferner *Hollerbach*, Verträge (o. Fn. 10), S. 73 ff.

stinent war lange Zeit nur Hamburg.²¹ Die Länder Bayern, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen²², Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen haben getrennte, inhaltlich aber im wesentlichen übereinstimmende Verträge mit den jeweiligen evangelischen Landeskirchen bzw. katholischen Diözesen geschlossen. In Berlin wird die Polizeiseelsorge in einer thematisch umfassenderen Vereinbarung zwischen dem Staat und den Kirchen kurz angesprochen; Näheres ist einem darauf bezogenen Schreiben des Innensenators zu entnehmen.²³ Das Saarland und Rheinland-Pfalz haben jeweils einen einheitlichen Vertrag mit beiden Konfessionen gemeinsam geschlossen. In Brandenburg und Schleswig-Holstein schließlich existieren vertragliche Vereinbarungen nur für die evangelische Kirche.

Diese Polizeiseelsorgevereinbarungen heben durchwegs hervor, dass die Polizeiseelsorge Teil der kirchlichen Arbeit ist und die Polizeiseelsorger im Auftrag und unter der Aufsicht der Kirchen, frei von staatlichen Weisungen, agieren. Sie konkretisieren damit die Konkordate und Kirchenverträge, welche die Bundesländer zur Regelung ihrer Beziehungen zu den Kirchen im Allgemeinen abgeschlossen haben und in denen die Polizeiseelsorge kurz angesprochen und damit institutionell gewährleistet wird.

Im Dienstrecht der Polizeibeamten gibt es keine besonderen gesetzlichen Regelungen über die Polizeiseelsorge. Eine § 36 des Soldatengesetzes entsprechende Gewährleistung fehlt, auch für die Bundespolizei. Verwaltungsvorschriften dienen dem Zweck, die Umsetzung von Verträgen im Binnenbereich der Polizei sicherzustellen; sie unterscheiden oft zwischen Polizeiseelsorge im engeren Sinne und berufsethischem Unterricht.²⁴

²¹ Vgl. jetzt etwa Art. 8 KathKV Hmb. Zu Bremen vgl. *Klaus Steuber*, Militärseelsorge in der Bundesrepublik Deutschland, 1972, S. 216 f. – Ein erster Polizeiseelsorgeerlass vom 10. 4. 1933 ist am 19. 1. 1937 aufgehoben worden; Texte bei *Grützner*, Polizeiseelsorge (o. Fn. 1), S. 261 ff.

²² Abgedr. bei *Joseph Listl* (Hg.), Die Konkordate und Kirchenverträge der Bundesrepublik Deutschland, 1987, Bd. 2, S. 252 ff., 337 ff. Die Vereinbarungen werden flankiert durch einen Erlass über die Polizeiseelsorge (abgedr. bei *Listl*, ebd., S. 251 f.) und einen Erlass über den berufsethischen Unterricht (abgedr. bei *Schwark*, Polizeiseelsorge [o. Fn. 1], S. 277 f.). Diese Vereinbarungen und Erlasse haben eine bundesweite „Ordnungsfunktion“ (so *Arnemann*, Kirche und Polizei [o. Fn. 1], S. 185).

²³ *Listl*, Konkordate (o. Fn. 22), S. 607 ff., 645; *Schwark*, Polizeiseelsorge (o. Fn. 1), S. 86 f. m. Fn. 353, S. 180 f.

²⁴ Die Verträge und Verwaltungsvorschriften im Einzelnen und auf dem neuesten Stand zu ermitteln, ist ein mühsames Geschäft, bei dessen Bewälti-

III. Organisation der Polizeiseelsorge auf Landesebene

1. Einbindung in die Kirchenorganisation

- 11 Die Polizeiseelsorge ergänzt die allgemeine Seelsorge, sie verdrängt sie nicht. Anders als bei der Militärseelsorge existieren keine eigenständigen personalen Seelsorgebereiche. Die Polizeiseelsorge ist Sache des jeweiligen Ortsbischofs bzw. der jeweiligen Landeskirche. Eine bundes- oder landesweite Sonderhierarchie nach dem Muster der Militärseelsorge fehlt.²⁵ Soweit übergreifende Strukturen vorhanden sind, dienen sie der Konsultation und der Koordination, dies sowohl im Binnenbereich der jeweiligen Konfession als auch im Verhältnis zu staatlichen Stellen und zur je anderen Konfession.
- 12 Auf katholischer Seite sind insoweit zu nennen: der Polizeidekan, der Landespolizeidekan, der leitende Polizeidekan, der Polizeibischof und die Bundesarbeitsgemeinschaft für katholische Polizeiseelsorge.²⁶ Der Polizeidekan koordiniert die Polizeiseelsorge auf Diözesanebene, der Landespolizeidekan auf Landesebene und der leitende Polizeidekan auf Bundesebene. Der Polizeibischof ist der Beauftragte der Deutschen Bischofskonferenz für die Seelsorge bei den Landespolizeien, die Arbeitsgemeinschaft katholische Polizeiseelsorge ein rechtlich verfasstes Gremium auf Bundesebene, dem als Mitglieder die Polizeidekane und Landespolizeidekane sowie der Polizeibischof angehören und dessen geschäftsführender Vorsitzender der leitende Polizeidekan ist. Auf protestantischer Seite ist die Zusammenarbeit weniger institutionalisiert.²⁷ Koordinierende Funktionen obliegen hier der Konferenz evangelischer Polizeipfarrerinnen und Polizeipfarrer, dem Kirchenamt der Evangelischen Kirche in Deutschland und der Konferenz der gliedkirchlichen Dezenten für Polizeiseelsorge. Einen evangelischen Polizeibischof gibt es nicht.

gung das Internet hilft. Einiges findet sich bei *Grützner*, Polizeiseelsorge (o. Fn. 1), S. 259 ff.; *Listl*, Konkordate (o. Fn. 22), und *Schwark*, Polizeiseelsorge (o. Fn. 1).

²⁵ Näheres zum kirchlichen Organisationsrecht bei *Schwark*, Polizeiseelsorge (o. Fn. 1), S. 189 ff., 192 ff.

²⁶ Näheres bei *Schwark*, ebd., S. 212–229.

²⁷ Vgl. *Schwark*, ebd., S. 229–255.

2. Rechtsstellung der Polizeipfarrer

Die haupt- und nebenamtlichen Polizeipfarrer haben ein *rein kirchliches Amt* inne und unterliegen dem kirchlichen Dienstrecht.²⁸ Einzige Ausnahme ist der hauptamtliche katholische Polizeipfarrer in Bayern, der in einem Angestelltenverhältnis zum Land steht und gleichzeitig ein kirchliches Amt ausübt.²⁹ Einige Bundesländer haben sich vertraglich das Recht ausbedungen, an der Ernennung der (hauptamtlichen) Seelsorger mitzuwirken; im Übrigen ist die Personalrekrutierung Sache der Kirchen.³⁰ Die Personalkosten trägt grundsätzlich die Kirche; das Land Nordrhein-Westfalen zahlt für die Seelsorge insgesamt eine jährliche Pauschale; der Freistaat Bayern übernimmt die Kosten für die hauptberuflichen Seelsorger.³¹

13

3. Zusammenarbeit von Staat und Kirche

Die Polizeiseelsorge fällt in den Bereich der gemeinsamen Angelegenheiten von Staat und Kirche.³² Trotz der institutionellen, personellen und finanziellen Trennung arbeiten beide eng zusammen. Anders wäre eine effektive Seelsorge nicht möglich. Der Staat fördert die kirchliche Arbeit, indem er den Seelsorgern Zugang zum Polizeidienst gewährt, ihnen Räume und andere Sachmittel überlässt, Zugang zu Datennetzen gewährt, sie über dienstliche und private Verhältnisse der Polizisten informiert und umgekehrt diese auf das seelsorgerische Angebot hinweist. Die Teilnahme der Polizisten an kirchlichen Tagungen, Rüstzeiten, Exerzitien u. s. w. wird von den jeweiligen Dienstherren durch die Gewährung von Sonderurlaub, in einigen Ländern auch durch Zuschüsse zu den Reise- und Tagungskosten

14

²⁸ Zum kirchlichen Dienstrecht *Reinhild Ahlers*, Der Polizeibeamte als Diakon und Polizeiseelsorger aus kirchenrechtlicher und staatskirchenrechtlicher Sicht, in: Im Dienst von Kirche und Wissenschaft. FS für Alfred E. Hierold, hg. von Wilhelm Rees, 2007, S. 821 ff.

²⁹ *Schwark*, Polizeiseelsorge (o. Fn. 1), S. 216 f., 265. Hier stellen sich ähnliche Fragen wie im Bereich der Militärseelsorge; vgl. *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 10), Rn. 401 ff.

³⁰ Zu letzterem: *Peter von Tiling*, Buchbesprechung, in: ZevKR 36 (1991), S. 109.

³¹ Weiterführend hierzu *Schwark*, Polizeiseelsorge (o. Fn. 1), S. 183 ff.

³² Vgl. *von Busse*, Gemeinsame Angelegenheiten (o. Fn. 11), S. 235 Fn. 46; *Pirson*, Seelsorge (o. Fn. 9), S. 6. A. A. *Ludwig Renck*, Die Trennung von Staat und Kirche, in: BayVBl. 1988, S. 228 Fn. 49, S. 231.

unterstützt. Angesichts der harmonischen Zusammenarbeit von Staat und Kirche ist gesagt worden, dass weniger ein vorhandener Regelungsbedarf als vielmehr das Bedürfnis, sich das gute Einvernehmen wechselseitig zu bestätigen, das Motiv für die bundesweiten Bemühungen ist, Polizeiseelsorgevereinbarungen abzuschließen.³³

IV. Der berufsethische Unterricht

- 15 Der berufsethische Unterricht (BEU), der lehrplanmäßig, nach Laufbahngruppen unterschiedlich, an Polizeischulen und in den Polizeibereitschaftsabteilungen gegeben wird, ergänzt um Fortbildungseminare, hat das Ziel, „durch die Schärfung des sittlichen Wertbewußtseins Einfluß auf die ethische Grundhaltung der Beamten [zu] nehmen und in ihnen den Willen [zu] stärken, die für gut erkannten sittlichen Maßstäbe ihrem Handeln im Beruf und Privatleben zu Grunde zu legen“³⁴. Er wird in der Regel von Polizeiseelsorgern erteilt, ist aber eine *Angelegenheit des Staates* und nicht der Kirchen; der Staat bedient sich der Seelsorger für eigene Zwecke, weil sie die erforderliche Sachkunde besitzen. Einige Bundesländer³⁵ haben Wert darauf gelegt, diesen Unterschied zwischen der Polizeiseelsorge im engeren Sinne und dem berufsethischen Unterricht in den Vereinbarungen, die sie mit den Kirchen geschlossen haben, deutlich hervortreten zu lassen. Er wirkt sich insbesondere darin aus, dass beim berufsethischen Unterricht die Polizeibeamten *zur Teilnahme dienstlich verpflichtet* sind und die *Kosten vom Staat getragen* werden.

V. Zollseelsorge

- 16 Die Zollseelsorge, also die Seelsorge für die Zollbeamten, ist mit der Polizeiseelsorge auf Bundesebene organisatorisch und personell

³³ von Tiling, Buchbesprechung (o. Fn. 30), S. 109 f.; ferner Pirson, Seelsorge (o. Fn. 9), S. 4.

³⁴ Ziff. 1 S. 2 des nordrhein-westfälischen Erlasses über den berufsethischen Unterricht (o. Fn. 2). Ferner Arnemann, Kirche und Polizei (o. Fn. 1), S. 196 ff.; Siegfried Franke, Berufsethik für die Polizei, 1991; Hermann Möllers, Ethik im Polizeiberuf, 1991; Frank Rutkowski, Wir sind die Guten! Ethik für die Polizei, 2017; Ulrike Wagener, Polizeiliche Berufsethik, 2. Aufl. 2019. Polizeiethik ohne religiösen Bezug bei Erhard Denninger, Zehn Thesen zum Ethos der Polizeiarbeit, in: JA 1987, S. 131 ff.

³⁵ Überblick bei Schwark, Polizeiseelsorge (o. Fn. 1), S. 182 f.

eng verflochten. Umfang und Bedeutung dieses kirchlichen Dienstes sind freilich geringer, so dass er als Annex zur Polizeiseelsorge betrachtet werden kann. Für die Zollseelsorge gelten dieselben verfassungsrechtlichen Grundsätze wie für die Polizeiseelsorge. Besondere kirchenvertragliche und dienstrechtliche Regelungen gibt es insoweit nicht.

VI. Bundespolizei

Die Seelsorge für die Bundespolizei setzt die frühere Bundesgrenzschutzseelsorge fort. Auch die Rechtsgrundlagen sind noch die alten: je ein Vertrag zwischen dem Bund und der evangelischen bzw. der katholischen Kirche und eine darauf bezogene Verwaltungsvorschrift des Bundesministeriums des Innern.³⁶ Auf evangelischer Seite wird diese Sonderseelsorge wahrgenommen durch einen EKD-Beauftragten, weiterhin den evangelischen Bundespolizeidekan und haupt- und nebenamtliche Pfarrer; dem entspricht die Organisationsstruktur auf katholischer Seite. Die Aufgaben von Bundes- und Landespolizeiseelsorge stimmen überein; dies betrifft insbesondere die Unterscheidung von Seelsorge im engeren Sinne und berufsethischem Unterricht. Bei Personal und Finanzierung gibt es jedoch Unterschiede. Die Seelsorger sind Angestellte im öffentlichen Dienst; sie bekleiden konfessionsgebundene Staatsämter. Der verfassungsrechtliche Rechtfertigungsdruck auf diese Ausgestaltung freilich wächst: Warum soll bei der Bundespolizei die Regel sein, was bei der Landespolizei die auf Bayern begrenzte Ausnahme ist? Bundespolizeiseelsorge steht in diesem Punkt der Militärseelsorge näher, Landespolizeiseelsorge der Anstaltsseelsorge.³⁷ Ein weiteres Zusatzproblem der Bundespolizeiseelsorge sind Auslandseinsätze der Bundespolizei.³⁸

17

³⁶ Die beiden Verträge, jeweils vom 12.8.1965, findet man bei *Listl*, Konkordate (o. Fn. 22), Bd. 1, S. 120 ff. bzw. 85 ff., die Richtlinie im Mitteilungsblatt für den Bundesgrenzschutz 1967, Nr. 1, S. 1. Ihr Anwendungsbereich ist nach der Wiedervereinigung Deutschlands auf das Beitrittsgebiet ausgedehnt worden.

³⁷ *Bernd Jeand'Heur / Stefan Koriath*, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, Rn. 293, 300 ff.

³⁸ Zu Auslandseinsätzen *Heintzen*, Vereinbarungen (o. Fn. 1), S. 66.

§ 56

Krankenhausseelsorge, Seelsorge im Strafvollzug und anderen Anstalten

Von Arno Schilberg

I. Seelsorge	1–9
1. Einleitung	1–5
2. Geschichte	6–9
II. Rechtliche Grundlagen	10–20
1. Grundgesetz	10–14
2. Landesverfassungen	15
3. Konkordate und Kirchenverträge	16–17
4. Gesetze	18–20
III. Religionsfreiheit und Seelsorge	21–24
IV. Gewährleistung der Anstaltsseelsorge	25–35
1. Gewährleistungen	25–26
2. Recht auf Kommunikation	27–29
3. Ausgestaltung der Anstaltsseelsorge	30
4. Förderung der Anstaltsseelsorge	31
5. Anstaltsseelsorge in nicht-staatlichen Einrichtungen	32–35
V. Seelsorge im Krankenhaus	36–40
VI. Seelsorge im Strafvollzug	41–58
VII. Seelsorge in anderen Anstalten	59–61

I. Seelsorge

1. Einleitung

- 1 Seelsorge ist die Begleitung von Menschen, die Rat suchen, Probleme haben oder Not leiden. Wenn Seelsorge aus dem christlichen Glauben motiviert ist, handelt es sich um eine im Bewusstsein der Gegenwart Gottes vollzogene Zuwendung.¹ Eine Definition für andere Religionen ist schwierig, weil es institutionalisierte Seelsorge vergleichbar dem Christentum in Deutschland nicht gibt.²
- 2 Seelsorge ist nicht an ein kirchliches Amt gebunden. Jede oder jeder kann Seelsorge üben durch Beistehen, Mittragen und Sich-einfühlen. Alle religiösen Aktivitäten in sozialen Einrichtungen können unter den weiten Begriff Seelsorge gefasst werden. Dies gilt unabhängig davon, ob die Trägerschaft der Einrichtung kirchlich, karitativ, diakonisch, sozial, kommunal oder staatlich ist und in welchem Bereich sie sich befindet. Seelsorge findet in verschiedenen Handlungsfeldern statt: Gemeinde, Krankenhausseelsorge, Notfall-seelsorge, Psychiatrie, Telefonseelsorge, Flughafenseelsorge, Bahnhof-seelsorge, Schule, Polizeiseelsorge,³ Beratungsstellen, Altenarbeit, Alten- und Seniorenheimseelsorge, Behindertenarbeit, Hospiz und Sterbendenbegleitung, Trauerarbeit, Briefseelsorge, Internetseelsorge, SMS-Seelsorge. Darüber hinaus haben auch Kasualien wie Taufe, Trauung und Bestattung durch das dabei vorhergehende persönliche Gespräch einen seelsorgerlichen Charakter.⁴

¹ § 2 Abs. 1 Kirchengesetz zum Schutz des Seelsorgegeheimnisses (Seelsorgegeheimnisgesetz – SeelGG) v. 28.10.2009 (ABl. EKD 2009 S. 352). Der Begriff der Seelsorge ist kein biblischer Begriff, sondern taucht wohl zum ersten Mal in Platos Apologie auf, wo Sokrates dazu aufruft, über die Sorge um Geld, Ruhm und Ehre nicht diejenige u. a. um seine Seele zu vergessen, *Johann Anselm Steiger*, Seelsorge I. Kirchengeschichtlich, in: TRE, Bd. 31, 2000, S. 7–31.

² *Elisabeth Deutscher*, Muslimische Seelsorge in Deutschland, in: *Materialdienst der EZW* 2012, S. 338 ff.; *Ali Syyar*, Seelsorge in islamischer Tradition, in: *Seelsorge und Islam in Deutschland. Herausforderungen, Entwicklungen und Chancen*, hg. von Georg Wenz / Talat Kamran, 2012, S. 35 ff.; *Georg Wenz*, Seelsorge und Islam in Deutschland. Eine Bestandsaufnahme, ebd., S. 45 ff.

³ Zur Seelsorge in der Bundeswehr und zur Polizeiseelsorge: *Jörg Ennuschat*, → § 54; *Markus Heintzen*, → § 55.

⁴ In der röm.-kath. Kirche wird zwischen der Seelsorge in Gemeinden oder Pastoralverbünden als gemeindliche Seelsorge oder Territorialseelsorge und Kategorialseelsorge z.B. in Krankenhäusern, Altenheimen, Schulen und

Freiheit der Bürger bedeutet nicht nur Freiheit vom Staat, sondern auch Freiheit im Staat und durch den Staat.⁵ Im Hinblick auf die Seelsorge ist der Staat nicht befugt, auf den Inhalt der Seelsorge einzuwirken.⁶ Im Religionsverfassungsrecht wird die Seelsorge durch ein Zeugnisverweigerungsrecht zum Schutz des Seelsorge- und Beichtgeheimnisses geschützt. Beichte ist eine Sonderform der Seelsorge und das Beichtgeheimnis Teil des allgemeinen Seelsorgegeheimnisses. Nach § 53 Abs. 1 StPO sind zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt „Geistliche über das, was ihnen in ihrer Eigenschaft als Seelsorger anvertraut worden oder bekanntgeworden ist“. Dabei ist der Geistlichen-Begriff funktional auszulegen, ist also nicht an die Ordination oder einen besonderen Auftrag geknüpft. Aber nicht jedes persönliche Gespräch kann ein Beweiserhebungsverbot nach sich ziehen. Geschützt soll aber derjenige sein, der von der Kirche in besonderen Bereichen mit der Seelsorge beauftragt wurde. Nicht der religiös neutrale Staat bestimmt den Personenkreis der mit der Seelsorge beauftragt ist (Art. 4 Abs. 1 und 2 sowie Art. 140 i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV). Das Seelsorgegeheimnis gilt nicht nur für öffentlich korporierte Religionsgemeinschaften.⁷

Die Rahmenbedingungen dieser besonderen Seelsorgebereiche sollen durch das o.g. Seelsorgegeheimnisgesetz der EKD vom 28.10.2009 konturiert werden. Es dient dem Schutz der in der EKD, deren Gliedkirchen sowie den gliedkirchlichen Zusammenschlüssen ausgeübten Seelsorge. Es soll damit auch zur Klärung des Begriffs der Seelsorge und der Seelsorgerin oder des Seelsorgers im staatlichen Recht beitragen, insbesondere in den Prozessordnungen und im Recht der Gefahrenabwehr. Es gilt in den Gliedkirchen der EKD, die es ausdrücklich übernommen haben. Nach § 2 des Gesetzes ist Seelsorge im Sinne dieses Gesetzes aus dem christlichen Glauben motivierte und im Bewusstsein der Gegenwart Gottes vollzogene Zuwendung. Sie gilt dem einzelnen Menschen, der Rat, Beistand und Trost in Lebens- und Glaubensfragen in Anspruch nimmt, unabhängig von dessen Religions- bzw. Konfessionszugehörigkeit. Seelsorge ist für diejenigen, die sie in Anspruch nehmen, unentgeltlich. Jede Person,

Gefängnissen unterschieden. Träger der Seelsorge ist jeweils die ganze Gemeinde der Gläubigen.

⁵ *Martin Heckel*, Zur Zukunftsfähigkeit des deutschen „Staatskirchenrechts“ oder „Religionsverfassungsrechts“, in: AöR 137 (2009) S. 309 (360).

⁶ *Dirk Ehlers*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 8.

⁷ *Christoph Möllers*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, in: VVDStRL 68 (2008), S. 47 (83).

die sich in einem Seelsorgegespräch einer Seelsorgerin oder einem Seelsorger anvertraut, muss darauf vertrauen können, dass daraus ohne ihren Willen keine Inhalte Dritten bekannt werden. Das Beichtgeheimnis ist unverbrüchlich zu wahren. Das Seelsorgegeheimnis steht unter dem Schutz der Kirche. Es zu wahren, ist Pflicht aller Getauften und aller kirchlichen Stellen. Für kirchliche Mitarbeitende gehört es zu den dienstlichen Pflichten. Neben dem Dienst der Seelsorge durch ordinierte Pfarrerinnen und Pfarrer können weitere Personen nach den jeweiligen kirchlichen Regelungen und nach Maßgabe des Seelsorgegeheimnisgesetzes Ehren-, Neben- oder Hauptamtlich mit der Wahrnehmung von Seelsorge beauftragt werden. Sie müssen u. a. eine Ausbildung für einen bestimmten Seelsorgeauftrag erfolgreich abgeschlossen haben. Sie unterliegen der kirchlichen Aufsicht. Das Seelsorgegeheimnis darf durch die Ausübung der Aufsicht nicht berührt werden. Seelsorgerinnen und Seelsorger stehen ausdrücklich unabhängig von der Art ihres Auftrags oder ihres Dienstverhältnisses unter dem besonderen Schutz und der besonderen Fürsorge der Kirche. Das Gesetz regelt nicht nur den Personenkreis (§§ 3 und 4), sondern auch, unter welchem äußeren Schutz und an welche Orten Gespräche unter besonderem rechtlichen Schutz stattfinden können (§§ 9 ff.).

- 5 Die Anstaltsseelsorge ist ein Teilaspekt des umfangreichen Gebietes der Seelsorge. Der Staat der Bundesrepublik Deutschland verpflichtet sich, dafür zu sorgen, dass auch „in Krankenhäusern, Strafanstalten oder sonstigen öffentlichen Anstalten“ (Art. 140 GG i.V.m. Art. 141 WRV) die Ausübung der Grundrechte möglich bleibt. Unter den jeweils unterschiedlichen besonderen Rahmenbedingungen ermöglicht der Staat die Ausübung des Grundrechts der Religionsfreiheit. Damit kommt der grundrechtsverpflichtete Staat einer Pflicht nach,⁸ wobei die Religionsgemeinschaften die Initiative ergreifen müssen.⁹ Auch Staaten, in denen unter verschiedenen Vorzeichen eine deutlichere Trennung von Staat und Religionsgemeinschaften herrscht, wie die USA oder Frankreich, gewährleisten Anstaltsseelsorge.

⁸ *Axel v. Campenhausen / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 197.

⁹ *Dietrich Pirson*, Die Seelsorge in staatlichen Einrichtungen als Gegenstand des Staatskirchenrechts, in: *EssGespr.* 23 (1989), S. 4 (7).

2. Geschichte

Nach kirchlichem Verständnis war der erste Seelsorger und Prinzip aller Seelsorge der dreieinige Gott selbst, der sich um den Erhalt der kreatürlichen Wirklichkeit und der Seele im umfassenden Sinn sorgt (1 Petr 5, 7).¹⁰ Christus betraute seine Jünger nicht nur mit dem Amt des Hirtendienstes, sondern auch des Seelsorgedienstes (Joh 21, 15 ff., Eph 4, 11 f., 1 Petr 5, 2–4).¹¹ Der Begriff der Seelsorge als solcher ist kein biblischer Begriff, wenn auch der Ausdruck „Sorge tragen“ (2 Kor 11, 28) dem nahekommt. Anknüpfungspunkt für die Krankenhausseelsorge im neuen Testament ist Matthäus 25, 35: „Denn ich war hungrig, und ihr habt mir zu essen gegeben. Ich war durstig, und ihr habt mir zu trinken gegeben. Ich war fremd, und ihr habt mich aufgenommen.“

In der alten Kirche war die Seelsorge ein Mittel im Kampf gegen die Sündhaftigkeit des Menschen.¹² Eine besondere Herausforderung für die Seelsorge waren die Christenverfolgungen, die eine intensive Seelsorge erforderlich machten (Besuch von Inhaftierten, briefliche Tröstung). Im Mittelalter wurde das Mönchtum zur Pflegestätte von Seelsorge. In der Reformation standen dann statt der Sünde mehr die Vergebung Gottes und der Trost im Vordergrund. Im Pietismus wurde das seelsorgliche Gespräch entwickelt, während in der Aufklärung im Vordergrund stand, die Gläubigen zum selbständigen Gebrauch der Vernunft und zu einer sittlichen Lebensführung zu befähigen. Im 19. Jahrhundert begründete *Schleiermacher* einen Neuansatz, in dem er seine Theologie an der Seelsorge ausrichtete. Es entstanden in der Zeit eine Vielzahl unterschiedlicher Ansätze von Seelsorge.

Im 20. Jahrhundert kehrte man sich von der kulturprotestantisch-liberalen Theologie ab und stellte neue Seelsorgeentwürfe auf. Heute ist die Seelsorge ein umfangreiches und komplexes Feld der Praktischen Theologie.¹³

In der Anstaltsseelsorge wird der Mensch durch die Religionsgemeinschaft in besonderen Lebenssituationen begleitet. Der Staat hat ein Interesse an der Begleitung in der Armee zur Betreuung der Soldatinnen und Soldaten und an der Gefängnisseelsorge zur Betreuung

¹⁰ *Johann Anselm Steiger*, Seelsorge (o. Fn. 1), S. 7.

¹¹ *Steiger*, ebd., S. 7.

¹² Zum Folgenden: *Steiger*, ebd., S. 7 ff.

¹³ *Eberhard Hauschildt*, Seelsorge II. Praktisch-theologisch, in: TRE, Bd. 31, 2000, S. 31–54.

der Gefangenen. Auf Grund dieses staatlichen Interesses und der Verbindung von Staat und Kirche war die Anstaltsseelsorge bis 1918 eine staatliche Angelegenheit. Der Staat organisierte und finanzierte die Anstaltsseelsorge. Nach dem Ende des landesherrlichen Kirchenregiments 1919 musste eine Neuregelung stattfinden. Die Anstaltsseelsorge wurde jedoch durch Art. 141 WRV nicht quasi den Religionsgemeinschaften übertragen, sondern ihnen (allen) wurde ein Zutrittsrecht zu staatlichen Anstalten gewährt. Nach dem 2. Weltkrieg kam Anstaltsseelsorge im Entwurf von Herrenchiemsee nicht vor und im Parlamentarischen Rat wurde sie nicht angesprochen, sondern Art. 141 WRV unkommentiert durch Art. 140 GG übernommen.¹⁴ Inwieweit der Staat heute die Anstaltsseelsorge organisieren und finanzieren darf, ist in Teilbereichen strittig.

II. Rechtliche Grundlagen

1. Grundgesetz

- 10 Der Begriff Anstaltsseelsorge bezeichnet das bereichsspezifische religiöse Wirken der Religionsgemeinschaften in staatlichen Einrichtungen.¹⁵ Die religionsverfassungsrechtliche Grundnorm der Anstaltsseelsorge ist Art. 140 GG i.V.m. Art. 141 WRV, der den Staat verpflichtet, Anstaltsseelsorge zu ermöglichen. Diese Verpflichtung besteht auch gegenüber Weltanschauungsgemeinschaften.¹⁶ Es ist schwer vorstellbar, dass und wie Weltanschauungsgemeinschaften angesichts der Zahl der Mitglieder konkret Seelsorge und entsprechende weltanschauliche Handlungen i.S.d. Art. 140 GG i.V.m. Art. 141 WRV bewerkstelligen sollen, auch wenn rechtlich ein Gleichstellungsgebot aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 7 WRV sowie aus Art. 3 Abs. 1 und 3 GG abzuleiten ist.¹⁷

¹⁴ *Susanne Eick-Wildgans*, Anstaltsseelsorge. Möglichkeiten und Grenzen des Zusammenwirkens von Staat und Kirche im Strafvollzug, 1993, S. 91 ff.

¹⁵ Zum weiten Anstaltsbegriff schon: *Karl Albrecht*, Staatsrechtliche Grundfragen der Anstaltsseelsorge, Diss. jur. Bonn 1975, S. 12 ff.

¹⁶ *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 8), S. 197; a.A. BVerwGE 61, 152 (156).

¹⁷ *Christine Mertesdorf*, Weltanschauungsgemeinschaften. Eine verfassungsrechtliche Betrachtung mit Darstellung einzelner Gemeinschaften, 2008, S. 465 ff. Zu den Schwierigkeiten einer Abgrenzung: *Arno Schilberg*, Weltanschauungen im Grundgesetz, in: Materialdienst der EZW 2014, S. 14 ff.

Die Verpflichtung, Anstaltsseelsorge zu ermöglichen, ergibt sich darüber hinaus auch schon aus der Religionsfreiheit nach Art. 4 GG. Insofern dient sie der Grundrechtssicherung und Grundrechtseffektivierung.¹⁸ 11

Die spezielle Regelung Art. 141 WRV war in der Weimarer Republik begründet, denn die Religionsfreiheit unterlag einem ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt (Art. 135 S. 3 WRV). Art. 141 WRV sollte sicherstellen, dass der „neue Staat, indem er sich, entschiedener als der alte, von der Kirche trennt, nicht gewillt ist, sich von der Religion zu trennen.“¹⁹ Es sei die Pflicht des Staates, für die religiösen Bedürfnisse der Personen zu sorgen, die durch die allgemeine Freiheit der Religionsausübung nicht genügend geschützt seien, weil sie durch besonderen staatlichen Zwang oder durch physische Hemmung am Freiheitsgebrauch gehindert werden.²⁰ Auch heute stellt Art. 141 WRV klar, dass die Religionsgemeinschaften sowohl einen Anspruch auf Zutritt zu der jeweiligen öffentlichen Anstalt als auch das Recht zur Vornahme religiöser Handlungen haben. 12

Art. 141 WRV behandelt die Anstaltsseelsorge im Heer, in Krankenhäusern, Strafanstalten oder sonstigen öffentlichen Anstalten. Hier geht es nicht um die Seelsorge im Heer oder in der Polizei²¹, sondern um die sog. Anstaltsseelsorge. Es muss sich dabei um solche öffentlicher Art handeln. Dies ist dann der Fall, wenn der Träger ein Subjekt der Staatsgewalt ist (z.B. Bundesland oder Kommune). In Betracht kommen also Anstalten im organisationsrechtlichen Sinne, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts, ausgeschlossen sind private Träger.²² Die Religionsgemeinschaften haben ein subjektives Recht aus Art. 141 WRV. Eine Verfassungsbeschwerde wäre ggf. über Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zulässig, so dass das Bundesverfassungsgericht dann im Rahmen der Begründetheit Art. 140 GG i.V.m. Art. 141 WRV zu prüfen hätte.²³ Die Anstaltsbenutzer haben ein 13

¹⁸ *Peter Unruh*, in: Hermann v. Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber / Andreas Voßkuhle, Bd. 3, Art. 141 WRV, Rn. 3.

¹⁹ *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, S. 656.

²⁰ *Godehard Josef Ebers*, Staat und Kirche im neuen Deutschland, 1930, S. 280.

²¹ Siehe oben Fn. 3.

²² Siehe unten Rn. 32.

²³ Vgl. *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 1; *Stefan Koriath*, in: Theodor Maunz / Günther Dürig (Hg.), Grundgesetz – Kommentar, Bd. 7, Losebl. Stand 74. Erg.-Lfg. 2015, Art. 140/141 WRV, Rn. 2.

komplementäres Recht auf Grund der Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG.²⁴

- 14 Traditionell wird die Anstaltsseelsorge als gemeinsame Angelegenheit von Staat und Kirche gesehen: Der Staat oder der öffentliche Anstaltsträger ermöglicht sowohl rechtlich wie faktisch die Anstaltsseelsorge, die Religionsgemeinschaften feiern Gottesdienste und üben Seelsorge als kirchliche Angelegenheit, denn Staat und öffentlicher Anstaltsträger sind religiös farbenblind bzw. religionsneutral.²⁵ Auch wenn der Begriff der gemeinsamen Angelegenheiten der „rechtlichen Instruktivität“²⁶ entbehrt oder nur ein „heuristischer ‚Hilfsbegriff‘ ohne religionsverfassungsrechtlichen Mehrwert“²⁷ ist, spricht allein die praktische Durchführung für das Zusammenwirken zwischen Staat auf der einen Seite und Religionsgemeinschaften auf der anderen Seite. Verfassungsrechtlich gilt es aber zu beachten, dass die klare Trennung bestehen bleibt und es nicht zu einer „Vermischung“ kommt. Insofern ist der Begriff „res mixtae“ hier nicht zutreffend. Die Seelsorge in den Anstalten ist eine eigene Angelegenheit der Religionsgemeinschaft. Der Staat macht den Religionsgemeinschaften das Angebot und darf die Seelsorge nicht selbst organisieren oder „selbst in die Hand nehmen.“²⁸

2. Landesverfassungen

- 15 Die Verfassungen der Länder verweisen z. T. auf Art. 141 WRV bzw. wiederholen den Wortlaut.²⁹ In einigen Landesverfassungen finden sich Absicherungen der Anstaltsseelsorge mit anderen Formulierungen, die gemäß Art. 142 GG Bestand haben. Eine ausdrückliche Förderpflicht des Staates sieht Art. 48 Verf. RP vor, Art. 38 Verf. Bbg. und Art. 42 Verf. Saarl. sehen eine aktive Rolle des Staates vor. Art. 62 Verf. Brem. ist verfassungswidrig, weil die „Äußerung eines Wunsches

²⁴ *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), *Grundgesetz – Kommentar*, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 141 WRV, Rn. 6.

²⁵ *Ebers*, Staat und Kirche (o. Fn. 20), S. 281.

²⁶ *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 24), Art. 141 WRV, Rn. 6.

²⁷ *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 18), Art. 141 WRV, Rn. 6.

²⁸ *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 23), Art. 141 WRV, Rn. 3.

²⁹ Art. 148 BayVerf., Art. 38 Verf. Bbg., Art. 62 Verf. Bremen, Art. 54 HessVerf., Art. 20 Verf. NRW, Art. 48 Verf. RP, Art. 42 Verf. Saarl., andere durch Landesverfassungen, die pauschal auf Art. 140 GG oder Art. 136 ff. WRV Bezug nehmen. Vgl. ausführlich: *Eick-Wildgans*, Anstaltsseelsorge (o. Fn. 14), S. 223 ff.

nach Gottesdienst und Seelsorge“ gefordert wird. Ein Bedürfnis liegt aber schon vor, wenn Glaubensangehörige einer Religion in der Anstalt sind und eine religiöse Betreuung nicht ausdrücklich ablehnen.³⁰

3. Konkordate und Kirchenverträge

Darüber hinaus gibt es Vereinbarungen zwischen Staat und Religionsgemeinschaften.³¹ In der röm.-kath. Kirche regeln Art. 28 RK und das dazugehörige Schlussprotokoll die Zulässigkeit seelsorglicher Besuche und gottesdienstliche Handlungen in Krankenhäusern, Strafanstalten und sonstigen Häusern der öffentlichen Hand. Darüber hinaus verpflichten sich die Länder Bayern und Niedersachsen in Verträgen mit der röm.-kath. Kirche auf eigene Kosten eine entsprechende Seelsorge in Straf-, Pflege-, Erziehungs-, und Krankenanstalten einzurichten, wobei die Seelsorger im Benehmen mit dem Diözesanbischof angestellt werden. In Hessen und dem Saarland besteht eine Vereinbarung über die Seelsorge an den Justizvollzugsanstalten mit den zuständigen Bistümern.³²

In Berlin-Brandenburg³³, Sachsen³⁴ und Sachsen-Anhalt³⁵ und Thüringen³⁶ bestehen Vereinbarungen über die Seelsorge in Justiz-

³⁰ *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 18), Art. 141 WRV, Rn. 1.

³¹ Art. 12 Vertrag des Freistaates Thüringen mit den Evangelischen Kirchen in Thüringen vom 15.3.1994, Art. 8 Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Brandenburg vom 12.11.2003. Vgl. ausführlich: *Eick-Wildgans*, Anstaltsseelsorge (o. Fn. 14), S. 235 ff.

³² *Alfred E. Hierold*, Anstaltsseelsorge (§ 51), in: HKKR¹, S. 443 (446).

³³ Vereinbarung zwischen dem Land Brandenburg und der Evangelischen Kirche in Berlin-Brandenburg über die Seelsorge in Justizvollzugsanstalten v. 2.11/2.12.1993 (KABl. 1997 S. 71). Grundlage ist heute Art. 15 Vertrag des Landes Berlin mit der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz (Evangelischer Kirchenvertrag Berlin) v. 20.2.2006 (GVBl. S. 715).

³⁴ Vereinbarung des Freistaates Sachsen mit den Evangelischen Kirchen im Freistaat Sachsen zur Regelung der seelsorglichen Tätigkeit in den Justizvollzugsanstalten v. 25.1.1993 (ABl. ELKS S. A 36).

³⁵ Vereinbarung zwischen dem Land Sachsen-Anhalt und den Evangelischen Kirchen im Land Sachsen-Anhalt zur Regelung der seelsorgerischen Tätigkeit in den Justizvollzugsanstalten (Gefängnis-Seelsorge-Vertrag) v. 24.3.1994 (ABl. EKKPS S. 95).

³⁶ Vereinbarung über die Seelsorge und sonstige Aufgaben der Anstaltsseelsorger an den Thüringer Justizvollzugsanstalten v. 6.10.1994 (ABl. EKKPS 1995 S. 43).

vollzugsanstalten. In Sachsen bestehen Vereinbarungen über die Seelsorge in staatlichen Krankenhäusern.³⁷ Darüber hinaus gibt es staatliche Verwaltungsvorschriften z.B. zur Gefängnis-seelsorge, die im Einvernehmen mit den Religionsgemeinschaften erlassen werden.³⁸

4. Gesetze

18 Eine bundesgesetzliche Spezialnorm zur Krankenhausseelsorge findet sich in § 30 Abs. 4 S. 2 Infektionsschutzgesetz. Die Anstalts-seelsorge im Justizvollzug sind in §§ 53–55 und § 157 StrVollzG, in den entsprechenden Landesgesetzen, in § 91 Abs. 2 S. 4 Jugendgerichtsgesetz und in der Dienst- und Vollzugsordnung, der Untersuchungshaft-Vollzugsordnung und der Jugendarrest-Vollzugsordnung geregelt.³⁹ Für den Bereich Seelsorge in Strafvollzugsanstalten regelt § 53 Abs. 1 S. 1 StrVollzG einen ausdrücklichen Anspruch auf Seelsorge.⁴⁰

19 Darüber hinaus wird die Anstaltsseelsorge zumindest als „europäisches Religionsgemeinrecht“⁴¹ bezeichnet, da sie auch in Ländern mit einer weiter gehenden Trennung von Staat und Religion wie

³⁷ Vereinbarung des Freistaates Sachsen mit den evangelischen Landeskirchen im Freistaat Sachsen zur Regelung der Seelsorge in staatlichen Krankenhäusern (Evangelische Krankenhausseelsorgevereinbarung – EvKSV) v. 23. 12. 1997 (ABl. EKKPS 1998 S. 84). Die Vereinbarung beruht auf dem Vertrag des Freistaates Sachsen mit den evangelischen Landeskirchen im Freistaat Sachsen (Evangelischer Kirchenvertrag Sachsen) v. 24. 3. 1994 (ABl. ELKS S. A 94): „(1) Gottesdienst und Seelsorge in staatlichen Krankenhäusern, Justizvollzugsanstalten, Polizeiausbildungsstätten und entsprechenden Einrichtungen des Freistaates werden gewährleistet. Der Staat wird dafür Sorge tragen, dass die notwendigen Räumlichkeiten zur Verfügung stehen. (2) Werden diese Aufgaben von einem dafür freigestellten Pfarrer im Haupt- oder Nebenamt wahrgenommen (Anstaltspfarrer), geschieht die Berufung durch die Kirchenleitung im Benehmen mit dem zuständigen Staatsministerium. (3) Näheres wird durch besondere Vereinbarung geregelt.“

³⁸ *Eick-Wildgans*, Anstaltsseelsorge (o. Fn. 14), S. 223 ff.

³⁹ *Karl-Heinz Schäfer*, in: Strafvollzugsgesetz – Bund und Länder. Kommentar, hg. von Hans-Dieter Schwind, 6. Aufl. 2013, § 53, Rn. 20 ff., § 54, Rn. 27 ff.; *Eick-Wildgans*, Anstaltsseelsorge (o. Fn. 14), S. 248 ff.

⁴⁰ § 53 Abs. 1 S. 1 StVollzG: „Dem Gefangenen darf religiöse Betreuung durch einen Seelsorger nicht versagt werden.“

⁴¹ *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 26), Art. 141 WRV, Rn. 4; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 2. Auflage 2012, Rn. 376.

Frankreich zwar nicht in der Verfassung enthalten, aber doch anerkannt sei.

In der ev. Kirche regeln kirchenrechtliche Normen zum Beispiel das (ev.) Seelsorgegeheimnis.⁴² Darüber hinaus finden sich Richtlinien oder Ordnungen für einzelne Seelsorgebereiche.⁴³ Im röm.-kath. CIC wird die Zuständigkeit von Kaplänen als Priester, denen auf Dauer die Seelsorge für eine Gemeinschaft oder für einen besonderen Kreis von Gläubigen anvertraut ist, geregelt.⁴⁴ 20

III. Religionsfreiheit und Seelsorge

Anstaltsseelsorge konkretisiert den Schutzbereich der Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG (s. o). 21

Im Hinblick auf die Bewohner der Anstalt handelt sich in Bezug auf Art. 4 Abs. 1 und 2 GG um eine Grundrechtssicherung und Grundrechtseffektivierung.⁴⁵ Obwohl die Religionsfreiheit vom Wortlaut her schrankenlos gewährleistet ist, kann sie im Rahmen der sogenannten verfassungsimmanenten Schranken auf Grund kollidierenden Verfassungsrechts, also durch Grundrechte Dritter sowie Gemeinschaftswerten von Verfassungsrang eingeschränkt werden.⁴⁶ Für Eingriffe ist eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage erforderlich⁴⁷ wie z.B. für Strafanstalten das Strafvollzugsgesetz.⁴⁸ 22

⁴² Vgl. Seelsorgegeheimnisgesetz der EKD (o. Fn. 1). *Heinrich de Wall*, Der Schutz des Seelsorgegeheimnisses und das Seelsorgegeheimnisgesetz der EKD (SeelGG EKD), ZevKR 56 (2011), S. 4–26 m. w. N.

⁴³ Zum Beispiel: Richtlinien der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz für die Gefängnis-seelsorge v. 18.12.2015 (KABl. 2016 S. 3); Richtlinien für Krankenhaus-seelsorge im Bereich der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz v. 20.2.2015 (KABl. S. 46). Aktuelle Bestimmungen der einzelnen Landeskirchen findet man unter dem Fachinformationssystem Kirchenrecht (<FIS-Kirchenrecht.de>) oder in der Rechtsquellennachweisung für das evangelische Kirchenrecht im Heft 8 des Amtsblattes der EKD. Als Beispiel für Ordnungen: Visitationsordnung für die mit der Seelsorge an den Strafanstalten in Nordrhein-Westfalen beauftragten Pfarrer v. 23.12.1955 (KABl. EKvW S. 93). Ordnung für Krankenhaus-seelsorge in der Ev.-Luth. Landeskirche Sachsens v. 29. 5. 2001 (ABl. ELKS S. A 153).

⁴⁴ C. 564 ff. CIC.

⁴⁵ *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 41), Rn. 378.

⁴⁶ BVerfGE 108, 282 (297); 138, 296 (Rn. 98).

⁴⁷ BVerfGE 108, 282 (297).

⁴⁸ Vgl. unten Rn. 44.

Art. 141 WRV stellt mit *Unruh* eine „bereichsspezifische Konkretisierung der Schutzpflichtendimension des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG“ dar.⁴⁹ Die Religionsfreiheit gilt weiterhin in den Anstalten, auch wenn sie aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen wie z. B. in Strafanstalten oder aus faktischen Gründen wie in Krankenhäusern eingeschränkt ist. Diese Freiheitsbeschränkungen von Seiten des Staates werden dadurch kompensiert, dass er die Möglichkeit der Seelsorge durch Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften ermöglicht.⁵⁰ Der Staat übernimmt eine „treuhänderische Verantwortung für die Erfüllung der religiösen Bedürfnisse der Menschen, soweit diese durch die anstaltliche Ordnung gehindert sind, sie von sich aus in Freiheit zu erfüllen“.⁵¹ Er sichert und effektiviert somit die religiösen Freiheiten.⁵² Die Anstaltsbewohner können unmittelbar einen Anspruch auch aus Art. 4 GG geltend machen,⁵³ nicht jedoch sich auf Art. 141 WRV berufen, der ansonsten zu einem „Quasi-Grundrecht“ umfunktionierte.⁵⁴ Die Religionsgemeinschaften haben einen mittelbaren Anspruch auf Zugang zu den Anstalten aus Art. 4 GG.⁵⁵

- 23** Das unmittelbare Zutrittsrecht für die Religionsgemeinschaften gewährleistet Art. 141 WRV mit seinem diesbezüglichen Regelungs-

⁴⁹ *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 41), Rn. 379; *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 18), Art. 141 WRV, Rn. 4 m. w. N.

⁵⁰ v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 8), S. 197; Michael Germann, in: Volker Epping / Christian Hillgruber (Hg.), GG – Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 140, Rn. 149; Karl-Hermann Kästner, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Wolfgang Kahl / Christian Waldhoff / Christian Walter, Losebl., Stand 145. Erg.-Lfg., Art. 140, Rn. 687; Morlok, in: Dreier (o. Fn. 26), Art. 141 WRV, Rn. 5.

⁵¹ Alexander Hollerbach, Freiheit kirchlichen Wirkens, in: HStR², Bd. VI, § 140, Rn. 10 f.

⁵² Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 23), Art. 141 WRV, Rn. 3 m. w. N.

⁵³ Anders Bernd Jeand’Heur / Stefan Koriath, Grundzüge des Staatskirchenrecht, 2000, Rn. 292: kein ableitbares subjektives Recht des Anstaltsunterworfenen, da Art. 141 WRV als objektives Verfassungsrecht zu verstehen sei.

⁵⁴ v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 8), S. 202 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 ff. WRV keinen Grundrechtscharakter haben sollen: BVerfGE 19, 129 (135); Germann, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 50), Art. 140, Rn. 150; Kästner, in: BK (o. Fn. 50), Art. 140, Rn. 688.

⁵⁵ Vgl. oben Rn. 13.

gehalt.⁵⁶ Die Gewährung des Zutrittsrechts an Religionsgemeinschaften ist der eigenständige Regelungsgehalt gegenüber Art. 4 GG.⁵⁷

Ein Beispiel für einen Anspruch auf Grund der Religionsfreiheit nach Art. 4 GG ist § 53 Abs. 1 StrVollzG, der einen unmittelbaren individualrechtlichen Anspruch des Gefangenen auf Seelsorge regelt. Dieser individualisierte Anspruch steht neben dem Anspruch der Religionsgemeinschaften auf Zutrittsrecht zu staatlichen Anstalten. *Unruh* geht mit seinem Ansatz der bereichsspezifischen Schutzpflichtdimension davon aus, dass nicht nur im Strafvollzug auf Grund des Strafvollzugsgesetzes, sondern allgemein neben dem Anspruch der Religionsgemeinschaften auf Zulassung zur Anstaltsseelsorge ein eigenständiger Anspruch der Anstaltsangehörigen aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG besteht.⁵⁸

24

IV. Gewährleistung der Anstaltsseelsorge

1. Gewährleistungen

Nach der Grundnorm der Anstaltsseelsorge in Art. 140 GG i.V.m. Art. 141 WRV sind die Religionsgesellschaften zur Vornahme religiöser Handlungen zuzulassen, soweit das Bedürfnis nach Gottesdienst und Seelsorge im Heer, in Krankenhäusern, allen Strafanstalten (einschließlich Vollzugseinrichtungen für Jugendliche) oder sonstigen öffentlichen Anstalten besteht. Dabei ist auf Grund der (negativen) Religionsfreiheit jeder Zwang fernzuhalten. Die Seelsorge wird durch Seelsorger gewährleistet. Sie sind entweder Beschäftigte des Staates oder der Religionsgemeinschaften.

25

Religiöse Handlungen sind traditionell z.B. der Gottesdienst oder die Andacht. Angesichts der heutigen religiösen Pluralität sind vielfältige Handlungen denkbar. Gestalt, Inhalt und damit auch in der Konsequenz religiöse Handlungen können in einem weltanschaulich-religiös neutralen Staat nicht objektiv bestimmt werden.⁵⁹ Wie bei dem Grundrecht der Religionsfreiheit ist im konkreten Fall das

26

⁵⁶ v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 8), S. 199.

⁵⁷ Axel v. Campenhausen, in: Hermann v. Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 5. Aufl. 2005, Art. 141 WRV, Rn. 4.

⁵⁸ Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 18), Art. 141 WRV, Rn. 5.

⁵⁹ Martin Morlok, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz – Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 4, Rn. 55 m. w. N.

Selbstverständnis des Berechtigten zugrunde zu legen. Das heißt jedoch nicht, dass alle Handlungen als religiös zu bewerten sind. Die Freiheit findet ihre Grenze im Missbrauch der Freiheit: Die Grundrechtsausübung muss „verstehbar, objektivierbar und voraussehbar“⁶⁰ sein, also muss der Grundrechtsträger plausibel darlegen, dass die Aktivität „in der Tat ihren Sinn empfängt von einem religiösen oder weltanschaulichen Sinnsystem“.⁶¹ Diesen und ähnlichen Formulierungen liegt die Auffassung zugrunde, dass zwar das Selbstverständnis des Einzelnen zugrunde zu legen ist, letztlich die Kompetenz-Kompetenz beim freiheitlichen, paritätisch-neutralen, säkularen (nicht säkularisierenden) Rechtsstaat liegt.

2. Recht auf Kommunikation

- 27 Wenn der Staat den Freiheitsraum der Grundrechtsträger im Zusammenhang des Justizvollzuges einschränkt, muss er die Ausübung der Religionsfreiheit in dem möglichen Rahmen sicherstellen. Damit gewährleistet der Staat eine „Exzeption von dieser totalen Vereinnahmung. Personell wie inhaltlich wird der Rahmen der totalen Institution gesprengt.“⁶² Auch Menschen in Krankenhäusern müssen die Möglichkeit haben, Seelsorge in Anspruch zu nehmen. Insoweit hat der Staat den Zutritt von Beauftragten der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften sowie vertrauliche Kommunikation zu ermöglichen. Um dies zu gewährleisten, müssen die betroffenen Menschen nach ihrer Religionszugehörigkeit gefragt werden. Die Beantwortung ist natürlich freiwillig. Ebenso sind die Angebote der Anstaltsseelsorge freiwillig. Die Personen sind nicht darauf beschränkt, diejenigen Seelsorger in Anspruch zu nehmen, deren Religionsgemeinschaft sie angehören. Eine Prüfung, ob ein Bedürfnis nach Seelsorge vorliegt, findet nicht statt, sondern ein Bedürfnis wird vorausgesetzt.⁶³ Um Kommunikation zu ermöglichen, ist es notwendig, über Veranstaltungen von Religionsgemeinschaften zu informieren. Damit wird kein Zwang ausgeübt, denn eine Information verstößt nicht gegen die (negative) Religionsfreiheit der Anstaltsbenutzer.

⁶⁰ v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 8), S. 201.

⁶¹ Morlok, in: Dreier (o. Fn. 59), Art. 4, Rn. 80.

⁶² Morlok, in: Dreier (o. Fn. 26), Art. 141 WRV, Rn. 5.

⁶³ So schon Albrecht, Grundfragen (o. Fn. 15), S. 101 ff.

Im Zusammenhang von Art. 141 WRV wird diskutiert, ob für das Zugangsrecht der Religionsgemeinschaften ein „Bedürfnis“ des Staatsbürgers in der Anstalt bestehen muss⁶⁴ oder keine Bedürfnisprüfung stattfindet und es ausreicht, wenn lediglich die Religionsgemeinschaft dies äußert.⁶⁵ Ein Bedürfnis kann angenommen werden, wenn sich ein Angehöriger einer Religionsgemeinschaft in der Anstalt befindet und nicht erkennbar ist, dass er einen Kontakt nicht will. Der Fall, dass alle betroffenen Religionsangehörigen ein Bedürfnis ausdrücklich und klar erkennbar verneint haben, ist sehr unwahrscheinlich. Es geht darum, dass der Anstaltsleitung kein Ermessen eingeräumt wird, das Bedürfnis nach religiösen Handlungen zu bejahen oder zu verneinen.⁶⁶ Wenn sich ein Angehöriger einer Religionsgemeinschaft in einer Anstalt befindet, indiziert dies ein Bedürfnis nach seelsorglicher Betreuung, so dass es nicht nötig ist, dass der Betroffene dieses explizit äußert.

Weniger eine rechtliche Frage ist die Tatsache, dass die Seelsorgerinnen und Seelsorger in den Anstalten auch ein Teil des „Systems“ Anstalt sind. Sie unterstützen die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Anstalt und werden in wachsendem Maß von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern bei schwierigen menschlichen Entscheidungen und in grundsätzlichen z.B. medizin-ethischen Fragen um Rat gebeten. Sie erfüllen also nicht nur einen rein seelsorglich-kirchlichen Auftrag, sondern leisten auch eine gesellschaftliche Aufgabe in den staatlichen Einrichtungen.

3. Ausgestaltung der Anstaltsseelsorge

Auf Grund der Neutralität des Staates kann der Staat die Anstaltsseelsorge nicht selbst vornehmen, sondern garantiert als freiheitlicher Staat, dass die Anstaltsseelsorge zugelassen ist, wenn Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaften⁶⁷ dies anbieten möch-

⁶⁴ Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 23), Art. 141 WRV, Rn. 7, *Classen*, Religionsrecht, 2006, Rn. 560; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 26), Art. 141 WRV, Rn. 10.

⁶⁵ v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 8), S. 201.

⁶⁶ Kästner, in: BK (o. Fn. 50), Art. 140, Rn. 695; *Stefan Muckel*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Karl Heinrich Friauf / Wolfram Höfling, 2018, Losebl., Stand 51. Erg.-Lfg., Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 11.

⁶⁷ Zur Gleichstellung von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften: *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 1; *Eick-Wildgans*, Anstaltsseelsorge (o. Fn. 14), S. 169 ff.

ten. Der Staat nimmt die Anstaltsseelsorge also nicht „selbst in die Hand“. Für die Anstaltsseelsorge begründet Art. 141 WRV ein Zugangsrecht für Religionsgemeinschaften und ein Recht zur Vornahme religiöser Handlungen, aber keine öffentliche Aufgabe für Anstaltsseelsorge. Neben dem doppelten Anspruchsinhalt besteht keine weitergehende Verpflichtung des Staates. Eine Durchführung der Seelsorge durch den Staat ist sowohl auf Grund des Wortlautes als auch aus der systematischen Stellung im Zusammenhang mit Art. 4 Abs. 1 und 2 GG sowie Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 und 3 WRV nicht zulässig.⁶⁸

4. Förderung der Anstaltsseelsorge

- 31** Im Rahmen des Leistungsstaates kann der Staat die Anstaltsseelsorge finanziell und organisatorisch unterstützen. Auch wenn sich aus Art. 141 WRV unmittelbar keine Verantwortung des Staates zur Finanzierung der Anstaltsseelsorge ergibt, ist eine Kostenübernahme durch den Staat zulässig, da der Staat „Verursacher der Anstaltsseelsorge“ ist.⁶⁹ Eine finanzielle Förderung von Religion und Weltanschauung ist auch in einem Staat, der weltanschaulich und religiös neutral ist, nicht ausgeschlossen, denn der freiheitliche Staat verschließt nicht seine Augen davor, dass es Religion und Weltanschauung in seinem Staat gibt. Eine Negation dieser Elemente in der Gesellschaft würde zu einem intoleranten Staat führen. Bei der Förderung muss der Staat jedoch Neutralität und Parität wahren.⁷⁰ Dies gilt insbesondere dann, wenn die Grundrechtsgefährdung wie in den öffentlichen Anstalten i. S. d. Art. 140 GG i.V.m. Art. 141 WRV in besonderer Weise zu verantworten ist.⁷¹

⁶⁸ *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 18), Art. 141 WRV, Rn. 18.

⁶⁹ *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 6. *Ute Mager*, in: Ingo v. Münch / Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2012, Bd. 2, Art. 140, Rn. 96.

⁷⁰ *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 66), Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 15 m. w. N.

⁷¹ So: *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 18), Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 18.

5. Anstaltsseelsorge in nicht-staatlichen Einrichtungen

Der Anwendungsbereich von Art. 141 WRV bezieht sich auf Anstalten in öffentlicher Trägerschaft wie Strafanstalten, staatliche Krankenhäuser u.s.w. Der Begriff der Anstalt ist auf Grund des Wortlauts des Art. 141 WRV „sonstigen öffentlichen Anstalten“ weit auszulegen. In Betracht kommen also Anstalten im organisationsrechtlichen Sinne, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts, ausgeschlossen sind private Träger. Auch wenn das gemeindliche Krankenhaus in der Rechtsform einer GmbH betrieben wird, gilt Art. 141 WRV. Eine sonstige Anstalt liegt vor, wenn die Nutzer in ähnlicher Weise auf eine Religionsausübung im staatlichen Bereich angewiesen sind wie z.B. Senioreneinrichtungen, Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen, bei kommunalen Friedhöfen u.s.w.⁷² Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten fallen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 141 WRV, so dass es daraus keinen rundfunkrechtlichen Teilhabeanspruch gibt.⁷³

Die Trägerschaft und nicht die Aufgaben oder die Gesellschaftsform stehen im Vordergrund. Wenn eine gemeinsame Trägerschaft von Staat und Privaten vorliegt, hat der Staat entsprechend einzuwirken, um das Zugangsrecht der Religionsgemeinschaften sicherzustellen.⁷⁴ Auf die Rechtsform der Anstalt und die Art der Aufgabenerfüllung kommt es nicht an, sondern auf die Trägerschaft. Zugleich kommt es darauf an, dass in den Einrichtungen Menschen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen so eingegliedert sind, dass es zu einer Beeinträchtigung der selbstbestimmten Religionsfreiheit (insbesondere in Gestalt der Religionsausübungsfreiheit) kommt.⁷⁵ Wenn das Krankenhaus in gemeinsamer Trägerschaft eines staatlichen und eines privaten Trägers betrieben wird, ergibt sich aus Art. 141 WRV die Pflicht des öffentlichen Trägers, auf den privaten Träger einzuwirken, um die Krankenhausseelsorge sicherzustellen.⁷⁶

⁷² Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 4.

⁷³ BVerwG, in: NVwZ 1986, S. 379 (380); *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 41), Rn. 383.

⁷⁴ Classen, Religionsrecht (o. Fn. 64), Rn. 558; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 26), Art. 141 WRV, Rn. 7.

⁷⁵ *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 18), Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 7.

⁷⁶ Classen, Religionsrecht (o. Fn. 64), Rn. 558; *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 66), Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 7.

34 Die Anstaltsseelsorge für Anstalten privater Träger ist abgesichert durch die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte.⁷⁷ Die bereichsspezifischen Wirkungen der Religionsfreiheit in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG strahlen auf private Anstalten aus, denn sie zielt auf den umfassenden Schutz der Personen. Im Leistungsverhältnis Anstalt – Kunde kollidiert die Leistungspflicht der Anstalt in der Regel nicht mit der Religions- und Weltanschauungsfreiheit der Kunden. Allenfalls betriebliche Erfordernisse könnten der Religionsfreiheit des Kunden entgegenstehen. Hier ist eine Kollisionslösung durch das Herstellen einer praktischen Konkordanz auf der Grundlage der grundgesetzmäßigen Wertordnung gefordert. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass Konflikte selten sind, weil im Kern das Interesse sowohl des Krankenhauses als auch einer Religionsgemeinschaft parallel gelagert sind: „beide wollen das Wohl des Patienten“.⁷⁸

35 In einer Reihe von Vereinbarungen zwischen Ländern und Religionsgemeinschaften verpflichtet sich das jeweilige Land dafür zu sorgen oder darauf hinzuwirken, dass in Anstalten die religiöse Versorgung gewährleistet wird. Teilweise wird von Anstalten anderer öffentlicher Träger, teils von „anderen Unternehmen“,⁷⁹ bei den Berliner Vereinbarungen von „nicht staatlichen Krankenanstalten“⁸⁰ gesprochen. Dies ist mehr im Sinne einer politischen Willensäußerung zu verstehen. Rechtlich wird in privaten Einrichtungen die Freiheit der Religionsausübung durch Art. 4 GG in Verbindung mit den Nebenpflichten des jeweiligen Vertrages zwischen der Einrichtung und der dort untergebrachten Person gesichert.⁸¹

⁷⁷ Jörg Ennuschat, Anstaltsseelsorge (J.), in: EvStL⁴, Sp. 62 (63); auch schon Albrecht, Grundfragen (o. Fn. 15), S. 17.

⁷⁸ Classen, Religionsrecht (o. Fn. 64), Rn. 575.

⁷⁹ Art. 11 Abs. 2 BayK; Art. 17 Abs. 2 BayKV; Art. 11 Abs. 2 EvKV Pfalz; Art. 16 Abs. 2 EvKV Hessen; Art. 21 Abs. 2 EvKV RP: „Anderer Träger“, Art. 8 Abs. 1 S. 2 EvKV SH.

⁸⁰ „Das Land wird sich dafür einsetzen, dass diese Regelung auch von den nicht staatlichen Krankenanstalten beachtet wird.“ Zu Art. 15 Schlussprotokoll zum Vertrag des Landes Berlin mit der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz (Evangelischer Kirchenvertrag Berlin) v. 20.2.2006 (KABl. S. 150).

⁸¹ v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 8), S. 200.

V. Seelsorge im Krankenhaus

Die Betreuung von Kirchenmitgliedern in den Einrichtungen ist Aufgabe der örtlichen Kirchengemeinde. Für größere Krankenhäuser werden oftmals Krankenhauspfarrstellen eingerichtet und die Stellen mit Personen besetzt, die häufig entsprechende Zusatzqualifikationen haben.⁸² An der Seelsorge sind oft auch Gemeindeglieder beteiligt, die ehrenamtlich arbeiten und entsprechende Fortbildungen erhalten. 36

Bedeutsam für die Krankenhausseelsorge ist die Weitergabe der Personendaten von Patienten an die Religionsgemeinschaften. Das setzt voraus, dass der Patient bei der Aufnahme nach seiner Religionszugehörigkeit gefragt wird. Dies ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn mit der Frage der Hinweis verbunden ist, dass die Beantwortung freiwillig ist.⁸³ Eine effektive Krankenhausseelsorge kann angesichts der Tatsache, dass die Verweildauer im Krankenhaus immer kürzer wird, nur erfolgen, wenn die Weitergabe zügig geschieht. 37

Die Krankenhausseelsorge ist rechtlich unterschiedlich umfangreich ausgestaltet. In vorbildhafter Weise regelt im Bundesland Sachsen eine Verwaltungsvorschrift, dass zur Gewährleistung des Rechts auf Teilnahme am Gottesdienst und auf seelsorgerische Betreuung das Krankenhaus alle Voraussetzungen zu schaffen hat, um Krankenhausseelsorge durch die Kirchen zu ermöglichen. Dies schließt eine aktive Förderung der Krankenhausseelsorge ein.⁸⁴ Konkret befragt 38

⁸² In der ev. Kirche gibt es die „Konferenz für Krankenhausseelsorge in der EKD“ und in der röm.-kath. Kirche gibt es die „Bundeskonzferenz für Krankenhausseelsorge“. Nähere Informationen finden sich im Internet.

⁸³ BVerfGE 46, 266 (267); *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 66), Art. 140 GG/Art. 141 WRV, Rn. 29. So auch ausdrücklich z.B. § 28 Bbg. Krankenhausentwicklungsgesetz, § 45 Abs. 2 LKHG, § 13 Saarl. Krankenhausgesetz.

⁸⁴ Das Recht auf Teilnahme am Gottesdienst und auf seelsorgerische Betreuung gemäß § 23 Abs. 8 des Gesetzes zur Neuordnung des Krankenhauswesens (Sächsisches Krankenhausgesetz – SächsKHG) vom 19.8.1993 (SächsGVBl. S. 675), das zuletzt am 7.8.2014 (SächsGVBl. S. 446) geändert worden ist, gewährleisten alle Krankenhäuser, auf die § 2 SächsKHG Anwendung findet, nach der Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales zur Gewährleistung der Krankenhausseelsorge im Freistaat Sachsen (VwV KHSeelS) v. 12.5.2003 (ABl. S. 563); zuletzt enthalten in der Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Verbraucherschutz über die geltenden Verwaltungsvorschriften

das Krankenhaus den Patienten bei Aufnahme nach seiner Konfession und weist darauf hin, dass die Beantwortung der Frage freiwillig ist und die Daten ausschließlich für Zwecke der Krankenhausseelsorge erhoben und verwendet werden. Es wird nicht gefragt, ob und inwieweit eine seelsorgerische Betreuung gewünscht wird. Gibt der Patient eine Konfession an, leitet das Krankenhaus diese Angabe mit Namen und Lokalisation des Patienten umgehend an den jeweiligen Krankenhausseelsorger weiter. Ferner wird ausdrücklich bestimmt, dass in jedem Krankenzimmer sich ein deutlicher Hinweis für die Patienten befindet, wann und wie welche Krankenhausseelsorger zu erreichen sind. Der Hinweis kann dem Patienten auch in Schriftform überlassen werden. Wenn ein Patient den Wunsch nach seelsorgerischer Begleitung äußert, unterstützt das Krankenhauspersonal den Patienten nach Kräften, unverzüglich einen Kontakt zum gewünschten Krankenhausseelsorger herzustellen. Jedem Krankenhausseelsorger ist es ausdrücklich gestattet, Patienten unabhängig von ihrer Konfession zu besuchen und Gespräche und Begleitung anzubieten.

- 39 Die Krankenhausseelsorge betrifft mittlerweile nicht nur Mitglieder der ev. und röm.-kath. Kirchen, sondern auch jüdische und muslimische Patientinnen und Patienten.⁸⁵ Ein Anspruch aus Art. 141 WRV steht aber nur den Religionsgemeinschaften zu und nicht den einzelnen Gläubigen. Es müsste also eine islamische Religionsgemeinschaft das entsprechende Recht geltend machen, wobei es nicht darauf ankommt, dass sie einen Körperschaftsstatus im Sinne von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV hat.⁸⁶ Ermöglicht der Staat muslimischen Vereinigungen *Seelsorge* in einer Anstalt, stützt er sich auf die individuelle Religionsfreiheit der Anstaltsnutzer.⁸⁷ Unabhängig von den rechtlichen Fragen können aber Anstaltsleitung und muslimische Gesprächspartner eine „außerordentliche“ Anstaltsseelsorge organisieren.⁸⁸

des Staatsministeriums für Soziales und Verbraucherschutz vom 7.12.2011 (Abl. Sonderdruck S. S 1797).

⁸⁵ *Nilgün Demirubuz*, Muslimische Patienten und Familienangehörige im Krankenhaus. Problemfelder und Handlungsnotwendigkeiten, in: Wenz / Kamran (Hg.), *Seelsorge und Islam* (o. Fn. 2), S. 127 ff. und *Mijo Ikić*, *Klinikseelsorge als kultursensible Seelsorge*, ebd., S. 136 ff.

⁸⁶ *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 24), Art. 141 WRV, Rn. 9.

⁸⁷ *Markus Schulten*, Anstaltsseelsorge für Muslime. Eine verfassungsrechtliche Problemanzeige zu Art. 141 WRV, in: KuR 2014, S. 50 (60).

⁸⁸ *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 66), Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 10 unter Hinweis auf *Tarik Tabbara*, Rechtsfragen der Einführung einer muslimischen Krankenhausseelsorge, in: ZAR 2009, S. 254 (258 f.).

Für spezielle Krankenhäuser gibt es Sonderregelungen, so regelt z.B. § 18 Thüringer Gesetz zur Hilfe und Unterbringung psychisch kranker Menschen, dass der Patient das Recht hat, in der Einrichtung an Gottesdiensten und sonstigen religiösen Veranstaltungen teilzunehmen. Er kann von der Teilnahme ausgeschlossen werden, wenn der Zweck der Unterbringung oder das geordnete Zusammenleben in der Einrichtung gefährdet wird. Das Recht auf Inanspruchnahme der Krankenhausseelsorge bleibt ansonsten unberührt.

40

VI. Seelsorge im Strafvollzug

Art. 141 WRV gewährleistet den Religionsgemeinschaften ein Zutrittsrecht zu Justizvollzugsanstalten.⁸⁹ Darüber hinaus garantiert die Norm die Möglichkeit, religiöse Handlungen vorzunehmen. Das sind z.B. Gottesdienst und die Seelsorge, aber darüber hinaus auch das, was zur Ausübung der Religion notwendig ist. Die Inhalte bestimmen sich nach dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft. Auf Grund der religions- und weltanschaulichen Neutralität des Staates besteht insoweit keine Inhaltskontrolle.

41

Begrenzungen ergeben sich mangels ausdrücklicher Schrankenvorbehalte aus verfassungsimmanen Schranken. Das sind Grundrechte Dritter oder sonstige mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtsgüter. Einschränkungen können erfolgen, um den Anstaltszweck sicherzustellen bzw. die Arbeitsfähigkeit der jeweiligen öffentlichen Anstalt sicherzustellen.⁹⁰ Ein Vorbehalt allgemeiner Rechtsgutgefährdungen reicht nicht aus.⁹¹ In einem Konfliktfall ist ein schonender Ausgleich zu suchen. Beide Seiten haben unter Berücksichtigung der konkreten Umstände aufeinander Rücksicht zu neh-

42

⁸⁹ Zum Umgang mit Religion im Strafvollzug: *Sarah J. Jahn*, Götter hinter Gittern. Die Religionsfreiheit im Strafvollzug der Bundesrepublik Deutschland, 2017, S. 103 ff.; *Alexander Funsch*, Seelsorge im Strafvollzug. Eine dogmatisch-empirische Untersuchung zu den rechtlichen Grundlagen und der praktischen Tätigkeit der Gefängnisseelsorge, 2015, S. 510 ff.

⁹⁰ Zum Strafvollzug: BVerfGE 33, 1 (12 f.) unter Bezugnahme auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 i. V. m. Art. 104 Abs. 1 und 2 GG sowie zum Krankenhausbetrieb: BVerfGE 57, 70 (79) mit Bezug auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip.

⁹¹ *Möllers*, Religiöse Freiheit als Gefahr? (o. Fn. 7), S. 83; *Tobias Müller-Monning*, in: *Johannes Feest / Wolfgang Lesting / Michael Lindemann* (Hg.), *Strafvollzugsgesetze, Kommentar (AK-StVollzG)*, 7. Aufl. 2017, Teil II, § 69 LandesR, Rn. 77 ff.

men.⁹² Um Sicherheit und Ordnung zu kontrollieren, sind z.B. personenbezogene Kontrollen in Justizvollzugsanstalten auch bezüglich der Anstaltsseelsorgerinnen oder Seelsorger notwendig. Auch zeitliche Festlegungen sind unproblematisch. Dies sind modale Beschränkungen, die sich nicht gegen Inhalte richten und somit die Religionsfreiheit nicht beeinträchtigen. Art. 104 Abs. 1 und 2 GG lassen Einschränkungen der persönlichen Freiheit zu, die Nebenfolgen hervorruft, die in der Natur der Sache liegen bzw. einen anderen Zweck verfolgen.

43 Schwieriger ist die akustische oder optische Überwachung religiöser Handlungen. Hier gilt es abzuwägen, ob die möglichen Gefahren, die damit verbunden sind, wenn man sie unterlässt, schwerer wiegen als z.B. das Seelsorgegeheimnis. Der Staat darf jedoch in keinem Fall auf die Inhalte der Seelsorge einwirken. Die Anstaltsseelsorgerinnen und Anstaltsseelsorger haben andererseits Recht und Gesetz zu respektieren.⁹³ Religionsgemeinschaften haben die in Art. 79 Abs. 3 GG umschriebenen fundamentalen Verfassungsprinzipien zu achten und die Grundrechte Dritter sowie die Grundprinzipien des Religionsverfassungsrechts des Grundgesetzes nicht zu gefährden. Dies ergibt sich aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verleihung des Körperschaftsstatus im Sinne von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV.⁹⁴ Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranken-Schranke ist ein bewährtes Mittel, um im Einzelfall zu ausgewogenen Lösungen zu gelangen.

44 Der konkrete Inhalt der Religionsfreiheit und des Art. 141 WRV kommt im Strafvollzugsgesetz des Bundes zum Ausdruck (§§ 53 ff. StVollzG). Die Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug ist im Rahmen der Föderalismusreform mit Wirkung zum 1. September 2006 vom Bund auf die Länder übergegangen. Das StVollzG gem. Art. 125a Abs. 1 GG als Bundesrecht weiter, ist aber weitgehend durch Landesrecht ersetzt worden. Die Länder haben im Hinblick auf die Gefängnis-seelsorge den Wortlaut wörtlich oder sinngemäß übernommen. Einige Länder enthalten zusätzliche Einzelregelungen.⁹⁵

⁹² *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 66), Art. 140/141 WRV, Rn. 13 m. w. N.

⁹³ *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 8.

⁹⁴ *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 18), Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 20.

⁹⁵ Nachweise bei *Müller-Monning* (o. Fn. 91), Teil II, § 69 LandesR, Rn. 1.

Im Strafvollzugsgesetz des Bundes bzw. der Bundesländer finden sich konkrete Rechte wie das Recht auf seelsorgliche Betreuung (§ 53 Abs. 1 StVollzG), Besitz religiöser Schriften (§ 53 Abs. 2 StVollzG), Teilnahme an Gottesdiensten und anderen religiösen Veranstaltungen der Religionsgemeinschaft des Gefangenen und auch denen anderer Religionsgemeinschaften, wenn die zuständige Seelsorgerin oder der zuständige Seelsorger es zulassen (§ 54 Abs. 2 StVollzG).⁹⁶ Die Strafgefangenen haben auch das Recht, sich entsprechend ihrer Religion zu ernähren. Zwar kann die Anstalt nicht gezwungen werden, bestimmte Nahrungsmittel zu beschaffen, aber dem Strafgefangenen muss es gestattet werden, sich selbst zu verpflegen, wenn die Anstalt die entsprechende Kost nicht bereitstellt.⁹⁷ **45**

Die Gefangenenseelsorge wird in der Regel von einer Pfarrerin oder einem Pfarrer wahrgenommen, weil die staatlichen Regelungen die Konzentration der Seelsorge bei einem bestimmten Amtsträger notwendig machen.⁹⁸ Die Seelsorger gehören grundsätzlich zum Vollzugspersonal (§ 155 Abs. 2 StVollzG). Sie werden aber durch das Seelsorgegeheimnis und das Beichtgeheimnis geschützt. Diese Rechte werden durch die Religionsgemeinschaften geregelt und abgesichert.⁹⁹ Der Staat schützt diese Rechte verfassungsrechtlich durch Art. 4 GG und Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV und einfachgesetzlich in § 53 Abs. 1 StVollzG sowie § 203 Abs. 2 Nr. 1 StGB. **46**

§ 157 Strafvollzugsgesetz regelt, dass Seelsorger im Einvernehmen mit der jeweiligen Religionsgemeinschaft im Hauptamt bestellt oder vertraglich verpflichtet werden. Die Strafvollzugsgesetze der Bundesländer treffen entsprechende Regelungen. In einigen Ländern werden Seelsorger als Berufsgruppe ausdrücklich erwähnt.¹⁰⁰ **47**

Die Übertragung der Seelsorgeaufgabe nach den Strafvollzugsgesetzen kann zum einen geschehen, indem das Land eine Geistliche oder einen Geistlichen zum Staatsbeamten ernennt oder mit ihr oder **48**

⁹⁶ Vgl. unten Rn. 55.

⁹⁷ Florian Knauer, in: AK-StVollzG (o. Fn. 91), Teil II, § 53, Rn. 11 ff.: Zur Ermöglichung des Einkaufs, Rücksichtnahme auf Wünsche und Bedürfnisse der Gefangenen und Verfahren beim Einkauf.

⁹⁸ Zur Betreuung muslimischer Strafgefangener: *Huchting / Müller-Monning*, ebd., § 53, Rn. 12 m. w. N.

⁹⁹ Ein Austausch der Seelsorgerinnen und Seelsorger findet in der Ev. Konferenz für Gefängnisseelsorge statt. Entsprechendes geschieht in der Konferenz der Katholischen Seelsorge bei den Justizvollzugsanstalten in Deutschland. Beide unterhalten zur Information entsprechende Seiten im Internet.

¹⁰⁰ Nachweise bei *Müller-Monning* (o. Fn. 91), Teil II, § 97 LandesR, Rn. 1.

ihm vertraglich ein Dienstvertrag begründet. Zum anderen ist es möglich, dass es mit den Religionsgemeinschaften einen Gestellungsvertrag schließt. Gestellte Geistliche stehen mit der Justizvollzugsanstalt bzw. dem Bundesland weder in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis noch in einem sonstigen Vertragsverhältnis. Sie erbringen ihren Dienst/ihre Arbeitsleistung in der Justizvollzugsanstalt allein auf Grund des Dienstverhältnisses zur Religionsgemeinschaft. Die Geistlichen können – je nach den Regelungen im Gestellungsvertrag und den o.g. rechtlichen Grenzen – den fachlichen und organisatorischen Weisungen der zuständigen Stellen der Justizvollzugsanstalt unterliegen.¹⁰¹

- 49 Im Hinblick auf die Militärseelsorge ist es umstritten, ob der Staat über Art. 141 WRV hinausgehend auch das Recht hat, selbst die religiöse Versorgung zu gewährleisten, indem er die religiöse Versorgung organisiert, indem er z.B. Geistliche beschäftigt.¹⁰² Durch den Vertrag der Bundesrepublik Deutschland mit der Evangelischen Kirche in Deutschland zur Regelung der evangelischen Militärseelsorge vom 22.5.1957 für den organisatorischen Aufbau der Militärseelsorge wurde eine Sonderregelung geschaffen. Dagegen wird eingewandt, dass ein Selbstbesorgungsrecht für religiöse Handlungen der Verpflichtung des Staates zur Neutralität und Parität widerspricht.¹⁰³ Auch die Verbeamtung von Seelsorgerinnen und Seelsorgern durch den Staat in Justizvollzugsanstalten wird zum Teil deutlich kritisiert, weil sie nicht durch Art. 141 WRV gerechtfertigt sei. Anders als eine Kostenerstattung für einen kirchlich bestellten Seelsorger stelle dies die Beteiligung des Staates an religiösen Handlungen dar und verstoße gegen Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 WRV und die Neutralitätspflicht des Staates, weil eine inhaltliche Identifikation mit Religion stattfinde.¹⁰⁴ Hier geht es um die Frage der Zulässigkeit sog. konfessioneller Staatsämter, also die Frage, ob es Ämter im Staat geben darf, die eine bestimmte Konfessionszugehörigkeit voraussetzen. Die Kritiker weisen darauf hin, dass zwischen Seelsorgern und z.B. Religionslehrern zu unterscheiden sei, weil der Religionsunterricht ausdrücklich eine staatliche Veranstaltung sei, Art. 141 WRV

¹⁰¹ Vgl. den Überblick bei *Eick-Wildgans*, Anstaltsseelsorge (o. Fn. 14), S. 248 ff.

¹⁰² *Ehlers*, in: *Sachs* (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 6. Siehe dazu auch *Jörg Ennuschat*, → § 54, Rn. 39–46.

¹⁰³ *Morlok*, in: *Dreier* (o. Fn. 26), Art. 141 WRV, Rn. 13.

¹⁰⁴ *Classen*, Religionsrecht (o. Fn. 64), Rn. 567, *Jeand’Heur / Koriath*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 53), Rn. 303 f.; *Koriath*, in: *Maunz / Dürig* (o. Fn. 23), Art. 141 WRV, Rn. 17.

aber nur das Zutrittsrecht regelt.¹⁰⁵ Die Argumente entsprechen denen bei den Dienstverhältnissen im Zusammenhang mit der Seelsorge in der Bundeswehr.¹⁰⁶ Hier ist jedoch zu beachten, dass das Grundgesetz Mindeststandards staatlichen Engagements in der Anstaltsseelsorge setzt und keine „Obergrenze“.¹⁰⁷ Der Seelsorger ist in jedem Fall insofern in die Vollzugsanstalt integriert, als er das Vollzugsziel kennt und respektiert.¹⁰⁸

Der Gefangene hat einen Anspruch auf Schaffung der Voraussetzungen für die ausreichende Betreuung durch einen Seelsorger einer Religionsgemeinschaft gegenüber der Justizvollzugsanstalt.¹⁰⁹ § 53 Abs. 1 StVollzG und die Strafvollzugsgesetze der Bundesländer geben den Gefangenen das Recht auf „religiöse Betreuung durch einen Seelsorger seiner Religionsgemeinschaft“. Aus Art. 141 WRV ergibt sich, dass eine formelle Mitgliedschaft nicht erforderlich ist, sondern ein ernsthaftes Interesse an der Religionsgemeinschaft ausreicht.¹¹⁰ Damit steht dem Gefangenen kein Recht auf Seelsorge gegenüber der Vollzugsbehörde zu, weil es nicht zu deren Aufgabe gehört, Seelsorge auszuüben.¹¹¹ Die Justizvollzugsanstalt organisiert aber im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens die religiöse Betreuung in der Anstalt.¹¹² Konkret regelt § 53 Abs. 1 S. 2 StVollzG das Recht auf Vermittlung eines Seelsorgers durch die Anstalt.

§ 53 Abs. 1 und die entsprechenden Regelungen der Bundesländer regeln die „religiöse Betreuung“ und damit die Seelsorge. Diese umfasst jedoch nach dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften in der Regel nicht nur kultische Handlungen im engeren Sinne wie z.B. Gottesdienst, seelsorgliche Gespräche, Bibelgespräch, son-

¹⁰⁵ *Classen*, Religionsrecht (o. Fn. 64), Rn. 568 f.

¹⁰⁶ Vgl. *Unruh*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 18), Art. 140 GG/Art. 141 WRV, Rn. 36.

¹⁰⁷ *Muckel*, Berliner Kommentar (o. Fn. 66), Art. 140 GG/Art. 141 WRV, Rn. 23.

¹⁰⁸ *Schäfer*, in: Strafvollzugsgesetz (o. Fn. 39), § 53, Rn. 4. Der von einer Religionsgemeinschaft entsandte Seelsorger kann nur unter dem Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung eines geordneten Strafvollzugs, also insbesondere bei auf Tatsachen beruhenden Sicherheitsbedenken, zurückgewiesen werden, *Frank Arloth*, in: Strafvollzugsgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 53, Rn. 2.

¹⁰⁹ *Schäfer*, in: Strafvollzugsgesetz (o. Fn. 39), § 53, Rn. 8.

¹¹⁰ *Arloth*, in: Strafvollzugsgesetz (o. Fn. 108), § 53, Rn. 2 m. w. N.

¹¹¹ BT-Drs. 7/918, S. 72; *Arloth*, in: Strafvollzugsgesetz (o. Fn. 108), § 53, Rn. 2.

¹¹² *Rolf-Peter Calliess/Heinz Müller-Dietz*, in: Strafvollzugsgesetz, 11. Aufl. 2008, § 53, Rn. 1.

dern auch persönliche Beratung und karitativ-diakonische Betreuung wie z.B. fürsorgerische und konfliktvermittelnde Einzelfallhilfen sowie Veranstaltungen der Erwachsenenbildung.¹¹³

52 Ausdrücklich regeln § 53 Abs. 2 StVollzG und die entsprechenden Regelungen der Bundesländer das Recht zum Besitz „grundlegender religiöser Schriften“. Auch hier ist auf das Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften abzustellen. Dazu gehören Bibel, Katechismen, Koran, Gesangbücher u.s.w. sowie theologische Literatur (z.B. auch zu Sozialethik, Bildung, Caritas, Diakonie, Ökumene und vieles mehr). Vor dem Hintergrund der grundrechtlich geschützten Religionsfreiheit ist der Begriff „grundlegende Schriften“ also nicht eng auszulegen, sondern im Sinne eines „umfassenden Konzepts der religiösen Betreuung i.S. von einem umfassenden Dienst am Menschen“.¹¹⁴

53 Nach § 53 Abs. 3 StVollzG und den Regelungen der Bundesländer sind dem Gefangenen auch Gegenstände des religiösen Gebrauchs in angemessenem Umfang zu belassen. Hierzu gehören Halsketten mit dem Kreuz, der Rosenkranz, eine Kerze¹¹⁵ u.s.w. Es sind auch religiöse Gegenstände nichtchristlicher Religionen zu berücksichtigen.¹¹⁶ Bei „Gegenständen religiösen Gebrauchs“ handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Bei der Auslegung ist das Grundrecht der Religionsfreiheit mit den Aufgaben des Vollzuges abzuwägen und eine praktische Konkordanz herzustellen.¹¹⁷

54 In § 54 StVollzG und den Strafvollzugsgesetzen der Länder ist das Recht des Gefangenen geregelt, „am Gottesdienst und an anderen religiösen Veranstaltungen seines Bekenntnisses teilzunehmen“. Dazu gehört nicht nur passiv anwesend zu sein, sondern auch die aktive Mitwirkung an Planung, Vorbereitung und Durchführung von Gottesdiensten und anderen religiösen Veranstaltungen. Die Arbeitsbereiche der Gefängnisseelsorge erstrecken sich heute nicht nur auf Gottesdienste und Einzelgespräche, sondern es gibt auch Vater-Kind-Gruppen, Familienbegegnungstagungen sowie neue Formate mit

¹¹³ Vgl. BVerfGE 24, 236 (245 f.); *Calliess / Müller-Dietz*, in: Strafvollzugsgesetz (o. Fn. 112), § 53, Rn. 2 m. w. N.; *Müller-Monning* (o. Fn. 91), Teil II, § 97 LandesR, Rn. 5 ff.

¹¹⁴ Str.; wie hier: *Huchting / Müller-Monning*, in: StVollzG (o. Fn. 97), § 53, Rn. 6, 13.

¹¹⁵ Dazu *Arloth*, in: Strafvollzugsgesetz (o. Fn. 108), § 54, Rn. 5.

¹¹⁶ *Huchting / Müller-Monning*, in: StVollzG (o. Fn. 97), § 53, Rn. 14.

¹¹⁷ *Calliess / Müller-Dietz*, in: Strafvollzugsgesetz (o. Fn. 112), § 53, Rn. 3.

Kursen zur Spiritualität u. ä.¹¹⁸ Das Teilnahmerecht gilt für Veranstaltungen des eigenen religiösen Bekenntnisses. Zu Veranstaltungen anderer Religionsgemeinschaften kann der Gefangene nach § 54 Abs. 2 StVollzG zugelassen werden, wenn deren Seelsorger zustimmt. Ein Recht auf Teilnahme an Gottesdiensten außerhalb der Anstalt besteht nicht. Hier gelten die allgemeinen Bestimmungen über Vollzugslockerungen, Urlaub und den offenen Vollzug.¹¹⁹

Das Recht auf Teilnahme richtet sich gegen die staatliche Vollzugsanstalt. Ein Teilnahmerecht liegt vor, wenn der Anstaltsseelsorger die Veranstaltung anbietet, es eine religiöse Veranstaltung ist (Gottesdienst o. ä.) und sie sich an die Mitglieder der Religionsgemeinschaft wendet, der der Gefangene angehört. Die zuständige Seelsorgerin oder der zuständige Seelsorger können auch Gefangene zulassen, die einer anderen Religionsgemeinschaft oder einem anderen Glauben angehören. Gleiches gilt für Konfessionslose und Atheisten.

Das Recht auf Teilnahme darf nicht indirekt oder faktisch dadurch behindert werden, dass aus Gründen der Anstaltsorganisation der Gefangene vor die Wahl zwischen Teilnahme am Gottesdienst oder an Hofgang bzw. Freistunde gestellt wird. Es darf auch keine Wahlsituation herbeigeführt werden zwischen dem täglichen Mindestaufenthalt im Freien, der sich aus Art. 2 Abs. 2 GG ableitet, und dem Recht aus der Religionsfreiheit (Art. 4 GG). Diese Grundrechtskonkurrenz ist vermeidbar, so dass entsprechende Organisationsmaßnahmen durch die Vollzugsbehörde zu treffen sind.¹²⁰

Wenn der Gefangene an der Veranstaltung teilnimmt und damit selbstbestimmt kundtut, zu der Religionsgemeinschaft zu gehören, liegt keine Verletzung des Datenschutzes (§ 182 StVollzG) vor, weil nicht die Vollzugsbehörde von sich aus das religiöse Bekenntnis kenntlich macht, sondern der Gefangene selbst.¹²¹ Die Vollzugsbehörde kann im Hinblick auf das Teilnahmerecht an religiösen Veranstaltungen prüfen, ob der Gefangene einer Religionsgemeinschaft angehört. Falls sich Veranstaltungen an alle Gefangenen richten, handelt es sich um Freizeitveranstaltungen im Sinne von § 67 StVollzG. Dabei ist der Kreis der Adressaten entscheidend und nicht der Inhalt, denn die Vollzugsbehörde kann nicht den Inhalt eines Gottesdienstes

¹¹⁸ Huchting / Müller-Monning, in: StVollzG (o. Fn. 97), § 53, Rn. 4.

¹¹⁹ Calliess / Müller-Dietz, in: Strafvollzugsgesetz (o. Fn. 112), § 54, Rn. 1.

¹²⁰ Huchting / Müller-Monning, in: StVollzG (o. Fn. 97), § 54, Rn. 1.

¹²¹ Zu dem Problemkomplex: Calliess / Müller-Dietz, in: Strafvollzugsgesetz (o. Fn. 112), § 54, Rn. 3 m. w. N.

oder einer religiösen Veranstaltung prüfen. Die Frage richtet sich nach dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft und gehört zu dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV.¹²² Dies ist insbesondere im Hinblick auf Veranstaltungen zu berücksichtigen, die den traditionellen Bereich wie Gottesdienst oder Einzelgespräch erweitern.

- 58** Nach § 54 Abs. 3 StVollzG und den entsprechenden Gesetzen der Bundesländer kann der Gefangene von der Teilnahme am Gottesdienst oder anderen religiösen Veranstaltungen ausgeschlossen werden, wenn dies aus überwiegenden Gründen der Sicherheit oder Ordnung geboten ist, wobei der Seelsorger vorher gehört werden soll. Dies ist eine Einschränkung der Religionsfreiheit aus Gründen, die in der Person oder individuellen Situation des Gefangenen liegen. Angesichts der Grundrechtsrelevanz genügt eine einfache Störung nicht, sondern es müssen überwiegende Gründe oder konkrete Gefahren vorliegen, wenn ein Ausschluss gerechtfertigt werden soll.¹²³

VII. Seelsorge in anderen Anstalten

- 59** Neben den Personen in Krankenhäusern und Justizvollzugsanstalten können auch andere Personenkreise die allgemeinen Seelsorgeangebote nicht oder nur schwer in Anspruch nehmen. Hier sind beispielhaft spezielle Alten- und Pflegeeinrichtungen, stationäre Drogenentzugseinrichtungen, Jugendarrest, Einrichtungen der Sicherung und Besserung und Asylbewerberunterkünfte zu nennen. Ferner sind geschlossen untergebrachte Einheiten der Polizei und der Bundespolizei zu erwähnen.¹²⁴
- 60** Art. 141 WRV berücksichtigt auch die sonstigen öffentlichen Anstalten. Ausgehend von dem Sinn von Art. 141 WRV, Staatsbürgern

¹²² *Calliess / Müller-Dietz*, ebd., Rn. 7 m. w. N.

¹²³ *Calliess / Müller-Dietz*, ebd., Rn. 8; *Huchting / Müller-Monning*, in: StVollzG (o. Fn. 97), § 54, Rn. 8 sprechen sogar von einer „ultima ratio“. Transportgefangene von der Teilnahme am Gottesdienst oder an religiösen Veranstaltungen auszuschließen, ist strittig, vgl. zum Streitstand: *Arloth*, in: Strafvollzugsgesetz (o. Fn. 108), § 54, Rn. 4 m. w. N.

¹²⁴ Vgl. z. B. Vereinbarung über die Wahrnehmung der evangelischen Polizeiseelsorge im Lande Nordrhein-Westfalen (MBI. 1962 S. 1353), Vereinbarung über die Wahrnehmung der katholischen Polizeiseelsorge im Lande Nordrhein-Westfalen (MBI. 1962 S. 1352), abgedr. in: *Burkhard Kämper / Arno Schilberg* (Hg.), Staat und Kirche in Nordrhein-Westfalen. Ergänzbare Rechtsquellenammlung, Losebl. Stand 2012, 59. Erg.-Lfg., Nr. 30.4.1.

auch unter den besonderen Umständen einer Anstalt die Religionsfreiheit zu ermöglichen, geht es um Eingliederungen in staatlichen Einrichtungen, die, ob freiwillig oder unfreiwillig, zu Freiheitsbeeinträchtigungen führen.¹²⁵

Auch staatliche Friedhöfe sind unter Art. 141 WRV zu subsumieren, während kirchliche Friedhöfe eine eigene Angelegenheit im Sinne von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV sind. Auf staatlichen Friedhöfen sind wegen des Benutzungszwangs religiöse Handlungen zuzulassen.¹²⁶ Trauerfeiern mit Angehörigen der Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaften im Rahmen des Anstaltszwecks sind zulässig.

61

¹²⁵ *Classen*, Religionsrecht (o. Fn. 64), Rn. 559. Z.B. Polizeiseelsorge (Art. 38 Verf. Bbg.), vgl. oben Rn. 13.

¹²⁶ *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 26), Art. 141 WRV, Rn. 7.

Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland

Band 3

Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland

Herausgegeben von

Dietrich Pirson, Wolfgang Rübner,
Michael Germann und Stefan Muckel

Dritte, grundlegend neubearbeitete Auflage

Band 3



Duncker & Humblot · Berlin

Für die Zitierung des Handbuchs
des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland
wird die Abkürzung HSKR empfohlen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Michael Germann/Claus Gienke
Druck: Das Druckteam Berlin
Printed in Germany

ISBN 978-3-428-18135-3 (Print)
ISBN 978-3-428-58135-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Inhaltsverzeichnis

Band 1

I.

Grundlagen des Staatskirchenrechts in Deutschland

§ 1	Geschichtliche Grundlagen des Staatskirchenrechts in Deutschland. Von <i>Dietrich Pirson</i>	3–66
§ 2	Die gesellschaftlichen Grundlagen des deutschen Staatskirchenrechts. Von <i>Karl Gabriel</i>	67–115
§ 3	Das Verhältnis von Staat und Kirche nach der Lehre der katholischen Kirche. Von <i>Ansgar Hense</i>	117–168
§ 4	Das Verhältnis von Staat und Kirche nach evangelischem Verständnis. Von <i>Heinrich de Wall</i>	169–214
§ 5	Das Verhältnis von Staat und Religion im Verständnis des Judentums. Von <i>Ronen Reichman</i>	215–232
§ 6	Das Verhältnis von Staat und Religion im islamischen Verständnis. Von <i>Mathias Rohe</i>	233–259
§ 7	Das System des Staatskirchenrechts in Deutschland. Von <i>Michael Germann</i>	261–329

II.

Rechtsquellen

§ 8	Das Staatskirchenrecht als Gegenstand des Verfassungsrechts – Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts. Von <i>Peter Badura</i>	333–392
§ 9	Gesetzesrecht als Rechtsquelle des Staatskirchenrechts. Von <i>Dirk Ehlers</i>	393–432
§ 10	Verträge zwischen Staat und Kirchen sowie anderen Religionsgemeinschaften. Von <i>Stefan Mückl</i>	433–481
§ 11	Europarecht und Staatskirchenrecht. Von <i>Claus Dieter Classen</i>	483–511
§ 12	Völkerrecht und Staatskirchenrecht. Von <i>Christian Hillgruber</i>	513–541
§ 13	Das Gewohnheitsrecht im Staatskirchenrecht. Von <i>Peter Landau</i> †	543–555

III.**Freiheit und Gleichheit im Staatskirchenrecht**

§ 14	Religions- und Weltanschauungsfreiheit. Von <i>Hans Michael Heinig</i>	559–613
§ 15	Gewissensfreiheit. Von <i>Hans Michael Heinig</i> und <i>Tobias Schieder</i>	615–649
§ 16	Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften. Von <i>Stefan Koriath</i>	651–705
§ 17	Das Gleichbehandlungsgebot im Hinblick auf Religion. Von <i>Kyrrill-A. Schwarz</i>	707–726
§ 18	Die religiöse und weltanschauliche Neutralität des Staates. Von <i>Christian Walter</i>	727–760
§ 19	Kirchen und andere Religionsgemeinschaften als Träger und Adressaten der Grundrechte. Von <i>Hermann Weber</i> ..	761–789

IV.**Die Rechtsgestalt der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften**

§ 20	Die Organisation der katholischen Kirche in Deutschland. Von <i>Stephan Haering</i>	793–834
§ 21	Die Organisation der evangelischen Kirche in Deutsch- land. Von <i>Hans Ulrich Anke</i> und <i>Burkhard Guntau</i>	835–893
§ 22	Die Organisation der orthodoxen Kirchen in Deutschland. Von <i>Anargyros Anapliotis</i>	895–909
§ 23	Die Organisation der kleineren christlichen Kirchen in Deutschland. Von <i>Michael Germann</i> und <i>Claus Gienke</i> ..	911–952
§ 24	Die Organisation der jüdischen Gemeinden in Deutschland. Von <i>Michael Demel</i>	953–984
§ 25	Die Organisation muslimischer Gemeinschaften in Deutschland. Von <i>Katharina Pabel</i>	985–1018
§ 26	Der allgemeine Rechtsstatus der Religionsgemein- schaften. Von <i>Emanuel V. Towfigh</i>	1019–1043
§ 27	Kirchen und andere Religionsgemeinschaften als Körper- schaften des öffentlichen Rechts. Von <i>Stefan Magen</i>	1045–1101
§ 28	Religiöse Vereine und Gesellschaften. Von <i>Stefan Muckel</i> und <i>Thomas Traub</i>	1103–1130
§ 29	Die Ordensgemeinschaften und die Rechtsstellung ihrer Angehörigen. Von <i>Andreas Sailer</i>	1131–1165

Band 2

V.

Personenrecht, Datenschutz, Archivwesen

§ 30	Die Mitgliedschaft in Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften. Von <i>Michael Germann</i> und <i>Wolfgang Rüfner</i>	1169–1254
§ 31	Staatliches und kirchliches Eherecht. Von <i>Arnd Uhle</i>	1255–1330
§ 32	Personenstandswesen und Meldewesen. Von <i>Arne Ziekow</i>	1331–1355
§ 33	Datenschutzrecht. Von <i>Arne Ziekow</i>	1357–1389
§ 34	Kirchliches Archivwesen. Von <i>Anne-Ruth Wellert</i>	1391–1403

VI.

Das öffentliche Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften

§ 35	Das Recht der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften zum öffentlichen Wirken. Von <i>Martin Morlok</i>	1407–1468
§ 36	Verbindungsstellen zwischen Staat und evangelischen Kirchen. Von <i>Joachim Gaertner</i> † und <i>Katrin Hatzinger</i> ..	1469–1488
§ 37	Verbindungsstellen zwischen Staat und katholischer Kirche. Von <i>Karl Jüsten</i>	1489–1514
§ 38	Präsenz und Mitwirkung der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften in den Massenmedien. Von <i>Claus Dieter Classen</i>	1515–1568
§ 39	Kirchliches Sammlungswesen. Von <i>Otto Luchterhandt</i> ..	1569–1598
§ 40	Der Schutz des Sonntags und der religiösen Feiertage. Von <i>Karl-Hermann Kästner</i>	1599–1645
§ 41	Religiöse Symbole im öffentlichen Raum. Von <i>Janbernd Oebbecke</i>	1647–1667

VII. Religion im Bildungswesen

§ 42	Das Recht der Eltern zur religiösen Erziehung. Von <i>Matthias Jestaedt</i>	1671–1749
§ 43	Das Verhältnis des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages zur Religion. Von <i>Jörg Ennuschat</i>	1751–1797
§ 44	Religionsunterricht. Von <i>Markus Ogorek</i>	1799–1862
§ 45	Bekenntnisschulen. Von <i>Hinnerk Wißmann</i>	1863–1890
§ 46	Theologie an staatlichen Hochschulen. Von <i>Christian Waldhoff</i>	1891–1977
§ 47	Kirchliche Hochschulen. Von <i>Manfred Baldus</i>	1979–2033
§ 48	Kirchliche Erwachsenenbildung und Akademien. Von <i>Wolfgang Bock</i>	2035–2065

VIII. Karitas und Diakonie

§ 49	Das karitativ-diakonische Wirken der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften im Verfassungsstaat. Von <i>Peter Unruh</i>	2069–2143
§ 50	Karitative Einrichtungen und Verbände in der katholischen Kirche. Von <i>Gernot Sydow</i>	2145–2187
§ 51	Die diakonischen Werke und Einrichtungen der evangelischen Kirche. Von <i>Jörg Winter</i>	2189–2212
§ 52	Krankenhäuser in kirchlicher Trägerschaft. Von <i>Winfried Kluth</i>	2213–2246
§ 53	Kindertageseinrichtungen in kirchlicher Trägerschaft. Von <i>Renate Penßel</i>	2247–2292

IX. Seelsorge in staatlichen Einrichtungen

§ 54	Seelsorge in der Bundeswehr. Von <i>Jörg Ennuschat</i>	2295–2327
§ 55	Polizeiseelsorge. Von <i>Markus Heintzen</i>	2329–2341
§ 56	Krankenhauseelsorge, Seelsorge im Strafvollzug und anderen Anstalten. Von <i>Arno Schilberg</i>	2343–2371

Band 3

X.

Kirchliches Dienst- und Arbeitsrecht

- § 57 Die Anwendung des staatlichen Arbeitsrechts auf
Arbeitsverhältnisse zu Kirchen und anderen Religions-
gemeinschaften. Von *Jacob Jousen* 2375–2448
- § 58 Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse zu Kirchen und
anderen Religionsgemeinschaften.
Von *Hendrik Munsonius* 2449–2482
- § 59 Das kollektive kirchliche Dienst- und Arbeitsrecht.
Von *Gregor Thüsing* 2483–2532

XI.

Die auf Gebäude, Friedhöfe und sonstige Gegenstände bezogenen Rechtsverhältnisse der Religionsgemeinschaften

- § 60 Recht der kirchlichen Sachen (res sacrae).
Von *Peter Axer* 2535–2565
- § 61 Bestattungswesen und Friedhöfe.
Von *Heidrun Schnell* † 2567–2593
- § 62 Simultankirchen. Von *Michael Frisch* 2595–2608
- § 63 Patronatswesen. Von *Andreas Thier* 2609–2637
- § 64 Baulasten an kirchlichen Gebäuden.
Von *Michael Droege* 2639–2670
- § 65 Die Wirkungen des Bau- und Immissionsschutzrechts für
Kirchen und andere Religionsgemeinschaften.
Von *Ansgar Hense* 2671–2709
- § 66 Denkmalschutz im staatlichen und kirchlichen Recht.
Von *Felix Hammer* 2711–2743
- § 67 Die Wirkungen des Urheber-, Marken- und Namensrechts
für Kirchen und andere Religionsgemeinschaften.
Von *Reiner Tillmanns* 2745–2764

XII.**Die finanziellen Angelegenheiten der Kirchen
und anderen Religionsgemeinschaften**

§ 68	Förderung von Kirchen und anderen Religionsgemein- schaften durch den Staat. Von <i>Ute Mager</i>	2767–2798
§ 69	Der verfassungsrechtliche Schutz des Vermögens von Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften. Von <i>Karl-Hermann Kästner</i>	2799–2817
§ 70	Die Selbstbestimmung der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften über ihr Vermögen. Von <i>Burkhard Kämper</i> und <i>Markus Schulten</i>	2819–2887
§ 71	Kirchliche Stiftungen. Von <i>Wilhelm-Albrecht Achilles</i>	2889–2946
§ 72	Die Kirchensteuer und das Besteuerungsrecht anderer Religionsgemeinschaften. Von <i>Felix Hammer</i>	2947–3016
§ 73	Staatsleistungen an die Kirchen und andere Religionsgemeinschaften. Von <i>Werner Heun</i> †	3017–3071
§ 74	Förderung der Kirchen und anderen Religionsgemein- schaften im Abgabenrecht. Von <i>Michael Droege</i>	3073–3127

XIII.**Die Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften im staatlichen
Rechtsschutzsystem**

§ 75	Der Schutz von Religion und Kirchen im Strafrecht. Von <i>Henning Radtke</i>	3131–3171
§ 76	Der Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses. Von <i>Henning Radtke</i>	3173–3201
§ 77	Rechtsschutz der Religionsgemeinschaften durch staatliche Gerichte. Von <i>Fabian Wittreck</i>	3203–3266
§ 78	Staatlicher Rechtsschutz gegen Kirchen und kirchliches Selbstbestimmungsrecht. Von <i>Wolfgang Rübner</i>	3267–3314
§ 79	Rechts- und Amtshilfe. Von <i>Dirk Ehlers</i>	3315–3346
Register		3347–3412
Verzeichnis der Mitarbeiter		3413–3417

X.

Kirchliches Dienst- und Arbeitsrecht

§ 57

Die Anwendung des staatlichen Arbeitsrechts auf Arbeitsverhältnisse zu Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften

Von Jacob Joussen

I. Grundsätzliches: Das verfassungsrechtliche Selbstbestimmungsrecht und das Arbeitsrecht	1–34
1. Die wesentlichen arbeitsrechtlichen Aussagen aus Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV	1–6
2. Die Dienstgemeinschaft	7–32
a) Der Befund: Relevanz der „Dienstgemeinschaft“ im Arbeitsrecht	8–11
b) Die inhaltliche Reichweite der „Dienstgemeinschaft“ im kirchlichen Arbeitsrecht	12–15
c) Wer bildet – aus arbeitsrechtlicher Sicht – die Dienstgemeinschaft?	16–23
d) Zusammenfassung zum Wert des Begriffs der Dienstgemeinschaft	24–32
3. Die Entscheidung zur Anwendung des staatlichen Arbeitsrechts	33–34
II. Der Anwendungsbereich des kirchlichen Arbeitsrechts	35–56
1. Personell	36–39
2. Sachlich: die Zuordnung	40–56
a) Materielles Kriterium	47–52
b) Formelle Kriterien	53–56
III. Besondere Felder des staatlichen Arbeitsrechts	57–143
1. Das Diskriminierungsrecht	57–77
a) § 9 Abs. 1 AGG und die Frage der Kirchenzugehörigkeit als Anknüpfungspunkt einer Arbeitgeberentscheidung	58–76
b) § 9 Abs. 2 AGG	77

2. Das Loyalitätsrecht	78–105
a) Grundsätzliches	78–83
b) Loyalitätsobliegenheiten vor dem europäischen Hintergrund	84–90
c) Loyalitätsanforderungen in der evangelischen Kirche	91–94
d) Loyalitätsanforderungen in der katholischen Kirche	95–105
3. Das Kündigungsrecht	106–123
a) Allgemein	106–117
b) Wegen des Kirchenaustritts	118–123
4. Das Arbeitsschutzrecht, insbesondere die sog. Kirchenklauseln und das Schutzrecht zugunsten von Menschen mit Behinderungen	124–129
5. Das Datenschutzrecht	130–143

I. Grundsätzliches: Das verfassungsrechtliche Selbstbestimmungsrecht und das Arbeitsrecht

1. Die wesentlichen arbeitsrechtlichen Aussagen aus Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV

- 1** Verfassungsrechtliche Grundlage für die Anwendung des staatlichen Arbeitsrechts auf Arbeitsverhältnisse der Kirchen und anderer Religionsgemeinschaften ist die Entscheidung des Parlamentarischen Rates, über Art. 140 GG die für die Begründung und Gestaltung von Dienstverhältnissen maßgebliche Bestimmung der Weimarer Reichsverfassung in die heutige Verfassungswirklichkeit zu überführen. Art. 137 Abs. 3 S. 1 und 2 WRV sind damit vollgültiges Verfassungsrecht.¹ Dort heißt es: „Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes. Sie verleiht ihre Ämter ohne Mitwirkung des Staates oder der bürgerlichen Gemeinde.“ Aus dieser Vorschrift, deren genauer Inhalt im Einzelnen unklar ist und Anlass für vielerlei Streit gibt, dem an dieser Stelle allerdings nicht nachgegangen wer-

¹ BVerfG, 14.12.1965 – 1 BvR 413/60, BVerfGE 19, 206 (219); BVerfG, 14.12.1965 – 1 BvL 31/62, BVerfGE 19, 226 (236); BVerfG, 25.3.1980 – 2 BvR 208/76, BVerfGE 53, 366 (400); BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 (167); *Axel von Campenhausen / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 41; *Dirk Ehlers*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 140 GG, Rn. 2 ff.; *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 3. Aufl. 2015, S. 41 f.

den kann², wird ein doppelter Schluss gezogen: Zum einen ist es den Religionsgemeinschaften eröffnet, ein System des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses zu schaffen. Zum anderen können sie aber auch, in gleicher Weise, verfassungsrechtlich garantiert die Freiheit in Anspruch nehmen, Dienst- und Arbeitsverhältnisse privatrechtlich zu gestalten.³

Da damit über Art. 140 GG die alte Norm des Art. 137 Abs. 3 WRV vollgültiges Verfassungsrecht ist, steht sie in dieser Konsequenz auch in ihrer Wertigkeit mit dem restlichen Verfassungsrecht auf einer Stufe.⁴ In der Regel geht man insofern zu Recht davon aus, dass die Weimarer Kirchenartikel zusammen mit den entsprechenden Normen des Grundgesetzes ein „organisches Ganzes“ bilden.⁵ Hinzu kommt, dass die Norm einen eigenständigen Regelungsgehalt aufweist, der über denjenigen des Art. 4 Abs. 1, 2 GG hinausgeht⁶, obwohl in der Judikatur etwa des Bundesarbeitsgerichts zwischen diesen verschiedenen Normtypen häufig nicht eigenständig differenziert wird. Man kann aber jedenfalls davon ausgehen, dass sich beide Grundgesetzartikel nicht vollständig in ihrem Schutzbereich überschneiden.⁷ Individuel-

2

² Dazu eingehend etwa *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 1), S. 98 ff.; *von Campenhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 99 ff.; *Jörg Winter*, Staatskirchenrecht der Bundesrepublik Deutschland. Eine Einführung mit kirchenrechtlichen Exkursen, 2. Aufl. 2008, S. 167 ff.

³ BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 (164 f.); *Wolfgang Rübner*, Das kirchlich rezipierte Dienstrecht der übrigen Bediensteten (§ 65), in: HSKR², Bd. 2, 1995, S. 877 (879); *Reinhard Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, 7. Aufl. 2015, § 2, Rn. 1; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 1), S. 114; *von Campenhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 178; *Winter*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 2), S. 199; schon *Josef Jurina*, Das Dienst- und Arbeitsrecht im Bereich der Kirchen in der Bundesrepublik Deutschland, 1979, S. 66 ff.

⁴ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273; BVerfG, 14.12.1965 – 1 BvR 413/60, BVerfGE 19, 206 (219); BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 (167).

⁵ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff.; BVerfG, 13.12.1983 – 2 BvL 13-15/82, BVerfGE 66, 1 (22); BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 (167).

⁶ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff. spricht insofern von „Selbststand“.

⁷ BVerfG, 25.3.1980 – 2 BvR 208/76, BVerfGE 53, 366 (401); BVerfG, 13.12.1983 – 2 BvL 13-15/82, BVerfGE 66, 1 (20); BVerfG, 14.5.1986 – 2 BvL 19/84, BVerfGE 72, 278 (289); *Konrad Hesse*, Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen (§ 17), in: HSKR², Bd. 1, S. 521 (526); so auch noch *Axel von Campenhausen*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl. 2005, Art. 140 GG/137 WRV, Rn. 27 (anders aber inzwischen *Axel von Campenhausen/Peter Unruh*, a. a. O., 6. Aufl. 2010, Art. 137 WRV, Rn. 29); *Axel von Campenhausen/de Wall*,

le Freiheitsverbürgung trifft insofern auf institutionelle Garantien zugunsten der Kirchen und Religionsgemeinschaften, selbst wenn auch Art. 4 GG korporative Züge aufweist.⁸

- 3 Aus den aufgeführten Diskrepanzen folgt, dass unverändert offen ist, inwieweit die Schrankenregelungen des Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV bzw. die fehlende Schrankenregelung in Art. 4 Abs. 1 GG miteinander harmonisiert werden können.⁹ Unstreitig wird jedoch davon ausgegangen, dass Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV den Kirchen und Religionsgemeinschaften die Eigenständigkeit einer kirchlichen Dienstverfassung zusichert.¹⁰ Daraus folgt, dass jede Religionsgemeinschaft ihre Ämter und Dienste ohne Mitwirkung des Staats oder der bürgerlichen Gemeinde verleiht und organisiert.¹¹ Eine erste Konsequenz ist die verfassungsrechtliche Berechtigung der Religionsgemeinschaften, ihre Ämter öffentlich-rechtlich zu regeln. Sie können infolgedessen ihre geistlichen Amtsträger, aber auch diejenigen, die für andere Aufgaben in der Gemeinschaft zuständig sind, als kirchliche Beamte tätig werden lassen.¹² Religionsgemeinschaften besitzen insofern eine Dienstherrenfähigkeit, und zwar als Befugnis, Dienstverhältnisse öffentlich-rechtlich zu begründen, wie Art. 137 Abs. 5 WRV nahelegt.¹³ Kennzeichen ist dann schon bei Begründung des Rechtsver-

Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 99; *Stefan Mückl*, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: HStR³, Bd. VII: Freiheitsrechte, 2009, § 159, S. 711 (758); *Winter*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 2), S. 170.

⁸ Siehe nur BVerfG, 16.10.1968 – 1 BvR 241/66, BVerfGE 24, 236 (245).

⁹ Siehe dazu *Hans Michael Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften, 2003, S. 155; so wird etwa vertreten, die Schranke des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 S. 1 auf Art. 4 GG zu übertragen, *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 137 WRV, Rn. 15; wohl auch *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 1), S. 96; genauso aber liest man, das kirchliche Selbstbestimmungsrecht sei wegen der Wirkung von Art. 4 GG nur durch verfassungsimmanente Schranken einschränkbar, etwa *Joseph Listl*, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. 377 f.

¹⁰ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff.; *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 3), § 1, Rn. 11.

¹¹ Art. 137 Abs. 1 S. 2 WRV hat insofern lediglich klarstellenden Charakter, vgl. *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 9), Art. 137 WRV, Rn. 49; *von Campenhause / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 101.

¹² Dazu siehe näher *Heinrich de Wall*, Pfarrer und Beamte: Dienstrecht / Disziplinarrecht und Lehrbeanstandung (§ 6), in: HEKR.

¹³ *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 9), Art. 137 WRV, Rn. 90; *von Campenhause / Unruh*, in: von Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 7), Art. 137 WRV, Rn. 219.

hältnisses, dass nicht ein Vertrag geschlossen, sondern ein Hoheitsakt vorgenommen wird, die Ernennung.

Umgekehrt sind Kirchen aber auch nicht gezwungen, alle ihre Beschäftigungsverhältnisse durch die Einrichtung von Beamtenverhältnissen zu regeln.¹⁴ Das Kirchenbeamtentum ist insofern nur eine mögliche Variante und Form kirchlicher Dienste.¹⁵ Letztlich steht den Kirchen und (jedenfalls den) als Körperschaften organisierten Religionsgemeinschaften verfassungsrechtlich verbürgt ein Wahlrecht innerhalb der für alle geltenden Gesetze zu.¹⁶ Fällt diese Wahl – wie bisher – so aus, dass nicht alle Aufgaben durch öffentlich-rechtlich bestellte Amtsträger ausgeübt werden, reicht das Wahlrecht aber noch weiter: Art. 137 Abs. 3 WRV eröffnet ihnen zusätzlich die Möglichkeit, Dienstverhältnisse einzugehen, die nicht den Vorschriften des staatlichen Arbeitsrechts, sondern eigenen Regelungen unterliegen. Sie können daher sowohl eigene Gestaltungsformen entwickeln, um den kirchlichen Dienst erbringen zu lassen¹⁷, sie können sich aber umgekehrt in gleicher Weise auch der jedermann offen stehenden Privatautonomie bedienen, um auf diesem Weg Dienst- oder dann eben auch Arbeitsverhältnisse zu begründen und zu regeln.¹⁸ Dieses auch zugunsten der Option „Privatautonomie“ ausübbares Wahlrecht ist Bestandteil des in Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstbestimmungsrechts. Infolgedessen können die Kirchen sämtliche von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Ordnungsformen des Privatrechts wählen, ohne dass dadurch zugleich die Zugehörigkeit zu den eigenen Angelegenheiten aufgehoben würde.¹⁹

4

¹⁴ *Jurina*, Dienst- und Arbeitsrecht (o. Fn. 3), S. 53, 64; *Hermann Weber*, Rechtsprobleme eines Anschlusses der Pfarrer und Kirchenbeamten an die gesetzliche Rentenversicherung der Angestellten, in: *ZevKR* 22 (1977), S. 346 ff., 368; *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 3), § 1, Rn. 20.

¹⁵ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff.

¹⁶ BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 (165); *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 3), § 2, Rn. 1.

¹⁷ Wie hier *Richardi*, ebd., § 2, Rn. 1; siehe aber auch die Kontroverse hierzu, vgl. *Ehlers*, in: *Sachs* (o. Fn. 2), Art. 137 WRV, Rn. 10 m. w. N.

¹⁸ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff.; BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/85, BVerfGE 70, 138 (165); *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 3), § 2, Rn. 1.

¹⁹ BVerfG, 25.3.1980 – 2 BvR 208/76, BVerfGE 53, 366 (392); BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 (165); *von Campenhausen / Unruh*, in: *von Mangoldt / Klein / Starck* (o. Fn. 7), Art. 137 WRV, Rn. 78; kritisch hierzu aber *Oswald von Nell-Breuning*, Kirchliche Dienstgemeinschaft, in: *Stimmen der Zeit* 195 (1977), S. 705 f.

- 5 Zusammenfassend ist letztlich davon auszugehen, dass die Verfassungsgarantie des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts in Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV den Kirchen und sonstigen Religionsgesellschaften die Möglichkeit einräumt, darüber zu befinden, welche Dienste es in ihren Einrichtungen geben soll und in welchen Rechtsformen sie wahrzunehmen sind. „Die Kirchen sind dabei nicht darauf beschränkt, für den kirchlichen Dienst besondere Gestaltungsformen zu entwickeln; sie können sich auch der jedermann offenstehenden Privatautonomie bedienen, um ein Dienstverhältnis zu begründen und zu regeln. Die im Selbstbestimmungsrecht der Kirchen enthaltene Ordnungsbefugnis gilt nicht nur für die kirchliche Ämterorganisation, sondern allgemein für die Ordnung des kirchlichen Dienstes. ‚Ordnen‘ und ‚Verwalten‘ im Sinne des Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV meint das Recht der Kirchen, alle eigenen Angelegenheiten gemäß den spezifischen kirchlichen Ordnungsgesichtspunkten, d. h. auf der Grundlage des kirchlichen Selbstverständnisses, rechtlich gestalten zu können. Darunter fällt auch die rechtliche Vorsorge für die Wahrnehmung kirchlicher Dienste durch den Abschluß entsprechender Arbeitsverträge.“²⁰ Andere Ansätze, die etwa das kirchliche Dienstrecht als „weder Arbeitsrecht noch öffentliches Recht, sondern Kirchenrecht“ ansahen, sind insofern heute als überholt anzusehen.²¹ Gleiches gilt für ihre diversen Fortführungen, die von einem Vorrang kirchlichen Rechts gegenüber staatlichem Recht ausgingen.²²
- 6 Anknüpfungspunkt dieses verfassungsrechtlichen Selbstbestimmungsrechts ist unverändert die Qualifikation als Religionsgemeinschaft. Das heißt aber zugleich, dass das Selbstbestimmungsrecht allen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften *ungeachtet ihrer Rechtsform* zusteht.²³ Das bedeutet dann auch, dass durch einen Gebrauch der Rechtsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts

²⁰ BVerfG, 4. 6. 1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 (165); BVerfG, 25. 3. 1980 – 2 BvR 208/76, BVerfGE 53, 366 (392); fast wortgleich dann auch wieder BVerfG, 22. 10. 2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff.

²¹ So etwa noch *Werner Kalisch*, Grund- und Einzelfragen des kirchlichen Dienstrechts, in: *ZevKR* 2 (1952/53), S. 24 (32).

²² Siehe nur *Theo Mayer-Maly*, Die arbeitsrechtliche Tragweite des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, in: *BB Beil.* 3/1977, S. 5 ff.; *Willi Geiger*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum kirchlichen Selbstbestimmungsrecht, in: *ZevKR* 26 (1981), S. 156 (164).

²³ BVerfG, 13. 10. 1998 – 2 BvR 1275/96, BVerfGE 99, 100 (120); *von Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 99; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 1), Rn. 153; zur Begrifflichkeit und Ausfüllung des Terminus „Religionsgemeinschaft“ vgl. etwa *Stefan Koriath*, → § 16, Rn. 9–12.

nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 5 WRV durch eine Religionsgemeinschaft die materielle Reichweite des Selbstbestimmungsrechts weder eingeschränkt noch erweitert wird.²⁴ Im Fokus stehen aber, gerade im Arbeitsrecht, unverändert und schon allein aufgrund der Zahlenverhältnisse, die beiden großen christlichen Kirchen, auf die daher auch die nachfolgenden Ausführungen im Wesentlichen konzentriert und auch sprachlich ausgerichtet sind.

2. Die Dienstgemeinschaft

Die Dienstgemeinschaft ist im Arbeitsrecht der beiden in Deutschland größten Religionsgemeinschaften, das heißt der beiden großen christlichen Kirchen, jedenfalls auf einen ersten Blick, ein Schlüsselbegriff. Die Besonderheiten des kirchlichen Arbeitsrechts scheinen ohne den Rekurs auf die Dienstgemeinschaft nicht begründbar. Dabei ist schon umstritten, wie die historische Genese dieses Begriffs mit heutigen Vorstellungen seines Inhalts in Übereinklang zu bringen ist. Insofern ist zunächst auf den Befund der aktuellen Diskussion einzugehen und nach der Relevanz der Dienstgemeinschaft im Arbeitsrecht zu fragen. In einem zweiten Schritt ist darzustellen, wer von der Dienstgemeinschaft erfasst ist. Auf dieser Grundlage können Schlussfolgerungen gezogen werden, die zu einer Einschätzung des Werts der Rede von der Dienstgemeinschaft aus arbeitsrechtlicher Perspektive beitragen können.

7

a) Der Befund: Relevanz der „Dienstgemeinschaft“ im Arbeitsrecht

Als grundlegend für die Ausübung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts im Arbeitsrecht wurde schon in frühen Zeiten des Grundgesetzes die „Dienstgemeinschaft“ angesehen.²⁵ Der Begriff

8

²⁴ Michael Germann, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), Beck-OK Grundgesetz, Stand: 15. 5. 2018, Art. 140, Rn. 39.

²⁵ Siehe Hermann Lührs, Dienstgemeinschaft als Abgrenzungsprinzip, in: AuK 2006, S. 95 ff.; AuK 2007, S. 12 ff.; er geht sogar davon aus, dass der Begriff aus noch früherer Zeit stammt. Dass jedoch Ähnlichkeiten zur nationalsozialistischen „Betriebsgemeinschaft“ entgegen anders lautender Auffassungen von Wilhelm Herschel, Kirche und Koalitionsrecht. Ein Rechtsgutachten, 1978, S. 34 ff. und Roderich Wahsner, Kirchlicher Dienst als Lohnarbeit. Zur Auseinandersetzung um das Streikrecht der Beschäftigten des kirchlichen Dienstes, in: Wider die „herrschende Meinung“. Beiträge für

der „Dienstgemeinschaft“ selbst ist dabei zwar inhaltlich unscharf und bislang nicht auch nur annähernd ausreichend erfasst. Er ist unverändert unklar und mehrschichtig, sein theologischer wie juristischer Ursprung sind kaum durchdrungen. Doch als kleinsten gemeinsamen Nenner findet man, „Dienstgemeinschaft“ bringe zum Ausdruck, dass alle im kirchlichen Dienst Tätigen dem Auftrag der Kirche verpflichtet sind, sofern und weil sie ihren Dienst als Auftrag und als Teilhabe am Heilswerk Jesu Christi erbringen.²⁶ Dieser kleinste gemeinsame Nenner liegt auch den folgenden Ausführungen zugrunde, die versuchen, die Dienstgemeinschaft in einen arbeitsrechtlichen Kontext zu stellen.

- 9 Gelegentlich wird versucht, einen Bezug zur Betriebsgemeinschaft herzustellen. Dies ist jedoch nicht nur nicht weiterführend, es verstellt stattdessen den Zugang zu einem vertretbaren Verständnis der Dienstgemeinschaft. Beide Konzepte sind nicht vergleichbar, mögen auch historisch Pfade zur Betriebsgemeinschaft führen, wenn die Dienstgemeinschaft Thema ist.²⁷

Wolfgang Abendroth, hg. von Norman Paech / Gerhard Stuby, 1982, S. 78 (89) – der gar von einer „unheimlichen Nähe der kirchlichen Dienstgemeinschaft zur faschistischen Wertung des Arbeitsverhältnisses“ spricht – nur terminologischer Natur sind, dazu *Jacob Joussen*, *Ut unum sint* – Betriebsgemeinschaft und Dienstgemeinschaft im Arbeitsrecht, in: RdA 2007, S. 328 (331); überzeugend auch *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 3), § 4, Rn. 18.

²⁶ Etwa *Matthias Hirschfeld*, Die Dienstgemeinschaft im Arbeitsrecht der evangelischen Kirche, 1999, S. 19; vgl. auch insgesamt die Dissertation von *Raphael Ehrlich*, Dienstgemeinschaft und Arbeitnehmerüberlassung, 2013; *Josef Jurina*, Die Dienstgemeinschaft der Mitarbeiter der kirchlichen Diakonies, in: ZevKR 29 (1984), S. 171 (173); *Reinhard Richardi*, Dienstgemeinschaft als Grundprinzip des kirchlichen Arbeitsrechts, in: Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag, hg. von Stefan Muckel, 2003, S. 727 ff., S. 730; *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 3), § 4, Rn. 10 ff.; vgl. auch *Gregor Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, 2006, S. 4 mit Verweis auf die Präambel des Mitarbeitervertretungsgesetz der Evangelischen Kirche in Deutschland (MVG.EKD) vom 6.11.1992 (ABl. EKD S. 445), inzwischen in der Fassung der Neubekanntmachung 12.11.2013 (ABl. EKD S. 425): „Kirchlicher Dienst ist durch den Auftrag bestimmt, das Evangelium in Wort und Tat zu verkünden, alle Frauen und Männer, die beruflich in Kirche und Diakonie tätig sind, wirken als Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter an der Erfüllung dieses Auftrages mit. Die gemeinsame Verantwortung für den Dienst der Kirche und ihrer Diakonie verbindet Dienststellenleitungen und Mitarbeiter wie Mitarbeiterinnen zu einer Dienstgemeinschaft und verpflichtete sie zu vertrauensvoller Zusammenarbeit“, vgl. dazu etwa *Martin Richter*, in: Berliner Kommentar zum Mitarbeitervertretungsgesetz der Evangelischen Kirche in Deutschland. MVG.EKD, hg. von Utz Andelewski u. a., 2007, Präambel, Rn. 1 ff., 4.

²⁷ Ausführlich dazu *Jacob Joussen*, *Ut unum sint* (o. Fn. 25), S. 328 ff.

Das über die bloße Betriebsgemeinschaft Hinausweisende der Dienstgemeinschaft beruht darauf, dass die Betriebsgemeinschaft stets insofern in einem internen Kontext verharrete, als aus ihr allein rechtliche Folgen für die von der Betriebsgemeinschaft betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber erwuchsen. Demgegenüber ist die „Dienstgemeinschaft“ etwas entscheidend anderes: In ihr ist nämlich immer eine externe Komponente angelegt. Dies wird deutlich, wenn man sich nochmals den Ausgangspunkt für die „Dienstgemeinschaft“ vor Augen führt.²⁸ Dienstgemeinschaft hat insofern – anders als die Betriebsgemeinschaft – wesentlich zwei Seiten. Eine nach innen wirkende: Sie verbindet alle am Auftrag der Kirche Teilnehmenden, zu diesem Zweck Tätigen, unabhängig davon, auf welcher vertraglichen Grundlage oder in welcher Einrichtung. Schon hier geht sie jedoch über die Betriebsgemeinschaft hinaus: Denn sie ist gerade nicht auf einen Betrieb beschränkt, sondern erfasst alle am Auftrag der – jeweiligen – Kirche Teilnehmenden. Hinzu kommt eine nach außen wirkende Dimension: nämlich die Erfüllung des Missionsauftrags und die Verwirklichung des Willens Christi in der Welt. Es geht also zentral bei allem kirchlichen Tätigwerden, auch demjenigen, in dem die Kirche Arbeitgeber ist, um die Wahrnehmung eines Auftrags.

Die „Dienstgemeinschaft“ ist damit mehr als nur die Legitimationsbasis in einzelnen Bereichen; und wenn auch ihre eigene Charakteristik noch zu bestimmen ist, muss doch stets berücksichtigt werden, dass Arbeitsverhältnisse in der Kirche insofern von der „Dienstgemeinschaft“ geprägt sind, als hier eine funktionale Besonderheit in diese hineinkommt. Es geht eben nicht nur um Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Zwar erfolgt auf diesem Weg nicht eine Durchbrechung der Bipolarität des Schuldverhältnisses, es bleibt bei seiner Zweiseitigkeit. Aber es muss doch deutlich sein, dass dieses Schuldverhältnis unter der besonderen Prämisse der Dienstgemeinschaft steht, und zwar nach außen wie nach innen.

²⁸ S. beispielhaft *Hirschfeld*, Dienstgemeinschaft (o. Fn. 26), S. 19; ausführlich auch die Dissertation von *Ehrlich*, Dienstgemeinschaft (o. Fn. 26), passim.

*b) Die inhaltliche Reichweite der „Dienstgemeinschaft“
im kirchlichen Arbeitsrecht*

- 12** Inhaltlich ist bis heute kein klares Bild von der Reichweite der Dienstgemeinschaft entwickelt worden. Dies mag verschiedene Ursachen haben, nicht zuletzt auch diejenige, dass verschiedene Ebenen ins Spiel kommen, eine rechtliche und eine theologische. „Die Übertragung des theologischen Begriffs der Dienstgemeinschaft in das Arbeitsrecht ist das eigentliche Problem“.²⁹ Dies ist im Kern zutreffend.
- 13** Konzentriert man sich aber auf die arbeitsrechtliche Dimension der „Dienstgemeinschaft“, ist zu bemerken, dass diese in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen unter dem Hinweis herangezogen wird, im kirchlichen Bereich bestehe eine Dienstgemeinschaft, und deshalb seien Besonderheiten gerechtfertigt. Dies ist schon deshalb problematisch, weil so der Eindruck entsteht, die Kirchen müssten immer nur auf „die Dienstgemeinschaft“ verweisen, und schon sei eine Abweichung vom weltlichen Recht legitimiert. Nur am Rande sei erwähnt, dass die verfassungsrechtlich durch Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV legitimierte Schaffung eines eigenen kirchlichen Arbeitsrechts unter Rekurs auf die „Dienstgemeinschaft“ zwar heute nicht mehr bestritten wird; doch hat es gerade zu Beginn der Entwicklung heftigen Widerstand gegeben, etwa von *Oswald von Nell-Breuning*, der sich stets vehement gegen die von ihm so genannte theologische Sublimierung der Interessengegensätze und den Rückzug auf die Dienstgemeinschaft eingesetzt hat.³⁰
- 14** Individualarbeitsrechtlich gilt, dass sich die Kirchen dafür entschieden haben, von ihrer verfassungsrechtlich gewährten Freiheit keinen Gebrauch zu machen; stattdessen wenden sie das allgemeine Arbeitsrecht an. Weil jedoch eine Dienstgemeinschaft besteht, verlangt die Kirche als Arbeitgeber ein höheres Maß an Loyalität, als dies einem weltlichen Arbeitgeber möglich wäre. Dies wird von der weltlichen Rechtsprechung in bestimmten Grenzen gebilligt. Dem Bundesarbeitsgericht zufolge bestehen im kirchlichen Arbeitsverhältnis auch beim außerdienstlichen Verhalten Loyalitätsobliegenheiten, denn die Erfüllung kirchlicher Aufgaben vertrage „keine scharfe

²⁹ *Manfred Freyermuth u.a.*, Perspektiven aus der Praxis, in: Der Dritte Weg auf dem Prüfstand, hg. von Reiner Anselm / Jan Hermelink, 2006, S. 100.

³⁰ S. etwa *Oswald von Nell-Breuning*, Dienste in der Kirche, in: Stimmen der Zeit 195 (1977), S. 491 ff.; *ders.*, Kirchliche Dienstgemeinschaft (o. Fn. 19), S. 705 ff.

Scheidung von dienstlicher Loyalität und außerdienstlicher Ungebundenheit.“³¹ Und das Bundesverfassungsgericht sagt den Kirchen zu, sie seien schon auf Grund der Verfassungsgarantie des Selbstbestimmungsrechts befugt, durch den Vertragsschluss „einem kirchlichen Arbeitnehmer besondere Obliegenheiten einer kirchlichen Lebensführung“ aufzuerlegen.“³² Die Verfassungsgarantie selbst schließe ein, „dass die Kirchen der Gestaltung des kirchlichen Dienstes auch dann, wenn sie ihn auf der Grundlage von Arbeitsverträgen regeln, das besondere Leitbild einer christlichen Dienstgemeinschaft aller ihrer Mitarbeiter zugrunde legen können.“³³

Ähnlich wird auch im kollektiven Arbeitsrecht die „Dienstgemeinschaft“ bemüht, um besondere Regelungen im kirchlichen Bereich zu legitimieren.³⁴

15

c) Wer bildet – aus arbeitsrechtlicher Sicht – die Dienstgemeinschaft?

Wer aber ist von diesen Besonderheiten erfasst, die sich aus dem Umstand ergeben, im kirchlichen Bereich bestünde eine Dienstgemeinschaft? Auf wen wirkt sich diese aus? Ein bedeutsamer Teil der Mitglieder dieser Dienstgemeinschaft, die von den genannten Besonderheiten überhaupt nicht erfasst werden, setzt sich aus den Kirchenbeamten sowie Pfarrerinnen und Pfarrern zusammen. Sie unterfallen nicht dem kirchlichen Arbeitsrecht, sind aber gleichwohl zweifellos Teil der Dienstgemeinschaft. Denn auch sie sind tätig bei der Erfüllung des Auftrags Christi in der Welt. Die Dienstgemeinschaft setzt sich aus all denjenigen zusammen, die an der Erfüllung des Auftrags der Kirche in der Welt mitarbeiten. Dabei kann die Mitarbeit auf unterschiedlicher Grundlage erfolgen. Nach evangelischem Verständnis etwa ist Grundlage dieser Dienstgemeinschaft das Priestertum aller Gläubigen.³⁵ Doch werden insgesamt alle Mitarbeiter wie

16

³¹ BAG, 25.4.1978 – 1 AZR 70/76, BAGE 30, 247 ff.

³² BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 (165).

³³ BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 (165).

³⁴ Kritisch dazu *Jacob Joussen*, Grundlagen, Entwicklungen und Perspektiven des kollektiven Arbeitsrechts der Kirchen, in: *EssGespr.* 46 (2012), S. 53 ff.; s. auch *Gregor Thüsing*, → § 59.

³⁵ *Axel von Campenhausen*, Die Verantwortung der Kirche und des Staates für die Regelung von Arbeitsverhältnissen im kirchlichen Bereich, in: *EssGespr.* 18 (1984), S. 9 ff., S. 24; *Hans-Richard Reuter*, Kirchenspezifische Anforderungen an die privatrechtliche berufliche Mitarbeit in der evangelischen Kirche und ihrer Diakonie. Theologisches Gutachten zum Entwurf

auch die Dienststellenleitungen erfasst, und zwar unabhängig von ihrer Konfession. Zwar haben Dienstgeber auf der einen und alle Mitarbeiter auf der anderen Seite verschiedene Funktionen, die sie jeweils übernehmen, doch sind sie in der Dienstgemeinschaft gleichwertig beteiligt und wirken ohne Unterschied an der Verwirklichung des kirchlichen Heils- und Verkündigungsauftrags zusammen³⁶: „Die gemeinsame Verantwortung für den Dienst der Kirche und ihrer Diakonie verbindet Dienststellenleitung und Mitarbeiter wie Mitarbeiterinnen zu einer Dienstgemeinschaft und verpflichtet sie zu vertrauensvoller Zusammenarbeit.“³⁷ Und ähnlich heißt es in § 2 Abs. 1 der Loyalitätsrichtlinie: „Alle Frauen und Männer, die in Anstellungsverhältnissen in Kirche und Diakonie tätig sind, tragen in unterschiedlicher Weise dazu bei, dass dieser Auftrag erfüllt werden kann.“³⁸ Im Ergebnis gilt daher, dass Mitarbeiter aufgrund eines ganz unterschiedlichen Rechtsstatus Mitglied der Dienstgemeinschaft sein können.³⁹

- 17 Zur Dienstgemeinschaft gehören damit neben den kirchlichen Amtsträgern vor allem auch diejenigen, die – innerhalb des Arbeitsrechts – als Arbeitnehmer mitwirken. Dies gilt im katholischen wie evangelischen Bereich und unabhängig von ihrer Konfession oder auch Zugehörigkeit zur Kirche. Hierzu präzisiert für den evangelischen Bereich § 3 Abs. 1 S. 2 der genannten Loyalitätsrichtlinie jedoch schon, dass die Zugehörigkeit zu einer Gliedkirche der Evangelischen Kirche in Deutschland oder einer Kirche, mit der eine Kirchengemeinschaft besteht, zwar grundsätzlich erforderlich ist. Von dieser Voraussetzung für die Mitarbeit und damit für den Eintritt in die Dienstgemeinschaft kann jedoch nach § 3 Abs. 2 unter bestimm-

einer „Loyalitätsrichtlinie“ des Rates der EKD, in: epd-Dokumentation 29/2005, S. 13 (22); *Michael Haspel*, Streit über den Entwurf einer „Loyalitätsrichtlinie“ für privatrechtliche berufliche Mitarbeit in EKD und Diakonie, in: epd-Dokumentation 35/2004, S. 3 (9); *Reinhard Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, 7. Aufl. 2015, § 4, Rn. 11; *Christian Schielke*, Mitarbeitervertretungsgesetz, 2007, S. 91; kritisch aber *Hirschfeld*, Dienstgemeinschaft (o. Fn. 26), S. 219; aus katholischer Sicht ebenfalls kritisch: *Jurina*, Die Dienstgemeinschaft (o. Fn. 26), S. 176 f.

³⁶ *Rüfner*, Dienstrecht (o. Fn. 3), S. 892.

³⁷ Präambel MVG.EKD.

³⁸ Richtlinie des Rates über kirchliche Anforderungen der beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und des Diakonischen Werkes der EKD vom 9. 12. 2016 (ABl. EKD 2017 S. 11).

³⁹ *Hans Michael Heinig*, Dienstgemeinschaft und Leiharbeit – kirchenrechtliche Probleme eines komplexen Rechtsbegriffs, in: ZevKR 54 (2009), S. 62 (69).

ten Voraussetzungen abgesehen werden. Alle Mitarbeitenden sind aber dann, sobald sie als Beschäftigte tätig werden, Teil der Dienstgemeinschaft und unterfallen auch den arbeitsrechtlichen Regelungen, die im kirchlichen Raum gelten – unabhängig von ihrer eigenen Vorstellung.⁴⁰

Ob neben diesen mit einer kirchlichen Einrichtung arbeitsvertraglich verbundenen Beschäftigten auch noch weitere Personen Teil der Dienstgemeinschaft sind bzw. sein können, ist unklar und wird nicht einheitlich beurteilt. Während die Einschätzung hinsichtlich solcher Personen, die nur gelegentlich zur Arbeitsverrichtung in einer Einrichtung hinzugezogen werden und etwa auf der Basis eines Werkvertrags eine Leistung erbringen, noch recht eindeutig ist – sie sind regelmäßig nicht Mitglied der Dienstgemeinschaft⁴¹ –, ist die Diskussionslage hinsichtlich der in einer kirchlichen Einrichtung tätigen Leiharbeitnehmer sehr viel schwieriger. Unabhängig davon, ob sie in den Anwendungsbereich des MVG.EKD oder der MAVO⁴² einzubeziehen sind und somit beispielsweise ihre Einstellung mitbestimmungspflichtig ist, stellt sich die Frage, inwieweit sie überhaupt in den Anwendungsbereich des kirchlichen Arbeitsrechts fallen, also Teil der Dienstgemeinschaft sind.⁴³

Diesbezüglich wird vertreten, sowohl die kirchlichen Normen als auch das dem weltlichen Recht zu entnehmende Verständnis der Leiharbeit sprächen nachhaltig dagegen, Leiharbeitnehmer grundsätzlich der kirchlichen Dienstgemeinschaft des Entleihers in der gleichen Weise zuzuordnen wie Stammarbeitnehmer.⁴⁴ Vielmehr sei nur dann, wenn der Leiharbeitnehmer mit einer gewissen Dauer in einer kirchlichen Einrichtung tätig sei, von seiner Integration in der

⁴⁰ Vgl. *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 3), § 4, Rn. 24; zum Aspekt der Kirchenzugehörigkeit als Erfordernis einer Mitarbeit in der Kirche vgl. ausführlich unten in Teil III. 1. a.

⁴¹ *Jacob Jousen*, Outsourcing und Ausgründungen im kirchlichen Bereich, in: KuR 2009, S. 1 (7) – vgl. aber auch unten konkreter unter Fn. 56.

⁴² Vgl. dazu für das MVG.EKD *Utz Andelewski/Sebastian Kreuziger*, in: MVG.EKD (o. Fn. 26), § 2, Rn. 11; *Bernhard Baumann-Czichon u. a.*, MVG.EKD, 3. Aufl. 2009, § 2, Rn. 19; *Detlev Fey/Olaf Rehren*, in: MVG.EKD, Losebl., Stand 2018, § 2, Rn. 8; für die MAVO etwa *Adolf Thiel*, in: MAVO, hg. von Adolf Thiel/Martin Fuhrmann/Manfred Jüngst, 7. Aufl. 2014, § 3, Rn. 61 ff.

⁴³ Dafür, dass diese Fragen zu trennen sind, siehe schon *Jousen*, Outsourcing (o. Fn. 41), S. 7.

⁴⁴ *Gregor Thüsing*, Leiharbeitnehmer in der Caritas und Diakonie, in: Festschrift für Reinhard Richardi zum 70. Geburtstag, hg. von Gregor Annuß u. a., 2007, S. 989 (996).

Dienstgemeinschaft auszugehen, so dass er auch erst dann die vollen Rechte und Pflichten eines kirchlichen Dienstnehmers habe: Von einer – vollen – Zugehörigkeit zur Dienstgemeinschaft sei somit bei diesen Personen nur bei einer dauerhaften Eingliederung auszugehen.⁴⁵

- 20 Doch überzeugt dieser Ansatz deshalb nicht, weil er zu pauschal argumentiert. Er nimmt nicht ausreichend in den Blick, dass es nicht um eine Betriebsgemeinschaft, sondern um die Dienstgemeinschaft geht, die *alle* am Nachfolgedienst Jesu Christi Beteiligten erfasst.⁴⁶ Die Dienstgemeinschaft ist eben nicht, wie noch die Betriebsgemeinschaft, auf diejenigen bezogen, die innerhalb einer organisatorischen Einheit des Arbeitgebers tätig werden, sondern die Dienstgemeinschaft weist weit darüber hinaus. Für die Beurteilung der Teilhabe der Leiharbeiternehmer an der Dienstgemeinschaft folgt daraus, dass es entscheidend ist, ob die Leiharbeiternehmer ihrerseits in einem kirchlichen Dienst stehen. Unabhängig davon, ob man ein derartiges ökonomisch orientiertes Vorgehen des kirchlichen Arbeitgebers, das heißt den Einsatz von Leiharbeit überhaupt, billigt⁴⁷, muss man sich insofern bewusst sein, dass die Argumentation „ein Betrieb – eine Gemeinschaft“, die auch der Kirchengerichtshof der EKD (KGH EKD) in seiner Leitentscheidung zur Zulässigkeit der Leiharbeit in kirchlichen Einrichtungen im Jahr 2006 heranzieht⁴⁸, zu eng ist.⁴⁹ Denn sie passt nicht auf jeden Fall der Leiharbeit. Gründet etwa ein Pflegeheim eine kirchliche Zeitarbeitsfirma oder greift auf eine solche zurück, sind zweifellos auch die Leiharbeiternehmer Mitglieder der christlichen Dienstgemeinschaft. Dies steht auch nicht deshalb in Frage, weil auf diese Weise in einer Dienststelle verschiedene Mitarbeitergruppen tätig sind.⁵⁰ Denn die Dienstgemeinschaft ist gerade

⁴⁵ Thüsing, ebd., S. 996.

⁴⁶ Joussen, Ut unum sint (o. Fn. 25), S. 328 ff.

⁴⁷ Kritisch hierzu *Bernhard Baumann-Czichon*, Erdbeben in der Diakonie: Das Ende der Leiharbeit, in: AuK 2006, S. 86 ff.

⁴⁸ KGH.EKD, 9.10.2006 – II-0124/M35-06, in: NZA 2007, S. 761 ff.; zur Entscheidung siehe kritisch *Heinig*, Dienstgemeinschaft (o. Fn. 39), in: ZevKR 54 (2009), S. 62 ff., der insbesondere die Begründung für unbefriedigend hält; ausführlich gerade zu diesem Thema der Einbeziehung von Leiharbeiternehmern in die Dienstgemeinschaft die Dissertation von *Ehrlich*, Dienstgemeinschaft (o. Fn. 26), passim.

⁴⁹ Dazu kritisch *Jacob Joussen*, Formen der Arbeitnehmerüberlassungen in kirchlichen Einrichtungen und das Selbstverständnis kirchlicher Arbeitnehmer, in: ZMV-Sonderheft 2007, S. 24 (29).

⁵⁰ *Joussen*, Outsourcing (o. Fn. 41), S. 20; zustimmend insoweit *Reinhard Richardi*, Abspaltung von der Kirche durch Ausgründung und Leiharbeit, in:

keine Betriebsgemeinschaft.⁵¹ Der Blick allein auf die einzelne Einrichtung und die Tatsache, dass dort sowohl festangestellte als auch ausgeliehene Arbeitnehmer tätig werden, ist zu eng. Sobald Leiharbeiter dem kirchlichen Arbeitsrecht zuzuordnen, sie also bei einem das kirchliche Arbeitsrecht anwendenden Dienstgeber beschäftigt sind, sind sie Mitglied der Dienstgemeinschaft, eben weil ihr Unternehmen der Kirche zugeordnet ist: Denn nicht allein die Mitarbeiter und Leitenden in einem Betrieb gehören zu der Dienstgemeinschaft, sondern alle in der Kirche Tätigen. Argumentiert man so, wie es etwa der KGH.EKD zu undifferenziert in seiner Leiharbeitsentscheidung tut, verengt man den Begriff der Dienstgemeinschaft unzulässig auf den Betrieb und setzt ihn dem Begriff der Betriebsgemeinschaft gleich.⁵²

Daraus folgt, dass die Beschäftigung in Form der Leiharbeit nur dann gegen die Dienstgemeinschaft verstößt und die Leiharbeiter nur dann nicht Teil der Dienstgemeinschaft sind, wenn der kirchliche Arbeitgeber Unternehmen gründet, die er bewusst außerhalb seines eigenen Arbeitsrechts stellt, um gerade dieses zu umgehen. Dann entstehen in der Tat zwei Arbeitnehmergruppen, und die eine von beiden ist nicht mehr in der Dienstgemeinschaft – so dass eine Dienstgemeinschaft insgesamt nicht mehr besteht. Der kirchliche Arbeitgeber kann aber kirchliche Unternehmen gründen, die zur Aufgabe haben, Arbeitnehmer zu verleihen – sofern dieses Unternehmen nur im kirchlichen Rechtskreis verbleibt und dadurch zum Ausdruck bringt, dass es Mitglied der umfassenden Dienstgemeinschaft ist.⁵³

Demzufolge ist ein Leiharbeiter, der bei einer kirchlichen Verleihfirma tätig ist, grundsätzlich Mitglied der Dienstgemeinschaft – entscheidend ist allein die Kirchlichkeit des Dienstgebers. Ist er der Kirche zugeordnet, sind auch die Leiharbeiter Mitglied der Dienstgemeinschaft, mögen sie auch mitarbeitervertretungsrechtlich von einer anderen Mitarbeitervertretung vertreten werden als das

Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, hg. Ulrich Baeck u. a., 2010, S. 859 (866).

⁵¹ Jousen, Ut unum sint (o. Fn. 25), S. 328 ff.

⁵² Wie hier, auch Heinig, Dienstgemeinschaft (o. Fn. 39), S. 69; Hans-Tjabert Conring, Leiharbeit in der Diakonie: Beschluss des KGH.EKD zur Zeitarbeit verwechselt Dienstgemeinschaft und Dienststellengemeinschaft, in: Curacontact 2007, S. 4 f.

⁵³ Jousen, Outsourcing (o. Fn. 41), S. 1 ff; insoweit ist allerdings zu unterscheiden, ob er im Sinne des MVG.EKD Teil des ausleihenden Betriebs ist. Dies ist dann aber eine Frage des Mitarbeitervertretungsrechts.

Stammpersonal einer Einrichtung. Nur bei Firmen, die – wenn auch unter kirchlicher Beteiligung – dem weltlichen Recht zuzuordnen sind, ist die Dienstgemeinschaft aufgebrochen. Diese grundsätzliche Trennlinie vermeidet insbesondere auch die schwierige und letztlich nicht begründbare Argumentation, wann eine Leiharbeit lediglich „kurzzeitig“, wann hingegen „substituierend“ ist und welche Loyalitätspflichten lediglich „ausgedünnt“ bzw. „abgestuft“ zum Tragen kommen sollen.⁵⁴

- 23** Insgesamt gilt aber für alle Formen des Fremdpersonaleinsatzes in der Kirche ein besonderes Argumentationserfordernis. Das betrifft somit nicht nur Leiharbeitnehmer, deren Zugehörigkeit zur Dienstgemeinschaft soeben angesprochen worden ist, sondern in gleichem Maße auch alle anderen Möglichkeiten des Fremdpersonals, etwa durch eine Gestellung⁵⁵ oder einen Werkvertrag^{56, 57}. In allen diesen Fällen kann jeweils ein Verstoß einer derartigen Einsatzform gegen die Dienstgemeinschaft liegen, wenn und soweit auf diese Weise Mitarbeitende in die Einrichtung hineingebracht werden, die Tätigkeiten wahrnehmen, die eigentlich von den Mitgliedern der Dienstgemeinschaft selbst übernommen werden.⁵⁸ Je nach Einschätzung folgt daraus dann auch nicht zuletzt, inwieweit die in einer Einrichtung tätige Mitarbeitervertretung für die Betroffenen zuständig ist.⁵⁹

⁵⁴ *Thüsing*, Leiharbeitnehmer (o. Fn. 44), S. 989 ff., 999 ff.

⁵⁵ Zumindest missverständlich KAGH, 7.6.2013 – M 22/12, in: ZMV 2013, S. 207 ff.; s. auch *Hermann Reichold*, Zur Genehmigungspflicht von Personalgestellungen in der verfassten Kirche nach dem AUG, in: ZTR 2013, S. 600 ff.

⁵⁶ Gerade hierzu vgl. die ausführliche Rechtsprechung des KGH.EKD, etwa vom 25.4.2013 – II-0124/W10-14, in: ZMV 2014, S. 338 ff.; KGH.EKD, 15.4.2013 – I-0124/U29-12, in: ZMV 2014, S. 104 ff.; insgesamt zu besonders dieser Thematik *Norbert Manterfeld*, Neue Grenzen des Fremdpersonaleinsatzes in kirchlichen Krankenhäusern nach der aktuellen Rechtsprechung des Kirchengerichtshofs der EKD, in: ZAT 2015, S. 8 ff.

⁵⁷ *Stefan Ihli*, Fremdpersonaleinsatz in der Kirche, in: ZAT 2015, S. 159 ff.

⁵⁸ *Manterfeld*, Neue Grenzen (o. Fn. 56), S. 8 (9 ff.).

⁵⁹ *Roswitha Stöcke-Muhlhack*, Beteiligungsrechte der Mitarbeitervertretung bei Fremdpersonaleinsatz, in: ZMV 2014, Sonderheft zur 17. Fachtagung zum kirchlichen Arbeitsrecht, S. 70 ff.

d) Zusammenfassung zum Wert des Begriffs der Dienstgemeinschaft

Die Dienstgemeinschaft umfasst nach dem zuvor Ausgeführten als Konzeption kirchlicher Arbeitsverhältnisse in arbeitsrechtlicher Hinsicht eine Vielzahl höchst unterschiedlicher rechtlicher Gestaltungsweisen. Sie beschreibt dabei nicht einen Verband im Rechtssinne.⁶⁰ Gleichwohl hat sie rechtserhebliche Bedeutung. An der Verwendung dieses Begriffs im Arbeitsrecht sollte man daher festhalten. Schon das Alleinstellungsmerkmal der Arbeit in der Kirche und im Dienst am Nächsten wird von der Verfassung anerkannt und privilegiert; auch Europa akzeptiert (in Maßen) diese Sonderstellung.⁶¹ Dies rechtfertigt eine besondere Terminologie mit einer nach außen hin wirkenden Betonung. Weil die Verwendung des Begriffs Dienstgemeinschaft deutlich macht, dass Arbeitsrecht in der Kirche „mehr“ ist, nämlich in der Tradition eines Auftrags steht, ist die Begrifflichkeit selbst wertvoll.

Wenn der Begrifflichkeit von der „Dienstgemeinschaft“ vorgeworfen wird, sie sei ein hauptsächlich von juristischen Akteuren geprägter Begriff, ein theologischer Konsens sei nicht feststellbar, so ist dieser Kritik aber nicht zu widersprechen. Es hat zwar in der Tat verschiedentlich Versuche gegeben, die theologischen Grundlagen der Dienstgemeinschaft näher zu untersuchen, etwa von *Haspel*⁶², *Reuter*⁶³ oder *Beese*⁶⁴, aber sie sind nicht sehr weit gediehen, auch haben sie sich (naheliegenderweise) kaum mit dem eigentlichen, letztlich wesentlich *juristischen* Problem befasst: Wie wirkt die theologische Dimension auf das arbeitsrechtliche Verständnis ein? Vielmehr handelte es sich bei ihnen überwiegend um rechtstheologische Abhandlungen. Doch dürfen ohnehin die theologische und juristische Dimension nicht miteinander verwechselt und vermischt werden, eine

⁶⁰ *Heinrich Gehring / Christoph Thiele*, in: Das Arbeitsrecht im BGB, hg. von Harald Schliemann, 2. Aufl. 2003, § 630 Anhang Kirchenarbeitsrecht, Rn. 48.

⁶¹ Zur Europarechtsfestigkeit des kirchlichen Arbeitsrechts *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 3), § 1, Rn. 31 ff.; umfassend *Gerd Müller-Volbehr*, Europa und das Arbeitsrecht der Kirchen, 1999; in diesem Sinne sind auch die jüngsten Entscheidungen des EGMR in den Rechtssachen *Schüth*, *Obst* und *Siebenhaar* zu verstehen, dazu unten ausführlich.

⁶² *Haspel*, „Loyalitätsrichtlinie“ (o. Fn. 35), S. 5.

⁶³ *Reuter*, Kirchenspezifische Anforderungen (o. Fn. 35), S. 13 ff.

⁶⁴ Im Internet ist das Gutachten abrufbar unter <<https://www.diakonie-rwl.de/cms/media//pdf/aktuelles/dossier/dritterWeg/ProfBeese-DerDritteWeg201011.pdf>>.

gleichberechtigte Verknüpfung droht schnell zu einer Überforderung des juristischen Diskurses zu geraten.⁶⁵

26 Wenn somit auch die Dienstgemeinschaft als eigenständiger Topos verwendet werden sollte, darf er aber nicht derart überhöht werden, wie dies gelegentlich geschieht.⁶⁶ Sie steht in erster Linie dafür, dass das gemeinsame, von arbeitsrechtlichen Beziehungen geprägte Tätigwerden in der Kirche durch eine besondere Grundlage konditioniert wird, nämlich durch den hinter allem stehenden Auftrag Christi.⁶⁷ Damit werden die Arbeitsrechtsbeziehungen nicht überhöht, bestehende Interessengegensätze und Rechtsfragen werden nicht quasi-sakralisiert, es wird allein deutlich gemacht, dass die „Geschäftsgrundlage“ eine andere ist: Dann ist diese Geschäftsgrundlage eine theologisch zu begründende, doch alle Einzelfragen sind juristischer Natur, die vor diesem besonderen Hintergrund eigenständig zu beantworten sind. Diese Eigenständigkeit rechtfertigt den Gebrauch des Begriffes. Auf ihn zu verzichten, hieße, das anerkannt Eigenständige aufzugeben.

27 Damit ist deutlich, dass das Bestehen einer Dienstgemeinschaft keinen Argumentationsersatz darstellt, wo es um (arbeits-)rechtliche Fragen geht. Entscheidend ist dann jedoch, welche Verbindung zwischen Arbeitsrecht und Dienstgemeinschaft besteht oder bestehen sollte. Sämtliche angesprochenen Besonderheiten betreffen im Wesentlichen nur einen Teil der Dienstgemeinschaft, nämlich Arbeitnehmer. In allen anderen Bereichen scheint die Dienstgemeinschaft keine besonderen Auswirkungen zu haben. Das ist unbefriedigend und so auch nicht haltbar, denn auch die Dienstgeber sind nicht nur Teil dieser Gemeinschaft, auch für sie müssen sich vielmehr Konsequenzen daraus ergeben, etwa im Hinblick darauf, wie sie mit ihren Mitarbeitenden umgehen. Die Dienstgemeinschaft mag daher zwischen allen am Verkündigungsauftrag Beteiligten bestehen, argumen-

⁶⁵ Joussen, Grundlagen (o. Fn. 34), S. 52 ff., 56.

⁶⁶ Eine umfassende Bestandsaufnahme zu dem Stand der Diskussion um diesen Begriff aus theologischer wie juristischer Perspektive findet sich in den Beiträgen von Hermann Lührs, Hans Michael Heinig, Martin Morlok, Norbert Manterfeld, Jacob Joussen, Michael Germann, Christian Albrecht, Thorsten Moos, Traugott Jänichen und Kerstin Griesek, in: Kirchliches Arbeitsrecht. Dienstgemeinschaft: Ein Begriff auf dem Prüfstand (epd-Dokumentation 17/2013).

⁶⁷ Joussen, Ut unum sint (o. Fn. 25), S. 328 ff., 333 f.; Jurina, Die Dienstgemeinschaft (o. Fn. 26), S. 171 ff.; Richardi, Dienstgemeinschaft (o. Fn. 26), S. 732.

tativ herangezogen wird sie aber meist nur für einen Teil der Betroffenen.

Eine zwingende Verknüpfung drängt sich aber auch inhaltlich zumindest nicht geradezu auf, etwa dergestalt, dass der Umstand, in diese Gemeinschaft eingegliedert zu sein, zu bestimmten Rechtsfolgen führen *muss*. Gesteigerte Loyalitätspflichten etwa, die über diejenigen hinausgehen, die auch ein weltlicher Arbeitgeber verlangt, kennt die evangelische Kirche immer seltener; und wenn etwa die Mitgliedschaft in der Kirche verlangt wird, bedarf es keines Rückgriffs auf die Dienstgemeinschaft, sondern auf § 9 AGG. Im katholischen Bereich werden darüber hinausgehend Loyalitätspflichten zwar stärker eingefordert – hier aber ist die Entwicklung in der Rechtsprechung⁶⁸ zu beachten, die in diesem Feld die Grundrechte der Betroffenen mittlerweile stärker in den Blick nimmt, als dies zuvor häufig geschehen ist. Ob sich dann diese Pflichten daraus ergeben, dass eine Dienstgemeinschaft besteht, oder ob sie nicht vielmehr allein dem Schuldverhältnis selbst entstammen, wäre eigens zu diskutieren. Der Umstand, dass viele in der Dienstgemeinschaft tätig sind, die sich nicht an den zugrunde liegenden Auftrag gebunden fühlen, lässt aber deutlich werden, dass die Loyalitätspflichten nicht aus subjektivem Teilhabewollen entstehen, sondern allein aufgrund rechtlicher Verpflichtungen, vor allem aus dem Arbeitsvertrag. Dies bedeutet dann aber auch, dass es nicht die Dienstgemeinschaft ist, die die entscheidende Grundlage des Loyalitätsrechts ist. Es scheint angesichts der großen Differenzierungen innerhalb der Arbeitsverhältnisse im Hinblick auf das geforderte Maß an Loyalität nicht weiterführend, zur Begründung dieser unterschiedlichen Loyalitätspflichten immer wieder auf den Begriff „Dienstgemeinschaft“ zurückzugreifen. Dies belastet diesen Begriff unnötig.

Damit bleibt – sieht man vom Mitarbeitervertretungsrecht ab – die begründende Funktion der Dienstgemeinschaft für den Dritten Weg. Doch ist zunächst zu bedenken, dass gerade auch die Begehung des Dritten Weges nicht zwingend darauf zu gründen ist, dies sei die einzig mögliche Folge daraus, dass eine Dienstgemeinschaft bestehe. Dies zeigen diejenigen Kirchen, die Tarifverträge abschließen und die Arbeitsrechtsetzung somit nicht mit diesem paritätischen Verfahren durchführen. Die Vorstellung, dort bestehe keine Dienstgemeinschaft, ist unzutreffend.

⁶⁸ Zu der Entwicklung der Rechtsprechung zu Loyalitätsfragen im kirchlichen Arbeitsrecht später noch ausführlich, s. Rn. 77 ff.

- 30 Gleichwohl entspricht der Dritte Weg den Prinzipien der Dienstgemeinschaft jedenfalls dann besser, wenn man unter diesen Begriff lediglich subsumiert, dass es sich um die Gemeinschaft derjenigen handelt, die zur Erfüllung des christlichen Auftrags tätig sind – mögen sie nun davon überzeugt sein oder nicht. Denn nur dort werden die Vertragsbedingungen von denjenigen verhandelt und vereinbart, die Teile dieser Gemeinschaft derjenigen sind, die den Auftrag Christi in der Welt umsetzen. Dies ist aber dort nicht der Fall, wo Gewerkschaften, die außerhalb dieser Gemeinschaft stehen, den Inhalt der Arbeitsbedingungen mitbestimmen.
- 31 Demgegenüber tritt das Argument, nur im Dritten Weg sei es möglich, den Auftrag ohne Unterbrechung infolge eines Arbeitskampfes auszuführen, nahezu vollständig zurück. Denn dies ist auch im kirchengemäßen Zweiten Weg der Fall, wie er etwa in der Nordkirche praktiziert wird. Zusätzlich ist zu bedenken, dass es kaum überzeugend ist, kirchlicherseits den Arbeitskampf als wichtiges Recht der Arbeitnehmer zu sehen, es aber den eigenen Mitarbeitenden zu verwehren. Doch gilt jedenfalls auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass unter bestimmten Bedingungen auch im Dritten Weg ein Arbeitskampf ausgeschlossen ist, wenn nämlich vor allem der Dritte Weg konsistent und unter angemessener Beteiligung der Koalitionen begangen wird.⁶⁹ Im Ergebnis scheint daher nur in Bezug darauf, dass der Dritte Weg die einzige Möglichkeit bietet, intern Arbeitsbedingungen auszuhandeln, sein besonderer Wert deutlich zu werden, der dann in der Vorstellung von einer Dienstgemeinschaft begründet ist.
- 32 Ob sich diese, die Dienstgemeinschaft sehr stark auf den kollektiven Bereich verengende Vorstellung dauerhaft halten kann, erscheint jedoch nicht sicher. Dies hängt eng mit der Entwicklung der Dienstgemeinschaft selbst zusammen.⁷⁰ Zwar sind alle im kirchlichen Dienst Tätigen Mitglieder dieser Gemeinschaft, aber dort, wo die Gemeinschaft selbst keine Vorstellung mehr von sich und ihrem Auftrag hat, wird es schwer, aus dem Bestehen der Gemeinschaft auch rechtliche Konsequenzen zu ziehen.

⁶⁹ BAG, 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, in: AP Nr. 179 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit Anmerkung Joussen.

⁷⁰ Insgesamt skeptisch *Michael Haspel*, Diakonie und Arbeitsrecht in theologischer Perspektive. Evangelisches Profil und kirchlicher Auftrag der Diakonie nach dem Ende des Konzepts der Dienstgemeinschaft, in: *Berliner theologische Zeitschrift* 2013, S. 349 ff.

3. Die Entscheidung zur Anwendung des staatlichen Arbeitsrechts

Da die Religionsgemeinschaften über Art. 137 Abs. 2 S. 1 WRV die Möglichkeit erhalten haben, auch ihre Dienstverhältnisse privat-autonom zu regeln, ist jedenfalls die Entscheidung der großen Kirchen für eine Regelung der Dienstverhältnisse – neben derjenigen für die verbeamteten Beschäftigten – nachvollziehbar. Gerade sie haben sich für die Anwendung des zivilrechtlichen Ordnungssystems entschieden. Daraus folgt dann aber auch eine weitere Konsequenz: „Bedienen sich die Kirchen wie jedermann der Privatautonomie zur Begründung von Arbeitsverhältnissen, so findet auf diese das staatliche Arbeitsrecht Anwendung. Das ist die schlichte Folge einer Rechtswahl.“⁷¹ Kirchliches Arbeitsrecht ist somit weniger „Kirchliches Arbeitsrecht“ als vielmehr „Arbeitsrecht in der Kirche“.⁷²

Werden Arbeitsverhältnisse in einer Religionsgemeinschaft geschlossen, beruhen sie demzufolge auf einem Arbeitsvertrag, der auf der Grundlage der Vertragsfreiheit abgeschlossen wird und für den die Regelungen des weltlichen Arbeitsrechts gelten. Allerdings wird mit Abschluss derartiger Verträge die verfassungsrechtlich geschützte Eigenart des kirchlichen Dienstes, das spezifisch Kirchliche, das kirchliche Proprium, nicht in Frage gestellt. Die Verfassungsgarantie des Selbstbestimmungsrechts bleibt für die Gestaltung dieser Arbeitsverhältnisse wesentlich.⁷³ Dies hat Auswirkungen auf bestimmte Felder der Arbeitsvertragsbeziehungen, etwa im Hinblick auf Anforderungen, die ein kirchlicher Arbeitgeber an die Loyalität seiner Beschäftigten stellen kann. Es steht den Kirchen folglich frei, selbst das Leitbild der in ihr auf vertraglicher Grundlage erbrachten Dienste festzulegen. Die jeweiligen Auswirkungen im Bereich des Individual-arbeitsrechts sind dann an späterer Stelle noch darzustellen.

⁷¹ BVerfG, 4. 6. 1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 (165).

⁷² So auch der Titel des entsprechenden Lehrbuchs von *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 3); dafür, dass zwischen den beiden Bezeichnungen ein Unterschied besteht, siehe etwa *Ulrich Hammer*, Kirchliches Arbeitsrecht, 2002, S. 109; auch *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht (o. Fn. 26), S. 1 spricht davon, dass die Bezeichnung „Kirchliches Arbeitsrecht“ missverständlich sei; ebenso *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 1), S. 114.

⁷³ BVerfG, 4. 6. 1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 (165).

II. Der Anwendungsbereich des kirchlichen Arbeitsrechts

- 35 Die Anwendbarkeit der Besonderheiten des kirchlichen Arbeitsrechts hängt von personellen wie sachlichen Faktoren ab. Personell meint, dass eine Vertragsbeziehung vorliegen muss, die zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer abgeschlossen wird und nicht etwa zwischen einem Dienstherrn und Kirchenbeamten.⁷⁴ Sachlich ist der Anwendungsbereich der Regelungen des kirchlichen Arbeitsrechts auf die Religionsgemeinschaften sowie die ihnen zugeordneten Einrichtungen beschränkt.

1. Personell

- 36 Religionsgemeinschaften besitzen als öffentlich-rechtliche Körperschaften eine Dienstherrnenfähigkeit, und zwar als Befugnis, Dienstverhältnisse öffentlich-rechtlich zu begründen, wie Art. 137 Abs. 5 WRV nahelegt.⁷⁵ Kennzeichen ist dann schon bei Begründung des Rechtsverhältnisses, dass nicht ein Vertrag geschlossen, sondern ein Hoheitsakt vorgenommen wird, die Ernennung.
- 37 Neben der Inanspruchnahme der Möglichkeit, als öffentlich-rechtliche Körperschaft mit Dienstherrneigenschaft Kirchenbeamte einzustellen, haben sich die Kirchen zur vertraglichen Gestaltung der Arbeitsverhältnisse weithin für die Anwendung des zivilrechtlichen Ordnungssystems entschieden. Arbeitsverhältnisse in der Kirche beruhen wie zuvor ausgeführt auf einem Arbeitsvertrag, der auf der Grundlage der Vertragsfreiheit abgeschlossen wird und für den die Regelungen des weltlichen Arbeitsrechts gelten.
- 38 Hat man diese Dichotomie (Beamte auf der einen, Arbeitnehmer auf der anderen Seite) vor Augen, fragt sich, wie die im kirchlichen Dienst häufig anzutreffenden sog. „beamtenähnlichen Beschäftigten“ anzusehen und rechtlich einzuordnen sind. Diese werden auf einer vertraglichen Grundlage beschäftigt, erhalten jedoch zugleich mit ihrer Arbeitsvertragszusage eine Zusage einer beamtenähnlichen vertraglichen Regelung, insbesondere im Hinblick auf ihre sozialversicherungsrechtliche Absicherung. Es stellt sich dann die Frage, wie diese beamtenähnlichen Beschäftigten rechtlich einzuordnen sind.

⁷⁴ Dazu *Hendrik Munsonius*, → § 58.

⁷⁵ *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 9), Art. 137 WRV, Rn. 90; *von Campenhausen / Unruh*, in: von Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 7), Art. 137 WRV, Rn. 219.

Da eine Beamtenstellung wie beschrieben ausscheidet, kommt die Stellung als Arbeitnehmer in Betracht, wenn man sie nicht einer „Grauzone“ zuordnen möchte.

Insgesamt ist die Einschätzung zutreffend, dass es sich bei den beamtenähnlichen Angestellten um Arbeitnehmer handelt.⁷⁶ Ein solcher besonderer beamtenähnlicher Arbeitsvertrag liegt vor, wenn eine Vereinbarung getroffen wird, mit der dem Arbeitnehmer Versorgungs- und Beihilfeleistungen, aber auch weitere Leistungen entsprechend den für (etwa Landes-)Beamte geltenden Bestimmungen zugesagt werden.⁷⁷ Wird ein Mitarbeiter mit der Zusage einer beamtenähnlichen vertraglichen Regelung eingestellt, ist er infolgedessen vor allem auch kein Kirchenbeamter. Denn er wird ausschließlich auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags beschäftigt, nicht auf derjenigen einer Ernennung als einem Statusakt, der ein (Kirchen-)Beamtenverhältnis begründen würde.⁷⁸ Er ist auch kein Dienstordnungs-Angestellter, sondern er ist ein Arbeitnehmer der ihn einstellenden kirchlichen Einrichtung. Auf dieses Arbeitsverhältnis finden dann aber auch sämtliche arbeitsvertraglichen Regelungen und Grundsätze (wie etwa der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz⁷⁹) Anwendung.⁸⁰

39

2. Sachlich: die Zuordnung

Die Selbstbestimmungsgarantie aus Art. 137 Abs. 3 WRV gilt – entsprechend ihrem Wortlaut – zunächst zugunsten „jeder Religionsgesellschaft“. Unstreitig ist aber darüber hinaus, dass durch diese Formulierung und diejenige in Art. 138 WRV nicht nur auf die verfasste Kirche Bezug genommen ist und sie als Träger des Selbstbestimmungsrechts benannt. Der verfassungsrechtliche Sonderstatus gilt vielmehr über die verfasste Kirche hinaus für die Kirche in ihrem rechtstheologischen Verständnis.⁸¹ Soweit also die Verfassungsgaran-

40

⁷⁶ Ausführlich hierzu *Jacob Joussen*, Beamtenähnliche Arbeitnehmer im kirchlichen Dienst, in: *Modernes Arbeitsleben*. Festschrift für Rolf Wank, hg. von Martin Henssler / Jacob Joussen / Martin Maties / Ulrich Preis, 2014, S. 207 ff.

⁷⁷ BAG, 11.4.2006 – 9 AZR 528/05, in: NZA 2008, S. 99 ff.

⁷⁸ KAGH, 3.8.2007 – M 03/07, Rn. 20, in: ZMV 2008, S. 29.

⁷⁹ BAG, 14.8.2007 – 9 AZR 943/06, BAGE 123, 358 ff.

⁸⁰ *Manfred Jungst*, in: MAVO (o. Fn. 42), § 34, Rn. 43.

⁸¹ *Willi Geiger*, Die Rechtsprechung (o. Fn. 22), S. 163; *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 3), § 3, Rn. 3; *Lothar Schöppe*, Die Rechtslage der

tie des Selbstbestimmungsrechts gilt, bleibt es den Kirchen überlassen, hier eine selbstständige Regelung zu treffen. Weil für die Kirchen nach ihrem Selbstverständnis nicht nur „Lehre, Predigt und Sakramentenempfang“ zu ihrem Wesen gehören, sondern auch der „Heildienst in der Welt“⁸², weil also die tätige Nächstenliebe „eine wesentliche Aufgabe für den Christen“ ist und „von den christlichen Kirchen als kirchliche Grundfunktion verstanden“ wird⁸³, ist die Verfassungsgarantie des Art. 137 Abs. 3 WRV nicht eng zu verstehen. Vielmehr ist das kirchliche Selbstbestimmungsrecht vor allem auch für die karitativen und diakonischen Einrichtungen zu beachten: Es ist den Religionsgemeinschaften nämlich selbst überlassen zu entscheiden, wie sie ihre Aufgabe erfüllen, besonders, in welcher Organisationsform.

- 41** Argumentativ hergeleitet nicht zuletzt auch aus der Bestimmung in Art. 138 Abs. 2 WRV, der in den Begriff der Religionsgemeinschaften auch deren „für Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke bestimmte Anstalten, Stiftungen und sonstiges Vermögen“ in die Verfassungsgarantie einbezieht, sind Begünstigte der Selbstbestimmungsgarantie daher prinzipiell auch die (selbstständigen) Einrichtungen der Kirchen.⁸⁴
- 42** Ob eine Einrichtung dann im Einzelfall an diesem Grundrecht und der Garantie partizipiert, ist konsequenterweise abhängig davon, ob es sich bei der konkreten Einrichtung um eine solche „der“ Religionsgemeinschaft handelt. Hier verbirgt sich eine der besonders schwierigen Fragen des Religionsverfassungs- bzw. Staatskirchenrechts, nämlich die der „Zuordnung“.⁸⁵ Nur dann, wenn eine solche Zuordnung einer Einrichtung zur Kirche möglich ist, nimmt diese auch an der verfassungsrechtlichen Garantie teil.
- 43** Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu festgestellt und immer weiter präzisiert, die Frage, welche selbstständigen Einrichtungen

Diakonie aufgrund des Deutschen Verfassungsrechts, in: *Das Recht im Dienst einer diakonischen Kirche. Handbücher für Zeugnis und Dienst in der Kirche*, hg. von Theodor Schober, 1980, Bd. III, S. 90 (94).

⁸² BVerfG, 21. 9. 1976 – 2 BvR 350/75, BVerfGE 42, 312 (334).

⁸³ BVerfG, 25. 3. 1980 – 2 BvR 208/76, BVerfGE 53, 366 (393).

⁸⁴ BVerfG, 11. 10. 1977 – 2 BvR 209/76, BVerfGE 46, 73 (76); BVerfG, 22. 10. 2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff., Rn. 92; *Hesse*, Das Selbstbestimmungsrecht (o. Fn. 3), S. 534; *Müller-Volbehr*, Europa und das Arbeitsrecht (o. Fn. 61), S. 18; *Philipp Laurenz Rogge*, Staatliche Finanzkontrolle freier Wohlfahrtspflege, 2001, S. 99.

⁸⁵ Vgl. *Wilhelm Dütz*, Die Kirchlichkeit von Einrichtungen auf dem Prüfstand, in: Sonderheft ZMV zur Tagung 2007, S. 9 ff.

am Selbstbestimmungsrecht vor allem der Kirchen teilhaben könnten, entscheide sich danach, ob die Einrichtung „nach kirchlichem Selbstverständnis ihrem Zweck und ihrer Aufgabe entsprechend berufen [ist], ein Stück Auftrag der Kirche in dieser Welt wahrzunehmen und zu erfüllen.“⁸⁶ Die verfassungsrechtliche Sonderstellung erstreckt sich nicht allein auf die Kirche, sondern auch – abgeleitet von dieser – auf ihre Einrichtungen. Die Eigenständigkeit ist also nicht allein sämtlichen Einrichtungen der Religionsgemeinschaften bzw. verfassten Kirche selbst gewährt, sondern sie geht weiter: Die Verfassungsgarantie des Selbstbestimmungsrechts ist nämlich kein dezidiert Privileg, das nur der verfassten Kirche zukommt. Vielmehr gewährleistet sie „die Freiheit der Kirche im Staat“, also ihr umfassendes Tätigwerden.⁸⁷

Daraus folgt, dass es der Kirche bzw. den Kirchen freisteht, eigene Organisationsformen zu entwickeln, für die das staatliche Recht nicht maßgebend ist. Insbesondere gilt, dass die hier interessierende arbeitsrechtliche Regelungsautonomie infolge dieser Grundüberlegung für alle diejenigen Einrichtungen besteht, die nach kirchlichem Selbstverständnis eine „Wesens- und Lebensäußerung“ der Kirche sind. In einer der Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts heißt es daher auch, unter den Geltungsbereich der arbeitsrechtlichen Regelungsautonomie fielen auch privatrechtlich verselbstständigte Einrichtungen, wenn sie „nach kirchlichem Selbstverständnis ihrem Zweck oder ihrer Aufgabe entsprechend berufen sind, ein Stück Auftrag der Kirche wahrzunehmen und zu erfüllen.“⁸⁸ Die sich um diese Formel herum rankende Argumentation und Diskussion in der Rechtsprechung und Literatur, die vom Fall „Goch“ ausgingen und sich seitdem immer weiter entwickelten⁸⁹, sollen hier nicht nachgezeichnet werden. Entscheidend ist vielmehr allein – dies ist der

44

⁸⁶ So der Leitsatz der Goch-Entscheidung, BVerfG, 11.10.1977 – 2 BvR 209/76, BVerfGE 46, 73 ff.; ebenso dann BVerfG, 25.3.1980 – 2 BvR 208/76, BVerfGE 53, 366 (391); BVerfG, 17.2.1981 – 2 BvR 384/78, BVerfGE 57, 220 (242); BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 (162); BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff., Rn. 92.

⁸⁷ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 3), § 3, Rn. 8.

⁸⁸ BVerfG, 11.10.1977 – 2 BvR 209/76, BVerfGE 46, 73 ff., s. den 1. Leitsatz dieser Entscheidung; s. auch *Ebba Herfs-Röttgen*, Kirchliches Arbeitsrecht, in: Krankenhaus-Arbeitsrecht, hg. von Nicolai Besgen, 2010, § 11, Rn. 12.

⁸⁹ Vgl. dazu etwa die zusammenfassende Darstellung bei *Christian von Tiling*, Die Rechtsfolgen des Betriebsübergangs im Spannungsfeld von Kirchenfreiheit und staatlicher Arbeitsrechtsordnung, 2004, S. 74 ff.; eingehend auch *Georg Ludemann / Werner Negwer*, Rechtsformen kirchlich-caritativer Einrichtungen, 2000, S. 66 ff.

Status Quo in dieser Frage –, nach welchen Kriterien die Zugehörigkeit einer der verfassten Kirche organisatorisch nicht eingegliederten Einrichtung zu einer Religionsgemeinschaft im Sinne von Art. 137 Abs. 3 WRV zu beurteilen ist.⁹⁰ Nur wenn diese Zugehörigkeit zu bejahen ist, kann die Einrichtung dann auch abgeleitet von der verfassten Kirche das kirchliche Selbstbestimmungsrecht in Anspruch nehmen.

45 Im Wesentlichen als unstreitig kann es in diesem Zusammenhang noch angesehen werden, dass es für eine erforderliche Zuordnung auf drei Kriterien ankommt, die vom Bundesverfassungsgericht maßgeblich in seiner „Goch-Entscheidung“ entwickelt worden sind.⁹¹ Demzufolge muss die in Frage kommende Einrichtung der Kirche zunächst (erstens) so nahe stehen, dass sie an der Verwirklichung eines Stücks Auftrag der Kirche im Geist christlicher Religiosität teilhat – hier geht es also wesentlich um den Zweck der Einrichtung, der als anerkannte Grundfunktion der Kirche angesehen werden können muss; sie muss zudem (zweitens) in Einklang mit dem Bekenntnis der Kirche stehen – hier wird gelegentlich auch auf das Erfordernis einer „Anerkennung“ durch die verfasste Kirche verwiesen. Schließlich muss (drittens) eine (gewisse) Verbindung zu den Amtsträgern dieser Kirche bestehen. Zu jedem einzelnen dieser drei Kriterien ist eine eigene Auslegungsgeschichte gewachsen. Neben der Frage des Grades, den man für die Verbindung zu den Amtsträgern verlangt, ist es gerade die Zweckrichtung der Einrichtung, die in der Diskussion Wellen schlägt.

46 Verdichtet findet man – mit vergleichbarer Ausrichtung – die Vorgabe zweier Kriterien, die erfüllt sein müssen, um eine Einrichtung als eine solche der Kirche anzusehen, so dass sie an deren verfassungsrechtlichem Selbstbestimmungsrecht partizipieren kann: Dabei wird dann zwischen formellen und materiellen Kriterien unterschieden. Für die staatskirchenrechtliche Zuordnung rechtlich verselbstständigter Einrichtungen zur verfassten Kirche und damit für eine entsprechende Partizipation an deren verfassungsrechtlicher Selbstbestimmung muss demzufolge materiell gesichert sein, dass die Einrichtung den Auftrag der Kirche (mit-)erfüllt. Formell muss zudem ein Mindestmaß an Einflussmöglichkeiten der Amtskirche auf die Einrichtung erkenn- und feststellbar sein.⁹²

⁹⁰ Dütz, Die Kirchlichkeit (o. Fn. 85), S. 9.

⁹¹ BVerfG, 11. 10. 1977 – 2 BvR 209/76, BVerfGE 46, 73 (87).

⁹² Herfs-Röttgen, Kirchliches Arbeitsrecht (o. Fn. 88), § 11, Rn. 11.

a) *Materielles Kriterium*

Ob eine Einrichtung als eine solche der Religionsgemeinschaft gelten kann, ist nach dem zuvor Ausgeführten zunächst materiell zu bestimmen. Voraussetzung ist dazu, dass die Einrichtung sich (zumindest partiell) als „Wesens- und Lebensäußerung der Kirche“ darstellt, wie das Bundesverfassungsgericht herausgearbeitet und stets betont hat.

Unproblematisch ist die Situation, abstrakt gesprochen, immer dann, wenn die Einrichtung eine religiöse Grundfunktion wahrnimmt, also etwa im karitativ-diakonischen Bereich tätig ist.⁹³ Als in diesem Sinne der Religionsgemeinschaft zuzuordnen sind daher vor allem karitative und erzieherische Einrichtungen wie (kirchliche) Krankenhäuser⁹⁴ und Senioreneinrichtungen, Pflegeheime, Kindertagesstätten und Kindergärten und Sozialstationen. Neben derart eindeutigen Konstellationen ist darüber hinaus anerkannt, dass kirchlicher Funktionsträger in diesem Sinne diejenige Einrichtung ist, die sich der Öffentlichkeitsarbeit widmet, sofern sie dies mit publizistischen Mitteln als Teil kirchlicher Mission tut.⁹⁵

Schwieriger wird die Qualifizierung einer von einer Einrichtung ausgeübten Funktion als kirchlicher Lebensäußerung und damit eine Zuordnung zur Kirche indes dort, wo der Zweck nicht mehr unmittelbar in einer Wahrnehmung der Grundfunktion besteht, diese aber gleichwohl gefördert wird.⁹⁶ Hier wird die Grenze zu einer „Nichtzuordnung“ jedenfalls dann überschritten, wenn es um Unternehmungen geht, die nach ihrem äußeren Erscheinungsbild und ihrer inneren Struktur ganz überwiegend auf fortgesetzte Gewinnerzielung gerichtet sind und jedermann Waren und Dienstleistungen entgeltlich anbieten.⁹⁷ Bei einer rein gewerblichen Betätigung wie etwa einer

⁹³ BVerfG, 16.10.1968 – 1 BvR 241/66, BVerfGE 24, 236 (248); BVerfG, 11.10.1977 – 2 BvR 209/76, BVerfGE 46, 73 (90); BVerfG, 25.3.1980 – 2 BvR 208/76, BVerfGE 53, 366 (392 f.); *Peter Hanau / Gregor Thüsing*, Grenzen und Möglichkeiten des Outsourcings aus dem kirchlichen Dienst, in: KuR 2002, S. 9 (15 f.); *Josef Isensee*, Die karitative Betätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat (§ 59), in: HSKR², Bd. 1, S. 665 ff.

⁹⁴ BAG, 31.7.2002 – 7 ABR 1201/01, BAGE 102, 74 ff.

⁹⁵ BAG, 24.7.1991 – 7 ABR 34/90, BAGE 68, 170 ff.

⁹⁶ *Anne-Ruth Glawatz*, Die Zuordnung privatrechtlich organisierter Diakonie zur Kirche, 2003, S. 56.

⁹⁷ Hierzu zählt etwa das bekannte Beispiel der professionellen klösterlichen Bierbrauerei, dazu *Wilhelm Dütz*, Mitbestimmung in kirchlichen Wirtschaftsbetrieben, in: Arbeitsgesetzgebung und Arbeitsrechtsprechung. Fest-

Brauerei, eines Reinigungsbetriebs oder eines Hotels, bei denen ein spezifisch kirchlicher Zweck nicht vorhanden ist, ist damit eine Zuordnung im Sinne der verfassungsrechtlichen Kategorie zu verneinen – wobei es aber auch hier auf den konkreten Einzelfall ankommt.⁹⁸ Im Grenzbereich einer möglichen oder eben nicht mehr möglichen Zuordnung bewegen sich nämlich genau solche Einrichtungen, die beispielsweise durch Auslagerungen entstehen, etwa eine Wäscherei, die dann nicht nur ihre ursprüngliche Muttereinrichtung versorgt, sondern auch noch ihre Dienstleistungen in freier Konkurrenz zu sonstigen, weltlichen Anbietern auf dem Markt offeriert.

50 Das Bundesverfassungsgericht hat gerade in diesen Zusammenhängen 2014 eine Grenzziehung angedeutet, die jedoch, vergleicht man dies mit den zuvor dargestellten Grundsätzen, keine wesentliche Neuausrichtung beinhaltet. Es hat deutlich herausgestellt, es sei für eine sich auf das kirchliche Selbstbestimmungsrecht berufende Organisation unabdingbar, „dass die religiöse Zielsetzung das bestimmende Element ihrer Tätigkeit ist.“ Davon sind „ganz überwiegend der Gewinnerzielung dienende Organisationen und Einrichtungen“ abzugrenzen, die demgegenüber „das Privileg der Selbstbestimmung nicht in Anspruch nehmen“ können, „da bei ihnen der enge Konnex zum glaubensdefinierten Selbstverständnis aufgehoben ist. Dies gilt vor allem für Einrichtungen, die wie andere Wirtschaftssubjekte auch am marktwirtschaftlichen Geschehen teilnehmen und bei welchen der durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützte religiöse Auftrag der Kirche oder Religionsgemeinschaft in der Gesamtschau der Tätigkeiten gegenüber anderen – vorwiegend gewinnorientierten – Erwägungen erkennbar in den Hintergrund tritt.“⁹⁹

51 Die katholische Kirche hat vor diesem Hintergrund ihre Grundordnung neu justiert. Nach Art. 2 Abs. 4 gilt insofern, dass die Grundordnung auf „vorwiegend der Gewinnerzielung dienende Einrichtungen“ keine Anwendung findet. Sie unterfallen infolgedessen den allgemeinen Regelungen des staatlichen Arbeitsrechts.¹⁰⁰

52 Besonders schwierig wird die zuvor in ihren Grundzügen theoretisch recht klar vorzunehmende Einordnung schließlich dadurch,

schrift für Eugen Stahlhacke, hg. von Friedhelm Fahrtmann u. a., 1995, S. 101 (110).

⁹⁸ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 3), § 3, Rn. 11.4.

⁹⁹ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff., Rn. 94.

¹⁰⁰ Zu dieser überarbeiteten Zuordnungsregelung *Martin Fuhrmann*, Die Neuregelung des Arbeitsrechts der katholischen Kirche in Deutschland, in: ZAT 2015, S. 145 (150 f.).

dass es für die Beantwortung der Frage, ob eine „kirchliche Grundfunktion“ wahrgenommen wird, entscheidend und allein auf die Kirche ankommt: Sie allein kann beantworten, ob das, was die Einrichtung tut, kirchlich ist. Es ist also der Maßstab, der von der Religionsgemeinschaft selbst festgelegt wird, anhand dessen zu entscheiden ist, ob eine Einrichtung eine kirchliche Grundfunktion erfüllt.¹⁰¹ Infolgedessen muss gewährleistet sein, dass die jeweilige Einrichtung „im Einklang mit dem Bekenntnis und in Verbindung mit den Amtsträgern der Kirche“ arbeitet, und das bedeutet insbesondere: nicht gegen den kirchlichen Auftrag.¹⁰²

b) Formelle Kriterien

Doch wurde schon ausgeführt, dass es nicht ausschließlich auf das materielle Kriterium ankommt, wenn es um eine Einrichtung geht, bei der die Kirche nicht über die alleinige Inhaberschaft verfügt. Entscheidend wird dann nämlich der andere für die Zuordnung maßgebliche Aspekt, nämlich die Berücksichtigung formeller Kriterien. Denn für die Zuordnung ist zusätzlich erforderlich, dass es ein Mindestmaß an Einflussmöglichkeiten der Amtskirche auf die Einrichtung gibt. Wann aber ist dies der Fall? Das Bundesverfassungsgericht und in seiner Nachfolge auch das Bundesarbeitsgericht haben immer sehr zurückhaltend und wenig konkret davon gesprochen, maßgeblich sei, dass die verfasste Kirche im Zweifelsfall und auf Dauer eine Übereinstimmung der religiösen Betätigung der Einrichtung mit den kirchlichen Vorstellungen gewährleisten kann.¹⁰³ Dazu müssen bestimmte formelle Kriterien vorliegen, damit man von einer kirchlichen Einrichtung, das heißt, damit man von einem „prägenden Einfluss durch die Religionsgemeinschaft“ sprechen kann, um ihr die Einrichtung zuzuordnen.¹⁰⁴

Man wird in diesem Fall nicht umhin kommen, die Zuordnung einer Einrichtung zur Kirche anhand eines Bündels von Kriterien zu

¹⁰¹ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 3), § 3, Rn. 16; *Dütz*, Die Kirchlichkeit (o. Fn. 85), S. 9.

¹⁰² *Glawatz*, Zuordnung (o. Fn. 96), S. 58; *Ludemann / Negwer*, Rechtsformen kirchlich-caritativer Einrichtungen (o. Fn. 89), S. 72.

¹⁰³ BAG, 31.7.2002 – 7 ABR 1201/01, BAGE 102, 74 ff.

¹⁰⁴ BAG, 14.4.1988 – 6 ABR 36/86, BAGE 58, 92 ff.; BAG, 24.7.1991 – 7 ABR 34/90, BAGE 68, 170 ff.; BAG, 31.7.2002 – 7 ABR 1201/01, BAGE 102, 74 ff.

beurteilen, die erst in ihrer Gesamtschau und in einer Gesamtbeurteilung eine Entscheidung ermöglichen.¹⁰⁵ Denn auch wenn gerade die Rechtsprechung keine konkreten Anforderungen an eine Zuordnung gestellt hat, was schon deshalb überzeugend ist, weil die Ausgestaltung der Zuordnung dem religiös-weltanschaulich neutralen Staat ohnehin versagt ist¹⁰⁶, braucht er doch Erkenntnisquellen, die es ihm ermöglichen, die Zuordnung nachzuvollziehen.¹⁰⁷

- 55 Die Diskussion darum, anhand welcher Kriterien die Zuordnungsfrage zu klären ist, wird bereits sehr lange geführt. Schon früh sind diesbezüglich jedenfalls vier Kriterien in den Mittelpunkt gestellt worden, die – trotz gewisser Weiterentwicklungen – im Wesentlichen unverändert für die Entscheidung darüber zentral sind, ob eine Einrichtung den kirchlichen Auftrag erfüllt und ob sie damit der Kirche zugeordnet werden kann. Dies soll der Fall, das heißt eine Zuordnung zur Kirche soll möglich sein, wenn durch eine entsprechende Ausformung der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrags Bestimmungen vorhanden sind, die erstens den Zweck und die Aufgaben der Einrichtung sicherstellen, die zweitens die Bekenntnisbindung der Mitarbeiter und der Mitglieder der Organe garantieren¹⁰⁸, die drittens eine Zugehörigkeit zum diakonischen Spitzenverband gewährleisten sowie viertens im Wege einer so genannten „Anfallklausel“ sicherstellen, dass die Einrichtung auch im Falle nicht erwarteter späterer gesellschaftsrechtlicher Entwicklungen kirchlich, das heißt der Kirche zugeordnet bleibt.¹⁰⁹ Liegen diese Mindestanforderungen vor, wurde bereits früher davon ausgegangen, dass nicht nur eine Mitgliedschaft in einem Diakonischen Werk möglich ist, sondern vermit-

¹⁰⁵ So auch *Glawatz*, Zuordnung (o. Fn. 96), S. 63.

¹⁰⁶ *Joachim Christoph*, Kirchliche Rechtsetzung im diakonischen Bereich, in: *ZevKR* 34 (1989), S. 406 (424); hierzu näher auch *Stefan Huster*, Das Prinzip der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates – Gehalt und Dogmatik, in: *An den Grenzen der Rechtsdogmatik*, hg. von Julian Krüper u. a., 2010, S. 5 ff.

¹⁰⁷ *Axel Isak*, Das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften und seine Bedeutung für die Auslegung staatlichen Rechts, 1994, S. 152; *Thomas Bauer*, Die GmbH als Rechtsform karitativer Einrichtungen der Kirche, 2003, S. 46.

¹⁰⁸ Hier hat sich durch die Loyalitätsrichtlinie zumindest eine gewisse Weiterentwicklung manifestiert. Entscheidend wird aber sein, dass jedenfalls Leitungspositionen von evangelischen Christinnen oder Christen wahrgenommen werden.

¹⁰⁹ *Helmut Seifert*, Mitgliedschaftsrechtliche Voraussetzungen in der Diakonie und Zuordnung zur Kirche, in: *Rechtsdienst des Diakonischen Werks der Evangelischen Kirche in Deutschland*, hg. von Theodor Schober, 1992, S. 2 ff., 8.

tels hierdurch auch eine Teilhabe am Selbstbestimmungsrecht der Kirche, wie es in Art. 140 GG, Art. 137, 138 WRV niedergelegt ist.

Doch ist die Diskussion um die Zuordnungskriterien nicht zum Stillstand gekommen – sie ist vielmehr unverändert im Fluss, sodass insbesondere nicht davon gesprochen werden kann, es gäbe einen abschließenden Katalog, der lediglich abgearbeitet werden müsste, um dann am Ende eine Zuordnung zu bejahen oder zu verneinen. Entscheidend ist, dass die Zuordnung im Ergebnis nur dann bejaht werden kann, wenn insgesamt auf der Grundlage eben dieser unterschiedlichen formellen Kriterien eine ausreichende Einflussnahme der Kirche und Verbundenheit zwischen Kirche und Einrichtung bejaht werden kann. Diese Zuordnung beruht somit auf einem Akt wer-tender Entscheidung.¹¹⁰

56

III. Besondere Felder des staatlichen Arbeitsrechts

1. Das Diskriminierungsrecht

Ein erster Bereich, in dem kirchliche Arbeitgeber zwar das staatliche Recht – als schlichte Folge der Rechtswahl – anzuwenden haben, bei dem aber die Besonderheiten des kirchlichen Arbeitsrechts auf der Grundlage des verfassungsrechtlichen Selbstbestimmungsrechts hineinspielen, ist das Diskriminierungsrecht. Dieses ist seit 2006 im AGG geregelt, das seinerseits auf europäisches Recht zurückgeht. Ziel des Gesetzes ist ein umfassender Schutz vor Benachteiligungen aus verschiedenen Gründen, unter anderem auch aus Gründen der Religion. Während unstreitig die allgemeinen Bestimmungen zum Schutz vor Diskriminierungen etwa aufgrund einer Behinderung oder wegen des Alters auch für den kirchlichen Bereich Anwendung finden, steht im Mittelpunkt des Diskriminierungsrechts bei kirchlichen Arbeitgebern die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung wegen der Zugehörigkeit zu einer Religion auf der einen und das Loyalitätsrecht auf der anderen Seite. Insofern determiniert das Diskriminierungsrecht über § 9 Abs. 1 AGG einerseits die Einstellungspraxis kirchlicher Einrichtungen: Darf für die Mitarbeiter in der

57

¹¹⁰ Ausführlich hierzu *Jacob Joussen*, Die Kirchlichkeit einer Einrichtung nach Änderung der Unternehmensstruktur durch die Fusion mit einem nichtkirchlichen Träger, in: *Arbeitsrecht bei Änderung der Unternehmensstruktur*. Festschrift für Heinz Josef Willemsen zum 65. Geburtstag, hg. von Klaus Bepler u. a., 2018, S. 205 ff.

Kirche eine Religionszugehörigkeit verlangt werden oder stellt dies eine unerlaubte Benachteiligung dar? Andererseits ist der zweite Zusammenhang zwischen Diskriminierungsrecht und kirchlichem Arbeitsrecht in den Loyalitätsvorgaben zu verorten, und damit vor allem im schwer verständlichen § 9 Abs. 2 AGG, dem zufolge es diskriminierungsrechtlich problematisch werden kann, bestimmte Loyalitätsanforderungen von seinen Mitarbeitern zu verlangen. Der allgemeine Rechtfertigungsgrund des § 8 AGG weist in kirchlichen Kontexten regelmäßig keine eigenen Spezifika auf.¹¹¹

*a) § 9 Abs. 1 AGG und die Frage der Kirchenzugehörigkeit
als Anknüpfungspunkt einer Arbeitgeberentscheidung*

58 § 9 Abs. 1 AGG regelt zentral, dass es überhaupt möglich ist, die Kirchenzugehörigkeit als Anforderung für die berufliche Mitarbeit zu postulieren. Klärungsbedürftig ist dann allerdings, in welchem Umfang dies der Fall ist. Diese Klärung muss aber aufgrund des europäischen Ursprungs des Diskriminierungsrechts nicht nur auf nationaler, sondern vor allem auch auf europäischer Ebene erfolgen. Diese ist durch den EuGH zumindest in einem ersten Schritt erfolgt.¹¹²

59 So selbstverständlich ist dies indes nicht, dass ein Arbeitgeber seine Auswahlentscheidung von diesem Kriterium, dem Vorliegen der „richtigen“ Religion, abhängig machen darf. Ausgangspunkt ist vielmehr das grundsätzlich geltende Verbot einer Unterscheidung besonders auch wegen der Religionszugehörigkeit: Es ist keinem Arbeitgeber erlaubt, bei der Besetzung eines Arbeitsplatzes seine Entscheidung daran festzumachen, ob der Bewerber eine bestimmte Religion oder Kirchenzugehörigkeit aufweist. Dies ergibt sich aus §§ 7, 1 AGG. Nach diesen Bestimmungen darf niemand u. a. wegen seiner Religion benachteiligt werden, insbesondere kein Bewerber um einen Arbeits-

¹¹¹ Dazu auch *Wolfgang Weiß*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse in Religionsgemeinschaften, in: *ZevKR* 60 (2015), S. 341 (344 f.).

¹¹² EuGH, 17. 4. 2018 – C 414/16, in: *NZA* 2018, S. 569 ff. (Egenberger); dazu *Stefan Greiner*, Neuausrichtung des Kirchenarbeitsrechts durch den EuGH?, in: *juris – Die Monatszeitschrift (jM)* 2018, S. 233 ff.; *Abbo Junker*, Gleichbehandlung und kirchliches Arbeitsrecht – Ein deutscher Sonderweg endet vor dem EuGH, in: *NJW* 2018, S. 1850 ff.; *Jacob Joussen*, § 9 Abs. 1 AGG – Der EuGH und die Kirchenzugehörigkeit von Beschäftigten, in: *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA)* 2018, S. 421 ff.

platz. Macht ein Arbeitgeber die Auswahlentscheidung von diesem Kriterium abhängig, ohne hierfür eine Rechtfertigung geltend machen zu können, ist er nach § 15 Abs. 1 AGG schadensersatzpflichtig, zudem muss er dem diskriminierten Bewerber eine Entschädigung, also einen Ersatz für einen immateriell erlittenen Schaden zahlen, wie aus § 15 Abs. 2 AGG folgt. Gleiches gilt für den Fall, dass der Arbeitgeber eine Kündigung ausspricht, weil sein Arbeitnehmer eine bestimmte Religion gewählt oder eine Kirche verlassen hat – auch im Kündigungsbereich gilt somit das Diskriminierungsrecht, wenn es auch gesetzestechisch etwas anders formuliert ist.¹¹³

Doch gilt dies alles nur dem Grundsatz nach: Das Diskriminierungsrecht wird nämlich entscheidend und zusätzlich davon beherrscht, dass ausnahmsweise eine Anknüpfung einer Arbeitgeberentscheidung gerade an das Merkmal der Religion erlaubt sein kann – dies ist sie, wenn sie gerechtfertigt ist. Es gibt im AGG nur sehr wenige Rechtfertigungstatbestände. Der Grundtatbestand in § 8 AGG erlaubt das Anknüpfen an ein bestimmtes pönalisiertes Merkmal für jeden Arbeitgeber, wenn das Vorliegen eines Merkmals wesentliche Voraussetzung für die Ausübung des Berufs ist. Das ist in aller Regel für die hier untersuchte Thematik ersichtlich unergiebig. Die Religion ist in diesem Sinne nie eine derart essentielle Voraussetzung für die Tätigkeit.

Entscheidend im hier untersuchten Zusammenhang ist vielmehr, dass die Kirchen in § 9 AGG einen eigenen, nur für sie vorgesehenen Rechtfertigungsgrund für eine vorgenommene Ungleichbehandlung erhalten haben. Diese Vorschrift ist – wie das ganze AGG – unmittelbar auf europäisches Recht zurückzuführen, konkret auf Art. 4 Abs. 2 der zugrunde liegenden Richtlinie 2000/78/EG¹¹⁴. Gerade dieser Art. 4 wiederum beruht maßgeblich auf der persönlichen Interventi-

¹¹³ Zum schwierigen Verhältnis von § 2 Abs. 4 AGG zum Kündigungsrecht s. BAG, 6.11.2008 – 2 AZR 523/07, BAGE 128, 238 ff.; BAG, 18.12.2013 – 6 AZR 190/12, BAGE 147, 60 ff.; BAG, 26.3.2015 – 2 ZR 237/14, in: NZA 2015, S. 734 ff.; *Ekkehardt Hein*, AGG x KSchG = Europa?? – Die Kündigung zwischen allgemeinem und besonderem Kündigungsschutz, Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz und Europarecht, in: NZA 2008, S. 1033 ff.; *Jens Günther/Anna Frey*, Diskriminierende Kündigungen, in: NZA 2014, S. 584 ff.

¹¹⁴ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EG L 303/16 vom 2.12.2000).

on des damaligen deutschen Bundeskanzlers Kohl und seines irischen Amtskollegen.¹¹⁵

- 62 § 9 Abs. 1 AGG besagt im Ergebnis, dass die Frage, ob die Religion eine bestimmte berufliche Anforderung für eine Tätigkeit darstellt, von den Kirchen allein aufgrund des ihnen zustehenden Selbstbestimmungsrechts festgelegt werden kann. Sie sollen, so lässt sich dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 AGG in Verbindung mit dem verfassungsrechtlichen Selbstbestimmungsrecht entnehmen, entscheiden können, ob eine bestimmte Tätigkeit nur von Mitgliedern der eigenen Religionsgemeinschaft oder nur von Christen oder hingegen von jedermann unabhängig von seiner religiösen Einstellung ausgeübt werden kann.
- 63 Diese Festlegung obliegt niemand anderem, insbesondere nicht dem Staat oder seinen Gerichten. Es gilt somit nicht ein objektiver Maßstab, die Berechtigung der Anforderung der Kirchenzugehörigkeit eines Mitarbeiters bzw. einer Mitarbeiterin bestimmt sich vielmehr allein nach dem Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft.¹¹⁶ Auf diese Weise ist § 9 AGG in den Dienst des Schutzes des durch Art. 140 GG, Art. 137 WRV gewährleisteten Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften gestellt.¹¹⁷
- 64 Umstritten ist seit Beginn die Reichweite dieses Rechtfertigungstatbestandes.¹¹⁸ Eine endgültige juristische Antwort auf die Frage, in welchen Fällen von einem kirchlichen Dienstgeber eine Kirchenzugehörigkeit für die Aufnahme einer Tätigkeit verlangt werden kann, kann daher an dieser Stelle nicht gegeben werden.¹¹⁹ Im Wesentlichen

¹¹⁵ Hierzu *Jacob Joussen*, § 9 AGG und die europäischen Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht, in: NZA 2008, S. 675 ff.; insgesamt zur Reichweite des Diskriminierungsrecht in kirchlichen Einrichtungen *Rainer Biskup*, Diskriminierung in diakonischen Einrichtungen, in: KuR 2012, S. 19 ff.

¹¹⁶ *Klaus Adomeit / Jochen Mohr*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Kommentar, 2. Aufl. 2011, § 9, Rn. 15; *Jobst-Hubertus Bauer / Steffen Krieger*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, 4. Aufl. 2015, § 9, Rn. 14; *Gregor Thüsing*, in: Münchener Kommentar zum BGB, hg. von Franz Jürgen Säcker u. a., 7. Aufl. 2015, § 9 AGG, Rn. 12.

¹¹⁷ *Bauer / Krieger*, in: AGG (o. Fn. 116), § 9, Rn. 6.

¹¹⁸ Hierzu mit einer Darstellung des Meinungsstandes *Jacob Joussen*, Arbeitsrechtliche Anforderungen an die Mitarbeit in Kirche und Diakonie – Das Kriterium der Kirchenzugehörigkeit, in: ZevKR 60 (2015), S. 63 ff.; *Christian von Tiling*, Blick ins Kirchenarbeitsrecht: Kirchenzugehörigkeit als Einstellungskriterium, in: öAT 2014, S. 115 ff.; *Andreas Schoenauer*, Kirchliche Arbeitnehmer zwischen Loyalität und Diskriminierung, in: KuR 2012, S. 30 (33 f.).

¹¹⁹ Insgesamt zu diesem Thema etwa *Heidi Reichegger*, Die Auswirkungen der RL 2000/78/EG auf das kirchliche Arbeitsrecht unter Berücksichtigung

standen sich in dieser Streitfrage schon früh zwei Lager gegenüber, die darum ringen, wie § 9 AGG im Hinblick auf die zugrundeliegende Richtlinie ausgelegt werden muss. Zusätzlich verkompliziert wird die Sachlage dadurch, dass auch das Verständnis der zugrunde liegenden Richtliniennorm Art. 4 Abs. 2 umstritten ist.¹²⁰ Diesem Auslegungstreit hat der EuGH jedoch in gewisser Weise einen Endpunkt gesetzt.¹²¹ Ihm ist das BAG gefolgt, welches davon ausgeht, dass § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG einer unionsrechtlichen Auslegung im Einklang mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG nicht zugänglich ist und deshalb unangewendet bleiben muss.¹²²

Eine enge Auslegung geht davon aus, der Begriff des „Selbstverständnisses“ in § 9 Abs. 1 AGG müsse restriktiv interpretiert werden, um richtlinienkonform zu sein. Die Norm sei insofern tätigkeitsbezogen zu verstehen.¹²³ Bei seiner Auslegung müsse daher berücksichtigt werden, dass die aus § 9 Abs. 1 AGG abzuleitende Privilegierung des kirchlichen Arbeitgebers nur dann gerechtfertigt sei, wenn es um Tätigkeiten gehe, bei denen die Religion eine wesentliche berufliche Anforderung sei. Diese in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie enthaltene, nicht aber in § 9 Abs. 1 AGG verwendete Begrenzung verdeutliche, dass sich aus dem „Selbstverständnis“ kein allgemeiner Anspruch darauf ableiten lasse, bei jedweder Beschäftigung eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion vornehmen zu dürfen. Eine solche Möglichkeit könne sich vielmehr nur auf den wesentlichen Kern-

65

von Gemeinschaftsgrundrechten als Auslegungsmaxime, 2005; *Matthias Triebel*, Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG, 2005; *Ernst Fischermeier*, Europäisches Antidiskriminierungsrecht versus kirchliche Loyalitätsanforderungen?, in: Festschrift Richardi (o. Fn. 44), S. 875 ff.; *Daniela Fink-Jamann*, Das Antidiskriminierungsrecht und seine Folgen für die kirchliche Dienstgemeinschaft, 2009; *Patrick Schnabel*, Die Richtlinie 2000/78/EG und das kirchliche Arbeitsrecht in Deutschland, in: ZfA 2008, S. 413 ff.; *Gregor Thüsing*, Grund und Grenzen der besonderen Loyalitätspflichten des kirchlichen Dienstes – Gedanken zu den verfassungsrechtlichen Garantien und europarechtlichen Herausforderungen, in: EssGespr. 46 (2011), S. 129 ff.; *Joussen*, § 9 AGG (o. Fn. 115), S. 675 ff.

¹²⁰ Vgl. zu der Diskussion u.a. auch *Gregor Thüsing/Daniela Fink-Jamann/Konrad von Hoff*, Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht als Legitimation zur Unterscheidung nach der Religion, in: ZfA 2009, S. 153 ff.

¹²¹ EuGH, 17. 4. 2018 – C 414/16, in: NZA 2018, S. 569 ff. (Egenberger).

¹²² BAG, 25. 10. 2018 – 8 AZR 501/14 (Pressemitteilung).

¹²³ *Ulrike Wendeling-Schröder/Axel Stein*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2008, § 9, Rn. 33 f.; *Bauer/Krieger*, in: AGG (o. Fn. 116), § 9, Rn. 14 f.; *Monika Schlachter*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, hg. von Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt, 18. Aufl. 2018, § 9 AGG, Rn. 3.

bereich von Berufsfeldern beschränken, die inhaltlich direkt mit der Vermittlung der Inhalte der Religion befasst seien oder die der unmittelbaren Ausübung des Glaubens dienten, also bei Tätigkeiten in leitender, erzieherischer und pastoraler Stellung. Die deutsche Umsetzung mit der Aufnahme der Alternative „oder“ in ihren Wortlaut („im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht *oder* nach der Art der Tätigkeit“) sei letztlich mit der Richtlinie unvereinbar. Das Wort müsse daher, um eine angemessene Umsetzung der Richtlinie zu erreichen, im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung der nationalen Norm letztlich gestrichen werden. Dieser Einschätzung hat sich auch das BAG angeschlossen.¹²⁴

- 66** Die Konsequenz aus einer solchen Lesart der Norm ist offenkundig: Das Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft kann damit kein absoluter und abschließender Maßstab mehr für die Bewertung der Zulässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung sein.¹²⁵ Das bedeutet, dass es etwa in dem vor einigen Jahren vom Arbeitsgericht Hamburg entschiedenen Fall zu einer muslimischen „Integrationslotsin“ nicht im Entscheidungsbereich der diakonischen Einrichtung lag zu entscheiden, ob die Stelle als „Integrationslotsin“ mit einem der eigenen Religion angehörigen Beschäftigten zu besetzen sei.¹²⁶ Nicht mehr die Religionsgemeinschaft kann die Religion als berufliche Anforderung für eine jede beliebige Tätigkeit in ihrem Wirkungskreis definieren und damit zur Voraussetzung für die Einstellung machen. Vielmehr darf das Selbstverständnis nur noch dann eine entscheidende Rolle spielen, wenn die Tätigkeit zum Selbstverständnis in einer direkten Beziehung steht. Infolgedessen können, so diese enge Auffassung, die Religionsgemeinschaften nicht (mehr) festlegen, dass alle Tätigkeiten unabhängig von dem konkreten Tätigkeitsbezug nur von Angehörigen der kirchlichen Gemeinschaft besetzt werden können. Vielmehr ist den Kirchen bei Mitarbeitern in „neutralen“ oder „untergeordneten“ Positionen eine Berufung auf die Rechtfertigung des § 9 Abs. 1 AGG (bzw. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie) zur Ungleichbehandlung wegen der Religion verwehrt.¹²⁷

¹²⁴ BAG, 25. 10. 2018 – 8 AZR 501/14 (Pressemitteilung).

¹²⁵ So das ArbG Hamburg, 4. 1. 2007 – 20 Ca 105/07, in: ZMV 2008, S. 158 f.; in gleicher Weise auch *Wolfgang Däubler*, in: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, hg. von dems. / Martin Bertzbach, 3. Aufl. 2013, § 9, Rn. 41 f.

¹²⁶ ArbG Hamburg, 4. 1. 2007 – 20 Ca 105/07, in: ZMV 2008, S. 158 f.

¹²⁷ *Detlef Kehlen*, Europäische Antidiskriminierung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht. Zur Auslegung von Art. 13 EG und Art. 4 der Richtlinie 2000/78/EG, 2003, S. 191 ff.

Umgekehrt wird eine weite Auslegung des § 9 Abs. 1 AGG vertreten. Denn die zuvor als „restriktiv“ vorgestellte Ansicht widerspräche nicht nur dem deutschen Verfassungsverständnis von der Möglichkeit der Kirchen, ihre Rechtsfragen eigenständig zu regeln, sie entspräche auch nicht der Systematik sowie der Intention der Richtlinie.¹²⁸ Grundsätzlich ist dem – rein national und binnenverfassungsrechtlich gesehen – zuzustimmen: Man wird daher auch unter Geltung des § 9 Abs. 1 AGG daran festhalten müssen, dass die Kirchen über eine verfassungsrechtlich verbürgte Freiheit verfügen, eigene Verhaltensanforderungen an ihre Arbeitnehmer zu stellen. Und es ist das ureigene, aus Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV abzuleitende Recht der Kirchen zu entscheiden, welche Voraussetzungen allgemein ihre Beschäftigten erfüllen müssen, um an dem Auftrag der Kirche in der Welt teilzunehmen, ob und wann also, anders gesagt, die Kirchenzugehörigkeit Voraussetzung für die Beschäftigung ist.¹²⁹

67

Orientierte man die Auslegung insofern am nationalen Verfassungsrecht und legte dieses dem Verständnis des § 9 AGG zugrunde, ohne die Entwicklung in der europäischen Rechtsprechung ausreichend in den Blick zu nehmen, lässt sich § 9 AGG nach dieser Einschätzung genauso wenig wie Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG so eng auslegen, wie dies in dem angesprochenen Fall etwa das Hamburger Arbeitsgericht getan hat und wie dies auch der Europäischen Kommission eine Zeit lang vorzuschweben schien, deren daraufhin betriebenes Vertragsverletzungsverfahren jedoch wieder eingestellt worden ist. Der Europäische Gesetzgeber hat sich deutlich entschieden und respektiert die nationalen kirchlichen Rechtssysteme mit ihren jeweiligen Besonderheiten, in die er nicht eingreifen wollte, auch nicht im Rahmen der Antidiskriminierung. Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht ist daher durch die Richtlinie nicht in Frage gestellt; das heißt dann aber auch, dass § 9 AGG nicht europarechtswidrig ist.

68

Folgte man – bis zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Egenberger*¹³⁰ und der sich daran anschließenden Entscheidung des

69

¹²⁸ Eingehend *Jacob Joussen*, Die Folgen der europäischen Antidiskriminierungsverbote für das kirchliche Arbeitsrecht, in: RdA 2003, S. 32 (37 f.); *ders.*, § 9 AGG (o. Fn. 115), S. 675 ff.; *Gregor Thüsing*, Grund und Grenzen (o. Fn. 119), S. 137 f.; *von Tiling*, Blick ins Kirchenarbeitsrecht (o. Fn. 118), S. 115 ff., S. 116.

¹²⁹ Mit dieser Einschätzung nun auch wieder das BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff., allerdings zu einem kündigungsrechtlichen Sachverhalt wegen eines Loyalitätsverstößes.

¹³⁰ EuGH, 17.4.2018 – C 414/16, in: NZA 2018, 569 ff. (Egenberger).

BAG¹³¹ – mit guten Gründen und zu Recht der weiten Auffassung, war davon auszugehen, dass die Kirchen bei Einstellungen selber festlegen durften, ob die Religion eine wesentliche Anforderung für die zu besetzende Stelle ist – und zwar grundsätzlich unabhängig von der Art der auszuübenden Tätigkeit. Die Kirchenzugehörigkeit konnte bis dahin bei allen kirchlichen Arbeitsstellen verlangt werden, wenn sie, dies verlangt allerdings der Wortlaut der europäischen wie der nationalen Norm, von der Kirche als eine wesentliche Anforderung angesehen wird. Eine Abstufung nach verkündigungsnahen und verkündigungsfernen Tätigkeiten war nicht erforderlich, solange nicht die Kirchen selbst hier unterschieden.¹³²

70 Selbst wenn man vor der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Egenberger* § 9 Abs. 1 AGG in dem zuvor als weit verstandenen Sinne auslegte, waren (und sind unverändert) Grenzen zu beachten. Zwar konnten die Kirchen nach der weiten Auslegung in Ausübung ihres Selbstverständnisses darüber entscheiden, für welche Tätigkeiten sie die Kirchenzugehörigkeit als Voraussetzung für die Einstellung oder für die Übernahme von Leitungsaufgaben ansehen. Auch konnten sie in Ausnahmefällen nach ihrem Selbstverständnis und der Art der Tätigkeit eine andere Religionszugehörigkeit voraussetzen. So konnte eine evangelische Schule für die Unterrichtung im Fach katholische Religion einen Katholiken suchen oder eine Muslima, wenn in einem evangelischen Kindergarten auch muslimische Kinder betreut werden.

71 Doch durfte und darf unverändert eine Differenzierung nach der Religion in keinem Fall willkürlich erfolgen, und sie darf auch nicht gegen die guten Sitten im Rechtssinn, den sog. „ordre public“, verstoßen.¹³³ Nach dem zuvor Ausgeführten konnte davon ausgegangen werden, dass es sich zwar allein nach den von der verfassten Kirche als der Trägerin des Selbstbestimmungsrechts aus Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV gesetzten und anerkannten Maßstäben richtet, welche kirchlichen Grundverpflichtungen im Arbeitsverhältnis bedeutsam werden können, insbesondere auch, ob von den bzw. von allen Beschäftigten eine Kirchenzugehörigkeit verlangt werden

¹³¹ BAG, 25. 10. 2018 – 8 AZR 501/14 (Pressemitteilung).

¹³² *Thüsing*, Grund und Grenzen (o. Fn. 119), S. 149.

¹³³ BVerfG, 22. 10. 2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff., Rn. 118; *Detlev Fey*, Stichwort Kirchenzugehörigkeit, in: *Das Arbeits- und Tarifrecht der Evangelischen Kirche*, hg. von dems. / Jacob Joussen / Marc-Oliver Steuernagel, 2012, S. 212 ff.

kann.¹³⁴ Doch durfte die Kirche dann, wenn sie eine Kirchenzugehörigkeit von einem Mitarbeiter verlangt, in keine Richtung hin willkürlich agieren. Sie durfte etwa bei vergleichbaren Tätigkeiten nicht das eine Mal die Kirchenzugehörigkeit verlangen, das andere Mal hingegen nicht. Auch dies folgte aus den wesentlichen Leitlinien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.¹³⁵

Ebenso wichtig in diesem Zusammenhang ist, dass die Kirche nicht dort, wo sie sich Leitlinien gibt oder gegeben hat, von diesen ohne erkennbaren Grund abweichen darf, etwa dadurch, dass sie ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, das sie sich selbst zur Behandlung dieser Frage gegeben hat, umkehrt und missachtet.

Die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Egenberger* hat den zuvor skizzierten Streit um das Verständnis des § 9 Abs. 1 AGG zugunsten der engen Auslegung entschieden. Man wird dieser Entscheidung in gewissem Maße eine eigene Überzeugungskraft zusprechen können, auch wenn sie zum Teil Schwächen in der Argumentation aufweist. Zuvor zeigte sich die nationale Gerichtsbarkeit noch uneinheitlich in der Auslegung des § 9 Abs. 1 AGG, daher hatte das Bundesarbeitsgericht den EuGH angerufen. Fasste man die Entwicklungen in der Rechtsprechung zusammen, wird deutlich, dass die früher vom Bundesverfassungsgericht vorgegebene Linie nicht mehr uneingeschränkt eingehalten wurde. Hatte es das Bundesverfassungsgericht dem weltlichen Richter noch versagt, sich an die Stelle der Kirche zu setzen und zu entscheiden, welche Loyalitäten wann von welchem Mitarbeiter einzuhalten sind¹³⁶, neigten mehrere Instanzgerichte in eine andere Richtung und möchten insbesondere auch im diskriminierungsrechtlichen Kontext des § 9 Abs. 1 AGG zwischen verkündigungsnahen und verkündigungsfernen Tätigkeiten sowie verschiedenen Loyalitätspflichtstufen für unterschiedliche Mitarbeitende unterscheiden.¹³⁷ Dem hatte sich zwar 2014 das Lan-

¹³⁴ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff., Rn. 115; *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 3), § 6, Rn. 12 ff.; *Schoenauer*, Kirchliche Arbeitnehmer (o. Fn. 118), S. 34.

¹³⁵ BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 ff.; BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff., Rn. 115 ff.

¹³⁶ BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 ff.

¹³⁷ S. etwa ArbG Aachen, 13.12.2012 – 2 Ca 4226/11, in: ZMV 2013, S. 47 f.; dazu *Burkhard Boemke*, Diskriminierung eines konfessionslosen Bewerbers durch Krankenhaus in kirchlicher Trägerschaft, in: *jurisPR-Arbeitsrecht* 18/2013, Anm. 1; *von Tiling*, Blick ins Kirchenarbeitsrecht (o. Fn. 118), S. 115 ff., S. 117; oder auch ArbG Darmstadt, 4.2.2010 – 10 Ca 174/09, in: BeckRS 2012, S. 65316.

desarbeitsgericht Berlin-Brandenburg noch einmal entgegengestellt und eindeutig die weite Auslegung des § 9 Abs. 1 AGG vertreten und begründet¹³⁸. Doch kann nunmehr als gesichert angesehen werden, dass bedingt durch die Vorgaben des EuGH infolge des Vorabentscheidungsersuchens des BAG in dieser Rechtssache¹³⁹ die Anforderungen an die Einstellungspraxis der Kirchen diskriminierungsrechtlich anzupassen sind. Die Begründung des EuGH ist letztlich in sich schlüssig und führt dazu, europarechtsbedingt die national geprägte weite Auffassung aufzugeben.¹⁴⁰ Zum einen machten die Richter deutlich, dass von den Kirchen nicht unterschiedslos und immer die Kirchenmitgliedschaft verlangt werden darf. So weit reicht ihr Recht nicht. § 9 AGG wurde daher, nach Vorstellung des EuGH, bisher in Deutschland zu weit verstanden. Diese weite Auffassung ist mit dem europäischen Diskriminierungsrecht nicht vereinbar. Infolgedessen darf die Kirchenmitgliedschaft nach Einschätzung des EuGH wie auch des BAG nur verlangt werden, wenn sie aufgrund der Art der in Rede stehenden Tätigkeit oder aufgrund der Umstände ihrer Ausübung objektiv geboten und dieses Verlangen auch verhältnismäßig ist. Darunter kann auch fallen, dass die Kirchenmitgliedschaft verlangt wird, weil es für die Außenwahrnehmung einer Einrichtung wichtig ist, um also deutlich machen zu können, dass bestimmte Stellen von evangelischen Christen besetzt sind. Wenn damit zwar in dem in Deutschland geführten Streit die weite Auffassung bis zur Entscheidung des EuGH Überzeugungskraft hatte, wird sie nun vor Gerichten keinen Bestand mehr haben können.

- 74** Zum anderen hoben die Richter zentral hervor, dass die jeweilige Entscheidung, ob für eine Stelle die Kirchenmitgliedschaft verlangt wird, von staatlichen Gerichten überprüft werden können muss. Es darf, so der EuGH, kein rechts- und überprüfungsfreier Raum entstehen. Das ist überzeugend. Denn wenn auch das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen verfassungsrechtlich geschützt ist, auf das diese ihr Recht stützen, frei über die Auswahl der Mitarbeitenden zu bestimmen: Die Rechte der Beschäftigten sind es auch – insbesondere auch das Recht, einer Religion anzugehören oder nicht anzugehören. Beide Rechtspositionen müssen in einen Ausgleich gebracht werden – und das heißt: Es kommt entscheidend darauf an, ob die Anforderung

¹³⁸ LAG Berlin-Brandenburg, 28.5.2014 – 4 Sa 15714 u. a., in: ZMV 2014, S. 232 ff.

¹³⁹ BAG, 17.3.2016 – 8 AZR 501/14 (A), BAGE 154, 285 ff.

¹⁴⁰ Zur Begründbarkeit eines Meinungswechsels *Jacob Joussen*, § 9 Abs. 1 AGG (o. Fn. 112), S. 425.

der Kirchenmitgliedschaft verhältnismäßig ist oder das Recht des Bewerbers zu stark einschränkt.¹⁴¹

Weitgehend misslungen ist bei der Entscheidung des EuGH die Erörterung zu Art. 17 AEUV. Das Verhältnis dieser Norm zu den nationalen Religionsverfassungsrechten bleibt nahezu unbeleuchtet, seine Reichweite bleibt unklar. 75

Die Vorgaben des EuGH hat das BAG in seiner Folgeentscheidung sehr weitgehend umgesetzt. Es hat nicht nur – konsequenterweise – § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG für unionsrechtswidrig und damit unanwendbar angesehen. Es hat auch inhaltlich in seiner Überprüfung eines Sachverhalts seine eigene Einschätzung zur Erforderlichkeit einer Kirchenzugehörigkeit weitgehend an die des kirchlichen Arbeitgebers gesetzt. Für den Senat genügten „ernsthafte Zweifel an der Wesentlichkeit der beruflichen Anforderung“.¹⁴² Angesichts der in Rede stehenden Stelle, in der es auch um die Erfassung eines spezifisch christlichen Menschenbildes bei der Erstellung von Berichten ging, hat das BAG damit der Raum, den der EuGH noch eröffnet hatte, nicht ausgenutzt, für den auch die Umstände der Ausübung der Tätigkeit hätten eine Rolle spielen können. Wenn das BAG hinzufügt, dass die berufliche Anforderung deshalb nicht gerechtfertigt sei, „weil im konkreten Fall keine wahrscheinliche und erhebliche Gefahr bestand, dass das Ethos des Beklagten beeinträchtigt würde. Dies folgt im Wesentlichen aus dem Umstand, dass der jeweilige Stelleninhaber [...] in einen internen Meinungsbildungsprozess beim Beklagten eingebunden war und deshalb in Fragen, die das Ethos des Beklagten betrafen, nicht unabhängig handeln konnte“, überzeugt dies nicht mehr. Denn genau dies setzte schon der EuGH nicht voraus, und ein „unabhängiges“ Handeln hat gerade für die Außenwirkung selbst keine Relevanz. Damit aber eröffnet das BAG der grundsätzlich berechtigten gerichtlichen Überprüfbarkeit aber letztlich einen so weiten Raum, dass die Diskrepanz zum Ansatz des BVerfG evident wird. 76

¹⁴¹ Eingehend zu einer Würdigung *Jacob Joussen*, ebd., S. 421 ff.

¹⁴² So der Wortlaut in der Pressemitteilung zu BAG, 25.10.2018 – 8 AZR 501/14.

b) § 9 Abs. 2 AGG

- 77 Neben § 9 Abs. 1 AGG sieht Abs. 2 dieser Vorschrift zusätzlich vor, dass eine Religionsgemeinschaft von ihren Beschäftigten gerechtfertigterweise ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne ihres Selbstverständnisses verlangen darf.¹⁴³ Dies gilt auch dann, wenn damit möglicherweise ein an sich im Sinne des AGG verbotenes Verhalten und Anknüpfen an ein Merkmal des § 1 AGG verbunden ist. In den Worten des Gesetzes formuliert heißt dies, dass eine solche Anforderung an ein loyales und aufrichtiges Verhalten das Verbot der unterschiedlichen Behandlung nicht berührt. Im nachfolgenden Abschnitt stehen vor diesem Hintergrund die Anforderungen an das Loyalitätsrecht im Mittelpunkt.

2. Das Loyalitätsrecht

a) Grundsätzliches

- 78 Das Loyalitätsrecht ist in vielfacher Hinsicht von den Besonderheiten des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts geprägt. Es war im kirchlichen Arbeitsrecht von Beginn an Gegenstand zahlreicher Diskussionen. Diese werden vor einem tatsächlichen und einem rechtlichen Hintergrund geführt. In tatsächlicher Hinsicht gilt, dass gerade die Loyalitätspflichten immer wieder zu Streit und auch medialer Aufregung führen. Im Mittelpunkt steht dabei häufig die Kündigung von Mitarbeitenden katholischer Einrichtungen, die eine zweite Ehe eingehen, die kirchenrechtlich unzulässig ist. Häufig werden diese Maßnahmen nicht verstanden und führen dazu, kirchliche Arbeit insgesamt zu diskreditieren. Der rechtliche Hintergrund ist vom Selbstbestimmungsrecht der Kirche geprägt und auch, wie angesprochen, in § 9 Abs. 2 AGG rahmenmäßig abgegrenzt. Das Selbstbestimmungsrecht eröffnet den Kirchen, in ihren Arbeitsverhältnissen von den Mitarbeitenden ein größeres Maß an Loyalität zu verlangen, als dies einem weltlichen Arbeitgeber möglich wäre.¹⁴⁴ Auch der

¹⁴³ Zum Rechtfertigungsumfang gerade dieser Norm *Ulrich Pallasch*, *Kirchenaustritt als Kündigungsgrund – Zugleich Besprechung des Urteils BAG 25. 4. 2013 – 2 AZR 579/12*, in: RdA 2014, S. 103 (107 f.); *Schoenauer*, *Kirchliche Arbeitnehmer* (o. Fn. 118), S. 30 ff.

¹⁴⁴ *Joussen*, Stichwort *Loyalitätspflichten*, in: *Arbeits- und Tarifrecht* (o. Fn. 133), S. 212.

weltliche Arbeitgeber kann zwar erwarten, dass seine Arbeitnehmer ihm gegenüber loyal sind, der kirchliche kann aber zusätzlich verlangen, dass die Mitarbeitenden die kirchliche Glaubens- und Sittenlehre anerkennen und danach leben. Und er kann ggf. auch Sanktionen wie eine Kündigung verhängen, wenn dies nicht erfolgt.

Die gegenüber dem weltlichen Arbeitgeber gesteigerten Loyalitätspflichten sind in kirchlichen Arbeitsverhältnissen regelmäßig Vertragsbestandteil. Denn in Arbeitsverhältnissen mit einem kirchlichen Arbeitgeber ist nicht nur die vom Arbeitnehmer zu erbringende Arbeitsleistung Vertragsgegenstand, sondern die Tätigkeit wird vielmehr auch durch die Eigenart des kirchlichen Diensts bestimmt. Vertraglich wird diese Bestimmung in der Regel in Arbeitsverträgen, die mit kirchlichen Arbeitgebern abgeschlossen werden, durch eine Einbeziehung der jeweiligen Loyalitätspflichtbeschreibungen erreicht, die im Raum der evangelischen Kirche in der schon angesprochenen Loyalitätsrichtlinie, im Raum der katholischen in der Grundordnung¹⁴⁵ enthalten sind. So sind die Arbeitnehmer vertraglich verpflichtet, sich beispielsweise loyal gegenüber der evangelischen Kirche zu verhalten und den kirchlichen Auftrag zu beachten sowie die übertragenen Aufgaben im Sinne der Kirche zu erfüllen.¹⁴⁶ Normativ ergibt sich diese Pflicht, sich gegenüber dem kirchlichen Arbeitgeber loyal zu verhalten, jedenfalls aus § 241 Abs. 2 BGB, insofern sie sich zumindest als vertragliche Nebenpflicht darstellt.¹⁴⁷ Doch kann man noch weiter gehen und die jeweils in der in Bezug genommenen Loyalitätsrichtlinie bzw. Grundordnung verankerten Pflichten nicht lediglich als Nebenpflicht im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB verstehen, sondern hierin in besonderer Weise eine Verknüpfung der Loyalitätspflichten mit der Wahrnehmung der vertraglichen Aufgabe selbst sehen. Weil und soweit alle Mitarbeitenden in kirchlichen Einrichtungen auf ihre Weise und unabhängig von ihrem eigenen Glaubensstand an der Erfüllung des kirchlichen Auftrags mitwirken, sind die Pflichten ein wesentlicher Bestandteil des vertraglichen Verhältnisses.¹⁴⁸

79

¹⁴⁵ Zur evangelischen Loyalitätsrichtlinie Fn. 136; katholischerseits finden sich Bestimmungen in der Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse, erstmals verabschiedet von der Deutschen Bischofskonferenz am 22. 9. 1993, neu gefasst zuletzt am 27. 4. 2015.

¹⁴⁶ Vgl. beispielsweise § 4 Abs. 1 Loyalitätsrichtlinie.

¹⁴⁷ So auch BAG, 24. 9. 2014 – 5 AZR 611/12, BAGE 149, 144 ff., Rn. 42.

¹⁴⁸ BAG, 24. 9. 2014 – 5 AZR 611/12, BAGE 149, 144 ff., Rn. 44; Jousseen, Ut unum sint (o. Fn. 25), S. 328 ff., 333.

80 Immer wieder hat es Gerichtsverfahren gegeben, die die Reichweite dieser Pflichten im Visier hatten. Dabei ist entscheidend, dass bei allen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten über Loyalitätsobliegenheiten kirchlicher Arbeitnehmer die staatlichen Gerichte den organischen Zusammenhang von Statusrecht (Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV) und Grundrecht (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) im Rahmen einer zweistufigen Prüfung zu beachten und umzusetzen haben.¹⁴⁹ Maßgeblich ist insofern, dass die Gerichte nämlich wegen ihrer in Art. 1 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommenden Grundrechtsbindung daran gehindert sind, bei der Auslegung und Anwendung zivilrechtlicher Normen – besteht eine vertragliche (Neben-)Pflicht? – das völlige Zurückweichen des einen Grundrechts zugunsten eines anderen hinzunehmen.¹⁵⁰ Schwierig ist es in diesem Zusammenhang immer, wie die Abgrenzung zwischen der Entscheidungskompetenz der Gerichte auf der einen und der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts durch die Religionsgemeinschaften auf der anderen Seite gelingen kann.

81 Das Bundesverfassungsgericht verfolgt seit seiner Entscheidung vom 22.10.2014 insofern im Wesentlichen eine zweistufige Vorgehensweise. Auf einer ersten Prüfungsstufe müssen die staatlichen Gerichte auf der Grundlage des glaubensdefinierten Selbstverständnisses der Kirche es einer Plausibilitätskontrolle unterziehen, ob eine bestimmte Loyalitätsobliegenheit Ausdruck eines kirchlichen Glaubenssatzes ist und welches Gewicht dieser Loyalitätsobliegenheit und einem Verstoß hiergegen nach dem kirchlichen Selbstverständnis zukommt. Dabei dürfen sie, so das Gericht, die Eigenart des kirchlichen Dienstes – das kirchliche Proprium – nicht außer Acht lassen.¹⁵¹ Insofern bleibt es grundsätzlich den Religionsgemeinschaften und insbesondere den verfassten Kirchen überlassen, verbindlich zu bestimmen, was „die Glaubwürdigkeit der Kirche und ihrer Verkündigung erfordert“, was „spezifisch kirchliche Aufgaben“ sind, was „Nähe“ zu ihnen bedeutet, welches die „wesentlichen Grundsätze der Glaubens- und Sittenlehre“ sind und was als Verstoß gegen diese anzusehen ist. Damit geht auch die Entscheidung darüber einher, ob und wie innerhalb der im kirchlichen Dienst tätigen Mitarbeiter eine „Abstufung“ der Loyalitätspflichten eingreifen soll. Denn auch dies ist grundsätzlich eine dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht

¹⁴⁹ BVerfG, 22.10.2014 – 1 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff., Rn. 112.

¹⁵⁰ So die Formulierung des BAG, 24.9.2014 – 5 AZR 611/12, BAGE 149, 144 ff., Rn. 45.

¹⁵¹ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff., Rn. 113.

unterliegende Angelegenheit.¹⁵² Die staatlichen Gerichte sind in diesen Fällen dann stets an die kirchliche Einschätzung arbeitsvertraglicher Loyalitätspflichten gebunden. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn sich die Religionsgemeinschaft dadurch in Widerspruch zu Grundprinzipien der Rechtsordnung setzt, wie sie im allgemeinen Willkürverbot aus Art. 3 Abs. 1 GG, im Begriff der „guten Sitten“ nach § 138 Abs. 1 BGB und im ordre public gemäß Art. 30 EGBGB ihren Niederschlag gefunden haben. Die Gerichte haben jedoch, so die Überzeugung auch des Bundesarbeitsgerichts, sicherzustellen, dass die kirchlichen Einrichtungen nicht in Einzelfällen unannehmbare Anforderungen an die Loyalität ihrer Arbeitnehmer stellen.¹⁵³ Sind die Anforderungen indes in diesem Sinne nicht unannehmbar, halten sie auch einer diskriminierungsrechtlichen Überprüfung stand, wie letztlich aus § 9 Abs. 2 AGG deutlich wird.

Hat sich auf diese Weise eine Loyalitätspflicht herauskristallisiert, haben die Gerichte, nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dann auf einer zweiten Prüfungsstufe die Selbstbestimmung der Kirchen den Interessen und Grundrechten der Arbeitnehmer in einer offenen Gesamtabwägung gegenüberzustellen.¹⁵⁴ Dabei ist dann aber auch zum einen zu berücksichtigen, ob der Arbeitnehmer sich der ihm vertraglich auferlegten Loyalitätsanforderungen und der Möglichkeit arbeitsrechtlicher Sanktionen bewusst war oder hätte bewusst sein müssen, zum anderen, dass der Arbeitnehmer als Grundrechtsberechtigter mit Vertragsschluss aufgrund seines freien Willens eine Entscheidung über die partielle Beschränkung seiner Freiheitsrechte eingegangen ist. Von letzterem kann indes dann nicht mehr ausgegangen werden, wenn sich Inhalt und Reichweite der einzuhaltenden Verhaltensregeln nur mithilfe detaillierter Kenntnisse des Kirchenrechts sowie der Glaubens- und Sittenlehre feststellen lassen.¹⁵⁵ Generalklauseln stehen dem jedoch nicht entgegen – und letztlich sind die Anforderungen so, wie sie in Loyalitätsrichtlinie und Grundordnung aufgeschrieben sind, ausreichend präzise und – wie angesprochen – regelmäßig auch Vertragsinhalt.

82

¹⁵² BVerfG, 4. 6. 1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 ff.

¹⁵³ BVerfG, 4. 6. 1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 ff.; BAG, 25. 4. 2013 – 2 AZR 579/12, BAGE 145, 90 ff., Rn. 25; BAG, 24. 9. 2014 – 5 AZR 611/12, BAGE 149, 144 ff., Rn. 54.

¹⁵⁴ BVerfG, 22. 10. 2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff., Rn. 119.

¹⁵⁵ Zu dieser Voraussetzung BVerfG, 22. 10. 2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff., Rn. 121 mit Verweis auf EGMR, 23. 9. 2010 – 1620/03, in: NZA 2011, S. 279 ff. (Schüth).

- 83** Anerkannt ist von der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bei dieser Prüfung zwar, dass möglichst beide betroffenen Grundrechtsgüter weitgehend zu berücksichtigen sein müssen, keines der beiden darf im Ergebnis völlig unberücksichtigt bleiben. Dem ist etwa dadurch Rechnung getragen, dass es keine absoluten Kündigungsgründe bei Loyalitätspflichtverstößen gibt, worauf später noch einzugehen sein wird. Doch auch wenn die beiden kollidierenden Rechtspositionen, dem Grundsatz der praktischen Konkordanz gemäß, bei dem auf der zweiten Prüfungsstufe durchzuführenden Abwägungsvorgang so anzusetzen sind, dass sie in möglichst hohem Maße ihre Wirksamkeit entfalten können, ist doch unverändert dem Selbstverständnis der Kirche ein besonderes Gewicht beizumessen.¹⁵⁶ Das bedeutet aber nicht, dass die Interessen der Kirche prinzipiell die Belange des Arbeitnehmers überwögen. Daraus folgt, ganz in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte¹⁵⁷ und des EuGH¹⁵⁸ und der Vorstellung, dass eine Verabsolutierung von Rechtspositionen der staatlichen Rechtsordnung jenseits des Art. 1 Abs. 1 GG fremd ist, dass selbst ein erkennbar schwerer Loyalitätsverstoß die staatlichen Arbeitsgerichte nicht von der Pflicht zur Abwägung der kirchlichen Interessen mit den Belangen des Arbeitnehmers entbindet.

b) Loyalitätsobliegenheiten vor dem europäischen Hintergrund

- 84** Dieser Gedanke ist auch dann bedeutsam, wenn es darum geht, die den Religionsgemeinschaften überantwortete Möglichkeit, besondere Loyalitäten einzufordern, vor dem Hintergrund europäischer Normen und Rechtsprechung zu bejahen. Denn auch der diesbezüglich ja einschlägige § 9 Abs. 2 AGG beruht auf europäischen Vorgaben.
- 85** Insofern wird man davon auszugehen haben, dass es auch vor dem Hintergrund der europäischen Normen den Kirchen überlassen bleibt zu bestimmen, für welche Berufe und für welche Tätigkeiten sie eine Zugehörigkeit zu ihrer jeweiligen Religion als Voraussetzung verlangen. Das Ziel der Richtlinie ist somit zwar ein Schutz vor der Diskriminierung aus religiösen Gründen. Eine bestimmte Ungleich-

¹⁵⁶ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff., Rn. 125; BVerfG, 25.3.1980 – 2 BvR 208/76, BVerfG 53, 366 (401); BVerfG, 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 (167).

¹⁵⁷ Dazu sogleich noch.

¹⁵⁸ EuGH, 17.4.2018 – C 414/16, in: NZA 2018, S. 569 ff. (Egenberger).

behandlung ist jedoch den Kirchen für ihren eigenen Bereich gestattet. Unklar ist jedoch, wie weit dieser Bereich im Einzelnen reicht. Deutsche Verfassungsrechtsprechung und die Rechtsprechung des EuGH aus dem Jahr 2018 laufen insofern auseinander.

Dabei anerkennt auch das europäische Recht einen Freiraum der Kirchen auf dem Feld des Diskriminierungsrechts. Dieser ist nicht zuletzt auf die auch in der maßgeblichen europäischen Richtlinie 2000/78/EG verankerte grundsätzliche Befugnis der kirchlichen bzw. allgemein formuliert religiösen Arbeitgeber zurückzuführen, die in Art. 4 der Richtlinie normiert ist. Vor dem Hintergrund des insofern maßgeblichen Art. 17 AEUV¹⁵⁹, dessen Verständnis durch die Rechtsprechung des EuGH allerdings eher verdunkelt denn geklärt ist¹⁶⁰, dürfen nämlich die Mitgliedstaaten, wie in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie geregelt ist, weitergehende Freiräume der Kirchen und Religionsgemeinschaften im Diskriminierungsrecht vorsehen, wie dies dann auch in § 9 Abs. 2 AGG erfolgt ist. Vorgesehen ist danach, dass Arbeitgeber aus diesem Bereich, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, von ihren Beschäftigten nicht nur die Zugehörigkeit zur jeweiligen Religion bzw. Weltanschauung verlangen dürfen, sondern auch – ganz wie dann in § 9 Abs. 2 AGG aufgenommen – auch ein „loyales und aufrichtiges“ Verhalten im Sinne des Ethos der Organisation. Auch das Recht der EMRK formuliert vergleichbar, wenn in ihren Art. 9 und 11 bestimmt ist, dass die Religionsgemeinschaften zur Sicherung ihrer Glaubwürdigkeit von ihren Beschäftigten die Beachtung bestimmter religionsgemeinschaftlicher Vorgaben auch im Bereich der Lebensführung¹⁶¹ sowie die Zugehörigkeit zur Religionsgemeinschaft verlangen dürfen.¹⁶²

Die Reichweite dieser Ausnahmenvorschriften ist indes nicht ganz eindeutig, sie ist konkret zwischen Bundesverfassungsgericht und EuGH umstritten, zumindest formulieren beide sehr unterschiedlich. Unstreitig gilt noch, wie *Classen* zu Recht bemerkt, dass immer auch die Nähe der Tätigkeit zum Verkündigungsauftrag der jeweiligen Religionsgemeinschaft zu berücksichtigen ist, fraglich allerdings ist, in

¹⁵⁹ Zu den früheren Grundlagen *Jacob Joussen*, Die Folgen der europäischen Diskriminierungsverbote für das kirchliche Arbeitsrecht, in: RdA 2002, S. 32 ff.; zu seiner Reichweite infolge der Entscheidung des EuGH zur Rechtssache Egenberger *Jacob Joussen*, § 9 Abs. 1 AGG (o. Fn. 112), S. 425 ff.

¹⁶⁰ EuGH, 17.4.2018 – C 414/16, in: NZA 2018, S. 569 ff. (Egenberger).

¹⁶¹ EGMR, 23.9.2010 – 1620/03, in: NZA 2011, S. 279 ff. (Schüth); EGMR, 23.9.2010 – 425/03, in: NZA 2011, S. 277 ff. (Obst).

¹⁶² Zu einer Kindergartenerzieherin EGMR, 3.2.2011 – 18136/02, in: NZA 2012, S. 199 ff. (Siebenhaar).

welchem Umfang.¹⁶³ Richtigerweise wird man, auf der Grundlage des Verweises auf das Ethos der Organisation, davon auszugehen haben, dass das europäische Recht dem kirchlichen bzw. religiösen Arbeitgeber hier erkennbar Möglichkeiten einräumt, ein loyales Verhalten zu verlangen.¹⁶⁴ Wie weit diese Möglichkeiten reichen, wird jedoch unterschiedlich gesehen. Nach aus rein nationaler Sicht richtiger Einschätzung etwa des Bundesverfassungsgerichts¹⁶⁵ und auch eines Großteils der deutschen religionsverfassungsrechtlichen Literatur bleibt es grundsätzlich aufgrund der Bestimmung in Art. 4 Abs. 2 S. 3 der Richtlinie sowie des explizit geäußerten Willens des europäischen Gesetzgebers den Kirchen überlassen zu bestimmen, welches Verhalten eine Diskriminierung rechtfertigt.¹⁶⁶ Eine Abstufung nach verkündigungsnahe und verkündigungsferne Tätigkeiten bei den Formulierungen von Loyalitätsanforderungen ist damit nicht geboten, lässt man das europäische Recht bzw. die Rechtsprechung des EuGH außer Betracht – die Kirchen können dies tun, sie müssen es aber nicht.¹⁶⁷ Dahinter steht die plausible Vorstellung, dass einem säkularen Richter jeder Maßstab fehlt, anhand dessen er beurteilen könnte, welche kirchlichen Maßstäbe gelten sollen.

88 Der EuGH ist diesem Ansatz indes nicht gefolgt. In der „Chefarzt-Entscheidung“ hatten schon die Ausführungen des Generalanwalts in eine andere Richtung gedeutet.¹⁶⁸ In ihr macht das Gericht deutlich, dass jede Loyalitätsanforderung, die in dieser Hinsicht von einem kirchlichen Arbeitgeber gestellt wird, nicht nur Gegenstand einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle sein muss, bei der das nationale Gericht sicherstellen muss, dass die jeweilige Anforderung wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt für die Ausübung der konkreten beruflichen Tätigkeit sein muss. Aus beiden Erwägungen zusammen folgert der EuGH, dass es einerseits der Kirche, die eine entsprechende Loyalitätsanforderung stellt, „obliegt, im Lichte der tatsächlichen Umstände darzutun, dass die geltend gemachte Gefahr einer Beeinträchtigung ihres Ethos oder ihres Rechts auf Autonomie wahrscheinlich und erheblich ist, so dass sich eine solche Anforderung als

¹⁶³ Claus Dieter Classen, → § 11, Rn. 42 f.

¹⁶⁴ Claus Dieter Classen, → § 11, Rn. 40–43, mit entsprechenden Hinweisen auf die geführte Diskussion.

¹⁶⁵ BVerfG, 22. 10. 2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff.

¹⁶⁶ S. Jacob Joussen, Das Arbeitsrecht in der Kirche (§ 7), in: HEKR, S. 301, vor allem die Nachweise in Fn. 130.

¹⁶⁷ So auch Gregor Thüsing, Grund und Grenzen (o. Fn. 119), S. 149.

¹⁶⁸ Schlussanträge des Generalanwalts Wathelet zu EuGH C-68/17 v. 31. 5. 2018 (Chefarzt).

erheblich erweist.“¹⁶⁹ Andererseits muss die Anforderung dann auch mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang stehen, so dass es erneut an den nationalen Gerichten ist zu überprüfen, ob die Anforderung angemessen ist und nicht über das zur Erreichung des angestrebten Ziels Erforderliche hinausgeht. Anders als das Bundesverfassungsgericht geht der EuGH damit davon aus, dass das nationale Gericht entscheiden muss, ob eine Loyalitätsanforderung wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt sowie angemessen ist.

Damit ist die Kollision zwischen den beiden Ansätzen nun auch auf höchstrichterlicher Ebene angekommen. Man wird infolgedessen davon auszugehen haben, dass im Lichte der Rechtsprechung des EuGH der bisher den kirchlichen Arbeitgebern gewährte und in der nationalen Perspektive eingeräumte Freiraum nicht mehr in dem gleichen Maße erhalten bleibt. Anders wäre dies nur, wenn das Bundesverfassungsgericht seinerseits diesen Konflikt weiter verfolgt. In der Tat kann es inhaltlich aus deutscher Sicht nicht überzeugen, den verfassungsrechtlich geschützten Raum der Kirchen derart einzuschränken. Anzuerkennen ist aber, dass – spätestens seit der Chefarzt-Entscheidung des EuGH – die europäische Dimension und der europarechtliche Einfluss auf das nationale Recht auch zu dieser Frage nicht außer Acht gelassen werden kann. Wenn daher auch der Ansatz des EuGH Widerspruch hervorrufen muss, blickt man allein aus der nationalen Warte auf diese Fragestellungen, ist doch dreierlei zu beachten. Zum einen ist das Gebot der gerichtlichen Überprüfbarkeit einer Loyalitätsanforderung selbst nicht zu beanstanden, wenn auch der Maßstab, anhand dessen der säkulare Richter überprüfen soll, für diesen nicht auf den ersten Blick ersichtlich ist. Dann ist es aber, zum anderen, Aufgabe der Kirche, ein insofern stimmiges, plausibles System an Loyalitätsanforderungen zu schaffen und auch darzustellen. Drittens wird man für richtig halten können und müssen, dass auf diese Weise die Rechtspositionen auch der Beschäftigten stärker in den Blick genommen werden (können), als dies bislang der Fall war.

Auch für den Bereich der EMRK gelten mittlerweile die Anforderungen der Abwägung.¹⁷⁰ Insofern formuliert das Bundesverfassungs-

89

90

¹⁶⁹ EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 (Chefarzt), in: NZA 2018, S. 1187 ff., Rn. 53.

¹⁷⁰ Zu den Auswirkungen der Rechtsprechung von EGMR und EuGH auf das kirchliche Dienst- und Arbeitsrecht *Dominik Limbach*, Kirchliches Dienstrecht und Personalrecht im Einflussbereich von EGMR und EuGH. Auswirkungen europäischen Rechts auf den Sonderweg der Kirchen und den Tendenzschutz im sozialen Aufgabenspektrum der Großkirchen, in:

gericht zu Recht, dass die zuvor skizzierten Maßstäbe in Einklang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte stehen.¹⁷¹ Denn die durch die Konvention begründeten objektiven Schutzpflichten des Staates aus Art. 11 Abs. 1 EMRK in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 EMRK und das sich hieraus ergebende Autonomierecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften einerseits und die entgegenstehenden Rechtspositionen der kirchlichen Arbeitnehmer andererseits verlangten, so das Gericht, „eine Abwägung der widerstreitenden Interessen unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls. Die durch die Konvention begründete Neutralitätspflicht des Staates in religiösen Angelegenheiten untersagt den staatlichen Stellen hierbei ebenfalls eine eigenständige Bewertung und Gewichtung von Glaubensinhalten.“¹⁷² Hier haben auch die Entscheidungen des EGMR in den Rechtssachen Schüth und Obst nicht zu einer anderen Einschätzung geführt.¹⁷³

c) Loyalitätsanforderungen in der evangelischen Kirche

91 Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund ist die Loyalitätsrichtlinie der EKD zu sehen. Die Kirche hat damit dem Auftrag des Bundesverfassungsgerichts Rechnung tragen wollen und insgesamt aus ihrem Selbstverständnis heraus Maßstäbe entwickelt, die an das inner- und außerdienstliche Verhalten ihrer Mitarbeitenden zu stellen sind.¹⁷⁴ Nach § 2 Abs. 1 der Richtlinie sind alle Mitarbeitenden, die für Kirche und Diakonie tätig werden, zur Erfüllung des kirchlichen Sendungsauftrags berufen. Sie tragen daher Verantwortung für die

KuR 2013, S. 42 ff.; *Christian Walter*, Kirchliches Arbeitsrecht vor den Europäischen Gerichten, in: *ZevKR* 57 (2012), S. 233 ff.

¹⁷¹ S. schon die Entscheidung der EKMR, 6. 9. 1989 – Nr. 12242/86 (Romelfänger).

¹⁷² BVerfG, 22. 10. 2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff., Rn. 127 mit ausführlicher Würdigung dieser Fragestellung; dazu auch BAG, 24. 9. 2014 – 5 AZR 611/12, BAGE 149, 144 ff., Rn. 69 ff.

¹⁷³ Dazu *Jacob Joussen*, Die Folgen des Mormonen- und des Kirchenmusikerfalls für das kirchliche Arbeitsrecht in Deutschland, in: *RdA* 2011, S. 173 ff.; *Thüsing*, Grund und Grenzen (o. Fn. 119), S. 149 ff.

¹⁷⁴ *Detlev Fey*, Richtlinie über die Anforderungen der beruflichen Mitarbeit in Kirche und Diakonie, in: *ZMV* 2005, S. 225 ff.; *Renate Oxenknecht-Witzsch*, Loyalitätspflicht im kirchlichen Dienst, in: *ZMV* 2010, S. 249 ff.; zur Neufassung 2016 *Jacob Joussen*, Die neue Loyalitätsrichtlinie der EKD, in: *ZMV* 2017, S. 12 ff.

glaubwürdige Erfüllung kirchlicher und diakonischer Aufgaben. Aus § 4 Abs. 1 der Richtlinie folgt eine Konkretisierung dieser Verantwortung je nach dem übertragenen Aufgabenbereich: Die Mitarbeiter „haben sich daher loyal gegenüber der evangelischen Kirche zu verhalten.“

In § 4 Abs. 1 S. 3 der Richtlinie findet sich dann eine konkretisierende Anforderung an Christinnen und Christen, die in einer evangelischen Einrichtung tätig sind. Sie haben für die evangelische Prägung der Dienststelle oder Einrichtung einzutreten. Nach § 4 Abs. 1 S. 4 der Richtlinie müssen Nicht-Christinnen und Nicht-Christen die evangelische Prägung achten. § 4 Abs. 2 der Richtlinie schließlich legt allen Mitarbeitenden einheitlich die Pflicht auf, sich innerhalb und außerhalb des Dienstes so zu verhalten, dass die glaubwürdige Ausübung ihres jeweiligen Dienstes nicht beeinträchtigt wird.

Besonders bedeutsam sind die Anforderungen nach § 4 Abs. 1 der Richtlinie. Hier obliegt es entsprechend der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung den zuständigen Kirchenorganen festzulegen, welche Anforderungen an die Loyalitätsanforderung sowie das Eintreten für die christliche Prägung, das von christlichen Beschäftigten erwartet wird, zu stellen sind. In diesen Anforderungen muss die Kirche zwar bestimmte rechtsstaatlich überragende Grundsätze beachten: Sie ist etwa an das Willkürverbot ebenso gebunden wie an die guten Sitten und den *ordre public*.¹⁷⁵ Doch bleibt letztlich maßgeblich, was die Kirche an Anforderungen formuliert.

Inhaltlich richten sich die Loyalitätspflichten besonders auf die private Lebensführung. Lange Zeit besonders problematisch war die gelebte Homosexualität. Da mittlerweile aber zahlreiche Landeskirchen sogar dazu übergegangen sind, eingetragene Lebenspartnerschaften zu segnen oder zu trauen, ist hier kein Verstoß mehr gegen die evangelische Überzeugung zu sehen.¹⁷⁶ Auch die Wiederverheiratung stellt aus evangelischer Sicht, anders als in der katholischen Kirche, kein Problem dar. Denkbare Anwendungsfälle sind aber etwa eine dezidierte Ablehnung kirchlicher essentialer Glaubenspositionen, das bewusst feindliche, gegen die Kirche erfolgende Auftreten in der Öffentlichkeit oder, in besonderer Weise, der Kirchenaustritt.

¹⁷⁵ Zu diesen Grenzen *Konstantin von Notz*, Lebensführungspflichten im evangelischen Kirchenrecht, 2003, S. 116 ff.

¹⁷⁶ Zur Thematik etwa *Ulrich Pallasch*, Homosexualität als Kündigungsgrund, in: NZA 2013, S. 1176 ff.; zutreffend in diesem Zusammenhang die der Kündigung wegen Homosexualität ablehnende Haltung von *Schoenauer*, Kirchliche Arbeitnehmer (o. Fn. 118), S. 42.

d) *Loyalitätsanforderungen in der katholischen Kirche*

- 95 2015 hat die Bischofskonferenz die Loyalitätspflichten grundlegend neu geordnet. Dabei hat sie die Struktur der Pflichten beibehalten, aber die Regelungsinhalte neu formuliert.¹⁷⁷ Geregelt sind die Loyalitätsobliegenheiten unverändert in Art. 4 Grundordnung, die dem Arbeitgeber offenstehenden Sanktionsmöglichkeiten sind nach wie vor in Art. 5 Grundordnung enthalten.
- 96 Art. 4 Grundordnung stuft die zu beachtenden Loyalitätspflichten danach ab, um welche Mitarbeitenden es geht. Alle Mitarbeitenden müssen, so Art. 4 Abs. 4, kirchenfeindliches Verhalten unterlassen. Was darunter vor allem zu verstehen sein kann, wird nicht direkt an dieser Stelle, sondern im Wesentlichen in Art. 5 beschrieben. Ansonsten zeigt Art. 4 ein gestuftes Loyalitätsraster auf. Katholische Mitarbeitende haben nach Abs. 1 die Grundsätze der katholischen Glaubens- und Sittenlehre anzuerkennen und zu beachten. Dies ist weniger, als von den pastoral und katechetisch tätigen Mitarbeitenden erwartet wird, die immer auch ein persönliches Lebenszeugnis im Sinne dieser Grundsätze geben müssen. Nur bei den letztgenannten Mitarbeitenden verlangt das kirchliche Arbeitsrecht also konkret, dass sie sich auch im privaten Lebensbereich an die Glaubens- und Sittenvorgaben halten, bei ihnen genügt es nicht, dass sie diese (lediglich) anerkennen. Leitende Mitarbeitende wiederum müssen dies nicht immer, aber im Regelfall.
- 97 Christliche, nichtkatholische Mitarbeitende haben, nach Abs. 2, die Wahrheiten des Evangeliums zu beachten und dessen Werte in den Einrichtungen zur Geltung zu bringen. Nichtchristliche Mitarbeitende schließlich müssen, wie Abs. 3 deutlich macht, nur noch die ihnen in der Einrichtung übertragenen Aufgaben im Sinne der Kirche erfüllen.
- 98 Das eigentliche Neuerungspotential der 2015 aktualisierten Fassung gegenüber den Vorgängerversionen liegt in Art. 5 Grundordnung, also dort, wo es um die möglichen Sanktionen bei einem Verstoß gegen die Loyalitätspflichten geht. Absatz 1 formuliert noch wie bislang, dass für alle Sanktionen das „Ultima-ratio-Prinzip“ gilt. Das heißt, der Dienstgeber ist verpflichtet, bei einer von ihm als sol-

¹⁷⁷ Zu den Hintergründen der Novelle *Martin Fuhrmann*, Neueregelegung des Arbeitsrechts (o. Fn. 100), S. 145; zu den Inhalten in individualarbeitsrechtlicher Sicht *ders.*, Kleine Einführung in die neue Grundordnung, in: neue caritas 13/2015, S. 27 ff.

cher erkannten Pflichtverletzung zunächst Gespräche mit dem Mitarbeiter zu führen. Vor einer Kündigung, die immer nur letztes Mittel sein kann, steht dann zudem ggf. eine Abmahnung¹⁷⁸ oder Versetzung. Eine Kündigung ist daher nur zulässig, wenn dem Dienstgeber keine andere Wahl mehr möglich erscheint. Hier formuliert Art. 5 Abs. 1 Grundordnung letztlich das, was im weltlichen Recht auch als Leitlinie des Kündigungsrechts gilt.¹⁷⁹

Unverändert ist aber eine Kündigung grundsätzlich noch möglich, wie aus Art. 5 Abs. 2 und 3 Grundordnung deutlich wird: Es gibt nämlich Verhaltensweisen, die als sog. „kirchenspezifische Gründe“ bei allen Mitarbeitenden eine Kündigung in Betracht kommen lassen, weil ein schwerwiegender Verstoß gegen die Loyalitätspflichten vorliegt (Art. 5 Abs. 2 Nr. 1). Und es gibt Gründe, die nur bei katholischen Mitarbeitenden zu einer Kündigung führen können. Die dort aufgeführten kirchenspezifischen Kündigungsgründe sind vom Gesetzgeber bewusst nur als Beispiele aufgefasst, sie sind nicht abschließend aufgezählt.

Bei allen Mitarbeitenden sind es vor allem solche Verhaltensweisen, die naheliegenderweise dazu führen, eine Kündigung in Betracht zu ziehen: Das sind solche, die sich gegen die zentralen Inhalte kirchlicher Lehre und Vorstellungen richten (aufgeführt unter Buchstaben a), c), d)). Hinzu kommt, in Nr. 2 b), ein Kündigungsgrund bei „schwerwiegenden persönlichen Verfehlungen“. Diese müssen aber, dies ist wichtig, „nach den konkreten Umständen objektiv geeignet sein, ein erhebliches Ärgernis in der Dienstgemeinschaft oder im beruflichen Wirkungskreis zu erregen und die Glaubwürdigkeit der Kirche zu beeinträchtigen.“ Es genügt also nicht mehr nur die sittliche Verfehlung, sondern es muss auch eine bestimmte Außenwirkung hinzukommen. Erst dann soll eine schwerwiegende Loyalitätsverletzung vorliegen und eine Kündigung möglich werden. Die Grundordnung zieht sich also aus der Bewertung eines Verhaltens zurück, das allein den Mitarbeitenden berührt und niemanden sonst etwas angeht, weil und soweit niemand etwas davon mitbekommt. Insofern hat auch das katholische Loyalitätsrecht eine gewisse Anpassung an das weltliche Recht vorgenommen, wo schon immer galt, dass der Arbeitgeber nichts damit zu tun hat und es ihn auch nichts angeht, was der Arbeitnehmer in seiner privaten Zeit macht. Auch alle kirch-

¹⁷⁸ Näher zur Abmahnung in der Rubrik „Nachgefragt“ *Jacob Joussen*, in: ZMV 2015, S. 115.

¹⁷⁹ S. nur *Malte Niemann*, in: Erfurter Kommentar (o. Fn. 123), § 626 BGB, Rn. 25 ff.

lichen Mitarbeitenden können sich also, sofern die Außenwirkung nicht erreicht ist, in sittlicher Hinsicht nach ihren Vorstellungen verhalten. Was dann eine schwerwiegende persönliche sittliche Verfehlung ist, bleibt zwar unklar, aber selbst wenn man sie feststellt, reicht sie alleine nicht aus.

- 101** Was allerdings ein „erhebliches Ärgernis in der Dienstgemeinschaft oder im beruflichen Wirkungskreis“ ist, ist von der Grundordnung offengelassen. Begrifflich liegt eine Unschärfe vor. Es liegt wohl immer dort, wo die Außenwelt nicht nur von einem solchen Verhalten erfährt, sondern es auch noch zu Diskussionen und „Unruhe“ kommt, etwa durch eine Berichterstattung in den Medien. Bloße Nachfragen einzelner besorgter Eltern etwa werden hierfür nicht ausreichen.
- 102** Bei katholischen Mitarbeitenden verlangt die Grundordnung nach Art. 4 Abs. 1 nicht nur ein höheres Maß an Loyalität; in Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 führt sie auch näher aus, wann bei ihnen eine Kündigung in Betracht kommen soll. Dies ist vor allem, aber nicht nur beim Kirchenaustritt sowie bei der Verbreitung von Irrlehren im kirchlichen Sinn der Fall. Demgegenüber ist die kirchenrechtlich unzulässige Eingehung einer zweiten Ehe genauso wenig wie früher, zur Zeit der Geltung des Lebenspartnerschaftsgesetzes, die Eingehung einer Lebenspartnerschaft ein unwillkürlicher Kündigungsgrund. Dies ist im Regelfall nur noch dann der Fall, wenn „diese Handlung[en] nach den konkreten Umständen objektiv geeignet“ sind, „ein erhebliches Ärgernis in der Dienstgemeinschaft oder im beruflichen Wirkungskreis zu erregen und die Glaubwürdigkeit der Kirche zu beeinträchtigen“. Aber zu beachten ist, dass bei pastoral oder katechetisch tätigen Mitarbeitenden genau dieses „unwiderlegbar vermutet“ wird. Ob diese Differenzierungen und insbesondere diese Vermutungen angesichts der Rechtsprechung des EuGH¹⁸⁰ haltbar sind, erscheint mehr als fraglich, auch wenn die Entscheidung zum Chefarzt selbst noch zu einer früheren Fassung der Grundordnung ergangen ist.
- 103** Nach der Grundordnung gilt aber jedenfalls, dass katholische Mitarbeiter nach einer Scheidung erneut heiraten dürfen, ohne dass dies sofort zu einer Bedrohung für ihren Arbeitsplatz wird. Das ist nur dann der Fall, wenn konkrete weitere Umstände hinzutreten. Zweitens gilt, dass auch homosexuelle Mitarbeitende nicht mehr von der Kündigung bedroht sind, nur weil sie eine Lebenspartnerschaft eingegangen sind oder heiraten. Der ursprüngliche Unvereinbarkeitsbe-

¹⁸⁰ EuGH, 11. 9. 2018 – C-68/17 (Chefarzt), in: NZA 2018, S. 1187 ff.

schluss¹⁸¹ der Bischofskonferenz ist damit obsolet. Er war ohnehin immer schon mit arbeitsrechtlichen Grundsätzen und Regelungsvorgaben unvereinbar.¹⁸² Bei den pastoral und katechetisch tätigen Mitarbeitenden, also etwa den Gemeindereferenten und -innen gilt indes das bisherige strenge Regime weiter: Bei ihnen führen zweite Ehe und Lebenspartnerschaft nach wie vor grundsätzlich dazu, dass sie einen schwerwiegenden Loyalitätsverstoß begehen. Das dürfte europarechtlich in dieser Pauschalität infolge der Rechtsprechung des EuGH nicht mehr haltbar sein, weil und soweit der Verstoß gegen die Vorgaben des Diskriminierungsrechts zu bejahen ist.¹⁸³

Hinzu kommt aber jedenfalls immer noch ein weiteres: Nach Art. 5 Abs. 3 muss nämlich auch dann, wenn ein schwerwiegender Loyalitätsverstoß festgestellt wird, eine Abwägung erfolgen. Das ist eine weitreichende Neuerung. Die Grundordnung akzeptiert damit, dass es immer zwei betroffene Akteure gibt, beider Grundrechte und Interessen müssen immer abgewogen werden. Hat demzufolge etwa ein katholischer Mitarbeiter zum zweiten Mal geheiratet oder ist eine Lebenspartnerschaft eingegangen, ist dies schon nicht immer gleich ein schwerwiegender Loyalitätsverstoß. Selbst wenn es aber einer ist – weil ein erhebliches Ärgernis herbeigeführt wurde –, ist eine Kündigung dann nur möglich, wenn die Einzelfallabwägung dies gebietet. Und auch bei pastoral oder katechetisch tätigen Mitarbeitenden, bei denen die zweite Ehe und Lebenspartnerschaft immer einen schwerwiegenden Verstoß darstellen, ist eine Kündigung abhängig von dieser Abwägung. Abwägungskriterien sieht Abs. 3 dann im Einzelnen vor.

Allerdings macht der Gesetzgeber die Abwägung bei den pastoral und katechetisch tätigen Mitarbeitenden schon sehr schwer, da bei ihnen die Weiterbeschäftigung „in der Regel“ nicht möglich ist. Dieser Zusatz wird aus europarechtlicher Perspektive dazu führen, dass diese Bestimmungen mit den Vorgaben des europäischen Diskriminierungsrechts, wie sie der EuGH versteht, nicht in jedem Fall in Übereinklang zu bringen sind.¹⁸⁴

¹⁸¹ Erklärung des Ständigen Rats der Deutschen Bischofskonferenz zur Unvereinbarkeit von Lebenspartnerschaften mit den Loyalitätsobliegenheiten nach der Grundordnung vom 24. 6. 2002.

¹⁸² Joussem, Folgen des Mormonenurteils (o. Fn. 173), S. 173 ff., 177, Fn. 34.

¹⁸³ EuGH, 11. 9. 2018 – C-68/17 (Chefarzt), in: NZA 2018, S. 1187 ff.

¹⁸⁴ EuGH, 11. 9. 2018 – C-68/17 (Chefarzt), in: NZA 2018, S. 1187 ff.

3. Das Kündigungsrecht

a) Allgemein

- 106** Das Kündigungsrecht ist als ein für alle geltendes Recht im kirchlichen Arbeitsverhältnis anzuwenden.¹⁸⁵ Die staatlichen Vorschriften zur ordentlichen wie zur außerordentlichen Kündigung bilden somit auch in diesem Bereich die Grundlage für die Entscheidung darüber, ob eine Kündigung mit Recht oder ohne ausreichende Berechtigung erklärt worden ist, sei es nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG), sei es nach § 626 BGB. Dabei kommt es regelmäßig zu Fragestellungen, die auch zuvor bereits unter dem Aspekt der Loyalität thematisiert wurden.
- 107** Auch beim Kündigungsrecht wirkt sich aber das verfassungsrechtliche Selbstbestimmungsrecht aus. Es stellt die Kirchen und Religionsgemeinschaften zwar nicht von den Anforderungen des staatlichen Kündigungsrechts frei, doch muss der Staat und müssen seine Gerichte die von der Verfassung eröffneten Freiräume respektieren und sich einer Fremdbestimmung enthalten. Gewährleistet aber die Verfassungsgarantie des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, dass die Kirchen bei der arbeitsvertraglichen Gestaltung des kirchlichen Dienstes das Leitbild einer christlichen Dienstgemeinschaft zugrunde legen und die Verbindlichkeit kirchlicher Grundpflichten bestimmen können, so ist diese Gewährleistung, nach Vorstellung des Bundesverfassungsgerichts, „bei der Anwendung des Kündigungsschutzrechts auf Kündigungen von Arbeitsverhältnissen wegen der Verletzung der sich daraus für die Arbeitnehmer ergebenden Loyalitätsobliegenheiten aus verfassungsrechtlichen Gründen zu berücksichtigen und ihre Tragweite festzustellen.“ Denn eine „Rechtsanwendung, bei der die vom kirchlichen Selbstverständnis her gebotene Verpflichtung der kirchlichen Arbeitnehmer auf grundlegende Maximen kirchlichen Lebens arbeitsrechtlich ohne Bedeutung bliebe, widerspräche dem verfassungsverbürgten Selbstbestimmungsrecht der Kirchen.“¹⁸⁶
- 108** Für die Frage der Rechtfertigung einer Kündigung gilt daher, dass die zuvor erfolgten Ausführungen zum Loyalitätsrecht zu berücksichtigen sind, wenn es um die Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung geht. Denn diese Art der Kündigung ist die für die

¹⁸⁵ Ernst Fischermeier, Kündigungen wegen Loyalitätspflichtverletzungen kirchlicher Arbeitnehmer, in: RdA 2014, S. 257 (257).

¹⁸⁶ BVerfG, 4. 6. 1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 ff., Rn. 61.

Besonderheiten des kirchlichen bzw. religionsgemeinschaftlichen Arbeitsrechts entscheidende Kategorie. Der Verstoß gegen eine rechtmäßigerweise formulierte Loyalitätspflicht stellt eine Vertragspflichtverletzung dar, die zu einer Kündigung führen kann. Maßgeblich ist jedoch auch hier, dass ausreichend in den Blick genommen wird, dass die Vorgaben des nationalen Religionsverfassungsrechts mit einer starken Betonung des Selbstbestimmungsrechts nicht ohne weiteres mit dem Verständnis des EuGH von der Reichweite des Diskriminierungsrechts kompatibel sind. Darauf war schon zuvor ausführlich hingewiesen worden.

Hat man insofern eine Loyalitätspflicht erkannt und einen Verstoß gegen sie – als Vertragspflichtverletzung – festgestellt, richtet sich dann die Möglichkeit der Kündigung nach den allgemeinen Grundsätzen des Kündigungsrechts, insbesondere im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die in die Abwägung einzubringenden Rechte des Beschäftigten. **109**

Unabhängig davon, ob man auf die Dienstgemeinschaft zurückgreifen möchte oder sich ausschließlich auf das verfassungsrechtliche Selbstbestimmungsrecht beruft, das Grundlage für die Besonderheiten im Loyalitätsbereich sein kann, gilt somit jedenfalls aus kündigungsrechtlicher Sicht, dass neben einem Vertragsverstoß im Leistungsbereich auch im Bereich der „betrieblichen Verbundenheit“ der einzelnen Mitarbeiter eine konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses entstehen kann.¹⁸⁷ Wer also in den Dienst einer kirchlichen Einrichtung tritt, leistet zugleich einen Beitrag zur Erfüllung des der Kirche gestellten Auftrags. Alle Beteiligten müssen deshalb anerkennen und ihrem Handeln zugrunde legen, dass „Zielsetzung und Tätigkeit, Organisationsstruktur und Leistung der Einrichtung, für die sie tätig sind, sich an der Glaubens- und Sittenlehre und an der Rechtsordnung“ der betroffenen Kirche auszurichten haben.¹⁸⁸ **110**

Infolgedessen hat sich auch eine umfangreiche Rechtsprechung zu der Frage entwickelt, wann ein kirchlicher Arbeitgeber einem Arbeitnehmer aufgrund eines außerdienstlichen Verhaltens wegen einer Verletzung der (außerdienstlichen) Verpflichtungen und Obliegenhei- **111**

¹⁸⁷ Bernd Rüthers, Der Dritte Weg der Kirchen im Arbeitsrecht, in: NJW 1986, S. 356 (357).

¹⁸⁸ So ausdrücklich Art. 1 S. 2 der schon genannten Grundordnung der katholischen Kirche. Für die evangelische Kirche gilt dies entsprechend, Reinhard Richardi, Die arbeitsrechtliche Bedeutung der christlichen Dienstgemeinschaft für die Arbeitsverhältnisse kirchlicher Mitarbeiter, in: ZfA 1984, S. 109 ff.; Armin Pahlke, Kirche und Koalitionsrecht, 1983, S. 51 ff.

ten kündigen kann. In diesem Zusammenhang hatte die Rechtsprechung im Laufe der Zeit die Zulässigkeit der Kündigung eines Arbeitnehmers wegen dessen Kirchenaustritts¹⁸⁹ ebenso bejaht wie diejenige einer Kündigung wegen einer kirchenrechtlich verbotenen Heirat.¹⁹⁰ Darüber hinaus gibt es zahlreiche Entscheidungen, die die Kündigung eines geschiedenen Mitarbeiters wegen seiner Wiederheirat oder wegen eines Eintretens gegen das Abtreibungsverbot der katholischen Kirche bestätigen.¹⁹¹ Schließlich war das Bundesarbeitsgericht in einer Entscheidung der achtziger Jahre des 20. Jahrhunderts der Ansicht, auch die im außerdienstlichen Bereich ausgeübte homosexuelle Praxis eines im Dienst des Diakonischen Werks einer evangelischen Landeskirche stehenden Arbeitnehmers stelle eine Vertragspflichtverletzung dar, die grundsätzlich geeignet sei, einen Kündigungsgrund abzugeben.¹⁹²

- 112 Grundtenor all dieser Entscheidungen war, dass kein kirchlicher Arbeitnehmer außerhalb der kirchenspezifischen Pflichtbindung steht, auch wenn er selbst keine geistlich-religiöse Verkündigungsaufgabe wahrnimmt, wobei, wie angesprochen, die Kirche das Maß der jeweiligen Loyalitätsanforderungen formuliert.¹⁹³ Doch ist diese Rechtsprechung im Laufe der Zeit zum Teil in eine Schieflage geraten. Während nämlich insbesondere die Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1985 eine sorgfältige Abwägung der betroffenen Interessen aufweist¹⁹⁴, findet sich in der Literatur nicht selten die Einschätzung, Rechtsprechung und Lehre hätten in der nachfolgenden Zeit den kirchlichen Vorstellungen häufig „bereitwillig Rechnung getragen.“¹⁹⁵ Das erweckte gelegentlich sogar den Eindruck, im kirchlichen Arbeitsverhältnis könne die Kirche letztlich „alles verlangen“ und unterschiedslos eine ihr genehme Lebensweise durchsetzen.¹⁹⁶ Zwar finden sich auch andere Beispiele in der Recht-

¹⁸⁹ BVerfG, 4. 6. 1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 ff.; ebenso *Müller-Volbehr*, Europa und das Arbeitsrecht (o. Fn. 61), S. 29; *Jurina*, Dienst- und Arbeitsrecht (o. Fn. 3), S. 121.

¹⁹⁰ BAG, 14. 10. 1980 – 1 AZR 1274/79, BAGE 34, 195 ff.

¹⁹¹ S. etwa BAG, 15. 1. 1986 – 7 AZR 545/85, KirchE 24, 7 ff.

¹⁹² BAG, 30. 6. 1983 – 2 AZR 524/81, in: AP Nr. 15 zu Art. 140 GG mit Anm. Reinhard Richardi.

¹⁹³ BVerfG, 4. 6. 1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 ff.; *Reinhard Richardi*, Arbeitsrecht und Kirchenrecht, in: RdA 1999, S. 112 (115); zu den europarechtlichen Einflüssen zu dieser Problematik *Joussen*, Folgen (o. Fn. 128), S. 32 ff.

¹⁹⁴ BVerfG, 4. 6. 1985 – 2 BvR 1703/83 u. a., BVerfGE 70, 138 ff.

¹⁹⁵ *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht (o. Fn. 26), S. 104.

¹⁹⁶ *Joussen*, Folgen des Mormonenfalls (o. Fn. 173), S. 173 ff.

sprechung. Doch im Ergebnis war die Beachtung des aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus 1985 folgenden Gebots der Interessenabwägung, die stattfinden muss, *nachdem* die Kirche das Maß der Loyalitätspflichten festgelegt hat, häufig kaum erkennbar.

Dies war auch der Hintergrund für die Erinnerungen in den Entscheidungen des EGMR besonders in den Rechtssachen Schüth und Obst.¹⁹⁷ Denn vor allem die Begründung des Gerichtshofes im Fall Schüth lief darauf hinaus, dass das deutsche Landesarbeitsgericht unzulässiger Weise allein festgestellt habe, dass die Tätigkeit des Klägers zwar nicht im unmittelbaren seelsorgerischen Bereich erfolgte, aber dennoch so eng mit der Mission der Kirche verbunden war, dass sie ihn nicht weiter beschäftigen konnte, ohne jegliche Glaubwürdigkeit zu verlieren. Das deutsche Gericht, so der EGMR, habe dieses Argument nicht weiter ausgeführt, sondern habe wohl lediglich die Meinung des kirchlichen Arbeitgebers wiedergegeben. Auch hätten die Gerichte das „*de facto*“ Familienleben des Klägers oder dessen Schutz nicht einmal erwähnt. Der EGMR betont, die Interessen des kirchlichen Arbeitgebers seien nicht gegen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens abgewogen worden, sondern lediglich gegen das Interesse, den Arbeitsplatz zu behalten. „Eine gründlichere Prüfung wäre bei der Abwägung der konkurrierenden Rechte und Interessen angemessen gewesen.“¹⁹⁸

Entscheidend dürfte sein, dass der Gerichtshof zwar anerkennt, dass die Unterzeichnung des Arbeitsvertrags eine Loyalitätspflicht implizierte, die das Recht des Arbeitnehmers auf Achtung des Privatlebens in gewissem Maße einschränkte. Die Unterzeichnung „konnte aber nicht als eindeutiges Versprechen verstanden werden, im Fall einer Trennung oder Scheidung ein enthaltsames Leben zu führen.“ Die deutschen Arbeitsgerichte hätten kaum berücksichtigt, dass es keine Medienberichterstattung über seinen Fall gegeben habe und dass er, nach 14 Jahren im Dienst der Gemeinde, die Position der katholischen Kirche offenbar nicht angefochten hatte.¹⁹⁹

¹⁹⁷ EGMR, 23.9.2010 – 1620/03, in: NZA 2011, S. 279 ff. (Schüth); EGMR, 23.9.2010 – 425/03, in: NZA 2011, S. 277 ff. (Obst); EGMR, 3.2.2011 – 18136/02, in: NZA 2012, S. 199 ff. (Siebenhaar).

¹⁹⁸ So die seinerzeitige Pressemitteilung des EGMR; vgl. die Rn. 67 der Entscheidung.

¹⁹⁹ Rn. 71 der Entscheidung Schüth.

- 115** Der zentrale Gehalt der beiden Entscheidungen lag dann jedoch darin, dass der Gerichtshof den deutschen Gerichten ein Abwägungsdefizit vorgeworfen hat. Dies wird in Rn. 67 des Urteils Schüth deutlich artikuliert. Es verstößt insofern gegen die EMRK, die Position des Arbeitnehmers, sein Recht aus Art. 8 der Konvention, nicht in die Abwägung bei der Ermittlung der Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit einzubeziehen. Es geht also allein darum, dass die Gerichte letztlich schematisch das Recht der Kirche betonen, Loyalitätspflichten zu verlangen, ohne ausreichend zu beachten, dass der Arbeitnehmer nicht von vornherein mit Abschluss eines Arbeitsvertrags seine Rechte preisgibt. Damit deutet der EGMR aber letztlich auf ein Grundprinzip deutschen Verfassungsrechts hin: nämlich auf das Erfordernis einer Abwägung bei kollidierenden Verfassungsgütern. Im Ergebnis verweist er damit auch auf die genauen Kündigungsvoraussetzungen, wie sie beispielsweise in § 626 BGB erkennbar sind.
- 116** Besonders deutlich wird dies im Vergleich der beiden Entscheidungen: Die Tatsache, dass die deutschen Gerichte den Interessen der Mormonenkirche nach sorgfältiger Abwägung ein größeres Gewicht eingeräumt hatten als denen Herrn Obsts, stand nicht an sich in Konflikt mit der Konvention. Darauf weist der Gerichtshof ausdrücklich hin. Er fand die Schlussfolgerung der deutschen Gerichte nachvollziehbar, dass die Mormonenkirche ihrem Pressereferenten keine unannehmbaren Verpflichtungen auferlegt hatte. Da er als Mormone aufgewachsen war, war er sich darüber im Klaren gewesen oder hätte es sein sollen, welche Bedeutung die eheliche Treue für seinen Arbeitgeber hatte und dass sein außereheliches Verhältnis mit den erhöhten Loyalitätspflichten als Direktor Öffentlichkeitsarbeit für Europa unvereinbar war. Anders war es in der Rechtssache Schüth: Hier hatte sich das Landesarbeitsgericht darauf beschränkt festzustellen, dass er als Organist und Chorleiter zwar nicht in die Gruppe derjenigen Mitarbeiter fiel, deren Kündigung im Falle schweren Fehlverhaltens zwangsläufig war, etwa derjenigen in seelsorgerischen und klerikalen Berufen sowie in leitenden Positionen, aber dass seine Tätigkeit dennoch so eng mit der Mission der katholischen Kirche verbunden war, dass sie ihn nicht weiter beschäftigen konnte, ohne jegliche Glaubwürdigkeit zu verlieren. Es fehlen indes jegliche Hinweise auf die über den Arbeitsplatz hinausgehenden Interessen Schüths. Sein „*de facto*“ Familienleben oder dessen Schutz wurden nicht einmal erwähnt. Die Interessen des kirchlichen Arbeitgebers waren folglich nicht gegen das Recht des Arbeitnehmers auf Achtung seines Privat- und Familienlebens abgewogen worden, sondern lediglich gegen sein Interesse, seinen Arbeitsplatz zu behalten. Eine

gründlichere Prüfung wäre bei der Abwägung der konkurrierenden Rechte und Interessen angemessen gewesen.

Auf diese Rechtsprechung bauen dann auch nachfolgend die Entscheidungen deutscher Gerichte erkennbar auf, insbesondere des Bundesverfassungsgerichts zur Kündigung eines Chefarztes wegen einer erneuten Heirat²⁰⁰ sowie des Bundesarbeitsgerichts zu einem Kopftuchsachverhalt.²⁰¹ Alle diese Entscheidungen sind damit letztlich von einem Denken geprägt, das auch den Entscheidungen des EGMR in den Rechtssachen Schüth und Obst zugrunde lag: Die Erinnerung des EGMR daran, dass in Streitigkeiten, in denen kirchliche Arbeitnehmer betroffen sind, nicht ausschließlich das Selbstbestimmungsrecht des kirchlichen Arbeitgebers zu berücksichtigen ist, sondern immer auch die grundgesetzlich geschützten Rechte der Arbeitnehmer umfassend²⁰² in eine Abwägung einfließen müssen²⁰³, wirkt sich auf die deutsche Rechtsprechung erkennbar aus. Ob es um Kündigungsfragen oder um Arbeitskampf- oder Zutrittsrechte geht: Die Entwicklung der Rechtsprechung in der jüngeren Zeit hat stets deutlich gemacht, dass verschiedene Rechtspositionen miteinander in Abwägung und in einen Ausgleich zu bringen sind. Das Stichwort der „praktischen Konkordanz“ ist – zu Recht – (wieder) zur Leitlinie dieser Entscheidungen geworden.²⁰⁴ Das wird gerade auch in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22.10.2014 besonders deutlich.²⁰⁵ Auf die Diskrepanz zu der Entscheidung des EuGH²⁰⁶ in derselben Rechtssache war bereits zuvor hingewiesen worden.

117

²⁰⁰ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff.

²⁰¹ BAG, 24.9.2014 – 5 AZR 611/12, BAGE 149, 144 ff.

²⁰² *Fischermeier*, Kündigungen (o. Fn. 185), S. 257 ff., S. 259 ff.; *Pallasch*, Kirchenaustritt (o. Fn. 143), S. 103 ff., 108 ff.

²⁰³ Zu diesem Ausgangspunkt in der Diskussion *Joussen*, Folgen des Mormonenfalls (o. Fn. 173), S. 173 ff.

²⁰⁴ Zu dessen Bedeutung in dieser Diskussion *Joussen*, Grundlagen (o. Fn. 34), S. 3 ff.

²⁰⁵ BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 ff.

²⁰⁶ EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 (Chefarzt), in: NZA 2018, S. 1187 ff.

b) Wegen des Kirchenaustritts

- 118** Der Austritt aus der jeweiligen Kirche oder Religionsgemeinschaft stellt nach Auffassung aller betroffenen Gemeinschaften einen besonders schweren Verstoß gegen Loyalitätspflichten dar. Zwar gilt auch hier das Diktum, dass es keine absoluten Kündigungsgründe gibt.²⁰⁷ Doch ist der Kirchenaustritt in besonderer Weise geeignet, das Vertrauen zwischen den Vertragsparteien zu zerstören.²⁰⁸
- 119** Bezüglich des Kirchenaustritts war die zuvor geäußerte Einschätzung, der zufolge die Gerichte hier den Vorstellungen der Religionsgemeinschaften weitgehend folgten, besonders auffällig. Nur in einer spezifischen Situation hatte das Bundesarbeitsgericht eine Kündigung wegen eines Kirchenaustritts verworfen, damals aber hatte das Bundesverfassungsgericht dann in seiner Leitentscheidung insbesondere auch den Ansatz des Bundesarbeitsgerichts überwunden, der zwischen „verkündigungsnah“ und „verkündigungsfern“ differenzieren wollte.²⁰⁹ Diese Differenzierung hatte aber auch schon in der Literatur keine Gefolgschaft gefunden.²¹⁰ Vielmehr war gerade der Kirchenaustritt in aller Regel völlig eindeutig als „der“ Kündigungsgrund schlechthin angesehen worden.²¹¹ Eine differenzierte Argumentation fand sich demgegenüber kaum.
- 120** Doch hat sich nach den angesprochenen „Erinnerungsentscheidungen“ des EGMR auch insofern das Bild gewandelt. Insbesondere auch das Bundesarbeitsgericht verfolgt nunmehr klarer als zuvor wieder das Gebot der praktischen Konkordanz: Vor allem in einer Entscheidung aus dem Jahr 2014 hat es die verschiedenen, durch die Austrittserklärung betroffenen Rechtspositionen benannt und versucht, sie in einen Ausgleich zu bringen.²¹² Zugunsten des Arbeitnehmers hat es dort Art. 4 Abs. 1, 2 GG sowie Art. 12 GG in die Abwägung einbezogen; zugunsten des betroffenen Arbeitgebers das

²⁰⁷ So mit Recht auch für den kirchlichen Bereich *Fischermeier*, Kündigungen (o. Fn. 185), S. 257 ff., 259.

²⁰⁸ *Schoenauer*, Kirchliche Arbeitnehmer (o. Fn. 118), S. 30 ff., 40.

²⁰⁹ BAG, 23. 3. 1984 – 7 AZR 249/81, BAGE 45, 250 ff.; diese Entscheidung führte zu der Grundsatzentscheidung des BVerfG, 4. 6. 1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 ff.

²¹⁰ S. nur *Heinrich Kiel / Reinhard Vossen*, in: Kündigungsrecht, hg. von Rainer Ascheid / Ulrich Preis / Ingrid Schmidt, 5. Aufl. 2017, § 1 KSchG, Rn. 871.

²¹¹ *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht (o. Fn. 26), S. 111 ff.

²¹² BAG, 25. 4. 2013 – 2 AZR 579/12, BAGE 149, 144 ff.

kirchliche Selbstbestimmungsrecht aus Art. 140 GG, Art. 137 WRV. Beide Rechte waren im Rahmen des in § 626 Abs. 1 BGB vorgesehenen Abwägungsprozesses zu berücksichtigen – im Ergebnis hat das Bundesarbeitsgericht hier festgestellt, eine Weiterbeschäftigung sei dem kirchlichen Arbeitgeber auch unter Berücksichtigung der Glaubens- und Gewissensfreiheit des Arbeitnehmers auf Dauer unzumutbar gewesen. Diesbezüglich spielte für den 2. Senat eine zentrale Rolle, dass der in dem Kirchenaustritt erkennbare Loyalitätsverstoß als schwerwiegend anzusehen sei; dieser führe dazu, dass die ebenfalls gewichtigen Grundrechte des Arbeitnehmers im vorliegenden Fall zurücktreten müssten. Dabei hat der Senat zutreffenderweise stark auf die konkreten Einzelfallaspekte abgestellt, sodass es künftig nicht möglich ist zu formulieren, jeder Kirchenaustritt rechtfertige nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts eine Kündigung. So hat der Senat beispielsweise darauf verwiesen, es sei zu Recht in die Abwägung mit einzubeziehen, dass es für den gekündigten Arbeitnehmer auch außerhalb der Kirche Beschäftigungsmöglichkeiten gebe. Ebenfalls spielt eine eigenständige Rolle, dass der Arbeitnehmer in die Obliegenheit, die an ihn gestellten Loyalitätserwartungen zu erfüllen, bei Begründung des Arbeitsverhältnisses eingewilligt hat und wo er konkret tätig sei.²¹³

Die Begründung und vor allem der Weg der Argumentation überzeugen dem Grunde nach.²¹⁴ Zutreffend ist davon auszugehen, dass verschiedene Rechtspositionen, die in einem Kündigungsstreit stets aufeinander treffen, auch beim besonderen Loyalitätsverstoß des Austritts aus der jeweiligen Kirche bzw. Religionsgemeinschaft in einen Ausgleich zu bringen sind. In klarer Konsequenz auch der angesprochenen europäischen Rechtsprechung wird deutlich, dass das verfassungsrechtliche Selbstbestimmungsrecht der Kirchen weit reicht und auch dazu führen kann, dass Loyalitätsverstöße zu einer Kündigung führen können, aber die verfassungsrechtlich verbürgten Positionen des jeweils betroffenen Arbeitnehmers, etwa aus Art. 6 GG oder auch aus Art. 4 GG, nicht vollständig ausgeblendet bleiben und vom Gericht in einer Überprüfung nicht ungerechtfertigt vernachlässigt werden dürfen.²¹⁵ Dies hat der 1. Senat des Bundesarbeitsge-

121

²¹³ Zu dem letztgenannten Aspekt auch *Fischermeier*, Kündigungen (o. Fn. 185), S. 259 ff.

²¹⁴ So auch *Pallasch*, Kirchenaustritt (o. Fn. 143), S. 103 ff., 110.

²¹⁵ *Joussen*, Stichwort Loyalitätspflichten (o. Fn. 144).

richts nahezu vorbildlich in seinen Streikentscheidungen²¹⁶ vorexerziert, auch die angesprochene Chefarztentscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat das Bedürfnis einer Abwägung klar artikuliert und in die Praxis umgesetzt. Die praktische Konkordanz ist damit auch bei Austrittssachverhalten zu verfolgen, dies ist unmittelbare Konsequenz aus dem angesprochenen Umstand, dass es keine absoluten Kündigungsgründe gibt. Zwar liegt dann im Austritt eine schwere Loyalitätspflichtverletzung des Arbeitnehmers vor; aber es ist zu berücksichtigen, dass seine Rechte aus Art. 4 und 12 GG durch die Kündigung verletzt werden. Daher bedarf es einer Abwägung, die dazu führt, dass die Kirchen ihr Selbstbestimmungsrecht nur insoweit in Anspruch nehmen dürfen, wie andere grundrechtliche Gewährleistungen dadurch nicht – unverhältnismäßig – beeinträchtigt werden.

122 Umgekehrt können, auch dies ist im Rahmen einer derartigen Bewertung zu bedenken zu geben, generelle Leitlinien, die das Recht der betroffenen Arbeitnehmer von vornherein nicht berücksichtigen, insofern nicht überzeugen, weil sie *a priori* eine Einzelfallbetrachtung verhindern und eine praktische Konkordanz nicht suchen. So war etwa der bereits angesprochene Unvereinbarkeitsbeschluss der deutschen Bischofskonferenz, der die seinerzeit mögliche Eingehung einer Lebenspartnerschaft (heute: Heirat) unterschiedslos als schwerwiegenden Loyalitätsverstoß mit den entsprechenden Kündigungsfolgen ansieht²¹⁷, aufgrund dieser Unbeweglichkeit, die eine Einzelfallabwägung verhindert, von Beginn an nicht haltbar, wenn man ihn so weit versteht, dass die Eingehung der Lebenspartnerschaft immer und zwangsläufig zu einer Kündigung führt.

123 All diese Erwägung gelten dann aber aus nationalem religionsverfassungsrechtlichen Verständnis sowohl bei den immer so genannten „verkündigungsnahen“ wie „verkündigungsfernen“ Tätigkeiten. Denn, wie bereits zuvor ausgeführt, nach nationalem Rechtsverständnis entscheidet allein die Religionsgemeinschaft darüber, „was

²¹⁶ BAG, 20. 11. 2012 – 1 AZR 179/11 und 1 AZR 611/11, beide mit gemeinsamer Anmerkung von Jacob Joussen unter AP Nr. 179 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

²¹⁷ S. Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 3), § 7, Rn. 58 mit Verweis auf die Erklärung des Ständigen Rates der Deutschen Bischofskonferenz zur Unvereinbarkeit von Lebenspartnerschaften nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz mit den Loyalitätsobliegenheiten nach der Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse vom 24. 6. 2002, kirchengesetzlich umgesetzt von den Bischöfen, zum Beispiel KABl. Hamburg 2002 S. 108.

Teil ihres Bekenntnisses ist, ob eine solche Differenzierung ihrem Bekenntnis entspricht und sich auf die Dienstgemeinschaft auswirkt (vgl. *BVerfG 4. Juni 1985 – 2 BvR 1703/83 – [Loyalitätspflichten] zu B II 2 a der Gründe, BVerfGE 70, 138*).²¹⁸ Es steht mithin, in diesem Verständnis, nicht in der Befugnis eines staatlichen Gerichts, darüber zu befinden, ob ein Loyalitätsverstoß – und mag es ein so gravierender wie ein Kirchenaustritt sein – schwer genug ist, eine Kündigung rechtfertigen zu können, weil der betroffene Arbeitnehmer ja „nur“ in einem „verkündigungsfernen“ Bereich tätig sei. Diese Grenzziehung ist nach den Vorstellungen des nationalen Religionsverfassungsrechts dem staatlichen Richter verwehrt. Die Bewertung einzelner Loyalitätsverstöße richtet sich (unverändert) allein nach den von der jeweiligen verfassten Kirche vorgegebenen Maßstäben.²¹⁹ Der staatliche Richter kann (und muss) dann erst anschließend abwägend darüber befinden, ob die Rechte des betroffenen Arbeitnehmers das Kündigungsbedürfnis des kirchlichen Arbeitgebers möglicherweise überwiegen. Es wurde aber bereits darauf hingewiesen, dass diese Einschätzung im Lichte der Rechtsprechung des EuGH und der dortigen Entwicklung auch im Hinblick auf den Kirchenaustritt zu überprüfen sein wird.²²⁰

4. Das Arbeitsschutzrecht, insbesondere die sog. Kirchenklauseln und das Schutzrecht zugunsten von Menschen mit Behinderungen

Das Arbeitnehmerschutzrecht hat verschiedene Zweige, die unterschiedlich stark das kirchliche Arbeitsverhältnis bestimmen. So betrifft etwa das Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (MiLoG) alle Arbeitgeber und ist damit auch für jeden kirchlichen Arbeitgeber und für jedes Arbeitsverhältnis verbindlich²²¹, wenn-

124

²¹⁸ BAG, 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, in: AP Nr. 179 zu Art. 9 GG mit gemeinsamer Anmerkung Joussen, Rn. 99.

²¹⁹ von Tiling, Blick in das Kirchenarbeitsrecht (o. Fn. 118), S. 230; s. auch Thüsing, Grund und Grenzen (o. Fn. 119), S. 134.

²²⁰ Dazu bereits o. Fn. 160 mit Bezug auf Schlussanträge des Generalanwalts Wathelet zu EuGH C-68/17 v. 31.5.2018 (Chefarzt) sowie die Entscheidung des EuGH selbst, EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 (Chefarzt), in: NZA 2018, S. 1187 ff.

²²¹ Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 3), § 8, Rn. 18; Christian Riechert / Annette Stomps, Die Anwendbarkeit staatlicher Mindestlohnregelungen auf kirchliche Einrichtungen, in: NZA 2012, S. 707 ff.

gleich die kirchlichen Entgelte ohnehin auch schon zuvor nicht unterhalb des gesetzlichen Mindestlohns lagen.

- 125 Viele Arbeitsschutzgesetze enthalten sogenannte „Kirchenklauseln“. Gemeint sind damit besondere Formulierungen in Bestimmungen vor allem in Schutzgesetzen, die nämlich in aller Regel den Tarifparteien eine Abweichung zugestehen, man spricht insofern von „tarifdispositiven Gesetzen“. Solche Tariföffnungsklauseln gehen gelegentlich mit weiteren Klauseln in den Gesetzen einher, die auch den Kirchen und ihren Einrichtungen eine Abweichung ermöglichen. Doch ist der Befund sehr uneinheitlich. Während sich in einigen Gesetzen solche auch zugunsten der Kirchen ausgestalteten Öffnungsklauseln finden, ist dies in der überwiegenden Anzahl der Arbeitsgesetze, die eine Tariföffnung vorsehen, nicht der Fall. Dies erscheint insbes. im Hinblick darauf überraschend, dass den Kirchen aufgrund des skizzierten kirchlichen Selbstbestimmungsrechts eine Gestaltungsfreiheit, die den Tarifpartnern überlassen ist, womöglich auch eröffnet sein müsste.²²² Wie mit diesem Befund umzugehen ist, ist nicht geklärt. Prägnant formuliert insofern *Richardi*: „Die Geltung einer Verfassungsgarantie wird aber nicht dadurch außer Kraft gesetzt, dass der Gesetzgeber sie nicht beachtet.“²²³ Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass stets dort, wo in Schutzgesetzen den Tarifpartnern Abweichungen eröffnet sind, diese auch für kollektive kirchliche Regelungswerke vorhanden sein müssen. Insofern erlauben die lückenhaften Regelungen keine abschließende Beurteilung. Vielmehr bedarf es, zusammengefasst formuliert, der einzelfallspezifischen Prüfung von Gesetzen, ob vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Bedeutung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts ein Eingriff gegeben und eine Einschränkung des Rechts auf Selbstbestimmung durch ein staatliches Gesetz gerechtfertigt ist.²²⁴

- 126 Jedenfalls sind diejenigen Arbeitsschutzgesetze, die der Gefahrenabwehr dienen, also der öffentlich-rechtliche Arbeitnehmerschutz, insoweit vom kirchlichen Arbeitgeber zu beachten und einzuhalten, als die Normen ihm Anzeige- und Meldepflichten sowie Pflichten zur Ergreifung von arbeitsrechtlichen Schutzmaßnahmen auferlegen, durch die unerträgliche Arbeitsbedingungen verhindert werden sol-

²²² Ausführlich hierzu die Dissertation von *Andreas Götz*, Kirchenklauseln in Arbeitsgesetzen und der Einfluss des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts – vertieft am Beispiel des JArbSchG und des TzBfG, 2013.

²²³ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 3), § 8, Rn. 11.

²²⁴ *Götz*, Kirchenklauseln (o. Fn. 222), S. 359.

len.²²⁵ Davon erfasst und damit vom kirchlichen Arbeitgeber einzuhalten sind insofern etwa Regelungen zum Gefahrenschutz, zum Arbeitszeitrecht sowie zum Mutter- oder Jugendschutz.

Besonderheiten ergeben sich beim Recht zum Schutz von Menschen mit Schwerbehinderungen.²²⁶ Insofern ist zu differenzieren: Das SGB IX ist insgesamt als Teil des sozialen Arbeitsschutzes zwar im Hinblick auf die Schutzbestimmungen zugunsten der schwerbehinderten Beschäftigten im kirchlichen Raum anwendbar, doch ist es schwierig, die im SGB IX ebenfalls enthaltenen mitbestimmungsrechtlichen Regelungen einzuordnen.²²⁷ Das bedeutet auf der einen Seite, dass das SGB IX insgesamt Teil des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrechts und als solches grundsätzlich auch auf Religionsgemeinschaften als ein „für alles geltendes Gesetz“ anzuwenden ist.²²⁸ Das SGB IX gilt damit im kirchlichen Bereich dem Grundsatz nach uneingeschränkt für die Individualrechte der schwerbehinderten Menschen und soweit es dem Normzweck des Gesetzes, der Rehabilitation dient.²²⁹ Doch sind auf der anderen Seite die kollektiven Bestimmungen eigens zu beurteilen. Umstritten und bis heute nicht einheitlich beantwortet ist insofern, ob und inwieweit insbesondere die Bestimmungen zur Vertretung der Schwerbehinderten in den §§ 176 ff. SGB IX auch auf kirchliche Einrichtungen unmittelbar anzuwenden sind.

Zum Teil wird vertreten, das SGB IX sei nur partiell auf kirchliche Einrichtungen anzuwenden, nämlich nur soweit es konkret den öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutz in der oben angesprochenen Weise regelt.²³⁰ Dafür wird primär angeführt, dass nur insoweit das SGB IX ein für „alle geltendes Gesetz“ im Sinne des kirchlichen

127

128

²²⁵ Dirk Neumann, Zum Schrankenvorbehalt der Kirchenautonomie, in: Arbeitsleben und Rechtspflege. Festschrift für Gerhard Müller, hg. von Theo Mayer-Maly, 1981, S. 353 ff., 356.

²²⁶ Ausführlich Katrin Loewe, Die Behandlung Schwerbehinderter im kirchlichen Arbeitsrecht der katholischen Kirche, 2014.

²²⁷ Jacob Jousen, Die Gesamtschwerbehindertenvertretung in kirchlichen Einrichtungen, in: ZMV 2014, S. 242 ff.

²²⁸ Loewe, Behandlung Schwerbehinderter (o. Fn. 226), S. 299.

²²⁹ Renate Ozenknecht-Witzsch, Aufgaben der MAV für schwerbehinderte Menschen, in: ZMV 2007, S. 7 ff.

²³⁰ ArbG München, 7.7.2009 – 21 BV 181/08, in: ZMV 2009, S. 338 (339); KGH.EKD, 5.8.2004 – I-0124/H43-03, in: ZMV 2004, S. 306; ArbG Trier, 7.5.2003 – 1 BV 35/02, juris; Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 3), § 18, Rn. 102; Fey/Rehren, in: MVG.EKD (o. Fn. 42), § 50, Rn. 1a; Thiel, in: MAVO (o. Fn. 42), § 52, Rn. 2; Baumann-Czichon, MVG.EKD (o. Fn. 42), § 50, Rn. 1; Jousen, Gesamtschwerbehindertenvertretung (o. Fn. 227), S. 242 ff.

Selbstbestimmungsrechts sei. Wären die Normen zur Schwerbehindertenvertretung, die einen Teil des Mitbestimmungsrechts darstellen, auch für kirchliche Einrichtungen hingegen verbindlich, käme dies einem nicht gerechtfertigten Eingriff in das verfassungsrechtlich gewährleistete kirchliche Selbstbestimmungs- bzw. Selbstverwaltungsrecht gleich. Daraus wird gefolgert, dass die entsprechenden, die Schwerbehindertenvertretung tangierenden Vorschriften im SGB IX auf kirchliche Einrichtungen nur insoweit unmittelbar angewendet werden dürften, als die Religionsgemeinschaften keine eigene (ausreichende) Mitbestimmungsordnung erlassen haben.²³¹

Auf der anderen Seite wird auch eine vollständige Anwendung des SGB IX für den kirchlichen Arbeitgeber vertreten, also auch derjenigen Normen, die mitbestimmungsrechtlich ausgerichtet sind.²³² Dies wird vor allem darauf gestützt, dass es im SGB IX, anders als etwa in § 118 Abs. 2 BetrVG oder in § 112 BPersVG, keine Ausnahme für Religionsgemeinschaften gebe. Daher sei es „für diese geltendes Gesetz“.

- 129** Letztlich kommen die unterschiedlichen Ansichten jedoch kaum zu verschiedenen Ergebnissen.²³³ Dies ist darauf zurückzuführen, dass beide große Kirchen in ihren jeweiligen Mitbestimmungsordnungen für den Bereich der Schwerbehindertenvertretung ohnehin eigenständige Regelungen aufgenommen haben, die zu einer weitestgehenden Angleichung des kirchlichen an das säkulare Recht geführt haben. Dies folgt aus den Bestimmungen in § 52 MAVO genauso wie aus denen in den §§ 50–52a MVG.EKD.²³⁴ Gerade den Kirchen stünde es aber insofern in der Tat gut an, in diesem Bereich an keiner Stelle hinter den staatlichen Regelungen zurückzubleiben. Es spricht infolgedessen viel dafür, in den kirchlichen Regelungen allgemein einen Verweis auf die staatlichen Regelungen aufzunehmen, um zu vermeiden, dass Diskrepanzen zulasten der Menschen mit Behinderungen entstehen.

²³¹ Vgl. zur Streitdarstellung *Stefan Greif*, Das Recht der Schwerbehindertenvertretungen in kirchlichen Einrichtungen – ein Überblick, in: ZMV 2014, S. 246 ff.

²³² *Franz Josef Düwell*, in: SGB IX, hg. von Dirk Dau/Franz Josef Düwell/Jacob Joussen, 5. Aufl. 2019, § 177, Rn. 52; *Werner Feldes*, in: Handlungsanleitung für die Wahl der Schwerbehindertenvertretung, hg. von Rüdiger Kamm u. a., 4. Aufl. 2006, S. 94 (98).

²³³ Vgl. z.B. *Düwell*, in: SGB IX (o. Fn. 232), § 177, Rn. 52 einerseits und andererseits *Joussen*, Gesamtschwerbehindertenvertretung (o. Fn. 227), S. 242 ff.

²³⁴ S. auch *Jacob Joussen*, in: Freiburger Kommentar zur MAVO, Losebl. Stand Erg.-Lfg. 2/2018, § 52, Rn. 1 ff.

5. Das Datenschutzrecht

Auch das Datenschutzrecht zugunsten der in der Kirche Beschäftigten als eine besondere Ausprägung des Arbeitsschutzrechts ist in kirchlichen Arbeitsverhältnissen mit Anwendungsbesonderheiten ausgestattet. Es genügt insofern nicht, lediglich Erwägungen zum allgemeinen weltlichen Datenschutzrecht wiederzugeben. Entscheidend ist, dass der Datenschutz, der im weltlichen Recht im Wesentlichen in der europäischen Datenschutzgrundverordnung (EU-DSGVO)²³⁵ sowie im BDSG verankert ist, nicht ohne weiteres auf das kirchliche Rechtswesen übertragbar ist. Zwar gelten durch eine kirchenrechtliche Normierung zahlreiche Grundsätze und Erwägungen des weltlichen Datenschutzrechts auch für kirchliche Rechtsträger, insbesondere auch für kirchliche Arbeitgeber. Doch kann man nicht von der Geltung des staatlichen Datenschutzrechts im kirchlichen Raum ausgehen.

130

Richtig ist dabei allerdings, dass die Geltung des staatlichen Datenschutzrechts für die und in den Religionsgemeinschaften zumindest umstritten ist.²³⁶ Unverändert wird nämlich vor allem in der Literatur vertreten, das staatliche Datenschutzrecht, wie es im BDSG normiert ist, sei prinzipiell auch für die Religionsgemeinschaften anzuwenden. Allenfalls sei bei dieser Anwendung auf das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht der Kirchen aus Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV Rücksicht zu nehmen, und zwar im Wege der verfassungskonformen Auslegung.²³⁷ Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden. Es ist wohl nicht zulässig, eine derartige Subsumtionslösung, die auch im Arbeitsrecht angewendet wird, für das Datenschutzrecht zu vertreten. Auch im Arbeitsrecht gilt das staatliche Recht im Individualbereich grundsätzlich auch für die Religionsgemeinschaften (als „schlichte Folge der Rechtswahl“²³⁸); bei der Anwendung der staatlichen Normen sind dann jedoch die

131

²³⁵ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung); sie löste die Vorgängerregelung ab, die „Allgemeine Datenschutzrichtlinie 95/46/EG“ vom 24.10.1995.

²³⁶ *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 1), Rn. 229.

²³⁷ *Ulrich Dammann*, Die Anwendung des neuen Bundesdatenschutzgesetzes auf die öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften, in: NVwZ 1992, S. 1147 ff.

²³⁸ Vgl. BVerfG, 4. 6. 1985 – 2 BvR 1703/83, BVerfGE 70, 138 ff., Rn. 59.

bekannten verfassungsrechtlich legitimierten Besonderheiten für Kirchen zu beachten.

132 Eine derartige Vorgehensweise wird jedoch ganz überwiegend für den Datenschutz nicht verfolgt. Stattdessen kann man davon ausgehen, dass die öffentlich-rechtlich verfassten Kirchen und Religionsgemeinschaften vom Anwendungsbereich des BDSG nicht erfasst sind. Dies ergibt sich daraus, dass sie nicht unter die Definition der öffentlichen oder nicht öffentlichen Stellen fallen, für die das BDSG gilt. Insofern geht die überwiegende Auffassung zu Recht davon aus, dass die Kirchen und Religionsgemeinschaften mit dem Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts durch „beredtes“ Schweigen²³⁹ vom Anwendungsbereich des BDSG ausgenommen sind. Dies ergibt sich insofern aus § 1 Abs. 2 und § 2 BDSG: Diesen Normen zufolge gilt nämlich das staatliche Datenschutzrecht ausschließlich, wie angesprochen, für öffentliche sowie für nicht öffentliche Stellen. Eine Definition für diese Termini findet sich ebenfalls im Anschluss an diese Normen im Gesetz. Als öffentliche Stellen gelten insofern nur Behörden des Bundes oder bundesunmittelbare Körperschaften, Anstalten und Stiftungen sowie Behörden oder öffentlich-rechtliche Träger unter Aufsicht der Länder. Demgegenüber sind nicht-öffentliche Stellen im Sinn des BDSG nur natürliche und juristische Personen, Gesellschaften und andere Personenvereinigungen des Privatrechts.

133 Hieraus folgt zwingend, dass die Kirchen und die anderen öffentlich-rechtlich organisierten Religionsgemeinschaften vom Anwendungsbereich des BDSG nicht erfasst sein können, denn sie werden mit Recht als Körperschaften des öffentlichen Rechts *sui generis* verstanden.²⁴⁰

134 Sind infolgedessen Kirchen und Religionsgemeinschaften aus dem Anwendungsbereich des BDSG ausgenommen, weil sie nicht zum Bereich staatlicher Tätigkeit gehören, gegen den allein der grundrechtlich gewährleistete Schutz sich richtet, ist davon auszugehen, dass diese Herausnahme und Freistellung von der Geltung des BDSG auch mit dem einschlägigen Primärrecht der Europäischen Union

²³⁹ Michael Stolleis, Staatliche und kirchliche Zuständigkeiten im Datenschutzrecht, in: ZevKR 23 (1978), S. 230 (233).

²⁴⁰ Vgl. hierzu Hans Michael Heinig / Hendrik Munsonius, Datenschutz, in: 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, 2. Aufl. 2015; Unruh, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 1), Rn. 229; Dieter Lorenz, Personenstandswesen. Meldewesen. Datenschutz (§ 24), in: HSKR², Bd. 1, S. 717 (734).

vereinbar ist.²⁴¹ Das hat sich durch den Erlass und das Inkrafttreten der EU-DSGVO nicht verändert.²⁴²

Infolgedessen haben die Kirchen, auch europarechtlich abgesichert, die Möglichkeit, ein eigenes Datenschutzrecht zu installieren. Dabei führt eine solche Exemption nämlich nicht dazu, dass die Kirchen datenschutzrechtlich überhaupt nicht gefordert wären. Sie sind insbesondere nicht vom allgemeinen und verfassungsrechtlichen Datenschutzprinzip ausgenommen. Vielmehr ist, vergleichbar wie im kollektiven Arbeitsrecht, davon auszugehen, dass den Kirchen auferlegt ist, einen vergleichbaren Schutz zugunsten der Daten zu entwickeln. Es ist zutreffend, wenn etwa *Unruh* formuliert, nur wenn und soweit die Religionsgemeinschaften kraft autonomen Rechts ein vergleichbares Datenschutzniveau garantieren könnten, sei der Staat befugt, die Erfüllung seiner eigenen grundrechtlichen Schutzpflicht im Hinblick auf die informationelle Selbstbestimmung des Individuums in die Hände der betreffenden Körperschaften, das heißt der Kirchen, zu geben.²⁴³ Denn insofern gilt, dass das verfassungsrechtlich verfestigte Datenschutzprinzip in seiner inhaltlichen Ausprägung und auch in den Anforderungen an eine organisatorische und verfahrensmäßige Sicherung gerade auch für die Kirchen und Religionsgemeinschaften verbindlich ist.²⁴⁴

135

Der Staat muss also letztlich garantieren, dass ein Minimum des informationellen Selbstbestimmungsrechts garantiert wird. Das ist für den Zusammenhang beider Rechtskreise entscheidend, wobei aber nicht zwingend ist, dass er selbst die Schutzvorschriften erlässt. Vielmehr kann auch den Kirchen und Religionsgemeinschaften die Freistellung vom Bundesdatenschutzgesetz gewährt werden, soweit diese selbst diesen Verfassungsauftrag, der vom Staat durch das BDSG umgesetzt wird, ihrerseits transponieren. Es ist daher staatskirchenrechtlich zu beachten, dass es der Verfassungsgarantie des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts entspricht, den Kirchen ihrerseits aufzugeben, die ebenfalls verfassungsrechtlich gegründete Zielsetzung des BDSG selbst zu verwirklichen.

136

²⁴¹ *Michael Germann*, Das kirchliche Datenschutzrecht als Ausdruck kirchlicher Selbstbestimmung, in: ZevKR 48 (2003), S. 446 (460).

²⁴² Vgl. *Thomas Hoeren*, Kirchlicher Datenschutz nach der Datenschutzgrundverordnung, in: NVwZ 2018, S. 373 ff.; *Jacob Jousen*, Das neue Beschäftigtendatenschutzrecht, in: ZMV 2018, S. 112 ff.; *Matthias Ulrich*, Neue Datenschutzregelung für die Einrichtungen der katholischen Kirche, in: ZMV 2018, S. 114 ff.

²⁴³ *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 1), Rn. 229.

²⁴⁴ *von Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 294.

- 137** Dies wird von der ganz überwiegenden Auffassung auch als Weg des BDSG und des säkularen Gesetzgebers der europäischen EU-DSGVO gesehen. Die Freistellung der Kirchen von der Anwendung staatlichen Datenschutzrechts erfolgte insofern nicht, weil der staatliche Gesetzgeber den Datenschutz in der Kirche für vernachlässigbar hielt, sondern weil er zu Recht davon ausgehen durfte, dass die Materie des Datenschutzrechts für den kirchlichen Bereich selbst von den Kirchen geregelt werden kann und geregelt werden wird.²⁴⁵
- 138** Diese Erwartung ist, so wird einhellig vertreten, jedenfalls von den großen christlichen Kirchen nicht enttäuscht worden. Evangelische wie katholische Kirche hatten schon vor Inkrafttreten der europäischen EU-DSGVO im Datenschutzgesetz der EKD bzw. der Anordnung für den kirchlichen Datenschutz eigenständige Regelungen zum Datenschutz erlassen, die sich nicht nur weitgehend am Vorbild des BDSG orientierten, sondern die dazu führten, davon auszugehen zu können, dass die Kirchen ein paralleles, eigenes, gleichwertiges Datenschutzrecht entwickelt hatten. Infolgedessen trat schon das BDSG zur Zeit seiner Alleingeltung voraussetzungslos zurück, es kam wohl auch bei auftretenden Regelungslücken nicht subsidiär zur Anwendung.²⁴⁶ Diese Einschätzung hat sich durch das Inkrafttreten der EU-DSGVO am 24.5.2018 nicht verändert, da beide Kirchen auf dieser Basis ihre Datenschutzregelungen vollständig überarbeitet und neu gefasst haben. Während sich die katholische Kirche ein neues Gesetz über den Kirchlichen Datenschutz gegeben hat²⁴⁷, ist auf evangelischer Seite durch die Synode der EKD im November 2018 das neue Datenschutzgesetz der EKD verabschiedet worden.²⁴⁸
- 139** Dies heißt aber wiederum nicht, dass man nicht die Erwägungen, die aus dem staatlichen Datenschutzrecht bekannt und anerkannt sind, nicht auch auf kirchenrechtliche Fragestellungen übertragen kann. Vielmehr muss man differenzieren: Es ist nicht zulässig, einzelne Normen des Datenschutzrechts aus dem BDSG auf das kirchliche Recht bzw. kirchliche Rechtsverhältnisse anzuwenden. Dem steht die hier vertretene sog. Exemtions-Lösung entgegen. Das führt zum Bei-

²⁴⁵ Lorenz, Personenstandswesen (o. Fn. 240), S. 736.

²⁴⁶ von Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 294.

²⁴⁷ Gesetz über den Kirchlichen Datenschutz (KDG) in der Fassung des einstimmigen Beschlusses der Vollversammlung des Verbandes der Diözesen Deutschlands vom 20. 11. 2017.

²⁴⁸ Kirchengesetz über den Datenschutz der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD-Datenschutzgesetz – DSG-EKD) vom 15.11.2017 (ABl. EKD S. 353 ff.).

spiel dazu, dass § 26 BDSG mit seinem Beschäftigtendatenschutz im kirchlichen Raum bei kirchlichen Arbeitgebern nicht angewandt werden kann. Doch sind Argumentationslinien und Grundüberlegungen aus der säkularen Diskussion, auch Rechtsprechung, durchaus für die kirchlichen Rechtsverhältnisse anwendbar, da davon auszugehen ist, dass die Kirchen mit ihren Rechtsnormen ein vergleichbares Schutzniveau mit dem BDSG schaffen wollten, das sich auch inhaltlich eng an das staatliche Vorbild anlehnt.

Für das Verhältnis zwischen kirchlichem Datenschutz und BDSG ist schließlich ebenfalls entscheidend, dass umstritten ist, inwiefern das BDSG zumindest auf kirchliche Organisationen in privatrechtlicher Form angewandt werden kann.²⁴⁹ Die zuvor gemachten Ausführungen beschränken sich insofern auf kirchliche Körperschaften des öffentlichen Rechts sui generis. Dies enthält noch keine Aussage über die gerade für das Arbeitsrecht auch spannende Frage, ob privatrechtliche, der Kirche zugeordnete Einrichtungen ggf. vom BDSG erfasst sind. Im Rahmen der hier vertretenen, ganz überwiegend in der Literatur aufzufindenden Exemptions-Lösungen wird daher die Frage nach der Geltung des BDSG für die einer Kirche zugeordneten privatrechtlich organisierten Einrichtungen wie Krankenhäuser, Kindergärten, Pflegeeinrichtungen etc. unterschiedlich beantwortet.

Es ist zuzugeben, dass zum Teil angenommen wird, für privatrechtlich organisierte, der Kirche zugeordnete Einrichtungen müsse aufgrund ihrer Eigenschaft als nicht öffentliche Stelle i. S. d. § 2 Abs. 4 BDSG die Subsumtionslösung gelten, was dazu führe, dass ihre Tätigkeiten dem staatlichen Datenschutzrecht unterfielen. Dann müsste allenfalls das BDSG verfassungskonform im Lichte des Selbstbestimmungsrechts ausgelegt werden.²⁵⁰

Diesem Ansatz kann jedoch an dieser Stelle genauso wenig gefolgt werden wie für die kirchlichen Körperschaften selbst. Es ist insofern davon auszugehen, dass die Freistellung der Kirchen alle kirchlichen Tätigkeitsbereiche betrifft, soweit das kirchliche Selbstbestimmungsrecht reicht. Anders wäre das Zuordnungsrecht und die Selbstbestimmung der Kirche über ihre freie Organisationsgewalt nicht zu garantieren. Das bedeutet, dass auch alle Teile der kirchlichen Organisationen, d. h. alle der Kirche in bestimmter Weise zugeordneten Einrichtungen nicht nur zur Mitwirkung an der Erfüllung des kirch-

²⁴⁹ S. hierzu auch *Dirk Blens*, Inhalte und Auswirkungen des Gesetzentwurfs für ein Beschäftigtendatenschutzgesetz, in: ZMV 2011, S. 185 (188).

²⁵⁰ Ausführlich hierzu bei *Arne Ziekow*, → § 33, Rn. 18.

lichen Auftrags berufen sind, sondern sie sind auf diesem Weg auch von der Anwendung des BDSG ausgeschlossen. Sie sind zwar vom Wortlaut her gesehen als nicht öffentliche Stellen im Sinne des Gesetzes anzusehen, werden aber religionsverfassungsrechtlich durch die Teilhabe am kirchlichen Selbstbestimmungsrecht qualifiziert, was die Subsumtion unter den Begriff nicht öffentliche Stelle überlagert.

- 143** Daher ist davon auszugehen, dass die Exemption aus dem BDSG zu erweitern ist. Dieses Gesetz findet daher auch in derartigen privatrechtlichen Einrichtungen der Kirche keine Anwendung. Dies ergibt sich in Konsequenz des zuvor Gesagten vor allem aufgrund der „Einheit der Kirche mit ihren Einrichtungen“. Diese steht letztlich einer gespaltenen Lösung für beide Bereiche entgegen.²⁵¹

²⁵¹ *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 1), Rn. 230; *Lorenz*, Personenstandswesen (o. Fn. 240), S. 737; *von Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 294 f.

§ 58

Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse zu Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften

Von Hendrik Munsonius

I. Religionsgemeinschaftliches Dienstrecht im staatlichen Recht	1–20
1. Verfassungsrechtliche Gewährleistung	1–13
a) Selbstbestimmungsrecht und Ämterautonomie	1–4
b) Körperschaftsstatus und Dienstherrnfähigkeit	5–7
c) Bindungen und Schranken	8–13
2. Einfachgesetzliche Bestimmungen	14–17
3. Staatskirchenvertragliche Regelungen	18–19
4. Einfluss des Europarechts	20
II. Grundzüge öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse	21–47
1. Begründung, Veränderung und Beendigung	23–26
2. Dienst- und Treueverhältnis	27–31
3. Besoldung und Versorgung	32–37
a) Alimentation	32–34
b) Insbesondere: Altersvorsorge	35–37
4. Disziplinarverfahren	38–39
5. Rechtssicherheit und Rechtsschutz	40–47
III. Dienstrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften	48–71
1. Geschichte	49–53
2. Evangelische Kirche	54–63
3. Römisch-katholische Kirche	64–68
4. Andere Religionsgemeinschaften	69–71

I. Religionsgemeinschaftliches Dienstrecht im staatlichen Recht

1. Verfassungsrechtliche Gewährleistung

a) Selbstbestimmungsrecht und Ämterautonomie

- 1 Die Religionsgemeinschaften haben nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV das Recht, ihre eigenen Angelegenheiten innerhalb der Schranke des für alle geltenden Gesetzes eigenständig zu ordnen und zu verwalten;¹ dazu gehört auch die selbständige Vergabe von Ämtern. Damit entscheiden die Religionsgemeinschaften ausgehend von ihrem Selbstverständnis darüber, welche Aufgaben wahrzunehmen sind, wie diese auf Einzelpersonen zugeschnitten und welchen Personen sie anvertraut werden und wie diese Personen in die religionsgemeinschaftliche Organisation eingebunden sind.² Dies muss den Religionsgemeinschaften schon deswegen überlassen bleiben, weil die Erfüllung religiöser Zwecke dem Staat von vornherein entzogen ist.³ Aus dem Begriff der Religionsgemeinschaft lässt sich als staatliche Erwartung an die religionsgemeinschaftliche Organisation lediglich ableiten, dass erkennbar ist, wer die Religionsgemeinschaft oder eine ihrer Untergliederungen nach außen repräsentiert und als verlässlicher Ansprechpartner zur Verfügung steht.
- 2 Über die Rechtsform, mit der die Stellung der für eine Religionsgemeinschaft Tätigen begründet und ausgestaltet wird, trifft Art. 137 Abs. 3 WRV keine Aussagen. Ungeachtet ihrer spezifisch religiösen Funktion stehen die Bediensteten einer Religionsgemeinschaft zu ihr in einem Verhältnis sozialer Abhängigkeit, das nicht von der staatlichen Rechtsordnung ausgenommen werden kann.⁴ Analog Art. 137 Abs. 4 WRV, wonach Religionsgemeinschaften die Rechtsfähigkeit nach den Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechts erwerben, stehen ihnen auch für die Begründung von Beschäftigungsverhältnissen die zivilrechtlichen Formen offen. Wie bei anderen nicht-staatli-

¹ Stefan Koriath, → § 16.

² Hans-Peter Hübner, Pfarrer in der Sozialversicherung, 1992, S. 30; Karl-Hermann Kästner, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Rudolf Dolzer, Losebl. Stand 145. Aktualisierung April 2010, Art. 140, Rn. 323 f.; Gernot Sydow, Kirchliche Beamtenverhältnisse zwischen staatlichem Recht und kirchlicher Ämterautonomie, in: KuR 2009, S. 229 (231).

³ Dietrich Pirson, Das Dienstrecht der Geistlichen und Kirchenbeamten, in: HSKR², Bd. 2, S. 845 (847).

⁴ Pirson, ebd., S. 857.

chen Organisationen kommen damit eine ehrenamtliche Betätigung, die als Auftragsverhältnis nach §§ 662 ff. BGB zu verstehen ist, und die Begründung eines Arbeitsverhältnisses nach §§ 611 ff. BGB in Betracht. Diese Rechtsformen bieten gemeinhin einen angemessenen Ausgleich der Interessen des Beschäftigten und seines Vertragspartners.

Bei der Anwendung dieser Normen ist – vergleichbar dem Organisationsrecht⁵ – dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft Rechnung zu tragen. So ist für das Arbeitsrecht anerkannt, dass die Religionsgemeinschaften besondere Verfahren der Arbeitsrechtsregelung vorsehen und ihren Beschäftigten besondere Verhaltenspflichten auferlegen können.⁶

Der vorrangige Maßstab für die Ausgestaltung der Beschäftigungsverhältnisse ist das Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften. Aus den daraus resultierenden besonderen Anforderungen kann sich jedoch ergeben, dass die zivilrechtlichen Formen nicht hinreichend geeignet und flexibel sind. Gerade in religiösem Zusammenhang spielen die Fragen von Freiheit und Verpflichtung, von Flexibilität oder Stabilität, von Unabhängigkeit und Gemeinschaftsbezug der Mitarbeiter eine besondere Rolle. Insbesondere die Funktion von Priestern und vergleichbaren Religionsdienern verlangt meist nach einer eigentümlichen, allgemein-weltlichen Standards enthebenden personalen Rechtsstellung.

b) Körperschaftsstatus und Dienstherrnfähigkeit

Der Status als Körperschaft öffentlichen Rechts nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV erweitert die Gestaltungsmöglichkeiten der Religionsgemeinschaften.⁷ Durch diese Norm sollte 1919 den Kirchen und Religionsgemeinschaften ihr überkommener Status erhalten und allen anderen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften der Zugang zu gleichen Rechten eröffnet werden. Über die genaue Bedeutung des Körperschaftsstatus hat man sich seinerzeit keine Rechenschaft gegeben.⁸ Unabhängig von der Frage einer institu-

⁵ Vgl. BVerfG, B. v. 5. 2. 1991 – 2 BvR 263/86, BVerfGE 83, 341 (Bahá'í).

⁶ Hübner, Pfarrer (o. Fn. 2), S. 31 f.; Jacob Joussen, → § 57; Gregor Thüsing, → § 59.

⁷ Stefan Magen, → § 27.

⁸ Zu den Verhandlungen Hans Michael Heinig, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003, S. 94 ff.

tionell-materiellen Lesart⁹ ist heute weithin anerkannt, dass der Körperschaftsstatus den Religionsgemeinschaften dazu dient, sich entsprechend ihrem Selbstverständnis und ohne Festlegung auf die zivilrechtlichen Formen zu organisieren. Dazu haben sie die mit dem Körperschaftsstatus verbundenen Rechte, namentlich Organisationsgewalt, Rechtsetzungsgewalt, Widmungs-, Parochial- und Besteuerungsrecht sowie – in diesem Zusammenhang relevant – die Dienstherrnfähigkeit. Der möglicherweise bestehende Hiatus zwischen privatrechtlichem Kleid und religionsrechtlicher Binnenordnung kann so überwunden werden.¹⁰ Wenn Religionsgemeinschaften auf dieser Grundlage öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse begründen, handelt es sich um eigenständige Akte dieser Gemeinschaften und nicht um die Wahrnehmung übertragener staatlicher Dienstherrenfunktion.¹¹

- 6 Die Verortung der Dienstherrnfähigkeit beim Körperschaftsstatus wird heute weitgehend einhellig vertreten.¹² In der Voraufgabe dieses

⁹ Vgl. *Hendrik Munsonius*, Quo vadis „Staatskirchenrecht“?, in: DÖV 2013, S. 93 (100 f.) m. w. N.

¹⁰ BVerfG, B. v. 5. 2. 1991 – 2 BvR 263/86, BVerfGE 83, 341 (Bahá'í); *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 8), S. 247 f.; *Kästner*, in: BK (o. Fn. 2), Art. 140, Rn. 363 f.; *Heinrich de Wall*, Der „Typenzwang“ im kirchlichen Dienstrecht und die Teildienstverhältnisse bei Pfarrern, in: ZevKR 49 (2004), S. 369 (375); ausführlich *Stefan Magen*, Körperschaftsstatus und Religionsfreiheit, 2004, S. 197 ff.

¹¹ *Karl-Hermann Kästner*, Staatliche Justizhoheit und religiöse Freiheit, 1991, S. 125.

¹² *Peter Unruh*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle, Bd. 3, Art. 137 WRV, Rn. 215; *Johann Frank*, Grundsätze des Dienst- und Arbeitsrechts der evangelischen Kirche, in: EssGespr. 10 (1976), S. 9 (23); *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 8), S. 292; *Hübner*, Pfarrer (o. Fn. 2), S. 28; *Kästner*, in: BK (o. Fn. 2), Art. 140, Rn. 415; *Kästner*, Justizhoheit (o. Fn. 11), S. 121, 127; *Rainer Mainusch*, Aktuelle kirchenrechtliche und kirchenpolitische Fragestellungen im Pfarrerdienstrecht, in: ZevKR 47 (2002), S. 1 (26); *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 137 WRV, Rn. 94; *Sydow*, Beamtenverhältnisse (o. Fn. 2), S. 232; *Peter von Tiling*, Zur Dienstherrnfähigkeit der Kirche, in: ZevKR 36 (1991), S. 276 (284); *Hermann Weber*, Rechtsprobleme eines Anschlusses der Pfarrer und Kirchenbeamten an die gesetzliche Rentenversicherung der Angestellten, in: ZevKR 22 (1977), S. 246 (362 f.); *Achim Janssen*, Aspekte des Status von Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts, 2. Aufl. 2017, S. 148 ff. sieht die Möglichkeit der Religionsgemeinschaften, ein eigenes öffentliches Dienstrecht zu erlassen, allein in Vorschriften des einfachen Gesetzesrechts wie § 135 S. 2 BRRG bzw. § 146 S. 2 BBG begründet, lässt damit aber Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 WRV insofern praktisch leerlaufen.

Handbuchs hat *Pirson* sie allerdings stattdessen als Institut des Gewohnheitsrechts klassifiziert, das in § 121 Nr. 2 BRRG seinen Niederschlag gefunden hat.¹³ Da jedoch der Körperschaftsstatus gerade dazu diene, den altkorporierten Religionsgemeinschaften ihren überkommenen Rechtsstatus zu erhalten, und die Dienstherrnfähigkeit zu den ganz wesentlichen Instrumenten der Selbstorganisation gehört, vermag die Klassifikation als Gewohnheitsrecht außerhalb von Art. 137 Abs. 5 WRV nicht zu überzeugen. Auf der anderen Seite sieht *Bock* die Möglichkeit, besondere Dienstverhältnisse abseits des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts zu begründen, schon im Selbstbestimmungsrecht nach Art. 137 Abs. 3 WRV begründet.¹⁴ Auch dies vermag nicht zu überzeugen. Freiheitsrechte werden, soweit sie rechtlicher Gestaltung bedürfen, nicht abseits, sondern innerhalb der allgemein zugänglichen Rechtsformen ausgeübt. Für die Etablierung besonderer Formen ist ein eigener Rechtstitel erforderlich, der mit Art. 137 Abs. 5 WRV gegeben ist. Die von *Bock* angenommene stärkere Bindung an staatliches Recht, wenn die Dienstherrnfähigkeit aus Art. 137 Abs. 5 WRV abgeleitet wird, besteht, wie zu zeigen sein wird, gerade nicht.¹⁵

Die eigentümliche Ausgestaltung von Beschäftigungsverhältnissen nach den Vorstellungen des Dienstgebers birgt das Risiko, dass die Interessen der Mitarbeiter und der sozialen Ausgleichssysteme belastet werden. Von den differenzierten Bindungen und Schranken, denen die Religionsgemeinschaften diesbezüglich unterliegen, abgesehen, werden diese Interessen jedoch von vornherein durch zwei Grundstellungen gewahrt. Zum einen können Dienstverhältnisse nur mit dem Einverständnis des Beschäftigten begründet werden; und sie dienen in ihrer besonderen Bindung u. U. gerade auch seiner Religionsfreiheit, indem sie ihm einen besonderen, seiner Religion entsprechenden Lebensweg ermöglichen.¹⁶ Zum anderen ist die Dienstherrnfähigkeit mit dem Körperschaftsstatus an die Gewähr der Dauer geknüpft und mit dem Besteuerungsrecht nach Art. 137 Abs. 6 WRV verbunden, so dass eine gewisse Gewähr für die Voraussetzungen

7

¹³ *Pirson*, Dienstrecht (o. Fn. 3), S. 858.

¹⁴ *Wolfgang Bock*, Das für alle geltende Gesetz und die kirchliche Selbstbestimmung, 1996, S. 265 f.; *ders.*, Der kirchliche Dienst und das staatliche Recht, in: Das Recht der Kirche, hg. von Gerhard Rau/Hans-Richard Reuter/Klaus Schlaich, Bd. 3, 1994, S. 531 (549).

¹⁵ Vgl. *von Tiling*, Dienstherrnfähigkeit (o. Fn. 12), S. 285.

¹⁶ *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 10), S. 102. Zu Orden etc. siehe *Andreas Sailer*, → § 29.

einer dauerhaften Besoldung und Versorgung abseits der sozialen Ausgleichssysteme besteht.¹⁷

c) Bindungen und Schranken

- 8 Da der Status als Körperschaft öffentlichen Rechts und mit ihm die Dienstherrnfähigkeit es den Religionsgemeinschaften ermöglichen sollen, Dienstverhältnisse so auszugestalten, wie es ihrem Selbstverständnis entspricht, wäre es dysfunktional, wenn mit der Wahl der öffentlich-rechtlichen Form auch die Übernahme des staatlichen Beamtenrechts verbunden wäre.¹⁸ Dies wäre auch historisch nicht plausibel, denn die mit dem Körperschaftsstatus gesicherte überkommene Rechtsstellung der Kirchen brachte bereits eigentümliche Dienstverhältnisse wie insbesondere die eines Priesters nach kanonischem Recht mit sich.¹⁹
- 9 Gleichwohl ist die Dienstherrnfähigkeit nicht die Freiheit, beliebige Dienstverhältnisse zu begründen, sondern solche, wie sie sonst dem Staat vorbehalten sind.²⁰ So ist zu fragen, welche die Merkmale öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse bei Religionsgemeinschaften sind und welchen Bindungen und Schranken deren Ausgestaltung unterliegt. Diese Frage wird in der Literatur unter dem – möglicherweise nicht ganz glücklichen, aber einprägsamen – Stichwort „*Typenzwang*“ und im Hinblick auf die Grundsätze des Berufsbeamtentums gemäß Art. 33 Abs. 5 GG²¹ diskutiert. Dabei besteht Einigkeit, dass eine vollständige materielle Bindung an die beamtenrechtlichen Normen des Grundgesetzes jedenfalls nicht besteht.²²

¹⁷ Zur Frage der Insolvenzunfähigkeit von Religionsgemeinschaften *Kästner*, in: BK (o. Fn. 2), Art. 140, Rn. 379 m. w. N.

¹⁸ *Josef Jurina*, Dienst- und Arbeitsrecht in der katholischen Kirche, in: EssGespr. 19 (1976), S. 57 (66).

¹⁹ *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 10), S. 98.

²⁰ *Magen*, ebd., S. 98; zum öffentlichen Amt des Staates *Otto Depenheuer*, Das öffentliche Amt, in: HStR³, Bd. III, 2005, § 36, S. 87–129; *Josef Isensee*, Öffentlicher Dienst, in: HVerfR², § 32, S. 1527 ff.; *ders.*, Gemeinwohl und öffentliches Amt, 2013.

²¹ Dazu *Helmut Lecheler*, Die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts, in: AöR 103 (1978), S. 349 ff.

²² *Johann Frank*, Geschichte und neuere Entwicklung des Rechts der kirchlichen Beamten, in: ZevKR 10 (1963/64), S. 264 (278 f.); *Kästner*, in: BK (o. Fn. 2), Art. 140, Rn. 417; *Sydow*, Beamtenverhältnisse (o. Fn. 2), S. 235.

Mit Typus wird ein Rechtsinstitut bezeichnet, das von einer Vielzahl von Merkmalen geprägt ist, die aber nicht notwendigerweise alle stets erfüllt sein müssen; es kommt vielmehr auf eine wertende Gesamtschau an, um festzustellen, ob ein Typus erfüllt ist.²³ Insofern steht schon der Begriff des „Typus“ einer strikten Bindung („Zwang“) entgegen. Ausgehend von den zu Art. 33 Abs. 5 GG entwickelten Grundsätzen lässt sich beschreiben, was typischerweise unter einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zu verstehen ist. Allerdings beziehen sich die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG auf staatliche Beamte und sind zunächst nicht auf Religionsgemeinschaften zu übertragen.²⁴ Die Beschreibung eines allgemeinen, Staat und Religionsgemeinschaften übergreifenden Typus öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse muss darum im Hinblick auf diese Grundsätze differenzieren.²⁵

Die durch Art. 33 Abs. 5 GG garantierten Grundsätze des Berufsbeamtentums sichern die Funktionsfähigkeit der staatlichen Verwaltung und korrespondierend die soziale Stellung der Beamten. Für das Dienstrecht der Religionsgemeinschaften sind die Anforderungen in der ersten Hinsicht eigenständig und anhand ihres Selbstverständnisses zu bestimmen. Der Staat hat keine Kompetenz, zu beurteilen, welche Anforderungen an Dienstausbildung und Lebensführung der religiöse Auftrag mit sich bringt. Die soziale Sicherung der Beamten andererseits ist letztlich Ausfluss des Sozialstaatsprinzips. Es ist dem Staat und den Religionsgemeinschaften verwehrt, Menschen aus dem System sozialer Sicherung auszuschließen, ohne für hinreichende Äquivalente zu sorgen. Die Religionsgemeinschaften haben darum die soziale Sicherung aus verfassungsrechtlichen Gründen zu gewährleisten.²⁶ Es handelt sich insofern um eine Ausprägung des „für alle geltenden Gesetzes“.²⁷

„Das Gemeinsame staatlichen und kirchlichen öffentlichen Dienstes ist der Anspruch eines besonderen Treue- und Fürsorgeverhältnis-

²³ *de Wall*, „Typenzwang“ (o. Fn. 10), S. 370 f.; *Klaus F. Röhl/Christian Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 617.

²⁴ *Hans-Peter Hübner*, Aktuelle Fragen zur Alterssicherung von Pfarrern und Kirchenbeamten, in: *ZevKR* 46 (2001), S. 32 (41); *ders.*, Pfarrer (o. Fn. 2), S. 37; *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 10), S. 97 f.

²⁵ Vgl. *Michael A. Ling*, Kirchenamt und Kirchenbeamte in der katholischen Kirche Deutschlands, in: *ZBR* 2006, S. 238 (247).

²⁶ *Kästner*, in: *BK* (o. Fn. 2), Art. 140, Rn. 417; deutlich offener *Pirson*, Dienstrecht (o. Fn. 3), S. 868 f.

²⁷ *Hübner*, Alterssicherung (o. Fn. 24), S. 41 f.; *ders.*, Pfarrer (o. Fn. 2), S. 34 f., 38 f.

ses.“²⁸ Als *anzuwendende Grundsätze* werden folglich genannt: Treue- und Fürsorgepflicht, Alimentationsgrundsatz, Lebenszeitprinzip und Entlassung nur bei schweren Verfehlungen, darum auch die Gewährleistung eines geordneten Disziplinarverfahrens, Grundsatz der einseitigen Gestaltung verbunden mit der Rechtssicherheit für den Bediensteten.²⁹ Nicht verpflichtend sind beispielsweise die Grundsätze der Weisungsgebundenheit und des Leistungs- und Laufbahnprinzips³⁰ sowie der Bestenauslese und der Hauptberuflichkeit, woraus sich auch Modifikationen beim Alimentationsprinzip ergeben können³¹. Bei der Konkretisierung der anzuwendenden Grundsätze durch die Religionsgemeinschaften ist wiederum darauf zu achten, was sich als Anforderungen an den Dienst aus ihrem Selbstverständnis ergibt.³² Auf Einzelheiten wird noch einzugehen sein.³³

- 13** Auch als Dienstherr sind Religionsgemeinschaften nur mittelbar an die staatlichen Grundrechte³⁴ gebunden. Der Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts führt nicht dazu, dass die Religionsgemeinschaften in den Staat eingegliedert werden und unter staatlicher Aufsicht staatliche Aufgaben wahrnehmen. Sie bleiben vielmehr selbst freiheits- und damit grundrechtsberechtigte Akteure. Allerdings darf der Grundrechtsschutz für Dritte nicht darunter leiden, wenn Religionsgemeinschaften öffentlich-rechtliche Befugnisse ausüben. Darum ist für diesen Bereich eine Bindung an die Grundrechte wie für Hoheitsträger des weltlichen Rechts angenommen worden, die durch die Abwägung mit dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft eingeschränkt werden kann.³⁵ Es ist jedoch daran festzuhalten, dass Grundrechte den Staat binden. Freiheitsberechtigte Akteure sind an Grundrechte nur mittelbar gebunden, soweit der Staat seine Schutzpflicht durch einfachgesetzliche Regelungen wahrnimmt. Wenn Religionsgemeinschaften in öffentlich-rechtlichen Formen handeln, darf dies allein keine stärkere Grundrechtsbindung

²⁸ *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 10), S. 98.

²⁹ *Hübner*, Alterssicherung (o. Fn. 24), S. 42; *ders.*, Pfarrer (o. Fn. 2), S. 38 f.; *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 10), S. 99; *Mainusch*, Fragestellungen (o. Fn. 12), S. 29 f.; *Sydow*, Beamtenverhältnisse (o. Fn. 2), S. 236.

³⁰ *Pirson*, Dienstrecht (o. Fn. 3), S. 869.

³¹ *de Wall*, „Typenzwang“ (o. Fn. 10), S. 378 ff.

³² *de Wall*, ebd., S. 383 f.

³³ Siehe unten II.

³⁴ *Hermann Weber*, → § 19, Rn. 32–49.

³⁵ *Hermann Weber*, Bindung der Kirchen an staatliche und innerkirchliche Grundrechte und das Verhältnis der Grundrechtsgewährleistungen zueinander, in: ZevKR 42 (1997), S. 282 (292 ff.).

als ein Handeln in privatrechtlichen Formen auslösen. Es muss aber kompensiert werden, dass der Grundrechtsschutz für Dritte dann nicht über das einfache Recht gewährleistet ist. Die Religionsgemeinschaften sind demnach bei ihrem öffentlich-rechtlichen Handeln an Grundrechte insofern gebunden, als dies dem Niveau mittelbaren Grundrechtsschutzes entspricht, wie es im Privatrechtsverkehr durch die staatliche Gesetzgebung gewährleistet ist.³⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung zum Körperschaftsstatus der Zeugen Jehovas dementsprechend festgestellt, dass eine Religionsgemeinschaft „die in Art. 79 Abs. 3 GG umschriebenen fundamentalen Verfassungsprinzipien, die dem staatlichen Schutz anvertrauten Grundrechte Dritter sowie die Grundprinzipien des freiheitlichen Religions- und Staatskirchenrechts“ nicht gefährden darf.³⁷

2. Einfachgesetzliche Bestimmungen

Die Ausgestaltung ihrer öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse ist eine Angelegenheit der Religionsgemeinschaften. § 135 BRRG nimmt diese Dienstverhältnisse darum (abweichend vom Wortlaut von § 121 Nr. 2 BRRG) vom Anwendungsbereich aus, eröffnet aber den Religionsgemeinschaften die Möglichkeit, ihre Dienstverhältnisse entsprechend zu regeln und die Vorschriften über den Rechtsweg für anwendbar zu erklären.

Die mit der Dienstherrnfähigkeit verbundene Freistellung von der Sozialversicherungspflicht ist in verschiedenen Bestimmungen des Sozialgesetzbuches vorgesehen (§ 27 Abs. 1 Nr. 1 und 2 SGB III, § 6 Abs. 1 Nr. 2 und 4 SGB V, § 5 Abs. 1 Nr. 2 und 3 SGB VI).³⁸ Die Differenzierungen im Wortlaut der Normen werden besonders für Ordensangehörige relevant.³⁹ Im Übrigen dürfte eine weitgehend einheitli-

³⁶ *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 10), S. 111 ff.; ähnlich *Heinig*, Religionsgesellschaften (o. Fn. 8), S. 279 f.

³⁷ BVerfGE 102, 370 (392 f.).

³⁸ Dazu *Jürgen Scheidt*, in: Sozialgesetzbuch III. Arbeitsförderung, hg. von Bernd Mutschler/Reimund Schmidt-De Caluwe/Pablo Coseriu, 6. Aufl. 2017, § 27, Rn. 7 ff.; *Katrin Just*, in: SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, hg. von Ulrich Becker/Thorsten Kingreen, 5. Aufl. 2017, § 6, Rn. 26; *Eberhard Jung*, in: Kommentar zum Sozialgesetzbuch VI, hg. von Eberhard Eichenhofer/Ulrich Wenner, 2014, § 5, Rn. 8.

³⁹ *Peter Axer*, Staat und Kirche im Sozialversicherungsrecht. Kirchliche Betätigung zwischen Sozialversicherungspflicht und Sozialversicherungsfreiheit, in: Dem Staate, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist.

che Handhabung angebracht sein. Alle diese Bestimmungen sind im Lichte von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV auszulegen. Da die Religionsgemeinschaften anders als der Staat ihr Finanzaufkommen nicht nach ihrem Bedarf kraft Hoheitsrechts ausweiten und anpassen können, ist prognostisch zu prüfen, ob die Alimentationspflichten gegenwärtig und zukünftig im erforderlichen Umfang erfüllt werden können.⁴⁰

16 Der Status, den Mitarbeiter in öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen innehaben, kann dem staatlichen Recht als Anknüpfungspunkt für Sonderregelungen dienen.⁴¹ Hierzu zählen beispielsweise die Aussageverweigerungsrechte für Geistliche nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO, § 383 Abs. 1 Nr. 4 ZPO. Der Begriff des Geistlichen setzt zwar nicht notwendigerweise ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis voraus.⁴² Der Prototyp des Geistlichen ist gleichwohl ein Pfarrer in öffentlich-rechtlichem Dienstverhältnis, das über die Funktion des Seelsorgers hinaus die Anforderungen an die organisatorische Einbindung und das Bestehen einer Dienstaufsicht gewährleistet.

17 Zu nennen ist ferner die Befreiung von der Wehrpflicht für Geistliche nach § 11 Abs. 1 Nr. 1–3 WPflG und die Zurückstellung vom Wehrdienst für diejenigen, die sich durch Studium oder Ausbildung auf das Amt eines Geistlichen vorbereiten nach § 12 Abs. 2 WPflG. Auf diese Weise sollen Rollenkonflikte vermieden und die religiöse Betreuung der Menschen gerade in Krisenzeiten gesichert werden.⁴³ Andere Bestimmungen wie § 11 Abs. 1 Nr. 2, §§ 331–353 StGB oder § 839 BGB beziehen sich auf Amtsträger nach staatlichem Recht und sind auf religionsgemeinschaftliche Amtsträger nur anzuwenden, soweit sie mit staatlichen Verwaltungsaufgaben betraut sind.⁴⁴

Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag, hg. von Josef Isensee / Wilhelm Rees / Wolfgang Rübner, 1999, S. 587–608.

⁴⁰ Hübner, Alterssicherung (o. Fn. 24), S. 50.

⁴¹ Vgl. Pirson, Dienstrecht (o. Fn. 3), S. 854 ff.

⁴² BGH, B. v. 15.11.2006 – StB 15/06, 2StE 6/05, 8 (3) StB 15/06, BGHSt 51, 140 = KirchE 48, 427. Ulrich Seelemann, Der Begriff des Geistlichen im Strafprozeßrecht, in: ZevKR 49 (2004), S. 639–660.

⁴³ Pirson, Dienstrecht (o. Fn. 3), S. 856.

⁴⁴ BGH, U. v. 9.10.1990 – 1 StR 538/89, BGHSt 37, 191 = KirchE 28, 241; Pirson, Dienstrecht (o. Fn. 3), S. 855.

3. Staatskirchenvertragliche Regelungen

In etlichen Staatskirchenverträgen⁴⁵ findet sich die Feststellung, dass kirchlicher Dienst öffentlicher Dienst sei.⁴⁶ Dabei ist die Reichweite dieser Aussage nicht klar und die Handhabung in der Praxis divergent.⁴⁷ Die hier bestehende Unsicherheit ist zurückzuführen auf die gemeinsame Wurzel kirchlichen und staatlichen Beamtenrechts im Staatskirchentum, die Transformation kirchlicher Ordnung, wie sie durch die Trennung vom Staat ausgelöst wurde, und den Paradigmenwechsel von der Koordinationslehre zum freiheitlichen Religionsverfassungsrecht, das die Kirchen als freiheitsberechtigzte Akteure innerhalb der vom Staat verantworteten Rechtsordnung begreift.⁴⁸ Was früher einmal gleich war, ist nunmehr bloß vergleichbar, und es fragt sich, in welcher Hinsicht dies der Fall sein soll.

Wenn Staat und Religionsgemeinschaft vertraglich die Festlegung treffen, dass deren Dienst öffentlicher Dienst ist, kann dies zunächst als Bekräftigung der Dienstherrnfähigkeit, wie sie sich aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV ergibt, verstanden werden.⁴⁹ Sodann bringt es die prinzipielle Anerkennung der Vergleichbarkeit von

⁴⁵ *Stefan Mückl*, → § 10.

⁴⁶ Kirchenverträge (ev.): Brandenburg Art. 7 Abs. 1 (GVBl. 1997 S. 4; öffentlicher Dienst „eigener Art“); Hamburg Art. 2 Abs. 2 S. 2; Hessen Art. 1 Abs. 4; Mecklenburg-Vorpommern Art. 1 Abs. 4 (GVBl. 1994 S. 559); Niedersachsen Art. 1 Abs. 2; Rheinland-Pfalz Art. 2 Abs. 3; Sachsen Art. 9 Abs. 2 (GVBl. 1994 S. 1252); Sachsen-Anhalt Art. 8 Abs. 1 (GVBl. 1994 S. 172); Schleswig-Holstein Art. 2 Abs. 2; Thüringen Art. 7 Abs. 1; Bistumsverträge (röm.-kath.): Hessen Art. 1 Abs. 1; Mecklenburg-Vorpommern Art. 15 Abs. 2 (GVBl. 1998 S. 3); Rheinland-Pfalz Art. 1 Abs. 3; Saarland Art. 1 Abs. 3; Sachsen Art. 15 Abs. 1 (GVBl. 1997 S. 18); Sachsen-Anhalt Art. 14 Abs. 1 (GVBl. 1998 S. 161); Texte, soweit nicht nachgewiesen, bei *Joseph Listl* (Hg.), *Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland*, 2 Bd., 1987.

⁴⁷ *Unruh*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 12), Art. 137 WRV, Rn. 221 ff.; *Otto von Harling*, *Kirchliches Beamtenrecht im sozialen Rechtsstaat*, in: ZevKR 10 (1963/64), S. 302 (310); *Konrad Hesse*, *Die Entwicklung des Staatskirchenrechts seit 1945*, in: JöR 10 (1961), S. 3–121, zitiert nach *dems.*, *Ausgewählte Schriften*, 1984, S. 355 (410); *Pirson*, *Dienstrecht* (o. Fn. 3), S. 870 f.

⁴⁸ Zur Entwicklung *Johann Frank*, *Kirchlicher Körperschaftsstatus und neuere staatliche Rechtsentwicklung*, in: ZevKR 26 (1981), S. 51 (53 ff.); *Michael Germann*, *Die Staatskirchenverträge der Neuen Bundesländer: Eine dritte Generation im Vertragsstaatskirchenrecht*, in: *Das Recht der Staatskirchenverträge*, hg. von Stefan Mückl, 2007, S. 91 (92 ff.).

⁴⁹ *Ling*, *Kirchenamt* (o. Fn. 25), S. 247.

staatlichem und religionsgemeinschaftlichem Dienst mit sich.⁵⁰ Diese Vergleichbarkeit kann auf den Gemeinwohlbezug der Tätigkeit, ihre Anforderungen an Ausbildung und Praxis und die dienstrechtliche Ordnung bezogen werden. Schließlich können solche Regelungen in der Weise verstanden werden, dass aus der prinzipiellen Vergleichbarkeit auch rechtliche Konsequenzen zu folgern sind. Auf der einen Seite kann es darum gehen, dass Bedienstete bei einem Wechsel des Dienstherrn, beispielsweise durch Anerkennung von Vordienstzeiten,⁵¹ gleichgestellt werden, auf der anderen Seite darum, dass die Religionsgemeinschaft sich verpflichtet, ihren Gestaltungsspielraum nicht auszureizen, sondern bei der Normierung ihrer Dienstverhältnisse sich weitgehend am staatlichen Vorbild zu orientieren. Konkrete Folgerungen werden sich aber nur aus den jeweiligen Normen des staatlichen und religionsgemeinschaftlichen Rechts ziehen lassen.⁵²

4. Einfluss des Europarechts

20 Welchen Einfluss das Europarecht⁵³ auf die öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse bei Religionsgemeinschaften ausübt, ist schwer einzuschätzen. Durch Art. 17 Abs. 1 AEUV ist der Status, den Religionsgemeinschaften nach mitgliedsstaatlichem Recht innehaben, und damit auch der Körperschaftsstatus nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV geschützt. Auf der anderen Seite gesteht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte den Signatarstaaten eine *margin of appreciation* zu, die einzelstaatlichen Besonderheiten Raum lässt; zudem ist der Menschenrechtsstatus religiöser Gemeinschaften mittlerweile ebenfalls anerkannt. Mit grundlegenden Änderungen auch im Hinblick auf die Dienstherrnfähigkeit ist darum nicht zu rechnen. Auswirkungen können sich allenfalls mittelbar auf zwei Wegen ergeben: Zum einen können sich über die an wirtschaftlichen Vollzügen

⁵⁰ Hesse, Entwicklung (o. Fn. 47), S. 409; Hübner, Pfarrer (o. Fn. 2), S. 49, Fn. 28 unter Hinweis auf Dieter Scheven, Ist der kirchliche Dienst öffentlicher Dienst?, in: ZBR 1964, S. 289 ff.

⁵¹ § 29 Abs. 1 Bundesbesoldungsgesetz (BBesG) nimmt Religionsgemeinschaften ausdrücklich aus dem Kreis der öffentlich-rechtlichen Dienstherrn aus. Eine Anerkennung ist danach nur über § 28 Abs. 2 BBesG als förderliche hauptberufliche Tätigkeit möglich. § 11 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b Beamtenversorgungsgesetz (BeamVG) knüpft an die hauptberufliche Tätigkeit bei einer öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaft an, ohne allerdings auf ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis abzustellen.

⁵² Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 12), Art. 137 WRV, Rn. 219.

⁵³ Claus Dieter Classen, → § 11.

ausgerichtete Betrachtungsweise Änderungen im allgemeinen Beschäftigungsrecht ergeben, die sich als Schranke des für alle geltenden Gesetzes auch auf öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse der Religionsgemeinschaften auswirken.⁵⁴ Zum anderen können sich unter europarechtlichem Einfluss Veränderungen beim staatlichen Beamtenrecht ergeben, die den Typus des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses betreffen und auf Religionsgemeinschaften zu übertragen sind.

II. Grundzüge öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse

Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse binden Dienstherrn und Beschäftigte in besonderer Weise aneinander. Dies ermöglicht besondere Anforderungen an den Dienst zu realisieren, begründet aber auch eine entsprechende Fürsorgepflicht. Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse bieten sich dort an, wo zugleich ein besonders hohes Maß an Unabhängigkeit und Verantwortlichkeit realisiert werden soll. Bei den Religionsgemeinschaften betrifft dies beispielsweise die Religionsdiener im engeren Sinne (z.B. Priester, Pfarrer, Rabbiner), Leitung und Verwaltung sowie das Lehrpersonal an Schulen und Hochschulen.

21

Verglichen mit dem Staat haben die Religionsgemeinschaften bei der Gestaltung ihrer öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse einen ungleich größeren Spielraum. Denn zum einen sind sie, wie gezeigt, nicht an alle hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums gebunden, zum anderen können sie die anzuwendenden Grundsätze auf der Grundlage ihres Selbstbestimmungsrechts weiter modifizieren. Es ist dann eine Frage des Selbstverständnisses und der Klugheit, wie weit sie sich vom staatlichen Vorbild entfernen. Denn zum einen mögen die sozialetischen Leitbilder der Religion, zum anderen das Interesse, ein attraktiver Dienstgeber zu sein, dafür sprechen, die eigenen Bediensteten nicht wesentlich schlechter zu stellen.

22

⁵⁴ Vgl. Björn Griebel, Die Religionsgesellschaft zwischen Staatsrecht und Europarecht, 2014, S. 243 ff.

1. Begründung, Veränderung und Beendigung

- 23** Privatrechtliche Dienstverhältnisse werden durch einen Vertrag begründet, ihr Inhalt ist darum ausgehend von dem zu bestimmen, was die Parteien vereinbart haben. Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse werden durch einen mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt begründet. Für die Auswahl der Person ist der Staat an das Prinzip der Bestenauslese gebunden. Dadurch wird einerseits der gleiche Zugang zum öffentlichen Amt (Art. 33 Abs. 2 GG), andererseits die optimale Aufgabenerfüllung gewährleistet. Die Religionsgemeinschaften sind an diese Grundsätze nicht gebunden und können anderen, in ihrem Selbstverständnis gründenden Kriterien größeres Gewicht geben.⁵⁵
- 24** Der Inhalt der Dienstverhältnisse wird durch den zuständigen Gesetzgeber bestimmt, steht für die unmittelbar beteiligten Personen nicht zur Disposition und kann auch nachträglich und ohne Mitwirkung der Bediensteten geändert werden. Gerade diese einseitige Gestaltungsbefugnis stellt ein wesentliches Merkmal öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse dar.⁵⁶ Allerdings ist nur der Staat zu einseitiger Regelung auch verpflichtet. Die Religionsgemeinschaften können individuelle Vereinbarungen zulassen, zumal sie nicht dem Gebot des gleichen Zugangs zum öffentlichen Amt unterliegen.⁵⁷
- 25** Das Recht zur einseitigen Umgestaltung des Dienstverhältnisses bewirkt für den Bediensteten einen beträchtlichen Autonomieverlust, dem er sich nur entziehen kann, indem er aus dem Dienst ausscheidet. Darum ist als Gegengewicht die Fürsorgepflicht besonders zu beachten. Änderungen der Dienstverhältnisse geschehen vor allem im Wege der Gesetzgebung und betreffen generell alle einschlägigen Dienstverhältnisse.⁵⁸ Individuelle Veränderungen sind nur im Rahmen des gesetzlich Normierten zulässig. Typische Instrumente sind Beförderung, Versetzung, Abordnung, Beurlaubung oder Teildienst. Die Religionsgemeinschaften sind nicht gehindert, ihre Bediensteten bei festgestellter Ungedehlichkeit des Wirkens in den Wartestand zu

⁵⁵ *Sydow*, Beamtenverhältnisse (o. Fn. 2), S. 235; *de Wall*, „Typenzwang“ (o. Fn. 10), S. 378 ff.

⁵⁶ *Renate Penßel*, Jüdische Religionsgemeinschaften als Körperschaften öffentlichen Rechts, 2014, S. 79 ff.

⁵⁷ *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 10), S. 99 f.

⁵⁸ *Magen*, ebd., S. 101 f.

versetzen und ihre Besoldung zu verringern, sofern die Regelungen weder sachwidrig noch willkürlich sind.⁵⁹

Ein Arbeitsverhältnis ist stets für eine Beendigung offen. Diese kann durch Befristung, durch Aufhebungsvertrag oder durch Kündigung eintreten. Ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis wird idealtypisch auf Lebenszeit begründet und kann nur auf Antrag des Bediensteten oder im Wege eines Disziplinarverfahrens beendet werden.

26

2. Dienst- und Treueverhältnis

Privatrechtlich besteht ein Austauschverhältnis, d. h. für eine Leistung wird ein entsprechendes Entgelt gezahlt. Öffentlich-rechtlich spricht man von einem Treueverhältnis, bei dem Leistung und Gegenleistung entkoppelt sind. Beamte haben sich mit ganzer Hingabe ihrem Dienst zu widmen und auch in ihrer sonstigen Lebensführung den Erwartungen, die mit ihrem Amt verbunden sind, zu entsprechen. Sie werden im Gegenzug ohne Rücksicht auf den Umfang des geleisteten Dienstes alimentiert, d. h. eine auskömmliche Besoldung und Versorgung ist ihnen garantiert. Einschränkungen können sich durch Teildienstverhältnisse und Befristungen ergeben.

27

Der vollen Hingabe an den Dienst entspricht der Grundsatz der Hauptberuflichkeit und einer entsprechenden umfassenden Alimentation. Die volle Hingabe ist nur möglich, wenn andere Tätigkeiten zum Erwerb des Lebensunterhalts nicht erforderlich sind. Unfreiwillige Teildienstverhältnisse sind darum beim Staat nicht zulässig.⁶⁰ Gleichwohl können die Religionsgemeinschaften hier Einschränkungen vornehmen. Denn es liegt an ihnen, inwieweit sie auf die volle Hingabe an den Dienst Wert legen. Beispielsweise aus Gründen der innergemeinschaftlichen Organisation und des Amtsverständnisses können es Religionsgemeinschaften vorziehen, nur Teildienstverhältnisse zu begründen und ihren Bediensteten im Übrigen die Teilnahme am allgemeinen Arbeitsleben zu ermöglichen.⁶¹ Sie schränken damit

28

⁵⁹ OVG Nordrhein-Westfalen, U. v. 23.9.1997 – 5 A 3031/95, KirchE 35, 388; VGH Baden-Württemberg, B. v. 9.11.2010 – 4 S 2257/09, KirchE 56, 395.

⁶⁰ BVerwG, U. v. 2.3.2000 – 2 C 1/99, BVerwGE 110, 363.

⁶¹ Ausführlich *Steffen Alexander Sommer*, Teildienstverhältnisse bei Pfarrern in den Gliedkirchen der Evangelischen Kirche in Deutschland, 2007, S. 125 ff.

allerdings die Vergleichbarkeit mit öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen des Staates ein.

29 Die Befristung ist insbesondere im Hinblick auf die Vergabe von Leitungsämtern problematisiert worden. Das Bundesverfassungsgericht hat die Befristung von Leitungsämtern in der staatlichen Verwaltung für verfassungswidrig erklärt, weil damit das Lebenszeitprinzip verletzt sei. Dieses diene gerade auch bei Leitungsämtern dazu, die Rechtsgebundenheit der Verwaltung vom politischen Wechsel unabhängig zu machen. Ausnahmen vom Lebenszeitprinzip seien nur in engen Grenzen möglich.⁶² Damit ist diese Entscheidung auf Religionsgemeinschaften nicht zu übertragen. Denn wie gezeigt besteht eine entsprechende Bindung an Grundsätze des Berufsbeamtenrechts nur insoweit, als es um die soziale Absicherung der Bediensteten und nicht wie hier um die Funktionsfähigkeit der Verwaltung geht. Die befristete Übertragung von Leitungsfunktionen mit höherer Besoldung ist daher bei Religionsgemeinschaften möglich, solange nur die soziale Sicherung, beispielsweise durch ein lebenslänglich übertragenes Grundamt, gewährleistet ist.⁶³ Darüber hinaus hat das Bundesverwaltungsgericht eine Befristung von öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen für zulässig gehalten, solange durch Nachversicherung und Zahlung eines dem staatlichen Beamtenrecht vergleichbaren Übergangsgeldes eine hinreichende Absicherung des Bediensteten gegeben ist.⁶⁴

30 Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse bieten die Möglichkeit, über die unmittelbaren Berufspflichten hinaus Erwartungen an die Lebensführung verbindlich zu machen. Sie sind gerade darum für Religionsgemeinschaften interessant, weil es der Religion um eine umfassende Deutung des Lebens zu tun ist, die Kosmologien ebenso einschließt wie Moral und Ethik.⁶⁵ Allerdings können nicht beliebige Lebensführungspflichten mit dem Dienstverhältnis verbunden werden. Für das staatliche Recht ist ein Bezug zum ausgeübten Amt gefordert worden. Eine allgemeine Pflicht, Moral und Sitten zu entsprechen, könne nicht gefordert werden.⁶⁶ Es kommt also für das Verhalten der Bediensteten ebenso wie für die Formulierung von Verhaltenserwartungen auf eine konsistente Außendarstellung dessen an,

⁶² BVerfG, B. v. 28. 5. 2008 – 2 BvL 11/07, BVerfGE 121, 205.

⁶³ *Sydow*, Beamtenverhältnisse (o. Fn. 2), S. 235.

⁶⁴ BVerwG, U. v. 27. 2. 2014 – 2 C 19.12, BVerwGE 149, 139.

⁶⁵ *Magen*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 10), S. 279 ff.

⁶⁶ *Christoph Goos*, Grundfragen des Disziplinarrechts in Staat und Kirche, in: KuR 2010, S. 209 (222 f.).

was die Religionsgemeinschaft von ihren Angehörigen und Mitarbeitern im Hinblick auf die Lebensführung erwartet.⁶⁷

Es ist auch vor allem Sache der Religionsgemeinschaften zu bestimmen, inwieweit die Tätigkeit bei ihnen mit anderen Tätigkeiten vereinbar ist. So ist § 14 Abs. 2 Nr. 5 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), der die Inkompatibilität eines staatlichen Beamtenstatus mit der Tätigkeit als Rechtsanwalt regelt, auf Bedienstete der Religionsgemeinschaften nicht anzuwenden.⁶⁸ Vielmehr bleibt es der Religionsgemeinschaft selbst überlassen, eine Inkompatibilität zu normieren. Gleiches gilt für die Vereinbarkeit von Abgeordnetenmandat und der Amtsstellung als Geistlicher.⁶⁹

31

3. Besoldung und Versorgung

a) Alimentation

Im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis tritt an die Stelle eines Arbeitsentgelts und der Sozialversicherungen die Alimentation. Der Dienstherr ist im Gegenzug zur Pflicht des Bediensteten, sich lebenslänglich mit voller Arbeitskraft seinem Dienst zu widmen, verpflichtet, durch ausreichende Gehaltszahlung, Beihilfe und Versorgung für den Lebensunterhalt des Bediensteten und seiner Angehörigen zu sorgen.⁷⁰ Dabei ist er nicht verpflichtet, die staatlichen Regelungen zu übernehmen,⁷¹ und ist auch zu späteren Änderungen berechtigt.⁷² In welcher Weise er dafür Vorsorge trifft, bleibt seinem Ermessen überlassen.

32

⁶⁷ Zu „Loyalitätspflichten“ im Arbeitsrecht *Jacob Joussen*, → § 57, Rn. 78–105.

⁶⁸ BVerfG (K), B. v. 15.3.2007 – 1 BvR 1887/06, BVerfGK 10, 416 = KirchE 49, 227.

⁶⁹ BVerfG, B. v. 21.9.1976 – 2 BvR 350/75, BVerfGE 42, 312 = KirchE 15, 320; *Christian Schulze Pellengahr Freiherr von Freusberg-Steinhorst*, Das Verbot der politischen Betätigung für Geistliche nach katholischem und evangelischem Kirchenrecht sowie im geltenden Staatskirchenrecht, 2009, S. 191 ff.

⁷⁰ *Hübner*, Pfarrer (o. Fn. 2), S. 43.

⁷¹ OVG Lüneburg, U. v. 12.12.1990 – 2 OVG A 73/88, KirchE 28, 428.

⁷² *Hans Peter Hübner*, Gestaltungsspielräume der Kirchen im Besoldungs- und Versorgungsrecht, in: ZevKR 44 (1999), S. 477–508; kritischer *Klaus Blaschke*, Zur Zulässigkeit von Eingriffen in kirchliche Gehälter, in: ZevKR 44 (1999), S. 449–476.

33 Fraglich ist, welche Mindestvorgaben für die Höhe der Alimentation anzusetzen sind. Auf jeden Fall muss sie so bemessen sein, dass die Bediensteten nicht von staatlicher Unterstützung abhängig sind, um ihren Lebensunterhalt zu fristen. Es muss also wenigstens das Niveau der Sozialhilfe erreicht werden.⁷³ Dies kann jedoch nur die absolute Untergrenze darstellen. Denn die geschuldete Alimentation dient nicht bloß der Existenzsicherung, sondern einer amtsangemessenen Lebensführung. Ob darüber hinaus eine dem Niveau bei staatlichen Beamten entsprechende soziale Absicherung zu fordern ist,⁷⁴ erscheint klärungsbedürftig, denn was unter amtsangemessener Lebensführung zu verstehen ist, richtet sich zunächst nach dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften. Im Hinblick auf Ausbildungserfordernisse und Anforderungen der Tätigkeit können deren Bedienstete mit entsprechenden Ämtern beim Staat verglichen werden; doch kann das Amtsverständnis einer Religionsgemeinschaft davon abweichend auch einen besonders herausgehobenen oder bescheidenen Lebensstandard fordern. Die staatliche Besoldung und Versorgung kann darum als erste Orientierung dafür dienen, was bei Religionsgemeinschaften als amtsangemessene Alimentation zu gelten hat. Den Religionsgemeinschaften bleibt gleichwohl ein erheblicher Gestaltungsspielraum.

34 Jenseits der Beamten- und beamtenähnlichen Dienstverhältnisse hat der Staat die Festlegung, was die angemessene Vergütung von Arbeitsleistungen sei, vor allem den Tarifparteien überlassen. Zwingende Vorgaben macht mittlerweile das Mindestlohngesetz. Dieses Gesetz bringt zum Ausdruck, wie hoch die Vergütung einer Arbeitsleistung wenigstens zu sein hat. Es stellt eine gesetzgeberische Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips dar und kann – unabhängig von der Frage seiner Anwendung dem Wortlaut nach – in seinem Grundgedanken als Ausdruck des für alle geltenden Gesetzes nach Art. 137 Abs. 3 WRV angesehen werden.⁷⁵ Eine Alimentation unterhalb des Mindestlohnlevels dürfte darum unzulässig sein. Angesichts der

⁷³ Rainer Mainusch, Neue Aspekte zum Verständnis des Alimentationsgrundsatzes, in: ZevKR 51 (2006), S. 217 (221).

⁷⁴ So Sydow, Beamtenverhältnisse (o. Fn. 2), S. 235.

⁷⁵ Vgl. von Harling, Beamtenrecht (o. Fn. 47), S. 305, der von der Heckelschen Formel und dem Sozialstaatsprinzip ausgehend folgert: „Mit dem feierlichen Bekenntnis des Grundgesetzes zum Sozialstaatsprinzip werden nämlich Gesetze, die zur Verwirklichung dieses Prinzips erlassen sind, in den Rang des ‚für alle geltenden Gesetzes‘ im Sinne von Art. 137 III WRV erhoben, das von den Kirchen bei der Regelung ihrer eigenen Angelegenheiten beachtet und gewahrt werden muß.“

Nachversicherungspflicht ist außerdem anzunehmen, dass die Alterssicherung innerhalb des Dienstverhältnisses nicht geringer ausfallen darf als der dem Lebens Einkommen entsprechende Rentenanspruch. Soweit Teildienstverhältnisse begründet werden und eine entsprechend reduzierte Besoldung geleistet wird, muss den Bediensteten wenigstens erhebliche Freiheit gelassen werden, durch Nebentätigkeiten weitere Einnahmen zu erzielen.⁷⁶ Im Übrigen ist es eine Frage des Selbstverständnisses, der Konsistenz mit eigenen sozialpolitischen Äußerungen und nicht zuletzt der Klugheit, ob es ratsam ist, von sozial etablierten Vergütungsniveaus in eklatantem Maß abzuweichen.

b) Insbesondere: Altersvorsorge

Die Sicherung bestimmter Risiko- und Bedarfslagen geschieht gemeinhin durch Einbeziehung der Mitarbeiter in die Sozialversicherungen. In öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen ist der Dienstherr verpflichtet, ausreichende Vorsorge zu treffen. Insbesondere für die Alterssicherung kommen neben der Verwendung laufender Haushaltsmittel die Bildung von Versorgungskassen als Anstalten öffentlichen Rechts, der Abschluss von Rückversicherungsverträgen mit privaten Versicherungen, die Errichtung von Versorgungsfonds als nicht rechtsfähige Sondervermögen oder als Stiftungen, der Beitritt zu einem kommunalen Versorgungsverband und der Anschluss an die gesetzliche Rentenversicherung in Betracht. Dabei werden sinnvollerweise verschiedene Systeme miteinander kombiniert.⁷⁷

Im Hinblick auf den Anschluss an die gesetzliche Rentenversicherung ist diskutiert worden, ob damit nicht der Charakter des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses preisgegeben würde. Da von Verfassung wegen die soziale Absicherung der Bediensteten im Vordergrund steht, ist ein solches Modell zumindest dann nicht zu beanstanden, wenn der Dienstherr die Beitragslasten vollständig übernimmt, die Differenz zu dem sich nach beamtenrechtlichen Grundsätzen ergebenden Versorgungsanspruch ausgleicht und für einen etwaigen Ausfall der Rentenzahlung einsteht und damit letztlich

⁷⁶ de Wall, „Typenzwang“ (o. Fn. 10), S. 379 f.

⁷⁷ Hübner, Alterssicherung (o. Fn. 24), S. 33; ders., Pfarrer (o. Fn. 2), S. 59 ff.; Hans Niens, Neue Versorgungssysteme für Pfarrer und Kirchenbeamte, in: ZevKR 29 (1984), S. 189 (191 ff., 224 ff., 228 ff.).

für die Erfüllung der Versorgungslast verantwortlich ist.⁷⁸ In der Praxis wirft ein solches Modell intrikate Folgeprobleme auf, die daraus resultieren, dass ein solidarisches sozialstaatliches Versicherungssystem als Finanzierungsinstrument zur Bewältigung einseitiger öffentlich-rechtlicher Versorgungslasten verwendet wird, ohne in seinem sozial- und steuerrechtlichen Regelwerk darauf abgestimmt zu sein.⁷⁹

- 37 Wenn ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis endet oder so umgestaltet wird, dass eine beamtengemäße Versorgung nicht mehr gewährleistet ist, sind die Betroffenen in der Sozialversicherung nachzuversichern (§ 8 Abs. 2 SGB VI).⁸⁰

4. Disziplinarverfahren

- 38 Werden Arbeitnehmer ihrer Leistungspflicht nicht gerecht, kann der Arbeitgeber mit Abmahnung und Kündigung reagieren. Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse sind auf Bestand angelegt. Darum bedarf es eines geordneten Verfahrens, um Pflichtverletzungen unter möglicher Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses zu sanktionieren. Ein solches Disziplinarverfahren bietet Kompensation dafür, dass eine Kündigung an sich ausgeschlossen ist und dass in solchen Dienstverhältnissen ein höheres Maß an Unabhängigkeit und Eigenverantwortung besteht. Zweck des Disziplinarverfahrens ist, das Ansehen des Dienstherrn, die Funktionsfähigkeit seines Dienstes und eine auftragsgemäße Amtsführung zu sichern. Als formalisiertes Verfahren dient es zugleich dem Schutz des Bediensteten.⁸¹
- 39 Maßstab des Disziplinarverfahrens ist eine Amtspflicht, die sich aus den Normen ergeben muss, die dem Dienstverhältnis zugrunde liegen. In einem Ermittlungsverfahren ist der Sachverhalt festzustellen, aus dem sich eine Verletzung dieser Amtspflicht ergibt. Dabei

⁷⁸ Frank, Grundsätze (o. Fn. 12), S. 28; Hübner, Alterssicherung (o. Fn. 24), S. 36, 41; ders., Pfarrer (o. Fn. 2), S. 135 ff.; BVerwG, in: ZevKR 28 (1983), S. 421 ff. = NJW 1983, S. 2582 f. = DVBl. 1983, S. 507 ff.; BVerfG, in: NJW 1983, S. 2569 f.; BVerfG, in: Sozialrecht. Rechtsprechung und Schrifttum, bearbeitet von den Richtern des Bundessozialgerichts (SozR) 2200 § 1260c RVO Nr. 20.

⁷⁹ Hübner, Alterssicherung (o. Fn. 24), S. 43 ff.; ders., Pfarrer (o. Fn. 2), S. 114 ff., 152 ff.

⁸⁰ Hübner, Pfarrer (o. Fn. 2), S. 56.

⁸¹ Goos, Grundfragen (o. Fn. 66), S. 210, 218 f.; Hellmuth Müller, Grundzüge des Beamtendisziplinarrechts, 2010, Rn. 1.

muss dem Bediensteten ein faires Verfahren gewährleistet sein. Er muss also ausreichend informiert werden und Gelegenheit haben, auf das Verfahren Einfluss zu nehmen. Insbesondere muss ihm Gehör gewährt werden, bevor eine Sanktion verhängt wird. Es kommt eine Reihe von Sanktionen vom Verweis über Geldbuße oder Kürzung der Bezüge, Zurückstufung, Amtsenthebung zur Versetzung bis zur Entfernung aus dem Dienst in Betracht. Dass die Alterssicherung des Bediensteten in der Hand des Dienstherrn liegt, gibt diesem auch ein Mittel in die Hand, um auf Dienstpflichtverletzungen mit Sanktionen reagieren zu können.

5. Rechtssicherheit und Rechtsschutz

Durch den Eintritt in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis setzt sich der Bedienstete der einseitigen Gestaltungsmacht seines Dienstherrn aus. Dem darf er nicht schutzlos ausgeliefert sein. Darum unterliegen das Dienstverhältnis und seine Fortentwicklung rechtlicher Bindung und rechtlicher Kontrolle. **40**

Dies erfordert zunächst eine hinreichend klare und umfassende Normierung des Dienstverhältnisses. Die Rechtsstellung des Bediensteten muss anhand generell-abstrakter Normen bestimmt oder wenigstens bestimmbar sein. Zu diesem Zwecke können die Religionsgemeinschaften auf staatliche Regelwerke verweisen. Diese bieten weitgehend die Gewähr, dass alle relevanten Fragen in konsistenter Weise geregelt sind. Außerdem können so die Erkenntnisse aus Rechtsprechung und Rechtswissenschaft rezipiert werden. Allerdings ist damit noch offen, welches die spezifisch religionsgemeinschaftlichen Anforderungen des Dienstes sind. Diese muss die Religionsgemeinschaft eigenständig normieren. Dies muss möglichst konkret geschehen, um dem Bediensteten, aber auch der Rechtsprechung sichere Orientierung zu geben. Ungenügend sind Generalklauseln der Art, dass staatliche Gesetze anzuwenden sind, soweit nicht aus Gründen des religionsgemeinschaftlichen Selbstverständnisses Abweichungen erforderlich sind. **41**

Sodann muss die Möglichkeit bestehen, Maßnahmen des Dienstherrn gerichtlich überprüfen zu lassen. Dabei ist zwischen religionsgemeinschaftlicher und staatlicher Gerichtsbarkeit zu unterscheiden. Hat die Religionsgemeinschaft eine eigene Gerichtsbarkeit eingerichtet, ist zunächst dieser Weg zu beschreiten, weil hier insbesondere die religionsspezifischen Fragen nach Maßgabe des religionsgemein- **42**

schaftlichen Selbstverständnisses in einer Weise aufbereitet werden können, die von der Religionsgemeinschaft selbst verantwortet wird und zugleich für die staatliche Gerichtsbarkeit anschlussfähig ist.⁸²

- 43 Für den staatlichen Rechtsschutz bei öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen der Religionsgemeinschaften ist die gleiche Entwicklung zu beobachten wie für die Fragen nach staatlicher Justiz in religionsgemeinschaftlichen Angelegenheiten überhaupt;⁸³ dem Amts- und Dienstrecht kam dabei gewissermaßen paradigmatische Bedeutung zu.⁸⁴ Dabei hat die Rechtsprechung die Eröffnung des staatlichen Rechtswegs in aller Regel ausgeschlossen und dafür Kritik in der Literatur erfahren.⁸⁵ Die Zuständigkeit staatlicher Gerichte kann nicht auf Art. 19 Abs. 4 GG gestützt werden. Denn diese Rechtsweggarantie bezieht sich nur auf staatliches oder staatsabgeleitetes Handeln. Wie aber schon im Hinblick auf die Geltung der Grundrechte festgestellt wurde, gehört das Handeln der Religionsgemeinschaften als solches nicht dazu.⁸⁶ Anknüpfungspunkt ist vielmehr der allgemeine Justizgewährleistungsanspruch.⁸⁷ Um die Reichweite des staatlichen Rechtsschutzes zu bestimmen, ist einerseits auf das Rechtsstaatsprinzip und die Justizgewährleistungspflicht des Staates, andererseits auf das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften abzustellen.⁸⁸ Darum ist es sowohl ausgeschlossen, von einer allgemeinen Exemption aus dem staatlichen Rechtsschutzsystem auszugehen,⁸⁹ wie auch von einer generellen und umfassenden Zuständigkeit staatlicher Gerichte.⁹⁰

⁸² OVG Rheinland-Pfalz, U. v. 5. 7. 1996 – 2 A 12622/95, KirchE 34, 237.

⁸³ Dazu *Wolfgang Riefner*, → § 78.

⁸⁴ *Dirk Ehlers*, Staatlicher Rechtsschutz gegenüber den Religionsgemeinschaften in amts- und dienstrechtlichen Angelegenheiten, in: ZevKR 27 (1982), S. 269 (271); *Hübner*, Pfarrer (o. Fn. 2), S. 39; *Kästner*, Justizhoheit (o. Fn. 11), S. 262.

⁸⁵ BVerwG, U. v. 30. 10. 2002 – 2 C 23.01, BVerwGE 117, 145 = KirchE 41, 149; kritisch dazu *Karl-Hermann Kästner*, Vergangenheit und Zukunft der Frage nach rechtsstaatlicher Judikatur in Kirchensachen, in: ZevKR 48 (2003), S. 301–311.

⁸⁶ Siehe oben I. 1. c.; *Kästner*, Justizhoheit (o. Fn. 11), S. 109 ff., 137; *Pirson*, Dienstrecht (o. Fn. 3), S. 872.

⁸⁷ *Kästner*, Vergangenheit (o. Fn. 85), S. 304 ff.

⁸⁸ *Ehlers*, Rechtsschutz (o. Fn. 84), S. 270 f.

⁸⁹ So aber wohl VGH Baden-Württemberg, B. v. 15. 11. 1990 – 4 S 3090/89, KirchE 28, 311.

⁹⁰ *Ehlers*, Rechtsschutz (o. Fn. 84), S. 275; *Hübner*, Pfarrer (o. Fn. 2), S. 40.

Die Lehre von der Subsidiarität der staatlichen Gerichtsbarkeit, wonach diese nur eingreift, wenn die Religionsgemeinschaften selbst keinen ausreichenden Rechtsschutz bieten, und die Angebotslehre, wonach staatliche Gerichtsbarkeit nur zuständig ist, wenn die Religionsgemeinschaften dies vorsehen,⁹¹ sind noch überkommenen Koordinationen ideen verhaftet und verkennen, dass der Staat seine friedensstiftende Funktion nur wahrnehmen kann, wenn er in der Lage ist, die Rechtsordnung gegenüber allen gesellschaftlichen Gewalten durchzusetzen.⁹² Die Angebotslehre kann auch nicht mit § 135 BRRG begründet werden, wonach die öffentlich-rechtlich verfassten Religionsgemeinschaften die Vorschriften des BRRG über den Rechtsweg für anwendbar erklären können.⁹³ Angesichts der sich aus Verfassungsrecht ergebenden allgemeinen Justizgewährungspflicht kann es bei dieser Norm nur darum gehen, für dienstrechtliche Streitigkeiten den Verwaltungsrechtsweg auch insoweit festzulegen, als sonst die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig wäre.⁹⁴

44

Die Reichweite staatlicher Justiz ist vielmehr im Wechselspiel von Selbstbestimmungsrecht und der Schranke des für alle geltenden Gesetzes zu bestimmen. Im Pfad der Bereichslehre wurden darum im Hinblick auf die öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse Status- und vermögensrechtliche Klagen bzw. Amts- und Dienstverhältnis unterschieden, wobei für die Status- und Amtsfragen nur die Religionsgemeinschaften, für Vermögens- und Dienstrechtsfragen auch staatliche Gerichte zuständig sein sollten,⁹⁵ ebenso wenn fundamentale Grundsätze wie das Willkürverbot verletzt werden.⁹⁶ Beide Ansätze stoßen jedoch auf das Problem, dass die notwendige Unter-

45

⁹¹ OVG Bremen, B. v. 4. 5. 1988 – 2 BA 43/86, KirchE 26, 98; OVG Lüneburg, U. v. 12. 12. 1990 – 2 OVG A 73/88, KirchE 28, 428.

⁹² Ehlers, Rechtsschutz (o. Fn. 84), S. 276 ff.

⁹³ So aber z. B. VGH Baden-Württemberg, U. v. 15. 3. 2011 – 4 S 684/10, KirchE 57, 203 (210 f.).

⁹⁴ Ehlers, Rechtsschutz (o. Fn. 84), S. 288.

⁹⁵ BVerwG, U. v. 28. 4. 1994 – 2 C 23.92, KirchE 32, 148 (Ausschluss der „verkappten Statusklage“, bei der Statusfragen in vermögensrechtlichen Verfahren inzident entschieden werden); OVG Rheinland-Pfalz, U. v. 5. 7. 1996 – 2 A 12622/95, KirchE 34, 237; so wohl auch BVerfG, B. v. 9. 12. 2008 – 2 BvR 717/08, BVerfGK 14, 485 = KirchE 52, 337 kritisch dazu Michael Germann, Die Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde gegen die Kirche: kein Grund zum Nachdenken über die Justizgewährung in kirchlichen Angelegenheiten, in: ZevKR 54 (2009), S. 108–114; HessVG, B. v. 6. 11. 2002 – 10 ZU 2439/00, KirchE 41, 155, anders noch VG Wiesbaden, U. v. 25. 5. 2000 – 8 E 1272/98 (V), KirchE 38, 267; Pirson, Dienstrecht (o. Fn. 3), S. 873 f.

⁹⁶ OVG Rheinland-Pfalz, U. v. 1. 6. 2001 – 2 A 12125/00, KirchE 39, 159.

scheidung kaum sinnvoll zu treffen ist, da Status- und Amtsfragen oft unmittelbare dienst- und vermögensrechtliche Konsequenzen haben oder den Bediensteten in anderer Weise in seinen Rechten betreffen können.⁹⁷

46 Der angemessene Ausgleich zwischen staatlicher Justizgewähr und religionsgemeinschaftlicher Selbstbestimmung kann, entsprechend heute verbreiteter Auffassung, nur durch Abwägung im konkreten Einzelfall gewährleistet werden.⁹⁸ Der Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten muss darum immer offenstehen, wenn „im Einzelfall eine Verletzung geschützter Rechtspositionen des staatlichen Rechts“ geltend gemacht werden kann, wenn also die persönliche und soziale Existenz des Beschäftigten betroffen ist.⁹⁹ Normen des Kirchenrechts werden im staatlichen Recht wirksam, soweit sie bürgerliche Wirkung entfalten und die verfassungsrechtlichen Grenzen kirchlicher Selbstbestimmung einhalten.¹⁰⁰ Dazu zählen auch die Normen, mit denen die Religionsgemeinschaften öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse ausgestalten und so wechselseitige Bindungen mit ihren Bediensteten eingegangen sind.¹⁰¹

47 In der Begründetheitsprüfung ist dem religionsgemeinschaftlichen Selbstverständnis gebührend Rechnung zu tragen, wie es in den Normen und Entscheidungen der Religionsgemeinschaft Ausdruck gefunden hat.¹⁰² Vorrangiger Prüfungsmaßstab sind das allgemeine Willkürverbot und an Sozialstaats-, Fürsorge- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte anknüpfende Mindestanforderungen sozialer Sicherung.¹⁰³ Dabei kann auch eine Differenzierung nach Amts- und Dienstverhältnis relevant sein, ist doch anzunehmen, dass die Amtsstellung von größerer Bedeutung für das religionsgemeinschaftliche

⁹⁷ Ehlers, Rechtsschutz (o. Fn. 84), S. 280 m. w. N.; Kästner, Justizhoheit (o. Fn. 11), S. 262.

⁹⁸ Christoph Goos, Rechtsschutz in Kirchensachen – eine unendliche Geschichte?, in: ZBR 2004, S. 159–169; Stefan Magen, Der Rechtsschutz in Kirchensachen nach dem materiellrechtlichen Ansatz, in: NVwZ 2002, S. 897–903.

⁹⁹ So jetzt auch BVerwG, U. v. 27.2.2014 – 2 C 19.12, BVerwGE 149, 139, dazu Johannes Kuntze, Mehr als Tendenzen beim Rechtsschutz in Kirchensachen, in: ZevKR 60 (2015), S. 195–200; Ehlers, Rechtsschutz (o. Fn. 84), S. 287; Kästner, Justizhoheit (o. Fn. 11), S. 262 f.

¹⁰⁰ Ausführlich Christian Traulsen, Rechtsstaatlichkeit und Kirchenordnung, 2013.

¹⁰¹ Ehlers, Rechtsschutz (o. Fn. 84), S. 292; Germann, Nichtannahme (o. Fn. 95), S. 219.

¹⁰² Germann, ebd., S. 219 f.; Hübner, Pfarrer (o. Fn. 2), S. 42.

¹⁰³ OVG Nordrhein-Westfalen, B. v. 8. 11. 2002 – 5 A 751/01, KirchE 41, 164.

Selbstverständnis ist als die dienstrechtlichen Folgeentscheidungen.¹⁰⁴

III. Dienstrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften

Die Religionsgemeinschaften, die den Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts und damit Dienstherrnfähigkeit innehaben, machen auf unterschiedliche Weise von der damit verbundenen Möglichkeit Gebrauch, öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse zu begründen. Aus Gründen des Herkommens, ihrer Mitgliederstärke und ihres Organisationsgrades spielen hierbei die römisch-katholische und die evangelische Kirche eine gewichtige Rolle. Aber auch bei anderen Religionsgemeinschaften lassen sich besondere Gestaltungsformen beobachten.

48

1. Geschichte

Was heute als öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis im Staat und bei Religionsgemeinschaften in Erscheinung tritt, hat Wurzeln in der Antike und ist durch das mittelalterlich kanonische Recht bewahrt und transformiert worden.¹⁰⁵ Am Anfang der modernen Verwaltungsgeschichte steht der Kleriker des mittelalterlichen kanonischen Rechts. Funktionsbezug, Leistungsprinzip, Ausbildungserfordernis, Disziplinarrecht und Alimentationsprinzip finden sich dort bereits vorgebildet.¹⁰⁶

49

Die Etablierung des Landesherrlichen Kirchenregiments im Zuge der Reformation begründete die Verantwortung der Obrigkeit für das Kirchenwesen in ihrem Territorium. Damit wurden auch die Amtsträger der evangelischen Kirche in die landesherrliche Ordnung einbezogen. Mit den Konsistorien entstand ein neuer Behörden- und damit verbunden ein neuer, von lehns- und ständestaatlichen Formen abgelöster Beamtentyp, der sich mit der Herausbildung des moder-

50

¹⁰⁴ Kästner, Justizhoheit (o. Fn. 11), S. 136.

¹⁰⁵ Vgl. Harold J. Berman, Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition, 1991, S. 327 ff.; Richard H. Helmholz, Kanonisches Recht und europäische Rechtskultur, 3. Aufl. 2017, S. 37 ff.; Christoph Link, Kirchliche Rechtsgeschichte, 2009, § 4, Rn. 1 f., § 6.

¹⁰⁶ Hans Hattenhauer, Geschichte des Beamtentums, 1980, S. 11 ff.

nen Staates allgemein etablierte.¹⁰⁷ Im preußischen Allgemeinen Landrecht wurden die Mitglieder der Konsistorien und die Superintendenten als unmittelbare Staatsbeamte, die vom Landesherrn berufen wurden, die Geistlichen und sog. niederen Kirchendiener als mittelbare Staatsbeamte erfasst.¹⁰⁸ Dies stand im Einklang damit, dass die Funktion der Kirche darin gesehen wurde, Menschen zu loyalen Untertanen zu formen.¹⁰⁹ Im Zuge der zunehmenden Verselbstständigung der Kirche während des 19. Jahrhunderts wurden auch die Amtsträger aus dem staatlichen Ämterwesen herausgelöst und auf eigenständige kirchliche Rechtsgrundlagen gestellt. Lediglich bei den Mitgliedern der kirchenregimentlichen Zentralbehörden blieb der Status als Kirchen- oder Staatsbeamter umstritten.¹¹⁰

51 Die endgültige Trennung von Staat und Kirche und der Wegfall des Landesherrlichen Kirchenregiments führten dazu, dass die evangelischen Landeskirchen ihr Ämterwesen selbständig ordnen und alle kirchenregimentlichen Beamte in kirchliche Dienstverhältnisse überführt werden mussten. Die Kirchen erließen erste grundlegende Ordnungen und verwiesen im Übrigen auf die entsprechenden staatlichen Bestimmungen.¹¹¹ Während der nationalsozialistischen Herrschaft kam es zu zwei gegenläufigen Kodifikationen. Während die Deutsche Evangelische Kirche durch die Kirchenbeamtenordnung und die Disziplinarordnung vom 13. 4. 1939 auf die Vereinheitlichung mit dem staatlichen Recht gerichtet war, stellte das Pfarrergesetz der Ev.-luth. Kirche in Bayern vom 27. 4. 1939 eine bewusst eigenständige, aus dem Bekenntnis begründete Ordnung des geistlichen Amtes dar.¹¹²

52 Nach dem Zweiten Weltkrieg kam es in der evangelischen Kirche zu umfassenden Kodifikationen des Amts- und Dienstrechts. Diese ergingen als Vollgesetze, die nur noch eingeschränkt auf staatliches Recht verweisen. Damit sollte der Vermehrung der haupt- und nebenamtlichen Mitarbeiter Rechnung getragen, der durch lückenhafte

¹⁰⁷ Frank, Grundsätze (o. Fn. 12), S. 9; ders., Geschichte (o. Fn. 22), S. 265; Link, Rechtsgeschichte (o. Fn. 105), § 13, Rn. 4.

¹⁰⁸ Frank, Grundsätze (o. Fn. 12), S. 9 f.; ders., Geschichte (o. Fn. 22), S. 266; Pirson, Dienstrecht (o. Fn. 3), S. 846; Sydow, Beamtenverhältnisse (o. Fn. 2), S. 230.

¹⁰⁹ Hattenhauer, Geschichte (o. Fn. 106), S. 115 ff.

¹¹⁰ Frank, Grundsätze (o. Fn. 12), S. 10; ders., Geschichte (o. Fn. 22), S. 267 ff.

¹¹¹ Frank, Grundsätze (o. Fn. 12), S. 11 f.; ders., Geschichte (o. Fn. 22), S. 270 ff.

¹¹² Frank, Grundsätze (o. Fn. 12), S. 13.

Regelungen bestehenden Rechtsunsicherheit gewährt und dem erneuerten Verständnis des Rechts in der Kirche Ausdruck verliehen werden.¹¹³

In der römisch-katholischen Kirche kam es erst spät und nur in sehr beschränktem Umfang zur Etablierung von Kirchenbeamtenverhältnissen.¹¹⁴ Das Landesherrliche Kirchenregiment konnte hier keine der evangelischen Kirche vergleichbare Wirkung entfalten. Und Leitungsbefugnisse waren nach kanonischem Recht von je her Klerikern vorbehalten, für die bereits Regelungen bestanden. Außerdem stehen auf Lebenszeit angelegte Dienstverhältnisse in einem Widerspruch zum herkömmlichen Prinzip, dass die Mitarbeiter in den Ordinariaten und Generalvikariaten lediglich Hilfspersonen des Bischofs und von seinem fortbestehenden Einvernehmen abhängig sind.¹¹⁵ Eine erste Normierung stellt das Beamtenstatut des Erzbistums Freiburg vom 23.1.1902 dar.¹¹⁶ Etliche Bistümer haben sich noch lange Zeit damit begnügt, bei der Ernennung von Kirchenbeamten auf die Anwendung staatlichen Rechts zu verweisen. Erst allmählich ist es zu eigenen Beamtenstatuten gekommen.¹¹⁷

53

2. Evangelische Kirche

Das Dienstrecht der evangelischen Landeskirchen ist wegen seiner Herkunft, aber auch aus sachlichen Gründen dem staatlichen nachgebildet. Dabei werden Pfarrer und Kirchenbeamte unterschieden und ihre Dienstverhältnisse in jeweils eigenen Gesetzen geregelt. Besoldung und Versorgung sind hingegen wieder einheitlich geregelt.

54

Für die *Kirchenbeamten* ist durch das Kirchenbeamtengesetz der Evangelischen Kirche in Deutschland vom 10.11.2005 (KBG EKD) eine einheitliche Regelung für alle Landeskirchen und ihre Zusammenschlüsse geschaffen worden.¹¹⁸ Es ist ein eigenständiges Vollge-

55

¹¹³ Frank, ebd., S. 13 f.; ders., Geschichte (o. Fn. 22), S. 276 ff.

¹¹⁴ Pirson, Dienstrecht (o. Fn. 3), S. 853.

¹¹⁵ Jurina, Dienst- und Arbeitsrecht (o. Fn. 18), S. 69; Stefan Muckel/Heinrich de Wall, Kirchenrecht, 5. Aufl. 2017, § 17, Rn. 38.

¹¹⁶ Sydow, Beamtenverhältnisse (o. Fn. 2), S. 231; dazu Karl Meister, Das Beamtenrecht der Erzdiözese Freiburg, 1904.

¹¹⁷ Jurina, Dienst- und Arbeitsrecht (o. Fn. 18), S. 70 ff.; Sydow, Beamtenverhältnisse (o. Fn. 2), S. 236 f.

¹¹⁸ Markus Kapischke, Neuregelung des Kirchenbeamtenrechts in den evangelischen Kirchen, in: ZBR 2007, S. 235–242.

setz, das sich aber weitgehend am staatlichen Beamtenrecht orientiert. Bestehen formell kaum Unterschiede, ergibt sich gleichwohl eine andere materielle Ausrichtung, indem Kirchenbeamte nicht auf die freiheitlich-demokratische Grundordnung (wie in §§ 60, 61 BBG), sondern auf den kirchlichen Auftrag in der Bindung an Schrift und Bekenntnis verpflichtet werden (§ 18 KBG EKD). Amts- und Lebensführungspflichten der Kirchenbeamten sind auf die Glaubwürdigkeit der kirchlichen Verkündigung ausgerichtet.

56 Eine Besonderheit stellt die Versetzung in den Wartestand dar, die erfolgen kann, wenn Dienststellen wesentlich verändert werden und der Beamte nicht mehr eingesetzt werden kann, oder wenn eine nachhaltige Störung des Dienstes festzustellen ist (§ 60 KBG EKD). Im Wartestand verlieren Kirchenbeamte ihre Planstelle und erhalten nur noch reduzierte Bezüge. Sie können für dienstliche Aufgaben herangezogen und wieder zum Dienst berufen werden. Nach drei Jahren im Wartestand kann eine Versetzung in den Ruhestand erfolgen.

57 Die kirchentypische Berufsgruppe schlechthin stellen die *Pfarrer* dar.¹¹⁹ Sie sind in Gemeindepfarrstellen, in besonderen Funktionspfarrstellen oder in Leitungsfunktionen tätig. Das Pfarrerdienstrecht weist mit dem Kirchenbeamtenrecht weitgehende Übereinstimmungen auf, ist aber darüber hinaus durch besondere Anforderungen geprägt. Durch das Pfarrdienstgesetz der Evangelischen Kirche in Deutschland vom 10.11.2010 hat es eine einheitliche Regelung erfahren.¹²⁰

58 Die Begründung eines Pfarrdienstverhältnisses ist mit der Ordination verbunden, die regelmäßig nur im Zusammenhang mit der Begründung eines Dienstverhältnisses erfolgen soll. Durch die Ordination werden Auftrag und Recht zur öffentlichen Wortverkündigung und Sakramentsverwaltung auf Lebenszeit übertragen (§ 3 Abs. 1 PfdG EKD). Ordiniert werden kann, wer sich im Glauben an das Evangelium gebunden weiß, am Leben der Gemeinde teilnimmt und nach Persönlichkeit, Befähigung und Ausbildung für das Predigtamt geeignet ist.

¹¹⁹ Zu besonderen Dienstverhältnissen siehe *Jörg Ennuschat*, → § 54; *Markus Heintzen*, → § 55 *Arno Schilberg*, → § 56.

¹²⁰ *Jan Hermelink*, Das Pfarrdienstgesetz der EKD – in praktisch-theologischer Perspektive, in: *ZevKR* 57 (2012), S. 263–285; *Sigrid Unkel*, Der Weg zum gemeinsamen Pfarrdienstgesetz (PfdG.EKD) vom 10.11.2010, in: *KJ* 2011/1, S. 22–37; *Heinrich de Wall*, Das Pfarrdienstgesetz der EKD, in: *ZevKR* 57 (2012), S. 390–409.

Pfarrer werden, zumal wenn sie im Gemeindedienst tätig sind, öffentlich besonders wahrgenommen. Darum ist ihre Lebensführung für die Glaubwürdigkeit der kirchlichen Verkündigung von entscheidender Bedeutung und sind besondere Lebensführungspflichten positiviert worden. So besteht beispielsweise für Gemeindepfarrer Residenzpflicht (§ 38 PfdG EKD). Besonders heikel erscheinen die Pflichten im Zusammenhang mit Ehe und Familie (§ 39 PfdG EKD), zumal keine Handhabe gegenüber den anderen Familienangehörigen besteht, die kirchlichen Erwartungen durchzusetzen. Die Ehepartner von Pfarrern sollen evangelisch sein oder zumindest einer christlichen Kirche angehören. Änderungen in den Familienverhältnissen sind mitzuteilen, um die Auswirkungen auf den Dienst beurteilen zu können.

59

Von den möglichen Veränderungen des Dienstverhältnisses sind insbesondere die Befristung der Übertragung von Stellen mit anschließender Versetzung (§ 79 Abs. 2 Nr. 1 PfdG EKD) und die Versetzung in den Wartestand wegen einer nachhaltigen Störung in der Wahrnehmung des Dienstes (§ 79 Abs. 2 Nr. 5, § 83 Abs. 2 PfdG EKD) zu nennen.

60

Verletzungen von Amtspflichten werden für alle, die in öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen stehen, durch das kirchliche *Disziplinarrecht* geahndet. Hierzu hat die Evangelische Kirche in Deutschland das Disziplinargesetz vom 28.10.2009 (DG EKD) erlassen; weitere landeskirchliche Regelungen treten hinzu.¹²¹ Zweck des Disziplinarrechts ist, das Ansehen der Kirche, die Funktionsfähigkeit ihres Dienstes und eine auftragsgemäße Amtsführung zu sichern (§ 1 DG EKD). Im Disziplinarverfahren wird der Sachverhalt aufgeklärt und eine Sanktion festgesetzt, die von einem Verweis über Geldbuße und Kürzung der Bezüge bis zur Entfernung aus dem Dienst reichen kann (§§ 9 ff. DG EKD).

61

Eine Besonderheit gegenüber dem Staat stellen die *Lehrverfahren* dar, die auf ein spezifisches Problem kirchlicher Ordnung reagieren.¹²² Für den säkularen Staat treten sie als religionsspezifische Sonderform des Disziplinarrechts in Erscheinung. Der Dienst von Pfarrern, aber auch anderen kirchlichen Amtsträgern kann dadurch

62

¹²¹ Zur früheren Rechtslage *Wolfgang Strietzel*, Das Disziplinarrecht der deutschen evangelischen Landeskirchen und ihrer Zusammenschlüsse, 1988.

¹²² *Wilfried Härle*, Lehre und Lehrbeanstandung, in: ZevKR 30 (1985), S. 283–317; *Wolfgang Huber*, Lehrbeanstandung in der Kirche der Lehrfreiheit, in: Recht der Kirche (o. Fn. 14), S. 118–137; *Gerhard Robbers*, Lehrfreiheit und Lehrbeanstandung, ebd., S. 138–152.

beeinträchtigt werden, dass ihre Äußerungen in einen Widerspruch zu Schrift und Bekenntnis geraten. Für diese Fälle ist ein besonderes Verfahren vorgesehen, weil das Disziplinarrecht für die Behandlung von Lehrdifferenzen nicht geeignet ist. Es geht nicht um den Vorwurf einer Pflichtverletzung, sondern um die Feststellung, ob ein Pfarrer nach seinen Überzeugungen weiterhin in der Lage ist, seinen Verkündigungsdienst im Einklang mit den theologisch normativen Grundlagen der Kirche zu leisten. Wird festgestellt, dass dies nicht der Fall ist, ist der Betroffene für die Wahrnehmung seines Amtes nicht mehr geeignet. Er verliert alle Rechte aus der Ordination und seinem kirchlichen Amt. Er erhält eine Unterhaltsbeihilfe in Höhe der erworbenen Versorgungsbezüge.

- 63** Für die *Besoldung und Versorgung* der Pfarrer und Kirchenbeamten ist mit dem Besoldungs- und Versorgungsgesetz der Evangelischen Kirche in Deutschland vom 12.11.2014 eine einheitliche Grundlage geschaffen worden. Das Gesetz statuiert die Anwendung des staatlichen Besoldungs- und Versorgungsrechts des Bundes, soweit nichts Abweichendes bestimmt ist. Es regelt weiterhin, in welcher Hinsicht Abweichungen möglich sind. Mit dem Gesetz ist eine möglichst weitgehende Gleichstellung von kirchlichem und staatlichem öffentlichen Dienst angestrebt. So wird einerseits dem Staat die Anknüpfung an kirchliche Dienstverhältnisse erleichtert, andererseits ist ein Wechsel des Dienstherrn für die Bediensteten mit möglichst geringen Beeinträchtigungen möglich.

3. Römisch-katholische Kirche

- 64** Der Struktur der römisch-katholischen Kirche entsprechend lassen sich zwei Regelungsebenen unterscheiden. Während das Amtsrecht universalkirchlich bestimmt ist, sind wesentliche Einzelheiten namentlich der Alimentation vor allem partikularkirchlich ausgeprägt.¹²³ In cc. 145 ff. CIC finden sich zunächst allgemeine Bestimmungen über Kirchenämter, namentlich über die Verfahren der Übertragung und des Verlustes.¹²⁴ Nach c. 145 § 1 CIC ist jedweder Dienst, der durch göttliche oder kirchliche Anordnung auf Dauer eingerichtet ist und der Wahrnehmung eines geistlichen Zwecks dient, Kir-

¹²³ Ling, Kirchenamt (o. Fn. 25), S. 239; Pirson, Dienstrecht (o. Fn. 3), S. 851.

¹²⁴ Ling, Kirchenamt (o. Fn. 25), S. 241 ff.

chenamt. Der Codex regelt in cc. 232 ff. CIC vor allem das Recht der *Kleriker* (Diakone, Priester und Bischöfe).

Die Aufnahme in den Klerikerstand erfolgt auf Bitte des Bewerbers durch Empfang der Diakonenweihe unter gleichzeitiger Inkardination. Jeder Kleriker muss nach c. 265 CIC einer Teilkirche oder einem anderen geistlichen Heimatverband angehören.¹²⁵ Damit werden Rechte und Pflichten begründet (cc. 273 ff. CIC).¹²⁶ So sind Kleriker verpflichtet, dem Papst und ihrem Ordinarius Ehrfurcht und Gehorsam zu erweisen, zugewiesene Aufgaben zu übernehmen, ein geistliches Leben zu führen und die Gemeinschaft der Kleriker zu pflegen. Auf der anderen Seite haben sie Anspruch auf Verwendung im geistlichen Dienst, angemessene Vergütung und Vorsorge für Krankheit, Arbeitsunfähigkeit und Alter (c. 281 CIC). Dabei sind Vergütung und Vorsorge von den zeitlichen und örtlichen Gegebenheiten abhängig und werden darum partikularrechtlich ausgeformt.¹²⁷ In den deutschen Diözesen sind dazu Besoldungsordnungen ergangen, die sich, wie auch die Altersvorsorge, am staatlichen System der Beamtenbesoldung orientieren.¹²⁸

Gelegentlich ist die Frage aufgeworfen worden, ob es sich bei den römisch-katholischen Geistlichen nicht um ein Dienstverhältnis eigener Art handelt.¹²⁹ Doch bleibt festzuhalten, dass die wesentlichen Elemente eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses nach Art. 137 Abs. 5 WRV, nämlich einseitige Gestaltung, lebenslängliches Dienst- und Treueverhältnis, Alimentation etc., auch hier erfüllt sind.¹³⁰ Dass sich mit der Bestimmung als öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis der Status eines Klerikers nicht erschöpft, ist unschädlich, handelt es sich doch um eine Einordnung nach staatlichem Recht, die gerade dazu dient, in einer säkular beschriebenen Form auch genuin sakrale Gehalte zur Geltung zu bringen.

Die Rechtsstellung von *Laien*, die sich beruflich dem Dienst der Kirche widmen, hat, da das Universalkirchenrecht vor allem die Rechtsverhältnisse von Klerikern regelt, nur rudimentäre Berück-

¹²⁵ *Herbert Kalb*, Kirchliches Dienst- und Arbeitsrecht in Deutschland und Österreich (§ 20), in: HKKR³, S. 324 (326); *Hugo Schwendenwein*, Die Zugehörigkeit zu einem geistlichen Heimatverband, ebd., § 21, S. 342–354.

¹²⁶ *Jurina*, Dienst- und Arbeitsrecht (o. Fn. 18), S. 60; *Hugo Schwendenwein*, Die Rechte und Pflichten der Kleriker (§ 22), in: HKKR³, S. 355–371.

¹²⁷ *Schwendenwein*, ebd., S. 356 f.

¹²⁸ *Jurina*, Dienst- und Arbeitsrecht (o. Fn. 18), S. 64.

¹²⁹ *Jurina*, ebd., S. 65; *Ling*, Kirchenamt (o. Fn. 25), S. 244.

¹³⁰ *Ehlers*, Rechtsschutz (o. Fn. 84), S. 272 ff.

sichtigung gefunden.¹³¹ Zu nennen ist vor allem c. 231 CIC, der den Laien das Recht auf angemessene Vergütung sichert.¹³² Für die Berufung von Laien in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis bedarf es einer Regelung durch den Ortsbischof. Hierzu lassen sich drei Regelungsmodelle ausmachen. Zum einen finden sich Vollregelungen, die wenigstens die Statusfragen abschließend regeln. Zum anderen gibt es Kirchenbeamtengesetze, die sich auf Kernbestimmungen beschränken und im Übrigen auf staatliches Recht, regelmäßig das Recht des Bundeslandes, in dem sich das Bistum befindet, verweisen. Schließlich gab es Bistümer, die auf eine eigene Regelung verzichtet und in der Ernennungsurkunde auf die Anwendung des Landesbeamtenrechts verwiesen haben.¹³³ Die letztgenannte Variante ist problematisch, weil so weder erkennbar wird, dass kirchliches Amtsrecht vom staatlichen unabhängig ist, noch die spezifischen Anforderungen des kirchlichen Dienstes deutlich werden und damit auch die Rechtssicherheit der Beamten beeinträchtigt wird. Darum ist diese Praxis auch weitgehend überholt.¹³⁴ Materiell ergibt sich eine gewisse Konsonanz zwischen den verfassungsrechtlichen Anforderungen und der katholischen Soziallehre, die ihrerseits gebietet, dauerhaft verpflichteten Beschäftigten eine ausreichende Absicherung zu gewährleisten. Soweit sich die Beamtenstatute der Bistümer auf das Landesrecht stützen, rezipieren sie damit auch die Grundsätze des Berufsbeamtentums, soweit sie dort Niederschlag gefunden haben.¹³⁵

- 68 Eine Ersatzlösung stellt die beamtenähnliche Ausgestaltung von Angestelltenverhältnissen dar. Durch unbefristete Beschäftigung und Angleichung bei Bezügen, Krankenversicherung und Altersvorsorge sollen attraktive Beschäftigungsverhältnisse und eine weitgehende Gleichstellung mit Beamten ermöglicht werden, ohne die privatrechtliche Form zu verlassen.¹³⁶ Wegen der Vielgestaltigkeit möglicher Einzelregelungen leiden allerdings Transparenz, Vergleichbarkeit und Rechtssicherheit. Auch können sich Schwierigkeiten beim Wechsel in ein normales Angestellten- oder ein Beamtenverhältnis ergeben. Da Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV den Kirchen einen weiten

¹³¹ *Kalb*, Dienst- und Arbeitsrecht (o. Fn. 125), S. 326.

¹³² *Ling*, Kirchenamt (o. Fn. 25), S. 245 f.

¹³³ *Jurina*, Dienst- und Arbeitsrecht (o. Fn. 18), S. 70; *Sydow*, Beamtenverhältnisse (o. Fn. 2), S. 236; die letztgenannte Variante ist wohl nur noch im Bistum Fulda gegeben, *Sydow*, ebd., S. 236, Fn. 37.

¹³⁴ *Sydow*, ebd., S. 236 f.; vgl. *Jurina*, Dienst- und Arbeitsrecht (o. Fn. 18), S. 73.

¹³⁵ *Ling*, Kirchenamt (o. Fn. 25), S. 247.

¹³⁶ *Ling*, ebd., S. 246; *Sydow*, Beamtenverhältnisse (o. Fn. 2), S. 239 f.

Gestaltungsspielraum eröffnet, fragt sich, ob dieser nicht besser genutzt und echte Beamtenverhältnisse begründet werden sollten.¹³⁷

4. Andere Religionsgemeinschaften

Für andere Religionsgemeinschaften haben öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse keine vergleichbare Bedeutung. Dies kann zum einen an deren Selbstverständnis liegen, das der Übernahme einer vom Staat vorgeprägten Form entgegensteht. Es kann aber auch daran liegen, dass für die oft geringe Zahl von Bediensteten der Aufwand, der mit der Einrichtung und Unterhaltung öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse einschließlich der Versorgungssysteme verbunden ist, außer Verhältnis steht.¹³⁸

Dienstverhältnisse, die als öffentlich-rechtlich zu klassifizieren sind, finden sich beispielsweise bei dem Katholischen Bistum der Altkatholiken in Deutschland, das gewisse Parallelen zum Amtsrecht der römisch-katholischen Kirche aufweist,¹³⁹ bei der Evangelisch-methodistischen Kirche, die sich am staatlichen Vorbild orientiert,¹⁴⁰ und bei der Selbständigen Evangelisch-Lutherischen Kirche¹⁴¹. Andere Religionsgemeinschaften wählen privatrechtliche Beschäftigungsverhältnisse, die eventuell durch Elemente des öffentlich-rechtlichen Typus angereichert werden, wie dies beispielsweise beim Bund Evangelisch-Freikirchlicher Gemeinden in Deutschland (Baptisten) der Fall ist.¹⁴² Schließlich ist es auch möglich, dass Ämter einer Reli-

¹³⁷ *Sydow*, ebd., S. 240; ähnlich schon *Jurina*, Dienst- und Arbeitsrecht (o. Fn. 18), S. 84.

¹³⁸ *Gottfried Held*, Die kleinen öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften im Staatskirchenrecht der Bundesrepublik, 1974, S. 56 f.

¹³⁹ Vgl. §§ 67 ff. Synodal- und Gemeindeordnung; Dienst-, Entgelt- und Versorgungsordnung; Disziplinarrecht der Geistlichen und Synodalgerichtsordnung; Texte in: *Katholisches Bistum der Alt-Katholiken in Deutschland*, Kirchliche Ordnungen und Satzungen, 2015; *Volker Ochsenfahrt*, Die staatskirchenrechtliche Stellung des Katholischen Bistums der Alt-Katholiken in Deutschland, 2007, S. 123 ff.

¹⁴⁰ Vgl. Gehaltsordnung für Pastoren/Pastorinnen der Evangelisch-methodistischen Kirche in Deutschland; Versorgungsordnung der Evangelisch-methodistischen Kirche; Texte in: *Evangelisch-methodistische Kirche*, Verfassung, Lehre und Ordnung der Evangelisch-methodistischen Kirche, 2014.

¹⁴¹ Vgl. Pfarrerdienstordnung der Selbständigen Evangelisch-Lutherischen Kirche (SELK) in der Fassung vom 18. 6. 2011.

gionsgemeinschaft ehrenamtlich ausgeübt werden, was sich zumal bei kleineren Gemeinschaften nahelegt.¹⁴³

- 71 Dass etliche Religionsgemeinschaften, die den Körperschaftsstatus nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV innehaben, keinen Gebrauch von der ihnen damit verliehenen Dienstherrnfähigkeit machen, bietet jedoch keinen Anlass, dieses Recht für diejenigen, die öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse unterhalten, einzuschränken. Der Körperschaftsstatus dient dazu, dass sich die Religionsgemeinschaften ihrem jeweiligen Selbstverständnis gemäß organisieren können. Das schließt notwendigerweise eine unterschiedliche Handhabung und Ausgestaltung der damit verbundenen Rechte ein und ist Ausdruck der Freiheitlichkeit der religionsrechtlichen Ordnung.

¹⁴² *Holger Bauknecht*, Das Recht der Baptisten in Deutschland, 2006, S. 92 f.; *Andreas Weiss*, Kirchenrecht der Evangelischen Landeskirche in Württemberg und ausgewählter evangelischer Freikirchen, 2012, S. 362 f.

¹⁴³ Vgl. z.B. Art. 8 Nr. 5 Verfassung der Neuapostolischen Kirche Niedersachsen, <<https://www.nak-nordost.de/kirche/leitung>>.

§ 59

Das kollektive kirchliche Dienst- und Arbeitsrecht

Von Gregor Thüsing

I. Staatskirchenrechtliche Grundlagen	1–6
1. Arbeitsrechtliche Regelungsautonomie als Teil des verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts	1–5
2. Notwendigkeit kircheneigener Regelungen für die kollektive Gestaltung der Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen	6
II. Das Modell des „Dritten Weges“ – Arbeitsrechtsregelungsverfahren und Tarifvertragssystem der Kirchen	7–49
1. Ursprung und Grundlagen des „Dritten Weges“	7–12
2. Das Tarifvertragssystem mit arbeitskampfrechtlicher Konfliktlösung	13–20
a) Freiheit zum Abschluss von Tarifverträgen	13–15
b) Unvereinbarkeit des Arbeitskampfes mit dem religiös geprägten Auftrag des kirchlichen Dienstes	16–20
3. Kirchengesetzliche Festlegung für das Modell des „Dritten Weges“	21–35
a) Die KODA-Regelung der katholischen Kirche	21–27
b) Die Arbeitsrechtliche Kommission innerhalb der evangelischen Kirche	28–35
4. Gleichwertigkeit des kirchlichen Arbeitsrechtsregelungs- verfahrens mit dem Tarifvertragssystem	36–49
a) Rechtliche Einordnung kirchlicher Arbeitsvertragsordnungen	36–37
b) Keine Inhaltskontrolle	38–42
c) Keine normative Wirkung	43–45
d) Bezugnahme auf kirchliche Regelungen	46

e) Regelungen des Dritten Weges bei Betriebsübergang	47–49
III. Mitarbeitervertretungsrecht der Kirchen	50–71
1. Kircheneigene Regelung der Betriebsverfassung	50–54
2. Das Mitarbeitervertretungsrecht der katholischen Kirche	55–62
a) Rechtsquellen	55–58
b) Geltungsbereich der Mitarbeitervertretungsordnung	59–60
c) Organisation der Mitarbeitervertretung	61
d) System der Beteiligung	62
3. Das Mitarbeitervertretungsrecht in der evangelischen Kirche	63–71
a) Rechtsquellen	63–64
b) Geltungsbereich des Mitarbeitervertretungsgesetzes	65–66
c) Organisation der Mitarbeitervertretung	67–68
d) System der Beteiligung	69–71
IV. Gerichtsschutz bei Rechtsstreitigkeiten aus dem kollektiven Arbeitsrecht	72–80
1. Rechtsweg zu den staatlichen Arbeitsgerichten	72–73
2. Kircheneigene Rechtskontrolle	74–80
a) Die kirchliche Arbeitsgerichtsordnung der katholischen Kirche	74–76
b) Die Kirchengерichte der Evangelischen Kirche	77–80

I. Staatskirchenrechtliche Grundlagen

1. Arbeitsrechtliche Regelungsautonomie als Teil des verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts

- 1 Das den Kirchen mit Art. 137 WRV i.V.m. Art. 140 GG zugewiesene Selbstbestimmungsrecht wirkt sich auch auf die Beurteilung der kollektivarbeitsrechtlichen Beziehungen zu den durch sie Beschäftigten aus. Zu den eigenen Angelegenheiten der Religionsgesellschaften werden alle Maßnahmen gezählt, die in Verfolgung der vom kirchlichen Grundauftrag bestimmten Aufgaben zu treffen sind, wie Vorgaben struktureller Art, die Personalauswahl und die mit diesen Entscheidungen untrennbar verbundene Vorsorge zur Sicherstellung der „religiösen Dimension“ des Wirkens im Sinne des kirchlichen Selbstverständnisses, was die rechtliche Vorsorge für die Wahrnehmung kirchlicher Dienste durch die Ausgestaltung kirchlicher Dienstver-

hältnisse in Form des Abschlusses privatrechtlicher Arbeitsverträge¹ sowie das Recht, Vertretungsorgane entsprechend dem Charakter der Religionsgemeinschaften für die bei ihr tätigen Arbeitnehmer einzurichten und zu gestalten², miteinschließt.

Ausgangspunkt des kirchlichen Arbeitsrechts ist damit die Wahrung des christlichen Propriums. Dieses hat seinen greifbarsten Ausdruck im Gedanken der kirchlichen Dienstgemeinschaft gefunden. Die Rechtsprechung und auch das ganz herrschende Schrifttum akzeptieren dieses Verständnis kirchlicher Dienstgemeinschaft als Datum, dem das Arbeitsrecht Rechnung zu tragen hat. Das BVerfG stellte klar, dass die Einbeziehung der kirchlichen Arbeitsverhältnisse in das staatliche Arbeitsrecht die verfassungsrechtlich geschützte Eigenart des kirchlichen Dienstes nicht in Frage stellen darf, wobei sich nach den von der verfassten Kirche anerkannten Maßstäben richtet, welche kirchlichen Grundverpflichtungen als Gegenstand des Arbeitsverhältnisses bedeutsam sein können.³ Der Lackmustest, den jede Regelung des kirchlichen Arbeitsrechts zu bestehen hat, ist damit die Antwort auf die Frage, ob es dem Schutz dieser kirchlichen Dienstgemeinschaft dient, ob es hilft, den Geist christlicher Nächstenliebe und Verkündung nicht nur in der Tätigkeit selbst, sondern auch ihrer arbeitsrechtlichen Ordnung wahrnehmbar werden zu lassen.

Die sich derart ergebende kirchliche Arbeitsrechtsregelungsautonomie bildet mithin also das Fundament des kirchlichen Arbeitsrechts. Allerdings dürfen sich die aus ihr resultierenden kirchlichen Vorgaben nicht in Widerspruch zu den Grundprinzipien der Rechtsordnung stellen, wie das allgemeine Willkürverbot, die Wahrung der guten Sitten und den *ordre public*. Diese Begrenzung – der Widerspruch zu Grundprinzipien der Rechtsordnung – findet sich nicht ausdrücklich im Wortlaut der Verfassung, die als Schranke nur die

¹ Vgl. BVerfG v. 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83 u. a., BVerfGE 70, 138; BAG v. 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, BAGE 143, 354, Rn. 95; BAG v. 8.9.2011 – 2 AZR 543/10, BAGE 139, 144, Rn. 22; *Stefan Koriath*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Losebl. 84. Erg.-Lfg. 2018, Zu Art. 140: Art. 137 WRV, Rn. 41 m. w. N.; *ders.*, → § 16, Rn. 25–27.

² BVerfG v. 11.10.1977 – 2 BvR 209/76, BVerfGE 46, 73 (94) = AP Nr. 1 zu Art. 140 GG; BAG v. 6.12.1977 – 1 ABR 28/77, BAGE 29, 405 = AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 10, zu III. 2. der Gründe.

³ BVerfG v. 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83 u. a., BVerfGE 70, 138 (165 ff.); vgl. auch *Reinhard Richardi*, in: Arbeitsrecht-Blattei, Systematische Darstellungen, hg. von Thomas Dieterich u. a., Abschnitt 960.1, Kirchenbedienstete, Rn. 9.

allgemeinen Gesetze benennt, entspricht jedoch dem im Internationalen Privatrecht gewohnten Muster zur Abgrenzung und Akzeptanz anderer Rechtskreise. Das BAG hat diesen Ansatz noch einmal jüngst bestätigt⁴ und ebenso das BVerfG⁵.

- 4 Der staatlich anerkannte Freiraum ist damit nicht Freistellung zur Beliebigkeit: Den Kirchen ist garantiert, dass für die Gestaltung des kirchlichen Dienstes und der arbeitsrechtlichen Ordnung eine Regelungsautonomie besteht, damit sie die besonderen kirchlichen Aspekte in der vom kirchlichen Selbstverständnis gebotenen Form verwirklichen können. Wenn in diesem Zusammenhang vom kirchlichen Arbeitsrecht gesprochen wird, handelt es sich insofern nicht etwa um eine eigenständige von den Kirchen und für die Kirchen geschaffene, vom Staat losgelöste Arbeitsrechtsordnung. Das kirchliche Arbeitsrecht ist im Grundsatz Arbeitsrecht wie für jeden anderen Arbeitgeber auch. Damit also z.B. das Betriebsverfassungsrecht oder das Tarifvertragsrecht ein „für alle geltendes Gesetz“ ist, muss bei der Wertung, in welcher Form betriebliche Mitbestimmung möglich oder ob ein Streik erlaubt ist, der Besonderheit eines Arbeitsverhältnisses zur Kirche Rechnung getragen werden. Was jedoch ein für alle geltendes Gesetz ist, ist im Einzelnen unklar, denn eine allgemein anerkannte Formulierung hat sich noch nicht herausgebildet. Sicher aber ist, dass sich eine Norm, die sich zielgerichtet gerade gegen die Kirchen richtet, oder aber in ihren Auswirkungen die Kirchen aufgrund der Besonderheiten des kirchlichen Dienstes härter trifft als andere Gesetzesunterworfenen, kein für alle (gleichermaßen) geltendes Gesetz ist.⁶ Aus dieser verfassungsmäßig garantierten Selbstbestimmung der Kirchen folgt, dass der Staat trotz der Bindung der Kirchen an das Arbeitsrecht keine „Herrschaft über das bekenntnismäßige Verständnis des kirchlichen Dienstes“ erlangen kann.⁷ Dieser Leitsatz gibt die Perspektive, aus der das kirchliche Arbeitsrecht betrachtet werden muss. Dem folgend würde das Streikrecht und daran anknüpfend das Tarifvertragsrecht die Kirchen ungleich hart treffen, weil das Ideal der Dienstgemeinschaft die gegenseitige Druckausübung zur Veränderung der Arbeitsbedingungen ausschließt und die Kirchen daher nach eigenem Selbstverständnis nicht aussperren können.

⁴ BAG v. 25. 4. 2013 – 2 AZR 579/12, BAGE 145, 90.

⁵ BVerfG v. 22. 10. 2014 – 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273.

⁶ Vgl. ausführlich *Konrad Hesse*, Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen (§ 17), in: HSKR², Bd. I, S. 521 (544 ff.); *Stefan Koriath*, → § 16, Rn. 32–46.

⁷ *Reinhard Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, 8. Aufl. 2020, S. 28.

Eine Reihe von Vorschriften tragen diesem kirchlichen Selbstverwaltungsrecht derart Rechnung, dass die Kirche insoweit nicht zuletzt in § 112 BPersVG, § 1 Abs. 3 Nr. 2 SprAuG⁸, § 1 Abs. 2 S. 2 DrittelbG⁹ sowie § 1 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 MitbestG aus den jeweiligen Geltungsbereichen dieser Gesetze ausgespart werden. In diesem Sinne findet auch das Betriebsverfassungsgesetz gemäß § 118 Abs. 2 BetrVG keine Anwendung auf Religionsgemeinschaften und deren karitative und erzieherische Einrichtungen unbeschadet deren Rechtsform. Folge hiervon sind die Mitarbeitervertretungen und die Unzulässigkeit eines Streiks kirchlicher Arbeitnehmer sowie der sog. „Dritte Weg“.

5

2. Notwendigkeit kircheneigener Regelungen für die kollektive Gestaltung der Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen

Da die Arbeitsverfassung von der Gruppenautonomie geprägt ist, müssen die Kirchen zur Sicherung ihres Selbstbestimmungsrechts eigene Regelungen schaffen. Vorgegeben ist dabei, dass die geschichtliche Entwicklung in Deutschland zur Ausbildung einer Zweigleisigkeit des kollektiven Arbeitsrechts geführt hat: Neben dem Tarifvertragssystem mit der Konfliktlösungsregelung durch den Arbeitskampf steht die gesetzlich geregelte Mitbestimmung in Betrieb und Unternehmen. Die Kirchen bestimmen im Sinne ihres Selbstverständnisses, „ob und in welcher Weise die Arbeitnehmer und ihre Vertretungsorgane in Angelegenheiten des Betriebs, die ihre Interessen berühren, mitwirken und mitbestimmen“¹⁰, da ihnen auch die Gestaltung einer Gruppenbeteiligung ihrer Mitarbeiter garantiert ist. Die verfassten Kirchen haben daher für ihren Bereich als Tarifsurrogat das Recht des „Dritten Weges“ geschaffen und kircheneigene Regelungen der Betriebsverfassung im Mitarbeitervertretungsrecht getroffen.

6

⁸ Sprecherausschussgesetz vom 20.12.1988 (BGBl. I S. 2312).

⁹ Drittelbeteiligungsgesetz v. 18.5.2004 (BGBl. I S. 974).

¹⁰ BVerfG v. 11.10.1977 – 2 BvR 209/76, BVerfGE 46, 73 (94).

II. Das Modell des „Dritten Weges“ – Arbeitsrechtsregelungsverfahren und Tarifvertragssystem der Kirchen

1. Ursprung und Grundlagen des „Dritten Weges“

- 7 Die beiden großen Kirchen stehen dem Tarifvertragssystem und dem Streikrecht nicht grundsätzlich ablehnend gegenüber – dies zeigt nicht zuletzt ein Blick auf § 13 Abs. 1 ARGG-EKD. Auch in den verschiedensten kirchlichen Dokumenten wird auf die Bedeutung dieser beiden Rechtsinstitute hingewiesen, die im Dienste einer gerechteren Entlohnung der Arbeitnehmer stehen:
- 8 „Streik ist sittlich berechtigt, wenn er ein unvermeidliches Mittel zu einem angemessenen Nutzen darstellt“ heißt es im Katechismus der katholischen Kirche (Abschnitt 2435), und in der gleichen Richtung formuliert es Papst *Johannes Paul II.* in seiner Enzyklika anlässlich des 100. Jahrestages von *Rerum Novarum*: „Gesellschaft und Staat müssen für ein angemessenes Lohnniveau sorgen, das dem Arbeiter und seiner Familie den Unterhalt sichert und die Möglichkeit zum Sparen erlaubt. [...] Hier liegt die entscheidende Aufgabe der Gewerkschaften, die Mindestlohn und Arbeitsbedingungen aushandeln“¹¹; „Streik ist sittlich berechtigt, wenn er ein unvermeidliches Mittel zu einem angemessenen Nutzen darstellt“¹².
- 9 Angesichts dieser grundsätzlichen Befürwortung von Tarifvertrag und Streikmöglichkeit mag es den Außenstehenden erstaunen, dass die Kirchen für ihre eigenen Dienstnehmer diese Rechtsinstitute überwiegend ablehnen. Allerdings kommen vereinzelt auch im kirchlichen Dienst Tarifverträge vor, etwa im Falle des Kirchlichen ArbeitnehmerInnen Tarifvertrag (KAT) für den Bereich der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Norddeutschland oder der Tarifvertrag der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz (TV-EKBO). Was auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinen mag, folgt aus dem Wesen der kirchlichen Dienstgemeinschaft: Das Tarifvertragssystem beruht auf dem Antagonismus von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite, und so können die gegenseitig erhobenen

¹¹ *Johannes Paul II.*, Enzyklika *Centesimus Annus*, Abschnitt 15, in: *Verlautbarungen des apostolischen Stuhls* Nr. 101, S. 19–20; vgl. hierzu auch *Dieter Reuter*, *Die katholische Soziallehre und das deutsche Arbeitsrecht*, in: RdA 1995, S. 1 ff.

¹² *Johannes Paul II.*, Enzyklika *Laborem Exercens*, Abschnitt 7, in: *Verlautbarungen des apostolischen Stuhls* Nr. 32, S. 15–17.

Forderungen zur Gestaltung der Arbeitsbedingungen notfalls mit den Druckmitteln des Arbeitskampfrechts durchgesetzt werden: Dem Streik der Arbeitnehmer steht die Aussperrung des Arbeitgebers gegenüber. Einen Arbeitskampf im kirchlichen Bereich kann es demgegenüber nicht geben, denn die kirchliche Dienstgemeinschaft beruht auf dem Gedanken, dass alle durch ihre Arbeit ohne Rücksicht auf die arbeitsrechtliche Stellung gemeinsam dazu beitragen, dass die Einrichtung einen Teil des Sendungsauftrags der Kirche erfüllen kann. Diese Gemeinschaft ist so sehr durch das Miteinander im Dienste Gottes und seines Auftrags an die Kirche geprägt, dass die Gemeinsamkeit des Ziels und der Aufgabe es ausschließen, durch offenen Druck gegeneinander die Änderungen der Arbeitsbedingungen erzwingen zu wollen. Sie gäbe ihren Sendungsauftrag preis, wollte sie ihre Glaubensverkündigung und die Werke der Nächstenliebe unter den Vorbehalt der wechselseitigen Druckausübung zur Wahrung der eigenen Vermögensinteressen stellen.¹³ Die Folge ist seit etwa 40 Jahren der *Dritte Weg*: Der Inhalt der Arbeitsverhältnisse wird nicht wie zuvor durch den Arbeitsvertrag bestimmt, auch nicht durch Tarifvertrag, sondern durch das Verhandlungsergebnis einer paritätisch besetzten Kommission. Kommt sie zu keiner Einigung, so entscheidet ein Schlichtungsausschuss bzw. die Synode (so für die ev. Kirchen) oder der Bischof (so für die kath. Kirche)¹⁴.

Die Kirchen schließen zwar in der Regel keine Tarifverträge ab, sie legen jedoch auch nicht einseitig den Inhalt der Arbeitsverhältnisse fest, vielmehr bestimmt eine paritätische Kommission die Arbeitsbedingungen im kirchlichen Dienst, indem die Arbeitsverträge auf deren Einigung verweisen. Sie sind das funktionale Äquivalent zum Tarifvertrag, und damit stellt sich bei der Anwendung jeder Norm, die von einem „Tarifvertrag“ spricht, die Frage, ob sie auch auf die kirchlichen Arbeitsvertragsregelungen Anwendung findet. Einige Gesetze ordnen dies ausdrücklich an (siehe § 7 Abs. 4 ArbZG, § 21a Abs. 3 JArbSchG; vgl. auch § 11 i. V. m. § 12 AEntG).

10

¹³ S. dazu Art. 7 Abs. 2 der (kath.) Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse von 1993: „Wegen der Einheit des kirchlichen Dienstes und der Dienstgemeinschaft als Strukturprinzip des kirchlichen Arbeitsrechts schließen kirchliche Dienstgeber keine Tarifverträge mit Gewerkschaften ab. Streik und Aussperrung scheiden ebenfalls aus“.

¹⁴ Ausführlich *Gregor Thüsing*, 20 Jahre „Dritter Weg“ – Rechtsnatur und Besonderheiten der Regelung kirchlicher Arbeitsverhältnisse, in: RdA 1997, S. 163 ff.; *ders.*, Der Dritte Weg – seine Grundlagen und seine Zukunft, in: ZTR 1999, S. 298 ff.; s. auch *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 167 ff.

- 11 In Deutschland¹⁵ akzeptiert, gestützt auf die Kirchenautonomie nach Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV¹⁶, insbesondere die Rechtsprechung des BVerfG¹⁷ und des BAG¹⁸ dieses Dienstverständnis der Kirchen, wonach Dienstgeber und Dienstnehmer eine Gemeinschaft bilden, die einen Arbeitskampf ausschließt: Diese Gemeinschaft ist so sehr durch das Miteinander im Dienste Gottes und seines Auftrags an die Kirchen geprägt, dass die Gemeinsamkeit des Ziels und der Aufgabe es ausschließen, durch offenen Druck gegeneinander die Änderung der Arbeitsbedingungen erstreben zu wollen. Die Gemeinschaft gäbe ihren Sendungsauftrag preis, wollte sie ihre Glaubensverkündigung und die Werke der Nächstenliebe unter den Vorbehalt der wechselseitigen Druckausübung zur Wahrung der eigenen Vermögensinteressen stellen.¹⁹ Ausgehend von diesem Verständnis hat die evangelische Kirche vor mehr als 35 Jahren den „Ersten Weg“ einseitiger Regelungen der Arbeitsverhältnisse verlassen und hat auch nicht den „Zweiten Weg“ tarifvertraglicher Regelungen eingeschlagen, sondern begab sich auf einen neuen, „Dritten Weg“: die Festlegung der Arbeitsbedingungen durch eine paritätisch von Mitarbeiterseite und Kirchenleitung besetzte Kom-

¹⁵ Zu den europarechtlichen Implikationen s. *Abbo Junker*, Kooperation oder Konfrontation der obersten Instanzen in Deutschland und Europa – Dargestellt am Beispiel des Streikrechts und der Kirchenautonomie, in: EuZA 2018, S. 304 ff. (insbes. ab S. 311); *Hermann Reichold*, Arbeitskampf in der Kirche – wie steht der EGMR dazu?, in: ZAT 2018, S. 65 ff.

¹⁶ *Eva Kocher / Laura Krüger / Clemens Sudhof*, Streikrecht in der Kirche im Spannungsfeld zwischen Koalitionsfreiheit und kirchlichem Selbstbestimmungsrecht. Ein goldener Mittelweg zwischen Kooperation und Konflikt?, in: NZA 2014, S. 880 (881); vgl. auch *Reinhard Richardi*, Das BAG zur Streikfreiheit in kirchlichen Einrichtungen, in: RdA 2014, S. 42 (44).

¹⁷ Jüngst dazu: BVerfG v. 15.7.2015 – 2 BvR 2292/13, in: NZA 2015, S. 1117 (1118).

¹⁸ In jüngerer Zeit dazu: BAG v. 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, BAGE 143, 354, und BAG v. 20.11.2012 – 1 AZR 611/11, BAGE 144, 1; s. auch *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 122 ff.; *ders.*, Das BAG zur Streikfreiheit in kirchlichen Einrichtungen (o. Fn. 16), S. 42 ff.; *Bernd Grzeszick*, Das Urteil des BAG zum Streikverbot in Kirchen auf dem Prüfstand des Verfassungs- und Europarechts, in: NZA 2013, S. 1377 (1380); vgl. auch *Thüsing*, 20 Jahre „Dritter Weg“ (o. Fn. 14), S. 164.

¹⁹ Zu Kritik an diesem Selbstverständnis aus juristischer und theologischer Sicht vgl. die – insgesamt nicht überzeugenden – Einwände von *Mattias Petzold*, Keineswegs göttlichen Rechts – Der sogenannte Dritte Weg der Kirche kritisch beleuchtet, in: *Lutherische Monatshefte* 1/1999, S. 30 ff. sowie *Bernhard Bischoff / Ulrich Hammer*, Grundfragen des kirchlichen Arbeitsrechts, in: AuR 1995, S. 161 (167).

mission.²⁰ Bereits vorher beschloss der Zentralrat des deutschen Caritasverbandes im April 1975 eine Ordnung der Arbeitsrechtlichen Kommission, die paritätisch besetzt mit Vertretern der Mitarbeiter und der Dienstgeber einen wirksamen Beschluss nur mit einer Mehrheit von drei Viertel aller Mitgliedern fassen konnte; auch hier also schon nicht mehr die einseitige Gestaltung der Arbeitsverhältnisse, sondern (im günstigsten Fall: partnerschaftliches) Gestalten durch beide Interessengruppen. Das Leitbild der Dienstgemeinschaft gilt auch hier, denn auch das caritative Wirken ist eine Lebensäußerung der Kirche und elementarer Bestandteil ihres Auftrags in der Zeit.²¹ Die katholische Kirche übernahm diesen Weg sehr bald auch für die Arbeitnehmer der verfassten Kirche, anders aber als bei einigen evangelischen Kirchen hat hier im Nichteinigungsfall der Kommission nicht eine neutrale Schlichtungskommission, sondern der Bischof das Letztentscheidungsrecht.²² Dies ist durchaus nichts Anstößiges und die Sinnhaftigkeit einer solchen Regelung wurde vom BAG ausdrücklich bestätigt: Die Kirche ist bereits nach eigenem Selbstverständnis zur angemessenen Alimentierung ihrer Mitarbeiter verpflichtet, und der Bischof ist daher, wenn er sein Letztentscheidungsrecht ausübt, nicht allein Sachwalter der Dienstgeberseite, sondern der gesamten Dienstgemeinschaft.²³

Auch im Ausland ist eine deutliche Zurückhaltung gegenüber dem Regelungsmodell des Tarifvertrages in Bezug auf das Arbeitsrecht der Kirchen zu finden: In Österreich gibt es Tarifverträge nur für einige Ordenskrankenhäuser²⁴, in den USA stellte bereits in den 70er Jahren der 7th Circuit Court of Appeals in einer das Erzbistum Chi-

12

²⁰ Grundlegend die Richtlinie für ein Arbeitsrechts-Regelungsgesetz v. 8.10.1976, ABL. EKD, S. 398.

²¹ Vgl. BVerfG v. 11.10.1977 – 2 BvR 209/76, BVerfGE 46, 73; *Hermann Reichold*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, hg. von Heinrich Kiel / Stefan Lunk / Hartmut Oetker, 4. Aufl., Bd. 2, 2018, § 185, Rn. 55.

²² Ausführlich *Thüsing*, 20 Jahre „Dritter Weg“ (o. Fn. 14), S. 163; *ders.*, Der Dritte Weg (o. Fn. 14), S. 298 ff.; s. auch *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 167 ff.

²³ BAG v. 28.1.1998 – 4 AZR 491/96, in: NZA-RR 1998, S. 424 = AP Nr. 11 zu § 12 AVR-Caritas = ZevKR 44 (1999), S. 90 m. Anm. *Thüsing*; *ders.*, 20 Jahre „Dritter Weg“ (o. Fn. 14), S. 169; im Zusammenhang mit der Frage der Gleichwertigkeit des „Dritten Weges“ *Martin Starke*, Streikausschluss durch den Dritten Weg in karitativen Einrichtungen der Katholischen Kirche, in: NZA 2019, S. 960 (964).

²⁴ Vgl. *Ulrich Runggaldier*, in: Arbeitsrecht und Kirche, hg. von dems./Brigitte Schinkele, 1996, S. 145 (154 ff., 161).

cago betreffenden Entscheidung²⁵ fest, dass kirchliche Schulen nicht vom National Labor Relations Act (NLRA) erfasst sind und daher nicht gezwungen werden können, mit der Gewerkschaft zu verhandeln und Tarifverträge abzuschließen. Der U. S. Supreme Court bestätigte damals diese Entscheidung.²⁶ Wesentlicher Grund war, dass es die Free Exercise Clause des 1st Amendment zur Verfassung, also die Religionsfreiheit der Kirchen, verbiete, die Kirchen zu Gestaltungen der Arbeitsverhältnisse zu zwingen, die in Widerspruch zu ihrem Sendungsauftrag stehen; eine Argumentation, wie sie sich ganz ähnlich auch in der verfassungsrechtlichen Diskussion findet.

2. Das Tarifvertragssystem mit arbeitskampfrechtlicher Konfliktlösung

a) Freiheit zum Abschluss von Tarifverträgen

13 Das Modell des „Dritten Weges“ entspricht nicht dem, was das Grundgesetz für den weltlichen Arbeitgeber vorgesehen hat. In Art. 9 Abs. 3 GG ist die Koalitionsfreiheit garantiert, und damit auch das Recht, in diesen Vereinigungen, die zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gegründet wurden, zu wirken. Während das BVerfG lange Zeit davon ausging, dieses Recht sei nur in einem Kernbereich geschützt, hat es später klarstellend hiervon Abstand genommen und festgestellt, dass alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen hiervon erfasst sind.²⁷

14 Bestandteil dieser Koalitionsbetätigungsfreiheit ist der Abschluss von Tarifverträgen, weil diesen nur dann die Chance auf einen angemessenen Ausgleich von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen innewohnt, wenn beide Seiten die Möglichkeit zu Arbeitskampfmaßnahmen haben; um den unberechtigten Forderungen der jeweils anderen Seite entgegenzutreten, muss auch der Streik erlaubt sein. Der

²⁵ Catholic Bishop of Chicago v. NLRB, 559 F.2d 1112 = 95 LLRM 3324 (1977).

²⁶ Catholic Bishop of Chicago v. NLRB, 440 U. S. 490 (1979).

²⁷ BVerfG v. 14. 11. 1995 – 1 BvR 601/92, in: EzA Art. 9 GG Nr. 60 m. Anm. Gregor Thüsing = AuR 1996, S. 151 ff.; dazu Joachim Heilmann, Koalitionsfreiheit als normales Grundrecht – Gedanken zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts v. 14.11.95, in: AuR 1996, S. 121 ff.; BVerfG v. 24. 4. 1996 – 1 BvR 712/86, in: EzA Art. 9 GG Nr. 61 m. Anm. Thomas Müller / Gregor Thüsing = AuR 1996, S. 371; s. auch Jürgen Kühling, Arbeitsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AuR 1994, S. 126 ff.

Streik ist also nur insoweit geschützt, als er dazu dient, Tarifverträge durchzusetzen. Hieraus ergibt sich ein wichtiges Zwischenergebnis: Es gibt kein Grundrecht auf Streik, sondern nur ein Grundrecht auf Koalitionsbetätigung, also an der Betätigung der Koalition teilzuhaben, durch sie und mit ihr zu wirken. Der Streik ist hier also nur ein Mittel. Auch die Koalition selber ist Grundrechtsträger, und das Streikrecht des einzelnen Gewerkschaftsmitglieds geht nur so weit wie die Berechtigung der Koalition und *vice versa*. Dem entspricht es, dass nach ganz herrschender Meinung die Einbeziehung von Nichtorganisierten in einen Streik nur durch das Erfordernis der sonst nicht gewährleisteten Funktionsfähigkeit des Arbeitskampfsystems zu rechtfertigen ist, nicht aber direkt aus Art. 9 Abs. 3 GG. Gleichwohl entspricht es dem auch, dass eine Gruppe, die nicht Koalition i. S. d. Art. 9 Abs. 3 GG ist, nicht streiken kann.²⁸

Diese Koalitionsbetätigung – und damit auch das Streikrecht – kann und muss der Gesetzgeber ausgestalten: Eine naturrechtliche vorgegebene Freiheit der Gewerkschaften, Tarifverträge abzuschließen, lässt sich nicht finden. Anders als Leben, Bewegungsfreiheit, aber auch Wohnung und Familie kann es Verträge und damit auch Tarifverträge nur innerhalb einer sich in Recht ordnenden Gemeinschaft geben. Wo diese Rechtsordnung keinen Rahmen zur Verfügung stellt, in dem und soweit Einigungen akzeptiert werden und ihre Durchsetzbarkeit gewährleistet wird, existiert auch keine Vertragsfreiheit.²⁹ Die Tarifautonomie ist also ohne unterstützende Tätigkeit des Gesetzgebers nicht möglich.

15

b) Unvereinbarkeit des Arbeitskampfes mit dem religiös geprägten Auftrag des kirchlichen Dienstes

Daran anknüpfend geht das herrschende Schrifttum in der Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers davon aus, dass Arbeitsk Kampfmaßnahmen für den Bereich des Dritten Weges ausgeschlossen werden können.³⁰ Es stützt sich dabei zurecht insbesondere auf Art. 140

16

²⁸ Gregor Thüsing, Der Außenseiter im Arbeitskampf, 1996, S. 23 ff., 51 ff.

²⁹ Zur Ausgestaltung der Vertragsfreiheit gem. Art. 2 GG s. BVerfG v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 (255) (Handelsvertreter) und BVerfG v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214 (232) (Bürgerschaft) = AuR 1994, S. 311.

³⁰ Vgl. nur Gregor Thüsing, in: Tarifvertragsgesetz mit Durchführungs- und Nebenvorschriften. Kommentar, hg. von Herbert Wiedemann, 8. Aufl. 2019, § 1, Rn. 133; Manfred Löwisch / Volker Rieble, in: Arbeitskampf- und

GG i.V.m. Art. 137 WRV und das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen: Die kirchliche Dienstgemeinschaft schließt die gegenseitige Druckausübung zur Veränderung der Arbeitsbedingungen aus, denn ihre Mitglieder können nicht die Erfüllung ihres karitativen und verkünderischen Werkes unter dem Vorbehalt der eigenen Interessenwahrung setzen, ohne hierdurch den Charakter ihrer Tätigkeit zu wandeln. Der kirchliche Dienstnehmer ist eben nicht nur Arbeitnehmer zur Sicherung des eigenen Lebensunterhalts, sondern auch Arbeiter im Weinberge Christi. Weil den Kirchen das verfassungsmäßige Recht garantiert ist, ihre eigenen Angelegenheiten selbständig zu regeln, akzeptiert der Staat dieses Petitum ebenso, wie er die besonderen Loyalitätspflichten im Kündigungsschutzrecht anerkennt.³¹ Denn auch hier ist auf Grund einer systematischen Interpretation der Verfassung allgemein anerkannt, dass nicht als Streikrecht einzelner isoliert handelnder Arbeitnehmer ausgeübt werden kann. Was aber auf Grund Art. 33 Abs. 5 GG möglich ist, ist auch möglich auf Grund Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV. Von daher geht in seiner neueren Entscheidung das BAG³² gerade in Bezug auf das Streikrecht im kirchlichen Dienst einen Weg der „praktischen Konkordanz“³³:

17 „Verfügt eine Religionsgesellschaft über ein am Leitbild der Dienstgemeinschaft ausgerichtetes Arbeitsrechtsregelungsverfahren, bei dem die Dienstnehmerseite und die Dienstgeberseite in einer paritätisch besetzten Kommission die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten gemeinsam aushandeln und einen Konflikt durch den neutralen Vorsitzenden einer Schlichtungskommission lösen (*„Dritter Weg“*), dürfen Gewerkschaften nicht zu einem Streik aufrufen. Das gilt jedoch nur, soweit Gewerkschaften in dieses Verfahren organisatorisch eingebunden sind und das Verhandlungsergebnis für die Dienstgeberseite als Mindestarbeitsbedingung verbindlich ist.“

18 Das BAG hat dort also entschieden, dass ein Ausschluss des Streikrechts im Rahmen des Dritten Weges zwar grundsätzlich möglich ist,

Schlichtungsrecht, hg. von Manfred Löwisch, 1997, Abschnitt 170 Punkt 1, Rn. 31; *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 127 ff.

³¹ Ebenso anerkannt bspw. im Zusammenhang mit der ständigen Kommission, die über Empfehlungen zur Festlegung von Arbeitsbedingungen nach § 12a Abs. 2 AEntG beschließt, wobei ein Vorschlagsrecht u.a. der Dienstnehmerseite und der Dienstgeberseite paritätisch besetzter Kommissionen, die auf der Grundlage kirchlichen Rechts Arbeitsbedingungen für den Bereich kirchlicher Arbeitgeber in der Pflegebranche festlegen, zusteht.

³² BAG v. 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, BAGE 143, 354; s. dazu *Grzeszick*, Das Urteil des BAG zum Streikverbot (o. Fn. 18), S. 1377 ff.; *Richardi*, Das BAG zur Streikfreiheit in kirchlichen Einrichtungen (o. Fn. 16), S. 42 ff.

³³ S. dazu *Kocher / Krüger / Sudhof*, Streikrecht in der Kirche (o. Fn. 16), S. 883.

dies aber nur, soweit die Gewerkschaften im Verfahren hinreichend vertreten sind. Dies folge aus der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften aus Art. 9 Abs. 3 GG, welches auch hinter das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV nicht vollständig zurücktreten müsse. Art. 9 Abs. 3 GG führe aber auch nicht zwingend zu einem Streikrecht in der Kirche, vielmehr müsste beides zu einem Ausgleich gebracht werden. Diesen sieht das BAG darin, dass Streiks von der Kirche ausgeschlossen werden können, wenn die Gewerkschaften in das Verfahren des Dritten Weges angemessen eingebunden sind. Das BVerfG hat eine Verfassungsbeschwerde dagegen als unzulässig verworfen.³⁴

Bislang ist unklar, wie diese Einbindung auszusehen hat.³⁵ Die Praxis steht vor dem Problem, dass sich das BAG eben nicht genau dazu geäußert hat, wie die geforderte Beteiligung der Gewerkschaften auszusehen hat. Zuerst mag man an ein Vorschlagsrecht der Gewerkschaften denken, ähnlich dem Recht der Unternehmensmitbestimmung. Doch kann nicht ausgeschlossen werden, dass dem BAG ein bloßes Vorschlagsrecht nicht ausreichen würde, es also darauf bestehen würde, dass sichergestellt wäre, dass die Gewerkschaften auch tatsächlich in den Arbeitsrechtlichen Kommissionen vertreten sind. Da das BAG in seinem Urteil aber auch den Gestaltungsspielraum der Kirchen betont hat, sollte aber davon auszugehen sein, dass ein solches Vorschlagsrecht genügt. Will man einen Schritt weiter gehen, wäre es auch denkbar, den Gewerkschaften direkt eine feste Anzahl an Mitgliedern der Dienstnehmerseite zuzusagen. Konkrete Leitlinien zu diesen Wegen könnten dabei im Betriebsverfassungsgesetz gefunden werden. Auch das BetrVG etwa kennt ein Vorschlagsrecht der Gewerkschaften in § 14 Abs. 3 BetrVG. Dies ließe sich etwa für die Möglichkeit eines Vorschlagsrechts für die Wahl der Mitglieder der Dienstnehmerseite der Arbeitsrechtlichen Kommissionen übernehmen. Auch Quoten für das Ergebnis der Wahlen, also die tatsächlich gewählten Mitglieder (und nicht nur die Vorschläge) kennt

19

³⁴ BVerfG v. 15. 7. 2015 – 2 BvR 2292/13, in: NZA 2015, S. 1117; s. dazu *Richard Giesen*, Der „Dritte Weg“ vor dem Bundesverfassungsgericht, in: *Fachanwalt Arbeitsrecht* 2015, S. 290 ff.; *Gerhard Wegner*, Streikrecht nicht infrage gestellt – aber Dritter Weg bestätigt, in: *ZMV* 2015, S. 242.

³⁵ S. auch *Harald Schliemann*, Dritter Weg – Gewerkschaftsbeteiligung und Dienstgemeinschaftszugehörigkeit, in: *ZAT* 2014, S. 2 ff.; s. auch *Martin Fuhrmann*, Dritter Weg nachjustiert – Anmerkung zur Novelle der Rahmen-KODA-Ordnung, in: *ZAT* 2015, S. 1 (3); kritisch *Jacob Jousen*, Neues zum Mitwirkungsrecht der Koalitionen – Die neue Rahmen-KODA-Ordnung, in: *ZMV* 2015, S. 4 (6).

das BetrVG. So sieht es in § 15 Abs. 2 BetrVG eine Quote für das unterrepräsentierte Geschlecht vor.

- 20 Die Kirchen haben sich im Rahmen ihrer gesetzlichen Regelungen für unterschiedliche Modelle zur Einbeziehung der Gewerkschaften in den „Dritten Weg“ entschieden: Auf katholischer Seite (siehe gleich unter 3. a.) sind auf Mitarbeiterseite zusätzlich von den Gewerkschaften benannte und entsandte Mitglieder vorgesehen, § 6 Abs. 2 i. V. m. § 9 Rahmen-KODA-Ordnung (Inklusionsmodell³⁶).³⁷ Die Anzahl der Gewerkschaftsvertreter richtet sich nach der Organisationsstärke der Gewerkschaft im jeweiligen Zuständigkeitsbereich. Entsprechend erhöht sich die Zahl der Dienstgebervertreter (vgl. § 5 Abs. 3 Rahmen-KODA-Ordnung). Eine genaue Zahl der Gewerkschaftsvertreter wird hierdurch nicht festgelegt. § 9 Abs. 1 S. 2 Rahmen-KODA-Ordnung bestimmt nur einen Mindeststandard: Es muss mindestens ein Gewerkschaftsvertreter bei Kommissionen mit bis zu zehn Mitgliedern, bei Kommissionen mit bis zu 20 Mitgliedern müssen mindestens zwei und bei Kommissionen mit bis zu 30 Mitgliedern mindestens drei Gewerkschaftsvertreter Mitglieder der KODA sein. Anders verhält es sich nach dem ARRG-EKD (unten 3. b.): Hiernach sind vier Gewerkschaftsvertreter Mitglieder der Arbeitsrechtlichen Kommission (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 ARRG-EKD). Die Arbeitsrechtliche Kommission besteht insofern zu einem Viertel aus Gewerkschaftsmitgliedern. Die Entsendung der Gewerkschaftsvertreter erfolgt durch die Mitarbeiterverbände (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 ARRG-EKD), dem gegenüber gemäß § 9 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 S. 1 Rahmen-KODA-Ordnung unmittelbar durch die Gewerkschaften selbst. Beide Ordnungen setzen voraus, dass die Gewerkschaften im kirchlichen Bereich tätig sind (§ 9 Abs. 2 Rahmen-KODA-Ordnung; § 4 Abs. 5 S. 1 ARRG-EKD).

³⁶ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 172; *Schwendele*, Der Dritte Weg der Katholischen Kirche und ihrer Caritas kommt in Bewegung, in: RdA 2017, S. 189 (189).

³⁷ *Starke*, Streikausschluss durch den Dritten Weg (o. Fn. 23), S. 962.

3. Kirchengesetzliche Festlegung für das Modell des „Dritten Weges“

a) Die KODA-Regelung der katholischen Kirche

Die von der Deutschen Bischofskonferenz am 22.9.1993 verabschiedete „Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse“ (GrO)³⁸ legt, in der Fassung des Beschlusses der Vollversammlung des Verbandes der Diözesen Deutschlands vom 27.4.2015³⁹, in den Art. 6–8 im Wesentlichen die Ordnungsgrundsätze für das kollektive Arbeitsrecht der katholischen Kirche fest. Die Grundordnung ist von den Bischöfen jeweils für ihre Diözese als Kirchengesetz zum 1.1.1994, für das Bistum Fulda zum 1.1.1995, in Kraft gesetzt worden.⁴⁰ Sie ist auch im Bereich der rechtlich verselbständigten Einrichtungen, also insbesondere der Einrichtungen des staatskirchenrechtlichen Caritasverbandes, anzuwenden (Art. 2 Abs. 2 GrO). Die Grundordnung enthält deshalb die Grundsatzregelung für den Gesamtbereich des Arbeitsrechts, soweit Einrichtungen staatskirchenrechtlich der katholischen Kirche zugeordnet sind.

Art. 6 GrO stellt Inhalt und Reichweite der Koalitionsfreiheit für den kirchenrechtlichen Dienst klar. Mitarbeiter des kirchlichen Dienstes können sich im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GrO in Ausübung ihrer Koalitionsfreiheit als kirchliche Arbeitnehmer zur Beeinflussung der Gestaltung ihrer Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Vereinigungen (Koalitionen) zusammenschließen, diesen beitreten und sich in ihnen betätigen. Sie sind nach Art. 6 Abs. 2 GrO dazu

³⁸ ABL DBK S. 132.

³⁹ ABL DBK S. 74.

⁴⁰ *Bistum Aachen*: Kirchlicher Anzeiger 1993, S. 159; *Bistum Augsburg*: ABL 1993, S. 513; *Erzbistum Bamberg*: ABL 1993, S. 200; *Bistum (jetzt: Erzbistum) Berlin*: ABL 1993, S. 127; *Bistum Dresden-Meißen*: KABL 1993, S. 308; *Bistum Eichstätt*: Pastoralblatt 1993, S. 221; *Bischöfliches Amt Erfurt-Meiningen (jetzt: Bistum Erfurt)*: ABL 1993, Nr. 11; *Bistum Essen*: KABL 1993, S. 118; *Erzbistum Freiburg*: ABL 1993, S. 250; *Bistum Fulda*: KABL 1994, S. 104; *Apostolische Administratur (jetzt: Bistum) Görlitz*: ABL 1993, Nr. 12; *Bistum Hildesheim*: Kirchlicher Anzeiger 1994, S. 36; *Erzbistum Köln*: ABL 1993, S. 222; *Bistum Limburg*: ABL 1993, S. 74; *Bischöfliches Amt (jetzt: Bistum) Magdeburg*: Amtliche Mitteilungen v. 4.1.1994, S. 7; *Bistum Mainz*: KABL 1993, S. 100; *Erzbistum München und Freising*: ABL 1993, S. 398; *Bistum Münster*: KABL 1993, S. 123; *Bistum Osnabrück*: KABL 1993, S. 252; *Erzbistum Paderborn*: KABL 1993, S. 150; *Bistum Passau*: ABL 1993, S. 80; *Bistum Regensburg*: ABL 1993, S. 132; *Bistum Rottenburg-Stuttgart*: KABL 1993, S. 576; *Bistum Speyer*: OVB 1993, S. 660; *Bistum Trier*: KABL 1993, S. 178; *Bistum Würzburg*: Diözesanblatt 1993, S. 319.

berechtigt, innerhalb ihrer Einrichtung für den Beitritt zu diesen Koalitionen zu werben, über deren Aufgaben und Tätigkeit zu informieren sowie Koalitionsmitglieder zu betreuen. Die Koalitionsfreiheit entbindet sie aber nicht von der Pflicht, ihre Arbeit als Beitrag zum Auftrag der Kirche zu leisten. Daraus ergeben sich Konsequenzen für die kollektive Koalitionsfreiheit in der Kirche: Eine Koalition muss wegen der Zielsetzung des kirchlichen Dienstes, wie es in Art. 6 Abs. 4 GrO heißt, das verfassungsmäßige Selbstbestimmungsrecht der Kirche zur Gestaltung der sozialen Ordnung ihres Dienstes achten und die Eigenart des kirchlichen Dienstes respektieren.

23 Außerdem enthält Art. 7 Abs. 1 GrO die Grundsatzgewährleistung für die Einrichtung und Kompetenz paritätisch besetzter Kommissionen zur Ordnung des Arbeitsvertragsrechtes (KODA). Da die Beteiligung der Mitarbeiter an der Gestaltung ihrer Arbeitsbedingungen durch sie verwirklicht wird, bestimmt Art. 7 Abs. 2 GrO, dass wegen der Einheit kirchlichen Dienstes und der Dienstgemeinschaft als Strukturprinzip des kirchlichen Arbeitsrechts kirchliche Dienstgeber keine Tarifverträge mit Gewerkschaften abschließen und dass Streik und Aussperrung ebenfalls ausscheiden. Weiter enthält Art. 8 GrO die Grundsatzgewährleistung für eine kirchengesetzliche Regelung der Betriebsverfassung durch Mitarbeitervertretungsrecht. Gemäß Art. 10 Abs. 2 GrO werde zudem für Rechtsstreitigkeiten auf den Gebieten der kirchlichen Ordnungen ein Arbeitsvertragsrecht (KODA-Ordnungen) und des Mitarbeitervertretungsrechts unabhängige kirchliche Gerichte gebildet, um einen rechtlichen Rechtsschutz zu gewährleisten.

24 Die rechtliche Grundlage des Dritten Weges in der katholischen Kirche ist damit in erster Linie die Ordnung für die Zentrale Kommission zur Ordnung des Arbeitsvertragsrechtes im kirchlichen Dienst (Zentral-KODA-Ordnung)⁴¹ und die Rahmenordnung für die Kommission zur Ordnung des diözesanen Arbeitsvertragsrechtes (Rahmen-KODA-Ordnung). Durch letzteres Regelungswerk wird die Arbeitsweise der Arbeitsrechtlichen Kommissionen des Dritten Weges geregelt. Eine letzte Änderung erfuhr die Rahmen-KODA-Ordnung zuletzt durch Beschluss der Vollversammlung des Verbandes der Diö-

⁴¹ Abgedr. in: Arbeitsvertragsrecht in der Kirche (Arbeitshilfen Nr. 16 vom 1. 5. 1980), hg. vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz; s. dazu *Joachim Eder*, Tarifpartnerin Katholische Kirche? – Der „Dritte Weg“ der katholischen Kirche in der Bundesrepublik Deutschland aus kanonistischer Sicht, S. 21 ff., zur kirchenrechtlichen Bewertung des Dritten Weges S. 34 ff.; weiterhin *Klaus Briza*, „Tarifvertrag“ und „Dritter Weg“, 1987, S. 200 ff.; *Armin Pahlke*, Kirche und Koalitionsrecht, 1983, S. 29 ff.

zesen Deutschlands vom 24.11.2014 infolge der Rechtsprechung des BAG vom 20.11.2012.⁴² Gleiches lässt sich für Anpassungen der einzelnen Bistums-KODA-Ordnungen konstatieren.

Rechtsgeltung erlangt die KODA-Ordnung in den Diözesen durch einen Gesetzgebungsakt des Bischofs und bildet daher die kirchliche Arbeitsverfassung, sobald der Bischof diese für seine Diözese in Kraft gesetzt hat.⁴³ Ihren Ursprung haben diese Regelungen in dem Beschluss der Vollversammlung des Verbands der Diözesen Deutschlands vom 5.12.1977. Seitdem ist die Zentral-KODA neu strukturiert worden und mit Wirkung vom 1.1.1999 unter Aufhebung der bisher geltenden Ordnung in Kraft gesetzt worden; ihre letzte Änderung erfuhr sie durch Beschluss vom 18.11.2013. Die Bistums-Regional-KODA-Ordnungen wurden in der Folge dieser novellierten Rahmenordnung angepasst.⁴⁴

Das geltende Recht vereinfacht damit das Verfahrensgerüst der KODA und stellt klar, dass die Kompetenzen der Arbeitsrechtlichen Kommission des Caritasverbandes denen einer Bistums- bzw. Regional-KODA entsprechen. Zur Wahrung der Einheitlichkeit des kirchlichen Dienstes wurde zusätzlich der Zentral-KODA eine Beschlusskompetenz für bestimmte enumerativ aufgezählte Bereiche des kirchlichen Arbeitsvertragsrechts zugewiesen, die durch ihren verbindlichen Charakter die Einheitlichkeit des kirchlichen Dienstes stärker gewährleisten kann, als dies die bloßen empfehlenden Beschlüsse der Zentral-KODA in der Vergangenheit konnten. Gegenstand der Beschlusskompetenz sind die Ausfüllung von Öffnungsklauseln in staatlichen Gesetzen, die Fassung von Einbeziehungsabreden für Arbeitsverträge hinsichtlich der Loyalitätsobliegenheiten und Nebenpflicht gemäß der Grundordnung sowie verschiedene kirchenspezifische Regelungen betreffend die Befristung von Arbeitsverhältnissen, den kirchlichen Arbeitszeitschutz, die Regelung von Mehrfacharbeitsverhältnissen und der Rechtsfolgen des Wechsels von

⁴² BAG v. 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, BAGE 143, 354, und BAG v. 20.11.2012 – 1 AZR 611/11, BAGE 144, 1; s. dazu *Grzeszick*, Das Urteil des BAG zum Streikverbot (o. Fn. 18), S. 1377 ff.; *Richardi*, Das BAG zur Streikfreiheit in kirchlichen Einrichtungen (o. Fn. 16), S. 42 ff.; vgl. auch *Fuhrmann*, Dritter Weg nachjustiert (o. Fn. 35), S. 1 ff.

⁴³ Vgl. den Fundstellennachweis in: *Hans-Günther Frey / Elmar Bahles* (Hg.), Dienst- und Arbeitsrecht in der katholischen Kirche, Losebl. Stand 1986, unter Nr. 7.3.1.

⁴⁴ S. die Aufzählung bei *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 171 f.

einem Dienstgeber zu einem anderen Dienstgeber.⁴⁵ Auch die Kompetenz verbindlicher Beschlüsse besteht wie bei Empfehlungen für den gesamten Bereich der katholischen Kirche, d. h. für die Arbeitsverhältnisse mit allen Rechtsträgern im Geltungsbereich der Grundordnung. Davon sind auch die verselbständigten Einrichtungen in privatrechtlicher Form erfasst, also insbesondere der Bereich des Deutschen Caritasverbandes.

- 27 Die jüngste Novellierung der Grundordnung im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts legte 2015 fest, dass Gewerkschaften in Zukunft am Zustandekommen kirchlicher Arbeitsvertragsbedingungen organisatorisch zu beteiligen sind (Art. 6 Abs. 3 GrO). Ebenfalls neu geregelt wurde das Zugangsrecht der Gewerkschaften zu kirchlichen Einrichtungen (Art. 6 Abs. 2 GrO). Gewerkschaftsbeauftragte erhalten danach, auch wenn sie nicht im kirchlichen Dienst stehen, ein Zutrittsrecht zu kirchlichen Einrichtungen, um innerhalb der Einrichtung für den Beitritt zu diesen Koalitionen zu werben, über deren Aufgabe zu informieren sowie Mitglieder zu betreuen.

*b) Die Arbeitsrechtliche Kommission
innerhalb der evangelischen Kirche*

- 28 Angesichts von 20 Gliedkirchen und der von diesen als Dachorganisation gebildeten EKD stellt sich bei evangelischen Kirchenrechtsregelungen zunächst immer die Kompetenzfrage, also die Frage, wer was für wen verbindlich regeln kann. Hier hat sich das Territorialprinzip durchgesetzt, wonach jede Gliedkirche grundsätzlich für alle Belange innerhalb ihres Gebietes zuständig ist, und die EKD dann gegebenenfalls für gliedkirchenübergreifende Fragen und Einrichtungen.
- 29 Im Gegensatz zur katholischen Kirche hat der Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) basierend auf Art. 9b GO EKD eine „*Richtlinie über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und des Diakonischen Werkes der EKD*“ vom 1. 7. 2005⁴⁶ erlassen, geändert am

⁴⁵ Vgl. dazu ausführlich *Reinhard Richardi*, Neugestaltung im kollektiven Arbeitsrecht der katholischen Kirche, in: NZA 1988, S. 1305 ff.

⁴⁶ ABl. EKD, S. 413; vgl. dazu *Gregor Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht, 2006, S. 102 ff.; *Detlev Fey*, Kirchliches Arbeitsrecht – Richtlinie über Anforderungen der beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und ihrer Diakonie, in: AuR 2005, S. 349 ff.

9.12.2016⁴⁷. Im Vergleich zur Grundordnung der katholischen Kirche (vgl. Art. 6 bis 8 GrO) fehlen hier jedoch dementsprechende Grundregelungen für das kollektive Arbeitsrecht im Bereich der EKD.

Vielmehr hat der Rat der EKD den Gliedkirchen bereits in einer Richtlinie vom 8.10.1976 eine Arbeitsrechtsregelung nach dem Modell des „Dritten Weges“ empfohlen, wonach die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter im kirchlichen Dienst auf der Grundlage eines von ihm verabschiedeten Musterentwurfs eines *Kirchengesetzes über das Verfahren zur Regelung der Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter im kirchlichen Dienst (Arbeitsrechts-Regelungsgesetz – ARRG)*⁴⁸ zu regeln sein sollten. Die meisten Landeskirchen sind der Empfehlung der EKD gefolgt⁴⁹, sodass der Dritte Weg aufgrund dieser von den Landeskirchen erlassenen Arbeitsrechtsregelungsgesetzen rechtliche Verbindlichkeit erlangte⁵⁰. Eine Kodifizierung des ARRG-EKD erfolgte schließlich durch Beschluss der Synode vom 10.11.1988⁵¹, zuletzt geändert am 12.11.2014⁵².

Als Reaktion auf zwei Entscheidungen des BAG vom 20.11.2012⁵³, denen die Rechtsfrage der Zulässigkeit des Streikrechts innerhalb kirchlicher Einrichtungen zugrunde lag, beschloss die 11. Synode der EKD zuletzt aufgrund des Art. 10 Abs. 1 und des Art. 10a Abs. 2 der Grundordnung zudem das nunmehr geltende *„Kirchengesetz über die Grundsätze zur Regelung der Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen in der Evangelischen Kirche in Deutschland und ihrer Diakonie“ (Arbeitsrechtsregelungsgrundsätze-gesetz –*

⁴⁷ ABl. EKD 2017 S. 11.

⁴⁸ Abgedr. in: ABl. EKD 1976, S. 398 ff.; vgl. auch Evangelischer Pressedienst, Arbeitsrecht der Kirche (I): EKD befürwortet „Dritten Weg“, Dokumentation Nr. 13/78; EKD (Hg.), Der Dritte Weg – Arbeitsrechtsregelung in der Evangelischen Kirche, Hannover 1978.

⁴⁹ Vgl. *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 167; *Gerhard Grethlein*, Die Beilegung sozialer Konflikte in der Kirche, in: BB 1980, Beil. 10, S. 213 ff.; weiterhin *Briza*, „Tarifvertrag“ und „Dritter Weg“ (o. Fn. 41), S. 208 ff.; *Pahlke*, Kirche und Koalitionsrecht (o. Fn. 41), S. 17 ff.; *Thomas Weinmann*, Tarifverträge für kirchliche Mitarbeiter?, Diss. jur. Tübingen 1985, S. 41 ff.

⁵⁰ *Armin Pahlke*, Der „Dritte Weg“ der Kirchen im Arbeitsrecht, in: NJW 1986, S. 350 (351).

⁵¹ ABl. EKD S. 366.

⁵² ABl. EKD S. 363.

⁵³ BAG v. 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, BAGE 143, 354, und BAG v. 20.11.2012 – 1 AZR 611/11, BAGE 144, 1; s. dazu *Grzeszick*, Das Urteil des BAG zum Streikverbot (o. Fn. 18), S. 1377 ff.; *Richardi*, Das BAG zur Streikfreiheit in kirchlichen Einrichtungen (o. Fn. 16), S. 42 ff.

ARGG-EKD) vom 13. 11. 2013⁵⁴, welches das bestehende ARGG-EKD vom 9. 11. 2011⁵⁵ ersetzte. Die 12. Synode der EKD beschloss am 14. 11. 2018 eine Änderung des ARGG-EKD, die zum 1. 1. 2019 in Kraft trat. Es regelt gemäß § 1 Abs. 1 die „Grundsätze der Verfahren zur Gestaltung der Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen“ der EKD, der gliedkirchlichen Zusammenschlüsse, der Gliedkirchen und der Diakonie sowie dessen Einrichtungen.

32 Dem ARGG-EKD liegt nach § 3 das Konsensprinzip zugrunde, so dass die Arbeitsbedingungen zunächst in einem kirchengemäßen Verfahren im Konsens geregelt werden. Dennoch bestehende Konflikte werden darüber hinaus „in einem neutralen und verbindlichen Schlichtungsverfahren“ gelöst, nicht jedoch durch Arbeitskampf entschieden. Den Gewerkschaften und Mitarbeiterverbänden ist die koalitionsmäßige Betätigung gemäß § 5 ARGG-EKD vielmehr in den Arbeitsrechtlichen Kommissionen und in den Dienststellen sowie Einrichtungen zu gewährleisten. Weiterführend ist die Arbeitsweise der paritätisch zu besetzenden Arbeitsrechtlichen Kommission in den §§ 6–12 ARGG-EKD geregelt. Die Entsendung der Vertreter der Mitarbeiter in die Arbeitsrechtliche Kommission wird dabei durch Gewerkschaften und Mitarbeiterverbände vollzogen (§ 8 Abs. 1 ARGG). Sofern innerhalb der Arbeitsrechtlichen Kommission jedoch keine Entscheidung zustande kommt, ist gemäß § 10 ARGG ein Schlichtungsausschuss vorzusehen. Letztlich zu beachten ist die Möglichkeit nach den §§ 13 f. ARGG-EKD zur Regelung der Arbeitsbedingungen durch kirchengemäße Tarifvertragsbeziehungen.

33 Wie durch die Regelungen des ARRG-EKD und des ARGG-EKD deutlich wird, ist Kernstück des Verfahrenskonzepts des „Dritten Weges“ insoweit die Arbeitsrechtliche Kommission.⁵⁶ Sie ist ein durch Kirchengesetz geschaffenes Gremium, das paritätisch mit Vertretern der Dienstgeber und der Mitarbeiter besetzt ist. Ihre Aufgabe besteht darin, Normen zu schaffen, die Abschluss, Inhalt und Beendigung des Einzelarbeitsverhältnisses regeln. Ihr ist damit eine Zuständigkeit zugewiesen, die sonst durch den Abschluss von Tarifverträgen wahrgenommen wird.

34 Bereits in ihrer Richtlinie vom 8. 10. 1976 hat die EKD empfohlen, dass die Vertreter der Mitarbeiter in der Arbeitsrechtlichen Kommis-

⁵⁴ ABl. EKD, S. 420.

⁵⁵ ABl. EKD, S. 323.

⁵⁶ Vgl. auch *Briza*, „Tarifvertrag“ und „Dritter Weg“ (o. Fn. 41), S. 211 ff.; *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 168.

sion von den *Mitarbeitervertretungen* entsandt werden (§ 6 Abs. 1). Die Gewerkschaften der kirchlichen Mitarbeiter sind in diesem Fall unmittelbar an der Besetzung der Gremien des „Dritten Weges“ beteiligt. Bei diesem Auswahlprinzip werden aber die Mitarbeiter übergangen, die keiner entsendungsberechtigten Mitarbeitervereinigung angehören. Da das Arbeitsrechtsregelungssystem auch für sie gelten soll, fehlt insoweit eine Legitimation der Mitarbeitervertreter in der Arbeitsrechtlichen Kommission.⁵⁷ Die Privilegierung der Koalitionsmitgliedschaft widerspricht dem Grundsatz, dass das Arbeitsrechtsregelungssystem vom besonderen Leitbild einer kirchlichen Dienstgemeinschaft *aller* Mitarbeiter getragen sein soll. Kommt in der Arbeitsrechtlichen Kommission kein Beschluss zustande, so wird mit der Angelegenheit ein Schlichtungsausschuss befasst, der ebenfalls paritätisch zusammengesetzt ist. Die Richtlinie der EKD überlässt den Landeskirchen die Entscheidung, ob er seinen Vorschlag der Synode zur abschließenden Entscheidung vorlegen soll (§ 12 Abs. 8). Überwiegend geht die Tendenz dahin, die Vorlage an die Synode nicht zuzulassen, sodass der Schlichtungsausschuss bzw. die Schlichtungskommission verbindlich entscheidet (vgl. § 13 ARRg Bayern, § 14 ARRg Hessen und Nassau, § 24 Gemeinsames Mitarbeitergesetz Niedersachsen, § 16 ARRg Rheinland, § 19 ARRg Württemberg; für die Möglichkeit eines Letztentscheidungsrechts der Synode: § 14 ARRg Baden, § 14 ARRg Kurhessen-Waldeck).

Die von den Landeskirchen erlassenen Arbeitsrechtsregelungsgesetze beziehen die landeskirchlichen *Diakonischen Werke* in ihren Geltungsbereich ein. Da sie nicht zur verfassten Kirche gehören, verlangt die Richtlinie der EKD, dass für den Bereich des landeskirchlichen Diakonischen Werks das zuständige Organ die Übernahme beschlossen hat (§ 4). Die Arbeitsrechtsregelungsgesetze folgen im Allgemeinen diesem Vorschlag (§ 4 ARRg Bayern, § 4 ARRg Kurhessen-Waldeck, § 2 Abs. 2 Gemeinsames Mitarbeitergesetz Niedersachsen, § 2 Abs. 2 ARRg Hessen und Nassau, § 3 ARRg Württemberg). Eine Ausnahme bildet etwa die Evangelische Landeskirche in Baden, die

35

⁵⁷ Ebenso *Albert Janssen*, Das Streikrecht der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst und der „Dritte Weg“ der Kirchen, 1982, S. 21; vgl. auch *Dietrich Pirson*, Kirchliches Arbeitsvertragsrecht, in: RdA 1979, S. 65 (71); *Klaus Schlaich*, Der „Dritte Weg“ – eine kirchliche Alternative zum Tarifvertragssystem?, in: JZ 1980, S. 209 (210); *Wilhelm Dütz*, Aktuelle kollektivrechtliche Fragen des kirchlichen Dienstes, in: EssGespr. 18 (1984), S. 67 (87).

durch § 2 Abs. 2 AR Grundl-AV⁵⁸ die unmittelbare Geltung ihres Gesetzes für den Bereich der Diakonie angeordnet hat. In den meisten Landeskirchen sind daher gemeinsame Arbeitsrechtliche Kommissionen für Kirche und Diakonie gebildet worden. Außerdem hat das *Diakonische Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland* durch seine Satzung sichergestellt, dass das Arbeitsrechtsregelungssystem des „Dritten Weges“ in seinem Bereich Anwendung findet. Diesem Zweck dient eine Arbeitsrechtliche Kommission, die für die dem Diakonischen Werk der EKD angeschlossenen Einrichtungen zuständig ist, soweit nicht die jeweilige Landeskirche verbindliche Regelungen erlassen hat. Aufgaben und Organisation regelt die von der Diakonischen Konferenz verabschiedete Ordnung für die Arbeitsrechtliche Kommission des Diakonischen Werkes der EKD vom 14.10.1992.⁵⁹ Von ihr nicht erfasst ist die Hauptgeschäftsstelle des Diakonischen Werkes der EKD. Für sie gilt das Arbeitsrechtsregelungsgesetz der EKD vom 10.11.1988⁶⁰.

4. Gleichwertigkeit des kirchlichen Arbeitsrechtsregelungsverfahrens mit dem Tarifvertragssystem

a) *Rechtliche Einordnung kirchlicher Arbeitsvertragsordnungen*

36 Nehmen die im Dritten Weg entstandenen Regelungen also den Platz von Tarifverträgen ein, so führt doch die Besonderheit ihres Zustandekommens zu einigen Unterschieden in der rechtlichen Wertung. Allerdings spricht sich ein großer Teil des Schrifttums für eine weitgehende Angleichung dieser beiden kollektiven Regelungsinstrumente aus.⁶¹ Festzuhalten bleibt jedoch zunächst, dass die Ar-

⁵⁸ Arbeitsrechtsregelung über die Grundlagen der Arbeitsverhältnisse der kirchlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Bereich der Evangelischen Landeskirche und des Diakonischen Werkes der Evangelischen Landeskirche in Baden vom 6.4.1984 (GVBl. S. 93).

⁵⁹ Satzung und andere Rechtsgrundlagen, hg. von der Hauptgeschäftsstelle des Diakonischen Werkes der EKD, 4. Aufl. 1989, S. 83 ff.

⁶⁰ ABl. EKD S. 366.

⁶¹ Vgl. etwa Thüsing, 20 Jahre „Dritter Weg“ (o. Fn. 14), S. 168 ff.; Gerd Müller-Volbehr, Teilzeitarbeit und kirchliche Arbeitsverhältnisse, in: NZA 2002, S. 301 (303 f.); Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 182 f.; Wolfgang Rüfner, Das kirchlich rezipierte und adaptierte Dienst- und Arbeitsrecht der übrigen Bediensteten (§ 65), in: HSKR², Bd. II, S. 877 (891); Heinrich Gehring / Christoph Thiele, in: Das Arbeitsrecht im BGB, hg. von Harald Schliemann, § 630 Anh., Rn. 169.

beitsvertragsordnungen und Arbeitsvertragsrichtlinien der Kirchen und ihrer diakonischen oder karitativen Verbände keine Tarifverträge sind. Sie haben diese Rechtsqualität auch nicht, wenn sie in einem kirchlichen Arbeitsrechtsregelungsverfahren durch eine paritätisch besetzte Kommission festgelegt werden. Das BAG nimmt daher bspw. zutreffend an, dass auch die Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes keine Tarifverträge seien⁶². Daraus folgt jedoch nicht, sie seien nur allgemeine Arbeitsbedingungen wie sonst von einem Arbeitgeber einseitig aufgestellte vertragliche Einheitsregelungen. Eine Gleichstellung mit solchen Einheitsbedingungen ließe die Schutzwirkung völlig außer Acht, die sich für die Arbeitnehmer aus den kircheneigenen Verfahren paritätischer Normsetzung ergibt. Ihre Nichtbeachtung verletzt die Verfassungsgarantie des Selbstbestimmungsrechts, denn – wie *Richardi* es zutreffend formuliert – muss es demnach allein den Kirchen

„[...] überlassen bleiben, ob sie von ihrem Normsetzungsrecht durch strikt verbindliche Ordnungen oder durch das elastischere, der Eigenart der Arbeit in Diakonie und Caritas adäquate Instrument der Vertragsrichtlinien Gebrauch machen. Durch die Entscheidung für die zweite Art der Regelung wird der Schrankenvorbehalt von Art. 137 III WRV nicht etwa zu einer weiten Inhaltskontrolle gesteigert, sondern bleibt unverändert“⁶³.

Obwohl sie sich von einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung in ihrer Rechtswirkung unterscheiden und insbesondere die unmittelbare und zwingende Wirkung kraft Gesetzes umstritten ist, muss eine Gleichbehandlung mit derartigen normativen Regelungen zwingend vorgenommen werden. Dies folgt in erster Line bereits aus dem der Kirche verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrecht, das der Kirche auch erlaubt, die eigenen Angelegenheiten kirchlichen Besonderheiten entsprechend zu regeln.⁶⁴ Wenn die Kirche bspw. aufgrund ihres Selbstverständnisses keine Möglichkeit des Arbeitskampfes vorsieht, keine Tarifverträge abschließt und ihr

37

⁶² BAG v. 24.9.1980 – 4 AZN 289/80 und BAG v. 18.5.1982 – 3 AZN 23/82, in: AP Nr. 9 und 22 zu § 72a ArbGG 1979, Grundsatz; BAG v. 28.10.1987 – 5 AZR 518/85, in: AP Nr. 1 zu § 7 AVR Caritasverband; sowie BAG v. 6.12.1990 – 6 AZR 159/89, in: AP Nr. 12 zu § 2 BeschFG 1985; bereits zu den Arbeitsvertragsrichtlinien vor Einführung des Dritten Weges BAG v. 25.1.1963 – 1 AZR 122/62, in: AP Nr. 77 zu Art. 3 GG und BAG v. 4.2.1976 – 5 AZR 83/75, in: AP Nr. 40 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

⁶³ *Reinhard Richardi*, Anm. zu BAG v. 4.2.1976 – 5 AZR 83/75, in: Arbeitsrecht-Blattei, Entscheidungssammlung (o. Fn. 23), Kirchenbedienstete, Entscheidung 9.

⁶⁴ *Reinhard Richardi*, AGB-Kontrolle kirchlicher Arbeitsverträge nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: ZMV 2002, S. 161 (163).

diese Rechte in Anerkennung des Dritten Weges zugestanden werden,⁶⁵ so muss man gleichfalls anerkennen, dass die Kirche sich stattdessen für ein eigenes Beteiligungsverfahren zur Regelung ihrer Arbeitsbedingungen entschlossen hat. Die Garantie des Selbstbestimmungsrechtes, das verfassungsrechtlich in den Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV verwurzelt ist, muss auch so weit gehen, die Kirche gegenüber tarifvertragsschließenden Parteien nicht zu benachteiligen. Wenn es den Kirchen also zugestanden ist, ihre Angelegenheiten nicht durch Tarifvertrag, sondern mittels Arbeitsvertragsregelungen zu regeln, dann muss man auch die auf diesem Wege entstandenen Regelungen grundsätzlich gleich mit Tarifverträgen behandeln. Nur so wird man den verfassungsrechtlichen Vorgaben zu beiden Seiten gerecht. Andernfalls droht eine Beschneidung des Selbstbestimmungsrechts der Kirchen bis hin zur inhaltsleeren Worthülse, die den Kirchen das Selbstbestimmungsrecht zwar formal zubilligt, bei den entscheidenden materiell-rechtlichen Folgen diesen Schritt aber nicht gehen mag.⁶⁶

b) Keine Inhaltskontrolle

38 Seit dem 1.1.2002 unterfallen vorformulierte Bestandteile eines Arbeitsvertrages, wie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) eines jeden Vertrages, der Inhaltskontrolle gemäß den §§ 305 ff. BGB. Zu berücksichtigen sind gemäß § 310 Abs. 4 BGB allein die Besonderheiten des Arbeitsrechts. Der Begriff ist schillernd und seine Ausdeutung fällt schwer.⁶⁷ Setzt man die Inhaltskontrolle mit der Billigkeitskontrolle gleich,⁶⁸ dann würde sich auch die vorliegende Frage

⁶⁵ Ausführlich zum „Dritten Weg“ und dem Selbstverständnis der Kirche bei der Regelung der Arbeitsbedingungen und dem kirchlichen Tarifsurrogat, s. *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht (o. Fn. 46), S. 78 ff.; speziell auch im Hinblick auf kirchliche Dienstvertragsordnungen, s. *Thomas Ritter*, AGB – Kontrolle kirchlicher Arbeitsvertragsrichtlinien?, in: *NZA* 2005, S. 447 ff.

⁶⁶ Im Ergebnis so auch *Richardi*, der eine Inhaltskontrolle kirchlicher Arbeitsvertragsregelungen entschieden ablehnt, vgl. *Richardi*, AGB-Kontrolle (o. Fn. 64), S. 163; s. auch *Thüsing*, 20 Jahre „Dritter Weg“ (o. Fn. 14), S. 165 ff.

⁶⁷ S. *Gregor Thüsing*, Was sind die Besonderheiten des Arbeitsrechts?, in: *NZA* 2002, S. 591 ff.; *Christian Birnbaum*, Was sind die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“?, in: *NZA* 2003, S. 944 ff.; *Günther Hönn*, Zu den „Besonderheiten“ des Arbeitsrechts, in: *ZfA* 2004, S. 325 ff.

⁶⁸ Hierfür *Georg Annuß*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: Wo geht die Reise hin?, in: *BB* 2002, S. 458 (459); dagegen *Wolfgang Däubler*, Die Auswir-

allein nach den neuen Regelungen des BGB richten. Übernimmt eine kirchliche Arbeitsvertragsrichtlinie im Wesentlichen den Inhalt eines Tarifvertrages, so ist sie gemäß § 310 Abs. 4 S. 3 BGB i.V.m. § 307 Abs. 3 BGB der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB entzogen, denn das BAG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Tarifverträgen eine hinreichende Gewähr für einen angemessenen Interessensausgleich zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite innewohnt, und verzichtet daher auf eine Inhaltskontrolle tarifvertraglicher Regelungen.⁶⁹ Zwar seien die kirchlichen Arbeitsvertragsrichtlinien nicht gänzlich dem Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB entzogen, jedoch sei zu berücksichtigen, dass ihnen eine ähnliche Richtigkeitsgewähr wie Tarifverträgen zukomme. Maßgeblich ist hier ein Erst-Recht-Schluss: Wenn der Gesetzgeber entgegen der vorangegangenen ständigen Rechtsprechung des BAG Betriebsvereinbarungen von einer Inhaltskontrolle freistellt,⁷⁰ dann muss dies erst recht für die Regelungen des Dritten Weges gelten, die bereits in der vorangegangenen Rechtsprechung weitgehend der Inhaltskontrolle entzogen waren und nur dann, wenn sie tarifvertragliche Regelungen nicht im Wesentlichen inhaltsgleich übernahmen, der vergrößerten Billigkeitskontrolle nach § 317 BGB unterfielen.⁷¹ Ausdrücklich geregelt ist im Gesetz allerdings nur der Fall, dass der Arbeitsvertrag selber unmittelbar Bezug auf einen Tarifvertrag nimmt. Nichts anderes kann jedoch gelten, wenn ein Arbeitsvertrag auf ein Regelwerk Bezug nimmt, das seinerseits tarifvertragliche Regelungen übernimmt. Grund für die Ausnahme von der Inhaltskontrolle solcher Vertrags-

kungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht, in: NZA 2001, S. 1329 (1334).

⁶⁹ Vgl. statt aller BAG v. 6.2.1985 – 4 AZR 275/83, in: EzA Art. 3 GG Nr. 17 = AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Süßwarenindustrie; zuletzt ausdrücklich bestätigt von BAG v. 30.10.2019 – 6 AZR 465/18, juris; siehe auch Nachweise bei *Manfred Löwisch / Volker Rieble*, Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 4. Aufl. 2017, Grundl., Rn. 231.

⁷⁰ BAG v. 26.7.1988 – 1 AZR 156/87, in: DB 1988, S. 2464; BAG v. 7.11.1989 – GS 3/85, in: NZA 1990, S. 815 = DB 1990, S. 1724; BAG v. 26.10.1994 – 10 AZR 482/93, in: NZA 1995, S. 266 = DB 1995, S. 830.

⁷¹ BAG v. 17.4.1996 – 10 AZR 558/95, in: NZA 1997, S. 55 = AP Nr. 24 zu § 611 BGB Kirchendienst m. Anm. *Thüsing*; BAG v. 6.11.1996 – 5 AZR 334/95, in: EzA § 611 BGB Ausbildungshilfe Nr. 16 m. Anm. *Thüsing* = AP Nr. 1 zu § 10 AVR Caritasverband; BAG v. 28.1.1998 – 4 AZR 491/96, in: NZA-RR 1998, S. 424 = AP Nr. 11 zu § 12 AVR-Caritas = ZevKR 44 (1999), S. 90 m. Anm. *Thüsing*; s. auch BAG v. 15.11.2001 – 6 AZR 88/01, in: EzA § 611 BGB Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 48; hierzu auch *Thüsing*, 20 Jahre „Dritter Weg“ (o. Fn. 14), S. 163 (167); *Gregor Thüsing / Martin Börschel*, Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung zum kirchlichen Arbeitsrecht, NZA-RR 1999, S. 561 (564).

vereinbarungen ist, dass sie an der Angemessenheitsvermutung des in Bezug genommenen Tarifvertrages teilhaben; dies gilt auch bei mittelbarer Inbezugnahme.⁷²

- 39 Vor diesem Hintergrund muss die Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle kirchlicher Arbeitsvertragsordnungen betrachtet werden: In einer Entscheidung vom 4.2.1970 wertete das BAG diese noch als allgemeine Arbeitsbedingung, die wie jede arbeitsvertragliche Einheitsregelung der gerichtlichen Billigkeitskontrolle unterliege; eine Auseinandersetzung mit den Einzelheiten deren Zustandekommens erfolgte nicht.⁷³ Erstmals anders eine Entscheidung des 10. Senats vom 17.4.1996⁷⁴: Dort stützte das Gericht eine Billigkeitskontrolle nicht auf das Erfordernis einer Übermachtskontrolle zur Kompensation gestörter Vertragsparität, wie es typischerweise bei arbeitsvertraglichen Einheitsregelungen erfolgt, sondern auf § 317 BGB. Denn die Arbeitsvertragsparteien im kirchlichen Dienst unterstellten sich durch einzelvertragliche Bezugnahme der kirchlichen Arbeitsordnung dem Bestimmungsrecht der Arbeitsvertraglichen Kommission über den jeweiligen Inhalt dieser Ordnung und damit auch über den Inhalt des Arbeitsverhältnisses. § 317 Abs. 1 BGB sei demnach anwendbar, sodass das Gericht die Regelung auf eine grobe Unbilligkeit überprüfte. Der 5. Senat grenzte sich davon in einer Entscheidung vom 6.11.1996 deutlich ab und entschied, dass für die Inhaltskontrolle kirchlicher Arbeitsvertragsrichtlinien die für die Tarifverträge geltenden Maßstäbe heranzuziehen seien jedenfalls soweit „Tarifvertragsregelungen“ (nicht notwendig ganze Tarifverträge) „ganz oder mit im Wesentlichen gleichen Inhalten übernommen werden“⁷⁵. Dem schloss sich der Vierte Senat in einem Urteil vom 28.1.1998 an und verzichtete ebenfalls auf eine Inhaltskontrolle kirchlicher Arbeitsvertragsordnungen;⁷⁶ eine Begründung, warum da, wo tarifvertragliche

⁷² Vgl. Gregor Thüsing, Inhaltskontrolle kirchlicher Arbeitsvertragsrichtlinien, in: ZTR 2005, S. 507 (512).

⁷³ BAG v. 4.2.1976 – 5 AZR 83/75, in: EzA § 242 BGB Gleichbehandlung Nr. 10 = AP Nr. 40 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

⁷⁴ BAG v. 17.4.1996 – 10 AZR 558/95, in: NZA 1997, S. 55 = AP Nr. 24 zu § 611 BGB Kirchendienst m. Anm. Thüsing = ZevKR 42 (1997), S. 62 ff. m. Anm. von Tiling.

⁷⁵ BAG v. 6.11.1996 – 5 AZR 334/95, in: EzA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 16 m. Anm. Thüsing = AP Nr. 1 zu § 10 AVR Caritasverband: „Für die Inhaltskontrolle kirchlicher Arbeitsvertragsrichtlinien sind die für Tarifverträge geltenden Maßstäbe heranzuziehen, soweit Tarifvertragsregelungen ganz oder mit im Wesentlichen gleichen Inhalten übernommen werden“.

⁷⁶ BAG v. 28.1.1998 – 4 AZR 491/96, in: NZA-RR 1998, S. 424 = AP Nr. 11 zu § 12 AVR-Caritas = ZevKR 44 (1999), S. 90 m. Anm. Thüsing.

Regelungen nicht übernommen werden, eine Inhaltskontrolle erforderlich ist, erfolgte nicht mehr. In späteren Entscheidungen wurde dies noch einmal bestätigt.⁷⁷ Heute besteht eine gefestigte Rechtsprechung: Die Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB beschränkt sich bei dynamisch in Bezug genommenen kirchlichen Arbeitsvertragsregelungen auf eine Rechtskontrolle, wenn diese auf dem Dritten Weg nach den einschlägigen Organisations- und Verfahrensvorschriften von einer paritätisch mit weisungsunabhängigen Mitgliedern besetzten Arbeitsrechtlichen Kommission beschlossen wurden. Die paritätische Besetzung und die Unabhängigkeit der Mitglieder der Arbeitsrechtlichen Kommission gewährleisten, dass die Arbeitgeberseite ihre Interessen bei der Festlegung des Inhalts der Arbeitsbedingungen nicht einseitig durchsetzen kann. Dabei handelt es sich um eine im Arbeitsrecht geltende Besonderheit i. S. v. § 310 Abs. 4 S. 2 BGB, die durch eine bloße Rechtskontrolle angemessen zu berücksichtigen ist. Maßstab der Rechtskontrolle ist wie bei Tarifverträgen, ob die Regelung gegen die Verfassung, höherrangiges zwingendes Recht oder die guten Sitten verstößt.⁷⁸ Dies gilt unabhängig davon, ob die auf dem Dritten Weg ordnungsgemäß zustande gekommenen Arbeitsvertragsregelungen tarifliche Regelungen des öffentlichen Dienstes ganz oder mit im Wesentlichen gleichen Inhalten übernehmen.

Diese Entscheidungslinie ist richtig, eben weil die kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen eine gleiche Richtigkeitsgewähr wie Tarifverträge haben. Arbeitsvertragliche Einheitsbedingungen unterliegen einer AGB-Kontrolle, Tarifverträge jedoch nicht (siehe § 310 Abs. 4 S. 2 BGB). Sind die Kampfmittel der Tarifvertrags- und Arbeitskampfparteien gleichgewichtig ausgestaltet, kann jede Partei die andere durch die Androhung von Streik oder Aussperrung dazu bewegen, von der vom anderen jeweils für unrichtig gehaltenen Forderung abzurücken.⁷⁹

40

⁷⁷ BAG v. 15.11.2001 – 6 AZR 88/01, in: EzA § 611 BGB Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 48; BAG v. 19.2.2003 – 4 AZR 11/02, in: AP Nr. 36 zu § 611 BGB Kirchendienst.

⁷⁸ BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 217/11, in: EzA § 611 BGB 2002 Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 23; vgl. BAG v. 19.4.2012 – 6 AZR 677/10, in: AP Nr. 69 zu § 611 BGB Kirchendienst, Rn. 24; BAG v. 22.7.2010 – 6 AZR 847/07, BAGE 135, 163, Rn. 31 f.; BAG v. 22.7.2010 – 6 AZR 170/08, juris, Rn. 61 f. Anders noch BAG v. 17.11.2005 – 6 AZR 160/05, in: EzA § 611 BGB 2002 Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 7.

⁷⁹ Vgl. ausführlich *Wolfgang Enderlein*, Zur Richtigkeitsgewähr der tarifvertraglichen Einigung als Leitgedanken des Arbeitskampfrechts, in: RdA 1995, S. 264 (266).

41 Dementsprechend geht das BAG, wenn auch mit gewissen Unterschieden in der Begründung, so doch in ständiger Rechtsprechung von der Richtigkeitsgewähr auch der Tarifverträge aus.⁸⁰ Beim Zustandekommen der kirchlichen Arbeitsvertragsordnungen besteht nun weder die Möglichkeit der endgültigen Abstandnahme von einer Regelung (denn notfalls entscheidet der Schlichtungsausschuss, die Synode oder der Bischof) noch die Möglichkeit eines Arbeitskampfes. Dennoch ist auch hier eine Richtigkeitsgewähr gegeben, die mit der der Tarifverträge vergleichbar ist. Wie die Modifizierung der Lehre *Schmidt-Rimplers*⁸¹ durch das BAG zeigt, ist es nicht entscheidend, aus welchem Grund von einer angemessenen Berücksichtigung der Interessen beider Vertragspartner auszugehen ist, sondern eben lediglich, dass von ihr auszugehen ist. Werden aber die Arbeitsbedingungen von einer paritätisch besetzten Kommission ausgehandelt, dann spricht im Regelfall eine Wahrscheinlichkeit dafür, dass sich beide Seiten gleichermaßen durchsetzen konnten. Eine geringere Wahrscheinlichkeit für einen angemessenen Interessenausgleich als beim Arbeitskampf besteht hier nicht, da auf Grund der Unwägbarkeiten des Arbeitskampfgeschehens und der nur schwer zu bewertenden Kräfteverhältnisse im Einzelnen eine Aussage auch dort nur für den Regelfall getroffen werden kann.⁸² Bejaht man also eine Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags, muss sie also auch für die kirchliche Arbeitsvertragsordnung bejaht werden. Damit streitet gegen eine Inhaltskontrolle vor allem, dass Tarifverträge einer solchen ebenfalls nicht unterzogen werden, wie dies § 310 Abs. 4 S. 1 BGB eindeutig anordnet – und zwar auch dann, wenn Tarifverträge eben nicht übernommen werden.⁸³

⁸⁰ Vgl. zuletzt BAG v. 24.9.2008 – 6 AZR 76/07, in: NZA 2009, S. 154 m. w. N.: „Tarifverträge sind dazu bestimmt, einen tatsächlichen Machtausgleich zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu schaffen. Sie bieten eine materielle Richtigkeitsgewähr. Im Normalfall werden ihre Regelungen den Interessen beider Seiten gerecht und vermitteln keiner Seite ein unzumutbares Übergewicht“.

⁸¹ *Walter Schmidt-Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, in: AcP 147 (1941), S. 130 ff.; später fortentwickelt in: Zum Vertragsproblem, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser, hg. von Fritz Baur/Josef Esser/Friedrich Kübler/Ernst Steindorff, 1974, S. 3 ff.; vgl. auch *ders.*, Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey, hg. von Rolf Dietz/Alfred Hueck/Rudolf Reinhardt, 1955, S. 1 (5 ff.).

⁸² Vgl. dazu ausführlich *Enderlein*, Richtigkeitsgewähr der tarifvertraglichen Einigung (o. Fn. 79), S. 264 ff.

⁸³ Zutreffend BAG v. 22.7.2010 – 6 AZR 847/07, BAGE 135, 163, Rn. 31.

In die gleiche Richtung weist ein Blick aus dem Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB: Einer Inhaltskontrolle unterliegen nach § 305 Abs. 1 S. 1 BGB nur für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen. Normative Regelungen scheiden demnach von vornherein aus und unterliegen keiner Inhaltskontrolle. Damit lässt sich die Herausnahme der Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen gemäß § 310 Abs. 4 S. 3 BGB aus dem Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle mit guten Gründen als bloß deklaratorische Feststellung begreifen.⁸⁴ Sowohl ein Tarifvertrag, wie auch eine Betriebsvereinbarung wirken unmittelbar sowie auch zwingend und sind damit letztlich keine „Vertragsbedingung“, die einer Inhaltskontrolle zu unterwerfen wäre – gesteht man kirchlichen Arbeitsvertragsregelungen die gleiche oder zumindest eine ähnliche normative Wirkung zu, so wäre ein Hinweis in § 310 Abs. 4 S. 3 BGB nicht zwingend erforderlich, um diese Regelungswerke aus dem Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle auszuschneiden.

42

c) Keine normative Wirkung

Des Weiteren ist in diesem Zusammenhang zu fragen, ob man den kirchlichen Arbeitsvertragsregelungen eine normative Wirkung beimessen oder versagen will. Ein großer Teil der Rechtswissenschaft, vornehmlich auch die Rechtsprechung, spricht den kirchlichen Arbeitsvertragsregelungen eine normative Wirkung ab und führt zur Begründung die Tatsache ins Feld, dass stets eine individualvertragliche Bezugnahme erforderlich sei.⁸⁵ So führte das BAG noch in einer Entscheidung vom 12. 6. 2013⁸⁶ aus:

43

„Er ist vielmehr eine im sog. Dritten Weg beschlossene kirchliche Arbeitsrechtsregelung und damit eine Kollektivvereinbarung besonderer Art, in der allgemeine Bedingungen für die Vertragsverhältnisse der kirchlichen

⁸⁴ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 99.

⁸⁵ So jüngst BAG v. 24. 5. 2018 – 6 AZR 308/17, in: AP BGB § 611 Kirchendienst Nr. 91, Rn. 36–38; BAG v. 22. 3. 2018 – 6 AZR 835/16, juris, Rn. 29; BAG v. 20. 3. 2002 – 4 AZR 101/01, 4 AZR 104/01, in: AP Nr. 53 zu Art. 140 GG = ZTR 2003, S. 296; *Jacob Joussen*, Tarifliche Bindung kirchlicher Arbeitgeber – Konsequenzen aus der Entscheidung des BAG vom 24. 05. 2018 (6 AZR 308/17), in: juris – Die Monatszeitschrift 2018, S. 415 (418); s. auch *Thüsing*, Kirchliches Arbeitsrecht (o. Fn. 46), S. 81 m. w. N.

⁸⁶ BAG v. 12. 6. 2013 – 7 AZR 917/11, in: NZA 2013, S. 1428; s. auch BAG v. 16. 2. 2012 – 6 AZR 573/10, in: NZA 2012, S. 1054; BAG v. 19. 4. 2012 – 6 AZR 677/10, in: NJOZ 2012, S. 1595 = ZTR 2012, S. 468; BAG v. 28. 6. 2012 – 6 AZR 217/11, in: NZA 2012, S. 1440.

Arbeitnehmer durch eine paritätisch zusammengesetzte Arbeitsrechtliche Kommission festgelegt werden. Den Regelungen kommt keine normative Wirkung zu. Sie finden auf das Arbeitsverhältnis – wie vorliegend – nur kraft einzelvertraglicher Bezugnahme Anwendung (vgl. z.B. BAG v. 29.6.2011 – 5 AZR 855/09 – Rn. 20 m. w. N.).“

- 44 In den gleichen Kontext fällt auch eine zuvor vom BAG getroffene Entscheidung vom 29.9.2011⁸⁷ im Zusammenhang mit einer von § 37 Abs. 3 MVG-K⁸⁸ angeordneten unmittelbaren Wirkung kirchenrechtlicher Dienstvereinbarungen:

„Es ist bereits fraglich, ob sich die unmittelbare Wirkung, die das Kirchengesetz Dienstvereinbarungen zuerkennt, auf dem Regime staatlichen Rechts unterfallende Arbeitsverhältnisse erstrecken kann. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entfalten die auf dem sog. Dritten Weg zustande gekommen kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen (Arbeitsvertragsrichtlinien oder BAT-KF) keine normative Wirkung gegenüber Arbeitnehmern, die aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags mit der Kirche oder einer ihrer Einrichtungen verbunden sind. Es bedarf vielmehr stets eines die Regelungen in Kraft setzenden säkularen Akts, typischerweise einer arbeitsvertraglichen Inbezugnahme (vgl. BAG v. 13.11.2002 – 4 AZR 73/01, BAGE 103, 353; BAG v. 20.3.2002 – 4 AZR 101/01, BAGE 101, 9). Für die durch § 37 Abs. 3 MVG-K angeordnete unmittelbare Wirkung kirchenrechtlicher Dienstvereinbarungen gilt möglicherweise nichts anderes (vgl. Schliemann, NZA 2005, 976, 977).“

- 45 Weiterhin könne Arbeitsvertragsordnungen eine normative Geltung insofern nicht zukommen, als bei diesen die ausdrücklich gesetzliche Anordnung der Normenwirkung fehle.⁸⁹ Der ablehnenden Sichtweise hat sich seit jeher eine starke Ansicht widersetzt, die den Arbeitsvertragsordnungen eine unmittelbare und zwingende Wirkung beimessen will. Insbesondere vermag das Argument der fehlenden expliziten gesetzlichen Anordnung der normativen Wirkung nie durchzudringen. Das vorherrschende Schrifttum sieht in der fehlenden Anordnung einer unmittelbaren und zwingenden Wirkung kein unüberbrückbares Hindernis, war doch auch schon die normative Wirkung von Betriebsvereinbarungen durch die Rechtsprechung anerkannt, bevor dies in § 77 Abs. 4 BetrVG 1972 ausdrücklich festgeschrieben wurde.⁹⁰ Die Folge für die Praxis ist damit offensichtlich:

⁸⁷ BAG v. 29.9.2011 – 2 AZR 617/10, BeckRS 2012, 69913.

⁸⁸ Kirchengesetz der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen über Mitarbeitervertretungen vom 21.4.2005 (KABl. S. 76).

⁸⁹ BAG v. 20.3.2002 – 4 AZR 101/01, BAGE 101, 9.

⁹⁰ Vgl. BAG v. 16.3.1956 – GS 1/55 – und BAG v. 25.3.1971 – 2 AZR 185/70, in: AP Nr. 1 und 5 zu § 57 BetrVG; für eine normative Wirkung kirchlicher Arbeitsvertragsordnung sprechen sich aus *Peter von Tiling*, Neues Recht für kirchliche Arbeitsverhältnisse in Niedersachsen, in: RdA 1979,

Ein kirchlicher Arbeitgeber kann in den durch das staatliche Arbeitsrecht gesetzten Grenzen wirksam Arbeitsverträge abschließen, die keine oder nur eine eingeschränkte Bezugnahme auf kirchliche Arbeitsvertragsregelungen vorsehen.⁹¹

d) Bezugnahme auf kirchliche Regelungen

Dynamische Verweisungsklauseln in Arbeitsverträgen kirchlicher Arbeitnehmer sind unabhängig von ihrem konkreten Wortlaut nach der Rechtsprechung dahingehend zu verstehen, dass das gesamte kirchenrechtliche System der Arbeitsrechtsetzung erfasst werden soll.⁹² Bei der Auslegung einer solchen Bezugnahme Klausel ist von der allgemeinen Funktion von Verweisungsklauseln im kirchlichen Arbeitsverhältnis auszugehen. Diese sind grundsätzlich dahin auszuulegen, dass sie dem kirchlichen Arbeitsrecht im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis umfassend Geltung verschaffen. Ein Arbeitnehmer, der einen Arbeitsvertrag mit einem kirchlichen Arbeitgeber schließt, kann davon ausgehen, dass sein Arbeitgeber mit einer im Vertrag enthaltenen dynamischen Bezugnahme Klausel das spezifisch kirchliche Vertragsrecht in seiner jeweiligen Fassung zum Gegenstand des Arbeitsverhältnisses machen und damit in der Regel kirchenrechtlichen Geboten genügen will. Typischerweise liegt es auch im Interesse beider Vertragsparteien, dass das kirchliche Arbeitsrecht durch eine solche Klausel in seiner jeweiligen Fassung zur Anwendung gebracht wird.⁹³

46

S. 103 ff.; *Grethlein*, Die Beilegung sozialer Konflikte in der Kirche (o. Fn. 49), S. 213 ff.; *ders.*, Probleme des Dritten Weges der Kirchen, in: NZA 1986, Beil. 1, S. 18 (23); *Theo Mayer-Maly*, Anm. zu AP Nr. 1 zu § 7 AVR Caritas-Verband; *Pahlke*, Der „Dritte Weg“ (o. Fn. 50), S. 355; *Wilhelm Dütz*, Die „Tarif“-Wirkung von kirchlichen Arbeitsrechtsregelung, in: Tarifaufonomie für ein neues Jahrhundert. Festschrift für Günter Schaub, hg. von Monika Schlachter / Reiner Ascheid / Hans-Wolf Friedrich, 1998, S. 157 (172); *Arno Schilberg*, Die Rechtsnormqualität kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen im Rahmen des Dritten Weges, in: ZevKR 41 (1996), S. 40 ff.; *Thüsing*, 20 Jahre „Dritter Weg“ (o. Fn. 14), S. 165 ff.

⁹¹ BAG v. 24.5.2018 – 6 AZR 308/17, in: MDR 2018, S. 1067; so auch *Joussen*, Tarifliche Bindung kirchlicher Arbeitgeber (o. Fn. 85), S. 419.

⁹² BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 217/11, BAGE 142, 247.

⁹³ Wörtlich und richtig BAG v. 24.5.2018 – 6 AZR 308/17, in: MDR 2018, S. 1067; s. auch BAG v. 23.11.2017 – 6 AZR 683/16, in: ZIP 2018, S. 296, Rn. 12; BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 217/11, BAGE 142, 247, Rn. 40 ff. Dies gilt auch bezüglich der Anwendbarkeit des kirchlichen Mitarbeitervertretungsrechts und der auf dessen Grundlage geschlossenen Dienstvereinbarungen,

e) Regelungen des Dritten Weges bei Betriebsübergang

47 Im Übrigen sind die jeweiligen Arbeitsvertragsregelungen auch dann für Arbeitgeber und Arbeitnehmer grundsätzlich rechtlich verbindlich, wenn z.B. ein Betrieb eines Diakonischen Werkes auf einen nichtkirchlichen Erwerber übertragen wird. Aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf die Arbeitsvertragsregelungen in ihrer jeweils gültigen Fassung gilt dies sogar auch für deren spätere Änderungen und Ergänzungen. Eine dynamische Verweisung auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen gilt auch nach einem Betriebsübergang auf einen weltlichen Erwerber weiter.⁹⁴ Viele gute Gründe sprechen dagegen, doch das BAG hat so entschieden und ist damit für die Praxis verbindlich.

48 In diesem Zusammenhang ist auch § 613a Abs. 1 S. 2 und 3 BGB nicht unmittelbar anwendbar, denn die kollektiven Arbeitsvertragsregelungen des kirchlichen und diakonischen Dienstes sind eben keine Tarifverträge – ihre Grundlage ist nicht das Tarifvertragsgesetz (TVG), sondern das Arbeitsrechtsregelungsgesetz der einzelnen Diözesen und Landeskirchen bzw. deren diakonischer Werke, was auch der bestätigten Rechtsprechung des BAG entspricht.⁹⁵ Auch wenn es die Rechtsprechung bislang so nicht entschieden hat, mag man erwägen, die Regelung analog anzuwenden, denn es besteht eine Rege-

BAG v. 22. 3. 2018 – 6 AZR 835/16, in: NZA 2018, S. 1350, Rn. 47 ff., s. hierzu AP BGB § 611 Kirchendienst Nr. 90 m. Anm. Thüsing / Mathy. Das BAG hat eine normative Wirkung von Dienstvereinbarungen auch in dieser Entscheidung weiterhin offen gelassen, s. auch Anmerkung von Jacob Jousen, Geltung kirchlichen Mitarbeitervertretungsrechts, in: ZMV 2018, S. 208, der sich zutreffenderweise für eine solche normative Wirkung ausspricht, s. *dens.*, Die normative Wirkung kirchlicher Dienstvereinbarungen nach § 36 Abs. 3 MVG-EKD und § 38 Abs. 3a MAVO, in: RdA 2016, S. 320.

⁹⁴ BAG v. 11. 7. 2019 – 6 AZR 40/17, in: NZA-RR 2019, S. 590; BAG v. 21. 6. 2018 – 6 AZR 38/17, in: NZA 2018, S. 1413; BAG v. 23. 11. 2017 – 6 AZR 683/16, in: ZIP 2018, S. 296; BAG v. 30. 8. 2017 – 4 AZR 95/14, BAGE 160, 87, Rn. 44 ff.; zustimmend: Laurie-Ann Klein, in: Arbeitsrecht Aktuell (ArbRAktuell) 2018, S. 69; Jörg Laber, in: öAT 2018, S. 56; Hermann Reichold, Rechtsfolgen des Betriebsübergangs beim Systemwechsel zwischen weltlichem Betrieb und kirchlicher Einrichtung, ZTR 2019, S. 170 (171); eingehend Klaus Bepler, Dynamische Bezugnahme auf Regelwerke des Dritten Weges nach einem Betriebsübergang, ZAT 2016, S. 145; kritisch: Sebastian Roloff, in: Arbeitsrecht Kommentar, hg. von Martin Henssler/Heinz Josef Willemsen/Heinz-Jürgen Kalb, 8. Aufl. 2018, Anh. §§ 305–310 BGB, Rn. 22; Joachim Trebeck, in: Arbeits-Rechtsberater (ArbRB) 2018, S. 101 f.; a.A. noch Thüsing, Kirchliches Arbeitsrecht (o. Fn. 46), S. 55 ff.

⁹⁵ Vgl. zuletzt BAG v. 28. 1. 1998 – 4 AZR 491/96, in: NZA-RR 1998, S. 424 = AP Nr. 11 zu § 12 AVR-Caritas = ZevKR 44 (1999), S. 90 m. Anm. Thüsing.

lungslücke im Gesetz sowie eine vergleichbare Interessenlage des geregelten und des ungeregelten Sachverhaltes: Eine Regelungslücke in Bezug auf die kollektiven Arbeitsvertragsregelungen liegt vor, denn diese werden in § 613a BGB nicht erwähnt. Regelt werden nur der individuelle Arbeitsvertrag und der Tarifvertrag. Wenn auch die Regelungen keine Tarifverträge sind, so sind sie doch nicht wie individuelle Arbeitsverträge zu behandeln, denn sie sind ihrer Natur nach kollektiv und ihr Inhalt bestimmt sich (anders als arbeitsvertragliche Einheitsregelungen) nicht durch die Verhandlungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer und auch nicht durch das einseitige Diktat des Arbeitgebers, sondern durch einen Kompromiss eines paritätisch besetzten Gremiums. Der Inhalt der kirchlichen Arbeitsverhältnisse wird nicht auf dem ersten Weg (Arbeitsvertrag) und auch nicht auf dem zweiten Weg (Tarifvertrag) bestimmt, sondern im Dritten Weg; der aber findet im Gesetz keinen Niederschlag.⁹⁶

Auch liegt eine vergleichbare Interessenlage zum Tarifvertrag vor. Motivation für die Regelung des § 613a Abs. 1 S. 3 BGB war es, dass man einer einheitlichen Behandlung der Arbeitnehmer im Betrieb des Übernehmers den Vorrang vor dem individuellen Bestandsschutz des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB einräumen wollte.⁹⁷ Man hielt dies für zulässig, weil dem Schutz, der durch den einen Tarifvertrag gewährt wird, der Schutz, der durch den anderen Tarifvertrag gewährt wird, entspricht. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass dort, wo ein neuer Tarifvertrag Anwendung findet, die Interessen des Arbeitnehmers hinreichend berücksichtigt werden, auch wenn er nun nach einem anderen Tarifvertrag beschäftigt werden soll. Das trifft in gleichem Maße auf die kirchliche Arbeitsvertragsregelung zu. Auch durch sie ist der Schutz der Arbeitnehmerinteressen hinreichend gewahrt. Die Gründe hierfür hat das BAG bereits in vorangegangener Entscheidung ausdrücklich benannt: Die Kommission ist unabhängig dank der Weisungsfreiheit all ihrer Mitglieder, sie ist paritätisch zusammengesetzt, und es gilt der Grundsatz der Lohngerechtigkeit. Sollen Änderungen des status quo realisiert werden, dann muss sich die

49

⁹⁶ Vgl. *Thüsing*, 20 Jahre „Dritter Weg“ (o. Fn. 14), S. 163 ff.; *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 157 ff.

⁹⁷ *Ulrich Preis*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, hg. von dems./Rudi Müller-Glöge/Ingrid Schmidt, 20. Aufl. 2020, § 613a BGB, Rn. 124; *Rudi Müller-Glöge*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hg. von Franz Jürgen Säcker u.a., Bd. 4, 8. Aufl. 2020, § 613a BGB, Rn. 139; *Reiner Ascheid*, in: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB-RGRK)*, hg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Losebl. Stand 12. Aufl. ab 1975, § 613a BGB, Rn. 117.

Kommission einigen. All dies gewährleistet eine Richtigkeitschance der Arbeitsbedingungen, die als nicht geringer anzusehen ist als die, die durch die Möglichkeit der wechselseitigen Druckausübung im Arbeitskampf erreicht wird.⁹⁸ Dass überdies der Wortlaut des § 613a Abs. 1 S. 2 und 3 BGB nicht zwingende Begrenzung der Anwendung der Norm ist, wird vom Schrifttum auch in anderen Fällen anerkannt. So sind allgemeiner Meinung nach § 613a Abs. 1 S. 2 und 3 BGB auch auf die Dienstvereinbarung nach den Personalvertretungsgesetzen anwendbar, obwohl auch sie nicht im Wortlaut erwähnt ist.⁹⁹

III. Mitarbeitervertretungsrecht der Kirchen

1. Kircheneigene Regelung der Betriebsverfassung

- 50 Die betriebliche Mitbestimmung kann an verschiedenen Ebenen ansetzen: Der Betriebsrat erfasst den Betrieb, der Gesamtbetriebsrat das Unternehmen und der Konzernbetriebsrat die Unternehmensgruppe. Auf allen drei Ebenen stellt sich die Frage der Zuordnung zum kirchlichen Dienst und der Ausklammerung aus dem Geltungsbereich des BetrVG.
- 51 Der staatliche Gesetzgeber zieht den Trennstrich zwischen der Anwendung des BetrVG und den kircheneigenen Regelungen in § 118 Abs. 2 BetrVG. Danach findet das Gesetz generell keine Anwendung auf Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen unbeschadet deren Rechtsform. In ausgedünnter Form ist das BetrVG demgegenüber auf Unternehmen und Betriebe anzuwenden, die zwar konfessionellen, karitativen oder erzieherischen Bestimmungen dienen, die jedoch keine Einrichtung einer Religionsgemeinschaft sind. Diese sind gemäß § 118 Abs. 1 BetrVG nur insoweit ausgespart, als die Eigenart des Unternehmens oder des Betriebes der Anwendung der betrieblichen Mitbestimmung entgegensteht.
- 52 In § 112 Hs. 2 BPersVG wird darüber hinaus bestimmt, dass den Religionsgemeinschaften die selbständige Ordnung eines Personalvertretungsrechts überlassen bleibt. Darin liegt keine die Religions-

⁹⁸ BAG v. 28.1.1998 – 4 AZR 491/96, in: NZA-RR 1998, S. 424 = AP Nr. 11 zu § 12 AVR-Caritas = ZevKR 1999, S. 90 m. Anm. Thüsing.

⁹⁹ Müller-Glöge, in: Münchener Kommentar zum BGB (o. Fn. 97), § 613a BGB, Rn. 152; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (o. Fn. 97), § 613a BGB, Rn. 115.

gemeinschaften bindende Pflicht.¹⁰⁰ Allerdings bringt der Staat durch diese Vorschrift eine Erwartung zum Ausdruck,¹⁰¹ denn die Verfassungsgarantie des kirchlichen Selbstbestimmungsrechtes bezweckt nicht die Schaffung eines rechtsfreien Raumes, sondern die Bildung von Recht entsprechend dem Bekenntnis der Kirche.¹⁰² Der Konkordanz zwischen staatlicher und kirchlicher Ordnung dient es, dass die Kirchen im Mitarbeitervertretungsrecht ein kircheneigenes Betriebsverfassungsrecht geschaffen haben.

Das als Kirchengesetz erlassene Mitarbeitervertretungsrecht ist Kirchenrecht. Es entfaltet jedoch, weil es auf dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstbestimmungsrecht der Kirchen beruht, auch eine Bindung innerhalb der staatlichen Rechtsordnung. Soweit kirchengesetzlich bestimmt ist, dass eine ohne Einhaltung des Beteiligungsverfahrens ausgesprochene Kündigung gegenüber einem Arbeitnehmer unwirksam ist, muss auch das Arbeitsgericht bei einem Rechtsstreit für die Wirksamkeit der Kündigung prüfen, ob der Arbeitgeber die Mitarbeitervertretung beteiligt hat.¹⁰³ Einrichtungen, die staatskirchenrechtlich einer Kirche zugeordnet sind, erhalten durch das kircheneigene Mitarbeitervertretungsrecht eine Betriebsverfassung. Da unter das Selbstbestimmungsrecht fällt, wer als Mitarbeiter in Betracht kommt, spielt für die Geltung des Mitarbeitervertretungsrechts keine Rolle, ob die Arbeitnehmer der Kirche angehören.¹⁰⁴ Das kirchliche Mitarbeitervertretungsrecht hat die karitativen und erzieherischen Einrichtungen, die den Kirchen zugeordnet sind, in ihren Geltungsbereich einbezogen, auch soweit sie rechtlich verselbstständigt sind. Das gilt insbesondere für die Einrichtungen der Caritas und der Diakonie – das Mitarbeitervertretungsrecht gilt dort nicht auf der Grundlage der Satzungsautonomie. Die Zuordnung zur Kirche durch die Satzung ist zwar ebenso wie die kirchenrechtliche Anerkennung als kirchliche Einrichtung eine Voraussetzung, nicht

53

¹⁰⁰ So bereits schon *Johann Frank*, Dienst- und Arbeitsrecht (§ 15), in: HSKR¹, Bd. I, S. 707 Fn. 244; a. A. *Alexander Hollerbach*, Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AÖR 106 (1981), S. 218 (244 Fn. 60).

¹⁰¹ Ebenso BAG v. 11. 3. 1986 – 1 ABR 26/84, in: AP Nr. 25 zu Art. 140 GG.

¹⁰² So *Theo Mayer-Maly*, Erwerbsabsicht und Arbeitnehmerbegriff, 1965, S. 19.

¹⁰³ Vgl. BAG v. 10. 12. 1992 – 2 AZR 271/92, in: AP Nr. 41 zu Art. 140 GG.

¹⁰⁴ Ebenso *Peter Unruh*, in: Hermann v. Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber / Andreas Voßkuhle, Bd. 3, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 92; *Joachim E. Christoph*, Rechtsnatur und Geltungsbereich des kirchlichen Mitarbeitervertretungsrechts, in: ZevKR 32 (1987), S. 47 (60 ff.).

aber der Geltungsgrund, denn die Satzungsautonomie umfasst nicht die Kompetenz zum Erlass einer arbeitsrechtlichen Mitbestimmungsordnung.¹⁰⁵ Die Befugnis, ein Mitarbeitervertretungsrecht zu schaffen, hat nach der Kompetenzverteilung des Staatskirchenrechts die *Religionsgesellschaft*, nicht die *Einrichtung* einer Religionsgesellschaft.¹⁰⁶

- 54 Die Verfassungsgarantie des Selbstbestimmungsrechts bildet damit die Rechtsgrundlage für das Mitarbeitervertretungsrecht. Die Anerkennung als Körperschaft des öffentlichen Rechts hat nur insoweit Bedeutung, als es um die Frage geht, ob eine Einrichtung sich der nach Kirchenrecht maßgeblichen Gesetzgebungsbefugnis, also für die katholische Kirche der Rechtsetzungsgewalt des Bischofs, entziehen kann. Dies ist für den Bereich der verfassten Kirche ausgeschlossen, soweit die öffentlich-rechtliche Ämterorganisation reicht. Ist dagegen eine Einrichtung privatrechtlich organisiert, so ist zwar für die Zuordnung zur Kirche ebenfalls maßgebend, dass sie ihren Auftrag in Verbindung mit den Amtsträgern der Kirche wahrnimmt; es muss aber auch durch die Satzung abgesichert sein, dass die Einrichtung zur Kirche gehört. Deshalb kann in der Satzung festgelegt sein, dass das kirchliche Mitarbeitervertretungsrecht auf die Einrichtung keine Anwendung findet. Darin liegt aber ein Rechtsakt, durch den die Einrichtung sich partiell dem kirchlichen Recht entzieht. Für die Betriebsverfassung handelt es sich nicht mehr um eine Einrichtung der Religionsgemeinschaft, sondern nur noch um ein *Tendenzunternehmen*, sodass Abs. 1 Anwendung findet.

2. Das Mitarbeitervertretungsrecht der katholischen Kirche

a) Rechtsquellen

- 55 Der für die katholische Kirche als Gesamtkirche maßgebliche *Codex Iuris Canonici* gibt keine Regelung über das Mitarbeitervertretungsrecht. Daraus kann aber für den katholischen Bereich nicht abgeleitet werden, dass die Teilkirchen nicht befugt seien, ein Mitarbeitervertretungsrecht zu schaffen. Im Gegenteil hat für den Bereich seiner Diözese der Bischof die Gesetzgebungsgewalt, wenn er sie in

¹⁰⁵ Ebenso BAG v. 10. 12. 1992 – 2 AZR 271/92, in: AP Nr. 41 zu Art. 140 GG.

¹⁰⁶ Siehe *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 228.

Übereinstimmung mit dem vom Papst wahrgenommenen Petrusamt ausübt.

Nach c. 391 § 2 CIC übt der Diözesanbischof für die ihm anvertraute Teilkirche die gesetzgebende Gewalt aus. Das von ihm erlassene Mitarbeitervertretungsrecht gilt nicht nur für die Einrichtungen der verfassten Kirche, sondern auch für die privatrechtlich selbstständigen Einrichtungen.

Auch die Einrichtungen der Orden fallen, soweit es um das Mitarbeitervertretungsrecht geht, unter die Rechtsetzungsbefugnis des Diözesanbischofs. Das gilt nicht nur für Orden bischöflichen Rechts (c. 594 CIC), sondern auch für Orden päpstlichen Rechts, die in Bezug auf die interne Leitung und Rechtsordnung unmittelbar und ausschließlich der Gewalt des Apostolischen Stuhles unterstehen (c. 593 CIC). Daraus folgt nämlich nicht, dass die Geltung einer Mitarbeitervertretungsordnung nur vom Heiligen Stuhl vorgeschrieben werden kann.¹⁰⁷

Des Weiteren enthält Art. 8 GrO die Grundsatzgewährleistung für eine kircheneigene Regelung der Betriebsverfassung durch das Mitarbeitervertretungsrecht, während das Mitarbeitervertretungsrecht der katholischen Kirche im Übrigen auf der *Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung (MAVO)* beruht. Beschlossen wurde sie in ihrer novellierten Fassung von der Bischofskonferenz auf ihrer Vollversammlung am 20. 11. 1995.¹⁰⁸ Sie hat die auf der Vollversammlung am 24. 1. 1977 verabschiedete und auf der Vollversammlung am 25. 11. 1985 geänderte Rahmenordnung novelliert, die ihrerseits die *Rahmenordnung für Mitarbeitervertretungen (MAV)* im kirchlichen und karitativen Dienst, beschlossen von der Vollversammlung des Verbandes der Diözesen Deutschlands am 3. 3. 1971, ersetzt hat. Eine erneute Novellierung erfolgte im Mai 2002¹⁰⁹ sowie am 22. 11. 2010. Die aktuelle Fassung wurde am 19. 6. 2017 beschlossen. Die Rahmenordnung gilt nicht unmittelbar für die Diözesen, denn maßgebend ist die Fassung, die der Ortsbischof ihr gegeben hat. Die Bischöfe haben aber die novellierte Fassung in ihrer Diözese in Kraft gesetzt.¹¹⁰

¹⁰⁷ So *Oswald v. Nell-Breuning*, Arbeitnehmer im kirchlichen Dienst, in: AuR 1979, S. 1 (5).

¹⁰⁸ Abgedruckt in: Arbeitshilfen Nr. 128, hg. vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz.

¹⁰⁹ Hierzu *Gregor Thüsing*, Die Novellierung der MAVO und des MVG EKD, in: KuR 2003, S. 143 ff.

¹¹⁰ So z. B. für die Erzdiözese München und Freising ABl. 1996, S. 218; s. dazu *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 225 f.

b) Geltungsbereich der Mitarbeitervertretungsordnung

59 Die Rahmenordnung und entsprechend die diözesanen Mitarbeitervertretungsordnungen beschränken ihren Anwendungsbereich nicht auf Einrichtungen der verfassten Kirche, sondern beziehen den Deutschen Caritasverband, die Diözesancaritasverbände und sonstige kirchliche und karitative Rechtsträger ohne Rücksicht auf deren Rechtsform ein (§ 1 Abs. 1 MAVO).¹¹¹ Erfasst werden auch die Orden päpstlichen Rechts, da die Mitarbeitervertretungsordnung nicht den Ordensbereich regelt, sondern den vom Orden betriebenen Einrichtungen eine Betriebsverfassung gibt.

60 Die Betriebsverfassung betrifft zwar den Orden und dessen Organisation, wenn er zur Erfüllung seines Auftrags erzieherische oder karitative Einrichtungen betreibt; es handelt sich aber insoweit nicht um den Innenbereich des Ordensinstituts, der unter die dem Orden gewährleistete Autonomie fällt (c. 586 CIC). Einschlägig ist vielmehr, dass gemäß c. 678 § 1 CIC die Ordensleute der Gewalt der Bischöfe unterstehen, soweit eine Angelegenheit die Seelsorge, die öffentliche Abhaltung eines Gottesdienstes und andere Apostolatswerke betrifft. Da die Betriebsverfassung in den Außenbereich des Ordens ragt, hat der Bischof nach dem Prinzip der einheitlichen Leitung der Diözese (c. 394 § 1 CIC) die Befugnis, die Geltung seiner Mitarbeitervertretungsordnung anzuordnen, wenn der Orden in Ausübung seines Apostolats eine Arbeitsorganisation in seinem Bereich einrichtet.¹¹²

c) Organisation der Mitarbeitervertretung

61 In den Dienststellen, Einrichtungen und sonstigen selbständig geführten Stellen werden durch Wahl Mitarbeitervertretungen gebildet.¹¹³ Maßgebend ist wie im staatlichen Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht die arbeitstechnische Organisationseinheit, mit der hier ein kirchlicher Rechtsträger seine Aufgabe erfüllt. Die

¹¹¹ Vgl. zur Rechtsetzungsgewalt des Ortsbischofs *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 230 f.; zustimmend BAG v. 10.12.1992 – 2 AZR 271/92, in: AP Nr. 41 zu Art. 140 GG.

¹¹² Ebenso im Ergebnis *Adolf Thiel*, in: Kommentar zur MAVO, hg. von dems. / Martin Fuhrmann / Manfred Jüngst, 8. Aufl. 2019, § 1, Rn. 30.

¹¹³ Siehe ausführlich zur Errichtung einer Mitarbeitervertretung sowie deren Organisation und Geschäftsführung *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 241 ff.

Rahmenordnung sieht außerdem als Musterregelung vor, dass eine Gesamtmitarbeitervertretung gebildet werden kann, wenn bei einem Dienstgeber mehrere Mitarbeitervertretungen bestehen, und enthält ebenfalls als Muster eine Bestimmung über die Bildung einer „Diözesanen Arbeitsgemeinschaft der Mitarbeitervertretung im (Erz-)Bistum ...“. Die Beteiligungsrechte werden aber nur von der Mitarbeitervertretung und gegebenenfalls der Gesamtmitarbeitervertretung ausgeübt.

d) System der Beteiligung

Die gesetzestechnische Gestaltung der Mitwirkung und Mitbestimmung orientiert sich wie im Mitarbeitervertretungsrecht der evangelischen Kirche am Modell des Personalvertretungsrechts. Nach der MAVO sind Formen der Beteiligung, denen die Beteiligungsfälle zugeordnet sind: Das *Recht der Anhörung und der Mitberatung* (§ 29), das *Vorschlagsrecht* (§ 32), die *Zustimmung* (§§ 33–36) und das *Antragsrecht* (§ 37).¹¹⁴ Ein Recht auf paritätische Mitbestimmung enthalten aber nur die Beteiligungsformen der Zustimmung und des Antragsrechts.

62

3. Das Mitarbeitervertretungsrecht in der evangelischen Kirche

a) Rechtsquellen

Der Rat der EKD hat durch die *Richtlinie für ein Kirchengesetz über Mitarbeitervertretungen in kirchlichen und diakonischen Dienststellen und Einrichtungen* vom 26. 5. 1972¹¹⁵ den Gliedkirchen empfohlen, das Mitarbeitervertretungsrecht nach diesem Muster zu regeln. Die Landeskirchen haben in der Folgezeit eigene Kirchengesetze mit verschiedenem Inhalt erlassen.¹¹⁶ Für das diakonische Werk der EKD erging sogar ohne kirchengesetzliche Absicherung aus-

63

¹¹⁴ S. dazu ausführlich *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 257 ff.

¹¹⁵ ABl. EKD S. 285.

¹¹⁶ *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 272; Die Kirchengesetze sind abgedr. bei *Reinhard Theodor Scheffer / Peter Leser*, Das Mitarbeitervertretungsrecht der evangelischen Kirche und ihrer Diakonie, 2. Aufl., Losebl. Stand 7. Erg.-Lfg. 1990, unter D.

schließlich auf verbandsrechtlicher Grundlage die *Ordnung für die Mitarbeitervertretungen in diakonischen Einrichtungen (Mitarbeitervertretungsordnung – MVO)*.¹¹⁷ Es bot sich daher ein Bild höchster Rechtszersplitterung, bei der unklar blieb, warum die Unterschiede in der rechtlichen Gestaltung vom Wesen und Auftrag der Kirche her gefordert werden.

- 64** Die Synode der Evangelischen Kirche in Deutschland hat zunächst versucht, durch das *Kirchengesetz über Mitarbeitervertretungen in der Evangelischen Kirche in Deutschland (Mitarbeitervertretungsgesetz – MVG.EKD)* vom 6. 11. 1992¹¹⁸ die Rechtszersplitterung zu beseitigen. Dieses regelte das Mitarbeitervertretungsrecht einheitlich „für die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Dienststellen kirchlicher Körperschaften, Anstalten und Stiftungen der Evangelischen Kirche in Deutschland, der Gliedkirchen sowie ihrer Zusammenschlüsse und Einrichtungen der Diakonie“ (§ 1 Abs. 1).¹¹⁹ Das Gesetz trat am 1. 1. 1993 mit Wirkung für die EKD in Kraft (§ 64 Abs. 1). Hingegen trat es mit Wirkung für die Gliedkirchen in Kraft, sofern alle Gliedkirchen hierüber ihr Einverständnis erklärt haben, wobei jeder Gliedkirche unbenommen war, es für ihren Bereich bereits zu einem früheren Zeitpunkt in Geltung zu setzen (§ 64 Abs. 3).¹²⁰ Während eine Gruppe von Landeskirchen¹²¹ landeskirchliche Gesetze verabschiedet hat, die nur wenige Detailabweichungen vom MVG.EKD enthalten und sich eine weitere Gruppe von Landeskirchen zwar am MVG.EKD orientiert hat, dabei aber eine Vielzahl von Abweichungen im Detail vorsieht,¹²² haben sich insgesamt 16 der 20 Gliedkirchen sowie das Diakonische Werk der EKD für die unmittelbare Anwend-

¹¹⁷ Abgedr. mit Erläuterungen in: *Scheffer / Leser*, Mitarbeitervertretungsrecht (o. Fn. 116), unter B.

¹¹⁸ ABL. EKD S. 455.

¹¹⁹ S. zum Gesetz *Reinhard Richardi*, Die Betriebsverfassung der evangelischen Kirche, in: *Arbeitsrecht in der Bewährung. Festschrift für Otto Rudolf Kissel*, hg. von Meinhard Heinze / Alfred Söllner, 1994, S. 967 ff.

¹²⁰ Siehe auch den Überblick in *Detlev Fey / Olaf Rehren*, Kirchengesetz über die Mitarbeitervertretungen in der Evangelischen Kirche in Deutschland. PraxisKommentar, Losebl. Stand 56. Aktualisierung 2019, Einleitung, S. K 19 ff.; dort auch, dass folgende Kirchen das MVG.EKD nicht übernommen, sondern ein eigenes Gesetz in Anlehnung an das MVG.EKD beschlossen haben: die Bremische Evangelische Kirche und die Konföderation Niedersächsischer Kirchen (Hannover, Braunschweig, Oldenburg, Schaumburg-Lippe).

¹²¹ So z.B. die Bremische Evangelische Kirche und Evangelische Kirche im Rheinland.

¹²² So z.B. die Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen.

barkeit des MVG.EKD entschieden.¹²³ Eine Rechtsvereinheitlichung im engeren Sinne wurde angesichts dieser Unterschiede bislang also noch nicht erreicht, wobei zumindest eine weitgehende Angleichung des bis in den Anfang der neunziger Jahre stark zersplitterten Mitarbeitervertretungsrechts innerhalb der verschiedenen evangelischen Kirchen erreicht werden konnte. Am 16. 12. 2013 trat das *Zweite Kirchengesetz über Mitarbeitervertretungen in der Evangelischen Kirche in Deutschland 2013 (Mitarbeitervertretungsgesetz der EKD – MVG-EKD)*¹²⁴ vom 12. 11. 2013 in Kraft, welches das bisher geltende MVG.EKD aufgehoben hat, demgegenüber aber vergleichbare Regelungen vorsieht; eine verbindliche Geltung für den Bereich der Gliedkirchen genießt aber auch das neu gefasste MVG-EKD nicht (siehe Art. 4 Abs. 3). Von der 12. Synode der EKD wurde am 14. 11. 2018 eine Neufassung des MVG.EKD beschlossen. Dieses Kirchengesetz trat für die EKD und das Evangelische Werk für Diakonie und Entwicklung e.V. sowie für die Gliedkirchen, die dem MVG-EKD nach Art. 10a Abs. 2 der Grundordnung der EKD (GO EKD) zugestimmt haben, am 1. 1. 2019 in Kraft. Die Änderungsvorschrift zur Einigungsstelle (§ 36a MVG-EKD) trat zum 1. 1. 2020 in Kraft.

b) Geltungsbereich des Mitarbeitervertretungsgesetzes

Das Mitarbeitervertretungsgesetz gilt, soweit es in Kraft gesetzt ist, nicht nur für die Dienststellen der verfassten Kirche, sondern auch für die Einrichtungen der Diakonie (siehe Art. 3 Abs. 1). Damit zieht es die Konsequenz daraus, dass der diakonische Bereich nach dem Staatskirchenrecht des Grundgesetzes der Kirche zugeordnet ist – kirchliches Recht muss von einem kirchlichen Gesetzgeber geschaffen sein.

Die Regelung des § 118 Abs. 1 BetrVG spiegelt sich inhaltlich in § 1 Abs. 1 MVG-EKD. Wie sind nun beide Normen voneinander abzugrenzen? Es bietet sich an, die kircheneigene Regelung überall da eingreifen zu lassen, wo das Betriebsverfassungsrecht keine Geltung beansprucht, und umgekehrt überall da das Betriebsverfassungsrecht zum Zuge kommen zu lassen, wo das MVG-EKD eine Anwendung der kircheneigenen Regelung nicht gebietet. Eine solche passgenaue Einfügung dürfte in der Praxis regelmäßiger Fall sein, jedoch sind

¹²³ S. Rüdiger Linck, in: Günter Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 184, Rn. 13.

¹²⁴ ABl. EKD S. 425.

Fälle denkbar, in denen sowohl das Kirchengesetz als auch das BetrVG ihrem Wortlaut nach anwendbar zu sein scheinen: In Betrieben, die der Kirche zwar zugeordnet sind, jedoch keinen erzieherischen oder karitativen Zweck erfüllen, greift der Ausschluss des § 118 Abs. 2 BetrVG nicht, jedoch ist ebenso § 1 Abs. 1 MVG-EKD einschlägig. Es stellt sich dann die Frage, welcher Regelung Vorrang zu geben ist. Dies wird vor allem vom Umfang des verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstbestimmungsrechts abhängen. Die wohl herrschende Meinung geht heute zurecht davon aus, dass § 118 Abs. 2 BetrVG durch die Verfassung bereits zwingend vorgegeben ist, er kein höfliches Entgegenkommen des Gesetzgebers an den kirchlichen Arbeitgeber ist, sondern die einzelgesetzliche Konkretisierung des Rechtes kirchlicher Autonomie.¹²⁵ Die kirchliche Dienstgemeinschaft fordert eigenständige Regelungen der Mitarbeitervertretung; diese Gemeinschaft besteht aber nicht allein bei Einrichtungen mit karitativen oder religiösen Zwecksetzungen. Zu Recht fordert die herrschende Meinung daher, dass § 118 Abs. 2 BetrVG alle Einrichtungen der Religionsgemeinschaften erfassen muss, die nach ihrem Selbstverständnis unmittelbar dazu dienen, den Auftrag der Kirchen in dieser Welt zu erfüllen.¹²⁶ Damit bleiben allein reine Wirtschaftsbe-

¹²⁵ S. Gerrit Forst, in: Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung. Kommentar, hg. von Reinhard Richardi, 16. Aufl. 2018, § 118, Rn. 22 ff.; Gerhard Müller, Staatskirchenrecht und normatives Arbeitsrecht – Eine Problemskizze, in: RdA 1979, S. 71 (79); Theo Mayer-Maly, Die arbeitsrechtliche Tragweite des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, in: BB 1977, Beil. zu Heft 24, S. 3 ff.; Hellmut Wißmann, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (o. Fn. 21), Bd. 4, 2019, § 377, Rn. 32; s. auch BVerfG v. 16.10.1968, BVerfGE 24, 236 (244); BVerfG v. 17.2.1981, in: AP Nr. 1, 6, 8 zu Art. 140 GG; tendenziell ebenso Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, hg. von Gerd Engels u. a., 29. Aufl. 2018, § 118, Rn. 55 f.; a.A. Peter Wedde, in: Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, hg. von dems. u. a., 16. Aufl. 2018, § 118, Rn. 123.

¹²⁶ Vgl. Forst, in: BetrVG (o. Fn. 125), § 118, Rn. 185 ff.; ähnlich Bernd Rüthers, Anmerkung zu BVerfG, in: EzA § 118 BetrVG 1972 Nr. 15; s. auch BAG v. 6.12.1977 – 1 ABR 28/77, in: AP Nr. 10 zu § 118 BetrVG 1972: „Eine Stiftung des privaten Rechts ist eine karitative Einrichtung einer Religionsgemeinschaft im Sinne von § 118 Abs. 2 BetrVG, wenn die von ihr wahrzunehmenden Aufgaben sich als Wesens- und Lebensäußerung der Kirche darstellen“. A. A. LAG Hamm v. 5.12.1979, in: DB 1980, S. 696: Das Deutsche Institut für wissenschaftliche Pädagogik, das vom Verband Diözesen Deutschlands in Münster betrieben wird, sei eine wissenschaftliche Einrichtung, die nicht unter § 118 Abs. 2 BetrVG, sondern unter § 118 Abs. 1 BetrVG falle; zustimmend Hansjörg Otto, Toleranz den Arbeitsbeziehungen, in: AuR 1980, S. 289 (299); Christoph Weber, in: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Bd. II, hg. von Günther Wiese u. a., 11. Aufl. 2018, § 118, Rn. 234 ff.

triebe außen vor. Zur Auflösung dieses möglichen Widerspruchs zwischen kirchlicher und staatlicher Regelung ist in der Praxis von § 118 Abs. 1 und 2 BetrVG als dem gegebenen staatlichen Recht auszugehen. Der unterliegt jedoch in seiner Anwendung dem Gebot der verfassungskonformen Auslegung, was in der Rechtsprechung des BAG Niederschlag gefunden hat. Damit benennt § 118 Abs. 2 BetrVG zwei Kriterien zur Ausnahme aus dem Anwendungsbereich des BetrVG: Es muss sich um eine Einrichtung einer Religionsgemeinschaft handeln, und diese muss einem erzieherischen oder karitativen Zweck dienen. Gemäß dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes ist daher nicht die bloße organisatorische Zuordnung zur Kirche einerseits oder die inhaltliche Übereinstimmung zwischen Einrichtung und Religionsgemeinschaft andererseits ausreichend.¹²⁷ Beide Kriterien müssen kumulativ vorliegen.

c) Organisation der Mitarbeitervertretung

Das Mitarbeitervertretungsgesetz kennt wie das Betriebsverfassungsgesetz einen zweistufigen Repräsentationsaufbau. Der primäre Repräsentationsbereich ist die Dienststelle, in der durch Wahl die Mitarbeitervertretung gebildet wird, wenn die Zahl der wahlberechtigten Mitarbeiter in der Regel mindestens fünf beträgt, von denen mindestens drei wählbar sind (§ 5). Bestehen bei einem kirchlichen Rechtsträger oder einer rechtlich selbständigen Einrichtung der Diakonie mehrere Mitarbeitervertretungen, so ist auf Antrag der Mehrheit dieser Mitarbeitervertretungen eine Gesamtmitarbeitervertretung zu bilden, die wie der Gesamtbetriebsrat durch Entsendung entsteht (§ 6). Die Gesamtmitarbeitervertretung ist zuständig für die Aufgaben der Mitarbeitervertretung, soweit sie Mitarbeiter aus mehreren oder allen Dienststellen des jeweiligen Rechtsträgers betreffen.

Das Mitarbeitervertretungsgesetz ermöglicht außerdem, dass mit der Errichtung von Gesamtausschüssen mitarbeitervertretungsrechtliche Einrichtungen für den Bereich einer Gliedkirche, das jeweilige Diakonische Werk sowie für beide Bereiche gemeinsam über die Begrenzung auf die jeweiligen Rechtsträger hinaus geschaffen werden (§§ 54, 55). Sie sind nur als zusätzliche Einrichtungen konzipiert, also nicht befugt, die den Mitarbeitern eingeräumten Beteiligungsrechte auszuüben.

¹²⁷ So aber *Rüthers*, Anmerkung zu BVerfG (o. Fn. 126); a.A. *Weber*, in: Gemeinschaftskommentar zum BetrVG (o. Fn. 126), § 118, Rn. 234 ff.

d) System der Beteiligung

- 69 Die gesetzestechische Gestaltung der Mitwirkung und Mitbestimmung orientiert sich wie nach den Mitarbeitervertretungsgesetzen bisher und wie nach dem Mitarbeitervertretungsrecht der katholischen Kirche nicht am Modell des Betriebsverfassungsgesetzes, sondern am Modell des Bundespersonalvertretungsgesetzes und der Landespersonalvertretungsgesetze. Grund dafür ist die Zuordnung des kirchlichen Dienstes zum öffentlichen Dienst. Das Mitarbeitervertretungsgesetz gliedert die Beteiligung der Mitarbeitervertretung in das Verfahren der *Mitbestimmung* (§ 38), der *eingeschränkten Mitbestimmung* (§ 41) und der *Mitberatung* (§ 45). Entsprechend ordnet es die Beteiligungsfälle zu: §§ 39, 40 MVG-EKD enthalten die Fälle der Mitbestimmung, §§ 42, 43 MVG-EKD die Fälle der eingeschränkten Mitbestimmung, und § 46 MVG-EKD zählt die Mitberatung auf.
- 70 Diese Gesetzestchnik begegnet denselben Bedenken wie im Personalvertretungsrecht. Sachzusammenhänge werden auseinandergerissen, und die Bedeutung der Beteiligung für die Rechtsbeziehung des Dienstgebers zum einzelnen Mitarbeiter bleibt im Dunkeln.
- 71 Während das Mitarbeitervertretungsrecht der katholischen Kirche Dienstvereinbarungen nur in genau bestimmten Fällen zulässt (§ 38 MAVO), kennt das Mitarbeitervertretungsgesetz keine derartige Begrenzung. Es hat sich nach dem Vorbild des Betriebsverfassungsgesetzes für die Betriebsvereinbarungsautonomie entschieden (§ 36). In Anlehnung an den Sprachgebrauch des Personalvertretungsrechts spricht das Gesetz aber von Dienstvereinbarungen. Damit die Einheit des kirchlichen Dienstes als Rechtsprinzip erhalten bleibt, wird der Vorrang des kirchlichen Arbeitsrechtsregelungsverfahrens gewährleistet: Dienstvereinbarungen dürfen Regelungen weder erweitern, einschränken noch ausschließen, die auf Rechtsvorschriften, insbesondere Beschlüssen der Arbeitsrechtlichen Kommission, Tarifverträgen und Entscheidungen des Schlichtungsausschusses nach dem Arbeitsrechtsregelungsgesetz oder allgemeinverbindlichen Richtlinien der Kirche beruhen (§ 36 Abs. 1 S. 2 MVG-EKD). Entsprechend ist wie in § 77 Abs. 3 BetrVG angeordnet: Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch derartige Regelungen vereinbart worden sind oder üblicherweise vereinbart werden, können nicht Gegenstand einer Dienstvereinbarung sein, es sei denn, die genannten Regelungen lassen eine Dienstvereinbarung ausdrücklich zu (§ 36 Abs. 1 S. 3 MVG-EKD). Der Gesetzgeber hat nicht geklärt, wie diese Bestimmung sich zur Regelung über die Mitbestimmung verhält. Zur ent-

sprechenden Bestimmung im staatlichen Betriebsverfassungsgesetz nimmt das BAG an, dass sie einem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 BetrVG nicht entgegensteht (Vorrangtheorie).¹²⁸ Diese Rechtsansicht kann man nicht auf das Mitarbeitervertretungsgesetz übertragen, denn das kirchliche Arbeitsrechtsregelungsverfahren kann nur dann Erfolg haben, wenn es nicht zur Disposition der Mitbestimmung auf betrieblicher Ebene steht.¹²⁹

IV. Gerichtsschutz bei Rechtsstreitigkeiten aus dem kollektiven Arbeitsrecht

1. Rechtsweg zu den staatlichen Arbeitsgerichten

Für Rechtsstreitigkeiten im Bereich der kirchlichen Ordnungen für ein Arbeitsvertragsrecht und des kirchlichen Mitarbeitervertretungsrechts ist der Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten nicht gegeben – im System des staatlichen Gerichtsverfassungsrecht fehlt eine Regelung, die Streitigkeiten im Bereich des kollektiven Arbeitsrechtes einem bestimmten staatlichen Gerichtszweig zuweist.¹³⁰ Mit dem Selbstbestimmungsrecht ist vielmehr den Kirchen zugleich garantiert, auch eine Rechtskontrolle in eigener Verantwortung durchzuführen.¹³¹ Ein staatliches Gericht ist daher nicht zuständig für Streitigkeiten über das Bestehen von Mitbestimmungsrechten¹³² oder kann deshalb nicht darüber entscheiden, wer zur kirchlichen Mitarbeitervertretung wählbar ist¹³³ bzw. ob deren Mitglied Erstattung der Kosten verlangen kann, die ihm durch seine Tätigkeiten für die Mitarbeitervertretung entstanden sind¹³⁴. Wenn dagegen Streitgegen-

72

¹²⁸ BAG v. 24.2.1987 – 1 ABR 18/85, in: AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972; bestätigt durch den Großen Senat des BAG v. 3.12.1991 – GS 1/90, in: AP Nr. 51 und 52 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

¹²⁹ Vgl. *Richardi*, Betriebsverfassung der evangelischen Kirche (o. Fn. 119), S. 980.

¹³⁰ S. *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 290 ff.; ebenso für das kirchliche Mitarbeitervertretungsrecht bereits entschieden von BAG v. 11.3.1986 – 1 ABR 26/84, BAG v. 25.4.1989 – 1 ABR 88/87 und BAG v. 9.9.1992 – 5 AZR 456/91, in: AP Nr. 25, 34 und 40 zu Art. 140 GG.

¹³¹ S. *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 290 ff.; *Ernst Fischermeier*, Die Arbeitsgerichtsbarkeit der katholischen Kirche in Deutschland, in: RdA 2007, S. 193 (195).

¹³² BAG v. 25.4.1989 – 1 ABR 88/87, in: AP Nr. 34 zu Art. 140 GG.

¹³³ BAG v. 11.3.1986 – 1 ABR 26/84, in: AP Nr. 25 zu Art. 140 GG.

¹³⁴ BAG v. 9.9.1992 – 5 AZR 456/91, in: AP Nr. 40 zu Art. 140 GG.

stand eine Rechtsstreitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis ist, entscheidet über sie das staatliche Arbeitsgericht im Urteilsverfahren (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 5 ArbGG). Hängt die Entscheidung von der Anwendung des kirchlichen Mitarbeitervertretungsrechts ab, so haben die Arbeitsgerichte die Kompetenz zur Inzidentkontrolle.¹³⁵ Da aber die Kirche die Kompetenz zur selbständigen Kontrolle des selbstgesetzten Rechts durch kircheneigene Gerichte hat, kann sie durch Kirchengesetze festlegen, dass zur Klärung der Vorfrage ein kirchliches Gericht zuständig ist.¹³⁶

- 73 Dies entspricht auch der Entscheidungslinie der Rechtsprechung: Die staatliche Verpflichtung zur Gewährung von Rechtsschutz erstreckt sich auch auf die Kirchen und ihre karitativen Einrichtungen. Für Streitigkeiten, die ausschließlich die Anwendung kirchlichen Rechts zum Gegenstand haben, sind die staatlichen Gerichte unzuständig. Das folgt aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV. Fragen des bürgerlichen Rechts unterliegen aber als Streitigkeiten aus einem für alle geltenden Gesetz i. S. v. Art. 137 Abs. 3 WRV grundsätzlich der staatlichen Gerichtsbarkeit. Maßgeblich für die Abgrenzung ist der jeweilige Streitgegenstand. Sind die staatlichen Gerichte zuständig, müssen sie auch das kirchliche Recht anwenden, wenn von ihm die Entscheidung des Rechtsstreits abhängt. Sie sind zu einer eigenen Auslegung befugt, wenn sich die Kirchen keine Vorfragenkompetenz vorbehalten haben.¹³⁷

2. Kircheneigene Rechtskontrolle

a) Die kirchliche Arbeitsgerichtsordnung der katholischen Kirche

- 74 Soweit es um das Mitarbeitervertretungsrecht geht, wurde die Aufgabe des gerichtlichen Rechtsschutzes in der katholischen Kirche zu Anfang von den Schlichtungsstellen wahrgenommen, denn diese wurden nicht nur in Regelungsstreitigkeiten, sondern auch in Rechts-

¹³⁵ Vgl. BAG v. 10. 12. 1992 – 2 AZR 271/92, in: AP Nr. 41 zu Art. 140 GG.

¹³⁶ Ebenso Dütz, Kollektivrechtliche Fragen (o. Fn. 57), S. 106. Zur Auslegung kirchlichen Arbeitsrechts durch staatliche Gerichte s. Anton Wirmer, *Sentire cum ecclesia – Zur Auslegung staatlichen Arbeitsrecht durch weltliche Gerichte*, 2019, passim.

¹³⁷ BAG v. 29. 6. 2017 – 6 AZR 485/16, BAGE 159, 305; vgl. BAG v. 30. 4. 2014 – 7 ABR 30/12, BAGE 148, 97, Rn. 20; BAG v. 11. 11. 2008 – 1 AZR 646/07, in: EzA § 4 TzBfG Nr. 19, Rn. 9 m. w. N.

streitigkeiten tätig. Sie hatten daher nicht nur die Funktion einer Einigungsstelle, sondern übten auch eine Kompetenz aus, die im staatlichen Betriebsverfassung- und Personalvertretungsrecht den Arbeits- bzw. Verwaltungsgerichten im Beschlussverfahren übertragen wurde.¹³⁸ Dennoch war es für die Sicherung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts völlig unbefriedigend, dass staatskirchenrechtlich Anerkennung fand, was nach Kirchenrecht nicht vorgesehen war.¹³⁹ Die Besetzung der Schlichtungsstelle entsprach in der katholischen Kirche nicht den Anforderungen, die dort an ein Gericht gestellt wurden (vgl. c. 1420 ff. CIC).¹⁴⁰ Außerdem war bei abschließender Aufzählung der Zuständigkeitsfälle die Rechtsschutzgewährung unvollständig, sodass die Gefahr einer Rechtsschutzlücke bestand.¹⁴¹

Diese Mängel wurden für die katholische Kirche zuerst durch Art. 10 Abs. 2 GrO behoben, wonach bestimmt ist, dass zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten auf den Gebieten der kirchlichen Ordnungen für ein Arbeitsvertragsrecht (KODA-Ordnungen) und des Mitarbeitervertretungsrechts für den gerichtlichen Rechtsschutz unabhängige kirchliche Gerichte gebildet werden. Durch einen Beschluss der Vollversammlung vom 15. 6. 1998 plante – unter Beteiligung der zuständigen Apostolischen Signatur – der Verband der Diözesen Deutschlands in der Folge den Erlass eines diözesanen Gesetzes für eine *Kirchliche Arbeitsgerichtsordnung (KAGO)*. Die novellierte und nunmehr gültige Fassung der KAGO ist durch Beschluss gemäß c. 455 § 1 CIC der Vollversammlung der Deutschen Bischofskonferenz vom 25. 2. 2010 und Anerkennung gemäß einem Dekret des Obersten Gerichtshofs der Apostolischen Signatur vom 25. 3. 2010 mit Wirkung vom 1. 7. 2010 an Stelle der bisherigen Ordnung vom 1. 7. 2005 in Kraft getreten.¹⁴²

75

¹³⁸ So enthielt der abschließend gestaltete Zuständigkeitskatalog des § 41 Abs. 1 MAVO der kath. Kirche, wenn man von Nr. 7 absieht, nur Rechtsstreitigkeiten; vgl. *Kordula Bernards*, Die Schlichtungsstelle im Mitarbeitervertretungsrecht der katholischen Kirche, 1991, S. 40 ff.

¹³⁹ Vgl. auch BAG v. 25. 4. 1989 – 1 ABR 88/87, in: AP Nr. 34 zu Art. 140 GG (unter 3. der Gründe).

¹⁴⁰ Vgl. auch *Bernards*, Schlichtungsstelle (o. Fn. 138), S. 26, 62 f.

¹⁴¹ Vgl. *Bernards*, Schlichtungsstelle (o. Fn. 138), S. 60 f.

¹⁴² S. *Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 292 f.; vgl. den Überblick über Entstehung, Organisation und Zuständigkeit der kirchlichen Arbeitsgerichtsbarkeit von *dems.*, Kirchliche Arbeitsgerichtsordnung für die Bistümer der katholischen Kirche, in: NJW 2005, S. 2744 ff.

- 76 Nach § 1 KAGO wird die Gerichtsbarkeit der katholischen Kirche in Deutschland in kirchlichen Arbeitssachen in erster Instanz durch Kirchliche Arbeitsgerichte, welche im Sinne des § 14 KAGO entweder für eine Diözese selbst (Fulda, Freiburg, Rottenburg) oder gleich für mehrere Diözesen gemeinsam (Bayern, Nordrhein-Westfalen, Mittelraum, Region Nord-Ost) eingerichtet wurden, sowie in zweiter Instanz durch den *Kirchlichen Arbeitsgerichtshof (KAGH)*¹⁴³ gemäß § 21 KAGO mit Sitz in Bonn ausgeübt. Der KAGH entscheidet insoweit abschließend in Rechtsstreitigkeiten auf den Gebieten des Rechts der gemäß Art. 7 GrO gebildeten Kommission zur Ordnung des Arbeitsvertragsrechts (§ 2 Abs. 1 KAGO) und des Rechts der Mitarbeitervertretung sowie der Mitwirkung in Caritas-Werkstätten für Menschen mit Behinderung einschließlich des Wahlverfahrens und des Verfahrens der Einigungsstellen (§ 2 Abs. 2 KAGO). Demgegenüber stellt § 2 Abs. 3 KAGO ausdrücklich klar, dass die Zuständigkeit der Kirchlichen Arbeitsgerichte für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis nicht gegeben ist. Ebenso findet gemäß § 2 Abs. 4 KAGO ein besonderes Verfahren zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit von kirchlichen Rechtsnormen (Normenkontrollverfahren) nicht statt.

b) Die Kirchengerichte der Evangelischen Kirche

- 77 Für die evangelische Kirche sah das MVG.EKD vom 6.11.1992 vor, dass in den in § 63 Abs. 1 genannten Fällen der kirchliche Verwaltungsrechtsweg gegen Beschlüsse der Schlichtungsstelle gegeben ist. Insoweit hatte das Eignungsverfahren vor der Schlichtungsstelle lediglich den Charakter eines außergerichtlichen Vorverfahrens. Der Beschluss der Schlichtungsstelle war aber Zulassungsvoraussetzung für den kirchlichen Verwaltungsrechtsweg. Die Zuständigkeit oblag dem „*Verwaltungsgericht für mitarbeitervertretungsrechtliche Streitigkeiten der Evangelischen Kirche in Deutschland*“ (*VerwG EKD*) mit Sitz in Hannover.¹⁴⁴

¹⁴³ S. dazu *Reinhard Richardi*, Die Rechtsprechung des Kirchlichen Arbeitsgerichtshofs der katholischen Kirche in den Jahren 2006–2010, in: NZA 2011, S. 1185 ff.; *ders.*, Rechtsprechung des Kirchlichen Arbeitsgerichtshofs der katholischen Kirche zu ausgewählten Praxisproblemen, in: NZA 2012, S. 1393 ff.

¹⁴⁴ Das Gericht wurde durch Kirchengesetz v. 12.11.1993 (ABl. EKD S. 515) errichtet. Das Kirchengesetz ist am 1.1.1994 in Kraft getreten (§ 17); s. dazu *Linck*, in: *Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch* (o. Fn. 123), § 184, Rn. 19.

Über eine einheitlich geregelte Gerichtsbarkeit nebst eigener Verfahrensordnung verfügt die evangelische Kirche erst seit dem 1.1.2004, da die noch in unterschiedlichen Kirchengesetzen geregelten Zweige der evangelischen Kirchengerichtsbarkeit durch einen Beschluss der Synode der Evangelischen Kirche in Deutschland zum *Kirchengesetz über die Einrichtung, die Organisation und das Verfahren der Kirchengenichte der Evangelischen Kirche in Deutschland (KiGOrgG.EKD)* vom 6.11.2003¹⁴⁵ erst an eben dieser Stelle neu zusammengefasst wurden.¹⁴⁶ Die Regelungsschwerpunkte des KiGOrgG.EKD bilden nach Art. 2 das *Kirchengerichtsgesetz der Evangelischen Kirche in Deutschland (KiGG.EKD)* betreffend u.a. der Einrichtung und Organisation der verschiedenen Kirchengenichte sowie die umfangreichen Änderungen des MVG.EKD im Sinne des Art. 5. Seine letzte Änderung erfuhr das KiGG.EKD durch Kirchengesetz vom 12.11.2014.¹⁴⁷

78

Die Kirchengenichte haben ihren Sitz in Hannover und sind nach § 1 Abs. 1 KiGG.EKD aufgeteilt in den Verfassungsgerichtshof der Evangelischen Kirche in Deutschland, das Kirchengenicht der Evangelischen Kirche in Deutschland sowie den Kirchengenichtshof der Evangelischen Kirche in Deutschland.¹⁴⁸ Das Kirchengenicht der EKD ist u.a. nach § 5 Abs. 2 KiGG.EKD in erster Instanz für Streitigkeiten in Verfahren nach dem Disziplinalgesetz (Nr. 1) und auf dem Gebiet der Anwendung des Mitarbeitervertretungsgesetzes (Nr. 2) zuständig, während der Kirchengenichtshof der EKD in zweiter Instanz tätig wird (§ 5 Abs. 3 KiGG.EKD). Demgegenüber entscheidet der Verfassungsgerichtshof der EKD gemäß § 5 Abs. 1 KiGG.EKD über die nach dem KiGG.EKD geregelten Angelegenheiten, d.h. Organstreitigkeiten (§ 25 KiGG.EKD) oder Normenkontrollverfahren (§ 26 KiGG.EKD), und in Streitigkeiten nach Art. 32b und 32c der Grundordnung. Außerdem ist nach § 6 KiGG.EKD die Möglichkeit einer Erweiterung der Zuständigkeiten durch die Glied-

79

¹⁴⁵ ABL. EKD S. 408.

¹⁴⁶ S. Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche (o. Fn. 7), S. 297 f.; s. auch Harald Schliemann, Die neue Ordnung der Kirchengerichtsbarkeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland, NJW 2005, S. 392 ff.; Hanns Prütting, in: Claas-Hinrich Germelmann / Hans-Christoph Matthes / Hanns Prütting (Begr.), Arbeitsgerichtsgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2017, Anh. II. Kirchliches Arbeitsgerichtsverfahren, Rn. 9.

¹⁴⁷ ABL. EKD S. 366.

¹⁴⁸ S. dazu Harald Schliemann, Wichtige Entscheidungen des KGH.EKD zum kirchlichen Mitbestimmungsrecht aus den Jahren 2005–2010, in: NZA 2011, S. 1189 ff.

kirchen der evangelischen Kirche sowie gemäß § 7 KiGG.EKD die Möglichkeit einer Einrichtung einer besonderen Gerichtsbarkeit in Streitigkeiten aus Dienst- und Entsendungsverhältnissen vorgesehen.

- 80** Trotz dieser umfassenden Zuständigkeitsregelungen des KiGG.EKD ist im Vorfeld jedoch zu beachten, dass die Normen des KiGG.EKD gemäß § 29 KiGG.EKD bei kollektivrechtlichen Streitigkeiten des Mitarbeitervertretungsrechtes lediglich ergänzend heranzuziehen sind, da die eigentlichen Kernvorschriften in den §§ 56–63 MVG-EKD enthalten sind. In diesem Sinne ergibt sich eine generelle Zuständigkeit der Kirchengerichte für solche Streitigkeiten des Mitarbeitervertretungsrechtes nicht aus dem KiGG.EKD, sondern gemäß § 60 MVG-EKD.

XI.

Die auf Gebäude, Friedhöfe und sonstige Gegenstände bezogenen Rechtsverhältnisse der Religionsgemeinschaften

§ 60

Recht der kirchlichen Sachen (res sacrae)

Von Peter Axer

I. Begriff und Gegenstand	1–5
1. Res sacrae	2
2. Kirchliche Sachen	3
3. Kirchliche öffentliche Sachen	4
4. Res sacrae als Ausgangspunkt	5
II. Entwicklung und Schutz der res sacrae	6–10
1. Historische Bedeutung	6–7
2. Schutz der res sacrae als öffentliche Sachen	8
3. Besonderer straf- und zwangsvollstreckungsrechtlicher Schutz	9–10
III. Das Recht der öffentlichen Sachen und die res sacrae	11–33
1. Res sacrae als öffentliche Sachen	13–17
a) Öffentliche Sachen	13
b) Die Nutzung öffentlicher Sachen	14–17
2. Die Widmung als Kurationsakt der öffentlichen Sache	18–27
a) Die Widmung	18–19
b) Kirchliche Widmung und staatliche Anerkennung	20–22
c) Gewohnheitsrechtliche Anerkennung	23–24
d) Formanforderungen an die kirchliche Zweckbestimmung	25
e) Der actus contrarius: Die Entwidmung	26–27
3. Die Theorie des modifizierten Privateigentums	28–32
4. Res sacrae als öffentliche Sachen?	33
IV. Der verfassungsrechtliche Schutz der res sacrae	34–49
1. Die Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1, 2 GG)	34–35

2. Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV)	36–38
3. Der Körperschaftsstatus (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 WRV)	39–42
4. Die Kirchengutsgarantie (Art. 140 GG i. V. m. Art. 138 Abs. 2 WRV)	43–49
V. Öffentlich-rechtlicher Status für sonstige kirchliche öffentliche Sachen?	50
VI. Der besondere Schutz kirchlicher Sachen	51

I. Begriff und Gegenstand

- 1 Religiöses Wirken der Kirchen erfolgt mit und durch Sachen; es entfaltet sich im Einsatz und in der Verwendung von beweglichen und unbeweglichen Sachen. Die Kirchen bedürfen, um ihre Aufgaben und ihren Dienst in der Welt zu erfüllen, der sächlichen Grundlagen, des materiellen Substrats. Kirchen, Altäre, Altarkerzen, Kelche, Monstranzen, Orgeln, Glocken, Friedhöfe, Pfarrhäuser, Gemeindehäuser, Alten- und Pflegeheime, Krankenhäuser, Schulen oder Kindergärten sind Sachen, die der kirchlichen Tätigkeit dienen und in denen kirchliche Tätigkeit zum Ausdruck gelangt. Im Unterschied zu dem Kirchenvermögen, welches durch seine Erträge, etwa den Einnahmen aus der Verpachtung und Vermietung von Grundstücken und Häusern, der Finanzierung kirchlicher Aufgabe dient (Finanzvermögen), handelt es sich bei den Sachen, die unmittelbar kirchlichen Zwecken dienen, um Verwaltungsvermögen.¹

1. Res sacrae

- 2 Sachen, die unmittelbar gottesdienstlichen Zwecken bzw. der Ausübung des jeweiligen Kultus dienen, werden in Anknüpfung an das

¹ Zu der allgemein üblichen finanzrechtlichen Unterscheidung beim Staatsvermögen zwischen Finanz- und Verwaltungsvermögen: *Josef Isensee*, Staatsvermögen, in: *HStR*³, Bd. V, 2007, § 122, Rn. 20 ff.; zur Übertragbarkeit und Übertragung der Unterscheidung auf das Kirchenvermögen: *Axel v. Campenhausen / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 260; *Rainer Mainusch*, Die öffentlichen Sachen der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, 1995, S. 82 ff.

römische Recht als *res sacrae*, als heilige Sachen, bezeichnet². Dabei kann der Kreis der Sachen, die heute zu den *res sacrae* rechnen, durchaus zwischen den Religionsgemeinschaften im Einzelnen differieren, je nachdem, welche Sachen sie nach ihrem jeweiligen Verständnis als zu unmittelbar gottesdienstlichen Zwecken bzw. unmittelbar der Ausübung des jeweiligen Kultus bestimmt ansehen.³ Bei der Bestimmung der *res sacrae* kommt dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften eine besondere Bedeutung zu, doch müssen die Sachen, um als *res sacrae* gelten zu können, unmittelbar dem Gottesdienst oder der Ausübung des Kultus dienen und dazu bestimmt sein, vergleichbar den Kirchengebäuden oder den Kirchenglocken⁴ der christlichen Kirchen. Keine *res sacrae* liegen vor, sofern die Sachen nur allgemein kirchlichen Zwecken zu dienen bestimmt sind, selbst wenn ihre Verwendung und Nutzung Ausdruck des jeweiligen Glaubens sind. Nicht zu den *res sacrae* zählen ferner im Eigentum der Kirchenmitglieder stehende Sachen, an denen keine besonderen kirchlichen Rechte bestehen, etwa Palmzweige, Rosenkränze oder Gebetbücher.⁵

2. Kirchliche Sachen

Sachen, die neben den *res sacrae* als Verwaltungsvermögen unmittelbar kirchlichen Zwecken dienen, etwa Pfarrhäuser oder Alten- und Pflegeheime, können als kirchliche Sachen bezeichnet werden. Oftmals dient der Begriff der kirchlichen Sachen auch als umfassender Oberbegriff unter Einschluss der *res sacrae* für alle Sachen, die unmittelbar kirchlichen Zwecken dienen, so dass er sich dann letztlich mit dem Begriff des Verwaltungsvermögens deckt.

3

² Siehe dazu statt Vieler: *Ernst Forsthoff*, *Res sacrae*, in: AöR 31 (1939/1940), S. 209 ff.; *Mainusch*, *Die öffentlichen Sachen* (o. Fn. 1), S. 8 ff.; *Peter Unruh*, *Religionsverfassungsrecht*, 4. Aufl. 2018, Rn. 304.

³ Nach *Unruh*, ebd., Rn. 304, sollen zu den *res sacrae* nach evangelischer Auffassung die Kirchengebäude, die Kirchenglocken und die Friedhöfe zählen, nach katholischer Lesart darüber hinaus unter anderem der Altar und die liturgischen Geräte; zur Abgrenzung siehe auch *Sebastian Klappert*, *Von den heiligen Sachen im säkularen Staat*, in: DÖV 2016, S. 857 (859 f.).

⁴ Zu den Kirchenglocken, auch im Hinblick auf ihre Einordnung als *res sacrae* grundlegend: *Ansgar Hense*, *Glockenläuten und Uhrenschlag*, 1998.

⁵ Vgl. *Mainusch*, *Die öffentlichen Sachen* (o. Fn. 1), S. 87, dort auch zur katholischen Privatkapelle.

3. Kirchliche öffentliche Sachen

- 4 In neuerer Zeit findet vermehrt der Begriff der kirchlichen öffentlichen Sachen Verbreitung.⁶ Dieser wird auf sämtliche kirchlichen Sachen bezogen, denen der Status einer öffentlichen Sache nach staatlichem Recht zukommt. Damit verbindet sich regelmäßig eine Ausweitung des Kreises der kirchlichen Sachen, die öffentliche Sachen sein können, über den Kreis der *res sacrae* hinaus.⁷ Öffentliche Sachen sind demnach ebenfalls Sachen des kirchlichen Verwaltungsvermögens, etwa kirchliche Verwaltungsgebäude oder Krankenhäuser. Andererseits wird der Begriff der kirchlichen öffentlichen Sachen nur auf diejenigen *res sacrae* und kirchlichen Sachen erstreckt, die durch Religionsgemeinschaften gewidmet worden sind, die als Körperschaft des öffentlichen Rechts firmieren. Dahinter steht die Ansicht, dass lediglich diese Religionsgemeinschaften öffentliche Sachen im Sinne des staatlichen Rechts kreieren und halten können: Zwar besäßen ebenso die privatrechtlichen Religionsgemeinschaften *res sacrae* und kirchliche Sachen, jedoch könnten diese Sachen aufgrund der privatrechtlichen Organisationsform nicht den Status einer öffentlichen Sache erlangen. Insoweit wird zugleich deutlich der Begriff der *res sacrae* nicht nur auf die öffentlichen Sachen der körperschaftlich organisierten Religionsgemeinschaften begrenzt⁸, vielmehr erscheint er als Sammelbegriff für die heiligen Sachen aller Religionsgemeinschaften, unabhängig vom Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Sonderstatus. Mit diesem Verständnis verliert der Begriff der *res sacrae* dann allerdings seine traditionelle Verbindung zum Recht der öffentlichen Sachen.

⁶ Vgl. etwa: *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 260 ff.; *Karl-Hermann Kästner*, in: BK, Stand 2018, Art. 140, Rn. 420; *Stefan Koriath*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Losebl. Stand 2018, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 88; *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 1), S. 19 ff., 79 ff.; *ders.*, Das kirchliche öffentliche Sachenrecht, in: ZevKR 38 (1993), S. 26 (47 ff.); *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 2), Rn. 305, der von religionsgemeinschaftlichen öffentlichen Sachen spricht.

⁷ Für ein weites Verständnis bereits: *Werner Weber*, Zur staatskirchenrechtlichen Bedeutung des Rechts der öffentlichen Sachen, in: ZevKR 11 (1964/65), S. 111 (115 ff.).

⁸ Auffallend ist, dass im verwaltungsrechtlichen Schrifttum zum Recht der öffentlichen Sachen weiterhin die Verwendung des Begriffs „*res sacrae*“ überwiegt (vgl. etwa: *Hans-Jürgen Papier*, Recht der öffentlichen Sachen, 3. Aufl. 1998, S. 36), während sich im staatskirchenrechtlichen Schrifttum der Begriff der kirchlichen öffentlichen Sachen immer mehr durchzusetzen scheint.

4. Res sacrae als Ausgangspunkt

Die terminologischen Differenzen beruhen zumeist auf einer unterschiedlichen rechtlichen Begründung und Sichtweise des Status sowie des Schutzes kirchlicher Sachen durch das einfache Recht und das Verfassungsrecht. Historisch gesehen kam vor allem den res sacrae öffentlich-rechtlich organisierter Kirchen ein besonderer Schutz zu, der über und durch das Recht der öffentlichen Sachen gewährleistet wurde, während dies bei den sonstigen kirchlichen Sachen, selbst denjenigen der öffentlich-rechtlichen Kirchen, nicht der Fall war. Kirchenrechtlich genießen von alters her bis heute gerade die res sacrae eine herausgehobene Stellung. So bestimmt für die katholische Kirche can. 1171 CIC/1983: „Heilige Sachen, die durch Weihung oder Segnung zum göttlichen Kult bestimmt sind, sind ehrfürchtig zu behandeln und dürfen nicht zum profanen oder nicht eigentlichen Gebrauch verwendet werden, auch wenn sie im Besitz von Privatleuten sind.“⁹ Angesichts der besonderen kirchlichen Bedeutung der res sacrae sowie der traditionellen Einbeziehung nur der res sacrae öffentlich-rechtlicher Kirchen in das Recht der öffentlichen Sachen liegt es nahe, von diesen ausgehend die Rechtslage kirchlicher Sachen allgemein zu untersuchen und die verfassungsrechtlichen Vorgaben für den Schutz kirchlicher Sachen im Allgemeinen näher zu beleuchten.

5

II. Entwicklung und Schutz der res sacrae

1. Historische Bedeutung

Im römischen Recht waren die res sacrae als res divini iuris dem Rechtsverkehr entzogen und konnten als res extra commercium nicht Gegenstand des Privatrechtsverkehrs sein.¹⁰ Als res sacrae galten die zum öffentlichen Kult einer Gottheit bestimmten Sachen, die diesen Status aufgrund einer Weihehandlung erhielten. Einen vergleichba-

6

⁹ Zu dieser Vorschrift: *Hans Heimerl / Helmuth Pree*, Handbuch des Vermögensrechts der katholischen Kirche, 1993, S. 594 ff.

¹⁰ Zur Bedeutung und Geschichte der res sacrae vgl. etwa: *Forsthoff*, Res sacrae (o. Fn. 2), S. 209 ff.; *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 1), S. 8 ff.; siehe auch: *Christian Meurer*, Heilige Sachen, in: Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, hg. von Karl Freiherr v. Stengel, Bd. 1, 1890, S. 645 ff.

ren Status besaßen zudem die Friedhöfe, die als *res religiosae* den *res divini iuris* zugerechnet wurden.¹¹ Die Sonderstellung der *res sacrae* setzte sich im mittelalterlichen kanonischen Recht fort und fand später Eingang in das gemeine und partikulare Recht. Regelungen über die Sonderstellung der *res sacrae* finden sich etwa im *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis*, der in Bezug auf die Rechtsstellung allerdings noch auf das Kirchenrecht verwies.¹² Dagegen traf das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten in den §§ 160 ff. II 11 selbst ausführliche Regelungen über die rechtliche Behandlung der *res sacrae*.¹³

- 7 Gemeinsam war den Regelungen, dass die *res sacrae* im Unterschied zum römischen Recht keine *res extra commercium* mehr waren, sondern im zivilrechtlichen Eigentum des Staates oder eines Privaten stehen konnten und verkehrsfähig waren.¹⁴ Allerdings war die Verkehrsfähigkeit, soweit die kirchliche Zweckbestimmung reichte, beschränkt. *Res sacrae* konnten zwar veräußert werden, jedoch beeinträchtigte dies nicht die kirchliche Zweckbestimmung. Diese bestand weiterhin fort, so dass der neue Eigentümer die Benutzung der *res sacrae* im Rahmen der Zweckbindung dulden musste.

2. Schutz der *res sacrae* als öffentliche Sachen

- 8 Mit der rechtswissenschaftlichen Entwicklung und Herausbildung des Rechts der öffentlichen Sachen als Teilgebiet des Verwaltungsrechts im 19. Jahrhundert wurden die *res sacrae* den öffentlichen Sachen zugerechnet und Gegenstand sowie Thema des Rechts der öffentlichen Sachen.¹⁵ *Otto Mayer*, der maßgeblich das deutsche Verwaltungsrecht und das Recht der öffentlichen Sachen prägte, ordnete ausdrücklich die Kirchengebäude und die Friedhöfe den öffentlichen Sachen zu: „Noch ist eine ganz eigenartige Gruppe von öffentlichen Sachen zu erwähnen: das sind solche, die ihre besondere Rechtsstellung im Zusammenhang mit kirchlichen Anschauungen und kirchli-

¹¹ Siehe dazu: *Heinrich Honsell*, *Römisches Recht*, 8. Aufl. 2015, S. 50; *Max Kaser / Rolf Knütel / Sebastian Lohsse*, *Römisches Privatrecht*, 21. Aufl. 2017, § 18, Rn. 5 ff.

¹² Teil II, Kap. 1, § 2.

¹³ Vgl. dazu: RGZ 31, 217 ff.; *Forsthoff*, *Res sacrae* (o. Fn. 2), S. 217 f.

¹⁴ Siehe dazu: *Heinrich Tretzel*, *Kirchliche Sachen. Res sacrae*, in: *Seuffert's Blätter für die Rechtsanwendung* 72 (1907), S. 704 ff., 767 ff.

¹⁵ Vgl. *Forsthoff*, *Res sacrae* (Fn. 2), S. 210, 217 ff.

chem Recht erhalten haben.“¹⁶ Die von den Kirchen als Körperschaft des öffentlichen Rechts gewidmeten *res sacrae* werden bis heute regelmäßig als öffentliche Sachen qualifiziert und dem Recht der öffentlichen Sachen unterstellt, das dann zugunsten der Kirchen und zum Schutz der zweckgemäßen Nutzung der *res sacrae* eine öffentlich-rechtliche Sachherrschaft an der Sache vorsieht, obschon sich auch Kritik an dem damit verbundenen öffentlich-rechtlichen Sonderstatus äußert und eine rein zivilrechtliche Behandlung vorgeschlagen wird.¹⁷

3. Besonderer straf- und zwangsvollstreckungsrechtlicher Schutz

Einen besonderen Schutz erfahren einzelne *res sacrae* durch das Strafrecht. Allerdings beschränken sich die jeweiligen Straftatbestände nicht nur und allein auf den Schutz von *res sacrae*. Nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StGB liegt ein besonders schwerer Fall des Diebstahls in der Regel vor, wenn der Täter aus einer Kirche oder einem anderen der Religionsausübung dienenden Gebäude oder Raum eine Sache stiehlt, die dem Gottesdienst gewidmet ist oder der religiösen Verehrung dient. Erfasst werden insoweit ebenso Sachen, die nicht im kirchlichen Sinne geweiht oder gesegnet sind, nicht dagegen Sachen, die nur zum Inventar der Kirche gehören oder nur mittelbar der Religionsausübung dienen wie Opferstöcke oder Gesangbücher.¹⁸ Gemäß § 304 Abs. 1 StGB liegt eine gemeinschädliche Sachbeschädigung vor, wenn rechtswidrig Gegenstände der Verehrung einer im Staat bestehenden Religionsgesellschaft oder Sachen, die dem Gottesdienst gewidmet sind, oder Grabmäler beschädigt oder zerstört werden.¹⁹

Nach § 882a ZPO ist die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung gegenüber einer Körperschaft des öffentlichen Rechts in Sachen unzulässig, die für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben unentbehrlich sind oder deren Veräußerung ein öffentliches Interesse

¹⁶ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924, Bd. 2, S. 55.

¹⁷ Siehe zur Kritik unten III. 4.

¹⁸ Dazu etwa: Joachim Vogel, in: Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 12. Aufl., hg. von Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann, Bd. 8, 2010, § 243, Rn. 40.

¹⁹ Zur Reichweite der Regelung etwa: Hagen Wolff, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 18), Bd. 10, 2009, § 304, Rn. 3 ff.

entgegensteht.²⁰ Dies gilt auch im Hinblick auf die als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierten Kirchen. Der Ausschluss der Zwangsvollstreckung erfasst nicht nur die Sachen einer Kirche, die sie zur „Erfüllung ihres Auftrags im engeren Sinne (res sacrae) benötigt, sondern auch alle Mittel, die für ihre kirchliche Tätigkeit, für ihre Sendung insgesamt unentbehrlich sind (res circa sacra)“²¹.

III. Das Recht der öffentlichen Sachen und die res sacrae

- 11 Der Sinn und Zweck des staatlichen Rechts der öffentlichen Sachen²² liegt von alters her primär darin, Sachen, die für die Allgemeinheit und das Gemeinwohl von zentraler Bedeutung sind, gegen Zweckentfremdung, gerade durch Entzug oder Veräußerung, zu schützen. Öffentliches Sachenrecht ist insoweit Zwecksicherungsrecht. Neben dem Schutz öffentlicher Sachen widmet sich das Recht der öffentlichen Sachen der Nutzung und der Verwendung von öffentlichen Sachen, indem es etwa Regelungen zum Gemeingebrauch oder zur Sondernutzung, damit zu den Nutzungsrechten an öffentlichen Sachen, trifft. Dem Recht der öffentlichen Sachen kommt somit über die zumeist im Vordergrund stehende Schutzfunktion hinaus

²⁰ Vgl. auch die entsprechenden Regelungen in § 62 Abs. 2 ArbGG (i. V. m. § 882a Abs. 2, 3 ZPO), § 170 Abs. 3 VwGO, § 152 Abs. 3 FGO, § 198 Abs. 1 SGG (i. V. m. § 882a Abs. 2, 3 ZPO).

²¹ BVerfGE 66, 1 (23); zu § 882a ZPO vgl.: *Ulrich Stelkens*, Das Recht der öffentlichen Sachen. Allgemeines Verwaltungsrecht, Besonderes Verwaltungsrecht, Trümmerhaufen – oder was?, in: *VerwArch* 46 (2013), S. 493 (508 f.); *Mark Seibel*, in: Richard Zöller (Begr.), ZPO. Kommentar, 32. Aufl. 2018, § 882a, Rn. 7; siehe auch bezogen auf res sacrae: *Helmut Goerlich*, Zwangsvollstreckung und Kirchengut, in: *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, hg. von Peter Selmer / Ingo von Münch, 1987, S. 557 ff.; *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 1), S. 188 ff.; zum Ausschluss des Insolvenzverfahrens über das Vermögen öffentlich-rechtlich verfasster Religionsgemeinschaften: *Michael Germann*, in: Volker Epping / Christian Hillgruber (Hg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 2. Aufl. 2013, Art. 140 GG, Rn. 95; *Kästner*, in: BK (Fn. 6), Art. 140, Rn. 379 f.

²² Zum Teil wird auch von „öffentlichem Sachenrecht“ gesprochen; siehe zur Terminologie und zum Standort des öffentlichen Sachenrechts im Verwaltungsrecht: *Peter Axer*, Die Widmung als Schlüsselbegriff des Rechts der öffentlichen Sachen, 1994, S. 22 f.; *Stelkens*, Recht der öffentlichen Sachen (Fn. 21), S. 493 ff.

auch die Funktion zu, die Nutzung der öffentlichen Sachen zu regeln, damit eine Nutzungs- oder Verteilungsfunktion.²³

Obschon das Recht der öffentlichen Sachen ein traditionsreiches Rechtsgebiet ist und es als solches lange Zeit unbestritten anerkannt war²⁴, fehlt es bis heute an einer umfassenden Kodifikation. Allgemeine gesetzliche Regelungen, wie sie zu Beginn der dreißiger Jahre des letzten Jahrhunderts etwa in dem dann doch nicht in Kraft getretenen Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg vorgesehen waren, existieren nicht. Gesetzlich findet das Recht der öffentlichen Sachen heute seinen Ausdruck vor allem in den Straßen- und Wegegesetzen des Bundes und der Länder, so dass Straßen und Wege als Paradebeispiel und Muster öffentlicher Sachen gelten können. Ein geschriebenes staatliches öffentliches Sachenrecht der *res sacrae* existiert dagegen in Deutschland nicht.

12

1. Res sacrae als öffentliche Sachen

a) Öffentliche Sachen

Öffentliche Sachen sind Vermögensgegenstände, die unmittelbar einem öffentlichen Zweck dienen und aufgrund ihrer Zweckbestimmung, der Widmung, eine besondere öffentlich-rechtliche Rechtsstellung aufweisen.²⁵ Der Begriff der öffentlichen Sache ist eine im deutschen Verwaltungsrecht gebräuchliche Sammelbezeichnung für Sachen, die wegen ihrer öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung eine

13

²³ Siehe dazu: *Axer*, Widmung als Schlüsselbegriff (o. Fn. 22), S. 23 ff., 218 ff.; *Franz Merli*, Von öffentlichen Sachen zu öffentlichen Nutzungsrechten, in: *Die Verwaltung* 22 (1989), S. 445 ff.; *ders.*, Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch, 1995.

²⁴ Vgl. zum Recht der öffentlichen Sachen als Rechtsgebiet: *Axer*, Widmung als Schlüsselbegriff (o. Fn. 22), S. 23 ff.; zur Kritik: ebd., S. 218 ff.

²⁵ Zum Recht der öffentlichen Sachen vgl. etwa: *Thomas v. Danwitz*, in: *EvStL*⁴, Sp. 2067 ff.; *Steffen Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2018, Rn. 961 ff.; *Wilfried Erbguth/Annette Guckelberger*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 30, Rn. 1 ff.; *Michael Germann*, Die „gesetzlose“ Widmung von Sachen für öffentliche Zwecke, in: *AöR* 128 (2003), S. 458 ff.; *Christian Kessen*, Die Sicherung der Widmung öffentlicher Sachen, 2016; *Martin Kment/Nicole Weber*, Recht der öffentlichen Sachen, in: *JA* 2013, S. 119 ff.; *Papier*, öffentliche Sachen (o. Fn. 8); *ders./Wolfgang Durner*, in: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, hg. von Dirk Ehlers/Hermann Pünder, 15. Aufl. 2016, §§ 38 ff.; *Maximilian Wallerath*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2009, § 14, Rn. 1 ff.; *Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth*, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 74, Rn. 1 ff.

besondere, von anderen Sachen herausgehobene Rechtsstellung aufweisen und nicht allein zivilrechtlichen Regelungen unterliegen. Zu den öffentlichen Sachen zählen neben den *res sacrae* bspw. Straßen, Gewässer, Grünanlagen, Spielplätze, Museen, Stadthallen, Friedhöfe²⁶ oder Verwaltungsgebäude. Der Sachbegriff ist dabei nicht notwendig deckungsgleich mit dem des Zivilrechts nach § 90 BGB, selbst wenn es sich bei den *res sacrae* regelmäßig um körperliche Gegenstände handelt. Unerheblich für den Sachbegriff sind zudem die zivilrechtlichen Vorschriften über Sachzusammenhänge nach den §§ 93 ff. BGB, so dass wesentliche Bestandteile eine selbständige öffentliche Sache oder mehrere selbständige Sachen eine einheitliche öffentliche Sache bilden können.²⁷ Ein Kirchengebäude kann einheitlich als öffentliche Sache gewidmet sein, doch können und werden auch einzelne Gegenstände in der Kirche unterschiedlich gewidmet sein, etwa die Glocken oder der Altar.

b) Die Nutzung öffentlicher Sachen

- 14** Anhand der Nutzungsformen wird regelmäßig unterschieden zwischen den durch den Bürger nutzbaren öffentlichen Sachen im Zivilgebrauch, zu denen die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch, im Sondergebrauch, im Anstalts- oder Einrichtungsgebrauch zählen, und den nur verwaltungsintern nutzbaren öffentlichen Sachen im Verwaltungsgebrauch. Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch, zu denen insbesondere die Straßen gehören, sind ohne besondere Zulassung im Rahmen der Widmung, die sich bei Straßen auf den Verkehr erstreckt, gemeingebrauchlich nutzbar, während bei öffentlichen Sachen im Sondergebrauch, wie bei der wasserwirtschaftlichen Nutzung von Gewässern, die Benutzung regelmäßig einer besonderen Erlaubnis bedarf. Bei öffentlichen Sachen im Anstalts- oder Einrichtungsgebrauch, zu denen insbesondere die kommunalen öffentlichen Einrichtungen zählen, etwa Stadthallen, Bibliotheken oder die Ober-

²⁶ Zu Friedhöfen, die sowohl in kommunaler als auch kirchlicher Trägerschaft betrieben werden können: *Peter Axer*, Friedhöfe als öffentliche Sachen, in: DÖV 2013, S. 165 ff.; *Ulrich Stelkens*, Gemeingebrauch, Sondernutzung und „Hausrecht“ auf Friedhöfen, in: WiVerw 2015, S. 45 ff.

²⁷ Vgl. dazu etwa: *Axer*, Widmung als Schlüsselbegriff (o. Fn. 22), S. 27 f.; von einer Orientierung am Maßstab der §§ 93 ff. BGB ausgehend mit einzelnen Beispielen: *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (Fn. 1), S. 142 ff.

ammergauer Passionsspiele²⁸, bedarf die Nutzung einer, auch konkludent möglichen, Zulassung. Dagegen sind öffentliche Sachen im Verwaltungsgebrauch, zu denen etwa die Verwaltungsgebäude einschließlich des Inventars rechnen, nur zur verwaltungsinternen Nutzung und nicht zur Nutzung durch Dritte bestimmt.

Res sacrae werden zum Teil den öffentlichen Sachen im Anstaltsgebrauch oder, bei nur interner Nutzung, den öffentlichen Sachen im Verwaltungsgebrauch zugeordnet²⁹, zum Teil wird, gerade bei Kirchengebäuden, ebenfalls eine Qualifizierung als Sache im Gemeingebrauch für möglich gehalten.³⁰ Doch passen die sachenrechtlichen Nutzungskategorien nicht auf die res sacrae, weil sie auf staatliche Einrichtungen und deren Nutzung, für die sich etwa auch grundrechtliche Fragen stellen, zugeschnitten sind und sie die Besonderheiten des kirchlichen Nutzungsrechts als Ausfluss des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, etwa beim Besuch einer Kirche, nicht exakt und bruchlos zu erfassen vermögen.³¹

Schon deshalb bestehen auch Bedenken, von den Nutzungskategorien ausgehend die Rechtsnatur des Sachgebrauchs, ob öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich, zu bestimmen.³² Stattdessen ist darauf abzustellen, ob res sacrae von der Kirche als öffentliche Sachen im Rahmen ihrer öffentlich-rechtlichen Zweckbindung benutzt werden oder Nutzungen Dritter in Frage stehen, welche die öffentlich-rechtliche Zweckbindung stören. In diesen Fällen ist die kirchliche Sachnutzung öffentlich-rechtlich zu qualifizieren und der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten zu beschreiten, es sei denn, die Kirche hat sich ausdrücklich für eine privatrechtliche Benutzung entschieden. Für die kontrovers diskutierte Frage der Rechtsnatur und des Rechtswegs in Bezug auf das Glockenläuten³³ ist danach entschei-

²⁸ Auflistung öffentlicher Einrichtungen m. w. N. etwa bei: *Axer*, Widmung als Schlüsselbegriff (o. Fn. 22), S. 138.

²⁹ *Papier*, öffentliche Sachen (o. Fn. 8), S. 37.

³⁰ Siehe dazu: *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 1), S. 154 ff.

³¹ Vgl. *Axer*, Widmung als Schlüsselbegriff (o. Fn. 22), S. 217; *Hense*, Glockenläuten (o. Fn. 4), S. 290. Nach *Weber*, Zur staatskirchenrechtlichen Bedeutung (o. Fn. 7), S. 113, ist „das Aufsuchen der Kirchen zum Gottesdienst, zur Andacht oder aus historischem und künstlerischem Interesse ein Vorgang sui generis und jedenfalls nicht Gemeingebrauch“. Zur Sonderstellung der res sacrae bereits: *Forsthoff*, Res sacrae (o. Fn. 2), S. 220 ff.

³² An die Nutzungskategorien anknüpfend: *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 265; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 2), Rn. 310.

³³ Zur Qualifikation des Glockenläutens: BVerwGE 68, 62 ff.: für das sakrale Glockenläuten öffentlich-rechtlich; BVerwG, in: NJW 1994, S. 956: für

dend, ob das Glockengeläut im Rahmen der kirchlichen Zweckbestimmung als *res sacrae* liegt; in diesem Fall ist es öffentlich-rechtlich zu qualifizieren.

- 17 Gegen eine Übertragung der Nutzungskategorien spricht überdies, dass, konsequent weiter gedacht, Nutzungen, die über den Widmungszweck hinausgehen, als Sondernutzungen bzw. Sonderbenutzungen entsprechend der herkömmlichen Begrifflichkeit im Recht der öffentlichen Sachen gelten müssten, auf die dann regelmäßig zumindest ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung bestünde.³⁴ Doch sind Nutzungen über die kirchliche Zweckbestimmung hinaus mit den Kategorien der Sondernutzung und Sonderbenutzung nicht richtig zu erfassen. Die Nutzung der Kirche über den Zweck des Gottesdienstes hinaus etwa für ein Konzert oder die Nutzung kirchlicher Friedhöfe für touristische oder tierkundliche Führungen ist keine Sondernutzung oder Sonderbenutzung im Sinne des staatlichen Rechts. Aufgrund ihrer kirchenrechtlich vorgegebenen und bestimmten Nutzung sowie ihrer – wie im Weiteren noch zu zeigen sein wird – rechtlichen Sonderstellung bilden die *res sacrae* eine eigenständige Kategorie öffentlicher Sachen.

2. Die Widmung als Kurationsakt der öffentlichen Sache

a) Die Widmung

- 18 Öffentliche Sachen entstehen durch Widmung, mit der der jeweilige öffentliche Sachherr den Zweck festlegt, dem die Sache dienen soll. Die Widmung ist der Kurationsakt der öffentlichen Sache und

das Zeitschlagen privatrechtlich; aus dem Schrifttum m.w.N.: *Hense*, Glockenläuten (o. Fn. 4), S. 298 ff.; *Josef Isensee*, Rechtsschutz gegen Kirchenglocken, in: Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco, hg. von Gerhard Lüke/Georg Ress/Michael R. Will, 1983, S. 301 (314 ff.); *Thomas Troidl*, Zwischen Kirchturm und Minarett: der Lärm Gottes – dürfen Glocken lauter läuten als Muezzine rufen können?, in: DVBl. 2012, S. 925 ff.; allgemein zum sachenrechtlichen Störungsschutz bei widmungsgemäßer Nutzung: *Stelkens*, Recht der öffentlichen Sachen (o. Fn. 21), S. 512 ff.

³⁴ Im Straßenrecht wird eine Nutzung der Straße über den Gemeingebrauch hinaus als Sondernutzung qualifiziert, die der Erlaubnis bedarf (vgl. § 16 Straßengesetz Baden-Württemberg); bei öffentlichen Einrichtungen (Sachen im Anstaltsgebrauch) wird bei Nutzungen über die Widmung hinaus von einer Sonderbenutzung gesprochen; vgl. dazu: *Axer*, Widmung als Schlüsselbegriff (o. Fn. 22), S. 186 ff.

begründet den öffentlich-rechtlichen Sonderstatus der Sache. Die Rechtswirkungen der Widmung treten allerdings erst ein mit der tatsächlichen Indienstnahme der Sache, wobei die Widmung und die Indienstnahme zusammenfallen können.

Während im Straßenrecht die Widmung an strenge Formerfordernisse gebunden ist und regelmäßig in Form eines Verwaltungsakts ergeht, kann sie gerade bei Sachen im Anstalts- und Einrichtungsgebrauch oder im Verwaltungsgebrauch ebenso allgemeiner Ansicht nach konkludent erfolgen. Voraussetzung für die Widmung ist allerdings, dass sie durch einen Träger öffentlicher Gewalt erfolgt und dieser zivilrechtlich die Verfügungsgewalt über die Sache im Umfang der beabsichtigten Widmung besitzt. Soll die Widmung in Bezug auf eine Sache erfolgen, die nicht im Eigentum des Widmenden steht oder an der keine sonstigen Rechte zugunsten des Widmenden existieren, bedarf es der Zustimmung des zivilrechtlich Berechtigten. Die Widmung ist kein Rechtstitel, der es ermöglicht, sich Sachen ohne privatrechtliche Verfügungsgewalt zu verschaffen. Dies gilt ebenso für die kirchliche Widmung einer Sache zur *res sacra*.

19

b) Kirchliche Widmung und staatliche Anerkennung

Bei den *res sacrae* erfolgt die Zweckbestimmung durch einen kirchlichen Akt, in der katholischen Kirche durch *dedicatio* oder *benedictio constitutiva*, in der evangelischen Kirche regelmäßig durch feierliche Ingebrauchnahme. Die kirchliche Zweckbestimmung als innerkirchlicher Rechtsakt ist eine eigene und innere, durch das kirchliche Selbstbestimmungsrecht nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV geschützte Angelegenheit der Religionsgemeinschaft, die ohne staatliche Mitwirkung geschieht. Der Pfarrer oder der Bischof, der eine Zweckbestimmung nach kirchlichem Recht vornimmt, verfügt insoweit nicht selbst zugleich eine Widmung nach staatlichem Recht, denn er wird bei der kirchlichen Zweckbestimmung nicht hoheitlich als „Beliehener“ oder sonst als Behörde im Sinne des staatlichen Verwaltungsrechts tätig. Die kirchliche Zweckbestimmung ist kein Verwaltungsakt im Sinne von § 35 VwVfG.³⁵

20

³⁵ Zumeist wird die Verwaltungsaktqualität abgelehnt, wobei aber die Begründungen sich unterscheiden. Vgl. dazu: *Klappert*, Von den heiligen Sachen (o. Fn. 3), S. 861 f.; *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 6), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 88 m. Fn. 4; *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 1), S. 207 f.; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 2), Rn. 305.

- 21 Selbst wenn aus dem in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV gewährleisteten öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus die Befugnis der Kirchen zu öffentlich-rechtlichem Handeln in allen typischen Äußerungen folgen sollte³⁶, bedeutet dies noch nicht, dass damit die kirchliche Handlung zugleich eine Widmung im Sinne des staatlichen Rechts der öffentlichen Sachen darstellt und entsprechende Folgen auslöst. Vielmehr resultiert selbst aus einem Verständnis des Körperschaftsstatus als öffentlich-rechtlichem Gesamtstatus nur die Einordnung der jeweiligen Handlung als öffentlich-rechtlich, nicht jedoch schon die gleichzeitige Qualifizierung der Handlung als staatliche Widmung mit sachenrechtlichen Folgen im weltlichen Recht. Die kirchliche Glockenweihe und das Glockenläuten mögen dann zwar öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sein, jedoch ist die kirchenrechtliche Weihe der Glocke damit noch nicht eine Widmung im Sinne des staatlichen Rechts.
- 22 Das Problem der fehlenden staatlichen Widmung durch Pfarrer oder Bischof löst sich, wenn die kirchliche Handlung als Anknüpfungspunkt für das staatliche Recht der öffentlichen Sachen und für die Zuerkennung eines öffentlich-rechtlichen Sonderstatus gesehen wird. Dies setzt voraus, dass der Staat der kirchlichen Zweckbestimmung rechtsgestaltende Wirkung im Hinblick auf die Schaffung einer öffentlichen Sache für den staatlichen Bereich in Form einer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zuerkennt. Eine ausdrückliche parlamentsgesetzliche Regelung fehlt insoweit allerdings.

c) Gewohnheitsrechtliche Anerkennung

- 23 Für die *res sacrae* ist jedoch eine rechtliche Sonderstellung in Anknüpfung an die kirchliche Zweckbestimmung gewohnheitsrechtlich³⁷ seit langem anerkannt: „Die Wurzeln eines besonderen Rechts

³⁶ Zur Frage eines „öffentlich-rechtlichen Gesamtstatus“ aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV m.w.N. auf den Streitstand allgemein: *Kästner*, in: BK (o. Fn. 6), Art. 140, Rn. 369; siehe auch: *Jörg Müller-Volbehr*, *Res sacrae* und Sachgebrauch, in: NVwZ 1991, S. 142 ff.; *ders.*, *Körperschaftsstatus* und *Sachenrecht der Kirchen*, in: ZevKR 33 (1988), S. 153 ff.

³⁷ Gewohnheitsrecht setzt eine lang andauernde und allgemeine Übung, die Überzeugung der Beteiligten von der Rechtmäßigkeit und die Formulierbarkeit der Übung als Rechtssatz voraus; siehe dazu: *Fritz Ossenbühl*, *Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat*, in: HStR³, Bd. 5, 2007, § 100, Rn. 57 ff.

der *res sacrae* sind so alt wie Recht und Religion überhaupt³⁸; in „allen Rechtskulturen findet man den *res sacrae* (den heiligen Gebäuden, Stätten und Geräten) eine Sonderstellung zugewiesen“³⁹. Die Sonderstellung war bereits im römischen Recht angelegt und entwickelte sich in der Folgezeit gewohnheitsrechtlich weiter; sie wurde, wie bereits eingangs erwähnt, sogar teilweise kodifiziert. Obschon sich die Konstruktion und das Verständnis der besonderen Rechtsstellung im Laufe der Zeit wandelten, von der *res extra commercium* hin zu einer Qualifizierung als öffentliche Sache, und der Umfang der im Einzelnen einbezogenen Sachen differieren konnte, blieb die besondere rechtliche Stellung der für den Gottesdienst gewidmeten Sachen als solche weiterhin anerkannt und mündete im 19. Jahrhundert in die Qualifikation der *res sacrae* als öffentliche Sachen, die nach wie vor bis heute allgemein anerkannt wird.⁴⁰ Allerdings bezog sich der Status historisch gesehen nur auf die *res sacrae* von Religionsgemeinschaften, die einen öffentlich-rechtlichen Status besaßen.

Gewohnheitsrechtlich folgt aus der kirchlichen Zweckbestimmung der Sache als *res sacra* der Status einer öffentlichen Sache im Sinne des staatlichen Rechts. An die kirchlich vorgenommene Zweckbestimmung knüpft das staatliche Recht die Folgen einer Widmung an, so dass die Sache einen öffentlich-rechtlichen Sonderstatus erlangt und eine öffentlich-rechtliche Sachherrschaft zugunsten der Kirche besteht. Der Status als öffentliche Sache entsteht angesichts des verfassungsrechtlich garantierten kirchlichen Selbstbestimmungsrechts (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV) allerdings nur, soweit der öffentlich-rechtliche Sonderstatus dem Willen der jeweiligen Kirche entspricht.

24

³⁸ So *Bernhard Schlink*, Neuere Entwicklungen im Recht der kirchlichen öffentlichen Sachen, in: NVwZ 1987, S. 633 ff.

³⁹ So *Forsthoff*, *Res sacrae* (o. Fn. 2), S. 209.

⁴⁰ Zur Weitergeltung des Status der *res sacrae* als öffentliche Sache selbst in der DDR: *Helmut Goerlich / Thorsten Schmidt*, *Res sacrae* in den neuen Bundesländern, 2009, S. 28 ff., am Beispiel der Universitätskirche St. Pauli in Leipzig; *Hense*, *Glockenläuten* (o. Fn. 4), S. 293 m. Fn. 65; anders dagegen: *Ludwig Renck*, *Res sacrae* in den neuen Bundesländern, in: LKV 2002, S. 58 ff. – Zum Körperschaftsstatus der Kirchen in der früheren DDR: *Axel v. Campenhausen*, *Staatskirchenrecht in den neuen Bundesländern*, in: HStR¹, Bd. IX, 1997, § 207, Rn. 45 ff.

d) Formanforderungen an die kirchliche Zweckbestimmung

- 25 Damit das staatliche Recht an die kirchliche Zweckbestimmung der Sache als res sacra die Folgen einer Widmung nach staatlichem Recht anknüpfen kann, muss diese hinreichend erkenn- und bestimmbar sein. Da jedoch selbst für die Widmung im staatlichen Recht konkludentes Handeln ausreichen kann und auch schon über das Institut der unvordenklichen Verjährung eine Widmung nachgewiesen werden kann⁴¹, dürfen die Anforderungen insoweit nicht überspannt werden.⁴² Als für das staatliche Recht der öffentlichen Sachen ausreichende kirchliche Zweckbestimmung kann insoweit bereits eine Ingebrauchnahme der Sache als res sacra genügen.

e) Der actus contrarius: Die Entwidmung

- 26 Res sacrae verlieren den Status einer öffentlichen Sache nach staatlichem Recht durch Entwidmung.⁴³ Die Entwidmung stellt den actus contrarius zur Widmung dar und kann nur durch die jeweilige Kirche erfolgen. Sie hat dann nach dem jeweiligen kirchlichen Recht zu erfolgen; auch insoweit ist das staatliche Recht akzessorisch zum kirchlichen Recht. Erfolgt etwa die Profanisierung einer Kirche aus Gründen der Zusammenlegung zweier Gemeinden oder allein aus Kostengründen⁴⁴, so hat zuerst eine Entwidmung zu erfolgen.
- 27 Soll ein Kirchengebäude durch Enteignung seine Zweckbestimmung als res sacra verlieren, bedarf es der kirchlichen Entwid-

⁴¹ Zur unvordenklichen Verjährung in Bezug auf res sacrae: *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 1), S. 208 f.; OLG Brandenburg, KirchE 48, 170 ff.; siehe allgemein auch: BVerfG, in: NVwZ 2009, S. 1158 ff.

⁴² *Hans Michael Heinig*, Res sacrae / öffentliches Sachenrecht, in: 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, hg. von dems./Hendrik Munsonius, 2. Aufl. 2015, lässt zu Recht auch konkludentes Handeln ausreichen.

⁴³ In Betracht kommen kann ein Verlust des Status ebenfalls, wenn die jeweilige Religionsgemeinschaft den Körperschaftsstatus verliert, vgl. *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 1), S. 294 f., dort auch zu den Auswirkungen einer Zerstörung der res sacrae (S. 293 f.). Zur Entwidmung siehe auch *Klappert*, Von den heiligen Sachen (o. Fn. 3), S. 862 ff.

⁴⁴ Siehe dazu: *Beate Paintner*, Kooperation, Fusion und Union katholischer Kirchengemeinden in Deutschland aus rechtlicher Perspektive, 2012, S. 157 ff.; zur Frage, inwieweit kirchliches Vermögen veräußert werden kann: *Burghard Winkel*, Zum Grundsatz der Unveräußerlichkeit kirchlichen Vermögens, in: ZevKR 46 (2001), S. 418 ff.

mung.⁴⁵ Ohne Entwidmung würde eine ansonsten rechtmäßige Enteignung nicht die Zweckbestimmung beeinträchtigen und beseitigen können. Weigert sich die Kirche, die Sache zu entwidmen, so ist vor den Verwaltungsgerichten mittels Leistungsklage auf Entwidmung zu klagen. Die Entwidmung ist ebenso wie die Widmung zwar eine kirchliche Willenserklärung mit Rechtsfolgen im öffentlichen Recht, jedoch kein Verwaltungsakt.

3. Die Theorie des modifizierten Privateigentums

Nach der in Deutschland heute herrschenden Theorie des modifizierten Privateigentums unterliegen öffentliche Sachen dem Privatrecht; sie sind verkehrsfähig und können veräußert oder ersessen werden.⁴⁶ Aufgrund der Widmung besteht an den Sachen jedoch eine öffentlich-rechtliche Sachherrschaft, die das privatrechtliche Eigentum und sonstige nach Privatrecht bestehende Nutzungsrechte vergleichbar einer Dienstbarkeit nach den §§ 1018 ff. BGB überlagert und dem öffentlichen Sachherrn das Recht gibt, auf die Sache einzuwirken, sie zu nutzen und Störungen abzuwehren, um die widmungsgemäße Nutzung zu gewährleisten. Diese Befugnisse hat der öffentliche Sachherr ebenso, wenn die öffentliche Sache nicht in seinem privatrechtlichen Eigentum steht. In diesem Fall hat der private Eigentümer dann die Nutzung zu dulden, so dass entsprechend dem Umfang und dem Inhalt der Widmung das private Eigentum an der öffentlichen Sache beschränkt ist und es bei weit reichender Widmung zu einer leeren Hülle und einem nudum ius werden kann.

Nicht durchsetzen können hat sich in Deutschland die gerade von *Otto Mayer* im Anschluss an das französische Institut des domaine public und an die römisch-rechtliche Konstruktion der res extra commercium entwickelte Theorie des öffentlichen Eigentums⁴⁷. Da-

⁴⁵ Vgl. dazu: *Eva-Maria Kremer*, Die Enteignung von Kirchengebäuden, 2010; vgl. auch: *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 1), S. 176 ff., 277 ff., dort auch speziell zu Ansprüchen auf Entwidmung; *Schlink*, Neuere Entwicklungen (o. Fn. 38), S. 634, 638; *Weber*, Zur staatskirchenrechtlichen Bedeutung (o. Fn. 7), S. 117 f.; zur Enteignung von Friedhöfen: *Günther Holstein*, Enteignungsrecht an Friedhöfen?, in: *VerwArch* 35 (1930), S. 105 ff.

⁴⁶ Vgl. dazu: *Axer*, Friedhöfe (o. Fn. 26), S. 166, sowie die in Fn. 25 genannten Autoren. – Zur Wirkung bezogen auf res sacrae vgl.: *BVerwG*, *KirchE* 53, 328 ff. – Thüna-Altar in der Kirche St. Gertrudis in Augsburg.

⁴⁷ Zum öffentlichen Eigentum: *Peter Axer*, *Otto Mayer*, *Walter Jellinek*, *Ernst Forsthoff* und das Recht der öffentlichen Sachen, in: *Heidelberger The-*

nach sollten an der öffentlichen Sache keine privaten Rechte mehr bestehen, so dass sie dem Privatrechtsverkehr entzogen ist und allein öffentlich-rechtlichen Vorschriften unterliegt. Nur vereinzelt, etwa im baden-württembergischen Wasserrecht oder im hamburgischen Hochwasserschutzgesetz in Bezug auf Deiche, hat die Idee eines öffentlichen Eigentums seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden.

30 Zwar ist die Theorie des modifizierten Privateigentums in Deutschland heute herrschend, doch fehlt es nach wie vor allgemein wie speziell für die *res sacrae* an einer parlamentsgesetzlichen Regelung. Gesetzliche Normen zu einer durch Widmung begründeten, das Privateigentum überlagernden Sachherrschaft finden sich im Wesentlichen nur in den Straßen- und Wegegesetzen des Bundes und der Länder, doch selbst dort eher knapp und kursorisch als umfassend. So heißt es etwa in § 5 Abs. 6 Straßengesetz Baden-Württemberg, dass durch privatrechtliche Verfügungen oder durch Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung über die der Straße dienenden Grundstücke oder Rechte an ihnen die Widmung nicht berührt wird.

31 Die fehlende gesetzliche Normierung wirft verfassungsrechtliche Fragen auf, gerade im Hinblick auf den Vorbehalt des Gesetzes und die grundrechtliche Vereinbarkeit einer das Privateigentum überlagernden öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft, insbesondere mit dem Eigentumsgrundrecht (Art. 14 GG).⁴⁸ Die Problematik zeigt sich deutlich im sog. Hamburger Stadtsiegelfall⁴⁹ zu Beginn der 1990er Jahre, dessen Ausgang zugleich allgemein die Frage nach der Zukunftsfähigkeit des Rechts der öffentlichen Sachen und der dualistischen Konstruktion einer das private Eigentum überlagernden Sachherrschaft aufwirft. Der Prozess betraf die Klage der Hansestadt Hamburg gegen eine Kölner Antiquitätenhändlerin auf Herausgabe des der Stadt abhanden gekommenen IV. Hamburger Stadtsiegels, das von der Kölner Antiquitätenhändlerin, wie der Bundesgerichtshof feststellte, gutgläubig erworben worden war. Der nachfolgenden verwaltungsgerichtlichen Klage auf Herausgabe des Siegels aufgrund einer Widmung als öffentliche Sache gab das Verwaltungsge-

sen zu Recht und Gerechtigkeit, hg. von Christian Baldus / Herbert Kronke / Ute Mager, 2013, S. 267 ff.; siehe auch *Julian Fridrich*, Das öffentliche Eigentum an Gewässern nach dem baden-württembergischen Wasserrecht, 2016.

⁴⁸ Siehe dazu: Axer, Widmung als Schlüsselbegriff (o. Fn. 22), S. 150 ff.

⁴⁹ Zum Hamburger Stadtsiegelfall vgl. BGH, in: NJW 1990, S. 899 ff.; VG Köln, in: NJW 1991, S. 2584 ff.; OVG Münster, in: NJW 1993, S. 2635 ff.; BVerwG, in: NJW 1994, S. 144 f.; Nachweise zum Schrifttum bei: Axer, Widmung als Schlüsselbegriff (o. Fn. 22), S. 166 f.; *Stelkens*, Recht der öffentlichen Sachen (o. Fn. 21), S. 501 ff.

richt Köln auf der Grundlage der Theorie des modifizierten Privateigentums statt, während das Oberverwaltungsgericht Münster die Klage abwies und das Bundesverwaltungsgericht die Nichtzulassung der Revision zurückwies: Für eine das Privateigentum überlagernde öffentliche Sachherrschaft fehle es insoweit an einer gesetzlichen Grundlage; sie lasse sich auch nicht gewohnheitsrechtlich konstruieren. In Folge des Prozesses wurde dann auch vom Recht der öffentlichen Sachen als „Trümmerhaufen“ gesprochen.⁵⁰

Angesichts der Heterogenität der von einem Recht der öffentlichen Sachen erfassten Sachen, ihrer unterschiedlichen Funktion und Wertigkeit sowie der differierenden Regelungen – so knüpfen die Straßen- und Wegegesetze etwa an das traditionelle Recht der öffentlichen Sachen an, während für andere öffentliche Sachen entsprechende gesetzliche Vorschriften fehlen – verbietet sich letztlich eine pauschale und gleiche rechtliche Behandlung aller öffentlichen Sachen. Insoweit fällt es sehr schwer, noch von einem einheitlichen Rechtsgebiet „Recht der öffentlichen Sachen“ zu sprechen.⁵¹ Es ist vielmehr bereichsspezifisch und bezogen auf die jeweilige Sache hin zu untersuchen, ob und inwieweit die Regelungsstrukturen und Grundprinzipien des wissenschaftlich entwickelten Rechts der öffentlichen Sachen existieren.

32

4. Res sacrae als öffentliche Sachen?

Unabhängig von der Frage nach der Existenz und Berechtigung eines ungeschriebenen Rechts der öffentlichen Sachen sieht sich bereits die Einordnung der res sacrae als öffentliche Sachen grundsätzlicher Kritik ausgesetzt.⁵² Bestritten wird schon die Notwendigkeit

33

⁵⁰ Dirk Ehlers, Das öffentliche Sachenrecht – ein Trümmerhaufen, in: NWVBl. 1993, S. 327 ff.; siehe dazu auch: Germann, Widmung (o. Fn. 25), S. 458 ff.; Stelkens, Recht der öffentlichen Sachen (o. Fn. 21), S. 493 ff.

⁵¹ Siehe dazu: Axer, Widmung als Schlüsselbegriff (o. Fn. 22), S. 218 ff.

⁵² Kritik etwa bei: Bernhard Keihl, Das staatliche Recht der res sacrae, 1977, S. 136 ff.; Markus Kleine, Institutionalisierte Verfassungswidrigkeiten im Verhältnis von Staat und Kirche unter dem Grundgesetz, 1993, S. 119 ff.; Michael Kromer, Sachenrecht des Öffentlichen Rechts, 1985, S. 72 ff.; Hansjosef Mayer-Scheu, Grundgesetz und Parität von Religionsgemeinschaften, 1970, S. 204 f.; Ludwig Renck, Res sacrae und Wohnheitsrecht, in: JZ 2001, S. 375 ff.; siehe auch: Schlink, Neuere Entwicklungen (o. Fn. 38), S. 634 ff., 638, der im Ergebnis allerdings noch einen öffentlich-rechtlichen Schutz der res sacrae korporierter Religionsgemeinschaften annimmt.

eines speziellen öffentlich-rechtlichen Sonderstatus und Schutzes der *res sacrae* durch das Recht der öffentlichen Sachen: Das bürgerliche Recht gewähre gleichen Schutz wie das öffentliche Recht, denn das Recht der öffentlichen Sachen könne keine Sachherrschaft über Gegenstände geben, die nicht der zivilrechtlichen Verfügungsgewalt der Kirchen unterstünden oder bei deren Widmung der zivilrechtlich Berechtigte nicht zugestimmt habe. Daneben werden insbesondere verfassungsrechtliche Zweifel an der Zulässigkeit einer durch Widmung begründeten öffentlichen Sachherrschaft geäußert: Weder der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1, 2 GG) noch den staatskirchenrechtlichen Bestimmungen der Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 ff. WRV lasse sich eine Garantie oder Rechtfertigung eines öffentlich-rechtlichen Sonderstatus der *res sacrae* entnehmen; es fehle schon an einer verfassungsrechtlich gebotenen parlamentsgesetzlichen Grundlage.

IV. Der verfassungsrechtliche Schutz der *res sacrae*

1. Die Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1, 2 GG)

34 Das Grundrecht der Religionsfreiheit⁵³ gewährleistet als Kollektivgrundrecht sämtlichen Religionsgemeinschaften unabhängig davon, ob sie privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich organisiert sind⁵⁴, den Gebrauch und die Unterhaltung von Vermögensgegenständen, wenn und soweit diese der Religionsausübung dienen.⁵⁵ Religiöse Freiheit hängt auch und gerade ab vom Schutz der sächlichen Grundlagen und der Gewährleistung der materiellen Rahmenbedingungen religiöser Betätigung. Geschützt wird durch die Religionsfreiheit das materielle Substrat der Religionsgemeinschaften⁵⁶ sowie

⁵³ Überwiegend wird Art. 4 Abs. 1, 2 GG als einheitliches Grundrecht verstanden, begrifflich wird oftmals von Glaubensfreiheit gesprochen, siehe dazu: *Hans D. Jarass*, in: ders./Bodo Pieroth, Grundgesetz, 15. Aufl. 2018, Art. 4, Rn. 1 f.; kritisch zum einheitlichen Verständnis etwa: *Stefan Muckel*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling, Losebl., Stand 2018, Art. 4, Rn. 5 ff.; *Stefan Mückel*, in: BK, Stand 2018, Art. 4, Rn. 49 ff.

⁵⁴ Zur personellen Reichweite des Schutzes: *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 21), Art. 4, Rn. 29 ff.; *Ute Mager*, in: Grundgesetz. Kommentar, hg. von Ingo v. Münch/Philip Kunig, 6. Aufl. 2012, Art. 4, Rn. 21; *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 53), Art. 4, Rn. 30.

⁵⁵ BVerfGE 99, 100 (119 f.); *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 1), S. 23 ff.

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 99, 100 (120).

das glaubensgeleitete, religionsausübende Handeln an und mit Sachen. Das Grundrecht der Religionsfreiheit ist etwa berührt, wenn der Staat das von einer Religionsgemeinschaft genutzte Gotteshaus entzieht⁵⁷ oder das Glockenläuten beschränkt oder untersagt wird⁵⁸. Der Schutz durch die Religionsfreiheit ist allerdings nicht auf res sacrae beschränkt, sondern bezieht sich auf die kirchlichen Sachen insgesamt. Je mehr jedoch die jeweilige Sache unmittelbar gottesdienstlichen Zwecken dient und ihr die Qualität einer res sacra zukommt, umso höher und strenger sind die Anforderungen an die Rechtfertigung im Hinblick auf staatliche Nutzungsbeschränkungen oder den Entzug der Sache.⁵⁹

Das Grundrecht der Religionsfreiheit fordert und garantiert nicht den Schutz der res sacrae als öffentliche Sachen. Auf welchem Weg, in welcher Form und in welcher Weise der Schutz der res sacrae einfachrechtlich erfolgt, bleibt dem Gesetzgeber überlassen, solange umfangmäßig und inhaltlich ein ausreichender Schutz der für die Religionsausübung notwendigen Sachen gewährleistet bleibt.

35

2. Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV)

Jeder Religionsgemeinschaft kommt nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV das Recht zu, innerhalb der Schranken der für alle geltenden Gesetze ihre Angelegenheiten selbständig zu ordnen und zu verwalten.⁶⁰ Damit räumt das Grundgesetz den Religionsgemeinschaften das Recht ein, selbstbestimmt und ohne staatliche Aufsicht oder Bevormundung über die eigenen Angelegenheiten zu entscheiden. Dazu gehört die Verwaltung des kirchlichen Vermögens als Grundlage und Voraussetzung für die religiöse Betätigung.⁶¹ Das

36

⁵⁷ BVerfGE 99, 100 (118 f.).

⁵⁸ Dazu *Hense*, Glockenläuten (o. Fn. 4), S. 196 ff.

⁵⁹ Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung am Beispiel des Glockenläutens *Hense*, ebd., S. 250 ff.

⁶⁰ Zum kirchlichen Selbstbestimmungsrecht und seinem Verhältnis zum Grundrecht der Glaubensfreiheit vgl. etwa: *Germann*, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 21), Art. 140 GG, Rn. 31 ff.; *Kästner*, in: BK (o. Fn. 6), Art. 140, Rn. 289 ff.; *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 53), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 27 f.

⁶¹ Zur Bedeutung des kirchlichen Vermögens für die Entfaltung der Selbstbestimmung: BVerfGE 99, 100 (120) unter Hinweis auf BVerfGE 66, 1 (20 ff.).

kirchliche Selbstbestimmungsrecht schützt sowohl den Kultus mit und durch Sachen als auch die Vermögensverwaltung allgemein und den Erlass von Regelungen über die Nutzung von Vermögensgegenständen.⁶²

37 Aus dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht folgt keine staatliche Pflicht zur Regelung eines öffentlich-rechtlichen Sonderstatus der res sacrae im staatlichen Recht, selbst wenn das kirchliche Recht eine Sonderstellung der res sacrae vorsieht. Kennt das jeweilige Kirchenrecht für die res sacrae einen besonderen Status, so ist dieser gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV für den staatlichen Bereich nur innerhalb der Schranken der für alle geltenden Gesetze gewährleistet. In Bezug auf die res sacrae sind die Religionsgemeinschaften insoweit grundsätzlich an das Schuld- und Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches als allgemeines Gesetz⁶³ gebunden. Dieses ist allerdings im Hinblick auf die Bedeutung der res sacrae für die jeweilige Religionsgemeinschaft auszulegen. Der Gesetzgeber sowie die Verwaltung und die Rechtsprechung müssen auf die kirchliche Selbstbestimmung umso stärker Rücksicht nehmen, je näher und ausgeprägter die jeweilige Sache gottesdienstlichen Zwecken bzw. der Ausübung des Kultus dient.

38 Ist staatlicherseits für die res sacrae öffentlich-rechtlicher Religionsgemeinschaften ein besonderer öffentlich-rechtlicher Status und ein besonderer öffentlich-rechtlicher Schutz durch das Recht der öffentlichen Sachen vorgesehen, so gilt dann für die res sacrae das Recht der öffentlichen Sachen. Dessen Regelungen erweisen sich wiederum als allgemeine Gesetze im Sinne des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV. Aus dem verfassungsrechtlich gewährleisteten kirchlichen Selbstbestimmungsrecht lässt sich jedoch kein Anspruch auf Aufrechterhaltung oder Schaffung eines öffentlich-rechtlichen Sonderstatus herleiten.

⁶² Vgl.: BVerfGE 66, 1 (19 ff.); v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 106, Stefan Koriath, Freiheit der Kirchen und der Religionsgemeinschaften (§ 97), in: HGR, Bd. IV, 2011, Rn. 32 f.

⁶³ Zu den Anforderungen an das „für alle geltende Gesetz“ als Schranke des Selbstbestimmungsrechts allgemein: Muckel, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 53), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 48 ff.; am Beispiel des Glockenläutens: Hense, Glockenläuten (o. Fn. 4), S. 282 ff.

3. Der Körperschaftsstatus (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV)

Gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 S. 1 WRV bleiben die Religionsgemeinschaften Körperschaften des öffentlichen Rechts, soweit sie es vor Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung bereits waren;⁶⁴ nach S. 2 der Vorschrift ist unter den dort genannten Voraussetzungen ebenso anderen Religionsgemeinschaften auf ihren Antrag hin der Körperschaftsstatus zu verleihen.⁶⁵ Durch den Körperschaftsstatus werden die Kirchen weder in den Staat eingegliedert noch einer besonderen Kirchenhoheit unterworfen, vielmehr ist er ein Mittel zur Entfaltung der Religionsfreiheit und soll die Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Religionsgemeinschaften unterstützen.⁶⁶ Die korporierten Religionsgemeinschaften unterscheiden sich insoweit grundlegend von den Körperschaften des öffentlichen Rechts im verwaltungs- und staatsorganisationsrechtlichen Verständnis, sie nehmen keine Staatsaufgaben wahr, sind nicht in die Staatsorganisation eingebunden und unterliegen keiner staatlichen Aufsicht.⁶⁷ Die korporierten Religionsgemeinschaften sind öffentlich-rechtliche Körperschaften *sui generis*.⁶⁸

In welchem Umfang und mit welchem Inhalt aus dem Körperschaftsstatus öffentlich-rechtliche Befugnisse folgen und zu begründen sind, ist im Einzelnen durchaus noch umstritten. Überwiegend wird angenommen, dass mit dem Körperschaftsstatus als solchem, damit verfassungsunmittelbar und verfassungsrechtlich garantiert, die herkömmlichen Korporationsrechte gewährleistet sind. Dazu rechnen die Organisationshoheit, die Dienstherrenfähigkeit, die

⁶⁴ Zu der Frage, ob dazu auch die Körperschaften zählen, denen der Status unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung verliehen wurde m.w.N.: *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 53), Art. 140 GG/Art. 137 WRV, Rn. 81; siehe auch: *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 21), Art. 140 GG, Rn. 70.1 ff.

⁶⁵ Zu den Voraussetzungen der Verleihung vgl. statt vieler: BVerfGE 102, 370 (384 ff.); *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 21), Art. 140 GG, Rn. 72 ff.; *Kästner*, in: BK (o. Fn. 6), Art. 140, Rn. 385 ff.; *Korioth*, Freiheit der Kirchen (o. Fn. 62), Rn. 49; *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 53), Art. 140 GG/Art. 137 WRV, Rn. 82 ff.; zur Bedeutung des Körperschaftsstatus allgemein: *Hans Michael Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, 2003; *Stefan Magen*, Körperschaftsstatus und Religionsfreiheit, 2004.

⁶⁶ Vgl. nur BVerfGE 102, 370 (387).

⁶⁷ BVerfGE 102, 370 (387 f.).

⁶⁸ *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 53), Art. 140 GG/Art. 137 WRV, Rn. 78.

Rechtsetzungsbefugnis und das Parochialrecht, während in Bezug auf das Besteuerungsrecht oftmals (auch) auf die ausdrückliche Regelung in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 6 WRV verwiesen wird.⁶⁹ Zu den herkömmlichen Korporationsrechten wird vielfach zudem die Befugnis gezählt, durch kirchlichen Rechtsakt eine Widmung nach staatlichem Recht zu verfügen und die Sache zur öffentlichen Sache zu erklären und sie somit dem staatlichen Recht der öffentlichen Sachen zu unterstellen.⁷⁰ In diese Richtung lässt sich ebenso das Bundesverfassungsgericht in der Zeugen-Jehovas-Entscheidung verstehen.⁷¹ Dort weist es dem Körperschaftsbegriff die Funktion eines Mantelbegriffs zu. Dieser sei aber mehr als eine leere Form, weil er den korporierten Religionsgemeinschaften auch eine besondere Rechtsstellung vermittele, die über diejenige privatrechtlich verfasster Religionsgemeinschaften hinausgehe: „Mit dem Körperschaftsstatus werden ihnen bestimmte hoheitliche Befugnisse übertragen, sowohl gegenüber ihren Mitgliedern – etwa beim Besteuerungsrecht und der Dienstherrenfähigkeit – als auch – bei der Widmungsbefugnis – gegenüber Anderen.“⁷²

41 Gegenüber einer Herleitung und Begründung des öffentlich-rechtlichen Sonderstatus aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV erheben sich Bedenken.⁷³ Bereits die Annahme, der Pfarrer oder der Bischof nehme mit der kirchlichen Zweckbestimmung zugleich eine staatliche Widmung vor, die aus sich heraus den öffentlich-recht-

⁶⁹ Vgl. v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 1), S. 251 ff.; Muckel, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 53), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 96 ff.; Stefan Mückl, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: HStR³, Bd. 7, 2009, § 159, Rn. 107; siehe auch: Martin Morlok, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 91 ff.

⁷⁰ Vgl. Jarass, in: ders. / Pieroth (o. Fn. 53), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 25; Kästner, in: BK (o. Fn. 6), Art. 140, Rn. 420; Koriath, Freiheit der Kirchen (o. Fn. 62), Rn. 51; Mainusch, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 1), S. 59 ff.; Morlok, in: Dreier (o. Fn. 69), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 98 f.; Muckel, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 53), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 99; Mückl, Grundlagen (o. Fn. 69), Rn. 107; Unruh, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 2), Rn. 303.

⁷¹ BVerfGE 102, 370 (388).

⁷² BVerfGE 102, 370 (388).

⁷³ Siehe dazu: Axer, Widmung als Schlüsselbegriff (o. Fn. 22), S. 210 f.; ders., Der verfassungsrechtliche Schutz der res sacrae durch die Kirchengutsgarantie (Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV), in: Recht in Kirche und Staat. Joseph Listl zum 75. Geburtstag, hg. von Wilhelm Rees, 2004, S. 553 (564 f.); Hense, Glockenläuten (o. Fn. 4), S. 286 ff.; ablehnend gegenüber einer Herleitung aus der Körperschaftsgarantie auch: Renck, Gewohnheitsrecht (o. Fn. 52), S. 376 f.; Schlink, Neuere Entwicklungen (o. Fn. 38), S. 637.

lichen Sonderstatus begründet, ist fernliegend und nicht der Realität kirchlicher Weihehandlungen entsprechend;⁷⁴ diese sind keine Verwaltungsakte. Der widmenden Person wird regelmäßig der Wille fehlen, einen staatlichen Rechtsakt zu setzen. Die kirchliche Handlung bildet allenfalls einen Anknüpfungspunkt für das staatliche Recht.

Unabhängig davon vermag die kirchliche Zweckbestimmung, selbst wenn sie zugleich als staatliche Widmung qualifiziert wird, noch nicht die öffentlich-rechtliche Sonderstellung aus sich heraus und allein zu begründen. Dafür bedarf es erst noch der verwaltungsrechtlichen Regelungen, die diese Sonderstellung begründen und ausgestalten, so wie sie auf einfachrechtlicher Ebene gewohnheitsrechtlich mit dem Recht der öffentlichen Sachen für die *res sacrae* anerkannt sind. Selbst wenn die kirchliche Zweckbestimmung aufgrund des Körperschaftsstatus als öffentlich-rechtlich angesehen und ihr die Qualität einer Widmung beigemessen wird, resultieren damit noch nicht aus dem Körperschaftsstatus verfassungsunmittelbar die rechtlichen Regelungen für die Sonderstellung der *res sacrae* entsprechend denen des Rechts der öffentlichen Sachen. Dies könnte auch ein Grund dafür sein, dass zumeist nur von Widmungsbefugnis und Widmungsrecht gesprochen wird, welche aus dem Körperschaftsstatus folgen sollen, nicht jedoch von einem öffentlich-rechtlichen Sonderstatus. Der Körperschaftsstatus begründet nicht den Sonderstatus der *res sacrae* im staatlichen Recht und setzt ihn nicht, sondern kann ihn allenfalls legitimieren. Er sagt noch nichts über die anwendbaren öffentlich-rechtlichen Regeln und Vorschriften aus; die Geltung des Rechts der öffentlichen Sachen indiziert er nicht.

42

4. Die Kirchengutsgarantie (Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV)

Nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV werden das Eigentum und andere Rechte der Religionsgesellschaften und religiösen Vereine an ihren für Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und sonstigen Vermögen gewährleistet. Die Kirchengutsgarantie hat die Aufgabe, den durch das Grundrecht der Religionsfreiheit und Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV zugesagten Schutz der Stellung und der Freiheit der Kirchen in ihren sächlichen Grundlagen für alle Religionsgemeinschaften unab-

43

⁷⁴ Siehe dazu bereits oben III. 2. b.; vgl. auch: *Hense*, Glockenläuten (o. Fn. 4), S. 289.

hängig von ihrer Organisationsform⁷⁵ zu gewährleisten.⁷⁶ Trotz Fehlens einer ausdrücklichen Schranke entspricht es allgemeiner Ansicht, dass Eingriffe über die Schranke der für alle geltenden Gesetze nach Art. 137 Abs. 3 WRV gerechtfertigt werden können.⁷⁷

- 44 Obschon die Kirchengutsgarantie eine lange Tradition besitzt und sie an die Regelung in § 63 Reichsdeputationshauptschluss von 1803 anknüpft, die „den Besitz und ungestörten Genuss“ garantierte, kam ihr größere juristische Aufmerksamkeit erst zu anlässlich des Rechtsstreits um die Münchener St. Salvator-Kirche, deren Herausgabe der Freistaat Bayern als Eigentümer von der die Kirche nutzenden Griechischen Kirchengemeinde München und Bayern e.V. verlangte. Mit dem Rechtsstreit hatten sich schließlich sowohl im Jahre 1998 das Bundesverfassungsgericht als auch im Jahre 2007 der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zu befassen.⁷⁸ Im Laufe des weit über zwanzig Jahre dauernden Streits stand allerdings gegen Ende nicht mehr die Frage im Vordergrund, ob die Kirche einen öffentlich-rechtlichen Sonderstatus als *res sacra* besaß. Zum einen hatte der Bayerische Verwaltungsgerichtshof im Jahre 1995 dies verneint⁷⁹, zum anderen könnte auch schon das vorherige „Versickern“ der Proble-

⁷⁵ BVerfGE 99, 100 (120).

⁷⁶ BVerfGE 99, 100 (120). Zur Kirchengutsgarantie und ihrem Verhältnis zu Art. 4 Abs. 1, 2 GG sowie dem Verhältnis zur Eigentumsgarantie der Art. 14 GG: *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 21), Art. 140 GG, Rn. 128; *Kästner*, in: BK (o. Fn. 6), Art. 140, Rn. 621 ff.; *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 53), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 35, 43 f.; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 2), Rn. 492 ff.; allgemein zur Kirchengutsgarantie auch: *Kremer*, Enteignung (o. Fn. 45), S. 4 ff.; *Dietrich Pirson*, Kirchengut – Religionsfreiheit – Selbstbestimmung, in: Dem Staate, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl, hg. von Josef Isensee / Wilhelm Rees / Wolfgang Rüfner, 1999, S. 611 ff.

⁷⁷ Siehe dazu m. w. N.: *Dirk Ehlers*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 9 f.; *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 21), Art. 140 GG, Rn. 133; *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 53), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 42; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 2), Rn. 505 ff.

⁷⁸ BVerfGE 99, 100 ff.; EGMR, in: NVwZ 2008, S. 766 ff., dort auch zusammenfassende Darstellung der Prozessgeschichte; weitere Nachweise zum Verfahren und zum Schrifttum bei *Axer*, Der verfassungsrechtliche Schutz der *res sacrae* (o. Fn. 73), S. 553.

⁷⁹ VGH München, in: NVwZ 1996, S. 1120 (1121) in Auseinandersetzung mit dem Urteil des Bayerischen Obersten Landesgerichts aus dem Jahre 1980 (BayVBl 1981, S. 438 ff.), das davon ausging, dass die Kirche eine *res sacra* im Sinne einer öffentlichen Sache sei; zur Frage, ob es sich bei der St. Salvator-Kirche um eine *res sacra* und eine öffentliche Sache handelte, siehe auch: *Otto Bachof*, Urteilsanmerkung, in: JZ 1991, S. 621 (622 f.).

matik daran gelegen haben, dass es für das Bundesverwaltungsgericht und später für das Bundesverfassungsgericht nicht darauf ankam, ob das Gebrauchsrecht im Privatrecht oder im öffentlichen Recht wurzelt, denn dadurch würde sich der Umfang des Funktionsschutzes durch die Kirchengutsgarantie nicht zugunsten der griechischen Kirchengemeinde verändern.⁸⁰ Unabhängig davon, dass dies, würde man der St. Salvator-Kirche die Qualität einer öffentlichen Sache zusprechen und den gewohnheitsrechtlich damit verbundenen öffentlich-rechtlichen Schutz ernst nehmen, bezweifelt werden kann, bedeutet dies nicht, dass für die Gewährleistung eines öffentlich-rechtlichen Sonderstatus der *res sacrae* die Kirchengutsgarantie keine besondere Bedeutung hat. Dazu äußert sich das Bundesverfassungsgericht auch nicht näher, weil es die Qualität als öffentliche Sache nicht näher thematisiert.

Wurde in der Weimarer Zeit in der Kirchengutsgarantie oftmals nur ein Verbot der entschädigungslosen Enteignung von Kirchengut gesehen, so erhob sich schon damals dagegen Kritik und wandelte sich gerade unter der Geltung des Grundgesetzes das Verständnis der Kirchengutsgarantie.⁸¹ Diese wird nunmehr als Funktionsgarantie verstanden. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts hat die Kirchengutsgarantie die Aufgabe, die Stellung und die Freiheit der Kirchen in ihren sächlichen Grundlagen zu gewährleisten und sichert insoweit das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften: „Art. 138 Abs. 2 WRV ist Ausdruck des Gedankens, dass das Gebrauchsrecht an einer Sache des Schutzes bedarf, weil diese Sache zum materiellen Substrat der Religionsfreiheit gehört“⁸². Die Kirchengutsgarantie dient damit dem Schutz der religiösen Funktion kirchlicher Vermögensgegenstände.

Zwar spiegelt sich in den *res sacrae* die religiöse Funktion kirchlichen Vermögens in besonderer Weise wieder, jedoch folgt daraus nicht zwangsläufig, dass Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV einen öffentlich-rechtlichen Sonderstatus der *res sacrae* garantiert und for-

⁸⁰ BVerwGE 87, 115 (130 ff.), BVerfGE 99, 100 (121); vgl. auch: VGH München, in: NVwZ 1996, S. 1120 (1123).

⁸¹ Siehe dazu und zum Folgenden *Axer*, Der verfassungsrechtliche Schutz der *res sacrae* (o. Fn. 73), S. 566 ff.; grundlegend zu Art. 138 Abs. 2 WRV in der Weimarer Zeit: *Ernst Rudolf Huber*, Die Garantie der kirchlichen Vermögensrechte in der Weimarer Reichsverfassung, 1927; grundlegend zum gewandelten Verständnis unter dem Grundgesetz: *Johannes Heckel*, Kirchengut und Staatsgewalt, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche. Festschrift für Rudolf Smend, 1952, S. 103 ff.

⁸² BVerfGE 99, 100 (121).

dert. Anders wäre dies jedoch, wenn die Kirchengutsgarantie die gewohnheitsrechtlich bestehende Zuordnung der *res sacrae* zu den öffentlichen Sachen gewährleisten würde. Betrachtet man die Entstehungsgeschichte der Vorschrift und die Gründe für die Aufnahme in die Weimarer Reichsverfassung⁸³, so zeigt sich, dass durch Art. 138 Abs. 2 WRV die bestehenden Sonderrechte, so wie sie sich historisch entwickelt hatten, verfassungsrechtlich weiterhin gewährleistet werden sollten. Deutlich kommt dies auch in den im Verfahren vorgeschlagenen Formulierungen „bleiben in Besitz und Genuss“, „bleiben unberührt“, „bleiben gewährleistet“ und in der endgültigen, dann Verfassungstext gewordenen Formulierung „bleiben gewährleistet“ zum Ausdruck. Der Kirchengutsgarantie kommt auch die Funktion einer Bestandsgarantie zu, die nicht nur das Eigentum, sondern ebenso den Bestand anderer Rechte der Kirchen an Sachen schützt. Zu den anderen Rechten, die gewährleistet werden, gehört die mit der Qualifikation als *res sacrae* und öffentliche Sachen im Sinne des staatlichen Rechts verbundene öffentliche Sachherrschaft der Kirchen an den *res sacrae*, weil und soweit ein rechtlicher Sonderstatus der *res sacrae* von alters her durch den Staat anerkannt wurde.

- 47 Für eine Interpretation der Kirchengutsgarantie als Bestandsgarantie spricht zudem die Nähe und das Verhältnis zur Regelung über die Staatsleistungen in Art. 138 Abs. 1 WRV und die Systematik des Art. 138 WRV. Nach Art. 138 Abs. 1 WRV sind die auf Gesetz, Vertrag oder besonderen Rechtstiteln beruhenden Staatsleistungen an die Religionsgemeinschaften durch Landesgesetzgebung abzulösen, wobei der Bund hierfür die Grundsätze aufzustellen hat.⁸⁴ Damit wirkt die Vorschrift bis zur Ablösung der Staatsleistungen, zu denen mangels geldwerter Leistung der öffentlich-rechtliche Sonderstatus der *res sacrae* nicht gehört, als Bestandsgarantie. Entsprechend liegt es nahe, in Art. 138 Abs. 2 WRV ebenso eine Bestandsgarantie zu sehen, die das kirchliche Eigentum und andere Rechte der Kirchen gewährleistet und die Rechtspositionen erfasst, die neben dem zivilrechtlichen kirchlichen Eigentum an einer *res sacra* öffentlich-rechtlich bestehen können. Als „Sachenrecht“ gehört dazu die öffentlich-rechtliche Sonderstellung der *res sacrae*, so wie sie gewohnheits-

⁸³ Siehe dazu und zum Folgenden: Axer, Der verfassungsrechtliche Schutz der *res sacrae* (o. Fn. 73), S. 567 ff.; ders., Widmung als Schlüsselbegriff (Fn. 22), S. 212 ff.

⁸⁴ Zur Regelung des Art. 138 Abs. 1 WRV: Michael Droege, Staatsleistungen an Religionsgemeinschaften im säkularen Kultur- und Sozialstaat, 2004; Josef Isensee, Staatsleistungen an die Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: HSKR², Bd. 1, 1994, S. 1009 ff.

rechtlich auf der Ebene des einfachen Rechts anerkannt ist. Die Kirchengutsgarantie schützt insoweit die öffentlich-rechtliche Sonderstellung der *res sacrae* als anderes Recht, anders gewendet: Art. 138 Abs. 2 WRV gewährleistet verfassungsrechtlich als „andere Rechte“ den gewohnheitsrechtlich anerkannten öffentlich-rechtlichen Sonderstatus der *res sacrae*.⁸⁵

Da von alters her die Sonderstellung der *res sacrae* nur den als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisierten Religionsgemeinschaften zukam, führt dies dazu, dass heute den *res sacrae* der privatrechtlichen Religionsgemeinschaften keine entsprechende Sonderstellung zukommt. Dies verletzt nicht verfassungsrechtlich das Paritätsgebot als staatskirchenrechtlichen Gleichheitssatz⁸⁶, weil der Körperschaftsstatus unterschiedliche Rechtsformen und Rechtsregime ermöglicht und erlaubt⁸⁷, und er allen Religionsgemeinschaften als Rechtsform offen steht⁸⁸.

Unabhängig davon bedeutet das Fehlen eines öffentlich-rechtlichen Sonderstatus nicht, dass die *res sacrae* der privaten Religionsgemeinschaften keinen verfassungsrechtlichen Schutz besitzen würden. Allerdings ist dieser einfach-rechtlich nicht über das Recht der öffentlichen Sachen, sondern über und durch das Zivilrecht zu gewährleisten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch ohne öffentlich-

⁸⁵ Eine Gewährleistung durch Art. 138 Abs. 2 WRV bejahend: *Hense*, Glockenläuten (o. Fn. 4), S. 293 f.; in diese Richtung wohl auch: *Heckel*, Kirchengut (o. Fn. 81), S. 131; *Konrad Hesse*, Das neue Bauplanungsrecht und die Kirchen, in: *ZevKR* 5 (1956), S. 62 (67 ff.). Ablehnend dagegen: *Kästner*, in: *BK* (o. Fn. 6), Art. 140, Rn. 421; *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 1), S. 50 ff.; *Schlink*, Neuere Entwicklungen (o. Fn. 38), S. 635 f.; *Weber*, Zur staatskirchenrechtlichen Bedeutung (o. Fn. 7), S. 122 f.; siehe auch: *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 2), Rn. 303.

⁸⁶ Zum Paritätsgrundsatz vgl. statt vieler m.w.N.: *Muckel*, in: *Berliner Kommentar* (o. Fn. 53), Art. 140 GG, Rn. 36 ff.

⁸⁷ Siehe dazu in Bezug auf die *res sacrae*: *Hense*, Glockenläuten (o. Fn. 4), S. 295; zur Zulässigkeit einer Differenzierung aufgrund des Körperschaftsstatus: *Schlink*, Neuere Entwicklungen (o. Fn. 38), S. 637; vgl. auch allgemein: *Muckel*, in: *Berliner Kommentar* (o. Fn. 53), Art. 140 GG, Rn. 40. – Anders wohl für die Kirchengutsgarantie: *Morlok*, in: *Dreier* (o. Fn. 69), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 34; gegen eine Beschränkung auf öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften: *Helmut Goerlich*, *Res sacrae* und religiöser Rechtspluralismus – Zur Notwendigkeit einer Rechtsfigur heute, in: *Nachdenken über Eigentum. Festschrift für Alexander v. Brünneck*, hg. von Franz-Joseph Peine / Heinrich Amadeus Wolff, 2011, S. 115 (116 f., 123).

⁸⁸ Auch aus Paritätsgründen sind dann allerdings, soweit es den Regeln der jeweiligen Religionsgemeinschaft entspricht, die *res sacrae* aller als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisierten Religionsgemeinschaften als öffentliche Sachen anzusehen.

rechtlichen Sonderstatus kirchliche Sachen unter verfassungsrechtlichem⁸⁹ Schutz stehen: Sowohl die Religionsfreiheit als auch das kirchliche Selbstbestimmungsrecht und die Kirchengutsgarantie schützen die religiöse Betätigung mit und durch Sachen und das sächliche Substrat religiösen Wirkens.

V. Öffentlich-rechtlicher Status für sonstige kirchliche öffentliche Sachen?

50 Da gewohnheitsrechtlich auf der Ebene des einfachen Rechts ein öffentlich-rechtlicher Sonderstatus nur für die *res sacrae* korporierter Religionsgemeinschaften anerkannt war und ist, kann für sonstige kirchliche Sachen, auch der korporierten Religionsgemeinschaften, ein solcher nicht angenommen werden. Selbst wenn aus „verfassungsdogmatischen Gründen“⁹⁰ oder aus „einem Verfassungswandel“ bei Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV⁹¹ ein weiteres Verständnis angesichts eines sich wandelnden Erscheinungsbildes der Kirchen geboten sein sollte, bedarf es für die Einordnung, Qualifizierung und Behandlung der kirchlichen Sachen jenseits der *res sacrae* als öffentliche Sachen dann einer geschriebenen gesetzlichen Grundlage. Ohne eine spezielle gesetzliche Regelung kann weder der Dienstwagen des Bischofs, ein kirchlicher Kindergarten oder ein kirchliches Krankenhaus die Eigenschaft einer öffentlichen Sache durch kirchliche Widmung erlangen.⁹² Mögen die Sachen auch kirchlichen Zwecken gewidmet sein, so sind sie nicht unmittelbar gottesdienstlichen Zwecken gewidmet, somit keine *res sacrae*.

⁸⁹ Auf europäischer Ebene ist insoweit Anknüpfungspunkt für den Schutz religiöser Betätigung durch und mit Sachen in der EMRK die Gewährleistung der Religionsfreiheit in Art. 9 (zu Art. 9 EMRK: EGMR, in: NVwZ 2008, S. 766; *Christoph Grabenwarter / Katharina Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 22, Rn. 107 ff.), in der EU-Grundrechte-Charta ist es insoweit Art. 10 GR-Charta (zu der Vorschrift vgl. etwa: *Rudolf Streinz*, in: EUV/AEUV, hg. von dems., 3. Aufl. 2018, Art. 10 GR-Charta, Rn. 1 ff.; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht [o. Fn. 2], Rn. 593); zu berücksichtigen ist auf EU-Ebene zudem das Achtungsgebot und Beeinträchtigungsverbot nach Art. 17 AEUV.

⁹⁰ *Heinig*, *Res sacrae* (o. Fn. 42), S. 214.

⁹¹ *Mainusch*, *Die öffentlichen Sachen* (o. Fn. 1), S. 71 ff.

⁹² Gegen ein weites Verständnis des öffentlich-rechtlichen Sonderstatus bei kirchlichen Sachen (s. oben I. 3.) über den Kreis der *res sacrae* hinaus: *Axer*, *Widmung als Schlüsselbegriff* (o. Fn. 22), S. 209; *Schlink*, *Neuere Entwicklungen* (o. Fn. 38), S. 638.

VI. Der besondere Schutz kirchlicher Sachen

Für die *res sacrae* öffentlich-rechtlicher Religionsgemeinschaften ist gewohnheitsrechtlich ein besonderer Schutz in Form eines öffentlich-rechtlichen Sonderstatus anerkannt, der verfassungsrechtlich über die Kirchengutsgarantie (Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV) abgesichert ist. Die *res sacrae* privatrechtlich organisierter Religionsgemeinschaften oder die sonstigen kirchlichen Sachen der privat- wie der öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften sind zwar nicht als öffentliche Sachen im Sinne des staatlichen Rechts geschützt, doch genießen sie ebenfalls verfassungsrechtlichen Schutz: Das Grundrecht der Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1, 2 GG), das allen Religionsgemeinschaften zustehende kirchliche Selbstbestimmungsrecht (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV) sowie die Kirchengutsgarantie bewirken einen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz kirchlicher Sachen. Dieser ist auch bei der Auslegung zivil- oder zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorschriften zu beachten und fällt umso stärker aus, je mehr die Sache für die religiöse Betätigung von besonderer Bedeutung ist. Ein besonderer Schutz kirchlicher Sachen ist schon deshalb geboten, weil das sächliche Substrat Grundlage und Voraussetzung für das religiöse Wirken der Religionsgemeinschaften in der Welt ist. Religionsfreiheit verlangt und setzt den Schutz der sächlichen Grundlagen religiöser Betätigung voraus.

51

§ 61

Bestattungswesen und Friedhöfe

Von Heidrun Schnell †

I. Zuständigkeit	1–2
II. Das Bestattungswesen	3–19
1. Die Bestattung	3–17
a) Historische Entwicklung	3–4
b) Bestattungsarten	5–9
c) Bestattungspflicht	10–14
d) Kirchliche Begräbnisfeiern	15–17
2. Umbettung	18–19
III. Friedhöfe	20–51
1. Friedhofszweck	20–22
2. Friedhofsträgerschaft	23–25
3. Friedhofszwang	26–29
4. Anlegung und Schließung von Friedhöfen	30–35
a) Anlegung und Widmung von Friedhöfen	30–33
b) Schließung und Entwidmung von Friedhöfen	34–35
5. Verwaltung und Benutzung von Friedhöfen	36–51
a) Friedhofsordnung	36–41
b) Gebühren	42–45
c) Verkehrssicherungspflicht	46–49
d) Aufsicht über den Friedhofsträger	50–51
IV. Die Grabstätte	52–60
1. Das Nutzungsrecht	52–54
2. Die Gestaltung	55–57
3. Strafrechtlicher Schutz	58–60

V. Gewerbliche Betätigung auf Friedhöfen	61–67
1. Bestattungs- und Friedhofsgewerbe	61–62
2. Gewerbliche Betätigung des Friedhofsträgers	63–64
3. Einsatz von Verwaltungshelfern und Beliehenen	65–67

I. Zuständigkeit

- 1 Für das Bestattungs- und Friedhofswesen sind nach Art. 70 Abs. 1 GG die Länder zuständig. Für Kriegsgräber und Gräber anderer Opfer des Krieges und Opfer von Gewaltherrschaft liegt die konkurrierende Gesetzgebung gemäß Art. 74 Nr. 10 GG beim Bund.¹ Das auf dieser Grundlage erlassene Gräbergesetz weist den Ländern die Aufgabe zu, für die unter dieses Gesetz fallenden Gräber zu sorgen.²
- 2 Kirchen und Religionsgesellschaften können innerhalb der Schranken der allgemein geltenden Landesgesetze³ die Angelegenheiten auf ihren Friedhöfen – ihrem Selbstbestimmungsrecht gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV entsprechend – selbst ordnen und verwalten. Kirchliche Friedhöfe sind infolgedessen den eigenen Angelegenheiten zuzuordnen, während kommunale Friedhöfe zu den gemeinsamen Angelegenheiten von Staat und Kirche gehören.⁴

¹ *Christian Seiler*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), GG – Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 74, Rn. 30.

² § 12 Gesetz über die Erhaltung der Gräber der Opfer von Krieg und Gewaltherrschaft (Gräbergesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 16.1.2012 (BGBl. I S. 98), zuletzt geändert durch Artikel 9 des Gesetzes vom 23.7.2013 (BGBl. I S. 2586); ausführlich *Jürgen Gaedke*, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, 11. Aufl. 2016, S. 340 ff.

³ Zu den von den Ländern erlassenen Friedhofs- bzw. Bestattungsgesetzen s. *Gaedke*, Handbuch (o. Fn. 2), Anhang, S. 464 ff.

⁴ Grundlegend *Hermann Weber*, Benutzungszwang für Trauerhallen (Friedhofskapellen) und friedhofseigene Leichenkammern auf kirchlichen Friedhöfen, in: ZevKR 33 (1988), S. 15 (24 ff.); ausführlich *Arne Ziekow*, Kirchliche Friedhöfe: Eine rechtliche Bestandsaufnahme, in: KuR 2009, S. 254 (256 ff.); s. auch *Gaedke*, Handbuch (o. Fn. 2), S. 46; a. A. *Hanns Engelhardt*, Bestattungswesen und Friedhofsrecht, in: HSKR², Bd. 2, S. 105 (110), der das kirchliche Friedhofswesen als gemeinsame Angelegenheit von Staat und Kirche ansieht.

II. Das Bestattungswesen

1. Die Bestattung

a) Historische Entwicklung

Die Ehrung und Bestattung der Toten war ursprünglich eine Angelegenheit der Familie. Die Kirchen stellten dafür Begräbnisplätze zur Verfügung, häufig rund um die Kirche („Kirchhöfe“)⁵. Im 18. Jahrhundert begann der Staat, das Bestattungswesen zu regeln, nachdem die Seuchengefahr dies vor allem in den wachsenden Städten erforderlich machte. Zudem sollte „niemandem das ehrliche Begräbnis auf dem öffentlichen Kirchhofe versagt werden“⁶.

3

Die Kommunen begannen, eigene Bestattungsplätze anzulegen, um den Erfordernissen der Gefahrenabwehr und des Gesundheitsschutzes Rechnung zu tragen. So ist das Bestattungswesen mittlerweile als eine öffentliche Aufgabe anerkannt.⁷ Das Recht der Kirchen, eigene Friedhöfe anzulegen bzw. weiterhin zu unterhalten, bestand und besteht indes fort.⁸

4

b) Bestattungsarten

Der in den letzten Jahrzehnten einsetzende grundlegende Wandel der Bestattungskultur wird insbesondere in den Formen der Bestattung deutlich.⁹ Die Erdbestattung war zunächst die einzige christli-

5

⁵ Ausführlich dazu *Gaedke*, Handbuch (o. Fn. 2), S. 5 f.

⁶ § 188 II 11 Allgemeines Preußisches Landrecht – ALR, s. auch *Gaedke*, Handbuch (o. Fn. 2), S. 2 ff.

⁷ BVerwG, U. v. 26. 6. 1974 – VII C 36.72, in: DVBl. 1974, S. 681 (682).

⁸ S. u. a. Art. 23 Abs. 2 EvKV Berlin; § 2 Abs. 3 Gesetz über die landeseigenen und nichtlandeseigenen Friedhöfe Berlins (Friedhofgesetz) vom 1.11.1995 (GVBl. S. 707), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 4.2.2016 (GVBl. S. 26, 55), wonach nicht nur Kirchen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, Friedhofsträger sein können, sondern auch gemeinnützige Religionsgesellschaften, die mit dem hoheitlichen Bestattungsrecht beliehen wurden.

⁹ S. ausführlich zu den unterschiedlichen Bestattungsformen *Dietmar Kurze*, Diamant, Weltraum, Wiese – zulässige und unzulässige Bestattungsformen, in: Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis (ZErb) 2012, S. 103 (105 ff.); allgemein: Kirchenamt der EKD, Herausforderungen evange-

che Bestattungsart – das Begräbnis, bei dem die Leiche in einem Sarg in die Erde versenkt wird. In früheren Jahrhunderten übliche Grabgebäude oder gemauerte Gräfte, sog. Mausoleen, dürfen aus hygienischen Gründen nicht neu angelegt werden.¹⁰

- 6 Während früher Sargzwang bestand, können mittlerweile aus religiösen Gründen oder bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auch Bestattungen in einem Leichentuch vorgenommen werden.¹¹ Dementsprechend wurde in vielen Landesgesetzen zwischenzeitlich mit Blick auf die Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 2 GG geregelt, dass Tuchbestattungen möglich sind, wenn keine Gesundheitsgefahren bestehen.¹²
- 7 Neben der Erdbestattung gewinnt die Feuerbestattung¹³ zunehmend an Bedeutung. Die Kirchen haben ihren ursprünglichen Widerstand gegen diese Bestattungsart zwischenzeitlich aufgegeben.¹⁴ Bei der Feuerbestattung werden die in einer Urne verschlossenen Asche-reste bei der Beisetzung in die Erde versenkt. Eine Urnenbeisetzung ist auch an anderen Orten, etwa in sog. Kolumbarien, erlaubt. Das sind häufig entsprechend umgebaute Kirchen oder Kapellen.¹⁵ Im Saarland ist zudem die oberirdische Bestattung in Grabkammern zulässig.¹⁶

lischer Bestattungskultur. Ein Diskussionspapier, 26.3.2004, <<https://www.ekd.de/bestattungskultur.html>>.

¹⁰ Hannes-Rainer Müller-Hannemann, Stichwort Grabarten, in: Lexikon Friedhofs- und Bestattungsrecht, hg. von dems., 2002, S. 204 (206).

¹¹ Ausführlich dazu Holger Stellhorn, Das Ende des Sargzwangs? Lockerungen des Bestattungsrechts aus Rücksicht auf muslimische Glaubensvorstellungen, in: DVBl. 2015, S. 1360 (1361 ff.), der einen ausnahmslosen Sargzwang für verfassungswidrig hält.

¹² S. etwa § 39 Abs. 1 S. 3 Bestattungsgesetz des Landes Baden-Württemberg vom 21.7.1970 (GBl. S. 395, 458), zuletzt geändert durch Gesetz vom 1.4.2014 (GBl. S. 93).

¹³ Einheitlich eingeführt durch das Reichsgesetz über die Feuerbestattung vom 15.5.1934, RGBl. I S. 159.

¹⁴ Ausführlich hierzu Peter Krämer, Bestattung, in: StL⁷, Bd. I, 1985, Sp. 714 ff., s. auch c. 1176 § 3 CIC 1983 für den katholischen Bereich.

¹⁵ S. dazu und weiteren Bestattungsarten Tade Matthias Spranger, Bestattungsrecht und neue Bestattungsformen, in: WiVerw 2015, S. 19 ff.; Gaedke, Handbuch (o. Fn. 2), S. 369 f.

¹⁶ S. § 27 Abs. 1 Gesetz Nr. 1535 über das Friedhofs-, Bestattungs- und Leichenwesen (Bestattungsgesetz Saarland) vom 5.11.2003 (ABl. S. 2920), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.9.2010 (ABl. I S. 1384).

Aus kirchlicher Sicht problematisch sind die anonymen Urnenbeisetzungen, die in den letzten Jahren stark zugenommen haben.¹⁷ Der Wunsch, den Hinterbliebenen hinsichtlich der Grabpflege keine Last aufzubürden, ist überwiegend der Beweggrund für eine anonyme Beisetzung. Deshalb bieten vor allem kirchliche Friedhofsträger sog. Urnengemeinschafts(grab-)anlagen mit Namensnennung als Alternative zu den Gemeinschaftsgrabanlagen ohne Namensnennung an. In der Regel erfolgt die Namensnennung am Rand des Urnenfeldes oder an einer Sammelstelle. Zum Teil werden auch Grabplatten mit den Namen der Verstorbenen in die Rasenfläche eingelassen.

8

Ebenfalls anonym erfolgen in der Regel Baumbestattungen in sog. Bestattungs- oder Friedwäldern, bei der die Beisetzung der Urne an der Wurzel eines Baumes erfolgt.¹⁸ Auch kirchliche Friedhofsträger bieten Baumbestattungen an, bei denen jedoch die Namensnennung meist auf Schildern oder erdnah verlegten Grabsteinen vorgeschrieben ist.¹⁹

9

c) Bestattungspflicht

Der Staat schreibt mit Blick auf das allgemeine Sittlichkeits- und Pietätsempfinden und die Interessen des öffentlichen Gesundheitsschutzes eine Bestattung vor.²⁰ Der Schutz der Totenruhe, der eine würdige Bestattung gebietet, wird von der Menschenwürdegarantie nach Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet, die über den Tod hinaus als objektiv-rechtliche Verpflichtung nachwirkt.²¹

10

Angesichts der in den Landesgesetzen²² vorgesehenen Bestattungspflicht ist eine Plastination und anschließende Ausstellung von Lei-

11

¹⁷ Ziekow, Kirchliche Friedhöfe (o. Fn. 4), S. 267 m. w. N. in Fn. 86.

¹⁸ S. Gaedke, Handbuch (o. Fn. 2), S. 57 f. m. w. N.

¹⁹ S. etwa § 31 Abs. 4 Kirchengesetz über die evangelischen Friedhöfe der Ev. Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz (Friedhofsgesetz) vom 29.10.2016 (KABl. S. 183, KABl. 2017 S. 234), s. auch <<https://www.kirchenrecht-ekbo.de>>.

²⁰ OVG NRW, U. v. 29.4.2008 – 19 A 2896/07, juris.

²¹ Zur Abgrenzung im Verhältnis zum Schutz durch das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG s. BVerfG, B. v. 5.4.2001 – 1 BvR 932/94, in: NJW 2001, S. 2957 (2959).

²² Gaedke, Handbuch (o. Fn. 2), S. 175 m. w. N. zu den Bestattungsgesetzen der Länder.

chen nicht zulässig und mit christlichen Vorstellungen auch nicht vereinbar.²³

- 12 Die Bestattungspflicht obliegt als Nachwirkung des familienrechtlichen Verhältnisses grundsätzlich den nahen Angehörigen, also Ehegatten, Kindern und Eltern.²⁴ Bei Streitigkeiten von Angehörigen über die Bestattung ist der Rechtsweg zu den Zivilgerichten eröffnet.²⁵ In den Bestattungsgesetzen der Länder werden die nahen Angehörigen als Bestattungspflichtige bestimmt, ohne Rücksicht darauf, ob ein persönlicher Kontakt oder ein traditionelles familiäres Näheverhältnis gegeben war.²⁶ Die öffentlich-rechtliche Bestattungspflicht und die daraus resultierende Kostenerstattungspflicht sind zu trennen von der zivilrechtlichen Pflicht des Erben, die Beerdigungskosten zu tragen.²⁷ Die Bestattungspflicht trifft demnach auch einen nahen Angehörigen, der das Erbe ausschlägt.²⁸
- 13 Ausschlaggebend für die Art und Form der Bestattung ist der Wille des Verstorbenen,²⁹ der neben Familienmitgliedern auch andere Per-

²³ Für Berlin sieht § 14 Abs. 1 S. 1 des Gesetzes über das Leichen- und Bestattungswesen (Bestattungsgesetz) v. 2.11.1973 (GVBl. S. 1830), zuletzt geändert durch Art. X des Gesetzes v. 15.12.2010 (GVBl. S. 560) ein Verbot des öffentlichen Ausstellens von Leichen vor; dazu s. OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 17.3.2015 – OVG 12 S 4.15, juris; ausführlich dazu m.w.N. *Gaedke*, Handbuch (o. Fn. 2), S. 170 f.; *Christoph Thiele*, Plastinierte „Körperwelten“, Bestattungszwang und Menschenwürde, in: NVwZ 2000, S. 405 ff.

²⁴ Ausführlich *Gaedke*, Handbuch (o. Fn. 2), S. 175 ff.

²⁵ AG Wiesbaden, U. v. 3.4.2007 – 91 C 1247/07, in: NJW 2007, S. 2562 (2562); s. auch OVG NRW, B. v. 1.6.2007 – 19 B 675/07, in: Kommunaljurist 2008, S. 199.

²⁶ *Ulrich Stelkens / Olivia Seifert*, Die Bestattungspflicht und ihre Durchsetzung: Neue und alte Probleme, in: DVBl. 2008, S. 1537 (1539 ff.) m.w.N. Das OVG SH hat in seinem Urteil vom 27.4.2015 – 2 LB 27/14, veröffentlicht bei openjur.de, deshalb das Vorliegen der Bestattungspflicht und der daraus resultierenden Kostentragungspflicht bejaht. Eine unbillige Härte aus persönlichen Gründen wurde abgelehnt, auch wenn der Sohn seit vielen Jahren keinen Kontakt zu seiner Mutter hatte. Um von der Kostenübernahme abzu-
sehen, müsse vielmehr ein schweres vorwerfbares Fehlverhalten der Verstorbenen vorliegen. Ausführlich zur Frage der Unzumutbarkeit *Julie-Andrée Trésoret*, Update: die Sozialbestattung nach § 74 SGB XII, in: WiVerw 2015, S. 3 (6 f.).

²⁷ § 1968 BGB.

²⁸ VG Bremen, U. v. 20.8.2009 – S 5 K 3522/08, in: BeckRS 2010, 53286; VGH BW – 1 S 681/04, in: VBlBW 2005, S. 141.

²⁹ BVerwG, U. v. 26.6.1974 – VII C 36.72, in: DVBl. 1974, S. 681 (682). Ausführlich zu dem auf der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG beruhenden postmortalen Verfügungsrecht *Dian Schefold*, Postmortales Verfügungsrecht über den Körper und Friedhofszwang für Urnen – Zur No-

sonen mit der Totensorge bzw. Totenfürsorge betrauen kann. Diese sind aber nicht verpflichtet, die Totenfürsorge wahrzunehmen, so dass die nahen Angehörigen im Falle einer Weigerung bestattungspflichtig bleiben.³⁰ Sind keine Angehörigen vorhanden, muss die Kommune für die Bestattung Sorge tragen.³¹

Die Bestattungspflicht gilt auch für Totgeburten gemäß § 31 Abs. 2 PStV ab einem bestimmten Gewicht, das in den Landesgesetzen festgelegt ist. Für Fehlgeburten und Totgeborene unterhalb der jeweiligen Gewichtsgrenze ist in einigen Ländern ein Bestattungsanspruch der Eltern normiert.³²

14

d) Kirchliche Begräbnisfeiern

Die Form der Begräbnisfeier unterliegt einem Wandel. Der Ablauf kirchlicher Begräbnisfeiern ist in den entsprechenden Regelungen der Kirchen normiert.³³ Hier ist auch festgelegt, in welchen Ausnahmefällen kirchliche Begräbnisfeiern für Konfessionsfremde bzw. aus der Kirche Ausgetretene in Betracht kommen. Als innerkirchliche Angelegenheit ist die Begräbnisfeier vom Schutz des Art. 4 Abs. 2 GG, dem Recht der freien Religionsausübung, umfasst.³⁴ Darüber hinaus stellt § 167a StGB die Störung von Bestattungsfeiern, auch von kirchlichen, unter Strafe.

15

vellierung des bremischen Bestattungsgesetzes, in: NordÖR 2014, S. 249 (250 ff.).

³⁰ Engelhardt, Bestattungswesen (o. Fn. 4), S. 108.

³¹ Zu sog. Sozialbestattungen ausführlich Trésoret, Sozialbestattung (o. Fn. 26), S. 3 ff.; zur Frage der Heranziehung der ursprünglich bestattungspflichtigen Angehörigen s. BayVGh, B. v. 10.10.2016 – 4 ZB 16.1295, juris, Rn. 10 ff.

³² Z. B. § 19 Abs. 1 Gesetz über das Leichen-, Bestattungs- und Friedhofswesen im Land Brandenburg (Brandenburgisches Bestattungsgesetz – Bbg-BestG) vom 7.11.2001 (GVBl. I/01, S. 226), zuletzt geändert durch Art. 17 des Gesetzes v. 13.3.2012 (GVBl. I/12): ab 1.000 g. Zur Rechtslage nach Inkrafttreten des Bestattungsgesetzes des Landes Niedersachsen zum 1.1.2006 s. ausführlich Stephan Beckmann, Bestattung und Verbrennung nicht bestattungspflichtiger Fehl- und Ungeborener, in: NdsVBl. 2007, S. 327 ff.

³³ S. etwa Abschnitt 7, Art. 69 ff. der Ordnung des kirchlichen Lebens der Evangelischen Kirche der Union vom 5.6.1999 (ABl. EKD S. 403) für den evangelischen Bereich sowie c. 1176 ff. CIC 1983 für den katholischen Bereich.

³⁴ Vgl. nur Michael Germann, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 1), Art. 4 GG, Rn. 19, 24.

- 16 Die Vornahme einer kirchlichen Begräbnisfeier durch Geistliche einer anderen Religionsgemeinschaft ist auf kirchlichen Friedhöfen von der Genehmigung des Friedhofsträgers abhängig. Auch für die Abhaltung von nichtkirchlichen Bestattungsfeiern können kirchliche Friedhofsträger einen entsprechenden Genehmigungsvorbehalt vorsehen,³⁵ wobei die Gestaltung der Feier in diesem Fall der Würde des Ortes und seiner Eigenschaft als Stätte christlicher Verkündigung genügen muss.³⁶
- 17 Auf kommunalen Friedhöfen besteht ein Anspruch auf Zulassung von religiösen Handlungen gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 141 WRV. Insofern handelt es sich um eine gemeinsame Angelegenheit von Staat und Kirche.³⁷

2. Umbettung

- 18 Bei der Umbettung wird der Sarg mit den sterblichen Überresten bzw. die Urne mit der Asche ausgegraben und in eine andere Grabstelle verlegt.³⁸
- 19 Angesichts der von Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Menschenwürde und dem daraus resultierenden Schutz der Totenruhe³⁹ ist eine Umbettung nur im Ausnahmefall zulässig.⁴⁰ Die Achtung der Totenruhe steht einer Umbettung nicht entgegen, wenn sie dem erklärten oder mutmaßlichen Willen des Verstorbenen entspricht,⁴¹ etwa wenn der Verstorbene selbst den Ort seiner letzten Ruhestätte bestimmt hat

³⁵ Nach § 19 Abs. 3 S. 1 Friedhofsgesetz EKBO (o. Fn. 19) gilt die Zulassung von Rednerinnen und Rednern bei nichtkirchlichen Bestattungsfeiern bis zu ihrem Widerruf als erteilt; s. auch *Gaedke*, Handbuch (o. Fn. 2), S. 242 ff.

³⁶ S. § 19 Abs. 3 S. 5 Friedhofsgesetz EKBO (o. Fn. 19).

³⁷ S. o. Abschnitt I.; *Ziekow*, Kirchliche Friedhöfe (o. Fn. 4), S. 257 m. w. N. in Fn. 22.

³⁸ S. *Müller-Hannemann*, Stichwort Umbettung, in: Lexikon Friedhofs- und Bestattungsrecht (o. Fn. 10), S. 374 ff.; *Birgit Wedekind*, Die Umbettung – eine bewegende Angelegenheit?, in: DVBl. 2015, S. 1365 ff.

³⁹ S. o. Abschnitt II. 1. c.

⁴⁰ Der Wandel in der Bestattungskultur wird u. a. an einer Vielzahl von Gerichtsentscheidungen zur Zulässigkeit der Umbettung deutlich. Ausführlich dazu *Wedekind*, Umbettung (o. Fn. 38), S. 1365 ff.

⁴¹ Der mutmaßliche Wille des Verstorbenen muss hierfür mit hinreichender Sicherheit ermittelt werden können, s. VG Münster, U. v. 23.3.2009 – 1 K 478/08, in: BeckRS 2009, 32525.

und die Umbettung der Durchsetzung seines Willens dient.⁴² Ansonsten hat ein Antrag des Nutzungsberechtigten bzw. Angehörigen⁴³ nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher ist anzunehmen, wenn das Interesse an der Umbettung ausnahmsweise die von Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Totenruhe überwiegt.⁴⁴ Nicht ausreichend ist ein Sinneswandel der Angehörigen, da ihnen zuzumuten ist, dass sie sich vor der Bestattung über deren Art und Ort ein abschließendes Urteil bilden. Ebenso wenig reicht ein Wohnsitzwechsel aus, der wegen der Entfernung einen Besuch des Grabes erschwert.⁴⁵ Das Vorliegen eines wichtigen Grundes wurde hingegen bejaht, wenn der Besuch des Grabes für eine Angehörige wegen ihres gesundheitlichen Zustandes unzumutbar oder gar unmöglich wäre.⁴⁶ Auch eine Exhumierung zum Zwecke der Feststellung der Vaterschaft ist zuzulassen.⁴⁷

III. Friedhöfe

1. Friedhofszweck

Friedhöfe, auch kirchliche – „Kirchhöfe“ – sind rechtlich besonders geschützte Bereiche⁴⁸, an denen Verstorbene dauerhaft friedlich

20

⁴² LG Lübeck, U. v. 24. 7. 2014 – 14 S 194/13, in: NJW Spezial 2015, S. 72.

⁴³ Soweit Uneinigkeit unter den nahen Angehörigen besteht, kann die Zustimmung im Zivilrechtsweg erstritten werden, s. OLG Karlsruhe, in: NJW 2001, S. 2980 ff.; VGH BW, B. v. 10. 11. 2016 – 1 S1663/16, in: NJW 2017, S. 583 ff. Zu der Überlegung, Regelungen des Bestattungsrechts aus der Warte der Hinterbliebenen und somit als Eingriffe in deren Persönlichkeitsrechte zu betrachten, s. *Ulrich Stelkens / Miriam A. Wabnitz*, Pietät, Totenfürsorge, Totenruhe und postmortales Persönlichkeitsrecht in der neueren Rechtsprechung zum Friedhofs- und Bestattungsrecht – Entwicklungen in den Jahren 2014 und 2015, in: WiVerw 2016, S. 11 (12 f.).

⁴⁴ BVerwG, U. v. 26. 6. 1974 – VII C 36.72, juris; OVG NRW, U. v. 29. 4. 2008 – 19 A 2896/07, juris; VGH Bayern, B. v. 27. 7. 2005 – 4 ZB 04.2986, juris; Nds. OVG, U. v. 6. 7. 2012 – 8 LA 111/11, in: NdsVBl. 2012, S. 278 ff.

⁴⁵ OVG NRW, U. v. 29. 4. 2008 – 19 A 2896/07, juris; VG Berlin, U. v. 2. 11. 2010 – 21 K 294.10; Nds. OVG, B. v. 15. 11. 2006 – 8 LA 128/06, juris; VG Stade, U. v. 3. 9. 2008 – 1 A 1560/07, veröffentlicht bei openjur.de; s. auch BayVGH, B. v. 19. 3. 2018 – ZB 16.2301, juris.

⁴⁶ VG Potsdam, U. v. 13. 3. 2013 – VG 4 K 323/11, nicht veröffentlicht.

⁴⁷ BGH, B. v. 29. 10. 2014 – XII ZB 20/14, in: NJW 2014, S. 3786 ff.; vgl. auch EGMR, U. v. 13. 7. 2006 – 58757/00, in: FamRZ 2006, S. 1354 ff.

⁴⁸ Zum strafbewehrten Schutz s. u. Abschnitt IV. 3.

ruhen.⁴⁹ Friedhöfe dienen der „Ermöglichung einer angemessenen und geordneten Leichenbestattung und [...] der dem pietätvollen Gedenken der Verstorbenen entsprechenden würdigen Ausgestaltung und Ausstattung des der Totenbestattung gewidmeten Grundstücks.“⁵⁰ Friedhofszweck ist auch, den Trauernden einen Ort der Trauer zu bieten.

21 Ein kirchlicher Friedhof wird als der Ort angesehen, an dem in der Verantwortung der christlichen Gemeinde Tote zur letzten Ruhe gebettet werden. Im Mittelpunkt stehen das Gedenken an die Verstorbenen und die Erinnerung der Menschen an das eigene Sterben. Die Arbeit und die Gestaltung auf dem kirchlichen Friedhof sind geprägt von der Verkündigung, dass Jesus Christus durch seine Auferstehung den Sieg über Sünde und Tod errungen hat.⁵¹

22 Gleichzeitig sind Friedhöfe kulturelle Einrichtungen⁵² und in ihrer Gestaltung Ausdruck des christlichen Zeugnisses und Glaubens.⁵³ Häufig werden Friedhöfe deshalb unter Denkmalschutz⁵⁴ gestellt, sowohl aus geschichtlichen, künstlerischen und wissenschaftlichen als auch aus städtebaulichen Gründen.⁵⁵ Die Unterschutzstellung

⁴⁹ OVG NRW, U. v. 25.9.2008 – 19 A 210/07, veröffentlicht unter <<https://www.justiz.nrw.de>>, Rn. 33 f., wonach der Verstorbene seine friedliche Ruhe dann findet, wenn sein Beisetzungsort nicht mehr kurzfristig verändert werden kann oder soll.

⁵⁰ RG, U. v. 25.4.1938 – IV 7/38, RGZ 157, 246 (255); s. auch BGHZ 14, 294 (299).

⁵¹ S. dazu die Präambel des Friedhofsgesetz EKBO (o. Fn. 19). S. auch VG München, U. v. 19.5.2017 – M 12 K 15.3334, juris, Rn. 58, 71 zu Friedhofsträgerschaft der Israelitischen Kultusgemeinde München und Oberbayern sowie der Wahrung des Friedhofszwecks.

⁵² S. etwa § 2 Abs. 1 S. 2 Friedhofsgesetz Berlin (o. Fn. 8).

⁵³ S. BVerfGE 41, 29 (52), wonach die Friedhofs- und Bestattungskultur geprägt ist vom Bildungs- und Kulturfaktor des Christentums, wie es sich in der abendländischen Geschichte herausgebildet hat; vgl. hierzu auch c. 1243 CIC, wonach zum Schutz und der Pflege des heiligen Charakters des Friedhofs geeignete Normen durch Partikularrecht zu erlassen sind. Ausführlich hierzu *Ernst-Rainer Hönes*, Friedhöfe und Denkmalschutzrecht, in: DÖV 2011, S. 215 ff.

⁵⁴ Nach § 2 Abs. 4 des Gesetzes zum Schutz von Denkmalen in Berlin (Denkmalschutzgesetz Berlin – DSchG Bln) vom 24.4.1995 (GVBl. S. 274), zuletzt geändert durch Art. 30 des Gesetzes vom 2.2.2018 (GVBl. S. 160) handelt es sich bei Friedhöfen um Gartendenkmale.

⁵⁵ Ausführlich hierzu *Hönes*, Friedhöfe (o. Fn. 53), S. 219 ff.

kann sich auf den Friedhof insgesamt oder auf einzelne Grabanlagen bzw. Grabstätten beziehen.⁵⁶

2. Friedhofsträgerschaft

In der Regel sind Friedhöfe nichtrechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts; im Falle kommunaler Friedhöfe sind es Gemeindeanstalten.⁵⁷ Träger eines Friedhofs können auch Kirchengemeinden oder Kirchenstiftungen als Körperschaften des öffentlichen Rechts sein. Zudem ist die Friedhofsträgerschaft eines Friedhofsverbands als selbständige Körperschaft öffentlichen Rechts möglich, dem die Kirchengemeinden bei der Abgabe der Friedhöfe jeweils das gesamte, der Zweckbestimmung des Friedhofs dienende Vermögen übertragen.⁵⁸ In Berlin wurde insbesondere für muslimische Bestattungen die Möglichkeit eröffnet, gemeinnützige Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften mit einem öffentlichen Bestattungsrecht zu beleihen.⁵⁹

Kirchliche Körperschaften haben das Recht, Friedhöfe zu unterhalten.⁶⁰ Auf der anderen Seite kann einer Kirchengemeinde die Pflicht, einen Friedhof anzulegen oder weiterzuführen, nicht auferlegt werden. Insofern sind die Kommunen verpflichtet, im Rahmen der Daseinsvorsorge in ausreichendem Maße Bestattungsflächen durch das Anlegen von Friedhöfen zur Verfügung zu stellen.⁶¹ Diese Pflicht entfällt allerdings, wenn ein kirchlicher Friedhof in zumutba-

⁵⁶ Zur Möglichkeit, die Patenschaft für historische Grabstätten zu übernehmen, um so den Erhalt sicherzustellen, s. *Hönes*, Friedhöfe (o. Fn. 53), S. 224.

⁵⁷ *Müller-Hannemann*, Stichwort Friedhof, in: *Lexikon Friedhofs- und Bestattungsrecht* (o. Fn. 10), S. 148 m. w. N.

⁵⁸ S. Kirchengesetz über Gemeindeverbände zur Verwaltung von Friedhöfen der Ev. Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz (Friedhofsverbandsgesetz – FVG) vom 4.11.2005 (KABl. S. 199, ber. KABl. 2006 S. 21), geändert durch Kirchengesetz vom 29.10.2016 (KABl. S. 183, 202), s. <<https://www.kirchenrecht-ekbo.de>>.

⁵⁹ S. § 2 Abs. 3 S. 2, § 3 Abs. 2 und 3 Friedhofsgesetz Berlin (o. Fn. 8); zur Situation in Berlin s. *Eckhard Zemmrich / Arne Ziekow*, Muslimische Bestattungen in Berlin, in: *Interkulturelle Theologie* 2016, S. 404 ff.; s. dazu auch Abschnitt V. 3.

⁶⁰ *Gaedke*, Handbuch (o. Fn. 2), S. 42 ff. m. w. N.; s. auch Abschnitt II. 1. a. und III. 4. a.

⁶¹ *Müller-Hannemann*, Stichwort Anlage eines Friedhofs, in: *Lexikon Friedhofs- und Bestattungsrecht* (o. Fn. 10), S. 30 f.

rer Entfernung vorhanden ist; in diesem Fall handelt es sich um einen sog. Monopolfriedhof⁶².

- 25 Die Friedhofsträgerschaft von Privatpersonen oder privatrechtlich organisierten Unternehmen ist nicht zulässig.⁶³ In Nordrhein-Westfalen sind zwar die Errichtung und der Betrieb von sog. Bestattungswäldern durch Private ermöglicht worden. Allerdings handelt es sich hierbei um Beliehene; die Gesamtverantwortung einschließlich der Satzungshoheit verbleibt auch in diesem Fall bei der Kommune.⁶⁴

3. Friedhofszwang

- 26 Trotz aller Liberalisierungstendenzen im Friedhofs- und Bestattungsrecht herrscht in der Bundesrepublik Deutschland weitgehend Friedhofszwang, das heißt, Bestattungen haben grundsätzlich auf öffentlichen Bestattungspätzen zu erfolgen.⁶⁵ Damit ist sichergestellt, dass der Bestattungsort als Ort der Trauer öffentlich zugänglich und die Totenwürde gewährleistet ist.⁶⁶
- 27 Unter bestimmten Voraussetzungen ist es aber etwa in Nordrhein-Westfalen möglich, Aschereste in dafür vorgesehenen Friedhofsbereichen zu verstreuen oder sie ohne Behältnis zu begraben. Dies ist auch auf dauerhaft öffentlich zugänglichen Grundstücken, die nicht ge-

⁶² Gaedke, Handbuch (o. Fn. 2), S. 18; Weber, Benutzungszwang für Trauerhallen (o. Fn. 4), S. 20 f.

⁶³ OVG NRW, U. v. 25. 9. 2008 – 19 A 210/07, <<https://www.justiz.nrw.de>>, Rn. 43 ff. Ausführlich dazu Müller-Hannemann, Stichwort Privatisierung von Friedhöfen, in: Lexikon Friedhofs- und Bestattungsrecht (o. Fn. 10), S. 303 ff.

⁶⁴ § 1 Abs. 4 und 6 Gesetz über das Friedhofs- und Bestattungswesen (Bestattungsgesetz – BestG NRW) vom 17. 6. 2003 (GVBl. S. 313), geändert durch Gesetz vom 9. 7. 2014 (GVBl. S. 405); dazu ausführlich Bernd Köster, Die Errichtung von (privaten) Bestattungswäldern in Nordrhein-Westfalen, in: DÖV 2008, S. 362 (363). S. dazu auch § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 4 Bestattungsgesetz Saarland (o. Fn. 16). Vgl. auch Abschnitt V. 3.

⁶⁵ Nach der Entscheidung des BVerfG stellt der Friedhofszwang auch für Urnen weder einen Eingriff in die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG noch in die Glaubens-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG dar und die Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit ist nach Art. 2 Abs. 1 GG gerechtfertigt (BVerfGE 50, 256 ff.), s. auch OVG RP, B. v. 4. 2. 2010 – 7 A 11390/09, in: LKRZ 2010, S. 154; a. A. Schefold, Postmortales Verfügungsrecht (o. Fn. 29), S. 251 ff.; zur im Ausnahmefall zulässigen Anlegung privater Bestattungspätze s. Gaedke, Handbuch (o. Fn. 2), S. 54 ff. m. w. N. der Regelungen in den Bestattungsgesetzen der Länder.

⁶⁶ S. o. Abschnitt III. 2.

widmete Friedhöfe sind, zulässig.⁶⁷ Wenn dies dem schriftlich niedergelegten letzten Willen entspricht, ist somit die Beisetzung der Urne im eigenen Garten zulässig; sie kann aber an Bedingungen geknüpft werden, etwa der Eintragung einer Grunddienstbarkeit, um die Nutzung des Ortes in einer der Totenwürde widersprechenden Weise auszuschließen und den Ort dauerhaft öffentlich zugänglich zu halten.⁶⁸

Auch das Bestattungsgesetz des Landes Bremen sieht vor, dass die Asche von Verstorbenen auf Privatgrundstücken oder besonders ausgewiesenen öffentlichen Flächen verstreut werden kann, wenn der Verstorbene dies zu Lebzeiten entsprechend verfügt hat. Um einen „Asche-Tourismus“ zu unterbinden, gilt dies nur für Verstorbene mit letztem Hauptwohnsitz in Bremen, wobei zu Lebzeiten eine Person für die Totenfürsorge bestimmt werden muss.⁶⁹

Mit dem Ende der Ruhefrist endet der Friedhofszwang. Ob der Nutzungsberechtigte oder ggf. sein Erbe dann die Herausgabe der Überurne, Aschekapsel und Totenasche fordern kann, ist umstritten.⁷⁰

4. Anlegung und Schließung von Friedhöfen

a) Anlegung und Widmung von Friedhöfen

Die Bereitstellung von Orten zur Bestattung der Toten ist eine hoheitlich wahrzunehmende Pflichtaufgabe.⁷¹ Die Kommunen sind ver-

⁶⁷ § 15 Abs. 6 BestG NRW (o. Fn. 64). Zu der Genehmigungsfähigkeit nach § 15 Abs. 6 S. 2 BestG NRW s. OVG NRW, U. v. 25.9.2008 – 19 A 210/07, <<https://www.justiz.nrw.de>>, Rn. 26 ff.

⁶⁸ VG Arnsberg, U. v. 19.10.2007 – 3 L 751/07, in: BeckRS 2007, 27951 zu § 1 Abs. 6 BestG NRW (o. Fn. 64).

⁶⁹ § 4 Abs. 1a und 1b des Gesetzes über das Friedhofs- und Bestattungswesen in der Freien Hansestadt Bremen vom 16.10.1990 (Brem.GBl. S. 303), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.12.2015 (Brem.GBl. S. 607); ausführlich dazu *Scheffold*, Postmortales Verfügungsrecht (o. Fn. 29), S. 249 ff.

⁷⁰ Bejahend: Aeternitas e.V. – Verbraucherinitiative Bestattungskultur (Hg.), Endet mit Ablauf der Ruhezeit der Friedhofszwang? Herausgabe von Urne, Aschekapsel und Totenasche, s. <<https://www.aeternitas.de/>>; ähnlich wohl *Tade Matthias Spranger*, Zum Umgang mit Totenasche nach Ablauf der Ruhezeit, in: *Friedhofskultur* 2016, S. 1 f.; ablehnend bzgl. der Aschekapsel und Totenasche: *Torsten F. Barthel*, „Ausgeruhte“ Totenasche bleibt auf dem Friedhof, in: *Friedhofskultur* 2016, S. 3 (34).

⁷¹ S. etwa § 2 Abs. 1 Friedhofsgesetz Berlin (o. Fn. 8). Aus diesem Grund wird auch die Frage einer Umsatzsteuerpflicht für den Hoheitsbetrieb ver-

pflichtet, im Rahmen der Daseinsvorsorge in ausreichendem Maße Bestattungsplätze in für die Einwohner zumutbarer Entfernung zur Verfügung zu stellen. Dies gilt nur dann nicht, wenn es in der Nähe einen kirchlichen Friedhof gibt, der allen Einwohnern offen steht.⁷² In Brandenburg kann eine Kirchengemeinde in dem Fall, in dem die Bereitstellung ausreichender ortsnahe Bestattungsflächen ohne deren kirchlichen Friedhof nicht gewährleistet ist, von der Kommune eine angemessene Beteiligung an dem Aufwand, kommunale Hilfen oder die Übertragung der Trägerschaft fordern, wenn das Gebührenaufkommen für die Unterhaltung des kirchlichen Friedhofs nicht ausreicht.⁷³

31 Während früher eine Umfriedung des Friedhofes als erforderlich angesehen wurde, ist dies zwischenzeitlich entbehrlich.⁷⁴

32 Die Anlegung bedarf sowohl im Falle kommunaler als auch kirchlicher Friedhöfe der staatlichen Genehmigung.⁷⁵ Ein Friedhof wird durch ausdrückliche oder konkludente Erklärung in den Dienst genommen. Der Friedhofsträger, das heißt die Kommune oder die Kirchengemeinde, stellt mit dem entsprechenden Verwaltungsakt, der Widmung, den Friedhof in den Dienst als öffentlichen Bestattungsplatz.⁷⁶ Die Widmung stellt allerdings keine Voraussetzung für das Vorliegen eines Friedhofs dar.⁷⁷

neint: vgl. *Tade Matthias Spranger*, Umsatzsteuerpflicht für Friedhöfe?, in: *Friedhofskultur* 10/2016, S. 32 f.

⁷² Vgl. z.B. § 27 Abs. 1 BbgBestG (o. Fn. 32). S. auch *Müller-Hannemann*, Stichwort Anlage eines Friedhofs, in: *Lexikon Friedhofs- und Bestattungsrecht* (o. Fn. 10), S. 30 f. m. w. N.; s. auch oben Abschnitt III. 2.

⁷³ Schlussprotokoll zu Art. 20 Abs. 3 EvKV Bbg.; weitergehend die Regelungen z.B. in § 14 Abs. 3 S. 3 Gesetz über das Leichen-, Bestattungs- und Friedhofswesen im Land Mecklenburg-Vorpommern (Bestattungsgesetz – BestattG M-V) v. 3. 7. 1998 (GVBl. M-V, S. 617), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes v. 1. 12. 2008 (GVBl. M-V, S. 461) sowie § 4 Abs. 2 Sächsisches Bestattungsgesetz vom 8. 7. 1994 (SächsGVBl. S. 1321), zuletzt durch Art. 16 des Gesetzes vom 26. 4. 2018 (SächsGVBl. S. 198) geändert, nach denen bei Monopolfriedhöfen ein Kostenbeteiligungsanspruch der nicht kommunalen Friedhofsträger besteht.

⁷⁴ S. OVG NRW, U. v. 25. 9. 2008 – 19 A 210/07, veröffentlicht unter <<https://www.justiz.nrw.de>>.

⁷⁵ Ausführlich *Alexander Niestedt / Jan Ziekow*, Friedhofsplanungs- und -genehmigungsverfahren, in: *WiVerw* 2016, S. 1 ff.; zu Fragen der Planung von Friedhöfen s. auch *Engelhardt*, Bestattungswesen (o. Fn. 4), S. 111 ff.

⁷⁶ *Müller-Hannemann*, Stichwort Widmung, in: *Lexikon Friedhofs- und Bestattungsrecht* (o. Fn. 10), S. 413 f.; a.A. *Ludwig Renck*, Rechtsprobleme der Benutzung kirchlicher Friedhöfe, in: *DÖV* 1993, S. 517 (520).

⁷⁷ S. OVG NRW, U. v. 25. 9. 2008 – 19 A 210/07.

33 Sofern das Grundstück nicht im Eigentum des Friedhofsträgers steht, ist die Zustimmung des Eigentümers des Friedhofsgrundstücks erforderlich, um den Friedhof in den Dienst nehmen zu können.⁷⁸

b) Schließung und Entwidmung von Friedhöfen

34 Die Schließung eines Friedhofs kann nur langfristig erfolgen, da die Totenruhe zu wahren ist und das Totengedenken der Trauernden ermöglicht werden soll. Zunächst erfolgt daher die Außerdienststellung des Friedhofes. Mit einem entsprechenden Beschluss des Friedhofsträgers wird festgelegt, dass künftig keine weiteren Bestattungen mehr vorgenommen werden. Denkbar ist auch eine sog. beschränkte Schließung, bei der neue Nutzungsrechte nicht mehr überlassen werden, aber bestehende Beisetzungsrechte noch ausgeübt werden können.⁷⁹ Der Friedhof besteht dabei weiter, vorhandene Grabstellen bleiben bis zum Ablauf der Ruhefristen erhalten.⁸⁰ Sofern die Zustimmung staatlicher Behörden für die Außerdienststellung erforderlich ist,⁸¹ kann eine Kirchengemeinde nicht durch deren Versagung gezwungen werden, einen Friedhof weiter zu betreiben.⁸² Auf der anderen Seite kann eine Außerdienststellung, auch hinsichtlich bestimmter Bestattungsarten, aus gesundheitspolizeilichen bzw. hygienischen Gründen angeordnet werden. Dies gilt auch für kirchliche Friedhöfe. Sofern sich eine Kirchengemeinde weigert, den Friedhof außer Dienst zu stellen, kann sie sich gegen eine staatlicherseits vorgenommene Ersatzvornahme nicht auf das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen berufen.⁸³

35 Die Zweckbestimmung als Friedhof endet nicht durch die bloße Außerdienststellung, vielmehr ist hierfür eine ausdrückliche oder

⁷⁸ Gaedke, Handbuch (o. Fn. 2), S. 54.

⁷⁹ Nach § 5 Abs. 1 Friedhofsgesetz EKBO (o. Fn. 19) kann bei bestehenden Bestattungsrechten, die noch nicht ausgeübt worden sind, auch die Verlängerung des Nutzungsrechts zur Anpassung an die Ruhefrist vorgenommen werden.

⁸⁰ Zum Erhalt von sog. Familiengrabstätten s. VG Düsseldorf, U. v. 27.9.2010 – 23 K 939/09, in: BeckRS 2010, 57008.

⁸¹ Vgl. dazu *Torsten Schmitt*, Schließung und Aufhebung, in: *Friedhofskultur* 3/2017, S. 40 (41), zum in manchen Ländern erforderlichen Vorliegen des öffentlichen Interesses.

⁸² *Müller-Hannemann*, Stichwort Schließung, in: *Lexikon Friedhofs- und Bestattungsrecht* (o. Fn. 10), S. 334 ff. (336).

⁸³ *Engelhardt*, Bestattungswesen (o. Fn. 4), S. 115.

zumindest konkludente Entwidmung erforderlich.⁸⁴ Diese kann erst nach Ablauf der Ruhefristen erfolgen. Ein kirchlicher Friedhof unterliegt bis zur Entwidmung dem Schutz von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG sowie Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV.⁸⁵ Mit der Entwidmung fällt dieser Schutz weg und das Friedhofsgrundstück erhält seine Verkehrsfreiheit zurück. Hinsichtlich der Möglichkeiten, das Grundstück anschließend anderweitig zu verwenden, sieht zum Beispiel das Berliner Friedhofsgesetz Einschränkungen vor, deren Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 GG in Frage zu stellen ist.⁸⁶ Nach dem Schlussprotokoll zum Evangelischen Kirchenvertrag Berlin soll zwar eine „wirtschaftliche Verwertung“ ermöglicht werden,⁸⁷ allerdings kann daraus keine konkrete Bauleitplanung und damit keine Bebaubarkeit einer nicht mehr pietätsbefangenen Fläche abgeleitet werden.

5. Verwaltung und Benutzung von Friedhöfen

a) Friedhofsordnung

36 Der Friedhofsträger regelt die Rechtsbeziehungen mit den Friedhofsbenutzern einseitig durch entsprechende Normen, häufig durch eine Friedhofssatzung,⁸⁸ die im vollen Wortlaut amtlich bekannt zu machen ist.⁸⁹ Regelungen zur Benutzung des Friedhofes, etwa zu

⁸⁴ Eine konkludente Entwidmung ist etwa anzunehmen, wenn die Kirchengemeinde die Nutzung ändert. S. dazu insgesamt OVG Saarland, B. v. 6. 8. 2002 – 2 U 3/02, in: NVwZ 2003, S. 1004 (1008).

⁸⁵ *Bernhard Schlink*, Neuere Entwicklungen im Recht der kirchlichen öffentlichen Sachen und der res sacrae, in: NVwZ 1987, S. 633 (640) m. w. N.; s. auch zur Widmung eines Kirchengebäudes BVerwG, U. v. 15. 11. 1990 – 7 C 9/89, BVerwGE 87, 115 (121).

⁸⁶ Nach § 6 S. 2 Friedhofsgesetz Berlin (o. Fn. 8) ist grundsätzlich eine Folgenutzung als Grünfläche vorgesehen. Zur Situation in Berlin, das als Planungsinstrument den Friedhofsentwicklungsplan vorsieht, ausführlich *Uwe Zepf*, Der Friedhofsentwicklungsplan im Orchester der Planungsinstrumente Berlins, in: LKV 2013, S. 389 ff.

⁸⁷ Zu Art. 23 Schlussprotokoll zum EvKV Berlin s. auch *Filip Lachmann*, Mammutaufgabe Überhangflächen, in: Friedhofskultur 11/2017, S. 12 f.

⁸⁸ Zur Befugnis einer Kirchengemeinde als Anstaltsträgerin für jedermann verbindliche Rechtssätze zum Friedhofsgebrauch aufzustellen, s. RG, U. v. 25. 4. 1938 – IV 7/38, RGZ 157, 246 (254).

⁸⁹ *Müller-Hannemann*, Stichwort Friedhofsordnung, Friedhofssatzung, in: Lexikon Friedhofs- und Bestattungsrecht (o. Fn. 10), S. 151 ff.; VG München, U. v. 19. 5. 2017 – M 12 K 15.3334, juris, Rn. 67.

Grabarten, die Dauer des eingeräumten Nutzungsrechts sowie die Grabgestaltung, können aber nur insoweit getroffen werden, als sie vom Friedhofszweck⁹⁰ gedeckt sind. Bei der Prüfung der Gerichte, ob Vorgaben dem Friedhofszweck dienen, werden die entsprechenden Grenzen eng gezogen.⁹¹

In den Gestaltungsvorschriften kann der Friedhofsträger sowohl die gärtnerische Gestaltung der Grabstätte als auch die Frage der Grabeinfassung und die Abdeckung des Grabes regeln. Vorgaben zu den Grabmalen, etwa hinsichtlich der Maße, Materialien oder Inschriften, sind ebenfalls zulässig.⁹²

Ein Verbot von Kunststoffen ist beispielsweise zulässig, wenn es in erster Linie um die Funktionsfähigkeit des Friedhofes geht.⁹³ Umstritten ist die Frage, ob der Friedhofsträger in der Friedhofssatzung regeln kann, dass nur Grabmale verwendet werden dürfen, die nachweislich ohne ausbeuterische Kinderarbeit hergestellt wurden. Wegen des Eingriffs in die Berufs- und Gewerbefreiheit der Steinmetze muss sowohl eine ausreichende gesetzliche Ermächtigung vorliegen als auch in der entsprechenden Friedhofssatzung sichergestellt werden, dass die Berufsfreiheit nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt wird. In dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fall wurde die Angemessenheit verneint, da nicht klar war, welche Art von Nachweis gefordert wird und welche Nachweise als ausreichend angesehen werden.⁹⁴

⁹⁰ S. oben Abschnitt III. 1.

⁹¹ Ausführlich *Christoph Brüning*, Kommunale Gestaltungsmöglichkeiten bei Friedhofssatzungen, in: WiVerw 2016, S. 37 (40 ff.); s. dazu auch Abschnitt IV. 2.

⁹² BVerwG, U. v. 16.10.2013 – 8 CN 1/12, in: NVwZ 2014, S. 527 ff. zur Unverhältnismäßigkeit einer Regelung in einer Friedhofssatzung; dem folgend VGH BW, U. v. 29.4.2014 – 1 S 1458/12, in: VBIBW 2014, S. 462 ff.; s. auch s. auch VG München, U. v. 19.5.2017 – M 12 K 15.3334, juris, Rn. 72 f. zum Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung auf Errichtung eines Grabmals, das den Gestaltungsvorschriften entspricht.

⁹³ Ausführlich hierzu *Tade Matthias Spranger*, Umweltschutz im Friedhofs- und Bestattungswesen, in: WiVerw 2016, S. 31 ff.

⁹⁴ BVerwG, U. v. 16.10.2013 – 8 CN 1/12, in: NVwZ 2014, S. 527 (530) sowie VGH BW, U. v. 29.4.2014 – 1 S 1458/12, in: VBIBW 2014, S. 462 (464 f.); ausführlich, auch zu den Möglichkeiten, das Anliegen im Sinne des Menschenrechtsschutzes umzusetzen, *Markus Krajewski*, Kommunalen Menschenrechtsschutz durch Verbote von Grabmalen aus ausbeuterischer Kinderarbeit, in: DÖV 2014, S. 721 ff.; *Markus Kaltenborn / Nina Reit*, Das Verbot der Aufstellung von Grabsteinen aus Kinderarbeit, in: NVwZ 2012, 925 ff.; s. dazu auch die Neuregelung in § 4a – Grabsteine aus Kinderarbeit – BestG NRW (o. Fn. 64); s. dazu auch einen Runderlass v. 18.3.2015 (MBI. NRW

- 39 Das Verbot einer vollständigen Grabeindeckung muss ebenfalls vom Friedhofszweck gedeckt sein, so dass es nicht mit ästhetischen Gesichtspunkten begründet werden kann. Vielmehr muss der Friedhofsträger nachweisen, dass angesichts der Bodenbeschaffenheit ansonsten eine vollständige Verwesung innerhalb der Ruhefrist nicht gewährleistet ist.⁹⁵
- 40 Den kirchlichen Friedhofsträgern steht hinsichtlich der besonderen Gestaltungsvorschriften im Vergleich zu kommunalen Friedhofsträgern ein weiterer Regelungsspielraum zu.⁹⁶ So kann eine Kirchengemeinde die vollständige Abdeckung mit einer Grabplatte verbieten, wenn die entsprechende Satzungsvorschrift von einem legitimen Zweck gedeckt und nicht unverhältnismäßig ist. Als solche anerkannt wurden Gestaltungsvorschriften, die „Ausdruck der Glaubensüberzeugung des Friedhofsträgers und der Mehrheit der in ihm organisierten Kirchengemeindeglieder sind“⁹⁷, wenn die Grababdeckung der kirchlichen Tradition vor Ort widerspricht. Gleichzeitig wurde die Möglichkeit, auf andere, erreichbare kommunale Friedhöfe ohne Gestaltungsvorschriften auszuweichen, als zumutbar angesehen.⁹⁸ Kirchliche Friedhofsträger können auch vorschreiben, dass die Grabmale den christlichen Glauben von Tod, Auferstehung und ewigem Leben zum Ausdruck bringen müssen oder zumindest dem christlichen Glauben nicht widersprechen dürfen. Dies gilt allerdings nur, wenn es sich um keinen Monopolfriedhof handelt.⁹⁹
- 41 Friedhofsordnungen sowie auf dieser Grundlage ergehende Verwaltungsakte sind auch im Falle kirchlicher Friedhöfe vor dem staatlichen Verwaltungsgericht anfechtbar.¹⁰⁰

S. 219 ff.), wonach zurzeit noch keine Zertifizierungspflicht besteht, so dass Verstöße nicht geahndet werden.

⁹⁵ Nds. OVG, B. v. 9.6.2010 – 8 ME 125/10, veröffentlicht bei openjur.de, Rn. 14 f.

⁹⁶ BVerwG, U. v. 13.5.2004 – 3 C 26/03, in: NJW 2004, S. 2844 ff., s. auch *Elisabeth Lambrecht*, Neuere Entwicklungen und aktuelle Rechtsprechung im Friedhofs- und Bestattungsrecht, in: LKRZ 2011, S. 441 (443).

⁹⁷ BVerwG, U. v. 13.5.2004 – 3 C 26/03, in: NJW 2004, S. 2844 (2845); s. auch VG Göttingen, U. v. 10.12.2008 – 1 A 199/07 in Anknüpfung an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.

⁹⁸ BVerwG, U. v. 13.5.2004 – 3 C 26/03, in: NJW 2004, S. 2844 (2845).

⁹⁹ *Lambrecht*, Neuere Entwicklungen (o. Fn. 96), S. 443.

¹⁰⁰ VG München, U. v. 19.5.2017 – M 12 K 15.3334, juris, Rn. 51; OVG NRW, U. v. 28.9.1989 – 9 A 2511/86, KirchE 27, 267 (270); a. A. *Renck*, Rechtsprobleme (o. Fn. 76), S. 521.

b) Gebühren

Der Friedhofsträger kann für die Benutzung des Friedhofes samt 42
seiner Einrichtungen nach Maßgabe der entsprechenden Normen
Gebühren erheben. Auch kirchliche Friedhöfe sind in der Regel durch
Gebühren finanzierte Einrichtungen. Das Recht der Kirchengemein-
den zur Gebührenerhebung resultiert aus dem Status als öffentlich-
rechtliche Körperschaften. Eine Ermächtigung zur Erhebung und
Festsetzung von Friedhofsgebühren enthalten die zwischen den Län-
dern und den Landeskirchen geschlossenen Kirchenverträge.¹⁰¹

Auch kirchliche Friedhofsgebühren müssen den allgemein für Ge- 43
bühren geltenden Grundsätzen entsprechen. Nach dem Äquivalenz-
prinzip muss die Höhe der Gebühren dem Maß der Benutzung bzw.
der Inanspruchnahme im Einzelfall entsprechen.¹⁰² Eine sog. Entsor-
gungsgebühr kann schon bei Aufstellen des Grabmals erhoben wer-
den, sofern in der entsprechenden Friedhofssatzung eine Ausnahme-
regelung vorgesehen ist, wonach eine Rückerstattung erfolgt, wenn
der Nutzungsberechtigte nach Ablauf der Ruhefrist die Entsorgung
selbst vornimmt.¹⁰³

Wegen des Kostenüberschreitungsverbots müssen die Gebühren so 44
kalkuliert werden, dass das Aufkommen an Gebühren die Gesamt-
ausgaben des Friedhofes nicht übersteigt. Der Grundsatz der Gebüh-
rengerechtigkeit verpflichtet den Friedhofsträger, gleich hohe Gebüh-
ren für gleichartige Leistungen zu erheben. Deshalb darf eine Kir-
chengemeinde – zumindest auf einem Monopolfriedhof – eigene Ge-
meindeglieder nicht dadurch bevorzugen, dass sie für diese Nut-
zungsberechtigten in der Gebührensatzung eine Ermäßigung vor-
sieht.¹⁰⁴

¹⁰¹ Zum Beispiel Art. 23 Abs. 3 EvKV Berlin. S. dazu auch *Müller-Hannemann*, Stichwort Gebühr(en), in: *Lexikon Friedhofs- und Bestattungsrecht* (o. Fn. 10), S. 163 (164 m.w.N.); unter Bezugnahme auf die Ermächtigungsgrundlage in den staatlichen Friedhofsgesetzen *Engelhardt*, *Bestattungswesen* (o. Fn. 4), S. 117. S. auch Abschnitt III. 5. d.

¹⁰² Problematisch ist vor diesem Hintergrund das Nichtabweichungsgebot gemäß § 16 Abs. 3 Friedhofsgesetz Berlin (o. Fn. 8), wonach die Gebühren für die Benutzung der landeseigenen und nicht landeseigenen Friedhöfe nicht „übermäßig voneinander abweichen“ sollen.

¹⁰³ OVG RP, U. v. 31.10.2002 – 12 A 11270/02, in: *KStZ* 2003, S. 135.

¹⁰⁴ *Müller-Hannemann*, Stichwort Gebühr(en), in: *Lexikon Friedhofs- und Bestattungsrecht* (o. Fn. 10), S. 163 (175 f.), s. auch *dens.*, Stichwort *Andersgläubigenzuschlag*, ebd., S. 28 ff.

- 45 Kommunale Friedhofsträger können die Friedhofsgebühren nach den entsprechenden Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes unmittelbar betreiben. Kirchliche Friedhofsträger sind hingegen auf die Amtshilfe staatlicher Vollstreckungsstellen angewiesen.¹⁰⁵

c) Verkehrssicherungspflicht

- 46 Der Friedhofsträger ist verpflichtet, für die gefahrlose Nutzung des Friedhofsgrundstücks, das seinem Zweck entsprechend Besuchern offensteht, zu sorgen. Diese Verkehrssicherungspflicht umfasst das gesamte Friedhofsgelände und die verschiedenen Einrichtungen, die laufend zu überwachen sind. Auftretende Mängel sind unverzüglich zu beheben.¹⁰⁶
- 47 Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann für die Prüfung, ob eine Maßnahme rechtzeitig ergriffen wurde, die Leistungsfähigkeit des Friedhofsträgers herangezogen werden. Ebenso ist bei der Frage nach der Zumutbarkeit von Maßnahmen deren Aufwand ins Verhältnis zu dem zu erreichenden Erfolg zu setzen. Gleichzeitig kann bei der Frage einer Schadenersatzpflicht des Friedhofsträgers das Verhalten des Friedhofsbesuchers in die Betrachtung einbezogen werden. Dieser muss seine Aufmerksamkeit den Gegebenheiten anpassen, das heißt, bei erkennbar unwegsamem Gelände ist eine erhöhte Aufmerksamkeit angezeigt.¹⁰⁷
- 48 Die Verkehrssicherungspflicht des Friedhofsträgers gilt im Verhältnis zu Friedhofsbesuchern auch hinsichtlich der Gräber und Grabstellen. Demzufolge haftet der Friedhofsträger einem Friedhofsbesucher gegenüber, der durch einen umstürzenden Grabstein zu Schaden kommt, neben dem Nutzungsberechtigten gesamtschuldnerisch. Im Verhältnis zwischen Friedhofsträger und Nutzungsberechtigtem haftet allein letzterer. Der Nutzungsberechtigte hat nämlich für eine dauerhaft standsichere Anlage zu sorgen.¹⁰⁸ Dementsprechend muss

¹⁰⁵ S. etwa Art. 23 Abs. 4 EvKV Berlin.

¹⁰⁶ Müller-Hannemann, Stichwort Verkehrssicherungspflicht, in: Lexikon Friedhofs- und Bestattungsrecht (o. Fn. 9), S. 387 ff.

¹⁰⁷ LG Köln, U. v. 10.1.2006 – 5 O 344/05, in: BeckRS 2008, 03863; allgemein zur Verkehrssicherungspflicht auf Friedhöfen und in Bestattungswäldern Rainer Hilsberg, Rechtliches zu Bäumen auf Friedhöfen, in: Friedhofskultur 5/2017, S. 32 ff.

¹⁰⁸ VG Mainz, U. v. 17.6.2015 – 3 K 782/14.MZ, in: BeckRS 2015, 47498; OLG Brandenburg, U. v. 9.12.2003 – 2 U 21/03, in: NJW 2004, S. 2103 (2104).

er sowohl Besucher als auch Mitarbeiter des Friedhofs vor Gefahren schützen, die von nicht standsicheren Grabsteinen ausgehen.

Sofern der Nutzungsberechtigte einen Steinmetz mit der Aufstellung eines Grabsteins beauftragt hat, kann der Friedhofsträger auf dessen Sachkunde vertrauen.¹⁰⁹ Anschließend ist der Friedhofsträger aber zur regelmäßigen Überprüfung der Standsicherheit verpflichtet. Dazu ist eine bloße Inaugenscheinnahme nicht ausreichend; vielmehr hat der Friedhofsträger regelmäßig eine Überprüfung durch entsprechend geschulte Beschäftigte oder beauftragte Unternehmen, ggf. als maschinell durchgeführte sog. Rüttelprobe vorzunehmen.¹¹⁰

49

d) Aufsicht über den Friedhofsträger

Im Falle kommunaler Friedhofsträger finden die für die Aufsicht geltenden Rechtsvorschriften über die Kommunalaufsicht Anwendung. Entscheidungen eines Friedhofsträgers, auch eines kirchlichen, stellen Verwaltungsakte dar, die vor den Verwaltungsgerichten angefochten werden können.¹¹¹ Im Falle der kirchlichen Friedhofsträger üben in der Regel die Landeskirchenämter als oberste Verwaltungsbehörde die Aufsicht als zuständige Widerspruchsbehörde aus.¹¹²

50

Der Aufsicht, auch der Gesundheitsbehörden, unterliegen Kommunen und Kirchengemeinden hinsichtlich der Anlegung und Erweiterung von Friedhöfen. Eine solche Genehmigung kann mit der Begründung, es gäbe bereits ausreichende Bestattungsplätze auf dem Gemeindegebiet, nicht verweigert werden, wenn mit der Anlegung

51

In der Freien und Hansestadt Hamburg ist für größere Grabmale die Errichtung eines Fundaments vorgeschrieben, s. § 24 Abs. 2 des Gesetzes über das Leichen-, Bestattungs- und Friedhofswesen (Bestattungsgesetz) v. 14. 9. 1988 (HmbGVBl. S. 167), zuletzt geändert durch § 2 des Gesetzes vom 3. 7. 2018 (HmbGVBl. S. 217).

¹⁰⁹ OLG Brandenburg, B. v. 26. 10. 2010 – 12 W 51/10 nicht veröffentlicht.

¹¹⁰ In der Regel ist eine jährliche nach dem Ende der winterlichen Witterung vorzunehmende Prüfung ausreichend, s. BGH, U. v. 30. 1. 1961 – III ZR 225/59, BGHZ 34, 206 ff.; zur dauerhaften Standsicherheit s. BayVGh, B. v. 23. 2. 2017 – 4 B 16.311, juris, Rn. 23 ff.

¹¹¹ *Schlink*, Neuere Entwicklungen (o. Fn. 85), S. 640 zu Konflikten mit „Außenstehenden“. Dies gilt auch für Entscheidungen eines kirchlichen Friedhofsträgers, s. VG Berlin, U. v. 8. 6. 1972 – VG III A 1.72, nicht veröffentlicht; s. auch LG Neuruppin, U. v. 26. 3. 1999, 4 S 2/99, nicht veröffentlicht; a. A. *Renck*, Rechtsprobleme (o. Fn. 76), S. 521.

¹¹² Nach § 51 Friedhofsgesetz EKBO (o. Fn. 19) ist es das Konsistorium der Ev. Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz.

eines Naturfriedhofs eine neue Bestattungsform ermöglicht werden soll, für die eine entsprechende Nachfrage besteht.¹¹³

IV. Die Grabstätte

1. Das Nutzungsrecht

52 Der Friedhofsträger räumt mit der Zuweisung einer Grabstätte für die Beisetzung eines Sarges oder einer Urne dem Berechtigten ein Nutzungsrecht ein.¹¹⁴ Dies umfasst ein Grab oder mehrere Gräber samt des darunter liegenden Erdreichs.¹¹⁵ In der Regel handelt es sich um Einzel- bzw. Reihengrabstätten, die der Reihe nach vergeben werden. Der Friedhofsträger kann darüber hinaus Sondernutzungsrechte an sog. Wahlgrabstätten zur Verfügung stellen, die Doppel- oder Mehrfachgräber umfassen können.

53 Das Nutzungsrecht des Totenfürsorgeberechtigten ist öffentlich-rechtlich ausgestaltet und unterliegt nicht der erbrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge nach § 1922 BGB. Vielmehr obliegt es dem Friedhofsträger, durch Satzung zu bestimmen, auf wen das Nutzungsrecht im Falle des Todes des bisherigen Inhabers übergeht.¹¹⁶ Das Eigentum an der Grabstätte verbleibt beim Friedhofsträger; es ist aber für die Dauer der Nutzungszeit eingeschränkt.¹¹⁷ Der Friedhofszweck gibt den allgemeinen Rahmen hinsichtlich des Umfangs des Nutzungsrechts vor. Der Friedhofsträger kann in der Friedhofsordnung die nähere Ausgestaltung vornehmen, insbesondere was die Dauer betrifft.¹¹⁸ Das Nutzungsrecht ist mindestens für die Dauer der geltenden Ruhefrist einzuräumen. Mit der Festlegung von Ruhefris-

¹¹³ VG Weimar, U. v. 5.2.2014 – 3 K 201/13 We, in: LKV 2014, 382 ff.

¹¹⁴ Es handelt sich hierbei um einen mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt, der auf – zumindest konkludent gestellten – Antrag erteilt wird, BayVGh, B. v. 21.3.2018 – 4 ZB 17.2082, in: NJW 2018, S. 1832 ff.; s. auch *Thorsten F. Barthel*, Grabnutzungsrechte und sonstige Nutzungsrechte an Friedhöfen, in: WiVerw 2016 S. 22 (25 f.).

¹¹⁵ Zur Möglichkeit, im Saarland Bestattungen in oberirdischen Grabkammern vorzunehmen, s. § 27 Abs. 1 Bestattungsgesetz Saarland (o. Fn. 16).

¹¹⁶ BayVGh, B. v. 21.3.2018 – 4 ZB 17.2082, in: NJW 2018, S. 1832 (1833); s. auch *Barthel*, Grabnutzungsrechte (o. Fn. 114), S. 25 f.; *Brüning*, Kommunale Gestaltungsmöglichkeiten (o. Fn. 91), S. 44 f.

¹¹⁷ *Müller-Hannemann*, Stichwort Nutzungsrecht, in: Lexikon Friedhofs- und Bestattungsrecht (o. Fn. 10), S. 279 ff.

¹¹⁸ S. o. Abschnitt III. 5. a.

ten zwischen 15 und 20 Jahren wird eine angemessene Totenehrung ermöglicht und eine ausreichende Verwesung der Leichen sichergestellt.¹¹⁹ Hinsichtlich der Wahlgrabstätten kann eine längere Ruhefrist vorgesehen werden, zumindest aber muss ein Rechtsanspruch auf Verlängerung eingeräumt werden.¹²⁰ Für bereits bestehende Grabstätten, sog. Erbbegräbnisse, kann das – zunächst unbefristet eingeräumte – Nutzungsrecht nachträglich zeitlich begrenzt werden.¹²¹

Mit dem vom Friedhofsträger eingeräumten Nutzungsrecht übernimmt der Nutzungsberechtigte auch Pflichten. So ist die Grabstelle nach der Bestattung gärtnerisch anzulegen und für die Dauer der Nutzungszeit in einem gepflegten und verkehrssicheren Zustand zu erhalten.¹²²

54

2. Die Gestaltung

Der Friedhofsträger kann in der Friedhofsordnung Vorgaben zur Gestaltung erlassen. Dabei muss er sich am Friedhofszweck orientieren, etwa dem Zweck, für eine der Würde des Ortes angemessene Gestaltung zu sorgen.¹²³

55

Bei einer Interessenkollision zwischen den Vorstellungen der Nutzungsberechtigten und den Vorgaben des Friedhofsträgers ist eine Abwägung vorzunehmen, bei der das auf Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG beruhende Persönlichkeitsrecht zu berücksichtigen ist. In die Handlungsfreiheit des Nutzungsberechtigten kann nur eingegriffen werden, wenn dies zur Verwirklichung des Friedhofszwecks erforderlich ist. Dabei sind Beschränkungen zulässig, die einer naturnahen und umweltfreundlichen Friedhofsgestaltung dienen.¹²⁴

56

¹¹⁹ Gaedke, Handbuch (o. Fn. 2), S. 254 ff. m.w.N., auch zur Problematik des Wiederbelegungsrechts einer Grabstelle für Muslime.

¹²⁰ Zur vorzeitigen Rückgabe des Nutzungsrechts s. Barthel, Grabnutzungsrechte (o. Fn. 114), S. 29 f.

¹²¹ BVerwGE 11, 68 (73), s. auch BGH, U. v. 18.9.1957 – V ZR 153/56, in: NJW 1958, S. 59 (61).

¹²² Brüning, Kommunale Gestaltungsmöglichkeiten (o. Fn. 91), S. 43; s. auch Abschnitt III. 5. c.

¹²³ S. o. Abschnitt III. 5. a.

¹²⁴ OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 27.4.2017 – 12 B 13.15, juris, Rn. 29 zum Verbot der Verwendung nicht kompostierbarer Materialien bei der gärtnerischen Gestaltung von Grabstätten.

- 57 Wenn der Friedhofsträger von der Möglichkeit Gebrauch macht, für verschiedene Friedhofsteile unterschiedliche Gestaltungsvorschriften zu erlassen, kann die Ausweichmöglichkeit auf einen Friedhofsteil, auf dem die eigenen Vorstellungen umgesetzt werden können, sofern dies nicht störend wirkt, ausreichen, um den Anforderungen von Art. 2 Abs. 1 GG zu genügen.¹²⁵

3. Strafrechtlicher Schutz

- 58 Nach § 168 StGB wird die Störung der Totenruhe unter Strafe gestellt. Vom Schutzbereich ist sowohl die Leiche als auch die Asche Verstorbener erfasst. Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird nicht nur die Wegnahme bestraft, sondern auch an der Leiche bzw. der Asche verübter beschimpfender Unfug. Höchstrichterlich entschieden wurde die Frage, ob der Straftatbestand des § 168 Abs. 1 StGB erfüllt ist, wenn Zahngoldreste beim Befüllen der Urne entwendet werden.¹²⁶ Sog. beschimpfender Unfug an einer Beisetzungsstätte nach § 168 Abs. 2 StGB liegt vor, wenn der Handelnde zielgerichtet und absichtlich den Verstorbenen verhöhnt, verspottet oder herabwürdigt.¹²⁷
- 59 Als Orte, die dem Gottesdienst gewidmet sind, genießen kirchliche Friedhöfe insgesamt den Schutz nach § 167 Abs. 1 Nr. 2 StGB gegen beschimpfenden Unfug. Auf kommunalen Friedhöfen, auf denen Gottesdienste nach Art. 140 GG i. V. m. Art. 141 WRV lediglich zugelassen sind, ist hingegen gemäß § 167 Abs. 1 Nr. 1 StGB nur die jeweilige Bestattungsfeier vom Schutzbereich erfasst.¹²⁸
- 60 Nach § 118 Abs. 1 OWiG handelt ordnungswidrig, der grob ungehörig handelt und damit die Allgemeinheit belästigt und die öffentliche Ordnung beeinträchtigt. Eine Ordnungswidrigkeit liegt allerdings nicht vor, wenn jemand während einer Gedenkveranstaltung auf dem Friedhofsgelände ein Transparent zeigt.¹²⁹

¹²⁵ VGH Baden-Württemberg, U. v. 16.10.1996 – 1 S 3164/95, in: DVBl. 1997, S. 1278 ff.; VGH Baden-Württemberg, U. v. 28.6.2016 – 1 S 1327/15, veröffentlicht bei openjur.de, Rn. 46.

¹²⁶ BGH, B. v. 30.6.2015 – 5 StR 71/15, in: NJW 2015, S. 2901 ff.; kritisch *Stelkens / Wabnitz*, Pietät (o. Fn. 43), S. 15 f.

¹²⁷ *Tatjana Hörnle*, in: Wolfgang Joecks / Klaus Miebach (Hg.), Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl., Bd. 3, 2017, § 168, Rn. 20 ff., 25 ff.

¹²⁸ *Engelhardt*, Bestattungswesen (o. Fn. 4), S. 124 f.

¹²⁹ Vielmehr wurde darin ein Eingriff in die Versammlungsfreiheit nach

V. Gewerbliche Betätigung auf Friedhöfen

1. Bestattungs- und Friedhofsgewerbe

Während früher die Vorbereitung der Beisetzung eine familiäre Angelegenheit war, bedient man sich heute hierfür der Hilfe von Bestattungsunternehmen. Diese Gewerbetreibenden erbringen als Erfüllungsgehilfen Dienstleistungen für die Totenfürsorgeberechtigten, etwa den Leichentransport oder die Dekoration von Särgen und Urnen sowie das Auslegen von Kondolenzbüchern. Diese gewerblichen Tätigkeiten, die notwendige Voraussetzung für die Durchführung der Bestattungen sind, können nicht von einer Zulassung abhängig gemacht werden.¹³⁰

61

Der Friedhofsträger kann die Ausübung weiterer gewerblicher Tätigkeiten, etwa die Herstellung und Aufstellung eines Grabsteins durch einen Steinmetz oder die Gestaltung und Pflege der Grabstätte durch einen Friedhofsgärtner, von einer vorherigen Zulassung abhängig machen.¹³¹ Denkbar ist dabei, für die Zulassung die fachliche Qualifikation und die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden sowie den ausreichenden Versicherungsschutz zu prüfen.¹³²

62

Art. 8 Abs. 1 GG gesehen, s. BVerfG, B. v. 20.6.2014 – 1 BvR 980/13, in: NJW 2014, S. 2706 ff.

¹³⁰ Nach § 4 Gewerbeordnung, die nach den Vorgaben der EU-Dienstleistungsrichtlinie 2006 geändert wurde, wäre ein vorheriges Zulassungsverfahren für Gewerbetreibende aus dem EU-Ausland unzulässig.

¹³¹ VGH BW, U. v. 24.6.2002 – 1 S 2785/00, in: NVwZ-RR 2003, S. 142 (143 f.); VGH BW, U. v. 29.3.2007 – 1 S 179/06, in: VBlBW 2007, S. 353; ähnlich *Ulrich Stelkens*, Gemeingebrauch, Sondernutzung und „Hausrecht“ auf Friedhöfen, in: WiVerw 2015, S. 45 (50); kritisch *Barthel*, Grabnutzungsrechte (o. Fn. 114), S. 24 f.

¹³² Nach der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie kann die Dienstleistungsfreiheit von Gewerbebetrieben aus EU-Mitgliedsstaaten nicht eingeschränkt werden. Wenn ein Gewerbetreibender lediglich vorübergehend grenzüberschreitend tätig wird, dürfen nur Anforderungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, öffentlichen Sicherheit, öffentlichen Gesundheit und dem Schutz der Umwelt gestellt werden (s. Art. 16 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und der Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt). Zur Zulässigkeit entsprechender Einschränkungen und Anforderungen an einen Steinmetz wegen des erheblichen Gefahrenpotentials s. *Lambrecht*, Neuere Entwicklungen (o. Fn. 96), S. 442.

2. Gewerbliche Betätigung des Friedhofsträgers

- 63** Kommunale Friedhofsträger dürfen sich gegenüber privaten Gärtnereien keinen Wettbewerbsvorteil verschaffen, indem sie Grabpflegeleistungen im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse bei der Anmeldung einer Bestattung anbieten. Eine Friedhofssatzung, die Bestattern die Dekoration in den Trauerhallen und am offenen Grab verbietet und zugelassenen Friedhofsgärtnern vorbehält, verstößt gegen die Freiheit der Berufsausübung gemäß Art. 12 Abs. 1 GG.¹³³
- 64** Kirchliche Friedhofsträger können sich gewerbliche Tätigkeiten, wie die erstmalige gärtnerische Herrichtung einer Grabstätte und die laufende Grabpflege ebenso vorbehalten wie die Ausschmückung der Friedhofskapelle.¹³⁴ Sofern eine Kirchengemeinde auf ihrem Friedhof Grabpflege anbietet, unterliegen die den Nutzungsberechtigten gegenüber auf privatrechtlicher Grundlage erhobenen Entgelte der Umsatz- und Körperschaftsteuer¹³⁵. Auch wenn sie Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, begründen Kirchengemeinden nämlich einen Betrieb gewerblicher Art, indem sie in Konkurrenz zu privaten Gärtnereien treten. Hingegen ist die von der Friedhofsgärtnerei vorgenommene gärtnerische Instandhaltung des Friedhofes dem hoheitlichen Bereich zuzurechnen, der – wie die Erhebung von Gebühren – nicht steuerpflichtig ist.¹³⁶

¹³³ VGH BW, U. v. 29.3.2007 – 1 S 179/06, juris.

¹³⁴ Zur ersten Anlegung einer Grabstätte s. RG, U. v. 25.4.1938 – IV 7/38, RGZ 157, 246 (255 f.); s. auch BGH, U. v. 18.11.1955, BGHZ 19, 130 ff.; OVG Berlin, U. v. 23.3.1995 – OVG 5 B 4.93, nicht veröffentlicht; VG Berlin, U. v. 7.10.2015 – 21 K 146.15, nicht veröffentlicht, wonach sich eine Kirchengemeinde entsprechend der im kirchlichen Friedhofsgesetz vorgesehenen Möglichkeiten die Ausführung von Grabpflege vorbehalten und somit einen Erwerbsgärtner ausschließen kann, wenn es sich um keinen Monopolfriedhof handelt. Der hiergegen gerichtete Antrag auf Zulassung der Berufung wurde abgelehnt, s. OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 20.10.2016 – OVG 12 N 81.15, juris. A. A. *Engelhardt*, Bestattungswesen (o. Fn. 4), S. 126; *Tade Matthias Spranger*, Zur (Un-)Zulässigkeit von Grabpflegemonopolen, in: *Friedhofskultur 2016*, S. 42 (43).

¹³⁵ Zur Rechtslage in Nordrhein-Westfalen, nachdem mit dem BestG NRW (o. Fn. 64) die Möglichkeit eröffnet wurde, dass sich Friedhofsträger bei der Errichtung und dem Betrieb Dritter, also auch privater Rechtsträger bedienen dürfen, *Georg Skubella*, Privatisierung von Friedhöfen aus steuerlicher Sicht, in: *Der Gemeindehaushalt 2004*, S. 202 ff.

¹³⁶ S. § 2b UStG; dazu *Christian Sterzinger*, Umsatzsteuer und Friedhöfe, in: *UmsatzsteuerRundschau 2018*, S. 546 ff. sowie *Spranger*, Umsatzsteuerpflicht für Friedhöfe? (o. Fn. 71), S. 32 f.

3. Einsatz von Verwaltungshelfern und Beliehenen

Der Einsatz von gewerblichen Unternehmen als Verwaltungshelfer ist auf dem Friedhof jederzeit möglich, sofern die Verantwortung beim Friedhofsträger verbleibt. Dies umfasst auch die Gebührenerhebung, für die allein die Körperschaft zuständig ist. Das Entgelt, das sie zum Beispiel für das Ausheben und Verfüllen der Gruft an den Dienstleister erstattet, wird entsprechend in die Kalkulation der Gebühren eingerechnet. **65**

Denkbar ist darüber hinaus die Beleihung eines privatrechtlich organisierten Unternehmens. Dabei wird nicht nur die Aufgabenerfüllung einschließlich des wirtschaftlichen Risikos übertragen, sondern auch die Ausübung hoheitlicher Befugnisse. Im Bestattungswesen ist dies nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen möglich, etwa für den Fall von Religionsgemeinschaften, die nicht den Status einer Körperschaft öffentlichen Rechts haben.¹³⁷ **66**

Mit den aktuellen Liberalisierungstendenzen des Bestattungsrechts wurde die Möglichkeit geschaffen, Bestattungswälder bzw. Friedwälder von Privaten errichten und betreiben zu lassen.¹³⁸ Auch in diesem Fall wird die Privatperson oder das privatrechtlich organisierte Unternehmen als Beliehener tätig, während die Satzungshoheit beim Friedhofsträger, der Körperschaft öffentlichen Rechts, verbleibt.¹³⁹ **67**

¹³⁷ § 3 Abs. 2 Friedhofsgesetz Berlin (o. Fn. 8).

¹³⁸ S. § 1 Abs. 4 BestG NRW (o. Fn. 64).

¹³⁹ S. o. Abschnitt II. 2.

§ 62

Simultankirchen

Von Michael Frisch

I. Begriff und Geschichte	1–4
II. Grundsätzliches	5–10
1. Grundlage und Schutz	5–6
2. Begründung, Änderung und Aufhebung	7
3. Ausübung und Rechtsweg	8–10
III. Rechtsverhältnisse	11–15
1. Dingliche Rechtsverhältnisse	11–13
a) Öffentlich-rechtliche Simultanverhältnisse	11–12
b) Privatrechtliche Simultanverhältnisse	13
2. Schuldrechtliche Rechtsverhältnisse	14–15
a) Öffentlich-rechtliche Gebrauchsüberlassungen	14
b) Privatrechtliche Gebrauchsüberlassungen	15
IV. Gefälligkeitsverhältnisse	16

I. Begriff und Geschichte

Simultankirchen sind Kirchengebäude, die von mehreren Religionsgesellschaften¹ genutzt werden. Der Begriff bezeichnet einen

1

¹ Für Weltanschauungsgemeinschaften gilt Gleiches gemäß Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 7 WRV. – I. w. S. gilt auch die kirchliche und weltliche Nutzung als Simultangebrauch; hierzu *Helmut Goerlich / Torsten Schmidt*, Res sacrae und die Universitätskirche in Leipzig, in: ZevKR 55 (2010), S. 46 (62 f.). – Zur gottesdienstlichen Nutzung von Simultankirchen durch Zivil- und Militärkirchengemeinden vgl. § 120 Preußische Militär-Kirchen-Ordnung vom 12. 2. 1832, abgedr. in: *Ernst Rudolf Huber / Wolfgang Huber* (Hg.), Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert. Dokumente zur Geschichte des deutschen Staatskirchenrechts, Bd. 1: Staat und Kirche vom

Sachverhalt.² Alle Sachen³ können, Gebäude(teile)⁴, Glocken⁵ und Friedhöfe⁶ werden häufiger simultan gebraucht.

- 2 Im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation beschrieb das Simultaneum⁷ die Berechtigung mehrerer Religionsparteien, ihre Religion im gleichen Territorium öffentlich oder privat⁸ auszuüben (Übungssimultaneum). Mit der Gleichberechtigung der Konfessionen und Religionen in den Ländern wurde das Übungssimultaneum als

Ausgang des alten Reichs bis zum Vorabend der bürgerlichen Revolution, 1973, Nr. 265, S. 599.

² Nach a.A. sollen die Begriffe Simultaneum und Simultankirche beschränkt werden auf Rechtsverhältnisse, die auf einem Hoheitsakt aus der Zeit vor der Trennung von Staat und Kirche beruhen (*Alfred Albrecht*, Staatliche Simultaneen, in: HSKR², Bd. 2, S. 69 f.; *Heinz Henke*, Wohngemeinschaften unter deutschen Kirchendächern. Die simultanen Kirchenverhältnisse in Deutschland – eine Bestandsaufnahme, 2008, S. 15 f.), oder auf dingliche öffentlich-rechtliche Simultanverhältnisse (*Rainer Mainusch*, Die öffentlichen Sachen der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften. Begründung und Konsequenzen ihres verfassungsrechtlichen Status, 1995, S. 259 f.) oder auf feste Rechte (*Paul Hinschius*, System des katholischen Kirchenrechts mit besonderer Rücksicht auf Deutschland, Bd. 4, 1888, S. 362 f.; a.A. *Emil Sehling*, Über kirchliche Simultanverhältnisse, 1891, S. 19 f., auch in: AöR 7 [1892] S. 1 [19 f.]).

³ Der Begriff der Sache ist bei öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen der des öffentlichen Sachenrechts (hierzu *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen [o. Fn. 2], S. 139–151, 258), ansonsten der des bürgerlichen Rechts (§ 90, §§ 93 ff. BGB).

⁴ Kirchengebäude, aber auch ökumenische Gemeindezentren und multireligiöse Räume.

⁵ Hierzu *Ansgar Hense*, Glockenläuten und Uhrenschlag. Der Gebrauch von Kirchenglocken in der kirchlichen und staatlichen Rechtsordnung, 1998, S. 71, 75, 111, 163, 172.

⁶ Vgl. *Torsten F. Barthel*, in: *Jürgen Gaedke*, Handbuch des Friedhofs- und Bestattungsrechts, 12. Aufl. 2019, S. 6 f., 19, 299 f., 327.

⁷ Vgl. statt anderer *Johann Jacob Moser*, Von der Landeshoheit im Geistlichen, 1773, S. 655–677 und *Bernd Mathias Kremer*, Der Westfälische Friede in der Deutung der Aufklärung. Zur Entwicklung des Verfassungsverständnisses im Hl. Röm. Reich Deutscher Nation vom Konfessionellen Zeitalter bis ins späte 18. Jahrhundert, 1989, S. 259–264; *Christoph Schäfer*, Das Simultaneum. Ein staatskirchenrechtliches, politisches und theologisches Problem des Alten Reiches, 1995, S. 1–127; *Bernd Christian Schneider*, Ius reformandi. Die Entwicklung des Staatskirchenrechts von seinen Anfängen bis zum Ende des Alten Reiches, 2001, S. 438–450, 465–482; *Helmut Neumaier*, Simultaneum und Religionsfrieden im Alten Reich. Zu Phänomenologie und Typologie eines umkämpften Rechtsinstituts, in: *Historisches Jahrbuch* 128 (2008), S. 137.

⁸ Das exercitium publicum aut privatum nach Art.V §§ 31, 32 IPO; die devotio domestica nach Art.V § 34 IPO fällt nicht unter das Simultaneum; *Schäfer*, Das Simultaneum (o. Fn. 7), S. 42.

Rechtsinstitut obsolet; der Begriff des Simultaneums verengte sich auf die Berechtigung zur gemeinsamen Benutzung von Kirchengut (Gebrauchssimultaneum).⁹

Simultankirchen sind insbesondere in Gebieten entstanden, die durch ein konfessionelles Nebeneinander gekennzeichnet waren, beispielsweise in evangelischen Städten mit katholischem Stift¹⁰, in paritätischen Reichsstädten¹¹ und in gemischtkonfessionellen Territorien¹². Die Kirchengutsbestimmungen der Friedstände des konfessionellen Zeitalters und des Westfälischen

3

⁹ Schäfer, ebd., S. 2, 126, 131 f. – Zur Geschichte vgl. Theodor Lauter, Die Entstehung der kirchlichen Simultaneen, 1894; Otto Kramer, Kirchliche Simultanverhältnisse. Rechtsgeschichtliche Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung der württembergischen Kirchensimultaneen, 1968, S. 5–59; Norbert Kersken, Konfessionelle Behauptung und Koexistenz – Simultankirchen im 16. Jahrhundert, in: Konfessionelle Pluralität als Herausforderung. Koexistenz und Konflikt in Spätmittelalter und Früher Neuzeit, Winfried Eberhard zum 65. Geburtstag, hg. von Joachim Bahlcke / Karen Lambrecht / Hans-Christian Maner, 2006, S. 287.

¹⁰ Der Dom St. Petri in Bautzen wird seit 1530 simultan genutzt, vgl. Richard Vötig, Die simultankirchlichen Verhältnisse zwischen Katholiken und Protestanten zu St. Peter in Bautzen, 1911, S. 8 ff. – Der Wetzlarer Dom wird seit 1542 simultan genutzt, vgl. Hermann Bock, Die gemeinsame Benutzung des Wetzlarer Domes durch die Konfessionen. Ursprung und Entwicklung, in: Monatshefte für Evangelische Kirchengeschichte des Rheinlandes 13 (1964), S. 69 (74 f.).

¹¹ Paul Warmbrunn, Zwei Konfessionen in einer Stadt. Das Zusammenleben von Katholiken und Protestanten in den paritätischen Reichsstädten Augsburg, Biberach, Ravensburg und Dinkelsbühl von 1548 bis 1648, 1983, S. 222–230; Kurt Diemer, Simultaneen in oberschwäbischen Reichsstädten, in: Heimatkundliche Blätter für den Kreis Biberach 22 (1999), Sonderheft, S. 35. – Die Stadtpfarrkirche St. Martin in Biberach an der Riß wird seit dem Augsburger Interim von 1548 simultan genutzt, vgl. Arthur B. Schmidt, Kirchliche Simultanverhältnisse in Württemberg, in: Festgabe Karl Müller, 1922, S. 301 (304–306); Kramer, Kirchliche Simultanverhältnisse (o. Fn. 9), S. 145–182; Warmbrunn, a. a. O., S. 223–227; Bernhard Rüth, Von der Reformation zum Simultaneum. Biberachs Weg in die Bikonfessionalität, in: Heimatkundliche Blätter für den Kreis Biberach 21 (1998), S. 14; Andrea Riotte, Konfessionelle Aspekte von Besitz und Eigentum in der Reichsstadt Biberach von der Reformation bis zur Aufhebung der Parität: Paradigmenwechsel und Rollback, in: Blätter für württembergische Kirchengeschichte 115 (2015), S. 165.

¹² In den Herrschaften Aargau, Thurgau, Rheintal und Sargans wurden durch den Zweiten Landfrieden (1531) zahlreiche Simultaneen begründet, vgl. Paul Brüscheweiler, Die landfriedlichen Simultanverhältnisse im Thurgau, 1932, S. 19 f., 71 ff. – Zum Fürstentum Osnabrück Hermann Hoberg, Die kirchliche Gemeinschaft der Bekenntnisse im Fürstentum Osnabrück seit dem Westfälischen Frieden, 1939, S. 59 ff.; Ralf-Peter Fuchs, Ein ‚Medium zum Frieden‘. Die Normaljahrsregel und die Beendigung des Dreißigjährigen Krieges, 2010, S. 213 ff., 291 ff.

Friedens (1648)¹³ gewährleisteten – bis zur Wiedervereinigung der Konfessionen¹⁴ – den status quo der Besitzverhältnisse zu einem bestimmten Zeitpunkt¹⁵. Nach dem Westfälischen Frieden wurden im 17. und 18. Jahrhundert auf unterschiedlichsten Rechtsgrundlagen¹⁶, unter denen die Rijswijker Klausel (1697) mit der Chamoisschen Liste (1699) und die kurpfälzische Religionsdeklaration (1705) hervorzuheben sind¹⁷, Simultanverhältnisse begründet, aufgehoben oder beibehalten. Ende des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts wurden die bestehenden Simultanverhältnisse in einzelnen Ländern gesetzlich geregelt¹⁸; die Neubegründung wurde dabei entweder

¹³ Normaltag war grundsätzlich der 1.1.1624, vgl. Art.V §§ 2, 14, 25, 26 IPO.

¹⁴ Zu den Simultaneen als „petrifizierte Nachwirkungen“ des Einheitsgedankens *Hans Erich Feine*, *Kirchliche Rechtsgeschichte. Die katholische Kirche*, 5. Aufl. 1972, S. 504 Anm. 2.

¹⁵ Hierzu *Fuchs*, Ein ‚Medium zum Frieden‘ (o. Fn. 12), S. 22 ff.

¹⁶ Zu nennen sind – neben anderen regionalen und lokalen Rechtsquellen – insbes. der Bergsträßer Rezess (1650), der Kölner Vergleich (1652) und der Regensburger Rezess (1653); hierzu und zu weiteren Rechtsgrundlagen vgl. *Schäfer*, Das Simultaneum (o. Fn. 7), S. 51–55; ferner *Theodor Lauter*, *Vorgeschichte und Einführung des Kölnischen Vergleichs von 1652. Ein Beitrag zur Geschichte des Simultaneum im Herzogtum Sulzbach*, 1894; mit demselben Untertitel, aber dem Titel: *Der Kölnische Vergleich von 1652*, auch in: *Verhandlungen des historischen Vereins von Oberpfalz und Regensburg* 46 (1894), S. 21.

¹⁷ *Martin Wagner*, *Untersuchung über die Ryswijker Religions-Klausel*, 1889; *Kurt Hägele*, *Die Chamoische Liste, ihre Bedeutung für die Pfalz und ihre Auswirkungen in der kurpfälzischen Religionsdeklaration von 1705*, 1932; *Alfred Hans*, *Die kurpfälzische Religionsdeklaration von 1705. Ihre Entstehung und Bedeutung für das Zusammenleben der drei im Reich tolerierten Konfessionen*, 1973, S. 83 ff., 270 ff.; *Volker Rödel*, *Südpfälzische Pfarreien in der Chamois'schen Liste. Eine Quelle zur Wirkungsgeschichte der Rijswijker Klausel*, in: *Palatia historica*, FS für Ludwig Anton Doll, hg. von Pirmin Spieß, 1994, S. 433; *Alfred Hans*, *Die Religionsklausel im Frieden von Rijswijk und ihre Auswirkung auf die kirchlichen Verhältnisse in der Kurpfalz*, in: *Blätter für pfälzische Kirchengeschichte und religiöse Volkskunde* 64 (1997), S. 59; *Berthold Schnabel*, *Die französischen Reunionen*, in: *Bild-Atlas zur pfälzischen Kirchengeschichte*, hg. von Bernhard H. Bonkhoff, Bd. 2: *Quellen und Texte zur pfälzischen Kirchengeschichte. Textband*, 2005, S. 450; *Armin Kohnle*, *Zwischen Mainz und Pfalz. Der Bergsträßer Rezeß von 1650 und die Konfessionen*, in: *Zwischen Konflikt und Kooperation. Religiöse Gemeinschaften in Stadt und Erzstift Mainz in Spätmittelalter und Neuzeit*, hg. von Irene Dingel / Wolf-Friedrich Schäufele, 2006, S. 227; *ders.*, *Von der Rijswijker Klausel zur Religionsdeklaration von 1705. Religion und Politik in der Kurpfalz um die Wende zum 18. Jahrhundert*, in: *Archiv für mittelhessische Kirchengeschichte* 62 (2010), S. 155.

¹⁸ 1794 für Preußen §§ 309–317 II 11 ALR und (weitgehend wörtlich übereinstimmend) für Bayern §§ 105–114 Bay. Religionsedikt von 1809 und (um zwei Bestimmungen zur Aufhebung erweitert) §§ 90–99 Bay. Religionsedikt von 1818 (im Folgenden: Bay. Religionsedikt), abgedr. in: *Huber / Huber* (Hg.), *Staat und Kirche*, Bd. 1 (o. Fn. 1), Nr. 60, S. 137 f. – Zu der gemeinsamen Nutzung von Friedhöfen vgl. § 189 II 11 ALR und §§ 100–103 Bay. Religions-

nicht behandelt¹⁹ oder ausgeschlossen²⁰. Die Rechtsnatur der Simultanverhältnisse war zwischen Vertretern der privatrechtlichen²¹, der öffentlich-rechtlichen²² und der gemischten Theorie²³ umstritten. Simultane Nutzungen entstanden noch vereinzelt, beispielsweise bei Garnisonskirchen, in der Niedergrafschaft Lingen²⁴ oder nach dem Wiederaufbau kunsthistorisch wertvoller Kirchengebäude²⁵. Der Versuch, den Altkatholiken im Kulturkampf den Simultangebrauch an römisch-katholischen Kirchengebäuden zu ermöglichen²⁶, scheiterte aufgrund der päpstlichen Reaktion²⁷.

edikt. – Zum gemeinsamen Gebrauch von Kirchenglocken vgl. § 192 II 11 ALR.

¹⁹ So die oben genannten Regelungen (o. Fn. 18). – Umstritten war, ob die Neubegründung im Geltungsbereich dieser Bestimmungen ausgeschlossen war; so *Hinschius*, System des katholischen Kirchenrechts (o. Fn. 2), S. 368; a.A. *Sehling*, Simultanverhältnisse (o. Fn. 2), S. 8 ff.

²⁰ So Art. 46 Organische Artikel (1802), abgedr. in: *Zaccaria Giacometti* (Hg.), Quellen zur Geschichte der Trennung von Staat und Kirche, 1926, S. 37. – Art. 2 Württembergisches Religionsedikt (1806), abgedr. in: *Huber/Huber* (Hg.), Staat und Kirche, Bd. 1 (o. Fn. 1), Nr. 34, S. 73; § 10 Badisches Konstitutionsedikt (1807), abgedr. in: *Huber/Huber*, ebd., Nr. 39, S. 85 f.; a.A. *Josef Schmitt*, Simultankirchenrecht im Großherzogtum Baden (einschließlich des Altkatholikenrechts) unter der Herrschaft des bürgerlichen Gesetzbuchs. Ortsgeschichte, Rechtsgeschichte und systematischer Teil, 1. Aufl. 1909, 2. Aufl. 1913, S. 74 ff.; zur späteren Aufhebung vgl. § 17 Badisches Kirchengesetz (1860), abgedr. in: *Ernst Rudolf Huber/Wolfgang Huber* (Hg.), Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert. Dokumente zur Geschichte des deutschen Staatskirchenrechts, Bd. 2: Staat und Kirche im Zeitalter des Hochkonstitutionalismus und des Kulturkampfs 1848–1890, 1976, Nr. 96, S. 236.

²¹ *Hirschel*, Die rechtlichen Verhältnisse bezüglich der Simultankirchen, in: AfK 46 (1881), S. 329 (367 f., 373); später ebenso für Kirchengebäude (nicht für Friedhöfe) *Bernhard Keihl*, Das staatliche Recht der res sacrae, 1977, S. 182.

²² *Hinschius*, System des katholischen Kirchenrechts (o. Fn. 2), S. 363 ff.

²³ *Sehling*, Simultanverhältnisse (o. Fn. 2), S. 39; *Wilhelm Kahl*, Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik. Erste Hälfte: Einleitung und allgemeiner Teil, 1894, S. 408 f.

²⁴ §§ 7–12 Verordnung wegen des Kirchen-, Schul- und Armen-Wesens in der Niedergrafschaft Lingen vom 25. 6. 1822, in: Sammlung der Gesetze, Verordnungen und Ausschreiben für das Königreich Hannover 1822, S. 181.

²⁵ Vgl. bspw. *Swidbert Schnippenkoetter*, Die Rechtsverhältnisse des Altenberger Domes, 1952; *Werner Weber*, Das Simultaneum am Dom zu Altenberg, in: ZevKR 4 (1955), S. 31, auch in: ders., Staat und Kirche in der Gegenwart. Rechtswissenschaftliche Beiträge aus vier Jahrzehnten, 1978, S. 187; *Heinrich Lehmann*, Rechtsgutachten über den Rechtscharakter des am Dom zu Altenberg bestehenden Simultaneums, in: AfK 127 (1955/56), S. 396.

²⁶ Vgl. § 2 Preußisches Gesetz, betreffend die Rechte der altkatholischen Kirchengemeinschaften an dem kirchlichen Vermögen vom 4. 7. 1875, abgedr. in: *Huber/Huber* (Hg.), Staat und Kirche, Bd. 2 (o. Fn. 20), Nr. 314, S. 669 f. – Art. 4 Nr. 1 [Badisches] Gesetz, die Rechtsverhältnisse der Altkatholiken

- 4 Das Simultaneum ist kein „historisch abgeschlossenes Institut“ „aus einer heute zurückliegenden Epoche“.²⁸ Die Überlassung von Kirchengebäuden wurde nach dem Zweiten Weltkrieg häufig²⁹ und auch danach³⁰ zwischen evangelischen und römisch-katholischen Kirchengemeinden vereinbart. Die gastweise Mitbenutzung eines Kirchengebäudes der fremden Konfession war und ist üblich.³¹ Im Zuge der ökumenischen Annäherung der christlichen Kirchen³² wurden Gemeindezentren zur gemeinsamen, teils auch gottesdienstlichen Nutzung errichtet. Im 20. und 21. Jahrhundert entstanden neben ökumenischen Autobahnkirchen in Parlamentsgebäuden, Bahnhöfen und Flughäfen sowie in Schulen, Hochschulen, Krankenhäusern, Justizvollzugsanstalten und auf Friedhöfen Räume, die von verschiedenen Religionsgesellschaften (zum Teil multireligiös) genutzt werden.³³

betreffend vom 15. 6. 1874, abgedr. in: *Huber / Huber*, ebd., Nr. 344, S. 740. – Hierzu *Ernst Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 4: Struktur und Krisen des Kaiserreichs, 2. Aufl., Revidierter Nachdruck 1994, S. 741 f., 759; *Josef Becker*, Liberaler Staat und Kirche in der Ära von Reichsgründung und Kulturkampf. Geschichte und Strukturen ihres Verhältnisses in Baden 1860–1876, 1973, S. 336 f.

²⁷ Papst *Pius IX.* untersagte mit Instruktion vom 12. 3. 1873 (abgedr. in: *AfkKR* 29 [1873], S. 434) die simultane Benutzung; hierzu *Becker*, Liberaler Staat (o. Fn. 26), S. 334; *Schäfer*, Das Simultaneum (o. Fn. 7), S. 140 f.

²⁸ So aber *Albrecht*, Staatliche Simultaneen (o. Fn. 2), S. 69 f.

²⁹ Vgl. *Otto Friedrich*, Einführung in das Kirchenrecht, 2. Aufl. 1978, S. 506; *Adalbert Erler*, Kirchenrecht, 5. Aufl. 1983, S. 159. – Beispiel für ein Vertragsmuster aus dem Jahr 1946 in: *ABl. der Evangelischen Landeskirche in Württemberg*, Bd. 32, S. 101 f.

³⁰ Beispiele für zwei Vertragsmuster aus dem Jahr 1973 in: *ABl. der Evangelischen Kirche in Hessen und Nassau* 1973, S. 161, 472.

³¹ In diesen Fällen (z. B. bei Baumaßnahmen) kommt ein Gefälligkeitsverhältnis (dazu unten Abschnitt IV.) in Betracht; vgl. *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 2), S. 260.

³² *Mainusch*, ebd., S. 258, ferner S. 254 Anm. 82. – Die römisch-katholische Kirche hat ihre grundsätzlich ablehnende Haltung zu Simultaneen (vgl. C. 24 q. 1 c. 41 § 1 im *Decretum Gratiani* und c. 823 § 1 *CIC/1917*; hierzu *Kurt Kappel*, *Communicatio in sacris*. Die gottesdienstliche Gemeinschaft zwischen Katholiken und Nichtkatholiken [nach dem *Codex Iuris Canonici*], 1962, S. 38 f., 77 f.) abgeschwächt; vgl. c. 933 *CIC/1983*; Nr. 137–142 *Direktorium zur Ausführung der Prinzipien und Normen über den Ökumenismus* vom 25. 3. 1993, in: *AAS* 85 (1993), S. 1039 (1090 f.). – Die evangelische Kirche erlaubt den Mitgebrauch jedenfalls bei Kirchen, die der ACK angehören; vgl. nur für die Evangelische Kirche in Hessen und Nassau § 20 Abs. 2 *Kirchengemeindeordnung* vom 24. 11. 2012, *ABl.* 2013 S. 38.

³³ *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 2), S. 258; Beispiele in: *Bärbel Beinhauer-Köhler / Mirko Roth / Bernadette Schwarz-Boenneke* (Hg.), *Viele Religionen – ein Raum?! Analysen, Diskussionen und Konzepte*, 2015.

II. Grundsätzliches

1. Grundlage und Schutz

Grundlage für den Simultangebrauch kann eine Stiftung³⁴ sein, deren Destinatäre mehrere Religionsgesellschaften sind. Ansonsten sind dingliche und schuldrechtliche Rechtsverhältnisse, die jeweils öffentlich- oder privatrechtlicher Natur sein können, sowie Gefälligkeitsverhältnisse zu unterscheiden³⁵.

5

Die Rechtsverhältnisse sind teils dem staatlichen Recht, insbesondere dem Staatskirchenrecht, teils dem Kirchenrecht, insbesondere dem zwischenkirchlichen Recht³⁶, zuzuordnen. Die jeweiligen für die Entstehung maßgeblichen besonderen Rechtstitel sind vorrangig zu beachten.³⁷ Deren ergänzen-

³⁴ Rechtsgrund der Zuwendungen ist der Stiftungszweck; BGH, in: NJW 2010, S. 234 (235 f.); vgl. *Riotte*, Konfessionelle Aspekte (o. Fn. 11), S. 165 ff.

³⁵ Dies gilt bereits bei einer Sache: So sind zum Beispiel im öffentlichen Sachenrecht die öffentlich-rechtlichen dinglichen Dienstbarkeiten aufgrund des sachenrechtlichen Abstraktionsprinzips von dem Rechtsgrund der privatrechtlichen Verfügungsmacht zu unterscheiden; vgl. *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 2), S. 216 ff., 220 ff., 260 f.

³⁶ *Ludwig Schnorr von Carolsfeld*, Zum Normengrenzrecht auf dem Gebiet des Kirchenrechts, besonders der Kirchensteuern, in: FS für Hans Liermann, hg. von Klaus Obermayer/Hans-Rudolf Hagemann, 1964, S. 221 (224).

³⁷ So auch § 309 II 11 ALR und § 90 Bay. Religionsedikt (o. Fn. 18). – Auf die einschlägige Literatur kann nur in Auswahl (ohne Lexikonartikel) hingewiesen werden. – Vgl. o. Fn. 9 bis 25 und *Hans Ammerich*, Auswirkungen des Simultaneums im kirchlichen Alltag, dargestellt an Beispielen aus dem Herzogtum Pfalz-Zweibrücken, in: *Die alte Diözese Metz. L'ancien diocèse de Metz*, hg. von Hans-Walter Herrmann, 1993, S. 277; *ders.*, Katholisch und protestantisch zugleich. Zur Entstehung der Simultankirchen in der Pfalz, in: *Wahrheit suchen – Wirklichkeit wahrnehmen*. FS für Hans Mercker, hg. von Elisabeth Reil/Rolf Schieder, 2000, S. 255; *ders.*, Die Entstehung der Simultankirchen in der Pfalz, in: *Archiv für mittelrheinische Kirchengeschichte* 62 (2010), S. 199; *Ph. S. von der Aurach*, Die kirchlichen Simultan-Verhältnisse in der Pfalz am Rhein. Eine historische Skizze, 1866; *Dietrich Beck*, Simultankirchen in der Rheinprovinz. Die kirchlichen Simultanverhältnisse in der Rheinprovinz unter besonderer Berücksichtigung des Ryswicker Friedens, 1934; *Bernhard H. Bonkhoff*, Die Simultankirchen im Herzogtum Pfalz-Zweibrücken, in: *Saarpfalz. Blätter für Geschichte und Volkskunde* 14 (1987), S. 27; *ders.*, Die „unverdauliche Pastete“, die Simultankirche, in: *Quellen und Texte zur pfälzischen Kirchengeschichte* (o. Fn. 17), S. 445; *Axel Frhr. von Campenhausen/Joachim E. Christoph*, Zu den Gebrauchsrechten an dem Simultaneum zu Rohrbach. Gutachten vom 21.2.1990, in: *Göttinger Gutachten. Kirchenrechtliche Gutachten in den Jahren 1980–1990*, erstattet vom Kirchenrechtlichen Institut der Evangelischen Kirche in Deutschland, 1994, S. 158; *Th. Dieterich*, Entstehung und

Geschichte des Simultaneums in Salach, in: *Blätter für württembergische Kirchengeschichte* 16 (1912), S. 47; *Heinz Friedel*, Eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes betreffs des Simultaneums in Billigheim, in: *Blätter für pfälzische Kirchengeschichte und religiöse Volkskunde* 32 (1965), S. 208; *Moriz Julius Hartung*, Das kirchliche Recht der Protestanten im vormaligen Herzogthum Sulzbach, 1872; *Nicolaus Heutger*, Evangelische und simultane Stifter in Westfalen unter besonderer Berücksichtigung des Stiftes Börstel im Landkreis Bersenbrück, 1968, S. 10 ff., 100 ff.; *Daniel Hinkelmann*, Das Simultaneum und seine Auswirkungen im ehemaligen Herzogtum Pfalz-Zweibrücken unter besonderer Berücksichtigung des Oberamtes Lichtenberg, in: *Westrichkalender* 1979, S. 77, auch in: *Monatshefte für Evangelische Kirchengeschichte des Rheinlandes* 28 (1979), S. 201; *Hirschel*, Die Rechtsverhältnisse bei Simultankirchen. Ein Rechtsfall, in: *AfkKR* 25 (1871), S. 1; *ders.*, Ein rheinhessischer Rechtsstreit bezüglich des Mitgebrauches an einer protestantischen Kirche, in: *AfkKR* 48 (1882), S. 281; *Helene Hoffmann*, Tobias Clausnitzer und die Einführung des Simultaneums im Gemeinschaftsamt Weiden-Parkstein, in: *Zeitschrift für bayerische Kirchengeschichte* 29 (1960), S. 186; *Uwe Kai Jacobs*, Simultaneen. Skizze ihrer Entwicklung und Bedeutung mit besonderer Berücksichtigung Badens, in: *Jahrbuch für badische Kirchen- und Religionsgeschichte* 11 (2017), S. 365; [*Ferdinand Janner*,] Kritische Beleuchtung der Broschüre des Historikers Dr. Ph. S. von der Aurach über die kirchlichen Simultan-Verhältnisse in der Pfalz am Rhein durch einen Historiker vom Speyerbach, 1866; *Wilhelm Kißling*, Die St.-Martinskirche zu Arbon. Historische Untersuchung der Simultanverhältnisse einer Pfarrkirche, in: *Freiburger Diözesan-Archiv* 51 (1923), S. 42; *K. Köhler*, Zur Lehre vom Simultanrecht. Ein Rechtsfall, in: *Zeitschrift für Kirchenrecht* 19 (1884), S. 57; *ders.*, Zur Geschichte des Simultanrechts auf dem linken Rheinufer, in: *Zeitschrift für Kirchenrecht* 20 (1885), S. 45; *Karl Köhler*, Die Simultankirchen im Großherzogthum Hessen, ihre Geschichte und ihre Rechtsverhältnisse, 1889; *Wilhelm Kraus*, Kirchliche Simultanverhältnisse insbesondere nach bayerischem Rechte, 1890; *Joseph Kuhn*, Die Rechtsverhältnisse in Betreff Thurm und Glocken der St. Remigiuskirche zu Nieder-Ingelheim. Nebst einem Anhang enthaltend Die kurpfälzische Religions-Deklaration von 1705, Nebenreceß und Kirchentheilung, 1893; *U. Lampert*, Die Auflösung des Simultankirchen-Verhältnisses zwischen der katholischen und der evangelischen Kirchgemeinde Berneck (St. G.), 1935; *Franz Letzelter*, Die historische Entwicklung der Rechtsgrundlagen der rheinpfälzischen Simultankirchen, mit besonderer Berücksichtigung der Simultankirche Kandel in den terres contestées, 1954; *Heinrich Linck*, Versuche zur Geltendmachung des Simultaneums in der evangelischen Kirche zu Partenheim, in: *Beiträge zur Hessischen Kirchengeschichte* 5 (1912/13), S. 291; *Georg May*, Die Simultankirche in Zweibrücken vornehmlich zur Zeit des Bischofs Joseph Ludwig Colmar von Mainz (1801–1818), in: *ZRG* 92 KA 61 (1975), S. 258, *ZRG* 93 KA 62 (1976), S. 279; *ders.*, Das Recht des Gottesdienstes in der Diözese Mainz zur Zeit von Bischof Joseph Ludwig Colmar (1802–1818), 1987, Bd. 2, S. 360–480, 497–519, 542–545; *Christian Meurer*, Der Simultangebrauch an Kirchen, mit besonderer Berücksichtigung von Bayern, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 33 (1891), S. 133; *Octave Meyer*, Le simultaneum en Alsace. Etude d'histoire et de droit, 1961; *Carl Mirbt*, Der Kampf um die Elisabethkirche in Marburg. Ein Beitrag zur Geschichte kirchlicher Simultanverhältnisse, in: *Aus Deutschlands kirchlicher Vergangenheit. Festschrift zum 70. Geburtstag von Theodor*

Brieger, 1912, S. 223; *Claude Muller / Bernard Vogler*, Catholiques et protestants en Alsace. Le simultaneum de 1802 à 1882, 1983; *Claude Muller*, „Ein reiner Irrsinn“. Die elsässischen Simultankirchen im 19. Jahrhundert, in: *Zeitschrift für die Geschichte des Oberrheins* 162 (2014), S. 367; *Emil Franz Joseph Müller*, Das Simultaneum an der Kirche in Glarus. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung, 1945; *Georg Neckermann*, Geschichte des Simultaneum Religionis Exercitium im vormaligen Herzogthum Sulzbach, 1897, S. 78 ff.; *Helmut Neumaier*, Simultaneum versus Reichsverfassung – der Rosenberger Kirchenstreit 1658–1756, in: *Wertheimer Jahrbuch* 1993, S. 153; *ders.*, Das Simultaneum in Uffingen. Zur Interpretation des Normaljahres 1624, in: *Würzburger Diözesangeschichtsblätter* 67 (2005), S. 193; *Hans Niens*, Das Simultaneum an der Schloßkirche in Bruchsal, in: *ZevKR* 8 (1961/62), S. 66; *ders.*, Kirchengut, Pfarrbesoldung und Baulast in der Evangelischen Landeskirche in Baden. Entstehung – Entwicklung – Probleme, 1991, S. 48–55, 83; *Kurt Rosendorn*, Die rheinhessischen Simultankirchen bis zum Beginn des 18. Jahrhunderts. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung, 1958; *Julius Schall*, Beiträge zur Geschichte der Simultankirche in Eybach, in: *Blätter für württembergische Kirchengeschichte* 3 (1899), S. 52; *Berthold Schnabel*, „Eine ordentl. separation des kirchenchors und navis“. Die Errichtung von Trennmauern in kurpfälzischen Gotteshäusern im 18. Jahrhundert, in: *Archiv für mittelhessische Kirchengeschichte* 62 (2010), S. 219; *Joh. Schneider*, Die geschichtliche Entwicklung des Simultaneums in der Kirche zu Neckar-Steinach, in: *Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht* 8 (1898), S. 186; *Jos. Schöbi*, Die kirchlichen Simultanverhältnisse in der Schweiz, 1905; *Matthias Schröder*, Gott loben – Wand an Wand. Simultankirchen mit Trennmauern gestern und heute, in: *Vestigia II. Aufsätze zur Kirchen- und Landesgeschichte zwischen Rhein und Mosel*, hg. von Mathias Gaschott / Jochen Roth, 2013, S. 239; *Matthias Schwara*, Die Heiliggeistkirche in Heidelberg im Wandel der Zeiten. Ein Beitrag zur Rechtsgeschichte Südwestdeutschlands, 2003, S. 65 ff.; *Sehling*, Zur Statistik der Simultanverhältnisse in Bayern, in: *Neue Kirchliche Zeitschrift* 2 (1891), S. 777; *Valentin Stolz*, Das Simultaneum in Repperndorf, 1905; *Heinrich Steitz*, Die Rhein Hessischen Simultankirchen. Ein Vergleich der evangelischen und katholischen Kirchenrechtsauffassung, in: *Gustav-Adolf-Werk der Evangelischen Kirche in Hessen und Nassau. Jahresbericht* 111 (1954), S. 44; *Willy Timm*, Vom Simultaneum in Hemmerde, in: *Jahrbuch für Westfälische Kirchengeschichte* 77 (1984), S. 105; *Ute Versteegen*, Normalität oder Ausnahmesituation? Multireligiöse Raumnutzungen aus historischer Perspektive, in: *Viele Religionen – ein Raum?! (o. Fn. 33)*, S. 77 (94 ff.); *Frauuke Volkland*, Kirchliche Simultanverhältnisse in der Gemeinen Vogtei Thurgau des 17. Jahrhunderts, in: *Heimatkundliche Blätter für den Kreis Biberach* 22 (1999), Sonderheft, S. 28; *Ferdinand Waller*, Beiträge zum Rechte der Simultaneen mit besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in der Stadt Weiden, 1905; *Paul Warmbrunn*, Simultaneen in der Pfalz, in: *Jahrbuch für westdeutsche Landesgeschichte* 14 (1988), S. 97; *Oswald Wasserkampf*, Nutzen und Schaden des Simultaneums, in: *Die evangelische Diaspora* 27 (1956), S. 56; *Winterer*, Ein Beitrag zu den kirchlichen Simultanverhältnissen an der badischen Bergstrasse, in: *AfkKR* 16 (1866), S. 310; *Manfred Wolf*, Konfessionell gemischte Stifte, in: *Westfälisches Klosterbuch. Lexikon der vor 1815 errichteten Stifte und Klöster von ihrer Gründung bis zur Aufhebung*, hg. von Karl Hengst, Teil 3: Institutionen und Spiritualität, 2003, S. 245.

de Auslegung³⁸ und die unvordenkliche Verjährung³⁹ haben ebenfalls Vorrang vor dem einschlägigen Partikularrecht⁴⁰, das subsidiär heranzuziehen ist, soweit es verfassungsgemäß ist⁴¹. Die Vorschriften über die Gemeinschaft sind nur bei Rechten, die mehreren gemeinschaftlich zustehen, also nicht bei selbständigen Rechten⁴², anwendbar⁴³.

- 6 Die dem Simultangebrauch dienenden Rechte aller „Religionsgesellschaften unabhängig von deren Organisationsform“ sind durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV „in ihrem Bestand und nach Maßgabe ihrer vorhandenen rechtlichen Qualitäten“ geschützt⁴⁴.

2. Begründung, Änderung und Aufhebung

- 7 Der Simultangebrauch kann jederzeit durch die Religionsgesellschaften⁴⁵ im gegenseitigen Einvernehmen neu begründet, geändert oder aufgehoben⁴⁶ werden.

³⁸ Hierzu *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 2), S. 263.

³⁹ Zur unvordenklichen Verjährung *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 2), S. 208 f., 262; zur bisherigen Übung § 312 II 11 ALR; zur erwerbenden Verjährung aber § 315 II 11 ALR und § 95 Bay. Religionsedikt (o. Fn. 18). – Auch Observanz und Herkommen sind zu beachten.

⁴⁰ Siehe o. Fn. 18. – Vgl. Art. 149 Abs. 3 BayVerf.; Art. 5 Abs. 2 Bayerisches Rechtssammlungsgesetz vom 10. 11. 1983 (GVBl. S. 1013); des weiteren Art. 5 [Hessisches] Gesetz, das Eigentum an Kirchen, Pfarrhäusern etc. betreffend vom 6. 8. 1902 (Hess. Regierungsblatt S. 343); hierzu *Best*, Das Gesetz, das Eigentum an Kirchen, Pfarrhäusern etc. betreffend. Vom 6. August 1902, 1902, S. 8 f.

⁴¹ Keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen gegen die §§ 309, 310, 312, 314–316 II 11 ALR; §§ 90, 91, 94–96 Bay. Religionsedikt; ebenso *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 2), S. 262–264. Dies gilt meines Erachtens auch für § 317 II 11 ALR und § 97 Bay. Religionsedikt (o. Fn. 18).

⁴² BGHZ 46, 253 (254); vgl. bspw. für öffentlich-rechtliche Dienstbarkeiten unten Fn. 61.

⁴³ §§ 741 ff., 432 BGB. – Demgegenüber grundsätzlich bejahend: *Kramer*, Kirchliche Simultanverhältnisse (o. Fn. 9), S. 315–327; *Albrecht*, Staatliche Simultaneen (o. Fn. 2), S. 74; verneinend *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 2), S. 263 f. – Vgl. auch unten Fn. 46.

⁴⁴ BVerfGE 99, 100 (120 f.).

⁴⁵ *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 2), S. 257 f., 264.

⁴⁶ § 98 Bay. Religionsedikt (o. Fn. 18); ferner *F. X. Buchner*, Das Kirchen-Simultaneum und seine Auflösung. Auf Grund fünfjähriger Praxis, in: Theologisch-praktische Monatsschrift 17 (1907), S. 257 (261 ff.). – Für die Aufhebung sind auch Akte einer Religionsgesellschaft ausreichend, soweit die Rechte anderer nicht beeinträchtigt werden; vgl. auch unten Fn. 61, 64 und *Ulr. Lampert*, Aufhebung des Simultaneums auf einseitigen Antrag nach schweizerischem Staatskirchenrecht, in: AfKR 85 (1905), S. 275. – Das

Die öffentliche Gewalt kann die Begründung, Änderung oder Aufhebung des Simultangebrauchs weder anordnen noch verbieten⁴⁷; entgegenstehendes Partikularrecht⁴⁸ ist nichtig. Sie kann an der Begründung mitwirken, indem sie beispielsweise den Widmunganordnungen mehrerer Religionsgesellschaften an einer in ihrem Eigentum stehenden Sache zustimmt oder ein schuldrechtliches Benutzungsverhältnis mit mehreren Religionsgesellschaften begründet. Die Aufhebung eines Benutzungsrechts ist ihr nur möglich, wenn „das Recht einer ursprünglichen Beschränkung“ unterliegt und der Widerruf darauf zielt, „die mit dem Wegfall der Voraussetzungen akut gewordenen Beschränkungen formal umzusetzen“⁴⁹.

3. Ausübung und Rechtsweg

Der Simultangebrauch wird vereinzelt durch gemeinsame Gottesdienste⁵⁰, meist durch räumliche oder zeitliche Trennung ermöglicht; räumlich sind häufig Chor und Langhaus getrennt. Zum Teil ist der Simultangebrauch auch nur zu bestimmten Anlässen, beispielsweise für Amtshandlungen, gestattet⁵¹.

Die partikularrechtliche Vermutung der Gleichberechtigung⁵² gilt nur subsidiär⁵³. Jede Religionsgesellschaft darf ihr Recht zum Mitgebrauch nur mit Rücksicht auf das Recht der anderen Religionsgesellschaft ausüben.⁵⁴ Für Baulasten gelten die allgemeinen und besonderen Baulasttitel.

Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen (§ 749 BGB), lässt selbständige Rechte unberührt, vgl. o. Fn. 42.

⁴⁷ Wegen Art. 4 GG, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV und Art. 138 Abs. 2 WRV; vgl. *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 2), S. 258, 264 f.

⁴⁸ Zu § 99 Bay. Religionsedikt (o. Fn. 18) *Hans Meinzolt*, Staatliche Mitwirkung bei Auflösung von Simultaneen? Ein Beitrag zur Frage der Staatsvereinfachung, in: BayVBl. 77 (1929), S. 1.

⁴⁹ BVerfGE 99, 100 (124).

⁵⁰ *Tim Unger*, Ein Gottesdienst – zwei Konfessionen. Die Bikonfessionalität des Kirchspiels Goldenstedt als Resultat einer gescheiterten Territorialisierung, in: Jahrbuch der Gesellschaft für niedersächsische Kirchengeschichte 101 (2003), S. 101; *Bernhard Brockmann*, Das weltweit einzigartige Simultaneum mixtum in Goldenstedt. Evangelisch und katholisch gemeinsam von 1650 bis 1850, 1. Aufl. 2007, 2. Aufl. 2011, S. 11 f. m. w. N.

⁵¹ *Albrecht*, Staatliche Simultaneen (o. Fn. 2), S. 75.

⁵² § 310 II 11 ALR und § 91 Bay. Religionsedikt (o. Fn. 18).

⁵³ Siehe oben Abschnitt II. 1.; ähnlich § 742 BGB.

⁵⁴ *Albrecht*, Staatliche Simultaneen (o. Fn. 2), S. 75; *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 2), S. 257. Zur Bedeutung des jeweiligen Rechtsverhältnisses *Sehling*, Simultanverhältnisse (o. Fn. 2), S. 65 ff.; vgl. bei Miteigentum nach Bruchteilen § 743 Abs. 2 BGB, bei einer Dienstbarkeit § 1020 S. 1, § 1090 Abs. 2 BGB.

- 10 Der Verwaltungsrechtsweg ist für Bestands- und Ausübungstreitigkeiten⁵⁵ bei öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen grundsätzlich gegeben; ausnahmsweise sind für Bestandsstreitigkeiten in Bayern die ordentlichen Gerichte zuständig⁵⁶. Bei privatrechtlichen Rechtsverhältnissen ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet.

III. Rechtsverhältnisse

1. Dingliche Rechtsverhältnisse

a) Öffentlich-rechtliche Simultanverhältnisse

- 11 Das dingliche öffentlich-rechtliche Simultanverhältnis ist ein Sonderfall des öffentlichen Sachenrechts der Religionsgesellschaften⁵⁷, also ein öffentlich-rechtliches Rechtsinstitut, das unabhängig vom Eigentum eine gemeinsame Sachherrschaft verschiedener Religionsgesellschaften über eine kirchliche öffentliche Sache begründet⁵⁸. Dingliche öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse bestehen insbesondere, aber nicht nur bei den auf Hoheitsakt aus der Zeit vor der Trennung von Staat und Kirche beruhenden Simultaneen.
- 12 Dieses Rechtsinstitut ist nicht auf die christlichen Religionsgesellschaften beschränkt, sondern steht allen Religionsgesellschaften offen, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind.⁵⁹ Es kann jederzeit durch Widmungshandlungen⁶⁰ mehrerer korporierter Religionsgesellschaften neu begründet werden. Jede Religionsgesellschaft kann die Sache ohne Zustimmung der

⁵⁵ Vgl. für Bestandsstreitigkeiten § 313 II 11 ALR und § 93 Bay. Religionsedikt und für Ausübungstreitigkeiten § 311 II 11 ALR und § 92 Bay. Religionsedikt (o. Fn. 18).

⁵⁶ § 40 Abs. 1 S. 2 VwGO i.V.m. Art. 13 bay. Gesetz zur Ausführung der VwGO i.d.F.d.B.v. 20.6.1992 (GVBl. S. 162) i.V.m. § 93 Bay. Religionsedikt (o. Fn. 18); vgl. *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 2), S. 266.

⁵⁷ Vgl. insbesondere *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 2), S. 253–267.

⁵⁸ *Albrecht*, Staatliche Simultaneen (o. Fn. 2), S. 71 f.; *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 2), S. 254 ff. – Es bestehen selbständige öffentlich-rechtliche dingliche Dienstbarkeiten.

⁵⁹ Ebenso *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 2), S. 259; a. A. *Ernst Forsthoff*, Res sacrae, AöR 31 (1940), S. 209 (249 ff.); *Albrecht*, Staatliche Simultaneen (o. Fn. 2), S. 69.

⁶⁰ Es liegt keine doppelte Widmung vor, vgl. *Mainusch*, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 2), S. 239 Anm. 6, S. 256 f. – Es gibt auch keine gemeinchristliche Widmung; so aber *Forsthoff*, Res sacrae (o. Fn. 59), S. 245 ff.; hiergegen zu Recht *Mainusch*, a. a. O., S. 238 ff.

anderen Religionsgesellschaft entwiden; dadurch wird jedoch die Widmung für die Zwecke jener Religionsgesellschaft nicht beeinträchtigt.⁶¹

b) Privatrechtliche Simultanverhältnisse

Die dinglichen privatrechtlichen Simultanverhältnisse sind insbesondere als Eigentum am Teil einer real geteilten Sache⁶², als Miteigentum nach Bruchteilen, als Teileigentum, als Stockwerkseigentum, als Grunddienstbarkeit oder als beschränkte persönliche Dienstbarkeit gestaltet⁶³ und stehen allen rechtsfähigen Religionsgesellschaften offen.

13

Sie werden aufgrund der erforderlichen Willenserklärungen mit der Eintragung im Grundbuch begründet, geändert und aufgehoben.⁶⁴ Häufig, aber nicht immer fanden dingliche öffentlich-rechtliche Simultanverhältnisse ihre Entsprechung in dinglichen privatrechtlichen Simultanverhältnissen.⁶⁵

2. Schuldrechtliche Rechtsverhältnisse

a) Öffentlich-rechtliche Gebrauchsüberlassungen

Öffentlich-rechtliche schuldrechtliche Benutzungsverhältnisse, beispielsweise für gottesdienstliche Räume in öffentlichen Anstalten, können von Behörden im Sinne der Verwaltungsverfahrensgesetze insbesondere durch Verwaltungsakt oder durch öffentlich-rechtlichen Vertrag auch im Leistungsverhältnis geregelt werden.

14

Die Begründung solcher Benutzungsverhältnisse ist auch den Religionsgesellschaften, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, vornehmlich bei kirchlichen öffentlichen Sachen im Anstaltsgebrauch möglich.⁶⁶

⁶¹ Mainusch, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 2), S. 257, 265 und o. Fn. 42.

⁶² Vötig, Die simultankirchlichen Verhältnisse (o. Fn. 10), S. 41 f.

⁶³ § 1008 BGB; § 1 Abs. 3 Wohnungseigentumsgesetz (WEG); Art. 182 EGBGB; §§ 1018, 1090 Abs. 1 BGB.

⁶⁴ Vgl. insbesondere §§ 873, 875, 877, 925 BGB. – Zu alten Rechten vgl. aber Art. 127, 128, 131, 181, 184, 191 EGBGB; RG, in: Zeitschrift für Kirchenrecht 22 (1889), 439 (443 f.).

⁶⁵ Vgl. bspw. Schmitt, Simultankirchenrecht im Großherzogtum Baden (o. Fn. 20), S. 8 ff.

⁶⁶ Mainusch, Die öffentlichen Sachen (o. Fn. 2), S. 309.

b) *Privatrechtliche Gebrauchsüberlassungen*

- 15** Privatrechtliche schuldrechtliche Gebrauchsüberlassungen stehen allen rechtsfähigen Religionsgesellschaften offen. Ein Mitbenutzungsrecht kommt insbesondere als Gebrauchsüberlassung durch Mietvertrag oder durch Leihe⁶⁷, auch durch Vertrag zugunsten Dritter⁶⁸ vor.

Ist die Mitbenutzungserlaubnis *precario modo* (bittweise⁶⁹) eingeräumt, kann sie aus freier Willkür widerrufen werden⁷⁰. Bis zum Widerruf, der dem Prekaristen gegenüber erklärt werden muss, besteht ein Rechtsanspruch auf die Mitbenutzung kraft Gefälligkeitsvertrag (anders als beim Gefälligkeitsverhältnis). Der Prekarist ist Mitbesitzer. Das Partikularrecht⁷¹ nimmt in bestimmten Fällen ein Prekarium an.

IV. Gefälligkeitsverhältnisse

- 16** Bei rein faktischer Mitbenutzung aufgrund eines nicht verbindlichen Gefälligkeitsverhältnisses besteht kein Rechtsanspruch auf die Mitbenutzung; der Mitgebrauchende ist Besitztziener (§ 855 BGB).

Ob nur ein Gefälligkeitsverhältnis oder ein Gefälligkeitsvertrag vorliegt, ist im Einzelfall nach Anlass und Zweck der Gebrauchsüberlassung, ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und der Interessenlage beider Religionsgesellschaften zu beurteilen.⁷²

⁶⁷ §§ 535 ff., 598 ff. BGB. – Es gehört nicht zum Wesen des Mietvertrags, dass die Sache dem Mieter zum ausschließlichen Gebrauch überlassen wird, vgl. RGZ 108, 204 (205).

⁶⁸ § 328 Abs. 1 BGB. – So wird in Abschnitt V. Nr. 4 Abs. 2 der Beilage II. zur Vereinbarung über die niederen evangelisch-theologischen Seminare vom 5. 3. 1928 (ABl. der Evangelischen Landeskirche in Württemberg, Bd. 23, S. 189) den Wallfahrern an dem Feiertag Mariä Heimsuchung das Recht auf Zugang zur Klosterkirche in Blaubeuren eingeräumt; zur Geschichte vgl. *Kramer*, Kirchliche Simultanverhältnisse (o. Fn. 9), S. 309 f.

⁶⁹ Das BGB hat das Precarium (anders als §§ 231–233 I 21 ALR) als Unterart des Kommodates geregelt, vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. Amtliche Ausgabe, 2. Aufl. 1896, S. 453 f.

⁷⁰ Der Verleiher kann die Sache dann jederzeit zurückfordern, § 604 Abs. 3 BGB.

⁷¹ § 314 II 11 ALR und § 94 Bay. Religionsedikt. – Die jedesmalige „Ausübung einer bisher nicht gewöhnlichen gottesdienstlichen Handlung“ bedarf der besonderen Erlaubnis (§ 317 II 11 ALR und § 97 Bay. Religionsedikt), soweit nichts anderes geregelt ist (§ 309 II 11 ALR und § 90 Bay. Religionsedikt [o. Fn. 18]).

⁷² Vgl. auch o. Fn. 31.

§ 63

Patronatswesen

Von Andreas Thier

I. Überblick	1–2
II. Historische Entwicklungstendenzen und Traditionselemente von Patronat und Patronatsrecht	3–17
1. Die Entstehung des ius patronatus in der kirchlichen Rechtskultur	4–6
2. Die Verstaatlichung des Patronatsrechts in der frühen Neuzeit	7–11
3. Korporative kirchliche Freiheit und Patronat seit dem 19. Jahrhundert	12–15
4. Die Distanzierung der römisch-katholischen Kirche vom Patronatsrecht	16–17
III. Der verfassungsrechtliche Bestandsschutz von Patronaten und seine Grenzen	18–28
1. Zum verfassungsrechtlichen Schutz von Patronaten und Patronatsrecht	19–22
2. Funktionslosigkeit als Erlöschensgrund von Patronaten	23–28
IV. Der Patronatsstatus	29–32

I. Überblick

- 1 Das Patronat (bisweilen auch: der Patronat¹) wird regelmäßig beschrieben als Inbegriff der Rechte und Pflichten, die für eine natürliche oder juristische Person aus einem eigenen, besonderen Rechtsgrund gegenüber einer Kirche oder einem kirchlichem Amt bestehen². Das Patronat verschafft dem oder der Berechtigten das *Recht*, in Form der *Präsentation* einen bindenden Vorschlag zur Besetzung eines Kirchenamtes zu machen; hinzu treten Aufsichtsbefugnisse über die Verwaltung des Kirchenvermögens (regelmäßig durch Mitgliedschaftsbefugnisse im Kirchenvorstand), Alimentationsbefugnisse sowie Ehrenvorrechte etwa in Form eines besonders ausgewiesenen Platzes im Innenraum der Kirche (Kirchenstuhlrecht³), an der das Patronat besteht, oder in Gestalt von Fürbitte und Kirchentrauer⁴. Besteht das Patronat anders als das sog. *lastenfreie* Patronat als sog. *belastetes* Patronat oder *Lastenpatronat*⁵, dann entstehen auch *Pflichten* insbesondere in Form von *Baulasten* für kirchliche Gebäude sowie möglicherweise auch als sog. *Dotationsergänzungen* in Gestalt von Zuwendungen für die allgemeinen Ausgaben einer spezifischen Kirche⁶. Allerdings sind diese Verpflichtungen dadurch begrenzt, dass zunächst das Vermögen der Patronatskirche (Kirchenfabrikvermögen) insbesondere für Baulasten heranzuziehen ist.⁷ Inhaber von Patronaten können nicht allein natürliche, sondern auch *juristische* Personen⁸ sein, wobei insbesondere auch Körperschaften des öffentlichen Rechts wie etwa Kommunen patronatsfähig sind⁹.

¹ So etwa noch bei *Alfred Albrecht*, Patronatswesen (§ 40), in: HSKR², Bd. 2, S. 47–68.

² *Hartmut Böttcher*, Art. „Patronat“, in: EvStL³, Sp. 2453–2457 (2453); *Michael Muster*, Art. „Patronat“, in: EvKL³, Sp. 1087 f. (1087); s. a. die Umschreibung des Patronats in BayVGH, KirchE 13, 132 (140) als „Inbegriff von Ehrenrechten und Pflichten (insbesondere Baupflichten) einer Person (des Patrons) in Bezug auf eine Kirche“. Das Patronat wird aufgrund seiner (staats-)kirchenrechtlichen Bezüge regelmäßig dem öffentlichen Recht zugeordnet, vgl. nur *Detlef Merten*, in: Julius v. Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – EGBGB, Neubearb. 2018, Art. 132, Rn. 10; s. a. *Martin Otto*, Art. „Patronat“, in: 100 Begriffe aus dem evangelischen Kirchenrecht, hg. von Michael Heinig / Jens Reisgies, 2019, S. 194–197 (194); a. A. noch *ders.*, Art. „Patronat“, in: 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, hg. von Hans Michael Heinig / Hendrik Munsonius, 2. Aufl. 2015, S. 188–192 (189).

³ *Rainer Mainusch*, Staatskirchenrechtliche und kirchenrechtliche Bemerkungen zum Kirchenstuhlrecht, in: ZevKR 34 (1989), S. 169–203.

⁴ *Albrecht*, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 56 f., 60; *Eberhard Sperling*, Zur Rechtslage der Patronate, in: ZevKR 21 (1976), S. 244–265 (256 f.); *Ralph*

Patronatsrechte haben in der *Gegenwart* der (staats-)kirchenrechtlichen Praxis wesentliche Bedeutung bei der *Finanzierung* der Kirchenbaulast¹⁰. Sie sind insofern wichtige sekundäre Einnahmequellen der patronatsbefangenen Kirchen und entlasten damit auch den amtskirchlichen Verbund insgesamt¹¹. Die *Partizipationsbefugnisse* der Patrone haben sicherlich besondere ideelle Bedeutung, wenn es darum geht, Kirchenmitglieder in ihrem Engagement zu ermutigen oder gar hervorzuheben¹², während ihre kirchenrechtliche Wirkung häufig durch gegenläufige Normbildungen überlagert wird. Es entspricht dieser Situation, dass die Patronate – soweit ersichtlich – in der Rechtspraxis vor allem aus der Perspektive der damit verbundenen Belastungen, ihrer möglichen Ablösung¹³ oder gar ihrem möglichen Fortfall aufgrund des säkularen Wandels von Gesellschaft, Kultur und rechtlichem Rahmen¹⁴ diskutiert werden. In der Tat zeigt sich im Blick auf die Geschichte von Patronat und Patronatsrecht, dass

Weber, Wegfall der Geschäftsgrundlage für die aus städtischen Patronaten resultierenden Baulastverpflichtungen an kirchlichen Gebäuden in den neuen Bundesländern. Dargestellt am Beispiel der Hansestadt Rostock, in: LKV 2001, S. 49–54 (50).

⁵ Zur Nomenklatur s. etwa *Albrecht*, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 47.

⁶ Als Überblick: *Sperling*, Rechtslage (o. Fn. 4), S. 256; *Weber*, Geschäftsgrundlage (o. Fn. 4), S. 50.

⁷ *Albrecht*, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 61 f. m. w. N.

⁸ *Erwin Jacobi*, Patronate juristischer Personen, 1912.

⁹ *Albrecht*, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 57 f.

¹⁰ Allgemein *Michael Droge*, → § 64; *Thomas Lindner*, Baulasten an kirchlichen Gebäuden. Staatliche und kommunale Leistungspflichten für den Kirchenbau, 1995; *Nicole Grahm*, Kommunale Kirchenbaulasten im Gebiet des ehemaligen Großherzogtums Baden, 2012, S. 25–197; *Markus Schulten*, Kommunale Kirchenbaulasten. Fortgeltung und Legitimation, insbesondere in den östlichen Bundesländern, 2014.

¹¹ Ähnlich in der Einschätzung auch *Albrecht*, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 47.

¹² Hierfür etwa das Plädoyer bei *Hans Otto*, Fürsorge oder Selbstbestimmung? Das Patronat in der hannoverschen Landeskirche, in: ZevKR 56 (2011), S. 405–429 (429) mit der Kennzeichnung von Patronaten als „eine durch die Geschichte hervorgehobene Repräsentanz des ehrenamtlichen Engagements“.

¹³ Ebenso die Bewertung bei *Muster*, Patronat (o. Fn. 2), Sp. 1087 f.

¹⁴ Dazu insbesondere die Beiträge von *Weber*, Geschäftsgrundlage (o. Fn. 4), passim, sowie bereits *ders.*, Städtische Patronate in den neuen Bundesländern und ihre rechtliche Verbindlichkeit, dargestellt am Beispiel der Hansestadt Rostock, in: Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch. Gedächtnisschrift für Bernd Jeand’Heur, hg. von Wilfried Erbguth / Friedrich Müller / Volker Neumann, 1999, S. 281–318 (294–317); s. nunmehr insbesondere *Schulten*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 10).

sich die Funktionen und der rechtliche Horizont des Patronats seit seiner Entstehung im 12. Jahrhundert grundlegend verändert haben. Insbesondere mit dem Fortfall der Grundherrschaft und der Durchsetzung des Gleichheitssatzes, aber auch durch die Beseitigung des landesherrlichen Kirchenregiments durch Art. 137 Abs. 3 WRV ist das 20. Jahrhundert (und für das 21. Jahrhundert gilt nichts anderes) zur „Epoche des Absterbens des Patronats“¹⁵ geworden (zum Ganzen näher unten II.). Trotzdem genießt das Patronat durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV grundsätzlich staatskirchenrechtlichen Bestandsschutz. Allerdings ändert das nichts an der Frage, ob nicht angesichts mittlerweile fundamentaler kultureller Veränderungen Situationen denkbar sind, in denen Patronate aufgrund offensichtlicher *Funktionslosigkeit* erlöschen (im Einzelnen unten III.). Allerdings kann das nicht generell gelten. Deswegen hat der Patronatsstatus und sein – regelmäßig verwaltungsgerichtlich zu klärendes¹⁶ – Pflichtengefüge ungeachtet einer sehr kleinen Zahl von tatsächlich bestehenden Patronaten weiterhin als ein Rechtsinstitut Bestand, das freilich in seinen Einzelementen nur durch seine langgestreckte Geschichte verständlich ist (im Einzelnen unten IV.).

II. Historische Entwicklungstendenzen und Traditionselemente von Patronat und Patronatsrecht

- 3 Das Patronatsrecht ist in seinem materiellen Gehalt wesentlich durch mittelalterliche *Strukturbildungen des kanonischen Rechts* im Zusammenhang von Grundherrschaftsverfassung und amtskirchlicher Organisation geprägt (dazu unten 1.). Seit dem 16. Jahrhundert geriet das Patronat in Mitteleuropa allerdings zunehmend in den Einflussbereich des aufsteigenden Staates und erlebte in der Folge selbst einen Prozess der *Verstaatlichung* (unten 2.). Im 19. und 20. Jahrhundert nahm zwar die staatliche Gewalt in Deutschland ihren durch das Patronat vermittelten Zugriff auf die Kirche zurück, doch das änderte nichts an der fortdauernden *Präsenz* von weiterhin staatlichem Patronatsrecht in der mitteleuropäischen Rechtstradition (unten 3.). Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund, aber auch im Zei-

¹⁵ Peter Landau, Art. „Patronat“, in: TRE, Bd. 26, 2000, S. 106–114 (111).

¹⁶ Dazu näher Albrecht, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 55 f. m. w. N., umfassend Lindner, Baulasten (o. Fn. 10), S. 69–90 (mit dem Schwerpunkt bei den Kirchenbaulasten).

chen ekklesiologischer Neuorientierung nahm die römisch-katholische Amtskirche Abstand vom Patronat (unten 4.).

1. Die Entstehung des *ius patronatus* in der kirchlichen Rechtskultur

In der Entstehung des Patronats im 12. Jahrhundert bildete sich im Ausgangspunkt die Verwurzelung der niederkirchlichen, pastoralen Ordnung in der Grundherrschaft ab. Das zeigt sich im Blick auf die Vorstufe des Patronats, die seit *Ulrich Stutz* (1868–1938)¹⁷ in dieser Weise bezeichnete¹⁸ *Eigenkirche*¹⁹: Die Eigenkirchenherren, zu denen im Lauf der Zeit auch Klöster zählten, errichteten auf ihrem Grundbesitz Kirchen, die damit zu Bestandteilen des grundherrschaftlichen Organisationsverbandes wurden. Dem entsprachen die grundherrlichen Nutzungs- und auch Verfügungsbefugnisse an der und über die Kirche und die über sie erzielten Einnahmen wie etwa den Zehnten. Zudem war es das Recht des Eigenkirchenherrn, verbindlich über den Klerus der Eigenkirche zu bestimmen, auch wenn die episkopale Konsekrations- und Ordinationsbefugnis grundsätzlich fortbestehen blieb. Zwar wurde damit die Reichweite der bischöflichen Herrschaft im Bistum zum Teil erheblich beschränkt. Trotzdem akzeptierte die Amtskirche lange Zeit die Existenz dieses Organisationsmodells, zumal es auch und gerade wirtschaftlich wesentlich für die Konser-

Erst im Zusammenhang von Kirchenreform und Investiturstreit²⁰ seit der zweiten Hälfte des 11. Jahrhunderts geriet die Eigenkirche in die amtskirchliche Kritik, galten doch seit dieser Phase laikale kirch-

¹⁷ *Andreas Thier*, Art. „Stutz, Ulrich“, in: *Neue Deutsche Biographie*, Bd. 25, 2013, S. 659 f.

¹⁸ Vgl. *Ulrich Stutz*: *Forschungen zu Recht und Geschichte der Eigenkirche*. Gesammelte Abhandlungen, 1989. Kritisch zu den Überlegungen von *Stutz* im Blick auf deren Verankerung in germanischen Rechtstraditionen *Peter Landau*, *Eigenkirchenwesen*, in: *TRE*, Bd. 9, 1982, S. 399–404.

¹⁹ Zum Folgenden der Überblick bei *Andreas Thier*, *Grundlagen und Anfänge der Geschichte des evangelischen Kirchenrechts* (§ 2), in: *HEKR*, S. 81–127, Rn. 15 m. w. N. Näher zum Eigenkirchenwesen *Landau*, *Eigenkirchenwesen* (o. Fn. 18), und umfassend zur Entstehung *Wilfried Hartmann*, *Der rechtliche Zustand der Kirchen auf dem Lande: die Eigenkirche in der fränkischen Gesetzgebung des 7. bis 9. Jahrhunderts*, in: *Cristianizzazione ed organizzazione ecclesiastica delle campagne nell'alto medioevo. Espansione e resistenza*, Teilbd. 1, 1982, S. 397–441.

²⁰ S. dazu statt vieler die Übersicht bei *Wilfried Hartmann*, *Der Investiturstreit*, 2007 (*Enzyklopädie Deutscher Geschichte*, Bd. 21).

liche Herrschaftsbefugnisse denjenigen kirchlichen Reformern als inakzeptabel, die mit dem Postulat von der *libertas ecclesiae* (Freiheit der Kirche) die amtskirchliche Autonomie in den Vordergrund rückten. Um aber das weiterhin erwünschte laikale Engagement für die Kirchen nicht zu verlieren, entwickelten die kirchliche Rechtswissenschaft, die seit dem 12. Jahrhundert neu entstehende Kanonistik²¹, und das Papsttum in engem Zusammenwirken das sog. *ius patronatus*. Durch das Lateranum IV 1215²² in positives Kirchenrecht überführt,²³ haben diese Konzeptionen die normativen Strukturen des Patronats bis in die Gegenwart hinein geprägt.

- 6 Als rechtsförmiger Kompromiss zwischen dem Interesse an der ökonomischen Unterstützung durch Dritte und dem Streben nach institutioneller Autonomie, insbesondere in Form der episkopalen Kollatur, verbanden sich im *ius patronatus* amtsförmige Befugnisse von Laien in Form des *Präsentationsrechts*, aber auch (nunmehr deutlich begrenzter) *Einnahmebefugnisse*²⁴ mit der Verantwortlichkeit des Patrons oder der Patronin für den Erhalt und damit insbesondere auch den Unterhalt der Kirche und ihres Personals.²⁵ In der kirchlichen Rechtswissenschaft wurde zu Beginn des 13. Jahrhunderts dafür die Formel benutzt, das Patronatsrecht umfasse *ius ac potestas providendi ecclesie vel ab ea provisionem recipiendi*, das Recht und die Befugnis, für eine Kirche zu sorgen und aus ihr Für-

²¹ Überblick: *Christoph Meyer*, Art. „Kanonistik“, in: HRG², Bd. 2, 2012, Sp. 1576–1580. Zu den Inhalten und Doktrinen näher etwa *Richard H. Helmholz*, *Kanonisches Recht und Europäische Rechtskultur* (dt. Übersetzung von: „The Sprit of Classical Canon Law“, 1996), 2013; zu den Akteuren und Quellen des klassischen kanonischen Rechts s. die Beiträge in *Wilfried Hartmann / Kenneth Pennington* (Hg.), *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140–1234: From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*, 2008.

²² *Michele C. Ferrari / Klaus Herbers / Christiane Witthöft* (Hg.), *Eropa 1215. Politik, Kultur und Literatur zur Zeit des IV. Laterankonzils*, 2016.

²³ Grundlegend: *Peter Landau*, *Ius Patronatus. Studien zur Entwicklung des Patronats im Dekretalenrecht und der Kanonistik des 12. und 13. Jahrhunderts*, 1975. Zusammenfassend *Landau*, Patronat (o. Fn. 15), S. 106–108; sehr knapper Überblick bei *Andreas Thier*, Art. „Patronatsrecht“, in: *Historisches Lexikon der Schweiz* (<<http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D9623.php>>, Stand: 24. 11. 2009), Abschnitt 1.

²⁴ Im Einzelnen: *Landau*, *Ius Patronatus* (o. Fn. 23), S. 130–205.

²⁵ Dazu *Jörn Sieglerschmidt*, *Territorialstaat und Kirchenregiment. Studien zur Rechtsdogmatik des Kirchenpatronatsrechts im 15. und 16. Jahrhundert*, 1987, S. 111–126.

sorge zu empfangen.²⁶ In der Begriffstrias *honor, onus* und *utilitas* bündelte die Kanonistik dabei die Verpflichtungen des Patrons für die Kirche (in Form des *onus*), seine an die Stelle des eigenkirchlichen Besetzungsrechts getretene Präsentationsbefugnis (in Form des *honor*) und sein Recht auf Unterhalt aus den Kirchenabgaben im Fall der Verarmung (in Form der *utilitas*).²⁷ Das seit *Alexander III.* (1159–1181)²⁸ als *ius corporale spirituali annexum* bezeichnete²⁹ und damit allein dem kirchlichen Rechtskreis vorbehaltene *ius patronatus*³⁰ wurde in der Folgezeit freilich immer mehr auf die Präsentationsbefugnis des Patrons reduziert³¹ und zugleich die patronale Verfügungsbefugnis am patronatsbefangenen Grundstück kontinuierlich limitiert, war doch der Verkauf unzulässig, während Vererbung, Verschenkung, Tausch und auch die Verlehnung akzeptiert wurden.³² Dem entsprach die Betonung der bischöflichen Kollatur- und Prüfungsbefugnis durch die Kanonistik, denn der Bischof musste nur solchen Präsentationen entsprechen, die sich auf kirchenrechtlich geeignete Personen richteten.³³ In diesen Grenzen verschaffte das Patronat allerdings den berechtigten Laien gleichwohl ein Stück Autonomie im Verhältnis zum Bischof und machte, den klerikalen Stand des Begünstigten vorausgesetzt, auch die klientelpolitische Nutzung des Patronatsrechts weiterhin möglich, so dass das Patronat

²⁶ *Alanus Anglicus*, 2. Rezension des Glossenapparates zum Decretum Gratiani, ad C. 16, q. 7, c. 26, Ms. Mazarine 1318, fol. 249^{rb}, ediert bei Landau, *Ius Patronatus* (o. Fn. 23), S. 14 f.

²⁷ Vgl. dazu die Glossa Ordinaria des *Johannes Teutonicus* zum Dekret Gratians, die den zeitgenössischen Konsens zusammenfasste (ad C. 16, q. 7, c. 26 ad v. *Pie mentis*), abgedruckt etwa bei Landau, *Ius Patronatus* (o. Fn. 23), S. 129 m. Fn. 470: *sunt autem tria, quae consequitur patronus, honorem videlicet, onus et utilitatem*. Näher hierzu auch Sieglerschmidt, Territorialstaat (o. Fn. 25), S. 92 m. w. N.

²⁸ *Andreas Thier*, Art. „Alexander III. († 1181)“, in: HRG², Bd. 1, 2008, Sp. 141–143.

²⁹ Landau, *Ius Patronatus* (o. Fn. 23), S. 124–127.

³⁰ Besonders deutlich formuliert bei Alexander III. in der Dekretale *Quanto* (1Comp. 2.1.5 = X 2.1.3), abgedruckt in *Emil Friedberg* (Hg.), *Corpus Iuris Canonici*, Bd. 2, 1879, Nd. 1955, Sp. 239: ... *Causa vero iuris patronatus ita coniuncta est et connexa spiritualibus causis, quod non nisi ecclesiastico iudicio valeat definiri* ... – Patronatsstreitigkeiten sind so eng mit geistlichen Fällen verbunden, dass sie allein der geistlichen Gerichtsbarkeit zugeordnet werden können. Zur Gerichtsbarkeit in Patronatsstreitigkeiten nach klassischem kanonischem Recht s. im Einzelnen Landau, *Ius Patronatus* (o. Fn. 23), S. 206–210.

³¹ *Sieglerschmidt*, Territorialstaat (o. Fn. 25), S. 99–111.

³² Landau, *Ius Patronatus* (o. Fn. 23), S. 51–115.

³³ *Sieglerschmidt*, Territorialstaat (o. Fn. 25), S. 118–126.

in diesem Punkt wie eine kirchenrechtliche Entsprechung zum Lehnrecht³⁴ wirken konnte. Als Teil des universalen Kirchenrechts verbreitete sich das Patronat in ganz Europa³⁵.

2. Die Verstaatlichung des Patronatsrechts in der frühen Neuzeit

7 In der *frühen Neuzeit* wandelte sich die Funktion des Patronats in Teilen: In der Tradition des universalen *katholischen Kirchenrechts* wurde das *ius patronatus* durch die Beschlüsse des Konzils von Trient (1545–1563)³⁶ konsolidiert³⁷, dabei insbesondere der Erwerb des Patronats durch Ersitzung faktisch ausgeschlossen³⁸ und die päpstliche privilegienförmige Verleihung von Patronaten ausdrücklich eingeführt³⁹. Damit und mit dem 1580/82 eingeführten *Corpus Iuris Canonici*⁴⁰, der verbindlichen Sammlung der wichtigsten Rechtstexte und ihrer Glossierung, die auch die überkommenen Regelbildungen zum Patronat umfassten, hatte die römisch-katholische Amtskirche ein ausgesprochen stabiles Fundament für den Fortbe-

³⁴ Dazu *Sieglerschmidt*, ebd., S. 282, der sogar von einem „Seitenstück des Lehnswesens“ spricht.

³⁵ Vgl. nur *Landau*, Patronat (o. Fn. 15), S. 107 f.; im Einzelnen die Beiträge etwa in *Nathalie Kruppa / Leszek Zygmier* (Hg.), Pfarreien im Mittelalter. Deutschland, Polen, Tschechien und Ungarn im Vergleich, 2008.

³⁶ *Hubert Jedin*, Geschichte des Konzils von Trient, Bd. 1–4, 1951–1975. Die Dekrete des Konzils sind am besten verfügbar in: Dekrete der ökumenischen Konzilien, hg. von Josef Wohlmuth, Bd. 3: Konzilien der Neuzeit – Konzil von Trient (1545–1563), Erstes Vatikanisches Konzil (1869/70), Zweites Vatikanisches Konzil (1962–1965), 2002, S. 657–799; eine Neuausgabe der lateinischen Texte nunmehr in: *Klaus Ganzer / Giuseppe Alberigo / Alberto Melloni* (Hg.), Conciliorum oecumenicorum generaliumque decreta. Editio critica, Bd. III, 2010, S. 1–18.

³⁷ Vgl. insbesondere das Dekret aus der Sessio 25 *de reformatione generali*, caput 9, Text *Ganzer / Alberigo / Melloni*, Decreta III (o. Fn. 36), S. 167–169. Zu den Regelungen des Tridentinum über das Patronat allgemein *Sieglerschmidt*, Territorialstaat (o. Fn. 25), S. 121–123. S. a. die knappe Zusammenfassung bei *Wilhelm Rees*, Patronatsrechte im Widerspruch zum Selbstbestimmungsrecht der Kirche und zur Religionsfreiheit? Entwicklung und Anmerkungen aus kirchenrechtlicher Sicht, in: Recht in Kirche und Staat. Joseph Listl zum 75. Geburtstag, hg. von Wilhelm Rees, 2004, S. 283–311 (293).

³⁸ *Paul Hinschius*, Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten in Deutschland: System des katholischen Kirchenrechts mit besonderer Rücksicht auf Deutschland, Bd. 3, 1883, Nachdr. 1959, S. 28–30.

³⁹ *Hinschius*, ebd., S. 31 f.

⁴⁰ *Andreas Thier*, Art. „Corpus Iuris Canonici“, in: HRG², Bd. 1, 2008, Sp. 894–901 (894 f.) m. w. N.

stand des Patronats in seiner mittelalterlichen Form in ihrer Jurisdiktion gelegt. Für die *Begründungstatbestände* des Patronats im kanonischen Recht wurde vom Tridentinum in Fortführung der mittelalterlichen Tradition betont, dass der *titulus iuris patronatus [...]* *ex fundatione vel dotatione*, also aus der Überlassung eines Bauplatzes oder einer vermögensrechtlichen Ausstattung der Kirche entstehen sollte⁴¹; anerkannt war außerdem die *aedificatio*, die Übernahme der Baukosten für eine Kirche⁴². Das Konzil konsolidierte auch die Regeln über die *Baulast*, die ihre zum Teil bis in die Gegenwart gültige Ausformung erhielten: Hiernach waren Patrone, soweit sie Einkünfte aus dem Patronat zogen, baulastpflichtig, wenn das Vermögen der Patronatskirche nicht genügte; ein Zugriff auf die Gemeindemitglieder kam dagegen nur in Betracht, wenn auch die Patrone nicht zur Abgeltung der Baulasten in der Lage waren.⁴³

Im neu entstehenden *evangelischen Kirchenrecht*⁴⁴, in dem das kanonische Recht als subsidiäre Rechtsquelle galt⁴⁵, fand die patronatsrechtliche Tradition des späten Mittelalters ebenfalls einen Platz⁴⁶. Das galt allerdings in der Regel nicht für die Territorien mit reformiertem Bekenntnis, denn angesichts der starken gemeindlichen Verankerung des Predigtamts in der reformierten Theologie waren die

8

⁴¹ Vgl. Ganzer / Alberigo / Melloni, Decreta III (o. Fn. 36), S. 167. S. a. Sessio 14, decretum de reformatione, canon 12 (ebd., 81): *Nemo, etiam cuiusvis dignitatis ecclesiasticae vel saecularis, quacunq[ue] ratione, nisi Ecclesiam, beneficium aut cappellam de novo fundaverit et construxerit, seu iam erectam, quae tamen sine sufficienti dote fuerit, de suis propriis et patrimonialibus bonis competenter dotaverit, ius patronatus impetrare aut obtinere possit aut debeat [...]*. Zum Ganzen auch Lindner, Baulasten (o. Fn. 10), S. 40.

⁴² Zu den Entstehungstatbeständen des Patronats in dieser Tradition s. Hinschius, Kirchenrecht III (o. Fn. 38), S. 18–28.

⁴³ Lindner, Baulasten (o. Fn. 10), S. 38–40 m. w. N.

⁴⁴ Knappe Überblicke bei Thier, Grundlagen (o. Fn. 19), Rn. 31–32, und umfassend für das neuzeitliche evangelische Kirchenrecht Martin Otto, Neuere Geschichte des evangelischen Kirchenrechts (§ 3), in: HEKR, S. 128–161. Grundlegend aus jüngster Zeit Mathias Schmoeckel, Das Recht der Reformation. Die epistemologische Revolution der Wissenschaft und die Spaltung der Rechtsordnung in der Frühen Neuzeit, 2014, sowie John Witte jr., Recht und Protestantismus. Die Rechtslehre der lutherischen Reformation, 2014.

⁴⁵ Udo Wolter, Die Fortgeltung des kanonischen Rechts und die Haltung der protestantischen Juristen zum kanonischen Recht in Deutschland bis in die Mitte des 18. Jahrhunderts, in: Canon Law in Protestant Lands, hg. von Richard H. Helmholz, 1992, S. 13–48; grundsätzlich: Michael Germann, Zum Erkenntniswert der Kirchenrechtsgeschichte für die evangelische Kirchenrechtswissenschaft, in: ZRG 123 KA 92 (2006), S. 630–659 (634–636).

⁴⁶ Im Überblick Landau, Patronat (o. Fn. 15), S. 108 f.

durch Patronate vermittelten Befugnisse in reformierten Territorien im Zweifel nur aufgrund historischer Tradition vermittelbar⁴⁷. In den *lutherisch bestimmten Territorien* blieben die Patronate grundsätzlich bestehen. Allerdings geschah das unter deutlich anderen Vorzeichen als in der vorreformatorischen Zeit, denn mit dem Fortfall des Episkopats rückten die Landesherren und damit die auf ihre *cura religionis*⁴⁸ gestützte Herrschaft über die Kirche in Form des landesherrlichen Kirchenregiments⁴⁹ in den Vordergrund. Die jetzt entstehenden landesherrlich begründeten und geleiteten Landeskirchen⁵⁰ institutionalisierten den – von der reformatorischen Theologie mitgetragenen⁵¹ – kirchlichen Herrschaftsanspruch des Landesherrn im Entstehungszusammenhang der Landesherrschaft⁵². Sie fanden mit Episkopalsystem, Territorialismus und schließlich Kollegialismus in der zeitgenössischen Jurisprudenz verschiedene Deutungsraster⁵³.

⁴⁷ Zum Ganzen s. *Winfried Stolz*, Die Entwicklung des Patronatsrechts in einer reformierten Landeskirche, in: ZevKR 29 (1984), S. 255–289.

⁴⁸ *Johannes Heckel*, Cura Religionis. Ius in sacra. Ius circa sacra, erstmals in: Festschrift Ulrich Stutz, 1938, S. 224–298, separat gedruckt, 2. Aufl. 1962.

⁴⁹ *Hartmut Böttcher*, Summepiskopat/Landesherrliches Kirchenregiment, in: Historisches Lexikon Bayerns, <https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Summepiskopat/Landesherrliches_Kirchenregiment>; *Martin Heckel*, Religionsbann und Landesherrliches Kirchenregiment, in: Die lutherische Konfessionalisierung in Deutschland, hg. von Hans-Christoph Rublack, 1992, S. 130–162, wieder abgedruckt in: ders., Gesammelte Schriften. Staat – Kirche – Recht – Geschichte, Bd. 3, hg. von Klaus Schlaich, 1997, S. 262–293; *Dietmar Willoweit*, Das landesherrliche Kirchenregiment, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte, hg. von Kurt G. A. Jeserich/Hans Pohl/Georg Christoph von Unruh, Bd. 1, 1983, S. 361–369.

⁵⁰ *Armin Kohnle*, Art. „Landeskirche“, in: HRG², Bd. 3, 2016, Sp. 445–451.

⁵¹ Für einen Überblick s. *Thier*, Grundlagen (o. Fn. 19), Rn. 25–30 m. w. N.

⁵² *Dietmar Willoweit*, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt. Landesobrigkeit, Herrschaftsrechte und Territorium in der Rechtswissenschaft der Neuzeit, 1975; s. a. *ders.*, Die Entwicklung und Verwaltung der spätmittelalterlichen Landesherrschaft, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 1 (o. Fn. 49), S. 66–142; aus jüngster Zeit im Überblick *Johannes Merz*, Landesherrschaft/Landeshoheit, in: Historisches Lexikon Bayerns, <<https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Landesherrschaft/Landeshoheit>>.

⁵³ *Martin Heckel*, Staat und Kirche nach den Lehren der evangelischen Juristen Deutschlands in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts, 1968; *Klaus Schlaich*, Kollegialtheorie. Kirche, Recht und Staat in der Aufklärung, 1969; *ders.*, Der rationale Territorialismus. Die Kirche unter dem staatsrechtlichen Absolutismus um die Wende vom 17. zum 18. Jahrhundert, in: ZRG 85 KA 54 (1968), S. 269–340, wieder abgedruckt in: *ders.*, Gesammelte Aufsätze. Kirche und Staat von der Reformation bis zum Grundgesetz, hg. von Martin Heckel/Werner Heun, 1997, S. 204–266; *Heinrich de Wall*, Spannungen und Paradoxien im rationalen Territorialismus, in: ZRG 123 KA 92 (2006), S. 554–569.

Patronatsrechte standen dem Landesherrn in diesem Entwicklungsrahmen teils als Teil des eigenen Vermögensbestandes zu, teilweise gelangten sie beim Konfessionswechsel und dem damit ausgelösten Übergang des Kirchenvermögens auf den Landesherrn in dessen Sphäre⁵⁴.

Mit dem fortlaufenden Ausbau des *landesherrlichen Kirchenregiments* beanspruchte der Landesherr aber zunehmend auch ein umfassendes Besetzungsrecht für alle nicht durch Patronate Dritter erfasste Pfarrstellen⁵⁵. Dieses letztlich auf der landesherrlichen Kirchenhoheit beruhende Besetzungsrecht, das regelmäßig auch mit der Übernahme entsprechender finanzieller Verantwortung für die davon erfassten Kirchen korrespondierte, unterschied sich schon der normativen Grundlage nach vom kirchenrechtlichen Patronat⁵⁶, hatte es doch eine, modern gesprochen, verfassungsrechtliche Geltungsgrundlage. Es wurde aber gleichwohl seit dem beginnenden 19. Jahrhundert als *landesherrliches Patronat*⁵⁷ bezeichnet. In seiner überkommenen Form entfaltete das Patronat allerdings auch begrenzte Wirkung im Herrschaftsgefüge des Landes, indem es (jedenfalls dem Ansatz nach) dazu beitrug, dem ländlichen Adel ein Stück weit Autonomie gegenüber dem Zugriff der Landeskirche zu sichern.⁵⁸ In der Praxis wurden die kirchengemeindlichen Ingerenzbefugnisse aus dem Patronat allerdings kontinuierlich reduziert, indem die Landeskirche – in diesem Punkt ganz in der Kontinuität der spätmittelalterlichen Bischofskirche – fortlaufend die Regelungen über die Auswahl des Pfarrpersonals ausweitete und auch die Dienstaufsicht an sich zog. So blieb den Patronen vor allem im norddeutschen Raum zwar grundsätzlich das Präsentationsrecht für die Pfarrer erhalten, während die Absetzungsbefugnis allein bei der Landeskirche lag.⁵⁹

Ihre Entsprechung fand diese Entwicklung in der Kontinuität des seit dem Spätmittelalter bestehenden *städtischen* oder auch *kommun-*

⁵⁴ Zusammenfassend *Landau*, Patronat (o. Fn. 15), S. 109.

⁵⁵ Vgl. *Hinschius*, Kirchenrecht III (o. Fn. 38), S. 176 f.

⁵⁶ Besonders nachdrücklich hervorgehoben bei *Hinschius*, Kirchenrecht III (o. Fn. 38), S. 17 f., ihm folgend etwa *Albrecht*, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 48 m. w. N.

⁵⁷ Dazu die bibliographische Übersicht bei *Paul Hinschius*, Das landesherrliche Patronatsrecht gegenüber der katholischen Kirche, 1856, S. 23–26 und passim; s. a. *Hinschius*, Kirchenrecht III (o. Fn. 38), S. 177 f.

⁵⁸ Vgl. *Landau*, Patronat (o. Fn. 15), S. 109.

⁵⁹ *Sieglerschmidt*, Territorialstaat (o. Fn. 25), S. 225–275.

nen Patronats⁶⁰, das bereits in vorreformatorischer Zeit den Gemeinden der Sache nach ein Pfarrwahlrecht gesichert hatte (und bis heute in einigen Kantonen der Schweiz ideelle Grundlage gemeindlicher Pfarrwahlbefugnisse ist⁶¹), das zur Abberufung des Pfarrers berechtigten konnte und nicht zuletzt auch als Vorbild für die berühmte Forderung im ersten der berühmten zwölf Artikel der Bauern von 1525 diente⁶². Gerade in solchen Entwicklungen wird deutlich, dass das Patronat im evangelischen Kontext neben seiner finanziellen Funktion auch und gerade lokale Autonomiesphären in einem für die Lebenspraxis alles andere als unwichtigen Bereich ermöglichte. Ansatzpunkt möglicher Spannungen konnte allerdings die in Deutschland entstehende Regelung sein, wonach Patronin oder Patron nicht der Konfession angehören mussten, der die patronatsbefangene Kirche zugeordnet war⁶³. In diesem Punkt fanden die reichsrechtlichen Bemühungen des 16. Jahrhunderts um religiöse Parität ihre patronatsrechtliche Fortsetzung.⁶⁴

- 11 Allerdings lag es in der Konsequenz des landesherrlichen Kirchenregiments, das Patronat mehr und mehr zum Gegenstand der staatlichen Regelung zu machen und damit in der Tendenz auf die *Verstaatlichung des Patronatsrechts*⁶⁵ hinzuwirken. Diese Entwicklung, die sich auch in Österreich beobachten lässt⁶⁶, verdichtete sich insbeson-

⁶⁰ Im Überblick *Paul Hinschius*, Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten in Deutschland. System des katholischen Kirchenrechts mit besonderer Rücksicht auf Deutschland, Bd. 2, 1878, Nachdr. 1959, S. 637–639; exemplarisch aus neuerer Zeit etwa *Doreen Henske*, Das Patronat der Hansestadt Rostock, 2013.

⁶¹ Dazu die Hinweise bei *Thier*, Patronatsrecht (o. Fn. 23), Abschnitt 2 m. w. N.

⁶² Zum Ganzen: *Andreas Thier*, Pfarrervahlrecht, göttliches Recht und Gemeindepatronat. Zum ersten der zwölf Artikel, in: Die Zwölf Artikel von 1525 und das „Göttliche Recht“ der Bauern – Rechtshistorische und theologische Dimensionen, hg. von Görg K. Hasselhoff/David von Mayenburg, 2012, S. 67–76, m. w. N.

⁶³ *Hinschius*, Kirchenrecht III (o. Fn. 38), S. 32–34.

⁶⁴ Näher zum Ganzen *Sieglers Schmidt*, Territorialstaat (o. Fn. 25), S. 172–211.

⁶⁵ Ähnlich wohl *Albrecht*, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 50–53, der den Ausdruck „staatliche Institutionalisierung“ (ebd., S. 50) benutzt.

⁶⁶ Für einen Überblick: *Jürgen Harder*, Die katholischen und evangelischen Staatspatronate in Deutschland, in: AfKKR 35 (1955/56), S. 6–68 und S. 313–396 (S. 10); klassisch: *Ludwig Wahrmund*, Das Kirchenpatronatsrecht und seine Entwicklung in Oesterreich, Bd. 1–2, 1894/1896. Aus neuerer Zeit s. insbesondere die Übersicht bei *Martin Griching*, Das Verfügungsrecht über das Kirchenvermögen auf den Ebenen von Diözese und Pfarrei, 2007, S. 99–136.

dere in den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794⁶⁷, wurde hier doch der Patronatserwerb unter den Vorbehalt der „Verleihung des Staats“ gestellt⁶⁸, also aus dem kirchlichen Kontext herausgelöst (was in der Aufhebung des kanonischen Rechts⁶⁹ seine Entsprechung fand). In dieser Regel wurde die Ausweitung der staatlichen Kirchenhoheit im Interesse strikt gemeinwohlorientierter hoheitlicher Verhaltenslenkung⁷⁰ deutlich. Im vorliegenden Zusammenhang wichtiger ist aber die systematische Überführung des ehemals kirchlichen Patronatsrechts in *weltliches Recht*⁷¹, das in den ehemals dem ALR unterworfenen Gebieten bis in die Gegenwart hinein bedeutsam bleiben sollte⁷². Freilich bewegte sich das preußische Gesetzbuch in weiten Teilen ganz auf der Linie der spätmittelalterlichen Regelungskonzeption des kanonischen Rechts: Das zeigte bereits die Beschreibung des Patrons oder der Patronin als derjenigen Person, der „die unmittelbare Aufsicht über eine Kirche, nebst der Sorge für deren Erhaltung und Vertheidigung obliegt“ (§ 568 II 11 ALR), in der die mittelalterliche Definition⁷³ weitgehend übernommen wurde. Auch der Eignungsvorbehalt für die vom Patron oder der Patronin präsentierten Personen⁷⁴ setzte mittel-

⁶⁷ Allgemein zum Staatskirchenrecht des ALR: *Hans-Wolfgang Strätz*, Das staatskirchenrechtliche System des preußischen Allgemeinen Landrechts, in: *Civitas* 11 (1972), S. 156–183, sowie v.a. *Peter Landau*, Das Kirchenrecht des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten im 19. Jahrhundert, in: 200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext, hg. von Barbara Dölemeyer / Heinz Mohnhaupt, 1995, S. 145–186, wieder abgedruckt in: ders., Grundlagen und Geschichte des evangelischen Kirchenrechts und des Staatskirchenrechts, 2010, S. 175–218. Zur Rolle der Staatspatronate im ALR siehe *Johannes Heckel*, Die Besetzung fiskalischer Patronatsstellen in der Evangelischen Landeskirche und in den katholischen Diözesen Altpreußens, in: ZRG 46 KA 15 (1926), S. 200–325 (216–227).

⁶⁸ Vgl. § 573 II 11 ALR: „Doch wird in allen vorstehenden Fällen [...] das Kirchenpatronat selbst erst durch die Verleihung des Staats erworben“.

⁶⁹ Dazu *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 10), S. 107 m. Fn. III/40.

⁷⁰ Dazu im Überblick *Andreas Thier*, Konfessionalität und Recht: Historische Betrachtungen und konzeptionelle Überlegungen, in: *Recht und Konfession – Konfessionalität im Recht?*, hg. von Christian Waldhoff, 2016, S. 17–46 (27–30).

⁷¹ Allgemein zur Entwicklung in anderen Regionen s. *Hinschius*, Kirchenrecht III (o. Fn. 38), S. 7 f.

⁷² S. nur *Landau*, Patronat (o. Fn. 15), S. 111.

⁷³ Vgl. oben Rn. 6 bei und in Fn. 27.

⁷⁴ Vgl. § 328 II 11 ALR: „Auch Patronen [sic] können, bey ihrer anzustellenden Auswahl, nur auf solche Subjekte Rücksicht nehmen, die entweder schon in einem geistlichen Amte stehn, oder doch als Candidaten, von den

alterliche Traditionen⁷⁵ fort. Auf der gleichen Linie bewegte sich die Ausgestaltung der Patronatsbaulast, die „bey Ermangelung eines hinlänglichen Kirchenvermögens“ zur Pflicht wurde (§ 584 II 11 ALR)⁷⁶. Der preußische Gesetzgeber nahm allerdings die Patroninnen und Patrone ungleich stärker in die finanzielle Verantwortung als das kirchliche Recht, versagte er ihnen doch die Befreiung von ihren Lasten durch einfachen Patronatsverzicht und damit die Abwälzung auf die öffentliche Hand. Denn, so hieß es im ALR, „Niemand kann, ohne ausdrückliche Einwilligung der Gemeinde, und ohne Genehmigung der geistlichen Obern, des Patronatsrechts, und der damit verbundenen Obliegenheiten sich begeben“ (§ 610 II 11 ALR). Gleichwohl wurden Patronatsstreitigkeiten der Einflussnahme der Verwaltung entzogen und an die ordentliche Gerichtsbarkeit verwiesen (§ 577 II 11 ALR).

3. Korporative kirchliche Freiheit und Patronat seit dem 19. Jahrhundert

- 12 In der beginnenden Moderne verstärkte sich der Zugriff des Staates auf die Kirche jedenfalls in Mitteleuropa⁷⁷ kontinuierlich und sollte erst ab der Mitte des 19. Jahrhunderts allmählich an Intensität verlieren: Der Reichsdeputationshauptschluss von 1803⁷⁸ wurde nämlich von den süddeutschen Staaten dazu genutzt, um die Stellenbesetzungsbefugnisse der säkularisierten geistlichen Stände zu übernehmen, die jetzt in die überkommene Tradition des – nunmehr auch so bezeichneten – *landesherrlichen Patronats* eingeordnet wurden. Die monarchischen Bürokratien nahmen deswegen insbesondere die

geistlichen Obern ihrer Provinz, nach angestellter vorläufiger Prüfung, die Erlaubniß zum Predigen erhalten haben.“

⁷⁵ Dazu oben bei Fn. 33.

⁷⁶ Im Einzelnen zur Patronatsbaulast im ALR *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 10), S. 104–108.

⁷⁷ Vgl. für eine vergleichende Analyse *Grichting*, Verfügungsbefugnis (o. Fn. 66), passim.

⁷⁸ Konziser Überblick mit Blick gerade auf den vorliegenden thematischen Horizont bei *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 10), S. 54–57; klassisch: *Klaus Dieter Hömig*, Der Reichsdeputationshauptschluss vom 25. Februar 1803 und seine Bedeutung für Staat und Kirche unter besonderer Berücksichtigung württembergischer Verhältnisse, 1969; umfassend und grundlegend nunmehr *Hermann Uhrig*, Die Vereinbarkeit von Art. VII des Friedens von Lunéville mit der Reichsverfassung, 5 Bände, 2014 (online verfügbar, <<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:21-opus-56749>>).

Befugnis in Anspruch, auch und gerade bei katholischen Kirchen bestimmend auf die Stellenbesetzung einzuwirken und selbst Patronaten gegenüber einen Bestätigungsvorbehalt ausüben zu können.⁷⁹ Dem gleichen Ansatz folgte Preußen in den neu erworbenen Gebieten.⁸⁰

Etwa seit der Mitte des 19. Jahrhunderts nahm allerdings die – im aufsteigenden Verfassungsstaat zunehmend konstitutionalisierte⁸¹ – *korporative Freiheit der Amtskirche* allmählich zu. Kennzeichnend für diese neuen Regelungsansätze war die preußische Verfassung von 1850, die in Art. 18 Abs. 1 PreußVU ausdrücklich „das Ernennungs-, Vorschlags-, Wahl- und Bestätigungsrecht bei Besetzung kirchlicher Stellen [...], so weit es dem Staate zusteht“, beseitigte, allerdings unter den Vorbehalt stellte, dass es „nicht auf dem Patronat oder besonderen Rechtstiteln beruht“.⁸² Dieser Vorbehalt begrenzte die weitreichende Formulierung der preußischen Verfassung von 1848, die kurzerhand das landesherrliche Besetzungsrecht generell abgeschafft hatte.⁸³ Gleichwohl deutete sich hier eine auch in den süddeutschen Staaten greifbare Entwicklung an, in deren Verlauf der Staat etwa in Bayern⁸⁴, Württemberg oder auch ansatzweise in Preußen⁸⁵ auf das *landesherrliche Patronat* verzichtete und in vertraglichen Vereinbarungen oder gesetzlichen Bestimmungen den Kirchen insofern mehr

13

⁷⁹ Überblick: *Landau*, Patronat (o. Fn. 15), S. 110 f.; im Einzelnen: *Harder*, Staatspatronate (o. Fn. 66), S. 11, 13–31 (für die süddeutschen und hessischen Staaten).

⁸⁰ Dazu eingehend *J. Heckel*, Besetzung (o. Fn. 67), S. 232–261.

⁸¹ *Martin Heckel*, Die Neubestimmung des Verhältnisses von Staat und Kirche im 19. Jahrhundert, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 3 (o. Fn. 49), S. 441–470; *Heinrich de Wall*, Die Entstehung der deutschen Verhältnisbestimmung von Kirche und Staat, in: *Kirche und Staat in Deutschland, Frankreich und den USA. Geschichte und Gegenwart einer spannungsreichen Beziehung. XIV. Dietrich-Bonhoeffer-Vorlesung 2010 in Mainz*, hg. von Irene Dingel / Christiane Tietz, 2012, S. 101–120 (108–111).

⁸² Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat, v. 31.1.1850, Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1850, S. 17.

⁸³ Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat, v. 5.12.1848, Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten 1848, S. 375, Art. 15. Zur Entstehung und Debatte beider Regelungen umfassend *J. Heckel*, Besetzung (o. Fn. 67), S. 262–275.

⁸⁴ Für Bayern s. *Ansgar Hense / Florian Sepp*, Art. „Patronatsrecht (19./20. Jahrhundert)“, in: *Historisches Lexikon Bayerns*, <[https://www.historischeslexikon-bayerns.de/Lexikon/Patronatsrecht_\(19./20._Jahrhundert\)](https://www.historischeslexikon-bayerns.de/Lexikon/Patronatsrecht_(19./20._Jahrhundert))>.

⁸⁵ Dazu im Einzelnen *J. Heckel*, Besetzung (o. Fn. 67), S. 262–319.

Freiräume bei der Personalauswahl zugestand⁸⁶. Auf diese Weise verlor das, wie man vielleicht sagen könnte, *allgemeine landesherrliche Patronat* an Boden, doch beharrten die Staaten weiterhin auf den ihnen kraft spezifischer Rechtstitel zustehenden Patronaten (sog. *Staatspatronate* oder *fiskalische Patronate*)⁸⁷, während sie im Verhältnis zur *evangelischen Kirche* ihre Herrschaft unmittelbar auf das landesherrliche Kirchenregiment stützten.⁸⁸

- 14 Mit Art. 137 Abs. 3 S. 2 WRV *endete* das *landesherrliche Patronat* in Deutschland.⁸⁹ Damit wurde die Unterscheidung wesentlich, die differenzierte zwischen *unechten* – ehemals auf die landesherrschaftliche Position, aber nicht auf einen spezifischen Titel gestützten – und *echten* Patronaten des Staates, die auf einem spezifischen Patronatstitel beruhten.⁹⁰ Jenseits dieser Differenzierung blieb allerdings die Kontinuität eines verstaatlichten Patronatsrechts erhalten. Zwar wurde in Art. 83 der preußischen Verfassung von 1920 ein Patronatsaufhebungsanspruch eingeführt, doch ist das dazu vorgeschriebene Gesetz niemals ergangen⁹¹; der preußische Staat nahm allerdings seine Besetzungsbefugnisse aus den ihm zustehenden Patronaten sehr zurückhaltend wahr.⁹² Die evangelische Landeskirche in Württemberg hob durch Gesetz die Patronate 1920 generell auf⁹³, das

⁸⁶ Im Einzelnen dazu: *Harder*, Staatspatronate (o. Fn. 66), 13–31, 33–35; *Hinschius*, Kirchenrecht III (o. Fn. 38), S. 77–189 m. w. N.; zusammenfassend *Landau*, Patronat (o. Fn. 15), S. 111.

⁸⁷ *Hinschius*, Kirchenrecht III (o. Fn. 38), S. 17.

⁸⁸ Zum Ganzen umfassend *Harder*, Staatspatronate (o. Fn. 66), S. 45–51, 313–318.

⁸⁹ Überblick bei *J. Heckel*, Besetzung (o. Fn. 67), S. 319–322; näher *Harder*, Staatspatronate (o. Fn. 66), S. 51–54.

⁹⁰ Dazu v. a. *J. Heckel*, Besetzung (o. Fn. 67), S. 321 f.; s. a. *Landau*, Patronat (o. Fn. 15), S. 112.

⁹¹ Vgl. Verfassung des Freistaats Preußen, v. 30.11.1920, Preußische Gesetzssammlung 1920, S. 543, Art. 83: „Auf Antrag eines Beteiligten ist ein bestehendes Patronat aufzuheben, sobald die vermögensrechtlichen Verpflichtungen abgelöst sind. Das Gesetz regelt das Verfahren und stellt die Grundsätze für die Ablösung auf.“

⁹² Zum Ganzen umfassend: *Harder*, Staatspatronate (o. Fn. 66), S. 319–331.

⁹³ Pfarrbesetzungsgesetz, v. 24.6.1920, Amtsblatt der Evangelischen Kirche in Württemberg, Bd. 19, S. 209 (online verfügbar: <<http://www.verfassung.de/bw/wuerttemberg/pfarrbesetzungsgesetz1920.htm>>), § 5: „Die bestehenden kirchlichen Patronatsrechte werden ohne Entschädigung aufgehoben, neue können nicht begründet werden.“ Dazu *Harder*, Staatspatronate (o. Fn. 66), S. 336–338.

Gleiche geschah 1921 durch die Landeskirche in Thüringen⁹⁴. Jenseits solcher Umbrüche wahrte aber das Patronatsrecht seine *Identität*.

Das galt auch für die Zeit des *Nationalsozialismus*, blieb doch das Patronat als Rechtsinstitut auch in dieser Zeit weithin unangefochten.⁹⁵ So geschah es, dass bei der Entstehung von Bundesrepublik und Deutscher Demokratischer Republik trotz regionaler Unterschiede im staatlichen Recht das Patronat als *fiskalisches Patronat* des Staates, aber auch als Privatpatronat weiterhin präsent war.

15

4. Die Distanzierung der römisch-katholischen Kirche vom Patronatsrecht

Die *römisch-katholische Kirche* begann im Lauf des 20. Jahrhunderts vom Patronat abzurücken⁹⁶. Wenn der *Codex Iuris Canonici* von 1917 in can. 1450 § 1 bestimmte, *Nullum patronatus ius ullo titulo constitui in posterum valide potest*, dass also kein neues Patronat mehr begründet werden dürfe, dann zog der Gesetzgeber damit wohl in erster Linie die Konsequenz aus der fortschreitenden Verstaatlichung des Patronatsrechts.⁹⁷ Freilich übernahm das Gesetzbuch von 1917 durchaus die vom Tridentinum geschaffene Tradition, auch wenn die gesetzgeberische Regelungsdichte mit insgesamt weniger als 30 canones (can. 1448–1471 CIC/1917) vergleichsweise bescheiden ausfiel⁹⁸. Das änderte allerdings nichts an der kodifikatorischen Regelung des Patronats, das dabei aber ein Stück weit auch ein wenig von seiner mittelalterlichen Identität verlor, beschrieb doch can. 1448 CIC/1917 das *ius patronatus* als *summa privilegiorum, cum quibusdam oneribus, quae ex Ecclesiae concessione competunt fundatoribus catholicis ecclesiae, cappellae aut beneficii, vel etiam eis qui ab illis causam habent*, bezog also hier die *privilegia* und die *onera* aufeinander, erwähnte aber den *honor* nicht mehr. Erhalten blieben den Patroninnen und Patronen weiterhin das Recht zur Präsentation, bei

16

⁹⁴ Harder, ebd., S. 344–346.

⁹⁵ Klaus J. Volkmann, Die Rechtsprechung staatlicher Gerichte in Kirchensachen 1933–1945, 1978, S. 130–137; als Leitentscheidung PROVGE 104, 95, wo die Existenz des Patronats als Rechtsinstitut ausdrücklich bestätigt wurde.

⁹⁶ Zum Folgenden: *Grichting*, Verfügungsrecht (o. Fn. 66), S. 581–645; *Rees*, Patronatsrechte (o. Fn. 37), S. 295–302.

⁹⁷ So *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 10), S. 42.

⁹⁸ Knappe Hinweise auch bei *Landau*, Patronat (o. Fn. 15), S. 112.

unverschuldeter Verarmung ein Anspruch auf Alimentation und eine Reihe von Ehrenvorrechten wie etwa das sehr präzise beschriebene Kirchenstuhlrecht⁹⁹ als Anspruch auf einen *digniore sedem in ecclesia, sed extra presbyterium et sine baldachino* (can. 1455 n. 3 CIC/1917). Das Gesetzbuch reduzierte die Vermögensverwaltungsbefugnis des Patrons (*quin tamen se immisceant administrationi eorum bonorum*), während die Patronatsbaulast¹⁰⁰ sehr präzise umschrieben wurde, auch den Neubau einer *ecclesia collapsa* einschloss (can. 1469 § 1), allerdings weiterhin subsidiär gegenüber der Inanspruchnahme des sog. Fabrikvermögens.

- 17 Es kennzeichnete die ekklesiologische Neuausrichtung der Amtskirche durch das *Vaticanum II* (1962–1965)¹⁰¹, dass das Patronat als Rechtsinstitut durch das Dekret *Christus Dominus* kurzerhand abgeschafft wurde. Denn es wurde jetzt gezählt zu den *iuribus seu privilegiis, quae eadem libertatem quoquo modo coarcent*, zu den Rechten und Privilegien, die die seelsorgerische Freiheit in Bistum und Gemeinde in Frage stellten. Das galt insbesondere für die freie episkopale Kollatur, der gegenüber nunmehr das Patronatsrecht zu weichen hatte.¹⁰² Wie ernst es dem kirchlichen Gesetzgeber damit war, zeigt der Umstand, dass bereits 1966 das konziliare Dekret durch das *motu proprio* mit dem Incipit *Ecclesiae Sanctae* positivrechtlich umgesetzt und dabei die lastenfreien Patronate *als Institute des universalen lateinischen Kirchenrechts* beseitigt wurden¹⁰³. Allerdings bleiben auch im geltenden universalen römisch-katholischen Kirchenrecht Präsentationsbefugnisse bestehen, wie sich aus can. 158–163 CIC/1983 ergibt¹⁰⁴.

⁹⁹ Vgl. Mainusch, Bemerkungen zum Kirchenstuhlrecht (o. Fn. 3).

¹⁰⁰ Dazu näher Lindner, Baulasten (o. Fn. 10), S. 41 f.

¹⁰¹ Knut Wenzel, Kleine Geschichte des Zweiten Vatikanischen Konzils, 2005.

¹⁰² Dekret *Christus Dominus*, Art. 28, in: AAS 58 (1966), S. 673, hier benutzt die Edition Ganzer / Alberigo / Melloni, Decreta III (o. Fn. 36), S. 376–397 (389).

¹⁰³ *Motu proprio Ecclesiae Sanctae*, v. 6.8.1966, in: AAS 58 (1966), S. 757, hier caput 18 zur *suppressio iurium et privilegiorum in conferendis officiis vel beneficiis privilegia non onerosa*, § 1: ... *personis physicis vel moralibus hucusque forte concessa, quae ius electionis, nominationis vel praesentationis pro quocumque officio vel beneficio non consistoriali vacanti secumferunt, abrogantur*; zum Ganzen: Charles Lefebvre, De iure patronatus deque iuribus praesentationis, nominationis, electionis secundum m. p. „*Ecclesiae Sanctae*“, in: Monitor ecclesiasticus 113 (1968), S. 345–352.

¹⁰⁴ Im Ergebnis wie hier Landau, Patronat (o. Fn. 15), S. 112.

III. Der verfassungsrechtliche Bestandsschutz von Patronaten und seine Grenzen

Patronate unterfallen im Grundsatz der Kirchengutsgarantie aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV. Dispositionen zu Lasten von Patronaten sind deswegen nur begrenzt möglich (unten 1.). Das schließt aber nicht aus, dass Patronate aufgrund eines hier als *Funktionslosigkeit* bezeichneten Tatbestandes – ausnahmsweise – erlöschen können (unten 2.). 18

1. Zum verfassungsrechtlichen Schutz von Patronaten und Patronatsrecht

Lastenfreie Patronate regeln über ihre Präsentationsbefugnisse die Besetzung von kirchlichen Ämtern. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV ordnet die Besetzung von kirchlichen Ämtern den eigenen Angelegenheiten zu. Die Regelung lastenfreier Patronate ist demnach als Teil der kirchlichen Selbstverwaltungsgarantie allein Gegenstand kirchlicher Rechtsetzung¹⁰⁵, auch wenn sie selbstverständlich vertraglicher Regelung mit staatlichen Stellen zugänglich ist. Lastenfreie Patronate können folglich auch durch kirchliche Regelung aufgehoben werden¹⁰⁶, ein Bestandsschutz der Mitwirkungs- und Ehrenrechte ist insofern nur in besonderen Fällen denkbar, macht doch in diesem Fall die Kirche von ihrer Selbstorganisationsbefugnis Gebrauch¹⁰⁷. Insofern lässt sich argumentieren, dass lastenfreie Patronate durch verfassungsrechtliche Garantie der kirchlichen Verfügungsbefugnis zugewiesen worden sind.¹⁰⁸ 19

Anders ist dagegen die Situation für *belastete Patronate*. Sie sind, soweit hoheitliche Patrone in Frage stehen, keine *Staatsleistungen* i. S. v. Art. 138 Abs. 1 S. 1 WRV, denn hoheitliche Patrone sind aufgrund von Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV lediglich Inhaber von echten Pa- 20

¹⁰⁵ LG Münster, KirchE 4, 248 (258); *Albrecht*, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 51 m. w. N.; *Harder*, Staatspatronate (o. Fn. 66), S. 57–63; *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 10), S. 82; *Sperling*, Rechtslage (o. Fn. 4), S. 262.

¹⁰⁶ *Harder*, Staatspatronate (o. Fn. 66), S. 64.

¹⁰⁷ Anders *Albrecht*, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 56, der auf den „Verfassungsschutz für wohlerworbene Rechte“ verweist.

¹⁰⁸ In diese Richtung wohl auch *Albrecht*, ebd., S. 55, der aber gleichwohl die Rechte des Patrons oder der Patronin nicht als Teil des kirchlichen, sondern als „wohlerworbene Rechte im Sinne des staatlichen Rechts“ bewertet.

tronaten und damit nicht von privaten Patroninnen oder Patronen unterschieden. Die Leistungspflichten hoheitlicher Patrone bewegen sich folglich auf der gleichen normativen Ebene wie die patronatsrechtlichen Verpflichtungen von Privaten.¹⁰⁹ Lastenpatronate zählen allerdings zu den sog. „anderen Rechten“ der Kirchen i. S. v. Art. 138 Abs. 2 WRV und haben damit Teil an der Kirchengutsgarantie¹¹⁰ aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 WRV, da sie den Kirchen in Gestalt der Patronatsverpflichtungen vermögenswerte Rechte mit Bezug buchstäblich auf einen dinglichen Kernbereich ihres Wirkens in Form der Kirchengebäude verschaffen¹¹¹. Die damit verbundene Bevorzugung der christlichen Kirchen gegenüber anderen Religionsgemeinschaften bedeutet zugleich eine verfassungsrechtlich angeordnete Begrenzung des staatskirchenrechtlichen Paritätsgebotes¹¹². Diese in Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV angeordnete verfassungsrechtliche Privilegierung der christlichen Kirchen schützt sie gegen die säkularisationsförmige und entschädigungslose Aufhebung von Patronaten durch die staatliche Gewalt¹¹³, was aber nicht ausschließt, dass im Weg der

¹⁰⁹ *Karl-Hermann Kästner*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter, Losebl., Art. 140, Drittbearbeitung 2010, Rn. 578; *Josef Isensee*, Staatsleistungen an die Kirchen und Religionsgemeinschaften (§ 35), in: HSKR², Bd. 1, S. 1009–1063 (2018). Allgemein zum Tatbestandsmerkmal „Staatsleistung“: *Michael Germann*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), BeckOK Grundgesetz, Art. 140 GG, Rn. 122 m. w. N.; im Einzelnen *Michael Droege*, Staatsleistungen an Religionsgemeinschaften im säkularen Kultur- und Sozialstaat, 2004.

¹¹⁰ Dazu allgemein: *Kästner*, in: BK (Fn. 109), Art. 140, Rn. 620–641; *Stefan Koriath*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, 90. Erg.-Lfg. Februar 2020, Art. 138 WRV, Rn. 16–20; *Stefan Muckel*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling, Losebl., Stand: 34. Erg.-Lfg. 2011, Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 33–45; *Karl-Hermann Kästner*, Die Verfassungsgarantie des kirchlichen Vermögens (§ 32), in: HSKR², Bd. 1, S. 891–906, sowie *Karl-Hermann Kästner*, → § 69; umfassend: *Emanuel Ost*, Kirchengut und Religionsverfassungsrecht. Eine Untersuchung zu Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV, 2008, <<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:25-opus-61038>>.

¹¹¹ *Kästner*, in: BK (o. Fn. 109), Art. 140, Rn. 627; *Dirk Ehlers*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 7; *Axel Freiherr von Campenhausen/Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 271 f.; *Kästner*, Verfassungsgarantie (o. Fn. 110), S. 898.

¹¹² BVerwG, in: ZevKR 29 (1984), S. 626 f. (627). Umfassend *Weber*, Städtische Patronate (o. Fn. 14), S. 305–307.

¹¹³ Allgemein: *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 109), Art. 140 GG, Rn. 133; zu den Patronaten selbst *Harder*, Staatspatronate (o. Fn. 66), S. 67; s. a. *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 10), S. 202–212 für die insofern dem Lastenpatronat gleichstehende oder aus ihm resultierende Kirchenbaulast.

vertraglichen Vereinbarung oder durch das für alle geltende Gesetz¹¹⁴ über Patronate disponiert werden kann¹¹⁵. Jedenfalls in diesem Rahmen sind Lastenpatronate also der staatlichen Regelung zugänglich¹¹⁶.

Eine darüber hinausgehende einseitige staatliche Gestaltungsmacht mit Bezug auf Lastenpatronate erscheint dagegen zweifelhaft. Zwar werden in der Formulierung „andere Rechte [...] gewährleistet“ die historischen Kontinuitäten dieser Rechte vorausgesetzt¹¹⁷ und damit auch akzeptiert, dass das Patronat, wie dargelegt, verstaatlicht und damit „staatlich institutionalisiert“¹¹⁸ worden ist. Aber auch wenn damit Regelungstraditionen wie etwa die Vorschriften des ALR zum Patronat ausdrücklich in ihrer staatskirchenrechtlichen Gültigkeit anerkannt worden sind, so ändert das nichts daran, dass der hoheitlichen, insbesondere gesetzgeberischen Dispositionsbefugnis durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV die eben bezeichneten Grenzen gesetzt worden sind¹¹⁹. Die Verbandskompetenz für entsprechende Regelungen in dem durch Bundesverfassungsrecht vorgegebenen Rahmen sowie für entsprechende Verträge liegt grundsätzlich bei den Ländern, Art. 30 GG¹²⁰.

In der Rechtspraxis sind Dispositionen über Patronate weitgehend im Einklang mit diesen Vorgaben erfolgt¹²¹. Typischer Regelungsansatz war dabei häufig die Vereinbarung über die Aufhebung der lastenfreien Patronate sowie die Vereinbarung darüber, dass Lastenpatronate gesetzlich abgelöst, durch Vereinbarung mit dem Patron Lastenfreistellung (durch die Kirche) erfolgen sollte oder eine vertragliche Vereinbarung über die Ablösung der Lasten erfolgen müsse.¹²² In

¹¹⁴ Dazu *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 110), Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 42.

¹¹⁵ Vgl. nur *Kästner*, Verfassungsgarantie (o. Fn. 110), S. 903.

¹¹⁶ Ebenso *Harder*, Staatspatronate (o. Fn. 66), S. 64–66.

¹¹⁷ Vgl. BVerwGE 38, 76 (80).

¹¹⁸ *Albrecht*, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 53.

¹¹⁹ Auf dieser Linie auch *Harder*, Staatspatronate (o. Fn. 66), S. 66–68, und allgemein *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 111), Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 9.

¹²⁰ Allgemein zur Verbandskompetenz im Staatskirchenrecht s. *Dirk Ehlers*, → § 9, Rn. 16–29; *Stefan Mückl*, → § 10, Rn. 48–51.

¹²¹ Im Überblick: *Rees*, Patronatsrechte (o. Fn. 37), S. 303–305.

¹²² Vgl. etwa Art. 21 EvKV Hessen: „Die landesrechtlichen Vorschriften über nicht mit Lasten verbundene Patronate werden, soweit sie staatliche Normen sind, aufgehoben. Dasselbe gilt für die mit Lasten verbundenen Patronate, sobald die Beteiligten sich über die Ablösung der Lasten geeinigt haben, die Ablösung aufgrund landesgesetzlicher Regelung stattfindet oder

Niedersachsen wurden durch Vertrag und Konkordat begründet die Patronate allgemein aufgehoben.¹²³ Die bayerische evangelische Landeskirche hat durch einseitige Disposition die lastenfreien Patronate aufgehoben¹²⁴, über die Lastenpatronate wurde dagegen keine Regelung vorgenommen. Einzig in Brandenburg wurde 1946 das Patronat „als Einrichtung des staatlichen Rechts“ entschädigungslos aufgehoben¹²⁵. In den übrigen ostdeutschen Ländern blieb das Patronat bis zur Wiedervereinigung erhalten, um dann ebenso wie in den eingangs erwähnten westdeutschen Vertragsregelungen die Patronate als staatliches Recht aufzuheben, was teilweise durch entsprechende Geldzahlungspflichten kompensiert wurde: In Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt und Thüringen wurde der Weg der (teilweise durch finanzielle Leistungen kompensierten) Aufhebung gewählt, während in Sachsen die gesonderte Ablösung vereinbart worden ist, die durch die Aufhebung der belasteten Privatpatronate ergänzt worden ist.¹²⁶

2. Funktionslosigkeit als Erlöschensgrund von Patronaten

- 23** Angesichts der finanziellen Verpflichtungen aus belasteten Patronaten stellt sich immer wieder die Frage, ob sie nicht aufgrund der häufig sehr langgestreckten Zeiträume zwischen ihrer Entstehung und der Gegenwart in Fortfall gekommen sind. Dem scheint auf den ersten Blick die Kirchengutsgarantie entgegen zu stehen. Doch wird durch Art. 138 Abs. 2 WRV nicht verhindert, dass die hierin geschützten Rechte Veränderungen durchmachen, die ihrem Rechtsgrund immanent sind¹²⁷. Das führt für das Patronat zu der Frage, ob und unter

der Patron von den Lasten freigestellt wird.“ Dem entspricht weitgehend auch Art. 28 EvKV RP und Art. 26 EvKV SH.

¹²³ Dazu im Überblick *Albrecht*, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 54, sowie *Sperling*, Rechtslage (o. Fn. 4), S. 253.

¹²⁴ Art. 15 des Kirchengesetzes zur Einführung der Verfassung v. 20.11.1971, KABL. S. 218.

¹²⁵ Verordnung über das Kirchenpatronatsrecht und die gemeinsamen Angelegenheiten der Gemeinden und Kirchengemeinden, v. 9.2.1946, dazu näher *Erich Meyer*, Die Entwicklung des evangelischen Patronatsrechts im Gebiet der Deutschen Demokratischen Republik, in: ZevKR 5 (1956), S. 84–94 und S. 404–421 (404 f.).

¹²⁶ Zum Ganzen: *Hans Ulrich Anke*, Die Neubestimmung des Staat-Kirche-Verhältnisses in den neuen Ländern durch Staatskirchenverträge: zu den Möglichkeiten und Grenzen des staatskirchenvertraglichen Gestaltungsinstruments, 2000, S. 294–296, 302–315 m. w. N.

¹²⁷ BVerfGE 99, 100 (121 f., 123 f.); *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 109), Art. 140, Rn. 132; *Kästner*, Verfassungsgarantie (o. Fn. 110), S. 902 f.

welchen Umständen der Wandel tatsächlicher Umstände zu Wandlungen oder sogar zum Erlöschen des Patronatsrechts führen kann.

Dabei ist vorab festzuhalten, dass allein eine veränderte Bewertung von Kirchen und kirchlichem Vermögen in der Gesellschaft noch keine rechtliche Normativität mit derogierender Wirkung – also in Form von derogierendem Gewohnheitsrecht – entfalten kann¹²⁸, denn dann würde die Grenze zwischen gesellschaftlichen Diskursen und Rechtsetzung zum Verschwinden gebracht. Deswegen ist auch die Argumentation über die Rechtsfigur *cessante razione legis cessat lex ipsa* – verschwindet der Grund des Gesetzes, so verschwindet das Gesetz selbst¹²⁹ – nicht unproblematisch, denn es ist im Zweifel vor allem die Aufgabe der demokratisch gewählten Legislative, solche Wandlungen gesellschaftlicher Werthaltungen in Recht umzusetzen.

Eine andere Frage ist es dagegen, ob nicht im Blick auf die allgemein akzeptierte Anwendbarkeit der Regeln über die *clausula rebus sic stantibus* im öffentlichen Recht¹³⁰ Veränderungen der *tatsächlichen Verhältnisse* zu berücksichtigen sind. Keine rechtliche Wirkung kann in dieser Hinsicht allerdings der Einführung von *Kirchensteuern* beigelegt werden.¹³¹ Denn wenn der Verfassungsgeber mit Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 6 WRV einerseits und Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV andererseits ausdrücklich ein Nebeneinander von Kirchensteuer und Bestandsschutz von überkommenen kirchlichen Vermögensrechten, also auch von Patronaten, akzeptiert hat, dann ist damit zugleich durch Verfassungsrecht eine Berücksichtigung der Kirchensteuerbefugnis als Veränderung tatsächlicher Verhältnisse ausgeschlossen.¹³² Ebenfalls von vornherein nicht zu be-

¹²⁸ *Albrecht*, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 54; *Eberhard Sperling*, Urteilsanmerkung zu OVG Münster v. 17. 12. 1975, in: *ZevKR* 22 (1977), S. 164 f.

¹²⁹ Dazu allgemein *Wolfgang Löwer*, *Cessante razione legis cessat ipsa lex*. Wandlung einer gemeinrechtlichen Auslegungsregel zum Verfassungsgebot? Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 23. November 1988, 1989.

¹³⁰ BVerfGE 34, 216 (230–232); 42, 345 (358 f.). Näher zu dieser Judikatur, die sich indes auf Staatsverträge bezieht, *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 10), S. 232 f. m. w. N.

¹³¹ So aber eine frühere Rechtsprechung des OVG Münster, in: *ZevKR* 15 (1970), S. 275–282, sowie *KirchE* 8, 32.

¹³² So auch die ganz h.M. im Blick auf Kirchenbaulasten, die insofern aufgrund ihrer ökonomischen Bedeutung für die Kirchen wie für die dadurch belasteten Hoheitsträger Lastenpatronaten aber gleichstehen, s. BVerwGE 38, 76 (81); BVerwG, *KirchE* 13, 330 (331); BVerwG, in: *ZevKR* 29 (1984), S. 626 f. (627). *Albrecht*, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 67; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 109), S. 1046; *Christoph Link*, Rechtsprobleme kom-

rücksichtigen sind denkbare Ansprüche von Kirchengemeinden auf staatliche *Denkmalpflegebeihilfen*, sind sie doch nicht auf die Entlastung des Patrons oder der Patronin gerichtet.¹³³ Ganz abgesehen davon kann es nicht sein, dass ein Schuldner deswegen von seiner Leistungspflicht – etwa im Fall der Schadensersatzpflicht aus § 249 BGB – entlastet wird, weil der Gläubiger die Leistung auch von Dritten – im Fall der Schadensersatzpflicht also die Restitution aufgrund einer Versicherung – erlangen kann¹³⁴.

- 26 Komplexer sind dagegen die Fallsituationen geänderter konfessioneller Zusammensetzung,¹³⁵ wenn also ein – insbesondere kommunales oder staatliches – Patronat für ein Kirchengebäude besteht, die *konfessionelle Struktur* in der dazugehörigen politischen Gemeinde sich aber grundlegend verändert hat. Das kann sich als eine Verschiebung im Anteil der Konfessionen zueinander darstellen¹³⁶, doch sind auch Konstellationen denkbar, in denen der weit überwiegende Teil der Bevölkerung nicht dem Christentum angehört¹³⁷. Es ist umstritten, ob und inwieweit in solchen Konstellationen Lastenpatronate ihrem Umfang nach zu vermindern sind oder sogar *ex lege* erlöschen¹³⁸. So ist vorgetragen worden, dass die Verfassungsgeber von 1919 und vor allem 1949 angesichts der säkularen demographischen *Umbrüche* von solchen Änderungen der konfessionellen Struktur ausgehen mussten und deswegen solche Wandlungen nach dem Willen des Verfassungsgebers gerade keinen Einfluss auf den kirchlichen Rechtsbestand haben sollten. Hinzu trete der Umstand, dass Veränderungen in der konfessionellen Struktur der Mitglieder einer Körper-

munaler Kultusbaulasten, in: ÖAKR 39 (1990), S. 205–221 (216); Weber, Städtische Patronate (o. Fn. 14), S. 314 f.; umfassend Lindner, Baulasten (o. Fn. 10), S. 238–241; s. a. Grahm, Kirchenbaulasten (o. Fn. 10), S. 164–167; Schulten, Kirchenbaulasten (o. Fn. 10), S. 90–93.

¹³³ Auf der gleichen Linie Lindner, ebd., S. 241 f.; Link, Rechtsprobleme (o. Fn. 132), S. 216.

¹³⁴ Vgl. nur Hartmut Oetker, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hg. von Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, 7. Aufl. 2015, § 249 BGB, Rn. 254 f.

¹³⁵ Umfassende Darstellung der in der Rechtsprechung erscheinenden Fallsituationen bei Lindner, Baulasten (o. Fn. 10), S. 249–252; s. a. Grahm, Kirchenbaulasten (o. Fn. 10), S. 176–181; Schulten, Kirchenbaulasten (o. Fn. 10), S. 99–103.

¹³⁶ So in der Konstellation BVerwG, KirchE 13, 419.

¹³⁷ So die bei Weber, Geschäftsgrundlage (o. Fn. 4), S. 54, geschilderte Situation in Rostock, wo 1994 nurmehr 10,4 % der städtischen Bevölkerung einer christlichen Konfession angehörten.

¹³⁸ Für einen knappen Überblick zum Meinungsstand Weber, Städtische Patronate (o. Fn. 14), S. 311–313.

schaft nichts an deren – von ihren Mitgliedern unabhängigen – Leistungspflichten ändern können.¹³⁹

Das zuletzt genannte Argument provoziert allerdings den Einwand, dass dann, wenn körperschaftliche Leistungspflichten gerade auf solchen konfessionellen Orientierungen beruht haben (konkret also die Begründung von Patronatspflichten auf die konfessionelle Ausrichtung der Stadt- oder Landesbevölkerung zurückging), die Abstraktion zwischen Körperschaft und Körperschaftsmitgliedern gerade nicht mehr besteht. Denn dann setzt sich im körperschaftlichen Handeln – in der Begründung oder Übernahme eines Lastenpatronats – gerade die konfessionelle Prägung der dadurch begünstigten Bevölkerung fort.¹⁴⁰ Im Übrigen spricht gegen den Verweis auf den *Prognosehorizont* des Verfassungsgebers von 1949, dass solche Überlegungen jedenfalls keinen Niederschlag im Verfassungstext gefunden haben und zudem sicherlich nicht die in jüngerer Zeit zu beobachtenden Entwicklungen umfassten, in deren Verlauf die großen christlichen Kirchen markant an Zuspruch verloren haben.¹⁴¹ Das heißt aber nicht, dass *alle* Formen von Änderungen in der konfessionellen Struktur bereits zu Veränderungen im Patronatsbestand führen müssen. Das gilt schon deswegen, weil mit der einvernehmlichen oder gegebenenfalls entschädigungspflichtigen Ablösung von Patronaten andere Wege offenstehen, um auf solche Veränderungen zu reagieren¹⁴². Hinzu tritt die Überlegung, dass, wie die Entwicklungsgeschichte des Patronatsrechts zeigt, *konfessionelle Neutralität* ein Stück weit zu den *historisch begründeten Identitätsmerkmalen* des Patronats zählt: Die Zulassung von konfessionsverschiedenen Patronen und der über Patronatsrechte vermittelte gezielte Zugriff etwa protestantischer Landesherren auf katholische Kirchen legen es nahe, interkonfessionellen Wandlungen eher begrenzte Bedeutung beizulegen¹⁴³.

Wird allerdings ein patronatsbefangenes Kirchgebäude aufgrund des interkonfessionellen Wandels weitgehend funktionslos – etwa

¹³⁹ Isensee, Staatsleistungen (o. Fn. 109), S. 1047 m. w. N.

¹⁴⁰ In der Argumentation wohl anders, im Ergebnis aber wie hier Lindner, Baulasten (o. Fn. 10), S. 254. S. a. Weber, Städtische Patronate (o. Fn. 14), S. 315.

¹⁴¹ Im Ergebnis wie hier Lindner, Baulasten (o. Fn. 10), S. 253 f., und v. a. Weber, Städtische Patronate (o. Fn. 14), S. 316 f.

¹⁴² In diesem Punkt ähnlich wie hier Isensee, Staatsleistungen (o. Fn. 109), S. 1047 f.

¹⁴³ So im Ergebnis wohl auch Weber, Städtische Patronate (o. Fn. 14), S. 315; a. A. dagegen Lindner, Baulasten (o. Fn. 10), S. 255 f.

durch den Verzicht der Kirchenoberen auf die Durchführung von Gottesdiensten oder seine Umwidmung zu anderen, nicht mehr unmittelbar pastoralen Zwecken –, dann wird damit auch das Patronat selbst *funktionslos*.¹⁴⁴ In diesem Fall ist, dem in § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG ausgedrückten Rechtsgedanken entsprechend, die Anpassung der Patronatslasten oder auch das Erlöschen des Patronats anzunehmen. Diese Überlegung gilt auch dann, wenn die *Dekonfessionalisierung* der Wohnsitzbevölkerung in der politischen Gemeinde, in der die patronatsbefangene Kirche belegen ist, einen so überragenden Anteil erreicht hat, dass das Patronat seine Funktion verliert.¹⁴⁵ Freilich liegt in allen diesen Fällen die Darlegungslast auf der Seite der Partei, die eine Reduzierung oder ein Erlöschen des Lastenpatronats behauptet. Deswegen ist es der kirchlichen Seite auch unbenommen, im Prozess gegebenenfalls substantiiert darzulegen, dass und wie die Funktionslosigkeit des Patronats beseitigt werden soll. *Nicht hinreichend* sind dagegen grundsätzlich Einwände über die finanzielle Höhe der Patronatslast: Im Fall von Privatpatronaten gilt der Grundsatz, dass Geldmangel und Kostensteigerungen grundsätzlich Risiko des Schuldners sind und lediglich auf der Ebene des Insolvenzrechts berücksichtigt werden.¹⁴⁶ Bei hoheitlichen Lastenpatronaten gilt der Grundsatz, dass Kostensteigerungen im Risikobereich des Gemeinwesens liegen und fiskalische Überlegungen deswegen nicht zu einer *Anpassung oder gar Beseitigung der Patronatslasten* führen können.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Auf dieser Linie auch *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 109), S. 1048. Ähnlich wohl auch *Albrecht*, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 57, der betont, Patronate beständen „solange, wie der kirchliche Zweck besteht, zu dessen Förderung sie verliehen worden sind“.

¹⁴⁵ Auf dieser Linie ProVGE 101, 94 bei einem Dekonfessionalisierungsgrad von 20 %, vgl. auch *Weber*, Städtische Patronate (o. Fn. 14), S. 317. Grundsätzlich wohl auch *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 10), S. 256, sowie nunmehr *Grahm*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 10), S. 179, und, zurückhaltender, *Schulten*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 10), S. 103 f.

¹⁴⁶ *Stefan Grundmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB (o. Fn. 134), § 245 BGB, Rn. 21; grundlegend *Dieter Medicus*, „Geld muß man haben“. Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, in: AcP 188 (1988), S. 489–510.

¹⁴⁷ So auch die ganz h.M., vgl. statt vieler *Albrecht*, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 68; *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 10), S. 256–259, sowie nunmehr *Grahm*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 10), S. 181–184, *Schulten*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 10), S. 98 f.

IV. Der Patronatsstatus

Zwar sind angesichts der vielfältigen Patronatsablösungen nur mehr wenige Patronate¹⁴⁸ vorhanden. Die für sie geltenden Rechte und Pflichten ergeben sich, wie vorstehend bereits angedeutet, zum großen Teil aus staatlichem Recht, insbesondere dem ALR¹⁴⁹ und sind auch durch das BGB nicht beseitigt worden, Art. 80 Abs. 2, Art. 133 EGBGB. Stehen unbelastete Patronate in Frage, gilt kirchliches Recht.¹⁵⁰

Patronate sind als *dingliches* Recht in Gestalt einer *gemeinen öffentlichen Last* in Form einer sog. „Zustandsobligation“ mit Grundstücken verbunden, wobei eine Grundbucheintragung nicht erforderlich ist.¹⁵¹ Sie teilen dann als akzessorische Rechte und Belastungen das Schicksal des Grundstücks,¹⁵² so dass etwa bei Gebietsveränderungen im Zusammenhang mit kommunalen Gebietsreformen¹⁵³ Patronatslasten bestehen bleiben, aber die Inhaber wechseln können. Als *persönliche Rechte* sind Patronate höchstpersönlich oder aber auch vererblich, wobei unterschieden wird zwischen freier Vererblichkeit (*ius patronatus haereditarium*) und der Vererbung nur innerhalb einer Familie (*ius patronatus gentilium / familiare*).¹⁵⁴ Sowohl persönliche wie dingliche Patronate können einzelnen oder auch

¹⁴⁸ *Sperling*, Rechtslage (o. Fn. 4), S. 259, gibt für die bayerische Landeskirche die Zahl von 30, für Hessen-Nassau 142, für Kurhessen-Waldeck „noch reichlich 60 Patronate“; für die ev.-luth. Landeskirche Hannovers sind zum 1.1.2009 132 Patronate belegt, vgl. *Hans Otte*, Fürsorge oder Selbstbestimmung. Das Patronat in der hannoverschen Landeskirche, in: *ZevKR* 56 (2011), S. 405–429 (424 m. Fn. 65).

¹⁴⁹ Übersicht des regionalen Geltungsbereichs des ALR bei *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 10), S. 104 f.

¹⁵⁰ *Albrecht*, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 55, 59 f.; s. im übrigen bereits oben, bei und in Fn. 108.

¹⁵¹ *Albrecht*, ebd., S. 55; *Böttcher*, Patronat (o. Fn. 2), Sp. 2454. So wohl auch BayOblGZ 1966, 191 (195 f.).

¹⁵² *Hinschius*, Kirchenrecht III (o. Fn. 38), S. 76–80.

¹⁵³ Zu diesen Konstellationen *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 10), S. 269 f.

¹⁵⁴ *Hinschius*, Kirchenrecht III (o. Fn. 38), S. 13 f.; vgl. insofern auch can. 1449 n. 3 CIC/1917: *Hereditarium, familiare, gentilitium, mixtum, prout transit ad heredes, vel ad eos qui de familia aut de gente sunt fundatoris, vel ad eos qui simul sunt heredes et de familia vel gente fundatoris*. Dem entspricht weitgehend § 578 II 11 ALR: „§ 578. In wie fern das Patronatrecht nur der Person des Erwerbers und seinen Erben, oder einer gewissen Familie zukomme; oder mit einem Amte, oder mit dem Besitze eines Guts verbunden sey; ist in vorkommenden Fällen nach den darüber sprechenden Erwerbsurkunden zu bestimmen.“

mehreren juristischen (auch kirchlichen Entitäten) oder natürlichen Personen zustehen¹⁵⁵. Protestanten sind in Deutschland auch für katholische Kirchen patronatsfähig, Nichtchristen können dagegen keine Patrone sein.¹⁵⁶ Der sog. *Patronatstitel* als Grundlage des Patronatsrechts wird in der Gegenwart nachgewiesen durch die (in der Vergangenheit liegende) Begründung von Patronaten in Form von *fundatio*, *aedificatio* und *dotatio*, durch päpstliches Privileg oder landesherrliche Verleihung, durch unvordenkliche Verjährung und – im Gebiet des ALR – auch durch erwerbende Verjährung über einen Zeitraum von 44 Jahren.¹⁵⁷

- 31** Patronate umfassen, wie bereits angedeutet, neben dem Präsentationsrecht¹⁵⁸ einen Komplex von Ehrenrechten, zu denen etwa der *honor sedis*, das Kirchstuhlrecht, ein Ehrenplatz bei Prozessionen (*honor processionis*) und unter Umständen auch eine Ehrenbegräbnisstätte (*honor sepulturae*) zählen.¹⁵⁹ In der Praxis im Zweifel deutlich wichtiger ist die sog. *cura beneficii*, das Recht der Patrone und Patroninnen, die Verwaltung des Kirchenvermögens zumindest zu überwachen, auch wenn hier nur Informationsrechte gegeben sind¹⁶⁰ und partikularrechtlich im Einzelfall unterschiedliche Befugnisse bestehen.¹⁶¹ Nur begrenzte Bedeutung hat das Recht des Patrons oder der Patronin auf *Alimentierung* im Fall unverschuldeter Verarmung, was allerdings nur für natürliche Personen gelten soll.¹⁶² In der Praxis wesentlich ist die mehrfach angesprochene *Pflicht*, die *Patronatsbaulast* zu tragen, die wohl ein reallastähnliches Institut (vgl. § 1105

¹⁵⁵ Im Einzelnen: *Hinschius*, Kirchenrecht III (o. Fn. 38), S. 10–12, 14–17.

¹⁵⁶ Zusammenfassend *Albrecht*, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 57 f.; näher *Hinschius*, Kirchenrecht III (o. Fn. 38), S. 32–37. Vgl. auch § 582 II 11 ALR: „Doch können Personen, welche zu keiner von den im Staate aufgenommenen oder geduldeten christlichen Religionsparteyen gehören, das Patronatsrecht über eine Kirche nicht ausüben.“

¹⁵⁷ *Albrecht*, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 58 f.; *Böttcher*, Patronat (o. Fn. 2), Sp. 2454; im Einzelnen: *Hinschius*, Kirchenrecht III (o. Fn. 38), S. 18–32, 82–85.

¹⁵⁸ Dazu *Hinschius*, ebd., S. 42–63.

¹⁵⁹ Im Überblick: *Hense / Sepp*, Patronatsrecht (o. Fn. 84); im Einzelnen *Hinschius*, Kirchenrecht III (o. Fn. 38), S. 64–67.

¹⁶⁰ Etwas weitergehend dagegen § 585 II 11 ALR: „Dagegen ist aber auch der Patron berechtigt, die Verwalter des Kirchenvermögens zu bestellen, und Rechnungslegung von ihnen zu fordern.“

¹⁶¹ *Hinschius*, Kirchenrecht III (o. Fn. 38), S. 70 f.

¹⁶² *Hinschius*, ebd., S. 67–69.

BGB) darstellt.¹⁶³ Das bedeutet, dass die Patronin oder der Patron im Bedarfsfall zur Finanzierung erforderlicher Bauten verpflichtet ist, die auch das Zubehör¹⁶⁴ – etwa die Glocke oder den Altar, bei Pfarrhäusern „das für Pfarrhäuser Erforderliche“¹⁶⁵ – umfasst. Davon zu unterscheiden sind mögliche denkmalschutzrechtliche Verpflichtungen, die von der Patronatsbaulast unabhängig sind. Denn die am Erhalt von Kulturgütern orientierte Zielsetzung des Denkmalschutzrechts unterscheidet es grundsätzlich von den spezifisch kirchlich-religiösen Zielsetzungen des Patronatsrechts; deswegen kann auch die Zuweisung von Zuschüssen auf der Grundlage des Denkmalschutzrechts keinerlei Konsequenzen für den Bestand der Patronatsbaulast haben.¹⁶⁶

Patronate *erlöschen* außer durch (kirchen-)gesetzliche Aufhebung durch *Verzicht*, der im Gebiet des ALR bei Lastenpatronaten allerdings die Zustimmung des je zuständigen kirchlichen Oberen voraussetzt.¹⁶⁷ Persönliche Patronate enden mit dem Ableben oder dem Aussterben von Erbberechtigten;¹⁶⁸ dingliche Patronate können enden durch den Untergang des Patronatsobjekts sowie bei kirchlichen Straftaten des Patrons¹⁶⁹, soweit ein persönliches Patronat in Frage steht.¹⁷⁰

32

¹⁶³ So auch BayVGH, KirchE 13, 132 (144 f. m. w. N.); im Einzelnen: *Albrecht*, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 61–63; *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 10), S. 95–97.

¹⁶⁴ Dazu näher *Lindner*, ebd., S. 316–324.

¹⁶⁵ *Albrecht*, Patronatswesen (o. Fn. 1), S. 63.

¹⁶⁶ Umfassend *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 10), S. 241 f., *Grahm*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 10), S. 167–169, *Schulten*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 10), S. 94–96.

¹⁶⁷ *Albrecht*, ebd., S. 66 f. m. w. N., sowie bereits oben nach Fn. 76.

¹⁶⁸ *Böttcher*, Patronat (o. Fn. 2), Sp. 2455.

¹⁶⁹ Vgl. dazu die Aufzählung in can. 1470 § 1 n. 6 CIC/1917: *Si patronus ius patronatus simoniace in alium transferre attentaverit; si lapsus fuerit in apostasiam, haeresim aut schisma; si bona ac iura ecclesiae vel beneficii iniuste usurpaverit aut detineat; si rectorem vel alium clericum ecclesiae servitio addictum aut beneficiarium per se vel per alios occiderit vel mutilaverit*. Simonie, Heterodoxie, Übergriffe auf Kirchenvermögen sowie Gewalttaten gegen den Klerus der patronatsbefangenen Kirche führen also zum Verlust des Patronats.

¹⁷⁰ *Hinschius*, Kirchenrecht III (o. Fn. 38), S. 91–94.

§ 64

Baulasten an kirchlichen Gebäuden

Von Michael Droege

I. Typologie der Baulasten an kirchlichen Gebäuden	1–11
1. Begriff	2
2. Objekte der Baulast	3–4
3. Träger der Baulast	5–6
4. Arten und Inhalt der Baulast	7–11
II. Rechtsgrundlagen und Rechtsrahmen	12–26
1. Anspruchsgrundlagen der Baulast	12–18
2. Vertragsstaatskirchenrechtliche Regelungen	19–21
3. Verfassungsrechtlicher Rahmen	22–26
III. Untergang und Grenzen der Baulast	27–36
1. Grenzen der Kirchengutsgarantie	27
2. Ablösung	28–29
3. Einwendungen und Wegfall der Geschäftsgrundlage	30–31
4. Untergang und Sukzession der Baulastträger	32–36
IV. Ausblick	37

I. Typologie der Baulasten an kirchlichen Gebäuden

Das Recht der Baulasten an kirchlichen Gebäuden ist ein rechtsdogmatisch und rechtspraktisch hoch komplexes Rechtsgebiet. Seine dogmatische Komplexität verdankt es weniger seinem Gegenstand, nämlich der auch im öffentlichen Baurecht verbreiteten Baulast,¹ als

¹ S. zur Baulast im öffentlichen Baurecht: *Maja Riedel*, Die Baulast, in: *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau)* 2006, S. 565 f.; *Peter J. Tettinger / Wilfried Erbguth / Thomas Mann*, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 10. Aufl. 2009, Rn. 1182 ff.

vielmehr seinen Rechtsgrundlagen. Das Kirchenbaulastrecht zeichnet sich selbst im Vergleich zu anderen staatskirchenrechtlichen Regelungsmaterien durch eine ausgeprägte historische Tiefendimension aus. Es lässt sich in seinen frühesten Formen auf die Ausbildung kirchlichen Vermögens überhaupt zurückführen und spiegelt in seiner Struktur und seinen Rechtsgrundlagen die wandelbare Vermögensverfassung der Kirchen wider.² Die Baulast an Kirchengebäuden lässt sich so bis in das Eigenkirchenwesen und das hochmittelalterliche Patronatswesen zurückverfolgen.³ Baulasten an kirchlichen Gebäuden finden ihren Legitimationsgrund einerseits in der cura religionis des mittelalterlichen Staates und andererseits in Vermögenssäkularisationen, in Folge derer kommunale und staatliche Rechtsträger an die Stelle kirchlicher getreten sind und in deren vermögensrechtliche Verpflichtungen eingetreten sein können.⁴ Die Baulast an kirchlichen Gebäuden beruht auf einem Flickenteppich unterschiedlichster Rechtsformen und Rechtsnormen und verliert sich in Umfang und Verpflichtung oft im Dunkel der Geschichte. Hieraus gewinnt das Baulastrecht auch seine praktische Komplexität: Über Umfang und rechtliches Schicksal einer Baulast können zu- meist nur Aussagen im konkreten Einzelfall und in aufwändiger Aufarbeitung der oft jahrhundertelangen rechtlichen und tatsächlichen Praxis getroffen werden. Ein genereller Überblick über das Rechtsgebiet muss so vor der Aufgabe dogmatischer Rekonstruktion im Einzelfall und auch nur der Wiedergabe der maßgeblichen Rechtsgrundlagen scheitern. Das Recht der Baulasten an kirchlichen Gebäuden kann aber in einer systematisierenden Schilderung seiner Gegenstände, seiner typischen Rechtsgrundlagen und seiner prägenden dogmatischen Fragestellungen aufgearbeitet werden.

1. Begriff

- 2 Unter einer Baulast an kirchlichen Gebäuden ist die rechtliche Verpflichtung einer natürlichen oder juristischen Person zu verste-

² Auf einen rechtsgeschichtlichen Überblick soll hier verzichtet und verwiesen werden auf: *Thomas Lindner*, Baulasten an kirchlichen Gebäuden, 1995, S. 16 ff.

³ *Lindner*, ebd., S. 20 ff.; *Michael Permaneder*, Die kirchliche Baulast, 2. Aufl. 1856, S. 21 ff.

⁴ *Axel Freiherr von Campenhausen / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 271 f.; *Michael Droege*, Verlust der Rechtseinheit durch Wiedervereinigung, in: ZevKR 54 (2009), S. 488 (488).

hen, kirchliche Gebäude zu errichten, zu erweitern, instand zu halten oder wiederherzustellen.⁵ Die Kirchenbaulast beschreibt mit anderen Worten die Verpflichtung, den Bau- und Unterhaltungsaufwand für ein kirchliches Gebäude zu tragen.⁶ Synonym verwandt werden die Begriffe der Kirchenbaulast oder Kultusbaulast, ohne dass hiermit in der Sache ein anderer Begriffsinhalt bezeichnet wäre.⁷ Die Baulast bezeichnet ein funktionales Rechtsinstitut in doppelter Hinsicht: Zum ersten ist es schon definitorisch begrenzt auf den Bau- und Unterhaltungsaufwand an kirchlichen Gebäuden und findet in dieser Funktionsbestimmung seinen Grund und seine Grenze. Zum zweiten geht es ihm um den Erhalt der genannten Gebäude nicht um ihrer selbst, sondern um ihrer spezifischen, kirchlichen Zwecken dienenden Funktion willen. Die Baulast an kirchlichen Gebäuden hat diese dienende Funktion mit dem kirchlichen Vermögensrecht überhaupt gemein, auch dieses rechtfertigt sich in und durch die Verwirklichung kirchlicher Zwecke.⁸ Auch soweit die Baulast auf Substanzerhalt gerichtet ist, geht es ihr im Kern doch nicht um den Substanzerhalt als solchen, sondern um den Funktionserhalt. Berechtigter bzw.

⁵ *Susanne Böhlend*, Kommunale Baulastverpflichtungen vor dem Hintergrund des Einigungsvertrages, in: ZevKR 46 (2001), S. 141 (141); *Hartmut Böttcher*, Art und Rechtsgrund kommunaler Kirchenbaulasten, in: Rechtsstaat, Kirche, Sinnverantwortung. Festschrift für Klaus Obermayer zum 70. Geburtstag, hg. von Richard Bartlsperger/Dirk Ehlers/Werner Hofmann/Dietrich Pirson, 1986, S. 155 (156); *Michael Droege*, Art. Baulast, in: EvStL⁴, Sp. 167; *Michael Germann*, Art. Kirchenbaulast, in: HRG², Bd. 2, 2012, Sp. 1777; *Nicole Graham*, Kommunale Kirchenbaulasten im Gebiet des ehemaligen Großherzogtums Baden, 2012, S. 27; *Hans Heimerl/Helmuth Pree*, Handbuch des Vermögensrechts der katholischen Kirche, 1993, Rn. 5/387; *Hans Reinhard Jung*, Baulast und Patronat an der katholischen Pfarrkirche St. Pankratius in Odenthal, 1986, S. 83 f.; *Volker Knöppel/Thomas Köster*, Kirchenbaulasten in Thüringen, in: ThürVbl. 2000, S. 8 (8); *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 6; *Paul Schoen*, Das evangelische Kirchenrecht in Preußen, Bd. 2, 1910, S. 497; *Nikolaus Wiesenberger*, Kirchenbaulasten politischer Gemeinden und Wohnheitsrecht, 1981, S. 21; *Siegfried Zängl*, Staatliche Baulast an Kultusgebäuden im Rechtskreis des gemeinen Rechts, in: BayVbl. 1988, S. 609 (609).

⁶ *Germann*, Art. Kirchenbaulast (o. Fn. 5), Sp. 1777; *Graham*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 27; *Knöppel/Köster*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 8; *Zängl*, Baulast (o. Fn. 5), S. 609.

⁷ *Graham*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 27; *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 7; *Zängl*, Baulast (o. Fn. 5), S. 609; *Wiesenberger*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 21.

⁸ Treffend daher der Begriff „Vermögensverantwortung“ als Kernbegriff des kirchlichen Vermögensverwaltungsrechts, s. dazu: *Michael Germann*, Die kirchliche Vermögensverantwortung nach evangelischem Kirchenrecht, in: EssGespr. 47 (2013), S. 57 ff.; *Michael Droege*, Vermögensverwaltungsrecht (§ 27), in: HEKR, S. 926 ff., Rn. 3.

Rechtsträger der aus der Baulast entspringenden Ansprüche ist damit zwar regelmäßig derjenige bzw. diejenige juristische Person, zu deren Vermögen die kirchlichen Gebäude gehören, für welche die Baulast in Anspruch genommen wird.⁹ Aus der Baulast berechtigt ist aber auch, wem die Funktionswahrnehmung der kirchlichen Gebäude zugewiesen ist, mit anderen Worten folgt die Baulastberechtigung nicht zwingend der bürgerlich-rechtlichen, sachenrechtlich dinglichen Berechtigung an den Gebäuden.¹⁰

2. Objekte der Baulast

- 3 Die Baulast an kirchlichen Gebäuden bezieht sich auf Gebäude, die für die Gottesdienstaussübung bestimmt sind, also Kirchen, aber auch auf die Wohngebäude der Kirchenbediensteten, die mit der Abhaltung des Gottesdienstes betraut sind, also Pfarrhäuser, sowie Nebengebäude mit entsprechendem Funktionsbezug.¹¹ Die konkrete Baulastverpflichtung kann dabei das gesamte Gebäude oder auch nur Gebäudeteile, etwa in der Unterteilung der Baulast am Kirchturm, an den Seitenschiffen und am Mittelschiff, umfassen.¹² Die Verfolgung allgemeiner kirchlicher Zwecke ist nicht hinreichend, um ein Gebäude als kirchliches Gebäude im Sinne des Baulastrechts zu qualifizieren. Zu fordern ist vielmehr ein – wenn auch ggf. mittelbarer – Gottesdienstbezug, der durch den Begriff Kultusbaulast idealiter umschrieben wird.¹³ Insbesondere Gebäude zu sozial-karitativen Zwecken, wie etwa Kindertagesstätten oder Kindergärten, aber auch Gemeindehäuser fallen damit regelmäßig nicht in die sachliche Reichweite einer Baulast.¹⁴

⁹ Nur hierauf abstellend: BayVGH, KirchE 22, 267 (268); Droege, Art. Baulast (o. Fn. 5), Sp. 167; Heimerl/Pree, Handbuch (o. Fn. 5), Rn. 5/387; Wiesenberger, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 21 f.

¹⁰ Wiesenberger, ebd., S. 21 f.; vgl. auch Zängl, Baulast (o. Fn. 5), S. 611.

¹¹ Philipp Hergenröther, Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts, 2. Aufl. 1905, S. 901 ff.; Lindner, Baulasten (o. Fn. 2), S. 7; Permaneder, Baulast (o. Fn. 3), S. 32 ff.; Wiesenberger, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 21; Zängl, Baulast (o. Fn. 5), S. 610.

¹² Lindner, Baulasten (o. Fn. 2), S. 314.

¹³ Droege, Art. Baulast (o. Fn. 5), Sp. 167 f.; Wiesenberger, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 21. Kritisch gegenüber diesem Kriterium: Helmut Lecheler, Der Gegenstand der staatlichen Kirchenbaulast nach dem gemeinen Recht, in: Rechtsstaat, Kirche, Sinnverantwortung (o. Fn. 5), S. 217 (224 f.).

¹⁴ Lindner, Baulasten (o. Fn. 2), S. 7; Wiesenberger, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 21.

Auch in Bezug auf ihre Objekte ist die Baulast ein funktionales Rechtsinstitut. Sie bezieht sich nicht auf den konkreten, historisch gewachsenen Gebäudebestand und -umfang, vielmehr geht es ihr um den Funktionserhalt. Hierdurch erfahren die Objekte der Baulast eine gewisse Dynamisierung: wenn also der Gottesdienstbedarf wächst, entsteht das von der Baulast gedeckte Bedürfnis nach baulicher Erweiterung.¹⁵ Neben den bloßen Gebäuden kann sich die Baulastverpflichtung – je nach anzuwendendem Recht – auch auf die Inneneinrichtung und Bestandteile der Gebäude beziehen, soweit diese zur würdigen Feier eines Gottesdienstes oder zur Deckung angemessener Wohnbedürfnisse des Pfarrpersonals erforderlich sind.¹⁶ Unerheblich ist, ob die Objekte der kirchlichen Baulast auch vermögensrechtlich zu gottesdienstlichen Zwecken gewidmet sind. Nicht erforderlich ist, dass es sich um eine öffentliche Sache oder eine res sacra handelt.¹⁷ Weil Baulasten indes regelmäßig spätestens schon im 19. Jahrhundert begründet worden sind, werden entsprechende Widmungsakte kirchlicher Gebäude in aller Regel vorliegen.

4

3. Träger der Baulast

Baulastpflichtig – und damit Subjekte der Baulast – können zunächst diejenigen kirchlichen Rechtsträger sein, denen an den jeweiligen Objekten der Baulast Eigentums- oder Nutzungsrechte zustehen.¹⁸ Dies sind insbesondere die kirchlichen Vermögensträger auf gemeindlicher Ebene, regelmäßig die Kirchenstiftungen oder auch die Kirchengemeinden.¹⁹ Daneben kommen als durch die Baulast Verpflichtete grundsätzlich alle natürlichen und juristischen Personen in Betracht.²⁰ Neben den großen Landesstiftungen, deren Stiftungsvermögen aus säkularisiertem Kirchengut entstammt, sind ins-

5

¹⁵ Ulrich Brenninger, Kultusbaulast und Kriegsschäden, in: ZevKR 2 (1952/53), S. 329 (340 f.); v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 4), S. 272; Heimerl / Pree, Handbuch (o. Fn. 5), Rn. 5/436; Schoen, Kirchenrecht (o. Fn. 5), S. 511 f.

¹⁶ S. hierzu auch unten I. 4. Sowie im Einzelnen: Lecheler, Kirchenbaulast (o. Fn. 13), S. 223 ff.; Lindner, Baulasten (o. Fn. 2), S. 307 ff.

¹⁷ Lindner, ebd., S. 8 f.

¹⁸ Brenninger, Kultusbaulast (o. Fn. 15), S. 338 f.

¹⁹ Böttcher, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 156; v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 4), S. 271; Heimerl / Pree, Handbuch (o. Fn. 5), Rn. 5/425; Zängl, Baulast (o. Fn. 5), S. 611.

²⁰ Lindner, Baulasten (o. Fn. 2), S. 10.

besondere Länder und Kommunen und im Einzelfall auch der Bund mögliche Träger der Baulast.²¹ Soweit keine inhaltliche Beschränkung der Baulastverpflichtung besteht, herrscht zwischen unterschiedlichen Trägern der Baulast ein Konkurrenzverhältnis. Dieses wird ebenso regelmäßig hierarchisch aufgelöst. Gemeinhin unterscheidet man in Folge der Rezeption tridentinischen Kirchenbaulastrechts zwischen primärer, sekundärer (bzw. subsidiärer) und tertiärer (bzw. zweitsubsiärer) Baulastverpflichtung.²² Die primäre Baulast trifft regelmäßig die Kirchenstiftungen. Soweit deren Mittel reichen, haben sie die Mittel für den baulichen Unterhalt der kirchlichen Gebäude aufzubringen, und erst im Falle ihrer Insuffizienz treten die subsidiär Baulastpflichtigen ein.²³ Dies kann insbesondere die Kirchengemeinde sein, aber auch Dritte, die selbst keine vermögensrechtlichen Vorteile aus dem betreffenden Kirchengebäude mehr ziehen.²⁴ Soweit nicht durch allgemeine oder besondere Rechtstitel primäre Baulasten von Bund, Ländern und Kommunen begründet werden, sind diese regelmäßig Träger der subsidiären Baulast.²⁵

- 6 Die Baulastverpflichtung des Staates beruht in der Regel auf der Rechtsnachfolge in kirchliches Vermögen, das im Zuge vermögensbezogener Säkularisationen zur Zeit der Reformation und in Umsetzung des Reichsdeputationshauptschlusses kirchlichen Rechtsträgern entzogen worden ist.²⁶ Baulasten der Länder sind danach regelmäßig als Staatsleistungen im Sinne des Art. 138 Abs. 1 WRV i. V. m. Art. 140 GG anzusehen, soweit sie nicht als auf Patronat beruhend dem Anwendungsbereich dieser Norm entzogen sind.²⁷ Daneben spielen

²¹ Droege, Art. Baulast (o. Fn. 5), Sp. 167. Nach Heimerl / Pree, Handbuch (o. Fn. 5), Rn. 5/426 soll der Bund hingegen nicht Träger einer Baulast sein können.

²² Graham, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 28; Lindner, Baulasten (o. Fn. 2), S. 13; Paul Gabriel Schmitt, Die Kultus-Baulast, 1888, S. 74 ff. und 108 ff.

²³ BayObLGZ 1952, 218 (218 f.); Böttcher, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 156; Permaneder, Baulast (o. Fn. 3), S. 41.

²⁴ Böttcher, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 156.

²⁵ Lindner, Baulasten (o. Fn. 2), S. 13.

²⁶ v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 4), S. 271. Zur Vermögenssäkularisation etwa: Michael Droege, Staatsleistungen an Religionsgemeinschaften im säkularen Kultur- und Sozialstaat, 2004, S. 156 ff.; s. ferner zu den geschichtlichen Hauptsäkularisationsschüben: Felix Hammer, Art. Säkularisation, in: EvStL⁴, Sp. 2069 ff.; Klaus-Peter Schroeder, Des Alten Reiches langer Schatten – 200 Jahre Reichsdeputationshauptschluss, in: NJW 2003, S. 630 ff.

²⁷ Droege, Art. Baulast (o. Fn. 5), Sp. 168; Hans Hofmann, in: GG. Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Bruno Schmidt-Bleibtreu / Hans Hof-

staatliche Baulasten in Folge eines echten Privatpatronats der Landesherren bzw. deren so genannter landesherrlichen Patronate, die kraft Rechtsnachfolge auf die Bundesländer übergegangen sind, eine – wenn auch schwindende – Rolle.²⁸ Schließlich können sie auch durch die Rechtsnachfolge mediatisierter Gebietskörperschaften entstanden sein. In der Praxis bilden die wohl umfänglichsten Baulasten an kirchlichen Gebäuden, deren Träger die öffentliche Hand ist, die kommunalen Baulasten.²⁹ Diese finden ihren Ursprung zumeist in der Fürsorge der mittelalterlichen Städte für die Bedürfnisse der örtlichen Pfarreien bzw. ihrer Sorge für das jeweils örtlich radizierte Kirchenwesen.³⁰ Dass der Bauunterhaltungsaufwand in der Vergangenheit auch durch säkulare Zwecke legitimiert gewesen sein kann, man denke etwa an die Funktion von Glockengeläut als Warnzeichen oder des Stundenschlages, ist sicher nicht in Abrede zu stellen, scheint allerdings gegenüber dem Gesichtspunkt der Pflege des örtlichen Kirchenwesens nachrangig gewesen zu sein.³¹ Der Wegfall dieser säkularen Verwendungsweisen der Objekte der Baulast kann bei fortbestehender Verwendung zu gottesdienstlichen Zwecken oder zu Wohnzwecken am Bestand der Baulast nichts ändern.

4. Arten und Inhalt der Baulast

Baulasten an kirchlichen Gebäuden lassen sich nach unterschiedlichen Kriterien typologisch erfassen.³² Verbreitet ist die Unterschei-

7

mann / Axel Hopfau, 14. Aufl. 2018, Art. 140, Rn. 47; *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 517.

²⁸ Dazu: *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 63. S. zum Patronat: *Burghard Winkel*, Art. Patronat, in: *EvStL*⁴, Sp. 1751 ff.

²⁹ Zu kommunalen Baulasten: *Böhland*, Baulastverpflichtungen (o. Fn. 5), S. 141 ff.; *Böttcher*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 155 ff.; *Axel Freiherr von Campenhausen / Christoph Thiele*, Göttinger Gutachten II. Kirchenrechtliche Gutachten in den Jahren 1990–2000, 2002, S. 196 ff.; *Knöppel / Köster*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 8 ff.; *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), passim, insbesondere S. 148 ff.; *ders.*, Verfassungsrechtliche Aspekte kommunaler Kirchenbaulasten, in: *Bürgerliche Freiheit und christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link zum siebzigsten Geburtstag*, hg. von Heinrich de Wall u. a., 2003, S. 317 ff.; *Christoph Link*, Rechtsprobleme kommunaler Kultusbaulasten, in: *ÖAKR* 39 (1990), S. 205 ff.; *Wiesenberger*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), passim.

³⁰ *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 4), S. 271.

³¹ Dazu: *Manfred Baldus*, Zur Baulast der politischen Gemeinden an Kirchengebäuden in Nordrhein-Westfalen, in: *JR* 1970, S. 52 ff.

³² Dazu wiederum nur: *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 13 ff.

dung nach der Rangfolge der Verpflichteten. Hier wird die Baulastkonkurrenz durch gestufte Leistungsverhältnisse der jeweiligen Baulastträger in Gestalt der primären und der subsidiären, sekundären bzw. gegebenenfalls tertiären Baulastverpflichtung aufgelöst.³³ Für den Rangwechsel der konkreten Verpflichtung ist auf die Insuffizienz des Baulastträgers abzustellen. Weil die typischerweise primär baulastpflichtigen Kirchenstiftungen heutzutage regelmäßig nicht leistungsfähig sind, kommt eine subsidiäre Baulastverpflichtung zu meist einer primären gleich. Dies gilt insbesondere für die kommunalen Baulasten. Daneben lassen sich Baulastverpflichtungen auch noch inhaltlich nach Haupt- und Teilpflichten bei gleichrangig nebeneinander bestehenden Verpflichtungen trennen.³⁴ Schließlich unterscheidet man auch noch die konkrete Inanspruchnahme aus einer Baulastverpflichtung, etwa indem Neubauten von Instandhaltungen oder so genannte große und kleine Baufälle unterschieden werden.³⁵

- 8 Die aus Baulasten an kirchlichen Gebäuden fließenden Verpflichtungen der Baulastträger sind in aller Regel als solche des öffentlichen Rechts zu qualifizieren, soweit sie sich nicht als rein innerkirchliche Ansprüche des kirchlichen Vermögensverwaltungsrechts im Verhältnis zwischen dem baulastberechtigten kirchlichen Rechtsträger und etwa der Kirchenstiftung darstellen. Als öffentlich-rechtliche Ansprüche erfolgt ihre gerichtliche Geltendmachung nach Maßgabe des § 40 VwGO vor den Verwaltungsgerichten.³⁶
- 9 Der konkrete Inhalt der Baulastverpflichtung richtet sich im Grundsatz nach dem jeweiligen Bedürfnis des kirchlichen Trägers.³⁷ Die Baulast sichert das sachliche Substrat, das erforderlich ist, um gewisse religiöse und kirchliche Bedürfnisse zu befriedigen. Wie das kirchliche Vermögen überhaupt, so ist auch die Baulast funktional

³³ S. die Nachweise in Fn. 22.

³⁴ Vgl. *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 13 ff.

³⁵ *Permaneder*, Baulast (o. Fn. 3), S. 73 ff.

³⁶ BGHZ 31, 115 (120 ff.); BVerwGE 38, 76 ff.; BayVGHE n.F. 22, 78 (79); BayVBl. 1996, 564; *Ferdinand O. Kopp / Wolf-Rüdiger Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, 24. Aufl. 2018, § 40, Rn. 40; *Dirk Ehlers / Jens-Peter Schneider*, in: Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, hg. von Friedrich Schoch / Jens-Peter Schneider / Wolfgang Bier, Stand: 33. Erg.-Lfg. Juni 2017, § 40, Rn. 478; *Franz Jürgen Säcker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, hg. von dems. / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg, 7. Aufl., Bd. 12, 2018, Art. 132 EGBGB, Rn. 7.

³⁷ S. die Nachweise in Fn. 15.

auf die Religionsausübung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 GG bezogen.³⁸ Wegen dieses funktionalen Verständnisses ihres Inhaltes erfasst die Baulast die dynamischen und sich wandelnden Bedürfnisse der Baulastberechtigten in ihrem sich wandelnden Inhalt. Entspricht etwa die Ausstattung einer Pfarrkirche nicht mehr den gegenwärtigen Standards, man denke etwa an die Energietechnik oder die Beheizung, so ist die Baupflicht entsprechend den jeweils aktuellen Bedürfnissen zu leisten.³⁹ Auch die (kriegsbedingte) Zerstörung der Baulastobjekte lässt den Bestand der Baulast unberührt.⁴⁰ Die Baulast erschöpft sich also nicht nur in der Erhaltung eines konkreten Gebäudeensembles und -zustandes, sondern in der funktionsadäquaten Sicherstellung der sächlichen Voraussetzungen zur Deckung der Gottesdienst- und Wohnbedürfnisse, sie erfasst demnach sowohl die funktionsäquivalente Änderung der Bausubstanz als auch deren Erweiterung oder Neuerrichtung.⁴¹

Als Bedarfsleistungspflicht kann die Baulast beim zeitweisen Wegfall der entsprechenden Bedürfnisse ruhen oder bei ihrem endgültigen Entfallen schlicht erlöschen.⁴² Als solche findet sie ihre Grenze durch den Grundsatz der Notwendigkeit.⁴³ Sie umfasst alle Maßnahmen, die für eine würdige Feier des Gottesdienstes und für die Wohnbedürfnisse des Pfarrers notwendig und angemessen sind. Allerdings reicht sie auch nicht weiter, lediglich nützliche Verwendungen und Bedürfnisse unterliegen demnach nicht der Baulast.⁴⁴ Der Maßstab des Angemessenen und Notwendigen wird nicht nur durch die kircheneigenen Anforderungen etwa der Liturgie bestimmt, sondern ist vor allem auch normativ durch das staatliche Bauordnungsrecht, Umweltrecht und Denkmalschutzrecht geprägt.⁴⁵ Die Baulastverpflichtung ist auf die Herstellung (bau-)rechtskonformer Zustände gerichtet. Typischerweise sind die Baulastverpflichtungen keine

10

³⁸ Vgl. *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 305.

³⁹ *Brennberger*, Kultusbaulast (o. Fn. 15), S. 340 ff.; *Schoen*, Kirchenrecht (o. Fn. 5), S. 511 f.

⁴⁰ Instruktiv *Brennberger*, Kultusbaulast (o. Fn. 15), S. 329 ff.

⁴¹ *Hans Liermann*, Deutsches Evangelisches Kirchenrecht, 1933, S. 289; *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 306.

⁴² *Hartmut Böttcher*, Baulast an Kirchengebäuden (§ 39), in: HSKR², Bd. 2, S. 36.

⁴³ VGH Mannheim, KirchE 50, 50 (62); v. *Campenhause* / *Thiele*, Göttinger Gutachten (o. Fn. 29), S. 298.

⁴⁴ *Böttcher*, Baulast (o. Fn. 42), S. 36.

⁴⁵ Vgl. *Böttcher*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 159; *Lecheler*, Kirchenbaulast (o. Fn. 13), S. 225. Anders BayVGH, in: BayVBl. 1985, S. 303 (307).

Naturalleistungen, sondern erschöpfen sich in Kostentragungs- bzw. Kostenerstattungsansprüchen.⁴⁶ Soweit der Baulastträger seiner Verpflichtung nicht nachkommt, entsteht ein Ausgleichsanspruch des Baulastberechtigten aus dem Gesichtspunkt des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs bzw. aus der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung.⁴⁷ Auch die Verpflichtung der Kirchengemeinden zu Hand- und Spanndiensten im Rahmen von Baufällen ist zumeist in Geld pauschaliert worden.⁴⁸

- 11 Streitträchtig ist die sachliche bzw. gegenständliche Reichweite der Baulast insbesondere in Bezug auf ihre Erstreckung auf Zubehör der kirchlichen Gebäude. Was als „Accessorien“, „Pertinenzen“⁴⁹ oder in moderner Diktion als „Zubehör“ anzusehen ist, richtet sich nach den jeweiligen anwendbaren Rechtsgrundlagen. Da nach Maßgabe des Art. 132 EGBGB die existenten landesrechtlichen Bestimmungen von den Vorgaben der §§ 93 ff. BGB unberührt bleiben, ist der alleinige Rückgriff auf den Begriff der Bestandteile und des Zubehörs des bürgerlichen Rechts nicht überzeugend.⁵⁰ In der Sache wird allerdings die dem bürgerlichen Recht in den §§ 93 ff. BGB zu Grunde liegende Unterscheidung zwischen notwendigen, wesentlichen und bloß nützlichen Bestandteilen und Zubehör dann hilfreiche Abgrenzungen ermöglichen, wenn man sie auf die spezifische, d.h. auf die gottesdienstlichen Bedürfnisse bezogene, Funktionalität der Baulast bezieht. Deren tatsächliche Reichweite in Bezug etwa auf Altäre, Blitzableiter, Friedhöfe, Glocken und Glockenstühle, Heizungsanlagen, Dekoration, Kanzel und Kirchenstühle, den Kirchplatz, Kirchtürme und Kirchturmuhren sowie Orgeln wird sich nur durch eine sorgfältige Analyse der maßgeblichen rechtlichen Bestimmungen im Einzelfall unter Berücksichtigung dieser Leitlinie ermitteln lassen.⁵¹

⁴⁶ VGH Mannheim, KirchE 50, 50 (61); *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 224 f.

⁴⁷ *Heimerl / Pree*, Handbuch (o. Fn. 5), Rn. 5/437 f.

⁴⁸ *Böttcher*, Baulast (o. Fn. 42), S. 27.

⁴⁹ *Aemilius Ludwig Richter / Richard Dove / Wilhelm Kahl*, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 8. Aufl. 1886, S. 1359 ff.

⁵⁰ So aber: *Lecheler*, Kirchenbaulast (o. Fn. 13), S. 220. Wie hier ausführlich: *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 308 ff.

⁵¹ Zu den Beispielen im Einzelnen: *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 316 ff.

II. Rechtsgrundlagen und Rechtsrahmen

1. Anspruchsgrundlagen der Baulast

Das Baulastrecht verdankt seine Komplexität vor allem der Vielgestaltigkeit seiner Rechtsgrundlagen. Die Kirchenbaulast kann auf den allgemeinen Baulasttiteln Gesetz, Gewohnheitsrecht oder Observanz beruhen. Als besondere Baulasttitel treten rechtskräftige Entscheidungen von Verwaltungsbehörden oder Gerichten sowie Verträge, Anerkenntnisse, Ersitzung, Herkommen oder unvordenkliche Verjährung hinzu. Im Zusammenwirken von kirchlichem Recht, staatlichem Recht, geschriebenem und ungeschriebenem Recht, allgemeinen gesetzlichen Anspruchsgrundlagen und besonderen Baulasttiteln lässt sich die Rechtsbegründetheit einer Baulastverpflichtung regelmäßig nur durch eine rechtsgeschichtlich informierte Analyse der maßgeblichen Rechtslage im konkreten Einzelfall beurteilen. Dieser Befund erklärt sich insbesondere daraus, dass das Baulastrecht nicht in die allgemeinen Kodifikationsprozesse des Zivilrechts im 19. Jahrhundert einbezogen worden ist. Art. 132 EGBGB nimmt insoweit die Reichsgesetzgebung und das Bürgerliche Gesetzbuch zu Gunsten der fortgeltenden landesrechtlichen Bestimmungen auf dem Gebiet kirchlicher Baulasten zurück.⁵² Nach Art. 132 EGBGB „bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Kirchenbaulast und die Schulbaulast“ unberührt – mit der Folge, dass das am 1.1.1900 geltende Baulastrecht als Landesrecht zur Gänze von der Einführung des BGB unberührt geblieben ist, unabhängig von seiner Qualifikation als Zivilrecht oder öffentliches Recht.⁵³

Für die hiernach weiterhin fortgeltende landesrechtliche Rechtslage hatte die Rezeption der Baulastbestimmungen des Konzils von Trient (1545–1563) im gemeinen Recht grundlegende Bedeutung.⁵⁴ Hiernach war primär baupflichtig die Kirchenfabrik, also die Kirchenstiftung. Bei deren Insuffizienz hatten subsidiär all diejenigen, die aus dem Vermögen der betreffenden Kirche Nutzungen zogen, entsprechend ihrem Nutzungsanteil zur Erfüllung der Baulast bei-

⁵² Dazu: v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 4), S. 272; Säcker, in: MüKo (o. Fn. 36), Art. 132 EGBGB, Rn. 1 ff.

⁵³ Lindner, Baulasten (o. Fn. 2), S. 101.

⁵⁴ Anders: Lindner, ebd., S. 41. Instruktiv zu den Bestimmungen des Konzils: Jung, Baulast (o. Fn. 5), S. 126 ff.; Permaneder, Baulast (o. Fn. 3), S. 30 ff. Zur historischen Einordnung s. Christoph Link, Kirchliche Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 2017, S. 72 ff., § 8, Rn. 9 ff.

zutragen. Hiernach wurden die Parochianen herangezogen, wenn die Erfüllung der Baulast in anderer Weise nicht möglich war.⁵⁵ Durch ihre Rezeption erlangten diese Bestimmungen des kanonischen Rechts als Bestandteil des gemeinen Rechts auch in protestantischen Ländern eine umfassende, wenn auch gegenüber besonderen Baulasttiteln und dem partikularen Recht subsidiäre Geltung.⁵⁶ Im Universalkirchenrecht wurde das Baulastrecht des Tridentinums erst durch die ihm allerdings weitgehend entsprechenden Bestimmungen des CIC/1917 (can. 1186) ersetzt.⁵⁷ Der CIC/1983 enthält keine Bestimmungen zur Baulast mehr.⁵⁸

14 Die territoriale Zersplitterung staatlicher Herrschaft führt zu einem bunten Bild landesrechtlicher Bestimmungen über Baulasten an kirchlichen Gebäuden. Bei den seit Mitte des 18. Jahrhunderts verstärkt zu beobachtenden landesrechtlichen Gesetzgebungen wurde einerseits an das gemeine Recht angeknüpft, andererseits wurden allerdings auch grundlegend neue Baulastregelungen geschaffen.⁵⁹ Als beständig erweist sich in der Analyse der landesrechtlichen Bestimmungen allerdings die grundlegende Struktur der hierarchischen Ordnung der Baulastverpflichtungen mit der primären Baulast der Kirchenstiftung.

15 Aus dem Kreis der nach Art. 132 EGBGB fortgeltenden landesrechtlichen Baulastregelungen ist zuvorderst auf diejenigen des preußischen Allgemeinen Landrechts 1794 hinzuweisen.⁶⁰ Nach Maßgabe der §§ 710 ff. des elften Titels des zweiten Teils des ALR wurde im Geltungsgebiet des Allgemeinen Landrechts das gemeine Recht abgelöst, wobei die landrechtlichen Bestimmungen lediglich subsidiär gegenüber besonderen Rechtstiteln und insbesondere gegenüber dem Provinzialrecht galten.⁶¹ Primär baupflichtig ist auch im Gel-

⁵⁵ Sessio XXI cap. 7 de reformatione. Dazu: *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 38 ff.

⁵⁶ *Wiesenberger*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 23; *Zängl*, Baulast (o. Fn. 5), S. 609.

⁵⁷ Dazu: *Jung*, Baulast (o. Fn. 5), S. 134 ff.; *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 41 f.

⁵⁸ *Jung*, Baulast (o. Fn. 5), S. 139; *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 42.

⁵⁹ *Heimerl / Pree*, Handbuch (o. Fn. 5), Rn. 5/398 ff.; *Zängl*, Baulast (o. Fn. 5), S. 610.

⁶⁰ Dazu: *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 104 ff.

⁶¹ S. § 710 II 11 ALR: „Wo in Ansehung der Kosten zum Baue, und zur Unterhaltung der Kirchengebäude, durch Verträge, rechtskräftige Erkenntnisse, ununterbrochene Gewohnheiten, oder besondere Provinzialgesetze, gewisse Regeln bestimmt sind, da hat es auch ferner dabey sein Bewenden.“

tungsbereich des Allgemeinen Landrechts das „Kirchenvermögen“, also die Kirchenfabrik bzw. Kirchenstiftung.⁶² Bei dessen Unvermögen treten Patrone und Kirchengemeinde („Eingepfarrte“) gemeinschaftlich für den Ausfall ein.⁶³ Hierbei unterscheiden sich die Eintrittsanteile je nachdem, ob es sich um eine Stadtkirche oder Landkirche handelt.⁶⁴ Entsprechende Regelungen sind für Pfarrhäuser getroffen.⁶⁵ Eine Verpflichtung der Kirchengemeinde zu Hand- und Spanndiensten besteht bei Baufällen an Landkirchen und Pfarrhäusern.⁶⁶ Soweit die den preußischen Fiskus hiernach treffenden Verpflichtungen nicht abgelöst oder in sonstiger Weise beendet worden sind, sind sie auf die jeweiligen Bundesländer auf ehemals preußischem Gebiet übergegangen.

Im heutigen bayerischen Mittel- und Oberfranken hat als spezielleres Provinzialgesetz im Sinne des § 710 II 11 ALR insbesondere die Markgräflisch-Brandenburgerische Konsistorialordnung von 1594 Bedeutung, deren Generalartikel VIII Nr. 4 eine subsidiäre Baupflicht der Marktgrafen und damit des Landes Bayern vorsieht, wo diesen das „jus patronatus“ zukam.⁶⁷ Im Großherzogtum Baden, also in Teilen des heutigen Baden-Württemberg, ist insbesondere auf die Bau-

16

⁶² S. § 712 II 11 ALR: „Die Kosten zum Baue und zur Unterhaltung der Kirchengebäude müssen hauptsächlich aus dem Kirchenvermögen genommen werden.“

⁶³ § 720 II 11 ALR: „Ist das Kirchenvermögen zur Bestreitung der Kosten ganz oder zum Theil nicht hinreichend: so muß der Ausfall von dem Patron und den Eingepfarrten gemeinschaftlich getragen werden.“

⁶⁴ Vgl. § 731 II 11 ALR: „Der Geldbeytrag wird, bey Landkirchen, zwischen dem Patrone und der Kirchengemeinde dergestalt vertheilt, daß der Patron Zwey Drittel, die Eingepfarrten aber Ein Drittel entrichten. ALR § 740 II 11. Bey Stadtkirchen geschieht die Vertheilung zwischen dem Patrone und den Eingepfarrten dergestalt, daß Ersterer Ein Drittel, Letztere aber Zwey Drittel beytragen.“

⁶⁵ § 789 II 11 ALR: „Wo darüber keine besondere gesetzliche Bestimmung vorhanden ist, da müssen diese Kosten, gleich den Bau- und Reparaturkosten der Kirche selbst, aus dem Kirchenvermögen genommen; bey dessen Unzulänglichkeit aber, von dem Patron und den Eingepfarrten getragen werden.“

§ 790 II 11 ALR: „Wegen Aufbringung und Vertheilung der Beyträge finden eben die Grundsätze wie bey Kirchengebäuden statt.“

⁶⁶ § 714 II 11 ALR: „Auch müssen, bey Landkirchen, die Eingepfarrten in jedem Falle, ohne Unterschied, die nöthigen Hand- und Spanndienste unentgeltlich leisten.“

⁶⁷ *Ernst Sperl*, Die Grundlagen der Kultusbaulast im Bereich des Brandenburg-Ansbacher Rechts. Ein Beitrag zur Rechts- und Verwaltungsgeschichte des Fürstentums Ansbach vor seinem Übergang an Bayern, 1962, S. 131 ff.

lastregelungen des Badischen Baudedikts von 1808 hinzuweisen,⁶⁸ das mit dem „Baufaktum“ die tatsächliche Vornahme von Bauunterhaltung zum Rechtstitel erhebt.⁶⁹ Schließlich enthält das Bergische Edikt von 1711 die bekannte so genannte „bergische Dreiteilung“, wonach für den Turm und die Seitenschiffe die Gemeinde zuständig war, für das Mittelschiff der Inhaber des Groß-Zehnten und für den Chor der Inhaber des Kleinzehnten.⁷⁰

- 17 Weitere allgemeine Rechtstitel für Kirchenbaulasten können Wohnheitsrecht und Observanz sein.⁷¹ Bekannt ist hier die so genannte Paderborner Observanz, die wegen ihrer räumlichen Reichweite auch als Landesgewohnheitsrecht qualifiziert werden kann.⁷² Baulasten können zudem auf Herkommen und erwerbender Verjährung beruhen. Herkommen ist die langjährige Übung, die ein besonderes, dauerndes Rechtsverhältnis zwischen zwei Beteiligten regelt und in dieser beständigen Übung durch gegenseitige Anerkennung eine vertragliche Abmachung ersetzt.⁷³ Dem Herkommen gleichgestellt wird die unvordenkliche Verjährung, für welche die mindestens vierzigjährige Dauer eines rechtmäßig entstandenen, „als Erfüllung einer Pflicht zu wertenden Zustandes und keine sichere Kunde von einem anderen Zustand im menschlichen Gedächtnis der lebenden Generation“ gefordert wird.⁷⁴ Während beide Rechtstitel im Geltungsbereich des Allgemeinen Landrechts keine Entsprechung fanden, kennt dieses den Rechtstitel der erwerbenden Verjährung von Patronaten und Baulastansprüchen,⁷⁵ die wegen Art. 132 EGBGB auch heute noch Baulasttitel sein kann.⁷⁶ In der Sache handelt es sich um einen Ersitzungstatbestand, der nach den Vorschriften des preußischen Allge-

⁶⁸ Badisches Regierungsblatt 1808, S. 114 ff. Auch abgedr. in: *Grahm*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 251 ff.

⁶⁹ *Grahm*, ebd., S. 61 ff.

⁷⁰ Ausführlich hierzu: *Jung*, Baulast (o. Fn. 5), S. 202 ff.

⁷¹ *Grahm*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 93 ff.; *Knöppel / Köster*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 8; *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 119 ff. Zur Terminologie: *Hans Gröpper*, Gewohnheitsrecht, Observanz, Herkommen und Unvordenkliche Verjährung, in: DVBl. 1969, S. 945 ff.

⁷² Dazu: *Wiesenberger*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 60 ff.

⁷³ HessVGH, KirchE 13, 259 (262); *Böttcher*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 161 f.; *Wiesenberger*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 143.

⁷⁴ BayVGHE n. F. 22, 78 (84); s. ferner *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 122, 132 ff.

⁷⁵ S. §§ 574, 710 II 11, §§ 501, 503 I 9 ALR. Dazu: *Wiesenberger*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 145 ff.

⁷⁶ BayVGH, in: BayVBl. 1982, S. 689 (692); *Wiesenberger*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 152 f.

meinen Landrechts neben der Gutgläubigkeit des Empfängers einer Bauunterhaltsleistung voraussetzt, dass mindestens drei Bauleistungen des Verpflichteten innerhalb eines Zeitraums von wenigstens 44 Jahren erbracht worden sind.

Die Baulast kann weiterhin auf besonderen Titeln beruhen. Hierzu sind rechtskräftige Entscheidungen von Verwaltungsbehörden und Gerichten⁷⁷ sowie Verträge und Anerkenntnisse zu zählen.⁷⁸ Das Anerkenntnis setzt neben der faktischen Übernahme der Kosten der Bauunterhaltung voraus, dass der Handelnde sich hierdurch auch rechtlich verpflichten will und dass dieser Wille auch entsprechend klar zum Ausdruck kommt.⁷⁹ Es kann dabei nicht nur zur Begründung einer Baulast führen, sondern auch die einmal begründete Baulast trotz der Veränderung wesentlicher Verhältnisse bestätigen.⁸⁰ Soweit mit einer rechtskräftigen Entscheidung, dem Anerkenntnis, dem Vertrag, der Ersitzung oder dem Herkommen ein besonderer Baulasttitel vorliegt, ist der Rückgriff auf allgemeine Baulasttitel nicht erforderlich.⁸¹ Nimmt man einmal das Gewohnheitsrecht und das Herkommen aus, so dürften besondere Baulasttitel in der Praxis daher die Rechtslage maßgeblich bestimmen. Während allerdings in Bezug auf die gesetzlichen Baulasttitel immerhin auf den seit der Aufklärung für die Rechtsgeltung verbreiteten Grundsatz der Publizität zurückgegriffen werden kann, um sichere Kenntnis über die Baulasttitel zu erlangen, ist die Erfassung besonderer Baulasttitel angesichts der großen Zeiträume und der tiefen Vergangenheit, in der Baulastpflichten regelmäßig begründet worden sind, aufwändig und fehleranfällig. Nicht zuletzt wegen dieser großen normativen Transaktionskosten eignet sich das Baulastrecht in besonderer Weise, durch die Nutzung des Instruments des Vertragsstaatskirchenrechts auf neue Rechtsgrundlagen gestellt und vereinfacht zu werden.⁸²

18

⁷⁷ *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 137 f.

⁷⁸ *Grahm*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 91 f.; *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 115 ff.

⁷⁹ *Lindner*, ebd., S. 117; s. dazu auch: BayVGH, KirchE 32, 362 (364 f.).

⁸⁰ Vgl. nur: BVerwG, in: NVwZ-RR 2009, S. 590 (590).

⁸¹ *Böttcher*, Baulast (o. Fn. 42), S. 34.

⁸² Zu dieser Forderung auch schon *Michael Droege*, Die Gewährleistung des Kirchenguts und die Diskontinuität der staatlichen Rechtsordnung – Aktuelle Probleme des kirchlichen Vermögensrechts, in: ZevKR 55 (2010), S. 339 (358 f.).

2. Vertragsstaatskirchenrechtliche Regelungen

- 19** Baulasten an kirchlichen Gebäuden sind in großer Regelmäßigkeit Regelungsgegenstand vertraglicher Vereinbarungen zwischen den Ländern, Kommunen und den Kirchen. Zum einen finden sich in den Staatskirchenverträgen der Kirchengutsgarantie des Art. 138 Abs. 2 WRV i.V.m. Art. 140 GG und in unterschiedlicher Akzentuierung der Regelung der Staatsleistungen nach Art. 138 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG entsprechende oder ähnliche Regelungen, die freilich dem Vorrang der Verfassung folgend die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen nicht dispensieren können.⁸³ Insoweit finden Baulasten eine implizite Regelung in ihrer Rolle als Staatsleistungen und als geschütztes Kirchengut.⁸⁴
- 20** Explizierter Regelungsgegenstand des Vertragsstaatskirchenrechts sind Baulasten an kirchlichen Gebäuden weniger in Form ihres vertraglich garantierten Fortbestandes, als vielmehr als abzuwickelndes Rechtsverhältnis. In vielen Fällen sind Baulasten der Länder in der Nachkriegszeit generell oder einzeln auf vertraglichem Wege abgelöst worden.⁸⁵ Neben der förmlichen Ablösung finden sich auch Freistellungsregelungen, in denen die Baulastträger von ihren Verpflichtungen gegen Kapitalzahlungen, regelmäßig in Höhe des Friedensneubauwertes der Baulastobjekte, freigestellt werden.⁸⁶ In den Verträgen, die die evangelischen Kirchen in den neuen Ländern geschlossen haben, werden die Baulasten teilweise in die Zahlung der allgemeinen Staatsleistungen einbezogen⁸⁷ bzw. selbstständig pauschaliert.⁸⁸

⁸³ Dazu: *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 26), S. 168 ff.

⁸⁴ *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 219 f.; s. z.B. Art. 5 KathKV Preußen, abgedr. bei *Joseph Listl* (Hg.), Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1987, S. 715; Art. V BadKV, abgedr. bei *Listl*, a. a. O., Bd. 1, S. 141; Art. 2 BayK, abgedr. bei *Listl*, a. a. O., Bd. 1, S. 292; Art. 8 EvKV Hessen, abgedr. bei *Listl*, a. a. O., Bd. 1, S. 805.

⁸⁵ Instruktiv *Werner Hofmann*, Ablösung oder Anpassung der Kultusbau-last des Staates?, in: *ZevKR* 10 (1963/64), S. 369 (372 ff.); *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 225 ff.

⁸⁶ S. etwa Art. 7 Abs. 1 EvKV Hessen, abgedr. bei *Listl*, Konkordate (o. Fn. 84), Bd. 1, S. 805; Art. 16 NdsK, abgedr. bei *Listl*, a. a. O., Bd. 2, S. 17; Art. 20 Abs. 1 EvKV SH, abgedr. bei *Listl*, a. a. O., Bd. 1, S. 673.

⁸⁷ Art. 13 EvKV LSA; Art. 13 EvKV Thür.

⁸⁸ Art. 13 Abs. 2 EvKV MV. Kritisch gegenüber einer solchen Ablösung *Hofmann*, Ablösung (o. Fn. 85), S. 381; *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 227.

Teilweise werden auch Bemühenszusagen aufgenommen, wonach die Ablösung durch eigene Vereinbarungen vorzunehmen ist.⁸⁹

Als pars pro toto stehendes Beispiel einer förmlichen Ablösungsvereinbarung, die sowohl Baulasten des Landes als auch kommunale Baulasten erfasst, soll auf die Rahmenvereinbarung zur Ablösung der Kirchenbaulasten in Hessen vom 7.12.2003⁹⁰ hingewiesen werden. Diese Vereinbarung zielt grundsätzlich auf die Bereinigung der gesamten Baulastübernahme und ermittelt die Ablösebeträge auf Grundlage des 25fachen jährlichen Bauunterhaltungsbedarfes auf Grundlage des Friedens-Neubauwertes der Gebäude, kommt allerdings den Baulastverpflichteten durch umfangreiche Abschläge entgegen. Insbesondere der prekären Finanzlage der Kommunen wird durch die ratenweise Aufbringung der Ablösungszahlungen und eine ergänzende Landesförderung in den Mitteln des kommunalen Finanzausgleichs Rechnung getragen.

21

3. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Baulasten an kirchlichen Gebäuden sind in ihrem Bestand durch die Kirchengutsgarantie verfassungsrechtlich geschützt.⁹¹ Art. 138 Abs. 2 WRV gewährleistet das Eigentum und sonstige Rechte der Religionsgesellschaften und religiösen Vereine an ihren für Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und sonstigen Vermögen. Die Norm sichert als Säkularisationsverbot vor dem Zugriff des Staates auf Kirchenvermögen und damit dessen spezifische Finalität.⁹² Im religionsverfassungsrechtlichen System des Grundgesetzes ist die Kirchengutsgarantie auf die Entfaltung der Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1, 2 GG und des reli-

22

⁸⁹ Art. 12 Abs. 2 EvKV Sachsen.

⁹⁰ ABl. EKD 58 (2004) S. 192.

⁹¹ VerfGH NRW, in: NVwZ 1982, S. 431 (432); v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 4), S. 270 f.; Dirk Ehlers, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 140 – Art. 138 WRV, Rn. 7; Stefan Koriath, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz – Kommentar, Bd. 7, Losebl. Stand Januar 2018, Art. 140 – Art. 138 WRV, Rn. 16; Lindner, Verfassungsrechtliche Aspekte (o. Fn. 29), S. 325; Martin Morlok, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 138 WRV, Rn. 30; Unruh, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 27), Rn. 499.

⁹² Zur Deutung als Säkularisationsverbot statt Vieler nur: Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 91), Art. 140 – Art. 138 WRV, Rn. 16; Morlok, in: Dreier (o. Fn. 91), Art. 138 WRV, Rn. 27; beide m.w.N.; Karl-Hermann Kästner, → § 69.

gionsgemeinschaftlichen Selbstverwaltungsrechts aus Art. 137 Abs. 3 WRV bezogen. Anders als zur Weimarer Zeit zielt sie nicht auf den Schutz vor entschädigungsloser Enteignung und ist insoweit auch keine religionsverfassungsrechtliche Anreicherung des Eigentumsgrundrechts.⁹³ Art. 138 Abs. 2 WRV kommt hier die Aufgabe zu, den durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und Art. 137 Abs. 3 WRV zugesagten Schutz der Freiheit der Kirchen in ihren sächlichen Grundlagen zu gewährleisten,⁹⁴ und schützt die Religionsfreiheit in ihrem „materiellen Substrat“.⁹⁵ Als Abwehrrecht zielt die Norm auf Funktionsschutz.⁹⁶ Vor dem Hintergrund dieses Gewährleistungsgehaltes spielt anders als im Rahmen der Eigentumsgarantie die Privatnützigkeit oder das privat-rechtliche oder öffentlich-rechtliche Rechtsregime einer Rechtsposition für ihren Schutz keine Rolle. Entscheidend ist allein, ob ein Gebrauchsrecht an einer Sache des Schutzes bedarf, weil diese Sache zum materiellen Substrat der Religionsfreiheit gehört.⁹⁷ Die Baulast des Staates und der Kommunen bezieht sich gerade auf Gebäude, die zumindest mittelbar gottesdienstlichen Zwe-

⁹³ Zur Weimarer Interpretation nur: *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Aufl. 1933, Art. 138, Anm. 7; *Ernst Rudolf Huber*, Die Garantie der kirchlichen Vermögenswerte in der Weimarer Verfassung, 1927, S. 13 ff.; *Thomas P. Wehdeking*, Die Kirchengutsgarantien und die Bestimmungen über Leistungen der öffentlichen Hand an die Religionsgesellschaften im Verfassungsrecht des Bundes und der Länder, 1971, S. 23 ff.; wie hier etwa: BVerfGE 18, 392 (398); BVerwGE 87, 115 (121 f.); *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 91), Art. 140 – Art. 138 WRV, Rn. 6; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 91), Art. 138 WRV, Rn. 27; *Peter Unruh*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle, Bd. 3, Art. 138 WRV, Rn. 23; anders *Jörg Lücke*, Die Weimarer Kirchengutsgarantie als Bestandteil des Grundgesetzes, in: JZ 1998, S. 534 (535).

⁹⁴ BVerfGE 99, 100 (120); BVerwGE 87, 115 (122). Dazu: *Lücke*, Weimarer Kirchengutsgarantie (o. Fn. 93), S. 534 ff.; *Engelbert Niebler*, St. Salvator und das Bundesverfassungsgericht, in: Dem Staate, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag, hg. von Josef Isensee/Wilhelm Rees/Wolfgang Rübner, 1999, S. 665 (671 ff.); *Dietrich Pirson*, Kirchengut – Religionsfreiheit – Selbstbestimmung, ebd., S. 611 (616 f.); *Karl-Hermann Kästner*, → § 69.

⁹⁵ BVerfGE 99, 100 (119 f.). S. auch schon: *Johannes Heckel*, Kirchengut und Staatsgewalt, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche. Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag, 1952, S. 103 ff.; auch abgedr. in: Staat und Kirchen in der Bundesrepublik, hg. von Helmut Quaritsch/Hermann Weber, 1967, S. 44 (73 f.).

⁹⁶ *Heckel*, Kirchengut und Staatsgewalt (o. Fn. 95); *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 91), Art. 140 – Art. 138 WRV, Rn. 13; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 91), Art. 138 WRV, Rn. 34.

⁹⁷ BVerfGE 99, 100 (121).

cken oder sonstigen Zwecken der Kirchengemeinden dienen, und nimmt ganz unproblematisch an der Kirchengutsgarantie teil.⁹⁸ Als zweckgebundener Anspruch, der der Erhaltung von Kirchen als einem dem Kultus bestimmten Gebäude dient, partizipiert der Anspruch gegen die politische Gemeinde, das Land und den Bund an der Kirchengutsgarantie und an dem hierdurch vermittelten Schutz ihrer öffentlichen Funktion. Die Kirchengutsgarantie findet in den Verfassungen der meisten Bundesländer eine entsprechende normative Verankerung.⁹⁹

Baulasten der Länder und des Bundes stellen überdies Staatsleistungen im Sinne des Art. 138 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG dar, soweit sie am 11. 8. 1919 rechtsbegründet waren und einer Rechtspflicht des Staates entsprangen. Nach Maßgabe des Art. 138 Abs. 1 WRV sind damit auch die Baulasten an kirchlichen Gebäuden nach Maßgabe eines Grundsatzgesetzes des Bundes durch die Landesgesetzgebung abzulösen. Insoweit ist ihr Fortbestand also unter einen Vorbehalt gestellt. Das Ablösungsgebot ist ein zwingender Verfassungsbefehl und zielt auch in Bezug auf die Baulasten auf die finanzielle Entflechtung von Staat und Religionsgemeinschaften.¹⁰⁰ Baulasten können also durch Ablösung zum Erlöschen gebracht werden.¹⁰¹ Mit Ablösung ist jedenfalls die Aufhebung der Staatsleistung gegen angemessene Entschädigung gemeint.¹⁰² Dem Entflechtungsziel wird hierbei nur Genüge getan, wenn eine endliche Ablösungsleistung vorgesehen wird.¹⁰³ Dem Ablösungsbefehl wurde bislang nicht entsprochen. So fehlt es auch nach fast einem Jahrhundert seit Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung an den hierfür nach Art. 138 Abs. 1 Satz 2 WRV erforderlichen, durch den Bundesgesetzgeber zu schaffenden Maßstäben. Solange vom normativen Abwick-

23

⁹⁸ Statt Vieler: *Böttcher*, Baulast (o. Fn. 42), S. 39 ff. m. w. N.

⁹⁹ S. Art. 146 BayVerf.; Art. 37 Abs. 1 Verf. Bbg.; Art. 44 Verf. RP; Art. 38 Verf. Saarl.; Art. 5 Verf. BW i.V.m. Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV; Art. 22 Verf. NRW i.V.m. Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV; Art. 32 Abs. 5 Verf. LSA i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV; Art. 40 ThürVerf. i.V.m. Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV.

¹⁰⁰ Dazu nur: *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 26), S. 207 ff. m. w. N.

¹⁰¹ S. u. III. 2.

¹⁰² So schon *Anschütz*, WRV (o. Fn. 93), Art. 138, Anm. 3.

¹⁰³ Wie hier: *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 93), Art. 138 WRV, Rn. 13; *Claus Dieter Classen*, Religionsrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 607; *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 91), Art. 140 – Art. 138 WRV, Rn. 12; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 91), Art. 138 WRV, Rn. 24; a.A. *Josef Isensee*, Staatsleistungen an die Kirchen und Religionsgemeinschaften (§ 35), in: HSKR², Bd. 1, S. 1009 (1036 f.).

lungsinstrumentarium des Art. 138 Abs. 1 WRV nicht Gebrauch gemacht wird, schirmt dieser den Status quo vor Veränderungen ab und erweist sich damit als Bestandsgarantie auf Widerruf zu Gunsten der geschichtlich gewordenen Staatsleistungen¹⁰⁴ und als „Leistungsgarantie“¹⁰⁵. Auch die Baulasten werden als Staatsleistungen damit vor dem Zugriff des Gesetzgebers geschützt, nicht aber vor allgemeinen zeitbedingten normativen Einflüssen. Durch Art. 138 Abs. 1 WRV erfahren sie insbesondere keine inhaltlichen Erweiterungen. Das Entstehen rechtshemmender und rechtsvernichtender Einreden und Einwendungen wird demnach durch Art. 138 Abs. 1 WRV ebenso wenig wie die Ausübung vorbehaltener Gestaltungs- und Widerrufsrechte gehindert.¹⁰⁶

- 24 Umstritten ist, ob auch Baulastverpflichtungen der Kommunen vom Gewährleistungsgehalt des Art. 138 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG erfasst werden. Wiewohl es im Gefolge reichsgerichtlicher Rechtsprechung zum Erkenntnisstand zur Weimarer Zeit gehörte, dass Leistungen der Gemeinden und Gemeindeverbände nicht Staatsleistungen des Art. 138 Abs. 1 WRV seien,¹⁰⁷ wird diese Erkenntnis in neuerer Zeit zunehmend in Frage gestellt,¹⁰⁸ um dem Bedürfnis der

¹⁰⁴ So die h. M.; dazu m. w. N.: *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 26), S. 225; *Werner Heun*, → § 73, Rn. 69–75.

¹⁰⁵ *Lecheler*, Kirchenbaulast (o. Fn. 13), S. 219.

¹⁰⁶ *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 26), S. 228 f. m. w. N.

¹⁰⁷ Vgl. RGZ 111, 134 (146); 113, 349 (397); 125, 186 (189); RFH, in: JW 1934, S. 2579 (2580 ff.); *Anschütz*, WRV (o. Fn. 93), Art. 138, Anm. 4 a. E.; *Adolf Arndt*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Mit Einleitung und Kommentar, 3. Aufl. 1927, Art. 138, Anm. 1; *Detlef Berner*, Die Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften, in: RuPrVBl. 51 (1930), S. 83 (84); *Deutsches Evangelisches Kirchenbundesamt*, Denkschrift über den Umfang der Staatsleistungen der deutschen Länder an die evangelischen Kirchen bis zur Ablösung, 1928, S. 15; *Godehard Josef Ebers*, Staat und Kirche im neuen Deutschland, 1930, S. 250; *Ludwig Gebhard*, Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 1932, Art. 138, Anm. 2; *Hans Glade*, Die verfassungsrechtliche Grundlage für die Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften, 1932, S. 10 ff.; *Huber*, Vermögenswerte (o. Fn. 93), S. 62; *Theophil Lang*, Welche Leistungen des Badischen Staates an die Vereinigte evangelisch-protestantische Landeskirche Badens genießen den Schutz der Artikel 138, 137 der Reichsverfassung?, 1931, S. 23; *Josef Schmitt*, Ablösung der Staatsleistungen, in: AfKKR 115 (1935), S. 1 (7, 42).

¹⁰⁸ Vgl. etwa: VerfGH NRW, in: NVwZ 1982, S. 431 (432); *Böttcher*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 155 (163); *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 4), S. 283; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 103), S. 1031 ff.; *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 91), Art. 140 – Art. 138 WRV, Rn. 7; *Link*, Kultusbaulasten (o. Fn. 29), S. 209; *Hanns-Rudolf Lipphardt*, Negative Staatsleistungen und Ablösungsvorbehalt, in: DVBl. 1975, S. 410 (414 f.). In

Destinatäre nach „umfassendem, effektivem Bestandsschutz“ und einem Bedeutungswandel der Stellung der Kommunen im Rahmen der staatlichen Verfassungsordnung Rechnung zu tragen.¹⁰⁹ Für eine solche erweiternde Interpretation des Art. 138 Abs. 1 WRV gibt die Norm keinen Anhaltspunkt.¹¹⁰ Zum einen ist sie in ihrer Intention der vermögensrechtlichen Trennung von vornherein nicht auf alle Leistungsbeziehungen zwischen Staat und Religionsgemeinschaften bezogen, sie lässt nämlich insbesondere Raum für ihre sozial-kulturstaatlich motivierte Förderung. Zum anderen aber spricht auch die Entstehungsgeschichte deutlich gegen eine erweiternde Norminterpretation, hatte der parlamentarische Rat doch entsprechende Vorschläge der Einbeziehung kommunaler Leistungsverpflichtungen nicht aufgenommen.¹¹¹ Fortbestand und insbesondere auch Ablösung kommunaler Baulasten werden durch Art. 138 Abs. 1 WRV nicht berührt. Die sich in einigen Landesverfassungen findende Erstreckung der Regelungen zu Staatsleistungen auf Leistungen der Gemeinden bzw. die Leistungen der Träger der kommunalen Selbstverwaltung sind insoweit konstitutiv.¹¹²

Im Übrigen fügen sich Baulasten an kirchlichen Gebäuden fraktionslos in die grundgesetzliche Verfassungsordnung ein. Sie widersprechen insbesondere nicht dem Grundsatz religiös-weltanschaulicher Neutralität des Staates und seiner Verpflichtung zu weltanschaulich-religiöser Parität.¹¹³ Aus dem Wegfall der cura religionis in

25

diese Richtung auch: *Bernd Jeand'Heur/Stefan Koriath*, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, Rn. 348.

¹⁰⁹ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 103), S. 1032; *Link*, Kultusbaulasten (o. Fn. 29), S. 209.

¹¹⁰ Ausführlich: *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 26), S. 185 ff.; wie hier: BVerwGE 28, 179 (183); *Gerhard Czermak*, Die Ablösung der historischen Staatsleistungen an die Kirchen, in: DÖV 2004, S. 110 (112); *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 91), Art. 140 – Art. 138 WRV, Rn. 3; *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 199; *Ludwig Renck*, Kommunale Kirchenbaulastverträge und Wegfall der cura religionis, in: DÖV 2001, S. 103 (105).

¹¹¹ S. die Ablehnung des Antrages der DP vom 19. 11. 1948, *Parlamentarischer Rat*, Drs. 298, Art. III Abs. 2; *Parlamentarischer Rat*, Ausschuß für Grundsatzfragen, 29. Sitzung vom 4. 12. 1948, Antrag der CDU/CSU, Zentrum und DP vom 29. 11. 1948, *Parlamentarischer Rat*, Drs. 321, abgedr. bei: BT/Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat, Bd. 5/II, Ausschuß für Grundsatzfragen, S. 835 f., Fn. 44. Dazu: *Karl Eugen Schlieff*, Die Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Kirche und seine Ausgestaltung im Bonner Grundgesetz, 1961, S. 73 ff.

¹¹² S. Art. 145 Abs. 1 BayVerf.; Art. 37 Abs. 2 Verf. Bbg.; Art. 21 Verf. NRW; Art. 45 Verf. RP; Art. 39 Verf. Saarl.; dazu: *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 26), S. 169 f.

¹¹³ Grundlegend: BVerwGE 38, 76 ff.

Folge des Verbotes der Staatskirche aus Art. 137 Abs. 1 WRV kann nicht ein Entfallen der Baulastverpflichtungen abgeleitet werden.¹¹⁴ Das Verbot institutioneller Verbindung von Staat und Kirche steht der Erfüllung „subventionierender Kirchenbaulasten“¹¹⁵ nicht entgegen, schließt vielmehr die finanzielle Förderung von Religion und Religionsgemeinschaften gerade nicht aus.¹¹⁶ Die Rechtsprechung verweist insoweit zu Recht auf die „Wertentscheidung“ des Verfassungsgebers, trotz Wegfall des Staatskirchentums nach Art. 137 Abs. 1 WRV das Kirchengut nach Art. 138 Abs. 2 WRV zu garantieren, worunter auch die Baulasten fallen.¹¹⁷ Auch das im allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 GG angesiedelte Paritätsprinzip steht den überkommenen Baulasten an kirchlichen Gebäuden nicht entgegen. Dies betrifft insbesondere die kommunalen Baulastverpflichtungen. Im Rahmen positiver Religionspflege haben die Gemeinden weite, auf die örtlichen Verhältnisse bezogene Differenzierungsspielräume. Paritätskonform kann so auch die „nur einseitige Förderung einer Kirchengemeinde durch Beiträge zu den Lasten der Bauunterhaltung“ sein, „wenn dies der örtlichen Bedeutung der Kirchengemeinde entspricht“.¹¹⁸ Der Bestand einer rechtsbegründeten Baulast selbst wird zum tauglichen Differenzierungsgrund.

- 26 Schließlich sind die kommunalen Baulasten auch mit der institutionellen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar. Während die Rechtsprechung hier auf den Schutz der Baulasten durch die Kirchengutsgarantie des Art. 138 Abs. 2 WRV i. V. m. Art. 140 GG als verfassungsunmittelbare Schranke der kommunalen Selbstverwaltung abstellt,¹¹⁹ sollte schon der Gewährleistungsgehalt der Finanzhoheit der Gemeinden insoweit näher betrachtet werden: Zwar umfasst die finanzielle Eigenverantwortung als wesentlicher Bestandteil kommunaler Selbstverwaltung als Ausprägung der Finanzhoheit auch die Befugnis zu einer eigenverantwortlichen Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft der Gemeinden,¹²⁰

¹¹⁴ So aber *Renck*, Kirchenbaulastverträge (o. Fn. 110), S. 103 ff. Vgl. auch: *ders.*, Subventionierende gemeindliche Kirchenbaulasten, in: NVwZ 2007, S. 1383 ff.

¹¹⁵ *Renck*, ebd., S. 1384.

¹¹⁶ Zuletzt: BVerwG, in: NVwZ-RR 2009, S. 590 (590 f., Rn. 12 ff.).

¹¹⁷ BVerwG, ebd., S. 592, Rn. 34.

¹¹⁸ BVerwG, ebd., S. 591, Rn. 25.

¹¹⁹ Etwa: VerfGH NRW, in: NVwZ 1982, S. 431 (432); vgl. auch: BVerwG, in: DVBl. 1979, S. 116 (117 f.).

¹²⁰ Grundlegend: BVerfGE 26, 228 (244); s. auch: BVerfGE 71, 25 (36 f.); 125, 141 (159).

aber nicht die Freiheit der Kommunen, sich von rechtsbegründeten – regelmäßig von ihr oder ihren Rechtsvorgängern selbst begründeten – Ansprüchen Dritter frei zu stellen. Auch die verfassungsrechtliche Verankerung des kirchlichen Besteuerungsrechts nach Art. 137 Abs. 6 WRV i.V.m. Art. 140 GG hat den Bestand und die Fortgeltung insbesondere kommunaler Kirchenbaulasten unberührt gelassen. So wenig dem Verbot der Staatskirche ein Verbot finanzieller Förderung von Religionsgemeinschaften zu entnehmen ist, so wenig ist der Garantie des Kirchensteuerrechts eine Exklusivität der Steuer als Mittel zur Deckung kirchlichen Finanzbedarfs abzugewinnen.¹²¹ Dass der Unterhaltungsaufwand kirchlicher Gebäude auch durch Kirchensteuermittel gedeckt werden könnte, lässt den Fortbestand der hier neben bestehenden und im Übrigen spezielleren Verpflichtung aus der Baulast unberührt. Keinen Bedenken unterliegt der Fortbestand der Baulasten auch vor dem Hintergrund der in der Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1, 2 GG radizierten „negativen“ Finanzierungsfreiheit.¹²² Diese ist von der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung als Grenze der Hoheitsrechtsdelegation an Körperschaften des öffentlichen Rechts herangezogen worden und sichert die Mitgliedschaftsakkzessorietät der Kirchensteuer;¹²³ sie steht aber der sonstigen finanziellen Förderung von Religionsgemeinschaften nicht entgegen. Im Gegenteil verpflichtet die Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1, 2 GG den Staat in ihrer mit weiten Gestaltungsspielräumen einhergehenden objektiv-rechtlichen Dimension auch dazu, das Grundrecht und damit die Religionsfreiheit positiv zu schützen und zu fördern.¹²⁴ Auch hierin liegt die grundrechtliche Implementierung der Kulturstaatlichkeit begründet, die ihrerseits auch den Fortbestand von Baulasten an kirchlichen Gebäuden legitimieren kann, beziehen sich Baulasten doch regelmäßig auf steingewordene kulturelle Artefakte und damit auf das Wirken der christlichen Kirchen als bestimmende Faktoren der kulturellen Entwicklung.¹²⁵

¹²¹ Zum Gewährleistungsgehalt des Art. 137 Abs. 6 WRV nur: *Michael Droege*, Die delegierte Steuerhoheit, in: Aktuelle Rechtsfragen der Kirchensteuer, hg. von Dieter Birk / Dirk Ehlers, 2012, S. 23 (29 ff. m. w. N.); *Felix Hammer*, → § 72.

¹²² Anders: OVG Münster, in: ZevKR 15 (1970), S. 275 ff. Wie hier mit erschöpfender Begründung: *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 170 ff.

¹²³ BVerfGE 19, 206 (216); 226 (237); 268 (273 f.); 30, 415 (421 ff.). Dazu auch: *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 26), S. 62 ff.

¹²⁴ BVerfGE 41, 29 (49); 93, 1 (16); 102, 370 (393); 108, 282 (300); BVerfG, in: NVwZ 2001, S. 908 (908).

¹²⁵ Zur Berücksichtigungsfähigkeit dieser Rolle nur: BVerfGE 93, 1 (19 ff., 22). Vgl. auch: *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 26), S. 336 ff. m. w. N.

III. Untergang und Grenzen der Baulast

1. Grenzen der Kirchengutsgarantie

27 Baulasten unterliegen auch als von Art. 138 Abs. 2 WRV verfassungsrechtlich garantiertes Kirchengut denjenigen normativen Veränderungen, die in ihren Rechtstiteln angelegt sind. Sie können untergehen, einredebehaftet sein und insbesondere verjähren.¹²⁶ Art. 138 Abs. 2 WRV i. V. m. Art. 140 GG schützt das Vermögen der Religionsgesellschaften nur in dem Umfang, wie es nach Maßgabe des einschlägigen zivilen oder öffentlichen Rechts begründet ist.¹²⁷ Dabei muss das einfache Recht allerdings den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechen. Art. 138 Abs. 2 WRV gewährleistet kirchliche Vermögensrechte in ihrem Bestand und nach Maßgabe ihrer vorhandenen rechtlichen Qualitäten, erweitert sie aber nicht.¹²⁸ Weil die Kirchengutsgarantie kirchliche Vermögensrechte in ihrem Bestand und nach Maßgabe ihrer vorgefundenen rechtlichen Ausgestaltung schützt, kann etwa eine vertraglich begründete kommunale Kirchenbaulast bei einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse grundsätzlich der Anpassung nach Maßgabe des § 60 VwVfG unterliegen.¹²⁹ Das Säkularisationsverbot begründet so auch für Baulasten grundsätzlich keinen Schutz vor Rechtsänderung, der aus der Anwendung der allgemeinen Schranken der Rechtsordnung auf eine gewährleistete Vermögensposition folgt. Die Schrankenziehung ist so geprägt von der typischen Wechselwirkung der verfassungsrechtlichen Garantie auf das sie beschränkende Recht.

¹²⁶ Ausführlich dazu: *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 222 ff. Vgl. ferner: OVG Saarl., in: NVwZ 2003, S. 1004 (1008); *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 91), Art. 140 – Art. 138 WRV, Rn. 9; *Karl-Hermann Kästner*, Die Verfassungsgarantie des kirchlichen Vermögens (§ 32), in: HSKR², Bd. 1, S. 891 (902 f.); *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 91), Art. 140 – Art. 138 WRV, Rn. 22.

¹²⁷ BVerfGE 99, 100 (121).

¹²⁸ BVerfGE 18, 392 (398); 99, 100 (121 f.). Aus der Literatur nur: *Kästner*, Verfassungsgarantie (o. Fn. 126), S. 902.

¹²⁹ Hierzu jüngst: StGH BW, in: NVwZ 2015, S. 896 (898). Siehe auch: BVerwG, KirchE 63, 540; VGH BW, KirchE 62, 279; VG Stuttgart, U. v. 6. 11. 2012 – 6 K 1692/11, juris. Dazu aus der Lit.: *Felix Hammer*, Fortexistenz und Schicksal kommunaler Kirchturmbaulastverpflichtungen in der Gegenwart, in: KuR 2014, S. 29 ff.; *Bernhard Rauscher*, Kommunale Kirchenbaulasten im Spannungsfeld zwischen Verfassungsrecht und Anpassungspflicht aufgrund wesentlicher Änderung der Verhältnisse, in: VBlBW 2015, S. 407 ff.; siehe noch unten Rn. 30.

2. Ablösung

Baulasten können durch Ablösung erlöschen. Die Ablösung ist das von Art. 138 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG vorgesehene Verfahren zur vermögensrechtlichen Entflechtung von Staat und Religionsgemeinschaften.¹³⁰ Unter Ablösung ist jedenfalls die Aufhebung gegen Entschädigung zu verstehen.¹³¹ Die ganz überwiegende Auffassung schließt aus der Zielsetzung der vermögensrechtlichen Entflechtung, aber nicht der weiteren Vermögenssäkularisation, auf eine Nähe der Ablösungsentschädigung zur Enteignungsentschädigung im Sinne des Art. 14 GG. Die Ablösungsentschädigung soll daher grundsätzlich ein volles wirtschaftliches Äquivalent der abgelösten Leistungspflicht darstellen.¹³² Auch für die Ablösung von Baulasten wird insoweit die Entsprechung der wirtschaftlichen Werte eingefordert.¹³³ Herangezogen wird hier der Baulastwert, der sich aus dem Betrag, der für eine notwendige Instandsetzung aufgewendet werden müsste, und den Beträgen, die angelegt werden müssen, um den laufenden Bauunterhalt für die Reststehdauer des Gebäudebestandes und nach dessen Ablauf den Finanzbedarf für einen entsprechenden Neubau zu decken, ergibt.¹³⁴ Diese Folgerung der vollen wirtschaftlichen Äquivalenz ist verfassungsrechtlich im Regelfall möglich, aber nicht zwingend. Die Vorbilder der Ablösungsgesetzgebung des 19. Jahrhunderts weisen die Ablösung nämlich als Verfahren der Sozialentwäh-

28

¹³⁰ Ausführlich: *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 26), S. 206 ff.

¹³¹ *Anschtz*, WRV (o. Fn. 93), Art. 138, Anm. 3; *Berner*, Staatsleistungen (o. Fn. 107), S. 83 und 88; *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 4), S. 287; *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 93), Art. 138 WRV, Rn. 11; *Classen*, Religionsrecht (o. Fn. 103), Rn. 607; *Deutsches Evangelisches Kirchenbundesamt*, Denkschrift (o. Fn. 107), S. 10; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 26), S. 207; *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 91), Art. 140 – Art. 138 WRV, Rn. 4; *Glade*, Staatsleistungen (o. Fn. 107), S. 61; *Hans D. Jarass*, in: ders. / Bodo Pieroth (Hg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 140 – Art. 138 WRV, Rn. 2; *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 91), Art. 140 – Art. 138 WRV, Rn. 12; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 91), Art. 138 WRV, Rn. 20; *Stefan Mückel*, Kirchliche Organisation, in: HStR³, Bd. 7, 2009, § 160, Rn. 52; *Schmitt*, Ablösung (o. Fn. 107), S. 11.

¹³² So etwa: *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 4), S. 286 f.; *Huber*, Vermögenswerte (o. Fn. 93), S. 59 ff.; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 103), S. 1035; *Werner Weber*, Die Ablösung der Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften, 1948, S. 38 f.

¹³³ *Böttcher*, Baulast (o. Fn. 42), S. 43; *Hofmann*, Ablösung (o. Fn. 85), S. 370 ff.; *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 223.

¹³⁴ *Böttcher*, Baulast (o. Fn. 42), S. 43.

rung aus¹³⁵ und deuten auf größere Spielräume in der Bemessung der Ablösungsentschädigung hin, die damit auch hinter dem Verkehrswert der abzulösenden Leistung zurückbleiben kann.¹³⁶ Angesichts der beschränkten Leistungsfähigkeit von Ländern und Kommunen wird man pragmatische Regelungen finden müssen, bei denen auch die Vorteile der Rechtssicherheit und Planungssicherheit „eingepreist“ werden sollten.

- 29 Einseitigen Ablösungen durch die Landesgesetzgebung steht Art. 138 Abs. 1 WRV mit dem Vorbehalt der Bundesgrundsätze-Gesetzgebung entgegen. Nach dem Grundsatz des *volenti non fit iniuria* werden Ablösungen im Vertragsweg indes entweder allgemein für zulässig gehalten¹³⁷ oder jedenfalls dann, wenn sie keine irreversiblen Fakten für die nachfolgende Ablösungsgesetzgebung schaffen.¹³⁸ Der Ablösung kommunaler Baulasten an kirchlichen Gebäuden steht Art. 138 Abs. 1 WRV schon deswegen nicht entgegen, weil sein Tatbestand sie nicht erfasst.

3. Einwendungen und Wegfall der Geschäftsgrundlage

- 30 Die der allgemeinen Rechtsordnung inhärenten Schranken der Baulasten an kirchlichen Gebäuden werden kaum andersorts so kontrovers diskutiert wie bei der Frage, ob Veränderungen des örtlichen religiösen Milieus, ob Veränderungen von örtlich radizierter Rolle

¹³⁵ Dazu: Droege, Staatsleistungen (o. Fn. 26), S. 210 ff. m. w. N. insbes. zur Rezeption der „Entwährungslehre“ Lorenz von Steins durch Helmut K. J. Ridder, Enteignung und Sozialisierung, in: VVDStRL 10 (1952), S. 124 (138).

¹³⁶ Wie hier: Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 93), Art. 138 WRV, Rn. 12; Czermak, Ablösung (o. Fn. 110), S. 113 ff.; Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 91), Art. 140 – Art. 138 WRV, Rn. 4; Jarass, in: ders. / Pieroth (o. Fn. 131), Art. 140 – Art. 138 WRV, Rn. 2. Skeptisch bezüglich der Bedeutung der Kontroverse: Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 91), Art. 140 – Art. 138 WRV, Rn. 12; Ute Mager, in: Ingo von Münch / Philip Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 140, Rn. 73; Morlok, in: Dreier (o. Fn. 91), Art. 138 WRV, Rn. 24. Umfassend zum Ganzen auch: Droege, Staatsleistungen (o. Fn. 26), S. 208 ff.

¹³⁷ Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 91), Art. 140 – Art. 138 WRV, Rn. 4; Hofmann, Ablösung (o. Fn. 85), S. 370; Jeand’Heur / Koriath, Staatskirchenrecht (o. Fn. 108), Rn. 350; Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 91), Art. 140 – Art. 138 WRV, Rn. 13; Mager, in: v. Münch / Kunig (o. Fn. 136), Art. 140, Rn. 74; Mückl, Kirchliche Organisation (o. Fn. 131), § 160, Rn. 52. Anders: Unruh, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 93), Art. 138 WRV, Rn. 16.

¹³⁸ Droege, Staatsleistungen (o. Fn. 26), S. 243 f.; Isensee, Staatsleistungen (o. Fn. 103), S. 1049 f.

und Status einer Kirche über das allgemeine Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage auf die Rechtsgrundlagen einer staatlichen oder kommunalen Baulast durchschlagen.¹³⁹ Die Rechtsprechung hat diese Frage insbesondere bei auf Herkommen oder vertraglichen Grundlagen beruhenden kommunalen Baulasten erörtert.¹⁴⁰ Die Antwort liegt in der entsprechenden Anwendung des § 60 VwVfG,¹⁴¹ der kumulativ zu dem tatsächlichen Element den Wegfall der Geschäftsgrundlage von einem normativen Gesichtspunkt abhängig macht.¹⁴² Über den Wandel der tatsächlichen Verhältnisse hinaus setzt ein Wegfall der Geschäftsgrundlage voraus, dass durch diesen in die Risikostruktur eines Schuldverhältnisses dergestalt eingegriffen wird, dass einer Partei das Festhalten an der jeweiligen Verpflichtung schlicht nicht zugemutet werden kann.

Ob Änderungen in der konfessionellen Zugehörigkeit der Gemeindebevölkerung einen Wandel der tatsächlichen Verhältnisse begründen können, der der Zumutbarkeit des Fortbestandes der Baulasterfüllung entgegensteht oder zu ihrer Anpassung an die veränderten Verhältnisse berechtigt, wurde von der älteren Rechtsprechung letztlich wenig überzeugend quantitativ durch Ausweisung von Schwel-

31

¹³⁹ S. nur: *Michael Frisch*, Kirchenbaulasten und Geltungsverlust von Rechtsnormen, in: ZevKR 44 (1999), S. 244 ff.; *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 229 ff.; *Ulrich Scheuner*, Fortfall gemeindlicher Kirchenbaulasten durch völlige Änderung der Verhältnisse, in: ZevKR 14 (1968/69), S. 353 ff.

¹⁴⁰ BVerwGE 28, 179 ff., modifiziert durch BVerwGE 38, 76 ff.; BVerwG, KirchE 13, 419 ff.; KirchE 17, 47 ff.; ZevKR 24 (1979), S. 398 ff.; ZevKR 27 (1982), S. 400 ff.; ZevKR 29 (1984), S. 626 ff.; NVwZ-RR 2009, S. 590 ff.; VerfGH NRW, in: NVwZ 1982, S. 431 f.; BayVGh, in: BayVBl. 1973, S. 583 f. = ZevKR 19 (1974), S. 169; BayVBl. 1985, S. 303 ff. = ZevKR 31 (1986), S. 248 ff.; HessVGh, KirchE 13, 259 ff.; ZevKR 28 (1983), S. 428 ff.; OVG Koblenz, KirchE 10, 151 ff.; KirchE 17, 390 ff.; OVG Münster, KirchE 13, 89 ff.; ZevKR 22 (1977), S. 160 ff.; ZevKR 23 (1978), S. 301 ff.; ZevKR 32 (1987), S. 204 ff.; VG Arnsberg, KirchE 18, 451 ff.; VG Minden, KirchE 18, 457 ff.; StGH BW, in: NVwZ 2015, S. 896 ff. Siehe auch: BVerwG, KirchE 63, 540; VGh BW, KirchE 62, 279; VG Stuttgart, U. v. 6. 11. 2012 – 6 K 1692/11, juris.

¹⁴¹ *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 91), Art. 140 – Art. 138 WRV, Rn. 9; *Lindner*, Verfassungsrechtliche Aspekte (o. Fn. 29), S. 326 f.; *Link*, Kultusbaulasten (o. Fn. 29), S. 208 ff. Vgl. auch: *Michael Germann*, Die Anwendung von Art. 60 BayVwVfG auf vertragliche Kirchenbaulasten, in: BayVBl. 1998, S. 422 ff.; *Ludwig Renck*, Kirchenbaulast in aeternum?, in: BayVBl. 1996, S. 554 (556 f.).

¹⁴² *Germann*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 141), S. 423; *Lindner*, Verfassungsrechtliche Aspekte (o. Fn. 29), S. 327; s. auch: *Thorsten Siegel*, in: Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, hg. von Paul Stelkens/Hans Joachim Bonk/Michael Sachs, 9. Aufl. 2018, § 60, Rn. 15 ff., 25 f. Hierzu auch: *Hammer*, Kirchturmbaulastverpflichtungen (o. Fn. 129), S. 29 ff.

lenwerten fremdkonfessioneller Bevölkerung beantwortet.¹⁴³ Wegen des letztlich funktional auf die kirchlichen Bedürfnisse ausgerichteten Charakters der Baulast können quantitative Betrachtungen allenfalls indizielle Bedeutung haben. Entscheidend ist vielmehr, ob die durch die Baulast gesicherten funktionalen Bedürfnisse – im Falle kommunaler Baulasten – örtlich radiziert fortbestehen.¹⁴⁴ In diese Richtung argumentiert auch die jüngere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wenn sie davon absieht, eine quantitative Schwelle konfessionsangehöriger Gemeindeglieder festzulegen, sondern stattdessen auf die Bedeutung der Baulastobjekte in und für die örtliche Gemeinschaft abhebt.¹⁴⁵ Auch für die Reichweite der Geschäftsgrundlage sind so letztlich der Bedürfnisgrundsatz und die spezifische Funktionalität der Baulast maßgeblich: Dort, wo in Kirchengebäuden kein Gottesdienst der Gemeinde mehr gefeiert wird, und dort, wo in Pfarrhäusern keine Pfarrer leben, ist über das Institut der Geschäftsgrundlage eine Anpassung der kommunalen Baulast, also ihr Ruhen oder auch ihr Entfallen, denkbar.

4. Untergang und Sukzession der Baulastträger

- 32** Das Recht der Baulasten an kirchlichen Gebäuden steht gerade wegen der besonderen historischen Dimensionen der Baulasten und der Baulasttitel vor der dogmatischen Herausforderung, den Untergang der Baulastträger als juristischer Personen und allgemein die Diskontinuität der staatlichen Rechtsordnung dogmatisch zu verarbeiten.¹⁴⁶ Die Frage von Rechtsnachfolge staatlicher Entitäten stellt sich, wann immer ein Wandel der Verhältnisse die Selbstverständlichkeit der Identität gerade beseitigt.¹⁴⁷ Virulent wurden Fragen der Rechtsidentität und der Rechtsnachfolge in jüngster Zeit vor allem in Bezug auf die Frage, ob die kommunalen Baulasten in den neuen Ländern nach der Wiedervereinigung fortbestehen und die Kommu-

¹⁴³ So etwa: BVerwGE 38, 76 (82 f.); BVerwG, KirchE 13, 419 (420); OVG Koblenz, KirchE 17, S. 390 (396).

¹⁴⁴ Droege, Aktuelle Probleme (o. Fn. 82), S. 346. In diesem Sinne auch: Christian Traulsen, Neueste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu kommunalen Kirchenbaulastverträgen, in: NVwZ 2009, S. 1019 (1020).

¹⁴⁵ BVerwG, in: NVwZ-RR 2009, S. 590 (592, Rn. 40).

¹⁴⁶ Schon: Droege, Aktuelle Probleme (o. Fn. 82), S. 347 ff.

¹⁴⁷ Grundlegend: Johannes Dietlein, Nachfolge im Öffentlichen Recht, 1999, S. 431 ff.

nen in den neuen Ländern Baulastverpflichtungen ausgesetzt sind.¹⁴⁸ Das Bundesverwaltungsgericht hat dies verneint und ist von einem Untergang der kommunalen Baulasten auf vertraglicher Grundlage in den neuen Ländern ausgegangen.¹⁴⁹

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts schlägt insoweit eine letztlich kommunalverfassungsrechtlich begründete Diskontinuität der verpflichteten Gemeinde auf den Fortbestand der Baulast durch. Die in Anspruch genommene Kommune sei nicht identisch mit der zu Weimarer Zeit vertragsschließenden Gemeinde, sondern im Zuge der Rekommunalisierung des zentralistischen Staatsaufbaus der DDR im Jahr 1990 neu gegründet worden.¹⁵⁰ Verpflichteter sei bis 1990 der Zentralstaat gewesen. Auf Grundlage einer Analyse des vereinigungsbegleitenden Überleitungsrechts kommt das Bundesverwaltungsgericht sodann zum Schluss, dass die in Rede stehende Baulast nicht auf einen anderen Rechtsträger übergeleitet worden, sondern mit dem Ende der DDR untergegangen sei.¹⁵¹ Verfassungsrechtlich sei hiergegen nichts zu einzuwenden, denn die Garantie des Art. 138 Abs. 2 WRV i.V.m. Art. 140 GG stehe in Parallele zur Eigentumsgarantie dem Verzicht auf eine Überleitung nicht entgegen.¹⁵² Auch dem Gleichheitssatz gewinnt das Gericht keine Grenzen ab, da die Kommunen in Ost und West keine tauglichen Vergleichspaare seien.¹⁵³ Zudem habe der Gesetzgeber in den neuen Ländern eine gesellschaftliche Situation der Entkirchlichung angetroffen, die den Fortbestand der kommunalen Baulasten zumindest als zweifelhaft erscheinen ließen. Es sei nicht sachwidrig, „in einer solchen Lage von der Überleitung dieser zweifelhaft gewordenen Rechtsverhältnisse auf die neu errichteten Gemeinden abzusehen, um diese nicht mit Verbindlichkeiten zu belasten, deren innere Rechtfertigung in Wegfall gekommen sei“.¹⁵⁴ In der Literatur wurde die Entscheidung in ihrer vermögensrechtlichen Dimension deshalb mit guten Gründen als „de

33

¹⁴⁸ Umfassend zum Fortbestand der kommunalen Baulasten in den neuen Ländern: *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 282 ff.; *Böhland*, Baulastverpflichtungen (o. Fn. 5), S. 141 ff.; *v. Campenhausen / Thiele*, Göttinger Gutachten (o. Fn. 29), S. 196 ff.; *Knöppel / Köster*, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 9 ff.

¹⁴⁹ BVerwGE 132, 358 ff. = ZevKR 54 (2009) S. 498 ff.

¹⁵⁰ BVerwGE 132, 358 (362 ff.).

¹⁵¹ BVerwGE 132, 358 (363 ff.).

¹⁵² BVerwGE 132, 358 (367 ff.).

¹⁵³ BVerwGE 132, 358 (369 ff.).

¹⁵⁴ BVerwGE 132, 358 (372).

facto die größte [...] Enteignung kirchlichen Vermögens seit dem Reichsdeputationshauptschluß 1803“ gewertet.¹⁵⁵

- 34 Entgegen der überwiegenden Auffassung in der staatskirchenrechtlichen Literatur¹⁵⁶ geht das Bundesverwaltungsgericht folglich davon aus, dass die Kommunen in den neuen Ländern nicht die Rechtsnachfolger der 1945 zumindest rudimentär bestehenden Gebietskörperschaften seien, sondern im Jahre 1990 neu errichtet worden seien. Ein Übergang der Baulasten kann grundsätzlich bei Diskontinuität der Rechtsträger durch das Institut der Funktionsnachfolge als Rechtsübergangstatbestand bewirkt werden.¹⁵⁷ Allerdings findet die Funktionsnachfolge nur subsidiär dann Anwendung, wenn der Gesetzgeber nicht ein ausdrückliches rechtliches Übergangsregime geschaffen hat.¹⁵⁸ Ein ebensolches stellen die vermögensbezogenen Regelungen insbesondere des Einigungsvertrages unzweifelhaft dar. Das Bundesverwaltungsgericht steht hier auf dem Standpunkt, dass auf Grundlage des § 2 Abs. 1 des Kommunalvermögensgesetzes vom 6. 7. 1990,¹⁵⁹ der Art. 21 und 22 EV sowie des § 1a des Vermögenszuordnungsgesetzes¹⁶⁰ im Wege der Einzelrechtsnachfolge nur solche Verbindlichkeiten auf die Kommunen übergeleitet worden seien, die im sachlichen Zusammenhang mit übergeleitetem Finanz- und Verwaltungsvermögen stünden.¹⁶¹ Mangels des hinreichend konkretisierten Nachweises, dass die vertraglichen Baulastverpflichtungen aus auf die Kommunen übergeleitetem Grundvermögen resultierten, werden jene als isolierte Verbindlichkeiten qualifiziert, deren Zuordnungssubjekt die DDR war und blieb.¹⁶² Mangels Rechtsnachfolge

¹⁵⁵ Traulsen, Rechtsprechung (o. Fn. 144), S. 1019.

¹⁵⁶ S. Böhlend, Baulastverpflichtungen (o. Fn. 5), S. 152 f.; v. Campenhaußen / Thiele, Göttinger Gutachten (o. Fn. 29), S. 296 ff.; Knöppel / Köster, Kirchenbaulasten (o. Fn. 5), S. 10 f.; Lindner, Baulasten (o. Fn. 2), S. 282; Traulsen, Rechtsprechung (o. Fn. 144), S. 1021.

¹⁵⁷ Grundlegend: Ulrich Scheuner, Die Funktionsnachfolge und das Problem der staatsrechtlichen Kontinuität, in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift für Hans Nawiasky, hg. von Theodor Maunz, 1956, S. 9 (34 f.).

¹⁵⁸ Dazu bereits: Droege, Aktuelle Probleme (o. Fn. 82), S. 351.

¹⁵⁹ GBl. DDR I S. 660.

¹⁶⁰ Gesetz über die Feststellung der Zuordnung von ehemals volkseigenem Vermögen (VZOG) i. d. F. d. B. v. 29. 3. 1994 (BGBl. I S. 709), zuletzt geändert am 3. 7. 2009 (BGBl. I S. 1688).

¹⁶¹ BVerwGE 132, 358 (363 f.).

¹⁶² BVerwGE 132, 358 (367). Diese Interpretation des Art. 21 EV wird auch von der Zivilrechtsprechung geteilt, s. dazu: BGHZ 128, 93 (399); 145, 145 (148); BGH, in: NJOZ 2006, S. 1035 (1041).

bleibt nur der Untergang der kommunalen Baulast mit dem Untergang des durch sie verpflichteten Gemeinwesens.

Diese Prämissen dieser Rechtsprechung überzeugen sowohl aus systematischen als auch aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht.¹⁶³ Systematisch wird der Rückgriff auf das Rechtsinstitut der Funktionsnachfolge dadurch gesperrt, dass den Regelungen des Einigungsvertrages ein abschließender Charakter zugesprochen wird. Mag dies auch für die Überleitung der Eigentumsverfassung zutreffend sein, so lässt sich der Entstehungsgeschichte doch nichts dafür entnehmen, dass die Vertragspartner auch das Schicksal von der Kirchengutsgarantie des Art. 138 Abs. 2 WRV i.V.m. Art. 140 GG unterfallenden Rechtspositionen hätten regeln wollen.¹⁶⁴ Auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive hat die Rechtsprechung nicht hinreichend gewürdigt, dass die schwache rechtsstaatliche Kontinuitätsgewähr, an der die Überleitung der Eigentumsverfassung zu messen ist,¹⁶⁵ eine subjektive Verstärkung durch die funktionsbezogene Kontinuitätsgewähr des Art. 138 Abs. 2 WRV i.V.m. Art. 140 GG findet.¹⁶⁶

35

Auch zum Schicksal kommunaler Baulasten auf nichtvertraglicher Rechtsgrundlage lässt sich der bisherigen Rechtsprechung nichts entnehmen. Die Aussagen zur Rechtsnachfolge in bilaterale vertragliche Ansprüche sind jedenfalls nicht übertragbar. Herkommen, Observanz und Gewohnheitsrecht folgen unter Umständen anderen Rechtsnachfolgemechanismen.¹⁶⁷

36

IV. Ausblick

Baulasten an kirchlichen Gebäuden erscheinen nicht selten und nicht Wenigen als anachronistisches Artefakt vergangener Verbindungen zwischen Staat und Kirchen. Ihre Rechtsgründe verlieren sich allzu oft im historischen Dunkel. Anerkenntnis, Vertrag, Gewohnheitsrecht, Observanz, Herkommen, erwerbende Verjährung sind Ausdifferenzierungen der Religionsfürsorge und der Kompensation

37

¹⁶³ Dazu schon: *Droege*, Aktuelle Probleme (o. Fn. 82), S. 352 ff.

¹⁶⁴ Dazu: *Droege*, ebd., S. 357 f.

¹⁶⁵ BVerfGE 84, 90 (120 ff.); 94, 12 (34 ff.); 102, 254 (298 ff.); 112, 1 (20 ff.).

¹⁶⁶ *Droege*, Aktuelle Probleme (o. Fn. 82), S. 355.

¹⁶⁷ *Droege*, Verlust der Rechtseinheit (o. Fn. 4), S. 497.

für Vermögensverlust.¹⁶⁸ Die Legitimation der Baulasten gelingt damit letztlich mit Hinweis auf die mittelalterliche Einheit von kirchlicher und weltlicher Gemeinde und mit dem Hinweis auf Vermögenssäkularisationen zur Reformationszeit und am Ende des alten Reiches.¹⁶⁹ Das Baulastrecht ist eben eine „Rechtsmaterie von großem Beharrungsvermögen“.¹⁷⁰ Diesem verdankt es die Komplexität seiner Rechtsgrundlagen und die mit dieser in der Praxis oftmals einhergehenden großen Mühen der rechtssicheren Feststellung und Durchsetzung konkreter Baulastverpflichtungen. Die rechtsstaatliche Performanz des Baulastrechts kann nicht beeindrucken. In dem Maße, in dem die Legitimationsgrundlagen des Baulastrechts im Rechtsbewusstsein schwinden, werden die Probleme der Rechtsdurchsetzung zunehmen. Nicht zu verkennen ist schließlich auch, dass neben den Legitimationsgrundlagen der Kirchenbaulasten auch das rechtsdogmatische Wissen um die rechtsrichtige Interpretation und Anwendung ihrer Rechtsgrundlagen schwinden wird. Kontrastierend sind die verfassungsrechtlichen Fundamente der Baulasten belastbar, sind diese doch von der Kirchengutsgarantie des Art. 138 Abs. 2 WRV i.V.m. Art. 140 GG geschützt. Auch auf verfassungsrechtlicher Ebene stehen allerdings jedenfalls die Baulasten von Bund und Ländern zur nach Art. 138 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG verfassungserwarteten Bereinigung an. Ihr Fortbestand ist ein Fortbestand auf Zeit, ihre Ablösung Verfassungsauftrag. Die besten verfassungsrechtlichen Fundamente schützen allerdings nicht vor den in den Baulasttiteln angelegten Einwirkungen der allgemeinen Rechtsordnung auf den Fortbestand der Baulastverpflichtungen und auch nicht vor den in-
trikaten Problemen, die sich dann stellen, wenn diese Rechtsordnung Diskontinuitäten und revolutionäre Umbrüche zu verarbeiten hat. Nach alledem ist das überkommene Recht der Baulasten an kirchlichen Gebäuden eine zu überwindende Rechtsmaterie. Die zahlreichen Freistellungs- und Ablösungsvereinbarungen auf Landes- und Kommunalebene geben hier die richtige Richtung vor. Die rechtsdogmatischen Herausforderungen im Baulastrecht dürften zukünftig in der Gestaltung von für Baulastverpflichtete und Baulastberechtigte wirtschaftlich tragbaren und praktikablen Ablösungsregelungen liegen. Die Zukunft der Baulasten an kirchlichen Gebäuden liegt im Vertragsstaatskirchenrecht.

¹⁶⁸ Statt Vieler: *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 4), S. 271 f.

¹⁶⁹ Dazu schon: *v. Campenhausen / de Wall*, ebd., S. 271 f.; *Droege*, Verlust der Rechtseinheit (o. Fn. 4), S. 488.

¹⁷⁰ *Lindner*, Baulasten (o. Fn. 2), S. 330.

§ 65

Die Wirkungen des Bau- und Immissionsschutzrechts für Kirchen und andere Religionsgemeinschaften

Von Ansgar Hense

A. Einleitung	1–6
I. Öffentlichkeit von Religion – Religion im öffentlichen Raum	1–3
II. Das Bau- und Immissionsschutzrecht als „Medium des Religionsverfassungsrechts“	4–6
B. Baurecht	7–39
I. Kategorien und Typen religiöser Bauvorhaben	8–15
1. Zur Differenzierung von kultisch-gottesdienstlich und kirchlich-religiös sowie zur Definitionskompetenz	8
2. Insbesondere kultische, gottesdienstliche Gebäude	9–14
a) Kirchen und Kirchtürme	10
b) Moscheen und Minarette sowie Cem-Häuser	11–13
c) Synagogen	14
3. Andere Gebäudearten zu kirchlichen- religionsgesellschaftlichen Zwecken	15
II. Bauplanungsrecht	16–35
1. Berücksichtigung religiöser Belange bei der Bauleitplanung	18–26
2. Zulässigkeit religiöser Bauvorhaben im beplanten Bereich	27–31
a) BauNVO-Gebietstypik und Zulässigkeit religiöser Vorhaben	28–30
b) Das Gebot der Rücksichtnahme als Einzelfallkorrektiv bei religiösen Vorhaben	31

3. Zulässigkeit in unbeplanten Gebieten	32–35
a) Religiöse Vorhaben im Innenbereich	33–34
b) Religiöse Vorhaben im Außenbereich	35
III. Bauordnungsrecht	36–39
C. Immissionsschutzrecht	40–50
I. Der Gebrauch von Kirchenglocken	41–46
1. Die Sprache der Glocken und die Glocke als Kultursymbol	41
2. Immissionsschutzrechtliche Bewertung des sakralen Glockengeläuts und des Zeitschlagens	42–45
3. Rechtsschutz gegen Glockenläuten – eine besondere Rechtswegproblematik	46
II. Der Ruf des Muezzins	47–50
1. Immissionschutzrechtliche Bewertung des Gebetsrufs	47–49
2. Rechtsschutzfragen	50

A. Einleitung

I. Öffentlichkeit von Religion – Religion im öffentlichen Raum

- 1 Kirchen und Religionen sind ebenso sichtbar wie hörbar, weil sie sich nach außen hin darstellen und symbolisieren. Insofern sind sie öffentlich sinnlich wahrnehmbar. In religiösen Bauten und religiösen Immissionen manifestiert sich die öffentliche Präsenz von Religionen.¹ Kirchen und Religionen haben dabei ihre je eigenen baulichen Erscheinungs- und Ausdrucksformen. Christentum und Islam verfügen zudem mit Kirchenglocken und Muezzin-Ruf über einen spezifischen eigenen „Sound“. Die materielle und immaterielle Präsenz des Religiösen konstituiert und prägt den öffentlichen Raum mit. Sakral-

¹ Aufschlussreich der Sammelband: *Rainer Bürgel / Andreas Nohr* (Hg.), *Kirchliche Präsenz im öffentlichen Raum – Glaube und Architektur im 21. Jahrhundert. Berichte und Ergebnisse des 23. Evangelischen Kirchenbautages 1999 in Hamburg, 2000.* Zum christlichen Glockenläuten siehe nur *Kurt Kramer*, *Klänge der Unendlichkeit. Eine Reise durch die Kulturgeschichte der Glocke*, 2015; vgl. ferner *Jakob Johannes Koch*, *Verstummes Kulturerbe? Glockengeläut ist mehr als ein stimmungsvoller Brauch*, in: HK 68 (2014), S. 411–415. Materialreich auch die unveröffentlichte theologische Diplomarbeit von *Jan Hendrik Stens*, *Vom akustischen Signalgeber zum liturgischen Musikinstrument: Die Glocke im Christentum*, 2005.

bauten sind „Knotenpunkte des öffentlichen Lebens“.² Exemplarisch wie paradigmatisch lässt sich an der „Nuova Topografia di Roma“ des italienischen Architekten *Gianbattista Nolli* aus dem Jahr 1748 ablesen, dass zu diesen öffentlich nutzbaren Räumen sogar die Innenräume von Kirchen zu zählen sind. Nach dem religiösen Verständnis sind „heilige Orte“³ keine selbstbezüglichen Phänomene, sondern stehen mit ihrer Umgebung in Kontakt.

Es dürfte prinzipiell sinnvoll sein, zwischen „sakralen Orten oder Räumen einerseits und religiösen Orten oder Räumen andererseits“ kategorial zu unterscheiden.⁴ Kirchen oder andere religiöse Bauten sind optional – und dies nicht nur bei den Kirchenangehörigen und sicherlich auch abhängig von ihrer raum-örtlichen Dominanz oder Prägekraft – „Orte der Identifikation“.⁵ Religiöse Orte und Räume sind Bestandteil der Topographie des öffentlichen Raumes. Anders als bei „der Zeit“ hat sich der öffentliche Raum in der Moderne auch nicht völlig desakralisiert.⁶ Zwar wird der öffentliche Raum heute nicht mehr durch ein vorgegebenes Ordnungskonzept festgefügt Hierarchie strukturiert, bei dem der Kirche als Bautypus vorrangige Prägefunktion zukommt.⁷ Gleichwohl haben die religiösen Orte (und Räume) gerade in ihrem Selbststand ihre Bedeutung und treten wegen ihrer Gegensätzlichkeit zu ihrer Umgebung mit dieser Umwelt in eine besondere Verbindung. Es geht heute vor allem um die Relatio-

2

² *Susanne Rau*, Raum und Religion. Eine Forschungsskizze, in: Religion und Raumordnung in der Vormoderne, hg. von ders./Gerd Schwerhoff, 2008, S. 10 (11). Bemerkenswert *Ansgar u. Benedikt Schulz* (Hg.), Religion und Stadt. Positionen zum zeitgenössischen Sakralbau in Deutschland, 2018.

³ Für den katholischen Rechtskreis siehe c. 1205 CIC/1983; siehe näher *Heinrich J. F. Reinhardt*, Geweihte Stätten, in: HKKR³, S. 1107–1114.

⁴ *Rau*, Raum und Religion (o. Fn. 2), S. 18. Sie weist darauf hin, „dass nicht jeder religiöse Raum auch sakral ist, sondern Sakralität eine Dimension eines religiösen Raumes sein kann“ (a. a. O.). Während „heilige Orte“ (oder Räume) zu frommen Haltungen einladen und zu kultischen Handlungen zu dienen bestimmt sind, besitzen religiöse Orte bzw. Räume für die jeweilige Religion eine Bedeutung, ohne dass dies aber mit „sakraler Aufladung“ verbunden ist.

⁵ Eindrucksvoll aus theologischer Perspektive: *Rolf Schieder*, Dorfkirchen als Orte der Identifikation. Kirchenbaufördervereine in praktisch-theologischer Perspektive, in: *Pastoraltheologie* 95 (2006), S. 440–453.

⁶ *Schieder*, ebd., S. 445 f.

⁷ Für den dörflichen Raum hat der Rechtshistoriker *Karl Siegfried Bader* darauf hingewiesen, dass „ein Dorf ohne eigene Pfarrkirche [...] eben kein richtiges, voll zu nehmendes Dorf“ gewesen sei. So *ders.*, *Das Dorf*, Bd. II, 1962, S. 198, 200.

nen von Orten.⁸ Dass bspw. den Kirchen(gebäuden) in ihrem Selbststand eine besondere Funktion und Zwecksetzung zukommt, lässt sich nicht nur an ihrer Widmung zum gottesdienstlichen Gebrauch ablesen, sondern auch an dem Rechtsphänomen „Kirchenasyl“, das verdeutlicht, dass das Kirchengebäude an sich keine Baulichkeit wie jede andere ist.⁹

- 3 In der Relationalität der Orte und in der als Lärmimmissionen wahrgenommenen religiösen Sprache etwa von Glocken und Muezzin-Ruf liegen Konflikte begründet, die juristische Auseinandersetzungen provozieren. Die Gerichtsentscheidungen zum Glockenläuten sind zahlreich.¹⁰ Der Bau von Moscheen und Minaretten führt sowohl zu politischen Diskussionen und mitunter sogar zu Verhinderungsinitiativen, weil diese Form des Bauens als fremd angesehen und störend empfunden wird.¹¹ Die Verbotsinitiative zum Minarettbau in der Schweiz¹² ist für die Konfliktrichtigkeit ebenso ein Beispiel wie die ebenfalls schweizerische Initiative „IG-Stiller“, die für eine Abschaffung des Stundenschlags und eine erhebliche Reduktion des liturgi-

⁸ Dies wird von dem französischen Denker *Michel Foucault* in einem Konzept der „Heterotopien“ entfaltet. Dazu nur *Schieder*, Dorfkirchen (o. Fn. 5), S. 445 ff. Zu *Foucaults* Ansatz kritisch *Susanne Rau*, Räume. Konzepte, Wahrnehmungen, Nutzungen, 2013, S. 89 ff.

⁹ Vgl. c. 1179 CIC/1917, seit 1983 gibt es eine vergleichbare Bestimmung zum Kirchenasyl nicht mehr im universalen katholischen Kirchenrecht.

¹⁰ *Thomas Troidl*, Zwischen Kirchturm und Minarett: der Lärm Gottes – dürfen Glocken lauter läuten als Muezzine rufen können?, in: DVBl. 2012, S. 925–933; ferner *Ansgar Hense*, Glockenläuten und Uhrenschlag. Der Gebrauch von Kirchenglocken in der kirchlichen und staatlichen Rechtsordnung, 1998.

¹¹ Zur Problematik siehe *David Christopher Stoop*, Recht fremd: Moscheebau, Baurecht und Leitkultur, in: Forum Recht 2009, S. 52–53. Aufschlussreich die Beiträge in: *Reinhold Bernhardt/Ernst Förlinger* (Hg.), Öffentliches Ärgernis? Moscheebaukonflikte in Deutschland, Österreich und der Schweiz, 2015. Sowie die rechtstatsächlichen Hinweise bei *Dorothea Gaudernack*, Muslimische Kultstätten im öffentlichen Baurecht. Der Bau von Moscheen im Spannungsfeld von Religionsfreiheit und einfachem Recht, 2001, S. 234–266.

¹² Zur rechtlichen Würdigung dieser Initiative, die auch den EGMR beschäftigte, siehe *Ralph Zimmermann*, Zur Minarettverbotsinitiative in der Schweiz, in: ZaöRV 69 (2009), S. 829–864. Im November 2009 stimmten 57,5 % der Schweizer für die Aufnahme eines Minarettverbots in die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Art. 72 Abs. 3: „Der Bau von Minaretten ist verboten“); die dagegen gerichteten Beschwerden wies der EGMR später ab (in: NVwZ 2012, S. 289 = KirchE 57, 431; sowie das Parallelverfahren EGMR, KirchE 57, 440). Ein Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts in Lausanne vom 12.10.2012 – 2 C 828/2011 – relativierte dieses verfassungsrechtliche absolute Bauverbot aber wieder.

schen Glockengebrauchs eintritt.¹³ In Österreich erlangte der Streit um das Läuten der Linzer Domglocken erhebliche Aufmerksamkeit.¹⁴ Debatten über die Errichtung von Moscheen werden auch in der Bundesrepublik Deutschland geführt.¹⁵ Konflikte um religiöse Bauten betreffen aber nicht nur Moscheen, sondern ebenso Kirchen. Eine Analyse der jüngeren Rechtsprechung konstatiert sogar eine „Gründerzeit“ für religiöse Bauten, die das Verhältnis von Öffentlichem Baurecht und religiösen Freiheitsrechten „von Neuem auf die Probe“ stelle.¹⁶

¹³ Siehe deren Homepage [<www.nachtruhe.info>]; die Initiative wendet sich auch gegen die alpenlandtypischen Kuhglocken.

¹⁴ Eingehend dazu *Andreas Geroldinger/Meinhard Lukas*, Kirchenglocken im Nachbarschaftsrecht. Überlegungen anlässlich der Entscheidung OGH 6 Ob 7/16x, in: *öarr* 2017, S. 97–118.

¹⁵ Aus dem nahezu unzähligen Schrifttum etwa *Bärbel Beinhauer-Köhler/Claus Leggewie*, Moscheen in Deutschland. Religiöse Heimat und gesellschaftliche Herausforderung, 2009 (dazu die bemerkenswerte Rezension von *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, in: *FAZ* – Nr. 165 – vom 20. 7. 2009, S. 27); ferner *Thomas Schmitt*, Moscheen in Deutschland. Konflikte um ihre Errichtung und Nutzung, 2003; *Gaudernack*, Muslimische Kultstätten (o. Fn. 11); die Beiträge zum Bau der Kölner DITIB-Moschee in: *Franz Sommerfeld* (Hg.), *Der Moscheestreit. Eine exemplarische Debatte über Einwanderung und Integration*, 2008; sowie *Cenk Alican*, *Wie viel Islam vertragen deutsche Kommunen? Eine Mikroanalyse von Moscheebaukonflikten in Bayern*, 2010. Als kurze repräsentative Problematisierungen des Moscheebaus und Muezzin-Rufs: *Janbernd Oebbecke*, Das deutsche Recht und der Islam, in: *Handbuch Recht und Kultur des Islams in der deutschen Gesellschaft*, hg. von Adel Theodor Khoury/Peter Heine/Janbernd Oebbecke, 2000, S. 287 (296–303); *ders.*, Moscheebaukonflikte und der Beitrag des Rechts, in: *Drei Jahre deutsche Islam Konferenz (DIK) 2006–2009*, o.J., S. 228–244; *Stefan Muckel/Reiner Tillmanns*, Die religionsverfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für den Islam, in: *Der Islam im öffentlichen Recht des säkularen Verfassungsstaates*, hg. von Stefan Muckel, 2008, S. 234 (254–260).

¹⁶ So das Résumé des instruktiven Rechtsprechungsreports von *Thomas Troidl*, Auf Gott gebaut: Kapellen, Krypten und Moscheen, in: *BauR* 2012, S. 183 (198).

II. Das Bau- und Immissionsschutzrecht als „Medium des Religionsverfassungsrechts“¹⁷

- 4 Die Wirkungen des einfachgesetzlichen Bau- und Immissionsschutzrechtes für die Kirchen und Religionsgesellschaften liegen vor allem darin begründet, dass diese Rechtsmaterien grundsätzlich als Medium der Umsetzung des Verfassungsrechts gelten, weil die Rechtsordnung auf dieser Ebene die verfassungsrechtlichen Vorgaben in konkrete anspruchs- und pflichtenbegründende Normen übersetzt.¹⁸ Das Grundrecht der Religionsfreiheit und das religionsgesellschaftliche Selbstbestimmungsrecht halten eine Grundrechtsofferte bereit, dass sich Religionen baulich-materiell oder immateriell durch akustisch wahrnehmbare, religiöse Handlungsformen (Riten, Gewohnheiten u. a.) ausdrücken und damit von der Umwelt unterscheiden können.¹⁹ In den Art. 4 und Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV manifestiert sich eine spezielle Variante der ansonsten in der verfassungsrechtlichen Eigentumsfreiheit verankerten „Baufreiheit“. Das Verfassungsrecht begründet Freiheitsoptionen nicht schrankenlos, sondern postuliert eine verhältnismäßige Zuordnung widerstreitender Rechtsgüter im Fall der Rechtskollision. Diese Zuordnungsaufgabe wird etwa für den Bau und die Nutzung von Kirchen sowie den Gebrauch von Kirchenglocken grundsätzlich erst einmal auch durch das einfachgesetzliche Bau- und Immissionsschutzrecht vorgenommen. Das Öffentliche Baurecht normiert einerseits die Möglichkeit der Errichtung und Nutzung von religiös konnotierten Gebäuden, andererseits hat es aber auch – multipolare – Konfliktlagen vorzuzubedenken und Ausgleichsoptionen zu ihrer Bewältigung vorzu-

¹⁷ Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich vorrangig auf die religiösen Freiheitsrechte nach Art. 4 GG und Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV, zu denken wäre aber auch noch die verfassungsrechtliche Verbürgung der allgemeinen Baufreiheit und die spezielle Kirchengutsgarantie in Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 WRV.

¹⁸ Zu dieser Umsetzungsfunktion des Verwaltungsrechts grundlegend *Rainer Wahl*, Abschied von den „Ansprüchen aus Art. 14 GG“, in: *Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag*, hg. von Bernd Bender u. a., 1993, S. 245 (inbes. S. 255 ff.); *ders.*, Die doppelte Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts, in: *DVBl.* 1996, S. 641–651.

¹⁹ Siehe exemplarisch *Felix Hammer*, Die Kirchen im staatlichen öffentlichen Baurecht, in: *KuR* 2000, S. 179 (180–184). Zum Bau von Kirchen, Kirchtürmen, Moscheen und Minaretten als Akt der Religionsausübung siehe *Stefan Muckel*, in: *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, hg. von Karl Heinrich Friauf / Wolfram Höfling, Art. 4, Rn. 33.

sehen,²⁰ insofern kommt dem Gesetzgeber eine Konfliktschlichtungsprerogative zu.²¹ Entsprechendes gilt für das Immissionsschutzrecht. Das einfache Verwaltungsrecht wirkt demnach einerseits ermöglichend und andererseits schrankenziehend. Den verfassungsrechtlichen Direktiven der Religionsfreiheit und des religionsgesellschaftlichen Selbstbestimmungsrechts kommt nach dem gesetzgeberischen Umsetzungsvorgang in bau- und immissionsschutzrechtlichen Regelungen noch „norminterne“ Wirkung zu, als die damit verbundenen normativen Wertungen in die Auslegung der einfachgesetzlichen Ordnungsnorm einfließen und damit deren Anwendung dirigieren.²² Grundrechte gehören „zum normativen Umfeld der einfachgesetzlichen Konfliktschlichtung“,²³ ob das Grundrecht der Religionsfreiheit darüber hinaus normexterne Wirkung entfaltet und ihm – z. B. mangels einfachgesetzlicher Grundlagen – unmittelbare Ansprüche hinsichtlich der Genehmigung von Vorhaben entnommen werden können, wird kontrovers diskutiert.²⁴ Es bedarf demnach genauerer Darstellung, ob und inwieweit das Bau- und Immissionsschutzrecht die Religionsfreiheit und das religionsgesellschaftliche Selbstbestimmungsrecht wirklich konkret und gehaltvoll ausformt, indem es die religiösen Interessen und Belange mit spezifischen Regelungen explizit berücksichtigt, oder ob die verfassungsorientierte bzw. ausstrahlende Einwirkung der religiösen Freiheitsrechte über das Medium von Ermessensnormen, Ausnahmeverbieten oder unbestimmten Rechtsbegriffen – ggf. auch zusätzlich – erfolgen muss. Befreiungsvorschriften wie bspw. § 31 Abs. 2 BauGB, die keineswegs einen unbegrenzten Dispensvorbehalt der Verwaltung zur Folge haben, können ein „Billigkeitskorrektiv“ darstellen, das verfassungsintendierte Einzelfallgerechtigkeit in Ausnahmefällen zum Zuge kommen

²⁰ Grundlegend *Matthias Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis, 2. Aufl. 2005; *ders.*, Die Konfliktschlichtungsformel. Zur Neubegründung des subjektiven öffentlichen Rechts, in: Staat, Verwaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, hg. von Peter Baumeister u. a., 2011, S. 1167–1185.

²¹ *Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen (o. Fn. 20), S. 719 ff.; *ders.*, Konfliktschlichtungsformel (o. Fn. 20), S. 1174 f.

²² Zur norminternen und -externen Wirkungsweise näher *Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen (o. Fn. 20), S. 41 ff., 720 ff.

²³ So plastisch *Schmidt-Preuß*, Konfliktschlichtungsformel (o. Fn. 20), S. 1175.

²⁴ Prinzipiell wohl nicht ausschließend *Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen (o. Fn. 20), speziell zu Art. 4 GG S. 67. Demgegenüber prinzipiell ablehnend *Wahl*, Abschied (o. Fn. 18); *ders.*, Abhängigkeit (o. Fn. 18), S. 641 (insbes. S. 646 f. und passim).

lässt.²⁵ Dem entspricht eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Bestattung von syrisch-orthodoxen Gemeindepriestern im Untergeschoss eines Kirchengebäudes, die eine Genehmigungsversagung als verfassungswidrig judizierte.²⁶ Diese Entscheidung belegt die hohe Bedeutung von Grundrechten auch bei der Anwendung bauplanungsrechtlicher Vorschriften.²⁷

- 5 BauGB, BauNVO und BImSchG erweisen sich in unterschiedlicher Weise als religionssensibel. Während sich das BImSchG dem Wortlaut nach als religionsabstinent erweist, normieren das BauGB und die BauNVO – anders als etwa grundsätzlich die Landesbauordnungen (LBO)²⁸ – religionsspezifische Konkretisierungen (z.B. § 1 Abs. 6 Ziff. 6, § 5 Abs. 2 Ziff. 2 Buchst. a) BauGB sowie § 2 Abs. 3 Ziff. 2, § 3 Abs. 3 Ziff. 2, § 4 Abs. 2 Ziff. 3 BauNVO), so dass ein ausdrücklicher Verweisungszusammenhang zu den verfassungsrechtlich fundierten religiösen Freiheitsrechten hergestellt wird.
- 6 In diesem Zusammenhang ergibt sich die Frage nach der Wirkungsweise staatskirchenvertragsrechtlicher Regelungen. Neuere vertragliche Abmachungen zwischen Staat und Kirchen verfügen unter Umständen über Vertragsbestimmungen zum Bau(planungs)-recht;²⁹ die Verträge mit muslimischen Akteuren enthalten hinsichtlich Moschee-Bauten oder Cem-Häusern teilweise bemerkenswerte Regelungen.³⁰ Damit kommt es zu einer Regelungskonkurrenz zwi-

²⁵ Damit unterscheidet sich diese Auffassung auch von den Positionen, die ggf. am Gesetzeswortlaut vorbei unmittelbar Ansprüche aus Grundrechten herleiten.

²⁶ BVerfG (K), in: EuGRZ 2016, S. 474 (478 ff.).

²⁷ So *Michael Sachs*, Grundrechte: Berücksichtigung der Religionsfreiheit bei Verwaltungsentscheidungen, in: JuS 2016, S. 952 (953).

²⁸ Eine Ausnahme bilden aber § 70 LBO BW sowie die Versammlungsstätten- bzw. Sonderbauverordnungen.

²⁹ Exemplarisch Art. 13 Abs. 3 KathKV Hmb. und Art. 8 Abs. 3 EvKV Hmb.

³⁰ Vgl. dazu Art. 9 Abs. 3 bis 5 des Vertrages der Freien Hansestadt Hamburg mit dem DITIB-Landesverband, dem SCHURA-Rat und dem VIKZ vom 13. 11. 2012 (Hmb. Bürgerschaft, Drs. 20/5830, S. 4 ff.), sowie des Art. 9 Abs. 2 und 3 des Hamburger Vertrages mit der Alevitischen Gemeinde Deutschland e.V. vom 13. 11. 2012 (Hmb. Bürgerschaft, Drs. 20/5830, S. 15 ff.). Siehe auch Art. 4 der Verträge des Landes Niedersachsen mit der islamischen Religionsgemeinschaft DITIB Niedersachsen und Bremen e.V. sowie der SCHURA Niedersachsen – Landesverband der Muslime e.V. Siehe auch *Julia Lutz-Bachmann*, *Mater rixarum? Verträge des Staates mit jüdischen und muslimischen Religionsgemeinschaften*, 2015, S. 474. Der Bau von Synagogen ist in jüdischen Staatsverträgen nicht Gegenstand spezifischer baurechtlicher Regelungen, sondern finanzieller Förderung oder denkmalrechtlicher Fragen.

schen baurechtlichen Bestimmungen und Staatskirchenverträgen bzw. religionsrechtlichen Verträgen, der bis jetzt – soweit ersichtlich – kaum Aufmerksamkeit geschenkt bzw. die bis jetzt nicht relevant geworden ist. Rechtsnatur und Bindungswirkung der Staatskirchenverträge können quasi verfassungsrechtlich sein,³¹ wobei es gegenwärtig noch eine offene Frage ist, ob dies für alle religionsrechtlichen Verträge gelten kann. Ungeachtet dessen stellt sich das Problem, ob solche Verträge der Länder in der Lage sind, das Bauplanungsrecht des Bundes zu beeinflussen. Dem wird man wegen der Normenhierarchie (Art. 31 GG) skeptisch gegenüberstehen müssen.

B. Baurecht

Der Eindruck, dass der christliche Sakralbau zum Erliegen gekommen und nur noch der Bau von Moscheen von Bedeutung sei, täuscht.³² Zwar hat die aktuelle Kirchenbautätigkeit nicht den Umfang der Nachkriegszeit der Bundesrepublik Deutschland³³ und sicherlich werden auch nicht mehr alle rund 45.000 Kirchen der christlichen Religionen in Deutschland benötigt,³⁴ doch stellt sich die Frage nach ihrer Umnutzung oder ihrer Aufgabe. Gleichwohl ist auffällig, dass zu Beginn des 21. Jahrhunderts auch eine durchaus rege Neubautätigkeit im Sakralbau zu beobachten ist.³⁵ Daneben sind die

7

Siehe *Lutz-Bachmann*, a. a. O., S. 420 ff. Art. 7 JüdV Bbg. lautet bspw. nur ganz unspezifisch: „Das Land unterstützt die Errichtung einer Synagoge in Potsdam“.

³¹ Zum Diskussionsstand siehe nur *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 19), Art. 140, Rn. 59–61.

³² Instruktiv dazu die verschiedenen Beiträge, Interviews und Berichte zum Schwerpunktthema ‚Sakralbau‘ in der Zeitschrift *Competition – Zeitschrift für Architekten, Ingenieure und Bauherren*, Ausgabe 13 (Oktober-Dezember 2015), S. 52–81.

³³ Plastisch zu dieser Aufbruchsituation etwa hinsichtlich des Ruhrbistums Essen *Wilhelm Damberg*, „Jedem Bergarbeiter seine Kirche neben’s Bett“: Katholiken, Kirchen und Stadtentwicklung in der Geschichte des Ruhrgebiets, in: *Montan- und Industriegeschichte. Festschrift für Rainer Slotta zum 60. Geburtstag*, hg. von Stefan Brüggerhoff u. a., 2006, S. 261–273.

³⁴ *Christina Gräwe*, Der Kirchenbau ist wieder en vogue, in: *Competition – Zeitschrift für Architekten, Ingenieure und Bauherren*, Ausgabe 13 (Oktober-Dezember 2015), S. 54.

³⁵ *Gräwe*, ebd. Der evangelische Kirchenbaudirektor *Harald Hein* konstatiert: „Auffällig finde ich, dass wieder mehr Kirchtürme gebaut werden und Wert auf das Glockengeläut gelegt wird. Für mich ein Indiz für das wachsende Selbstbewusstsein der Kirchen“ (ebd., S. 59).

weiteren religiösen Bauvorhaben von der jüdischen Synagoge bis zu den Moscheen Ausdruck und Beleg für die auch bauliche Präsenz des Religiösen im öffentlichen Raum in all ihrer Vielfalt und Pluralität; für die Muslime ist damit gleichsam die Mutation von einer weitgehend unsichtbaren zu einer sichtbaren Religion verbunden.³⁶

I. Kategorien und Typen religiöser Bauvorhaben

1. Zur Differenzierung von kultisch-gottesdienstlich und kirchlich-religiös sowie zur Definitionskompetenz

- 8 Das Baurecht unterscheidet zwischen Bauten zu gottesdienstlich-seelsorgerlichen und kirchlichen Zwecken (einerseits § 1 Abs. 6 Ziff. 6 BauGB, andererseits die Terminologie in der BauNVO), wobei der Topos „kirchlich“ gleichheitskonform auszulegen sein wird, so dass er optional alle Religionen umfasst. Die baurechtliche Begrifflichkeit trifft sich mit der eingangs erwähnten Differenzierung zwischen sakralen und religiösen Bauten. Beides hat aber nicht eine Unterscheidung zwischen sakral und profan, wie sie beim Glockengebrauch verbreitet ist,³⁷ zur Konsequenz, sondern differenziert den Sektor religionsspezifischer Bauten kategorial und eröffnet den Weg zu einer sachgesetzlich fundierten Unterscheidung, die mit der ergänzenden, wechselseitigen „Polarität“ zwischen Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG sowie Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV korrespondiert,³⁸ schlussendlich aber beides als „Sinneinheit“ zusammenfasst.³⁹ Für die Umschreibung der Aspekte gottesdienstlich

³⁶ Aufschlussreich *Bärbel Beinhauer-Köhler*, Von der unsichtbaren zur sichtbaren Religion: Räume muslimischer Glaubenspraxis in der Bundesrepublik, in: *Zeithistorische Forschungen / Studies in Contemporary History*, Online-Ausgabe 7 (2010), H. 3, Ziff. 1–21.

³⁷ Grundlegend dazu BVerwG, in: NJW 1994, S. 956 = KirchE 32, 29; zur Problematik der Entgegensetzung sakrales und profanes Geläut näher *Hense*, Glockenläuten und Uhrenschlag (o. Fn. 10), S. 49 f., 56 f. und passim.

³⁸ Zu dem Verhältnis beider Verfassungsbestimmungen BVerfGE 137, 273 (302 ff.); siehe *Stefan Magen*, → § 27.

³⁹ Für den katholischen Rechtskreis ist dies auch ein Beispiel für die Universalität und Partikularität des Kirchenrechts: Während kirchliche Gebäude als „heilige Orte“ spezieller Regelungsgegenstand der cc. 1205 ff. CIC/1983 und damit des universalen Kirchenrechts sind, gilt dies für andere Gebäude zu kirchlichen Zwecken nicht, diese sind eher nur implizit in den vermögensrechtlichen Rahmenbestimmungen des Liber V CIC/1983 mitbedacht, an-

und „kirchlich“ (in dem erweiterten Sinne als „religionsgesellschaftlich“) trifft die jeweilige Religionsgesellschaft eine Darlegung- und Begründungslast,⁴⁰ die gleichzeitig den für religiöse Definitionen grundsätzlich „inkompetenten“ Staat in die Schranken weist, weil dieser nur die Plausibilität des Dargelegten, aber nicht dessen „Richtigkeit“ nachprüfen kann.⁴¹ Ebenso problematisch ist es, wenn staatliche Behörden oder Gerichte fordern, dass religiöse Baugebote o. ä. „zwingend“ sein müssten.⁴²

2. Insbesondere kultische, gottesdienstliche Gebäude

Die religiös-kultische wie auch architektonisch künstlerische Dimension der religiösen Bauvorhaben, insbesondere der Sakralbauten, liegt in ihrer Alterität zu der sie umgebenden Bebauung. In dieser Unterscheidung manifestiert sich die bauliche Realisation von Religionsfreiheit innerhalb einer entsakralisierten Welt und eines (notwendigerweise) religiös-weltanschaulich neutralen Staates. Nach einem Diktum des Verwaltungsrechtlers *Otto Mayer* stellen der Besitz und Bestand eines Kirchengebäudes selbst schon „Gottesdienst“ dar.⁴³ Die Freiheitlichkeit eines Staates zeigt sich darin, die Eigen- und Sachgesetzlichkeit der sakralen (und anderen religiösen) Gebäude zuzulassen, weil religiöse und liturgische Vorstellungen sich gerade auch in der Kreation und dem „Betrieb“ dieser Orte und Räume je zeitgemäß ausdrücken.⁴⁴ Die spezifische Sachgesetzlichkeit lässt sich

9

sonsten aber Regelungsgegenstand diözesanen Rechts bzw. diözesaner Entscheidungen. Zum kirchlichen Vermögensrecht näher *Burkhard Kämper / Markus Schulten*, → § 70.

⁴⁰ Hierzu BVerfGE 137, 273 (315 f.).

⁴¹ Vgl. auch *Martin Heckel*, Staat – Kirche – Kunst. Rechtsfragen kirchlicher Kulturdenkmäler, 1968, S. 177–179.

⁴² Problematisch in dieser Hinsicht VGH BW, KirchE 58, 32 (51): „zwingender oder unabdingbarer Bestandteil der Religionsausübung im engeren Sinne“. Dies wird der Bedeutung und Konzeption des Art. 4 GG nicht gerecht, da angesichts der Sachgeprägtheit des Schutzbereiches dem Selbstverständnis des Grundrechtsträgers herausgehobene Bedeutung beizumessen ist.

⁴³ *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 3. Aufl. 1924, S. 56 f.

⁴⁴ Paradigmatisch für eine „Theologie des Kirchenbaus“ siehe *Klaus Hemmerle*, Botschaft: Kirchenbau, in: ders., Ausgewählte Schriften, Bd. 5, 1996, S. 267–280; ders., OIKONOMIA. Zum inneren Nexus zwischen Architektur und Theologie, ebd., S. 281–287. Dazu, dass die Liturgie „Bauherrin“ der Kirche ist, exemplarisch *Julia Ricker*, Liturgie formt Räume. Kirchen nach dem Zweiten Vatikanum, in: Monumente-online, Februar 2010.

aber nicht nur in der Distinktion zu anderen Gebäuden und zum umgebenden öffentlichen Raum an sich festmachen, sondern verfügt neben dieser Außendimension noch über eine korrespondierende Binnendimension.⁴⁵

a) Kirchen und Kirchtürme

- 10 Seit alters her gehören die Kirchen als gottesdienstliche Gebäude (und Versammlungsstätten) mit Kirchtürmen zum Erscheinungsbild von Städten und Landgemeinden.⁴⁶ Kirchengebäude und Kirchtürme können Ortsidentitäten und städtebauliche Ensembles prägen. Diese Prägung erkennt auch der, der ihrem sakralen Gehalt und ihrer gottesdienstlichen Funktion persönlich-subjektiv eher indifferent gegenübersteht.⁴⁷

b) Moscheen und Minarette sowie Cem-Häuser

- 11 Während über lange Zeit Moscheen in Deutschland eher als „Hinterhofmoscheen“ in vorhandenen Baulichkeiten ohne erkennbare signifikante, religiös geprägte Formgebung untergebracht waren, hat sich dies seit den 1990er Jahren nicht unerheblich geändert. Zunehmend werden Moscheen mit erkennbarer „islamischer Architekturkonzeption“ errichtet.⁴⁸ Der Wortbedeutung nach ist Moschee aber nur ein Ort und nicht ein konkreter Bau.⁴⁹ Als Bethäuser sind sie so alt wie das islamische Leben und sind ursprünglich auch nicht durch

⁴⁵ Sehr anschaulich und plastisch dazu (aus katholischer Perspektive) *Klemens Richter*, Kirchenräume und Kirchräume. Die Bedeutung des Kirchenraums für eine lebendige Gemeinde, 1998.

⁴⁶ Instrukтив und anschaulich *Johann Hinrich Claussen*, Gottes Häuser oder die Kunst, Kirchen zu bauen und zu verstehen, 2010. Nach wie vor ein „Klassiker“: *Joseph Sauer*, Symbolik des Kirchengebäudes und seiner Ausstattung in der Auffassung des Mittelalters, 2. Aufl. 1924.

⁴⁷ Zum religiösen Gehalt insbesondere von Kirchtürmen *Hense*, Glockenläuten und Uherschlag (o. Fn. 10), S. 51 ff. und passim.

⁴⁸ Siehe den historisch-architektonischen Überblick bei *Gaudernack*, Muslimische Kultstätten (o. Fn. 11), S. 34–48.

⁴⁹ Vgl. *Gudrun Krämer*, Ein Gotteshaus, in dem Gott nicht gegenwärtig ist, in: SZ – Nr. 70 – vom 25. 3. 2008, S. 13.

besondere architektonische Vorgaben geprägt.⁵⁰ Moschee ist nicht gleich Moschee. Sog. Freitagsmoscheen⁵¹ unterscheiden sich der Größe, Gestaltung sowie Ausstattung nach von anderen.⁵² Die Charakteristika von Moscheebauten sind vom religiösen Selbstverständnis her weniger spezifisch als die herkömmlich vom Typus der osmanischen Kuppelmoschee geprägten Vorstellungen, die ein durchschnittlicher Betrachter mit einer Moschee assoziieren mag. Die Moschee ist aber keineswegs nur durch Heiligungszwecke geprägt, sondern durchaus typischerweise ein multifunktionaler Ort,⁵³ der letztlich ein (gewisses) Geschäftstreiben⁵⁴ – jenseits der Gebetsräumlichkeiten – nicht a priori ausschließt,⁵⁵ sofern die religiöse Grund- und Hauptfunktion dadurch nicht in den Hintergrund tritt.⁵⁶

Minarette, von denen die Muslime fünf Mal am Tag zum Gebet gerufen werden, gelten nicht als unverzichtbarer „wesentlicher Bestandteil“ von Moscheen; in der Zeit, in der das Kalifat nach Syrien verlegt worden war, wurden sie wohl erstmals errichtet.⁵⁷ Minarette können vielfältige Bauformen aufweisen; auch hier sind die Wahrnehmungsperspektiven durch den klassisch-osmanischen Stil vorgeprägt.

Gegenstand religionsrechtlicher Verträge z.B. in Hamburg und Niedersachsen sind auch Cem-Häuser. So werden die Gebetshäuser der Aleviten genannt, die sich von den Moscheen dadurch unterscheiden, dass sie in der Regel von außen architektonisch-baulich nicht als besondere Kultstätten erkennbar sind, sondern sich herkömmlicherweise in „normalen Häusern“ befinden.⁵⁸ Nach dem reli-

⁵⁰ Lorenz Korn, *Die Moschee. Architektur und religiöses Leben*, 2012, S. 8 f.: gefordert sind, um die Funktion als Gebetsstätte zu erfüllen, drei Kriterien: Abgrenzung nach außen, Ausrichtung nach Mekka (die Gebetsrichtung wird durch eine Gebetsnische angezeigt [mihrab]) und Waschmöglichkeiten, um den kultischen Reinheitserfordernissen entsprechen zu können. Im Übrigen besteht architektonische Gestaltungsfreiheit.

⁵¹ An den Freitagen sollen die Muslime sich zum gemeinsamen Gebet versammeln.

⁵² Die Freitagsmoschee verfügt über eine Predigtkanzel (minbar).

⁵³ Vgl. Krämer, *Gotteshaus* (o. Fn. 49).

⁵⁴ Zu denken wäre etwa an Metzgereien, die Fleisch anbieten, das den religiösen Speisevorschriften entspricht.

⁵⁵ Zu den daraus resultierenden Qualifikationsfragen, insbesondere zur Subsumtion unter Art. 4 GG ausführlich Gaudernack, *Muslimische Kultstätten* (o. Fn. 11), S. 97 ff., 105 ff.

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 137, 273 (307).

⁵⁷ Hartmut Bobzin, Artikel „Minarett“, in: LThK³, Bd. VII, 1998, Sp. 267.

⁵⁸ Siehe nur Gaudernack, *Muslimische Kultstätten* (o. Fn. 11), S. 29, 43 f.

giösen Selbstverständnis der Aleviten bedarf es keiner äußerlichen Alterität des Cem-Hauses.⁵⁹

c) Synagogen

- 14 Mit den Synagogen verfügt das Judentum über ein gottesdienstliches Gebäude, das auch als Versammlungsort und Lehrort genutzt wird.⁶⁰ Die Synagoge bezieht ihre „Heiligkeit“ nicht durch eine spezielle Weihe, sondern vorrangig durch ihre Funktion als der Ort, an dem die Tora gelesen und studiert wird und sich – etwa am Sabbat – das Gottesvolk Israel versammelt. Architektonisch unterfällt der Synagogenbau keinen besonderen, allgemein gültigen Religionsvorschriften, sondern ist durch zeitgenössische Architekturvorstellungen geprägt. Der vielfach mit den Synagogen assoziierte Kuppelbau ist Zeichen seiner Zeit.

3. Andere Gebäudearten zu kirchlichen-religionsgesellschaftlichen Zwecken

- 15 Die religionsfreiheitlichen Gewährleistungen des Grundgesetzes beschränken religiöse Akteure nicht eng auf „rein“ gottesdienstlich-sakrale Bauvorhaben. Religiösen bzw. kirchlichen Zwecken können auch Folgeanlagen solcher für die Religion zentraler Baulichkeiten dienen. Während zwischen dem Sakralbau und z.B. Pfarrhäusern, Gemeindezentren u.a. ein enger funktionaler Zusammenhang besteht, verfügen die Gebäude, die für die caritativ-diakonische Tätigkeit benötigt werden, ggf. auch über einen funktionalen Selbststand, da dieser Handlungsmodus Ausprägung des religiösen Selbstverständnisses ist.⁶¹ Rechtsdogmatisch bereitet dies etwa nach der

⁵⁹ Gaudernack, ebd.

⁶⁰ Näher Ulrich Kunifke / Katrin Keßler, Artikel ‚Synagoge‘, in: Enzyklopädie jüdischer Geschichte und Kultur, hg. von Dan Diner, Bd. 5, 2014, S. 618–627; siehe auch Günter Stemberger u. a., Artikel ‚Synagoge‘, in: LThK³, Bd. IX, 2000, Sp. 1169–1173. Vertiefend die Beiträge in: Christian A. Eberhart / Marin Karrer / Siegfried Kreuzer / Martin Meiser (Hg.), Tempel, Lehrhaus, Synagoge. Orte jüdischen Gottesdienstes, Lernen und Lebens, 2020; sowie Johannes Heil / Frederek Musall (Hg.), Sakrale Räume im Judentum, 2020.

⁶¹ Nicht immer stehen diese Einrichtungen in einem engen Konnex zur örtlichen Kirchengemeinde/Pfarrei, so dass sie strenggenommen keine „Fol-

BauNVO keine Abgrenzungsschwierigkeiten, da die Zulässigkeitstatbestände religiöse Zwecksetzungen mit sozialen oder kulturellen in der Regel gleich behandeln.

II. Bauplanungsrecht

Das öffentliche Baurecht sichert eine geordnete, flächenbezogene bauliche Entwicklung der politischen Gemeinden, die diese vorrangig mittels der erforderlichen Bauleitplanung im Rahmen ihrer Planungshoheit und planerischen Gestaltungsfreiheit realisieren (§ 1 Abs. 3, § 2 Abs. 1 BauGB).⁶² Heterogenität der Interessenlagen und Multipolarität der daraus resultierenden Konfliktlagen verarbeitet das Bauplanungsrecht verfahrensmäßig u. a. durch Betroffenen- und Öffentlichkeitsbeteiligung als akzeptanzsteigernde Instrumentarien.⁶³

Religiöse Bauvorhaben haben sich grundsätzlich im Rahmen der Bauplanungsvorgaben zu bewegen.⁶⁴ Sie sind hinsichtlich Art und Maß der baulichen Nutzung nur zulässig, wenn sie grundsätzlich den Festsetzungen der Bauleitplanung entsprechen (§ 30 Abs. 1 BauGB), wobei der Bebauungsplan keineswegs konkrete, spezifische Festsetzungen zu Art und Maß der Zulässigkeit kirchlicher oder religionsge-

geeinrichtungen“ dieser Institution sind. Problematisch wird eine profan-gewerbliche Nutzung von religiös-kirchlichen Gebäuden. Verkaufsstätten innerhalb von Moscheen erweisen sich zumindest dann als Problem, sofern sie zu dominant oder prägend werden. Näher dazu *Gaudernack*, Muslimische Kultstätten (o. Fn. 11), S. 105 ff.

⁶² Vgl. *Stefan Muckel / Markus Ogorek*, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl. 2018, § 4, Rn. 1 ff., § 5, Rn. 1 ff.; *Winfried Brohm*, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl. 2002, § 9, Rn. 1 ff., § 10, Rn. 1 ff.

⁶³ Zu aktuellen Diskussionen zur Beteiligungsfrage *Jan Ziekow*, Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie, Gutachten D zum 69. Deutschen Juristentag, 2012; siehe auch die Berichte von *Kay Waechter / Thomas Mann*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, in: *VVDStRL* 72 (2013), S. 499–593. Zur Erforderlichkeit einer Planung gerade wegen der (besseren) Bürgerbeteiligung siehe *VG München*, *KirchE* 49, 89 (99).

⁶⁴ Festsetzungen in einem Bebauungsplan dürfen auch negativ, d. h. bestimmte Nutzungen ausschließend sein, sofern sie nicht nur vorgeschobene Mittel, sondern Ausfluss eines planerischen städtebaulichen Konzepts sind. Zur sog. Verhinderungsplanung mit Blick auf die Planerforderlichkeit nach § 1 Abs. 3 BauGB hinsichtlich einer Moschee im Gewerbegebiet näher *Hess-VGH*, *KirchE* 57, 374 (382 ff.).

sellschaftlicher Bauvorhaben enthalten muss, da die Baugebietsvorschriften nach den §§ 2–9 BauNVO typisierend allgemeine oder ausnahmsweise Zulässigkeit auch dieser Vorhaben näher regeln. Sollte ein Gebiet nicht überplant sein, beurteilt sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit je nach Lage eines kirchlichen oder religionsgesellschaftlichen Bauvorhabens nach den gesetzgeberischen Wertungen der §§ 34 und 35 BauGB.

1. Berücksichtigung religiöser Belange bei der Bauleitplanung

- 18 Die Vorgabe, dass sich religiöse Bauvorhaben allgemein innerhalb der planerischen Festsetzungen zu bewegen haben, wird durch die Kommunen als Planungsträger nicht dirigistisch vorgegeben, sondern durch die Beteiligung der betroffenen religiösen Akteure grundsätzlich partizipativ (mit-)entwickelt, selbst wenn das Letztentscheidungsrecht über das planerische Konzept bei der politischen Gemeinde verbleibt.⁶⁵
- 19 Die religiösen Akteure können demnach an der Entwicklung der gemeindlichen Planungskonzeptionen partizipieren und die bodenrelevanten baurechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen mit beeinflussen. Prinzipiell sind die kirchlichen bzw. religionsgesellschaftlichen Belange nach § 1 Abs. 6 Ziff. 6 BauGB sowohl bei der Aufstellung eines Flächennutzungsplans als auch bei dem daraus zu entwickelnden Bebauungsplan zu berücksichtigen. In dem den Bebauungsplan vorbereitenden Flächennutzungsplan kann die Gemeinde nach § 5 Abs. 2 Ziff. 2 Buchst. a) BauGB die Flächen für die Kirchen oder sonstige kirchliche Zwecke dienenden Gebäude und Einrichtungen als Gemeinbedarfsflächen planerisch darstellen.
- 20 Größere praktische Relevanz dürfte den religiösen Belangen bei der präzisen Gebietsüberplanung im Rahmen eines Bebauungsplans

⁶⁵ Grundlegend dazu das Rechtsgutachten für die Nordelbische Kirche von *Werner Hoppe / Martin Beckmann*, Zur Berücksichtigung kirchlicher Belange in der Bauleitplanung, vom März 1991, später im Wesentlichen publiziert unter dem gleichen Titel in: DVBl. 1992, S. 188–195. Ferner die Kommentierungen *Wilhelm Söfker*, in: Baugesetzbuch. Kommentar, hg. von Werner Ernst / Willy Zinkahn / Walter Bielenberg / Michael Krautzberger, § 1, Rn. 138–142; *Hans-Georg Gierke*, in: Baugesetzbuch. Kommentar, begr. von Hermann Brügelmann, Bd. 1, § 1, Rn. 865–891; *Franz Dirnberger*, in: Baugesetzbuch. Kommentar, hg. von Willy Spannowsky / Michael Uechtritz, 2. Aufl. 2014, § 1, Rn. 100 f.

zukommen.⁶⁶ Dies betrifft dann aber nicht nur die planerische Erschließung von Neubaugebieten, sondern kann ebenfalls eine planerische Modifikation bestehender Bauleitpläne erforderlich machen. Bei dem letzterem könnten kirchliche Umstrukturierungsprozesse relevant werden, soweit sie sich baulich, flächenmäßig auswirken, weil etwa Kirchengebäude oder für kirchliche Zwecke ausgewiesene Flächen infolge der kirchenorganisatorischen Umstrukturierungsmaßnahmen aufgegeben oder umgenutzt werden müssen.⁶⁷

Planungsrelevant sind als Bauleitlinie nach § 1 Abs. 6 Ziff. 6 BauGB die von den Kirchen und Religionsgesellschaft des öffentlichen Rechts festgestellten grundstücksbezogenen Erfordernisse für Gottesdienst und Seelsorge. Die bauplanungsrechtliche Bevorzugung der korporierten Religionsgesellschaften ist nicht gleichheitswidrig.⁶⁸ Eine Korrektur des § 1 Abs. 6 Ziff. 6 BauGB dahingehend, dass er auf privatrechtlich organisierte Religionsgesellschaften erweitert wird, ist weder geboten noch normfunktionsgerecht. Zum einen lassen sich die Belange der privatrechtlich organisierten Religionsgesellschaften entweder unter die Planungsleitlinie des § 1 Abs. 6 Ziff. 3 BauGB subsumieren⁶⁹ oder diese Lücke kann durch die Regelbeispieltechnik des § 1 Abs. 6 BauGB auch dahingehend kompensiert werden, dass deren religiöse Belange trotzdem zusätzlich „de facto“ berücksichtigt werden.⁷⁰ Zum anderen liefe eine interpretative Ausdehnung des § 1

21

⁶⁶ So *Hammer*, Die Kirchen im staatlichen öffentlichen Baurecht (o. Fn. 19), S. 184.

⁶⁷ Näher zur bodenrechtlichen Relevanz einer Nutzungsänderung BVerwG, KirchE 58, 403 (406 f.). Zur Umnutzung eines kirchlichen Gemeindehauses in ein Hospiz siehe VG Hamburg, in: Baurechtssammlung 81, Nr. 85 (S. 504–518) = KuR 2014, S. 107 (nur Ls.). Allgemein zum Änderungsrecht der Kirche aufgrund ihrer verfassungsrechtlich verbürgten Freiheitsrechte siehe *Gierke*, in: BauGB (o. Fn. 65), § 1, Rn. 870.

⁶⁸ *Michael Krautzberger*, in: Baugesetzbuch. Kommentar, hg. von Ulrich Battis/Michael Krautzberger/Rolf-Peter Löhr, 14. Aufl. 2019, § 1, Rn. 63. Ebenso *Bernhard Stürer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl. 2015, Rn. 1473.

⁶⁹ Siehe dazu etwa HessVG, KirchE 57, 374 (388). Vgl. auch *Wolfgang Schrödter/Jens Wahlhäuser*, in: BauGB Kommentar, hg. von Wolfgang Schrödter, 9. Aufl. 2019, § 1, Rn. 383.

⁷⁰ Vgl. BayVG, in: NVwZ 1997, S. 1016 (1017 f.). Somit sind die religiösen Interessen von Religionen oder Glaubensrichtungen auch dann bauplanungsrechtlich berücksichtigungsfähig, wenn man diesen Gruppen ggf. die Qualifikation als Religionsgesellschaft im Sinn des GG versagen sollte. Die Notwendigkeit zur bauplanungsrechtlichen Berücksichtigung resultiert nicht zuletzt daraus, dass der Bau von Moscheen und Minaretten Religionsübung ist und damit grundrechtlich fundiert (so ausdrücklich BayVG, a. a. O.). Beim Bau der DITIB-Moschee in Köln ist vom angesehenen ehemaligen Ver-

Abs. 6 Ziff. 6 BauGB der ratio legis dieser Norm zuwider, da diese gerade darauf basiert, dass sie rechtsformspezifisch verortet wird und insofern an den Körperschaftsstatus nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV gebunden ist.⁷¹

- 22 Der Bezug der religionsgesellschaftlichen Rechtsposition nach § 1 Abs. 6 Ziff. 6 BauGB auf Erfordernisse für Gottesdienst und Seelsorge könnte dem Wortlaut nach eine Eingrenzung und Beschränkung bedeuten, die – wie bereits eingangs problematisiert – von ansonsten vorgenommenen baurechtlichen Qualifikationen abweicht, die ihren Fokus allgemein auf kirchliche Zwecke richten. Caritativ-diakonische Vorhaben und Einrichtungen könnten demnach genauso aus dem Regelungsbereich des § 1 Abs. 6 Ziff. 6 BauGB herausfallen wie andere durchaus von religiösen Selbstverständnissen getragene Bauten und Einrichtungsformen. Nicht alle plausiblen kirchlichen Zwecke sind gottesdienstlich oder seelsorgerlich. Sozialer Wohnungsbau ist sicherlich als kirchliche Aufgabe begründbar,⁷² seine Qualifikation als „seelsorgerlich“ würde aber ggf. Fragereflexe auslösen. Auf der anderen Seite anerkennt die Verfassungsrechtsprechung caritativ-diakonische Tätigkeiten durchaus als Emanationen der verfassungsrechtlich verbürgten Religionsfreiheit.⁷³ Dem schließt sich die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung prinzipiell hinsichtlich § 1 Abs. 6 Ziff. 6 BauGB an und zählt zu den Erfordernissen auch die der Seelsorge dienenden caritativ-diakonischen Einrichtungen, in denen die Kirchen oder Religionsgesellschaften ihre sozialen Dienstleistungen⁷⁴ erbringen.⁷⁵ Auch Art. 13 Abs. 3 KathKV Hmb. knüpft den kirchlichen Bedarf an Grundstücken etwa bei der Erschließung neuer Stadtteile oder Ansiedelung neuer Gebiete ganz allgemein an die Belange der Kirche. Grundsätzlich ist § 1 Abs. 6 Ziff. 6 BauGB insofern nicht verengend zu interpretieren, sondern kann sich auf sämtliche plausible begründete kirchliche oder religionsgesellschaftliche

waltungsrichter *Paul Stelkens* die Frage aufgeworfen worden, ob sich eine solche „staatsabhängige“ Institution auf das Grundrecht der Religionsfreiheit berufen kann. Vgl. *dens.*, Moscheeplanung zwischen Baurecht und Verfassungsrecht, in: *Der Moscheestreit* (o. Fn. 15), S. 147–152.

⁷¹ Zum Körperschaftsstatus siehe umfassend: *Stefan Magen*, → § 26.

⁷² *Ludolf von Usslar*, Kirchlich-sozialer Wohnungsbau, in: *KuR* 2009, S. 102–112.

⁷³ BVerfGE 24, 236.

⁷⁴ Dazu zählen z. B. Kindergärten, Altenheime, Tagesstätten, Schulen. Vgl. *Söfker*, in: *BauGB* (o. Fn. 65), § 1, Rn. 140.

⁷⁵ VGH BW, in: *NVwZ-RR* 1999, S. 625 (626).

Zwecke erstrecken, die der Verwirklichung eines fundierten religiösen Auftrages zu dienen bestimmt sind.

Der besondere Regelungsgehalt des § 1 Abs. 6 Ziff. 6 BauGB liegt in der normativen Konzeption als autonomes Bedarfsfeststellungsrecht.⁷⁶ Die festgestellten religiösen Belange sollen in die planerische Abwägung als Optimierungsgebot einfließen, so dass die Religionsausübungsfreiheit verhindernde Planungen entweder a priori zu unterbleiben haben oder ihnen zumindest planerische Zurückhaltung entgegen zu bringen ist.⁷⁷ In diesem Sinne wirkt § 1 Abs. 6 Ziff. 6 BauGB als verfassungsrechtlich fundiertes Optimierungsgebot, das auch einfachgesetzlich als eine relative Vorrangregelung funktiert.⁷⁸

Die Kirchen und Religionsgesellschaften selbst sind befugt, ihren Bedarf an Flächen für Gebäude und sonstige Einrichtungen verbindlich festzulegen. Hierbei ist nicht nur der gegenwärtige Bedarf ausschlaggebend, sondern auch der zukünftige.⁷⁹ Den Bedarf anhand von Prognosen richtig einzuschätzen und die für die Bedarfsprognose erforderlichen Daten, Fakten und Erfahrungssätze zu ermitteln, ist vorrangig Angelegenheit der Kirchen bzw. berechtigten Religionsgesellschaften.⁸⁰ Ob die planende Gemeinde die religiöse Bedarfsfeststellung selbst dann hinzunehmen hat, wenn sie der Auffassung ist, dass sie falsch sei,⁸¹ dürfte fragwürdig sein. Da die Darlegungslast religiöser Selbstverständnisse staatlicherseits – wie erwähnt – durchaus auf die Plausibilität hin überprüft werden kann,⁸² empfiehlt es

⁷⁶ VGH BW, in: NVwZ-RR 1999, S. 625 (626); Söfker, in: BauGB (o. Fn. 65), § 1, Rn. 141 f.; Gierke, in: BauGB (o. Fn. 65), § 1, Rn. 865, 878 f.

⁷⁷ Im Anschluss an Werner Hoppe, Das bauplanungsrechtliche Kirchenprivileg (§ 1 Abs. 5 Satz 2 Nr. 6 Baugesetzbuch) – ein Regelungsmodell, in: Festschrift für Hans Kiefner, hg. von Freunden, Kollegen und Mitarbeitern, 1994, S. 159 (162).

⁷⁸ Grundlegend allgemein Werner Hoppe, in: Öffentliches Baurecht, hg. von dems./Christian Bönker/Susan Grotefels, 4. Aufl. 2010, § 7, Rn. 29 ff. Wegweisend der Aufsatz Werner Hoppe, Die Bedeutung von Optimierungsgeboten im Planungsrecht, in: DVBl. 1992, S. 853–862.

⁷⁹ Vgl. Hoppe / Beckmann, Zur Berücksichtigung kirchlicher Belange (o. Fn. 65), S. 191.

⁸⁰ Hoppe / Beckmann, ebd.; siehe auch Gierke, in: BauGB (o. Fn. 65), § 1, Rn. 878.

⁸¹ Söfker, in: BauGB (o. Fn. 65), § 1, Rn. 142.

⁸² BVerfGE 137, 273 (315 f.). Speziell für das Bauplanungsrecht offengelassen ist diese Frage vom VGH BW, in: NVwZ-RR 1996, S. 625 (626), da die in Streit stehende Bedarfsanmeldung als hinreichend plausibel und konkret angesehen wurde.

sich, dass kircheneigene Bedarfsplanungen o.ä. vorgenommen werden, um Plausibilisierungslasten erfüllen zu können.⁸³ Dies dürfte sich gerade in den Fällen kirchlicher Umstrukturierungsprozesse als sinnvoll erweisen, die möglicherweise Auswirkungen auf die Bauleitplanung haben. Ob sich das Bedarfsfeststellungsrecht auch auf Standorte erstreckt, wobei bei der Gewichtung des standort- und flächenbezogenen Bedarfs Differenzierungen möglich sind,⁸⁴ wird im Einzelnen unterschiedlich bewertet.⁸⁵ Wenn sich die standort- und flächenmäßige Zuordnung des Bedarfs beim Abwägungsvorgang auswirken soll,⁸⁶ dann muss sie entscheidender Bestandteil des Feststellungsrechtes nach § 1 Abs. 6 Ziff. 6 BauGB sein.⁸⁷

- 25** Das in § 1 Abs. 6 Ziff. 6 BauGB normierte autonome Bedarfsfeststellungsrecht hat demnach weitreichende Konsequenzen für die Steuerung der weiteren Abwägungsschritte und deren mögliche gerichtliche Überprüfung.⁸⁸ Die plausible, nachvollziehbare Ermittlung

⁸³ Wie derartige Planungen oder Gebäudemanagement-Konzepte im Einzelnen aussehen, lässt sich nicht allgemeinverbindlich feststellen. Eine Bedarfsorientierung impliziert aber, dass gewisse Planungsmaßstäbe oder Bedarfsindikatoren generiert werden, die eine valide Grundlage für das kirchliche Vorbringen darstellen können. Allgemein zu den gegenwärtigen und zukünftigen Herausforderungen kirchlichen Bauens sehr instruktiv *Johannes Baumgartner / Karl Schmiemann / Adalbert Schmidt*, Impulse für die kirchliche Immobilienwirtschaft, in: KuR 2015, S. 40–43; siehe auch *Karl Schmiemann*, Gut vorgebaut – Plädoyer für eine wirkungsvolle Einbindung des Baurechts in ein interdisziplinäres kirchliches Bauwesen, in: KuR 2013, S. 77–92.

⁸⁴ Soweit die religiösen Einrichtungen – wie z.B. Krankenhäuser – von „gemeindegebietsumfassender Bedeutung“ sind oder auch noch von anderen Akteuren erbracht werden (insbesondere im sozialen Dienstleistungssektor), ist eine kirchliche Standortbestimmung weniger gewichtig, als in den Fällen, in denen die „bezirksspezifische Erreichbarkeit“ oder die Nähe zum Wohnort ausschlaggebend ist (so für Kirchengebäude, Gemeindezentren u.a.). So *Söfker*, in: BauGB (o. Fn. 65), § 1, Rn. 142.

⁸⁵ Wohl – mit Differenzierungen – befürwortend *Söfker*, ebd.; ebenso *Hoppe / Beckmann*, Zur Berücksichtigung kirchlicher Belange (o. Fn. 65), S. 192 f. Ablehnend aber *Gierke*, in: BauGB (o. Fn. 65), § 1, Rn. 876, der den Bedarf an bestimmten Flächen kategorisch nicht zu den Erfordernissen i.S. des § 1 Abs. 6 Ziff. 6 BauGB zählt.

⁸⁶ *Dirnberger*, in: BauGB (o. Fn. 65), § 1, Rn. 101, mit der Faustformel: „Je gewichtiger aber die von der Kirche für einen bestimmten Standort vorgetragenen Gründe sind, desto eher muss sich die Gemeinde an diesen Raumansprüchen orientieren“.

⁸⁷ Ebenso *Hoppe / Beckmann*, Zur Berücksichtigung kirchlicher Belange (o. Fn. 65), S. 192 f.

⁸⁸ Zur Struktur dieser Abwägung ausführlich *Hoppe*, in: Öffentliches Baurecht (o. Fn. 78), § 7, Rn. 32 ff.; *Brohm*, Öffentliches Baurecht (o. Fn. 62), §§ 11–13.

und Gewichtung der abwägungserheblichen Belange nach § 1 Abs. 6 Ziff. 6 BauGB obliegt den Kirchen und den öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften.⁸⁹ Eigenmächtige Korrekturen, Bewertungen o. ä. der planenden Gemeinde bei diesen Aspekten machen den Abwägungsvorgang fehlerhaft. Die Kirche oder Religionsgesellschaft hat hier eine Bringschuld und muss ihre Erfordernisse der Gemeinde mitteilen; eine eigenständige Pflicht diese zu ermitteln trifft die Gemeinde – anders als bei den übrigen öffentlichen Belangen – nicht.⁹⁰ Die eigentliche bauleitplanerische Abwägung verbleibt aber bei der politischen Gemeinde,⁹¹ die dabei dem Optimierungsziel verpflichtet ist. Die Besonderheit der Belange nach § 1 Abs. 6 Ziff. 6 BauGB lässt eine kooperative Verständigung zwischen religionsgesellschaftlichen Bedarfsträgern und der planenden Gemeinde angezeigt sein.⁹² Eine solche bauplanungsrechtliche *compositio amicabile* ist eine Konsequenz der verfassungsrechtlichen und staatskirchenvertragsrechtlichen Grundstruktur in Deutschland, die auf Kooperation zwischen Staat und Religion hin angelegt ist.

Die festgestellten Erfordernisse sind von der Gemeinde in die Abwägungsentscheidung nach § 1 Abs. 7 BauGB nicht nur einfach zu übernehmen, sondern ihnen ist auch im Abwägungsergebnis grundsätzlich Rechnung zu tragen.⁹³ Ob damit ein Vorrang verbunden ist, wird unterschiedlich beurteilt.⁹⁴ Staatskirchenvertragsrechtliche Lösungen tendieren zu einer Vorrangstellung,⁹⁵ wie sie auch in der Literatur durchaus vertreten wird.⁹⁶ Das Problem lässt sich abwä-

26

⁸⁹ Hoppe / Beckmann, Zur Berücksichtigung kirchlicher Belange (o. Fn. 65), S. 194.

⁹⁰ Gierke, in: BauGB (o. Fn. 65), § 1, Rn. 887.

⁹¹ Hoppe / Beckmann, Zur Berücksichtigung kirchlicher Belange (o. Fn. 65), S. 193 f.; Gierke, in: BauGB (o. Fn. 65), § 1, Rn. 889.

⁹² Hoppe / Beckmann, Zur Berücksichtigung kirchlicher Belange (o. Fn. 65), S. 194.

⁹³ Siehe dazu Hoppe, Kirchenprivileg (o. Fn. 77), S. 162. Zur Berücksichtigung der Totenruhe nach jüdischem Glauben im Rahmen der Bauleitplanung siehe OVG RP, KirchE 63, 387–394.

⁹⁴ Söfker, in: BauGB (o. Fn. 65), § 1, Rn. 141 vertritt die Auffassung, dass den festgestellten kirchlichen oder religionsgesellschaftlichen Belangen „kein bestimmter Vorrang“ zukommt.

⁹⁵ Art. 13 Abs. 3 KathKV Hmb. normiert insofern folgerichtig, dass die kirchlichen Belange nicht nur zu berücksichtigen, sondern „planungsrechtlich vorzusehen“ sind. Siehe auch dazu die Entwurfsbegründung Hmb. Bürgerschaft, Drs. 18/3300, S. 16.

⁹⁶ In diesem Sinne letztlich wohl auch Hoppe, Kirchenprivileg (o. Fn. 77), passim.

gungskonform dahingehend lösen, dass gerade der Belang des § 1 Abs. 6 Ziff. 6 BauGB als Ausfluss eines verfassungsintendierten⁹⁷ Optimierungsgebots⁹⁸ aufgefasst wird, so dass damit eine Vorrangregulation verbunden ist, die aber eben keine absolute Vorrangstellung indiziert.⁹⁹ Der prinzipielle Vorrang der Belange nach § 1 Abs. 6 Ziff. 6 BauGB schließt demnach nicht aus, dass die kirchlichen, religionsgesellschaftlichen Erfordernisse gegenüber anderen Belangen zurückzutreten haben. Es werden aber argumentative Hürden aufgestellt, weil die kirchlichen Belange nur dann zurücktreten müssen, wenn die gegenläufigen Belange größer und gewichtiger sind. Die Belange nach § 1 Abs. 6 Ziff. 6 BauGB haben demnach ein relativ hohes Gewicht,¹⁰⁰ das durch das autonome Bedarfsfeststellungsrecht maßgeblich beeinflusst wird.¹⁰¹ Standortrelevanz und Situationsgebundenheit verpflichten die Gemeinde zu einer besonderen Berücksichtigung der religiösen Belange nach § 1 Abs. 6 Ziff. 6 BauGB, wobei sich die besondere Wichtigkeit kategorisieren und ggf. näher skalieren lässt: Wohnortbezogene religionsgesellschaftliche Einrichtungen und Nutzungen haben ein höheres Gewicht als wohngebietsübergreifende oder überregionale Funktionen. Die Überplanung bereits kirchlich oder religionsgesellschaftlich genutzter Grundstücke ist von höherem Gewicht als die Befriedigung von Standortwünschen in Neubaugebieten,¹⁰² sofern zwischen der Erweiterung oder Ände-

⁹⁷ Zur grundrechtlichen Fundierung und deren besonderem Gewicht siehe nur *Gierke*, in: BauGB (o. Fn. 65), § 1, Rn. 889.

⁹⁸ Zur normtheoretischen Fundierung von Optimierungsgeboten im Bauplanungsrecht konzise *Hans-Joachim Koch / Reinhard Hendler*, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 5. Aufl. 2009, § 17, Rn. 33 ff.

⁹⁹ Plastisch *Hoppe*, in: Öffentliches Baurecht (o. Fn. 78), § 9, Rn. 30: „Optimierungsgebote als relative Vorrangregeln lenken den Ausgleich der Belange derart, dass ihnen eine größere Durchsetzungsfähigkeit gegenüber konkurrierenden und konfligierenden Belangen zukommt, d. h., dass diese den zu optimierenden Belang nur dann überwinden können, wenn ihnen ein dementsprechend höheres Gewicht zukommt“.

¹⁰⁰ In diesem Sinn auch *Hoppe*, Kirchenprivileg (o. Fn. 77), S. 162.

¹⁰¹ Vgl. *Hoppe / Beckmann*, Zur Berücksichtigung kirchlicher Belange (o. Fn. 65), S. 194.

¹⁰² Zu diesen näher *Söfker*, in: BauGB (o. Fn. 65), § 1, Rn. 142. Relativiert wird dabei aber nur der konkrete, spezifizierte Standortbezug, nicht entlassen ist die planende Gemeinde aus der Pflicht, ggf. an anderer Stelle bedarfsgerechte Standorte bauplanerisch vorzusehen. Eine sehr spezielle Fallgestaltung betrifft die Überplanung von Grundstücken, auf denen früher jüdische Mitbürger bestattet wurden. Dem im jüdischen Glauben verankerten Gedanken ewiger Totenruhe wird nach OVG RP (in: BauR 2015, S. 614–616) aber durch die Ausweisung als öffentliche Grünfläche durchaus – pragmatisch – Rechnung getragen.

zung bestehender Einrichtungen ein räumlich-funktionaler Zusammenhang besteht.¹⁰³ Gerade die Änderung pfarrlich-seelsorgerlicher Strukturen dürfte zukünftig von wachsender Bedeutung sein und auch planungsrechtlich relevant werden.

2. Zulässigkeit religiöser Bauvorhaben im beplanten Bereich

Die Zulässigkeit kirchlicher und religionsgesellschaftlicher Vorhaben richtet sich grundsätzlich nach den Festsetzungen des qualifizierten Bebauungsplans (§ 30 Abs. 1 BauGB), wenngleich von diesen auch nach § 31 Abs. 2 BauGB unter Umständen befreit werden kann.¹⁰⁴ Im Übrigen wird die Zulässigkeit speziell im Rahmen der nach BauNVO typisierten Baugebietsfestsetzungen entschieden, wonach kirchliche oder religionsgesellschaftliche Vorhaben entweder allgemein oder nur ausnahmsweise zulässig sind.

27

a) BauNVO-Gebietstypik und Zulässigkeit religiöser Vorhaben

Selbst wenn die BauNVO ausdrücklich von Anlagen für kirchliche Zwecke spricht, ist es im Ergebnis bereits einfachgesetzlich unerheblich, ob es sich um nichtchristliche Religionsgesellschaften, bloße Gemeinschaften von Gläubigen o. a. handelt, da angesichts der im Normkontext vorgenommenen Gleichstellung mit kulturellen Anlagen eine Differenzierung letzten Endes ohne Auswirkungen bleibt.¹⁰⁵ Zu den Anlagen für religiöse Zwecke zählen nicht nur Kirchen und andere sakrale, gottesdienstliche oder kultische Gebäude, sondern auch Einrichtungen wie Pfarrhäuser, Gemeindezentren, Kindergärten oder sonstige religiös motivierte soziale Dienstleistungseinrichtungen.¹⁰⁶

28

¹⁰³ Vgl. VGH BW, in: NVwZ-RR 1999, S. 625; Gierke, in: BauGB (o. Fn. 65), § 1, Rn. 889.

¹⁰⁴ Zur Bedeutung der Befreiungsmöglichkeiten näher BVerwGE 138, 166 (174 ff.) = KirchE 56, 406 (410 ff.).

¹⁰⁵ Hans Vietmeier, in: BauNVO Kommentar, hg. von Christian Bönker / Olaf Bishopink, 2. Aufl. 2018, § 4, Rn. 36. Gerhard Hornmann, in: BauNVO. Kommentar, hg. von Willy Spannowsky / Gerhard Hornmann / Norbert Kämper, 2018, § 4, Rn. 77 f.

¹⁰⁶ Vietmeier, ebd., § 4, Rn. 35.

29 Als allgemein zulässig gelten religiös-kirchliche Bauvorhaben in allgemeinen und besonderen Wohngebieten (§ 4 Abs. 2 Ziff. 3, § 4a Abs. 2 Ziff. 5 BauNVO) sowie Dorf-, Misch- und Kerngebieten (§ 5 Abs. 2 Ziff. 7, § 6 Abs. 2 Ziff. 5, § 7 Abs. 2 Ziff. 4 BauNVO). Nur ausnahmsweise werden derartige Vorhaben als zulässig angesehen in Kleinsiedlungsgebieten (§ 2 Abs. 3 Ziff. 2 BauNVO), reinen Wohngebieten (§ 3 Abs. 3 Ziff. 2 BauNVO) sowie Gewerbe- und Industriegebieten (§ 8 Abs. 3 Ziff. 2, § 9 Abs. 3 Ziff. 2 BauNVO). Grundsätzlich haben alle flächenrelevanten Vorhaben und Nutzungen dem ungeschriebenen, abstrakt-typisierenden Merkmal der Gebietsverträglichkeit zu genügen.¹⁰⁷ Dies erfolgt in Form einer typisierenden Betrachtungsweise der Gebietsverträglichkeit, die der Einzelfallprüfung auf der Grundlage des § 15 Abs. 1 BauNVO vorgelagert ist.¹⁰⁸ Eine Unverträglichkeit liegt dann vor, wenn ein Vorhaben bezogen auf den Gebietscharakter in seiner typischen Nutzweise störend wirkt.¹⁰⁹ Teilweise wird angenommen, dass zentrale religiöse Vorhaben mit überörtlicher Bedeutung „häufig“ dem Gebietscharakter widersprechen und in der Regel in ein Kerngebiet (§ 7 BauNVO) oder ein Sondergebiet (§ 11 BauNVO) gehören.¹¹⁰ Diese Annahme findet keine Stütze in der BauNVO,¹¹¹ so dass Zentralität oder überörtliche Bedeutung keine allgemeine negative Voraussetzung der Gebietsverträglichkeit ist, zumal die ausnahmsweise Zulässigkeit von kirchlichen Vorhaben nur in reinen Wohngebieten nach § 3 Abs. 3 Ziff. 3 BauNVO ausdrücklich an das Merkmal der gebietsversorgenden Funktion geknüpft wird.¹¹² Darauf, ob es um die wohnortnahe religiöse Infrastruktur geht, kommt es regelmäßig für die „typische“ Zulässigkeit nicht an.¹¹³

30 Mitunter wird angenommen, dass die typisierende Betrachtungsweise Abwägungselemente und Berücksichtigung von Einzelfallum-

¹⁰⁷ BVerwGE 116, 155 (157 ff.).

¹⁰⁸ BVerwGE 138, 166 (171) = KirchE 56, 403 (408 f.).

¹⁰⁹ BVerwG, in: NVwZ 2008, S. 786 (787).

¹¹⁰ So VG München, KirchE 49, 89 (95). Siehe auch HessVGH, KirchE 57, 374 (385 f.); VG Arnsberg, KirchE 57, 393 (407). Kritisch *Troidl*, Auf Gott gebaut (o. Fn. 16), S. 192.

¹¹¹ *Troidl*, ebd.

¹¹² Siehe dazu *Vietmeier*, in: BauNVO, hg. von Bönker/Bischopink (o. Fn. 105), § 4, Rn. 37 f.; *Hornmann*, in: BauNVO, hg. von Spannowsky/Hornmann/Kämper (o. Fn. 105), § 4a, Rn. 61.

¹¹³ Auch religiöse Einrichtungen, die wegen ihrer Größe und Personenzahl auf einen größeren räumlichen Einzugsbereich schließen lassen, müssen der typisierenden Gebietsverträglichkeit nicht a priori widersprechen. Differenziert *Vietmeier*, ebd.

ständen ausschließen soll, so dass verfassungsrechtliche Implikationen wie etwa das Grundrecht der Religionsfreiheit gar nicht mehr zum Tragen kommen.¹¹⁴ Ungeachtet der Konfliktschlichtungsprärogative des Gesetz- oder Ordnungsgebers erscheint diese Annahme als zweifelhaft, da die Ausnahmezulässigkeit durch Vorgaben wie verfassungsrechtliche Gewährleistungen ausgeprägt und dirigiert wird und die Prüfung an dieser Stelle deshalb nicht vorzeitig abgebrochen werden darf. Existiert eine Norm, die als Korrektiv fungieren kann und sieht diese ausdrücklich eine Ausnahmeoption vor, so indiziert dies keine generelle, absolute Unzulässigkeit von Befreiungen auch im Fall einer „typischen“ Gebietsunverträglichkeit. Selbst in dem Fall, in dem bei typisierender Betrachtung die Gebietsverträglichkeit einer religiösen Nutzung (eher) ausscheidet,¹¹⁵ ergibt sich ein Befreiungsgrund aus § 31 Abs. 2 BauGB, auf dessen Auslegung verfassungsrechtliche Wertungsentscheidungen ausstrahlen können.¹¹⁶ Eine *carte blanche* für die Religionsausübungsfreiheit ist damit nicht verbunden, da anders als bei § 1 Abs. 6 Ziff. 6 BauGB jetzt keine relative Vorrangrelation religiöser Belange postuliert, sondern die Abwägungsprozedur gleichsam „umgedreht“ wird und in diesen Fällen die Höhergewichtigkeit der Religionsfreiheit gegenüber den konkurrierenden Rechtspositionen gefordert ist, um die ausnahmsweise Zulässigkeit zu rechtfertigen. Relativ gewichtiger ist in diesen Konstellationen die Erhaltung der Planungsgrundsätze und Gebietseigenheiten, so dass die ausnahmsweise zulässigen Anlagen dem gesetzlichen Gebietsprototyp nach BauNVO zumindest ansatzweise „hinzugedacht“ werden können müssen.¹¹⁷ Oder anders betrachtet: Bereits bestehende bauplanungsrechtliche schützenswerte Entwicklungsmöglichkeiten dürfen nicht durch die Zulässigkeit einer religiösen Anlage tangiert oder in ihrer Entfaltungsmöglichkeit beschränkt werden.¹¹⁸ Hier wird es von Bedeutung sein, ob es sich um die Nutzungserweiterung eines bestehenden Sakralgebäudes handelt oder dessen Neuerrichtung. Die Neuerrichtung typischerweise ge-

¹¹⁴ Nds. OVG, in: NVwZ-RR 2010, S. 219 = KirchE 54, 448 (456). Sehr kritisch zu einer solchen Annahme *Troidl*, Auf Gott gebaut (o. Fn. 16), S. 193 f. Für eine Berücksichtigung des Art. 4 aber OVG Berlin-Brandenburg, in: DVBl. 2007, S. 645 = KirchE 49, 262 (265) sowie OVG RP, in: BauR 2010, S. 60 = KirchE 54, 142 (147).

¹¹⁵ BVerwGE 138, 166 (172 f.) = KirchE 56, 406 (409).

¹¹⁶ BVerwGE 138, 166 (174 ff.) = KirchE 56, 406 (410 ff.). Im Ansatz so auch auf diese Vorgaben VGH BW, KirchE 58, 32 (41 f.).

¹¹⁷ So die Formulierung VGH BW, KirchE 58, 32 (43).

¹¹⁸ In diesem Sinn VG Karlsruhe, KirchE 53, 316 (321).

bietsunverträglicher sakraler oder religiöser Gebäude ist anders zu gewichten als ein (nutzungs-)erweiternder Umbau.¹¹⁹ Die Gebietsverträglichkeitsproblematik hinsichtlich sakraler Gebäude u. a. dürfte die nicht seltene Praxis, gerade die religiösen Vorhaben von kleineren Religionsgesellschaften (oder Glaubensgemeinschaften) eher an der Peripherie von Städten und Gemeinden – z. B. in Gewerbegebieten o. a. – anzusiedeln, Einhalt gebieten: die religiösen Vorhaben werden dadurch näher an die Menschen und Gläubigen herangerückt.

*b) Das Gebot der Rücksichtnahme
als Einzelfallkorrektiv bei religiösen Vorhaben*

31 Religiöse Vorhaben können sich in Einzelfallkonstellationen bei der Anwendung der Bauplanungen als rücksichtslos erweisen.¹²⁰ Anders als bei dem ungeschriebenen typisierenden Merkmal der Gebietsverträglichkeit erfordert das Gebot der Rücksichtnahme als zentrale Bestimmung des Nachbarrechtsschutzes eine konkrete Betrachtungsweise.¹²¹ Zu den Umständen des Einzelfalls zählen die Schutzwürdigkeit des Betroffenen, die Beeinträchtigungsintensität, die Interessen des Bauherrn und das, was beiden Seiten billigerweise zumutbar ist oder nicht; all dies ist im Einzelfall gegeneinander abzuwägen.¹²² Eine große Rolle spielt bei neueren religiösen Vorhaben deren Immissionsverträglichkeit, die etwa dann nicht vorliegt, wenn der Wohngebietscharakter durch An- und Abfahr- einschließlich Parksuchverkehr¹²³ gestört wird, weil solche Verkehrsarten einem

¹¹⁹ Wird ein an sich gebietsunverträgliches Kirchengebäude (in einem Industriegebiet) durch eine nach außen hin nicht wahrnehmbare Begräbnisstätte erweitert, so wird damit der „Keim für eine ‚vernünftigerweise gebotene‘ Nutzungserweiterung gelegt“. So BVerwGE 138, 166 (176) = KirchE 56, 406 (412).

¹²⁰ Zum Gebot der Rücksichtnahme als subjektivierendes Instrument baurechtlichen Nachbarschutzes siehe nur *Muckel/Ogorek*, Öffentliches Baurecht (o. Fn. 62), § 10, Rn. 13 ff. Sowie *Martin Will*, Öffentliches Baurecht, 2019, Rn. 445 f., 700 ff.

¹²¹ Zur Dogmatik dieses Gebots und dessen normativer Verankerung in § 15 BauNVO, §§ 34, 35 BauGB näher *Brohm*, Öffentliches Baurecht (o. Fn. 62), § 18, Rn. 27 ff.

¹²² Vgl. OVG RP, KirchE 54, 142 (146). Zum Gebot der Rücksichtnahme bei Errichtung einer Moschee mit Minarett in einem faktischen Mischgebiet siehe VG Ansbach, KirchE 61, 512–532.

¹²³ Dies ist von der Stellplatzfrage zu unterscheiden, dazu etwa OVG RP, KirchE 54, 142 (148). Siehe auch VG Koblenz, KirchE 66, 258–264.

Wohngebietscharakter und der damit verbundenen erforderlichen Wohnruhe zuwiderlaufen.¹²⁴ Weitere erhebliche Umstände sind die Zeiten,¹²⁵ in denen ein Vorhaben voraussichtlich zu religiösen Zwecken genutzt werden wird und in welchem voraussichtlichen Umfang dies erfolgen wird.¹²⁶ In diesem Zusammenhang ist auch die Vorbelastung des Grundstücks zu berücksichtigen.¹²⁷

3. Zulässigkeit in unbeplanten Gebieten

In den Fällen, in denen kein qualifizierter Bebauungsplan existiert, beurteilt sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines kirchlichen oder religionsgesellschaftlichen Vorhabens innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils nach § 34 BauGB und außerhalb solcher Ortsteile nach § 35 BauGB; beiden Bestimmungen kommt planersetzender Charakter zu.¹²⁸

32

a) Religiöse Vorhaben im Innenbereich

Ob sich bodenrelevante religiöse Vorhaben im unbeplanten Innenbereich in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen, wird, sofern eine Zuordnung möglich ist,¹²⁹ hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung durch die Gebietstypik der BauNVO dirigiert (§ 34 Abs. 2 BauGB). Die Beurteilung des Maßes und damit das Erfordernis des

33

¹²⁴ Nds. OVG, KirchE 54, 448 (452) nimmt an, dass An- und Abfahrten nicht eine Frage des Rücksichtnahmegebots sind, sondern bereits des ungeschriebenen Merkmals der Gebietsverträglichkeit.

¹²⁵ Eine Nutzung zu den herkömmlichen Tageszeiten – mit expliziter Ausnahme der Nachtzeit von 22.00 bis 6.00 – erhöht die Zumutbarkeit und gilt als weniger belastend, vgl. VG Berlin, KirchE 53, 57 (62 f.).

¹²⁶ Näher zur Prognose eines Nutzungsumfangs u. a. OVG RP, KirchE 54, 142 (147 f.). Zum Problem einer hinreichenden Beschreibung bzw. Beschreibbarkeit des Nutzungsumfangs einer Moschee siehe z. B. OVG RP, in: DVBl. 2017, S. 510–514.

¹²⁷ Vgl. VG Düsseldorf, KirchE 51, 76 (79).

¹²⁸ Die Abgrenzung zwischen Innen- und Außenbereich kann mitunter schwierig sein. Siehe hinsichtlich eines Moscheebaus VG Frankfurt a. M., in: NVwZ-RR 2002, S. 175 (175 f.). Zu der in der Abgrenzung liegenden Wertungsfrage vgl. auch VG Arnberg, KirchE 57, 393 (404).

¹²⁹ Dies ist bei Gemengelagen in der Regel nicht möglich, so ist auf die tatsächlich vorhandenen Nutzungsverhältnisse abzustellen. Näher exemplarisch VG Arnberg, KirchE 57, 393 (405 f.).

Einfügens richtet sich prinzipiell nach den konkreten Verhältnissen (§ 34 Abs. 1 BauGB). Das religiöse Bauvorhaben darf den durch den vorhandenen Bebauungszusammenhang gebildeten Rahmen nicht überschreiten, das Gebot des Einfügens meint aber keineswegs Uniformität.¹³⁰ Ein religiöses Gebäude würde sich aber trotz Nichtüberschreitung des baulichen Rahmens nicht einfügen, wenn es an der gebotenen Rücksichtnahme auf die in der unmittelbaren Nähe befindliche Bebauung fehlen ließe.¹³¹ Vermieden werden müssen Unruhe stiftende „Spannungslagen“ oder Störungen der städtebaulichen Harmonie, die die vorgegebene bauliche Situation belasten oder verschlechtern. Ein religiöses Bauvorhaben muss sich demzufolge in dem von außen wahrnehmbaren Maß seiner flächenmäßigen Ausdehnung, der Geschosshöhe und seiner Höhe in einem harmonischen Verhältnis zu seiner Umgebungsbebauung halten. Dies schließt bauliche Alterität nicht aus: Kirchtürme und Minarette sind dem Grunde nach als „Bestandteil“ sakraler Gebäude ebenso möglich wie andere (raumrelevante) Besonderheiten der Bauweise (bei Moscheen etwa Kuppeln).¹³² Disharmonien werden angenommen, wenn die Höhe eines Minaretts „in eklatantem Widerspruch zu der Umgebungsbebauung“¹³³ steht; gefordert wird eine moderate Höhe.¹³⁴ Vorhabensbedingte Immissionen und deren Zumutbarkeit werden in dem Tatbestandmerkmal „einfügen“ und der damit verbundenen Rücksichtnahme verortet.¹³⁵

- 34** Darüber hinaus darf das religiöse oder sakrale Gebäude, selbst wenn es sich grundsätzlich in den Bebauungszusammenhang einfügt, nicht das Ortsbild stören (§ 34 Abs. 1 S. 2 BauGB). Auch hier lassen sich u. U. Bewertungsunsicherheiten feststellen, da insbesondere Moscheen oder Minarette architektonische Solitäre sind.

¹³⁰ Vgl. VG Ansbach, U. v. 26.6.2013 – AN 9 K 12.01400, juris, Ziff. 63. Dass in der Umgebung kein Kuppeldach oder Minarett vorhanden ist und die Architektur ggf. „fremdartig“ wirkt, schließt die Zumutbarkeit nicht a priori aus. Vgl. VG Arnsberg, KirchE 57, 393 (408).

¹³¹ Vgl. VG Minden, KirchE 55, 251 (255).

¹³² VG Frankfurt a. M., in: NVwZ-RR 2002, S. 175 (177). Fremdländisches Aussehen des Minaretts ist kein erheblicher Gegengrund, da das Bauplanungsrecht z. B. keinen Milieuschutz vermittelt, siehe dazu OVG RP, in: NVwZ 2001, S. 933 (934).

¹³³ So VG Düsseldorf, KirchE 50, 108 (117).

¹³⁴ VG Arnsberg, KirchE 57, 393 (408). Eine „erdrückende Wirkung“ schließt wegen der „schlanken Bauausführung“ aus VG Minden, KirchE 55, 251 (256).

¹³⁵ Grundlegend: BVerwG, in: DVBl. 1992, S. 1101 (1102) (= KirchE 30, 93 [95 ff.]).

b) Religiöse Vorhaben im Außenbereich

Kulturgeschichtlich bedingt sind auch kirchliche Bauvorhaben außerhalb in Zusammenhang bebauter Ortsteile nicht untypisch. Exemplarisch gilt dies für Kapellen und Wallfahrtstätten. Ihre baurechtliche Zulässigkeit beurteilt sich nach § 35 BauGB. Feldkapellen u. ä. werden aber nicht nach § 35 Abs. 1 Ziff. 4 BauGB privilegiert, sondern gelten als sog. nicht privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB.¹³⁶ Derartige religiöse Bauvorhaben sind nur im Einzelfall genehmigungsfähig, wenn ihre Ausführung oder Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt. Kirchliche oder religionsgesellschaftliche Vorhaben und Einrichtungen im Außenbereich sollen folglich die Ausnahme bleiben. Selbst kleinere Kapellen können unter Umständen die natürliche Eigenart der Landschaft und ihren Erholungswert beeinträchtigen (§ 35 Abs. 3 Ziff. 5 BauGB),¹³⁷ was sich nicht allein unter Berufung auf die Religionsausübungsfreiheit relativieren lässt,¹³⁸ zumal der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen ebenfalls Verfassungsgut ist (Art. 20a GG).¹³⁹

35

III. Bauordnungsrecht

Das Bauordnungsrecht der Länder betrifft die Anforderungen, die allgemein an bauliche Anlagen zu stellen sind. An diese Regelungen haben sich auch die Kirchen und Religionsgesellschaften ungeachtet ihrer Rechtsform zu halten. Anders als das BauGB und die spezifische Gebietszulassung raumrelevanter kirchlicher bzw. allgemein religionsgesellschaftlicher Anlagen und Einrichtungen in der BauNVO enthalten die Landesbauordnungen fast durchweg keine Sonderregelungen zugunsten der Kirchen oder Religionsgesellschaften.¹⁴⁰ Die kirchlichen und religionsgesellschaftlichen Bauvorhaben

36

¹³⁶ OVG RP, KirchE 48, 284 (287 f.); VG München, KirchE 58, 445 (446 f.); BayVGH, KirchE 59, 257 (258).

¹³⁷ So OVG RP, KirchE 48, 284 (289).

¹³⁸ In diesem Sinn aber knapp *Michael Hohmann*, Anmerkung zum Urteil OVG RP vom 5. September 2006 – 8 A 101519 (= BauR 2007, 72 = KirchE 48, 284), in: BauR 2007, S. 858–859; kritisch demgegenüber *Arne Schwemer*, Bau einer Marienkapelle im Außenbereich – Zur Begrenzung der Religionsausübungsfreiheit durch das Bauplanungsrecht, in: BauR 2008, S. 1551–1555.

¹³⁹ Näher *Schwemer*, ebd.

¹⁴⁰ Soweit § 61 Abs. 2 Niedersächsische Bauordnung, die Baumaßnahmen der Klosterkammer Hannover von der Genehmigungspflicht freistellt oder

haben sich demnach grundsätzlich an die baupolizeilichen Pflichten zur Errichtung und Erhaltung baulicher Anlagen zu halten.

37 Eine spezielle Ausnahmeregelung zugunsten der Religionsgesellschaften enthalten in der Regel aber die bauordnungsrechtlichen Vorschriften über den Bau und Betrieb von Versammlungsstätten, die die Länder aufgrund der Ermächtigung in den Landesbauordnungen als Rechtsverordnung erlassen. Räume, die dem Gottesdienst gewidmet sind, unterfallen nicht dem Anwendungsbereich dieser Verordnungen.¹⁴¹

38 Die Religionsgesellschaften und Kirchen haben bei der Errichtung, Änderung, Instandhaltung, Nutzungsänderung oder dem Abbruch religiöser Bauten die bauordnungsrechtlichen Vorgaben zu beachten. Relevant wird dies etwa bei der Einhaltung von Abstandsvorschriften, da die Höhe von Kirchtürmen und Minaretten aber auch das Volumen von gottesdienstlichen Gebäuden insgesamt deren Einhaltung in besonderer Weise herausfordert. Das Abstandsflächenrecht gilt dabei völlig zu Recht als eine der kompliziertesten Materien des Bauordnungsrechts.¹⁴² Gerade bei der Neuerrichtung von gottesdienstlichen Gebäuden ist dieser Aspekt von besonderer Bedeutung.¹⁴³ Sollte ein Abstandsflächenanfordernis nicht eingehalten wer-

§ 70 Abs. 1 Ziff. 1 LBO BW die Baugenehmigung durch eine bauaufsichtliche Zustimmung ersetzt, sofern der öffentliche Bauherr Kirche die Leitung der Entwurfsarbeiten und die Bauüberwachung geeigneten Kräften der kircheneigenen Bauverwaltung übertragen hat, handelt es sich um seltene, sehr spezifische Ausnahmeregelungen. Zur Regelung in Baden-Württemberg siehe *Karlheinz Schlotterbeck*, in: Landesbauordnung für Baden-Württemberg. Erläuterungen, hg. von dems./Achim von Arnim/Gerd Hager, 5. Aufl. 2003, § 70, Rn. 7–10; ferner *Hammer*, Die Kirchen im staatlichen öffentlichen Baurecht (o. Fn. 19), S. 190. Exemplarisch als korrespondierende innerkirchliche Rechtsgrundlage Ordnung über das örtliche kirchliche Bauwesen im Erzbistum Freiburg – KBauO (ABl. 2009 S. 79), speziell zu den erzbischöflichen Bauämtern § 9 KBauO und den Planungs- und Genehmigungsverfahren §§ 11–15 KBauO.

¹⁴¹ Siehe dazu § 3 Abs. 3 Ziff. 1 der Musterverordnung über den Bau und Betrieb von Versammlungsstätten der Fachkommission Bauaufsicht der Bauministerkonferenz vom Juli 2014 [<https://www.bauministerkonferenz.de/>]. Vgl. § 1 Abs. 3 Ziff. 1 Versammlungsstättenverordnung SH (GVBl. 2014 S. 245). Das Versammlungsstättenrecht stellt damit auf den Widmungszweck des Gebäudes ab und nicht etwa auf den konkreten Veranstaltungszweck. Musikalische Veranstaltungen in zu liturgischen Zwecken gewidmeten Kirchengebäuden unterfallen damit grundsätzlich der Ausnahmeregelung.

¹⁴² *Muckel / Ogorek*, Öffentliches Baurecht (o. Fn. 62), § 9, Rn. 69.

¹⁴³ Aus diesem Grund wird das Abstandsflächenrecht gerade beim Bau von Moscheen und Minaretten relevant. Siehe etwa VG Minden, KirchE 55, 151 (256); VG Ansbach, U. v. 26. 6. 2013 – AN 9 K 12.01400, juris, Ziff. 77.

den können, ist eine Abweichung im Einzelfall denkbar,¹⁴⁴ die die Landesbauordnungen regelmäßig vorsehen.¹⁴⁵

Da religiöse Bauvorhaben in der Regel Gebäude betreffen, die als Gemeinschaftsräumlichkeiten oder Versammlungsstätten dienen, wird die bauordnungsrechtliche Stellplatzverpflichtung relevant.¹⁴⁶ Bei solchen Bauvorhaben, bei denen ein Zu- und Abgangsverkehr zu erwarten ist, muss eine hinreichende, nach den örtlichen Begebenheiten sich richtende bedarfsgerechte Parkinfrastruktur vorgesehen werden.

39

C. Immissionsschutzrecht

Die klassischen religiösen Immissionen sind das Glockenläuten und der Muezzin-Ruf, die bisweilen auch als „religiöser Lärm“ charakterisiert werden.¹⁴⁷ Während das Glockenläuten als kulturprägendes Phänomen – wenn auch nicht immer positiv gewürdigt – gleichsam omnipräsent ist, tritt der Muezzin-Ruf in seiner öffentlichen Wirksamkeit – zumindest bis jetzt¹⁴⁸ – praktisch weitgehend dahinter zurück. Nicht selten enthalten Moscheebaugenehmigungen Nebenbestimmungen, welche die Modalitäten des Muezzin-Rufs regeln. Das Immissionsschutzrecht kann aber auch in einer anderen Konstellation relevant werden, nämlich dann, wenn es um den Schutz religiöser Handlungen vor Lärmimmissionen geht.¹⁴⁹

40

¹⁴⁴ Vgl. *Troidl*, Auf Gott gebaut (o. Fn. 16), S. 197 f.

¹⁴⁵ Siehe bspw. Art. 63 Abs. 1 Bayerische Bauordnung; § 6 Abs. 15 und 16 Bauordnung NRW.

¹⁴⁶ Siehe etwa § 51 Bauordnung NRW; zu dieser im öffentlichen Interesse liegenden, d. h. in der Regel nicht nachbarschützenden Bestimmung näher VG Arnsberg, *KirchE* 57, 393 (410).

¹⁴⁷ Vgl. *Arndt Schmehl*, Religiöser Lärm. Wenn Glocken läuten und Muezzine rufen: Ein Fall für das Immissionsschutzrecht, in: *KJ* 31 (1998), S. 539–542.

¹⁴⁸ Dies dürfte sich in den Gebieten ändern, in denen der Anteil der muslimischen Bevölkerung hoch ist und wächst; Städte des Ruhrgebiets oder andere Großstädte dürften hierfür ein Beispiel sein.

¹⁴⁹ Zu einer solchen Konstellation sehr eingehend die gutachterliche Stellungnahme im Auftrag der ev. Kirche in Hessen und Nassau, erstattet von *Gerhard Kruip / Matthias Pulte / Josef Ruthig*, Lärm stört Religion – Lärmschutz: eine Sache der Religionsgemeinschaften, <https://www.zgv.info/fileadmin/Daten/News_Downloads_2015/2018_05_08_Gutachten_Laerm_stoert_Religion.pdf>.

I. Der Gebrauch von Kirchenglocken

1. Die Sprache der Glocken und die Glocke als Kultursymbol

41 Der Gebrauch von Kirchenglocken¹⁵⁰ hat eine lange Geschichte, die vor allem mit dem christlichen Europa verbunden ist.¹⁵¹ Immer wieder wird der Gebrauch von Kirchenglocken nicht nur für im strengen Sinne kirchliche Anlässe eingesetzt, sondern auch als politisches Demonstrationsmittel gewünscht.¹⁵² Idealtypisch lassen sich vier liturgische Funktionen des Glockenläutens unterscheiden, die einladende Funktion (z.B. das Läuten zum Gottesdienst), die anzeigende Funktion (etwa das Wandlungsläuten oder um wichtige Lebensstationen bzw. Passagenriten zu markieren), weiterhin die mahende bzw. erinnernde Funktion (bspw. das Angelusläuten) und schließlich auch der prädikative Charakter des Läutens als Ausdruck von Freude.¹⁵³ Soweit das Zeitschlagen als bloß profaner Glockengebrauch markiert wird, ist diese Qualifikation zwar verbreitet,¹⁵⁴ aber keineswegs zwingend.¹⁵⁵ Im Advent 2017 startete eine vom Beratungsausschuss für das deutsche Glockenwesen¹⁵⁶ initiierte bundesweite Kampagne „Hörst Du nicht die Glocken?“, die den religiösen

¹⁵⁰ Dazu die wunderbare, wegweisende mentalitätsgeschichtliche Studie von *Alain Corbin*, *Die Sprache der Glocken. Ländliche Gefühlskultur und symbolische Ordnung im Frankreich des 19. Jahrhunderts*, 1995.

¹⁵¹ Dazu näher *Stens*, *Vom akustischen Signalgeber zum liturgischen Musikinstrument* (o. Fn. 1), S. 8–49; siehe auch *Hense*, *Glockenläuten und Uherschlag* (o. Fn. 10), S. 29–57.

¹⁵² Als jüngeres Beispiel die Forderung nach einem europaweiten Glockenläuten zum Internationalen Friedenstag (21.9.2018), dem sich bspw. die katholische Kirche aber nicht anschloss. Dazu beispielhaft die Klarstellung in: KABL. Diözese Münster 2018, S. 136 (Art. 95); ähnlich ABL. Erzbistum Köln 2018, S. 97 (Nr. 48).

¹⁵³ Zu dieser Typologie *Hense*, *Glockenläuten und Uherschlag* (o. Fn. 10), S. 84 f.

¹⁵⁴ Grundsätzlich vorgespurt durch BVerwG, in: NJW 1994, S. 956 = KirchE 32, 29; siehe auch BayVGH, KirchE 44, 360 (365) = NVwZ-RR 2004, S. 829 (831), wobei es in diesem Fall um das Zeitschlagen eines kommunalen Glockenwerks ging; VG Kassel, KirchE 46, 338 (343 ff.), LG Aschaffenburg, KirchE 37, 282 (285) = NVwZ 2000, S. 965 (966).

¹⁵⁵ Näher zum Problem *Hense*, *Glockenläuten und Uherschlag* (o. Fn. 10), S. 49 f., 56 f. 130 ff. und passim. Siehe auch *Troidl*, *Zwischen Kirchturm und Minarett* (o. Fn. 10), S. 927 f. Vgl. ferner *Stens*, *Vom akustischen Signalgeber zum liturgischen Musikinstrument* (o. Fn. 1), S. 94–97.

¹⁵⁶ Zu dieser gemeinsamen Institution von evangelischer und katholischer Kirche siehe die Ordnung des Beratungsausschusses für das Deutsche Glockenwesen in der Neufassung vom 5.12.2008 (ABL. EKD 2009, S. 1).

Gehalt des Glockengebrauchs hervorheben und die Bedeutung der Glocke als Kultursymbol in Erinnerung rufen wollte.¹⁵⁷ Bemerkenswert ist, dass die Glocke und ihr Gebrauch zunehmend auch in technisch-musikalischer Hinsicht analysiert werden. Das Europäische Kompetenzzentrum für Glocken ECC-ProBell in Kempten¹⁵⁸ widmet sich seit 2005 diesen, den Schutz und Erhalt von Glocken dienenden Fragen in besonderer Weise und unterstützt die Maßnahmen zum Erhalt der Glocken und der Sicherung ihrer Klangqualität vor Ort.¹⁵⁹

2. Immissionsschutzrechtliche Bewertung des sakralen Glockengeläuts und des Zeitschlagens

Für den Gebrauch der Kirchenglocken findet grundsätzlich das BImSchG als allgemeines Gesetz Anwendung, weil der Kirchturm mit den Glocken und dem Uhrschlagwerk als ortsfeste Einrichtung dem weiten Anlagenbegriff des § 3 Abs. 5 Ziff. 1 BImSchG unterfällt.¹⁶⁰ Die Glockenanlage ist auch als nicht genehmigungsbedürftige Anlage immissionsschutzrechtlichen Pflichten ausgesetzt (§ 22 Abs. 1 BImSchG). Sie ist so zu errichten und zu betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen (§ 3 Abs. 2 BImSchG) vermieden werden, die nach Art, Ausmaß und Dauer geeignet sind, erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft hervorzurufen (§ 3 Abs. 1 BImSchG). Die Zumutbarkeitsmaßstäbe des BImSchG entsprechen den zivilrechtlichen Maßstäben (§ 906 BGB).¹⁶¹

Wann die Erheblichkeitsschwelle überschritten ist, unterliegt tatsächlicher richterlicher Wertung und richtet sich insbesondere nach der Gebietsart sowie der Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit

¹⁵⁷ Dazu die Broschüre: Hörst Du nicht die Glocken? Gebetsläuten im Tagesablauf. Ein Leitfaden für Gemeinden, ihre Verantwortlichen und Mitglieder, hg. vom Beratungsausschuss für das Deutsche Glockenwesen, 2017.

¹⁵⁸ Siehe im Einzelnen zur Tätigkeit die Homepage dieser Institution <<https://ecc-probell.de>>.

¹⁵⁹ Flankiert wird dies auch durch wissenschaftliche Tagungen. Siehe exemplarisch die Beiträge, in: 2. Glockensymposium ECC-ProBell 21.–22. 3. 2018, hg. von Andreas Rupp / Michael Plitzner, 2018.

¹⁶⁰ BVerwGE 68, 62 (67); BVerwGE 90, 163 (165). Siehe auch *Alexander Roßnagel / Anja Hentschel*, in: Bundes-Immissionsschutzgesetz, hg. von Martin Führ, 2016, § 22, Rn. 17.

¹⁶¹ Näher *Hense*, Glockenläuten und Uherschlag (o. Fn. 10), S. 309 ff.

der Interessen von Betroffenen.¹⁶² Ungeachtet der Frage nach ihrer Geeignetheit¹⁶³ lehnt sich die Praxis bei der Zumutbarkeitsbeurteilung weitgehend an die Werte der Technischen Anleitung zum Schutz gegen Lärm (TA Lärm) von 1998 an.¹⁶⁴ Die mit dem Glockengebrauch verbundene akustische Beeinträchtigung gilt immissionschutzrechtlich als unerheblich, solange das Läuten oder Zeitschlagen unterhalb der gebiets- und tageszeitmäßig differenzierten Werte bleibt.¹⁶⁵ Im Übrigen werden die in der TA Lärm als Richtwerte vorgegebenen Beurteilungspegel nicht als starre oder schematisch anwendbare Grenzen angesehen.¹⁶⁶ Die wertende Gesamtbetrachtung der Zumutbarkeitsprüfung wird darüber hinaus durch zusätzliche Maßstabselemente wie Herkömmlichkeit, soziale Adäquanz und allgemeine Akzeptanz ergänzt.¹⁶⁷

- 44 In der Regel wird das liturgische Glockengeläut, soweit es täglich nur wenige Male zu festgelegten Zeiten und für eine kurze Dauer stattfindet, als zumutbar erachtet¹⁶⁸ und überschreitet selbst dann keine Schädlichkeitsgrenze, wenn Einzelgeräusche über dem immis-

¹⁶² Über lange Zeit gab es keine empirisch validen Lärmanalysen zum Glockenläuten. Dies hat sich in den letzten zehn Jahren geändert. Exemplarisch dafür eine Untersuchung aus der Schweiz: *Mark Brink / Mathias Basner / Sarah Omlin / Reto Pieren*, Lärm von Kirchenglocken: Stören Kirchenglocken unseren Schlaf? Eine Untersuchung der Auswirkungen nächtlicher Kirchenglockenschläge auf die Bevölkerung, in: *Lärmbekämpfung* 7 (2012), S. 29–41.

¹⁶³ Den gängigen Immissionsrichtwerten der TA Lärm liegt prinzipiell die Konzeption zugrunde, dass sie einen Dauerschallpegel verursachen. Die eher kurzzeitige Immissionswirkung des Glockengebrauchs entspricht diesen Grundannahmen nicht. Siehe dazu die eingehende Problematisierung bei *Troidl*, Zwischen Kirchturm und Minarett (o. Fn. 10), S. 926 f. Allgemein zu diesem Regelungswerk *Helmuth Schulze-Fielitz*, Die neue TA Lärm, in: DVBl. 1999, S. 65–73.

¹⁶⁴ Vgl. BVerwGE 68, 62 (68); 90, 163 (166).

¹⁶⁵ VGH BW, KirchE 59, 272 (275) = DVBl. 2012, S. 1055.

¹⁶⁶ Vgl. BVerwG, in: NVwZ 1996, S. 390 (391) = KirchE 34, 340 (341); BayVGh, in: BayVBl. 2013, S. 693 (694 f.).

¹⁶⁷ BVerwGE 68, 62 (67), siehe auch BVerwGE 90, 163 (165 f.). Näher – auch zu kritischen Stimmen – *Hense*, Glockenläuten und Uherschlag (o. Fn. 10), S. 327 ff., insbes. S. 335 ff. Je nach Konstellation kann es für die Zumutbarkeitsprüfung zu berücksichtigen sein, ob und wie lange der Glockengebrauch schon praktiziert wird und ggf. zeitlich vor dem dann auftretenden Nutzungskonflikt liegt („Prioritätsprinzip“), so BayVGh, in: BayVBl. 2013, S. 693 (695). Dem Lärmbetroffenen kann die vorbelastete Konfliktsituation umso eher zugemutet werden, als er sich „sehenden Auges“ in die Situation bewegt hat.

¹⁶⁸ Vgl. VG Braunschweig, KirchE 48, 233 (235).

sionsschutzrechtlichen Maximalpegel liegen.¹⁶⁹ Grundsätzlich gilt das liturgische Läuten als privilegiert; es ist aber nicht von den gesetzlichen Bestimmungen freigestellt.¹⁷⁰ Die Privilegierung des liturgischen Läutens zeigt sich vor allem darin, dass der Maximalpegel zugrunde gelegt wird, wobei Umstände des Einzelfalls aber dazu führen können, dass trotz Einhaltung dieses Wertes eine Unzumutbarkeit auch des liturgischen Geläuts vorliegen kann.¹⁷¹ Demgegenüber wird der Stundenschlag in der Regel als nicht immissionsschutzrechtlich privilegierter Glockengebrauch angesehen.¹⁷² Der viertelstündliche Glockenschlag wird dabei mitunter als gleichmäßige Geräuschbelästigung angesehen, so dass nicht der Maßstab kurzzeitiger Geräuschspitzen nach TA Lärm 1998 zugrunde gelegt werden kann.¹⁷³ Von großer Bedeutung für die immissionsschutzrechtliche Beurteilung der Zumutbarkeit des Glockengebrauchs sind die Tageszeiten.¹⁷⁴ Die Nachtzeit, die sich nach der TA Lärm auf den Zeitraum von 22.00 Uhr bis 6.00 Uhr erstreckt, ist schutzbedürftiger und lärmempfindlicher als die Tageszeit.¹⁷⁵

Die sog. negative Religionsfreiheit lässt sich nicht im Sinn eines Konfrontationsschutzes gegen den Glockengebrauch einwenden.¹⁷⁶ Es reicht demnach nicht aus, dass Nachbarn allein (oder vorrangig) aus einer religionsaversen Haltung heraus am Glockengebrauch Anstoß nehmen. Das Grundrecht aus Art. 4 GG ist – nicht zuletzt aus seinem historischen Entstehungszusammenhang heraus – darauf

45

¹⁶⁹ BayVGh, KirchE 35, 504–507. Ähnlich in besonderer Weise für das Glockenläuten zum Sonntagsgottesdienst VG Würzburg, KirchE 35, 397–403 = NVwZ 1999, S. 799 f.

¹⁷⁰ Vgl. nur VG Kassel, KirchE 46, 338 (341).

¹⁷¹ Zu einer solchen – atypischen – Konstellation bei einem späteren Kirchenneubau BayVGh, KirchE 40, 155 (161 ff.) = BayVbl. 2003, S. 241 (242).

¹⁷² BVerwGE 90, 163 (166 ff.); siehe auch VG Kassel, KirchE 46, 338 (344 f.), wonach es besonderer Gründe bedarf, damit von den Grenzwerten abgewichen werden kann, wozu der Aspekt Traditionswahrung nicht gehört. Zur prinzipiellen Unzumutbarkeit des nächtlichen Zeitschlagens bei Überschreitung des Maximalpegels VG Stuttgart, KirchE 47, 544 (552 f.).

¹⁷³ LG Arnsberg, KirchE 51, 338 (342 f., 345) = NVwZ-RR 2008, S. 774 (775), wobei das Gericht das liturgische Angelusläuten in die Bewertung der Geräuschimmissionen miteinbezieht.

¹⁷⁴ Allgemein dazu *Schulze-Fielitz*, TA Lärm (o. Fn. 163), S. 68.

¹⁷⁵ Ggf. mit Ausnahme der mittäglichen Ruhezeiten.

¹⁷⁶ Vgl. VGh BW, KirchE 59, 272 (276 f.) = DVbl. 2012, S. 1055 f.; ferner VG Augsburg, KirchE 48, 419 (426); siehe auch *Hense*, Glockenläuten und Uherschlag (o. Fn. 10), S. 278 ff.

angelegt, Freiheitsausübung auch als Handeln und Wirken in der Öffentlichkeit zu gewährleisten.

3. Rechtsschutz gegen Glockenläuten – eine besondere Rechtswegproblematik

- 46** Bei Streitigkeiten über das Glockengeläut war über lange Zeit streitig, ob bei den Nachbarklagen unmittelbar gegen die Kirchengemeinden der Verwaltungsrechtsweg¹⁷⁷ eröffnet ist oder die Immissionschutzrechtliche Überprüfung vor den Zivilgerichten erfolgen muss.¹⁷⁸ Für die Beantwortung dieser Frage ist der Rechtsstatus der Glocken und ihr Gebrauch als öffentliche Sache der Kirchengemeinde als Körperschaft des öffentlichen Rechts maßgeblich.¹⁷⁹ Der Glockengebrauch wird als öffentlich-rechtlich qualifiziert, sofern er sich im Rahmen seiner widmungsmäßigen Zweckbindung bewegt. Seit 1994 kommt es hier zu einer Rechtswegspaltung,¹⁸⁰ weil nunmehr nur der sakrale Gebrauch der Kirchenglocken (Angelusläuten, Läuten zum Gottesdienst u. a.) als öffentlich-rechtlich angesehen wird,¹⁸¹ während der Kirchturmuhrschlag (angeblich) außerhalb des sakralen Widmungszweckes liegen soll und deshalb rein profan sei.¹⁸²

¹⁷⁷ Soweit die Nachbarn entweder eine Baugenehmigung angreifen oder die Immissionsschutzbehörde zum Vorgehen gegen das Glockenläuten verpflichten wollen, ist unstreitig der Verwaltungsrechtsweg einschlägig. Vgl. *Troidl*, Zwischen Kirchturm und Minarett (o. Fn. 10), S. 929.

¹⁷⁸ Die beiden Leitentscheidungen sind einerseits BVerwGE 62, 68 und BVerwG, in: NJW 1994, S. 956 (= KirchE 32, 29) andererseits. Vgl. *Henrike Schwerdtfeger*, Kontroversen zum Rechtsweg bei Entscheidungen zum kirchlichen Glockengeläut, in: ZevKR 46 (2001), S. 319–324; siehe auch *Troidl*, Zwischen Kirchturm und Minarett (o. Fn. 10), S. 925 (929).

¹⁷⁹ Dazu *Peter Axer*, → § 60. Ferner grundlegend *Rainer Mainusch*, Die öffentlichen Sachen der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, 1995, insbes. S. 299 ff. Insgesamt siehe auch *Hense*, Glockenläuten und Uhrenschlag (o. Fn. 10), S. 298–308.

¹⁸⁰ BVerwG, in: NJW 1994, S. 956 = KirchE 32, 29 (30).

¹⁸¹ Vgl. BVerwGE 62, 68.

¹⁸² Siehe auch LG Arnsberg, KirchE 51, 338 (340 f.), = NVwZ-RR 2008, S. 774. Ob das Zeitschlagen a priori als profan qualifiziert werden kann, ist durchaus fragwürdig. Siehe oben bei Fn. 154 u. 155.

II. Der Ruf des Muezzins

1. Immissionschutzrechtliche Bewertung des Gebetsrufs

Vielfach ist der Ruf des Muezzins Gegenstand rechtswissenschaftlicher Abhandlungen,¹⁸³ aber – soweit ersichtlich – kaum Gegenstand immissionsschutzrechtlicher Rechtsprechung.¹⁸⁴ Dabei ist der islamische Gebetsruf als Thema wie auch die Auseinandersetzungen über das Kopftuchtragen sehr emotional besetzt.¹⁸⁵ Ein Vergleich des Muezzins mit dem mitnichten konfliktlosen Glockenläuten erfährt durch die tatsächlichen Umstände zusätzliche Brisanz.¹⁸⁶

Im Gegensatz zum Gebrauch der Kirchenglocken lässt der Muezzin-Ruf sich nicht in einen religiösen und profanen Ruf spalten; der

¹⁸³ *Stefan Muckel*, Streit um den muslimischen Gebetsruf, in: NWVB1. 1998, S. 1–6; *ders./Tillmanns*, Rahmenbedingungen (o. Fn. 15), S. 257–260; *Edin Sarcevic*, Religionsfreiheit und der Streit um den Ruf des Muezzins, in: DVBl. 2000, 519–528; *Burkhard Guntau*, Der Ruf des Muezzin in Deutschland – Ausdruck der Religionsfreiheit?, in: ZevKR 43 (1998), S. 369–385. Siehe auch *Troidl*, Zwischen Kirchturm und Minarett (o. Fn. 10), S. 931–933.

¹⁸⁴ Dies ist nicht verwunderlich, da der Muezzin-Ruf wohl nicht wirklich verbreitet praktiziert wird und selbst die Moscheen mit Minarett in der Regel – auch aus Rücksichtnahme – auf ihn verzichten. Ggf. erklingt der Ruf des Muezzins nur innerhalb einer Moschee. Eine Ausnahme bildet aber das (nicht veröffentlichte) Urteil des VG Aachen vom 31. 5. 1989 – 3 K 1499/88. Zu einer ermessensfehlerhaften Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für einen Gebetsruf siehe jetzt aber VG Gelsenkirchen, in: Kommunaljurist 2018, S. 251–256.

¹⁸⁵ *Oebbecke*, Das deutsche Recht (o. Fn. 15), S. 296. Gerade auch mit dem Ruf des Muezzins sind Ängste vor sog. „Überfremdung“ verbunden, vgl. *Muckel*, Streit um den muslimischen Gebetsruf (o. Fn. 183), S. 2.

¹⁸⁶ Die Gleichsetzung von Muezzin-Ruf und Glockengebrauch ist zwar verbreitet, aber zu undifferenziert (so auch *Muckel*, Streit um den muslimischen Gebetsruf [o. Fn. 183], S. 1 f.; *ders./Tillmanns*, Rahmenbedingungen [o. Fn. 15], S. 257). Dem wortlosen Glockengebrauch steht das wörtliche Ausrufen eines islamischen Glaubensbekenntnisses gegenüber und damit eine Immission mit einem höheren Informationsgehalt als das neutrale Glockenschlagen. Die ausnahmsweise Zulassung des Muezzin-Rufs während der Pandemie 2020 in einigen Städten und Gemeinden hat erhebliche politische Diskussionen über den islamischen Gebetsruf ausgelöst. Mitunter wurde wegen des appellativen Charakters des Muezzin-Rufs das Hören dieses Gebetsrufs als eine erzwungene Teilnahme an einer religiösen Handlung empfunden, die (möglicherweise) mit dem Grundrecht der negativen Religionsfreiheit kollidiert.

Gebetsruf des Muezzins ist immer Religionsausübung.¹⁸⁷ Anders als das Glockenläuten ist der Ruf des Muezzins gegenwärtig aber auch noch die Ausnahme, nicht selten wird er in den Nebenbestimmungen zur Baugenehmigung eines Minaretts ausdrücklich untersagt,¹⁸⁸ wobei sich in der Praxis anscheinend eine gewisse Lockerung abzuzeichnen scheint, die dazu geführt hat, dass die Zulässigkeit des Muezzin-Rufs durch genaue und überprüfbare, an den Richtwerten der TA Lärm orientierte Vorgaben vorab im Baugenehmigungsverfahren festgelegt wird.¹⁸⁹

- 49 Soweit für den Muezzin-Ruf eine an einer Moschee oder einem Minarett befestigten Lautsprecheranlage genutzt wird, handelt es sich um eine nichtgenehmigungsbedürftige Anlage nach § 3 Abs. 5 Ziff. 1 BImSchG. Die Zumutbarkeit der hiervon ausgehenden Lärmimmissionen ist – wie beim Glockengebrauch – im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung zu beurteilen, bei der die Ermittlung und Bewertung der Lautstärke und Lästigkeit der Immission durch zusätzliche Maßstäbe ergänzt wird. Während die publizistischen Stellungnahmen ehemals vor allem dazu tendierten, gewisse Unterschiede zum Glockengebrauch festzustellen und sehr ergebnisoffen die Bedeutung der Einzelfallprüfung hervorhoben, wird in neueren Aufsätzen eher für eine Gleichbehandlung mit dem Glockenläuten und für eine gebotene Parität religionsfreundlicher Zumutbarkeitsprüfung plädiert.¹⁹⁰ Es ist aber eine offene Frage, ob und inwieweit der verbale Inhalt des Muezzin-Rufs gegenüber dem „bloßen Tönen“ des Glockengebrauchs sich differenzierend hinsichtlich seiner Zulässigkeit auswirken wird. Für die Beurteilung der Zumutbarkeit des Muezzin-Rufs sind vor allem seine Häufigkeit, die Dauer des einzelnen Ge-

¹⁸⁷ Muckel, ebd., S. 6. Vgl. auch Troidl, Zwischen Kirchturm und Minarett (o. Fn. 10), S. 933.

¹⁸⁸ Exemplarisch siehe dazu den Sachverhalt von VG Arnsberg, KirchE 57, 393 (397 f., sowie 408).

¹⁸⁹ Zu einer – wenig konkreten – Verpflichtung auf einen „leisen Betrieb“ siehe OVG RP, in: NVwZ 2001, S. 933 (934).

¹⁹⁰ In diesem Sinne etwa Troidl, Zwischen Kirchturm und Minarett (o. Fn. 10), S. 931–933. Differenziert zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden Oebbeke, Das deutsche Recht (o. Fn. 15), S. 298 f. Siehe auch schon Martin Völpe, Streitpunkt Gebetsruf: Zu rechtlichen Aspekten im Zusammenhang mit dem lautsprechergestützten Ruf des Muezzins (Mitteilungen des Beauftragten der Bundesregierung für die Belange der Ausländer), 1997, der (ebenfalls) eine weitgehende Gleichbehandlung des Gebetsrufes mit dem sakralen Glockengeläut für angezeigt hält (a. a. O., S. 33). Vgl. ferner VG Gelsenkirchen, in: Kommunaljurist 2018, S. 251 ff.; das OVG Münster hat die Berufung gegen diese Entscheidung zugelassen.

betrufs und die Lautstärke relevant. Ob im Übrigen auch die Religionsstruktur der Bevölkerung innerhalb eines räumlichen „Einzugsgebiets“ des Muezzin-Rufs von Bedeutung ist, dürfte diskutabel sein. Die besonderen Befindlichkeiten, die sich bei den Streitigkeiten über die Zulässigkeit des Muezzin-Rufs zeigen, legen es nahe, möglichst schiedlich-friedliche Einzelfalllösungen vor Ort zu suchen.¹⁹¹

2. Rechtsschutzfragen

Bei Nachbarklagen gegen die privatrechtlich organisierten Moscheegemeinden ist der Zivilrechtsweg zu beschreiten. Der zivilrechtliche Beurteilungsmaßstab nach § 906 BGB unterscheidet sich nicht wesentlich vom Maßstab des BImSchG.¹⁹² Soweit ein Einschreiten der Behörde begehrt wird, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

50

¹⁹¹ An den Moschee-Standorten, an denen der Muezzin-Ruf schon praktiziert wird, sind teilweise befriedende Kompromisse gefunden worden wie z.B. eine Beschränkung auf den einmal wöchentlichen Ruf zum Freitagsgebet. Wenn auch schon älter, nach wie vor durchaus informativ LT-Drs. NRW 12/2051 zur Praxis des Muezzin-Rufs in Nordrhein-Westfalen aus dem Jahr 1997.

¹⁹² *Troidl*, Zwischen Kirchturm und Minarett (o. Fn. 10), S. 932.

§ 66

Denkmalschutz im staatlichen und kirchlichen Recht

Von Felix Hammer

I. Kirchliche Denkmale als Zeugnisse der Kunst und der Geschichte und als Orte lebendigen Glaubens	1–2
II. Schutz des historischen Erbes als Ausprägung der Kulturstaatlichkeit	3
III. Bedeutung der religiösen Denkmale für das europäische und nationale Kulturerbe	4
IV. Zur Geschichte des kirchlichen Denkmalschutzes und des staatlichen Schutzes für kirchliche Denkmale	5–8
V. Schutz der Verfassung für das kulturelle Erbe und die kirchlichen Denkmale als Orte des Glaubens und der Religionsausübung	9–22
1. Erhaltung von Denkmalen und kulturellem Erbe als Verfassungsziel	9–10
2. Völkerrechtliche Verpflichtungen zum Schutz des Kulturerbes	11
3. Schutz der Verfassung für kirchliche Umgestaltungswünsche	12–16
a) Glaubens- und Religionsfreiheit	13
b) Weitere Grundrechtsgarantien	14–15
c) Kirchliches Selbstbestimmungsrecht und Kirchengutsgarantie	16
4. Auflösung der Konkurrenz der Verfassungsziele	17–20
5. Erlass eigener kirchlicher Denkmalschutzvorschriften; Letztentscheidungsbefugnis kirchlicher Denkmalschutzbehörden	21
6. Verbot der Enteignung kirchlicher Denkmale	22
VI. Kirchenverträge	23

VII. Sonderstellung von Denkmalen in gottesdienstlichem Gebrauch nach den Denkmalschutzgesetzen	24–29
1. Regelungen der Denkmalschutzgesetze	24
2. Feststellung gottesdienstlicher/liturgischer Belange	25
3. Berücksichtigungsbedürftigkeit weiterer Belange	26
4. Im Besonderen: Zeitgenössische Kunst in historischen Kirchen	27
5. Verfassungskonforme Auslegung und Anwendung der Sondernormen	28–29
VIII. Kirchliche Denkmale außerhalb gottesdienstlichen Gebrauchs	30
IX. Umnutzung und Nutzungsaufgabe von Sakralbauten	31
X. Denkmalschutz im Kirchenrecht	32–35
1. Katholisches Kirchenrecht	32–34
a) Universales Kirchenrecht	33
b) Partikulares Kirchenrecht	34
2. Evangelisches Kirchenrecht	35
XI. Gemeinsame staatliche und kirchliche Verantwortung für die Erhaltung des kirchlichen Denkmalerbes	36
XII. Schlussbetrachtung	37

I. Kirchliche Denkmale als Zeugnisse der Kunst und der Geschichte und als Orte lebendigen Glaubens

- 1 Kirchliche Denkmale – insbesondere Kirchen- und andere Sakralbauten, aber auch ihre bewegliche Ausstattung – sind einerseits Sachen und Sachgesamtheiten, an deren Erhaltung aus wissenschaftlichen, künstlerischen oder historischen Gründen ein öffentliches Erhaltungsinteresse besteht, womit sie die Tatbestandsmerkmale der Legaldefinitionen der Denkmalschutzgesetze (DSchG) erfüllen und damit deren Schutzmechanismen unterfallen.¹ Denn gerade Kirchengebäude vergangener Jahrhunderte und deren Ausstattung mit Altären, Kanzeln, Epitaphien, Sakramentshäuschen, Skulpturen, Bildern und ihr Zubehör (vor allem die *vasa sacra*: Kelche, Abendmahlkan-

¹ Dazu m. w. N. Janbernd Oebbecke, Denkmalschutz, in: Besonderes Verwaltungsrecht, hg. von Dirk Ehlers/Michael Fehling/Hermann Pünder, Bd. 2, 3. Aufl. 2013, S. 304 (308 ff.); Felix Hammer, Die geschützten Denkmale der Landesdenkmalschutzgesetze, in: DÖV 1995, S. 358 ff.; ders., Das Schutzsystem der deutschen Denkmalschutzgesetze, in: JuS 1997, S. 971 (971 ff.).

nen, Monstranzen und andere Gold- und Silberschmiedearbeiten) sind häufig Kunstwerke von hohem Rang, sie legen Zeugnis für die kulturellen, sozialen, religiösen Verhältnisse ihrer Entstehungszeit ab, lassen die Geschichte der Orte und Regionen, in denen sie sich befinden, erlebbar werden². Oft sind sie – weil die Menschen Gott durch das Besondere ehren wollten – künstlerisch äußerst aufwendig gestaltet. Andererseits sind Sakralbauten aber auch Orte lebendigen Glaubens, der – oft seit vielen Jahrhunderten – in ihren Mauern geübt wird, Kanzeln sind Orte der Verkündigung des Evangeliums, Sakramentshäuschen dienen der Aufbewahrung des Allerheiligsten, Bilder und Skulpturen werden von den Gläubigen als Grundlage, Anregung oder Katalysator für das Gebet genutzt. Es sind dabei genau die gleichen Gegenstände, die sowohl Kunst- und Kulturdenkmale als auch Ort oder Gegenstand der Glaubens- und Religionsausübung sind. Die Folge davon ist, dass beides – Denkmalwert und religiöse Bedeutung – in ihnen eine unauflösliche Einheit bilden, beide verbinden sich in ihnen dergestalt, dass gerade daraus ihr besonderer Wert entsteht:³ Für die Kultur, weil sie religiöse Gebräuche und Kunst vergangener Zeiten widerspiegeln, für die Religion, weil sich in ihnen der Glaube und die Frömmigkeit früherer Generationen mit denjenigen der Lebenden verbinden und sie so zu einer die Jahrhunderte überspannenden Glaubensgemeinschaft zusammenfügen.

Aber nicht nur die Sakralbauten, sondern auch andere Denkmale der Kirchen sind häufig nicht allein historische Zeugnisse, sondern dienen religiösen Zwecken. Weil Art. 4 Abs. 1 und 2 GG auch die Freiheit zur Entfaltung und Wirksamkeit in der Welt durch religiös motiviertes Handeln entsprechend dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften schützt und darunter etwa das glaubensgeleitete karitative/diakonische oder kulturelle Handeln der Kirchen fällt,⁴ kommt einer entsprechenden Nutzung der Gebäude durch die Kirchen eine religiöse Dimension zu. Die besondere Sinneinheit von kulturellem und religiösem Wert wird hier in der Regel zwar nicht vor-

2

² Vgl. nur *Daniela Blum / Jörg Widmaier*, Ich sehe was, was Du nicht siehst? Zum Gespräch von Kirchengeschichte und Denkmalpflege, in: ThQ 198 (2018), S. 66–79.

³ Grundlegend: *Martin Heckel*, Staat Kirche Kunst. Rechtsfragen kirchlicher Kulturdenkmäler, 1968, S. 50 ff., 142 f.; weiterhin: *ders.*, Der Denkmalschutz an den Sakralbauten in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Deutsche Kunst und Denkmalpflege* 48 (1990), S. 3–13, auch in: *ders.*, *Gesammelte Schriften. Staat Kirche Recht Geschichte*, hg. von Klaus Schlaich, Bd. II, 1989, S. 1075 (1075).

⁴ In aller Deutlichkeit BVerfGE 24, 236 ff. – Aktion Rumpelkammer.

handen sein, aber das religiöse Nutzungsanliegen muss auch bei diesen Denkmälern in sachgerechter Weise berücksichtigt werden.

II. Schutz des historischen Erbes als Ausprägung der Kulturstaatlichkeit

- 3 Der Schutz von Denkmälern, der sich auf die Erhaltung des gegenständlichen historischen und kulturellen Erbes richtet, ist lediglich Teil des umfassenderen Kulturgüterschutzes, der auch Kulturgüter immaterieller Natur und unabhängig von ihrer historischen Bedeutung erfasst.⁵ Diese Einbindung in den Kulturgüterschutz zeigt aber deutlich, dass jedenfalls die vom Staat verantworteten Maßnahmen zum Schutz und zur Pflege der Denkmäler Teil der staatlichen Kulturtürpflegung sind, die nochmals weiter gefasst ist als der Kulturgüterschutz. Damit ist der staatliche Schutz des historischen Erbes eine Ausprägung der Kulturstaatlichkeit der Gegenwart,⁶ ja er ist deren notwendiger Bestandteil: Ein Staat, der seine Denkmäler nicht schützt, kann nicht den Anspruch erheben, Kulturstaat zu sein.

III. Bedeutung der religiösen Denkmäler für das europäische und nationale Kulturerbe

- 4 Religiöse Denkmäler bilden nicht nur – neben vielen anderen Denkmälertypen – einen Bestandteil des europäischen und nationalen Kulturerbes, sie besitzen für dieses eine herausragende, ja eine unverzichtbare Bedeutung. Man kann dies – ganz säkular – mit der

⁵ *Felix Hammer*, Geschichte der Denkmalpflege sowie des rechtlichen Denkmal- und Kulturgüterschutzes, in: Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, hg. von Dieter J. Martin / Michael Krautzberger, 3. Aufl. 2010, Rn. A 32–34; kritisch *Frank Fechner*, Kulturgüterschutz, ebd., S. 135 (Rn. B 113 ff., insbes. 116); zu eng sicher *Kerstin Odendahl*, Kulturgüterschutz, 2005, S. 386 ff., 399 ff., die den Kulturgüterschutz auf körperliche Gegenstände beschränkt; die Berechtigung eines weiten Kulturgutbegriffs zeigen bspw. das UNESCO-Übereinkommen zur Erhaltung des immateriellen Kulturerbes v. 17.10.2003 (BGBl. 2013 II S. 1009, 1014) und das Europäische Übereinkommen zum Schutze des audio-visuellen Erbes v. 8.11.2001 (BGBl. 2013 II S. 1146).

⁶ *Ansgar Hense*, Reform des Denkmalrechts?, in: Denkmalrecht unter Denkmalschutz?, hg. von dems., 2003, S. 79 (91), vgl. dort (S. 87 ff.) aber auch die Bedenken gegen die Tauglichkeit des Kultur(staats)begriffs für (verfassungs)rechtliche Normierungen.

großen Zahl der Sakraldenkmale im Gesamtbestand des UNESCO-Weltkulturerbes⁷ oder dem großen Interesse einer breiteren Öffentlichkeit an den Sakraldenkmälern begründen, das sich in hohen Besucherzahlen niederschlägt, aber auch mit dem Anteil, den sie an den Denkmalbeschreibungen in Kunsthandbüchern und Reiseführern einnehmen.⁸ Man kann dies ebenfalls damit begründen, dass die sakrale Kunst die Kulturgeschichte Europas im Mittelalter und bis weit in die Neuzeit hinein in starkem Maße geprägt hat⁹ und die erhaltenen Zeugnisse dieser glanzvollen Kunstblüte – die Kathedralen, die Schnitzaltäre, die Goldschmiedearbeiten, die Buchmalereien – deshalb ein ganz besonderes Interesse der Kunst- und Kulturgeschichte (der Wissenschaft wie auch der sogenannten Sachbuchliteratur) und damit auch der Denkmalpflege beanspruchen können. Wie auch immer das im Einzelnen begründet werden mag: Die kirchlichen Denkmale bilden einen so zentralen, so wichtigen Teil des historischen, künstlerischen, kulturellen Erbes Europas, dass die kulturstaatlichen Denkmalschutzbemühungen sie nicht ignorieren, sie nicht ausblenden dürfen, sondern sich ihrer annehmen, sie angemessen beachten müssen.

IV. Zur Geschichte des kirchlichen Denkmalschutzes und des staatlichen Schutzes für kirchliche Denkmale

Der moderne Denkmalschutz hat sich – nach Vorläufererscheinungen seit Antike und Mittelalter, die außergewöhnlichen Kunstwerken, Heiligtümern sowie verehrten und traditionsstiftenden Zeugnissen der Vergangenheit Schutz und Pflege zuteil werden ließen¹⁰ – seit der

5

⁷ Vgl. für das Architekturerbe Europas nur *Thomas Vesper* u. a., *Schätze der Menschheit*, 7. Aufl. 2000, S. 116–259, 290–309.

⁸ *Felix Hammer*, Kulturgutschutz und religiöse Freiheit in den Verfassungen Europas, in: *Kulturgutschutz und Kirche, Bibel und Kirchenrecht*, hg. von Andreas Weiß/Stefan Ihli, S. 37 (38 ff.); *ders.*, Kulturstaatlicher Denkmalschutzauftrag und kirchliche Freiheit, in: *Denkmalschutz und Denkmalpflege im kirchlichen Bereich*, hg. von Burkhard Kämper/Hans-Werner Thönnies, *EssGespr.* 41 (2007), S. 113 (131 f.).

⁹ Vgl. nur *Georges Duby*, *Die Kunst des Mittelalters*, Bd. I: *Das Europa der Mönche und Ritter 980–1140*, 1984, Bd. II: *Das Europa der Kathedralen 1140–1280*, 1985; *Felix Hammer*, *Europa – kein Christenclub, aber unverzichtbar geprägt von den Werten des Christentums, der Antike und der Aufklärung*, in: *Die Europäische Union und die Türkei*, hg. von Gerald G. Sander/Ingo Wetter, 2009, S. 99 (104 ff., 112).

¹⁰ Beispiele bei *Michael Brandt* (Hg.), *Kirchenkunst des Mittelalters. Erhalten und erforschen*, 1989; *Michael Schmidt*, *reverentia und magnificentia*.

Aufklärung und vor allem der Romantik als systematisch und bald schon wissenschaftlich betriebene Disziplin entwickelt¹¹. Begeisterte sich die Romantik vor allem für die Kunstwerke des Mittelalters, die sie als Zeugnisse einer edleren und tiefer empfindenden Zeit verehrte, so kannte auch sie bereits den Schutz des Geschichtsdenkmals (etwa Burgen und Stadtbefestigungen als Zeugnisse mittelalterlichen aufrechten Ritter- und Bürgertums). Seit der Zeit des dogmatischen Historismus in der zweiten Hälfte des 19. Jh. gewann das Denkmal als Zeugnis der Geschichte zunehmend Bedeutung, seit der Heimatschutzbewegung des frühen 20. Jh. ergänzt durch das (schlichte) heimatgeschichtliche, später noch durch das technische und das Industriedenkmal. Konnte so die Denkmalpflege kontinuierlich ihren Wirkungskreis erweitern, so gelang es dem Staat – jedenfalls in Deutschland – nicht, vergleichbare Fortschritte auch bei der Denkmalschutzgesetzgebung zu erzielen. Nur in wenigen deutschen Ländern wurden umfassende Denkmalschutzgesetze erlassen, eine konsequente Anwendung und Durchsetzung unterblieb oft bis in die 1960er-Jahre hinein weitgehend. Erst beginnend mit dem Denkmalschutzgesetz Baden-Württembergs 1971 erhielten in rascher Folge alle deutschen Länder entsprechende Gesetze, die nun auch ihrem Sinn und Anliegen entsprechend umgesetzt wurden.

- 6 Demgegenüber setzen kirchliche Denkmalschutzvorschriften bereits deutlich früher ein, auch die kirchlichen Denkmalpflegebemühungen waren im 19. Jh. erheblich intensiver als diejenigen im weltlichen Bereich (wobei die am meisten beachteten Denkmale dieser Zeit vor allem kirchliche waren). Besonders früh finden sich erste Ansätze zum Schutz antiker Monumente seitens der Päpste in Rom, die bis ins 15. und frühe 16. Jh. zurückreichen; seit dem 17. Jh. entwickelte sich dort eine zunehmend ausdifferenzierte Schutzgesetzgebung, die im frühen 19. Jh. mit der *Lex Doria Pamfili* von 1802 und der *Lex Pacca* von 1820 für ganz Europa vorbildliche Gesetze hervorbrachte.¹²

Historizität in der Architektur Süddeutschlands, Österreichs und Böhmens vom 14. bis 17. Jahrhundert, 1999, insbes. S. 161 ff.

¹¹ Ausführlich *Felix Hammer*, Die geschichtliche Entwicklung des Denkmalrechts in Deutschland, 1995; zusammenfassend *ders.*, Geschichte (o. Fn. 5), S. 12–32.

¹² Eingehend *Lorenz Wolf*, Kirche und Denkmalschutz. Die päpstliche Gesetzgebung zum Schutz der Kulturgüter bis zum Untergang des Kirchenstaates im Jahr 1870, 2003; weiterhin: *ders.*, Die Kirche als älteste Denkmalschützerin, in: Kulturgutschutz und Kirche (o. Fn. 8), S. 19–31; *Peter Leisching*, Roma Restauranda. Versuch einer Geschichte des päpstlichen Denkmalschutzrechtes, in: Römische Kurie. Kirchliche Finanzen. Vatikani-

In Deutschland bestehen innerkirchliche Denkmalschutzvorschriften seit der Mitte des 19. Jh., die zumeist in Aufsichtsbestimmungen aufgenommen wurden, die – zumal im Zusammenwirken mit dem staatlichen Kirchaufsichtsrecht – ein deutlich weitergehendes Regelungsgefüge entstehen ließen als es im weltlichen Bereich vorhanden war.¹³ Daneben trugen kunst- und denkmalinteressierte Geistliche vielfach dazu bei oder waren sogar die treibende Kraft, dass mittelalterliche Kirchen restauriert und – was damals als wichtiger Teil der Denkmalpflege angesehen wurde – „im Geist ihrer Erbauungszeit“ fertig gebaut und vervollständigt wurden. Dies betraf nicht nur bedeutende Großbauten, etwa viele Dome, sondern auch bescheidenere städtische und dörfliche Kirchen.¹⁴ Daneben waren Geistliche begeisterte Sammler mittelalterlicher Kunst und retteten diese nicht nur vor dem Untergang, sondern bewirkten deren Aufstellung und öffentliche Präsentation, etwa in Kirchen und kirchlichen Sammlungen.¹⁵ Dass dabei in der Freude an der stilgerechten Vollendung viel an Originalsubstanz zerstört wurde, war dem Geist der Zeit geschuldet – ohne den sich aber die moderne Denkmalpflege nicht hätte entwickeln können. In der Summe sind die Denkmalpflegebemühungen der Kirchen bis weit ins 20. Jahrhundert hinein – und damit die kirchlichen Denkmalpflegetraditionen – deutlich intensiver ausgeprägt als die staatlichen bzw. weltlichen.

Soweit staatliche Denkmalschutznormen existierten, fanden diese stets gerade und vor allem auch auf kirchliche Denkmale Anwen-

sches Archiv, Studien zu Ehren von Hermann Hoberg, hg. von Erwin Gatz, 1. Teil, 1979, S. 425 ff.

¹³ Hammer, Entwicklung (o. Fn. 11), S. 72, 97 ff., 102 f., 177 ff., 222 f., 360, 391 (m.N.).

¹⁴ Nicola Borger-Keweloh, Die mittelalterlichen Dome im 19. Jahrhundert, 1986; Beispiele: Isolde Schmidt, Zur Planungsgeschichte der Dom-Vollendung, in: Der Dom zu Regensburg. Ausgrabung, Restaurierung, Forschung, 3. Aufl. 1990, S. 97 ff.; dies., Restaurierungen am Regensburger Dom 1859–1939, ebd., S. 177 ff.; Claus Rautenberg, Der neue Turm und die Wiederherstellung der Kirche, in: Der Meldorfer Dom, hg. von Heiko K. L. Schulze, 1992, S. 89 ff.; Richard Strobel, Die Johanniskirche in Schwäbisch Gmünd, 1997, S. 28 ff., insbes. 29 f.

¹⁵ Beispiele bilden die Sammlung mittelalterlicher Altäre des Stadtpfarrers Ernst Franz August Münzenberger im Frankfurter Dom und das Diözesanmuseum Rottenburg: Elsbeth de Weerth (Bearbeiterin), Die Ausstattung des Frankfurter Domes, hg. vom Bischöflichen Ordinariat des Bistums Limburg, 1999, insbes. S. 21 ff., 73 ff.; Wolfgang Urban, Das Diözesanmuseum Rottenburg – Geschichte und Profil, in: Diözesanmuseum Rottenburg. Gemälde und Skulpturen 1250–1550, hg. von der Diözese Rottenburg-Stuttgart, bearbeitet von Melanie Prange / Wolfgang Urban, 2012, S. 12 ff.

dung: Das Scheitern einer wirksamen Denkmalschutzgesetzgebung über lange Zeit lag vor allem in einer tiefgreifenden Scheu vor Eingriffen in das Privateigentum begründet. Das Eigentum nicht nur der Kommunen, sondern auch der Kirchen wurde – im sich allmählich abschwächenden Staatskirchentum des 19. Jh., das noch eine ausgeprägte Vermögensaufsicht über die Kirchen kannte – nicht vom Eigentumsschutz der Verfassungen erfasst gesehen, mit der Folge, dass es hier zu wirkungsvollen Denkmalschutzbestimmungen (vor allem in Aufsichtsnormen) kommen konnte.¹⁶ Zudem wurden die kirchlichen Denkmale als besonders wichtig und wertvoll im Rahmen des damals als schützenswert angesehenen Denkmalbestandes bewertet.

V. Schutz der Verfassung für das kulturelle Erbe und die kirchlichen Denkmale als Orte des Glaubens und der Religionsausübung

1. Erhaltung von Denkmalen und kulturellem Erbe als Verfassungsziel

- 9 Die Erhaltung historischer Denkmale oder allgemeiner die Pflege und Förderung der Kultur, an der die Denkmalpflege wichtigen Anteil hat, wird den Ländern in vielen deutschen Landesverfassungen – in der Tradition der Weimarer Reichsverfassung¹⁷ – als wichtige Staatszielbestimmung aufgetragen¹⁸. Damit besitzt der Denkmalschutz als staatliche Aufgabe Verfassungsrang und kann konkurrierende Verfassungswerte, insbesondere Grundrechte, einschränken. Dies scheitert nicht daran, dass ihn nur Landesverfassungsnormen garantieren. Zwar können diese vom Grundgesetz gewährte Rechte regelmäßig weder relativieren noch minimieren, doch ist eine folgerichtige Definition der Grundrechtsgrenzen notwendig: Da nach der Konzeption des Grundgesetzes der Kultursektor im wesentlichen von

¹⁶ *Hammer*, Entwicklung (o. Fn. 11), S. 70 ff., 104 f., 110 ff., 156 ff., 172, 220 ff.

¹⁷ *Hammer*, Entwicklung (o. Fn. 11), S. 200 f., 295 ff.

¹⁸ Art. 3c Abs. 2 Verf. BW; Art. 141 Abs. 2 BayVerf.; Art. 34 Abs. 2 S. 2 Verf. Bbg.; Art. 62 HessVerf.; Art. 18 Abs. 1 und 2 Verf. NRW; Art. 40 Abs. 3 S. 1 Verf. RP; Art. 34 Abs. 2 S. 1 Verf. Saarl.; Art. 11 Abs. 3, 112 Abs. 2 Verf. Sachsen; Art. 36 Abs. 4 Verf. LSA; Art. 30 Abs. 2 ThürVerf.; nur einen allgemeinen Kulturschutzauftrag kennen Art. 11 Abs. 3 Verf. Bremen; Art. 16 Abs. 1 Verf. MV; Art. 6 NdsVerf.; Art. 9 Abs. 3 Verf. SH; zu diesen: *Hense*, Reform (o. Fn. 6), S. 91 ff.; *Dieter Martin*, Verfassungen der Bundesländer, in: Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege (o. Fn. 5), S. 98 f.

den Ländern geregelt werden sollte, enthält es selbst kaum kulturverfassungsrechtliche Normen. Es überlässt diese vielmehr den Länderverfassungen. Untersagte man ihnen nun, die Grundrechte des Grundgesetzes zu begrenzen, weil dies nur ihm selbst möglich sei, unterliefe man die Wertentscheidung zugunsten einer Regulationsbefugnis der Länder im Kulturbereich, die zwingend auch grundrechtseinschränkende Wirkungen entfalten muss. Deshalb sind die entsprechenden Grundrechtsschranken ihrem Wesen nach im Grundgesetz selbst bereits angelegt, so dass die Landesverfassungsnormen zum Denkmalschutz wirksam auch unbeschränkte Grundrechte einschränken können.¹⁹

Verfassungsnormen zugunsten des Schutzes von Denkmalen oder des kulturellen und historischen Erbes, die als Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge oder sogar als bürgerliche Grundpflicht ausgestaltet sein können, enthalten vor allem nach 1975 entstandene Verfassungen nicht nur europa-, sondern sogar weltweit in einer derart großen Zahl, dass insoweit bereits vom kulturstaatlichen Standard der Gegenwart gesprochen werden kann.²⁰ Dies hat die Folge, dass eine Streichung entsprechender Normen aus der Landesverfassung dazu führen würde, dass das Land hinter diesem zurückbliebe, ihm nicht mehr gerecht würde und damit seinen Status als Kulturstaat in Frage stellte.²¹ Ebenso wirken müsste auch eine Auslegung und Anwendung dieser Normen, die den Schutz des kulturellen Erbes weitgehend in Frage stellen oder gar auflösen würde.

10

2. Völkerrechtliche Verpflichtungen zum Schutz des Kulturerbes

Neben dem Verfassungsauftrag zum Schutz der Denkmale bestehen noch völkerrechtliche Verpflichtungen, die aus dem Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zu völkerrechtlichen Übereinkommen

11

¹⁹ Vgl. *Felix Hammer*, Kirchenbauten in Staatseigentum unter dem Grundgesetz und kirchliche Veränderungs- und Umgestaltungswünsche hieran, in: *Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat*. FS für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag, hg. von Stefan Muckel, 2003, S. 159 (172).

²⁰ Dazu *Felix Hammer*, Der Denkmal- und Kulturgutschutz in Verfassungen der Gegenwart. Eine vergleichende Betrachtung eines wichtigen Verfassungsthemas, in: *DÖV* 1999, S. 1037–1045; *ders.*, Kulturgutschutz (o. Fn. 8), S. 48 ff.

²¹ *Felix Hammer*, in: *Denkmalrecht Baden-Württemberg*. Kommentar, hg. von Gerd Hager / Felix Hammer / Oliver Morlock / Dagmar Zimdars / Dimitrij Davydov, 2. Aufl. 2016, Einführung, Rn. 4.

resultieren, die teils von der UNESCO, teils vom Europarat initiiert wurden; daneben existieren auch EU-Normen, die die Warenverkehrsfreiheit einschränken, um Kulturgüter an ihrem Herkunftsort zu halten.²² Soweit diese Bestimmungen in innerstaatliches Recht umgesetzt wurden, würde es einen Verstoß gegen die europa- und völkerrechtlichen Bindungen bedeuten, wenn – je nach Zuständigkeit – die deutschen Länder oder die Bundesrepublik diese Normen aufheben oder nicht ihrem Sinn und Zweck entsprechend anwenden würden. Damit wird der Denkmal- und Kulturgutschutz dem Staat nicht allein durch das Kulturstaastrinzip aufgetragen, vielmehr ist er darüber hinaus auch Ausdruck verbindlicher verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben.

3. Schutz der Verfassung für kirchliche Umgestaltungswünsche

- 12** Ist die möglichst ungestörte Erhaltung kirchlicher Denkmale ein wichtiges Verfassungsziel, so stehen andererseits auch Umgestaltungswünsche der kirchlichen Eigentümer, die aus geänderten Nutzungswünschen oder einer Anpassung der Bausubstanz an gewandelte Erfordernisse (etwa energetische Ertüchtigung) resultieren, in unterschiedlicher Weise unter dem Schutz der Verfassung.

a) Glaubens- und Religionsfreiheit

- 13** Vor allem und ganz zentral werden Nutzungs- und damit auch Veränderungswünsche der Kirchen an ihren Denkmälern durch die Glaubens- und Religionsfreiheit geschützt (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG), die – wie alle Grundrechte – den Religionsgemeinschaften, auch wenn sie öffentlich-rechtliche Körperschaften sind, gemäß Art. 19 Abs. 3 GG zur Verfügung steht.²³ Dies betrifft nicht nur Gottesdiensträume und andere sakrale Denkmale, sondern – weil das Grundrecht nicht allein Gebet und Gottesdienst, sondern umfassend die Freiheit zur Entfaltung und Wirksamkeit in der Welt durch religiös motivier-

²² *Frank Fechner*, Kulturgüterschutz, in: Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege (o. Fn. 5), S. 135 (144 ff., 156 ff.); *Dieter Martin*, Internationale Rechtsgrundlagen, ebd., S. 131 ff.; *Odendahl*, Kulturgüterschutz (o. Fn. 5), S. 130 ff., 210 ff., 269 ff., 649 ff.

²³ *Karl-Hermann Kästner*, in: BK, 145. Aktualisierung April 2010, Art. 140 GG, Rn. 373; *Hermann Weber*, → § 19, Rn. 5–10.

tes Handeln entsprechend dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften schützt²⁴ – ebenso auch andere, unmittelbar aus religiöser Motivation genutzte Denkmale, etwa Gemeindezentren oder Krankenhäuser, in denen die christliche Nächstenliebe ausgeübt wird. Zudem unterfallen alle religiös begründeten Änderungswünsche dem Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, etwa auch Fotovoltaikanlagen, die zum Schutz der Schöpfung auf Kirchendächern aufgebracht werden sollen.²⁵ Entscheidend kann allein sein, dass eine Denkmalveränderung religiös begründet ist, wobei es dem Schutzzweck der Religionsfreiheit entspricht, den individuellen Glauben zu schützen, unabhängig davon, ob er Dritten als nachvollziehbar erscheint.²⁶ Damit ist es bereits im Ansatz unzulässig, wenn Denkmalschutzbehörden glaubensbedingten Wünschen zur Denkmalveränderung entgegenhalten, sie seien aufgrund der allgemein bekannten liturgischen und religiösen Anforderungen der betreffenden Konfession nicht berechtigt. Aufgrund ihrer Zugehörigkeit zum weltanschaulich neutralen, säkularen Staat ist es ihnen verwehrt, Aussagen zu religiösen oder gar geistlichen Fragen zu treffen.²⁷

b) Weitere Grundrechtsgarantien

Zudem können Kirchen und Religionsgemeinschaften auch alle anderen Grundrechte in Anspruch nehmen, die bei Denkmalveränderungen Bedeutung gewinnen können. In Betracht kommt hier vor allem die Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG)²⁸, die auch den

14

²⁴ Grundlegend: BVerfGE 24, 236 (245 ff.); auch BVerfGE 32, 98 (106); 33, 23 (28).

²⁵ *Felix Hammer*, Denkmalschutz versus Klimaschutz? Rechtliche Zielkonflikte bei Kirchendächern, in: *Sonne auf unseren Dächern. Solarenergie im Rahmen der Klima-Initiative der Diözese Rottenburg-Stuttgart*, hg. von Klaus Barwig / Dieter Schmid, 2009, S. 39 (47 ff.).

²⁶ Vgl. nur BVerfGE 32, 98 (108 f.); 33, 23 (28 f.).

²⁷ BVerfGE 24, 236 (248); 18, 385 (386 f.), *Heckel*, Staat Kirche Kunst (o. Fn. 3), insbes. S. 19 ff.; *ders.*, Die Ausstrahlungswirkung der Religionsfreiheit auf das Kulturverfassungsrecht des säkularen Staates, in: *Die Bedeutung der Religion für die Gesellschaft*, hg. von Anton Rauscher, 2004, S. 141 (154 ff., 157 ff.); *Hammer*, Kirchenbauten (o. Fn. 19), S. 173.

²⁸ Zu ihrer Bedeutung für das Denkmalrecht: BVerfGE 100, 226 (239 ff.), auch in: JZ 1999, S. 895 m. Anm. *Fritz Ossenbühl*; BVerfG, in: NVwZ 2010, S. 957 ff.; *Joachim Lege*, Eigentumsgrundrecht und Denkmalschutz, in: *Denkmalrecht unter Denkmalschutz?* (o. Fn. 6), S. 17 ff.; *Ulrich Battis*, Denkmalschutz und Eigentumsgarantie, in: *Natur und Recht* 2000, S. 421 ff.;

Kirchen und ihren Untergliederungen nur in den Grenzen des Art. 14 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 GG garantiert ist. Hiernach werden Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt und der Gebrauch des Eigentums muss zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen. Da die Denkmalschutzgesetze solche die Gemeinwohlverpflichtung konkretisierenden Gesetze sind,²⁹ besteht die Wirkung des Art. 14 GG vor allem darin, dass eine Denkmalerhaltung nur im Rahmen des Zumutbaren gefordert werden kann und Entschädigungspflichten zugunsten der Denkmaleigentümer angeordnet werden³⁰. Deshalb ist dieses Grundrecht vor allem für die Auslegung des Denkmalrechts von Bedeutung.

- 15 Große Bedeutung für den Umgang der Kirchen mit ihren Sakralbauten besitzt vor allem die Kunstfreiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, denn das Grundrecht schützt nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG nicht nur das künstlerische Schaffen, also den Werkbereich der Kunst, sondern auch deren Wirkbereich, nämlich alle, die die Entstehung und Verbreitung von Kunst fördern, insbesondere die Auftraggeber von Kunstwerken.³¹ Eine künstlerische Gestaltung von Gottesdienst und Gottesdienstgebäuden war und ist stets ein besonderes Anliegen der Kirchen,³² das auch historische Kirchenbauten erfassen kann, dienen sie doch als Gottesdiensträume lebendigen Gemeinden und einer Glaubensverkündigung, die sich den Herausforderungen der jeweiligen Zeit zu stellen hat und damit die zeitgenössische Kunst als ihr Medium benötigt. Dementsprechend existieren bereits vielfältige künstlerische Umgestaltungen oder Neuausstattungen alter Kirchen³³ – sie unterfallen mithin dem

Ernst-Rainer Hönes, Kulturdenkmalbegriff und Eigentumsschutz, in: DÖV 2003, S. 517 ff.

²⁹ *Oebbecke*, Denkmalschutz (o. Fn. 1), S. 319.

³⁰ §§ 6 S. 1, 24 DSchG BW; §§ 7 Abs. 1, 33–35 DSchG NRW; in den anderen Bundesländern ist die Rechtslage entsprechend: *Hammer*, in: Denkmalrecht BW (o. Fn. 21), Einführung, Rn. 12, 14.

³¹ BVerfGE 30, 173 ff.; 67, 213 ff.; 81, 278 ff.; 81, 298 ff.; 82, 1 ff.; 83, 130.

³² Vgl. nur: Kirche und Kultur (Arbeitshilfen Nr. 212), hg. vom Sekretariat der DBK, 2007; *Hans Maier*, Die Kirchen und die Künste, 2008; *Rainer Beck / Rainer Volp / Gisela Schmirber* (Hg.), Die Kunst und die Kirchen. Der Streit um die Bilder heute, 1984.

³³ *Jürgen Lenssen*, Bewahren und Erneuern. Das Bestreben um Zeitgenossenschaft in sakralen Räumen des Bistums Würzburg, 2001; *Dirk Jonkanski*, Neue Kunst in alten Kirchen, in: DenkMal! Zeitschrift für Denkmalpflege in Schleswig-Holstein 5 (1998), S. 22 ff.; *Bernd Mathias Kremer*, Spannungsfelder zwischen Rekonstruktion und zeitgenössischer Kunst und Architektur, in: das münster 48 (1995), S. 351 ff.; *Heiner Giese*, Denken und Bauen. Zur Renovation des Rottenburger Doms 2002/2003, in: das münster 62 (2009),

Schutzbereich der Kunstfreiheitsgarantie, die daher für die Zulässigkeit einer künstlerisch geprägten Denkmalveränderung streitet. Entsprechenden Plänen darf seitens der Denkmalbehörden insbesondere nicht entgegengehalten werden, sie seien der vorhandenen Qualität eines Denkmals nicht angemessen oder verunzierten dessen Erscheinungsbild, denn staatliche Stellen dürfen Kunst und deren Wirkungen inhaltlich nicht bewerten, sie ist einer staatlichen Niveau- oder Inhaltskontrolle nicht zugänglich.³⁴

c) Kirchliches Selbstbestimmungsrecht und Kirchengutsgarantie

Schließlich erfahren kirchliche Denkmalveränderungswünsche Schutz durch das kirchliche Selbstbestimmungsrecht (Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG) und die Kirchengutsgarantie (Art. 138 Abs. 2 WRV i.V.m. Art. 140 GG), die vor allem die Aufgabe hat, den Kirchen die materiellen Grundlagen ihres Wirkens in Freiheit und die religiöse Funktion ihrer Güter zu sichern.³⁵ Sie setzt staatlichen Eingriffen in Kirchengut und Kirchenvermögen enge Grenzen. Diese Verfassungsnormen wirken auch zugunsten kirchlicher Denkmale, denen keine unmittelbare kultische oder auch nur religiöse Funktion zukommt, die aber als Raum und Grundlage für sonstige kirchliche Betätigung dienen und dadurch einen Religionsbezug erhalten.³⁶ Sie sind Ausdruck einer Grundentscheidung der Verfassung für den Schutz religiöser Freiheit, die bei allen denkmalrechtlichen Entscheidungen hinreichend berücksichtigt werden muss.

16

S. 384 (393 ff.); *Dieter Bogner / Peter Müller* (Hg.), *Alte Bauten Neue Kunst. Denkmalpflege und zeitgenössisches Kunstgeschehen*, 1986 (insbes.: *Udo Mainzer*, *Die romanischen Kirchen von Köln und die moderne Kunst*, S. 91 ff.).

³⁴ BVerfGE 81, 278 (291); 81, 298 (305); 83, 130 (138 f.); BGH, in: NJW 1990, S. 3026 ff.; BVerwGE 91, 211 (214) und 223 (225).

³⁵ BVerfGE 99, 100 – St. Salvator; *Kästner*, in: BK (o. Fn. 23), Art. 140 GG, Rn. 620, 623; *Stefan Muckel*, in: *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, hg. von Karl Heinrich Friauf / Wolfram Höfling, 34. Erg.-Lfg. 2011, Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 35; *Karl-Hermann Kästner*, → § 69.

³⁶ *Kästner*, in: BK (o. Fn. 23), Art. 140 GG, Rn. 627, 629 f.; *Muckel*, in: *Berliner Kommentar* (o. Fn. 35), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 39.

4. Auflösung der Konkurrenz der Verfassungsziele

17 Die gegenläufigen Verfassungsziele, die einerseits dem Staat Verantwortung für die Erhaltung der Kulturgüter und Denkmale (wegen ihrer Bedeutung gerade auch der kirchlichen) auferlegen, andererseits kirchliche Nutzungs- und Veränderungswünsche schützen, müssen sowohl bei der Schaffung von Denkmalschutzvorschriften als auch bei deren Auslegung und Anwendung in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Dabei ist zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Glaubens- und Religionsfreiheit nur verfassungsimmanente Schranken unterliegt und, selbst wenn solche vorhanden sind, dem Schutz des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG angemessene Geltung verschafft werden muss, indem die Reichweite von Rechtsnormen, die seinen Schutzbereich einschränken, gegebenenfalls wiederum verfassungskonform zu beschränken ist.³⁷ Zudem sind die weiteren Grundrechtsgarantien, die zugunsten der Kirchen wirken, zu sehen, wobei auch die Kunstfreiheit vom Grundgesetz unbeschränkt garantiert wird.³⁸ Zum anderen ist die hohe Bedeutung der im Kulturstaatprinzip und zunehmend im Gedanken eines gemeinsamen Kulturerbes der Menschheit³⁹ wurzelnden Denkmalschutzgarantien zu berücksichtigen⁴⁰. Dabei muss die Auflösung der konkurrierenden Verfassungswerte einerseits die künstlerischen und kulturhistorischen Werte des Denkmals, seine Seltenheit wie auch alle anderen Umstände, die seine Bedeutung konstituieren, möglichst vollständig erfassen und bewerten, andererseits ist das gottesdienstliche oder sonstige religiöse Anliegen, wie es die Religionsgemeinschaft vorträgt (ohne dass es auf seine Berechtigung überprüft werden darf und in der Bedeutung, die sich aus diesem Vorbringen ergibt), in die Prüfung einzustellen.

18 Lässt sich das religiöse Anliegen ohne Denkmaländerung realisieren (soll die Predigt nicht mehr von der Kanzel, sondern von einem Ambo aus erfolgen, muss die Kanzel nicht abgetragen werden; eine

³⁷ BVerfGE 32, 98 ff.

³⁸ Zu möglichen Einschränkungen der Kunstfreiheit BVerfGE 30, 173 (193); 81, 278 (292 ff.); 81, 298 (307 f.); 83, 130 (139); ebenso BGHSt 37, 55 (62).

³⁹ *Markus Müller*, Kulturgüterschutz: Mittel nationaler Repräsentation oder Wahrung des Gemeinsamen Erbes der Menschheit?, in: *Prinzipien des Kulturgüterschutzes. Ansätze im deutschen, europäischen und internationalen Recht*, hg. von Frank Fechner / Thomas Oppermann / Lyndel V. Prott, 1996, S. 257 (266 ff.).

⁴⁰ Dass diese „nur“ in Landesverfassungen statuiert sind, ist unschädlich, s. dazu oben V. 1.

Messe am Volksaltar verlangt nicht die Beseitigung des Hochaltars und von Seitenaltären), so besitzt der Denkmalschutz Vorrang. Andererseits sind sonst nicht zu verwirklichende, nicht unwichtige gottesdienstliche (nicht nur liturgische) Anliegen vorrangig zu beachten: Ein Altar in der Mitte (oder wenigstens in der Nähe) der feiernden Gemeinde und ein Ambo sind nach den liturgischen Reformen des II. Vatikanischen Konzils unverzichtbar. Ein Farbglasfenster mit einer Darstellung Kaiser Wilhelms II. als Blickfang für die Gläubigen, ein enges Gestühl, das die Gottesdienstteilnahme zur Qual werden lässt, sind – selbst wenn sie historisch wertvoll sind – nicht hinzunehmen, doch ist möglichst viel von der historischen Substanz zu bewahren, durch die Versetzung des Fensters an eine unauffällige Stelle oder die Wiederverwendung alten Materials⁴¹. Soll gar kein oder nur ein jederzeit reversibler Eingriff in das Denkmal vorgenommen werden, müssen besondere Umstände vorliegen, um religiös begründete Maßnahmen zu verhindern: Das Aufstellen von Stellwänden mit Bildern der Konfirmanden ist auch zulässig, wenn es den Raumeindruck (temporär) empfindlich stört. Entscheidend sind alle Umstände der Situation, die vollständig erfasst und angemessen bewertet werden müssen. Der darauf aufbauende Ausgleich hat das alles sachgerecht zu berücksichtigen und abzuwägen, muss dabei aber stets die hohe Bedeutung, die die Verfassung Freiheit und Entfaltung von Glaube und Religion beimisst, hinreichend in die notwendigen Abwägungsvorgänge einstellen.

Auch der Kunstfreiheit vermag der in der Verfassung selbst wurzelnde Auftrag zum Kulturgut- und Denkmalschutz Grenzen zu ziehen. Der Ausgleich zwischen den konkurrierenden Verfassungswerten darf weder darauf abstellen, ob ein angemessener Kompromiss zwischen Bestehendem und Neuem gefunden wurde, weil es gerade das Recht der Kunst ist, kompromisslos zu sein, noch kann er über eine sonstige – unzulässige – Bewertung der geplanten neuen Kunst erfolgen, er kann aber darauf abstellen, dass wertvolle historische Substanz oder ein historisch besonders bedeutsames oder ein künstlerisch geprägtes Erscheinungsbild beeinträchtigt werden. Im zuletzt genannten Fall kann der Denkmalschutz seinerseits als Ausdruck der Kunstfreiheitsgarantie begriffen werden, weil die Verfassung nicht nur das Schaffen des Künstlers, sondern auch das von ihm geschaffene-

19

⁴¹ Dazu – sicher mit zu wenig Verständnis für die Belange der Gläubigen und der Kirchengemeinden – *Katharina Walch*, Zum Umgang mit barocken Kirchengestühlen, in: Monumental. FS für Michael Petzet zum 65. Geburtstag, hg. von Susanne Böning-Weis / Karlheinz Hemmeter / York Langenstein, 1998, S. 395 ff.

ne Werk – gerade auch wenn es der Vergangenheit entstammt – und dessen Wirkungen im geistigen Leben über die Zeiten hinweg geschützt wissen will, so dass der Denkmalschutz berechtigt ist, dieses vor Veränderungen zu bewahren.⁴² Beim „schlichten Geschichtsdenkmal“ ist entscheidend, ob die überlieferte Substanz so bedeutend ist, dass dem – durch Veränderungen nicht gestörten – Zeugniswert des Monuments Vorrang vor der künstlerischen Schöpfung zukommt.

- 20 Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht (Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV i. V. m. Art. 140 GG)⁴³ ist zwar nur in den Grenzen der für alle geltenden Gesetze gewährt, zu denen – auch – die Denkmalschutzgesetze zählen.⁴⁴ Doch erfahren diese wiederum Schranken aus dem wertsetzenden Gehalt des Selbstbestimmungsrechts (Wechselwirkungslehre des BVerfG)⁴⁵, so dass auch hier eine Abwägung erforderlich wird. Es stellt den Kirchen nicht lediglich Räume der Entscheidungsfreiheit zur Verfügung, womit es gegenüber dem Kulturstaatsanspruch als materieller Verfassungswertentscheidung tendenziell geringere Bedeutung besitzen könnte, sondern sichert die Freiheit kirchlichen Wirkens unabhängig von staatlichem Einfluss: Es garantiert den Kirchen, zu bestimmen, ob sie ihre Mittel primär für Kultur- und Denkmalpflege, die Pastoral oder karitative und diakonische Zwecke einsetzen wollen, und enthält so eine wesentliche materielle Wertentscheidung der Verfassung. Für die Kirchengutsgarantie enthält die Verfassung zwar keine ausdrücklichen Schranken, doch werden diejenigen des Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV aufgrund des engen Kontextes von Selbstbestimmung und Vermögensverwaltung auf Art. 138 Abs. 2 WRV übertragen.⁴⁶ Da die Wechselwirkungslehre auch hier zu beachten ist, ist für die Anwendungsbereiche sowohl des Art. 137 Abs. 3 S. 1 als auch des Art. 138 Abs. 2 WRV durch Abwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des jeweiligen Falles zu ermitteln, ob dem kulturstaatlichen Denkmalschutzanliegen oder den kirchlichen Belangen Vorrang einzuräumen ist. Vorgehen und Ergebnis unterscheiden sich dabei nicht wesentlich von dem, was bei der Glaubens- und Religionsfreiheit dargestellt wurde.

⁴² Grundlegend *Heckel*, Staat Kirche Kunst (o. Fn. 3), S. 67 ff., 76 ff.; *ders.*, Sakralbauten (o. Fn. 3), in: *Gesammelte Schriften II*, S. 1075 (1087 f.); mit Einschränkungen *Bernd Mathias Kremer*, Denkmalschutz und Denkmalpflege im Bereich der Kirchen (§ 42), HSKR², Bd. 2, 1995, S. 77 ff. (85).

⁴³ *Stefan Koriath*, → § 16.

⁴⁴ VGH BW, KirchE 43, 52 ff. = in: NVwZ 2003, S. 1530 (1531 ff.).

⁴⁵ BVerfGE 53, 366 ff.; VGH BW (o. Fn. 44).

⁴⁶ *Kästner*, in: BK (o. Fn. 23), Art. 140 GG, Rn. 637; *Muckel*, in: *Berliner Kommentar* (o. Fn. 35), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 42.

5. Erlass eigener kirchlicher Denkmalschutzvorschriften; Letztentscheidungsbefugnis kirchlicher Denkmalschutzbehörden

Einzelne Denkmalschutzgesetze und Kirchenverträge sehen – meist in engem Rahmen und bei Vorliegen genau definierter Voraussetzungen – die Möglichkeit vor, dass die Kirchen eigene Denkmalschutzvorschriften erlassen dürfen.⁴⁷ Dies führt dazu, dass auch die Ausführung dieser Normen auf kirchliche Stellen übergeht. Andere Gesetze und Verträge erlauben den Kirchen – wiederum zumeist gesetzlich präzise begrenzt – eigene Denkmalschutzbehörden zu errichten, die dann statt der staatlichen Behörden – wenn auch im Benehmen mit diesen – die erforderlichen denkmalrechtlichen Entscheidungen und Maßnahmen treffen,⁴⁸ oder sehen eine Letztentscheidungsbefugnis der kirchlichen Oberbehörde vor, wenn sich eine Einigung mit den staatlichen Denkmalschutzbehörden nicht herstellen lässt⁴⁹. Noch weiter gehen die Länder Niedersachsen, Schleswig-Holstein und Hessen. Dort verweisen die Denkmalschutzgesetze⁵⁰ für kirchliche Kulturdenkmale auf die Regelungen der bestehenden Kirchenverträge⁵¹, die wiederum eine Entscheidungsbefugnis der zuständigen kirchlichen nur im Benehmen mit den staatlichen Stellen vorsehen. Hier stellt sich die Frage, ob in diesen Fällen die staatliche Kulturstaatsverantwortung noch ausreichend gewahrt ist.⁵² Dies ist

21

⁴⁷ § 11 Abs. 2 DSchG BW; § 18 Abs. 3 Sächs. DSchG; Art. 17 Abs. 2 KathKV LSA; Art. 10 Abs. 2 EvKV LSA: Kulturdenkmale müssen in kirchlichem Eigentum stehen und dem Gottesdienst dienen; weiter dagegen Art. 25 EvKV SH, der den kirchlichen Bereich dem staatlichen Denkmalschutz nur unterwirft, „soweit die Kirchen nicht im Benehmen mit dem Land eigene Vorschriften erlassen“. Nach § 38 DSchG SH bleibt diese Bestimmung durch das DSchG unberührt. Eine entsprechende Regelung wurde später in Art. 14 S. 6 KathKV SH aufgenommen.

⁴⁸ § 23 Abs. 2 und 3 DSchG RP; dazu und zum folgenden: *Michael Frisch*, Bauwesen und Denkmalpflege, in: HEKR, S. 998–1023 (Rn. 7, 9, m. N.).

⁴⁹ Art. 9 Abs. 3 EvKV MV; Art. 17 Abs. 3 KathKV MV; Art. 9 Abs. 3 EvKV Hmb.; Art. 14 Abs. 3 KathKV Hmb.: nur bei Denkmalen, die gottesdienstlichen, kultischen oder gleichartigen kirchlichen Zwecken unmittelbar dienen; Entscheidung im Benehmen mit der obersten Denkmalschutzbehörde; dazu *Holger Kremser*, Der Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Mecklenburg-Vorpommern vom 15.9.1997, in: LKV 1998, S. 300 (304).

⁵⁰ § 36 Nds. DSchG; § 38 DSchG SH; § 29 Abs. 1, § 18 Abs. 1 Nr. 3, § 19 Abs. 2 DSchG Hessen.

⁵¹ Art. 20 NdsKV (Loccumer Vertrag); Anlage § 13 NdsK; Art. 25 EvKV SH; Art. 14 S. 6 KathKV SH; Art. 20 S. 2 EvKV Hessen; Art. V S. 2 KathKV Hessen.

⁵² Dazu – sehr kritisch – *Heckel*, Sakralbauten (o. Fn. 3), in: *Gesammelte Schriften II*, S. 1093 f.

deshalb zu bejahen, weil erstens Anhörungsrechte der staatlichen Denkmalbehörden oder ein Benehmen mit diesen vorgeschrieben ist, so dass diese stets umfassend informiert sein müssen. Angesichts der bedeutenden kirchlichen Denkmalschutztraditionen⁵³ und des Bestehens kirchlicher Denkmalschutznormen⁵⁴ kann zweitens kaum von einer generellen Überlegenheit des staatlichen Denkmalschutzes ausgegangen werden. Soweit Kirchenverträge die Grundlage dieser Gestaltungen bilden, enthalten sie drittens durchweg materielle Pflichten der Kirchen, ihre Denkmale nach Kräften zu schützen. Schließlich ließe sich viertens das Denkmalschutzrecht ändern, falls die Kirchen ihre Möglichkeiten dazu nutzen würden, ihr Kulturerbe zu dezimieren. Dies gilt auch für Kirchenverträge, da – sollten die Kirchen ihre Rechte aus diesen missbrauchen – gegen vertraglich festgelegte Pflichten verstoßen würde, was der staatlichen Seite das Recht geben würde, Vertragsänderungen zu verlangen.⁵⁵

6. Verbot der Enteignung kirchlicher Denkmale

- 22** Einige Denkmalschutzgesetze und Kirchenverträge ordnen an, dass bei kirchlichen Denkmalen eine Enteignung zur Gewährleistung des Denkmalschutzes nicht stattfinden darf.⁵⁶ Auch wenn diese Normen der einfachgesetzlichen Umsetzung der Verfassungsgarantie des Art. 138 Abs. 2 WRV i.V.m. Art. 140 GG dienen,⁵⁷ so verlangt diese doch derartige Bestimmungen zugunsten der Kirchen nicht zwingend. Es sind aber kaum Konstellationen denkbar, die eine Enteignung zur Sicherstellung des Verfassungsauftrags zum Denkmalschutz bei kirchlichen Körperschaften erforderlich machen könnten, wobei noch hinzu kommen müsste, dass diesem in concreto Vorrang vor den kirchlichen Belangen gebührt. Denn selbst weit reichende denkmal-

⁵³ Vgl. hierzu oben IV.

⁵⁴ Dazu im Einzelnen unten X.

⁵⁵ *Stefan Mückl*, → § 10, Rn. 55.

⁵⁶ § 11 Abs. 3 i.V.m. §§ 25 f. DSchG BW, kirchenvertraglich abgesichert durch Art. 20 Abs. 2 EvKV BW; § 21 Abs. 2 i.V.m. §§ 16 Abs. 4, 17 DSchG Berlin; § 10 Abs. 2 S. 2 DSchG MV, kirchenvertraglich abgesichert durch Art. 9 Abs. 2 S. 2 EvKV MV; § 23 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 30 DSchG RP; § 18 Abs. 4 i.V.m. §§ 27–34 Sächs. DSchG; Art. 14 Abs. 2 S. 2 KathKV Hmb.; wenn Kirchen eigene Schutznormen erlassen, auch Art. 10 Abs. 2 EvKV LSA sowie Art. 17 Abs. 2 KathKV LSA.

⁵⁷ *Heinz Strobl/Heinz Sieche*, Denkmalschutzgesetz für Baden-Württemberg, Kommentar und Vorschriftensammlung, 3. Aufl. 2010, § 11, Rn. 11; *Hammer*, in: *Denkmalrecht BW* (o. Fn. 21), § 11, Rn. 29.

schützende Verfügungen sind auch bei kirchlichen Denkmälern möglich – gegebenenfalls kommt dann eine freiwillige Eigentumsübertragung auf den Staat in Betracht. Damit erweisen sich diese Normen als verfassungsgemäß. Sind sie in Denkmalschutzgesetzen nicht enthalten, kommt nach dem Dargestellten eine Enteignung nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen in Betracht.

VI. Kirchenverträge

Enthalten die vor dem Zweiten Weltkrieg abgeschlossenen Konkordate und Kirchenverträge zwischen dem Heiligen Stuhl oder evangelischen Landeskirchen und deutschen Staaten noch keine Normen, die den Schutz kirchlicher Denkmale regelnd erfassen,⁵⁸ so ist das seit dem ersten großen Vertragswerk der Nachkriegszeit, dem Loccumer Vertrag von 1955⁵⁹, bei umfassenden Kirchenverträgen durchweg der Fall⁶⁰, bei Verträgen mit israelitischen Religionsgemeinschaften dagegen nur teilweise⁶¹. Handelte es sich bei den vor 1990 geschlossenen Verträgen noch um knappe Regelungen, mittels derer sich die Kirchen verpflichteten, dem Denkmalschutz an ihren Gebäuden „ihre besondere Aufmerksamkeit [zu] widmen“ und dafür zu sorgen, dass Kirchengemeinden oder sonstige nachgeordnete Insti-

23

⁵⁸ Bis zum Art. 17 RK enthielten die Verträge allein Gewährleistungen kirchlichen Eigentums, wodurch eher der Denkmalschutz eingeschränkt wurde; bspw.: Art. 5 Abs. 1 KathKV Preußen; Art. V Abs. 1 BadK; Art. III Abs. 1 BadKV.

⁵⁹ Art. 20 NdsKV (Loccumer Vertrag).

⁶⁰ Weitere Beispiele, vor 1990: Art. 25 EvKV SH; Anlage § 13 NdsK; nach 1990: Art. 20 EvKV BW; Art. 10 EvKV Bbg.; Art. 14 KathKV Bbg.; Art. 7 EvKV Bremen; Art. 15 KathKV Bremen; Art. 9 EvKV Hmb.; Art. 14 KathKV Hmb.; Art. 9 EvKV MV; Art. 17 KathKV MV; Art. 10 EvKV Sachsen; Art. 10 EvKV LSA; Art. 17 KathKV LSA; Art. 14 KathKV SH; Art. 9 u. Schlussprot. zu Art. 9 EvKV Thür.; Art. 18 u. Schlussprot. zu Art. 18 Abs. 1 KathKV Thür.; dazu: *Christian Hermes*, Konkordate im vereinigten Deutschland, 2009, S. 608 ff.; *Hans Ulrich Anke*, Die Neubestimmung des Staat-Kirche-Verhältnisses in den neuen Ländern durch Staatskirchenverträge, 2000, S. 100 ff., 229, 274 ff., 319, 339, 399 f.; *Michael Frisch / Uwe Kai Jacobs*, Evangelischer Kirchenvertrag Baden-Württemberg, in: ZevKR 54 (2009), S. 290 (314); *Kremser*, Vertrag (o. Fn. 49), S. 304; *Ernst-Rainer Hönes*, Rechtsfragen bei Denkmälern, die der Religionsausübung dienen (§ 38 DSchG NRW), in: NWVBl. 2012, S. 369 (371 f.).

⁶¹ So etwa Art. 9 u. Schlussprot. JüdV BW; Art. 5 JüdV Berlin; Art. 9 JüdV Bbg.; Art. 9 JüdV RP; Art. 7 JüdV LSA.

tutionen entsprechend verfahren⁶², so weisen die danach entstandenen Vertragsnormen regelmäßig mehrere Absätze auf⁶³. Neben der Verpflichtung der Kirchen, ihre Denkmale zu schützen und – häufig⁶⁴ – der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, wird oft die gemeinsame Verantwortung von Staat und Kirche für kirchliche Denkmale oder ein Zusammenwirken beider zu deren Schutz bekräftigt.⁶⁵ Die Länder verpflichten sich, bei denkmalschützenden Entscheidungen die kirchlichen Belange zu berücksichtigen, im Rahmen der verfügbaren Mittel zur Denkmalerhaltung beizutragen und die Kirchen bei der Gewinnung von Fördermitteln, die von dritter Seite gewährt werden, zu unterstützen⁶⁶, vereinzelt ist auch vorgesehen, dass durch Vereinbarungen den Kirchen Aufgaben des Denkmalschutzes übertragen werden können⁶⁷. So definieren die neueren Kirchenverträge die wesentlichen Orientierungspunkte des staatlichen Denkmalschutzes für das kirchliche historische Erbe.

⁶² Art. 20 NdsKV (Loccumer Vertrag); Anlage § 13 NdsK; Art. 25 EvKV SH. Im Gegenzug wurden sie weitgehend von der Geltung der Normen der Denkmalschutzgesetze ausgenommen: § 36 Nds. DSchG; § 38 DSchG SH.

⁶³ Eine Ausnahme bildet Art. 14 KathKV SH, der sich an Art. 25 EvKV SH orientiert.

⁶⁴ Art. 10 Abs. 2 EvKV Bbg.; Art. 7 Abs. 2 S. 1 EvKV Bremen; Art. 15 Abs. 2 S. 1 KathKV Bremen; Art. 9 Abs. 2 EvKV Hmb.; Art. 14 Abs. 2 S. 1 KathKV Hmb.; Art. 9 Abs. 2 S. 1 EvKV MV; Art. 17 Abs. 2 S. 1 KathKV MV; Art. 10 Abs. 2 EvKV Sachsen.

⁶⁵ Art. 10 Abs. 1 EvKV Bbg.; Art. 7 Abs. 1 EvKV Bremen; Art. 15 Abs. 1 KathKV Bremen; Art. 9 Abs. 1 EvKV Hmb.; Art. 14 Abs. 1 KathKV Hmb.; Art. 9 Abs. 1 EvKV MV; Art. 17 Abs. 1 KathKV MV; Art. 10 Abs. 1 EvKV Sachsen; Art. 14 S. 1 KathKV SH.

⁶⁶ Art. 20 Abs. 1 u. 3 EvKV BW; Art. 10 Abs. 3 u. 4 EvKV Bbg.; Art. 7 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 EvKV Bremen; Art. 15 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 KathKV Bremen; Art. 9 Abs. 3 u. 5 EvKV Hmb.; Art. 14 Abs. 5 KathKV Hmb.; Art. 9 Abs. 3 u. 5 EvKV MV; Art. 17 Abs. 3 u. 5 KathKV MV; Art. 10 Abs. 3 EvKV Sachsen; Art. 10 Abs. 1 u. 3 EvKV LSA; Art. 17 Abs. 1 u. 3 KathKV LSA; Art. 9 Abs. 2 u. Schlussprot. zu Art. 9 EvKV Thür.; Art. 18 Abs. 2 u. Schlussprot. zu Art. 18 Abs. 1 KathKV Thür.

⁶⁷ Art. 9 Abs. 4 EvKV Hmb.; Art. 14 Abs. 4 KathKV Hmb.; Art. 9 Abs. 4 EvKV MV; Art. 17 Abs. 4 KathKV MV.

VII. Sonderstellung von Denkmälern in gottesdienstlichem Gebrauch nach den Denkmalschutzgesetzen

1. Regelungen der Denkmalschutzgesetze

Fast alle deutschen Denkmalschutzgesetze, ergänzt noch durch die Kirchenverträge, enthalten Sondervorschriften für kirchliche Denkmale⁶⁸, die manchmal – auch – allgemeine Zielvorgaben⁶⁹ oder Aspekte von eher geringer Bedeutung wie die Zugänglichmachung von Denkmälern regeln⁷⁰. In erster Linie dienen sie aber der Berücksichtigung religiös begründeter Belange bei Entscheidungen der Denkmalschutzbehörden. Sie erfassen häufig aber nur Denkmale, die dem Gottesdienst dienen oder fordern nur eine Berücksichtigung gottesdienstlicher oder liturgischer Belange. Andere Vorschriften sind weiter gefasst und betreffen alle Denkmale, die der Religionsausübung dienen, oder insgesamt Belange der Religionsausübung. Die Kunstfreiheit, das Eigentumsrecht und das kirchliche Selbstbestimmungsrecht bleiben dabei freilich unberücksichtigt, abgesehen davon, dass die offene Pflicht zur Berücksichtigung kirchlicher Belange keine Lösung, sondern nur eine Umschreibung der Problematik darstellt. Aber auch soweit – wie dies verschiedentlich geschieht – eine vorrangige Beachtung gottesdienstlicher Belange verlangt wird,⁷¹ ist dies nicht unproblematisch, werden hier doch alle, auch untergeordnete,

24

⁶⁸ § 11 DSchG BW; Art. 26 DSchG Bayern; § 21 DSchG Berlin; § 21 Bbg. DSchG; § 8 Abs. 2 S. 2 DSchG Hamburg; § 7 Abs. 1 S. 3 DSchG Hessen; § 10 DSchG MV; § 36 Nds. DSchG; § 38 S. 2 DSchG NRW; § 23 DSchG RP; § 3 Abs. 3 Saarl. DSchG; § 18 Sächs. DSchG; §§ 4 Abs. 4, 8 Abs. 4 DSchG LSA; §§ 23 Abs. 3, 38 DSchG SH; § 32 Thür. DSchG; zu diesen: *Hans Martin Bregger*, Kirchliche Denkmalpflege im Spannungsfeld zwischen staatlicher und kirchlicher Normsetzung, in: *Denkmalrecht unter Denkmalschutz?* (o. Fn. 6), S. 49 (61 ff.); *Heckel*, Sakralbauten (o. Fn. 3), in: *Gesammelte Schriften II*, S. 1077 ff.; *Hönes*, Rechtsfragen (o. Fn. 60), S. 373 ff.; *Kremer*, Denkmalschutz (o. Fn. 42), S. 91 ff.; *Johannes Wasmuth*, Denkmäler von Kirchen und anderen Religionsgesellschaften, in: *Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege* (o. Fn. 5), S. 672 (690 ff.).

⁶⁹ § 38 S. 1 DSchG NRW: Fortsetzung der Zusammenarbeit kirchlicher und staatlicher Stellen; ähnlich § 10 Abs. 1 DSchG MV.

⁷⁰ § 10 Abs. 2 S. 1 DSchG MV; § 23 Abs. 3 DSchG SH.

⁷¹ § 11 Abs. 1 S. 1 DSchG BW; § 7 Abs. 1 S. 3 DSchG Hessen; § 23 Abs. 1 S. 1 DSchG RP; § 18 Abs. 1 Sächs. DSchG; teilweise bewirkt dies auch eine Bezugnahme auf die Kirchenverträge: Art. 10 Abs. 1 S. 3 EvKV LSA; Art. 17 Abs. 1 S. 3 KathKV LSA; Schlussprot. zu Art. 9 Abs. 1 EvKV Thür.; Schlussprot. zu Art. 18 Abs. 1 KathKV Thür.; hierzu *Bernd Mathias Kremer*, Der Vorrang kirchlicher Belange im Urheber- und Denkmalrecht, in: *ZevKR* 51 (2006), S. 49 ff.

religiöse Belange selbst bei wertvollsten Kirchenbauten denjenigen der Denkmalerhaltung übergeordnet. Im Ergebnis bilden damit alle diese Sondervorschriften nur unzureichende Lösungen des Spannungsverhältnisses zwischen Denkmalerhaltung und religiös begründeten Änderungswünschen und bedürfen der verfassungskonformen Auslegung und Ergänzung. Fehlen solche Sonderbestimmungen⁷² oder enthalten sie keine Berücksichtigungspflichten⁷³, sind die allgemeinen Genehmigungstatbestände der Denkmalschutzgesetze verfassungskonform so zu ergänzen, dass in deren Rahmen eine angemessene Berücksichtigung kirchlicher Belange zu erfolgen hat.⁷⁴ Für die Entscheidung, ob einem Objekt die Eigenschaft eines Denkmals zukommt (und es daher in das Denkmalsbuch einzutragen ist), finden die Sondernormen keine Anwendung: Durch die Feststellung der Denkmaleigenschaft werden Rechte der Kirchen noch nicht berührt, weil sie keine konkreten Pflichten begründet. Erst wenn auf ihrer Grundlage Erhaltungspflichten und Veränderungsverbote angeordnet werden sollen, sind die Sondernormen anzuwenden und es ist zu prüfen, ob diese Maßnahmen angesichts der besonderen Rechte der Kirchen rechtlich Bestand haben können.⁷⁵

2. Feststellung gottesdienstlicher/liturgischer Belange

- 25** Die Feststellung des Vorliegens gottesdienstlicher oder liturgischer Belange und die Bewertung ihrer Bedeutung ist ausschließlich kirchlichen Stellen vorbehalten.⁷⁶ Den staatlichen Denkmalschutzbehörden ist dies aufgrund der Säkularität des Staates, der ganz auf Weltliches beschränkt ist, verwehrt.⁷⁷ Meist wird es hier kaum zu Problemen kommen, anders mag dies in Grenzfällen sein: Ob ein historisches Gestühl eine aufmerksame Teilnahme am Gottesdienst behindert, welche Anforderungen an Beleuchtung, Heizung oder eine Lautsprecheranlage zu stellen sind, wo der Altar zu stehen hat, können allein kirchliche Stellen bestimmen. Dies bedeutet aber nicht,

⁷² Dies ist im DSchG Bremen der Fall.

⁷³ § 10 Abs. 1 und 2 DSchG MV.

⁷⁴ Eingehende Analyse dieser Normen bei *Heckel*, Sakralbauten (o. Fn. 3), in: *Gesammelte Schriften II*, S. 1075 ff. (zur Notwendigkeit einer verfassungskonformen Interpretation S. 1091).

⁷⁵ Eingehend hierzu VGH BW, KirchE 43, 52 ff., auch in: NVwZ 2003, S. 1530 ff.

⁷⁶ VGH BW, KirchE 43, 52 ff., auch in: NVwZ 2003, S. 1530 (1532).

⁷⁷ Dazu ausführlich *Heckel*, Staat Kirche Kunst (o. Fn. 3), insbes. S. 19 ff.

dass diesen Belangen stets Vorrang vor dem Denkmalschutz zukommen würde. Vielmehr müssen die von kirchlichen Stellen festgestellten und bewerteten Belange anhand der Denkmalbedeutung des betroffenen Bauwerks und der Auswirkungen der beabsichtigten Änderungen darauf geprüft werden, ob sie nicht ausnahmsweise hinter der Denkmalerhaltung zurückstehen müssen (dazu unten 5.).

3. Berücksichtigungsbedürftigkeit weiterer Belange

Zugunsten kirchlicher Denkmaleigentümer sind – unabhängig davon, ob Sakraldenkmale oder andere Bauten vorliegen – alle Einschränkungen, die die Denkmalschutzgesetze bei der Pflicht zur Denkmalerhaltung und bei Verboten von Denkmalveränderungen vorsehen, uneingeschränkt zu berücksichtigen. Dies resultiert daraus, dass diese Einschränkungen mit Rücksicht auf die Grundrechte der Denkmaleigentümer vorgesehen sind und die Kirchen zwar Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, aber durch die Verfassung⁷⁸ gegenüber dem Staat und dessen Untergliederungen rechtlich vollkommen verselbstständigt sind und daher sämtliche Grundrechte für sich in Anspruch nehmen können.⁷⁹ Sie trifft keine gesteigerte Denkmalerhaltungspflicht. Weil nach allen Denkmalschutzgesetzen⁸⁰ Denkmale nur in den Grenzen des Zumutbaren⁸¹ zu erhalten sind, gilt dies auch für kirchliche Denkmale.⁸² Im Rahmen der Zumutbarkeit sind die durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützten, aber auch wei-

26

⁷⁸ Art. 137 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG.

⁷⁹ BVerfGE 18, 385 (386 f.); *Hermann Weber*, → § 19.

⁸⁰ § 6 S. 1 DSchG BW; Art. 4 Abs. 1 S. 1 DSchG Bayern; § 8 Abs. 1 S. 1 DSchG Berlin; § 7 Abs. 1 Bbg. DSchG; § 9 Abs. 1 S. 1 DSchG Bremen; § 14 Abs. 4 S. 1 DSchG Hamburg; § 11 Abs. 1 DSchG Hessen; § 6 Abs. 1 DSchG MV; § 7 Abs. 1 Nds. DSchG; § 7 Abs. 1 S. 1 DSchG NRW; § 2 Abs. 1 S. 1 DSchG RP; § 7 Abs. 1 Saarl. DSchG; § 8 Abs. 1 Sächs. DSchG; § 9 Abs. 2 S. 1 DSchG LSA; § 12 Abs. 1 DSchG SH; § 7 Abs. 1 Thür. DSchG.

⁸¹ Zur Zumutbarkeit: BVerfG, in: DÖV 2010, S. 613; BVerwG, in: DÖV 2010, S. 280; OVG NRW, in: DÖV 2012, S. 818; *Dieter J. Martin*, Zumutbarkeitsfragen im denkmalrechtlichen Erlaubnisverfahren, in: BayVBl. 2013, S. 257 ff.; *ders./Stefan Mieth/Jörg Spennemann*, Die Zumutbarkeit im Denkmalrecht, 2014, insbes. S. 39, 243; *Michael Hauth*, Zur (Un-)Zumutbarkeit des Erhalts eines Baudenkmals aus wirtschaftlichen Gründen, in: BauR 2013, S. 178 ff.

⁸² VGH BW, in: VBlBW 1989, S. 18 ff.; *Felix Hammer*, Zumutbarkeit der Denkmalerhaltung? Überlegungen zur kirchlichen Kulturgutschutzverpflichtung und zu den Grenzen kirchlicher Denkmalverantwortung, in: KuR 24 (2018), S. 40–58 (46 f.).

tere grundrechtlich abgesicherten Interessen kirchlicher Körperschaften bei der Denkmalerhaltung angemessen zur Geltung zu bringen: Haben diese mehr Gewicht als der kulturstaatliche Erhaltungsanspruch, ist die Denkmalerhaltung unzumutbar.

4. Im Besonderen: Zeitgenössische Kunst in historischen Kirchen

- 27** Besonders gilt dies, wenn kirchliche Denkmaleigentümer historische Kirchengebäude in künstlerischer Weise umgestalten möchten. Regelmäßig werden hierfür bereits gottesdienstliche Belange (und damit nicht nur das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, sondern auch dasjenige aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) streiten. Soll aber Kunst in Kirchenbauten nur ad maiorem dei gloriam eingebracht werden, stellt sich die Frage nach der Zumutbarkeit der unveränderten Denkmalerhaltung. Nachdem Kirchen in der Geschichte vielfach durch neue Kunst weitergeformt wurden und dadurch ihren besonderen Reiz sowie Lebendigkeit gewannen und sehr wichtige Grundrechte die künstlerische Denkmalumgestaltung schützen, kann die Einfügung neuer Kunstwerke in historische Kirchenräume nur bei Vorliegen besonderer Umstände verhindert werden. Führt diese zu Substanzveränderungen oder einer Verdrängung vorhandener Kunstwerke, so ist eine sorgsame Prüfung erforderlich, ob angesichts der historischen oder künstlerischen Bedeutung des Bestehenden dessen Erhaltung Vorrang vor der Umgestaltung zukommt, wobei dem Anliegen lebendiger religiöser Kunst im historischen Denkmal sehr hohes Gewicht beizumessen ist.

5. Verfassungskonforme Auslegung und Anwendung der Sondernormen

- 28** Aus dem Dargestellten ergibt sich, dass die Sondernormen für Denkmale in gottesdienstlichem oder liturgischem Gebrauch mit Blick auf die Wertungen der Verfassung nicht einfach unter Zugrundelegung ihres Wortlauts angewandt werden dürfen. Vielmehr sind bei allen Entscheidungen, die derartige Denkmale betreffen, einerseits der Verfassungsauftrag zum Schutz des historischen Erbes, andererseits die Glaubens- und Religionsfreiheit und die sie ergänzenden und unterstützenden Rechte (Kunstfreiheit, kirchliche Selbstbestimmung) zu beachten. Dabei muss in der notwendigen Abwägung

berücksichtigt werden, dass kirchlichen Denkmalen nicht allein historische und künstlerische Bedeutung zukommt, sondern dass sie der Ausübung des Glaubens zu dienen bestimmt sind und hieraus auch ihr besonderer Charakter resultiert, und dass die Glaubens- und Religionsfreiheit eine ganz fundamentale und zentrale Freiheitsgarantie bildet. Zunächst sind alle tatsächlichen Umstände des jeweiligen Falles genau festzustellen, sodann sind die in concreto durch die Verfassung geschützten Belange zu bestimmen und schließlich in ihrer Bedeutung sachgerecht abzuwägen, wobei die Regeln zu beachten sind, die oben entwickelt wurden⁸³. Auf dieser Grundlage sind hier denkmalrechtliche Entscheidungen zu treffen. Dabei wird in Konfliktsituationen den religiösen Belangen oft der Vorrang vor dem Denkmalschutzinteresse zukommen, doch ist Abweichendes denkbar; etwa wenn besonders wertvolle Denkmale betroffen sind oder die religiösen Belange (nach Einschätzung der zuständigen kirchlichen Stellen) eher peripher berührt werden oder die Denkmalveränderung nicht unbedingt erfordern. In diesem Sinne ist bei verfassungskonformer Auslegung der Begriff der vorrangigen Beachtung zu verstehen.

Die Bedeutung der Sondernormen besteht demnach vor allem darin, dass sie den staatlichen Denkmalschutzbehörden die Berücksichtigung kirchlicher Belange bei ihren Entscheidungen verbindlich auftragen. Wie diese inhaltlich auszusehen und welchen Regeln sie zu folgen hat, legen die Normen nur unzureichend fest. Daher ist bei allen denkmalrechtlichen Entscheidungen über kirchliche Veränderungswünsche ein unmittelbarer Rückgriff auf die aus der Verfassung selbst resultierenden Staatsziele und die kirchlichen Rechte, die jeweils betroffen sind, vorzunehmen. Im Wesentlichen wird dies in der Praxis regelmäßig erfüllt, doch ist – gerade in schwierigen und in Grenzfällen – stets ein sorgsames Vorgehen erforderlich, das sich der betroffenen verfassungskräftig geschützten Interessen bewusst ist und ihnen in bestmöglicher Weise zur Verwirklichung verhelfen will. Rechtsdogmatisch ist dies deshalb unproblematisch möglich, weil die einschlägigen Normen der Denkmalschutzgesetze nur offene Begriffe enthalten – dass die Verfassung bei ihrer Ausfüllung stets als Maßstab heranzuziehen ist, ist im Verfassungsstaat eine pure Selbstverständlichkeit.

29

⁸³ Siehe dazu oben V., insbes. 4.

VIII. Kirchliche Denkmale außerhalb gottesdienstlichen Gebrauchs

- 30 Bei kirchlichen Denkmalen außerhalb gottesdienstlichen Gebrauchs sind die Sonderregelungen des Denkmalrechts zwar nicht anwendbar, religiös begründete Nutzungs- und Veränderungsinteressen, die unter dem Schutz von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG stehen, sind bei diesen aber im Rahmen der Zumutbarkeit der Denkmalerhaltung zu berücksichtigen.⁸⁴ Da Art. 4 GG nicht nur Gebet und Kultus, sondern jegliches religiös motiviertes Wirken in der Welt schützt,⁸⁵ werden diesem viele kirchliche Veränderungswünsche unterfallen, im Übrigen besitzt hier auch das kirchliche Selbstbestimmungsrecht (Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG) Bedeutung.⁸⁶ Zusammen mit den übrigen Rechten, die bei der Zumutbarkeit zu berücksichtigen sind, sind sie jeweils in die Abwägung einzustellen, die zu bestimmen hat, ob eine Denkmalveränderung stattfinden darf.

IX. Umnutzung und Nutzungsaufgabe von Sakralbauten

- 31 Die seit einiger Zeit auch in Deutschland aufgrund vielerorts kleiner werdender Kirchengemeinden sowie abnehmender kirchlicher Finanz- und staatlicher Denkmalschutzmittel oft diskutierte Frage nach der Notwendigkeit von Nutzungsaufgaben – mit der Folge von Umnutzungen oder Abbrüchen – bei Kirchen und Kapellen⁸⁷ berührt

⁸⁴ Hammer, in: Denkmalrecht BW (o. Fn. 21), § 11, Rn. 13.

⁸⁵ BVerfGE 24, 236 (245 ff.); 32, 98 (106); 33, 23 (28).

⁸⁶ Stefan Koriath, → § 16.

⁸⁷ Umnutzung von Kirchen. Beurteilungskriterien und Entscheidungshilfen (Arbeitshilfen Nr. 175), hg. vom Sekretariat der DBK, 2003; Umnutzung und Aufgabe von Kirchen im Bistum Limburg, hg. vom Bischöflichen Ordinariat, Dezernat Pastorale Dienste, 2018; Albert Gerhards/Martin Struck (Hg.), Umbruch – Abbruch – Aufbruch. Nutzen und Zukunft unserer Kirchengebäude, 2008; Hans Michael Heinig/Hendrik Munsonius, Erhaltung, Umwidmung oder Abriss kirchlicher Baudenkmäler? Rechtspflichten und Handlungsoptionen im Spannungsfeld zwischen kulturstaatlichem Denkmalschutz und kirchlichem Selbstbestimmungsrecht, in: NWVBl. 2014, S. 85–88; Holger Stellhorn, Umnutzung und Modernisierung von Baudenkmälern. Probleme des Verfassungs-, Bau- und Denkmalrechts, 2016, S. 110–144; Martin Grichting, „Umnutzung“ von Kirchen? Eine Anfrage zu c. 1222 CIC/1983, in: AfK 175 (2006), S. 417 ff.; Ansgar Hense, Teilumnutzung von Kirchen. Eine kirchen- und staatskirchenrechtliche Problemanzeige, in: das prisma 2009/1, S. 35 ff.; Clemens Leonhard/Thomas Schüller (Hg.), Tot in die Kirche? Rechtliche und liturgische Aspekte der Profanierung von Kirchen und ihre Umnutzung zu Kolumbarien, 2013; Gerhard Matzig, Kirchen in Not.

auch den Denkmalschutz, besitzen doch viele von ihnen Denkmalqualität⁸⁸. Sollen denkmalwerte Sakralbauten aufgegeben werden, so finden nicht die für sie vorgesehenen Sondernormen Anwendung, weil nicht Belange des Gottesdienstes berührt sind: Die Gebäude sollen diesem gerade entzogen werden. Es geht hier vielmehr um Fragen der Zumutbarkeit der Denkmalerhaltung. Für diese sind die wirtschaftlichen Möglichkeiten der Gemeinden von zentraler Bedeutung, doch ist es dem Denkmaleigner häufig zumutbar, sein Denkmal zu veräußern, wenn es anders nicht erhalten werden kann.⁸⁹ Die Norm des c. 1222 § 1 CIC, nach der profanierte Kirchen einem unwürdigen Gebrauch nicht zugeführt werden dürfen, steht dabei unter dem Schutz des Art. 4 GG. Bei wertvoller Bausubstanz ergeben sich insoweit jedoch Einschränkungen. Hier kann der Denkmalschutzauftrag des Kulturstaats in der erforderlichen Abwägung der betroffenen konkurrierenden Verfassungswerte dergestalt Vorrang finden, dass im Einzelfall eine von der Kirche als unwürdig empfundene Nutzung (eines von ihr ja aufgegebenen Sakralbaus) hinzunehmen ist, wenn sie nicht gegen zentrale Glaubensüberzeugungen verstößt und dadurch ein bedeutendes Denkmal gerettet werden kann.⁹⁰ Dabei haben jedoch die eine Denkmalerhaltung fordernden staatlichen Stellen – wegen Art. 4 GG – sich darum zu bemühen, möglichst eine kirchlichen Vorstellungen entsprechende Nutzung zu realisieren.

Über den profanen Umgang mit sakralen Denkmälern, 1997; *Juliane Kirschbaum / Annegret Klein* (Redakteure), *Nichts für die Ewigkeit? Kirchengebäude zwischen Wertschätzung und Altlast*, 2001; *René Pahud de Mortanges / Jean-Baptiste Zufferey* (Hg.), *Bau und Umwandlung religiöser Gebäude*, 2007; *Nikolaus Schöch*, *Umnutzung von Kirchen. Kirchenrechtliche Überlegungen zu einem aktuellen Problem*, in: AfkKR 173 (2004), S. 42 ff.; *Harald Tripp*, *Kanonistische Anmerkungen zur Einrichtung von Kolumbarien in Kirchengebäuden*, in: AfkKR 180 (2011), S. 118 ff.

⁸⁸ Zur Denkmalbedeutung jüngerer Kirchenbauten etwa *Marion Niemeyer*, *Ungeliebte Moderne – Überlegungen zum Kirchenbau der späten fünfziger und frühen sechziger Jahre in Westfalen*, in: *Die Denkmalpflege* 67 (2009), S. 22 ff.; *Melanie Mertens*, *Nacherfassung in der Inventarisierung Mannheimer Kirchen*, in: *Denkmalpflege in BW* 39 (2010), S. 8 ff.

⁸⁹ *Martin / Mieth / Spennemann*, *Zumutbarkeit* (o. Fn. 81), S. 57 ff., 79; *Hammer*, *Zumutbarkeit* (o. Fn. 82), S. 53–57; deutliche Grenzen finanzieller Aspekte bei Einschränkungen der Eigentumsfreiheit zieht freilich BVerfGE 100, 226 (241, 244 f.).

⁹⁰ Vgl. zum Ganzen *Hammer*, *Denkmalschutzauftrag* (o. Fn. 8), S. 140 ff.; *ders.*, in: *Denkmalrecht BW* (o. Fn. 21), § 11, Rn. 25.

X. Denkmalschutz im Kirchenrecht

1. Katholisches Kirchenrecht

- 32** Das katholische Kirchenrecht enthält zahlreiche Normen zugunsten des Schutzes des historischen und kulturellen Erbes der Kirche.⁹¹ Derartige Vorschriften finden sich zum einen im universalen, auf weltweite Geltung angelegten Kirchenrecht, zum anderen aber auch im partikularen Kirchenrecht, in Deutschland vor allem und in großem Umfang im Recht der (Erz-)Diözesen.

a) Universales Kirchenrecht

- 33** Vorschriften zum Schutz von Kulturgut oder doch mit Kulturgutschützenden Wirkungen finden sich in verschiedenen Regelungszusammenhängen im CIC⁹²; sie statuieren teils Schutz- und Sorgfaltspflichten⁹³, teils Genehmigungserfordernisse bei Maßnahmen, die Kulturgüter gefährden können⁹⁴. Weiterhin enthalten auch die Kon-

⁹¹ Sammlung wichtiger Vorschriften und Literatur: Inventarisierung und Pflege des kirchlichen Kunstgutes. Verlautbarungen und Dokumente (Arbeitshilfen Nr. 228), hg. vom Sekretariat der DBK, 2008; zum ganzen: *Bregger*, Spannungsfeld (o. Fn. 68), S. 53 ff.; *Louis Carlen*, Denkmalschutz und Kirchenrecht, in: Das Denkmal und die Zeit. FS für Alfred A. Schmid, hg. von Bernhard Anderes/Georg Carlen/P. Rainald Fischer/Josef Grünenfelder/Heinz Horat, 1990, S. 38 (40 ff.), auch in: *ders.*, Kirchliches und Wirkliches im Recht, 1998, S. 272 ff.; *Alexander Hollerbach*, Kunst- und Denkmalpflege (§ 104), in: HKKR², S. 1109 ff.; *Elisabeth Kandler-Mayr*, Schützen und verwalten. Kirchliche Güter und Denkmalschutz, 2004, S. 11 ff., 83 ff.

⁹² Sammlung von Normen: Arbeitshilfen Nr. 228 (o. Fn. 91), S. 15 ff.; dazu: *Carlen*, Denkmalschutz (o. Fn. 91), S. 41 ff.; *Hollerbach*, Kunst- und Denkmalpflege (o. Fn. 91), S. 1109 ff.; *Kandler-Mayr*, Schützen und verwalten (o. Fn. 91), S. 12 ff.

⁹³ Insbesondere: c. 1216 CIC: bei Wiederherstellung von Kirchen Beachtung der Grundsätze und Normen der Liturgie und sakralen Kunst, Beiziehung von Sachverständigen; c. 1220 § 2 CIC: Erhaltungspflicht, geeignete Sicherungsmaßnahmen zum Schutz von heiligen und kostbaren Sachen; c. 1234 § 2 CIC: sichere Aufbewahrung volkskünstlerischer Votivgaben und Frömmigkeitsdokumente; c. 1283 nn. 2, 3 CIC: Vermögensverwalter haben ein genaues Bestandsverzeichnis der Immobilien und beweglichen Sachen, seien sie wertvoll oder sonst den Kulturgütern zuzurechnen, mit deren Beschreibung und Wertangabe anzufertigen und vorliegende Bestandsverzeichnisse zu überprüfen.

⁹⁴ C. 1189 CIC: Restaurierung von in Kirchen oder Kapellen ausgestellten wertvollen Bildern, die sich durch Alter, Kunstwert oder Verehrung auszeich-

stitution über die heilige Liturgie „Sacrosanctum Concilium“ des II. Vatikanischen Konzils von 1963⁹⁵, die Apostolische Konstitution über die römische Kurie „Pastor Bonus“ Papst *Johannes Pauls II.*⁹⁶ und ein Rundschreiben der Kongregation für den Klerus an die Vorsitzenden der Bischofskonferenzen „Über die Pflege des historisch künstlerischen Erbes der Kirche“⁹⁷ Schutzbestimmungen. Verbindliche Anweisungen trifft sodann ein Rundschreiben der Päpstlichen Kommission für die Kulturgüter der Kirche „Notwendigkeit und Dringlichkeit der Inventarisierung und Katalogisierung von Kulturgütern der Kirche“⁹⁸, das sich aber eher in der Form eines Durchführungserlasses zahlreicher Detailspekte annimmt. Daneben gibt es Dokumente, denen allein ein empfehlender, nicht aber ein definitiver Rechtscharakter zukommt. Hier ist die viel beachtete Charta der Villa Vigoni zum Schutz kirchlicher Kulturgüter von 1994⁹⁹ zu nennen.

b) Partikulares Kirchenrecht

Denkmalschutzbestimmungen in erheblicher Zahl kennt weiterhin das partikulare Kirchenrecht. Auf der Ebene der DBK, der insoweit keine unmittelbare Rechtsetzungskompetenz zukommt, handelt es sich um Empfehlungen¹⁰⁰, die aber die Bischöfe in verbindliches Diö-

34

nen/Beteiligung von Sachverständigen; cc. 1292 § 2, 638 § 3 CIC: Erlaubnis des Hl. Stuhles bei Veräußerung künstlerisch oder historisch wertvoller Sachen.

⁹⁵ AAS 56 (1964), S. 97–138; auszugsweise auch in: Arbeitshilfen Nr. 228 (o. Fn. 91), S. 9 f., Art. 123, 126, 129.

⁹⁶ Vom 28.6.1988 (AAS 80 [1988], S. 886 ff.), Art. 99–104: Einrichtung einer Päpstlichen Kommission für die Kulturgüter der Kirche, Pflicht zum Schutz kirchlicher Kulturgüter.

⁹⁷ Vom 11.4.1971 (AAS 63 [1971], S. 315–317); auch in: Arbeitshilfen Nr. 228 (o. Fn. 91), S. 11 ff.

⁹⁸ An die Vorsitzenden der Bischofskonferenzen vom 8.12.1999, in: Arbeitshilfen Nr. 228 (o. Fn. 91), S. 19 ff.

⁹⁹ Verabschiedet auf einem Symposium der Päpstlichen Kommission für die Kulturgüter der Kirche und des Sekretariates der DBK vom 27.2. bis 1.3.1994, abgedruckt in: Arbeitshilfen Nr. 228 (o. Fn. 91), S. 92 ff.; zu ihr *Burghard Preusler/Martin Matl*, Sakrale Denkmäler, in: Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege (o. Fn. 5), S. 348 (357; 367 f.: Auszüge aus der Charta); *Hönes*, Rechtsfragen (o. Fn. 60), S. 369.

¹⁰⁰ *Ständiger Rat der DBK*, Inventarisierung als kirchliche Aufgabe v. 26.8.1991, abgedruckt in: Arbeitshilfen Nr. 228 (o. Fn. 91), S. 71 ff.; *ders.*, Zukunftsaufgaben der kirchlichen Kulturgüter-Inventarisierung v. 28.8.2006,

zesanrecht umsetzen können. In den deutschen (ähnlich in den österreichischen¹⁰¹) Diözesen existieren teils umfassend konzipierte, als bischöfliche Gesetze erlassene Denkmalschutzvorschriften¹⁰², teils werden über Genehmigungserfordernisse im Kirchengemeinde- und Bauaufsichtsrecht die Bereiche, in denen Kulturdenkmale primär gefährdet sind, weitgehend erfasst¹⁰³. Ergänzt werden diese Normen durch Erlasse oder Hinweise unterschiedlicher diözesaner Stellen, die vor allem auch auf besondere Gefahrensituationen für den Kunstdenkmalbestand reagieren¹⁰⁴. Im Ergebnis ist – infolge des Zusammenwirkens von universalem und partikularem Kirchenrecht – in den Diözesen regelmäßig nicht nur ein stabiles Netz an denkmal-schützenden Bestimmungen, sondern auch an aufsichtsführenden Stellen vorhanden, die vor beabsichtigten Denkmalveränderungen Genehmigungen erteilen müssen und deshalb auch – mit dem Ziel, diese zu vermeiden – beratend eingreifen können, so dass kirchliche

abgedruckt ebd., S. 84 ff.; zur Österreichischen Bischofskonferenz *Kandler-Mayr*, Schützen und verwalten (o. Fn. 91), S. 85 ff.

¹⁰¹ Zur Erzdiözese Salzburg: *Kandler-Mayr*, Schützen und verwalten (o. Fn. 91), S. 100 ff.

¹⁰² Beispiele: Kirchliche Ordnung für Denkmalschutz und -pflege im Bistum Speyer (Denkmalschutzordnung) i. d. F. d. B. v. 29. 6. 2010 (OVb S. 194), dazu: Geschäftsordnung [des Generalvikars] für das Bischöfliche Bauamt und das Bischöfliche Denkmalamt im Bischöflichen Ordinariat Speyer i. d. F. d. B. v. 29. 6. 2010 (OVb S. 217); Erzbistum Paderborn: Gesetz, betreffend Richtlinien zur künstlerischen Ausgestaltung von Kirchen und deren Ausstattung sowie zur Denkmalpflege v. 24. 4. 2002 (KABl. S. 90).

¹⁰³ Beispiele: Diözese Rottenburg-Stuttgart: Ordnung für die Kirchengemeinden und örtlichen kirchlichen Stiftungen – Kirchengemeindeordnung – i. d. F. d. B. v. 22. 1. 2019 (KABl. S. 35), §§ 81, 88 Abs. 1 Nr. 1; Bauordnung für die ortskirchlichen Rechtspersonen und Dekanate in der Diözese Rottenburg-Stuttgart v. 29. 5. 2012 (KABl. S. 198), Präambel, § 1 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 4 Nr. 3, § 4, Anhang I.2 Nr. 7; Oberste Bauregel für das Bauwesen der Erzdiözese München und Freising (ABl. 2005 S. 163), 1.2. Buchst. a (3), Buchst. b (3), 2.2. Buchst. b (3), dazu: Diözesane Ordnung für Genehmigungen im Bauwesen (ABl. 2005 S. 168), 2. Buchst. b (2).

¹⁰⁴ Erzbischof: Statut f. d. Beraterkommission zur Sicherung u. Konservierung d. Reliquienschreine im Erzbistum Köln v. 10. 8. 2018 (ABl. S. 204); Erzbischöfliches Generalvikariat Bamberg: Eigenmächtige Beauftragung v. Restaurierungen v. 3. 5. 2018 (ABl. S. 369); Bistum Trier, Generalvikar: Veräußerung v. künstlerisch oder historisch wertvollen Inventarstücken v. 20. 7. 2010 (KABl. S. 158); Bistum Eichstätt, Generalvikar: Veräußerung oder (un-)entgeltliche Überlassung kirchlichen Inventars v. 8. 4. 2004 (Pastoralblatt S. 79 = Pfarramtsblatt S. 159); Diözese Feldkirch, Leiterin der Rechtsabteilung: Veräußerungsverbot von Kunstgegenständen (Diözesanblatt 2008 S. 60); Leitfa-den zum Umgang mit Kunst- und Kulturgut, hg. vom Diözesanmuseum Rottenburg, o. J. [2018].

Denkmale durch das kirchliche Recht und dessen Anwendung einen weitreichenden Schutz erfahren.

2. Evangelisches Kirchenrecht

Bereits seit der Zeit, als mit der rechtlichen Verselbständigung der evangelischen Landeskirchen gegenüber dem Staat nach 1918/19 neue Kirchenverfassungen entstanden, enthalten diese nicht selten Normen zu Fragen des Denkmalschutzes. Diese regeln zumeist innerkirchliche Mitwirkungs- und Genehmigungsbedürfnisse bei beabsichtigten Denkmalveränderungen, führen aber so zur Einschaltung fachkundiger, übergeordneter Stellen; andere sahen auch damals schon eine Pflicht der ortskirchlichen Organe vor, auf die Pflege christlicher Kunst – und damit gerade auch historisch überlieferter Kunstwerke – hinzuwirken.¹⁰⁵ Denkmalschützende Normen finden sich auf der Ebene von Kirchengesetzen, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften in großer Zahl¹⁰⁶ und sind teils in andere Rechtsbereiche – wie das Bau- oder Gemeindeaufsichtsrecht – integriert, teils aber auch speziell der Denkmalpflege gewidmet. Sodann existieren eingehende Empfehlungen der Evangelischen Kirchbautage, die zwar keine verbindlichen Anordnungen treffen, wohl aber maßstabsetzende Appelle formulieren.¹⁰⁷

35

XI. Gemeinsame staatliche und kirchliche Verantwortung für die Erhaltung des kirchlichen Denkmalerbes

Aus dem Verfassungsauftrag des Staates, das historische Erbe zu bewahren, aus den denkmalschützenden Normen des – evangelischen wie katholischen – Kirchenrechts und nicht zuletzt aus den Kirchenverträgen ergibt sich, dass beide Seiten Verantwortung für das kirch-

36

¹⁰⁵ *Hammer*, Entwicklung (o. Fn. 11), S. 222.

¹⁰⁶ *Frisch*, Bauwesen (o. Fn. 48), Rn. 13 f., 36 ff., Anhang; *Bernhard Bach*, Denkmalpflege I. Ev., in: LKStKR, Bd. 1, 2000, S. 395 ff.; *Hammer*, Denkmalschutzauftrag (o. Fn. 8), S. 123 f.

¹⁰⁷ *Bernhard Bach*, Kirchliches Bauen und Denkmalpflege. Zur Geschichte von 50 Jahren Evangelische Kirchbautagungen, in: *Monumental* (o. Fn. 41), S. 177 ff.; *Preusler/Matl*, Sakrale Denkmäler (o. Fn. 99), S. 356 f., S. 368 f.: auszugsweise Wiedergabe der Wolfenbütteler Empfehlungen; 24. Evangelischer Kirchbautag in Leipzig, Leipziger Erklärung v. 6.1.2003: Nehmt eure Kirchen wahr!, in: ABl. EKD 2003, S. 140 f.

liche Kulturerbe trifft. Da an diesem aber auch grundrechtlich gesicherte kirchliche Nutzungsinteressen bestehen, lässt sich ein wirk-samer Denkmalschutz nur durch ein Zusammenwirken beider Seiten erreichen. Dabei müssen sich die Kirchen stets vor Augen halten, dass ihr Kulturerbe von besonderer Bedeutung für die historische und kulturelle Prägung der Siedlungen, der Landschaften, ja Euro-pas ist, so dass ihnen hieraus eine Treuhänderstellung erwächst. Zu-dem lebt in historischen Kirchengebäuden und ihrer Ausstattung der Glaube früherer Generationen fort und stellt die Gemeinde der Gegenwart in die Kontinuität der die Jahrhunderte überdauernden christlichen Religion.¹⁰⁸ Damit muss den Kirchen der Schutz ihres Kulturerbes ein besonderes Anliegen sein. Trotz aller Denkmal-schutznormen und -bemühungen der Kirchen kommt es bei ihnen – meist aus Nachlässigkeit oder Unkenntnis lokaler Verantwortlicher – jedoch auch in der Gegenwart immer wieder zu schmerzhaften Denk-malverlusten, vor allem bei den beweglichen Kunstdenkmalen, den *ornamenta ecclesiae* und *vasa sacra*¹⁰⁹. Insoweit ist das Wirken des staatlichen Denkmalschutzes von großer Bedeutung – die Kirchen dürfen ihn nicht als Gegner, sondern müssen ihn als Partner begrei-fen, der ihnen hilft, ihr einzigartiges Erbe zu bewahren. Die gemein-same Wahrnehmung von Verantwortung durch staatliche und kirchli-che Stellen für die Denkmale bietet die beste Gewähr für einen wirk-ungsvollen Schutz des wertvollen kirchlichen Kulturerbes – und ein Eingehen staatlicher Stellen auf berechnigte kirchliche Belange er-leichtert es den Kirchen, sie als ihre Partner zu sehen.

XII. Schlussbetrachtung

37 Im historischen Erbe der Kirchen begegnen sich kulturstaatliche Erhaltungs- und kirchliche Nutzungs-, aber auch wiederum Bewah-rungsinteressen. Sowohl das staatliche als auch das kirchliche Recht,

¹⁰⁸ Vgl. nur Arno Borst, Die Lebenden und die Toten am Bodensee, in: ders., Ritte über den Bodensee, 2. Aufl. 1992, S. 301 (insbes. 306 f.).

¹⁰⁹ Dazu insbes. Johann Michael Fritz, Anfang vom Ende? Der schleichen-de Untergang der ererbten Ornamenta ecclesiae, in: Jahres- und Tagungsbe-richt der Görres-Gesellschaft 1994, S. 5 ff.; ders., Versiegende Quellen. Der unbemerkte Untergang kirchlicher Denkmäler, in: Bild und Geschichte. Stu-dien zur politischen Ikonographie. FS für Hansmartin Schwarzmaier zum 65. Geburtstag, hg. von Konrad Krimm / Herwig John, 1997, S. 361 ff.; ders., Über den rechten Umgang mit den ererbten „Ornamenta ecclesiae“, in: das münster 47 (1994), S. 93 ff.

sowohl staatliche als auch kirchliche Stellen widmen sich der Aufgabe, dieses Erbe zu schützen, wobei die Kirchen es auch benötigen, um in ihm lebendigen Glauben sich entfalten zu lassen. Dies in seiner Gesamtheit ist nur erreichbar, wenn staatliches und kirchliches Recht, staatliche und kirchliche Interessen ineinander greifen, sich ergänzen und erforderlichenfalls auch Kompromisse ermöglichen. Einfache, leicht handhabbare Lösungen sind bei hier auftretenden Konflikten nicht erreichbar. Werden aber die Wertungen der – freiheitlichen und kulturstaatlichen – Verfassungsordnung im Denkmalrecht zur Wirkung gebracht, wird der notwendige Ausgleich gelingen – vorausgesetzt, kirchliche und staatliche Akteure arbeiten zum Wohl der Denkmale zusammen und begreifen sich nicht als Kontrahenten. Mag dies manchmal auch erheblichen Aufwand bedeuten, so ist dieser durch den hohen Wert des kirchlichen Kulturerbes allemal gerechtfertigt.

§ 67

Die Wirkungen des Urheber-, Marken- und Namensrechts für Kirchen und andere Religionsgemeinschaften

Von Reiner Tillmanns

I. Urheberrecht	2–15
1. Grundzüge des deutschen Urheberrechts	3–8
2. Bedeutung des deutschen Urheberrechts für die Kirchen und Religionsgemeinschaften	9–15
II. Markenrecht	16–30
1. Grundzüge des deutschen Markenrechts	17–19
2. Bedeutung des deutschen Markenrechts für die Kirchen und Religionsgemeinschaften	20–30
a) Kirchen und Religionsgemeinschaften als Inhaber von Marken	21–22
b) Die Eintragung religiöser Marken	23–30
III. Namensrecht	31–44
1. Umfang des Namensschutzes	32–39
a) Träger des Namensrechts	33–34
b) Namen, Namensbestandteile und namensartige Bezeichnungen	35–39
2. Verletzungshandlung	40–44

- 1 Das Urheberrecht schützt kulturelle Schöpfungen und unterscheidet sich damit wesensmäßig vom Markenrecht, das in erster Linie dem Schutz gewerblicher Leistungen dient. Insbesondere Wirtschaftsunternehmen nutzen die Möglichkeit, ihre Marken und Kennzeichen gegen unbefugte Nachahmung und Verwechslungsgefahr rechtlich zu schützen. Das Markenrecht ist allerdings nicht auf Wirtschaftsunternehmen beschränkt. Seinem Anwendungsbereich unterfallen auch die Marken der ideell handelnden Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften, soweit sie im geschäftlichen Verkehr verwendet werden. Außerhalb des geschäftlichen Verkehrs erfahren die Namen, Kennzeichen und Symbole der Kirchen und Religionsgemeinschaften Schutz durch § 12 BGB, wenn ihnen Namensfunktion zukommt.

I. Urheberrecht

- 2 Das Urheberrecht schützt das Recht des Urhebers an seinen Werken. Das deutsche Urheberrecht ist zentral im Urheberrechtsgesetz¹ ausgeführt. Wesentliche Bedeutung kommt daneben dem Kunsturheber-², Verlags-³ und Urheberrechtswahrnehmungsgesetz⁴ zu. Letzteres regelt die Wahrnehmung von Rechten und Ansprüchen des Urhebers durch Verwertungsgesellschaften.

1. Grundzüge des deutschen Urheberrechts

- 3 Das Urheberrechtsgesetz schützt die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst, § 1 UrhG. Dem Urheberrecht liegt ein weiter Werkbegriff zugrunde. Werke im Sinne des Urhebergesetzes sind „persönliche geistige Schöpfungen“ (§ 2 Abs. 2 UrhG), die sich als Ergebnis eines persönlichen Schaffens in wahrnehmbarer Form präsentieren, einen geistigen Gehalt aufweisen und ein gewisses Maß

¹ Gesetz über Urheberrechte und verwandte Schutzrechte v. 9.9.1965 (BGBl. I S. 1273).

² Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie v. 9.1.1907, zuletzt geändert durch Artikel 3 § 31 des Gesetzes v. 16.2.2001 (BGBl. I S. 266).

³ Gesetz über das Verlagsrecht (VerlG) vom 19.6.1901 (RGBl. S. 217).

⁴ Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (UrhWahrnG) v. 9.9.1965 (BGBl. I S. 1294).

an Individualität und Originalität erkennen lassen.⁵ Zu den geschützten Werken gehören nach § 2 Abs. 1 UrhG insbesondere Sprachwerke, wie Schriftwerke, Reden und Computerprogramme; Werke der Musik; pantomimische Werke einschließlich der Werke der Tanzkunst; Werke der bildenden Künste einschließlich der Werke der Baukunst⁶ und der angewandten Kunst; Lichtbild- und Filmwerke einschließlich ähnlich geschaffener Werke sowie Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art, wie Zeichnungen, Pläne, Karten, Skizzen, Tabellen und plastische Darstellungen. Vom urheberrechtlichen Schutz ausgenommen sind nach § 5 Abs. 1 UrhG Gesetze, Verordnungen, amtliche Erlasse und Bekanntmachungen sowie Entscheidungen und amtlich verfasste Leitsätze zu Entscheidungen. Diese Bestimmung zielt primär auf Veröffentlichungen und Entscheidungen staatlicher Einrichtungen, gilt aber auch für Religionskörperschaften des öffentlichen Rechts im Sinne des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV.⁷

Urheber ist nach § 7 UrhG nur der Schöpfer des Werkes, nicht Gehilfen, Besteller, Auftrag- oder Ideengeber.⁸ Mehrere natürliche Personen können ein Werk als Miturheber im Sinne des § 8 UrhG gemeinsam schaffen; Personenmehrheiten oder juristische Personen kommen jedoch nicht als Urheber in Betracht. Das Urheberrecht entsteht mit der Erschaffung des Werkes; weiterer Konstitutivakte bedarf es nicht. Es ist vererblich, grundsätzlich aber nicht übertragbar, §§ 28 f. UrhG. Eine translativ Übertragung, mit welcher das Recht vollständig auf den Erwerber überginge, scheidet somit aus. Stattdessen werden aus dem umfassenden Verwertungsrecht einzelne Nutzungsrechte ausgegliedert, die der Urheber Interessenten zur Verfügung stellen kann.⁹ Der Urheber kann Dritten insbesondere Nutzungsrechte einräumen und mit ihnen Verwertungsrechte vereinbaren oder die in § 39 UrhG vorgesehenen Rechtsgeschäfte über Urheberpersönlichkeitsrechte abschließen, § 29 Abs. 2 UrhG. Hierbei handelt

4

⁵ *Hartwig Ahlberg*, in: BeckOK Urheberrecht, hg. von dems./Horst-Peter Götting, Stand: 1.7.2014, Einführung zum UrhG, Rn. 21; *Axel Nordemann*, in: Urheberrecht, begr. von Friedrich Karl Fromm/Wilhelm Nordemann, 11. Aufl. 2014, § 2 UrhG, Rn. 19 ff.; *Gernot Schulze*, in: Urheberrechtsgesetz, hg. von Thomas Dreier/Gernot Schulze, 4. Aufl. 2013, § 2, Rn. 6 ff.

⁶ Z. B. Kirchen und Kircheninnenraum-Gestaltungen (BGH, in: GRUR 1982, S. 107 [109]).

⁷ *Jan Bernd Nordemann*, in: Urheberrecht (o. Fn. 5), § 5, Rn. 16 a.E. m.w.N. – regelnde Hirtenbriefe als amtliche Erlasse.

⁸ *Schulze*, in: Urheberrechtsgesetz (o. Fn. 5), § 7, Rn. 2 ff.

⁹ *Schulze*, ebd., § 29, Rn. 15.

es sich um vom Urheber abgeleitete Rechte, die an das Stammrecht gebunden bleiben (vgl. § 34 Abs. 1, §§ 41, 42 UrhG).¹⁰

- 5 Das Urheberrecht sichert die persönlichen und materiellen Interessen des Urhebers. Geschützt sind die geistige und persönliche Beziehung des Urhebers zu seinem Werk und dessen Nutzung, § 11 UrhG. Als Urheberpersönlichkeitsrechte nennt das Urhebergesetz in den §§ 12 bis 14 das Veröffentlichungsrecht, das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft und das Recht, Entstellungen oder Beeinträchtigungen des Werkes zu verbieten. Der Begriff der Entstellung in § 14 UrhG meint eine tiefgreifend verändernde, verfälschende, verzerrende oder zerstückelnde Einwirkung, die dem Werk eine andere Aussage, Färbung oder Tendenz vermittelt. § 14 UrhG setzt in aller Regel einen Eingriff in die Substanz des Bauwerks voraus. Ausnahmsweise ist ein Verstoß gegen das Entstellungsverbot bei anderweiter Aufstellung und Gestaltung von Einrichtungsgegenständen denkbar, wenn diese Gegenstände nach der architektonischen Planung das Bild eines Kircheninnenraumes entscheidend mitprägen. Die Entstellung muss sich allerdings auf den künstlerischen Gesamteindruck und damit auf die diesen prägenden schutzfähigen Gestaltungselemente beziehen.¹¹
- 6 Die Verwertungsrechte des Urhebers sind in den §§ 15 bis 24 UrhG im Einzelnen ausgeführt. Hierzu gehören das Recht der Vervielfältigung, Verbreitung und Ausstellung, das Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht, das Senderecht sowie das Recht auf Wiedergabe durch Bild- und Tonträger, Funksendungen und von öffentlicher Zugänglichmachung.
- 7 Da dem Urheber das alleinige Nutzungsrecht zusteht, dürfen Dritte sein Werk nur nutzen, wenn und soweit der Urheber ihnen dies vertraglich gestattet hat, § 31 Abs. 1 S. 1 UrhG, woraus ihm ein Vergütungsanspruch erwächst, § 32 UrhG. Häufig ist es dem einzelnen Urheber indes nicht möglich, eine massenhafte Nutzung seines Werkes in allen Einzelfällen zu lizenzieren. Daher übertragen Urheber die Wahrnehmung der Rechte an ihren Werken häufig sog. Verwertungsgesellschaften (§ 54h UrhG), privaten Verlagen oder Lizenzagenturen.

¹⁰ *Ahlberg*, in: BeckOK UrhR (o. Fn. 5), § 29, Rn. 9; *J. B. Nordemann*, in: Urheberrecht (o. Fn. 5), § 29, Rn. 17; *Schulze*, in: Urheberrechtsgesetz (o. Fn. 5), § 29, Rn. 16.

¹¹ BGH, in: GRUR 1982, S. 107 (109) – Kirchenorgel.

Die Urheberpersönlichkeits- und Verwertungsrechte des Urhebers sind zwar dingliche Rechte,¹² sie gelten aber nicht uneingeschränkt. Das Urheberrecht setzt ihnen in den §§ 44a bis 63a UrhG Grenzen zum Schutze vorrangiger Individualrechte oder höherrangiger Interessen der Allgemeinheit. Verstöße gegen das UrhG können nach Maßgabe der §§ 97 bis 111b UrhG zivilrechtlich, bußgeldrechtlich und strafrechtlich geahndet werden.

8

2. Bedeutung des deutschen Urheberrechts für die Kirchen und Religionsgemeinschaften

Kirchen und sonstige Religionsgemeinschaften können als juristische Personen nicht Schöpfer von Werken sein und kommen somit nicht als Urheber in Betracht.

9

In ihren vielfältigen Lebensvollzügen setzen die Kirchen und sonstige Religionsgemeinschaften jedoch ständig und im großen Umfang Medien ein, die als Werke im Sinne des § 2 UrhG urheberrechtlichen Schutz genießen.¹³ Beispiele bilden die graphische Vervielfältigung von Liedtexten und Notenbildern, die Wiedergabe von Musik in Gottesdiensten und der Mitschnitt von Gottesdiensten, Veranstaltungen mit Live-Musik (Konzerte, Aufführungen, Darbietungen), die öffentliche Aufführung von Filmen, die Einblendung von Hintergrundbildern bei der Projektion von Liedtexten sowie die Übersetzung oder die Weitergabe und die Verbreitung von Liedtexten.¹⁴ Die urheberrechtliche Relevanz des konkreten Medieneinsatzes ist für die vielfach ehrenamtlich Tätigen auf lokaler Ebene nicht in jedem Fall ohne weiteres erkennbar und in seinem Umfang verlässlich einzuschätzen. Die Kirchenverwaltungen tun daher gut daran, die Vorschriften des

10

¹² *Ahlberg*, in: BeckOK UrhR (o. Fn. 5), Einführung zum UrhG, Rn. 13.

¹³ Hierzu *Irena Klepper*, Das Urheberrecht in den Gemeinden, in: KuR 2012, S. 193 ff.

¹⁴ Beispiele aus CCLI. Lizenzagentur, Leitfaden für Kirchen und Gemeinden zur Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke, unter <<https://de.ccli.com/about-copyright/>>.

Urheberrechts einzuschärfen¹⁵ und die konkrete Rechtslage ihren Pfarrgemeinden detailliert darzulegen.¹⁶

- 11 Zur Entlastung der kirchlichen Veranstalter, vor allem der Geistlichen, Kirchenmusiker und Jugendleiter, haben der Verband der Diözesen Deutschlands und die Evangelische Kirche in Deutschland Gesamtverträge mit den Verwertungsgesellschaften abgeschlossen.¹⁷ Gehört der Nutzer des urheberrechtlich geschützten Werkes zum Kreise der durch den Gesamtvertrag Begünstigten und wird die konkrete Art seiner Nutzung vom Vertrag erfasst, ist sie pauschal abgegolten, so dass die Nutzung weder angezeigt noch separat vergütet werden muss. Anderenfalls ist der Veranstalter rechtlich verpflichtet, die Nutzung der zuständigen Verwertungsgesellschaft anzuzeigen und an diese eine angemessene Vergütung zu entrichten.
- 12 Die Gesamtverträge der katholischen und der evangelischen Kirche begünstigen neben den Kirchen selbst und ihren hierarchischen Untergliederungen auch die von den Kirchen getragenen Einrichtungen und die den Kirchen zugeordneten Werke und Verbände.¹⁸ Welche Werke von den Gesamtverträgen erfasst sind und welche Arten der Nutzung in welchem Umfang frei gegeben und pauschal abgegolten sind, hängt von den detailreichen vertraglichen Vereinbarungen ab, die z. T. feinsinnige Differenzierungen enthalten.
- 13 Der Regelungs- und Detailreichtum der Gesamtverträge verdeutlicht, dass das Urheberrecht in der täglichen Arbeit der Kirchen und

¹⁵ Vgl. etwa die eindringlichen Verweise des Generalvikariats Köln auf das Urhebergesetz, in: ABl. Köln 2011, S. 149 f., oder den Hinweis des Generalvikariats Aachen auf das Kopierverbot von Chornoten, in: ABl. Aachen 2014, S. 40 f.

¹⁶ Z. B.: *Kirchenamt der EKD* (Hg.), *Urheberrecht in den Kirchen der EKD. Eine Information für Kirchengemeinden [...] und andere über Pauschalverträge mit Verwertungsgesellschaften*, 2016, abrufbar unter <<https://www.ekd.de/Download-Formulare-Recht-22192.htm>>; *VG Musikedition / Kirchenamt der EKD* (Hg.), *Urheberrecht in der Gemeinde. Leitfaden für die tägliche Praxis*, 2009, auch abrufbar ebd.; *Erzbistum Köln*, *Das Urheberrecht in den Gemeinden. Kurze Erläuterung mit praktischen Hinweisen*, 2016, abrufbar unter: <https://www.erzbistum-koeln.de/kirche_vor_ort/service_pfarngemeinden/recht_downloads/Kirchengemeinden/>.

¹⁷ Die EKD hat Verträge mit der GEMA und der VG Musikedition abgeschlossen, wiedergegeben in: *Kirchenamt der EKD*, *Urheberrecht* (o. Fn. 16), Anhang, S. 19 ff.; für den Bereich der DBK bestehen Pauschalverträge mit der GEMA (ABl. Köln 1986 S. 287 ff.), der VG Wort und der VG Musikedition (ABl. Köln 1990 S. 203 ff.).

¹⁸ Siehe hierzu für den Bereich der EKD die „Liste der Berechtigten“, in: *Kirchenamt der EKD*, *Urheberrecht* (o. Fn. 16), S. 38 ff.

Religionsgemeinschaften viele Arbeitsfelder unmittelbar betrifft und Beachtung fordert. Etwaige Verletzungen von Urheberrechten werden von Advokaten häufig im Wege der Abmahnung nach § 97a UrhG geltend gemacht; sie können zivilrechtliche Folgen haben und durch Straf- und Bußgeldvorschriften verfolgt werden. Daher empfiehlt es sich, auch im Kirchendienst mit urheberrechtlich geschützten Werken sensibel umzugehen und sich mit den Inhalten der Gesamtverträge vertraut zu machen.

Von den Schranken des Urheberrechts in den §§ 44a bis 63a UrhG ist für die Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften § 46 UrhG, der Sammlungen für den Kirchen-, Schul- und Unterrichtsgebrauch privilegiert, unmittelbar einschlägig. Als Kirchengebrauch soll allerdings nur der Gebrauch in der Kirche anzusehen sein, was auf Gebetbücher, nicht aber auf Predigtsammlungen oder christliche Hausbücher zutreffe. Auch für Sammlungen, die nach dem Willen des Herausgebers neben dem Gebrauch in der Kirche zum Hausgebrauch bestimmt sind, soll die Privilegierung des § 46 Abs. 1 UrhG nicht gelten.¹⁹ Ein derart enges Normverständnis erscheint mit Blick auf den weiten Schutzzweck des § 46 UrhG, welcher dem allgemeinen Interesse an der Jugendfürsorge und Religionspflege dient,²⁰ fragwürdig.²¹ Auch im Lichte des hohen verfassungsrechtlichen Ranges der individuellen, kollektiven und korporativen Religionsfreiheit liegt vielmehr nahe, den Begriff „Kirchengebrauch“ weiter zu fassen und auf alle Sammlungen zu beziehen, die bestimmungsgemäß nicht nur, aber auch in der Kirche verwendet werden.

Für Schulen, auch in kirchlicher Trägerschaft, enthalten die §§ 47 und 52a UrhG weitergehende Erleichterungen.

¹⁹ *Andreas Dustmann*, in: Urheberrecht (o. Fn. 5), § 46 UrhG, Rn. 13.

²⁰ *Dreier*, in: Urheberrechtsgesetz (o. Fn. 5), § 46, Rn. 1; *Wolfgang Schulz / Stefanie Hagemeyer*, in: BeckOK UrhR (o. Fn. 5), § 46, Rn. 1 m. w. N.

²¹ Nach diesem engen Normverständnis fiel selbst das katholische Gebet- und Gesangsbuch „Gotteslob“ aus dem Anwendungsbereich des § 46 UrhG heraus, weil es nach dem Willen der Bischöfe „über die gemeinsame Feier von Gottesdiensten hinaus“ „dem persönlichen und familiären Beten Hilfe und Anregung bieten“ will (*Heinrich Mussinghoff*, Vorwort, in: Gotteslob, hg. von den [Erz-]Bischöfen Deutschlands und Österreichs und dem Bischof von Bozen-Brixen, 2013, S. 7 [8]).

II. Markenrecht

- 16 Marken, geschäftliche Zeichen und geographische Herkunftsangaben werden durch das Markengesetz²² rechtlich geschützt. Das Markengesetz gehört zu den gewerblichen Schutzrechten. Es schützt das Kennzeichen im Wettbewerb, nicht die Urheberschaft an einem geschützten Kennzeichen. Das Markengesetz ist daher neben dem Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz und Designgesetz anwendbar. Sein Verhältnis zum UWG ist umstritten.²³ Für Unternehmenskennzeichen gemäß § 5 Abs. 2 MarkenG, die zugleich unter den weiten bürgerlich-rechtlichen Namensbegriff fallen, geht das Markengesetz § 12 BGB vor, soweit sein Anwendungsbereich reicht.²⁴

1. Grundzüge des deutschen Markenrechts

- 17 Der Begriff der Marke umfasst in einem umfassenden Sinne alle Zeichen, die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. § 3 Abs. 1 MarkenG nennt insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Hörzeichen, dreidimensionale Gestaltungen einschließlich der Form einer Ware oder ihrer Verpackung sowie sonstige Aufmachungen einschließlich Farben und Farbzusammenstellungen. Als geschäftliche Bezeichnungen werden Unternehmenskennzeichen und Werktitel geschützt, § 5 Abs. 1 MarkenG. Unternehmenskennzeichen sind Zeichen, die im Verkehr als Name, als Firma oder als besondere Bezeichnung eines Geschäftsbetriebes oder eines Unternehmens benutzt werden, § 5 Abs. 2 MarkenG. Werktitel sind die Namen oder besondere Bezeichnungen von Druckschriften, Filmwerken, Tonwerken, Bühnenwerken oder vergleichbaren Werken, § 5 Abs. 3 MarkenG.
- 18 Der Markenschutz entsteht in erster Linie durch die Eintragung eines Zeichens in das vom Patent- und Markenamt (DPMA) in München geführte Register. Daneben entsteht Markenschutz durch die Benutzung eines Zeichens im Verkehr, soweit das Zeichen innerhalb

²² Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz – MarkenG) v. 25.10.1994 (BGBl. I S. 3082, ber. 1995 I S. 156).

²³ Eingehend: *Steffen Henn*, Markenschutz und UWG, 2009, S. 62 ff.

²⁴ BGH, in: GRUR 2002, S. 706 (709). Zum Verhältnis des MarkenG zu § 12 BGB eingehend *Reinhard Ingerl / Christian Rohnke*, Markengesetz, 3. Aufl. 2010, § 2, Rn. 1 ff.

beteiligter Verkehrskreise als Marke Verkehrsgeltung erworben hat. In seltenen Fällen kann Markenschutz durch notorische Bekanntheit erworben werden, § 4 MarkenG.

Inhaber eingetragener und angemeldeter Marken können neben natürlichen und juristischen Personen auch Personengesellschaften sein, soweit sie Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen können, § 7 MarkenG. Der Inhaber einer Marke oder einer geschäftlichen Bezeichnung kann Dritten untersagen, im geschäftlichen Verkehr identische oder ähnliche Zeichen zu benutzen, § 14 Abs. 2, § 15 Abs. 2 bis 4 MarkenG. Wer die Verletzungshandlung vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist dem Inhaber der Marke oder der geschäftlichen Bezeichnung zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet, § 14 Abs. 6, § 15 Abs. 5 MarkenG.

19

2. Bedeutung des deutschen Markenrechts für die Kirchen und Religionsgemeinschaften

Das Markengesetz bindet die Kirchen und Religionsgemeinschaften als für alle geltendes Gesetz im Sinne des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV.

20

a) Kirchen und Religionsgemeinschaften als Inhaber von Marken

Der Begriff des Unternehmens in § 3 Abs. 1 MarkenG ist weit zu fassen. Er setzt nicht voraus, dass der Inhaber der Marke oder der geschäftlichen Bezeichnung erwerbswirtschaftlich tätig ist. Unternehmen im Sinne des Markenrechts können somit auch Kirchen und Religionsgemeinschaften und die ihnen zugeordneten religiös oder gemeinnützig tätigen Werke, Einrichtungen oder sonstigen Unternehmungen sein.²⁵ Weit zu verstehen ist auch der Begriff der Dienstleistung in § 3 Abs. 1 MarkenG. Er setzt insbesondere keine Entgeltlichkeit voraus und umfasst sämtliche Handlungen, die als Tätigkeit, auch religiöser Art, umschrieben werden können.²⁶

21

²⁵ Philipp Lehmann, Marken-, Kennzeichen- und Namensrecht im Bereich der Religionsgemeinschaften, 2010, S. 44 m. w. N. in Fn. 64.

²⁶ Die zum 1. 1. 2013 aufgehobene Anlage 3 zu § 19 Abs. 2 MarkenV nannte als Dienstleistung explizit die „religiöse Erziehung“ und die „Organisation

- 22 Inhaber von Marken können Kirchen und Religionsgemeinschaften sowie deren Untergliederungen und die ihnen zugeordneten Werke, Einrichtungen oder sonstige Unternehmungen jedenfalls dann sein, soweit ihnen Rechtsfähigkeit eignet. Eine jüngere Rechtsauffassung will auch nicht-rechtsfähigen Vereinen die Fähigkeit, Inhaber von Marken zu sein, zusprechen.²⁷ Für nicht-rechtsfähige religiöse Vereinigungen liegt dies auch deshalb nahe, weil der hohe verfassungsrechtliche Rang der Religionsfreiheit fordert, die glaubensbedingten Anforderungen an die innere Organisation bei der Auslegung des § 7 MarkenG besonders zu berücksichtigen.²⁸

b) Die Eintragung religiöser Marken

- 23 Die Kirchen und Religionsgemeinschaften einschließlich der ihnen zugeordneten Werke, Einrichtungen und sonstigen Unternehmungen haben heute bereits 1.345 Marken und Kennzeichen eintragen lassen. Hierbei handelt es sich zumeist um übliche Wortmarken, Bildmarken oder kombinierte Wort-/Bildmarken. Moderne Marken wie Farb-, Hör-, Geruchs-, Geschmacks-, Tast-, Positions- oder Bewegungsmarken spielen noch keine nennenswerte Rolle.²⁹
- 24 Der Schutz von Marken durch Eintragung in das Marken- und Kennzeichenregister ist an die Voraussetzungen der §§ 7 bis 13 MarkenG gebunden, die den Kirchen und Religionsgemeinschaften bei der Eintragung religiöser Marken Grenzen ziehen, ihnen aber auch Schutz vor einer unbefugten Inanspruchnahme religiöser Marken und Kennzeichen durch Dritte bieten.
- 25 Große praktische Bedeutung kommt hierbei den Eintragungshindernissen des § 8 MarkenG zu. Nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG sind Marken von der Eintragung ausgeschlossen, denen jegliche Unterscheidungskraft fehlt. Demgemäß ist etwa die Grundform des christlichen Kreuzes und des Fischsymbols ohne individualisierbare Ab-

von religiösen Veranstaltungen“ (Anlageband zum BGBl. I Nr. 54 v. 30.11.2006 S. 135 ff.).

²⁷ BPatG, in: GRUR 2005, S. 955 (956); *Karsten Schmidt*, Die BGB-Außen-gesellschaft: rechts- und parteifähig. Besprechung des Grundlagenurteils II ZR 331/00 vom 29.1.2001, in: NJW 2001, S. 993 (1003); *Karl-Heinz Fezer*, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, § 7, Rn. 41 m. w. N. – A. A. *Ingerl / Rohnke*, Markengesetz (o. Fn. 24), § 7, Rn. 13.

²⁸ Vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 5.2.1991 – 2 BvR 263/86 –, BVerfGE 83, 341 ff. – Bahá'í. So auch *Lehmann*, Namensrecht (o. Fn. 25), S. 204 f.

²⁹ Vgl. *Lehmann*, ebd., S. 47 ff.

wandlung oder Textbeifügung nicht eintragungsfähig. Nicht eintragungsfähig sind nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG auch Marken, die ausschließlich Bestandteile aufweisen, welche zur Beschreibung von Waren oder Dienstleistungen frei benutzbar bleiben müssen.³⁰ Dies wird man für die Grundform des Kreuzes und des Fisches ebenso anzunehmen haben wie für die reinen Namen religiöser Persönlichkeiten („Jesus“, „Luther“, „Papst Benedikt XVI.“) oder Schriften, die keiner bestimmten Kirche oder Religionsgemeinschaft zuzuordnen sind („Bibel“, „Koran“, „Talmud“). § 8 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG schließt Marken von der Eintragung aus, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, welche im allgemeinen Sprachgebrauch zur Bezeichnung von Waren oder Dienstleistungen üblich geworden sind. Dies trifft zumeist auf religiöse Personen, Handlungen, Gegenstände oder Örtlichkeiten zu, wie „Kirche“, „Kirchenchor“, „Gottesdienst“ oder „Messwein“. Nach § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG können Marken nicht eingetragen werden, die geeignet sind, die angesprochenen Verkehrskreise insbesondere über die Art, die Beschaffenheit oder die geographische Herkunft der Ware oder Dienstleistung zu täuschen. Eine Täuschungseignung ist anzunehmen, wenn Dritte eine Marken-gestaltung wählen, die den unzutreffenden Eindruck vermitteln, der Leistungserbringer oder seine Waren bzw. Dienstleistungen stammten aus dem Bereich der Kirchen oder einer anderen Religionsgemeinschaft („Darguner Klosterbrauerei“³¹).

Ausgeschlossen ist ferner die Eintragung von Marken, die gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstoßen, § 8 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG. Der Begriff der öffentlichen Ordnung soll hier nicht in dem weiten Sinne des Polizei- und Ordnungsrechts zu verstehen, sondern eng zu interpretieren sein. Zur Begründung wird auf § 8 Abs. 2 Nr. 9 MarkenG verwiesen, der gesetzeswidrige Zeichen von der Eintragung ausschließt. Somit könne gesetzessystematisch nicht jede Verletzung des Gesetzes als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG gewertet werden.³² Die Verletzung der objektiven Rechtsordnung betrifft nach allgemeinem Begriffsverständnis aber nicht die öffentliche Ordnung, sondern die öffentliche Sicherheit. § 8 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG erklärt somit, warum die öffentliche Sicherheit in § 8 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG nicht genannt ist; über

26

³⁰ Vgl. EuGH, in: GRUR 2004, S. 674 (676).

³¹ OLG Hamburg, in: Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP) 1998, S. 76 (77 f.).

³² Fezer, Markenrecht (o. Fn. 27), Rn. 584; Georg Fuchs-Wissemann, in: Markenrecht, hg. von Friedrich L. Ekey / Achim Bender, Bd. 1, 3. Aufl. 2014, § 8 MarkenG, Rn. 87.

den Begriff der öffentlichen Ordnung in § 8 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG lässt sich ihm nichts abgewinnen. Der textliche Zusammenhang mit dem weiten Begriff der guten Sitten legt vielmehr nahe, den Begriff der öffentlichen Ordnung in Anlehnung an das Gefahrenabwehrrecht weit zu interpretieren und hierunter die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln zu verstehen, die nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung für ein geordnetes menschliches Zusammenleben anzusehen sind.³³ Für die öffentliche Ordnung konstituierend sind vor allem Vorstellungen, die dem religiös-weltanschaulichen und dem moralisch-ethischen Bereich zuzuordnen sind bzw. Fragen der Sittlichkeit und Sexualität betreffen.³⁴ Da § 8 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG – anders als die Generalklauseln des Polizei- und Ordnungsrechts – kein Ermessen einräumt, sind an das Vorliegen der Begriffsmerkmale allerdings strenge Anforderungen zu richten. Bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der öffentlichen Ordnung ist zudem der hohe Stellenwert der Grundrechte, auch der Religionsfreiheit, zu berücksichtigen.

- 27 Das Bundespatentgericht geht bei § 8 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG von einem eigenständigen, im Kern öffentlich-rechtlichen Sittenwidrigkeitsbegriff mit wettbewerbsrechtlicher Ausrichtung aus, der eine wertende Entscheidung fordere.³⁵ Bei der Anwendung dieses Ausschlussgrundes sei Zurückhaltung geboten, zumal die Verkehrsauffassung von einer fortschreitenden Liberalisierung geprägt sei. Selbst grobe Geschmacklosigkeiten fielen nicht stets unter § 8 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG. Die Grenzen seien erst überschritten, wenn eine Marke im Geschäftsleben nicht mehr hinnehmbar erscheine.³⁶ Dies komme vor allem in Betracht, wenn sich eine Marke des Namens oder Symbols einer abgrenzbaren gesellschaftlichen Gruppierung, z.B. einer Religionsgemeinschaft, bediene,³⁷ zumal bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der guten Sitten zugunsten der Kirchen und Religionsgemeinschaften der hohe Verfassungsrang der Religionsfreiheit zu beachten ist.³⁸

³³ Grundlegend ProVGE 91, 139 (140); ähnlich BVerfGE 69, 315 (352) – Brokdorf.

³⁴ Siehe nur *Markus Thiel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2014, § 8, Rn. 38 m. w. N. in Fn. 69.

³⁵ BPatG, B. v. 14.11.1995 – 24 W (pat) 206/94, juris, Rn. 12 – Cosa Nostra.

³⁶ Vgl. BGH, in: GRUR 1995, S. 592 (594) – Busengrapscher zu § 1 UWG.

³⁷ Vgl. etwa BPatG, in: GRUR 1994, S. 377 – Messias; BPatGE 28, 41 (43) – Coran.

³⁸ Vgl. BPatG, B. v. 14.11.1995 – 24 W (pat) 206/94, juris, Rn. 18 – Cosa Nostra.

Gegen die guten Sitten verstoßen u. a. Marken, die geeignet sind, das Empfinden eines beachtlichen Teils der beteiligten Verkehrskreise zu verletzen, indem sie religiös anstößig wirken.³⁹ Trotz zunehmender Säkularisierung der Gesellschaft ist die Verwendung religiöser Begriffe als Kennzeichnung von Waren und ihr Einsatz in der Werbung für erhebliche Teile der Bevölkerung weiterhin anstößig.⁴⁰ Das gilt in besonderem Maße, wenn es sich um Hinweise auf Gott, Religionsstifter oder Gottesworte handelt.⁴¹ Hinweise auf Heilige, herausragende religiöse Persönlichkeiten oder Mönche können im Einzelfall anders zu beurteilen sein, insbesondere bei Waren, die traditionell Bezug zu diesen Gruppen haben, z. B. Bier oder Wein.⁴² Auch die religiösen Vorstellungen von Minderheiten genießen Schutz,⁴³ zumal die Religionsfreiheit Verfassungsrang genießt und Toleranz einen wichtigen Gemeinschaftswert darstellt.⁴⁴

28

Von geringerer Relevanz für den Bereich der Kirchen und Religionsgemeinschaften ist § 8 Abs. 2 Nr. 9 MarkenG. Hiernach sind Marken von der Eintragung ausgeschlossen, deren Benutzung ersichtlich nach sonstigen Vorschriften im öffentlichen Interesse untersagt werden kann. Dieses Schutzhindernis ergänzt spezialgesetzliche Benutzungsverbote um ein Eintragungsverbot. Es kommt indes nur auf Vorschriften zur Anwendung, welche die Benutzung von Marken generell und nicht nur – wie § 132a StGB und § 126 Abs. 1 u. 2 OWiG – eine bestimmte Art der Benutzung verbieten.

29

Praktische Bedeutung für die Kirchen und Religionsgemeinschaften kommt dem Schutzhindernis der bösgläubigen Marken Anmeldung gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 9 MarkenG zu. Der Begriff der „Bösgläubigkeit“ bedarf einer eigenständigen kennzeichenrechtlichen Auslegung.⁴⁵ Von der Bösgläubigkeit des Anmelders ist auszugehen, wenn

30

³⁹ BPatG, B. v. 17.1.2007 – 28 W (pat) 66/06, juris, Rn. 12 – Budha, unter Bezugnahme auf BGH, in: GRUR 1964, S. 136 (137) – Schweizer; *Ulrich Hildebrandt*, Marken und andere Kennzeichen. Handbuch für die Praxis, 2. Aufl. 2010, § 4, Rn. 175.

⁴⁰ *Ingerl / Rohnke*, Markengesetz (o. Fn. 24), § 8, Rn. 280.

⁴¹ BPatG, in: GRUR 1994, S. 377 – Messias; BPatGE 28, 41 (43) – Coran; auch für einen religiösen Führer bejaht von BPatGE 46, 66 (70) – Dalailama.

⁴² BPatGE 15, 230 (231 f.) – Marie Celeste.

⁴³ BPatG, in: GRUR 1994, S. 377 – Messias; BPatGE 28, 41 (43) – Coran; *Fuchs-Wissemann*, in: Markenrecht (o. Fn. 32), § 8 MarkenG, Rn. 88 m. zahlreichen Bsp.

⁴⁴ *Ingerl / Rohnke*, Markengesetz (o. Fn. 24), § 8, Rn. 280.

⁴⁵ Vgl. die Begr. zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 12/6581, S. 79 (95); *Franz Hacker*, Markenrecht, 3. Aufl. 2013, § 9, Rn. 158 ff.; *Ingerl / Rohnke*,

die Anmeldung rechtsmissbräuchlich oder sittenwidrig erfolgt ist.⁴⁶ Besonders nahe liegt dies in Fällen der Rufausnutzung, in denen Dritte Marken mit Namen oder Abbildungen religiöser Persönlichkeiten, Einrichtungen oder Veranstaltungen in der bloßen Hoffnung auf wirtschaftlichen Profit anmelden.

III. Namensrecht

- 31** § 12 BGB schützt das Recht am eigenen Namen. Er ist im geschäftlichen und im außergeschäftlichen Verkehr anwendbar.⁴⁷ Im geschäftlichen Verkehr wird § 12 BGB indes durch die spezielleren Vorschriften des Markenrechts verdrängt. Namensschutz durch § 12 BGB kommt hier nur in Betracht, soweit Sachverhalte durch das Markenrecht weder geregelt noch freigestellt werden.⁴⁸ Im außergeschäftlichen Bereich kommt ausschließlich § 12 BGB zur Anwendung, auch wenn geschäftliche Kennzeichen durch außergeschäftliche Handlungen oder nicht geschäftlich gebrauchte Namen durch geschäftliche Kennzeichen verletzt werden.⁴⁹

1. Umfang des Namensschutzes

- 32** § 12 BGB bezieht sich nach seinem Wortlaut auf natürliche Personen. Die Rechtsprechung hat den personellen Anwendungsbereich der Vorschrift jedoch auf alle rechtsfähigen oder nichtrechtsfähigen Personenvereinigungen ausgedehnt.⁵⁰

Markengesetz (o. Fn. 24), § 8, Rn. 296; *Carolyn Schosser*, Die bösgläubige Markenmeldung nach § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG im Lichte des Benutzungswillens, 2013, S. 22 ff.

⁴⁶ BGH, in: GRUR 2000, S. 1032 (1033); *Hildebrandt*, Marken (o. Fn. 39), § 4, Rn. 158.

⁴⁷ *Ingerl / Rohnke*, Markengesetz (o. Fn. 24), Nach § 15, Rn. 3 ff.

⁴⁸ BGH, in: GRUR 1998, S. 696 (697); *Hildebrandt*, Marken (o. Fn. 39), § 21, Rn. 3.

⁴⁹ *Ingerl / Rohnke*, Markengesetz (o. Fn. 24), Nach § 15, Rn. 5 ff. Zum Verhältnis des § 12 BGB zum Markengesetz siehe auch *Franz Jürgen Säcker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, hg. von dems./Roland Rixecker, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, § 12, Rn. 193 ff.

⁵⁰ BGHZ 120, 103 (106); *Jürgen Ellenberger*, in: Otto Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Aufl. 2014, § 12, Rn. 9; *Säcker*, in: MüKo BGB (o. Fn. 49), § 12, Rn. 19.

a) Träger des Namensrechts

Träger des Namensrechts sind somit auch die Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften jedweder Organisationsform. Im Bereich der katholischen Kirche sind die Diözesen – nicht die Deutsche Bischofskonferenz – aktivlegitimiert, das Recht am Namen „Katholische Kirche“ gerichtlich geltend zu machen. Dies folgt daraus, dass die *una et unica Ecclesia catholica* nach der Organisationsentscheidung des c. 368 CIC, die der Staat gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV anzuerkennen hat, „in und aus den Diözesen besteht“, so dass die Diözesen in ihrem Gebiet rechtlich als die katholische Kirche anzusehen sind.⁵¹ Im Bereich der evangelischen Kirchen ist neben den Landeskirchen auch die EKD selbst Trägerin des Namensrechts aus § 12 BGB.⁵² 33

Namensschutz nach § 12 BGB genießen auch die rechtsfähigen Untergliederungen der Kirchen und Religionsgemeinschaften, etwa Pfarrgemeinden oder Pfarrgemeindeverbände, sowie die den Kirchen und Religionsgemeinschaften zugeordneten Werke, Einrichtungen und Unternehmen in Bezug auf deren Eigennamen. 34

b) Namen, Namensbestandteile und namensartige Bezeichnungen

§ 12 BGB liegt ein weiter Namensbegriff zugrunde. Er umfasst alle Bezeichnungen, die geeignet sind, eine Person mit sprachlichen Mitteln unterscheidungskräftig zu kennzeichnen,⁵³ einschließlich des Domainnamens. Geschützt sind bei natürlichen Personen neben dem bürgerlichen Namen auch u.U. auch Pseudonyme, Künstler-, Spitz- oder Ordensnamen. Bei juristischen Personen können auch Namensbestandteile, -abkürzungen, -schlagworte sowie namensähnliche Symbole Schutz erlangen, soweit diesen eine originäre Unterscheidungskraft zukommt.⁵⁴ 35

⁵¹ Unstreitig, siehe nur BGHZ 124, 173 (174 f., 177); BGH, in: NJW 2005, S. 978 (978).

⁵² *Lehmann*, Namensrecht (o. Fn. 25), S. 285.

⁵³ So bereits RG v. 3.12.1917 – VI 370/17, RGZ 91, 350 ff.; siehe auch *Ellenberger*, in: Palandt (o. Fn. 50), § 12, Rn. 11; *Michael Martinek*, in: juris Praxiskommentar BGB (jurisPK-BGB), hg. von Klaus Vieweg, 7. Aufl. 2014, Bd. 1, § 12 BGB, Rn. 1.

⁵⁴ BGH, in: GRUR 1955, S. 42 (43).

- 36 Auch die Namen verstorbener Religionsstifter und sonstiger religiöser Persönlichkeiten sind von § 12 BGB erfasst. Die Kirchen und Religionsgemeinschaften können diese Namen allerdings nicht über § 12 BGB schützen, da sie nicht berechtigt sind, postmortale Persönlichkeitsrechte ihrer Stifter oder religiösen Persönlichkeiten wahrzunehmen.⁵⁵
- 37 Der Namensschutz aus § 12 BGB kann auch einzelnen Namensbestandteilen gelten, soweit ihnen Unterscheidungskraft eignet oder durch Verkehrsgeltung zugewachsen ist. Letzteres gilt etwa für den Begriff *Caritas*, der in der Trias *fides, caritas, spes* originär eine christliche Grundtugend meint, im Laufe der Zeit jedoch zur Bezeichnung des Deutschen Caritasverbandes eine allgemeine Verkehrsgeltung erlangt hat, der Namensfunktion zukommt. In ähnlicher Weise dürfte der Begriff *Malteser* für den Malteserorden und die ihm angeschlossenen Werke Verkehrsgeltung entfalten, wie auch die Bezeichnung *Johanniter* im allgemeinen Verkehr dem Johanniterorden und seinen Werken zugeordnet wird.⁵⁶
- 38 Ebenso bezeichnet das Adjektiv „katholisch“ seit alters her die katholische Kirche und bringt im allgemeinen Sprachgebrauch gemeinhin eine Zuordnung zur verfassten Kirche zum Ausdruck. Dass der Begriff „katholisch“ im Einzelfall auch das Glaubensverständnis einer Person bezeichnen kann,⁵⁷ trifft zu, hindert aber seine namensmäßige Kennzeichnungskraft für die katholische Kirche nicht.⁵⁸ Das Adjektiv „katholisch“ genießt als individualisierender Namensbestandteil der katholischen Kirche somit prinzipiell Namensschutz nach Maßgabe des § 12 BGB.⁵⁹ In gleicher Weise⁶⁰ geschützt ist das

⁵⁵ Vgl. Bay. VGH, B. v. 11.1.2001 – 7 ZB 00.2659, juris, Rn. 6. – Jesus von Nazareth; *Lehmann*, Namensrecht (o. Fn. 25), S. 308 ff.

⁵⁶ BGH, U. v. 24.10.1990 – XII ZR 112/89, juris, Rn. 7.

⁵⁷ Insoweit zutreffend *Ludwig Renck*, Der Name der Kirche, in: NVwZ 2001, S. 859 (862).

⁵⁸ BVerfG, Kammerbeschluss v. 31.3.1994 – 1 BvR 573/92, juris, Rn. 13; BGH, U. v. 2.12.2002 – I ZR 92/02, *Pro Fide Catholica*, juris, Rn. 21; BGHZ 124, 173 (180) – Priesterbruderschaft St. Pius.

⁵⁹ *Reiner Tillmanns*, Im Namen der Kirche – Zum Schutz der Bezeichnung „katholisch“ nach § 12 BGB, in: NJW 2006, S. 3180 (3181); *ders.*, Die Führung der Bezeichnung „katholisch“ nach dem Recht der lateinischen Kirche, in: Recht – Bürge der Freiheit. Festschrift für Johannes Mühlsteiger SJ zum 80. Geburtstag, hg. von Konrad Breitsching / Wilhelm Rees, 2006, S. 699 (705, 727), jeweils m. w. N.

⁶⁰ So zu Recht *Hermann Weber*, in: Lindenmaier-Möhring zu § 12 BGB, Nr. 61, Heft 4/1994, Bl. 605 (606). – A. A. *Lehmann*, Namensrecht (o. Fn. 25), S. 284, der den Namensbestandteil „evangelisch“ als geringer geschützt an-

Attribut „evangelisch“, das im allgemeinen Verkehr der jeweiligen Landeskirche und somit der EKD zugeordnet wird. Unter den Schutz des § 12 BGB fallen schließlich auch die von etlichen Gliedkirchen der EKD geführten Namensbestandteile „evangelisch-lutherisch“ und „evangelisch-reformiert“.⁶¹ An einer individualisierenden Unterscheidungskraft und der damit einhergehenden Namensfunktion ermangelt es hingegen Adjektiven wie „christlich“ und „muslimisch“, die zwar auf Religionen, bei isolierter Verwendung aber nicht auf eine bestimmte Kirche oder religiöse Gemeinschaft hinweisen.⁶²

Die Namen von Kirchen und Religionsgemeinschaften und Bestandteile ihrer Namen werden im heutigen Verkehr vielfach abgekürzt wiedergegeben. Derartige Namens Kürzel sind durch § 12 BGB geschützt, wenn ihnen eine individualisierende Unterscheidungskraft und somit Namensfunktion zukommt.⁶³ Namens kürzel, auch Buchstabenkombinationen, die nicht aus sich heraus unterscheidungskräftig individualisieren, können durch ihre Geltung im Verkehr Unterscheidungskraft gewinnen. So wird das Initialwort „EKD“ im allgemeinen Verkehr mit der „Evangelischen Kirche in Deutschland“ identifiziert. Hingegen dürften die Abkürzungen der Landeskirchen der EKD und ihrer Zusammenschlüsse oder das Kürzel „DITIB“ lediglich im sachlichen Wirkungsbereich ihres jeweiligen Trägers Namensfunktion erlangt haben; dem entsprechend ist der Schutz des § 12 BGB räumlich begrenzt. Ebenso können Namensabkürzungen religionsgemeinschaftlicher Werke, Einrichtungen und sonstiger Unternehmungen durch § 12 BGB geschützt sein; wobei der Schutz häufig auf den jeweiligen Wirkungskreis beschränkt sein dürfte.⁶⁴ Namensrechtlich geschützt sind zudem Schlagworte, die ihre Träger im Verkehr unterscheidungskräftig individualisieren, z. B. „Landes-

39

sieht, da es ihm an originärer Unterscheidungskraft mangle, weil er keine bestimmte Religionsgemeinschaft bezeichne.

⁶¹ Weber, in: Lindenmaier-Möhring (o. Fn. 60), Bl. 606; Lehmann, Namensrecht (o. Fn. 25), S. 287 f.

⁶² Als Bestandteil eines Namens, etwa in „Christlicher Verein Junger Menschen“ (CVJM), kann das Adjektiv „christlich“ freilich Unterscheidungskraft entfalten und Namensfunktion ausüben. Weitere Beispiele bei Lehmann, Namensrecht (o. Fn. 25), S. 288 f. m. Fn. 1090.

⁶³ Beispiele: „Evang.“, „ev.-luth.“, „ev.-ref.“, „röm.-kath.“, „kathol.“, „kath.“, nicht aber „ev.-kath.“.

⁶⁴ Beispiele: CVJM, BDKJ (Bund der Deutschen Katholischen Jugend), DPSG (Deutsche Pfadfinderschaft Sankt Georg). – Die Abkürzung MHD dürfte wegen ihrer vielfachen und öffentlichen Verwendung dem Namen „Malteser Hilfsdienst“ nachgerade gleichstehen und somit allgemeine Verkehrsgeltung erlangt haben.

kirche⁶⁵ oder „Mormonen“^{66, 67}. In analoger Anwendung des § 12 BGB geschützt sind schließlich Symbole, insbesondere Wappen, Embleme, Siegel sowie Fahnen, Flaggen und Banner, soweit sie ihre Träger unterscheidungskräftig identifizieren. Im Bereich der Kirchen und Religionsgemeinschaften wird eine entsprechende Verkehrsgeltung nur ausnahmsweise nachzuweisen sein. Eine namensähnliche Wirkung dürfte dem Malteser- und dem Johanniterkreuz zukommen, möglicherweise auch der evangelischen Kirchenfahne⁶⁸ sowie bildlichen oder graphischen Darstellungen von kirchlichen Gebäuden, die namensgleich auf eine bestimmte (Pfarr-)Gemeinde verweisen. Keine Namensfunktion geht von der Abbildung des Kreuzes oder dem Gebrauch von Silhouetten religiöser Gebäude oder einfacher religiöser Zeichen aus.

2. Verletzungshandlung

40 § 12 BGB schützt den Berechtigten davor, dass ein anderer seinen Namen bestreitet oder unbefugt den gleichen Namen gebraucht. Der Namensleugnung kommt – auch im Bereich der Kirchen und Religionsgemeinschaften – eine nur geringe Bedeutung zu. Praktisch relevant ist die Anmaßung eines fremden Namens. Eine Namensanmaßung im Sinne des § 12 S. 1 Alt. 2 BGB setzt voraus, dass ein Dritter den Namen oder eine als Name geschützte Bezeichnung unbefugt gebraucht und dadurch eine Zuordnungsverwirrung auslöst, welche die schutzwürdigen Interessen des berechtigten Namensträgers verletzt.⁶⁹

41 Die unbefugte Verwendung vollständiger Namen ist selten. In der Praxis vorherrschend ist der Gebrauch von einzelnen Bestandteilen eines fremden Namens. So verletzt die Bezeichnung „St. Viti-Pflegedienst“ das Namensrecht der „Evangelisch-lutherischen St. Viti-Kirchengemeinde Zeven“, weil wesentliche Teile der angesprochenen Bevölkerung im Einzugsbereich von Zeven den Pflegedienst der Kir-

⁶⁵ LG Kassel, U. v. 7. 1. 1983 – 8 O 330/82, in: ZevKR 31 (1986), S. 362 (366).

⁶⁶ LG Frankfurt a. M., U. v. 27. 2. 2003 – 2/3 O 536/02, in: MultiMedia und Recht (MMR) 2004, S. 113.

⁶⁷ Weitere Beispiele bei *Lehmann*, Namensrecht (o. Fn. 25), S. 291 ff.

⁶⁸ So mit beachtlichen Argumenten *Lehmann*, ebd., S. 297 f.

⁶⁹ BGH, U. v. 26. 6. 2003 – I ZR 296/00 – maxem.de, juris, Rn. 17; BGHZ 119, 237 (245) – Universitätsblem, m. w. N.

chengemeinde zuordnen.⁷⁰ Anlass für rechtliche Auseinandersetzungen gibt vor allem der Gebrauch des Namensbestandteils „katholisch“. So hat sich die katholische Kirche in Deutschland in den vergangenen Jahren mehrfach genötigt gesehen, gegen eine aus ihrer Sicht unbefugte Verwendung des Adjektivs „katholisch“, etwa im Vereinsnamen⁷¹, zur Bezeichnung von öffentlichen Einrichtungen und Veranstaltungen⁷², als Internet-Domain⁷³, im Zusammenhang mit der sog. Weihe von Frauen zu Priesterinnen⁷⁴ oder zur Kennzeichnung eines kommerziellen Verlagsprogrammes⁷⁵, vorzugehen.

Ein Anspruch aus § 12 BGB setzt eine Zuordnungsverwirrung voraus. Daher kann der Gebrauch der Bezeichnung „katholisch“ zu irreführender Werbung für Waren oder Dienstleistungen nur dann unter Berufung auf § 12 BGB unterbunden werden, wenn hierdurch zugleich auf die katholische Kirche verwiesen wird und die Gefahr einer Zuordnungsverwirrung besteht. Eine solche Zuordnungsverwirrung tritt nicht erst bei Verwechslungsgefahr ein.⁷⁶ Es reicht aus, wenn der Berechtigte durch den unbefugten Gebrauch seines Namens durch einen Dritten in irgendeine Beziehung zu diesem gesetzt⁷⁷ oder mit Einrichtungen, Erzeugnissen, Anschauungen oder Zielen in Zusammenhang gebracht wird, mit denen er nichts zu tun hat.⁷⁸ Selbst eine geringe Zuordnungsverwirrung reicht für die Namensanmaßung aus.⁷⁹ Hierzu genügt, dass im Verkehr der unzutreffende Eindruck entsteht, der berechtigte Namensträger habe dem

42

⁷⁰ OLG Celle, U. v. 27. 11. 1996 – 13 U 109/96 (unveröffentlicht), nachgewiesen bei *Lehmann*, Namensrecht (o. Fn. 25), S. 276 m. Fn. 1023.

⁷¹ Siehe etwa LG Düsseldorf, KirchE 28, 8 ff. (im Berufungsverfahren durch Vergleich erledigt).

⁷² BGHZ 124, 173 ff. – Priesterbruderschaft St. Pius X.

⁷³ Zum Streit um die Domains *katholisch.de* und *katholisch.notrix.de* siehe LG Bonn, U. v. 12. 11. 1999 – 7 O 154/99 (nicht veröffentlicht).

⁷⁴ Siehe <<http://www.virtuelle-dioezese.de/buch.php>>.

⁷⁵ BGH, U. v. 2. 12. 2004 – I ZR 92/02, in: NJW 2005, S. 978 ff. (Pro Fide Catholica); hierzu *Ludwig Renck*, Die Katholische Kirche und ihr Namensrecht, in: NJW 2005, S. 1470 ff.

⁷⁶ BGHZ 124, 173 (181) – Priesterbruderschaft St. Pius; BGHZ 155, 273 (276) – maxem.de.

⁷⁷ BGH, in: GRUR 1964, S. 38 (40); BGHZ 43, 245 (255); BGH, in: NJW 1980, S. 280 (280).

⁷⁸ BGHZ 30, 7 (10); BGH, in: GRUR 1964, S. 38 (40); BGHZ 119, 237 (245 f.) – Universitäts-Emblem; BGH, in: NJW 2005, S. 978 (979).

⁷⁹ BGHZ 155, 273 (276).

Benutzer ein Recht zu einer entsprechenden Verwendung des Namens eingeräumt.⁸⁰

43 Der Bundesgerichtshof sah die Gefahr einer Zurechnungsverwirrung zu Recht dadurch gegeben, dass die Priesterbruderschaft St. Pius X. ihr Oratorium in der Öffentlichkeit als „röm.-kath.“ gekennzeichnet hatte.⁸¹ Hingegen soll die Benennung eines Verlagsprogramms mit *Pro Fide Catholica* keine Zuordnungsverwirrung begründen.⁸² Das Gericht betrachtet die Bezeichnung *Pro Fide Catholica*, bezogen auf ein Verlagsprogramm, ihrem Inhalt nach als programmatische Aussage, die objektiv keinen Anlass für die Annahme gebe, dass ein besonderer Zusammenhang des Verlagsprogramms mit der Amtskirche bestehe.

44 Dies hätte man durchaus anders sehen können, zumal das Gericht ausdrücklich einräumt, dass es wegen der besonderen Bekanntheit und der gesellschaftlichen Bedeutung der katholischen Amtskirche nahe liegt, das Wort „katholisch“ mit dieser zu verbinden.⁸³ Dies gilt namentlich in der Wortkombination „katholischer Glaube“, da das Glaubensgut nach katholischer Auffassung gerade durch die Kirche verwaltet und weitergegeben wird. Im konkreten Fall war eine Zuordnungsverwirrung auch deshalb anzunehmen, weil der Inhaber des Verlages nicht nur das Programm seiner Versandbuchhandlung mit *Pro Fide Catholica* bezeichnete, sondern in Spendenaufrufen und auf Überweisungsträgern zugleich dafür warb, die Verbreitung „guter katholischer Literatur“ zu fördern.⁸⁴ Derartige, religiös konnotierte Spendenaufrufe stellen eine typische Handlungsform der Kirche und ihrer Verbände dar und vermitteln die Vorstellung, die Buchhandlung handle im Einvernehmen mit der Kirche. Der Bundesgerichtshof hätte der klagenden Diözese somit den geltend gemachten Unterlassungsanspruch aus § 12 BGB zusprechen müssen.

⁸⁰ BGHZ 119, 237 (245 f.); BGH, in: NJW-RR 2002, S. 1401 (1402 f.); BGH, in: NJW 2005, S. 978 (979).

⁸¹ BGHZ 124, 173 (182).

⁸² BGH, U. v. 2. 12. 2004 – I ZR 92/02, in: NJW 2005, S. 978 ff.

⁸³ BGH, in: NJW 2005, S. 978 (979).

⁸⁴ Tillmanns, Namen der Kirche (o. Fn. 59), S. 3182; Lehmann, Namensrecht (o. Fn. 25), S. 281.

XII.

Die finanziellen Angelegenheiten der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften

§ 68

Förderung von Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften durch den Staat

Von Ute Mager

I. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen	1–30
1. Der Begriff der staatlichen Förderung in der verfassungsrechtlichen Ordnung des Grundgesetzes	2–5
2. Spezielle Rechtsgrundlagen für Leistungen an Kirchen und sonstige Religionsgemeinschaften	6–19
a) Staatsleistungen gemäß Art. 140 GG i. V. m. Art. 138 Abs. 1 WRV	7–12
b) Sonderrechte aus dem Körperschaftsstatus	13–16
c) Staatliche Kostentragung bei gemeinsamen Angelegenheiten	17–19
3. Sozialstaatlich und kulturstaatlich motivierte Förderung nach Maßgabe des Gleichheitsgrundsatzes	20–23
a) Art. 7 Abs. 4 und 5 GG: Privatschulförderung	21
b) Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip und Kulturstaatsprinzip	22–23
4. Religionsfreiheit	24–30
II. Unionsrechtlicher Einfluss auf die staatliche Förderung von Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften	31–38
III. Internationales Umfeld / Rechtsvergleichende Anmerkungen im Rahmen der Europäischen Union	39–43
IV. Fazit	44

I. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen

- 1 Das Verhältnis zwischen weltlicher und religiöser Ordnung ist von fundamentaler Bedeutung für eine Gesellschaft und ihren Staat und daher ein verfassungsrechtliches Thema.¹ Dies umfasst auch die Frage der Förderung von Kirchen und Religionsgemeinschaften durch den Staat. Seit der Weimarer Reichsverfassung sind Weltanschauungsgemeinschaften den Religionsgemeinschaften gleichgestellt (Art. 137 Abs. 7 WRV). Sie sind für die Rechtsfrage der staatlichen Förderung jedoch nicht prägend und auch zahlenmäßig im Verhältnis zu den Religionsgemeinschaften zu vernachlässigen.² Sie werden daher in Übereinstimmung mit der Überschrift dieses Kapitels im Folgenden nicht stets eigens erwähnt, wobei die Gleichstellungsanordnung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 7 WRV als selbstverständlich vorausgesetzt wird.

1. Der Begriff der staatlichen Förderung in der verfassungsrechtlichen Ordnung des Grundgesetzes

- 2 Grundlegend für das Verhältnis zwischen Staat und Religionsgemeinschaften in Deutschland ist das Gebot institutioneller, organisatorischer und personeller Trennung von Staat und Religionsgemeinschaften, das in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 WRV mit den Worten: „Es besteht keine Staatskirche.“ festgeschrieben und zusammen mit Art. 4 Abs. 1 und 2, Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3 GG Ausdruck der staatlichen Neutralität in Glaubensfragen ist.³ Aus dieser Grundentscheidung folgt kein unüberwindliches Verbot der staatlichen Förde-

¹ Vgl. *Axel von Campenhausen/Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, § 1; ein historischer Abriss findet sich a. a. O., §§ 2–10.

² Laut Homepage des Dachverbands der Freien Weltanschauungsgemeinschaften sind in dieser Vereinigung etwa 50.000 Mitglieder organisiert, <<http://www.dfw-dachverband.de/english.html>>. Laut Statistischem Jahrbuch der Bundesrepublik Deutschland 2017, S. 70 (Stand 2015) gehören ca. 22,2 Millionen Menschen den evangelischen und 23,8 Millionen Menschen der katholischen Kirche an. Die jüdischen Religionsgemeinschaften haben rund 98.594 Angehörige. Über die Zahl der konfessionsgebundenen Muslime gibt es keine offiziellen Angaben. Sie wird auf etwas mehr als vier Millionen geschätzt. S. Forschungsgruppe Weltanschauungen in Deutschland <<https://fowid.de/meldung/religionszugehoerigkeiten-deutschland-2017>>.

³ Ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, s. nur BVerfGE 19, 206 (216) – Kirchenbausteuer; BVerfGE 93, 1 (16 f.) – Kreuz in der Schule; BVerfGE 108, 282 (299) – Kopftuchverbot; BVerfGE 138, 296, Rn. 109.

rung von kirchlichen und sonstigen religiösen Aktivitäten,⁴ aber die Notwendigkeit einer besonderen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, wobei zunächst zu klären ist, was im Zusammenhang dieses Beitrags mit staatlicher Förderung überhaupt gemeint ist.

Als der gesellschaftlichen Sphäre zugehörig, sind Kirchen und Religionsgemeinschaften Grundrechtsträger, so dass zunächst eine grundrechtsdogmatische Einordnung staatlicher Förderung vorzunehmen ist. Die Grundrechtsdogmatik unterscheidet im Wesentlichen zwischen drei Grundrechtsfunktionen: Abwehr von staatlichen Freiheitseingriffen oder Ungleichbehandlungen, Anspruch auf staatlichen Schutz vor Eingriffen Dritter oder höherer Gewalt und – ausnahmsweise – Anspruch auf staatliche Leistungen. Die Tatsache, dass die Kirchen und sonstige Glaubensgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland weitestgehend ungehindert agieren können, dass der Staat auch in seiner Gesetzgebung ihre Eigenheiten respektiert, dass er sie ggf. vor Beeinträchtigungen durch Dritte schützt, ließe sich bei unspezifischem Gebrauch durchaus auch als Förderung bezeichnen. Die freiheitliche und rechtsstaatliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland ist der Betätigung von Religionsgemeinschaften insgesamt förderlich. Dieser tatsächliche Befund sollte jedoch nicht dazu verleiten, grundrechtsdogmatische Kategorien zu vermischen. Staatliche Förderung ist neben Gewährenlassen und Schützen ein Drittes und ist durch eine Leistungsdimension gekennzeichnet. Um Leistungen handelt es sich eindeutig bei finanziellen Vergünstigungen, auch sofern es sich nicht um Zahlungen, sondern um die Befreiung von Abgaben handelt. Grundrechtsdogmatisch schwieriger einzuordnen sind Konstellationen, in denen der Staat religiösen Bedürfnissen in von ihm organisierten Bereichen Raum zur Entfaltung gibt. Formal mag es sich um Leistungen handeln,⁵ tatsächlich geht es

3

⁴ BVerwGE 38, 76 (79) – Kirchenbaulasten: „Nicht nur aus Art. 140 GG, sondern auch aus anderen Normen des Grundgesetzes folgt, daß Leistungen des Staates für die Kirche nicht durch den Neutralitätsgrundsatz ausgeschlossen werden. Solche Normen sind insbesondere Art. 4 und Art. 7 GG.“; BVerfGE 44, 37 (56 f.) – Besteuerung nach Kirchenaustritt: „Zwar schließen die staatskirchenrechtlichen Normen des Grundgesetzes eine – auch finanzielle – Förderung von Religionen und Religionsgesellschaften nicht aus [...]“; s. auch BVerwG, in: NVwZ-RR 2009, S. 590 (590 f.) – Fortbestand gemeindlicher Kirchenbaulast.

⁵ S. dazu *Martin Borowski*, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, 2006, S. 246; *Michael Drooge*, Staatsleistungen an Religionsgemeinschaften im säkularen Kultur- und Sozialstaat, 2004, S. 346 f.; *Ute Mager*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 4 GG, Rn. 29.

um Ausprägungen der freiheitlichen Gehalte von Grundrechten unter den Bedingungen staatlicher Organisation.⁶ Das Abwehrrecht wird in einem solchen Rahmen zum Anspruch auf Grundrechtsermöglichung.⁷

- 4 Der Staat gewährt Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften aber auch in großer Vielfalt finanzwirksame und damit echte Leistungen, zu deren Rechtfertigung sich im Grundgesetz diverse Rechtsgrundlagen finden. Sie beruhen zum Teil auf der jahrhundertelangen gemeinsamen Geschichte von Staat und Kirchen, zum Teil sind sie Ausdruck der Sozial- und Kulturstaatlichkeit des Grundgesetzes.⁸ Anhand dieser verschiedenen Rechtsgrundlagen lässt sich die staatliche Förderung von Religionsgemeinschaften systematisch ordnen. Es ist insbesondere zu unterscheiden zwischen den zumeist historisch zu erklärenden, speziell den Religionsgemeinschaften und unter ihnen vor allem den Kirchen zustehenden Leistungsansprüchen und den zumeist sozial- oder kulturstaatlich motivierten, gemäß dem Grundsatz der Gleichbehandlung gewährten Förderungen. Daneben ist zu untersuchen, ob und inwieweit der Religionsfreiheit eine eigene Förderungsdimension zukommt.
- 5 Bereits die verfassungsrechtlichen Grundlagen staatlicher Förderung von Kirchen und Religionsgemeinschaften sind vielfältig. Geradezu unüberschaubar sind ihre einfachgesetzlichen Ausgestaltungen und tatsächlichen Erscheinungsformen,⁹ was seine Ursache auch darin hat, dass das Verhältnis zwischen Staat und Religionsgemeinschaften zu einem großen Teil landesgesetzlicher Regelung unterfällt. Im Folgenden werden im Rahmen der verfassungsrechtlichen Systematisierung besonders wichtige oder beispielhafte Ausformungen genannt. Vollständigkeit kann in diesem Rahmen nicht angestrebt werden.

⁶ S. zu solchen Konstellationen unten Rn. 27.

⁷ Diesen Begriff verwendet *Stefan Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts, 2005, S. 293.

⁸ S. nur den Titel und die Gliederung des Buches von *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 5).

⁹ Eine umfassende Aufstellung aller staatlichen Leistungen an Kirchen und Religionsgemeinschaften wird angestrebt von *Carsten Frerk*, Violettbuch Kirchenfinanzen. Wie der Staat die Kirchen finanziert, 2010. Auch wenn dem Buch eine kirchenfeindliche Haltung zugrunde liegt, handelt es sich um eine sehr informative Zusammenstellung von Daten und Fakten.

2. Spezielle Rechtsgrundlagen für Leistungen an Kirchen und sonstige Religionsgemeinschaften

Zu den Leistungen an Kirchen, die auf speziellen Rechtsgrundlagen beruhen, gehören die Staatsleistungen gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 1 WRV. Zu nennen sind daneben die finanzwirksamen Sonderrechte, die an den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV anknüpfen sowie die Rechtsgrundlagen, die Staat und Religionsgemeinschaften Aufgaben zur gemeinsamen Erfüllung zuweisen.

6

a) Staatsleistungen gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 1 WRV

Als Art. 138 Abs. 1 WRV im Jahre 1919 in Kraft trat, war es das Ziel dieser Regelung das Trennungsgebot des Art. 137 Abs. 1 WRV auch im Bereich der finanziellen Beziehungen zu verwirklichen.¹⁰ Dieses Ziel war in der Mehrheit nicht von kirchenfeindlichen Absichten getragen. Angestrebt wurde vielmehr eine „scheidungsfriedliche Trennung“ der finanziellen Verflechtungen. Unabhängig von rechtsstaatlichen Bedenken war daher nicht an eine sofortige entschädigungslose Aufhebung der Ansprüche gedacht.¹¹ Die in Bezug genommenen Rechtstitel umfassen Geld- oder Naturalleistungen sowie Befreiungen von Leistungen an den Staat (Abgaben), die vor 1919 durch spezifische Rechtstitel mit dem Zweck begründet worden waren, die

7

¹⁰ Die später als Art. 137 Abs. 1 WRV niedergelegte Feststellung, dass keine Staatskirche besteht, sollte nach mehreren Anträgen zunächst derart ergänzt werden: „Staat und Kirche sind staatsrechtlich und vermögensrechtlich voneinander zu trennen.“ (Antrag Nr. 542, Reichstagsprotokolle, S. 1647 A und 1658). Dies wurde als zu „allgemein“ (Dr. *Wilhelm Kahl*, DVP, Reichstagsprotokolle, S. 1647 B) abgelehnt.

¹¹ Zum Entwurf des Verfassungsausschusses der Nationalversammlung, dem später im Wesentlichen gefolgt wurde, Dr. *Joseph Mausbach* (Zentrum), in: Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, 59. Sitzung, 17. 7. 1919, Stenographische Berichte, Bd. 328, S. 1644 C, D: „Art. 133 (Anm.: später Art. 138 WRV) behandelt speziell die vermögensrechtliche Stellung der Religionsgesellschaften in Deutschland. Man betrachtete es als eine Folgerung des Trennungsgedankens auch in seiner gemäßigten, relativen Form, daß die bisherige gesetzliche Einrichtung finanzieller Staatsleistungen an die Kirchen so nicht bleiben könne; und da man doch zugleich eine scheidungsfriedliche Trennung wollte, bestimmt der Ihnen vorliegende Entwurf, daß die auf Gesetz, Vertrag und besonderen Rechtstiteln beruhenden Staatsleistungen abzulösen sind durch angemessene Entschädigung.“

Kirchen finanziell zu unterstützen. Es handelt sich zum größten Teil um Leistungen, die als Ausgleich für die Säkularisationsmaßnahmen seit der Reformation bis zum Reichsdeputationshauptschluss von 1803 gewährt worden waren.¹² Heute machen diese Staatsleistungen im engeren Sinne je nach Bundesland circa drei bis zwölf Prozent des Jahresetats der jeweiligen Kirchen und Bistümer aus.¹³

- 8 Die Verpflichtung zur Ablösung verbürgt einen Entschädigungsanspruch, der seiner Höhe nach durch Landesgesetze im Rahmen bundesgesetzlicher Rahmenvorgaben zu bestimmen ist.¹⁴ Da und solange die notwendigen Gesetze nicht erlassen sind, wirkt Art. 138 Abs. 1 WRV wie eine Bestandsgarantie für die vor 1919 begründeten Staatsleistungen an die Kirchen. Dies stellte die Weimarer Reichsverfassung noch in Art. 173 im Abschnitt Übergangs- und Schlussvorschriften klar, wonach bis zum Erlass eines Reichsgesetzes gemäß Artikel 138 die bisherigen auf Gesetz, Vertrag oder besonderen Rechtstiteln beruhenden Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften bestehen bleiben sollten.¹⁵ Art. 138 Abs. 1 WRV stellt somit keine An-

¹² Ausführlich *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 5), S. 156 ff.; s. auch *Werner Heun*, → § 73, Rn. 14–19; *Ferdinand Kirchhof*, Grundlagen und Legitimation der deutschen Kirchenfinanzierung, in: *EssGespr.* 47 (2013), S. 7 (15); *BVerfGE* 19, 1 (13, 15 f.) – Justizgebühren. Zum Reichsdeputationshauptschluss und seinen Folgen s. *Hans Maier*, Der Reichsdeputationshauptschluss von 1803 und die Folgen, in: *Säkularisation und Säkularisierung 1803–2003*, *EssGespr.* 38 (2004), S. 7 ff.; s. auch *Heinrich de Wall*, Die Fortwirkung der Säkularisation im heutigen Staatskirchenrecht, ebd., S. 53 ff.

¹³ *Volker Knöppel*, Aktuelle Überlegungen zum Ablösegebot der Staatsleistungen nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 1 WRV, in: *ZevKR* 2013, S. 188 (193); *Michael Droege*, Die verfassungsrechtliche Absicherung der Staatsleistungen und die Voraussetzung einer Ablösung, in: *Grund und Grenzen staatlicher Religionsförderung unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses von Staat und Katholischer Kirche in Deutschland*, hg. von Matthias Pulte / Ansgar Hense, 2014, S. 15 (17) spricht von drei bis fünf Prozent. Zu absoluten Zahlen s. *Johann-Albrecht Haupt*, Staatsleistungen der Länder an die Kirchen (Stand: 2018), in: *Vorgänge* Nr. 221/222, 2018, S. 213 ff.

¹⁴ Ausführungen zu Höhe und Modi finden sich bei *Jochen Rozek*, Der unerfüllte Verfassungsauftrag – Die Ablösung der Staatsleistungen an die Kirchen, in: *Entwicklungstendenzen des Staatskirchen- und Religionsverfassungsrechts. Ausgewählte begrifflich-systematische, historische, gegenwartsbezogene und biographische Beiträge*, hg. von Thomas Holzner / Hannes Ludyga, 2013, S. 421 (425 ff.); s. auch *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 5), S. 208 ff. zum Umfang, S. 220 ff. zu „Ablösungsmitteln“; *ders.*, Vom Beruf unserer Zeit für ein Neues Loccum, in: *NdsVBl.* 2012, S. 2 (6).

¹⁵ *BVerfGE* 19, 1 (13, 16) – Justizgebühren lässt offen, welche Bedeutung die Nichtübernahme hat. *BVerfG*, Nichtannahmebeschluss vom 30.9.2000 – 2 BvR 708/96, in: *NVwZ* 2001, S. 318 schließt sich der h.M. an, wonach die Übernahme nicht erfolgte, weil Art. 173 WRV ohnehin nur klarstellender Natur war.

spruchsgrundlage dar, sondern gewährleistet bestehende Ansprüche aus anderen Rechtstiteln bis zu ihrer Ablösung. Eine ausdrückliche Bestandsgarantie oder die Ermächtigung zur vertraglichen Regelung von „Art und Höhe der Leistungen“ finden sich zum Teil in Landesverfassungen.¹⁶

Wie bereits die Verwendung des Begriffs der Staatsleistungen nahelegt und die Entstehungsgeschichte nicht nur der Weimarer Reichsverfassung, sondern auch des Grundgesetzes bestätigt, erfasst Art. 138 Abs. 1 WRV keine kommunalen Leistungen wie etwa kommunale Kirchenbaulasten.¹⁷ Zur Entstehungszeit der Weimarer Reichsverfassung bestand Einigkeit, dass der Begriff des Staates nicht die Gemeinden umfasst, so dass mit der Verwendung des Terminus „Staatsleistungen“ kommunale Leistungen aus dem Anwendungsbereich des Art. 138 Abs. 1 WRV ausschieden.¹⁸ Im Parlamentarischen Rat wurde die Ergänzung des Art. 138 Abs. 1 WRV um kommunale Leistungen an die Kirchen diskutiert und abgelehnt.¹⁹ Vor diesem Hintergrund lässt sich ein Verfassungswandel für die Auslegung des Art. 138 Abs. 1 WRV infolge einer gewandelten Auffassung von der Stellung der Gemeinden im Staatsaufbau nicht überzeugend

9

¹⁶ Die Verfassungen der Bundesländer Berlin, Bremen, Hamburg, Niedersachsen und Schleswig-Holstein enthalten keine Vorschrift über Staatsleistungen. Die Verfassungen der Bundesländer Hessen, Sachsen-Anhalt und Thüringen verweisen auf das Grundgesetz oder enthalten eine inhaltlich identische Regelung (Hessen). Alle übrigen Länder haben, zum Teil neben dem Verweis auf das GG, eigenständige Regelungen mit zusätzlichem Inhalt. Die Länder Bayern, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz beziehen ausdrücklich kommunale Leistungen in ihre Bestimmungen mit ein. Siehe die Zusammenstellung der Vorschriften bei *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 5), S. 546 f., zum Inhalt a. a. O., S. 168 ff.

¹⁷ *Markus Schulten*, Kommunale Kirchenbaulasten. Fortgeltung und Legitimation insbesondere in den östlichen Bundesländern, 2014, S. 32 f.; s. auch *Michael Droege*, → § 64, Rn. 24; *Werner Heun*, → § 73, Rn. 49 f.; a. A. *F. Kirchhof*, Grundlagen und Legitimation der deutschen Kirchenfinanzierung (o. Fn. 12), S. 14 m. w. N.

¹⁸ S. dazu *Schulten*, Kommunale Kirchenbaulasten (o. Fn. 17), S. 34; s. auch *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1965 (unveränderter Nachdruck von 1933), S. 653: „Der Schutz des Art. 138 erstreckt sich nur auf Leistungen des Staates, nicht auf Leistungen der Gemeinden oder sonstiger Dritter.“ Zum Thema auch *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 5), S. 183 ff.

¹⁹ *Schulten*, Kommunale Kirchenbaulasten (o. Fn. 17), S. 35 m. w. N.; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 5), S. 185 f.

begründen.²⁰ Ein Indiz bilden auch solche landesverfassungsrechtlichen Regelungen, die gerade neben einer Bezugnahme auf Art. 138 Abs. 1 WRV Regelungen für kommunale Leistungen enthalten.²¹ Kommunale Leistungen stehen damit bundesverfassungsrechtlich weder unter einer Entflechtungs- noch unter einer Ablösungsverpflichtung.²² Bestandsschutz kann ihnen als Vermögensrecht nach Maßgabe der Kirchengutsgarantie gemäß Art. 138 Abs. 2 WRV zukommen.²³

- 10 Der Begriff der Staatsleistungen erfasst auch keine ehemaligen Leistungen des Reichs. „Der Grund für diese Einschränkung liegt darin, dass nach dem Zweck der Vorschrift für eine Ablösung möglicher Reichsleistungen kein Anlass bestand. Art. 140 GG/Art. 138 Abs. 1 WRV sollte die enge finanzielle Verflechtung von Staat und christlichen Kirchen auflösen, wie sie den staatskirchenrechtlichen Verhältnissen des Kaiserreichs eigen war [...]. Was die Weimarer Nationalversammlung damit im Blick hatte, waren die besonderen finanziellen Beziehungen der Kirchen zu den Landesherrschaften, welche infolge der neuzeitlichen Säkularisationen kirchliches Vermögen übernommen hatten und als Ausgleich dafür, aber auch generell aus der Sorge eines christlichen Landesherrn um das Wohl der Kirchen in verschiedener Weise zur Deckung des kirchlichen Finanzbedarfs beitrugen. An dieser überkommenen Kirchenfinanzierung war das Reich nicht beteiligt.“²⁴

²⁰ S. dazu ausführlich und überzeugend *Schulten*, Kommunale Kirchenbaulasten (o. Fn. 17), S. 36 f.; s. auch *Heun*, → § 73, Rn. 49 f.; *Droege*, → § 64, Rn. 24.

²¹ S. zu diesem Argument auch *Schulten*, Kommunale Kirchenbaulasten (o. Fn. 17), S. 37 f. und oben Fn. 16 die Nachweise der entsprechenden Landesverfassungen.

²² BVerwG, in: NVwZ-RR 2009, S. 590: Leitsatz: „Vor Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung begründete vertragliche Kirchenbaulasten sind trotz des Wandels, den die Weimarer Reichsverfassung in ihren nach Art. 140 GG fortgeltenden Bestimmungen im Verhältnis von Kirche und Staat bewirkt hat, grundsätzlich weiter zu erfüllen.“

²³ S. dazu *Schulten*, Kommunale Kirchenbaulasten (o. Fn. 17), S. 32 f.; s. auch StGH BW, in: VBIBW 2015, S. 414 ff. – Anpassung gemeindlicher Kirchenbaulasten und dazu *Bernhard Rauscher*, Kommunale Kirchenbaulasten im Spannungsfeld zwischen Verfassungsrecht und Anpassungspflicht wegen wesentlicher Änderung der Verhältnisse, in: VBIBW 2015, S. 407 (411 ff.); s. auch BVerwG, in: NVwZ-RR 2009, S. 590 (591) – Fortbestand gemeindlicher Kirchenbaulast.

²⁴ BVerfG, in: NVwZ 2001, S. 318 mit Hinweis auf *Hans-Jochen Brauns*, Staatsleistungen an die Kirchen und ihre Ablösung, 1970, S. 91, 128; *Josef Isensee*, Staatsleistungen an die Kirchen und Religionsgemeinschaften (§ 35),

Bestrebungen, den verfassungsrechtlichen Ablösungsauftrag in die Tat umzusetzen, zeigten sich im Bundestag erstmals im Jahre 2012.²⁵ Der Antrag wurde abgelehnt, weil die Mehrheit der Auffassung war, dass die Ablösung im Dialog mit den Kirchen erfolgen sollte bzw. aufgrund der bestehenden vertraglichen Regelungen müsse.²⁶ Die Bundesregierung verneinte jeglichen Handlungsbedarf zum Erlass eines Grundsatzgesetzes, da die Länder auch ohne ein solches Gesetz die Möglichkeit hätten, die Staatsleistungen im Wege des vertraglichen Einvernehmens mit den Kirchen umzugestalten und aufzuheben.²⁷ In der Tat haben zahlreiche Bundesländer die gemäß Art. 138 Abs. 1 WRV bestehende äußerst unübersichtliche Rechtslage in Verträgen mit den Kirchen bereinigt, wobei es sich in der Regel nicht um Ablösungsvereinbarungen, sondern um jährlich wiederkehrende Geldleistungen unter dem Vorbehalt der endgültigen Ablösung im beiderseitigen Einvernehmen handelt.²⁸ Bundesverfassungsrecht-

in: HSKR², Bd. 1, 1994, S. 1009 (1030); Werner Weber, Die Ablösung der Staatsleistungen an die Religionsgemeinschaften, 1948, S. 19, 46.

²⁵ Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE vom 29.2.2012 (BT-Drs. 17/8791); vorgeschlagene Höhe der Entschädigung: 10-fache Jahresleistung gemäß den jeweiligen Verträgen; s. dazu Johann-Albrecht Haupt, Nichtablösung der Staatsleistungen an die Kirchen – Geschichte eines politischen Versagens, in: Vorgänge Nr. 203, 2013, Heft 3, S. 16 (17 f., 21 ff.). S. zu einem möglichen Ablösungsmodell F. Kirchhof, Grundlagen und Legitimation der deutschen Kirchenfinanzierung (o. Fn. 12), S. 16 f.; ablehnend Sebastian Müller-Franken, Die öffentliche Finanzierung der Religionsgemeinschaften in Deutschland – unter besonderer Berücksichtigung der Staatsleistungen, in: Kirchenfinanzen in der Diskussion, hg. von Arnd Uhle, 2015, S. 43 (72). S. auch Droege, Staatsleistungen (o. Fn. 5), S. 220 ff. zu „Ablösungsmitteln“. Zur Diskussion s. Ansgar Hense, Akzeptanz von Staatsleistungen im Wandel – die Diskussion um die Notwendigkeit und Möglichkeit einer Ablösung, in: Geld, Gott und Glaubwürdigkeit, hg. von Karlies Abmeier, 2016, S. 257 ff.

²⁶ BT-Drs. 17/32201 vom 27. 6. 2013.

²⁷ Zitat aus der BT-Drs. 18/45 vom 13.11.2013; inhaltliche Bestätigung durch die Bundesregierung am 9. 4. 2014 in BT-Drs. 18/1110. Auch der Antrag auf Einrichtung einer Kommission beim Bundesministerium für Finanzen zur Evaluierung der Staatsleistungen seit 1803 (BT-Drs. 18/11428 vom 8. 3. 2017) wurde mit dieser Begründung abgelehnt.

²⁸ Die Staatskirchenverträge lassen sich abrufen unter <https://www.univ-trier.de/fileadmin/fb5/inst/IEVR/Arbeitsmaterialien/Staatskirchenrecht/Deutschland/Religionsnormen/Dritter_Teil_A.pdf>. Siehe zu den Verträgen Stefan Mückl, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: HStR³, Bd. VII, 2009, § 159, Rn. 35 m. w. N.; Knöppel, Aktuelle Überlegungen (o. Fn. 13), S. 191 ff.; Droege, Staatsleistungen (o. Fn. 5), S. 170 ff.

lich stehen die Vereinbarungen unter dem Vorbehalt der endgültigen Ablösung gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 1 WRV.²⁹

- 12 Die seit den 1990er Jahren nach und nach von allen Bundesländern geschlossenen Verträge mit jüdischen Glaubensgemeinschaften, die ihrem Inhalt nach den Konkordaten mit der katholischen Kirche und den Staatsverträgen mit den evangelischen Kirchen entsprechen und auch finanzielle staatliche Unterstützung regeln,³⁰ liegen außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 1 WRV. Diese Leistungen haben ihren Grund in der Regel nicht in Rechtstiteln, die vor 1919 entstanden sind.³¹ Selbst in den Fällen, in denen an Rechtsvorgänger staatliche Leistungen vor dem Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung erbracht wurden, handelte es sich schon damals nicht um Entschädigungen, sondern – wie auch heute – um die Förderung der jüdischen Kultur und Religion.³² Die Unrechtsmaßnahmen während des Nationalsozialismus bilden ein wesentliches und tragfähiges Motiv für die staatliche Unterstützung, jedoch keine Grundlage für eine methodisch überzeugende Analogie zu Art. 138 Abs. 1 WRV.³³

b) Sonderrechte aus dem Körperschaftsstatus

- 13 Um spezielle Leistungen für Kirchen und sonstige Religionsgemeinschaften handelt es sich auch bei den Vergünstigungen, die an den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts im Sinne des

²⁹ Droege, Staatsleistungen (o. Fn. 5), S. 243; Rozek, Der unerfüllte Verfassungsauftrag (o. Fn. 14), S. 421. Insoweit ist die Annahme der Bundesregierung, die Länder könnten die Leistungen unabhängig von einem Bundesgesetz endgültig aufheben, unzutreffend. A. A. Müller-Franken, Die öffentliche Finanzierung der Religionsgemeinschaften in Deutschland (o. Fn. 25), S. 72 f.

³⁰ S. dazu Julia Katharina Lutz-Bachmann, *Mater rixarum?* Verträge des Staates mit jüdischen und muslimischen Religionsgemeinschaften, 2015, S. 329 ff. speziell zur Finanzierung; Jens Robbert, *Finanzielle Förderung jüdischer Gemeinden durch den Staat*, in: NVwZ 2009, S. 1211 mit Nachweisen in Fn. 9; zum Inhalt des Vertrags mit dem Land Brandenburg a. a. O., S. 1212; s. auch Mückl, *Europäisierung des Staatskirchenrechts* (o. Fn. 7), S. 225 f. mit Nachweisen in Fn. 41; ders., *Grundlagen des Staatskirchenrechts* (o. Fn. 28), Rn. 36.

³¹ OVG Brandenburg, in: LKV 2006, S. 39 (44) – staatliche Leistungen an jüdische Gemeinden.

³² OVG Brandenburg, in: LKV 2006, S. 39 (44).

³³ Vgl. OVG Brandenburg, in: LKV 2006, S. 30 (44 f.); Droege, *Staatsleistungen* (o. Fn. 5), S. 170.

Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV anknüpfen.³⁴ Dieser Status stellt eine nur historisch zu verstehende und im ehemaligen Landeskirchentum wurzelnde Besonderheit des deutschen Staatskirchenrechts dar.³⁵ Ein wesentlicher Grund für die Bewahrung dieser Rechtsform bei Erlass der Weimarer Reichsverfassung war es, den Kirchen das Recht der Steuererhebung zu erhalten (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 6 WRV).³⁶ Hierbei handelt es sich um eine Ausstattung mit Kompetenzen und in diesem Sinne um eine Leistung,³⁷ jedoch nicht um eine finanzielle Förderung durch den Staat. Der Kirchensteuereinzug stellt vielmehr eine besondere Form der Erhebung von Mitgliedsbeiträgen dar,³⁸ für welche den Staat in Gestalt der Länder die Pflicht trifft, „in Rechtsetzung und Vollzug die Möglichkeit geordneter Verwaltung der Kirchensteuern sicherzustellen“³⁹. Für die Einziehung durch die staatliche Finanzverwaltung zahlen die begünstigten Kirchen und Religionsgemeinschaften ein angemessenes Entgelt in Höhe von zwei bis vier Prozent des erhobenen Kirchensteuerbetrags.⁴⁰ Die Tatsache, dass der Aufbau einer eigenen Verwaltung für die Kirchen sehr viel teurer wäre, macht aus der entgeltlichen Dienstleistung noch keine finanzielle staatliche Förderung, da die Kosten der staatlichen Dienstleistung gedeckt werden. Bei der

³⁴ BVerfGE 102, 370 (371 f.) – Zeugen Jehovas; BVerfGE 139, 321 (Rn. 92) – Zweitverleihung des Körperschaftsstatus.

³⁵ S. dazu *Stefan Magen*, → § 27.

³⁶ *Hermann Weber*, Kirchenfinanzierung im religionsneutralen Staat, in: NVwZ 2002, S. 1443 (1444).

³⁷ S. *Borowski*, Glaubens- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 5), S. 610.

³⁸ *F. Kirchhof*, Grundlagen und Legitimation der deutschen Kirchenfinanzierung (o. Fn. 12), S. 23 ff.; *Stefan Magen*, → § 27, Rn. 44; s. auch *Jens Petersen*, Die mitgliedschaftliche Finanzierung der kirchlichen Arbeit in Deutschland durch die Kirchensteuer, in: Kirchenfinanzen in der Diskussion (o. Fn. 25), S. 81 ff.; *ders.*, Stand und Entwicklung der deutschen Kirchensteuer als Grundlage für eine zukunftsfeste Finanzierung kirchlicher Arbeit, in: Geld, Gott und Glaubwürdigkeit (o. Fn. 25), S. 219 ff.

³⁹ BVerfGE 44, 37 (57) – Besteuerung nach Kirchenaustritt; s. auch schon BVerfGE 19, 206 (217) – Kirchenbausteuer.

⁴⁰ Zur Höhe s. *Felix Hammer*, → § 72, Rn. 64; *Petersen*, Die mitgliedschaftliche Finanzierung der kirchlichen Arbeit (o. Fn. 38), S. 91; *Christopher Patt*, Finanzielle Zuwendungen an Religionsgemeinschaften sowie deren Untergliederungen und EG-Beihilferecht, in: EuR 2006, S. 577 (589); *Hans Michael Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften. Studien zur Rechtsstellung der nach Art. 137 Abs. 5 WRV korporierten Religionsgesellschaften in Deutschland und in der Europäischen Union, 2003, S. 463; beispielhaft für das Erzbistum Köln 2012 *Hermann Josef Schon*, Staatsleistungen und Religionsförderung in diözesanen Haushalten, in: Grund und Grenzen (o. Fn. 13), S. 249.

Ausgestaltung und Durchführung der Steuererhebung kommt dem Landesgesetzgeber ein weiter Spielraum zu.⁴¹ Sofern die Grundsätze der Neutralität und Parität eingehalten werden, bestehen gegen die Einziehung durch den Staat gegen Entgelt keine Bedenken.⁴²

- 14 Während die Kirchensteuer und ihre Erhebung bei allen tatsächlichen Vorteilen für die Kirchen rechtssystematisch nicht als finanzielle staatliche Förderung einzuordnen sind,⁴³ lässt sich die Absetzbarkeit der Kirchensteuer von der Einkommensteuer (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 EStG), welche die Kirchenmitglieder zahlen, durchaus als eine indirekte staatliche Förderung der Kirchen auffassen.⁴⁴ Dies gilt auch für die Absetzbarkeit von Spenden zur Förderung der Religion wie sonstiger gemeinnütziger Zwecke, für deren Verfolgung Religionsgemeinschaften Zuwendungen erhalten, sowie für die Befreiung unentgeltlicher Zuwendungen an Religionsgemeinschaften und an Körperschaften im Sinne des § 54 AO von der Erbschaft- und Schenkungs-

⁴¹ Vgl. BVerfGE 73, 388 (399 f.) – Hamburger Kirchgeld. Hinsichtlich der streitigen Inanspruchnahme von Arbeitgebern und neuerdings auch Banken beim Einzug der Kirchensteuer handelt es sich um eine staatliche Indienstnahme, die angesichts der Geringfügigkeit vom Bundesverfassungsgericht in Bezug auf Arbeitgeber für vereinbar mit Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG bewertet wurde, BVerfGE 44, 103 f. Die Indienstnahme wäre noch weniger angreifbar, wenn sie vom Staat entgolten würde.

⁴² In der Weimarer Nationalversammlung gab es allerdings durchaus auch Kritik, vgl. *Fritz Kunert* (USPD), in: Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, 59. Sitzung, 17.7.1919, Stenographische Berichte, Bd. 328, S. 1659 C: „Auffallend ist am meisten in diesem Art. 134, daß die Religionsgesellschaften berechtigt sein sollen, ihre Mitglieder zu besteuern. Meine Freunde und ich haben absolut nichts dagegen, daß Vereinsbeiträge eingezogen werden wie bei jedem anderen Verein; aber wir können nicht zugeben, daß der Staat gewissermaßen als Exekutor zur Wahrnehmung kirchlicher Interessen, die ihn nichts angehen, eintritt [...] und sich dafür verbürgt, daß nun auch die Gelder wirklich an die Kirche abgeführt werden.“

⁴³ A. A. offenbar *Wilhelm Kewenig*, Das Grundgesetz und die staatliche Förderung der Religionsgesellschaften, in: *EssGespr.* 6 (1972), S. 9 ff., der in seinem Beitrag im Wesentlichen die Kirchensteuern behandelt.

⁴⁴ *Hanno Kube*, Staatliche Religionsförderung durch Steuer- und Abgabenrecht, in: *Grund und Grenzen* (o. Fn. 13), S. 143 (147 f.). S. aber auch die sehr bedenkenswerte Argumentation a. a. O., S. 156 ff., wonach die sachlichen Steuervergünstigungen infolge einer freiheitsfreundlichen Interpretation des Leistungsfähigkeitsprinzips diesem zuzuordnen sind, so dass Zuwendungen für religiöse und sonstige gemeinnützige Zwecke dem disponiblen und damit zu versteuernden Einkommen entzogen sind. Der Abzug der Zuwendungen vom zu versteuernden Einkommen ist danach durch das Leistungsfähigkeitsprinzip gerechtfertigt.

steuer (§ 13 Abs. 1 Nr. 16 und 17 ErbStG).⁴⁵ Die Absetzbarkeit von Spenden und Zuwendungen gehörten allerdings in die Gruppe der sozial- und kulturstaatlichen Fördertatbestände und ist daher nicht konstitutiv mit dem öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus verknüpft.

Spezifisch an den öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus anknüpfende abgabenrechtliche Privilegien sind dagegen die grundsätzliche Verschonung von Körperschaft-, Gewerbe- und Umsatzsteuer⁴⁶ mit Ausnahme von Betrieben gewerblicher Art (§ 1 Abs. 1 Nr. 6 und § 4 KStG, § 2 Abs. 2 S. 2 GewStG; § 2b UStG). Bei der Verfolgung gemeinnütziger, mildtätiger und kirchlicher Zwecke sind Religionsgemeinschaften mit öffentlich-rechtlichem Körperschaftsstatus zudem regelmäßig auch von den örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern befreit. In Bezug auf Vermögen ist die Befreiung von der Grundsteuer für zweckgebundene Grundstücke zu erwähnen (§ 3 Abs. 1 Nr. 4, 5 und 6 sowie § 4 Nr. 1 und 2 GrStG),⁴⁷ wobei insoweit die jüdischen Kultusgemeinden ohne Körperschaftsstatus ausdrücklich gleichgestellt sind, was wiederum die Frage nach der Gleichbehandlung von Moscheegemeinden aufwirft.⁴⁸ Hinzu kommen in zahlreichen Landesgesetzen Befreiungen von Verwaltungs- und Justizgebühren.⁴⁹

15

Der Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts⁵⁰ bildet vielfach den Anknüpfungspunkt für die Beteiligung von Religionsgemeinschaften in staatlich geregelten Organisationen oder Verfahren.

16

⁴⁵ S. dazu im Einzelnen *Kube*, Staatliche Religionsförderung (o. Fn. 44), S. 148 f.

⁴⁶ S. dazu BVerfGE 19, 129 (133 ff.) – Umsatzsteuer für Religionsgesellschaften.

⁴⁷ S. ausführlich zum Thema *Kube*, Staatliche Religionsförderung (o. Fn. 44), S. 145 ff.; s. auch *Michael Droege*, → § 74.

⁴⁸ So *Riem Spielhaus / Martin Herzog*, Die rechtliche Anerkennung des Islams in Deutschland. Ein Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, 2015, <<http://library.fes.de/pdf-files/dialog/11386.pdf>>, S. 31.

⁴⁹ *Kube*, Staatliche Religionsförderung (o. Fn. 44), S. 149 f. mit Hinweis auf *Gerhard Hammer*, Steuer- und Gebührenbefreiungen der Kirchen (§ 36), in: HSKR², Bd. 1, 1994, S. 1065 (1090 ff.). S. z.B. § 10 Abs. 3 Landesgebührgesetz Baden-Württemberg, § 7 Abs. 1 Nr. 1 Landesjustizkostengesetz Baden-Württemberg; § 8 Abs. 1 Nr. 2 Landesjustizkostengesetz Bremen a.F., ausdrücklich aufgehoben s. LT-Drs. 19/1210, S. 1 f.; § 122 Abs. 1 Nr. 1 Justizgesetz NRW; s. auch BVerfGE 19, 1 (7 ff.) Justizgebühren.

⁵⁰ Zu den Voraussetzungen s. BVerfGE 102, 370 (384 ff.) – Zeugen Jehovas.

Zu nennen sind etwa die Vertretung in Rundfunkräten⁵¹, in der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien⁵² oder als Träger öffentlicher Belange im Bauplanungsrecht im Hinblick auf Berücksichtigung der „von den Kirchen und Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts festgestellten Erfordernisse für Gottesdienst und Seelsorge“ (§ 1 Abs. 6 Nr. 6 BauGB). Hierbei handelt es sich allerdings weder um die spezifische Förderung gerade von Kirchen oder Religionsgemeinschaften, wie die Beteiligung auch anderer gesellschaftlich relevanter Gruppen in den genannten Fällen belegt; noch geht es um Privilegien um des Körperschaftsstatus willen. Vielmehr gewährleistet der Körperschaftsstatus typisierend die gesellschaftliche Relevanz der Religionsgemeinschaft. So haben die jüdischen Kultusgemeinschaften zum Teil unabhängig von ihrem Körperschaftsstatus Zugang zu den Rundfunkräten. Einige Staatsverträge und Landesgesetze ermöglichen seit 2014 auch Muslimen unabhängig von dem Rechtsstatus ihrer Gemeinschaft die Beteiligung.⁵³

c) Staatliche Kostentragung bei gemeinsamen Angelegenheiten

- 17 Einen ganz anderen Bereich staatlicher Förderung bildet die anteilige Kostentragung im Rahmen gemeinsamer Angelegenheiten. Hierbei handelt es sich insbesondere um die Beschäftigung bzw. Bezahlung von Religionslehrerinnen und -lehrern zur Durchführung des

⁵¹ ZDF-Staatsvertrag: „§ 21 Zusammensetzung des Fernseh Rates. (1) Der Fernseh rat besteht aus sechzig Mitgliedern, nämlich [...] d) zwei von der Evangelischen Kirche in Deutschland entsandten Vertretern, e) zwei von der Katholischen Kirche entsandten Vertretern, f) einem vom Zentralrat der Juden in Deutschland entsandten Vertreter, [...] q) [...] ii) einem Vertreter aus dem Bereich „Muslime“ aus dem Land Niedersachsen [...]“.

⁵² § 19 Jugendschutzgesetz: „(1) Die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien besteht aus einer oder einem von dem Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend ernannten Vorsitzenden, je einer oder einem von jeder Landesregierung zu ernennenden Beisitzerin oder Beisitzer und weiteren von dem Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend zu ernennenden Beisitzerinnen oder Beisitzern. [...] (2) Die von dem Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend zu ernennenden Beisitzerinnen und Beisitzer sind den Kreisen [...] 8. der Kirchen, der jüdischen Kultusgemeinden und anderer Religionsgemeinschaften, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, [...] auf Vorschlag der genannten Gruppen zu entnehmen [...]“.

⁵³ *Spielhaus / Herzog*, Die rechtliche Anerkennung des Islams in Deutschland (o. Fn. 48), S. 31; z.B. § 14 Abs. 2 Nr. 5 SWR-StV; Gesetz über Radio Bremen, GBl. 46 (2014), S. 241 f.

Religionsunterrichts, der gemäß Art. 7 Abs. 3 GG ein ordentliches Lehrfach ist.⁵⁴ Die Einrichtung als ordentliches Lehrfach rechtfertigt die staatliche Verantwortung für die Organisation und die Kosten des Unterrichts.⁵⁵ Die Durchführung des Unterrichts setzt einen Ansprechpartner auf Seiten der Religionsgemeinschaften voraus, der in der Lage ist, für den Inhalt des Unterrichts die Verantwortung zu übernehmen. Des Weiteren ist eine ausreichende Anzahl von Schülerinnen und Schülern erforderlich. Während jüdischer oder christlich-orthodoxer Religionsunterricht an staatlichen Schulen häufig wegen zu geringer Schülerzahl nicht angeboten wird,⁵⁶ fehlt es hinsichtlich der Muslime vielfach an einer repräsentativen Organisation, die nach den rechtlichen Voraussetzungen als Kooperationspartner anerkannt werden kann. In Modellversuchen wurden hier zum Teil flexible Lösungen gefunden.⁵⁷ Die darin liegende Förderung ist durch Art. 7 Abs. 3 GG gerechtfertigt.

Die Rechtslage bei der Anstalts- und Militärseelsorge⁵⁸ ist nur auf den ersten Blick vergleichbar. Sie stellt zwar ebenfalls eine gemeinsame Staatsaufgabe dar; während aber die Bereitstellung von Religionsunterricht gemäß Art. 7 Abs. 3 GG organisatorisch in die Verantwortung des Staates fällt, heißt es in Art. 140 GG i. V. m. Art. 141 WRV nur, dass die Religionsgemeinschaften zur Vornahme religiöser Handlungen zuzulassen sind. Eine verpflichtende Verantwortung für ein religiöses Angebot trägt der Staat nicht. Die in der Militärseelsorge übliche Übertragung der religiösen Betreuung auf staatlich beschäftigte Geistliche widerspricht daher dem Trennungsgebot.⁵⁹ Sie lässt

18

⁵⁴ S. dazu *Markus Ogorek*, → 44.

⁵⁵ S. *Markus Ogorek*, → § 44, Rn. 56.

⁵⁶ Zu vertraglichen Vereinbarungen mit altkatholischen und orthodoxen Kirchen s. *Mückl*, Grundlagen des Staatskirchenrechts (o. Fn. 28), § 159, Rn. 36.

⁵⁷ *Spielhaus / Herzog*, Die rechtliche Anerkennung des Islams in Deutschland (o. Fn. 48), S. 25 f.; s. zum Problem und zu Bemühungen organisatorischer Anpassung auf Seiten muslimischer Vereinigungen auch noch ebd., S. 11 und 14. Zu den Problemen aufgrund fehlender Organisation s. auch *Ansgar Hense*, Staatsverträge mit Muslimen – eine juristische Unmöglichkeit?, in: *Das Recht der Staatskirchenverträge. Festschrift für Alexander Hollerbach*, hg. von Stefan Mückl, 2007, S. 115 ff.; s. auch *Katharina Pabel*, → § 25.

⁵⁸ S. dazu *Jörg Ennuschat*, → § 54; *Markus Heintzen*, → § 55; *Arno Schilberg*, → § 56.

⁵⁹ *Mager*, in: von Münch / Kunig (o. Fn. 5), Bd. II, Art. 140 GG, Rn. 96; *Stefan Korioth*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz, Losebl. Stand Mai 2015, Art. 140 GG / Art. 141 WRV, Rn. 12 ff.; s. auch *Droege*,

sich auch nicht durch Geheimhaltungs- oder Sicherheitsnotwendigkeiten rechtfertigen, denn die Pflicht, im Bedarfsfalle Religionsgemeinschaften zur Vornahme religiöser Handlungen zuzulassen, umfasst nicht die Pflicht, jede von der Religionsgemeinschaft entsandte Person vorbehaltlos zu akzeptieren.⁶⁰ Eine andere Frage ist es, ob der Staat das Angebot von Religionsgemeinschaften finanziell fördern darf. Hierbei handelt es sich jedenfalls nicht um eine verfassungsrechtliche Verpflichtung, sondern um eine im Ermessen liegende und nach den Grundsätzen der Gleichbehandlung zu gewährende Förderung, die ihren rechtfertigenden Grund in der Religionsfreiheit der Nutznießer der Militär- und Anstaltsseelsorge hat. Die darin liegende Förderung von deren Religionsfreiheit ist ein Fall der Grundrechtsermöglichung zum Ausgleich eines mit der Kasernierung oder Inhaftierung nicht angestrebten Eingriffs in die Religionsfreiheit.⁶¹ Eine nicht nur eingriffsausgleichende Förderung stellt die Krankenhausseelsorge dar, weil und soweit die Beschränkungen der Kranken in der Wahrnehmung ihrer Religionsfreiheit nicht auf staatliches Handeln zurückgeht.⁶²

- 19 Anders als noch Art. 149 Abs. 3 Weimarer Reichsverfassung⁶³ enthält das Grundgesetz aus Rücksicht auf die Kulturhoheit der Länder keine Regelungen über den Bestand theologischer Fakultäten. Soweit aber in Landesverfassungen theologische Fakultäten in ihrem Bestand garantiert sind,⁶⁴ bilden diese Vorschriften, oftmals in Verbindung mit Verträgen zwischen dem jeweiligen Bundesland und der Kirche, die rechtliche Grundlage für die Finanzierung entsprechender Lehrstühle. Die Anschubfinanzierung des Bundes für Zentren islamischer Theologie an einigen Universitäten⁶⁵ dient der Ausbildung von muslimischen Religionslehrerinnen und -lehrern und findet ihre Rechtfertigung daher in Art. 7 Abs. 3 GG.

Staatsleistungen (o. Fn. 5), S. 395; a.A. *Mücll*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 7), S. 292 m. w. N.

⁶⁰ *Mager*, in: von Münch / Kunig (o. Fn. 59), Art. 140, Rn. 96.

⁶¹ *Mager*, ebd., Rn. 90 m. w. N.

⁶² S. auch *Borowski*, Glaubens- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 5), S. 651.

⁶³ Art. 149 Abs. 3 WRV: „Die theologischen Fakultäten an den Hochschulen bleiben erhalten.“

⁶⁴ Entsprechende Regelungen enthalten die Verfassungen von Bayern (Art. 150 Abs. 2), Rheinland-Pfalz (Art. 39 Abs. 1 S. 3) und Hessen (Art. 60 Abs. 2). S. dazu *Christian Waldhoff*, → § 46.

⁶⁵ S. dazu *Spielhaus / Herzog*, Die rechtliche Anerkennung des Islams in Deutschland (o. Fn. 48), S. 17, 27.

3. Sozialstaatlich und kulturstaatlich motivierte Förderung nach Maßgabe des Gleichheitsgrundsatzes

Die dritte Gruppe finanzieller staatlicher Förderung erfasst die Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften in ihrer Eigenschaft als Träger der freien Wohlfahrtspflege und sozialen Daseinsvorsorge.⁶⁶ In diesem Bereich konkurrieren sie mit anderen Anbietern und erhalten Förderung nach Maßgabe des Gleichheitsgrundsatzes.⁶⁷ In diesen Zusammenhang gehört auch die Privatschulförderung, die in Art. 7 Abs. 4 und 5 GG eine spezielle Rechtsgrundlage findet. 20

a) Art. 7 Abs. 4 und 5 GG: Privatschulförderung

Als institutionelle Garantie des Privatschulwesens⁶⁸ gewährleistet Art. 7 Abs. 4 GG dem Grunde nach finanzielle Förderung, das heißt die an den zuständigen Gesetzgeber gerichtete Pflicht, Privatschulen in dem Umfang zu fördern, dass zwar nicht der Bestand einzelner Schulen, aber die Funktionsfähigkeit von Privatschulen im Allgemeinen gesichert ist.⁶⁹ Von Religionsgemeinschaften getragene Schulen können, wie alle anderen Privatschulen, die in den Landesprivatschulgesetzen eingeräumten Subventionsansprüche geltend machen. Für den Umfang der Förderung gilt der Gleichheitsgrundsatz. Unterschiede bedürfen eines sachlichen Grundes. Die Tatsache, dass es sich um eine konfessionelle Privatschule handelt, bildet für sich keine Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung.⁷⁰ Eine indirekte, ebenfalls durch Art. 7 Abs. 4 GG gerechtfertigte Förderung des Privatschulwesens stellt die steuerliche Absetzbarkeit von Schulgeld dar (§ 10 Abs. 1 Nr. 9 EStG). 21

⁶⁶ S. dazu ausführlich *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 5), S. 433 ff.

⁶⁷ *Droege*, ebd., S. 400 ff.

⁶⁸ *Ute Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003, S. 292 ff. und 468 ff.

⁶⁹ *Mager*, ebd., S. 470.

⁷⁰ Zur Gleichheitswidrigkeit einer deutlich höheren Förderung von Bekennnis- und Weltanschauungsschulen s. BVerfGE 75, 40 (74 f.).

*b) Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip
und Kulturstaatsprinzip*

22 Nach Maßgabe des Gleichheitsgrundsatzes können Kirchen und Religionsgemeinschaften unabhängig von ihrem Körperschaftsstatus sozial- oder kulturstaatlich motivierte Förderung erhalten.⁷¹ Dies gilt etwa für den Betrieb von Krankenhäusern, Behinderten- oder Altenpflegeeinrichtungen aber auch Kindergärten, Familien- und Jugendarbeit, Erwachsenenbildung, kirchliche Auslandsarbeit, Denkmalpflege oder die Organisation von Kirchentagen. Insoweit haben die Kirchen und Religionsgemeinschaften am Wandel des Staates zum Sozial- und damit Leistungsstaat teil.⁷²

23 Von außerordentlicher Bedeutung ist die Beteiligung der Kirchen im Bereich der sozialen Daseinsvorsorge.⁷³ Der Deutsche Caritasverband und das Diakonische Werk sind die wichtigsten Träger der freien Wohlfahrtspflege. Ihre Finanzierung erfolgt zum größten Teil durch Leistungen der Sozialversicherungen in Form von Entgelten für Dienstleistungen. Aufgrund des Versicherungs- und Entgeltcharakters kann insoweit nicht von staatlicher Förderung gesprochen werden.⁷⁴ Daneben gibt es in diesem Bereich aber auch staatliche Förderungsinstrumente: zum einen zweckgebundene Geldleistungen, etwa für den Krankenhausbau, zum anderen, wie bereits dargelegt, die Befreiung von Abgaben zwecks Förderung gemeinnütziger oder mildtätiger Zwecke gemäß §§ 51 bis 54 AO. Solange eine Nachfrage nach kirchlichen Anbietern sozialer Dienstleistungen besteht, ist die Einbindung der Kirchen in das System der sozialen Daseinsvorsorge mit den entsprechenden Entgeltstrukturen ebenso gerechtfertigt wie ihre Einbindung in die Subventionierung derartiger Leistungen der Daseinsvorsorge.⁷⁵ Entsprechendes gilt für die jüdische Wohlfahrts-

⁷¹ Vgl. BVerfGE 19, 206 (223) – Kirchenbausteuer: „Die allgemeine Kulturfunktion der Kirchen vermag staatliche Leistungen an sie in verschiedener Form zu rechtfertigen.“

⁷² So schon *Gerhard Robbers*, Förderung der Kirchen durch den Staat (§ 31), in: HSKR², Bd. 1, 1994, S. 867 (877).

⁷³ Zum Umfang s. *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 5), S. 106 ff.

⁷⁴ *Droege*, ebd., S. 447 ff., 454 f. ordnet die Entgelte der Sozialversicherungsträger als Staatsleistung ein, spricht aber nicht von staatlicher Förderung.

⁷⁵ S. dazu BVerfGE 22, 180 (200 f.) – Jugendhilfe; vgl. auch LVerfG Brandenburg, in: NVwZ-RR 2012, S. 577 (580) – staatliche Förderung jüdischer Gemeinden; s. zur Rechtfertigung auch *Mario Junglas*, Warum staatliche Förderung religiös motivierter sozialer Dienstleistungen?, in: Grund und Grenzen (o. Fn. 13), S. 119 (122 ff.); *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 5), S. 481,

pflge, die in der Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland (ZWST) vereinigt ist.⁷⁶ Die Einbeziehung der muslimischen Religionsangehörigen in dieses System steckt noch in den Anfängen.⁷⁷

4. Religionsfreiheit

Es bleibt die Frage, ob und wenn ja welche Bedeutung die in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verbürgte Religionsfreiheit für die staatliche Förderung von Kirchen und Religionsgemeinschaften hat. Wie alle Freiheitsgrundrechte ist auch die Religionsfreiheit zuallererst Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe. Abwehrrechtlichen Gehalt haben auch die Selbstverwaltungsgarantie gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV⁷⁸ sowie der besondere Vermögensschutz zugunsten von Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecken gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV.⁷⁹ Aufgrund ihres abwehrrechtlichen Gehalts vermag die Selbstbestimmungsgarantie zwar Bedingungen staatlicher Förderung und der Verwendungskontrolle Grenzen zu ziehen,⁸⁰ sie bildet aber keine Rechtsgrundlage für staatliche Förderung. Auch die Sonderregelungen zugunsten von Kirchen und Religionsgemeinschaften etwa im Arbeitsrecht oder im Datenschutzrecht haben den Zweck, unverhältnismäßige Eingriffe in das kirchliche Selbstverwaltungsrecht zu vermeiden. Sie sind somit nicht

24

490; zum „Grundrecht auf glaubenskonforme Gewährung von Sozialleistungen“ s. *Stefan Rixen*, in: Sozialrecht aktuell (SRa) 2017, S. 212 ff.; zum Anspruch auf staatliche Förderung von katholischen Schwangerenberatungsstellen s. BVerwGE 152, 255 ff.

⁷⁶ <<https://zwst.org/de/zwst-ueber-uns/>>.

⁷⁷ *Spielhaus / Herzog*, Die rechtliche Anerkennung des Islams in Deutschland (o. Fn. 48), S. 10. Das Thema war 2015 Gegenstand der Deutschen Islamkonferenz, s. ebd., S. 29.

⁷⁸ Vgl. BVerfGE 53, 366 (401) – konfessionelles Krankenhaus; BVerfGE 72, 278 (289).

⁷⁹ Vgl. BVerfGE 99, 100 (119 f.) – San Salvator Kirche; s. dazu auch BVerwGE 87, 115 (120 ff.).

⁸⁰ Vgl. VG Dessau, U. v. 24.1.2006 – 3 A 376/05, juris, Rn. 11 mit Hinweis auf *Rainer Mainusch*, Staatliche Rechnungsprüfung gegenüber kirchlichen Einrichtungen, in: NVwZ 1994, S. 736 (738); *Walter Leisner*, Staatliche Rechnungsprüfung bei kirchlichen Einrichtungen, 1991; s. auch *Norbert Janz*, Verwendung von Staatsleistungen und sonstiger Religionsfördermaßnahmen unter staatlicher Aufsicht mit besonderer Berücksichtigung der Tätigkeit der Rechnungshöfe, in: Grund und Grenzen (o. Fn. 13), S. 93 (104 ff.); zum religiösen Selbstbestimmungsrecht als Grenze der Wahrnehmung staatlicher Gewährleistungsverantwortung, s. *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 5), S. 495 ff.

Ausdruck staatlicher Förderung, sondern ebenfalls Auswirkungen der abwehrrechtlichen Dimension des Rechts auf kirchliche Selbstverwaltung.

25 Die Schutzdimension, die der Religionsfreiheit neben ihrer Abwehrdimension zukommt, umfasst staatlichen Schutz gegen Beeinträchtigungen durch Dritte, die sich normativ prominent in strafrechtlichen Schutzbestimmungen zeigt,⁸¹ aber auch in polizeirechtlichen Verboten.⁸² Im Wege der Drittwirkung kommt sie auch bei Streitigkeiten zwischen Privatpersonen zur Geltung.⁸³ Diese Dimension ist im Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 GG, der von ungestörter Religionsausübung spricht, angelegt und folgt aus der friedenswahrenden Funktion des Staates. Eine eigene verfassungsrechtliche Rechtfertigung findet der Schutz von Sonn- und auch kirchlichen Feiertagen in Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV.⁸⁴ Hierbei handelt es sich um einen objektiv-rechtlichen Regelungsauftrag an den Gesetzgeber.⁸⁵ Der Sonntagsschutz vermittelt den christlichen Konfessionen eine tatsächliche Begünstigung, die traditionell begründet und sozio-kulturell jedenfalls solange gerechtfertigt ist, wie die Christen die religiöse Mehrheit bilden. Der Begriff der „anerkannten Feiertage“ verweist darauf, dass es sich nicht um staatlich vorgegebene, sondern um im gesellschaftlichen und kulturellen, damit auch religiösen Leben wurzelnde Feiertage geht, auf die der Staat mit Anerkennung reagiert. Hierbei kommt dem Gesetzgeber ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu; er muss aber der Verbreitung und Bedeutung einer Religion Rechnung tragen.⁸⁶ Minderheitenschutz gewährt auch in Bezug auf religiöse Feiertage die Religionsfreiheit.

26 Für eine eigenständige Leistungsdimension lassen sich dagegen keine Anhaltspunkte im Wortlaut finden. Die systematische Einordnung als Freiheitsrecht, verstärkt durch das klare Gebot der Tren-

⁸¹ §§ 166 und 167 StGB, s. dazu *Borowski*, Glaubens- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 5), S. 624 ff.

⁸² S. OVG Koblenz, in: NJW 1997, S. 1174; VG Magdeburg, in: LKV 1996, S. 341.

⁸³ BVerfG, in: NJW 2003, S. 2815 – Kündigung wegen Kopftuch; BVerfGE 17, 302 (305) – Kirchenwechsel keine Eheverfehlung.

⁸⁴ S. dazu *Karl-Hermann Kästner*, → § 40.

⁸⁵ BVerfGE 125, 39 (85) – Berliner Ladenöffnungsgesetz.

⁸⁶ Dementsprechend sind in den meisten Feiertagsgesetzen der Länder christliche Feiertage geschützt. In Berlin (§ 2 Abs. 1 Feiertagsgesetz), Bremen (§ 8 Abs. 2 Feiertagsgesetz) und Hamburg (§ 3a Abs. 1 Feiertagsgesetz) sind auch muslimische Feiertage anerkannt. S. dazu *Spielhaus/Herzog*, Die rechtliche Anerkennung des Islams in Deutschland (o. Fn. 48), S. 23.

nung von Staat und Kirche, stehen derartigen Auslegungsbemühungen entgegen. Demgemäß folgt aus der Religionsfreiheit keine Pflicht des Staates, für die Finanzausstattung der Kirchen und Religionsgemeinschaften zu sorgen.⁸⁷ Soweit sich die Förderung darauf beschränkt, bestehenden religiösen Bedürfnissen Rechnung zu tragen, handelt es sich nur formal um Leistungen, in der Sache aber um die Auswirkungen der objektiv freiheitlichen Grundrechtsgehalte auf Organisation und Verfahren.⁸⁸ Zu dieser Kategorie gehören neben den ausdrücklichen Bestimmungen zum Religionsunterricht in der Schule, zur Militär- und Anstaltsseelsorge sowie zur Zulassung von Volksschulen als Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule, sofern eine öffentliche Volksschule dieser Art nicht besteht, etwa das Schulgebet⁸⁹, das Tischgebet im kommunalen Kindergarten⁹⁰, das Kreuz im Klassenzimmer⁹¹, die Rücksichtnahme auf Begräbnisriten auf kommunalen Friedhöfen⁹² sowie die schon genannten Fälle der Besetzung von Rundfunkräten, dem Prüfungsausschuss nach dem Jugendschutzgesetz oder die Beteiligung im Verfahren der Aufstellung von Bauleitplänen.

Die eigentliche Frage ist, inwieweit es dem Staat angesichts des Trennungsgebots und der Verpflichtung zur Neutralität gestattet ist, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften finanziell zu fördern. Die Rechtsprechung misst dem Gebot der Trennung von Staat und Kirche für die Frage der Zulässigkeit finanzieller staatlicher Förderung kaum Bedeutung zu.⁹³ In der Literatur wird das Argument

27

⁸⁷ Dazu BVerfGE 44, 37 (56 f.) – Besteuerung nach Kirchenaustritt; 44, 103 (104) – Kirchenlohnsteuer; 93, 1 (16) – Kreuz im Klassenzimmer; 123, 148 (178) – Jüdische Gemeinde Brandenburg; s. auch LVerfG Brandenburg, in: NVwZ-RR 2012, S. 577 (578) – staatliche Förderung jüdischer Gemeinden zu dem mit Art. 4 Abs. 1 und 2 GG inhaltsgleichen Art. 13 Verf. Bbg. sowie VG Potsdam, U. v. 19.5.2014 – 12 K 1993/13, juris, Rn. 63; skeptisch zu einer Leistungspflicht auch *Borowski*, Glaubens- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 5), S. 640 ff.; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 5), S. 350, 485; ablehnend auch *F. Kirchhof*, Grundlagen und Legitimation der deutschen Kirchenfinanzierung (o. Fn. 12), S. 18.

⁸⁸ S. die Nachweise oben Fn. 5.

⁸⁹ BVerfGE 52, 223 (241).

⁹⁰ HessVG, in: NJW 2003, S. 2846 ff.

⁹¹ BVerfGE 93, 1 (16 f.) und dazu *Mager*, in: von Münch/Kunig (o. Fn. 5), Art. 4, Rn. 30 ff. m. w. N.

⁹² S. zur Rücksichtnahme auf muslimische Begräbnisriten *Spielhaus/Herzog*, Die rechtliche Anerkennung des Islams in Deutschland (o. Fn. 48), S. 24 f.; s. auch *Heidrun Schnell*, → § 61, Rn. 6, 17.

⁹³ Vgl. LVerfG Brandenburg, in: NVwZ-RR 2012, S. 577 (580) – staatliche Förderung jüdischer Gemeinden; BVerwG, in: NVwZ-RR 2009, S. 590 (591) –

nur von der kirchenkritischen Minderheit in Stellung gebracht.⁹⁴ Jedenfalls eine finanzielle Förderung, die das Wirken von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften in Abhängigkeit von staatlichen Zuwendungen brächte, erscheint jedoch bedenklich.⁹⁵ Ähnlich wie der staatlichen Finanzierung von Parteien zur Sicherung von deren Verwurzelung in der Bevölkerung Grenzen gezogen sind, muss aus Gründen der Trennung von Staat und Kirchen sowie sonstigen Religionsgemeinschaften auch deren finanzielle Förderung so begrenzt sein, dass ihre Unabhängigkeit gewährleistet ist. Bei der Prüfung, ob eine finanzielle Abhängigkeit besteht, müssen allerdings alle staatlichen Leistungen, die für gemeinnützige Zwecke auch an Organisationen gewährt werden, die nicht Träger des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG sind, außer Betracht bleiben, da insoweit keine religionspezifische Förderung vorliegt. Angesichts der überragenden Bedeutung des Kirchensteueraufkommens und damit der mitgliedschaftlichen Finanzierung, der bei einem Anteil von ca. 75–85 % im jährlichen Kirchenhaushalt liegt,⁹⁶ stellt sich das Problem der Abhängigkeit in Bezug auf die Kirchen, die in besonderem Verdacht der Staatsnähe stehen, zur Zeit aber nicht. Auch bei kleineren Religionsgemeinschaften beruht der größte Teil der Finanzierung in der Regel auf den Mitgliedsbeiträgen.⁹⁷

- 28 So wenig die Religionsfreiheit einen Anspruch auf staatliche Förderung umfasst, so wenig steht sie aber auch einer staatlichen Förderung entgegen. Dem Gebot der Neutralität wird im Falle der staatlichen Förderung durch Gleichbehandlung, also Parität, zwischen den verschiedenen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften ge-

Fortbestand gemeindlicher Kirchenbaulast; BVerfGE 44, 37 (56 f.) – Besteuerung nach Kirchenaustritt.

⁹⁴ S. zu der Auseinandersetzung *Borowski*, Glaubens- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 5), S. 641 f.: „Man muss schon einen sehr kämpferischen Begriff der ‚Trennung‘ von Staat und Kirche vertreten, um in finanziellen Zuwendungen des Staates schlechthin eine Verletzung dieser Trennung zu sehen.“; mit Nachweisen dieser „kämpferischen“ Ansicht in Fn. 165; s. auch *Gerhard Czermak / Eric Hilgendorf*, Religions- und Weltanschauungsrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 411 und Resümee Rn. 422; *Erwin Fischer*, Volkskirche ade! Trennung von Staat und Kirche, 4. Aufl. 1993, S. 25, 159.

⁹⁵ Auf die Gefahr der Abhängigkeit weist *Josef Isensee* hin, s. Die Finanzquellen der Kirchen, in: JuS 1980, S. 94 (97): „Subvention erzeugt Abhängigkeit.“

⁹⁶ *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 5), S. 91 mit Beispielen S. 94 und 95 ff.; *F. Kirchhof*, Grundlagen und Legitimation der deutschen Kirchenfinanzierung (o. Fn. 12), S. 9 gibt 40–90 % an.

⁹⁷ *Carsten Pagels*, Schutz- und förderpflichtrechtliche Aspekte der Religionsfreiheit, 1999, S. 46 f.

nügt.⁹⁸ Dies schließt Unterschiede in der Förderung, die an sachliche Gründe anknüpfen, nicht aus. Zulässige Differenzierungsgründe sind etwa „die äußere Größe und Verbreitung einer Religionsgemeinschaft, der Grad ihrer öffentlichen Wirkung, ihre kultur- und sozialpolitische Stellung in der Gesellschaft und auch ihr Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts“⁹⁹, der mit der Verleihungsvoraussetzung der Gewähr der Dauer durch Verfassung und Mitgliederzahl seinerseits an Kriterien tatsächlicher Bedeutung anknüpft. Der Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts ist allerdings für Religionsgemeinschaften, die einen geringen Organisationsgrad aufweisen, nur schwer zu erlangen. Insoweit fällt es insbesondere muslimischen Verbänden, auch aufgrund ihrer Heterogenität, oftmals schwer, die Fördervoraussetzungen zu erfüllen. Dies ist bei formaler Betrachtung nicht gleichheitswidrig. Rechtspolitisch ist es im Interesse der Integration der muslimischen Glaubensgemeinschaften jedoch wünschenswert, eine im materiellen Ergebnis gleiche Einbeziehung in die staatliche Förderung zu erreichen. Dies erfordert eine Verbesserung von Organisation und Professionalität auf Seiten der muslimischen Religionsgemeinschaften und eine gewisse Flexibilität im Sinne der Anpassung der Fördervoraussetzungen unter Wahrung der mit ihnen verfolgten berechtigten Zwecke auf Seiten des Staates.¹⁰⁰

Nicht mit den Grundsätzen der Neutralität, Parität und Rechtsstaatlichkeit vereinbar ist es, wenn der Staat die Verteilung der Fördermittel einer Religionsgemeinschaft überträgt, die ihrerseits förderungsberechtigt ist.¹⁰¹ Die Verteilung finanzieller Zuschüsse ist staat-

29

⁹⁸ BVerfGE 123, 148 (178) – Jüdische Gemeinde Brandenburg; LVerfG Brandenburg, in: NVwZ-RR 2012, S. 577 (579 f.). S. zur Parität auch Droege, Staatsleistungen (o. Fn. 5), S. 386 ff.; grundsätzlich zum Thema *Jost-Benjamin Schrooten*, Gleichheitssatz und Religionsgemeinschaften, 2015.

⁹⁹ So schon BVerfGE 19, 1 (8) – Justizgebühr; 19, 129 (134) – Kirchenbausteuer; 93, 1 (16 f.) – Kreuz im Klassenzimmer; OVG Brandenburg, in: LKV 2006, S. 39 (42) – staatliche Förderung jüdischer Gemeinden; LVerfG Brandenburg, in: NVwZ-RR 2012, S. 577 (581) – staatliche Förderung jüdischer Gemeinden; BVerwGE 87, 115 (127) – San Salvator Kirche; VG Potsdam, U. v. 19. 5. 2014 – 12 K 1994/13, juris, Rn. 64 ff., 68 – staatliche Förderung jüdischer Gemeinden; kritisch *Ludwig Renck*, Die unvollkommene Parität, in: DÖV 2002, S. 56 (57).

¹⁰⁰ S. dazu *Spielhaus / Herzog*, Die rechtliche Anerkennung des Islams in Deutschland (o. Fn. 48), S. 39 f.

¹⁰¹ BVerfGE 123, 148 (177 ff.) – Jüdische Gemeinde Brandenburg. Ausführlich dazu *Hans-Michael Heinig*, Jüdische Binnenpluralität in der Leistungsverwaltung – verfassungsrechtliche Vorgaben für die Organisation der Verteilung von Staatsleistungen, in: ders., Die Verfassung der Religion. Beiträge zum Religionsverfassungsrecht, 2014, S. 172 ff.

liche Aufgabe, wobei nach Maßgabe der Wesentlichkeitstheorie eine gesetzliche Regelung nicht zwingend erforderlich ist.¹⁰²

- 30 Im Falle der Projektförderung ist die Reichweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach dem Förderungszweck zu bestimmen und nicht auf Religionsgemeinschaften beschränkt. Insoweit findet die Förderung ihre Rechtfertigung in der Regel auch nicht in der Religionsfreiheit, sondern in den verfolgten sozialstaatlichen oder kulturstaatlichen Zwecken und dem Anspruch auf Gleichbehandlung mit anderen gesellschaftlichen Gruppen und Verbänden.¹⁰³

II. Unionsrechtlicher Einfluss auf die staatliche Förderung von Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften

- 31 Angesichts des fortgeschrittenen Standes der europäischen Integration stellt sich seit geraumer Zeit die Frage nach dem Einfluss des Unionsrechts auf die staatliche Förderung von Religionsgemeinschaften.¹⁰⁴ Zwar besteht Einigkeit, dass das Unionsrecht keine Kompetenzen im Bereich des Staatskirchen- bzw. Religionsverfassungsrechts hat;¹⁰⁵ aufgrund des funktional ansetzenden unionsrechtlichen Regelungs- und Geltungsanspruchs gelangen staatliche Leistungen

¹⁰² LVerfG Brandenburg, in: NVwZ-RR 2012, S. 577 (581 f.); s. auch von *Axel von Campenhausen*, Rechtsprobleme der Grundrechtsförderung jüdischer Gemeinden durch staatliche Leistungen, in: *Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat*. Festschrift für Wolfgang Rüfner, hg. von Stefan Muckel, 2003, S. 67 (76); *Hermann Weber*, Der Vertrag des Landes Brandenburg mit der Jüdischen Gemeinde – Land Brandenburg, in: LKV 2006, S. 9 (13).

¹⁰³ LVerfG Brandenburg, in: NVwZ-RR 2012, S. 577 (580): „Die staatliche Förderung von Kirchen ist zudem im Sozialstaat geradezu systemadäquat. Eine Reihe von gesellschaftlichen Initiativen, Gruppen und Verbänden werden staatlich gefördert. Würde der Staat religiöse Gemeinschaften von einer im Übrigen stattfindenden Förderung gesellschaftlicher Gruppen ausnehmen, könnte dies sogar den Grundsatz der Neutralität und Gleichbehandlung verletzen.“

¹⁰⁴ S. dazu *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 7), insbes. S. 409 ff.; s. auch *Christian Walter*, Religionsverfassungsrecht, 2006, S. 403 ff.; *Claus Dieter Classen*, → § 11.

¹⁰⁵ S. etwa *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 7), S. 411; *ders.*, Grundlagen des Staatskirchenrechts (o. Fn. 28), § 159, Rn. 47, 56; *Stephan Rixen*, Was lässt das EU-Recht vom deutschen Staatskirchenrecht übrig? – EU-rechtliche Effekte auf das Religionsverfassungsrecht in Deutschland, in: *Entwicklungstendenzen* (o. Fn. 14), S. 119 (120 f.); *Sebastian Müller-Franken*, Staatliche Religionsförderung und Europarecht, in: *Grund und Grenzen* (o. Fn. 13), S. 185 (186).

an Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften jedoch stets dann in dessen Anwendungsbereich, wenn es sich um wirtschaftliche Betätigungen der Religionsgemeinschaften handelt, die eine binnenmarktbezogene Wirkung aufweisen.¹⁰⁶ Dies kann unstreitig der Fall sein bei Klosterbrauereien, landwirtschaftlichen Betrieben oder Druckereien¹⁰⁷ und ist mangels Marktes ebenso unstreitig nicht anzunehmen beim Betrieb von Suppenküchen, Obdachlosenasylen und Bahnhofsmmissionen¹⁰⁸.

Größere Probleme wirft die staatliche Unterstützung von Caritas und Diakonie auf, also der sozialen Daseinsvorsorge, gerade weil Anknüpfungspunkt der staatlichen Förderung nicht die religiöse Dimension dieser vom Schutzbereich der Glaubensfreiheit erfassten Betätigungen ist, sondern die soziale Dienstleistung.¹⁰⁹ Hier stellen sich teils grundsätzlich, teils im Einzelfall schwierige beihilferechtliche Fragen,¹¹⁰ die aber nicht spezifisch Religionsgemeinschaften betreffen, sondern diese nur genauso wie alle anderen Träger der freien Wohlfahrtspflege. Sofern es sich bei staatlichen Leistungen um Beihilfen handelt, wird zur Rechtfertigung die Anwendung des Art. 106 Abs. 2 AEUV vorgeschlagen, wonach für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, die Wettbewerbsregeln gelten, soweit die Anwendung nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder

32

¹⁰⁶ *Stephan Rixen*, Die Bedeutung des EU-Wirtschaftsrechts für die Erbringung von Sozialleistungen, in: *Sozialrecht in Europa*, 2010, S. 122 mit Hinweis auf *Mückl*, Grundlagen des Staatskirchenrechts (o. Fn. 28), § 159, Rn. 48 f., 53.

¹⁰⁷ *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 7), S. 519 f.

¹⁰⁸ Auch wenn die Unentgeltlichkeit einer Dienstleistung diese nicht vom Begriff der wirtschaftlichen Betätigung ausnimmt, sofern für die Dienstleistung ein Markt mit wettbewerblichen Strukturen besteht, lässt sich die Anwendung von Beihilfavorschriften mangels Marktes für karitative Leistungen wie Obdachlosenheime, Suppenküchen oder die Bahnhofsmmission ausschließen, da von den begünstigten Personen keine Nachfrage nach entgeltlichen Leistungen ausgeht. *Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (o. Fn. 40), S. 464; *Patt*, Finanzielle Zuwendungen (o. Fn. 40), S. 585; im Ergebnis auch *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 7), S. 521 f., der aber allein auf die Unentgeltlichkeit abstellt.

¹⁰⁹ *Patt*, Finanzielle Zuwendungen (o. Fn. 40), S. 579.

¹¹⁰ S. dazu im Einzelnen *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 7), S. 450 ff., 521 ff.; *Rixen*, Die Bedeutung des EU-Wirtschaftsrechts (o. Fn. 106), S. 65 ff.; *Patt*, Finanzielle Zuwendungen (o. Fn. 40), S. 577 ff.; *Müller-Franken*, Staatliche Religionsförderung und Europarecht (o. Fn. 105), S. 203 ff.

tatsächlich verhindert.¹¹¹ In diesem Rahmen ist auch zu berücksichtigen, dass der Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse primär von den Mitgliedstaaten zu bestimmen ist¹¹² und nach Art. 168 Abs. 7 AEUV die Verantwortung für die Gesundheitspolitik und die Organisation des Gesundheitswesens bei den Mitgliedstaaten verbleibt und von der Union zu „wahren“ ist.¹¹³ Eine unionsrechtskonforme Gestaltung staatlicher Förderung in diesem Bereich erscheint somit möglich.

- 33** Die spezifisch und nur den Religionsgemeinschaften gewährten staatlichen Vergünstigungen sind dagegen beihilferechtlich unbedenklich. Dies gilt für die Staatsleistungen gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 1 WRV wie auch das Steuererhebungsrecht der Religionsgemeinschaften mit Körperschaftsstatus einschließlich der entgeltlichen Verwaltungshilfe durch den Staat. Im ersten Fall liegt aufgrund des Rechtsgrunds der Entschädigung keine Beihilfe vor¹¹⁴, im zweiten Fall handelt es sich um eine besondere Form der Erhebung von Mitgliedsbeiträgen bei angemessener Entlohnung der staatlichen Verwaltungshilfe.¹¹⁵ Diese besonderen Ausprägungen des

¹¹¹ *Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (o. Fn. 40), S. 466 ff.; *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 7), S. 522 ff.; *Rixen*, Die Bedeutung des EU-Wirtschaftsrechts (o. Fn. 106), S. 63 ff.; *Patt*, Finanzielle Zuwendungen (o. Fn. 40), S. 596 ff.; s. dazu auch EuGH, Slg. 2001, I-8089, Tz. 51 ff. – Ambulanz Glöckner.

¹¹² *Rixen*, Die Bedeutung des EU-Wirtschaftsrechts (o. Fn. 106), S. 53 (64 f.) mit Hinweis auf Art. 1 Abs. 3 UAbs. 2 Dienstleistungsrichtlinie, ABL EU 2006, L 376/36, S. 50 sowie Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABL EU C 115/308.

¹¹³ *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 7), S. 525 f. verweist zudem auf Art. 35 EU-GRC, wonach Zugang zur Gesundheitsversorgung nach einzelstaatlichen Rechtsvorschriften garantiert wird.

¹¹⁴ S. dazu *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 7), S. 539 f.; *Patt*, Finanzielle Zuwendungen (o. Fn. 40), S. 583; *Müller-Franken*, Staatliche Religionsförderung und Europarecht (o. Fn. 105), S. 195 f.; im Ergebnis ebenso *Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (o. Fn. 40), S. 488.

¹¹⁵ *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 7), S. 535; *Patt*, Finanzielle Zuwendungen (o. Fn. 40), S. 588 f. mit weiteren Nachweisen in Fn. 92; *Heiner Marré*, Die Kirchenfinanzierung in Kirche und Staat der Gegenwart, 4. Aufl. 2006, S. 76 ff.; *Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (o. Fn. 40), S. 463; *Müller-Franken*, Staatliche Religionsförderung und Europarecht (o. Fn. 105), S. 198 f.; s. auch *Peter Michael Huber*, Konkordate und Kirchenverträge unter Europäisierungsdruck?, in: AfKR 177 (2008), S. 411 (434) mit Hinweis auf FG München, U. v. 25.9.2007 – 1 K 2102/06, juris, Rn. 32, das aus der Kirchenerklärung zum Vertrag von Amsterdam (jetzt Art. 17 AEUV) folgert, dass das Recht zur Erhebung von Kirchen-

deutschen Staatskirchenrechts lässt das Unionsrecht daher gemäß Art. 17 AEUV, wonach die Union den Status, den Religionsgemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, achtet und unbeeinträchtigt lässt, unberührt.¹¹⁶ Auch die Finanzierung des Religionsunterrichts an staatlichen Schulen und von theologischen Lehrstühlen an staatlichen Universitäten ist unionsrechtlich irrelevant, weil in Bezug auf die jeweiligen „Dienstleistungen“ kein Markt besteht; vielmehr handelt es sich um staatliche Angebote.¹¹⁷ Ein Markt fehlt auch in Bezug auf die Militär- und Anstaltsseelsorge, denn Glaubensangebote sind für Gläubige nicht substituierbar.

Die steuerlichen Begünstigungen für die Verfolgung kirchlicher, gemeinnütziger und mildtätiger Zwecke dienen der Förderung von Personen, die gemeinnützig und folglich nicht mit Gewinnstreben handeln.¹¹⁸ Die Gemeinnützigkeit als Steuerverschonungstatbestand erkennt das Unionsrecht in der Mehrwertsteuerrichtlinie selbst an.¹¹⁹ Als Kompensation privater Wahrnehmung von Gemeinwohlaufgaben weist die Verschonung zudem einen Gegenleistungscharakter auf, der es rechtfertigt, das Beihilferecht nicht anzuwenden.¹²⁰

34

steuern nicht durch europäisches Wettbewerbsrecht beschränkt werden können.

¹¹⁶ *Patt*, Finanzielle Zuwendungen (o. Fn. 40), S. 583, 588 f.; s. zu Art. 17 AEUV *Christian Waldhoff*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hg.), EUV/AEUV. Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 17 AEUV; *Rixen*, Die Bedeutung des EU-Wirtschaftsrechts (o. Fn. 106), S. 122.

¹¹⁷ *Patt*, Finanzielle Zuwendungen (o. Fn. 40), S. 587; *Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (o. Fn. 40), S. 463 f.; *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 7), S. 539 f.; *Huber*, Konkordate (o. Fn. 115), S. 439. S. auch *Claus Dieter Classen*, → § 11, Rn. 36.

¹¹⁸ *Patt*, Finanzielle Zuwendungen (o. Fn. 40), S. 592 ff., 595.

¹¹⁹ *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 7), S. 462 f., 520 verweist auf die Ausnahmeregelung in der Mehrwertsteuerrichtlinie (Art. 132 Abs. 1 Buchst. k, l RL 2006/112/EG des Rates vom 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. EU vom 11.12.2006, L 347/1), welche die gemeinwohlorientierten Tätigkeiten der Kirchen und Religionsgemeinschaften von der Umsatzsteuerpflicht ausnimmt: „Zu ihnen rechnen die Aktivitäten im geistlich-religiösen, sozialen, karitativen und erzieherischen, nicht aber im erwerbswirtschaftlichen Bereich“ mit Hinweis in Fn. 214 und 215 auf EuGH, Slg. 1997, I-255 – Katholische Kirchengemeinde St. Martinus Elten; Slg. 1995, I-4069 – Dominikanerinnen-Kloster Altenhohenau; EuGH, Slg. 2000, I-1353 – Association Église de scientologie de Paris.

¹²⁰ Vgl. *Hanno Kube*, Die Zukunft des Gemeinnützigkeitsrechts in der europäischen Marktordnung, in: iStR 2005, S. 469 (475 f.).

- 35 Die steuerliche Absetzbarkeit von Spenden Dritter an Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften stellt zwar mittelbar eine staatliche Leistung dar, ihr fehlt jedoch die für die Anwendbarkeit des Beihilferechts geforderte Zurechenbarkeit der Maßnahme zum Staat, denn die Spender entscheiden über die Begünstigten.¹²¹
- 36 Ebenfalls außerhalb des Anwendungsbereichs des Beihilferechts befinden sich auch die Sozialversicherungsleistungen, die als Entgelt zum Beispiel für Krankenhaus- oder Pflegedienstleistungen gezahlt werden. Sofern man überhaupt von einer staatlichen Leistung ausgehen kann, fehlt es hier aufgrund der Gegenseitigkeit der Leistungen an der Begünstigung.¹²²
- 37 Soweit Religionsgemeinschaften den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts haben, besteht Einigkeit, dass sie nicht infolge dieses Status dem Vergaberecht unterfallen, weil aus ihm keine Zuordnung zum Staat folgt. Vergaberecht kann daher nur nach Maßgabe der Vergaberichtlinie Bau infolge einer staatlichen Beteiligung von mindestens der Hälfte an einer Baumaßnahme zur Anwendung kommen.¹²³
- 38 Das Unionsrecht enthält aber nicht nur Begrenzungen und damit Erschwernisse für die Betätigung von Religionsgemeinschaften. Vielmehr gibt es inzwischen zahlreiche Sekundärrechtsakte, die deren Besonderheiten Rechnung tragen. Sie lassen sich grundrechtsdogmatisch in der Regel als Vermeidung von Eingriffen in die Religionsfreiheit oder in das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften einordnen. Zu nennen sind die EU-Datenschutzgrundverordnung, die Gleichbehandlungsrichtlinie, die Fernsehrichtlinie oder die Tiereschlachtungsverordnung, die jeweils Sonderregelungen für Kirchen, religiöse oder weltanschauliche Gemeinschaften oder Einrichtungen oder religiös oder weltanschaulich motivierte Betätigungen enthalten.¹²⁴ Eine echte Begünstigung gewährt die bereits genannte Mehrwertsteuerrichtlinie.¹²⁵

¹²¹ Müller-Franken, Staatliche Religionsförderung und Europarecht (o. Fn. 105), S. 205 m. w. N. zum Meinungsstand; mit anderer Begründung im Ergebnis auch Patt, Finanzielle Zuwendungen (o. Fn. 40), S. 589 f., 594.

¹²² Müller-Franken, Staatliche Religionsförderung und Europarecht (o. Fn. 105), S. 205 m. w. N.

¹²³ Zum Vergaberecht Mückl, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 7), S. 485 ff.; Heinig, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (o. Fn. 40), S. 452 ff., 455 f.

¹²⁴ S. Art. 91 VO (EU) 679/2016 – Datenschutzgrundverordnung, ABL. EU vom 4. 5. 2016, L 119/1 (EU-DSGVO); Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78 – Antidiskri-

III. Internationales Umfeld / Rechtsvergleichende Anmerkungen im Rahmen der Europäischen Union

Die staatliche Förderung von Religionsgemeinschaften ist keine Besonderheit des deutschen Verfassungsrechts, sondern in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union sehr verbreitet.¹²⁶ Allerdings entziehen sich die Ausgestaltungen weitgehend einer Systematisierung. Auf einer grundsätzlichen Ebene ist zwar eine Zuordnung der Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Religionsgemeinschaften zum Staatskirchensystem, Trennungssystem oder Kooperationssystem möglich, wobei für das erste paradigmatisch England, Dänemark und Griechenland, für das zweite Frankreich und die Niederlande und für das dritte neben Deutschland auch Belgien, Italien, Österreich, Polen oder Spanien genannt werden können.¹²⁷ Jedoch lässt sich aus dieser Zuordnung fast nichts für das Ob und Wie finanzieller staatlicher Förderung schließen, denn zu sehr ist die Rechtslage im Einzelnen durch die geschichtliche Entwicklung in den jeweiligen Mitgliedstaaten geprägt.¹²⁸ Feststellen lässt sich nur, dass sich ähnliche Finanzierungsformen wie in Deutschland auch in anderen Mit-

39

minierungsrichtlinie, ABl. EG vom 2.12.2000, L 303/16; Art. 6, 9 Abs. 1 Buchst. c) ii) RL 2010/13/EU – audiovisuelle Mediendienste, ABl. EU vom 15. 4. 2010, L 95/1; Art. 2 Buchst. g) und Art. 4 Abs. 4 VO (EG) 1099/2009, ABl. EU vom 18.11.2009, L 303/1. S. dazu *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 7), S. 462 ff.; *Lasia Bloss*, Cuius religio – EU ius regio?, 2008, S. 263 ff. Zum Datenschutz s. *Arne Ziekow*, → § 33; zur Antidiskriminierungsrichtlinie s. *Jacob Jousen*, → § 57, Rn. 57 ff.; zu den audiovisuellen Medien s. *Claus Dieter Classen*, → § 38, Rn. 32.

¹²⁵ Art. 132 Abs. 1 RL 2006/112/EG – Mehrwertsteuerrichtlinie, ABl. EG vom 11.12.2006, L 347/1; s. zu einer zeitweiligen gemeinschaftseigenen Religionsförderung *Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften (o. Fn. 40), S. 489 f.

¹²⁶ S. die Beiträge in *Gerhard Robbers* (Hg.), Staat und Kirche in der Europäischen Union, 2. Aufl. 2005, jeweils zum Gliederungspunkt „Die Kirchenfinanzierung“; s. auch *Marre*, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 115), S. 20 ff.

¹²⁷ *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 7), S. 59 ff.; *Gerd Robbers*, Staat und Kirche in der Europäischen Union, in: Staat und Kirche (o. Fn. 126), S. 629 (630 f.).

¹²⁸ So auch *Robbers*, Staat und Kirche in der EU (o. Fn. 127), S. 629; *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 7), S. 404; s. auch *Stephan Haering*, Modelle der Kirchenfinanzierung im Überblick, in: Kirchenfinanzen in der Diskussion (o. Fn. 25), S. 11 ff., dessen Systematisierung zeigt, dass die Finanzierungsmodelle quer zu den staatskirchenrechtlichen Systemen verlaufen. S. auch *Arnd Uhle*, Instrumente der Kirchenfinanzierung. Eine vergleichende Analyse, in: Geld, Gott und Glaubwürdigkeit (o. Fn. 25), S. 193 ff.

gliedstaaten finden. Verwendung, Kombination und Bedeutung variieren jedoch stark. Besonders verbreitet sind Verschönungssubventionen nach Maßgabe des Gemeinnützigkeitsrechts¹²⁹ sowie die Finanzierung bestimmter Leistungen wie Militär- und Anstaltsseelsorge¹³⁰ oder auch Religionsunterricht¹³¹. Daneben kennen auch andere Staaten die Kirchensteuer, unmittelbare Zuschüsse aus dem Staatshaushalt für Religionsgemeinschaften als solche oder für bestimmte Zwecke. Vereinzelt finden sich auch Entschädigungen für Maßnahmen der Säkularisation.¹³²

40 Staatskirchentum kann, muss aber nicht bedeuten, dass die Staatskirche großzügig aus dem Staatshaushalt unterstützt wird. So ist staatliche Förderung von Religionsgemeinschaften in England im Wesentlichen ein Gegenstand des Gemeinnützigkeitsrechts.¹³³ Allerdings verfügt die Anglikanische Kirche über erheblichen Grundbesitz und sonstiges Vermögen, das ihr eine eigene Finanzierung erlaubt.¹³⁴ Umfangreiche staatliche Finanzierung erhält demgegenüber die griechische Kirche,¹³⁵ während die dänische Kirche sich überwiegend aus Kirchensteuern finanziert.¹³⁶

41 Im laizistischen Frankreich gibt es trotz des Trennungsgesetzes aus dem Jahr 1905, das ausdrücklich jegliche finanzielle Unterstützung von Kirchen und Religionsgemeinschaften – mit Ausnahme von Aus-

¹²⁹ Dies ergibt die Auswertung der Staatenberichte in Staat und Kirche (o. Fn. 126) jeweils im Abschnitt „Kirchenfinanzierung“.

¹³⁰ Siehe die Staatenberichte in: Staat und Kirche (o. Fn. 126), jeweils im Abschnitt „Seelsorge in öffentlichen Einrichtungen“.

¹³¹ S. dazu die Staatenberichte in: Staat und Kirche (o. Fn. 126), jeweils im Abschnitt „Kirche und Kultur“.

¹³² S. für Ungarn *Balázs Schanda*, Staat und Kirche in Ungarn, in: Staat und Kirche (o. Fn. 126), S. 351 (367 f.); *ders.*, Staatliche Religionsförderung in Ungarn, in: Grund und Grenzen (o. Fn. 13), S. 239 (241 f.); für Belgien und Luxemburg s. *Rik Torfs*, Staatliche Religionsförderung in Belgien – Niederlande – Luxemburg, ebd., S. 259 (268 f.).

¹³³ S. dazu *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 7), S. 136, 138 ff.; *Bloss*, Cuius religio – EU ius regio? (o. Fn. 124), S. 93 ff.; s. auch *Markus Vinzent*, Staatliche Religionsförderung in England und Wales am Beispiel der Church of England, in: Grund und Grenzen (o. Fn. 13), S. 279 (296 ff.).

¹³⁴ *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 7), S. 142; s. auch *Vinzent*, Religionsförderung in England (o. Fn. 133), S. 279 (296).

¹³⁵ *Charalambos Papastathis*, Staat und Kirche in Griechenland, in: Staat und Kirche (o. Fn. 126), S. 125 (142).

¹³⁶ *Inger Dübeck*, Staat und Kirche in Dänemark, in: Staat und Kirche (o. Fn. 126), S. 59 (77).

gaben für die Anstaltsseelsorge – verbietet,¹³⁷ eine komplizierte Vielzahl an staatlichen Leistungen, insbesondere in Gestalt von Steuervergünstigungen, aber auch für den Bau und Unterhalt von kirchlichen Gebäuden.¹³⁸

Kirchensteuersysteme in unterschiedlicher Ausprägung finden sich neben Deutschland etwa in Dänemark, Finnland, Italien, Spanien, Schweden und Ungarn¹³⁹ sowie in den drei östlichen französischen Départements Haut-Rhin, Bas-Rhin und Moselle, die aus historischen Gründen einem anderen Rechtsregime unterliegen als das übrige Frankreich.¹⁴⁰ In Finnland, Italien und Spanien handelt es sich nicht mehr um einen Mitgliedsbeitrag, sondern um eine echte Steuer, welche die Steuerpflichtigen kirchlichen oder anderen gemeinnützigen Einrichtungen oder Zwecken zuwenden können.¹⁴¹

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die finanzielle Förderung von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften in der EU die Regel ist, nach Art und Umfang jedoch eine historisch bedingte Vielgestaltigkeit aufweist.

¹³⁷ Art. 2 Abs. 1 S. 1: *Loi relative à la séparation des Églises et de L'État*: „La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte“; s. dazu *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 7), S. 154; *Bloss*, *Cuius religio – EU ius regio?* (o. Fn. 124), S. 114 f.; *Francis Messner*, Die Finanzierung religiöser Gemeinden in Frankreich, in: *Grund und Grenzen* (o. Fn. 13), S. 165 (172).

¹³⁸ S. dazu *Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts (o. Fn. 7), S. 208 ff.; *Bloss*, *Cuius religio – EU ius regio?* (o. Fn. 124), S. 114 f.; *Messner*, Die Finanzierung religiöser Gemeinden in Frankreich (o. Fn. 137), S. 170 ff.

¹³⁹ S. für Dänemark *Dübeck*, Staat und Kirche in Dänemark (o. Fn. 136), S. 77; für Finnland *Markku Heikkilä / Jyrki Knuutilä / Martin Scheinin*, Staat und Kirche in Finnland, in: *Staat und Kirche* (o. Fn. 126), S. 565 (580); für Italien *Silvio Ferrari*, Staat und Kirche in Italien, ebd., S. 229 (244); für Spanien *Iván C. Ibán*, Staat und Kirche in Spanien, ebd., S. 151 (166): nur zugunsten der katholischen Kirche; für Schweden *Lars Friedner*, Staat und Kirche in Schweden, ebd., S. 585 (598); für Ungarn *Balázs Schanda*, Staat und Kirche in Ungarn (o. Fn. 132), S. 369 f.

¹⁴⁰ *Bloss*, *Cuius religio – EU ius regio?* (o. Fn. 124), S. 107 f.; *Messner*, Die Finanzierung religiöser Gemeinden in Frankreich (o. Fn. 137), S. 174 ff.

¹⁴¹ S. die Nachweise in Fn. 139. Für Italien s. auch *Markus Graulich*, *Das otto per mille – Der italienische Weg der Kirchenfinanzierung als Chance auch für Deutschland?*, in: *Geld, Gott und Glaubwürdigkeit* (o. Fn. 25), S. 165 ff.

IV. Fazit

- 44 Die Bedeutung der Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften für die spirituelle, kulturelle und soziale Daseinsvorsorge ist in Deutschland nach wie vor von erheblicher Bedeutung. An der auch finanziellen Förderung dieses Engagements nach den Grundsätzen von Neutralität und Parität hat der freiheitliche Staat ein eigenes sozial- und kulturstaatliches Interesse. Allein die Staatsleistungen im engeren Sinne verlieren angesichts des überfälligen verfassungsrechtlichen Ablösungsbefehls immer mehr an rechtspolitischer Überzeugungskraft.¹⁴² Alle anderen Formen der staatlichen Förderung einschließlich der Bereitstellung eines Kirchensteuereinzugs finden auch heute noch ihre Rechtfertigung in den Leistungen der Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften für die Gesellschaft und den Staat.¹⁴³ Die Zukunftsfähigkeit dieses Systems muss sich allerdings auch darin erweisen, dass es sich in der Lage zeigt, neu hinzukommende Religionsgemeinschaften zu integrieren, was auf beiden Seiten Anpassungsbemühungen fordert.

¹⁴² So Droege, Absicherung der Staatsleistungen (o. Fn. 13), S. 24 f.; für die Erfüllung des Verfassungsauftrags auch Rozek, Der unerfüllte Verfassungsauftrag (o. Fn. 14), S. 431; zum Diskussionsstand allgemein s. Ansgar Hense, Staatsleistungen in der Diskussion, in: Religion im öffentlichen Raum, hg. von Karlies Abmeier/Michael Borchard/Matthias Riemenschneider, 2013, S. 189 ff.

¹⁴³ Für eine grundsätzliche Rechtfertigung der staatlichen Kirchenförderung s. Dietrich Pirson, Die Förderung der Kirchen als Aufgabe des säkularen Staates, in: Die staatliche Förderung von Gesellschaft und Kirche, EssGespr. 28 (1994), S. 83 ff.

§ 69

Der verfassungsrechtliche Schutz des Vermögens von Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften

Von Karl-Hermann Kästner

I. Bedeutung und Funktion der Kirchengutsgarantie	1–12
1. Der rechtliche Schutz des Kirchenvermögens	1–2
2. Die Schutzfunktion der Kirchengutsgarantie	3–9
a) Der „funktionelle Sinn“ der Kirchengutsgarantie	3–5
b) Verhältnis zur allgemeinen Eigentumsgarantie	6–9
3. Konsequenzen der Kirchengutsgarantie	10–12
II. Schutzsubjekte der Kirchengutsgarantie	13–15
III. Der Schutzbereich der Kirchengutsgarantie	16–27
1. Das „Kirchengut“	16–17
2. Religionsbezug der Kirchengutsgarantie	18–19
3. Schutz der verschiedenen Vermögensbestandteile	20–24
a) Res sacrae	21–22
b) Das Verwaltungs- und Finanzvermögen	23–24
4. Grenzen der Kirchengutsgarantie	25–27
IV. Rechtsschutzfragen	28–32
1. Rechtsweg	28–30
2. Prüfungsreichweite der staatlichen Gerichte	31–32

I. Bedeutung und Funktion der Kirchengutsgarantie

1. Der rechtliche Schutz des Kirchenvermögens

- 1 Zwischen den Religionsgemeinschaften¹ bestehen nach Größe, Tradition, rechtlicher Struktur und eigenem Selbstverständnis vielfältige Unterschiede. Insofern versteht es sich von selbst, dass auch ihre Vermögensverhältnisse untereinander deutlich differieren. Gleichgelagert ist freilich dem Grunde nach ihr Bedürfnis nach effektivem rechtlichem Schutz ihres Eigentums und ihrer sonstigen vermögenswerten Berechtigungen.
- 2 Dem wird unter dem Grundgesetz auf der Ebene „einfacher“ Gesetze² und in einschlägigen Klauseln der Konkordate und Kirchenverträge³ Rechnung getragen, nicht zuletzt aber auch durch Normen des Verfassungsrechts. Nach Maßgabe ihrer jeweiligen Qualität als selbständiges Rechtssubjekt und Grundrechtsträger kommt den Religionsgemeinschaften sowie ihren Unterverbänden, einzelnen Einrichtungen u. s. w. einerseits die *allgemeine Eigentumsgarantie* des Art. 14

Der Beitrag wurde am 13. 2. 2014 abgeschlossen.

¹ Religionsgemeinschaften, ihren Funktionen und ihrem Vermögen stehen – was die rechtlichen Bezüge angeht – von Verfassungen wegen die weltanschaulichen Vereinigungen, ihr Wirken sowie ihr Vermögen dem Grunde nach gleich (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 7 WRV). Dies wird durchweg vorausgesetzt. Soweit im Text zur Vereinfachung nur die religiösen Bezüge der Kirchengutsgarantie und ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen erwähnt werden, ist das Gesagte jeweils sinngemäß auf die weltanschauliche Sphäre zu übertragen. – Der traditionellen Terminologie entsprechend wird im Übrigen in diesem Beitrag weiterhin von Kirchengutsgarantie gesprochen; dieser Begriff ist (ebenso wie die zusammenfassenden Termini Kirchenvermögen bzw. Kirchengut) im vorliegenden Kontext freilich nicht nur auf die Kirchen im engeren Sinne zu beziehen, sondern gleichermaßen auf alle Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften.

² Als Beispiele seien hier genannt § 4 Nr. 2 Grundstückverkehrsgesetz (GrdStVG), § 4 Abs. 2 Nr. 4 Bundesleistungsgesetz (BLG) und § 90 Abs. 2 Nr. 2 BauGB.

³ Vgl. beispielsweise Art. 17 RK; Art. 2 Abs. 2 und Art. 10 §§ 3 und 4 BayK; Art. 18 und 19 BayKV; Art. 12 EvKV Pfalz; Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 KathKV Preußen; Art. 6 EvKV Preußen; Art. V BadK; Art. III BadKV; Art. 18 NdsKV; Art. 23 EvKV SH; Art. 7 EvKV Lippe; Art. 8 EvKV Hessen; Art. 17 NdsK; Art. 5 Abs. 1 KathKVErgV Hessen. S. hierzu auch die Auflistungen bei *Axel v. Campenhausen / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 269 und *Axel v. Campenhausen / Peter Unruh*, in: Hermann v. Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 140 GG / Art. 138 Abs. 2 WRV, Fn. 5, dort insbesondere auf Verträge jüngerer Zeit hinweisend.

GG zugute. Aus historischen Wurzeln⁴ sind im Übrigen spezifische verfassungsrechtliche *Kirchengutsgarantien* in einigen Landesverfassungen⁵ sowie im Grundgesetz hervorgegangen. Art. 138 Abs. 2 WRV besagt insofern: „Das Eigentum und andere Rechte der Religionsgesellschaften und religiösen Vereine an ihren für Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und sonstigen Vermögen werden gewährleistet.“ Zufolge der über Art. 140 GG erfolgten Inkorporation ist diese Gewährleistung vollgültiger Bestandteil der geltenden verfassungsrechtlichen Ordnung geworden.⁶

2. Die Schutzfunktion der Kirchengutsgarantie

a) Der „funktionelle Sinn“ der Kirchengutsgarantie

Das Religiöse bedarf zu seiner institutionellen Entfaltung eines angemessenen materiellen Substrats. Diese Erkenntnis lag – zieht man die historischen Entwicklungslinien des Religionsverfassungsrechts in Betracht – bereits (neben anderen Motiven) der obrigkeitlichen *cura religionis* zugrunde, sie mündete in die *Ausgleichs- bzw. Surrogatansprüche im Gefolge verschiedener Säkularisationen*, sie manifestierte sich in Verpflichtungen „weltlicher“ Instanzen, zum Bestand und Unterhalt kirchlicher Gebäude und Einrichtungen beizutragen. Auch die geltende religionsverfassungsrechtliche Ordnung verschließt sich nicht der Erkenntnis, dass die Tragweite religiöser Freiheit (wie anderer Freiheitsrechte auch) letztlich ganz wesentlich von den materiellen Rahmenbedingungen ihrer Realisierbarkeit abhängt. Aus diesem Kontext erschließt sich der spezifische Gehalt der in Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV enthaltenen Gewährleistung, welcher ihr einen gegenüber Art. 14 GG eigenständigen Schutzbereich vermittelt: *Die Kirchengutsgarantie bezweckt nicht im*

3

⁴ Zur historischen Entwicklung *Thomas Pieter Wehdeking*, Die Kirchengutsgarantien und die Bestimmungen über Leistungen der öffentlichen Hand an die Religionsgesellschaften im Verfassungsrecht des Bundes und der Länder, 1971, S. 39 ff.

⁵ Art. 146 BayVerf.; Art. 37 Abs. 1 Verf. Bbg.; Art. 44 Verf. RP; Art. 38 Verf. Saarl.

⁶ BVerfGE 19, 206 (219), 226 (236); 44, 59 (69); 53, 366 (400); 66, 1 (22); 70, 138 (167).

*eigentlichen Sinne Eigentums- bzw. Vermögensschutz, sondern den Schutz der religiösen Funktion des Kirchengutes.*⁷

- 4 Grundlegend wirkte 1952 *Johannes Heckels* Erkenntnis, die verfassungsrechtliche Kirchengutsgarantie schütze „die öffentliche kirchliche Funktion des Kirchenguts“ vor Beeinträchtigungen durch die weltliche Gewalt;⁸ hieran knüpft prinzipiell zu Recht seither die ganz herrschende Auffassung an⁹. Doch gilt es zu beachten, dass sich die aktuelle Situation – kirchenpolitisch und religionsverfassungsrechtlich betrachtet – deutlich von der Lage anfangs der fünfziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts unterscheidet. Dies hat den Begriff des *Öffentlichen* in seinem Bezug zum Wirken der Religionsgemeinschaften zwar nicht ohne weiteres obsolet werden lassen. Er bedarf aber in jedem Falle der Konkretisierung und Differenzierung im Verhältnis zur Sphäre staatlich-öffentlicher Funktionen; im Übrigen gilt es, ihn bei einer Verwendung sorgfältig auf die aus ihm ableitbaren rechtlichen Folgerungen hin zu befragen. Im religionsverfassungsrechtlichen Kontext erscheint die Qualifikation „öffentlich“ jedenfalls vielfältig problembeladen und insofern heikel; ihr gegenüber ist deshalb Vorsicht und tunlichst Verzicht angebracht¹⁰.
- 5 In ihrer spezifisch religionsverfassungsrechtlichen Zweckbestimmung und Schutzrichtung korrespondiert die Kirchengutsgarantie aufs engste mit der *Gewährleistung des religiösen Selbstbestimmungsrechts* (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV)¹¹ sowie dem *Grundrecht auf Religionsfreiheit* (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG)¹². Denn:

⁷ Vgl. zur Kirchengutsgarantie auch *Karl-Hermann Kästner*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Losebl. Stand: April 2010, Art. 140 GG, Rn. 620 ff.

⁸ *Johannes Heckel*, Kirchengut und Staatsgewalt, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche. Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag, 1952, S. 103 (130); vgl. ferner ebd., S. 128, 132 ff., 137 ff., 141, 142.

⁹ BVerfGE 99, 100; statt anderer *Konrad Hesse*, Das neue Bauplanungsrecht und die Kirchen, in: ZevKR 5 (1956), S. 62 (69); *Werner Weber*, Zur staatskirchenrechtlichen Bedeutung des Rechts der öffentlichen Sachen, in: ZevKR 11 (1964/65), S. 111 (122); v. *Campenhausen / Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 3), Art. 140 GG / Art. 138 Abs. 2 WRV, Rn. 23; *Christoph Link*, Die Russisch-Orthodoxen Exilkirchen in Deutschland und ihr Kirchengut, in: ZevKR 23 (1978), S. 89 (124); BVerwG, in: ZevKR 36 (1991), S. 56 (60, 62, 68).

¹⁰ So verfährt auch das BVerwG, in: ZevKR 36 (1991), S. 56 (60), wenn es als Schutzgegenstände der Kirchengutsgarantie den „Bestand des Vermögens der Religionsgesellschaften und dessen widmungsgemäße Funktion bei der Erfüllung der von ihnen eigenständig gesetzten Aufgaben“ bestimmt.

¹¹ Dazu auch *Hesse*, Bauplanungsrecht und Kirchen (o. Fn. 9), S. 70, 74, 75, 77; *Link*, Exilkirchen und ihr Kirchengut (o. Fn. 9), S. 123 f.; BVerwG, in: ZevKR 36 (1991), S. 56 (60).

¹² Soweit es um den Schutz der kirchlichen Verfügungsgewalt über Sachen zum Zwecke der Religionsausübung geht, ist die Kirchengutsgarantie *lex specialis* gegenüber dem Grundrecht auf Religionsfreiheit; BVerwG, in: ZevKR 36 (1991), S. 56 (68). Im gleichen Sinne wohl das BVerfG, in:

Soll sich die freiheitssichernde Intention des sozialen Rechtsstaats auf dem Felde des Religiösen nicht als leere Hülse erweisen, so muss nicht zuletzt das materielle Substrat religiöser Entfaltung gesichert werden. Insofern erwächst der Kirchengutsgarantie eine konstitutive Funktion im System des geltenden Religionsverfassungsrechts.

b) Verhältnis zur allgemeinen Eigentumsgarantie

In ihrer spezifischen Schutzrichtung statuiert die Kirchengutsgarantie nicht lediglich eine „verdoppelnde“ Bekräftigung des Eigentumsschutzes, wie er in Art. 14 GG enthalten ist¹³. In diese Richtung zielte freilich noch eine in der Weimarer Republik verbreitete Auslegung des Art. 138 Abs. 2 WRV; vor dem Hintergrund des Art. 153 Abs. 2 WRV, der die Möglichkeit einer Zulassung entschädigungsloser Enteignung durch einfaches Reichsgesetz vorsah, wurde die Kirchengutsgarantie im Wesentlichen als ausdrückliches *Verbot entschädigungsloser Enteignung* aufgefasst.¹⁴ Eine solche Projektion der Kirchengutsgarantie auf den allgemeinen Eigentumsschutz trug bereits damals der Bedeutung des Art. 138 Abs. 2 WRV nicht hinreichend Rechnung; im Kontext der geltenden religionsverfassungsrechtlichen Ordnung erweist sie sich erst recht als unzutreffend.¹⁵

Die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG einerseits und die Kirchengutsgarantie des Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV andererseits schließen sich gegenseitig nicht aus;¹⁶ sie ergänzen vielmehr einan-

DVBl. 1992, S. 1020 (1021), worauf in der Entscheidung BVerfGE 99, 100 (118 f.) Bezug genommen und insoweit von einer „Konkretisierung“ des Grundrechts gesprochen wird.

¹³ Dazu *Karl-Hermann Kästner*, Die zweite Eigentumsgarantie im Grundgesetz, in: JuS 1995, S. 784 ff.; *Fridtjof Filmer / Christoph Görisch*, Die Reichweite des grundgesetzlichen Kirchengutsschutzes. Zur St. Salvator-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: ZevKR 45 (2000), S. 458 f.

¹⁴ Statt anderer *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, S. 654.

¹⁵ Kritisch auch etwa *Hesse*, Bauplanungsrecht und Kirchen (o. Fn. 9), S. 68 ff.; *Siegfried Grundmann*, Art. „Säkularisation“, in: EvStL³, Bd. II, Sp. 3032 (3035); *Axel v. Campenhausen*, Eigentumsgarantie und Säkularisationsverbot im Grundgesetz, in: BayVBl. 1971, S. 336 (336); *v. Campenhausen / Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 3), Art. 140 GG / Art. 138 Abs. 2 WRV, Rn. 23.

¹⁶ *Ulrich Scheuner*, Der Bestand staatlicher und kommunaler Leistungspflichten an die Kirchen (Art. 138 Abs. 2 WRV), in: *Diaconia et ius*. Festgabe für Heinrich Flatten zum 65. Geburtstag, hg. von Heribert Heinemann / Horst Hermann / Paul Mikat, 1973, S. 381 (387); *Stefan Koriath*, in: Theodor

der: Art. 14 GG statuiert einen von religiösen Bezügen vollständig unabhängigen Schutz des Eigentums im engeren Sinne und entsprechender vermögenswerter Rechte. Demgegenüber hat die Kirchengutsgarantie – die in ihrem Eigentumsbegriff mit Art. 14 GG an sich übereinstimmt¹⁷ – nicht das Eigentum bzw. das Vermögen um seiner selbst willen im Auge, sondern sie schützt es speziell in seiner *religionsbezogenen* Funktion.

- 8 Eine scharfe Abschtichung und Trennung der Anwendungsbereiche beider verfassungsrechtlicher Gewährleistungen würde hiernach voraussetzen, dass die religiösen Bezüge des Vermögens von seinen „weltlichen“ eindeutig zu scheiden wären¹⁸. Indes bereitet dies im Blick auf Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV ähnliche Schwierigkeiten wie in anderen Bereichen des Religionsverfassungsrechts. Denn die Religionsgemeinschaften existieren und wirken innerhalb der säkularen Gesellschaft, in den Formen der staatlichen Rechtsordnung, und sie nehmen deren Gestaltungsmöglichkeiten in Anspruch; religiöse und „weltliche“ Bezüge dieses Wirkens und gleichermaßen eben auch religionsbezogene und rein vermögensrechtliche Aspekte des Kirchenguts vermischen sich in komplexer Gemengelage. Allenfalls nach Maßgabe des konkreten Einzelfalles lässt sich deshalb feststellen, auf welche Blickrichtung (auf die allgemeine Eigentumsgarantie oder auf die Kirchengutsgarantie) es jeweils ankommt – oder ob gegebenenfalls beide verfassungsrechtlichen Gewährleistungen kumulativ von Belang sind.
- 9 Je schwächer die *Religionsbezüge* eines Vermögensbestandteils bzw. etwaiger Eingriffe in das Vermögen sich dem Grundgehalt nach darstellen, umso stärker verschiebt sich das Schutzbedürfnis und auch der materielle Schutzzumfang von der Kirchengutsgarantie hin zum allgemeinen Eigentums- bzw. Vermögensschutz. Der Endpunkt dieser abgestuften „Skala“ wäre dort erreicht, wo entweder ein Vermögensgegenstand keinerlei Bezug zu religiösem Wirken mehr aufwiese oder aber die Beeinträchtigung eines (an sich religionsbezogenen) Vermögensbestandteils als religiös völlig indifferent zu bewerten wäre; in diesem Falle hätte es beim Schutz aus Art. 14 GG sein Bewenden.

Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Losebl. Stand: Februar 2003, Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 13; BVerwG, in: ZevKR 36 (1991), S. 56 (60).

¹⁷ BVerfGE 18, 392 (398).

¹⁸ Davon geht wohl *Wehdeking*, Kirchengutsgarantien (o. Fn. 4), S. 34 ff., aus.

3. Konsequenzen der Kirchengutsgarantie

Die Verfassung „gewährleistet“ das religionsbezogene Kirchenvermögen. Darin liegt für dieses im Rahmen der Reichweite der Kirchengutsgarantie eine verfassungsrechtliche Bestandszusage nach Inhalt und Umfang. Sie bezieht sich auf die *Abwehr hoheitlicher oder privater Eingriffe* in das von der Kirchengutsgarantie erfasste Vermögen und ebenso auf die Sicherstellung effektiver *Durchsetzbarkeit berechtigter Ansprüche*, soweit sie dem geschützten Kirchengut zuzurechnen sind. Hinzu kommt – in Ergänzung der bereits im religiösen Selbstbestimmungsrecht verankerten Sicherung – eine *Garantie der sachbezogenen Organisations- und Verwaltungsformen des Kirchenguts* (z. B. der kirchlichen Stiftungen). 10

Mit der Kirchengutsgarantie werden nicht nur religionsbezogene vermögenswerte Rechtspositionen gewährleistet, die unter der Weimarer Reichsverfassung bzw. unter dem Grundgesetz erworben wurden oder künftig erworben werden. Umfasst werden vielmehr auch – und mit gleicher Nachhaltigkeit – fortbestehende Berechtigungen, soweit sie aus der Zeit vor 1919 stammen, dabei aus unterschiedlichsten rechtlichen bzw. politischen Zusammenhängen und Motivationen erwachsen und sich in ganz verschiedener Rechtsgestalt (in Gesetzesform, als Einzelgewährung oder auf vertraglichem Wege, vermittelt Rechtsnachfolge, Observanz, Ersitzung u.s.w.) realisiert haben. Insbesondere das Vermögen der großen Kirchen besteht zu beträchtlichen Teilen aus dergestalt geschichtlich überkommener Substanz. Insofern ist es gerade in einer Zeit, welcher die historische Perspektive zunehmend fremd zu werden scheint, hochbedeutsam, dass die Verfassung auch altüberkommene Rechte in ihren Schutz einbezieht. 11

Je nach Sachbezug können diese, indem sie zum geschützten Kirchengut zählen und insofern nunmehr eine verfassungsrechtliche Qualifikation nach Maßgabe des Grundgesetzes genießen, nach geltendem Recht sogar „bestandsfester“ sein, als sie es vor Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung waren.¹⁹ Auf keinen Fall aber dürfen sie ohne weiteres gegen tatsächlich oder vermeintlich widerstreitende Verfassungsprinzipien (wie etwa die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung)²⁰ ausgespielt oder deshalb als obsolet betrachtet werden, weil sie in aktueller Betrachtung manchem nicht mehr als 12

¹⁹ BVerwG, in: ZevKR 36 (1991), S. 56 (62).

²⁰ Dazu BVerwG, in: ZevKR 24 (1979), S. 398 ff.

erforderlich, angemessen oder wünschenswert erscheinen mögen.²¹ Die in Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV statuierte Kirchengutsgarantie bekräftigt, dass für den Bestand der von ihr geschützten Vermögensrechte die objektiv bestehende *Rechtslage* maßgeblich ist. Insoweit kommt es folglich nicht auf kirchenpolitische Opportunitätserwägungen oder auf die Frage an, ob die von der Kirchengutsgarantie Begünstigten heute noch – materiell betrachtet – zur Erfüllung ihrer Aufgaben unbedingt auf einschlägige Rechte angewiesen sind. Deshalb verstieße es gegen die Verfassung, wollte man die Erfüllung bestehender religionsbezogener vermögenswerter Ansprüche aus der Erwägung heraus verweigern, die betreffende Religionsgemeinschaft könne sich hinreichende Einnahmen aus anderen Quellen (z.B. aus Kirchensteuermitteln)²² beschaffen.

II. Schutzsubjekte der Kirchengutsgarantie

13 Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV gewährleistet das religionsbezogene Vermögen „der Religionsgesellschaften und religiösen Vereine“. Geschützt sind hiernach alle Religionsgemeinschaften, (mittelbar über sie) ihre unselbständigen Untergliederungen sowie (unmittelbar) sämtliche rechtlich selbständigen Einrichtungen (Körperschaften, Anstalten, Stiftungen, Vereine u. a.), welche der Pflege religiöser Zwecke dienen. Auf die konkrete Rechtsgestalt bzw. die Organisationsform kommt es nicht an,²³ ebensowenig auf die Rechtsfähigkeit oder auf die Größe. Den religiösen Verbänden gleichgestellt sind gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 7 WRV Vereinigungen, die sich die Pflege einer *Weltanschauung* zur Aufgabe machen.

14 Die Kirchengutsgarantie kommt – trotz der Entstehungsgeschichte, die als solche in der Tat für einen Vorrang der *Kirchen* sprechen mag²⁴ – von Verfassungs wegen nicht nur diesen oder denjenigen anderen Religionsgemeinschaften zugute, welche den Status als Körperschaften des öffentlichen Rechts genießen (obwohl sie *faktisch* vor allem für die Kirchen und deren Einrichtungen von Belang ist, da diese den weit überwiegenden Teil der in Betracht kommenden Vermögenswerte innehaben). Was die Rechtslage an sich anbelangt, so

²¹ BayVGh, in: ZevKR 19 (1974), S. 169 (179).

²² Vgl. dazu etwa BVerwGE 38, 76 (81); HessVGh, in: ZevKR 19 (1974), S. 166 (168); BayVGh, ebd., S. 169 (177 f.).

²³ BVerfGE 99, 100 (120).

²⁴ So *Wehdeking*, Kirchengutsgarantien (o. Fn. 4), S. 59 ff.

legt bereits der Wortlaut des Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV einen Verzicht auf Differenzierungen zwischen den religiösen Verbänden nahe, wie sie früher noch vom koordinationsrechtlichen Standpunkt her befürwortet wurden.²⁵ Zwingend erfordert wird eine Erstreckung der Kirchengutsgarantie auf sämtliche religiösen Verbände und Weltanschauungsgemeinschaften durch ihren Bezug zur Religionsfreiheit und zur Gewährleistung des religiösen Selbstbestimmungsrechts sowie durch die Prinzipien der *Parität* und der religiösen bzw. weltanschaulichen *Neutralität* des Staates.

Der säkulare Verfassungsstaat der Gegenwart identifiziert sich in seiner Rechtsordnung nicht mit einer bestimmten religiösen bzw. weltanschaulichen Überzeugung oder ihrer institutionellen Ausprägung. Vielmehr tritt er auf der rechtlichen Ebene allen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften seines Hoheitsgebietes dem Grunde nach in gleicher Nähe bzw. Distanz gegenüber. Eine rechtliche Ungleichbehandlung ist hiernach nur dann zulässig, wenn sie sich aus dem jeweiligen Sachzusammenhang *materiell* rechtfertigt. Was die Kirchengutsgarantie anbelangt, so ergibt sich ein in diesem Sinne hinreichender Sachgrund weder aus der Tradition oder aus dem Alter der einzelnen Religionsgemeinschaften noch aus ihrem Bekenntnis, ihrer Mitgliederzahl oder ihrem Aufgabenkreis. Die religiösen Verbände sind – wenngleich von der materiellen Ausgangslage her in *quantitativ* unterschiedlichem Ausmaß – im Prinzip allesamt gleichermaßen auf einen effektiven staatlichen Schutz ihres religionsbezogenen Vermögens angewiesen.

15

III. Der Schutzbereich der Kirchengutsgarantie

1. Das „Kirchengut“

Die Verfassung erstreckt ihre Schutzgarantie auf „das Eigentum und andere Rechte der Religionsgesellschaften und religiösen Vereine an ihren für Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und sonstigen Vermögen“. Diese Terminologie meint – ungeachtet der in ihr enthaltenen Aufzählung von Verwendungszwecken und rechtlichen Organisationsformen – das

16

²⁵ J. Heckel, Kirchengut (o. Fn. 8), S. 132 ff.; Filmer / Görisch, Reichweite des grundgesetzlichen Kirchengutsschutzes (o. Fn. 13), S. 455.

*gesamte Vermögen*²⁶, sofern es der noch zu erörternden²⁷ Zweckbestimmung dient. Erfasst werden Sachen und Rechte ohne Rücksicht auf die konkreten Eigentumsverhältnisse. Maßgeblich für die Zurechnung zum Kirchengut ist jeweils die Frage, ob die betreffende Religionsgemeinschaft über die fraglichen Schutzgegenstände *verfügen* kann.²⁸

- 17 Die Kirchengutsgarantie erfasst demnach zunächst den Bereich der Güter, an welchen den Begünstigten *Eigentum* im engeren Sinne zusteht. Geschützt sind im Übrigen *vermögenswerte Rechte* (des öffentlichen und des privaten Rechts)²⁹, seien sie gegen den Staat, gegen sonstige Träger öffentlicher Verwaltung (etwa Gemeinden)³⁰ oder gegen natürliche bzw. juristische Personen jeglicher Art gerichtet. Dabei handelt es sich (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) beispielsweise um Rechte auf – positive oder negative – Staatsleistungen, um Nutzungsrechte³¹ an fremden Grundstücken oder Gebäuden, um Ansprüche gegenüber Stiftungen, Anstalten oder (kirchlichen bzw. „weltlichen“) Fonds mit religiöser Zweckbestimmung sowie um Ansprüche aus Baulasten oder Patronaten.

2. Religionsbezug der Kirchengutsgarantie

- 18 Art. 140 GG i.V.m. mit Art. 138 Abs. 2 WRV schützt nicht das Vermögen der Begünstigten schlechthin, sondern lediglich Vermögensbestandteile, wenn und soweit sie eine *religiöse Zweckbestimmung* aufweisen. Diese Beschränkung ist für die prinzipielle Anwendbarkeit der Kirchengutsgarantie und für ihre Tragweite im Einzelfall von konstitutiver Bedeutung; denn sie konkretisiert, wie bereits erwähnt, die Abgrenzung zum Schutzbereich der allgemeinen Eigen-

²⁶ So bereits unter der Weimarer Verfassung *Anschütz*, Die Verfassung (o. Fn. 14), S. 653. Für die aktuelle Rechtslage statt anderer *J. Heckel*, Kirchengut (o. Fn. 8), S. 130 f. – Vgl. auch BVerfGE 99, 100 (120); *v. Campenhausen / Unruh*, in: *v. Mangoldt / Klein / Starck* (o. Fn. 3), Art. 140 GG / Art. 138 Abs. 2 WRV, Rn. 26. *Korioth*, in: *Maunz / Dürig* (o. Fn. 16), Rn. 15, bezeichnet als Schutzobjekt alle vermögenswerten Güter, nicht jedoch das Vermögen als solches.

²⁷ Vgl. unten III. 2.

²⁸ Dazu *Filmer / Görisch*, Reichweite des grundgesetzlichen Kirchengutsschutzes (o. Fn. 13), S. 461.

²⁹ BVerfGE 99, 100 (121).

³⁰ Hierzu *Scheuner*, Leistungspflichten (o. Fn. 16), S. 387 f., 391 ff. m. w. N.

³¹ BVerfGE 99, 100 (121).

tumsgewährleistung aus Art. 14 GG. Hierbei kommt es dem Grunde nach für die Anwendbarkeit des Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV nicht darauf an, ob ein Vermögensgegenstand einen unmittelbaren oder lediglich einen mittelbaren Bezug zum religiösen Wirken des Begünstigten aufweist.³² Die Kirchengutsgarantie beschränkt sich nicht auf im engeren Sinne religionsbezogenes oder gar nur auf religiösen Zwecken *gewidmetes* Vermögen.³³

Was die Schlüsselfrage anbelangt, wer über den maßgeblichen Religionsbezug entscheidet, so ist zu differenzieren: *Der Sache nach* haben ausschließlich die betreffenden Religionsgemeinschaften nach Maßgabe ihres religiösen Selbstbestimmungsrechts darüber zu befinden, ob bzw. inwieweit sie Vermögensgegenstände für ihr religiöses Wirken einsetzen.³⁴ Denn nur sie können ihre Aufgaben, ihre Bedürfnisse und deren erforderliche materielle Grundlagen definieren. Kommt es freilich zur *gerichtlichen Auseinandersetzung* und haben hierbei staatliche Gerichte die Tragweite der Kirchengutsgarantie zu konkretisieren, so obliegt es nach Maßgabe ihrer Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis letztlich ihnen, die Frage *rechtsverbindlich* zu beantworten, inwieweit die tatbestandlichen Voraussetzungen auf Grund der im konkreten Fall gegebenen Sachlage als erfüllt anzusehen sind; das bezieht sich nicht zuletzt auf das Erfordernis der Religionsbezogenheit.³⁵

19

³² Statt anderer *Paul Mikat*, Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Die Grundrechte, hg. von Karl August Bettermann / Hans Carl Nipperdey / Ulrich Scheuner, Bd. IV, 1. Hbd., 1960, S. 111 (220 f.). – Anders noch *Ernst Rudolf Huber*, Die Garantie der kirchlichen Vermögensrechte in der Weimarer Verfassung, 1927, S. 40 ff.

³³ *Filmer / Görisch*, Reichweite des grundgesetzlichen Kirchengutsschutzes (o. Fn. 13), S. 456 f. – So aber noch *Theodor Maunz*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Stand 1973, Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 12; wohl nicht mehr *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 16), Rn. 15.

³⁴ Insofern dem Grunde nach zutreffend *Hans-Peter Muus*, Kirchengut und öffentliche Sachen, in: ZevKR 11 (1964/65), S. 123 (138), der allerdings im Hinblick auf eine Konkretisierung der Kirchengutsgarantie im Prozess und auf die insoweit gegebene gerichtliche Entscheidungsfunktion nicht hinreichend differenziert.

³⁵ Vgl. auch unten IV. 2.

3. Schutz der verschiedenen Vermögensbestandteile

- 20 Aus der Maßgeblichkeit des jeweiligen religiösen Bezugs der Bestandteile des Kirchenguts folgt, dass im Falle einer unterschiedlichen Intensität des Religionsbezugs ein dementsprechend *abgestufter Schutz* aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 138 Abs. 2 WRV besteht.³⁶

a) *Res sacrae*

- 21 Ganz strikt im Sinne eines Säkularisationsverbotes wirkt der Schutz der Kirchengutsgarantie für *res sacrae*.³⁷ Deren Widmung bzw. Entwidmung hat jeweils genuin religionsbezogene Qualität; sie ist insofern ausschließlich Angelegenheit der Religionsgemeinschaften und Gegenstand ihres religiösen Selbstbestimmungsrechts. Demgemäß können auch nur die betreffenden religiösen Verbände selbst gegebenenfalls eine Entwidmung solcher Sachen vornehmen. Eine als *res sacra* gewidmete Sache darf im Lichte des Art. 140 GG i. V. m. Art. 138 Abs. 2 WRV nicht kurzerhand von einem Träger öffentlicher Gewalt für seine eigenen bzw. für andere von ihm als tunlich erachtete Zwecke vereinnahmt werden; ebensowenig wäre es hiernach Rechtsens, wollte der Staat die Verfügungsbefugnis über eine zu religiösen Zwecken gewidmete Sache einem religiösen Verband ohne weiteres entziehen und auf ein anderes Subjekt übertragen – mag dies auch aus nachvollziehbaren Erwägungen von staatlicher Warte her angebracht erscheinen. Die öffentliche Gewalt wäre insoweit darauf beschränkt, gegebenenfalls mit einem Wunsch nach Entwidmung bzw. – sofern vorhanden³⁸ – mit einem diesbezüglichen Rechtsanspruch an

³⁶ Hesse, Bauplanungsrecht und Kirchen (o. Fn. 9), S. 75; Martin Heckel, Staat – Kirche – Kunst, 1968, S. 246 ff.; v. Campenhausen/Unruh, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 3), Art. 140 GG/Art. 138 Abs. 2 WRV, Rn. 28 f.; Link, Exilkirchen und ihr Kirchengut (o. Fn. 9), S. 124. – Kritisch demgegenüber Muus, Kirchengut (o. Fn. 34), S. 135 ff.; Filmer/Görisch, Reichweite des grundgesetzlichen Kirchengutsschutzes (o. Fn. 13), S. 468; wohl auch Wehdeking, Kirchengutsgarantien (o. Fn. 4), S. 36 f.

³⁷ Davon geht zu Recht ausdrücklich auch das BVerwG, in: ZevKR 36 (1991), S. 56 (64), aus. Dazu Peter Axer, Der verfassungsrechtliche Schutz der *res sacrae* durch die Kirchengutsgarantie (Art. 140 GG i. V. m. Art. 138 Abs. 2 WRV). Zugleich ein Beitrag zum öffentlich-rechtlichen Sonderstatus der *res sacrae*, in: Recht in Kirche und Staat. Joseph Listl zum 75. Geburtstag, hg. von Wilhelm Rees, 2004, S. 553 f.

³⁸ Das Bestehen etwaiger Ansprüche auf kirchliche Vornahme einer Entwidmung wird weder durch die Qualität der *res sacrae* als öffentliche Sachen

die betreffende Religionsgemeinschaft heranzutreten.³⁹ Die Entscheidung, ob sie diesem Ansinnen stattgibt, obliegt letzterer nach Maßgabe ihres religiösen Selbstbestimmungsrechts unter Beachtung bestehender Rechtsbindungen.

Der in Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV bekräftigte Schutz der Widmung von res sacrae verhindert bei ihnen nicht dem Grunde nach, aber vielfach im Ergebnis eine *Enteignung*. Dies folgt freilich nicht unmittelbar aus der Kirchengutsgarantie; denn die Widmung als res sacra überlagert das privatrechtliche Eigentum lediglich, sie durchdringt es aber nicht. Prinzipiell ist deshalb eine *Enteignung unter Fortbestand der religiösen Widmung* denkbar; dem steht auch die Kirchengutsgarantie nicht entgegen.⁴⁰ Allerdings lässt Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG eine Enteignung nur zum Wohle der Allgemeinheit zu. An dieser Voraussetzung wird es im Falle der Enteignung einer res sacra jedenfalls in den Fällen, in denen die Kirche oder Religionsgemeinschaft nicht von Rechts wegen zur Entwidmung gezwungen werden kann, typischerweise fehlen;⁴¹ denn hier verbliebe die betreffende Sache auch nach einer Enteignung in ihrer Individualität (also ohne Austauschbarkeit) unter der *Verfüugungsmacht* des betreffenden religiösen Verbandes und insofern weiterhin unter dem

22

noch durch die Kirchengutsgarantie dem Grunde nach ausgeschlossen. Zutreffend Weber, Recht der öffentlichen Sachen (o. Fn. 9), S. 121.

³⁹ Anschauungsmaterial für eine solche Sach- und Streitlage bietet die jahrelange Auseinandersetzung um die Benutzung der St. Salvator-Kirche in München; vgl. zum historischen und kirchenrechtlichen Hintergrund *Hans Reis*, Die St. Salvator-Kirche in München aus der Sicht des orthodoxen Kirchenrechts sowie des bayerischen und griechischen Staatskirchenrechts, in: ZevKR 30 (1985), S. 186 ff.; zu den religionsverfassungsrechtlichen Fragen BVerwG, in: ZevKR 36 (1991), S. 56 ff., sowie BVerfGE 99, 100.

⁴⁰ Dies folgt aus der erforderlichen Differenzierung zwischen Enteignung einerseits und Säkularisation andererseits; die Kirchengutsgarantie bezieht sich auf letzteren Tatbestand. Wie hier Hesse, Bauplanungsrecht und Kirchen (o. Fn. 9), S. 64 f., 69; M. Heckel, Staat – Kirche – Kunst (o. Fn. 36), S. 243; Scheuner, Leistungspflichten (o. Fn. 16), S. 386 f. – Anders (im Sinne eines absoluten Enteignungsverbotes für res sacrae) wohl J. Heckel, Kirchengut (o. Fn. 8), S. 137 f., 141 mit Fn. 118; ebenso noch Axel v. Campenhausen, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 5. Aufl. 2005, Art. 140 GG/Art. 138 Abs. 2 WRV, Rn. 32; wohl nicht mehr v. Campenhausen/Unruh, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 3), Art. 140 GG/Art. 138 Abs. 2 WRV, Rn. 31 f.

⁴¹ Ebenso im Ergebnis (freilich mit fragwürdiger Begründung) Franz S. Schuller, Das grundsätzliche Verhältnis von Staat und Kirche nach dem Reichskonkordat vom 20. Juli 1933, in: AfkKR 128 (1957), S. 13 ff., 346 (349).

Schutz der Kirchengutsgarantie.⁴² Eine dergestalt bloß formale Enteignung ohne Entziehbarkeit der kirchlichen Verfügungsbefugnis dürfte dem allgemeinen Wohl jedenfalls in der Regel schwerlich dienen.

b) Das Verwaltungs- und Finanzvermögen

23 Das übrige Vermögen der Religionsgemeinschaften unterfällt *nach Maßgabe seines Religionsbezuges* ebenfalls dem Schutz des Art. 140 GG i. V. m. Art. 138 Abs. 2 WRV.⁴³ Die Tragweite dieses Schutzes kann hier freilich nur in jedem Einzelfall gesondert bestimmt werden. Denn das Spektrum der Religionsbezogenheit reicht in diesem Vermögensbereich von einer unmittelbaren (gegenständlichen) Benutzung zu religiösen Zwecken bis hin zur Funktion von Vermögensbestandteilen als bloße Einnahmequelle, deren Erträgnisse mehr oder minder direkt religiösen Zielen zugute kommen. Dieser Befund führt in der Regel dazu, dass Bestandteile des Verwaltungs- und (erst recht) des Finanzvermögens der Religionsgemeinschaften gegenständlich austauschbar sind. Soweit dies der Fall ist und die religiöse Funktion durch einen solchen Austausch nicht beeinträchtigt wird, bietet die *Kirchengutsgarantie* hiergegen keinen Schutz.

24 Eine *Enteignung* von Gegenständen des Verwaltungs- und Finanzvermögens der Religionsgemeinschaften wäre nur nach Maßgabe von Art. 14 Abs. 3 GG Rechtsens. Sie dürfte deshalb – unbeschadet der

⁴² Die prinzipielle Unabhängigkeit der Kirchengutsgarantie von der jeweiligen Eigentumslage und ihr Fortbestand auch nach einem Eigentumswechsel ist nach dem Prinzip der Einheit der Verfassung bereits bei der Anwendung des Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG angemessen in Rechnung zu stellen. Hiernach verbietet es sich, Enteignungsakte zunächst isoliert von der Kirchengutsgarantie zu beurteilen und in einem zweiten Schritt dann die durch die Enteignung geschaffene neue Eigentumslage dem Fortbestand einer bereits vor der Enteignung vorgenommenen religiösen Widmung ohne weiteres entgegenzusetzen; so aber der Ansatz bei *Bernhard Schlink*, *Neuere Entwicklungen im Recht der kirchlichen öffentlichen Sachen und der res sacrae*, in: NVwZ 1987, S. 633 (634, 638, 639). Kritisch hierzu *Alfred Endrös*, *Finis rerum sacrarum 11.8.1919? – Zur Entstehungsgeschichte der Artikel 137 V und 138 II der Weimarer Reichsverfassung*, in: ZevKR 33 (1988), 285 ff.

⁴³ Anders *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 16), Rn. 16, der die Kirchengutsgarantie nur auf unmittelbar religiösen Zwecken *dienende* Vermögensbestandteile erstrecken will.

sonstigen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen⁴⁴ – allenfalls gegen *angemessene Entschädigung* erfolgen. Bei der Bemessung der Entschädigung ist auch im Schutzbereich des Art. 14 Abs. 3 GG nach dem Grundsatz der Einheit der Verfassung der in Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV geschützte Religionsbezug hinreichend in Rechnung zu stellen. Dies kann zum Erfordernis führen, die Entschädigung je nach der „Nähe“ des betreffenden Vermögensgegenstandes zur religiösen Funktion der Höhe nach zu staffeln – bis hin zum Erfordernis vollen Ersatzes bei Vermögensbestandteilen, welche sich im Blick auf die religiösen Funktionen als für die betreffende Religionsgemeinschaft schlechterdings unverzichtbar darstellen.

4. Grenzen der Kirchengutsgarantie

Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV schützt das Kirchengut in seiner religiösen Funktion (nur) nach Maßgabe seiner *vorhandenen* rechtlichen Qualität. Die Kirchengutsgarantie *erzeugt* einschlägige Berechtigungen nicht, sie setzt diese vielmehr nach Inhalt, Umfang und Bestandsfestigkeit voraus; insofern hat der verfassungsrechtliche Schutz *Verweisungscharakter*⁴⁵. Deshalb bewahrt Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV die Religionsgemeinschaften nicht davor, dass sich vermögenswerte Berechtigungen, die zum geschützten Kirchengut gehören, aus Rechtsgründen(!) inhaltlich verändern oder gar wegfallen;⁴⁶ die Vorschrift schützt ferner nicht vor Eingriffen in den gegenwärtigen Rechtszustand der einschlägigen Vermögensbestandteile, sofern die Religionsgemeinschaften solche Eingriffe aus rechtlichen Gründen hinnehmen⁴⁷ oder aufgrund bestehender Rechtsbin-

25

⁴⁴ Insbesondere ist die für eine rechtmäßige Enteignung erforderliche Funktion für das Wohl der *Allgemeinheit* unter Beachtung der religiösen Bezüge sorgfältig zu prüfen.

⁴⁵ BVerfGE 99, 100 (121); BVerwG, in: ZevKR 36 (1991), S. 56 (63, 65 f.); *Filmer / Görisch*, Reichweite des grundgesetzlichen Kirchengutsschutzes (o. Fn. 13), S. 458 f., 463.

⁴⁶ BVerfGE 99, 100 (121 f.); BVerwGE 28, 179 (183); *Filmer / Görisch*, Reichweite des grundgesetzlichen Kirchengutsschutzes (o. Fn. 13), S. 459.

⁴⁷ Bei (an sich nicht bestandsfesten) Rechten von Religionsgemeinschaften kann nach Maßgabe von Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV eine Aufrechterhaltung des Status quo geboten sein, sofern unter Berücksichtigung der Erfordernisse für eine Weiterführung der religiösen Funktionen nach der gegebenen Sachlage eine Veränderung nicht zuzumuten ist; BVerwG, in: ZevKR 36 (1991), S. 56 (66). Insofern kann die Kirchengutsgarantie in gewissem Sinne rechtsverstärkend bzw. rechtserhaltend wirken. Dazu auch *Fil-*

dungen selbst vornehmen müssen (z.B. eine res sacra zu entwiden haben).

26 Verpflichtungen der letztgenannten Art können z.B. aus *vertraglichen Abmachungen* erwachsen, ferner aus der Bindung an das „für alle geltende Gesetz“, welcher die religiösen Verbände nach Maßgabe von Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV auch in Bezug auf ihr Kirchengut und dessen Verwaltung unterworfen sind. Das „für alle geltende Gesetz“ kennzeichnet dem Grunde nach die Grenze auch für Berechtigungen am geschützten religionsbezogenen Vermögen.⁴⁸ Sofern ein anwendbares Schrankengesetz auf die Verwaltung des Kirchenguts einwirkt, wird dies durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV nicht ausgeschlossen. Allerdings ist bei der Entfaltung der Schranken Klausel eine *Abwägung* des religiösen Freiheitsanspruchs gegenüber den widerstreitenden staatlichen Ordnungszwecken geboten; im Rahmen dieser Abwägung muss die Bedeutung der Kirchengutsgarantie angemessen in Rechnung gestellt werden.⁴⁹

27 Soweit durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV vermögenswerte Rechte geschützt sind, wird auf Grund des Verweisungscharakters der Vorschrift eine Prüfung im Einzelfall erforderlich, ob bzw. inwieweit einschlägige Rechte der Religionsgemeinschaften (noch) bestehen. Solche Überlegungen sind bekanntlich vor allem im Kontext kommunaler Baulastverpflichtungen unter Verweis auf eine angeblich rechtsrelevante grundlegende Änderung der Verhältnisse, auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage bzw. auf die *clausula rebus sic stantibus* u.s.w. angestellt worden.⁵⁰ Art. 140 GG i.V.m. Art. 138

mer / Görisch, Reichweite des grundgesetzlichen Kirchengutsschutzes (o. Fn. 13), S. 463.

⁴⁸ Hierzu eingehend *M. Heckel*, Staat – Kirche – Kunst (o. Fn. 36), S. 245 ff. m. w. N.

⁴⁹ BVerwGE 87, 115 (124 ff.); *Filmer / Görisch*, Reichweite des grundgesetzlichen Kirchengutsschutzes (o. Fn. 13), S. 467.

⁵⁰ Dazu *Nikolaus Wiesenberger*, Kirchenbaulasten politischer Gemeinden und Wohnheitsrecht, 1981, insbes. S. 188 ff. m. w. N. Auf die jüngere Rechtsprechung des BVerwG und auf deren unterschiedliche Entwicklung für neue und alte Bundesländer eingehend *Michael Droege*, Verlust der Rechtseinheit durch Wiedervereinigung, in: ZevKR 54 (2009), S. 488 ff.; *ders.*, Die Gewährleistung des Kirchenguts und die Diskontinuität der staatlichen Rechtsordnung – Aktuelle Probleme des kirchlichen Vermögensrechts, in: ZevKR 55 (2010), S. 339 ff.; *Christian Traulsen*, Neueste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu kommunalen Kirchenbaulastverträgen, in: NVwZ 2009, S. 1019 ff.

Abs. 2 WRV schließt Erwägungen dieser Art nicht prinzipiell aus;⁵¹ die Vorschrift bedeutet indes eine nachhaltige Mahnung und Verpflichtung zu sorgfältiger Prüfung der Rechtslage. Es verstieße gegen Buchstaben und Geist der Kirchengutsgarantie, den Bestand vermögenswerter religionsbezogener Rechte vorschnell und leichtfertig in Zweifel zu ziehen.

IV. Rechtsschutzfragen

1. Rechtsweg

Als Bestandteil des geltenden Verfassungsrechts ist die Kirchengutsgarantie von Gerichten aller Gerichtsbarkeiten, sofern diese mit einschlägigen Sachverhalten befasst werden, in den Entscheidungen zu entfalten und zu berücksichtigen (Art. 20 Abs. 3 GG). Ihr Inhalt ist hierbei nach dem Grundsatz der Einheit der Verfassung unter Beachtung des Gesamtzusammenhangs der religionsverfassungsrechtlichen Artikel und der übrigen Regelungen des Grundgesetzes zu konkretisieren.

Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV wird nicht nur dort relevant, wo es unmittelbar um die *Abwehr* säkularisierender Staatseingriffe bzw. anderweitig in die religiöse Funktion des Kirchenvermögens eingreifender hoheitlicher Maßnahmen geht. Die Kirchengutsgarantie beansprucht vielmehr auch im Streit um religionsbezogene vermögenswerte *Ansprüche* von Religionsgemeinschaften Beachtung; das ist inzwischen vor allem in Baulastprozessen der Fall, aber auch dort, wo „negative Staatsleistungen“ (wie z. B. Steuervergünstigungen) im Streit stehen. Über den ordentlichen Rechtsweg⁵² hinaus ist die Kirchengutsgarantie demgemäß in den verschiedensten Gerichtszweigen (vor allem auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit) von Belang. Maßgeblich für die Rechtswegfrage ist jeweils der Rechtscharakter des Streitgegenstandes und die nach geltendem Prozessrecht hierfür bestehende Regelung.⁵³

⁵¹ Zutreffend BVerwGE 38, 76 (81); HessVGH, in: ZevKR 19 (1974), S. 166 ff. (168); BayVGH, ebd., S. 169 (178); VGH BW, U. v. 14.11.2013 – 1 S 2388/12, juris.

⁵² *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 16), Rn. 20.

⁵³ Spätestens seit Inkrafttreten von § 40 VwGO ist die vom BGH für vermögensrechtliche Ansprüche der Kirchen früher vertretene „Traditionstheorie“ (BGHZ 9, 339) obsolet.

30 Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass die über Art. 140 GG inkorporierten Rechte der Religionsgemeinschaften nicht unmittelbar verfassungsbeschwerdefähig seien.⁵⁴ Gerade im Blick auf die spezifische Schutzrichtung der Kirchengutsgarantie vermag diese Handhabung nicht zu überzeugen. Doch scheidet hier-nach gegenwärtig jedenfalls für die Rechtspraxis die *direkte* Geltendmachung einer Verletzung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV im Wege der *Verfassungsbeschwerde* aus. Freilich wird bei Beeinträchtigungen des religionsbezogenen Kirchenguts in Anbetracht der engen Verknüpfung der Kirchengutsgarantie mit der Gewährleistung der Religionsfreiheit regelmäßig die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts wegen Verletzung des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zulässig sein;⁵⁵ zufolge des aus diesem Grundrecht erwachsenden staatlichen Schutzauftrags können auch inkorporierte Normen der Weimarer Reichsverfassung prüfungsrelevant sein.⁵⁶ Jedenfalls in diesem Rahmen genießt die Kirchengutsgarantie gegebenenfalls Schutz auch im Wege der Verfassungsbeschwerde.

2. Prüfungsreichweite der staatlichen Gerichte

31 Bei der Kirchengutsgarantie handelt es sich – wie bei den übrigen religionsverfassungsrechtlichen Normen des Grundgesetzes – um eine Vorschrift des staatlichen Rechts, die von den staatlichen Gerichten im Rahmen der Rechtsanwendung inhaltlich zu entfalten und auf die zur Entscheidung stehenden Sachverhalte anzuwenden ist.⁵⁷ Dies bezieht sich auch auf die Grundsatzfrage, ob zu schützende vermögenswerte Berechtigungen im gegebenen Fall vorhanden sind bzw. wem sie zustehen,⁵⁸ und es gilt ferner für das Tatbestandsmerkmal der *Religionsbezogenheit* der fraglichen Vermögensbestandteile⁵⁹.

⁵⁴ BVerfGE 19, 129 (135), 206 (218); BVerfG, KirchE 18, 251 (252); st. Rspr.

⁵⁵ Vgl. hierzu BVerfG, in: DVBl. 1992, S. 1020 (1021).

⁵⁶ Dies wurde vom Bundesverfassungsgericht etwa für den in Art. 139 WRV verankerten Sonn- und Feiertagsschutz verdeutlicht; BVerfGE 125, 39 ff. – Vgl. dazu näher *Karl-Hermann Kästner*, → § 40, Rn. 36–40.

⁵⁷ Zur grundsätzlichen Problematik im religionsrechtlichen Kontext *Karl-Hermann Kästner*, „Säkulare“ Staatlichkeit und religionsrechtliche Ordnung in der Bundesrepublik Deutschland, in: ZevKR 34 (1989), S. 260 ff.

⁵⁸ BVerfG, in: DVBl. 1992, S. 1020 (1021). – Hierbei haben die staatlichen Gerichte auch einschlägiges Kirchenrecht anzuwenden; ebenso *Link*, Exilkirchen und ihr Kirchengut (o. Fn. 9), S. 125 ff.

⁵⁹ BVerfGE 99, 100.

Mit Wirkung für den staatlichen Rechtskreis obliegt die Letztentscheidung darüber, inwieweit dieses tatbestandliche Erfordernis erfüllt ist, im Streitfalle dem erkennenden Gericht, nicht der betreffenden Religionsgemeinschaft.

Doch haben die staatlichen Gerichte bei der Klärung dieser Frage zu berücksichtigen, dass ihnen im Rahmen der Auslegung und Anwendung religionsbezogenen Rechts jegliche Sachkompetenz in Glaubensfragen abgeht. Ihre Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis⁶⁰ wird sich deshalb letztlich auf die Beantwortung der Frage beschränken müssen, ob die Darlegung der Religionsgemeinschaft, ein prozessrelevanter Vermögensgegenstand weise religiöse Bezüge auf, *plausibel* erscheint. Dabei hat das Gericht die im gerichtlichen Verfahren behauptete religiöse Zuordnung im Ansatz zugrunde zu legen; es hat diese allerdings daraufhin zu überprüfen, inwieweit sie mit den objektiven Sachgegebenheiten tatsächlich übereinstimmt. Bereits dem Grunde nach verwehrt ist hingegen dem Staat und seinen Organen eine Entscheidung darüber, ob die maßgebliche Zweckbestimmung aus „weltlicher“ Sicht erforderlich bzw. legitim anmutet. Die Dinge liegen insofern im Bereich der Kirchengutsgarantie nicht anders als in sonstigen Sachzusammenhängen, in denen religiöse Entscheidungen im staatlichen Rechtskreis Relevanz entfalten.

32

⁶⁰ Dazu näher *Karl-Hermann Kästner*, Staatliche Justizhoheit und religiöse Freiheit, 1991, S. 63 ff., 185 ff., 249 ff.

§ 70

Die Selbstbestimmung der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften über ihr Vermögen

Von Burkhard Kämper und Markus Schulten

I. Einleitung	1–3
II. Garantien und Grenzen selbstständiger und unabhängiger Vermögensverwaltung	4–26
1. Art. 137 Abs. 3 WRV und das „für alle geltende Gesetz“	5–8
2. Die Staatsleistungs- und Kirchengutsgarantie (Art. 138 Abs. 1 u. 2 WRV)	9–14
3. Kirchenvertraglicher Schutz	15–18
4. Schutz kirchlichen Vermögens in der Insolvenz	19–23
5. Staatliche Rechnungsprüfung im kirchlichen Bereich	24–26
III. Grundstrukturen katholischer Vermögensverwaltung	27–85
1. Rechtsquellenübersicht	27–30
2. Der Begriff des Kirchenvermögens	31–40
a) Versuch einer allgemeinen Definition	31–34
b) Verwaltungs- und Finanzvermögen	35–36
c) Stammvermögen und Verbrauchsvermögen	37–40
3. Träger des kirchlichen Vermögens	41–50
4. Der kanonistische Rahmen der katholischen Vermögensverwaltung	51
5. Organe kirchlicher Vermögensverwaltung	52–73
a) Vermögensverwaltung auf diözesaner Ebene	53–62
b) Vermögensverwaltung auf pfarrlicher Ebene	63–73
6. Charakteristika kanonischer Vermögensverwaltung	74–85
a) Leitlinien ordnungsgemäßer Vermögensverwaltung	74–77
b) Außerordentliche und ordentliche Vermögensverwaltung	78–83

c) Erwerb und Veräußerung von Kirchenvermögen	84–85
IV. Grundstrukturen evangelischer Vermögensverwaltung	86–122
1. Vermögensverwaltung in einer Mehrebenenstruktur	86–89
2. Rechts- und Vermögensträger	90
3. Prägende Leitlinien evangelischer Vermögensverwaltung	91–98
4. Vermögensverwaltung in der EKD sowie anderen Zusammenschlüssen	99–102
5. Vermögensverwaltung in den Landeskirchen	103–108
6. Kirchengemeinden und Kirchenkreise	109–122
V. Aufsicht	123–131
1. Kirchliche Genehmigungsvorbehalte	124–125
2. Kriterien und Überprüfbarkeit	126–127
3. Vereinfachungsmöglichkeiten	128–131

I. Einleitung

- 1 Die christlichen Kirchen in Deutschland verfügen über nicht unerhebliche Finanz- und Sachmittel zur Erfüllung ihres Auftrages. Auch andere Religionsgemeinschaften sind (vor allem in Relation zu einem weitaus geringeren Mitgliederbestand) nicht selten ebenfalls finanziell beachtlich ausgestattet.
- 2 Trotz einer grundsätzlichen Trennung von Staat und Kirche hat sich unsere Verfassungsordnung für ein prinzipiell wohlwollendes, Kirchen und Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften förderndes System mit recht weitgehenden Selbstorganisationsrechten in Hinblick auf die Verwaltung ihres Vermögens entschieden. Dieses staatliche Wohlwollen wird in einer religiös-pluralen, verstärkt säkularer geprägten Gesellschaft aber zunehmend begründungsbedürftig. In jüngerer Vergangenheit hat insbesondere die sog. „Causa Limburg“¹ intensive Anfragen an die Vermögensverwaltung kirchlicher Rechtsträger gestellt. Im Brennpunkt des öffentlichen Interesses stehen Fragen finanzieller Transparenz, von Aufsichts- und Kontrollbefugnissen sowie der Legitimation finanzieller Leistungen an die Kirchen insgesamt.

¹ Unter der „Causa Limburg“ seien sämtliche Vorgänge rund um den Bau des sog. Diözesanen Zentrums St. Nikolaus am Domplatz der Stadt Limburg a. d. Lahn verstanden, welche im Ergebnis zum Amtsverzicht des Limburger Diözesanbischofs Franz-Peter Tebartz-van Elst geführt haben.

Der folgende Beitrag ist ein Einstieg in die Grundlagen der Vermögensverwaltung der katholischen und evangelischen Kirchen in der Bundesrepublik Deutschland. Praxisrelevante vermögensrechtliche Fragen werden angesprochen, der Zugriff auf Spezialprobleme wird mit weiterführenden Literaturnachweisen erleichtert.

3

II. Garantien und Grenzen selbstständiger und unabhängiger Vermögensverwaltung

Der Schutz freier und unabhängiger kirchlicher Vermögensverantwortung und -verwaltung wird durch eine Gesamtschau bundes- und landesverfassungsrechtlicher Vorschriften sowie durch Konkordate und Staatskirchenverträge gewährleistet.

4

1. Art. 137 Abs. 3 WRV und das „für alle geltende Gesetz“

Gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV ordnet und verwaltet jede Religionsgesellschaft ihre Angelegenheiten selbstständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes. Zu den eigenen Angelegenheiten zählen „alle Aufgaben und Tätigkeitsbereiche, die vom konkreten religionsgemeinschaftlichen Auftrag umfasst und nach dem auf Plausibilität überprüften Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft für die Erfüllung dieses Auftrages erforderlich sind.“² Dazu gehört auch die eigenverantwortliche Finanzwirtschaft und Vermögensverwaltung.³ Das kirchliche/religionsgemeinschaftliche Vermögen darf eigenverantwortlich genutzt, gestaltet und entwickelt werden.⁴ Dies bezieht sich nicht nur auf die Art und Weise der Verwaltung, sondern auch auf strukturell-organisatorische Umstände, wie z.B. die Bestimmung des konkret verwaltenden bzw. aufsichtführenden Gremiums/Organs. Das Selbstbestimmungsrecht steht allen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften

5

² Peter Unruh, Religionsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 159.

³ Michael Germann, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), Grundgesetz – Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 140 GG, Rn. 34.2.; Axel Frhr. v. Campenhausen/Heinrich de Wall, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 306 f.; Hans-Peter Hübner, Kirchenvermögen I. Ev., in: LKStKR, Bd. II, S. 537 (538); Unruh, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 2), Rn. 165; Wolfgang Busch, Vermögensverwaltung in der katholischen Kirche (§ 34), in: HSKR², Bd. I, S. 947 (952); BVerwGE 90, 112 (116).

⁴ Felix Hammer, Artikel „Kirchenvermögen“, in: EvStL⁴, Sp. 1245 (1247).

ten ungeachtet ihrer Rechtsform zu.⁵ Es beschränkt sich zudem nicht nur auf die höchste (teil-)kirchliche Ebene wie die (katholische) Diözese oder die (evangelische) Landeskirche, sondern wird auch allen rechtlich selbstständigen Untergliederungen (etwa Pfarreien und Kirchengemeinden) zuteil.⁶

- 6 Die nicht als allgemeiner Gesetzesvorbehalt im Sinne einiger Grundrechtsgarantien zu verstehende Schrankenregelung des Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV ist durchaus voraussetzungs- und hier nur in der gebotenen Kürze zu skizzieren.⁷ Die Formen und Grenzen des kirchlichen Vermögensverwaltungsrechts folgen einem Abwägungsprogramm, welches das betroffene Element des Selbstbestimmungsrechts und das Rechtsgut, zu dessen Schutz das einschränkende Gesetz dient, zu einem Ausgleich bringt.⁸ Nach allgemein anerkanntem Ansatz soll die Formel des „für alle geltenden Gesetzes“ jedes Sondergesetz gegen Kirchen und Religionsgemeinschaften ausschließen.⁹ Darüber hinaus sind solche Normen als Einschränkungsmittel ausgeschlossen, die ihre Adressaten zwar formal gleichbehandeln, Religionsgemeinschaften in ihrer Besonderheit aber anders und härter als „alle anderen“ betreffen, indem sie deren Selbstbestimmung in ihren spezifischen, über die Interessen anderer Normadressaten hinausgehenden Entfaltungsbedürfnissen beeinträchtigen.¹⁰ Aus der Wechselwirkung von Kirchenfreiheit und Schranken Zweck soll eine Abwägungsentscheidung resultieren, welche einerseits dem kirchlichen Selbstverständnis besonderes Gewicht zumisst, anderer-

⁵ *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 3), Art. 140 GG, Rn. 39; jüngst wieder zu einer vereins- und körperschaftsrechtlichen Maßnahme der Zeugen Jehovas: BGHZ 197, 61 (66 f., Rn. 20 ff.). S. dazu die Anmerkungen v. *Michael Germann*, in: ZStV 2013, S. 186 ff. sowie von *Michael Droege*, in: npoR 2013, S. 216 ff.

⁶ BVerfGE 137, 273 (306).

⁷ Instruktiv dazu *Stefan Koriath*, → § 16. S. a. *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 3), Art. 140 GG, Rn. 31 ff. (41 ff.); *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), GG, 3. Aufl., Bd. III, 2018, Art. 137 WRV, Rn. 57 ff.; *Dirk Ehlers*, in: Michael Sachs (Hg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 140 GG/Art. 137, Rn. 4 ff. (11 ff.).

⁸ *Michael Droege*, Vermögensverwaltungsrecht (§ 27), in: HEKR, S. 926 (935).

⁹ *Stefan Mückl*, in: HStR³, Bd. VII, 2009, § 159, Rn. 84; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 7), Art. 137 WRV, Rn. 61.

¹⁰ *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 3), Art. 140 GG, Rn. 42 (m. w. N.); s. a. *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 7), Art. 140 GG/Art. 137, Rn. 13.

seits aber auch den staatlichen Schutz anderer für das Gemeinwesen bedeutsamer Rechtsgüter bewirkt.¹¹

Das BVerfG hat die Schranke des Art. 137 Abs. 3 WRV in den Kontext der allgemeinen grundrechtlichen Schrankendogmatik gestellt. Aus der Konstruktion des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften als selbstständiger Gewährleistung gegenüber der Religionsfreiheit folgert das BVerfG, dass Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV als *lex specialis* Art. 4 Abs. 1 und 2 GG vorgeht, soweit sich deren Schutzbereiche überlagern (sog. Schrankenspezialität).¹² Schranke des Selbstbestimmungsrechts ist daher nicht erst sog. kollidierendes Verfassungsrecht, sondern eben bereits das für alle geltende – insbesondere einfache – Gesetz. Im jeweiligen Einzelfall muss daher für das „für alle geltende Gesetz“ der Schutz- und Regelungszweck nachweisbar sein und dass dieser Schutz nur mit einer verhältnismäßigen Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts erreichbar ist.¹³ Soweit ersichtlich, standen sich das Selbstverständnis und die Selbstbestimmung der Kirchen und Religionsgemeinschaften und ein vom Gesetzgeber geschütztes Rechtsgut oder Grundrecht bisher nicht derart unversöhnlich gegenüber, dass das eine nur auf Kosten des anderen hätte realisiert werden können.¹⁴ Zu den „für alle geltenden“ Gesetzen zählen im Bereich der kirchlichen bzw. religionsgemeinschaftlichen Vermögensverwaltung nicht nur die staatlichen Regelungen des (Erb-)Bau-, des Stiftungs- oder des allgemeinen Zivilrechts. Insbesondere relevant sind das Umsatzsteuerrecht, das Haushaltsrecht, die Denkmalschutzgesetze oder auch das Kreditwesengesetz.¹⁵

Aus dem Umstand, dass das kirchliche Selbstbestimmungsrecht nur innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes gegeben ist, folgt jedoch nicht, dass jedwede staatliche Rechtsetzung, sofern sie aus weltlicher, staatlicher Sicht als „vernünftig und verhältnismäßig“ erscheint, ohne weiteres in den besonderen, den Kirchen, ihren Organisationen und Einrichtungen von Verfassungen wegen zustehenden Autonomiebereich eingreifen könnte.¹⁶ Die Zuordnung der wechselseitigen Interessen und Rechtsgüter erfordert eine Herausar-

¹¹ Mückl, in: HStR³, Bd VII, 2009, § 159, Rn. 84 (m. w. N.).

¹² BVerfGE 137, 273 (304).

¹³ Morlok, in: Dreier (o. Fn. 7), Art. 137 WRV, Rn. 65.

¹⁴ Bernhard Schlink, Die Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften, in: JZ 2013, 209 (216 f.).

¹⁵ Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 7), Art. 140 GG / Art. 137, Rn. 14.

¹⁶ BVerfGE 137, 273 (312); 53, 366 (404); 72, 278 (289).

beitung des relativen Gewichts der betroffenen Aspekte des Selbstbestimmungsrechts.¹⁷ Dabei sind Typologien (Kernbereich, Randbereich des religionsgesellschaftlichen Wirkens) ebenso möglich wie das Heranziehen des Selbstverständnisses der Religionsgesellschaft (und im Gegenzug des staatlichen Interesses) notwendig ist, welches gleichsam Aufschluss darüber gibt, wie wichtig der Aspekt auf der jeweils eigenen „Präferenzskala“ ist. *Maßgeblich* bleiben indes das Recht und die Pflicht der staatlichen Instanz zur Letztentscheidung.

2. Die Staatsleistungs- und Kirchengutsgarantie (Art. 138 Abs. 1 u. 2 WRV)

- 9 Das kirchliche Vermögen und seine Verwaltung werden zudem über Art. 138 Abs. 1 und 2 WRV geschützt. Abs. 1 garantiert die sog. Staatsleistungen bis zu einer endgültigen Ablösung. Art. 138 Abs. 2 WRV, die sog. Kirchengutsgarantie¹⁸, schützt das Eigentum und andere Rechte der Religionsgesellschaften und religiösen Vereine an ihren für Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und sonstigen Vermögen. Dies schließt auch eine Garantie der sachbezogenen Organisation und Verwaltungsform des Kirchenguts einschließlich der kirchlichen Stiftungen ein.¹⁹ Insgesamt zielt die Kirchengutsgarantie darauf ab, in Ergänzung des durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG sowie Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV zugesagten Schutzes, die Stellung und die Freiheit der Kirchen in ihren sachlichen Grundlagen zu gewährleisten.²⁰ Das Vermögen wird

¹⁷ Dazu und zum Folgenden: *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 7), Art. 137 WRV, Rn. 64.

¹⁸ Dazu *Emanuel Ost*, Kirchengut und Religionsverfassungsrecht. Eine Untersuchung zu Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV, 2008 (Online-Zugriff unter: <<https://freidok.uni-freiburg.de/data/6103>>); *Thomas Pieter Wehdeking*, Die Kirchengutsgarantien und die Bestimmungen über Leistungen der öffentlichen Hand an die Religionsgesellschaften im Verfassungsrecht des Bundes und der Länder, 1971; *Dietrich Pirson*, Kirchengut – Religionsfreiheit – Selbstbestimmung, in: Dem Staate, was des Staates ist – der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag, hg. von Josef Isensee/Wilhelm Rees/Wolfgang Rübner, 1999, S. 611 ff.; *Ernst Rudolf Huber*, Die Garantie der kirchlichen Vermögensrechte in der Weimarer Verfassung, 1927; ebenso *Karl-Hermann Kästner*, → § 69.

¹⁹ *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 3), S. 269.

²⁰ *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 7), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 6 (m. w. N.); BVerfGE 99, 100 (120); BVerfGE 123, 148 (178). Bedenken gegen eine primär systemkonforme Einordnung und Auslegung der Kirchengutsgarantie formuliert *Pirson*, Kirchengut (o. Fn. 18), S. 616 ff.

speziell vor dem Hintergrund seiner religionsbezogenen Funktion geschützt.²¹

In den Fällen, in denen der besondere Eigentums- und Vermögensschutz aus Art. 138 Abs. 2 WRV nicht greift, können sich die Kirchen sowie die anderen Religionsgemeinschaften über Art. 19 Abs. 3 GG auf die allgemeine Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG berufen. Art. 14 GG schützt das rein privatrechtliche Verhältnis der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften zu ihrem Vermögen.²² Die Vorschriften schließen sich nicht aus, sondern ergänzen einander.²³ Die konkrete Konturierung der jeweiligen Schutzbereiche wird, soweit es über die Frage des *Eigentums* hinausgeht²⁴, bisweilen kontrovers diskutiert. Fraglich ist insbesondere, ob und inwieweit Verwaltungs- und Finanzvermögen dem Schutzbereich des Art. 138 Abs. 2 WRV zuzuordnen sind.

In Anlehnung an die gängige weite Auslegung des Begriffs der „anderen Rechte“ bzw. des „sonstigen Vermögens“, die (gleichsam als Sammelbegriff aller Vermögensrechte) sämtliche sonstigen vermögenswerten Rechte der Religionsgemeinschaften und religiösen Vereine erfasst, nimmt eine Ansicht einen Schutz des *gesamten* Religions- bzw. Kirchenguts an.²⁵ Begründet wird dies zudem mit der dogmatischen Grundlegung des Religionsschutzes (auch) im Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften, dessen Umfang über die in Art. 138 Abs. 2 WRV genannten Bereiche hinausgehe. Folglich zähle auch das Finanz- undungsverwaltungsvermögen zum geschützten Vermögensbestand.²⁶

²¹ Karl-Hermann Kästner, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter, Losebl., Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 623 (Drittbearbeitung, Stand April 2010).

²² Busch, Vermögensverwaltung (o. Fn. 3), S. 949.

²³ Kästner, in: BK (o. Fn. 21), Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 623.

²⁴ Die Eigentumsbegriffe in Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 138 Abs. 2 WRV stimmen wesentlich überein, vgl. BVerfGE 18, 392 (398); Martin Borowski, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, 2006, S. 315.

²⁵ Peter Unruh, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle, Bd. 3, Art. 138 WRV, Rn. 26 (m. w. N.); Morlok, in: Dreier (o. Fn. 7), Art. 138 WRV, Rn. 32, 33, der auch auf die praktischen Schwierigkeiten einer Abgrenzung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Indienststellung für einen religiösen Zweck hinweist.

²⁶ Pirson, Kirchengut (o. Fn. 18), S. 619, nimmt ausdrücklich das Anlagevermögen in den Schutzbereich der Kirchengutsgarantie mit auf, da es die Handlungsfähigkeit der Kirchen sichere, was die ursprüngliche Intention von Art. 138 Abs. 2 WRV sei.

- 12 Demgegenüber wird in der Literatur auch die sog. These vom abgestuften Schutzbereich vertreten.²⁷ Betont wird die unmittelbare religiöse Zwecksetzung, die eine bestimmte Rechtsposition aufweisen müsse. Nur solche Vermögenspositionen, die unmittelbar religiösen Zwecken dienen (z. B. die *res sacrae*²⁸ oder auch kirchliche Krankenhäuser und Schulen), seien stets von Art. 138 Abs. 2 WRV erfasst.²⁹ In Hinblick auf die Frage des nur mittelbar religiösen Zwecken dienenden Vermögens in Gestalt des Verwaltungs- und Finanzvermögens spalten sich die Vertreter dieser Lehre in drei Lager: Nach einer Ansicht reiche eine lediglich mittelbare Förderung religiöser Zielsetzungen nicht aus, da sie einerseits nicht für Kultus- oder ähnliche Zwecke bestimmt seien, andererseits ansonsten alle vermögenswerten Rechte der Religionsgemeinschaft erfasst würden und die tatbestandlichen Einschränkungen keinen Sinn ergäben.³⁰ Verwaltungs- und Finanzvermögen der Kirchen unterfielen demnach generell nur dem Schutzbereich des Art. 14 GG. Eine andere Richtung nimmt nur das Finanzvermögen vom Schutzbereich des Art. 138 Abs. 2 WRV aus.³¹ Eine dritte Position überprüft beim Verwaltungs- und Finanzvermögen die Nähe der Vermögensposition zur spezifisch kirchlichen Funktion im jeweiligen Einzelfall.³²
- 13 Die These vom abgestuften Schutzbereich sieht sich heute verstärkt grundrechtsdogmatischen Bedenken ausgesetzt.³³ Schwer wiegt zum einen der Umstand, dass sie keinen normativen Rückhalt

²⁷ Begriff nach *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 2), Rn. 501; so etwa *Busch*, Vermögensverwaltung (o. Fn. 3), S. 949 f.; *Kästner*, in: BK (o. Fn. 21), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 631 ff. (634).

²⁸ Umfassende Darstellung der Rechtsprobleme der *res sacrae* bei *Peter Axer*, → § 60. Ebenso: *ders.*, Der verfassungsrechtliche Schutz der *res sacrae* durch die Kirchengutsgarantie (Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV), in: *Recht in Kirche und Staat. Joseph Listl zum 75. Geburtstag*, hg. von Wilhelm Rees, 2004, S. 553 ff.

²⁹ *Busch*, Vermögensverwaltung (o. Fn. 3), S. 949 f.

³⁰ *Ehlers*, in: *Sachs* (o. Fn. 7), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 8; *Stefan Koriath*, in: *Theodor Maunz / Günter Dürig* (Begr.), *Grundgesetz – Kommentar*, Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 16.

³¹ *Claus Dieter Classen*, *Religionsrecht*, 2. Aufl. 2015, Rn. 287, nach dem das Finanzvermögen per se aus dem Schutzgehalt der Norm herausfalle. Der wirtschaftliche Existenzschutz werde auch für Religionsgemeinschaften ausschließlich durch Art. 14 GG gewährleistet.

³² *Kästner*, in: BK (o. Fn. 21), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 634; wohl auch *Hübner*, *Kirchenvermögen I. Ev.* (o. Fn. 3), S. 538.

³³ Näher zur (schlüssigen) Kritik: *Unruh*, in: *v. Mangoldt / Klein / Starck* (o. Fn. 25), Art. 138 WRV, Rn. 29; *Koriath*, in: *Maunz / Dürig* (o. Fn. 30), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 16.

im Verfassungstext findet. Zum anderen bietet sich in Einklang mit der weiten, stark funktionalen, Auslegung des Schutzbereichs des Grundrechts der Religionsfreiheit durch das BVerfG, welches die institutionellen Garantien der WRV als Konkretisierung der Religionsfreiheit versteht,³⁴ eine Lösung vor allem auf der Schrankenebene an, nachdem zuvor der Schutzbereich des Art. 138 Abs. 2 WRV vollständig eröffnet wurde.³⁵ Alle plausibel religionsbezogenen vermögenswerten Rechtspositionen fallen daher in den Schutzbereich der Kirchengutsgarantie.³⁶

Diese bundesverfassungsrechtliche Arrondierung des besonderen Schutzes des kirchlichen Vermögens(verwaltungs)rechts wird in zahlreichen Landesverfassungen bestätigt. Acht Bundesländer garantieren das kirchliche Selbstbestimmungsrecht ausdrücklich im Verfassungstext³⁷, fünf weitere deklarieren die über Art. 140 GG inkorporierten Artikel der Weimarer Reichsverfassung als geltendes Landesrecht bzw. nehmen unmittelbaren Bezug auf selbige³⁸. Lediglich die Landesverfassungen von Berlin, Hamburg und Schleswig-Holstein enthalten keine religionsverfassungsrechtlichen Bestimmungen.

14

3. Kirchenvertraglicher Schutz

Die Garantie des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften ist schließlich regelmäßiger Vertragsinhalt von Konkordaten, Staatskirchenverträgen sowie Staatsverträgen mit der katholischen Kirche, den evangelischen Landeskirchen sowie den jüdischen Gemeinschaften.

15

Mit den muslimischen Moscheegemeinden und Verbänden wurden bisher keine religionsverfassungsrechtlichen Verträge vergleichbar den Staatskirchenverträgen abgeschlossen. Wenn bisweilen in der

16

³⁴ BVerfGE 125, 39 (79); 102, 370 (387). Zum Ganzen: *Christian Walter*, Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive, 2006, S. 200 f., 494 ff.

³⁵ Vgl. *Borowski*, Glaubens- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 24), S. 316.

³⁶ *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 25), Art. 138 WRV, Rn. 29.

³⁷ Art. 142 Abs. 3 BayVerf., Art. 36 Abs. 2 Verf. Bbg., Art. 59 Abs. 2 Verf. Bremen, Art. 49 (i.V.m. Art. 50 Abs. 2) HessVerf., Art. 19 Abs. 2 Verf. NRW, Art. 41 Abs. 2 Verf. RP, Art. 35 Abs. 2 Verf. Saarl. sowie Art. 32 Abs. 2 Verf. LSA.

³⁸ Art. 5 Verf. BW, Art. 9 Abs. 1 Verf. MV, Art. 3 Abs. 2 NdsVerf., Art. 109 Abs. 4 Verf. Sachsen sowie Art. 40 ThürVerf.

Öffentlichkeit von „muslimischen Staatsverträgen“ in den Bundesländern Hamburg, Bremen und Niedersachsen die Rede ist, verkennt dies die Rechtsnatur der vertraglichen Übereinkunft. Rechtsdogmatisch dürfte es sich allenfalls um Verwaltungsabkommen handeln.³⁹ Dennoch sind die Verträge insofern nicht unbeachtlich, als sie den muslimischen Verbänden bestimmte subjektive Rechte einräumen. Jeweils in Art. 1 Abs. 2 S. 1 der Verträge des Landes Hamburg mit der Alevitischen Gemeinde Deutschland e.V. sowie dem DITIB-Landesverband Hamburg, der SCHURA e.V. und dem Verband der Islamischen Kulturzentren e.V. wird das Selbstbestimmungsrecht – und damit konkludent das besondere Recht zu autonomer und staatsfreier Vermögensverwaltung – bekräftigt.⁴⁰ Gleiches gilt in Bremen gem. Art. 1 Abs. 2 des Vertrages der Stadt Bremen mit den muslimischen Verbänden DITIB, Schura und VIKZ. Alle Verträge enthalten zudem Vertragsklauseln, welche den muslimischen Vertragspartnern einen besonderen, parallel zu Art. 138 Abs. 2 WRV verlaufenden, Vermögensschutz gewähren.

- 17 Damit gewähren diese „Verwaltungsabkommen“ den muslimischen Verbänden dem Wortlaut nach solche Rechtsposition, welche die Verfassung an den Status einer Religionsgemeinschaft knüpft. Da sich die muslimischen Dach- bzw. Landesverbände (mit Ausnahme der Alevitischen Gemeinde Deutschland e.V.) bislang nicht auf diesen

³⁹ Dazu instruktiv *Wolfgang Rüfner*, Verwaltungsabkommen zwischen Staat und Kirche, in: Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag, hg. von Rainer Grote / Ines Härtel / Karl E. Hain / Thorsten Ingo Schmidt / Thomas Schmitz / Gunnar Folke Schuppert / Christian Winterhoff, 2007, S. 1175 ff. Umfassend: *Ansgar Hense*, Staatliche Verträge mit muslimischen Akteuren – ein längerer, religionsverfassungsrechtlicher Zwischenruf zur Lage, in: Wofür braucht Niedersachsen einen Vertrag mit muslimischen Verbänden?, hg. von Björn Thümler, 2016, S. 187 ff.

⁴⁰ (Nicht nur) zu den Hamburger Verträgen siehe *Michael Demel*, Die Verträge Hamburgs mit islamischen Verbänden und der Alevitischen Gemeinde, in: KuR 2013, S. 93 ff. sowie *Uwe Kai Jacobs*, Staatsverträge mit nichtchristlichen Religionsgemeinschaften – Chancen und Grenzen, in: KuR 2016, S. 1 ff.; umfassend: *Julia Lutz-Bachmann*, Mater rixarum? Verträge des Staates mit jüdischen und muslimischen Religionsgemeinschaften, 2015.

Status berufen können,⁴¹ haben die genannten Verträge durchaus „experimentellen Charakter“.⁴²

Ein unmittelbarer Rückgriff auf Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV hängt für die muslimischen (Moschee-)Gemeinden und Verbände daher nach wie vor von einer Klärung der Frage nach dem Status als Religionsgemeinschaft ab.⁴³ Somit legitimiert sich ihre Selbstverwaltungskompetenz in Vermögensangelegenheiten – jedenfalls zurzeit noch – im Wesentlichen aus dem staatlichen Vereinsrecht.

18

4. Schutz kirchlichen Vermögens in der Insolvenz

Die Selbstbestimmung der Kirchen in vermögensrechtlicher Perspektive wird überdies dadurch in besonderer Weise gesichert, dass nach älterer – freilich nicht mehr unumstrittener⁴⁴ – Ansicht des BVerfG ein *Konkursverfahren* über das Vermögen öffentlich-rechtlich verfasster Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften ausgeschlossen war.⁴⁵ Mit Hilfe einer verfassungsunmittelbaren Ableitung aus dem religionsgesellschaftlichen Selbstbestimmungsrecht (Art. 137 Abs. 3 S. 2 WRV), dem Körperschaftsstatus (Art. 137 Abs. 5 WRV) sowie dem mit diesem Rechtsstatus verbundenen Steuererhebungsrecht (Art. 137 Abs. 6 WVR) nimmt das Gericht die Konkursunfähigkeit der Kirchen – und ihrer Organisationen, „soweit sie als Körperschaften des öffentlichen Rechts anerkannt sind“ – an.

19

⁴¹ Die rechtlichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer Religionsgemeinschaft im Sinne des deutschen Religionsverfassungsrechts sind bislang nicht erfüllt. Allerdings kann nach BVerwGE 123, 49 (57) auch ein muslimischer Dachverband unter bestimmten Voraussetzungen als solche anzusehen sein.

⁴² *Demel*, Verträge Hamburgs (o. Fn. 40), S. 96.

⁴³ Während das OVG Münster mit U. v. 9.11.2017 – 19 A 997/02 (= KuR 2017, S. 245 [Ls.]), entschieden hatte, dass der Zentralrat der Muslime in Deutschland e.V. und der Islamrat für die Bundesrepublik Deutschland e.V. keine Religionsgemeinschaften im Sinne des Grundgesetzes sind, hat das BVerwG durch B. v. 20.12.2018 – 6 B 94/18, das Urteil des OVG Münster aufgehoben und die Frage zur erneuten Beratung an das OVG zurückverwiesen.

⁴⁴ Umfassende Würdigung – insbesondere mit Blick auf die Kirchengemeinden als „Untergliederungen“ – bei *Martin Zumbült*, Insolvenzfähigkeit der Kirchengemeinde. Vermögensrechtliche Konsequenzen verfassungsrechtlicher Vorgaben, 2013.

⁴⁵ BVerfGE 66, 1 (18 ff.); Anm. zur Entscheidung des BVerfG bei *Matthias Herdegen*, EuGRZ 1984, S. 244 ff.; der Sache nach erneut bestätigt durch OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2012, S. 421; *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 3), Art. 140 GG, Rn. 95.

20 Nicht nur bewirke der Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse im Falle der Zahlungsunfähigkeit auf einen Konkursverwalter eine übermäßige und unverhältnismäßige Einschränkung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts⁴⁶, der einen Vorrang des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts vor dem allgemeinen Konkursrecht gebiete.⁴⁷ Auch die Bestimmung der unter § 882a Abs. 2 S. 1 ZPO fallenden Gegenstände dürfte nicht unerhebliche systemimmanente Schwierigkeiten bereiten. Die Existenz von Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften ist in der Tat nur dann faktisch gewährleistet, wenn ihr primär karitatives, moralisches und gesellschaftsdienliches Engagement ohne primäre Rücksicht auf „ökonomische Nutzerwägungen“ erfolgen kann.⁴⁸ Schließlich führe auch der Körperschaftsstatus, der den Kirchen „wegen ihrer Bedeutung“ zukomme, in der Diktion des BVerfG dazu, dass bei diesen die Gefahr einer Zahlungsunfähigkeit „aufgrund ihres großen Mitgliederbestandes, ihrer Vermögenssubstanz und ihres Steuererhebungsrechts praktisch nicht gegeben“ sei.⁴⁹

21 Rechtsdogmatisch und von der Faktenlage her wirft das Judikat durchaus kritische An- und Rückfragen auf: unklar bleibt nicht nur, welche Bedeutung und Gewichtigkeit den Artikeln 137 Abs. 3 WRV und 137 Abs. 5 WRV im Konfliktfall wirklich zukommt, insbesondere, soweit die Insolvenz einer Kirchengemeinde in Rede steht. Fraglich dürfte auch sein, ob die stetig schwindenden Mitgliederzahlen und die damit einhergehenden absehbar reduzierten finanziellen Handlungsspielräume der Kirchen zumindest perspektivisch eine anderweitige Auslegung gebieten werden. Auch die Frage der Konkursunfähigkeit *privatrechtlich* organisierter kirchlicher Einrichtungen als

⁴⁶ Vgl. BVerfGE 66, 1 (21, 22 f.); s. a. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – BT-Drs. 12/2443 – zum Entwurf einer Insolvenzordnung (InsO), BT-Drs. 12/7302, S. 156.

⁴⁷ BVerfGE 66, 1 (22–24); Ulrich Ehricke, in: Wolfram Henkel / Walter Gerhardt (Hg.), InsO, Bd. I, 2004, § 12, Rn. 2; kritisch etwa Felix Engelsing, Zahlungsunfähigkeit von Kommunen und anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts: Vollstreckung und finanzielle Einstandspflicht, 1999, S. 160, der darauf hinweist, dass durchaus zwischen den Kompetenzbereichen des öffentlich-rechtlich organisierten Gemeinschuldners und des Insolvenzverwalters unterschieden werden kann. Deziert ablehnende Sicht: Achim Janssen, Das Dogma von der Insolvenzunfähigkeit von Religionskörperschaften – ein Anachronismus, in: DÖV 2019, S. 81 ff.

⁴⁸ Vgl. Ehricke, in: Henkel / Gerhardt (o. Fn. 47), § 12, Rn. 38.

⁴⁹ BVerfGE 66, 1 (24).

„Untergliederungen“ der Landeskirchen bzw. (Erz-)Diözesen bleibt letztlich offen.⁵⁰

Seit der Ablösung der Konkursordnung durch die Insolvenzordnung werden daher Zweifel erhoben, ob an dieser BVerfG-Rechtsprechung noch festgehalten werden kann.⁵¹ § 1 InsO sieht neben der Liquidation ausdrücklich auch den Erhalt des „Unternehmens“ vor. Die Regelungen über die Unzulässigkeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in den maßgeblichen §§ 11, 12 InsO⁵² erfassen die öffentlich-rechtlich verfassten Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften und ihre Untergliederungen dem Wortlaut nach gerade nicht. Dennoch spricht wohl der historische Wille des Gesetzgebers dagegen, die Kirchen und Religionsgemeinschaften – zumindest, soweit sie öffentlich-rechtlich organisiert sind – dem Regelungsregime der InsO zu unterstellen.⁵³

Ob die vom bayerischen Gesetzgeber in Art. 1 Abs. 3 S. 2 Ziff. 4 BayKiStG vorgeschlagene Option, überschuldeten Körperschaften des öffentlichen Rechts den Körperschaftsstatus zu entziehen, mit Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV in Einklang zu bringen ist, dürfte zumindest mit Blick auf die *altkorporierten* Körperschaften fraglich sein. Soweit ersichtlich, ist die Frage der Anwendbarkeit der InsO auf kirchliche Körperschaften bisher keiner höchstrichterlichen Klärung zugeführt worden.

⁵⁰ BVerfGE 66, 1 (25); *Herdegen*, Anm. (o. Fn. 45), S. 244 (245). Zu einer Konkursfähigkeit tendierend: *Ehricke*, in: Henkel / Gerhardt (o. Fn. 47), § 12, Rn. 2. Für eine Differenzierung zwischen Diözese – als übergreifender religiöser Kerninstitution – und den jeweils zugeordneten, öffentlich-rechtlich verfassten Untergliederungen spricht sich *Zumbült*, Insolvenzfähigkeit der Kirchengemeinde (o. Fn. 44), S. 210 f., 213 ff., aus.

⁵¹ Zum Folgenden: *Droege*, Vermögensverwaltungsrecht (o. Fn. 8), S. 926 (952).

⁵² § 12 Abs. 1 Ziff. 2 InsO erklärt allein das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts für unzulässig, die der Aufsicht eines Landes untersteht. Dies ist bei den Diözesen und Landeskirchen sowie den Kirchengemeinden als Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht der Fall.

⁵³ Ausdrücklich: BT-Drs. 12/7302, S. 156: „Die mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbundene Einschränkung der Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis der Religionsgemeinschaft und der Übergang der Rechte auf den Insolvenzverwalter würde die Verwirklichung des kirchlichen Auftrags nahezu unmöglich machen. Darin müßte eine Beeinträchtigung der den Religionsgemeinschaften verfassungsrechtlich gewährleisteten Autonomie gesehen werden. Deshalb kann auch das künftige Insolvenzrecht keine Anwendung jedenfalls auf solche Religionsgemeinschaften finden, die öffentlich-rechtlich organisiert sind.“

5. Staatliche Rechnungsprüfung im kirchlichen Bereich

24 Die wirtschaftliche Betätigung der Kirchen wie auch der Umgang mit ihrem Vermögen stehen nicht ohne Grund unter kritischer Beobachtung der Öffentlichkeit. So ist nicht erst durch die Causa Limburg die Bedeutsamkeit von funktionsfähigen kircheneigenen Kontroll- und Prüfungssystemen wieder ins allgemeine Bewusstsein gelangt.⁵⁴ Ob diese Mechanismen aber letztlich greifen oder versagen, bleibt indes – jedenfalls soweit es ausschließlich um kircheneigenes Vermögen geht – bis auf das schon mehrfach apostrophierte öffentliche Interesse eine rein innerkirchliche Angelegenheit.

25 Etwas anderes gilt, sobald staatliche Zuwendungen ins Spiel kommen. Darunter fallen – in Abgrenzung zu den Staatsleistungen i. S. d. Art. 140 GG i. V. m. Art. 138 Abs. 1 WRV – zum einen staatliche Subventionen, die nach unterschiedlichen Finanzierungssystemen zur Kompensation für die Aufwendungen bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben der sozialen Daseinsvorsorge gewährt werden, die beim Vorliegen der Voraussetzungen auch anderen Zuwendungsempfängern zufließen. Dazu zählt etwa das Betreiben von Krankenhäusern, Schulen, Kindergärten, Altenheimen, Beratungsstellen sowie Einrichtungen der Erwachsenenbildung, der Jugendhilfe und der Sozialarbeit. Darüber hinaus werden Subventionen im Bereich der gemeinsamen Angelegenheiten gewährt wie etwa dem Religionsunterricht, der Militärseelsorge sowie der Gefangenen- und der Anstaltsseelsorge. All diese Subventionen sind haushaltsrechtlich Zuwendungen im Sinne der §§ 23 und 44 BHO bzw. der weitgehend identischen Landeshaushaltsordnungen.⁵⁵ Auch wenn sie mit ihrer Auszahlung an die Kirchen zum Bestandteil des kirchlichen Vermögens werden, wird seit Anfang der 1990er Jahre die Frage nach der staatlichen Prüfungskompetenz im kirchlichen Bereich diskutiert.

⁵⁴ Vgl. zu Einzelfragen in der konkreten Ausgestaltung etwa *Michael Brenner*, Zum Prüfungsmaßstab kirchlicher Rechnungsprüfung, in: ZevKR 62 (2017), S. 41 ff., und *Michael Droege*, Private Wirtschaftsprüfungsgesellschaften in der kirchlichen Finanzkontrolle, in: ZevKR 62 (2017), S. 73 ff.

⁵⁵ *Norbert Janz*, Verwendung von Staatsleistungen und sonstiger Religionsfördermaßnahmen unter staatlicher Aufsicht – mit besonderer Berücksichtigung der Tätigkeit der Rechnungshöfe, in: Grund und Grenzen staatlicher Religionsförderung – unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses von Staat und Katholischer Kirche in der Bundesrepublik Deutschland, hg. von Matthias Pulte / Ansgar Hense, 2014, S. 93 (100).

Dabei kann das „ob“ der Zulässigkeit einer staatlichen Prüfung nicht ernsthaft in Frage stehen: § 91 Abs. 1 Nr. 3 BHO bzw. die gleichlautenden landesrechtlichen Regelungen gestehen den staatlichen Rechnungshöfen im Fall von staatlichen Zuwendungen ausdrücklich ein Prüfungsrecht auch außerhalb der Bundesverwaltung bzw. der jeweiligen Landesverwaltungen zu. Fraglich ist allein der Prüfungsumfang, der sich aus § 91 Abs. 2 BHO bzw. den entsprechenden Landesregelungen ergibt: Soweit Satz 1 besagt, dass sich die Prüfung auf die bestimmungsgemäße und wirtschaftliche Verwaltung und Verwendung erstreckt, begegnet auch diese Regelung keinen Bedenken. Kaum jemand wird einer zuwendenden staatlichen Stelle das Recht absprechen, beim (kirchlichen oder sonstigen) Zuwendungsempfänger die ordnungsgemäße und zweckentsprechende Verwendung der Mittel mithilfe eines Verwendungsnachweises nachzuhalten.⁵⁶ Verständlich sind demgegenüber die deutlichen Anfragen an die Zulässigkeit eines darüber hinausgehenden Prüfungsrechts, das aus Satz 2 abgeleitet wird: Danach obliegt es dem jeweiligen Rechnungshof, soweit er es für seine jeweilige Prüfung für notwendig hält, im Fall von Zuwendungen die Prüfung auch auf die sonstige Haushalts- und Wirtschaftsprüfung des Empfängers zu erstrecken. Diese erweiterte Prüfungskompetenz staatlicher Rechnungshöfe kollidiert zumindest bei den Kirchen und Religionsgemeinschaften mit ihrer verfassungsrechtlich geschützten Vermögensverwaltung, so dass erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift jedenfalls bei Anwendung im kirchlichen Bereich angebracht sind.⁵⁷

⁵⁶ So aber *Walter Leisner*, Staatliche Rechnungsprüfung kirchlicher Einrichtungen unter besonderer Berücksichtigung der karitativen Tätigkeit, 1991, S. 33 ff.

⁵⁷ Kritisch bzw. ablehnend von *Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 3), S. 306 ff. (309); *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 2), Rn. 247; *Rainer Mainusch*, Staatliche Rechnungsprüfung gegenüber kirchlichen Einrichtungen, in: NVwZ 1994, S. 736 ff.; *Jost Dellbrück*, Staatliche Finanzkontrolle und Freie Wohlfahrtsverbände. Bemerkungen zu den Grenzen der Prüfungsrechte insbesondere gegenüber Wohlfahrtsverbänden in kirchlicher Trägerschaft, in: ZevKR 40 (1995), S. 21 ff.; *Janz*, Staatliche Aufsicht (o. Fn. 55), S. 109 ff., der die Unzulässigkeit bei öffentlich-rechtlich verfassten Religionsgesellschaften zusätzlich mit § 111 Abs. 3 der LHO'en begründet. *Tobias Brenner*, Staatliche Rechnungsprüfung gegenüber kirchlichen Einrichtungen, in: NVwZ 1995, S. 454 f., bestreitet unter Hinweis auf § 55 Abs. 1 S. 1 HGrG bereits die Anwendbarkeit des geltenden staatlichen Haushaltsrechts auf die Kirchen und Religionsgesellschaften. *Nikolaus Stackmann*, Überlegungen zur Finanzkontrolle bei den Wohlfahrtsverbänden, in: DVBl. 1994, S. 383 ff., lehnt demgegenüber jegliche Einschränkungen der Prüfungskompetenzen staatlicher Rechnungshöfe generell ab. Vgl. grund-

III. Grundstrukturen katholischer Vermögensverwaltung

1. Rechtsquellenübersicht

- 27** Die Grundstrukturen katholischer Vermögensverwaltung lassen sich im Wege einer vergleichenden Betrachtung mit der römisch-katholischen Ekklesiologie leichter nachvollziehen. Die katholische Kirche besteht aus weitgehend autonomen Teilkirchen (Diözesen), die ihrerseits im hierarchisch strukturierten Verbund mit dem Heiligen Vater und der römischen Kurie stehen. Der Papst ist oberster Gesetzgeber für die römisch-katholische Gesamtkirche und verfügt gem. c. 331 CIC über die „höchste, volle, unmittelbare und universale ordentliche Gewalt, die er immer frei ausüben kann.“ Dass er auch die oberste Verwaltungs- und Verfügungsgewalt über alle Kirchengüter besitzt, stellt c. 1273 CIC klar.
- 28** Auf Ebene der Diözesen kommt diese umfassende Gewalt gem. c. 381 § 1 CIC dem Diözesanbischof zu. Er verfügt unter Berücksichtigung des päpstlichen Primats über weitreichende Gesetzgebungs- und Gestaltungsbefugnisse für den Bereich seiner Teilkirche.
- 29** Diese doppelte Gesetzgebungskompetenz berührt auch den Bereich des kirchlichen Vermögensrechts. Sowohl auf universalkirchlicher als auch auf partikularkirchlicher Ebene finden sich detaillierte Vorschriften zu den Grundlagen und der Ausgestaltung kirchlicher Vermögensverwaltung. Dabei sind die universalkirchenrechtlichen Regelungen im CIC insgesamt ganz bewusst als Rahmenrecht ausgestaltet worden,⁵⁸ welches einige unabdingbare Grundsätze kirchlicher Vermögensverwaltung fixiert, dem Diözesanbischof vor Ort aber ausreichende Handlungsfreiräume belässt. Diese nutzt er – die jeweilige (weltliche) nationale Rechtslage berücksichtigend – zum Erlass eigener diözesaner Vermögensverwaltungs- und Vertretungsvorschriften. Ebenso sind im deutschen Rechtsraum auch die partikularen Normen der Deutschen Bischofskonferenz zu beachten.⁵⁹

legend auch *Philipp Laurenz Rogge*, Staatliche Finanzkontrolle freier Wohlfahrtspflege, 2001.

⁵⁸ *Heinrich de Wall / Stefan Muckel*, Kirchenrecht, 5. Aufl. 2017, § 23, Rn. 1; grundlegend: *Michael Werneke*, Ius universale – Ius partikulare. Zum Verhältnis von Universal- und Partikularrecht in der Rechtsordnung der katholischen Kirche unter besonderer Berücksichtigung des Vermögensrechts, 1998, S. 251 ff.

⁵⁹ Der CIC gewährt den nationalen Bischofskonferenzen im Bereich des Vermögensrechts diverse Regelungskompetenzen: cc. 1262, 1265 § 2, cc. 1272,

Weitere relevante Rechtsquellen des katholischen Vermögensrechts sind das Konkordatsrecht, (partikulares) Gewohnheitsrecht, das jeweilige Statutarrecht eines kirchlichen Rechts- und Vermögensträgers sowie das Eigenrecht der sog. Institute des geweihten Lebens (Ordensverbände).⁶⁰ Ebenso zu nennen ist das jeweilige staatliche Recht, welches der Codex von 1983 entweder mit dynamischen Klauseln rezipiert oder aber seine Anwendung besonders anordnet.⁶¹ Besonders im Bereich des Vertragsrechts hat der CIC nur insoweit eigenes Recht geschaffen, als es um unabdingbare kirchliche Positionen geht (z. B. in Fällen göttlichen Rechts). Die Organe kirchlicher Vermögensverwaltung sind ausdrücklich verpflichtet, im rechtsgeschäftlichen Verkehr das bürgerliche Recht anzuwenden.⁶² Im ehemals preußischen Rechtsraum besteht überdies sogar noch ein staatliches Gesetz, welches unmittelbar die Art und Weise der kirchlichen Vermögensverwaltung regelt.⁶³ Dieses Gesetz soll allerdings in absehbarer Zeit durch ein kircheneigenes Gesetz abgelöst werden.⁶⁴

1274 § 2, cc. 1277, 1292 § 1 und c. 1297. Sämtliche Partikularnormen finden sich bei *Heribert Schmitz / Franz Kalde*, Partikularnormen der Deutschen Bischofskonferenz. Text und Kommentar, 1996. Die aktuellsten Fassungen finden sich auf der Online-Präsenz der Diözese Rottenburg-Stuttgart unter <<https://recht.drs.de>>.

⁶⁰ Vgl. *Helmuth Pree / Bruno Primetshofer*, Das kirchliche Vermögen, seine Verwaltung und Vertretung. Handreichung für die Praxis, 2. Aufl. 2010, S. 15 ff. Die zahlreichen Besonderheiten des Ordensrechts müssen in diesem Beitrag außer Betracht bleiben. Weiterführend dazu: *Bruno Primetshofer*, Ordensrecht auf der Grundlage des CIC 1983 und des CCEO unter Berücksichtigung des staatlichen Rechts der Bundesrepublik Deutschland, Österreichs und der Schweiz, 4. Aufl. 2003; *Reinhold Sebott SJ*, Ordensrecht, 1. Aufl. 1995. Instrukтив: *Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz* (Hg.), Richtlinien für die Verwaltung der kirchlichen Güter der Institute des geweihten Lebens und der Gesellschaften apostolischen Lebens vom 2.8.2014 (Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls Nr. 198), 2014.

⁶¹ *Michael Werneke*, Das kirchliche Vermögensrecht – ein klassisches Beispiel für die partikularrechtliche Ausgestaltung universalkirchlicher Normen, in: *Universales und partikulares Recht in der Kirche. Konkurrierende oder integrierende Faktoren?*, hg. von Peter Krämer / Sabine Demel / Libero Gerosa / Ludger Müller, 1999, S. 165 (168). Beispielhafte dynamische Verweisungen finden sich in den cc. 22, 1290, 1268 i.V.m. 197–199; die Beachtung des weltlichen Rechts wird bspw. angeordnet in: c. 231 § 2, c. 1286 Nr. 1 CIC oder c. 1284 § 2 Nr. 2 u. 3.

⁶² *Richard Puza*, Kirchenvermögen II. Kath., in: *LKStKR*, Bd. II, S. 538 (539).

⁶³ [Preußisches] Gesetz über die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens vom 24.7.1924 (PrGS S. 585), zuletzt geändert am 17.6.2003 (GVBl. NRW S. 313) (PreußVVG). (Nicht nur) zu den verfassungsrechtlichen Anfragen an dieses Gesetz *Rüdiger Althaus*, 75 Jahre Preußisches Kirchenvorstandsgesetz – Bewährung trotz verfassungsrechtlicher Bedenken, in:

2. Der Begriff des Kirchenvermögens

a) Versuch einer allgemeinen Definition

- 31 Das Buch V des CIC mit dem Titel „De bonis ecclesiae temporalibus“ beschäftigt sich mit den zeitlichen, d. h. weltlichen, Gütern der Kirche, enthält aber keine unmittelbar greifbare Legaldefinition des Vermögensbegriffs.
- 32 C. 1257 § 1 CIC bezeichnet als *Kirchenvermögen* (bona ecclesiastica) zunächst sehr allgemein jedes Vermögen, das der Gesamtkirche, dem Apostolischen Stuhl oder anderen öffentlichen juristischen Personen in der Kirche gehört. Unter Rückgriff auf den Katalog aus c. 1254 § 2 CIC definiert *Rüdiger Althaus* Kirchenvermögen als „Gesamtheit der einer öffentlichen juristischen Person in der Kirche gehörenden oder zugeordneten geldwerten Rechte zur Bestreitung der Aufwendungen für die geordnete Durchführung des Gottesdienstes, die Sicherstellung des angemessenen Unterhalts des Klerus und anderer Kirchenbediensteter sowie zur Finanzierung der Werke des Apostolats und der Caritas, vor allem jener, die den Armen zugutekommen.“⁶⁵
- 33 Der universalkirchliche Gesetzgeber versteht dabei unter Kirchenvermögen *im weiteren Sinne* all jene zeitlichen Güter (bona temporalia), die einer juristischen Person des Kanonischen Rechts zugehören. Kirchenvermögen *im engeren Sinne* sind alle zeitlichen Güter, die einer *öffentlichen* juristischen Person des Kanonischen Rechts zugeordnet sind.⁶⁶ Das Kirchenvermögen beschränkt sich nicht auf reine Eigentumsrechte an Mobilien oder Immobilien, vielmehr erfasst es

ThGl 90 (2000), S. 274 ff.; (nicht nur rechtshistorisch) instruktiv: *Uta von Loewenich*, Das Kirchenvermögensverwaltungsrecht der katholischen Kirche in den Kirchengemeinden Nordrhein-Westfalens – vom Kulturkampfgesetz zur kirchlich übernommenen Norm, 1993.

⁶⁴ In diese Richtung gehen auch die Überlegungen von *Rüdiger Althaus*, Die Verwaltung des Vermögens der Kirchengemeinden. Aspekte für eine Fortschreibung des Rechts, in: In verbo autem tuo, Domine – Auf dein Wort hin, Herr. Festschrift für Erzbischof Hans-Josef Becker zur Vollendung seines 70. Lebensjahres, hg. von Rüdiger Althaus, 2018, S. 157 ff.

⁶⁵ *Rüdiger Althaus*, in: Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici (MKCIC), hg. von Klaus Lüdicke, 1996 ff., c. 1257, Rn. 5; ebenso *Busch*, Vermögensverwaltung (o. Fn. 3), S. 947 f.

⁶⁶ *Ulrich Rhode*, Kirchenrecht, 2015, S. 275; näher zum Vermögensbegriff: *Winfried Aymans/Klaus Mörsdorf/Ludger Müller*, Kanonisches Recht, Bd. IV, 2013, § 152, S. 7 f.

die Summe aller geldwerten Rechte eines bestimmten Rechtssubjekts (Gesamtheit der Aktiva), seien es dingliche oder obligatorische, absolute oder relative Rechte.⁶⁷ Neben Gerätschaften, Bildern, Grundstücken und Gebäuden unterfallen insbesondere immaterielle Vermögenswerte (Urheberrechte, Forderungen, Anteilsrechte u. s. w.) dem weiten Vermögensbegriff.⁶⁸

Öffentliche juristische Personen sind gem. c. 116 § 1 CIC Gesamtheiten von Personen oder Sachen, die von der zuständigen kirchlichen Autorität errichtet werden, damit sie innerhalb der für sie festgesetzten Grenzen nach Maßgabe der Rechtsvorschriften im Namen der Kirche die ihnen im Hinblick auf das öffentliche Wohl übertragene eigene Aufgabe erfüllen. Die übrigen juristischen Personen sind private. Diese begriffliche Beschränkung auf die *öffentliche* juristische Person im kanonischen Vermögensrecht hat weitreichende Konsequenzen: Nur für diese findet das kirchliche Vermögensrecht primär Anwendung.⁶⁹ So gelten die Vorschriften des Buchs V beispielsweise nicht für privates Vermögen *in* der Kirche,⁷⁰ selbst wenn es unmittelbar kirchlichen Zwecken dient.⁷¹ Ebenso gilt es gem. c. 1257 § 2 CIC nicht für private juristische Personen, etwa Vereine. Deren Vermögensverwaltung richtet sich, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes gilt, grundsätzlich nach den je eigenen Statuten.⁷² Probleme hinsichtlich der Unterwerfung unter das kanonische Vermögensrecht bestehen nach wie vor bei solchen kirchlichen Vereinen und Verbänden, bei denen der genaue kirchliche Rechtsstatus unklar ist.⁷³ Das kirchliche Vermögensrecht gilt überdies nicht für den Be-

34

⁶⁷ *Preé / Primetshofer*, Das kirchliche Vermögen (o. Fn. 60), S. 1.

⁶⁸ *Busch*, Vermögensverwaltung (o. Fn. 3), S. 947; *Puza*, Kirchenvermögen II. Kath. (o. Fn. 62), S. 538 f.

⁶⁹ *Busch*, Vermögensverwaltung (o. Fn. 3), S. 948.

⁷⁰ *Rüdiger Althaus*, Strukturen kirchlicher Vermögen und kirchliche Vermögensverwaltung in der katholischen Kirche, in: *EssGespr.* 47 (2013), S. 99 (102); *Matthias Pulte*, Kirchenrechtliche Vorgaben für Kirchenfinanzierung und kirchliche Vermögensverwaltung, in: *Kirchenfinanzen in der Diskussion. Aktuelle Fragen der Kirchenfinanzierung und der kirchlichen Vermögensverwaltung*, hg. von Arnd Uhle, 2015, S. 127 (150).

⁷¹ *Helmuth Preé*, Grundfragen kirchlichen Vermögensrechts (§ 100), in: *HKKR*³, S. 1471 (1487), nennt exemplarisch den benedizierten Kelch im Privateigentum eines Priesters.

⁷² Allerdings – und darauf weisen *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 58), § 23, Rn. 6, mit Recht hin – unterstehen diese Güter als „bona Ecclesiae temporalia“ stets dem Papst (cc. 1256, 1273 CIC) sowie der allgemeinen Aufsicht der jeweils zuständigen kirchlichen Autorität (cc. 117, 299 § 3, cc. 305, 322 ff., 325, 1303–1305 CIC).

⁷³ *Althaus*, Strukturen kirchlicher Vermögen (o. Fn. 70), S. 102.

reich der geistlichen Sachen (*bona spiritualia*), da es sich dabei gerade nicht um vermögenswerte Güter handelt.⁷⁴

b) Verwaltungs- und Finanzvermögen

35 Der CIC differenziert das Kirchenvermögen begrifflich weiterhin nach Art des Rechtsträgers und Zweckbestimmung der betreffenden Güter.⁷⁵ Nach der Art des Rechtsträgers unterscheidet man Anstalts- und Stiftungsvermögen, Körperschafts- und Treuhandvermögen. Das Kriterium der Zweckbestimmung ermöglicht eine Einteilung in Vermögen zu gottesdienstlichen und zu wirtschaftlichen Zwecken.⁷⁶ Überhaupt ist gerade die strenge Zweckbindung allen kirchlichen Vermögen eines der prägnantesten Leitmotive des universalkirchlichen Gesetzgebers. So bestimmt c. 1254 § 1 CIC, dass die katholische Kirche das angeborene Recht (*ius nativum*) habe, unabhängig von der weltlichen Gewalt Vermögen zur Verwirklichung der ihr eigenen Zwecke zu erwerben, zu besitzen, zu verwalten und zu veräußern. C. 1254 § 2 nennt exemplarisch die geordnete Durchführung des Gottesdienstes, die Sicherstellung des angemessenen Unterhalts des Klerus und anderer Kirchenbediensteter, die Ausübung der Werke des Apostolats und der Caritas, vor allem gegenüber den Armen. Diese Aufzählung ist weder abschließend noch in der Rangfolge verbindlich,⁷⁷ verdeutlicht aber in besonderer Weise, dass die Kirche Finanzmittel nicht um ihrer selbst willen erwirtschaftet und verwaltet, sondern stets an ihren Auftrag in der Welt gebunden ist.⁷⁸

36 In Anlehnung an die staatlichen Kategorien wird das kirchliche Vermögen nach Maßgabe der Zweckbestimmung weiterhin in Verwaltungs- und Finanzvermögen unterteilt.⁷⁹ Verwaltungsvermögen dient unmittelbar den Zwecken der Kirche, z. B. die kirchlichen Kult- bzw. Sakralgebäude, liturgische Gerätschaften sowie die heiligen Sachen

⁷⁴ Pree, Grundfragen kirchlichen Vermögensrechts (o. Fn. 71), S. 1487.

⁷⁵ Pree, ebd., S. 1487 f.

⁷⁶ Dazu Aymans / Mörsdorf / Müller, KanR IV (o. Fn. 66), § 152, S. 8–10.

⁷⁷ Pree, Grundfragen kirchlichen Vermögensrechts (o. Fn. 71), S. 1484 f.

⁷⁸ Althaus, Strukturen kirchlicher Vermögen (o. Fn. 70), S. 102.

⁷⁹ Busch, Vermögensverwaltung (o. Fn. 3), S. 948; Hans Heimerl / Helmuth Pree, Handbuch des Vermögensrechts der Katholischen Kirche, 1993, Rn. 1/130. Gegen diese Einteilung Pirson, Kirchengut (o. Fn. 18), S. 619.

(res sacrae).⁸⁰ Demgegenüber erfasst das Wirtschafts- bzw. Finanzvermögen solche Vermögenswerte, die unmittelbar der Erzielung von Erträgen dienen und nur mittelbar den der Kirche eigenen Zwecken. Dazu gehören Liegenschaften land- oder forstwirtschaftlicher Art, städtischer Hausbesitz, Wertpapiere und sonstige Kapitalanlagen.⁸¹ Es geht um die langfristige Sicherstellung der Zweckerreichung des kirchlichen Auftrags. Wie eingangs⁸² dargestellt, kann die konkrete Zweckbestimmung einer Vermögensposition Auswirkungen auf den (verfassungs-)rechtlichen Schutz haben.

c) Stammvermögen und Verbrauchsvermögen

Im Kontext kirchlicher Vermögensverwaltung kommt der Unterscheidung zwischen dem Stammvermögen (patrimonium stabile) eines bestimmten Rechtsträgers und dem Verbrauchsvermögen (patrimonium liberum) bzw. dem frei verfügbaren Vermögen herkömmlich eine besondere Bedeutung zu. Stammvermögen ist das widmungsgemäß⁸³ für die dauerhafte Vermögensausstattung einer kirchlichen juristischen Person bestimmte Vermögen (Vermögenssubstanz).⁸⁴ Es geht um solche Sachen und Rechte, die der dauerhaften Erfüllung des kirchlichen Zweckes des betreffenden Rechtsträgers dienen, sozusagen die „bleibende ökonomische Grundausrüstung“.⁸⁵ Zu denken ist hier an das Immobilien- und Mobiliarvermögen, insbesondere Grundstücke, Wertpapiere, Obligationen u. s. w.⁸⁶

All jene Vermögenspositionen, die nicht unter den Begriff des Stammvermögens fallen, zählen zum sog. Verbrauchsvermögen.⁸⁷ Erfasst werden etwa: Erträge aus dem Stammvermögen (z. B. Miete

⁸⁰ Definition nach *Pree*, Grundfragen kirchlichen Vermögensrechts (o. Fn. 71), S. 1488.

⁸¹ *Aymans / Mörsdorf / Müller*, KanR IV (o. Fn. 66), § 152, S. 9.

⁸² Siehe oben II.

⁸³ Die Widmung zum Stammvermögen (legitima assignatio) erfolgt durch Zweckbestimmung seitens des Stifters oder Schenkers und/oder durch Zuweisung durch die zuständige kirchliche Autorität, s. *Althaus*, in: MKCIC (o. Fn. 65), Einführung vor c. 1290, Rn. 8.

⁸⁴ Näher *Pree / Primetshofer*, Das kirchliche Vermögen (o. Fn. 60), S. 55 f.

⁸⁵ So *Althaus*, Strukturen kirchlicher Vermögen (o. Fn. 70), S. 106.

⁸⁶ *Althaus*, in: MKCIC (o. Fn. 65), Einführung vor c. 1290, Rn. 8.

⁸⁷ Dazu und zum Folgenden: *Pree / Primetshofer*, Das kirchliche Vermögen (o. Fn. 60), S. 55. Ausdrücklich erwähnt z. B. c. 1285 CIC bewegliches Vermögen, welches nicht zum Stammvermögen gehört.

oder Pacht) oder auch Sach- und Geldspenden, die zum Verbrauch bestimmt sind. Wird die Spende hingegen ausdrücklich für das Stammvermögen gewidmet, ist sie dem Stammvermögen zuzuführen.⁸⁸

39 Die Abgrenzung zwischen Stamm- und Gebrauchsvermögen bestimmt sich insgesamt allein nach der jeweiligen Zweckbestimmung des Vermögens, nicht nach seiner tatsächlichen Erscheinungsform.⁸⁹ In Zweifelsfällen und in solchen, in denen kein Widmungsakt nachweisbar ist, sind dem Stammvermögen „jene Vermögenswerte zuzurechnen, ohne welche die juristische Person nicht über die erforderlichen Mittel zur dauerhaften Erreichung ihrer Zwecke verfügen würde. Diese Frage ist mit ökonomischem Sachverstand zu beantworten. Dabei sind die Natur [...], die Größe, der Zweck und die dementsprechenden Bedürfnisse der juristischen Person zu beachten. [...]“⁹⁰

40 Der CIC verdeutlicht den hohen Stellenwert kirchlicher Vermögensstrukturen durch besondere Schutzmechanismen, welche die jeweilige öffentliche juristische Person um ihrer kanonisch anerkannten Zielsetzungen willen lebensfähig erhalten und vor böswilligen oder unbedachten Rechtsgeschäften und Verfügungen schützen wollen.⁹¹ Diesbezüglich sind insbesondere die Bestimmungen zum Veräußerungsschutz in den cc. 1291 ff. CIC zu nennen. Der darin zum Ausdruck kommende Schutzgedanke beschränkt sich indes nicht auf das Stammvermögen alleine, sondern ist umfassend, d.h. unter Einschluss weiterer Vermögensmassen, zu verstehen.⁹²

⁸⁸ Pree / Primetshofer, ebd., S. 55.

⁸⁹ Heimerl / Pree, Handbuch des Vermögensrechts (o. Fn. 79), Rn. 1/131.

⁹⁰ Pree / Primetshofer, Das kirchliche Vermögen (o. Fn. 60), S. 58; Rhode, Kirchenrecht (o. Fn. 66), S. 279.

⁹¹ Aymans / Mörsdorf / Müller, KanR IV (o. Fn. 66), § 156, S. 72.

⁹² So bereits Althaus, in: MKCIC (o. Fn. 65), c. 1295, Rn. 5. Diese Auslegung wurde jüngst kirchenamtlich zweifach bestätigt. Mit Schreiben Nr. 16489/2018 vom 3.12.2018 (abrufbar unter <<http://www.delegumtextibus.va>>) hat der Päpstliche Rat für die Gesetzestexte (PCLT) bzgl. einer unmittelbar das Ordensrecht (c. 638 § 3 CIC) betreffenden Anfrage festgehalten, dass eine besondere bischöfliche Aufsicht unabhängig von der konkreten Einordnung als „Stammvermögen“ greift. Nunmehr hat der PCLT in seinem Schreiben Nr. 16853/2020 vom 18.5.2020 erneut bekräftigt, dass sich der besondere Schutzgedanke der kodikarischen Veräußerungsvorschriften auf das Vermögen im Allgemeinen beziehe. – Zu Veräußerungsschutz und kirchlichen Genehmigungsvorbehalten siehe unten V.

3. Träger des kirchlichen Vermögens

Aus vermögensrechtlicher Perspektive gibt es nicht *die eine* katholische Kirche.⁹³ Vielmehr sind die zeitlichen Güter der Kirche (bona temporalia) zahlreichen kirchlichen Rechtsträgern zugeordnet (die ihrerseits eine vielfältige rechtliche Struktur aufweisen können), die das Vermögen rechtmäßig erworben haben. Man spricht insoweit auch von der „Institutentheorie“.⁹⁴ Daher bezeichnet c. 1258 CIC folgerichtig als mögliche Rechtsträger im Sinne des kanonischen Vermögensrechts schlicht *jedwede öffentliche juristische Person* in der Kirche, sofern nicht etwas anderes aus dem Wortzusammenhang oder aus der Natur der Sache hervorgeht.

41

Vermögensfähig sind nach c. 1255 CIC die Gesamtkirche und der Apostolische Stuhl, die Teilkirchen (Diözesen) und jede andere juristische Person, sei sie öffentlich oder privat. Sie alle besitzen die Fähigkeit, nach Maßgabe des Rechts Vermögen zu erwerben, zu besitzen, zu verwalten und zu veräußern. Dabei sind die Katholische Kirche als Ganze sowie der Apostolische Stuhl bereits kraft göttlichen Rechts als juristische Person vermögensfähig⁹⁵, wenngleich erstgenannte als Rechtsträgerin nicht in Erscheinung tritt.⁹⁶ Neben den Teilkirchen zählen insbesondere die Verbände der Teilkirchen (Kirchenprovinzen, Bischofskonferenzen), die Pfarreien, die Kathedral- und Stiftskapitel, Seminare und Universitäten, Kanonische Lebensverbände, bestimmte Vereine sowie selbstständige kirchliche Stiftungen und Anstalten zu den wichtigsten öffentlichen juristischen Personen des kanonischen Rechts.⁹⁷

42

Die kirchliche Vermögensfähigkeit, die nach dem Eigenrecht der Kirche einem Rechtsträger verliehen werden kann bzw. bereits nach göttlichem Recht besteht, bedarf keiner staatlichen Anerkennung.⁹⁸ Erst wenn der kirchliche Rechtsträger in den weltlich-rechtlichen Rechtskreis eintritt, in dem er am Rechts- und Geschäftsleben teil-

43

⁹³ Althaus, Strukturen kirchlicher Vermögen (o. Fn. 70), S. 99.

⁹⁴ Pree / Primetshofer, Das kirchliche Vermögen (o. Fn. 60), S. 2; Heribert Kalb, Institutentheorie, in: LKStKR, Bd. II, S. 303; OLG Celle, KirchE 4, 109 (116); dazu auch: Joseph Vogt, Das kirchliche Vermögensrecht, 2. Aufl. 1910, S. 8 ff.

⁹⁵ Aymans / Mörsdorf / Müller, KanR IV (o. Fn. 66), § 152, S. 12.

⁹⁶ Pree / Primetshofer, Das kirchliche Vermögen (o. Fn. 60), S. 32.

⁹⁷ Zitiert nach Aymans / Mörsdorf / Müller, KanR IV (o. Fn. 66), § 152, S. 12.

⁹⁸ Aymans / Mörsdorf / Müller, ebd., S. 12.

nimmt, sind staatliche Interessen in Hinblick auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs und die Wahrung der öffentlichen Ordnung berührt. Die Kirche ist dann gehalten, für ihre Körperschaften, Stiftungen und Anstalten sowie andere Institutionen die Rechtsfähigkeit für den staatlichen Bereich zu erlangen.⁹⁹ Dabei steht kirchlichen Rechtsträgern das gesamte Tableau der staatlichen Rechtsordnung zur Verfügung.

44 Diözesen und Pfarreien sind nach deutschem Recht Körperschaften des öffentlichen Rechts¹⁰⁰ und damit auch nach staatlicher Maßgabe rechtsfähig. Gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 S. 3 WRV wird auch Verbandszusammenschlüssen von Körperschaften des öffentlichen Rechts unmittelbar der Körperschaftsstatus zuteil. Auf überdiözesaner Ebene trifft dies etwa auf den Verband der Diözesen Deutschlands¹⁰¹, auf überpfarrlicher Ebene vereinzelt auch auf Pfarrverbünde/Kirchengemeindeverbände zu. Nach vereinzelt vertretener Meinung soll die Norm auch dann greifen, wenn mehrere Pfarreien zu einer einzigen Pfarrei fusionieren. Regelmäßig sind zahlreiche kirchliche Institutionen als eingetragene Vereine (z.B. Deutscher Caritas Verband) oder GmbHs (etwa im Krankenhausbereich) rechtsfähig. Schließlich besteht eine kaum überschaubare kirchliche Stiftungslandschaft.¹⁰²

45 Eine lediglich auf die formal-hierarchische Struktur der Kirche abzielende Betrachtung vermag indes nicht alle Rechtsträger und Vermögensmassen zu erfassen. Neben den genannten Rechtsträgern bestehen weitere, deren Zusammensetzung und Struktur sich nur historisch erklären lassen.¹⁰³ Dabei ist auch zu bedenken, dass den Diözesen¹⁰⁴ und Pfarreien¹⁰⁵ ausdrücklich und endgültig erst mit dem

⁹⁹ *Busch*, Vermögensverwaltung (o. Fn. 3), S. 958.

¹⁰⁰ Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 S. 1 WRV setzt dies für die christlichen Kirchen voraus. Vgl. zur Entstehungsgeschichte *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 58), § 14, Rn. 2 (m. w. N.); *Stefan Magen*, → § 27.

¹⁰¹ *Pree / Primetshofer*, Das kirchliche Vermögen (o. Fn. 60), S. 33; zum VDD siehe auch: *Stefan Kräßig*, Der Verband der Diözesen Deutschlands, 1995; *Leopold Turowski*, Artikel „Verband der Diözesen Deutschlands (VDD)“, in: LKStKR, Bd. III, S. 746–749.

¹⁰² Zu Fragen der Rechtsfähigkeit, Vermögensverwaltung und Aufsicht siehe *Wilhelm-Albrecht Achilles*, → § 71. S. a.: *Martin Schulte*, Kirchliches Stiftungsrecht, in: Stiftungsrecht. Kommentar, hg. von Christoph Stumpf / Joachim Suerbaum / dems. / Christoph Pauli, 3. Aufl. 2018, S. 382 ff.

¹⁰³ Einen ersten Überblick über die verschiedenen kirchlichen Rechtsträger gibt *Pree*, Grundfragen kirchlichen Vermögensrechts (o. Fn. 71), S. 1496 ff.

¹⁰⁴ Der CIC von 1917 (vgl. etwa c. 329 § 1) verstand die Diözese als einen nicht rechtsfähigen, untergeordneten, territorial abgegrenzten Verwaltungs-

CIC von 1983 eine eigenständige kirchliche Rechtspersönlichkeit verliehen wurde. Im Laufe der früh- bis spätmittelalterlichen Entwicklung haben sich auf allen teilkirchlichen Ebenen aus einer einst einheitlichen ortskirchlichen Vermögensmasse besondere Vermögens-träger und -massen herausgebildet, die bisweilen bis heute fortbestehen.¹⁰⁶ Auf pfarrlicher Ebene zu nennen ist insbesondere das sog. *Fabrikvermögen* (auch Kirchenfabrik, Fabrikfonds oder *fabrica ecclesiae* genannt). Dabei handelt es sich um eine selbstständige und rechtsfähige Masse ortskirchlichen Vermögens, die neben dem Kirchengebäude samt Inventar und gottesdienstlichem Gerät weitere Immobilien, Mobilien und geldwerte Rechte als Wirtschaftsvermögen umfasst, die widmungsgemäß der Erhaltung, Ausstattung, Instandhaltung und den allfälligen Aufwendungen für den Gottesdienst einer Kirche dienen, ausnahmsweise auch dem Unterhalt eines Kirchenbediensteten.¹⁰⁷ Ihnen wird staatliche Rechtspersönlichkeit entweder durch konkordatäre oder einfachgesetzliche Bestimmung zuteil.¹⁰⁸ Im CIC von 1983 finden die Kirchenfabriken keine Erwähnung mehr, noch bestehende gelten hingegen als Rechtsperson fort.¹⁰⁹

bezirk der durch den Papst geleiteten Weltkirche. Einführend in die kirchenrechtliche Konzeption der juristischen Person vor 1983: *Klaus Mörsdorf*, Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Iuris Canonici, Bd. I, 11. Aufl. 1964, S. 200 ff. (203 f.). Die Codex-Interpretationskommission des Apostolischen Stuhls entschied in authentischer Codex-Interpretation am 23. 6. 1953 erstmals ausdrücklich, dass auch die Diözesen juristische Personen vor dem Hintergrund des c. 1495 § 2 CIC/1917 sind, s. ÖAKR 4 (1953), S. 115 f.; deutsche Übersetzung bei *Suso Mayer OSB*, Neueste Kirchenrechts-Sammlung, Bd. IV, 1961, S. 548.

¹⁰⁵ *Georg Bier*, in: MKCIC (o. Fn. 65), c. 373, Rn. 1; *Peter Krämer*, Kirchenrecht II. Ortskirche – Gesamtkirche, 1993, S. 87 f.; umfassend zur Genese der Pfarrei in der kirchlichen Rechtsgeschichte: *Heribert Hallermann*, Pfarrei und pfarrliche Seelsorge. Ein kirchenrechtliches Handbuch für Studium und Praxis, 2004, S. 23 ff.

¹⁰⁶ *Althaus*, Strukturen kirchlicher Vermögen (o. Fn. 70), S. 100 f.; s.a. *Hanna Bamberger*, Das Vertretungsrecht der Kirchen in Nordrhein-Westfalen. Grundbuch- und Beurkundungsverfahren, in: Rheinische Notar-Zeitschrift 2014, S. 1 (4).

¹⁰⁷ Zitiert nach *Rüdiger Althaus*, Kirchenfabrik, in: LKStKR, Bd. II, S. 469.

¹⁰⁸ Siehe etwa Art. X § 4 BayK bzw. Art. 21 Abs. 1 StiftG Bay. In Bayern und Baden-Württemberg sind die Kirchenstiftungen die Hauptträger des ortskirchlichen Vermögens, vgl. *Pree / Primetshofer*, Das kirchliche Vermögen (o. Fn. 60), S. 38. Zur Eigenschaft als selbstständige Rechtspersönlichkeiten im ehemals preußischen Rechtsraum: OLG Düsseldorf, B. v. 23. 3. 2018, AZ. I-3 Wx 128/14, juris, Rz. 20; OLG Düsseldorf, B. v. 15. 6. 2012, in: Rpfleger 2012, S. 684 f.; zu diesem Verfahren: *Hans-Werner Fröhlich*, Die Kirchenfabrik – 800 Jahre Rechtstradition im Rheinland – Zum Beschluss des OLG Düssel-

46 Hinsichtlich der staatlichen Rechtsfähigkeit gilt selbiges für die verbliebenen *Stellenvermögen* (Pfarrbenefizien, Pfründevermögen u.s.w.). Dabei handelt es sich um alle Vermögenswerte, die dem standesgemäßen Unterhalt des jeweiligen Stelleninhabers dienen und an denen ihm ein Nutznießungs- und Verwaltungsrecht zusteht.¹¹⁰ Die Pfründe bildete im Mittelalter einst die Lebensgrundlage der Kleriker.¹¹¹ Der CIC von 1983 (siehe c. 1272) hat das Pfründe- und Benefizialwesen endgültig abgeschafft, aber die bisherigen Vermögensmassen unangetastet gelassen. Sie werden daher weiterhin vom Benefiziaten verwaltet und vertreten.¹¹² In Anbetracht der stark unterschiedlichen Verhältnisse in den einzelnen Bundesländern hat die Deutsche Bischofskonferenz die in c. 1272 geforderte Rahmenordnung zur schrittweisen Überführung des Pfründevermögens in einen diözesanen Fonds bislang noch nicht erlassen.¹¹³ Demgegenüber hat die Freisinger Bischofskonferenz für den Bereich der bayerischen (Erz-)Diözesen in Folge eines Beschlusses vom 8.11.1984 das Benefizialrecht durch Gesetz neu geregelt.¹¹⁴

dorf I-3 Wx 318/11 vom 15.6.2012, in: Rheinische Notar-Zeitschrift 2016, S. 161 ff.; LG Düsseldorf, B. v. 23.4.1981, KirchE 18, 481 (482 f.). Nicht nur kirchenrechtshistorisch nützlich: *Otto Saedt*, Die katholischen Kirchenfabriken des linken Rheinufers. Deren Stellung zur Kirche, zum Staate und zur Gemeinde nach altem und neuem Rechte, 2. Aufl. 1865.

¹⁰⁹ *Althaus*, Kirchenfabrik (o. Fn. 107), S. 469.

¹¹⁰ *Joseph Wenner*, Kirchengvorstandsrecht, 1954, S. 23.

¹¹¹ *Adalbert Erler*, Kirchenrecht, 5. Aufl. 1983, S. 23; einen guten Überblick zum Benefizialwesen gibt *Mörsdorf*, Lehrbuch des Kirchenrechts (o. Fn. 104), Bd. II: Sachenrecht, 12. Aufl. 1967, S. 443 ff.

¹¹² *Richard Puza*, Die Verwaltung des Kirchenvermögens (§ 102), in: HKKR³, S. 1548 (1553).

¹¹³ *Aymans / Mörsdorf / Müller*, KanR IV (o. Fn. 66), § 153, S. 29.

¹¹⁴ Siehe: Gesetz zur Neuordnung des Pfründewesens in der Erzdiözese München und Freising (KABl. München und Freising 1986 S. 292 ff.). Dazu (mit weiteren Nachweisen): *Rüdiger Althaus*, Die Rezeption des Codex Iuris Canonici von 1983 in der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Voten der Gemeinsamen Synode der Bistümer in der Bundesrepublik Deutschland, 2000, S. 1030 ff. (1031 f.); *Ulrich Kaiser*, Gesetz der bayerischen (Erz-)Bischöfe zur Neuordnung des Pfründewesens in Bayern, in: Iustitia in caritate. Festgabe für Ernst Rössler zum 25jährigen Dienstjubiläum als Offizial der Diözese Rottenburg-Stuttgart, hg. von Richard Puza / Andreas Weiß, 1997, S. 609 ff.; Eine Neuordnung des kirchlichen Pfründewesens wird derzeit etwa im Bistum Augsburg vorgenommen. Nach Anhörung der zuständigen Pfründeinhaber und -verwaltungsräte sowie weiterer kirchlicher Stellen wurde durch Bischöflichen Organisationsakt nebst Stiftungsgeschäft und Satzung vom 6.6.2016 (ABl. Augsburg 2017 S. 24) der Katholische Pfründestiftungsverbund St. Ulrich als kirchliche Stiftung des öffentlichen Rechts mit Sitz in Augsburg gegründet. Schrittweise werden alle

In diesem Kontext ist auch das in jüngerer Vergangenheit verstärkt im öffentlichen Fokus stehende Vermögen der sog. (Erz-)Bischöflichen Stühle zu verorten. Nach staatlichem Recht sind die (Erz-)Bischöflichen Stühle oftmals als Körperschaften des öffentlichen Rechts¹¹⁵ anerkannt, die i. d. R. vom jeweiligen Diözesanbischof oder Generalvikar gesetzlich vertreten und verwaltet werden.¹¹⁶ In anderen Fällen wird von einer eher stiftungsartigen Struktur ausgegangen.¹¹⁷

Die Bischöflichen Stühle (*sedes episcopales*) sind gegenüber den Diözesen rechtlich selbstständig und besitzen eigene Vermögenswerte. Eine genauere terminologische und (kirchen)rechtliche Konturierung sowie die Ermittlung der konkreten (mitunter umfangreichen) Vermögensmassen bzw. deren Rechtsträger erweist sich als schwieriges Unterfangen. Dies liegt nicht zuletzt an der Komplexität der einzelnen Vermögensbestandteile sowie der je nach Diözese, historisch

vorhandenen Pfründestiftungen und Benefizien durch Zusammenlegung in diesen Verbund, der dadurch Gesamtrechtsnachfolger wird, überführt.

¹¹⁵ Oftmals bestätigt durch konkordatäre Bestimmungen: So bleiben gem. Art. 13 des Reichskonkordats auch die bischöflichen Stühle Körperschaften des öffentlichen Rechts, soweit sie solche bisher waren. In jüngerer Zeit wird der Körperschaftsstatus zugesprochen/angenommen z. B. in Art. 1 Abs. 2 des Vertrags zwischen dem Heiligen Stuhl und den Bundesländern Sachsen-Anhalt, Brandenburg und Sachsen über die Errichtung des Bistums Magdeburg vom 13. 4. 1994 (GVBl. I S. 203 ff.) oder auch in Art. 12 Abs. 2 KathKV Hmb. vom 29. 11. 2005 (HmbGVBl. 2006 S. 436 ff.). Weitere Nachweise bei *Joseph Listl*, Die Bedeutung der Aufsicht und Kontrolle bei der kirchlichen Vermögens- und Finanzverwaltung auf der Ebene der Diözese nach den Bestimmungen des Codex Iuris Canonici von 1983, in: *Der Verwaltungsstaat im Wandel*, Festschrift für Franz Knöpfle zum 70. Geburtstag, hg. von Detlef Merten / Reiner Schmidt / Rupert Stettner, 1996, S. 184 (188, Fn. 6).

¹¹⁶ Vgl. etwa § 4 Abs. 1 des Statuts für den Bischöflichen Stuhl zu Limburg i. d. F. v. 1. 4. 2016 (ABl. Limburg S. 478 f.); s. a. § 4 Statut des Bischöflichen Stuhles zu Erfurt, ABl. 2015, Nr. 42 bzw. Art. 2 Abs. 1 des Statuts des Bischöflichen Stuhls zu Görlitz vom 1. 7. 2013 (ABl. Görlitz 6/2013, Nr. 62, S. 1 ff.). Nach § 4 Abs. 1 der Satzung des Bischöflichen Stuhles zu Eichstätt vom 23. 10. 2017 (Pastoralblatt Eichstätt S. 240 ff.) sind Organe des Bischöflichen Stuhls der Bischof und der Vermögensverwaltungsrat; *Karl Eugen Schlieff*, Artikel „Bischöflicher Stuhl“, in: LKStKR, Bd. I, S. 270 (271); *Puza*, Verwaltung des Kirchenvermögens (o. Fn. 112), S. 1553.

¹¹⁷ Den (Erz-)Bischöflichen Stuhl ausdrücklich als (rechtsfähige) „kirchliche Stiftung öffentlichen Rechts“ einordnend: § 1 Satzung des Bischöflichen Stuhls der Diözese Augsburg i. d. F. d. B. v. 1. 1. 2014 (ABl. S. 112 [113]); § 1 Satzung des Erzbischöflichen Stuhls Freiburg v. 6. 6. 2014 (ABl. S. 367). Das OLG Celle, KirchE 4, 109 (116) ordnet die Mensa Episcopalis als rechtsfähige Stiftung ein.

bedingten, durchaus recht unterschiedlichen Zusammensetzung eben jener Vermögensmassen.¹¹⁸

49 Der „Bischöfliche Stuhl“ aus kirchen- und begriffshistorischer Perspektive war zunächst der Sitz des Bischofs in seiner Bischofskirche. Die sog. *cathedra* war Zeichen des bischöflichen Amtes und der bischöflichen Autorität.¹¹⁹ Im *kirchenvermögensrechtlichen* Sinne handelt es sich wiederum um eine Vermögensmasse, die dem Diözesanbischof für die Ausübung seines Amtes zugewiesen wird.¹²⁰ Die genaue Zusammensetzung der einzelnen Vermögensmassen wird von den deutschen Diözesen in der Bewältigung der Folgen aus der „Causa Limburg“ allmählich offengelegt.¹²¹

50 Im Umfeld des Vermögens der Bischöflichen Stühle stößt man bisweilen auf das sog. *Mensalvermögen*, welches nicht mit diesem gleichzusetzen ist.¹²² Dem Bischofsamt lag ein besonderes Benefizium anbei, die sog. *Mensa Episcopalis* (mitunter als „Bischöfliches Tafelgut“ bezeichnet), dessen Wurzeln bis in das 9. Jahrhundert reichen.¹²³ Die *Mensa Episcopalis* kann sich aus verschiedenen Vermögenswerten/-massen zusammensetzen (Naturaleinkünfte und/oder

¹¹⁸ Thomas Schüller, Transparenz ist angesagt. „Bischöfliche Stühle“ und ihr Vermögen, in: HK 2014, S. 11 (12).

¹¹⁹ Schlieff, Bischöflicher Stuhl (o. Fn. 116), S. 270; Rupert Berger, Kathedra, in: LThK³, Bd. V, Sp. 1336. Noch im heutigen Kirchenrecht, vgl. c. 382 §§ 1 u. 2, c. 409 § 1, c. 413 § 1, c. 481 § 1 CIC, ist damit aber auch das kirchenverfassungsrechtliche Amt des Diözesanbischofs beschrieben, s.a. Thomas Schüller, Der Diözesanbischof und das Kirchenvermögen, in: Zwischen Ohnmacht und Vollmacht. Die Hirtengewalt des Diözesanbischofs und ihre Grenzen, hg. von Sabine Demel / Klaus Lüdicke, 2015, S. 208 (217).

¹²⁰ Schüller, Bischöfliche Stühle (o. Fn. 118), S. 12; Rüdiger Althaus, Die Vermögensverwaltung auf diözesaner Ebene in Deutschland – oder: Impressionen einer Nichtrezeption des CIC, in: Ius quia iustum. Festschrift für Helmut Pree zum 65. Geburtstag, hg. von Elmar Güthoff / Stephan Haering, 2015, S. 699 (704), vergleicht den Bischöflichen Stuhl – bei aller gebotenen Vorsicht – mit einer „Holding“, als hauptsächlicher Träger von auf lange Zeit angelegtem Vermögen.

¹²¹ So weist etwa der Jahresabschluss des Bischöflichen Stuhls zu Limburg zum 31. 12. 2017 Aktiva in Höhe von ca. 84,1 Millionen Euro aus, bestehend u.a. aus bebauten und unbebauten Grundstücken, Finanzanlagen (Wertpapiere), Beteiligungen u. v.m., vgl. Jahresbericht 2017, hg. vom Bischöflichen Ordinariat Limburg, 2018, S. 80 ff.

¹²² Althaus, Vermögensverwaltung (o. Fn. 120), S. 703; Schüller, Bischöfliche Stühle (o. Fn. 118), S. 12.

¹²³ Heimerl / Pree, Handbuch des Vermögensrechts (o. Fn. 79), Rn. 5/112; Schlieff, Bischöflicher Stuhl (o. Fn. 116), S. 270. Umfassend: Arnold Plöchl, Bischofsgut und Mensa Episcopalis. Ein Beitrag zur Geschichte des kirchlichen Vermögensrechtes, Teil I–III, 1908–1912.

Grundbesitz und dessen Erträge, Anteile von Spendenaufkommen u. s. w.¹²⁴), die ausdrücklich und zweckbezogen dem Bischofsamt zugeordnet sind und ursprünglich den Unterhalt des Bischofs absichern sollten. Nach cc. 99, 1409 f. des CIC von 1917 besaßen Benefizien eine eigene Rechtspersönlichkeit. Seit Inkrafttreten des neuen CIC/1983 bestehen sie als öffentliche juristische Personen kirchlichen Rechts fort, da es sich um wohlerworbene Rechte i. S. d. c. 4 CIC handelt und der CIC keine rückwirkende Aufhebung gem. c. 9 anordnet.¹²⁵ Der Bischöfliche Stuhl als eigenständige juristische Person kann durchaus heute noch Rechtsträger dieses Bischöflichen Tafelgutes sein¹²⁶, ob dies in jedem Bistum der Fall ist oder welche weiteren Vermögensmassen de facto unter dem „Dach“ der bischöflichen Stühle im Laufe der historischen Entwicklung zusammengefloßen sind, bedarf weiterer fachwissenschaftlicher Aufarbeitung.

4. Der kanonistische Rahmen der katholischen Vermögensverwaltung

Das Gesetzbuch der römisch-katholischen Kirche widmet sich in Buch V (cc. 1254–1310 CIC) dem Vermögensrecht. Nach einem kurzen einleitenden Abschnitt über seinen Anwendungsbereich (cc. 1254–1258) trifft der CIC in den folgenden Titeln strukturierte Aussagen zu den Bereichen Vermögenserwerb (cc. 1259–1272), Vermögensverwaltung (cc. 1273–1289), zum Vertragsrecht, insbesondere in Fällen der Veräußerung von Kirchenvermögen (cc. 1290–1298) sowie zum Recht der frommen Verfügungen im Allgemeinen und den frommen Stiftungen (cc. 1299–1310).

51

5. Organe kirchlicher Vermögensverwaltung

Die Verwaltung des kirchlichen Vermögens erfolgt durch das jeweils dazu im Universal- oder Partikularkirchenrecht bestimmte Organ. Dabei kann es sich sowohl um eine Einzelperson als auch um eine Personenmehrheit handeln. Die oberste Verwaltungs- und Verfügungsgewalt steht zwar nach c. 1273 CIC dem Papst zu; praxisrele-

52

¹²⁴ Dieter Hägermann, Artikel „Mensalgüter“, in: LexMA, Bd. VI, 1993, Sp. 520 (521).

¹²⁵ Heimerl / Pree, Handbuch des Vermögensrechts (o. Fn. 79), Rn. 5/115.

¹²⁶ Pree / Primetshofer, Das kirchliche Vermögen (o. Fn. 60), S. 35; wohl auch Schüller, Bischöfliche Stühle (o. Fn. 118), S. 13.

vanter ist jedoch die Grundnorm des c. 1279 § 1 CIC, wonach die kirchliche Vermögensverwaltung demjenigen zukommt, der die Person, der dieses Vermögen gehört, unmittelbar leitet. Nach c. 1280 CIC muss jedwede juristische Person entweder einen Vermögensverwaltungsrat oder wenigstens zwei Ratgeber haben, welche dem Verwalter nach Maßgabe der Statuten bei der Erfüllung seiner Aufgabe helfen.

a) Vermögensverwaltung auf diözesaner Ebene

53 Zentrale Persönlichkeit¹²⁷ im Bereich der Vermögensverwaltung auf Ebene der Teilkirchen ist naturgemäß der Bischof. Ihm kommt gemäß c. 381 § 1 CIC in der ihm anvertrauten Diözese alle ordentliche, eigenberechtigte und unmittelbare Gewalt zu, die zur Ausübung seines Hirtendienstes erforderlich ist. Ausgenommen ist nur dasjenige, was von Rechts wegen oder aufgrund einer Anordnung des Papstes der höchsten oder einer anderen kirchlichen Autorität vorbehalten ist.¹²⁸ Er leitet die Kirche nach Maßgabe des Rechts mit gesetzgebender, ausführender und richterlicher Gewalt (c. 391 § 1) und vertritt die Diözese in ihren Rechtsgeschäften nach außen.¹²⁹

54 Bei der Verwaltung des diözesanen Vermögens ist der Diözesanbischof nicht auf sich allein gestellt. Der CIC schreibt kirchenverfassungsrechtlich eine kollegiale Struktur vor, indem er dem Bischof einen Diözesanvermögensverwaltungsrat sowie einen Diözesanökonom zur Seite stellt.¹³⁰ Dabei ist deren Einbeziehung gem. c. 127 CIC eine Wirksamkeitsvoraussetzung für rechtmäßiges bischöfliches Handeln – umgekehrt kann der Bischof allerdings zu keinem Han-

¹²⁷ Die *Kongregation für die Bischöfe*, Direktorium für den Hirtendienst der Bischöfe, hg. vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, 2004, S. 255, bezeichnet den Diözesanbischof sogar als den „einzigen Vermögensverwalter der Diözese“.

¹²⁸ Zu diesen primatialen Vorbehalten: *Georg Bier*, Die Rechtsstellung des Diözesanbischofs nach dem Codex Iuris Canonici von 1983, 2001, S. 144 ff.

¹²⁹ Nach c. 392 § 2 CIC obliegt es dem Bischof zudem darauf zu achten, dass sich im Bereich der Vermögensverwaltung „kein Missbrauch in die kirchliche Ordnung einschleicht“.

¹³⁰ Instruktiv dazu: *Heribert Schmitz*, Organe diözesaner Finanzverwaltung. Anmerkungen zu offenen-strittigen Fragen, in: AfkKR 163 (1994), S. 120 ff.; zur Rechtslage in den bayerischen Diözesen: *Heribert Hallermann*, Diözesanvermögensverwaltungsrat, Diözesansteuerausschuss und Diözesanökonom – Organe kirchlicher Vermögensverwaltung in den bayerischen Diözesen, in: KuR 2008, S. 17 ff.

deln rechtlich (oder durch „Überstimmen“) gezwungen werden.¹³¹ Es geht ausdrücklich darum, dass das Bischofsamt nicht in einem absolutistischen Sinn ausgeübt wird.¹³²

Der (*Diözesan-*)*Vermögensverwaltungsrat*¹³³ (im Folgenden: DVVR) ist in den cc. 492–493 CIC für jede Diözese obligatorisch vorgesehen, wenngleich er bisweilen unterschiedlich bezeichnet wird.¹³⁴ Unter dem Vorsitz des Bischofs oder alternativ eines seiner Beauftragten, ist ein Rat zu konstituieren, der aus wenigstens drei vom Bischof ernannten Gläubigen (= Laien) besteht, die in wirtschaftlichen Fragen sowie im weltlichen Recht „wirklich erfahren“ sind und sich durch Integrität auszeichnen (c. 492 § 1). Zu den Aufgaben dieses Expertengremiums¹³⁵ zählen die Aufstellung des jährlichen Diözesanhaushalts nach den Weisungen des Diözesanbischofs sowie die Prüfung und Billigung der Jahresrechnung des Bischofs (c. 493) und derjenigen Vermögensverwalter, die von der Leitungsgewalt des Bischofs nicht freigestellt sind (c. 1287 § 1). Überdies stehen dem DVVR diverse Beispruchsrechte (Anhörungs- und Zustimmungsrechte) zu, vgl. cc. 493, 1254 ff. CIC. Dabei geht es vor allem um Zustimmungshandlungen zu Akten der außerordentlichen Verwaltung und bestimmter Vermögensveräußerungen.¹³⁶ Vertretungsbefugnisse im Rechtsverkehr besitzt der DVVR demgegenüber nicht.¹³⁷

55

¹³¹ Hugo Schwendenwein, Die Katholische Kirche. Aufbau und rechtliche Organisation, 2003, S. 411.

¹³² Krämer, Kirchenrecht II (o. Fn. 105), S. 81.

¹³³ Umfassend: Günter Etzel, Der Diözesanvermögensverwaltungsrat, 1994.

¹³⁴ So wirkt ein (*Diözesan-*)*Vermögensverwaltungsrat* z.B. in den (Erz-)Bistümern Berlin, Freiburg, Hildesheim oder auch Limburg; als *Diözesanverwaltungsrat* wird er etwa in Rottenburg-Stuttgart und Trier bezeichnet. Weitere Gremienbezeichnungen sind *Diözesanvermögensrat* (z.B. Augsburg), *Kirchensteuer- und Vermögensverwaltungsrat* (Magdeburg), *Diözesan-Finanzkammer* (Passau) u. s. w. Ausführliche Darstellung (allerdings auf dem Rechtsstand 1994) bei Etzel, Diözesanvermögensverwaltungsrat (o. Fn. 133), S. 196 ff. Im Erzbistum Hamburg nimmt fortan ein sog. *Wirtschaftsrat* die Aufgaben des einstigen DVVR wahr; im Erzbistum Köln wirken seit 2016 der *Kirchensteuer- und Wirtschaftsrat* sowie ein *Vermögensrat*.

¹³⁵ Hallermann, Diözesanvermögensverwaltungsrat (o. Fn. 130), S. 22.

¹³⁶ Sabine Demel, Diözesanvermögensverwaltungsrat, in: Handbuch Kirchenrecht. Grundbegriffe für Studium und Praxis, hg. von ders., 2. Aufl. 2013, S. 130 (132), nennt vor allem die Rechte aus cc. 1263, 1277, 1282 § 2, c. 1287 § 1, cc. 1292, 1305 und 1310 § 2 CIC.

¹³⁷ Schwendenwein, Die Katholische Kirche (o. Fn. 131), S. 410.

- 56 Der DVVR hat eine doppelte Rechtsstellung inne:¹³⁸ Er ist ein kollegial strukturiertes Leitungsorgan mit Normsetzungs-, Weisungs- und Aufsichtsbefugnis. Zugleich ist er das Konsultationsorgan des Bischofs im finanzwirtschaftlichen Bereich mit besonderen Anhörungs- und Zustimmungsbefugnissen und übt in gewissem Umfang auch Kontrollaufgaben gegenüber dem Bischof aus.
- 57 Darüber hinaus hat der Bischof nach Anhörung des Konsultorenkollegiums und des DVVR einen *Diözesanökonom* zu benennen (c. 494 § 1 CIC). Dieser muss in wirtschaftlichen Fragen wirklich erfahren sein und sich besonders durch Rechtschaffenheit auszeichnen. Aufgabe des Ökonomen ist es nach Maßgabe von c. 494 § 3, gemäß dem vom DVVR festgelegten Haushaltsplan, das Diözesanvermögen unter der Autorität des Bischofs zu verwalten und aus den festgesetzten Einnahmen der Diözese die Ausgaben zu tätigen, die der Bischof oder andere von ihm dazu Beauftragte rechtmäßig angeordnet haben. Zudem muss er dem DVVR über seine Einnahmen und Ausgaben Rechnung legen (c. 494 § 4). Er ist ein weisungsgebundenes Exekutivorgan,¹³⁹ dem gem. c. 1278 vom Diözesanbischof weitere Aufgaben übertragen werden können.¹⁴⁰ Von Rechts wegen kann er weder Vorsitzender noch Mitglied des DVVR sein.¹⁴¹ Dadurch entstünde ein Widerspruch zum (auch kanonischen) Prinzip der Gewaltenteilung, welches eine Trennung zwischen Richtlinienkompetenz und Geschäftsführung gebietet.¹⁴² Das Vollzugsorgan soll sich nicht selbst Weisungen erteilen können.¹⁴³
- 58 Kritisch wird in der Kanonistik gesehen, dass sowohl hinsichtlich der Person des Diözesanökonomens als auch bezüglich der Zusam-

¹³⁸ Zum Folgenden *Schmitz*, *Organe* (o. Fn. 130), S. 125 f., m. w. N.

¹³⁹ *Schmitz*, ebd., S. 140.

¹⁴⁰ C. 1278 CIC verweist auf die c. 1276 § 1 und c. 1279 § 2. Danach kann dem Diözesanökonom auch die Aufgabe übertragen werden, die Verwaltung des gesamten Vermögens zu überwachen, das den dem Bischof unterstellten öffentlichen juristischen Personen gehört, unbeschadet der Rechtstitel, die ihm weitergehende Rechte einräumen (c. 1276 § 1), sowie die Verwaltung des Vermögens derjenigen öffentlichen juristischen Personen zu beaufsichtigen, die – aus dort genannten Gründen – derzeit keinen eigenen Verwalter haben (c. 1279 § 2). Ausführlich zum Diözesanökonom: *Helmuth Pree*, *Der Diözesanökonom, sein rechtliches Verhältnis zum Diözesanbischof und seine Rechtsstellung in der bischöflichen Kurie*, in: *AfkKR* 182 (2013), S. 24–43; *Althaus*, *Vermögensverwaltung* (o. Fn. 120), S. 700–706.

¹⁴¹ *Schmitz*, *Organe* (o. Fn. 130), S. 142; *Etzel*, *Diözesanvermögensverwaltungsrat* (o. Fn. 133), S. 87, 171.

¹⁴² *Hallermann*, *Diözesanvermögensverwaltungsrat* (o. Fn. 130), S. 27.

¹⁴³ *Schmitz*, *Organe* (o. Fn. 130), S. 142.

mensetzung des DVVR die teilkirchliche Situation und Rechtslage in manchen deutschen Diözesen bisweilen von den kirchenverfassungsrechtlichen Vorgaben abweicht.¹⁴⁴ Dabei geht es u. a. um den Vorsitz inklusive der Frage eines Stimmrechts oder auch um die Mitgliedschaft und dabei insbesondere um die Unabhängigkeit der Vertreter im DVVR, sofern diese in Beschäftigungsverhältnissen mit der Diözese stehen.¹⁴⁵ In all diesen Fragen hat nicht zuletzt die „Causa Limburg“ eine Aufbruchsstimmung erzeugt, die in vielen Diözesen zu einer Neuordnung der Gremienstruktur in der Vermögensverwaltung führt.

Beinahe radikal hat das Erzbistum Hamburg mit bestehenden vermögensverwaltungsrechtlichen Usancen gebrochen und zum 1.7.2018 einen neuen sog. Wirtschaftsrat installiert.¹⁴⁶ Der bisherige DVVR und der diözesane Kirchensteuerrat sind in der Folge ökonomischer Konsolidierungs- und Pastoralprozesse formell aufgehoben und in ein gemeinsames Gremium überführt worden. Von einer Zusammenführung aller diözesanvermögensverwaltungsrechtlichen Aufgaben und Kompetenzen in einem einzigen Gremium, dem verschiedene Sachausschüsse (Geschäftsführungs-, Konsultations-, Anlage- sowie Erlassungsausschuss) zugeordnet werden, erhofft man sich ein effektiveres wirtschaftliches Handeln, insbesondere im kirchensteuerrechtlich relevanten Bereich.

Auch das Erzbistum Köln schlägt mit dem Kirchensteuer- und Wirtschaftsrat sowie dem Vermögensrat neue Wege ein. Mit der „Ordnung für die im Bereich der wirtschaftlichen Angelegenheiten der Erzdiözese Köln tätigen Organe“ vom 12.2.2016¹⁴⁷ (im Folgenden: KiWiO) werden zwei Gremien installiert, welche gemeinsam die Aufgabe des in c. 492 § 1 CIC vorgesehenen Vermögensverwaltungsrats wahrnehmen werden. Den Vorsitz im Kirchensteuer- und Wirtschaftsrat führt satzungsgemäß (und ohne Stimmrecht) der Erzbischof bzw. in dessen Abwesenheit der Generalvikar (Art. 7 Abs. 1 KiWiO). Den

¹⁴⁴ Schmitz, ebd., S. 141; Demel, Diözesanvermögensverwaltungsrat (o. Fn. 136), S. 133; Althaus, Strukturen kirchlicher Vermögen (o. Fn. 70), S. 105; ders., Vermögensverwaltung (o. Fn. 120), S. 704 ff., 710 ff.; Thomas Schüller, Kirchliche Vermögens- und Finanzverwaltung unter Legitimations- und Transparenzdruck – Was man aus dem „Fall Limburg“ lernen kann, in: KuR 2013, S. 168 ff.

¹⁴⁵ Hallermann, Diözesanvermögensverwaltungsrat (o. Fn. 130), S. 22 f.

¹⁴⁶ Ordnung für den Wirtschaftsrat des Erzbistums Hamburg vom 25.4.2018 (KABl. Hamburg S. 78 ff.); Änderungsgesetz vom 15.5.2018 bzgl. § 15 der Ordnung für den Wirtschaftsrat (KABl. Hamburg S. 114).

¹⁴⁷ ABl. Köln 2016 S. 75 ff.

Vorsitz des aus diesem Rat gebildeten Vermögensrates, der gem. Art. 17 Abs. 4 KiWiO jederzeit durch weitere Personen, die auch in einem Dienst- oder Anstellungsverhältnis zur Diözese stehen können, sowie sonstige Sachverständige als Beraterinnen und Berater erweitert werden kann, führt alleine der Erzbischof. Die weiteren nordrhein-westfälischen Diözesen sind diesem Modell bereits gefolgt¹⁴⁸ bzw. werden sich ihm voraussichtlich anschließen.

- 61 Es gibt weitere Gremien und Räte, denen in bestimmten vermögensrechtlichen Angelegenheiten vereinzelte Anhörungs- oder Beispruchsrechte zukommen. Dies betrifft etwa den *Priesterrat*. In den Fällen der cc. 531, 1215 § 2 und c. 1263 CIC¹⁴⁹ ist er vorab vom Diözesanbischof anzuhören. Demgegenüber verfügt das sog. *Konsultorenkollegium*,¹⁵⁰ dessen Aufgaben in den deutschen Diözesen nach der Partikularnorm Nr. 6 der Deutschen Bischofskonferenz zu c. 502 § 3 CIC¹⁵¹ vom *Domkapitel* wahrgenommen werden, über vereinzelte Beispruchsrechte in den Fällen der cc. 494 § 1 (Anhörung im Rahmen der Ernennung des Diözesanökonomen), 1277 (Zustimmungsakte im Falle außerordentlicher Vermögensverwaltung), 1292 (Zustimmung bei Veräußerung von Stammvermögen in besonderen Konstellationen) sowie 1295 CIC (Zustimmung bei vermögensgefährdenden Rechtsgeschäften).¹⁵² Bei beiden Gremien handelt es sich trotz ihrer Mitgestaltungsrechte allerdings nicht um originäre Organe der Vermögensverwaltung.

¹⁴⁸ Siehe bereits: Ordnung für die im Bereich der wirtschaftlichen Angelegenheiten der Diözese Essen tätigen Organe (KABl. Essen 2017 S. 168 ff.).

¹⁴⁹ Danach sind anhörungspflichtige Angelegenheiten: Erhebung und Verwendung pfarrlicher Abgaben, Kirchenneubauten sowie die Erhebung einer Kirchensteuer. Umfassend zur Thematik: *Heike Künzel*, Der Priesterrat. Theologische Grundlegung und rechtliche Ausgestaltung, 2000.

¹⁵⁰ Zum Konsultorenngremium *Althaus*, Rezeption (o. Fn. 114), S. 552–562; s. a.: *Matthias Rauch*, Das Recht der Domkapitel in Bayern. Die einschlägigen Canones des CIC/1983 und ihre statutarische Umsetzung im Bereich der bayerischen Kirchenprovinzen – Künftige Entwicklungsperspektiven, 2017; *Eva Jüsten*, Das Domkapitel nach dem Codex iuris canonici von 1983 unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland und Österreich, 1993.

¹⁵¹ Vom 5.10.1995, abgedruckt bei *Schmitz / Kalde*, Partikularnormen (o. Fn. 59), S. 11.

¹⁵² Für den Fall des vakanten Bischofsstuhls verändern sich die Kompetenzen des Konsultorenkollegiums, s. *Althaus*, Rezeption (o. Fn. 114), S. 558 f.

Für das Kirchensteuerwesen ist schließlich der diözesane Kirchensteuerrat¹⁵³ von besonderer Bedeutung. Ihm obliegt regelmäßig die Festsetzung der Höhe der Kirchensteuer unter Berücksichtigung des jeweiligen Finanzbedarfs der Diözese sowie die Verteilung der Einnahmen aus den Kirchensteuererträgen. Seine Errichtung beruht auf staatskirchenrechtlichen und konkordatären Vorgaben,¹⁵⁴ seine Aufgaben sowie Zusammensetzung regeln die jeweiligen diözesanen Statuten und Vorschriften.¹⁵⁵ In vielen Diözesen ist der DVVR jedoch mit dem Kirchensteuerrat vereint und mit diesem identisch.¹⁵⁶ In anderen Diözesen bestehen die Gremien nebeneinander, wobei kompetenzielle Überschneidungen dadurch gelöst werden, dass der Kirchensteuerrat die Grundlinien des Haushalts festlegt und der DVVR über die nähere Ausgestaltung entscheidet und ihm auch die kodikarisch vorgesehenen Beispruchsrechte zukommen.¹⁵⁷

¹⁵³ Auch hier bestehen wieder regionale, rechtliche wie terminologische, Besonderheiten. In den bayerischen Diözesen wird der Kirchensteuerrat als *Diözesansteuerausschuss* bezeichnet, der zugleich die Aufgaben des DVVR übernimmt. Zur bayerischen Rechtslage s. *Josef Binder / Dirk Hermann Voß*, Der Steuerausschuss des Bistums Augsburg – Organ diözesaner Vermögensverwaltung nach Bayerischem Partikular- und Staatskirchenrecht sowie universalkirchlichem Recht, in: KuR 2008, S. 184 ff. Überblick bei *Josef Jurina*, Die Kirchensteuerräte der deutschen Diözesen, in: Recht in Kirche und Staat (o. Fn. 28), S. 843 ff.; *Wolfgang Rüfner*, Beteiligung von Laien an der Steuererhebung der katholischen Kirche in Deutschland, in: Ein Leben für Recht und Gerechtigkeit. Festschrift für Hans R. Klecatsky zum 90. Geburtstag, hg. von Franz Matscher / Peter Pernthaler / Andreas Raffener, 2010, S. 613 ff.

¹⁵⁴ Vgl. cc. 3, 1263 CIC i.V.m. Art. 10 § 5 BayK; Art. 5 KiStG Bay. sowie Art. 5 ff. der Satzung für die gemeinschaftlichen kirchlichen Steuerverbände in den bayerischen (Erz-)Diözesen (DStVS) vom 1. 1. 2018 (ABl. Regensburg S. 125–137). Umfassend zum Recht der Kirchensteuer *Felix Hammer*, → § 72.

¹⁵⁵ Vgl. etwa: Statut des Kirchensteuerrates der Diözese Erfurt vom 1. 7. 2017 (ABl. Erfurt S. 3 f.); Satzung des Kirchensteuerrates der Diözese Osnabrück vom 1. 2. 2007 (KABl. Osnabrück S. 175 ff.) zuletzt geändert am 1. 9. 2014 (KABl. 2015 S. 159); Satzung für den Steuerrat in der Diözese Speyer vom 1. 11. 2015 (OVB Speyer S. 726 ff.).

¹⁵⁶ *Demel*, Diözesanvermögensverwaltungsrat (o. Fn. 136), S. 130; so wird gemäß des Beschlusses der Freisinger Bischofskonferenz vom 9. 11. 1983 der DVVR in den bay. Diözesen, soweit der Diözesanhaushalt auf Grund der Diözesansteuer betroffen ist, durch den Diözesansteuerausschuss gebildet, vgl. Würzburger Diözesanblatt 1983, S. 338. Vgl. zu ihrem Verhältnis zueinander *Rüdiger Althaus*, Diözesanvermögensverwaltungsrat und Diözesankirchensteuerrat – Chancen und Hindernisse für eine intensive Zusammenarbeit, in: *Flexibilitas Iuris Canonici*, Festschrift für Richard Puza zum 60. Geburtstag, hg. von Andreas Weiß / Stefan Ihli, 2003, S. 397 ff.

¹⁵⁷ *Althaus*, Rezeption (o. Fn. 114), S. 566.

b) Vermögensverwaltung auf pfarrlicher Ebene

- 63** Unterhalb der Diözesanebene gliedert sich die katholische Kirche in Pfarreien/Kirchengemeinden. Nach Maßgabe von c. 515 § 1 CIC ist die Pfarrei eine bestimmte Gemeinschaft von Gläubigen, die in einer Teilkirche auf Dauer errichtet ist und deren Seelsorge unter der Autorität des Diözesanbischofs einem Pfarrer als ihrem eigenen Hirten anvertraut wird. Kirchenrechtlich ist sie aufgrund ihrer Eigenschaft als öffentliche juristische Person rechtsfähig (c. 515 § 3), im weltlichen Rechtsbereich ist sie Körperschaft des öffentlichen Rechts.
- 64** Oberster Vermögensverwalter der Pfarrei ist der Pfarrer (vgl. c. 1279 § 1, c. 519 CIC), der diese dem Grunde nach gem. c. 532 CIC bei allen Rechtsgeschäften nach Maßgabe des Rechts vertritt.¹⁵⁸ Er hat dafür zu sorgen, dass das Vermögen der Pfarrei im Sinne der cc. 1281–1288 CIC verwaltet wird. Dabei steht ihm ein fachkundiger Rat zur Seite. In jeder Pfarrei muss gem. c. 537 ein Vermögensverwaltungsrat bestehen, der außer dem allgemeinen Recht den vom Diözesanbischof erlassenen Normen unterliegt. In ihm sollen ausgewählte Gläubige, unbeschadet c. 532 CIC, dem Pfarrer bei der Verwaltung des Pfarrvermögens helfen. Die genannten Vorschriften unterscheiden deutlich zwischen Verwalten (Innenbereich) und Vertreten (Außenbereich). Anders als beim DVVR übt der Vorsitzende dieses Rates zudem nicht nur Präsidialrechte aus, sondern ist zugleich stimmberechtigtes Mitglied.¹⁵⁹ Der in c. 536 § 1 CIC nur fakultativ vorgesehene *Pastoralrat*¹⁶⁰ hat keine vermögensrechtlichen Kompetenzen, sondern ausschließlich beratendes Stimmrecht in Angelegenheiten der pfarrlichen Hirtensorge (§ 2).
- 65** Nicht nur in der Bezeichnung dieses Vermögensverwaltungsrates spiegelt sich die kirchliche (und staatliche) Rechtsvielfalt wider: so obliegt diese Aufgabe z.B. im Geltungsbereich des PreußVVG¹⁶¹ dem

¹⁵⁸ In den sog. Teampfarreien (c. 517 § 1 CIC) obliegt die rechtsgeschäftliche Vertretung nicht jedem Pfarrer einzeln, sondern dem Moderator. Umfassend zur pfarrlichen Vermögensverwaltung: *Helmut Loggen*, Formen rechtlicher Mitwirkung in katholischen Kirchengemeinden. Die Zuordnung von Pfarrer, Vermögensverwaltungsorganen und Pfarrgemeinderat in den Pfarreien der Diözesen in der Bundesrepublik Deutschland und Berlin (West), Diss. jur. Köln 1990.

¹⁵⁹ *Sabine Demel*, Pfarrvermögensverwaltungsrat, in: Handbuch Kirchenrecht (o. Fn. 136), S. 514 (515).

¹⁶⁰ Auf pfarrlicher Ebene sind dies etwa die Pfarrgemeinderäte, auf überpfarrlicher Ebene z.B. die Dekanatsräte.

¹⁶¹ Siehe oben Fn. 63.

sog. Kirchenvorstand, in anderen deutschen Diözesen dem Pfarrgemeinde- oder Kirchengemeinderat bzw. der Kirchenverwaltung.¹⁶² In den deutschen Diözesen wird von der Fundamentalnorm des c. 532 CIC auch regelmäßig inhaltlich abgewichen, wenn dieses Gesetz wie auch die (diözesanen) Vermögensverwaltungsgesetze das Verwaltungs- und Vertretungsrecht hinsichtlich des Pfarrvermögens dem Kirchenvorstand (oder einem anderen Gremium) zuweisen, dessen Vorsitz der Pfarrer oder ein anderer Geistlicher ausübt.¹⁶³ Der Leitgedanke eines den Pfarrer nur unterstützenden Kollegialgremiums wird zugunsten einer rechtlichen Ausgestaltung als Entscheidungsorgan aufgegeben, an dessen Beschlüsse der Pfarrer gebunden ist.¹⁶⁴ Nicht zuletzt gibt es zahlreiche lokale Besonderheiten hinsichtlich der Verwaltung des Gotteshaus-, Pfründe- und Stellenvermögens.

Dieses deutsche, partikulare Sonderrecht¹⁶⁵ erweist sich aber aufgrund eines päpstlichen Indults aus dem Jahre 1984¹⁶⁶ nicht als Verstoß gegen die Vorgaben des CIC. Darin gestattet der Papst auf Antrag der Deutschen Bischofskonferenz, dass die Norm des c. 532 CIC „nicht eingehalten werden muß, nach welcher dem Pfarrer die Vertretung des Vermögens der Pfarrgemeinde obliegt. Dieses Indult gilt sowohl für die Rechtsgebiete, in denen das Vermögensverwaltungsrecht auf staatlicher Gesetzgebung oder auf staatskirchenrechtlichen

66

¹⁶² *Puza*, Verwaltung des Kirchenvermögens (o. Fn. 112), S. 1553.

¹⁶³ Vgl. *Hallermann*, Pfarrei und pfarrliche Seelsorge (o. Fn. 105), S. 385. Über einen langen Zeitraum hinweg hatte alleine das Bistum Dresden-Meißen seinen Kirchenrat streng nach Maßgabe des CIC konzipiert und dem Pfarrer das Alleinvertretungsrecht zugesprochen (vgl. Ordnung für den Kirchenrat, KABl. 2002 S. 78–82; Änderungsverordnung v. 19.9.2017, KABl. S. 238 f.). Mit dem neuen „Gesetz für die Verwaltung der Pfarreien im Bistum Dresden-Meißen (PfVG)“ v. 19.5.2020 (KABl. S. 158 ff.) wurde dieser Sonderweg ausdrücklich aufgegeben und die pfarrliche Vermögensverwaltung derjenigen in den übrigen Diözesen angepasst.

¹⁶⁴ *Helmuth Pree*, Genehmigungspflichten in der pfarrlichen Vermögensverwaltung. Eine universalrechtliche Perspektive, in: AfKR 177 (2008), S. 502 (511).

¹⁶⁵ Eine Gesamtdarstellung muss im Rahmen dieses Beitrags unterbleiben. Näher zu den einzelnen Gesetzen und Regelungsbereichen: *Busch*, Vermögensverwaltung (o. Fn. 3), S. 971 ff.

¹⁶⁶ Bei einem Indult handelt es sich um eine (meist zeitlich begrenzte) Sondergenehmigung, die als Gnaden- oder Gunsterweis eines Trägers der hoheitlichen Leitungsvollmacht (meist des Papstes) als Ausnahmerecht von einer allgemeinen gesetzlichen Bestimmung gewährt wird (*Ilona Riedel-Spangenberg*, Grundbegriffe des Kirchenrechts, 1992, S. 133). Das genannte Indult wurde dem Apostolischen Nuntius am 12.1.1984 mitgeteilt, der unter dem 13.1.1984 den Vorsitzenden der Deutschen Bischofskonferenz informierte.

Vereinbarungen beruht, als auch in den Gebieten, wo früheres Recht inzwischen durch eigenständiges kirchliches Recht ersetzt worden ist.“¹⁶⁷

- 67 Nicht nur im ehemals preußischen Rechtskreis spielt das Preuß-VVG noch heute eine besondere Rolle, sei es, weil es immer noch in Geltung ist (so in den nordrhein-westfälischen [Erz-]Diözesen, allerdings mit der in Rn. 30 bereits benannten Relativierung), oder aber weil seine Regelungen als Orientierung für spätere kirchliche Vermögensverwaltungsgesetze dienen.¹⁶⁸ So ist in Nordrhein-Westfalen der Kirchenvorstand das zentrale Organ der Vermögensverwaltung auf pfarrlicher Ebene.¹⁶⁹ Unter dem Vorsitz des Pfarrers oder eines von der bischöflichen Behörde mit der Gemeindeleitung betrauten Geistlichen verwaltet der Kirchenvorstand das Kirchenvermögen und vertritt die Kirchengemeinde (und das Vermögen!) nach außen (§ 1 Abs. 1 PreußVVG). Er hat ein Vermögensverzeichnis zu errichten und fortzuführen, den Jahreshaushaltsplan aufzustellen und den Jahresabschluss zu genehmigen (vgl. § 10 PreußVVG). Er tätigt alle anfallenden Geschäfte – ohne dass es darauf ankommt, wer dessen Rechtsträger ist¹⁷⁰ –, ist dabei aber an die universal- und partikularrechtlichen Vorgaben gebunden. Um im weltlichen Rechtsverkehr wirksam handeln zu können, müssen Willenserklärungen des Kirchenvorstands nach § 14 S. 2 PreußVVG vom Vorsitzenden oder seinem Stellvertreter und zwei weiteren Mitgliedern unter Beidrückung des Amtssiegels abgegeben werden.¹⁷¹ Inspiriert vom PreußVVG haben die in Hessen, Rheinland-Pfalz und dem Saarland (zumindest anteilig) gelegenen (Erz-)Diözesen eigene, jedoch im Wesentlichen gleichlautende Gesetze über die Verwaltung und Vertretung des Kirchenvermögens erlassen.¹⁷² Dieser Weg konnte auch aufgrund staatskir-

¹⁶⁷ ABL. Köln 1984 S. 142 f.

¹⁶⁸ Althaus, 75 Jahre Preußisches Kirchenvorstandsgesetz (o. Fn. 63), S. 297; von Loewenich, Kirchenvermögensverwaltungsrecht (o. Fn. 63), S. 265.

¹⁶⁹ Zum Kirchenvorstand siehe auch: Heribert Emsbach / Thomas Seeberger, Rechte und Pflichten des Kirchenvorstandes, 12. Aufl. 2018; Karl Bauschke, Der Kirchenvorstand im Erzbistum Paderborn, 2. Aufl. 2003.

¹⁷⁰ Näher: Busch, Vermögensverwaltung (o. Fn. 3), S. 972.

¹⁷¹ Vgl. zu den Rechtsfolgen bei Verstößen Hans Zilles / Burkhard Kämper, Kirchengemeinden als Körperschaften im Rechtsverkehr, in: NVwZ 1994, S. 109 (114 f.) m. w. N.

¹⁷² Es handelt sich hier insbesondere um die Gesetze über die Verwaltung und Vertretung des Kirchenvermögens in den Diözesen Fulda, Limburg, Mainz, Speyer und Trier: KABl. Fulda 1997, S. 8 ff., zuletzt geändert durch Gesetz v. 23. 9. 2014 (ABl. S. 124); ABl. Limburg 1977, S. 559 ff., zuletzt geän-

chenvertraglicher Abmachungen¹⁷³ mit den jeweiligen Bundesländern besprochen werden, in deren Folge alle bestehenden staatlichen Regelungen über die Vermögensverwaltung und -vertretung aufgehoben wurden. Allerdings haben sich die Bundesländer im vertretungsrechtlichen Bereich ein Einspruchsrecht vertraglich zusichern lassen für den Fall, dass aus staatlicher Sicht eine ordnungsgemäße Vertretung nicht gewährleistet erscheint.

Im süddeutschen, insbesondere bayerischen, Rechtsraum hat sich historisch auf pfarrlicher/kirchengemeindlicher Ebene eine Vermögensverwaltung in Form von Stiftungen entwickelt.¹⁷⁴ In den bayerischen Diözesen entspricht die Kirchengemeinde als „gemeindlicher kirchlicher Steuerverband“¹⁷⁵ hinsichtlich ihres realen Substrats der Pfarrei im Sinne des c. 515 § 1 CIC.¹⁷⁶ Weitere pfarrliche Rechtsträger sind regelmäßig die Kirchen- und Pfründestiftungen. Für die Vermögensverwaltung auf pfarrlicher Ebene ist die Kirchenverwaltung der Kirchengemeinde, die sich aus dem Pfarrer bzw. dem Inhaber einer selbstständigen Seelsorgestelle sowie mehreren gewählten Kirchenverwaltungsmitgliedern (Laien) zusammensetzt, das zentrale Gremium. Neben den universalkirchlichen Rahmenbestimmungen des CIC wird die pfarrliche Vermögensverwaltung durch weitere (kirchliche wie staatliche) Gesetze bestimmt.

Das bayerische Stiftungsgesetz (StiftG Bay.) i. d. F. der Bekanntmachung vom 26.9.2008¹⁷⁷ behandelt die kirchlichen Stiftungen in den Artikeln 21 bis 24. Gem. Art. 23 Abs. 1 S. 2 StiftG Bay. ist der Erlass allgemeiner Vorschriften über Namen, Sitz, Zweck, Vertretung, Verwaltung und Beaufsichtigung kirchlicher Stiftungen Aufgabe der Kirchen. Damit wird dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht ausdrücklich Rechnung getragen. Die bayerischen (Erz-)Diözesen haben

dert am 15.3.2017 (ABl. S. 127 f.); KABL. Mainz 2007, S. 62 ff.; OVB Speyer 2015, S. 422 ff., zuletzt geändert durch Gesetz v. 15.12.2016 (OVB S. 136); KABL. Trier 1978, S. 215 ff., zuletzt geändert durch Gesetz v. 12.12.2014 (KABL. 2015 S. 23; ber. S. 73).

¹⁷³ Die entsprechenden Verträge sind abgedruckt bei *Joseph Listl* (Hg.), *Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 1987, S. 766 ff. (Hessen); Bd. II, 1987, S. 464 ff. (Rheinland-Pfalz) sowie S. 594 ff. (Saarland).

¹⁷⁴ Dazu *Busch*, Vermögensverwaltung (o. Fn. 3), S. 990 ff.

¹⁷⁵ Vgl. Satzung für die gemeindlichen kirchlichen Steuerverbände in den bay. (Erz-)Diözesen (GStVS) i. d. F. vom 1.1.2018 (ABl. Regensburg S. 80 ff.).

¹⁷⁶ *Preé / Primetshofer*, Das kirchliche Vermögen (o. Fn. 60), S. 38.

¹⁷⁷ GVBl. 2008 S. 834. Letzte Änderung durch § 2 Nr. 46 des Gesetzes vom 12.5.2015 (GVBl. S. 82).

demzufolge in Ausübung ihres Selbstbestimmungsrechts eine gleichlautende „Ordnung für kirchliche Stiftungen in den bayerischen (Erz-)Diözesen“ (KathStiftO Bay.) erlassen, die nach mehreren Modifizierungen zuletzt in der Fassung vom 1.1.2018 neu bekannt gemacht wurde.¹⁷⁸ Die darin enthaltenen Grundsätze der Vermögensverwaltung und -vertretung gelten entsprechend für die Kirchengemeinden.¹⁷⁹

70 Die Kirchenverwaltung der jeweiligen Kirchengemeinde ist Organ der *Kirchenstiftung* (Art. 9 Abs. 1 KathStiftO Bay.). Sie vertritt die Kirchenstiftung gerichtlich und außergerichtlich unter der Obhut und Aufsicht der kirchlichen Stiftungsaufsichtsbehörde (Art. 9 Abs. 2). Das Stiftungsvermögen ist gewissenhaft, sparsam und ordnungsgemäß zu verwalten und ungeschmälert zu erhalten.¹⁸⁰ Die Kirchenverwaltung berät und beschließt den Haushaltsplan der Kirchenstiftung, erstellt die Jahresrechnung und befindet über ihre Anerkennung.¹⁸¹ Der Kirchenverwaltungsvorstand vollzieht die Beschlüsse der Kirchenverwaltung und erledigt die Geschäfte der laufenden Verwaltung; bei der Erledigung seiner Aufgaben wird er durch den Kirchenpfleger¹⁸² unterstützt.¹⁸³ Er übernimmt die Kassen- und Rechnungsführung, bereitet die Jahresrechnungen vor und überprüft die ordnungsgemäße Durchführung des Jahreshaushalts.¹⁸⁴ Um rechtsgeschäftlich wirksam nach außen handeln zu können, fordert Art. 20 Abs. 1 KathStiftO Bay. neben der Schriftform aller Willenserklärungen der Kirchenstiftung zusätzlich die Unterschriften des Kirchenverwaltungsvorstandes und des Kirchenpflegers sowie die Verwendung des Amtssiegels.

71 Organe der *Pfründestiftung* sind der Pfründeinhaber und der Pfründeverwaltungsrat (Art. 35 Abs. 1 KathStiftO Bay.). Dem Pfründeinhaber kommt ein Alleinvertretungsrecht hinsichtlich des Pfründevermögens zu, welches jedoch unter der Obhut und Aufsicht der kirchlichen Stiftungsaufsichtsbehörde steht. Zur Erledigung seiner Aufgaben wird der Pfründeinhaber vom Kirchenpfleger unter-

¹⁷⁸ Veröffentlicht z. B. in: ABL. Regensburg 2018, S. 55–73.

¹⁷⁹ *Busch*, Vermögensverwaltung (o. Fn. 3), S. 993.

¹⁸⁰ Vgl. Art. 11 Abs. 1 und 2 KathStiftO Bay.

¹⁸¹ Art. 11 Abs. 2 Hs. 2 KathStiftO Bay.

¹⁸² Bisweilen findet man auch die Bezeichnung Rendant oder (altrechtlich) Provisor.

¹⁸³ Art. 13 Abs. 2 und 5; Art. 14 KathStiftO Bay.

¹⁸⁴ *Demel*, Pfarrvermögensverwaltungsrat (o. Fn. 159), S. 516.

stützt.¹⁸⁵ Möglich ist auch der Anschluss an die von der (Erz-)Diözese eingerichtete zentrale Pfründeverwaltung.¹⁸⁶ Für die Vermögensverwaltung gelten die gleichen Grundsätze wie bei den Kirchenstiftungen.¹⁸⁷ Der Pfründeverwaltungsrat, der aus zwei Mitgliedern der Kirchenverwaltung besteht, besitzt bei wichtigen Angelegenheiten der Vermögensverwaltung ein Anhörungsrecht.

Die Kirchengemeinden selbst werden rechtlich durch die „Satzung für die gemeindlichen kirchlichen Steuerverbände in den bayerischen (Erz-)Diözesen“ (GStVS) näher ausgestaltet. Art. 1 Abs. 1 GStVS bestätigt den Status der Kirchengemeinden als Körperschaften des öffentlichen Rechts, deren handlungsberechtigtes Organ die Kirchenverwaltung ist (Art. 5 Abs. 1 GStVS). Ihr obliegen die in Art. 7 Abs. 1 GStVS, nicht abschließend aufgeführten („insbesondere“), Aufgaben, etwa die Erhebung und Verwaltung des Kirchgeldes nach Maßgabe der Art. 20, 21 KiStG Bay., die Aufstellung, Beratung und Beschlussfassung des Haushaltsplanes der Kirchengemeinde und insgesamt die gewissenhafte Verwaltung des örtlichen Kirchengemeindevermögens, insbesondere bestehender kirchlicher Friedhöfe.¹⁸⁸

Priestermangel und zunehmend nachlassende Kirchenbindung der Bevölkerung haben in vielen deutschen Diözesen Pfarrumstrukturierungen notwendig werden lassen. Mittel der Wahl waren und sind z.B. Zusammenschlüsse oder Fusionen von Pfarreien. In diesem Zusammenhang ist es nicht selten mit dem Ziel der Vereinfachung zu einer Aufgabenzentrierung auch im Bereich der Vermögensverwaltung gekommen. Zunehmend werden die pfarrlichen Rechnungsprüfungs- und Buchführungsaufgaben von dritten Institutionen wahrgenommen (Rendanturen, Verwaltungszentren etc.).¹⁸⁹

¹⁸⁵ Art. 36 Abs. 5 KathStiftO Bay.

¹⁸⁶ Vgl. § 8 Abs. 2 des Gesetzes zur Neuordnung des Pfründewesens in der Erzdiözese München und Freising. Zu den aktuellen Vorgängen in der Diözese Augsburg s. o. Fn. 114.

¹⁸⁷ Vgl. Artikel 36 Abs. 1 und 2 KathStiftO Bay.

¹⁸⁸ Art. 19 GStVS verweist dann für alle weiteren Angelegenheiten der Kirchenverwaltung auf die Ordnung für kirchliche Stiftungen in den bayerischen (Erz-)Diözesen, „insbesondere ihre Art. 12 mit 33, 41“.

¹⁸⁹ *Emsbach / Seeberger*, Rechte und Pflichten des Kirchengemeindevorstandes (o. Fn. 169), Rn. 33, 138 ff.

6. Charakteristika kanonischer Vermögensverwaltung

a) Leitlinien ordnungsgemäßer Vermögensverwaltung

- 74** Die universalkirchenrechtlichen Bestimmungen in Hinblick auf die Verwaltung des Vermögens der einzelnen kirchlichen Rechtsträger enthalten gewisse Grundsätze und Leitlinien, an die alle vermögensverwaltenden Organe unabhängig von ihrer hierarchischen Stellung in der katholischen Kirche gebunden sind. Dies resultiert vor allem aus dem Umstand, dass die kirchlichen Vermögensverwalter nach c. 1282 CIC im Namen der Kirche handeln. Die Qualität ihres Handelns fällt unmittelbar auf die Kirche zurück. Daher sind sie nach Maßgabe des c. 1284 § 1 CIC gehalten, ihr Amt mit der Sorgfalt eines „guten Hausvaters“ zu erfüllen. Kirchliche Vermögensverwalter haben nicht nur die eigenübliche Sorgfalt (*diligentia quam in suis*) zu wahren, sondern gerade auch die erhöhte Sorgfalt eines Verwalters von fremdem, anvertrautem und einem besonderen Zweck verbundenem Vermögen.¹⁹⁰ C. 1284 § 2 CIC statuiert in einem Katalog besondere Sorgfaltspflichten: Verlangt wird z.B. die Sicherung des Bestands kirchlichen Vermögens, etwa durch den Abschluss von Versicherungsverträgen (n. 1 u. 2), nutzbringende Anlagengeschäfte (n. 6), ordnungsgemäße Buchführung (n. 7), Rechenschaftspflichten zum Jahresende (n. 8) u. v. m. Folgerichtig wird auch in c. 1284 § 3 CIC das jährliche Aufstellen eines Haushaltsplans „dringend empfohlen“.
- 75** Die cc. 1285 ff. CIC enthalten weitere besondere Grundsätze kirchlicher Vermögensverwaltung.¹⁹¹ Hervorzuheben ist c. 1286 CIC, wonach bei der Beschäftigung von Arbeitskräften das weltliche Arbeits- und Sozialrecht zu beachten (n. 1) und Arbeitnehmern ein gerechter und angemessener Lohn zu zahlen ist (n. 2).¹⁹²
- 76** Insgesamt wird deutlich erkennbar, dass es dem CIC auf eine solide und vor allem sachkundige Verwaltung des kirchlichen Vermögens

¹⁹⁰ *Althaus*, Strukturen kirchlicher Vermögen (o. Fn. 70), S. 107; *Aymans / Mörsdorf / Müller*, KanR IV (o. Fn. 66), § 155, S. 57.

¹⁹¹ Schenkungen aus dem Verbrauchsvermögen sind in engen Grenzen möglich (c. 1285); jährliche Rechenschaftspflicht gegenüber dem Ortsordinarius, sofern sie dessen Leitungsgewalt untersteht (c. 1287 § 1); Rechenschaftspflicht gegenüber den Gläubigen (!) hinsichtlich des Spendenaufkommens (c. 1287 § 2); Prozessführung nur nach vorheriger schriftlicher Erlaubnis des eigenen Ordinarius (c. 1288).

¹⁹² Umfassend zum kirchlichen Individual- und Kollektivarbeitsrecht *Jacob Jousen*, → § 57, *Hendrik Munsonius*, → § 58, und *Gregor Thüsing*, → § 59.

ankommt, welche die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der jeweiligen Rechtsperson erhalten und im Optimalfall verbessern soll, damit sie ihre kirchlichen Zwecke weiterhin erfüllen kann.¹⁹³ Es geht nicht um Gewinnmaximierung, sondern um die fortdauernde Finanzierung des kirchlichen Auftrags und Wirkens in der Welt.

Kommt es im Rahmen der Verwaltung kirchlichen Vermögens zu Schäden an Rechtsgütern der Kirche oder Dritter, stellen sich haftungsrechtliche Fragen. C. 1284 § 2 n. 3 verlangt von den Vermögensverwaltern rechtmäßiges Verhalten nach Maßgabe der kirchlichen und staatlichen Gesetze. Pflichtwidriges Verhalten ist verboten.¹⁹⁴ Die zur Vermögensverwaltung berufenen Personen machen sich ggf. schadensersatzpflichtig, sofern sie widerrechtlich mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit einem Dritten (oder einer öffentlichen juristischen Person kirchl. Rechts) einen Schaden zufügen (vgl. cc. 128, 1281 § 3 S. 2 CIC). Einen besonderen Schadensersatzanspruch der Kirche begründet c. 1289 CIC für den Fall, dass der Vermögensverwalter seinen Dienst eigenmächtig niederlegt und infolge dessen der Kirche ein Schaden erwächst. Die Vorschriften des CIC eröffnen jedoch nur den Rechtsweg zu den kirchlichen Gerichten, eine parallele Geltendmachung des entstandenen Schadens vor den staatlichen Gerichten bleibt – unter den entsprechenden Voraussetzungen – daneben möglich.¹⁹⁵

77

b) Außerordentliche und ordentliche Vermögensverwaltung

Das kanonische Vermögensrecht unterscheidet zwischen der ordentlichen und der außerordentlichen Vermögensverwaltung.¹⁹⁶ Das jeweils zuständige Organ der Vermögensverwaltung agiert eigenver-

78

¹⁹³ *Althaus*, Strukturen kirchlicher Vermögen (o. Fn. 70), S. 107.

¹⁹⁴ *Aymans / Mörsdorf / Müller*, KanR IV (o. Fn. 66), § 155, S. 58.

¹⁹⁵ *Pree / Primetshofer*, Das kirchliche Vermögen (o. Fn. 60), S. 144. Nicht unproblematisch erscheint zudem, dass der CIC selbst keine spezifischen Strafen für Vermögensdelikte kennt, worauf *Pulte*, Kirchenfinanzierung und kirchliche Vermögensverwaltung (o. Fn. 70), S. 151, hinweist.

¹⁹⁶ Dazu: *Stefan Haering*, Ordentliche und außerordentliche Verwaltung, in: AfK 164 (1995), S. 376 ff.; *Winfried Schulz*, Die außerordentliche Vermögensverwaltung im Codex Iuris Canonici von 1983 und im deutschen Partikularrecht, in: *Iuri Canonico Promovendo. Festschrift für Heribert Schmitz zum 65. Geburtstag*, hg. von Winfried Aymans / Karl-Theodor Geringer, 1994, S. 273–302; *Heimerl / Pree*, Handbuch des Vermögensrechts (o. Fn. 79), Rn. 3/37 ff.

antwortlich und rechtswirksam im Bereich der ordentlichen Vermögensverwaltung. Werden die Grenzen ordentlicher Verwaltung überschritten, bedarf es gem. c. 1281 § 1 CIC der Ermächtigung des Ordinariums. Erfolgt diese nicht, ist die Rechtshandlung nach kanonischem Recht ungültig.

79 Die Kategorien ordentliche bzw. außerordentliche Verwaltung sind ausschließlich für den Bereich des Verbrauchsvermögens von Bedeutung, nicht jedoch für das Stammvermögen.¹⁹⁷ Anliegen des Gesetzgebers ist es gewesen, durch die getroffene Unterscheidung gewisse Handlungen der eigenmächtigen Verfügung des zuständigen Vermögensverwaltungsorgans zu entziehen und auf deren besondere Gewichtigkeit aufmerksam zu machen.¹⁹⁸ Ebenso wie seine Vorgängerkodifikation aus dem Jahre 1917 enthält auch der CIC von 1983 keine Legaldefinition der „außerordentlichen Verwaltung“. In den wenigen Normen, in denen der Codex die Unterscheidung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Verwaltung aufgreift,¹⁹⁹ verbleibt es bei allenfalls dezenten Hinweisen. Eine nähere Abgrenzung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe wurde der Wissenschaft und dem teilkirchlichen Gesetzgeber überlassen.²⁰⁰

80 Die Kanonistik hat diesen Auftrag aufgegriffen und erörtert nähere Abgrenzungskriterien, wobei sich bezüglich der ordentlichen Verwaltung insbesondere die Zusammenstellung von *Pree / Primetshofer* als weiterführend erweist.²⁰¹ Der CIC überlässt es in c. 1277 S. 2 den nationalen Bischofskonferenzen, für den Bereich der *diözesanen* Vermögensverwaltung zu bestimmen, welche Akte als solche der *außerordentlichen* Verwaltung zu gelten haben. Die Deutsche Bischofskonferenz ist diesem universalkirchenrechtlichen Auftrag durch Erlass der Partikularnormen Nr. 18²⁰² nachgekommen. In den dort genannten Fällen bedarf der Diözesanbischof gemäß c. 1277 S. 1

¹⁹⁷ *Pree / Primetshofer*, Das kirchliche Vermögen (o. Fn. 60), S. 58, 128.

¹⁹⁸ *Haering*, Ordentliche und außerordentliche Verwaltung (o. Fn. 196), S. 387.

¹⁹⁹ Cc. 638, 1277, 1281, 1285 und 1524 § 2 CIC.

²⁰⁰ *Althaus*, Rezeption (o. Fn. 114), S. 1036; *Schulz*, Die außerordentliche Vermögensverwaltung (o. Fn. 196), S. 278; *Richard Puza*, Katholisches Kirchenrecht, 2. Aufl. 1992, S. 422 f.

²⁰¹ Vgl. etwa: *Pree / Primetshofer*, Das kirchliche Vermögen (o. Fn. 60), S. 58 ff., insbes. S. 59; *Haering*, Ordentliche und außerordentliche Verwaltung (o. Fn. 196), S. 378 ff., 386 ff.; *Schulz*, Die außerordentliche Vermögensverwaltung (o. Fn. 196), S. 283 ff.

²⁰² *Schmitz / Kalde*, Partikularnormen (o. Fn. 59), S. 19.

CIC im Regelfall der Zustimmung des DVVR und des Konsultorenkollegiums.

Für die dem Bischof unterstellten juristischen öffentlichen Personen unterhalb der Diözesanebene, d.h. insbesondere die Pfarreien, besagt c. 1281 § 2 CIC,²⁰³ dass deren Statuten die Akte der ordentlichen und außerordentlichen Verwaltung festzulegen haben. Für den Fall, dass die Statuten dazu schweigen oder aber – wie im deutschen Rechtsraum – derartige Statuten bei den Pfarreien weitestgehend fehlen,²⁰⁴ kommt diese Aufgabe oftmals dem Bischof zu.

Auf diözesaner/pfarrlicher Ebene werden die Grenzen ordentlicher Verwaltung praktisch durch die bewilligten Haushaltspläne umschrieben. Nicht nur die nordrhein-westfälischen Diözesen²⁰⁵ sind zudem gem. § 21 PreußVVG in Hinblick auf die *pfarrliche* Vermögensverwaltung (im Einvernehmen mit der zuständigen Staatsbehörde²⁰⁶) zum Erlass allgemeiner Geschäftsanweisungen²⁰⁷ befugt. Nach § 21 Abs. 2 PreußVVG bestimmen diese, in welchen Fällen der Be-

²⁰³ *Haering*, Ordentliche und außerordentliche Verwaltung (o. Fn. 196), S. 382.

²⁰⁴ *Heimerl / Pree*, Handbuch des Vermögensrechts (o. Fn. 79), Rn. 3/46–47; 64. Zu den wenigen Ausnahmen: *Haering*, Ordentliche und außerordentliche Verwaltung (o. Fn. 196), S. 382 ff.

²⁰⁵ Im Folgenden muss auf eine umfassende, alle 27 Diözesen erfassende, Darstellung verzichtet werden.

²⁰⁶ Vgl. zu den kirchenaufsichtlichen Genehmigungserfordernissen bereits die zum PreußVVG ergangenen Ausführungsverordnungen vom 24.10.1924 über die zuständigen Staatsaufsichtsbehörden (PrGS S. 731) und über die Veröffentlichung der bischöflichen Geschäftsanweisungen und Wahlordnungen (PrGS S. 732) sowie die Anordnung des Ministers für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung betreffend die Veröffentlichung der Regelung der Rechtsgültigkeit der Beschlüsse der kirchlichen Verwaltungsorgane durch die bischöflichen Behörden vom 20.2.1928 (PrGS S. 12).

²⁰⁷ Bistum Aachen: Geschäftsanweisung für die Verwaltung des Vermögens in den Kirchengemeinden und Kirchengemeindeverbänden des Bistums Aachen vom 25.6.1931 i. d. F.v. 1.8.2016 (Kanz. Aachen S. 131); Bistum Essen: Art. 713 der Synodalstatuten vom 1.3.1961 i. d. F.v. 19.9.2002 (KABl. S. 133); Erzbistum Köln: Geschäftsanweisung für die Verwaltung des Vermögens in den Kirchengemeinden und Gemeindeverbänden der Erzdiözese Köln vom 28.7.2009 (KABl. S. 194 ff.); Bistum Münster: Geschäftsanweisung gem. § 21 des Gesetzes über die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens für die Vorstände der Kirchengemeinden und Vertretungen der Gemeindeverbände im nordrhein-westfälischen Teil des Bistums Münster vom 1.7.2011 (KABl. Münster S. 187 ff.); Erzbistum Paderborn: Geschäftsanweisung für die Verwaltung des Vermögens in den Kirchengemeinden und Gemeindeverbänden des nordrhein-westfälischen und hessischen Anteils der Erzdiözese Paderborn i. d. F.v. 29.7.2009 (KABl. Paderborn S. 88 ff.).

schluss eines Kirchenvorstands der Genehmigung der bischöflichen Behörde (Generalvikariat) bedarf.²⁰⁸

- 83 Von den Akten der außerordentlichen Verwaltung schließlich zu unterscheiden sind die (ausschließlich) in c. 1277 CIC genannten Geschäfte, die unter Beachtung der Vermögenslage der Diözese von „größerer Bedeutung“ (*maiores momenti*) sind. Der Bischof hat hier zwingend den DVVR und das Konsultorengremium anzuhören. Die systematische Zuordnung der *maiores momenti* ist nicht unumstritten, doch ordnet die herrschende Lehre sie regelmäßig dem Bereich der ordentlichen Vermögensverwaltung zu.²⁰⁹

c) Erwerb und Veräußerung von Kirchenvermögen

- 84 Ausweislich c. 1254 § 1 CIC hat die katholische Kirche unter anderem das angeborene Recht, Vermögen zur Verwirklichung der ihr eigenen Zwecke zu erwerben, zu besitzen, zu verwalten und zu veräußern.²¹⁰ Die vermögensverwaltenden Organe kirchlicher öffentlicher juristischer Personen bewegen sich in ihrer rechtsgeschäftlichen Tätigkeit stets in den Bahnen des staatlichen Rechts. Das weltliche Vertragsrecht wird ausdrücklich (wenngleich mit gewissen Einschränkungen) über c. 1290 CIC in das kanonische Recht inkorporiert.²¹¹ Um bestimmte Rechtsgeschäfte mit Wirkung für und gegen eine kirchliche juristische Person abzuschließen, müssen allerdings im Einzelfall bestimmte zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein, v.a. eine kirchenrechtlich wirksame Bevollmächtigung des handelnden Organs.²¹² Praktische Probleme entstehen insbesondere bei einer *Veräußerung* (Alienation) von Stammvermögen und bei sog. *veräußerungsähnlichen Rechtsgeschäften*. Für diese Fälle (d.h. nicht bei

²⁰⁸ Dazu unten Abschnitt V.

²⁰⁹ Aymans / Mörsdorf / Müller, KanR IV (o. Fn. 66), § 155, S. 53.

²¹⁰ Vgl. zur Zweckbindung des kirchlichen Vermögens Christoph Ohly, Eine arme Kirche für die Armen – Eine kritische Anfrage an das kirchliche Vermögensrecht?, in: Vermögen der Kirche – Vermögende Kirche? Beiträge zur Kirchenfinanzierung und kirchlichen Vermögensverwaltung, hg. von Ludger Müller / Wilhelm Rees / Martin Krutzler, 2015, S. 213 (221 ff.).

²¹¹ Aymans / Mörsdorf / Müller, KanR IV (o. Fn. 66), § 155, S. 70; Puza, Kirchenrecht (o. Fn. 200), S. 425.

²¹² Zu den weiteren, sich regelmäßig aber auch aus allgemeinen rechtsgeschäftlichen Grundsätzen ergebenden Anforderungen an wirksame Geschäfte über Kirchenvermögen: Pree / Primetshofer, Das kirchliche Vermögen (o. Fn. 60), S. 118 ff.

Veräußerungen des Verbrauchsvermögens²¹³) sieht der CIC in den cc. 1290–1298 besondere Anforderungen für das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts vor, insbesondere verlangt c. 1291 CIC zur Rechtsgültigkeit der Veräußerung die Erlaubnis (*licentia*) der zuständigen kirchlichen Autorität.

Veräußerung im Sinne der cc. 1291–1294 ist nicht nur ein Rechtsgeschäft, durch das Eigentum übertragen wird (Veräußerung i. e. S.), sondern auch jedes veräußerungsähnliche Rechtsgeschäft (Veräußerung i. w. S.), c. 1295 § 1. Hierzu gehören jedwede Rechtsgeschäfte, die Sacheigentum oder kirchliche Geschäfte belasten (z. B. Gewährung eines Pfandrechtes, einer Hypothek, einer Grund- oder Rentenschuld), sowie jede Beschränkung von Nutzungsrechten (z. B. Dienstbarkeiten, Reallasten, Miet-, Pacht- oder Leihverträge) sowie Rechtsgeschäfte, die eine schuldrechtliche Verbindlichkeit begründen (z. B. Aufnahme eines Darlehens, einer Anleihe, Übernahme einer Bürgschaft).²¹⁴ Auf einen tatsächlich eintretenden vermögenswerten Nachteil kommt es nicht an, sondern nur darauf, ob die vertragstypischen Folgen eine finanzielle Gefährdung bedeuten können, sei es durch Verlust, Belastung oder Beschränkung im Gebrauch.²¹⁵ Dieser weitgefasste Maßstab ist dem hohen Ansinnen des kirchlichen Gesetzgebers geschuldet, durch solides Wirtschaften den kirchlichen Auftrag zu wahren und fortzuführen. Derartige Rechtsgeschäfte sind daher nicht grundsätzlich verboten, aber zur Minimierung des wirtschaftlichen Risikos prinzipiell einer vorherigen kirchenaufsichtlichen Genehmigung unterworfen.²¹⁶

85

IV. Grundstrukturen evangelischer Vermögensverwaltung

1. Vermögensverwaltung in einer Mehrebenenstruktur

In den evangelischen Kirchen ist ein eigenständiges Kirchenverfassungsrecht und eine autonome Organisationsstruktur entwickelt

86

²¹³ Beim Verbrauchsvermögen kommt es nur auf die Abgrenzung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Verwaltung an.

²¹⁴ *Aymans / Mörsdorf / Müller*, KanR IV (o. Fn. 66), § 156, S. 71; umfassend zur Veräußerung kirchlichen Stammvermögens: *Heimerl / Pree*, Handbuch des Vermögensrechts (o. Fn. 79), Rn. 4/29–102.

²¹⁵ *Heimerl / Pree*, ebd., Rn. 4/43.

²¹⁶ *Althaus*, Strukturen kirchlicher Vermögen (o. Fn. 70), S. 107; *Puza*, Kirchenrecht (o. Fn. 200), S. 426. Zur Aufsicht siehe unten V.

worden.²¹⁷ Eine der Ausprägungen der gliedkirchlichen Autonomie ist ein recht differenziertes evangelisches Kirchenrecht.²¹⁸ Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass sich im Bereich der evangelischen Landeskirchen unterschiedliche Finanzverfassungen und Vermögensverwaltungsregelungen ausgebildet haben,²¹⁹ die hier allenfalls angedeutet werden können. Dabei orientiert sich die evangelische Kirche insgesamt erkennbar am staatlichen öffentlich-rechtlichen Vermögensrecht.

87 Auf allen kirchlichen Ebenen²²⁰ werden Aufgaben der Geldverwaltung, des Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesens sowie der Verwaltung von Eigentum und weiteren Vermögensmassen wahrgenommen.²²¹ Neben theologisch begründeten und kirchenleitungsbezogenen Unterschieden (z.B. bezüglich der Stellung des Landesbischofs / der Landesbischöfin²²²), haben sich vor allem auch zahlreiche landeskirchliche bzw. kirchengemeindliche Besonderheiten in Hinblick auf Verwaltungs- und Leitungsaufgaben herausgebildet.

88 Da der evangelischen Kirche weltkirchliche Strukturen fremd sind, existiert kein dem Codex Iuris Canonici vergleichbares Rahmenrecht in Fragen der Vermögensverwaltung und -vertretung, an dem sich die evangelischen Landeskirchen und Kirchengemeinden grundlegend zu orientieren hätten. Die evangelischen Kirchenord-

²¹⁷ Vgl. zum divergierenden Kirchen- und Amtsverständnis exemplarisch *Hans-Ulrich Anke/Burkhard Guntau*, → § 21. S. a. *Christian Grethlein*, *Evangelisches Kirchenrecht. Eine Einführung*, 2015, S. 67 ff. Ausführlich zum evangelischen Kirchenvermögensverwaltungsrecht: *Droege*, *Vermögensverwaltungsrecht* (o. Fn. 8), S. 926 ff.

²¹⁸ *Jörg Winter*, *Strukturreformen in der evangelischen Kirche – Stärken, Schwächen, Chancen und Risiken*, in: *EssGespr.* 44 (2010), S. 157 (165), spricht in diesem Zusammenhang sogar von „Zersplitterung“. Die Rechtsquellen der EKD, der Union Evangelischer Kirchen (UEK) sowie der meisten Gliedkirchen finden sich in der jeweils aktuellen Fassung unter <www.fiskirchenrecht.de>.

²¹⁹ *Hans Ulrich Anke*, *Die Struktur kirchlicher Finanzen*, in: *Religion im öffentlichen Raum*, hg. von Karlies Abmeier/Michael Borchard/Matthias Riemenschneider, 2013, S. 175 (178).

²²⁰ Im Folgenden wird von einer 4–5stufigen Struktur ausgegangen: Kirchengemeinden, Kirchenkreise, Landeskirchen, gliedkirchliche Zusammenschlüsse innerhalb der EKD sowie die EKD selbst.

²²¹ *Christian Meyer*, *Vermögensverwaltung in der evangelischen Kirche* (§ 33), in: *HSKR*², Bd. I, S. 907 (921).

²²² In der evangelischen Kirche steht das Bischofs- und Priesteramt auch Frauen offen. Wird in den folgenden Ausführungen nur die männliche Form verwendet, ist dies ausschließlich der besseren Lesbarkeit des Beitrags geschuldet.

nungen bzw. Kirchenverfassungen setzen in ihrem Aufbau bei den Kirchengemeinden als zentralem Fundament der jeweiligen Landeskirche an.²²³ Auf dieser Ebene existiert eine Vielzahl autonomer kirchlicher Rechts- und Vermögensträger mit (im landeskirchlichen Vergleich) bisweilen unterschiedlichen Bezeichnungen und Aufgabenzuweisungen. Daraus ergibt sich allerdings nicht – im Sinne eines strengen „Gemeindeprinzips“ – ein Vorrang kirchengemeindlicher Vermögensverantwortung, von dem aus sich die Vermögensverantwortung aller anderen übergemeindlichen Zusammenschlüsse legitimieren würde.²²⁴ Vielmehr haben alle kirchlichen Körperschaften bzw. alle Ebenen der Kirchenverfassung die gleiche Nähe zum kirchlichen Auftrag.²²⁵

Rechtsquellen evangelischer Vermögensverwaltung und Vermögensverantwortung finden sich daher auf allen kirchenverfassungsrechtlichen Ebenen. Neben den Kirchenverfassungen bzw. Kirchenordnungen der Landeskirchen enthalten auch die Gesetze und untergesetzlichen Normen sowie die Ordnungen der gliedkirchlichen Zusammenschlüsse zahlreiche Vorschriften zu vermögensrechtlichen Angelegenheiten.²²⁶ Beachtlich sind zudem Verwaltungs- oder Anlagerichtlinien der Evangelischen Kirche in Deutschland bzw. der einzelnen Landeskirchen.

89

2. Rechts- und Vermögensträger

Die evangelische Kirche in Deutschland ist ein vielgestaltiger Komplex von zahlreichen selbstständigen und unselbstständigen Rechts- und Vermögensträgern. In ca. 16.000 einzelnen Haushalten werden Gesamteinnahmen von rund 10 Mrd. € verwaltet.²²⁷ Vermögensträger sind zunächst alle Körperschaften im kirchlichen Verfassungsaufbau von den einzelnen Kirchengemeinden über die Kirchenkreise und Landeskirchen bis hin zu den kirchlichen Zusammen-

90

²²³ Arno Schilberg, *Evangelisches Kirchenrecht in Rheinland, Westfalen und Lippe*, 2003, S. 2 f.; instruktiver Einstieg in den Verfassungsaufbau der Landeskirchen bei Hendrik Munsonius, *Evangelisches Kirchenrecht*, 2014, S. 138 ff.

²²⁴ Vgl. Michael Germann, *Die kirchliche Vermögensverantwortung nach evangelischem Kirchenrecht*, in: *EssGespr.* 47 (2013), S. 57 (77).

²²⁵ Germann, ebd.

²²⁶ Germann, ebd., S. 72.

²²⁷ Anke, *Struktur kirchlicher Finanzen* (o. Fn. 219), S. 178.

schlüssen und der EKD.²²⁸ Daneben sind dies auch alle kirchlichen Einrichtungen, die als Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen rechtlich selbstständig sind.²²⁹ Träger kirchlichen Vermögens können nur juristische Personen des evangelischen Kirchenrechts sein.²³⁰ Ebenso wie im kanonischen Recht ist auch hier die Institutentheorie herrschend geworden.²³¹

3. Prägende Leitlinien evangelischer Vermögensverwaltung

91 Die kirchliche Vermögensverwaltung im evangelischen Bereich orientiert sich am Haushaltswesen der öffentlichen Hand, insbesondere der Länder und Kommunen. So ergibt eine vergleichende Zusammenschau der Kirchenordnungen bzw. Verfassungen der Landeskirchen, Haushaltsordnungen und Kirchengesetze einige einheitliche Maßstäbe und gemeinsame Strukturelemente, nach denen Kirchenvermögen in der evangelischen Kirche verwaltet und vertreten wird.²³²

92 Zunächst herrscht auch im evangelischen Rechtsbereich ein weiter Vermögensbegriff. Das Kirchenvermögen umfasst Vermögenswerte jeder Art, die dazu bestimmt sind, einem kirchlichen Zweck zu dienen.²³³ Somit sind alle beweglichen und unbeweglichen Sachen, Rechte an diesen sowie Nutzungsrechte an fremdem Eigentum, angelegte Geldbestände sowie Ansprüche auf Geld-, Sach- und Dienstleistungen erfasst.²³⁴ Weiterhin wird auch beim evangelischen Kirchenvermögen in Verwaltungs- und Finanzvermögen differenziert.²³⁵

²²⁸ *Germann*, Kirchliche Vermögensverantwortung (o. Fn. 224), S. 64.

²²⁹ *Germann*, ebd., S. 64.

²³⁰ *Germann*, ebd., S. 67. Umfassend zum Problemfeld der juristischen Person: *Hendrik Munsonius*, Die juristische Person des evangelischen Kirchenrechts, 2009. Dazu auch: *Michael Germann*, Bemerkungen zur juristischen Person des evangelischen Kirchenrechts, in: *ZevKR* 56 (2011), S. 352–363.

²³¹ *Hans Liermann*, Deutsches Evangelisches Kirchenrecht, 1933, S. 378 f.

²³² Siehe *Anke*, Struktur kirchlicher Finanzen (o. Fn. 219), S. 178; *Germann*, Kirchliche Vermögensverantwortung (o. Fn. 224), S. 72: „[...] im großen und ganzen gemeinsame Grundlinien.“

²³³ *Meyer*, Vermögensverwaltung in der evangelischen Kirche (o. Fn. 221), S. 908; *Munsonius*, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 223), S. 76.

²³⁴ *Meyer*, Vermögensverwaltung in der evangelischen Kirche (o. Fn. 221), S. 909.

²³⁵ *Liermann*, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 231), S. 369; *Droege*, Vermögensverwaltungsrecht (o. Fn. 8), S. 926 (930 f.).

Eigentum (und andere) Rechte an Gegenständen des kirchlichen Vermögens sind nach evangelischem Kirchenrechtsverständnis lediglich eine „Form, in der die kirchenrechtliche Zuständigkeit zur Verwendung der Sache für kirchliche Zwecke bürgerlich wirksam wird.“²³⁶

Das Budgetrecht steht nach evangelischem Finanzverfassungsrecht den jeweiligen Synoden bzw. Presbyterien zu, in denen überwiegend Ehrenamtliche tätig sind. Ausgehend vom Prinzip des Priestertums aller Gläubigen im kirchen- bzw. gemeindeleitenden Bereich ist die Position der Geistlichen in evangelischen Gremien differenzierter, mit Blick auf vermögensrechtliche Alleinkompetenzen deutlich schwächer als im katholischen Bereich ausgeprägt. Nach klassischem reformatorischem Verständnis sind Leitungsbefugnisse nämlich keinesfalls nur geistlichen Amtsträgern vorbehalten.²³⁷ Die *rechtliche* Leitung der Gemeinde/Kirche kann nicht nur von Laien *mit*, sondern auch *von* ihnen selbst ausgeübt werden.²³⁸ Kirchliche Aufgaben werden nicht auf Grundlage einer Ämterhierarchie, sondern in arbeitsteiliger Gemeinschaft und gegenseitiger Verantwortung wahrgenommen.²³⁹ Die konkrete vermögensverwaltende Tätigkeit obliegt dem jeweiligen kirchengemeindlichen (Kirchenvorstand, Presbyterium, Kirchengemeinderat u. s. w.) bzw. landeskirchlichen Leitungsorgan (Kirchensynode, Landessynode,²⁴⁰ Kirchentag²⁴¹ u. s. w.).²⁴² Der Inhaber des geistlichen Amtes der Gemeinde wirkt mit den Ehrenamtlichen in Fragen der Vermögensverwaltung zusammen.

Neben dem Grundsatz der Zweckbindung jedweden kirchlichen Vermögens²⁴³ ist auch der Grundsatz der Unveräußerlichkeit²⁴⁴ von

²³⁶ *Germann*, Kirchliche Vermögensverantwortung (o. Fn. 224), S. 68.

²³⁷ *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 58), § 24, Rn. 18; generell zum Verständnis von Kirchenleitung/Kirchengewalt im evangelischen Kirchenrecht *Heinrich de Wall*, Kirchengewalt und Kirchenleitung nach lutherischem Verständnis, in: ZevKR 47 (2002), S. 148 ff.

²³⁸ *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 58), § 24, Rn. 18.

²³⁹ *de Wall / Muckel*, ebd., § 37, Rn. 10; *Arno Schilberg*, Kirchengemeinde und Landeskirche. Eine Verhältnisbestimmung, in: ZevKR 55 (2010), S. 92 (99).

²⁴⁰ Z. B. Art. 128 Abs. 1 KO EKIR.

²⁴¹ Vgl. §§ 2, 3 KVerf. BEK.

²⁴² *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 58), § 35, Rn. 2.

²⁴³ Niedergelegt z. B. in Art. 85 Abs. 1 S. 1 KVerf. EKM, Art. 16 Abs. 2 KVerf. Hannover oder auch Art. 99 Abs. 3 GO EKBO.

²⁴⁴ Einführend und mit weiteren Nachweisen zur Genese: *Burghard Winkel*, Zum Grundsatz der Unveräußerlichkeit kirchlichen Vermögens, in: ZevKR 46 (2001), S. 418–439.

hervorgehobener Bedeutung, wenngleich er in den evangelischen Kirchenverfassungen nicht *expressis verbis* genannt wird. Ebenso wie im kanonischen Recht ist die Veräußerung kirchlicher Vermögenswerte nicht per se verboten, sondern unterliegt einer besonderen kirchlichen Aufsicht bzw. einem Genehmigungsvorbehalt. Geschützt wird die speziell kirchliche Funktion bestimmter Gegenstände.²⁴⁵ Ähnlich dem veräußerungsähnlichen Rechtsgeschäft im kanonischen Recht liegt auch dem evangelischen Kirchenrecht ein entsprechend weiter Veräußerungsbegriff zugrunde.²⁴⁶ Die Reformation hat diesen (kanonischen und gemeinrechtlichen) allgemeinen Rechtsgrundsatz inhaltlich unverändert gelassen.²⁴⁷ Einfachgesetzlich wird er etwa in § 2 Abs. 3 des Kirchengesetzes über die Vermögens- und Finanzverwaltung der EKU (VFVG)²⁴⁸ vorausgesetzt, wonach das kirchliche Grundvermögen „möglichst ungeschmälert zu erhalten ist. Es darf nur veräußert oder belastet werden, wenn es notwendig oder von erheblichem Nutzen ist.“²⁴⁹ Die vergleichbaren Regelungen der einzelnen Landeskirchen entsprechen dieser Maßgabe weitgehend, wenngleich landeskirchliche Ergänzungen und Besonderheiten nicht selten sind.²⁵⁰ Unterschiede zum kanonischen Recht bestehen vor allem in Hinblick auf mögliche Veräußerungsgründe.²⁵¹ Fordert etwa c. 1293 § 1 n. 1 CIC einen „gerechten Grund“ für die Veräußerung von Kirchenvermögen, so würdigen manche landeskirchliche Regelungen auch die Notwendigkeit einer Veräußerung und fordern *Wirtschaftlichkeitserwägungen*.²⁵² Diese ergeben sich wiederum aus der Verpflichtung, mit kirchlichem Vermögen stets zweckmäßig umzugehen.²⁵³ Im Rahmen eines geplanten Grundstücksverkaufs ergibt sich daraus z. B. die Vorgabe, einen solchen nur zum Verkehrswert zu voll-

²⁴⁵ *Germann*, Kirchliche Vermögensverantwortung (o. Fn. 224), S. 86 f.

²⁴⁶ *Winkel*, Grundsatz der Unveräußerlichkeit (o. Fn. 244), S. 429.

²⁴⁷ *Winkel*, ebd., S. 421.

²⁴⁸ Vom 6. 6. 1998, ABL. EKD S. 418.

²⁴⁹ Das VFVG gilt nach dem Zusammenschluss von EKU und Arnolds-hainer Konferenz zur UEK weiter, s. Art. 14 Abs. 2 GO UEK.

²⁵⁰ Vgl. *Winkel*, Grundsatz der Unveräußerlichkeit (o. Fn. 244), S. 425 f.

²⁵¹ *Winkel*, ebd., S. 427.

²⁵² Beispiele bei *Winkel*, ebd., S. 425 f. So fordert etwa § 2 Abs. 1 der Wirtschaftsordnung der Bremischen Evangelischen Landeskirche i. d. F.v. 13. 5. 1998 (KABl. Nr. 2 Nr. 1) ausdrücklich, dass die Wirtschaft „nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit zu führen“ ist.

²⁵³ *Winkel*, Grundsatz der Unveräußerlichkeit (o. Fn. 244), S. 432.

ziehen und den Erlös für Ersatzlanderwerb und nur ausnahmsweise für Baumaßnahmen zu verwenden.²⁵⁴

In Zeiten eines zunehmend global verwobenen Finanzwesens und unsicheren, mitunter wenig seriösen Finanzangeboten und -möglichkeiten ist es der EKD und den evangelischen Landeskirchen ein Anliegen, unter dem Stichwort „Ethisches Investment“ gewisse Leitlinien für einen sicheren und verantwortungsbewussten Umgang mit Geld vorzugeben.²⁵⁵ Neben Sicherheit, Rendite und Liquidität soll es bei kirchlichen Geldanlagen auch um ein ethisch nachhaltiges Investment gehen, d. h. die moralisch-ethischen Vorgaben des Investors sollen sich in der konkreten Geldanlage entweder wiederfinden oder ihr zumindest nicht diametral entgegenstehen. In einem „Leitfaden für ethisch nachhaltige Geldanlage“²⁵⁶ wird angeregt, finanzielles Engagement sozialverträglich, ökologisch und generationengerecht zu gestalten. Die einzelnen Kriterien werden durchweg mit dem Auftrag der Kirche begründet.²⁵⁷ Einige Landeskirchen haben bereits erste Richtlinien und Verordnungen zur Anlage kirchlichen Geld- und Wertpapiervermögens erlassen.²⁵⁸

Die evangelische Finanzverfassung setzt auf die Eigenverantwortlichkeit der kirchlichen Rechtsträger: grundsätzlich verantwortet jede kirchliche Gliederung – im Rahmen des für sie geltenden Rechts einschließlich des Vorbehalts der rechtlich vorgesehenen Aufsicht und Rechnungsprüfung – ihr Budget selbst.²⁵⁹ Die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Vermögen bzw. die konkrete Gestaltungsfreiheit kann dabei allerdings durchaus eingeschränkt sein. Die Kirchenverfassungen sehen einen innerkirchlichen, mehrschichtigen

²⁵⁴ Meyer, Vermögensverwaltung in der evangelischen Kirche (o. Fn. 221), S. 925.

²⁵⁵ Falko Tappen, Kirchliche Vermögensverwaltung am Beispiel des Ethischen Investments, 2005.

²⁵⁶ Kirchenamt der EKD (Hg.), Leitfaden für ethisch nachhaltige Geldanlage in der evangelischen Kirche (EKD-Texte Nr. 113), 3. aktualisierte Aufl. 2016, S. 8.

²⁵⁷ Germann, Kirchliche Vermögensverantwortung (o. Fn. 224), S. 91.

²⁵⁸ Landeskirchenamt der Evangelischen Kirche von Westfalen (Hg.), Leitfaden zu nachhaltigen Geldanlagen in kirchlichen Haushalten (Materialien für den Dienst 2/2006), 2006; Richtlinie über die Anlage des Geld- und Wertpapiervermögens der Evangelischen Kirche in Mitteldeutschland v. 11.10.2011 (Abl. EKM S. 317); Rechtsverordnung über die Anlage des Kapitalvermögens in der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz v. 14.10.2016 (KABl. S. 206).

²⁵⁹ Anke, Struktur kirchlicher Finanzen (o. Fn. 219), S. 178 f.

Finanzausgleich (d. h. vertikal wie horizontal²⁶⁰) vor zum Zwecke der Unterstützung der weniger finanzkräftigen Gliederungen.²⁶¹ Es ist ein Zeichen besonderer innerkirchlicher Solidarität, wenn kirchenleitende Organe mit besonderen Befugnissen ausgestattet werden, um das Vermögen von Kirchengemeinden für Aufgaben an anderer Stelle in Anspruch zu nehmen.²⁶²

97 Nach Maßgabe einer verantwortungsbewussten Haushalterschaft ist auf einen solidarischen, sparsamen, wirtschaftlichen und transparenten Einsatz aller Mittel zu achten.²⁶³ Damit werden wesentliche Standards des öffentlichen Haushaltswesens in das evangelische Kirchenrecht rezipiert.²⁶⁴

98 Zum Zwecke der Wahrung dieser Grundsätze und Anforderungen an eine effektive und konstruktive Vermögensverwaltung, nicht zuletzt aus präventiven Gründen (Aufnahme von Darlehen, Vermögensminderungen, eventuell aufgrund missbräuchlicher Verwaltung etc.), besteht auch im evangelischen Bereich ein austariertes System von Aufsicht und Kontrolle durch übergeordnete Ebenen, die jeweiligen Synoden oder durch kircheninterne Rechnungshöfe bzw. Rechnungsprüfungsämter²⁶⁵.

4. Vermögensverwaltung in der EKD sowie anderen Zusammenschlüssen

99 Die Evangelische Kirche in Deutschland (EKD) ist nicht *die eine* Evangelische Kirche für den territorialstaatlichen Bereich der Bundesrepublik Deutschland, sondern ein föderativer Zusammenschluss

²⁶⁰ Dazu umfassend: *Dietrich Bauer*, Kirchlicher Finanzausgleich. Entwicklung und Praxis in der Evangelischen Kirche in Deutschland, in: KuR 1997, S. 171 ff. (Teil 1), S. 233 ff. (Teil 2).

²⁶¹ *Anke*, Struktur kirchlicher Finanzen (o. Fn. 219), S. 178; *Munsonius*, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 223), S. 76 f.

²⁶² *Germann*, Kirchliche Vermögensverantwortung (o. Fn. 224), S. 88; *Liermann*, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 231), S. 379. Zum Finanzausgleich siehe auch: Art. 101 GO EKBO, Art. 86 Abs. 2 KVerf. EKM oder auch Art. 10 Abs. 2 KO EKvW. Die nähere Ausgestaltung des Finanzausgleichs erfolgt durch Kirchengesetze.

²⁶³ So bspw. die Formulierung in Art. 85 Abs. 1 S. 2 KVerf. EKM oder in Art. 99 Abs. 1 u. 3 GO EKBO.

²⁶⁴ *Anke*, Struktur kirchlicher Finanzen (o. Fn. 219), S. 178.

²⁶⁵ Vgl. etwa Art. 88 Abs. 2 u. 3 KVerf. EKM i. V. m. dem Kirchengesetz über das Rechnungsprüfungsamt der EKM i. d. F. v. 3. 1. 2012 (ABl. EKM S. 67).

von 20 selbstständigen lutherischen, reformierten und unierten Landeskirchen.²⁶⁶ In ihrer Eigenschaft als Gemeinschaft aller Gliedkirchen nimmt sie deren Gemeinschaftsaufgaben wahr²⁶⁷ und ist in dieser Funktion nach Art. 1 Abs. 3 S. 3 GO EKD²⁶⁸ Kirche.

Für die deutschen Landeskirchen von besonderer Bedeutung ist gerade im Bereich der Vermögensverwaltung Art. 9 GO EKD, welcher der EKD eine Richtlinienkompetenz zuspricht, u. a. für den Bereich der Erhebung kirchlicher Abgaben (Art. 9 Buchst. c) sowie für die Verwaltung des kirchlichen Vermögens (Art. 9 Buchst. d). Auf dieser Grundlage sind beispielsweise ergangen die Richtlinien der Evangelischen Kirche in Deutschland über die Verwaltung des kirchlichen Grundbesitzes vom 11. 10. 1985²⁶⁹, die Richtlinien über das kirchliche Rechnungsprüfungswesen vom 15. 3. 1956²⁷⁰ oder auch die Richtlinie zur Verteilung der Kirchensteuer auf Abgeltungssteuer zwischen den Gliedkirchen der Evangelischen Kirche in Deutschland vom 4. 4. 2008.²⁷¹ Diese Richtlinien bezwecken einen einheitlichen rechtlichen Rahmen, sind allerdings nicht im Sinne eines normenhierarchischen

100

²⁶⁶ Dies sind (Stand: Februar 2020) die Evangelische Landeskirche Anhalts, die Evangelische Landeskirche in Baden, die Evangelisch-Lutherische Kirche in Bayern, die Evangelische Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz, die Evangelisch-lutherische Landeskirche in Braunschweig, die Bremische Evangelische Kirche, die Evangelisch-lutherische Landeskirche Hannovers, die Evangelische Kirche in Hessen und Nassau, die Evangelische Kirche von Kurhessen-Waldeck, die Lippische Landeskirche, die Evangelische Kirche in Mitteldeutschland, die Evangelische Kirche in Norddeutschland, die Evangelisch-Lutherische Kirche in Oldenburg, die Evangelische Kirche der Pfalz, die Evangelisch-reformierte Kirche, die Evangelische Kirche im Rheinland, die Evangelisch-Lutherische Landeskirche Sachsens, die Evangelisch-Lutherische Landeskirche Schaumburg-Lippe, die Evangelische Kirche von Westfalen sowie die Evangelische Kirche in Württemberg.

²⁶⁷ Winter, *Strukturreformen* (o. Fn. 218), S. 164. Vgl. zur Organisationsstruktur der EKD und zur Funktion ihrer Organe *Hans Ulrich Anke / Burkhard Guntau*, → § 21, Rn. 54–61; ebenso *Arno Schilberg*, *Aufbruch bei der kirchlichen Selbstorganisation der Evangelischen Kirche in Deutschland*, in: ZevKR 52 (2008), S. 198 ff.

²⁶⁸ In der Fassung des Beschlusses der 12. Synode der EKD vom 11. 11. 2015 (Abl. EKD S. 311); die Änderung tritt nach Zustimmung aller Gliedkirchen in Kraft. Vgl. zu den Hintergründen dieser Änderung der Grundordnung der EKD *Arno Schilberg*, *Die Evangelische Kirche in Deutschland und die Einheit des evangelischen Kirchenrechtes seit der Wiedervereinigung*, in: ZevKR 60 (2015), S. 294 (308 ff.). Gegen die Einordnung als Kirche: *Grethlein*, *Evangelisches Kirchenrecht* (o. Fn. 217), S. 101.

²⁶⁹ Abl. EKD 1985, S. 430.

²⁷⁰ Abl. EKD 1956, S. 97.

²⁷¹ Abl. EKD 2008, S. 137, i. d. F. der zweiten Änderung vom 31. 8. 2012 (Abl. EKD S. 358).

Denkens für alle untergeordneten Ebenen rechtsverbindlich. Sie sind durchaus ein rechtliches „Mehr“ zu den Anregungen und den Fördermaßnahmen gem. Artikel 7 und 8 GO EKD, entfalten aber keine Bindungswirkung zulasten der Gliedkirchen im Sinne einer Gebotsnorm, sondern wirken als „materiell-verpflichtende (geistlich-rechtlich autorisierte) Weisung“.²⁷²

- 101 Von der EKD *organisatorisch* zu unterscheiden sind die gliedkirchlichen Zusammenschlüsse²⁷³ wie z.B. die VELKD (Vereinigte Evangelisch-Lutherische Kirche in Deutschland²⁷⁴), UEK (Union Evangelischer Kirchen in der EKD²⁷⁵) oder die Konföderation Evangelischer Kirchen in Niedersachsen.²⁷⁶ Grundsätze für die Vermögensverwaltung der in der UEK zusammengeschlossenen Gliedkirchen, Kirchengemeinden und Kirchenkreise werden z.B. ausdrücklich normiert durch das Kirchengesetz über die Vermögens- und Finanzverwaltung (VFVG²⁷⁷). Hinsichtlich der verbundinternen Vermögensverwaltung und Haushaltsaufstellung gelten jeweils eigene Haushalts- und Verwaltungsvorschriften sowie Vorgaben der EKD.²⁷⁸

²⁷² Herbert Claessen, Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland. Kommentar und Geschichte, hg. von Burkhard Guntau, 1. Aufl. 2007, S. 290; Erik Wolf, Ordnung der Kirche. Lehr- und Handbuch des Kirchenrechts auf ökumenischer Basis, 1961, S. 726.

²⁷³ Vgl. auch die Ausführungen von Hans Ulrich Anke / Burkhard Guntau, → § 21, Rn. 30–35.

²⁷⁴ Grethlein, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 217), S. 107 ff.; Wolf-Dieter Hausschild, Vom „Lutherrat“ zur VELKD 1945–1948, in: „...und über Barmen hinaus“ – Festschrift für Carsten Nicolaisen, hg. von Joachim Mehhausen, 1995, S. 451 ff.; Friedrich Hausschildt / Udo Hahn (Hg.), Bekenntnis und Profil. Auftrag und Aufgaben der VELKD, 2003; Klaus Grünwaldt, Bekenntnis und Kirchengemeinschaft. Theologische Überlegungen zum Kirchenverständnis der VELKD, in: Kerygma und Dogma 49 (2003), S. 67 ff.; Paul Fleisch, Das Werden der Vereinigten Evangelisch-Lutherischen Kirche Deutschlands und ihrer Verfassung, in: ZevKR 1 (1951), S. 15 ff.

²⁷⁵ Jörg Winter, Die Union Evangelischer Kirche als Beitrag zur Strukturreform der Evangelischen Kirche in Deutschland, in: ZevKR 49 (2004), S. 239–252.

²⁷⁶ Vertrag über die Bildung einer Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen vom 8.3.2014 (ABl. EKD S. 140 ff.). Hintergründe zu Genese und Auftrag bei Johann Frank, Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen, in: ZevKR 16 (1971), S. 343 ff.

²⁷⁷ S. o. Rn. 94.

²⁷⁸ Z. B. Verordnung über das Haushalts- und Rechnungswesen der Union Evangelischer Kirchen in der Evangelischen Kirche in Deutschland (HHO UEK) v. 27.6.2012 (ABl. EKD S. 375); Rechtsverordnung der Vereinigten Evangelisch-Lutherischen Kirche Deutschlands zur Ausführung der Verord-

Ebenso wie die EKD erheben die gliedkirchlichen Zusammenschlüsse keine Kirchensteuern zur Eigenfinanzierung, sondern eine Umlage auf die Einnahmen ihrer Gliedkirchen.²⁷⁹

102

5. Vermögensverwaltung in den Landeskirchen

Auch die Landeskirchen sind als Religionsgemeinschaften kraft ihres öffentlich-rechtlichen Status dazu befähigt, ihre Vermögensangelegenheiten selbstständig und durch kirchliche Gesetzgebung zu ordnen (Art. 137 Abs. 3 WRV).²⁸⁰ Zuweilen in eigenen Abschnitten werden die Grundsätze der Vermögensverwaltung auf Ebene der Kirchenverfassungen²⁸¹ festgelegt, wenngleich Regelungsinhalte und -dichte sowie der weitere Detaillierungsgrad der Vorschriften doch deutlich variieren von Kompetenzvorschriften bis hin zu eingehenden Bestimmungen über das Haushaltsrecht und Programmsätzen.²⁸² Während etwa die Verfassung der Evangelischen Kirche der Pfalz²⁸³ eher allgemeine Aufgabenzuweisungen enthält²⁸⁴ und die genauere Haushalts- und Finanzgestaltung einer eigenen Ordnung überlässt,²⁸⁵ enthalten z. B. die Grundordnung der Evangelischen Kirche in Baden (Art. 101–104), die Kirchenordnung der Evangelischen Kirche in Hessen und Nassau (Art. 64–67) oder auch die Grundordnung der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz (Art. 99–102) bereits im Verfassungstext nähere formell- und materi-

103

nung über das Haushalts- und Rechnungswesen der Evangelischen Kirche in Deutschland (RVO-HH-VELKD) v. 28. 9. 2012 (ABl. VELKD S. 486).

²⁷⁹ Gesetzliche Fundstellen u. a. bei *Germann*, Kirchliche Vermögensverantwortung (o. Fn. 224), S. 76, Anm. 56.

²⁸⁰ OLG Hamburg, in: ZevKR 28 (1983), S. 290 (292 f.).

²⁸¹ Die Terminologie der Verfassungsdokumente der Evangelischen Landeskirchen und gliedkirchlichen Zusammenschlüsse variiert. Neben der „Kirchenverfassung“ sind auch die Begriffe „Kirchenordnung“ oder „Grundordnung“ geläufig. Einführend: *Jörg Winter*, Kirchenverfassung, in: EvStL⁴, Sp. 1236–1246.

²⁸² *Germann*, Kirchliche Vermögensverantwortung (o. Fn. 224), S. 72 f.

²⁸³ Verfassung der Evangelischen Kirche der Pfalz (Protestantische Landeskirche) i. d. F. v. 25. 1. 1983 (ABl. S. 26), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. 11. 2013 (ABl. S. 142).

²⁸⁴ § 53 Abs. 1 Nr. 5, § 60 Abs. 1 Nr. 3 oder § 98 Abs. 2 Nr. 14 KVerf. Pfalz.

²⁸⁵ Gesetz über die Ordnung des Haushalts- und Vermögensrechts in der Evangelischen Kirche der Pfalz (Protestantische Landeskirche) – HVO – vom 30. 11. 1978 (ABl. 1979 S. 41 und 163), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. 11. 2015 (ABl. S. 146).

ell-rechtliche Kriterien einer landeskirchlichen Vermögensverwaltung.

- 104 Die *Verwaltung des Kirchenvermögens* erfolgt auf der Grundlage eines in Gesetzesform aufgestellten Haushaltsplans, der allerdings nicht immer einen Vermögenshaushalt enthält, sondern lediglich aktuelle Veränderungen. Zahlreiche Landeskirchen haben die Grundlagen und Ausprägungen ihres Haushalts-, Rechnungs- und Kassenwesens in entsprechenden Gesetzen und Ordnungen zusammengefasst.²⁸⁶ Sie gelten mitunter nicht nur für die Landeskirchen selbst, sondern auch für die unterhalb der Landeskirkenebene befindlichen Kirchenkreise, Kirchengemeinden und deren Zusammenschlüsse.²⁸⁷
- 105 Die verschiedenen verfassungsmäßigen Organe haben klar umschriebene Leitungs-, Entscheidungs-, Beratungs- oder auch Kontrollkompetenzen im Bereich der Vermögensverwaltung. Die „Aufgabe Kirchenleitung“ ruht ausdrücklich auf mehreren Schultern.²⁸⁸
- 106 Den *Landessynoden* obliegt die Kirchengesetzgebung: Als durch die Kirchenmitglieder durch Wahlen legitimierte Gremien verabschieden sie den Haushalt, nehmen den Jahresabschluss ab, erteilen im Beschlusswege Aufträge und Weisungen an die Kirchenleitungen und -verwaltungen, entscheiden über die landeskirchlichen Umlagen u. v. m.²⁸⁹ Auf diese Art und Weise haben sie Teil an der rechtlichen

²⁸⁶ S. Kirchengesetz über die Haushalts-, Kassen- und Vermögensverwaltung der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz (HKVG) v. 17.4.2010 (KABl. EKBO 2010 S. 87), zuletzt geändert durch Kirchengesetz vom 15.11.2014 (KABl. S. 205). Für die Niedersächsischen Landeskirchen gilt etwa: Kirchengesetz über das Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen v. 22.5.1984 (KABl. S. 53) i. d. F. des Kirchengesetzes v. 27.9.2008 (KABl. S. 196) i. V. m. der Ausführungsverordnung des Rates der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen über das Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen v. 3.2.1982 (KABl. S. 22) i. d. F. v. 14.9.2010 (KABl. S. 102).

²⁸⁷ Siehe § 1 Abs. 1 HKVG; demgegenüber besteht etwa in der Evangelischen Kirche von Westfalen eine separate Regelung für Kirchengemeinden und Kirchenkreise: Verordnung für die Vermögens- und Finanzverwaltung der Kirchengemeinden, der Kirchenkreise und der kirchlichen Verbände in der Evangelischen Kirche von Westfalen (Verwaltungsordnung – VwO) v. 26.4.2001 (KABl. S. 137, 239) i. d. F. v. 7.12.2004 (KABl. S. 308).

²⁸⁸ Vgl. nur den Wortlaut von Art. 54 Abs. 2 KVerf. EKM, nach dem Leitungsorgane der Landeskirche die Landessynode, der Landeskirchenrat, der Landesbischof sowie das Kollegium des Landeskirchenamtes sind.

²⁸⁹ Exemplarisch zum Aufgabenbereich und der Zusammensetzung in den Evangelischen Kirchen im Rheinland, in Westfalen und Lippe: *Schilberg*, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 223), S. 85 ff.; *Michael Germann*, Synode III. Kirchenrechtlich, in: RGG⁴, Bd. VII, Sp. 1975.

Leitung der Landeskirche, die in der evangelischen Rechtstradition klassischerweise durch Synoden und ggf. weitere Organe ausgeübt wird.²⁹⁰ Die von den jeweiligen Synoden gewählten *Kirchenleitungen* (auch Kirchenregierung, Kirchenrat o.ä.) können je nach Landeskirche unterschiedliche Zusammensetzungen und Kompetenzbereiche haben. Innerhalb der Landeskirchen tragen die Kirchenleitungen die Verantwortung für die laufenden Geschäfte und die Aufsicht über die Kirchenverwaltung.²⁹¹ Sie sind in diesem Rahmen zuständig für die Vermögens- und Finanzverwaltung²⁹² und üben die Aufsicht über die Kirchengemeinden und -kreise aus.²⁹³ Sie vertreten die Kirchen im Rechtsverkehr, wobei eine Delegation, etwa an den Vorsitzenden oder das Konsistorium, möglich ist.²⁹⁴

An der Kirchenleitung partizipieren auch besondere landeskirchliche Verwaltungsstellen. Die Konsistorien (auch bezeichnet als Landeskirchenamt, Landeskirchenrat oder Kirchenverwaltung) sind die obersten Verwaltungsbehörden der Landeskirchen. Nicht selten sind sie als *eigene* Organe der Landeskirchen ausgestaltet, bisweilen aber auch nur als Hilfsgremien für andere Organe. Sie „führen die laufenden Geschäfte der übrigen kirchlichen Organe nach deren Weisung durch und nehmen die ihnen zur selbstständigen Erledigung übertragenen Aufgaben unter Aufsicht, insbesondere der Kirchenleitung, wahr“.²⁹⁵ Sie sind elementarer Bestandteil der Vermögensverwaltung der Landeskirchen. In diesem Rahmen obliegen ihnen nicht nur der Vollzug der kirchlichen Gesetze und des Haushaltsplans der Kirche sowie der Erlass dazu erforderlicher allgemeiner Verwaltungsanordnungen und -richtlinien.²⁹⁶ Neben verwaltenden und unterstützenden Aufgaben wird ihnen überdies auch die Wahrnehmung der Rechtsaufsicht gegenüber den Kirchengemeinden und Kirchenkreisen sowie bisweilen die Dienstaufsicht über die Pfarrerrinnen und Pfarrer, der Kirchenbeamten u. s. w. übertragen.²⁹⁷

107

²⁹⁰ *Schilberg*, Kirchengemeinde und Landeskirche (o. Fn. 239), S. 93.

²⁹¹ *Otto von Campenhausen*, Die Organisationsstruktur der evangelischen Kirche (§ 12), in: HSKR², Bd. I, S. 383 (391).

²⁹² Vgl. Art. 148 Abs. 3 Buchst. 1 KO EKIR, Art. 80 Abs. 1 u. 2 i. V. m. Art. 69 Abs. 2 GO EKBO oder Art. 78 Abs. 2 Nr. 7 GO Baden.

²⁹³ Vgl. Art. 148 Abs. 3 Buchst. c KO EKIR; Art. 82 GO EKBO.

²⁹⁴ Vgl. etwa Art. 86 GO EKBO; § 93 KVerf. Pfalz; Art. 88 KVerf. Nordkirche.

²⁹⁵ *v. Campenhausen*, Organisationsstruktur (o. Fn. 291), S. 391 f.

²⁹⁶ *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 58), § 40, Rn. 7.

²⁹⁷ Vgl. den Aufgabenkatalog in Art. 92 Abs. 2 GO EKBO.

- 108** Es existiert eine Vielzahl wechselseitiger Kontroll-, Anhörungs-, Einspruchs- bzw. Veto- oder auch Gestaltungsrechte der einzelnen Kirchenleitungsorgane, die an dieser Stelle nicht ansatzweise vollständig wiedergegeben werden können. Konkret auf Fragen der kirchlichen Vermögensverwaltung bezogen ragt das Haushalts- und Gesetzgebungsrecht der Landessynoden hervor.²⁹⁸ Hier gibt es Anhörungs- und Mitgestaltungsrechte verschiedener Leitungsorgane.²⁹⁹ Doch nicht nur der Kirchenleitung kommen Mitgestaltungsrechte zu, auch ein bestimmtes Quorum an Synodalen kann einem Synodenbeschluss mit der Begründung widersprechen, dass dieser mit Schrift und Bekenntnis nicht in Einklang steht.³⁰⁰

6. Kirchengemeinden und Kirchenkreise

- 109** Die *Kirchengemeinden* sind die Gemeinschaften der evangelischen Christen in einem räumlich bestimmten Bereich.³⁰¹ Sie finden sich wieder in der Gemeinschaft des Kirchenkreises. Bisweilen können sie auch als Personalgemeinden für bestimmte Aufgabenbereiche gebildet werden, wenn daran ein gesamtkirchliches Interesse besteht.³⁰² Sämtliche Kirchenverfassungen bzw. Kirchenordnungen der Landeskirchen enthalten grundlegende Bestimmungen zu Kirchengemeinden und Kirchenkreisen.³⁰³ Weiter ausgestaltet werden sie in eigenen Kirchengemeindeordnungen, die in Regelungsumfang und -inhalt recht unterschiedlich gestaltet sein können.³⁰⁴
- 110** Die Kirchengemeinde ist die strukturelle Grundeinheit, gleichsam die Basis des kirchlichen Lebens und der Kirchenverfassung.³⁰⁵ Die

²⁹⁸ Dazu auch *Thomas Barth*, Elemente und Typen landeskirchlicher Leitung, 1995, S. 93 ff.

²⁹⁹ Etwa in Art. 52 Abs. 3 S. 1, Art. 84 KVerf. ELKB.

³⁰⁰ Vgl. Art. 56 Abs. 1 S. 1 KVerf. EKM, Art. 79 KO EKBO.

³⁰¹ Vgl. etwa Art. 21 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 9 KVerf. EKM, Art. 5 KO Oldenburg.

³⁰² Vgl. Art. 12 Abs. 2 S. 1 KO EKIR. Eine Personalgemeinde bestimmt den Kreis ihrer Glieder durch das Bestehen einer bestimmten Lebensbeziehung zwischen den einzelnen Gemeindegliederungen und der auf sie zielenden missionarischen Ausrichtung der Gemeinde, z.B. Anstalts- und Militärgemeinden, vgl. *Albert Stein*, Evangelisches Kirchenrecht, 3. Aufl. 1992, S. 78.

³⁰³ *Klaus Blaschke*, Kirchengemeinde, in: LKStKR, Bd. II, S. 482 (483).

³⁰⁴ *Schilberg*, Kirchengemeinde und Landeskirche (o. Fn. 239), S. 97.

³⁰⁵ *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 58), § 27, Rn. 3; *v. Campenhausen*, Organisationsstruktur (o. Fn. 291), S. 384.

evangelische Kirche baut sich von der Gemeinde her auf.³⁰⁶ Die dieser organisationsrechtlichen Basis übergeordneten Organe sind dem gegenüber vornehmlich zur Wahrung der kirchlichen Einheit und Identität berufen. Die Kirchengemeinden sind Körperschaften des öffentlichen Rechts³⁰⁷ und verwalten ihr Vermögen selbstständig durch ihre verfassungsmäßigen Organe.³⁰⁸ Sie werden durch ihr jeweiliges Leitungsorgan rechtlich vertreten (Kirchenvorstand, Kirchengemeinderat, Gemeindekirchenrat, Presbyterium oder Ältestenkreis).³⁰⁹ Der Grad ihrer Selbstständigkeit (nicht zuletzt der finanziellen) zur jeweiligen Landeskirche kann – historisch bedingt – recht unterschiedlich sein.³¹⁰ Wo kirchliche Einnahmen zentral verwaltet werden, erhalten die Gemeinden und Kirchenkreise nach einem Verteilungsschlüssel Zuweisungen für ihren Eigenbedarf. Haben sie ein eigenes Verfügungsrecht über die Einnahmen, tragen sie durch Umlagen zu den Kosten der kreis- und gesamtkirchlichen Aufgaben bei.³¹¹

Primäre Finanzquellen sind neben dem kirchengemeindlichen Anteil an der Kirchensteuer auch Einnahmen aus dem Finanzausgleich, dem Kirchgeld, weiteren Erträgen aus dem Kirchengemeinde- und Immobilienvermögen, freiwillige Gaben und Kollekten u. s. w.³¹²

Die Vermögensverwaltung kommt dem kirchengemeindlichen Leitungsorgan zu. Ihm obliegt u. a. die ordnungsgemäße Vertretung im Rechtsverkehr, die Aufstellung des jährlichen Haushaltsplans, Unterstützung des Pfarrers in der Wahrnehmung der seelsorgerlichen Aufgaben, die Verwaltung und Beaufsichtigung des Vermögens der Gemeinde nach den Weisungen der Kirche sowie die ausreichenden finanziellen Mittel für die Erfüllung des kirchlichen Auftrags zu

³⁰⁶ Art. 7 CA.

³⁰⁷ v. Campenhausen, Organisationsstruktur (o. Fn. 291), S. 384; Grethlein, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 217), S. 122.

³⁰⁸ Liermann, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 231), S. 380; siehe auch Siegfried Grundmann, Die Kirchengemeinde und das kirchliche Vermögensrecht, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962, hg. von Konrad Hesse/Siegfried Reicke/Ulrich Scheuner, 1962, S. 309 ff.; generell zur Selbstverwaltung: Susanne Rosenstock, Die Selbstverwaltung evangelischer Kirchengemeinden, 2000.

³⁰⁹ Übersicht über die Anzahl der Mitwirkenden in den gemeindeleitenden Gremien in: *Kirchenamt der EKD* (Hg.), Gezählt 2018. Zahlen und Fakten zum kirchlichen Leben, 2018, S. 10.

³¹⁰ v. Campenhausen, Organisationsstruktur (o. Fn. 291), S. 386.

³¹¹ Stein, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 302), S. 129.

³¹² de Wall/Muckel, Kirchenrecht (o. Fn. 58), § 35, Rn. 4.

generieren bzw. zu erwirtschaften.³¹³ Die Kirchengemeindeordnungen sehen überdies nicht selten die Bestellung eines besonders beauftragten Gemeindemitglieds zur Wahrnehmung besonderer Aufgaben im Bereich des Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesens vor (sog. Kirchenpfleger, Kirchmeister oder Kuratoren).³¹⁴ Beachtlich ist zudem die Befugnis der kirchenleitenden Gremien, bestimmte Geschäfte der laufenden Verwaltung an die Kirchenkreisverwaltung abzugeben.³¹⁵

- 113** Die Rolle des evangelischen Gemeindepfarrers in Fragen der Vermögensverwaltung weicht aufgrund eines anderen theologischen Grundverständnisses mitunter deutlich vom Aufgaben- und Kompetenzbereich der katholischen Amtsbrüder ab. Aufgrund der danach gebotenen, gemeindeleitenden Zusammenarbeit mit den Ehrenamtlichen besteht auch kein Alleinverwaltungs- bzw. Alleinvertretungsrecht. Die Pfarrer sind gleichberechtigte Mitglieder der Leitungsgremien, die einen einheitlichen Dienst der Leitung in gemeinsamer Verantwortung ausüben.
- 114** Nähere Kompetenzen und Verwaltungsgrundsätze finden sich in den jeweiligen Kirchengemeindeordnungen bzw. Kirchenverfassungen.³¹⁶ Diese können – je nach Region und historischer Entwicklung – recht unterschiedlich ausgeprägt sein. Gemein ist den kirchengesetzlichen Grundlagen, dass sie ausdrückliche Aufgabenzuweisungen nur an die Leitungsorgane richten, nicht jedoch an die Gemeindemitglieder in ihrer Gesamtheit (d. h. an das personale Substrat der Kirchengemeinde).³¹⁷
- 115** So ist zum Beispiel in der Evangelischen Kirche im Rheinland das Presbyterium das Organ, das die Kirchengemeinde leitet. Gem.

³¹³ *Germann*, Kirchliche Vermögensverantwortung (o. Fn. 224), S. 79; s. a. *Droege*, Vermögensverwaltungsrecht (o. Fn. 8), S. 926 (935 f.).

³¹⁴ So sieht z. B. Art. 16 Abs. 2 KO EKIR die Übertragung des Verfügungsrechts über finanzielle Mittel im Rahmen des Haushaltsplanes auf einen Kirchenmeister vor. Art. 38 Abs. 1 KGO Württemberg überträgt der Kirchenpflegerin oder dem Kirchenpfleger die Kassen- und Rechnungsführung sowie die laufenden Vermögensangelegenheiten der Kirchengemeinde, soweit diese Aufgaben nicht durch Beschluss des Kirchengemeinderats auf andere Stellen übertragen werden.

³¹⁵ Vgl. etwa § 50a Abs. 1 KGO Hannover.

³¹⁶ Exemplarisch: Kirchengemeindeordnung der Evangelischen Landeskirche Hannovers v. 28.4.2006 (KABl. S. 62), zuletzt geändert durch Kirchengesetz v. 15.12.2015 (KABl. S. 114); Kirchengemeindeordnung der Evangelischen Landeskirche in Württemberg i. d. F.v. 25.11.2015 (ABl. 67 S. 1); EKH: Kirchengemeindeordnung (KGO EKH) v. 24.11.2012 (ABl. 2013 S. 38) i. d. F.v. 1.12.2017 (ABl. S. 279).

³¹⁷ Vgl. *Rosenstock*, Selbstverwaltung (o. Fn. 308), S. 101.

Art. 16 Abs. 1 KO EKiR entscheidet es über eine Vielzahl gemeindlicher Angelegenheiten, u. a. die Feststellung des Haushaltsplanes und der Jahresrechnung (Buchst. k), die Übernahme von Bürgschaften, Bestellung von Sicherheiten, Aufnahme von Krediten u. s. w. (Buchst. n) oder auch den Erwerb, die Veräußerung und Belastung von Grundstücken einschließlich der Errichtung von Gebäuden und Schaffung von Dauereinrichtungen (Buchst. n). Die tatsächliche Durchführung des Haushaltsplanes liegt in den Händen des jeweiligen Vorsitzenden des Presbyteriums.³¹⁸

Das Presbyterium kann gem. Art. 22 Abs. 1 KO EKiR einem oder mehreren Presbytern das Kirchenmeisteramt übertragen, z. B. für Finanz-, Bau-, Diakonie- und Personalangelegenheiten. Die Kirchenmeister haben das Kassen- und Rechnungswesen gemäß der kirchlichen Verwaltungsordnung zu beaufsichtigen, dürfen dabei aber die Kassengeschäfte nicht selber führen (Art. 22 Abs. 2).

Zahlreiche Kirchengemeindeordnungen/Grundordnungen billigen der sog. *Gemeindeversammlung*³¹⁹ ein Beratungs- bzw. Anhörungsrecht in wichtigen Angelegenheiten zu. Sofern es sich nicht um vertrauliche Gegenstände handelt, trifft sich regelmäßig einmal jährlich die gesamte Gemeinde zur Gemeindeversammlung, um über Angelegenheiten des kirchlichen und gemeindlichen Lebens zu beratschlagen. Die Gemeindeversammlung wird dabei über die Verwendung der finanziellen Mittel informiert. Insbesondere in Fällen größerer Neubauten, kirchengemeindlicher Umstrukturierungen u. ä. ist die Gemeindeversammlung anzuhören.³²⁰

Die *Kirchenkreise* (auch Propstei, Dekanats- oder Kirchenbezirk genannt³²¹) sind als Zusammenschlüsse einzelner Kirchengemeinden ebenfalls regelmäßig Körperschaften des öffentlichen Rechts. Als besondere Verwaltungseinheiten ergänzen sie den kirchlichen Dienst

³¹⁸ Stein, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 302), S. 130.

³¹⁹ § 23 KGO EKH; § 28 GO EKBO; Art. 42 GO Kurhessen-Waldeck; §§ 42, 44 KVerf. Ev.-Ref. Kirche Bayern; Art. 34 KVerf. Nordkirche.

³²⁰ Die Reichweite dieser Rechte variiert: So spricht § 23 Abs. 1 S. 2 KGO EKH von „Gelegenheit zur Aussprache geben“; ähnlich § 28 Abs. 2 S. 2 GO EKBO („Über die Berichte findet eine Aussprache statt.“). Nach § 43 Abs. 1 KVerf. Ev.-Ref. Kirche Bayern hat die Gemeindeversammlung u. a. „den Bericht des Kirchenrates/Presbyteriums über die innere und äußere Entwicklung der Kirchengemeinde sowie über die gesamtkirchliche Lage entgegenzunehmen und zu erörtern“ (Nr. 1) sowie die „Gemeindestatuten zu bestätigen“ (Nr. 3). Demgegenüber etwa § 32 S. 3 KGO Württemberg: „Sie kann keine für die Kirchengemeinde bindenden Beschlüsse fassen.“

³²¹ Jürgen Drechsler, Kirchenkreis, in: LKStKR, Bd. II, S. 491.

durch übergemeindliche Einrichtungen, und Dienstleistungen. Als eine Art Zwischenebene nimmt der Kirchenkreis Aufgaben wahr, für welche die Landeskirche zu groß, eine einzelne Kirchengemeinde hingegen zu klein ist.³²² Aufgaben, Zusammensetzung und Befugnisse richten sich nach den jeweiligen Kirchen-, Kirchenkreis- und Kirchengemeindeordnungen der Landeskirchen.

119 So ermutigt und stärkt der Kirchenkreis nach Art. 39 Abs. 3 GO EKBO „die Kirchengemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben. Er kann einzelne dieser Aufgaben selbst wahrnehmen, soweit die Kirchengemeinden zur ordnungsgemäßen Erfüllung nicht in der Lage sind oder die Aufgabe aus anderen Gründen auf den Kirchenkreis übertragen.“ Die Kirchenkreise haben gewissermaßen eine Doppelfunktion: sie sind sowohl Zusammenschlüsse von Kirchengemeinden mit eigenem bzw. übertragenem Aufgabenkreis, zum anderen auch reine Verwaltungs- und Aufsichtsbezirke der Landeskirchen.³²³ Die gemeinsame Wahrnehmung übergemeindlicher Aufgaben wirkt sich nicht auf die (rechtliche) Selbstständigkeit der Kirchengemeinden aus.³²⁴

120 Organe der Kirchenkreise sind regelmäßig die Kreissynode, der Kreissynodalvorstand sowie der Superintendent.³²⁵ Die Kreissynode beschließt über den Haushaltsplan des Kirchenkreises, der Kreissynodalvorstand vertritt den Kirchenkreis gerichtlich und außergerichtlich. Im Rahmen seines Aufgabenbereichs ist der Kirchenkreis rechtlich selbstständig und dazu berufen und befugt, ein eigenes kirchliches Vermögen zu haben und zu verwalten. Er kann sogar Kirchensteuern, sonstige Abgaben und Umlagen im Rahmen des geltenden Rechts festsetzen und erheben.³²⁶ Die so generierten Mittel dienen insbesondere der materiellen und personellen Ausstattung des Kirchenkreises selbst sowie der von ihm errichteten und betriebenen Einrichtungen.

121 Die Kirchenkreise als „kirchliche Mittelstufe“ sind keine Träger der kirchlichen Grundvollzüge, der Gottesdienste und der Amtshand-

³²² Drechsler, ebd.; ausführlich zu den Kirchenkreisen/Klassen in den nordrhein-westfälischen Landeskirchen: Schilberg, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 223), S. 69 ff.

³²³ Dazu: de Wall / Muckel, Kirchenrecht (o. Fn. 58), § 42, Rn. 2.

³²⁴ Schilberg, Evangelisches Kirchenrecht (o. Fn. 223), S. 79.

³²⁵ Vgl. (mit weiteren Bezeichnungen): v. Campenhausen, Organisationsstruktur (o. Fn. 291), S. 388; de Wall / Muckel, Kirchenrecht (o. Fn. 58), § 42, Rn. 1, 6; Drechsler, Kirchenkreis (o. Fn. 321), S. 491.

³²⁶ Vgl. Art. 122 Abs. 3 KVerf. Nordkirche.

lungen.³²⁷ Ihnen werden aber weiträumige Aufgaben und Zuständigkeiten zugesprochen, auch in Grundfragen des kirchlichen Wirkens. Exemplarisch weist § 4 Kirchenkreisordnung Hannover den Kirchenkreis an, „übergemeindliche Aufgaben insbesondere auf den Gebieten der Verkündigung, des Erziehungs- und Bildungswesens, der Diakonie und Mission sowie der ökumenischen Arbeit und der Öffentlichkeitsarbeit durchzuführen und die dafür notwendigen Einrichtungen zu schaffen.“

Der Kreissynodalvorstand/Kirchenkreisvorstand führt – mit Hilfe der entsprechenden Verwaltungsbehörden – regelmäßig die laufenden Geschäfte des Kirchenkreises, fördert die Arbeit der Kirchengemeinden und führt die Aufsicht über die Kirchengemeinden und deren Kirchenvorstände, entscheidet über Genehmigungen aufgrund des kirchlichen Rechts, verwaltet das Vermögen des Kirchenkreises und ordnet die Kassenprüfungen.³²⁸

122

V. Aufsicht

In bestimmten Fällen unterliegt die ortskirchliche Vermögensverwaltung einer aufsichtlichen Kontrolle.³²⁹ Dabei kommt der staatlichen Aufsicht in der Praxis nur noch eine eher untergeordnete Bedeutung zu.³³⁰ Praxisrelevant ist heute nahezu ausschließlich die kirchenaufsichtliche Genehmigung, wobei eine Differenzierung zwischen der evangelischen und der katholischen Kirche infolge der dem Grunde nach vergleichbaren Regelungen verzichtbar ist. So bedürfen bestimmte Beschlüsse der vor Ort zuständigen Organe, die ihrerseits Voraussetzung wirksamer Verpflichtungserklärungen sind, einer auf-

123

³²⁷ *de Wall / Muckel*, Kirchenrecht (o. Fn. 58), § 42, Rn. 1.

³²⁸ Siehe etwa Art. 114 Abs. 2 GO EKIR; Art. 45 Abs. 2 KVerf. Nordkirche.

³²⁹ Instruktiv und grundsätzlich: *Ansgar Hense*, Aufsicht und Überwachung im kirchlichen Bereich – vorläufige rechtsdogmatische und verwaltungswissenschaftliche Überlegungen aus katholischer Perspektive, in: *Ius canonicum in communione christifidelium*. Festschrift zum 65. Geburtstag von Heribert Hallermann, hg. von Markus Graulich / Thomas Meckel / Matthias Pulte, 2016, S. 665 ff.

³³⁰ Vgl. zur ursprünglichen Intention exemplarisch *Stephan Haering*, Genehmigung von Handlungen lokaler kirchlicher Rechtsträger – Kirchenrechtsgeschichtliche Streiflichter, in: *AfkKR* 178 (2009), S. 68 (85 ff.) und *Josef Jurina*, Staatliche Einflussnahme auf die kirchliche Vermögensverwaltung, in: *Verfassung – Philosophie – Kirche*. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, hg. von Joachim Bohnert u. a., 2001, S. 835 ff.; s. a. *Bamberger*, Vertretungsrecht (o. Fn. 106), S. 1 (6 ff.).

sichtsbehördlichen Genehmigung durch die zuständigen (Erz-)Diözesen und Landeskirchen. Dabei kommt die Aufsicht vor allem dann zur Anwendung, wenn kirchliches Vermögen nachhaltig gebunden wird oder verloren zu gehen droht.

1. Kirchliche Genehmigungsvorbehalte

124 So finden sich in kirchenrechtlichen Regelungen (Kirchengesetze, Geschäftsanweisungen o. ä.) der Landeskirchen und (Erz-)Diözesen Kataloge von Rechtsgeschäften, bei denen eine kirchenaufsichtliche Genehmigung erforderlich ist.³³¹ Diese Genehmigungsvorbehalte sind objektives und für die gesamte Rechtsordnung bindendes Recht. Im Gegensatz zu bloßen Innengenehmigungen, deren Fehlen trotz kirchenrechtlicher Unerlaubtheit nicht zur Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts führt, sind diese sogenannten Außengenehmigungen echte Wirksamkeitsvoraussetzung eines kirchlichen Rechtsgeschäfts.³³² Ohne die erforderliche Genehmigung fehlt dem Vertretungsorgan der Kirchengemeinde die organschaftliche Vertretungsmacht gegenüber Dritten, so dass in diesen Fällen grundsätzlich gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen wird.³³³ Der Verstoß hat aber dennoch nicht die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB. Wie im Fall des vollmachtlosen Vertreters hängt die Wirksamkeit des zunächst schwebend unwirksamen Geschäfts davon ab, ob die fehlende kirchenaufsichtliche Genehmigung im Nachhinein erteilt oder endgültig versagt wird.³³⁴

³³¹ Zu den Anforderungen an eine kirchengesetzlich vorgesehene Ersatzvornahme siehe etwa LG Nürnberg-Fürth, KirchE 52, 246 ff.; die für die Erteilung der Genehmigung – durchaus im Rahmen der kirchlichen Organisations- und Rechtsetzungsgewalt – vereinzelt erhobenen Verwaltungsgebühren können, etwa im Fall eines Grundstückserwerbs, nicht anstelle der antragstellenden Kirchengemeinde dem Vertragspartner auferlegt werden, s. BVerwG, in: NVwZ 2008, S. 1357 (1358) mit abl. Anm. von Hauke Schäfer, Öffentlich-rechtliche Gebühren für die kirchenaufsichtliche Genehmigung von Grundstückskauf- und Erbbaurechtsbestellungsverträgen, in: NVwZ 2008, S. 1319 ff.

³³² OLG Düsseldorf, U. v. 27.8.2013, KirchE 62, 76 (86); OLG Schleswig, U. v. 8.1.2014, KirchE 61, 9 (13); Germann, Kirchliche Vermögensverantwortung (o. Fn. 224), S. 70 m. w. N.; Zilles / Kämper, Kirchengemeinden (o. Fn. 171), S. 113.

³³³ Droege, Vermögensverwaltungsrecht (o. Fn. 8), S. 926 (939 f.).

³³⁴ Werner Knüllig, Kirchliche Genehmigungsvorbehalte und Veräußerungsverbote, in: ZevKR 12 (1966), S. 116 (126 ff.); von Loewenich, Kirchenvermögensverwaltungsrecht (o. Fn. 63), S. 265; i. E. wohl auch Jens Peglau,

Trotz einzelner Unterschiede im Detail ist allen Regelungen gemeinsam, dass sie für die einzelnen Vertragstypen entsprechende Wertgrenzen festlegen, bei deren Überschreitung die Genehmigungsbedürftigkeit eintritt. Für den Bereich der katholischen Kirchengemeinden ist darüber hinaus die Partikularnorm Nr. 19 zu c. 1292 § 1, cc. 1295 und 1297 CIC³³⁵ zu beachten, die für Veräußerungen und veräußerungsähnliche Rechtsgeschäfte mit Blick auf das Stammvermögen Untergrenzen festlegt und im Fall einer Überschreitung der Obergrenze von 5 Millionen Euro (sog. Romgrenze) ergänzend die Genehmigung des Apostolischen Stuhls vorschreibt.

125

2. Kriterien und Überprüfbarkeit

Vor allem aus Gründen der besonderen Schutzbedürftigkeit des kirchlichen Vermögens³³⁶ wie auch zur Wahrung der rechtlichen Selbständigkeit der ortskirchlichen Vermögensträger erfolgt die Aufsicht zumindest in Form einer Rechtmäßigkeitskontrolle. Danach sind rechtswidrige Beschlüsse der ortskirchlichen Gremien nicht genehmigungsfähig. Ob darüber hinaus auch eine Fachaufsicht bzw. Zweckmäßigkeitskontrolle stattfindet,³³⁷ kann hier dahinstehen.

126

In der Praxis stellt sich in Einzelfällen die Frage, ob und ggf. auf welchem Weg eine kirchenaufsichtliche Genehmigungsentscheidung

127

Wirkung kirchlicher Genehmigungsvorbehalte im allgemeinen Rechtsverkehr, in: NVwZ 1996, S. 767 (768 ff.).

³³⁵ Genehmigung von Veräußerungen und veräußerungsähnlichen Rechtsgeschäften, beschlossen von der Vollversammlung der Deutschen Bischofskonferenz am 24.–27.9.2001 bzw. 18.–20.2.2002, abgedruckt bei *Schmitz / Kalde*, Partikularnormen (Fn. 59), S. 60 ff.; dazu *Richard Puza*, Die Rechtsgeschäfte über das Kirchenvermögen (§ 104), in: HKKR³, S. 1560 (1563 f.); *Rüdiger Althaus*, Wi(e)der den Partikularismus – Zur Problematik der Partikularnorm Nr. 19 der Deutschen Bischofskonferenz zu c. 1292 § 1 CIC, in: ThGl 87 (1997), S. 409–422.

³³⁶ Vgl. zu weiteren Zwecken wie etwa dem Interessenausgleich oder der Qualitätssicherung, *Haering*, Genehmigung (o. Fn. 330), S. 87 f., sowie der Wahrung der kirchlichen bzw. Beachtung der staatlichen Ordnung *Hendrik Munsonius*, Kriterien kirchenaufsichtlicher Genehmigung, in: ZevKR 52 (2007), S. 666 (668 ff.).

³³⁷ In diesem Sinne etwa *Munsonius*, ebd., S. 671, der der Aufsicht zwar auch keine unbeschränkte Prüfungsbefugnis zusprechen will, sondern stattdessen auf eine umfassende Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls abstellt. A. A. *Pree*, Genehmigungspflichten (o. Fn. 164), S. 505 f., der für eine strikte Beschränkung auf die Rechtmäßigkeitskontrolle plädiert.

überprüfbar oder gar einklagbar ist. Wie bereits festgestellt,³³⁸ gehört die kirchliche Vermögensverwaltung und mit ihr auch die kirchliche Aufsicht zu den verfassungsrechtlich geschützten innerkirchlichen Angelegenheiten. Damit bestimmen sich die Voraussetzungen und Wirkungen der Genehmigung ausschließlich nach kirchlichem Recht, sodass zumindest den staatlichen Gerichten weder die Überprüfung der Maßstäbe für die Erteilung einer solchen Genehmigung unterliegt noch eine fehlende Genehmigung durch sie ersetzt werden kann.³³⁹

3. Vereinfachungsmöglichkeiten

128 In Zeiten einer höchstmöglichen Professionalisierung und Optimierung von Verwaltungsabläufen wird naturgemäß nach Wegen der Vereinfachung gesucht. Dies gilt auch für die kirchenaufsichtlichen Genehmigungsverfahren. Am naheliegendsten scheint dabei zunächst eine deutliche Verschlankung der existierenden Genehmigungskataloge zu sein. Dies wird zumindest nach den Maßstäben des katholischen Kirchenrechtes für zulässig gehalten, weil zahlreiche der gegenwärtigen Genehmigungserfordernisse weder das Stammvermögen berühren noch den Bereich der ordentlichen Verwaltung überschreiten.³⁴⁰

129 Darüber hinaus stellt sich im Interesse einer möglichen Verfahrensbeschleunigung die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit von Genehmigungssurrogaten. Insoweit wird unter bestimmten Voraussetzungen (Genehmigungsbedürftigkeit nach universalem Kirchenrecht entweder nicht zwingend vorgeschrieben oder aber in der Ausgestaltung dem partikularen Kirchenrecht überlassen) eine Voraus- bzw. Allgemeingenehmigung grundsätzlich für zulässig gehalten, wenn der konkrete Anwendungsbereich hinreichend klar umschrieben ist³⁴¹, wie etwa bei Verwendung von standardisierten Vertrags-

³³⁸ Vgl. oben unter II.

³³⁹ BAG, U. v. 16. 9. 2004, KirchE 46, 126 (138 f., Rn. 68); weiterführend zur Frage des staatlichen Rechtsschutzes in Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften *Wolfgang Rübner*, → § 78.

³⁴⁰ *Pre*, Genehmigungspflichten (o. Fn. 164), S. 518.

³⁴¹ *Pre*, ebd., S. 519; *Ansgar Hense*, Möglichkeiten und Grenzen eines Abbaus von Genehmigungsvorbehalten im Vermögensrecht der katholischen Kirche – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Nordrhein-Westfalen, in: KuR 2007, S. 168 (191).

mustern und -inhalten.³⁴² Differenzierter ist die Frage der Zulässigkeit von Genehmigungsfiktionen zu beurteilen. Dabei müssten entsprechende Regelungen unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass unter ganz bestimmten und klar normierten Voraussetzungen im Fall einer Untätigkeit der zuständigen Kirchenaufsicht die erforderliche Genehmigung nach Ablauf einer bestimmten Frist als erteilt gilt. Eine derartige gesetzliche Gleichstellung eines kirchenbehördlichen Unterlassens mit der positiven Genehmigungserteilung wird allenfalls innerhalb der Regelungskompetenz des Diözesanbischofs, nicht jedoch im Rahmen der genehmigungspflichtigen Veräußerungsgeschäfte nach der Partikularnorm Nr. 19 für zulässig gehalten.³⁴³

Am weitgehendsten wäre es schließlich, der Überprüfung des Haushaltsplanes unter bestimmten Voraussetzungen zugleich die Genehmigungsfunktion zuzuschreiben: Sofern beabsichtigte Veräußerungen, veräußerungsähnliche Rechtsgeschäfte und Akte der außerordentlichen Verwaltung im Haushaltsplan ausdrücklich entsprechend ausgewiesen sind, soll damit dem Genehmigungsbedürfnis Genüge getan sein.³⁴⁴ **130**

Auch wenn diese Fragen – soweit ersichtlich – in der Wissenschaft bislang nahezu ausschließlich für den Bereich der katholischen Kirche erörtert werden, dürften die Ergebnisse zumindest dem Grunde nach auf die evangelische Kirche übertragbar sein. **131**

³⁴² *Emsbach / Seeberger*, Rechte und Pflichten des Kirchenvorstands (o. Fn. 169), Rn. 179 ff.

³⁴³ *Hense*, Abbau von Genehmigungsvorbehalten (o. Fn. 341), S. 189 f.

³⁴⁴ *Pree*, Genehmigungspflichten (o. Fn. 164), S. 520.

§ 71

Kirchliche Stiftungen

Von Wilhelm-Albrecht Achilles

A. Kirchliche Stiftungen im Staatskirchenrecht	1–12
I. Verfassungsrechtliche Gewährleistungen	1–7
1. Selbstbestimmungsrecht	2–6
2. Kirchengutsgarantie	7
II. Vertragskirchenrecht	8–12
B. Kirchliche Stiftungen im Kirchenrecht	13–18
I. Katholische Kirche	13–16
II. Evangelische Kirchen	17–18
C. Kirchliche Stiftungen im Stiftungsrecht	19–93
I. Erscheinungsformen kirchlicher Stiftungen	19–24
1. Rechtsfähigkeit	20
2. Öffentliches oder privates Recht	21–23
3. Zweckbestimmung	24
II. Rechtsquellen	25–47
1. Regelungsinhalte	25–29
a) Staatliches Stiftungsrecht	25–26
b) Kirchliches Stiftungsrecht	27–29
2. Quellenübersicht	30–46
a) Baden-Württemberg	31
b) Bayern	32
c) Berlin	33
d) Brandenburg	34
e) Bremen	35
f) Hamburg	36
g) Hessen	37

h) Mecklenburg-Vorpommern	38
i) Niedersachsen	39
j) Nordrhein-Westfalen	40
k) Rheinland-Pfalz	41
l) Saarland	42
m) Sachsen	43
n) Sachsen-Anhalt	44
o) Schleswig-Holstein	45
p) Thüringen	46
3. Sonstige Religionsgemeinschaften	47
III. Begriff der kirchlichen Stiftung	48–63
1. Bedeutung der Begriffsbildung	48–52
2. Einzelmerkmale	53–63
a) Kirchliche Zweckbestimmung	53
b) Kirchliche Anerkennung	54
c) Organisatorische Zuordnung	55–61
d) Statusfeststellung	62–63
IV. Stiftungserrichtung und Stiftungsverfassung	64–68
1. Stiftungen des bürgerlichen Rechts	64–66
2. Stiftungen des öffentlichen Rechts	67–68
V. Änderungen der Stiftungsverfassung und Stiftungsaufhebung	69–73
1. Zweckänderung und Aufhebung	70–72
2. Einfache Satzungsänderungen	73
VI. Stiftungsverwaltung	74–80
1. Kirchliche Stiftungen des bürgerlichen Rechts	78–79
2. Kirchliche Stiftungen des öffentlichen Rechts	80
VII. Stiftungsaufsicht	81–89
1. Staatliche Stiftungsaufsicht	83–85
2. Kirchliche Stiftungsaufsicht	86–89
VIII. Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Stiftungsaufsicht und Haftungsfragen	90–93
1. Rechtsschutz	90–92
2. Amtshaftung	93

A. Kirchliche Stiftungen im Staatskirchenrecht

I. Verfassungsrechtliche Gewährleistungen

Das Staatskirchenrecht erwähnt die kirchlichen Stiftungen zwar nur an einer Stelle, indem es in Art. 138 Abs. 2 WRV davon spricht, dass das Eigentum und andere Rechte der Religionsgesellschaften und religiösen Vereine an ihren für Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und sonstigen Vermögen gewährleistet werden. Gleichwohl ist der Status dieser Stiftungen in ihrer Zuordnung zum verfassungsrechtlich gewährleisteten kirchlichen Funktionsganzen eine feste Größe. Das hat mit § 80 Abs. 3 BGB, wonach die Vorschriften der Landesgesetze über kirchliche Stiftungen unberührt bleiben, etwa auch im Stiftungszivilrecht seinen sichtbaren Niederschlag gefunden. Auf diese Weise kommt zum Ausdruck, dass die Entstehung kirchlicher Stiftungen nicht nur ein Vorgang der weltlichen (Zivil-)Rechtsordnung, sondern auch ein Vorgang der kirchlichen Rechtsordnung ist, der zu seiner weltlichen Wirksamkeit zwingend einer Mitwirkung der Kirchen bedarf¹. Das findet sich genauso im Stiftungsrecht der Länder, das bis auf das Berliner Stiftungsgesetz die kirchliche Stiftung als besondere Art von Stiftung behandelt und sie darüber mit der kirchlichen Rechtsordnung zu verzahnen versucht. Hierdurch berücksichtigt das staatliche Recht, dass diese Stiftungen sowohl Teil der weltlichen als auch der kirchlichen Rechtsordnung sind, weil sie einerseits in einer Rechtsform des staatlichen Rechts am weltlichen Rechtsverkehr teilnehmen, andererseits in der Verfolgung der ihnen beigelegten Zwecke aber auch auf eine Teilhabe an der Erfüllung des jeweiligen kirchlichen Verkündigungs- oder Sendungsauftrags angelegt sind und so über den weltlichen Rechtskreis hinausweisen.

1

1. Selbstbestimmungsrecht

Die den Kirchen über Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV vermittelte Garantie freier Ordnung und Verwaltung der eigenen Angelegenheiten mit der darin angelegten Freiheit der Bestimmung über Organisation, Normsetzung und Verwaltung² bezieht sich nicht nur auf die

2

¹ BT-Drs. 14/8765, S. 9.

² BVerfGE 72, 278 (289) m. w. N.

verfasste Kirche selbst und ihre öffentlich-rechtlich organisierten Tei gliederungen. Sie erstreckt sich zugleich auf alle der Kirche in bestimmter Weise zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf deren Rechtsform, wenn diese nach kirchlichem Selbstverständnis ihrem Zweck oder ihrer Aufgabe entsprechend berufen sind, ein Stück des Auftrags der Kirche in dieser Welt wahrzunehmen und zu erfüllen.³ Die in Art. 138 Abs. 2 WRV mit „ihren“ Stiftungen angesprochene Zuordnung, durch die eine derart ausgerichtete Stiftung in staatskirchenrechtlicher Hinsicht zu einer kirchlichen wird, bestimmt sich zwar grundsätzlich nach den weltlichen Maßstäben des Staatskirchenrechts. Allerdings kann hierbei der Umstand, dass die zu beurteilende Stiftung zugleich eine Stiftung nach kirchlichem Recht ist, also von der Kirche als ihr zugehörig angesehen wird, nicht unberücksichtigt bleiben. Denn im Zweifel – so die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – ist davon auszugehen, dass der Staat, wenn er eine Stiftung als kirchliche qualifiziert, zugleich stillschweigend auf die kirchliche Rechtsordnung und deren Aussage verweist, die Stiftung als ihr zugehörig zu betrachten.⁴

- 3 Diese Zugehörigkeit muss allerdings ihren Ausdruck in einer sichtbaren Nähebeziehung der Stiftung zur Kirche gefunden haben. Grundvoraussetzung dafür ist die Kirchlichkeit des von der Stiftung verfolgten Zwecks. Das erfasst – abweichend von steuerrechtlichen Sichtweisen etwa im Gemeinnützigkeitsrecht (vgl. § 54 AO) – nicht nur kultische Handlungen und die Pflege kirchlicher Gebräuche, sondern entsprechend dem mittlerweile sehr weit gefassten Begriff der Religionsausübung auch jede andere Äußerung des religiösen oder weltanschaulichen Lebens⁵, wobei dem kirchlichen Selbstverständnis eine gewisse, wenn auch nicht unbegrenzte Einschätzungsprärogative zukommt. Unangefochtenem Selbstverständnis gemäß zählt als unaufgebbbarer Teil des kirchlichen Verkündigungs- und Sendungsauftrags zu den kirchlichen Zwecken etwa auch der gesamte Bereich der äußeren und inneren Mission mit den vielfältigen und alles andere als statischen Feldern von Diakonie und Caritas.⁶ Selbst Hilfsdienste zur Herstellung und Erhaltung der Funktionsfähigkeit derart kirchlicher Einrichtungen gehören noch dazu. Dabei ist zu-

³ BVerfGE 57, 220 (242); 70, 138 (162); 137, 273 (Rn. 91).

⁴ BVerfGE 46, 73 (84); dazu näher *Wilhelm-Albrecht Achilles*, Kirchliche Stiftungen, in: *Landesstiftungsrecht*, hg. von Rainer Hüttemann / Andreas Richter / Birgit Weittemeyer, 2011, Rn. 32.5.

⁵ Vgl. BVerfGE 24, 236 (244 ff.); 83, 341 (354).

⁶ BVerfGE 137, 273 (Rn. 3 ff., 101 ff.) m. w. N.

gleich ein ökumenisches Selbstverständnis zu respektieren, so dass es der Kirchlichkeit einer Stiftung nicht entgegensteht, wenn sie darauf angelegt ist, ihren Zweck im Zusammenwirken mit Rechtsträgern anderer christlicher Kirchen zu verwirklichen, oder wenn sie sogar als Gemeinschaftseinrichtung solcher Rechtsträger errichtet worden ist. Die Grenze zur Nichtkirchlichkeit ist jedoch ungeachtet sonstiger Kooperations- und Fördermöglichkeiten etwa überschritten bei Stiftungserrichtungen unter substantieller Beteiligung staatlicher oder kommunaler Rechtsträger, die ihrer Struktur nach zwingend auf eine weltanschaulich neutrale Ausrichtung festgelegt sind⁷ und deshalb auch bei äußerlich gleicher Aufgabenerfüllung das *Proprium* kirchlicher Arbeit nicht einbringen können.⁸

Über die so beschriebene kirchliche Zweckbestimmung hinaus erfordert die Zuordnung in Abgrenzung zu einer lediglich religiösen Zweckverfolgung zugleich ein gewisses Maß an institutionell-organisatorischer Verbindung zur Kirche. Das äußert sich zunächst einmal darin, dass zu der dem Stiftungsgeschäft – ggf. durch Auslegung⁹ – zu entnehmenden Erklärung des Stifters, die Stiftung in die durch das jeweilige Bekenntnis geprägte Erfüllung des kirchlichen Verkündigungs- oder Sendungsauftrags einzubringen, eine damit korrespondierende Erklärung der angesprochenen Kirche hinzutreten muss, die die Stiftung als ihr zugehörig in ihren Funktionsbereich aufzunehmen und sie dadurch als kirchliche anzuerkennen.¹⁰ Diese ausdrücklich oder konkludent geäußerte Zuordnung muss darüber hinaus in der Stiftungspraxis organisatorisch sichtbar werden. Dabei kommt dem Selbstverständnis der Kirchen, wie sie ihre Gliederungen in die rechte Erfüllung ihres Auftrags einbinden und darauf Einfluss nehmen wollen, ein breiter Raum zu. Entscheidend ist, dass die Kirchen die nach ihrem jeweiligen Verständnis nötigen Voraussetzungen schaffen, um sich mit dem von ihnen bereitgestellten kirchenrechtlichen In-

4

⁷ Vgl. nur BVerfGE 137, 273 (Rn. 86 ff.).

⁸ Zum Ganzen *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.6 f. m. w. N.

⁹ Dem kommt insbesondere bei alten Stiftungen Bedeutung zu, deren Errichtungsgrundlagen oft nur noch eingeschränkt greifbar sind, oder die zu einer Zeit errichtet worden sind, in der die heutigen Zuordnungskriterien noch keine Bedeutung hatten. Bei ihnen lässt aber häufig eine überkommene Stiftungspraxis an der Seite der Kirche auf eine Übereinstimmung dieser durch Kooperation geprägten Praxis mit dem Stifterwillen schließen; dazu näher *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.12.

¹⁰ *Axel Frhr. v. Campenhausen / Christoph Stumpf*, Kirchliche Stiftungen (§ 14), in: Stiftungsrecht, hg. von Andreas Richter, 2019, Rn. 27; *Wilhelm-Albrecht Achilles*, Die Aufsicht über die kirchlichen Stiftungen der evangelischen Kirchen in der Bundesrepublik Deutschland, 1986, S. 149 f.

strumentarium in der Lage zu sehen, die im Stiftungsgeschäft für diesen Teil zugesagte rechte Erfüllung ihres Auftrags durch die Stiftung zu ordnen und sicherzustellen. Ob dies eher hierarchisch oder eher kollegial-brüderlich geschieht oder ob die Erfüllungszusage der Stiftung etwa über personelle Verflechtungen mit kirchlichen Amtsträgern sichergestellt wird, regeln die Kirchen dabei nach ihrem jeweiligen Selbstverständnis; dies muss lediglich, um staatskirchenrechtliche Anerkennung zu erfahren, über die Zeit ein gewisses Maß an Ergebniseffektivität gewährleisten¹¹.

- 5 Die staatskirchenrechtliche Zuordnung kirchlicher Stiftungen zu ihren Kirchen bietet in der Praxis kaum noch Probleme.¹² Denn das häufig für sich allein schon entscheidende Zuordnungskriterium der Führung einer (förmlichen) kirchlichen Aufsicht, die in der katholischen Kirche als Ausdruck bischöflicher Leitungsgewalt und Aufsichtspflicht ohnehin Tradition hat, ist mittlerweile fast durchgängig gegeben, nachdem die Kirchen in der Folge der staatlichen Stiftungsgesetzgebung von der ihnen eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, durch Errichtung einer eigenen kirchlichen Stiftungsaufsicht die staatliche Stiftungsaufsicht weitgehend zu ersetzen.¹³
- 6 Ohne dieses auf stiftungsrechtlichem Gebiet bereits über viele Jahre gewachsene Zuordnungsgeschehen überhaupt zur Kenntnis zu nehmen, hat die EKD die aus ihrer Sicht maßgeblichen Zuordnungskriterien zunächst in einer Zuordnungsrichtlinie¹⁴ und anschließend in einem Zuordnungsgesetz zusammengestellt¹⁵. Auch wenn darin wegen der rechtsformblinden Blickrichtung die stiftungsrechtlichen

¹¹ BAG, in: NZA 2008, S. 653 (Rn. 27, 32); 2013, S. 448 (Rn. 48); 2014, S. 1407 (Rn. 74 ff.); *Achilles*, Aufsicht (o. Fn. 10), S. 151 ff.

¹² Zur historischen Entwicklung des Verhältnisses der Kirchen zu den ihr zugeordneten Stiftungen eingehend und instruktiv *Kristin Meyer*, Die Abgrenzung der kirchlichen Stiftung von der weltlichen Stiftung im staatlichen Recht. Insbesondere im Hinblick auf ihre Bedeutung für Altstiftungen, 2012, S. 94 ff.

¹³ Dazu nachstehend unter Rn. 81–89.

¹⁴ Richtlinie des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland nach Art. 15 Abs. 2 Grundordnung der EKD über die Zuordnung diakonischer Einrichtungen zur Kirche (Zuordnungsrichtlinie) vom 8.12.2007 (ABl. EKD S. 405). Hierzu näher *Peter Unruh*, → § 49, Rn. 40 ff.

¹⁵ Kirchengesetz zur Zuordnung rechtlich selbständiger Einrichtungen zur Kirche (Zuordnungsgesetz der EKD – ZuOG EKD) vom 12.11.2014 (ABl. EKD S. 340). Auf gliedkirchlicher Ebene gilt das Gesetz nach entsprechenden gliedkirchlichen Zustimmungsakten mittlerweile in der EKHn, BEK, EKKW, ELKB und der EKBO.

Zuordnungskriterien der (satzungsmäßigen) kirchlichen Zweckbestimmung, der Anerkennung der Stiftung als kirchliche und der Aufsichtsführung nicht vorkommen,¹⁶ lassen sich diese Kriterien gleichwohl unter Hinzunahme der jeweiligen stiftungsrechtlichen Anforderungen an eine kirchliche Anerkennung und Aufsichtsführung ohne Weiteres unter § 3 (Zuordnungsentscheidung) und §§ 4 ff. (Zuordnungsvoraussetzungen) subsumieren,¹⁷ soweit eine Stiftung nicht ohnehin bereits unter die Bestandsklausel des § 11 fällt. Einzig für das frühere nordelbische Gebiet der Nordkirche könnte mangels Geltung eines kirchlichen Stiftungsgesetzes¹⁸ künftig auf das Zuordnungsgesetz zurückzugreifen sein, wenn die Zuordnung mangels Bestehens einer zureichenden kirchlichen Stiftungsaufsicht durch weitere Kriterien geklärt werden müsste.¹⁹

2. Kirchengutsgarantie

Ergänzt wird die Gewährleistung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts durch die Kirchengutsgarantie des Art. 140 GG, Art. 138 Abs. 2 WRV. Sie zielt zunächst einmal darauf ab, die kirchlichen Vermögensrechte in ihrem Bestand zu gewährleisten.²⁰ Dabei geht es in erster Linie um den Erhalt der spezifischen Zweckbindung kirchlichen Vermögens. Mit diesem korrespondiert das Säkularisationsverbot, nämlich die durch den Stifterwillen und dessen kirchliche Anerkennung bewirkte Zweckbindung des Stiftungsvermögens mittels Ent- oder Umwidmung ganz oder teilweise zu beseitigen und es auf diese Weise – etwa durch eine dem ursprünglichen Zweck nicht mehr gerecht werdende Stiftungsumwandlung oder -aufhebung – dem

7

¹⁶ Vgl. *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.10; *Michael Droege*, Vermögensverwaltungsrecht (§ 37), in: HEKR, Rn. 50. Ferner hierzu nachstehend unter Rn. 18. – Lediglich die ELKB hat mittlerweile die Zusammenhänge erkannt und in § 7 des Kirchengesetzes zur Neuregelung des Anerkennungs- und Zuwendungsrechts in der ELKB vom 30.4.2018 (ABl. EKD S. 216) betr. die Ausführung von § 9 ZuOG EKD bestimmt, dass dieses Kirchengesetz keine Anwendung auf die Zuordnung von kirchlichen Stiftungen findet; für diese gelten vielmehr die Vorschriften des EvStiftG Bay. und der Kirchengemeindeverordnung.

¹⁷ Vgl. *Hendrik Munsonius / Christian Traulsen*, Aufsicht und Visitation (§ 30), in: HEKR, Rn. 29 f.

¹⁸ Dazu nachstehend unter Rn. 12 f., 46.

¹⁹ Vgl. auch *Peter Unruh*, Kirchenbildung und Verfassungsgebung in Norddeutschland, in: ZevKR 57 (2012), S. 121 (143).

²⁰ BVerfGE 99, 110 (121).

kirchlichen Funktionsspektrum wieder zu entziehen. Darüber hinaus lässt Art. 138 Abs. 2 WRV erkennen, dass es jedenfalls im Grundsatz die Möglichkeit der rechtlichen Zuordnung von Stiftungen zur Kirche geben muss.²¹ Der Schutzbereich des Art. 138 Abs. 2 WRV ist deshalb auch betroffen, wenn man – wie es gelegentlich geschieht²² – die einmal getroffene Zuordnungsentscheidung allein schon durch einen gegenläufigen Willensakt der Stiftungsorgane für umkehrbar hält.²³

II. Vertragskirchenrecht

- 8 In den von den Bundesländern mit der katholischen Kirche oder ihren Bistümern und den mit den evangelischen (Landes-)Kirchen geschlossenen Konkordaten bzw. Kirchenverträgen²⁴ finden sich eine Reihe von Regelungen zu stiftungsrechtlichen Fragen²⁵. Dabei geht es vielfach um die vertragsrechtliche Verstärkung und Verfestigung bestehender staatskirchenrechtlicher oder stiftungsrechtlicher Positionen, etwa indem das Recht der betreffenden Kirche festgestellt wird, die Vermögensangelegenheiten ihrer (öffentlich-rechtlichen) Stiftungen durch eigene Satzung selbständig zu ordnen und nach Maßgabe dieser Satzung zu verwalten²⁶, oder indem den Kirchen auch vertraglich das ihnen bereits stiftungsgesetzlich eingeräumte Recht zuerkannt wird, die (laufende) Aufsicht über ihre Stiftungen auszuüben²⁷.

²¹ Karl-Hermann Kästner / David Couzinet, Der Rechtsstatus kirchlicher Stiftungen staatlichen Rechts des 19. Jahrhunderts: Eine Untersuchung am Beispiel der Stiftung Liebenau, 2008, S. 14 f.

²² Dieter Reuter, Die privat gegründete kirchliche BGB-Stiftung im Spannungsfeld von staatlicher Verantwortung, Kirchenautonomie und Autonomie von Stifter und Stiftung, in: Zwischen Markt und Staat, Gedächtnisschrift für W. Rainer Walz, hg. von Helmut Kohl / Friedrich Kübler / Claus Ott, 2008, S. 539 (541 f., 548).

²³ Achilles, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.12.

²⁴ Aufgelistet bei Achilles, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.32. – Elektronisch sind die geltenden Konkordate und Kirchenverträge wie folgt abrufbar: <<https://www.kirchenrecht-online.de/relrecht/stkvertraege.html>>.

²⁵ Vgl. dazu auch Meyer, Abgrenzung (o. Fn. 12), S. 133 ff.

²⁶ Art. IV Abs. 3 BadK; ähnlich Art. 3 Abs. 1 KathKV RP.

²⁷ Art. 17 Abs. 2 EvKV BW; Art. 7 Abs. 4 EvKV Bbg.; Art. 7 Abs. 3 EvKV-ErgV Nds.; Art. 8 Abs. 3 EvKV MV; Art. 14 Abs. 2 KathKV MV. – Vereinzelt findet sich dabei noch der bereits aus § 87 BGB folgende Vorbehalt staatlicher Mitwirkung bei bestimmten Grundlagengeschäften (Zweckänderung, Auflösung und Zusammenlegung) sowie die Bestätigung eines mittlerweile sogar einfachgesetzlich aus § 80 Abs. 3 BGB folgenden kirchlichen Mitwir-

Bisweilen findet sich auch die Aussage, dass die Errichtung, Umwandlung und Auflösung kirchlicher Stiftungen des öffentlichen Rechts staatlicher Genehmigung bedürfen, und dass die kirchlichen Vorschriften über die vermögensrechtliche Vertretung solcher Stiftungen vor ihrem Erlass den zuständigen staatlichen Stellen vorzulegen sind, damit diese prüfen können, ob die Anforderungen an eine ausreichend rechtssichere Vertretung gewahrt sind.²⁸ Dabei haben sich die Kirchen teilweise in Protokollerklärungen auf die Einschränkung eingelassen, dass nur besonders wichtige kirchliche Einrichtungen als kirchliche Stiftungen des öffentlichen Rechts errichtet werden sollen.²⁹ In einer Reihe von Kirchenverträgen findet sich schließlich noch die Bestimmung, dass das Land bei der Bildung und/oder Veränderung von kirchlichen Stiftungen des öffentlichen Rechts nach Richtlinien mitwirkt, die mit den Kirchen vereinbart werden;³⁰ für die Vereinbarung solcher Richtlinien ist bislang aber noch nirgends ein Bedürfnis gesehen worden³¹.

Eine eigenständige Substanz kommt insoweit den in den Kirchenverträgen von Berlin, Hamburg und Schleswig-Holstein getroffenen stiftungsrechtlichen Aussagen zu, wo das staatliche Stiftungsrecht aus spezifisch regionalen Gründen hinter den Standards zurückbleibt, die sich mittlerweile in den Stiftungsgesetzen der übrigen Bundesländer – etwa hinsichtlich einer Überlassung der Aufsichtsführung über kirchliche Stiftungen an die betreffenden Kirchen – herausgebildet haben.

Das staatliche Stiftungsrecht in Berlin hat die kirchlichen Stiftungen des Privatrechts als eigenständige, durch ihre Zugehörigkeit zum kirchlichen Funktionsspektrum geprägte Stiftungsform überhaupt erst nach Schaffung des § 80 Abs. 3 S. 1 BGB wahrgenommen. Dieser Bestimmung ist zu entnehmen, dass es zur Anerkennung einer kirchlichen Stiftung bürgerlichen Rechts als rechtsfähig der Einwilligung

kungsrechts bei Errichtung kirchlicher Stiftungen, vgl. Art. 7 Abs. 2, 3 EvKVergV Nds.

²⁸ Art. 10 Abs. 2, 3 EvKV Berlin; Art. 11 Abs. 3 KathKV Bbg.; Art. 7 Abs. 3 EvKV Bbg.; Art. 7 Abs. 1 EvKVergV Nds.; Art. 15 Abs. 3, 4 KathKV Sachsen; Art. 9 Abs. 2, 3 EvKV Sachsen; Art. 14 Abs. 3 KathKV LSA; Art. 8 Abs. 3 EvKV LSA; ähnlich Art. 12 Abs. 3, 4 KathKV Hmb.

²⁹ Schlussprotokolle zum EvKVergV Nds., EvKV LSA, KathKV LSA.

³⁰ Art. 4 EvKV Hessen; Art. 2 Abs. 3 KathKV Hessen; Art. 11 Abs. 2 NdsKV; Art. 12 Abs. 2 NdsK; Art. 5 Abs. 2 KathKV RP; Art. 13 Abs. 2 EvKV SH; ähnlich, allerdings ohne Richtlinienvorbehalt Art. 2 Abs. 3 EvKV Hmb.

³¹ Vgl. v. Campenhausen / Stumpf, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 10), § 14, Rn. 52.

der zuständigen kirchlichen Behörde bedarf, und dass – wie in Berlin nach wie vor – bei einem Fehlen entsprechender Vorschriften das Prinzip der Beteiligung der jeweiligen Kirche unmittelbar aus Art. 137 Abs. 3 WRV folgt.³² Dieses stiftungsgesetzliche Defizit hat man im Schlussprotokoll des EvKV Berlin – notdürftig – dadurch zu kompensieren versucht, dass der Kirche ein Äußerungsrecht in Fällen zugestanden wird, in denen eine Stiftung als kirchliche anerkannt werden soll, in denen Satzungsbestimmungen kirchlicher Stiftungen geändert werden sollen, wenn dadurch der Status als kirchliche Stiftung betroffen erscheint, und in denen Satzungsbestimmungen genehmigt oder geändert werden sollen, die nicht ohne die Kirche verwirklicht werden können. Außerdem haben sich die Vertragsschließenden wechselseitig eine Unterrichtung im Zusammenhang mit der Vornahme bestimmter Grundlagengeschäfte (Anerkennung, Aufhebung und Zusammenlegung sowie Veränderungen im Status der Kirchlichkeit) zugesagt.

- 11 Das hamburgische Stiftungsrecht, das lange Zeit ebenfalls keine spezifischen Regelungen für kirchliche Stiftungen enthalten hat, sieht in § 5 Abs. 1 S. 1, 2 StiftG Hmb. als Regelfall zwar eine staatliche Rechtsaufsicht über die von ihm erfassten Stiftungen des bürgerlichen Rechts vor. Es bestimmt in § 5 Abs. 1 S. 3 StiftG Hmb. jedoch gleichzeitig, dass Staatsverträge, die die Übertragung von Aufgaben der Rechtsaufsicht über kirchliche Stiftungen (§ 2 Abs. 3 S. 1 StiftG Hmb.) auf eine als Körperschaft des öffentlichen Rechts anerkannte Kirche vorsehen, unberührt bleiben. Dies füllt Art. 12 Abs. 3 KathKV Hmb. neben einer Festlegung der Voraussetzungen für die Anerkennung einer Stiftung als kirchliche dahin aus, dass die Aufsicht über die kirchlichen Stiftungen bei der Kirche liegt, und dass es lediglich bei bestimmten Grundlagengeschäften privatrechtlich verfasster Stiftungen (Zweckänderungen, Zusammen- und Zulegungen sowie Auflösungen) eines Einvernehmens mit der staatlichen Stiftungsaufsicht bedarf. Auf evangelischer Seite, deren Situation dadurch geprägt ist, dass im früheren nordelbischen Teil der Nordkirche aus diakoniespezifischen Gründen noch nie eine förmliche Rechtsaufsicht der Kirche über kirchliche Stiftungen geführt worden ist, hat man sich im Schlussprotokoll zum EvKV Hmb. den Abschluss einer Vereinbarung gem. § 5 Abs. 1 S. 3 StiftG Hmb. lediglich vorbehalten. Gleichzeitig hat man aber auf der Grundlage von Art. 3 EvKV Hmb. den vorhandenen Bestand an kirchlichen Stiftungen geklärt sowie

³² BT-Drs. 14/8765, S. 9.

Kriterien und Prozedere für die künftige Anerkennung kirchlicher Stiftungen vereinbart.

Das schleswig-holsteinische Stiftungsrecht ist seit jeher dadurch gekennzeichnet, dass es zwar keine eigene kirchliche Aufsicht über kirchliche Stiftungen vorsieht, gleichzeitig aber bestimmt, dass eine kirchliche Stiftung vor ihrer staatlichen Anerkennung der Anerkennung durch die jeweilige Kirchen bedarf (§ 18 Abs. 1 S. 2 StiftG SH), und dass bei aufsichtsrechtlichen Maßnahmen, die kirchliche Stiftungen betreffen, das Einvernehmen mit der Kirche herbeizuführen ist (§ 18 Abs. 2 StiftG SH). Hiervon abweichend regelt § 12 Abs. 3 KathKV SH, der die Merkmale einer kirchlichen Stiftung vertraglich präzisiert und erleichterte Entstehungsvoraussetzungen bei kirchlichen Stiftungen vorsieht, die von der Kirche selbst errichtet sind, für kirchliche Stiftungen mit einer besonderen Nähebeziehung zur Kirche den Übergang der laufenden Stiftungsaufsicht auf die Kirche; lediglich bestimmte Grundlagengeschäfte (Zweckänderungen, Zusammen- und Zulegungen sowie Auflösungen) bleiben danach an die Herstellung eines Einvernehmens mit der staatlichen Stiftungsaufsicht gebunden.

12

B. Kirchliche Stiftungen im Kirchenrecht

I. Katholische Kirche

Die grundlegenden Regeln für die Rechtsfigur der Stiftung (fundatio), die in der katholischen Kirche eine lange Tradition hat, finden sich im Universalkirchenrecht des Codex Iuris Canonici von 1983 (CIC/1983), und zwar im Kapitel über die juristischen Personen (cc. 113 ff. CIC/1983) und im Titel zur Verwaltung des Kirchenvermögens (cc. 1257, 1273 ff., 1299 ff. CIC/1983).³³ Dabei unterscheidet der Codex etwa nach der rechtlichen Eigenständigkeit in selbständige und unselbständige Stiftungen (c. 1303 § 1 CIC/1983) oder nach der Funktion in öffentliche Stiftungen, die im Namen der Kirche eine ihnen im Hinblick auf das öffentliche Wohl übertragene eigene Auf-

13

³³ Zum Ganzen ausführlich *Martin Schulte*, Kirchliches Stiftungsrecht, in: *Stiftungsrecht*, hg. von Christoph Stumpf / Joachim Suerbaum / Martin Schulte / Rudolf Pauli, 3. Aufl. 2018, Teil D Rn. 131 ff.; *Dietrich Pirson*, Das Stiftungsrecht des Codex Iuris Canonici, in: *Stiftungsrecht in Europa*, hg. von Klaus J. Hopt / Dieter Reuter, 2001, S. 555 (557 ff.); *Hans Heimerl / Helmuth Pree*, Kirchenrecht. Allgemeine Normen und Eherecht, 1983, S. 89 ff.

gabe erfüllen, und private Stiftungen, die zwar einen kirchlich anerkannten überindividuellen Zweck verfolgen (vgl. c. 114 §§ 1 f. CIC/1983), diesen jedoch nicht im Namen und Auftrag der Kirche, sondern im eigenen Namen und eigenverantwortlich verwirklichen (c. 116 § 1, c. 1257 CIC/1983).

- 14 C. 115 § 3, c. 1303 § 1 Nr. 1 CIC/1983 definieren die selbständige Stiftung als eine Gesamtheit von Sachen, bestehend aus Gütern oder Sachen geistlicher oder materieller Art, die zu den in c. 114 § 2 CIC/1983 aufgezählten Zwecken (Werke der Frömmigkeit, des Apostolats oder der Caritas) bestimmt sind und nach Maßgabe des Rechts und der Statuten entweder von einer oder mehreren natürlichen Personen oder von einem Kollegium geleitet werden. Ihre kirchliche Rechtsfähigkeit erlangen die öffentlichen Stiftungen nach c. 116 § 2 CIC/1983 aufgrund einer kirchlichen Rechtsvorschrift oder durch besonderes Dekret der zuständigen kirchlichen Autorität. Private Stiftungen können diese Rechtsfähigkeit nur durch besonderes Dekret erhalten, das die Rechtsfähigkeit ausdrücklich gewährt, was gem. c. 117 CIC/1983 zugleich eine Genehmigung der Statuten (c. 94 § 1 CIC/1983) durch die zuständige Autorität voraussetzt. Eine parallele Erlangung weltlicher Rechtsfähigkeit neben der kirchlichen ist nicht erforderlich, in der Regel aber erwünscht³⁴.
- 15 Eine eigenständig geregelte kirchliche Stiftungsaufsicht kennt das kanonische Recht nicht. Die Aufsicht über Stiftungen ist vielmehr Teil der allgemeinen und umfassenden Leitungs- und Aufsichtsgewalt des Diözesanbischofs (c. 381 § 1, cc. 392, 1276 § 1 CIC/1983) und zielt darauf ab, die Befolgung aller kirchlichen Gesetze zu beachten und Missbräuche bei der Vermögensverwaltung zu unterbinden sowie auf eine ordnungsgemäße Vermögensverwaltung hinzuwirken und ggf. Rechenschaft zu verlangen.³⁵
- 16 Allerdings sind diese Bestimmungen des Universalkirchenrechts nicht abschließend. Vielmehr bleibt den Diözesanbischöfen die Regelung weiterer Einzelheiten überlassen. Dadurch wird dem Umstand Raum gegeben, dass Stiftungen zugleich Gegenstand der staatlichen Rechtsordnung und damit der staatlichen Gesetzgebung sind. Hierüber wiederum kann deren Eigenheiten durch Erlass partikularen

³⁴ *Kristin Meyer*, Katholische Stiftungslandschaft in Deutschland, in: *Kirchliches Stiftungswesen und Stiftungsrecht im Wandel*, hg. von Ansgar Hense / Martin Schulte, 2009, S. 59 (67 f.).

³⁵ Näher dazu *Helmuth Pree*, Aufsicht über kirchliche Stiftungen, in: *Flexibilitatis Iuris Canonici. Festschrift für Richard Puza zum 60. Geburtstag*, hg. von Andreas Weiß / Stefan Ihli, 2003, S. 421 (423 f.).

Rechts gesondert Rechnung getragen werden mit der Folge, dass die beiden Rechtsordnungen so an ihren Schnittpunkten harmonisiert werden können. Denn dem kirchlichen Recht muss daran gelegen sein, seine Anforderungen an die Existenzbedingungen einer kirchlichen Stiftung mit denjenigen abzustimmen, die der Staat für seinen Rechtsbereich aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtseinheit für unerlässlich hält, um ein Wirken der Stiftungen im weltlichen Bereich nicht unnötig zu erschweren. Dementsprechend haben die partikularkirchlichen Gesetzgeber, gestützt auf die allgemeine universalkirchliche Ermächtigung in c. 381 § 1, c. 391 § 1 CIC/1983³⁶, mittlerweile ganz überwiegend eigene Stiftungsordnungen erlassen oder in ihren allgemeinen Vorschriften über die Verwaltung und Aufsichtigung des kirchlichen Vermögens Regelungen getroffen, die diesen Bedürfnissen Rechnung tragen³⁷. Vor diesem Hintergrund versteht es sich von selbst, das von den Partikularkirchen gesetzte Stiftungsrecht als unabgeleitetes eigenes Recht zu qualifizieren, welches nicht auf einer staatlicherseits in den Stiftungsgesetzen verliehenen Rechtsetzungsermächtigung beruht.³⁸

II. Evangelische Kirchen

Anders als das kanonische Recht hat das evangelische Kirchenrecht den kirchlichen Stiftungen lange Zeit nur wenig Beachtung geschenkt. Gleiches gilt für die Frage einer (inner-)kirchlichen Rechtsfähigkeit, die erstmals im Jahre 1971 von *Pirson*³⁹ aufgegriffen worden ist und in den Folgejahren nur mühsam Kontur gewonnen hat⁴⁰. Denn der Blick der evangelischen Kirchen war in eine andere Richtung gewandt und weniger am rechtlichen Status der ihnen zugeordneten Rechtsträger als an ihren tatsächlichen Erscheinungs-

17

³⁶ Vgl. zu den Ermächtigungsgrundlagen im Einzelnen etwa den Vorpruch zur KathStiftO Bay. (ABl. Regensburg 2018 S. 55).

³⁷ *Pirson*, Stiftungsrecht (o. Fn. 33), S. 559; *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.18.

³⁸ *Pre*, Aufsicht (o. Fn. 35), S. 428 f.; *Achilles*, Aufsicht (o. Fn. 10), S. 229 ff. – Das ist etwa auch im Vorpruch zur KathStiftO Bay. unmissverständlich klargestellt.

³⁹ *Dietrich Pirson*, Juristische Personen des kirchlichen Rechts, in: ZevKR 16 (1971), S. 1 ff.

⁴⁰ Grundlegend *Hendrik Munsonius*, Die juristische Person des evangelischen Kirchenrechts, 2009; *ders.*, Die juristische Person des evangelischen Kirchenrechts, in: ZevKR 53 (2008), S. 318 ff.

und Betätigungsformen orientiert.⁴¹ Kennzeichnend für diese Blickrichtung ist Art. 15 Abs. 2 GO EKD, der es den Kirchen auferlegt, die in ihrem Bereich arbeitenden Werke der Inneren Mission „ungeachtet deren Rechtsform“ zu fördern. Auf der gleichen Linie liegt es, wenn die Zuordnungsrichtlinie der EKD vom 8. 12. 2007⁴² in § 4 Abs. 5 und das ihr nachfolgende Zuordnungsgesetz der EKD vom 12. 11. 2014⁴³ in § 6 eine Reihe von Kriterien mit einem zugleich anklingenden Anspruch auf Exklusivität auflistet, in denen die institutionelle Verbindung von diakonischer Einrichtung und Kirche erkennbar werden kann, dabei aber das Recht der kirchlichen Stiftungen mit den sich hieraus ergebenden Parallelstrukturen fast schon nach Art eines Tunnelblicks ignoriert. Denn allein schon durch das stiftungsrechtlich vorgegebene Erfordernis einer kirchlichen Anerkennung der den Kirchen zugeordneten Stiftungen und der daran anknüpfenden kirchlichen Aufsichtsführung existiert ein für sich bereits durchschlagendes Zuordnungskriterium, neben dem etwa der Mitgliedschaft der Stiftung in einem Diakonischen Werk bestenfalls noch ergänzende Bedeutung beigemessen werden kann.⁴⁴

- 18 Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass die evangelischen Kirchen das Recht ihrer Stiftungen nicht von einem eigenständigen Ansatz aus gestaltet haben. Sie haben dies vielmehr im Anschluss an die staatliche Stiftungsgesetzgebung getan, indem sie den dort eingeschlagenen Bahnen schlicht gefolgt sind. Denn die staatliche Stiftungsgesetzgebung hat überhaupt erst die durch das Staatskirchenrecht eröffneten Regelungsfreiräume aufgezeigt, welche die evangelischen (Landes-)Kirchen in der Folge genutzt haben oder auch nutzen mussten, um ihr Interesse an mehr oder weniger eigenständigen Aussagen zum Rechtscharakter der ihnen zugeordneten Stiftungen zu artikulieren und eine eigenständige kirchliche Stiftungsaufsicht anstelle oder neben der staatlichen Aufsicht zu installieren.⁴⁵ Von diesen Freiräumen haben die evangelischen (Landes-)Kirchen mittlerweile fast durchgehend durch Erlass eigener, im Regelungsduktus allerdings weitgehend am weltlichen Stiftungsrecht orientierter Stiftungsgesetze Gebrauch gemacht.

⁴¹ Dazu auch vorstehend unter Rn. 6.

⁴² Siehe o. Fn. 14.

⁴³ Siehe o. Fn. 15.

⁴⁴ Näher dazu *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.21 ff; ferner *ders.*, Unternehmerische Betätigung von kirchlichen Stiftungen, in: KuR 2009, S. 72 (83 f.).

⁴⁵ *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.21; *Droege*, Vermögensverwaltungsrecht (o. Fn. 16), § 37, Rn. 41.

C. Kirchliche Stiftungen im Stiftungsrecht

I. Erscheinungsformen kirchlicher Stiftungen

Kirchliche Stiftungen treten in unterschiedlichen Erscheinungsformen auf. Das hängt insbesondere davon ab, ob der Stiftung Rechtsfähigkeit zukommt oder nicht. Weitere Unterscheidungskriterien zielen etwa auf die Zuordnung zum öffentlichen oder zum privaten Recht ab oder legen ihr Augenmerk auf die Zweckbestimmung der Stiftung.⁴⁶ 19

1. Rechtsfähigkeit

Die Frage der Rechtsfähigkeit entscheidet sich nach dem Errichtungsakt, nämlich ob dieser – ggf. zusammen mit seinem darauf bezogenen staatlichen und/oder kirchlichen Genehmigungs- oder Anerkennungsakt – auf die Schaffung einer mit eigener Organisation und eigener Willensbildung ausgestatteten Stiftung als eigenem Träger von Rechten und Pflichten gerichtet ist, oder ob die Stiftung einer anderen Rechtspersönlichkeit lediglich als zweckgebundenes Sondervermögen angegliedert werden soll.⁴⁷ Insoweit ist bei kirchlichen Stiftungen zusätzlich danach zu unterscheiden, ob ihnen eine Rechtsfähigkeit nur in der kirchlichen oder nur in der weltlichen Rechtsordnung oder – wie es dem Regelfall entspricht – in beiden Rechtsordnungen zukommen soll. Danach bestimmt sich vor allem das auf diese Stiftungen anwendbare (Organisations-)Recht. Denn während bei selbständigen Stiftungen das hierfür geschaffene Organisations- 20

⁴⁶ Zu tatsächlichem Bestand und konkreten Erscheinungsformen vgl. etwa *Evelyn Dominica Menges*, Die kirchliche Stiftung in der Bundesrepublik Deutschland. Eine Untersuchung zur rechtlichen Identität der kirchlichen Stiftung staatlichen Rechts mit der kanonischen Stiftung, 1995, S. 15 ff.; *Ansgar Hense*, Katholische Stiftungen: Überblick, Grundlegung, Geschichte, in: *Religiöse Stiftungen in Deutschland*, hg. von Rainer Walz, 2006, S. 1 (26 f.); *Meyer*, Katholische Stiftungslandschaft (o. Fn. 34), S. 60 f., 70 ff.; *Andreas Hesse*, Evangelische Stiftungen: Überblick, Grundlegung, Geschichte, in: *Religiöse Stiftungen in Deutschland*, hg. von Rainer Walz, 2006, S. 41 (44 ff.); *Achilles*, Aufsicht (o. Fn. 10), S. 7 ff.

⁴⁷ Dazu näher *v. Campenhausen / Stumpf*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 10), § 14, Rn. 35 ff.; *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.33. – Zur dahingehenden Unterscheidung im kanonischen Recht (c. 1303 CIC) *Schulte*, Kirchliches Stiftungsrecht (o. Fn. 33), Teil D, Rn. 189 ff.

recht für juristische Personen zur Anwendung kommt⁴⁸, richtet sich das Recht der unselbständigen Stiftungen nach den Regeln des u. U. sogar im bürgerlichen Recht anzusiedelnden Zuwendungsaktes⁴⁹ und dem Organisationsrecht des die Stiftung verwaltenden kirchlichen Rechtsträgers, der seinerseits dem kirchlichen Organisationsgefüge unmittelbar oder – etwa als kirchlicher Verein oder als kirchliche Stiftung des Privatrechts – mittelbar angehört⁵⁰.

2. Öffentliches oder privates Recht

- 21** Die Zuordnung einer Stiftung zum öffentlichen oder zum privaten Recht bestimmt sich zumindest in neuerer Zeit⁵¹ regelmäßig nach ihrem Errichtungsakt. Das sind bei der Stiftung des bürgerlichen Rechts das auf privatrechtlicher Grundlage vorgenommene Stiftungsgeschäft und die hierauf erteilte Anerkennung der Stiftung als rechtsfähig nach Maßgabe der §§ 80 ff. BGB. Kirchliche Stiftungen des öffentlichen Rechts werden dagegen durch eigenständigen kirchlichen Organisationsakt errichtet; dieser kann je nach kirchlichem Organisationsrecht in einem Rechtsetzungsakt, einem Verwaltungsakt oder einem öffentlich-rechtlichen Vertrag bestehen⁵². Bei unselbständigen Stiftungen hängt die Zuordnung zum öffentlichen oder zum privaten Recht zunächst davon ab, ob der das Stiftungsvermögen aufnehmende Rechtsträger privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich

⁴⁸ Bei privatrechtlichen Stiftungen die §§ 80 ff. BGB i.V.m. den ergänzenden Regeln der Landesstiftungsgesetze, bei öffentlich-rechtlichen Stiftungen neben dem jeweiligen Errichtungsakt das Kirchenorganisationsrecht des kanonischen und des partikularen katholischen Kirchenrechts bzw. im evangelischen Bereich der organisationsrechtliche Rahmen der Kirchenverfassungen und des kirchlichen Vermögensverwaltungsrechts.

⁴⁹ Zu den Einzelheiten *Axel Godron*, Die unselbständige Stiftung (§ 17), in: *Stiftungsrecht* (o. Fn. 10), Rn. 7 ff.; *Rainer Hüttemann / Peter Rawert*, in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 1, Allgemeiner Teil §§ 80–89 (Stiftungsrecht), Neubearbeitung 2011, Vorbem. zu §§ 80 ff., Rn. 239 ff.

⁵⁰ *v. Campenhausen / Stumpf*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 10), § 14, Rn. 35 f. – Eine eigenständige partikuläre kirchenrechtliche Regelung hat dies mittlerweile etwa gefunden in einer Ordnung für nichtrechtsfähige kath.-kirchl. Stiftungen in Trägerschaft einer kath. Kirchengemeinde oder Gesamtkirchengemeinde in der Diözese Rottenburg-Stuttgart v. 23.10.2017 (KABl. S. 497).

⁵¹ Zu älteren Stiftungen *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.36.

⁵² Zu Einzelheiten *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.35.

organisiert ist. Insoweit ist im letztgenannten Fall bei Fehlen ausdrücklicher Zuordnungsregelungen im Stiftungsgeschäft noch weiter danach zu differenzieren, ob das zugewandte Vermögen aus einer öffentlich-rechtlichen oder einer privatrechtlichen Vermögenssphäre stammt und ob das Vermögen dem aufnehmenden Rechtsträger wie sein sonstiges Vermögen zur Seite gestellt werden soll oder ob er es wie jeder beliebige Dritte treuhänderisch für den ihm beigegebenen Zweck verwalten und einsetzen soll⁵³.

Von der Zuordnung einer kirchlichen Stiftung zum privaten oder öffentlichen Recht hängt entscheidend ab, wer die Regeln ihrer Existenz und ihres Wirkens bestimmen kann, wem also die dafür notwendige Regelungskompetenz zukommt. Das ist bei kirchlichen Stiftungen des bürgerlichen Rechts der staatliche Gesetzgeber, der sich für die in §§ 80 ff. BGB zu Zwecken der Rechtseinheit und Rechtssicherheit aufgestellten personenrechtlichen Normativbestimmungen auf die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG stützen kann. Dabei werden diese Normativbestimmungen wegen der bei der Stiftung rechtsformbedingt fehlenden internen Kontrollmechanismen traditionell durch landesgesetzliche Regelungen ergänzt, in denen insbesondere die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Stiftungsverwaltung konkretisiert sowie die Aufsichtsführung über diese Stiftungen ausgestaltet sind⁵⁴. Das haben die Kirchen, wenn sie von dieser durch das staatliche Recht bereitgestellten Rechtsform Gebrauch machen, hinzunehmen, wie umgekehrt auch die staatlichen Regelungen hinreichend Raum zur Berücksichtigung der bei kirchlichen Stiftungen bestehenden Bindungen an die Kirchen und der daraus resultierenden Besonderheiten ihrer Zweckerfüllung geben müssen.⁵⁵

Bei den kirchlichen Stiftungen des öffentlichen Rechts verhält es sich anders. Sie sind von der Rechtsform her keine Schöpfung des staatlichen Rechts. Sie wurzeln vielmehr in erster Linie im Organisationsrecht der Kirchen, die sich bei ihnen gerade nicht einer zur Teilnahme am weltlichen Rechtsverkehr bereitgestellten Rechtsform bedienen, sondern Gebrauch machen von der ihnen durch Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3, 5 WRV gewährleisteten öffentlich-rechtlichen Organisationsgewalt, um ihrem Organisationsgefüge eine nach ihrem

⁵³ Vgl. dazu auch *Harry Ebersbach*, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, 1972, S. 189 f.; *Axel Frhr. v. Campenhausen / Christoph Stumpf*, Stiftungen des öffentlichen Rechts (§ 13), in: Stiftungsrecht (o. Fn. 10), Rn. 21 f.

⁵⁴ Hierzu näher *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.27 ff.

⁵⁵ Vgl. BVerfGE 83, 341 (356); BGHZ 197, 61 (Rn. 26, 28).

Selbstverständnis zweckmäßige und effiziente Gestalt zu geben und sachgerechte Handlungsformen zur Erfüllung ihres Auftrags zu finden. Deshalb haben diejenigen Bundesländer, die die kirchlichen Stiftungen des öffentlichen Rechts mit inhaltlichen Regeln zu ihrer Entstehung, Verwaltung und Beaufsichtigung in ihre Stiftungsgesetze einbezogen haben, ihre kompetenziellen Grenzen überschritten und der Sache nach unzulässig kirchliches Organisationsrecht gesetzt, das in dieser Weite auch nicht mehr durch ein staatliches Interesse an einem rechtssicheren Auftreten dieser Stiftungen im weltlichen Rechtsverkehr gedeckt ist.⁵⁶

3. Zweckbestimmung

- 24 Nach ihrer Zweckbestimmung lassen sich die kirchlichen Stiftungen im Wesentlichen in drei Gruppen unterteilen. Entsprechend der Nennung in c. 114 § 2 CIC/1983 handelt es sich dabei zum einen um das Gebiet des kirchlichen Kultus, zu dem nicht nur Gottesdienst und Gemeindeleben einschließlich damit verbundener Unterhaltungs- und Baulasten an Kirche und kirchlichen Funktionsgebäuden, sondern auch die kirchliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung zählen.⁵⁷ Zum anderen geht es um die auf den Gebieten von Caritas/Diakonie sowie Apostolat/Mission tätigen kirchlichen Stiftungen, wobei sich die beiden Gebiete jedenfalls in ihren Randbereichen viel-

⁵⁶ Zum Ganzen *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.30 ff. m. w. N.

⁵⁷ Die auf diesem Gebiet in großer Zahl verbreitet anzutreffenden öffentlich-rechtlich verfassten ortskirchlichen Stiftungen, namentlich die etwa für Bau und Unterhaltung kirchlicher Gebäude und Liegenschaften bestimmten Kirchenstiftungen (Kirchenfabrik) oder die für die Pfarrbesoldung und -versorgung vorgesehenen Pfründestiftungen, haben im Laufe der Zeit zunehmend an eigenständiger Bedeutung verloren. Vor allem das Pfründevermögen wird heute, soweit es nicht sogar zu einer zentralen Masse zusammengezogen worden ist, vielfach zentral verwaltet. Noch weiter ist die Entwicklung im ev. Bereich bei den Kirchenstiftungen vorangeschritten, deren Vermögensmasse oftmals zu den Kirchengemeinden hinüber gewandert ist. Zum Ganzen näher *Michael Germann*, Pfründe, Ev., und *Felix Hammer*, Pfründe, Kath., in: LKStKR, Bd. 3, 2004, S. 237 f., 238 f.; *Wilhelm-Albrecht Achilles*, Kirchenstiftung, Ev., in: LKStKR, Bd. 2, 2002, S. 525 f.; *Richard Puza*, Die Verwaltung des Kirchenvermögens, in: Handbuch des katholischen Kirchenrechts, hg. von Stephan Haering/Wilhelm Rees/Heribert Schmitz, 3. Aufl. 2015, S. 1549 (1553 f.); *Hans-Peter Hübner*, Gemeinde und Kirchengemeinde (§ 10), in: HEKR, Rn. 46 f.; *Droege*, Vermögensverwaltungsrecht (o. Fn. 16), Rn. 11.

fach überschneiden⁵⁸. Namentlich im Bereich von Caritas und Diakonie sind viele der hier tätigen Einrichtungen als kirchliche Stiftungen organisiert; nicht selten haben sich sogar Holdingstrukturen mit der Ursprungsstiftung an der Spitze entwickelt⁵⁹.

II. Rechtsquellen

1. Regelungsinhalte

a) Staatliches Stiftungsrecht

Das staatliche Stiftungsrecht⁶⁰ gliedert sich in einen bürgerlich-rechtlichen und einen öffentlich-rechtlichen Teil, wobei der in §§ 80 ff. BGB mit Verweisen ins Vereinsrecht geregelte bürgerlich-rechtliche Teil nur die privatrechtlich organisierten Stiftungen betrifft. Anknüpfungspunkt für das jeweils anwendbare öffentliche Stiftungsrecht, das sich in den Stiftungsgesetzen (StiftG) der Länder findet, ist nach den Regeln des interlokalen Kollisionsrechts der Sitz der Stiftung⁶¹. In zeitlicher Hinsicht knüpfen die Stiftungsgesetze auch für die Bestimmung des Status einer kirchlichen Stiftung an den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an. Allerdings ändert sich selbst bei Fehlen von Übergangsvorschriften am Rechtscharakter einer kirchlichen Stiftung nichts, wenn sie es nach den bis dahin geltenden, ggf. unmittelbar dem Staatskirchenrecht zu entnehmenden Maßstäben bei Inkrafttreten des Stiftungsgesetzes schon war. Allenfalls hat sich – wie etwa auch § 21 Abs. 2 StiftG Nds. belegt – dadurch bisweilen ein durch die Stiftungsgesetzgebung nicht verschlossenes Bedürfnis ergeben, die jeweiligen Stiftungssatzungen konkretisierend

25

⁵⁸ Vgl. das Beispielsmaterial bei *Menges*, Kirchliche Stiftung (o. Fn. 46), S. 17 ff.; *Achilles*, Aufsicht (o. Fn. 10), S. 7 ff.

⁵⁹ Hierzu *Achilles*, Unternehmerische Betätigung von kirchlichen Stiftungen (o. Fn. 44), S. 76 f.

⁶⁰ Die bestehenden Stiftungsgesetze der Länder sind elektronisch wie folgt abrufbar: <<http://www.stiftungsgesetze.de>> oder <<https://www.stiftungen.org/stiftungen/basiswissen-stiftungen/stiftungsgruendung/landesstiftungsgesetze.html>>.

⁶¹ *Dominique Jakob*, Kollisionsrecht, in: *Landesstiftungsrecht*, hg. von Rainer Hüttemann / Andreas Richter / Birgit Weitemeyer, 2011, Rn. 6.6 ff. Bei einer Zuordnung nach kirchlichem Zuordnungsrecht gilt diese das Stiftungsrecht territorial prägende Sitzanknüpfung dagegen nicht, zumindest aber nicht derart zwingend; dazu *Hendrik Munsonius*, Zum landeskirchlichen Territorialitätsprinzip, in: *ZevKR* 57 (2012), S. 194 (199 f.).

auf etwaige geänderte stiftungsrechtliche Zuordnungsanforderungen hin anzupassen⁶².

- 26 Das öffentliche Stiftungsrecht der Bundesländer, das in allen Fällen die Stiftungen des bürgerlichen Rechts und damit die privatrechtlich organisierten kirchlichen Stiftungen erfasst, sich in einigen Bundesländern aber auch auf Stiftungen des öffentlichen Rechts einschließlich der in dieser Weise verfassten kirchlichen Stiftungen erstreckt⁶³, ist zumeist so aufgebaut, dass es neben Begriffsbestimmungen, behördlichen Organisationsfragen und Vorschriften zur Stiftungspublizität Regelungen zur Ausfüllung und Ergänzung insbesondere der §§ 80 f., 85 ff. BGB sowie zu den inhaltlichen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Vermögensverwaltung und deren Beaufsichtigung enthält. Dabei werden die nach bestimmten Merkmalen definierten kirchlichen Stiftungen – ausgenommen nur das Berliner Stiftungsgesetz⁶⁴ – als eine besondere und demgemäß besonders zu behandelnde Stiftungsform angesehen. Die Sonderregelungen betreffen nahezu durchgehend die (laufende) Stiftungsaufsicht, deren Führung – von einem Erfordernis staatlicher Mitwirkung bei bestimmten Grundlagengeschäften (Zweckänderung, Zusammenlegung und Aufhebung) abgesehen – bei den zuständigen kirchlichen Stellen nach deren eigenen Vorschriften angesiedelt wird, sowie teilweise auch die Bestimmungen über die Vermögensverwaltung, deren Regelung den Kirchen in diesem Fall ebenfalls überlassen wird. Beson-

⁶² Vgl. *Axel Frhr. v. Campenhausen*, Zur Zusammensetzung der Organe kirchlicher Stiftungen am Beispiel der Samariter Stiftung, Nürtingen, in: *Zwischen Markt und Staat*, Gedächtnisschrift für W. Rainer Walz, hg. von Helmut Kohl/Friedrich Kübler/Claus Ott, 2008, S. 115 (118 f.); *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.12 m. Fn. 45, 32.150. Dazu ferner *Meyer*, Abgrenzung (o. Fn. 12), S. 141 f. sowie eingehend *Gerhard Siegmund-Schultze*, Hospitalstiftungen zwischen Kirche und Staat im nachkonstitutionellen Stiftungsrecht, in: *Verantwortlichkeit und Freiheit. Die Verfassung als wertbestimmte Ordnung – Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag*, hg. von Hans Joachim Faller/Paul Kirchhof/Ernst Träger, 1989, S. 671 (686 ff.).

⁶³ §§ 1, 23 f. StiftG BW; Art. 1, 21 Abs. 1 StiftG Bay.; §§ 1 f., 20 StiftG Hesen; §§ 2 f., 12 StiftG RP. – Lediglich das sächsische und das sachsen-anhaltinische Stiftungsgesetz, die nach § 1 StiftG Sachsen, § 2 StiftG LSA auch für kirchliche Stiftungen des öffentlichen Rechts gelten, nehmen diesen Geltungsanspruch in § 20 Abs. 4 StiftG Sachsen, § 13 StiftG LSA sogleich wieder zurück und beschränken sich darauf, für diese Stiftungen auf eine Geltung der kirchlichen Vorschriften und der Kirchenverträge zu verweisen.

⁶⁴ Dazu vorstehend unter Rn. 10.

derheiten ergeben sich lediglich aus den Stiftungsgesetzen von Hamburg und von Schleswig-Holstein⁶⁵.

b) Kirchliches Stiftungsrecht

Sowohl die katholischen (Erz-)Diözesen als auch die evangelischen (Landes-)Kirchen haben mittlerweile in sehr weitgehendem Umfang eigenes (partikulares) Stiftungsrecht gesetzt. Dabei ist im katholischen Bereich zugleich eine Rechtsvereinheitlichung dahin erfolgt, dass für die in Bayern, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen gelegenen Kirchengebiete jeweils wortgleiche Stiftungsordnungen erlassen worden sind, so dass dem dortigen staatlichen Stiftungsrecht ein in sich homogenes kirchliches Stiftungsrecht gegenübersteht, an dessen Aufbau und Inhalt sich auch die Stiftungsordnungen weiterer Diözesen orientieren.

27

Inhaltlich sehen die katholischen Stiftungsordnungen (KathStiftO) teilweise eigene Begriffsbestimmungen zur kirchlichen Stiftung vor, teilweise knüpfen sie aber auch an die Begriffsbestimmungen des staatlichen Stiftungsrechts an. Davon ausgehend befassen sie sich neben einer Regelung der kirchlichen (Aufsichts-)Zuständigkeiten und der sachlichen und verfahrensmäßigen Voraussetzungen für die Vornahme von Grundlagengeschäften (Errichtung, Satzungsänderung, Zusammenschluss, Zulegung und Auflösung) eingehend mit den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Vermögensverwaltung und deren Beaufsichtigung einschließlich Rechnungslegung und Prüfung. Das Aufsichtsinstrumentarium deckt sich weitgehend mit demjenigen der staatlichen Stiftungsaufsicht (Informationsrecht, Genehmigungsvorbehalt, Beanstandung, Anordnung und Ersatzvornahme, Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern, Sachwalterbestellung, Geltendmachung von Ersatzansprüchen), wobei insbesondere die Genehmigungsvorbehalte teilweise sehr umfangreich ausgestaltet sind und jedenfalls bei größeren Stiftungen bis weit in das Tagesgeschäft hineinreichen können. In denjenigen (Erz-)Diözesen, in denen keine Stiftungsordnung existiert oder in denen die Stiftungsordnungen mit Blick auf den Regelungsbereich der staatlichen Stiftungsgesetze nur einen Teil der Stiftungen, insbesondere nur die privatrechtlich verfassten Stiftungen, erfassen, kommen die partikularrechtlichen Vorschriften über die kirchliche

28

⁶⁵ Vgl. dazu die bereits vorstehend unter Rn. 11 dargestellten kirchenvertragsrechtlichen Besonderheiten sowie nachstehend unter Rn. 36, 45.

Vermögensverwaltung oder, wenn auch diese nicht eingreifen, unmittelbar die im Codex Iuris Canonici enthaltenen Bestimmungen des Universalkirchenrechts zur Anwendung.⁶⁶

- 29 Die stiftungsrechtlichen Bestimmungen der evangelischen (Landes-)Kirchen, die teilweise nur für die kirchlichen Stiftungen des Privatrechts, teilweise aber auch für diejenigen des öffentlichen Rechts gelten und sich ganz überwiegend in kirchlichen Stiftungsgesetzen (EvStiftG), vereinzelt aber auch nur in kirchenverfassungsrechtlichen Kompetenzbestimmungen finden, orientieren sich abgesehen von der Regelung von Verfahrens- und Zuständigkeitsfragen vielfach an den parallelen Bestimmungen des staatlichen Stiftungsrechts mit den dort getroffenen Regelungen zur Vermögensverwaltung und zur Stiftungsaufsicht. Bisweilen werden diese sogar durch Verweisung für entsprechend anwendbar erklärt.

2. Quellenübersicht

- 30 Geordnet nach Bundesländern bieten die Rechtsquellen zur Regelung des (Sonder-)Rechts der kirchlichen Stiftungen folgendes Bild, wobei in nachfolgender Auflistung jeweils aufgeführt sind unter (1) das staatliche Stiftungsrecht, unter (2) das Stiftungsrecht der katholischen Kirche und unter (3) das Stiftungsrecht der evangelischen (Landes-)Kirchen⁶⁷:

a) Baden-Württemberg

- 31 (1) §§ 22–29 StiftG BW.
- (2) KathStiftO Freiburg vom 15.6.1988 (ABl. S. 365) i.V.m. der Kirchl. Vermögensverwaltungsordnung vom 23.6.1994 (ABl. S. 410), zuletzt geändert am 22.11.2001 (KABl. S. 154), und KathStiftO Rottenburg-Stuttgart vom 2.1.2012 (KABl. S. 3).
- (3) EvStiftG Baden vom 24.10.2002 (GVBl. 2003 S. 4), zuletzt geändert am 25.10.2018 (GVBl. 2019 S. 29) und VO über die Stiftungsaufsicht Württemberg vom 18.7.1979 (KABl. Bd. 48 S. 388), geändert am 20.11.1990 (KABl. 54 S. 300).

⁶⁶ Dazu vorstehend unter Rn. 13 ff.

⁶⁷ Vgl. zu Einzelheiten die zusammenfassende Darstellung bei *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.42–32.133.

b) Bayern

- (1) Art. 1 Abs. 4, Art. 2 Abs. 1, Art. 9, 21–24, 25 Abs. 3, 4 StiftG Bay. **32**
- (2) (Gleichlautende) KathStiftO der bayerischen (Erz-)Diözesen i. d. F.v. 1. 1. 2018 (ABl. Regensburg S. 55).
- (3) EvStiftG Bay. i. d. F.v. 8. 12. 2010 (KABl. 2011 S. 14), zuletzt geänd. am 30. 4. 2018 (KABl. S. 157), mit Ausführungsverordnung vom 15. 2. 2011 (KABl. S. 101), geänd. am 7. 5. 2018 (KABl. S. 161), sowie EvStiftG Ref. Kirche vom 23. 4. 2009 (GVBl. Bd. 19 S. 104).

c) Berlin

- (1) StiftG Berlin (ohne Regelungen zu kirchlichen Stiftungen, allerdings mit kirchenvertraglicher Verständigung)⁶⁸. **33**
- (2) §§ 19, 30 Kirchliches Vermögensverwaltungsgesetz im Erzbistum Berlin (KVVG Berlin) vom 1. 1. 2007 (GVBl. I S. 38) für dem Erzbistum Berlin zugehörige kirchliche Stiftungen des öffentlichen Rechts. Für kirchliche Stiftungen des Privatrechts besteht dagegen kein partikulares kirchliches Stiftungsrecht des Erzbistums Berlin; eine kirchliche Aufsichtsführung erfolgt nach Maßgabe der jeweiligen Stiftungssatzungen und des Universalkirchenrechts.
- (3) EvStiftG EKBO vom 5. 11. 2005 (KABl. S. 196), zuletzt geänd. am 25. 10. 2018 (KABl. S. 203).

d) Brandenburg

- (1) § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 3, § 5 Abs. 2, § 12 StiftG Bbg. **34**
- (2) §§ 19, 30 KVVG Berlin vom 1. 1. 2007 (GVBl. I S. 38) für dem Erzbistum Berlin zugehörige kirchliche Stiftungen des öffentlichen Rechts. Für kirchliche Stiftungen des Privatrechts besteht kein partikulares kirchliches Stiftungsrecht der (Erz-)Bistümer Berlin und Görlitz; eine kirchliche Aufsichtsführung erfolgt auf ihren Gebietsteilen jeweils nur nach Maßgabe der jeweiligen Stiftungssatzungen und des Universalkirchenrechts. Für Gebietsteile des

⁶⁸ Dazu vorstehend unter Rn. 10.

Bistums Magdeburg KathStiftO Magdeburg vom 29.8.2001 (KABl. S. 83).

- (3) EvStiftG EKBO vom 5.11.2005 (KABl. S. 196), zuletzt geänd. am 25.10.2018 (KABl. S. 203). Ferner in einigen Gebietsteilen EvStiftG EKM vom 20.3.2010 (ABl. S. 88), EvStiftG Sachsen vom 24.6.2010 (KABl. S. A 130) sowie EvStiftG Mecklenburg vom 18.11.2006 (KABl. S. 83) und EvStiftG Pommern vom 14.11.1993 (ABl. 1994 S. 27), geänd. 10.10.2004 (ABl. S. 69); beide jeweils i.V.m. Teil 1 § 62 Abs. 1 Einführungsgesetz zur KVerf. der Nordkirche vom 7.1.2012 (KABl. S. 30).

e) Bremen

- 35** (1) §§ 16, 18 Abs. 3 StiftG Bremen.
 (2) (Gleichlautende) KathStiftO der Diözesen Hildesheim und Osnabrück (Nds. MBl. 2008 S. 6) in deren jeweiligen Gebietsteilen.
 (3) EvStiftG Bremen vom 13.3.1991 (GVM 1991 Nr. 2 Z. 1).

f) Hamburg

- 36** (1) § 2 Abs. 3, § 5 Abs. 1 S. 3, § 7 Abs. 3 StiftG Hmb.
 (2) Für kirchliche Stiftungen besteht kein partikulares kirchliches Stiftungsrecht des Erzbistums Hamburg; die der Kirche nach Maßgabe von Art. 12 Abs. 3, 4 KathKV Hmb. überlassene Führung der Stiftungsaufsicht erfolgt nach Maßgabe der jeweiligen Stiftungssatzungen und des Universalkirchenrechts.⁶⁹
 (3) Die Nordkirche macht für das Gebiet der früheren nordelbischen Kirche von ihrer Möglichkeit, eine eigene förmliche Stiftungsaufsicht zu führen, keinen Gebrauch, sondern beschränkt sich auf eine Wahrnehmung der im staatlichen Stiftungsgesetz vorgesehenen kirchlichen Mitwirkungsbefugnisse. Sie hat lediglich auf der Grundlage von Art. 3 EvKV Hmb. eine Klärung des ihr zugeordneten Bestandes an kirchlichen Stiftungen herbeigeführt.⁷⁰

⁶⁹ Dazu vorstehend unter Rn. 11.

⁷⁰ Dazu wiederum vorstehend unter Rn. 11.

g) Hessen

- (1) §§ 20, 23 Abs. 1 Nr. 3 StiftG Hessen. 37
- (2) KathStiftO der Diözese Limburg vom 14.8.2008 (ABl. S. 89) i.V.m. der Durchführungsvorschrift v. 24.3.2011 (ABl. S. 67) und der Diözese Mainz vom 2.12.1997 (KABl. S. 95, berichtigt KABl. 1998 S. 4), geänd. am 19.1.2000 (KABl. S. 19) in deren jeweiligen Gebietsteilen. Im Gebietsteil des Bistums Fulda finden gem. § 34 Abs. 2 Kirchenvermögensverwaltungsgesetz vom 20.4.1979 (KV-VG Fulda, Hess. Staatsanzeiger 1979 S. 1450), zuletzt geändert am 23.9.2014 (Hess. Staatsanzeiger 2014 S. 971) einige Bestimmungen dieses Gesetzes, insbesondere zur kirchlichen Aufsichtsführung, auch auf Einrichtungen Anwendung, die als kirchliche Stiftung organisiert sind. Im hessischen Gebiet der Erzdiözese Paderborn existiert kein partikularrechtliches Stiftungsrecht; hier kommen die Bestimmungen des Universalkirchenrechts sowie die kanonisierten Bestimmungen des preußischen Vermögensverwaltungsrechts als partikulares Vermögensverwaltungsrecht zur Anwendung.
- (3) EvStiftG Hessen und Nassau vom 23.4.2005 (ABl. S. 162) und EvStiftG Kurhessen-Waldeck vom 28.4.2007 (KABl. S. 108 = ABl. EKD S. 203).

h) Mecklenburg-Vorpommern

- (1) § 3 S. 4, § 11 StiftG MV. 38
- (2) §§ 19, 30 KVVG Berlin vom 1.1.2007 (GVBl. I S. 38) für dem Erzbistum Berlin zugehörige kirchliche Stiftungen des öffentlichen Rechts. Ansonsten besteht in den jeweiligen Gebietsteilen kein partikulares kirchliches Stiftungsrecht der Erzbistümer Berlin und Hamburg; eine kirchliche Aufsichtsführung erfolgt nur nach Maßgabe der jeweiligen Stiftungssatzungen und des Universalkirchenrechts.
- (3) EvStiftG Mecklenburg vom 18.11.2006 (KABl. S. 83) und EvStiftG Pommern vom 14.11.1993 (ABl. 1994 S. 27), geänd. 10.10.2004 (ABl. S. 69); beide jeweils i.V.m. Teil 1 § 62 Abs. 1 Einführungsgesetz zur KVerf. der Nordkirche vom 7.1.2012 (KABl. S. 30).

i) Niedersachsen

- 39** (1) § 20 StiftG Nds.
- (2) (Gleichlautende) Kirchliche Stiftungsordnungen der Diözesen Hildesheim und Osnabrück (Nds. MBl. 2008 S. 6) sowie des Bistums Münster (Offizialat Vechta) vom 20.12.2014 (KABl. Münster 2015 S. 67) in deren jeweiligen Gebietsteilen (KathStiftO Nds.).
- (3) EvStiftG Hannover vom 18.12.1973 (KABl. 1974 S. 20), zuletzt geänd. am 18.12.2002 (KABl. 2003 S. 3), EvStiftG Oldenburg vom 21.11.2009 (GVBl. XXVII S. 6), geänd. am 10.6.2017 (GVBl. XXVIII S. 46), und EvStiftG Ref. Kirche vom 23.4.2009 (GVBl. Bd. 19 S. 104). In der Ev.-luth. Landeskirche in Braunschweig und der Ev.-Luth. Landeskirche Schaumburg-Lippe existieren über Kompetenzzuweisungen hinaus keine eigenständigen stiftungsrechtlichen Regelungen; insoweit wird – wie für Braunschweig sogar eigens durch Richtlinie des Landeskirchenamts vom 27.11.2007 klargestellt (LKABl. 2008 S. 17) – eine Stiftungsaufsicht nach Maßgabe der Bestimmungen des StiftG Nds. geführt.

j) Nordrhein-Westfalen

- 40** (1) §§ 13 f. StiftG NRW.
- (2) (Gleichlautende) Stiftungsordnungen für den nordrhein-westfälischen Anteil des Erzbistums Köln vom 5.4.2011, für den nordrhein-westfälischen Anteil des Erzbistums Paderborn vom 19.4.2010, für das Bistum Aachen vom 11.5.2011, für das Bistum Essen vom 22.8.2011, für den nordrhein-westfälischen Teil des Bistums Münster vom 12.4.2011 (GVBl. NRW 2012 S. 112) in deren jeweiligen Gebietsteilen (KathStiftO NRW).
- (3) EvStiftG EKIR i.d.F.v. 14.1.2011 (KABl. S. 170), zuletzt geänd. am 15.1.2016 (KABl. S. 84), EvStiftG Westfalen vom 15.11.2007 (KABl. S. 417), zuletzt geänd. am 19.11.2015 (KABl. 2016 S. 55, 493) und EvStiftG Lippe i.d.F.v. 4.6.1996 (GVBl. Bd. 11 S. 103), zuletzt geänd. am 16.6.2015 (GVBl. Bd. 16 S. 11).

k) Rheinland-Pfalz

- (1) § 3 Abs. 6, § 5 Abs. 1, §§ 12, 13 Abs. 2 StiftG RP. 41
- (2) KathStiftO der Diözese Limburg vom 14.8.2008 (ABl. S. 89) i.V.m. der Durchführungsvorschrift v. 24.3.2011 (ABl. S. 67) und der Diözese Mainz vom 2.12.1997 (KABl. S. 95, berichtigt KABl. 1998 S. 4), geänd. am 19.1.2000 (KABl. S. 19) und Trier vom 19.10.2011 (KABl. v. 1.11.2011 Art.-Nr. 528) in deren jeweiligen Gebietsteilen. Im Bistum Speyer wird eine kirchliche Stiftungsaufsicht gem. §§ 32 ff. des Kirchenvermögensverwaltungsgesetzes (KVVG) i. d. F. v. 16.2.2015 (OVb Speyer 4/2015 S. 422) nach Maßgabe der in § 32 Abs. 2 KVVG näher bezeichneten Bestimmungen dieses Gesetzes geführt. Im rheinland-pfälzischen Gebiet der Erzdiözese Köln existiert kein partikularrechtliches Stiftungsrecht, so dass hier die Bestimmungen des Universalkirchenrechts sowie die kanonisierten Bestimmungen des preußischen Vermögensverwaltungsrechts als partikulares Vermögensverwaltungsrecht zur Anwendung kommen.
- (3) EvStiftG EKIR i. d. F. v. 14.1.2011 (KABl. S. 170), zuletzt geänd. am 15.1.2016 (KABl. S. 84), und EvStiftG Hessen und Nassau vom 23.4.2005 (ABl. S. 162). In der Protestantischen Landeskirche der Pfalz existiert abgesehen von einer Kompetenzbestimmung (§ 98 Abs. 2 Nr. 5 KVerf. Pfalz, § 76 des Gesetzes über die Ordnung des Haushalts- und Vermögensrechts in der Evangelischen Kirche der Pfalz [HVO Pfalz] vom 30.11.1978 [ABl. 1979 S. 41 und 163], zuletzt geänd. am 21.11.2015 [ABl. 2015 S. 146]) kein eigens gesetztes Stiftungsrecht; auf die rechtsfähigen kirchlichen Stiftungen sind dabei vorbehaltlich entgegenstehender gesetzlicher oder satzungsmäßiger Regelungen die Bestimmungen der Ordnung des kirchlichen Haushalts- und Vermögensrechts nach Maßgabe der in §§ 22, 76 HVO getroffenen Regelungen sinngemäß anzuwenden.

l) Saarland

- (1) § 19 StiftG Saarl. 42
- (2) KathStiftO der Diözese Trier vom 19.10.2011 (KABl. Nr. 528) in deren Gebietsteil. Auf dem Gebiet des Bistums Speyer wird eine kirchliche Stiftungsaufsicht gem. §§ 32 ff. des Kirchenvermögens-

verwaltungsgesetzes (KVVG) i.d.F.v. 16.2.2015 (OVb Speyer 4/2015 S. 422) nach Maßgabe der in § 32 Abs. 2 KVVG näher bezeichneten Bestimmungen dieses Gesetzes geführt.

- (3) EvStiftG EKIR i.d.F.v. 14.1.2011 (KABl. S. 170), zuletzt geändert am 15.1.2016 (KABl. S. 84). Zur Rechtslage in der Pfälzischen Landeskirche vgl. die Übersicht für Rheinland-Pfalz.⁷¹

m) Sachsen

- 43** (1) §§ 1, 11 Nr. 2, § 14 StiftG Sachsen.
- (2) In den Bistümern Dresden-Meißen und Görlitz existiert kein partikulares kirchliches Stiftungsrecht; eine kirchliche Aufsichtsführung erfolgt nach Maßgabe der jeweiligen Stiftungssatzungen und des Universalkirchenrechts. Für Gebietsteile des Bistums Magdeburg kommt die KathStiftO Magdeburg vom 29.8.2001 (KABl. S. 83) zur Anwendung.
- (3) EvStiftG Sachsen vom 24.6.2010 (KABl. S. A 130) sowie in einigen Gebietsteilen des Landes EvStiftG EKBO vom 5.11.2005 (KABl. S. 196), zuletzt geändert am 25.10.2018 (KABl. S. 203), und EvStiftG EKM vom 20.3.2010 (ABl. S. 88).

n) Sachsen-Anhalt

- 44** (1) § 3 Abs. 2, § 10 Abs. 1 Satz 1, §§ 12 f. StiftG LSA.
- (2) KathStiftO Magdeburg vom 29.8.2001 (KABl. S. 83). Für die Gebietsteile des Bistums Dresden-Meißen existiert kein partikulares kirchliches Stiftungsrecht; eine kirchliche Aufsichtsführung erfolgt nach Maßgabe der jeweiligen Stiftungssatzungen und des Universalkirchenrechts.
- (3) EvStiftG EKM vom 20.3.2010 (ABl. S. 88), EvStiftG Anhalt i.d.F.v. 19.11.2013 (KABl. 2014 Nr. 1 S. 2) sowie in einigen Gebietsteilen EvStiftG Sachsen vom 24.6.2010 (KABl. S. A 133), EvStiftG EKBO vom 5.11.2005 (KABl. S. 196), zuletzt geändert am 25.10.2018 (KABl. S. 203), und das Recht der Ev.-luth. Landeskirche in Braunschweig, dessen Landeskirchenamt dabei eine

⁷¹ Dazu vorstehend Rn. 41.

Stiftungsaufsicht nach Maßgabe von §§ 10 ff. StiftG Nds. führt (vgl. Richtlinie des Landeskirchenamts vom 27.11.2007, LKABl. 2008 S. 17).

o) Schleswig-Holstein

- (1) § 7 Abs. 1 Nr. 2, § 18 StiftG SH. 45
- (2) Für kirchliche Stiftungen besteht kein partikulares kirchliches Stiftungsrecht des Erzbistums Hamburg; die der Kirche im Rahmen von Art. 12 Abs. 3 KathKV SH überlassene Führung der Stiftungsaufsicht erfolgt nach Maßgabe der jeweiligen Stiftungssatzungen und des Universalkirchenrechts.⁷²
- (3) Die Nordkirche macht für das Gebiet der früheren nordelbischen Kirche von ihrer Möglichkeit, eine eigene förmliche Stiftungsaufsicht zu führen, keinen Gebrauch, sondern beschränkt sich auf eine Wahrnehmung der im staatlichen Stiftungsgesetz vorgesehenen kirchlichen Mitwirkungsbefugnisse, deren Ausübung gem. Art. 105 Abs. 2 Nr. 5 KVerf. Nordkirche dem Landeskirchenamt obliegt.

p) Thüringen

- (1) § 3 Abs. 6, § 16 StiftG Thür. 46
- (2) KathStiftO Erfurt vom 30.3.1996 (KABl. Nr. 5/1996 S. 2). Zur Rechtslage in den Gebietsteilen der Diözesen Fulda und Dresden vgl. die Übersichten für Hessen⁷³ bzw. Sachsen⁷⁴.
- (3) EvStiftG EKM vom 20.3.2010 (ABl. S. 88) sowie in einigen Gebietsteilen EvStiftG Sachsen vom 24.6.2010 (KABl. S. A 130) und EvStiftG Kurhessen-Waldeck vom 28.4.2007 (KABl. S. 108 = ABl. EKD S. 203).

⁷² Dazu auch vorstehend unter Rn. 12.

⁷³ Dazu vorstehend unter Rn. 37.

⁷⁴ Dazu vorstehend unter Rn. 43.

3. Sonstige Religionsgemeinschaften

- 47** Bis auf das Berliner Stiftungsrecht enthalten die Stiftungsgesetze der Länder durchweg Gleichstellungsklauseln, nach denen die Bestimmungen über kirchliche Stiftungen auf die Stiftungen der Religionsgemeinschaften mit öffentlich-rechtlichem Körperschaftsstatus entsprechende Anwendung finden.⁷⁵ Soweit überhaupt vorhanden, ist ein für eigene Stiftungen zur Anwendung kommendes Recht der sonstigen Religionsgemeinschaften bislang jedoch kaum erschlossen.⁷⁶ An veröffentlichten Rechtsquellen findet sich insoweit nur eine Kirchliche Stiftungsaufsichtsordnung der Evangelisch-methodistischen Kirche in Deutschland (VLO EmK, Ausgabe 2017, S. 279, unter VI. 420), die zur Durchführung der von ihr wahrgenommenen Stiftungsaufsicht auf das gängige Stiftungsaufsichtsinstrumentarium (Informationsrecht, Genehmigungsvorbehalt, Beanstandung, Anordnung und Ersatzvornahme, Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern, Sachwalterbestellung, Geltendmachung von Ersatzansprüchen) zurückgreift.

III. Begriff der kirchlichen Stiftung

1. Bedeutung der Begriffsbildung

- 48** Der kirchliche Charakter von Stiftungen ist in der Vergangenheit immer wieder Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten vor staatlichen Gerichten gewesen.⁷⁷ Hierbei ist es u. a. darum gegangen, ob und inwieweit die religionsverfassungsrechtlichen Vorgaben dem einfachen Gesetzgeber die Maßstäbe für seine im Stiftungsrecht gewählten Begriffsmerkmale vorgegeben haben⁷⁸. Das dahinterstehende und auch in stiftungsrechtlicher Hinsicht als für den Bestand des kirchlichen Stiftungswesens grundsätzlich empfundene Zuordnungsproblem ist in Wirklichkeit aber weniger bedeutsam, als es auf den ersten Blick scheint, wenn man sich den Zweck der stiftungsrechtlichen Begriffs-

⁷⁵ Nachweise bei *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.39. – Auf diese Gleichstellungsklauseln nimmt im Übrigen auch § 80 Abs. 3 S. 2 BGB Bezug.

⁷⁶ Näher dazu *Schulte*, Kirchliches Stiftungsrecht (o. Fn. 33), Teil D, Rn. 219 ff.

⁷⁷ Instruktiv die Fallbeispiele bei *Meyer*, Abgrenzung (o. Fn. 12), S. 24 ff.

⁷⁸ Zum Meinungsstand *Meyer*, Abgrenzung (o. Fn. 12), S. 167 ff.

bildung verdeutlicht und davon ausgehend zwischen einem durch Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3, Art. 138 Abs. 2 WRV vorgegebenen religionsverfassungsrechtlichen Begriff der kirchlichen Stiftung, der außerhalb des Zugriffsbereichs des einfachen (Stiftungsrechts-) Gesetzgebers liegt, und einer auf den Bereich des Stiftungsrechts beschränkten Begriffsbildung unterscheidet.

Der Begriff der kirchlichen Stiftung wird von den staatlichen Stiftungsgesetzgebern nur dort definiert, wo sie bereit sind, kirchliche Stiftungen als eine besondere Art von Stiftung zu behandeln, um hieran anknüpfend ihre Zugehörigkeit zum Bereich kirchlicher Selbstordnung und Selbstverwaltung (Art. 137 Abs. 3, Art. 138 Abs. 2 WRV) auch stiftungsrechtlich in besonderer Weise zu berücksichtigen. Denn es liegt auf der Hand, dass sich Reibungspunkte ergeben können, wenn eine staatliche und eine kirchliche Stiftungsaufsicht nebeneinander nach Maßstäben agieren, die nicht völlig deckungsgleich sind, weil etwa bei Beurteilung einer Stiftungszweckerfüllung über die Wahrung der kirchlichen Zweckbindung des Vermögens und deren Einfügung in das kirchliche Ganze nur die Kirchen selbst, nicht aber der weltanschaulich neutrale Staat eine sachgerechte Einschätzung abgeben können, oder weil auch sonst die Grundsätze zur ordnungsgemäßen Vermögensverwaltung differieren. Zudem begegnet die staatliche Stiftungsaufsicht einer Stiftung in strikter Grundrechtsbindung und gesteht ihrem Handeln darüber möglicherweise eine andere Autonomie zu, als die Kirchen ihr mit Blick auf die Erfüllung des „einen“ und deshalb durch immanente Pluralitätsgrenzen gekennzeichneten kirchlichen Verkündigungs- oder Sendungsauftrags und die dabei u. U. notwendige Ausrichtung am kirchlichen Ganzen zuzugestehen bereit sind.

Es geht bei den stiftungsrechtlichen Begriffsbildungen deshalb nicht notwendig um die abschließende Umschreibung des Stiftungsbestandes, der den Kirchen nach religionsverfassungsrechtlichen Maßstäben zuzuordnen ist und demgemäß in den Schutz der daraus folgenden Gewährleistungen einbezogen ist. Denn über diesen Bestand mit normativer Verbindlichkeit zu verfügen, kommt dem einfachen Stiftungsgesetzgeber bereits kompetenzrechtlich nicht zu. Mit dem stiftungsrechtlichen Begriff der kirchlichen Stiftungen sind vielmehr Abgrenzungskriterien zur Bestimmung des Kreises derjenigen Stiftungen aufgestellt worden, für die die betreffenden Bundesländer namentlich bei den Maßstäben einer Stiftungsverwaltung und/oder den Anforderungen an eine laufende Aufsichtsführung bereit sind, ihre Regelungs- und Beaufsichtigungsinteressen zurückzunehmen,

wenn und soweit die Kirchen als nach ihrer öffentlich-rechtlichen Struktur ähnliche Rechtsträger ihrerseits bereit sind, sonst zu befürchtende Regelungs- und Beaufsichtigungslücken nach eigenen Standards effektiv auszufüllen.⁷⁹ Von daher sind die stiftungsrechtlichen Begriffsbildungen Ausgangspunkt und Teil einer weit gefassten Berücksichtigungsklausel für kirchliche Stiftungen, durch die die staatlichen Stiftungsgesetzgeber einem stiftungsrechtlichen Eigenverständnis wie auch Eigeninteresse der Kirchen an einer sachgerechten Aufgabenerfüllung der ihnen zugeordneten Stiftungen nicht zuletzt deshalb Raum gegeben haben, weil sie ihre Belange an einer Wahrung der im Interesse von Einheit und Sicherheit des weltlichen Rechtsverkehrs i. S. eines für alle geltenden Gesetzes für jedermann vorgegebenen stiftungsrechtlichen Strukturprinzipien⁸⁰ bereits durch die kirchlichen Rechtsordnungen und die hier bestehende Stiftungspraxis als hinreichend gewahrt sehen⁸¹.

- 51 Auch wenn die Stiftungsgesetzgeber der Länder ihre Begriffsbildungen an den religionsverfassungsrechtlichen Zuordnungsmerkmalen auszurichten versucht haben⁸², so dass diesen bei Auslegungsfragen eine gewisse Vorbildfunktion zukommt, ist es bei der geschilderten Ausgangslage rechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Stiftungsgesetzgeber der Länder gleichwohl davon abgewichen, insbesondere vereinzelt dahinter zurückgeblieben sind oder – wie in Berlin – den Besonderheiten kirchlicher Stiftungen überhaupt keine Beachtung geschenkt und dementsprechend kein Bedürfnis für eine eigene Definition kirchlicher Stiftungen gesehen haben. Denn eine Schmälerung des den Kirchen religionsverfassungsrechtlich zugeordneten Stiftungsbestandes geht damit nicht einher. Ebenso wenig enthält § 80 Abs. 3 S. 1 BGB bestimmte Vorgaben. Zwar ist der Bundesgesetzgeber hierbei unübersehbar von einem staatskirchenrechtlich geprägten Leitbild der kirchlichen Stiftung ausgegangen und hat dies bei Fehlen einer landesgesetzlichen Regelung für die Stiftungsanerkennung und ein dabei bestehendes kirchliches Mitwirkungserfordernis als unmittelbar maßgeblich ansehen wollen; auf insoweit bestehende landesrechtliche Regelungen hat er jedoch keinen inhalt-

⁷⁹ Wilhelm-Albrecht Achilles, Zur Aufsicht über kirchliche Stiftungen, in: ZevKR 33 (1988), S. 184 (195); ders., Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.134.

⁸⁰ Zu diesen nachstehend unter Rn. 64; ferner dazu Achilles, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.153 ff.

⁸¹ Vgl. BVerfGE 83, 341 (356); BGHZ 197, 61 (Rn. 26, 28).

⁸² Vgl. Bremische Bürgerschaft, Drs. 12/405, S. 12; Hmb. Bürgerschaft, Drs. 18/1513, S. 6; Hessen LT-Drs. 16/7362, S. 8; NRW LT-Drs. 13/5987, S. 17 f.

lichen Einfluss nehmen, sondern nur eine Berücksichtigung des kirchlichen Mitwirkungserfordernisses als weitere materiell-rechtliche Voraussetzung für eine Entstehung kirchlicher Stiftungen klarstellen wollen⁸³.

Allerdings kann bei einem Auseinanderfallen von religionsverfassungsrechtlicher und stiftungsrechtlicher Begriffsbildung im Falle einer parallelen staatlichen und kirchlichen Aufsichtsführung eine nicht immer einfache Gemengelage bei Anwendung des weltlichen Stiftungsrechts entstehen. Denn die staatliche Stiftungsaufsicht muss es etwa hinnehmen, dass die Kirchen ungeachtet einer im staatlichen Recht nur eingeschränkten oder – wie in Berlin – sogar fehlenden stiftungsgesetzlichen Berücksichtigung ihrer Interessen über ihren Stiftungsbestand eine eigenständige Aufsicht führen, die weiter gehen kann als die staatliche Aufsicht und dabei im Gegensatz zur staatlichen Stiftungsaufsicht auch nicht zu weltanschaulicher Neutralität bei Beurteilung einer sachgerechten Stiftungszweckerfüllung verpflichtet ist. Darüber hinaus hat die staatliche Stiftungsaufsicht die Aufsichtsakte einer kirchlichen Stiftungsaufsicht und die damit einhergehenden Einschätzungen grundsätzlich als für die beaufsichtigten Stiftungen bindend und deshalb zugleich als im weltlichen Bereich beachtlich hinzunehmen, es sei denn, diese Akte lassen sich auch unter Berücksichtigung des den Kirchen verbürgten Selbstbestimmungsrechts nicht mehr mit den für alle geltenden Strukturprinzipien des weltlichen Stiftungsrechts vereinbaren⁸⁴.

52

2. Einzelmerkmale

a) Kirchliche Zweckbestimmung

Die staatlichen Stiftungsgesetze umschreiben die für kirchliche Stiftungen essentielle Ausrichtung auf eine Teilhabe an der Erfüllung des kirchlichen Auftrags fast durchgängig dahin, dass die Stiftung zumindest überwiegend⁸⁵ den Zwecken oder Aufgaben einer be-

53

⁸³ Vgl. BT-Drs. 14/8765, S. 9.

⁸⁴ Vgl. BGHZ 197, 61 (Rn. 26). Zum Ganzen ferner *Achilles*, Zur Aufsicht über kirchliche Stiftungen (o. Fn. 79), S. 195 f.; *ders.*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.135.

⁸⁵ Zu dieser Verhältnisbestimmung VG Karlsruhe, in: ZStV 2017, S. 18 (21); *Schulte*, Kirchliches Stiftungsrecht (o. Fn. 33), Rn. 55; *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.138. Vgl. ferner Nds. OVG, B. v. 16.12.2010 – 8 ME 276/10, juris, Rn. 32.

stimmten Kirche gewidmet oder zu dienen bestimmt sein muss⁸⁶. Vereinzelt wird dies auch als selbstverständlich vorausgesetzt, wenn eine Stiftung von der Kirche oder einer ihrer Untergliederungen errichtet oder als kirchliche anerkannt ist⁸⁷. Die Frage, was unter kirchlichen Zwecken zu verstehen ist, insbesondere ob dies staatlicher Definitionsmacht unterliegt oder ob es dabei auf das kirchliche Selbstverständnis zu den ihr gestellten Aufgaben ankommt, haben die staatlichen Stiftungsgesetzgeber im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁸⁸ nahezu einhellig im Sinne einer verweisenden Inbezugnahme des kirchlichen Selbstverständnisses beantwortet⁸⁹, das sich – wie in § 5 Abs. 1, 2 des Zuordnungsgesetzes der EKD⁹⁰ beispielhaft erläutert – auch auf die Art der Sichtbarmachung dieses Bezuges erstreckt⁹¹. Zweifel über ein hinreichendes Sichtbarwerden des Kirchlichkeitsbezuges sind durch Auslegung des jeweiligen Stiftungsgeschäfts anhand der maßgeblichen Gesamtumstände zu klären.⁹²

b) Kirchliche Anerkennung

- 54** Das auf Teilhabe an der Erfüllung des kirchlichen Auftrags gerichtete Angebot der Stiftung müssen die Kirchen allerdings annehmen. Demgemäß verlangen die Stiftungsgesetze durchgängig, dass die betreffende Kirche die an sie herangetragene Stiftung ausdrücklich oder durch einen sonst nach ihrem Organisationsrecht genügenden

⁸⁶ Art. 21 Abs. 1 StiftG Bay.; § 22 Nr. 1 StiftG BW; § 2 Abs. 1 StiftG Bbg.; § 16 Abs. 1 StiftG Bremen; § 20 Abs. 1 StiftG Hessen; § 11 Abs. 1 StiftG MV; § 20 Abs. 1 StiftG Nds.; § 13 Abs. 1 StiftG NRW; § 3 Abs. 6 S. 1 StiftG RP; § 19 Abs. 1 StiftG Saarl.; § 14 Abs. 1 Nr. 1 StiftG Sachsen; § 3 Abs. 2 Nr. 1 StiftG LSA; § 18 Abs. 1 StiftG SH; § 3 Abs. 6 Nr. 1 StiftG Thür.

⁸⁷ § 2 Abs. 3 S. 1 StiftG Hmb.

⁸⁸ Beginnend mit BVerfGE 24, 236 (245 ff.).

⁸⁹ BW LT-Drs. 7/510, S. 45; Bay. LT-Drs. 13/2616, S. 8; Bremische Bürgerschaft, Drs. 12/405, S. 12; Hmb. Bürgerschaft, Drs. 18/1513, S. 6; Hessen LT-Drs. 16/7362, S. 8; Nds. LT-Drs. 6/200, S. 16; NRW LT-Drs. 13/5987, S. 17; RP LT-Drs. 14/3129, S. 17; SH LT-Drs. 7/169, S. 17; Thür. LT-Drs. 4/3949, S. 41. – Zum Ganzen auch Meyer, Abgrenzung (o. Fn. 12), S. 154 ff.

⁹⁰ Zur Fundstelle vgl. o. Fn. 15.

⁹¹ Zur Sichtbarmachung dieses Bezuges ferner Kästner / Couzinet, Rechtsstatus (o. Fn. 21), S. 33 f.

⁹² Dazu VG Karlsruhe, in: ZStV 2017, S. 18 (20 f.).

Rechtsakt als ihr zugehörig anerkennt.⁹³ Dieses Erfordernis liegt darin begründet, dass das kirchliche Selbstbestimmungsrecht notwendig das Recht der Kirchen einschließt zu entscheiden, wer ihrem Ordnungsbereich angehören soll und wer nicht⁹⁴. Von welchen Kriterien die Kirchen dabei ausgehen wollen, haben sie autonom nach eigenem Selbstverständnis zu entscheiden⁹⁵. Allerdings ist Voraussetzung für die weltliche Wirksamkeit einer solchen Anerkennungsentscheidung, dass hiermit nach dem Willen des Stifters eine im Stiftungszweck und dessen Erfüllung angelegte Ausrichtung auf die betreffende Kirche korrespondiert. Denn die Kirche darf ihrem Bereich keine Stiftung zuordnen, der ihrerseits die entsprechende Zuordnungsentscheidung des Stifters fehlt⁹⁶.

c) Organisatorische Zuordnung

Die stiftungsgesetzlichen Zuordnungsanforderungen gehen in den unterschiedlichsten Kombinationen dahin, dass die Stiftung

55

- von der Kirche/einer kirchlichen Untergliederung errichtet ist⁹⁷ oder
- mit der Kirche/einer kirchlichen Untergliederung organisatorisch verbunden ist⁹⁸ oder
- (satzungsgemäß) kirchlicher Aufsicht untersteht⁹⁹ oder

⁹³ § 24 StiftG BW; Art. 22 Abs. 2 StiftG Bay.; § 5 Abs. 2 StiftG Bbg.; § 16 Abs. 2 Nr. 1 StiftG Bremen; § 2 Abs. 3 S. 1 StiftG Hmb.; § 20 Abs. 2 StiftG Hessen; § 11 Abs. 1 S. 2 StiftG MV; § 20 Abs. 1 S. 2 StiftG Nds.; § 13 Abs. 1 StiftG NRW; § 3 Abs. 6 S. 1 StiftG RP; § 19 Abs. 3 StiftG Saarl.; § 14 Abs. 2 StiftG Sachsen; § 12 Abs. 1 StiftG LSA; § 18 Abs. 2 StiftG SH; § 16 Abs. 1 StiftG Thür.

⁹⁴ Allg. Auffassung, vgl. nur *v. Campenhausen*, Zusammensetzung (o. Fn. 62), S. 121.

⁹⁵ *v. Campenhausen*, Zusammensetzung (o. Fn. 62), S. 122 ff.

⁹⁶ *Kästner/Couzinet*, Rechtsstatus (o. Fn. 21), S. 19, 24 f., 27; *Siegmund-Schultze*, Hospitalstiftungen (o. Fn. 62), S. 698; *Achilles*, Aufsicht (o. Fn. 10), S. 147 f.; vgl. ferner BGHZ 197, 61 (Rn. 34).

⁹⁷ § 16 Abs. 1 Nr. 1 StiftG Bremen; § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StiftG Nds.; § 19 Abs. 1 Nr. 1 StiftG Saarl.; § 14 Abs. 1 Nr. 2 StiftG Sachsen; § 3 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a StiftG LSA; § 3 Abs. 6 Nr. 2 StiftG Thür.

⁹⁸ § 16 Abs. 1 Nr. 2 StiftG Bremen; § 20 Abs. 1 StiftG Hessen; § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StiftG MV; § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StiftG Nds.; § 19 Abs. 1 Nr. 2 StiftG Saarl.; § 14 Abs. 1 Nr. 2 StiftG Sachsen; § 3 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b StiftG LSA; § 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StiftG SH; § 3 Abs. 6 Nr. 2 StiftG Thür.

- ihren Zweck nur sinnvoll in Verbindung mit einer Kirche / kirchlichen Untergliederung erfüllen kann¹⁰⁰.

56 Ausnahmen bilden Hamburg, das sich grundsätzlich mit einer kirchlicherseits ausgesprochenen Anerkennung der Stiftung als kirchliche begnügt¹⁰¹, und Rheinland-Pfalz, das eine Errichtung oder Anerkennung der Stiftung als kirchliche Stiftung genügen lässt¹⁰².

57 Das Erfordernis der organisatorischen Zuordnung einer Stiftung zur Kirche dient der Abgrenzung von Stiftungen mit lediglich religiös motivierter Zweckrichtung, welche außerhalb der Kirche stehen und im Einzelfall sogar durch staatliche oder kommunale Stellen verwaltet werden können, und solchen, die nach Stifterwillen und Stiftungsgeschäft in einer organisatorisch verfestigten Beziehung zur Kirche stehen und dadurch an deren Verkündigungs- oder Sendungsauftrag teilhaben¹⁰³. Allerdings sind gerade bei Altstiftungen nicht selten derartige am Stiftungsgeschäft anknüpfende Zuordnungskriterien verwischt. Selbst wenn im Einzelfall die Errichtungsgrundlagen noch greifbar sind, kommt man nicht umhin, diese aus ihren zeitgeschichtlichen Zusammenhängen heraus zu erschließen. Das verbietet es zugleich, von vorneherein mit Zuordnungskriterien zu arbeiten oder Zuordnungsmaßstäbe anzulegen, wie sie sich erst in neuerer Zeit im Staatskirchenrecht wie auch im kirchlichen Recht durch intensive Beschäftigung mit diesem Fragenkreis herausgebildet haben, die ein Stifter nach seinem zeitgenössischen Verständnis so aber kaum vorhersehen konnte. Er wollte die von ihm errichtete Stiftung im Zweifel vielmehr so in das Glaubens- und Verkündigungsge-

⁹⁹ Art. 21 Abs. 1 StiftG Bay.; § 22 Nr. 1 StiftG BW; § 16 Abs. 1 Nr. 3 StiftG Bremen; § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StiftG MV; § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StiftG Nds.; § 13 Abs. 1 StiftG NRW; § 14 Abs. 1 Nr. 3 StiftG Sachsen; § 3 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. d StiftG LSA; § 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StiftG SH; § 3 Abs. 6 Nr. 2 StiftG Thür.

¹⁰⁰ § 22 Nr. 2 StiftG BW; § 16 Abs. 1 Nr. 4 StiftG Bremen; § 20 Abs. 1 StiftG Hessen; § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StiftG MV; § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StiftG Nds.; § 19 Abs. 1 Nr. 2 StiftG Saarl.; § 23 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c StiftG LSA; § 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StiftG SH; § 3 Abs. 6 Nr. 2 StiftG Thür.

¹⁰¹ § 2 Abs. 3 StiftG Hmb. – Zur diesbezüglichen Kirchenvertragslage mit der Nordkirche *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.70, sowie vorstehend unter Rn. 11.

¹⁰² § 3 Abs. 6 S. 1 StiftG RP.

¹⁰³ v. *Campenhausen / Stumpf*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 10), § 14, Rn. 24; *Schulte*, Kirchliches Stiftungsrecht (o. Fn. 33), Teil D, Rn. 58; *Meyer*, Abgrenzung (o. Fn. 12), S. 157. Dazu auch VG Karlsruhe, in: ZStV 2017, S. 18 (20 f.).

schehen seiner Kirche einbinden, wie es dem seinerzeit Üblichen entsprach.

Dementsprechend führt eine – ggf. ergänzende – Auslegung dieses nur in seiner zeitgeschichtlichen Dimension fassbaren Stifterwillens regelmäßig zu dem Ergebnis, dass sich eine im Laufe der Zeit erreichte Nähebeziehung der Stiftung zur verfassten Kirche als folgerichtige Weiterentwicklung der damals noch bestehenden Parallelstrukturen auf dem Gebiet christlicher Liebestätigkeit darstellt. Denn eine solche Nähebeziehung war keineswegs vorgegeben, sondern hat sich erst allmählich als Antwort auf die in einem heutigen Sinne eher zuordnungsfeindlichen Gegebenheiten in den Beziehungen von Staat und Kirche bei der Organisation von Caritas und Diakonie herausgebildet und entspricht mittlerweile zumeist dem, was der überzeugungsmäßig häufig näher zur christlichen Heilsbotschaft als die damalige Kirche selbst stehende Stifter hergestellt hätte, wenn ihm – vor allem im Bereich der evangelischen Kirchen – ein entsprechender kirchenorganisatorischer Resonanzboden zur Verfügung gestanden hätte¹⁰⁴. Die in neuerer Zeit erfolgten und auf eine Sichtbarmachung der organisatorischen Zusammengehörigkeit zur Kirche gerichteten Anpassungen in den Satzungen kirchlicher Stiftungen haben deshalb auch in zulässiger Weise nur darauf abgezielt, einem in der Stiftung angelegten, konfessionell ausgerichteten karitativen Stifterwillen zu folgen, um darüber einem durch die neueren staatlichen Stiftungsgesetze veranlassten Klarstellungsbedarf genügen zu können¹⁰⁵, der – wie etwa die Zuordnungsrichtlinie und das Zuordnungsgesetz der EKD¹⁰⁶ zeigen – den Kirchen inzwischen auch für weitere Regelungsbereiche bewusst geworden ist.

Bei Fassung der heutigen stiftungsgesetzlichen Zuordnungskriterien haben die Landesgesetzgeber vielfach an die staatskirchenrechtlichen Zuordnungsanforderungen angeknüpft¹⁰⁷, wie sie vom Bundesverfassungsgericht mit dem seinerseits verweisend aus den Anforde-

¹⁰⁴ *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.12 m. w. N. Vgl. dazu auch *Meyer*, Abgrenzung (o. Fn. 12), S. 164 ff., wo zutreffend darauf hingewiesen wird, dass sich der bayerische Stiftungsgesetzgeber vor diesem Hintergrund mit Art. 25 Abs. 4 StiftG Bay. in seinem Beurteilungsmaßstab vergriffen hat. Dagegen verkennt VG Gießen, U. v. 19.8.2010 – 8 K 168/09, juris, Rn. 31 f. diese Zusammenhänge weitgehend.

¹⁰⁵ Eingehend dazu *v. Campenhausen*, Zusammensetzung (o. Fn. 62), S. 116 ff.

¹⁰⁶ Zu den Fundstellen vorstehend Fn. 14 f.

¹⁰⁷ Bremische Bürgerschaft, Drs. 12/405, S. 12; Hessen LT-Drs. 16/7362, S. 8; NRW LT-Drs. 13/5987, S. 17 f.

rungen des Kirchenrechts¹⁰⁸ entwickelten Terminus der organisatorischen Verbindung herausgearbeitet worden sind¹⁰⁹. Diese organisatorische Verbindung, die besonders augenfällig in einer Beteiligung der Kirche an der Stiftungserrichtung, in einer förmlichen kirchlichen Aufsichtsführung über die Stiftung oder in einem Angewiesensein der Stiftung auf die Kirche bei der Stiftungszweckerfüllung hervortritt, so dass diese Fallgestaltungen einen regelmäßig schon für sich allein aussagekräftigen Unterfall der organisatorischen Verbindung darstellen¹¹⁰, kann allerdings auf verschiedene Weise zum Ausdruck kommen. Das gilt namentlich für verfestigte personelle oder verbandsmäßige Verknüpfungen zur Kirche oder ihren Untergliederungen, für bestimmte kirchliche Einflussrechte auf die Tätigkeit der Stiftung oder die Besetzung ihrer Organe oder für die Herkunft des Stiftungsvermögens und seine damit einhergehenden Bindungen.¹¹¹

60 Allerdings ist es den Landesgesetzgebern unbenommen, eine vom staatskirchenrechtlichen Status zu scheidende stiftungsrechtliche Sonderstellung kirchlicher Stiftungen jedenfalls bei den Anforderungen an Art und Ausmaß einer organisatorischen Verbindung abweichend zu fassen und den stiftungsrechtlichen Status einer kirchlichen Stiftung etwa davon abhängig zu machen, dass die betreffende Kirche bereit und in der Lage ist, eine Aufsichtsführung zu gewährleisten, die nach ihrer Intensität und Effektivität einer staatlichen Stiftungsaufsicht (mindestens) gleichwertig ist und diese (erst) dadurch überflüssig macht¹¹². Da es sich bei der Führung einer laufenden Stiftungsaufsicht – anders als bei den in §§ 80 ff. BGB durch Bundesrecht zwingend vorausgesetzten aufsichtsbehördlichen Ver-

¹⁰⁸ Cc. 1489, 1491 ff. CIC/1917.

¹⁰⁹ BVerfGE 46, 73 (84 ff.); ferner BVerfGE 53, 366 (394 ff.); 57, 220 (242 f.); 70, 138 (162 ff.).

¹¹⁰ *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.146.

¹¹¹ Dazu näher die in § 4 Abs. 2, 5 der Zuordnungsrichtlinie EKD oder § 6 des Zuordnungsgesetzes der EKD (o. Fn. 14 f.) beispielhaft aufgelisteten Merkmale für das nach kirchlichem Selbstverständnis anzunehmende Bestehen einer auf Kontinuität und/oder institutioneller Verklammerung beruhenden zureichenden organisatorischen Verbindung. Zu den in Betracht kommenden stiftungsrechtlichen Zuordnungskriterien ausführlich *Kästner / Couzinet*, Rechtsstatus (o. Fn. 21), S. 36 ff., sowie *Achilles*, Aufsicht (o. Fn. 10), S. 153 ff. Aus der Rechtsprechung zuletzt etwa Nds. OVG, B. v. 16.12.2010 – 8 ME 276/10, juris, Rn. 33 ff. betr. die Stiftung Johannes a Lasco Bibliothek Große Kirche Emden; VGH BW, U. v. 8.5.2009 – 1 S 2859/06, juris, Rn. 57 betr. die Stiftung Liebenau oder – mit negativem Ergebnis – VG Gießen, U. v. 9.8.2010 – 8 K 4293/09, juris, Rn. 32 ff. betr. die Stiftung Oberhessisches Diakoniezentrum, Johann-Friedrich-Stift, Laubach.

¹¹² Dazu vorstehend unter Rn. 48 ff.

richtungen im Rahmen der Errichtung, Zweckänderung und Aufhebung einer Stiftung – weder hinsichtlich des Ob noch des Wie um ein rechtsformprägendes Strukturmerkmal der Stiftung handelt¹¹³, können die Landesgesetzgeber den für die landesgesetzlichen Regelungsgegenstände maßgeblichen Begriff der kirchlichen Stiftung enger, aber umgekehrt auch weiter fassen und sich mit geringeren Anforderungen an eine organisatorische Verbindung begnügen, wenn sie – wie dies insbesondere bei Familienstiftungen geschehen ist – der Auffassung sind, dass für eine laufende Aufsicht über kirchliche Stiftungen kein oder nur ein herabgesetztes staatliches Bedürfnis besteht. Dementsprechend ist es stiftungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn – wie in Rheinland-Pfalz – die Begriffsbestimmung der kirchlichen Stiftungen nur daran anknüpft, dass sie neben einer Wahrnehmung kirchlicher Aufgaben von der betreffenden Kirche, deren sachgerechte Einschätzung als selbstverständlich vorausgesetzt wird, als kirchliche Stiftung anerkannt worden sind¹¹⁴. Der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum wäre erst dort überschritten, wo eine Begriffsbestimmung es zulassen würde, dass eine Stiftung gegen ihren Willen in den Zuordnungsbereich der Kirche einbezogen würde¹¹⁵.

Auch eine unter Beteiligung mehrerer kirchlicher Träger gleicher oder verschiedener Konfession errichtete Stiftung kann eine kirchliche Stiftung im Sinne der stiftungsrechtlichen Begriffsbestimmungen sein. Allerdings ist in diesem Fall eine deutliche organisatorische Zuordnung zu einer der beteiligten Kirchen erforderlich, damit zugleich die aufsichtsrechtliche Zuordnung der Stiftung klar ist. Das schließt aber rotierende Modelle nicht aus, wenn dabei eine jederzeit klare aufsichtsrechtliche Zuordnung der Stiftung zu einer der beteiligten Kirchen besteht¹¹⁶.

61

d) Statusfeststellung

Zur Klärung des streitig gewordenen kirchlichen Status einer Stiftung sehen einige Stiftungsgesetze die Möglichkeit einer statusfest-

62

¹¹³ *Wilhelm-Albrecht Achilles*, Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Stiftungsaufsicht und Haftung der aufsichtsführenden Rechtsträger, in: *Religiöse Stiftungen in Deutschland*, hg. von Rainer Walz, 2006, S. 145 m. w. N.

¹¹⁴ § 3 Abs. 6 S. 1, § 12 Abs. 1 StiftG RP; dazu RP LT-Drs. 14/3129, S. 17, 31.

¹¹⁵ *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.146.

¹¹⁶ *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.149.

stellenden Entscheidung der staatlichen Stiftungsbehörde vor, gegen die der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet ist¹¹⁷. § 16 Abs. 3 S. 2 StiftG LSA und § 18 Abs. 3 StiftG Thür. legen einer solchen Entscheidung sogar Bindungswirkung dahin bei, dass künftig alle Behörden und Gerichte die festgestellte Rechtsnatur der Stiftung im Sinne einer Tatbestandswirkung hinzunehmen haben.¹¹⁸

- 63** Gegen die Zulässigkeit eines solchen Feststellungsverfahrens und seine verfahrensrechtliche Ausgestaltung, bei der – mit Ausnahme von Bremen – die Beteiligung der Kirchen auf ein schlichtes Anhörungsrecht reduziert ist, bestehen vor allem staatskirchenrechtliche Bedenken¹¹⁹. Aber bereits kompetenzrechtlich können die Landesstiftungsgesetze kaum über ihren Regelungsbereich hinausgreifen und – wie in Sachsen-Anhalt und Thüringen geschehen – die einseitige Befugnis zu einer in jedweder, etwa auch staatskirchenrechtlicher oder bürgerlich-rechtlicher Hinsicht verbindlichen Statusfeststellung beanspruchen.

IV. Stiftungserrichtung und Stiftungsverfassung

1. Stiftungen des bürgerlichen Rechts

- 64** Hinsichtlich der Stiftungen des Privatrechts haben die staatlichen Stiftungsgesetzgeber auf Bundes- und Landesebene mit dem Stiftungsrecht in erster Linie ein Organisationsrecht geschaffen, um in Stiftungsform verselbständigten Rechtseinheiten die geordnete Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr zu ermöglichen. Angesichts eines damit einhergehenden Interesses nach Herstellung und Wahrung von Rechtseinheit, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit bestehen eine Reihe organisatorischer Vorgaben, die sich in bestimmten stiftungsrechtlichen Strukturprinzipien niederschlagen. Dabei handelt es sich insbesondere um die

¹¹⁷ § 29 Abs. 2 StiftG BW; Art. 25 Abs. 2 StiftG Bay.; § 12 StiftG Bbg.; § 18 Abs. 3 StiftG Bremen; § 22 StiftG Hessen; § 13 Abs. 2 StiftG RP; § 15 Abs. 3 StiftG Sachsen; § 16 Abs. 2 StiftG LSA.

¹¹⁸ Vgl. LSA LT-Drs. 5/2651, S. 52; Thür. LT-Drs. 4/3949, S. 45 f.

¹¹⁹ *Menges*, Kirchliche Stiftung (o. Fn. 46), S. 93 f.; *Meyer*, Abgrenzung (o. Fn. 12), S. 219; *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.151 f.

- (fortdauernde) Maßgeblichkeit des Stifterwillens, wie er in Gründungsakt und Stiftungsverfassung seinen Ausdruck gefunden hat¹²⁰,
- Verpflichtung zur ungeschmälerten und abgesonderten Erhaltung des Stiftungsvermögensstammes¹²¹,
- Pflicht zur zweckentsprechenden Verwendung der Vermögenserträge¹²².

Diese rechtsformimmanenten Vorgaben müssen auch die Kirchen als ein für alle geltendes Gesetz im Sinne von Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV hinnehmen, wenn sie von der jedermann offenstehenden Organisationsform der Stiftung des bürgerlichen Rechts nach §§ 80 ff. BGB Gebrauch machen. In gleicher Weise gelten die in diesen Bestimmungen getroffenen Regelungen zur Stiftungsentstehung durch staatlichen Anerkennungsakt, zum Stiftungsgeschäft mit der darin enthaltenen Stiftungssatzung und zu der zur Vermögensausstattung notwendigen Übertragungspflicht des Stifters auch für kirchliche Stiftungen, die nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts errichtet werden, und zwar unabhängig davon, ob eine Privatperson oder die Kirche bzw. eine ihrer Untergliederungen als Stifter auftritt¹²³.

Damit eine Stiftung als kirchliche errichtet werden kann, bedarf sie zusätzlich der parallelen Anerkennung durch die Kirche, der sie künftig zugeordnet sein soll. Diese wegen ihrer engen Verknüpfung mit dem Stiftungszweck an sich sogar zu den materiell-rechtlichen Errichtungsvoraussetzungen gehörende Frage hat der Bundesgesetzgeber jedoch nicht selbst geregelt. Er hat sich vielmehr in § 80 Abs. 3 BGB auf den Hinweis beschränkt, dass die Vorschriften der Landesgesetze über kirchliche und ihnen gleichgestellte Stiftungen unberührt bleiben. Diese enthalten mit Ausnahme des Berliner Stiftungsgesetzes, wo das gleiche Ergebnis unmittelbar aus Art. 140 GG,

¹²⁰ Vgl. dazu BVerwG, in: NJW 1991, S. 713; BGHZ 99, 344 (347 f.); BGH, in: WM 1976, S. 869 (871 f.).

¹²¹ Neuerdings aber nach Maßgabe des § 80 Abs. 2 S. 2 BGB zur Disposition des Stifters gestellt.

¹²² Zum Ganzen *Achilles*, Zur Aufsicht über kirchliche Stiftungen (o. Fn. 79), S. 192.

¹²³ Vgl. BGHZ 197, 61 (Rn. 23 m. w. N.).

Art. 137 Abs. 3 WRV folgt¹²⁴, durchgängig Bestimmungen zur Umsetzung des kirchlichen Zustimmungserfordernisses¹²⁵.

2. Stiftungen des öffentlichen Rechts

- 67** Die Stiftungsgesetze der Länder Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen beziehen die rechtsfähigen Stiftungen des öffentlichen Rechts in ihre Regelungen mit ein. Mit Ausnahme von Sachsen-Anhalt und Sachsen, die sich auf die Aussage beschränkt haben, dass für kirchliche Stiftungen des öffentlichen Rechts die kirchlichen Vorschriften und die Staatskirchenverträge gelten¹²⁶, enthalten die übrigen Stiftungsgesetze für diese Stiftungen auch Regelungen zum Errichtungsverfahren und/oder zu inhaltlichen Errichtungsanforderungen¹²⁷. Das begegnet schon deshalb Bedenken, weil die Stiftungserrichtung in diesen Fällen nicht durch Gebrauchmachen von einer vom staatlichen Recht bereitgestellten Organisationsform, sondern originär durch einen (inner-)kirchlichen, an eigenen Organisationsanforderungen ausgerichteten Organisationsakt erfolgt¹²⁸.
- 68** Um diesen Organisationsakt in der weltlichen Rechtsordnung wirksam werden zu lassen und dort (ebenfalls) Rechtsfähigkeit zu erzeugen, fordern die Stiftungsgesetze zwar in zulässiger Weise¹²⁹ eine staatlicherseits ausgesprochene Anerkennung/Genehmigung des Errichtungsaktes bzw. eine Verleihung der öffentlich-rechtlichen Rechtsfähigkeit. Allerdings steht die Genehmigungserteilung weder im Ermessen der staatlichen Stiftungsbehörde noch sind vorbehaltlich kirchenvertraglicher Zugeständnisse Strukturvorgaben zulässig, die hinsichtlich Greifbarkeit, Beständigkeit und Leistungsfähigkeit

¹²⁴ BT-Drs. 14/8765, S. 9.

¹²⁵ Zu den Einzelheiten *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.158 f.

¹²⁶ § 13 S. 2 StiftG LSA; § 14 Abs. 4 StiftG Sachsen.

¹²⁷ *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.161.

¹²⁸ Vgl. BGHZ 197, 61 (Rn. 22 m. w. N.).

¹²⁹ Vgl. *Axel Frhr. v. Campenhausen*, Grenzprobleme staatlicher und kirchlicher Organisationsgewalt, in: ZevKR 14 (1968/69), 278 (282 ff.); *Pirson*, Juristische Personen des kirchlichen Rechts (o. Fn. 39), S. 14 f.

über das für eine geordnete Teilnahme am weltlichen Rechtsverkehr notwendige Maß hinausgehen¹³⁰.

V. Änderungen der Stiftungsverfassung und Stiftungsaufhebung

Mit der in § 80 BGB geregelten Anerkennung einer Stiftung werden ihre organisationsrechtlichen Grundlagen festgestellt. Diese ergeben sich aus dem Stiftungsgeschäft und der darin gem. § 81 Abs. 1 S. 2 BGB notwendig enthaltenen Stiftungssatzung, welche fortan zusammen mit den einschlägigen stiftungsrechtlichen Regelungen die in § 85 BGB angesprochene Stiftungsverfassung bildet¹³¹. Diese ist allerdings nicht unabänderlich. Sie lässt in sachgerechter Fortführung der dem Stifter bei Stiftungserrichtung zukommenden Autonomie auch notwendige Anpassungen an veränderte Verhältnisse zu. Das wiederum erfordert ein auf die geänderten Verhältnisse zugeschnittenes Zuendedenken des erklärten oder mutmaßlichen Stifterwillens, wobei die Kompetenz für diese Form authentischer Interpretation des Stifterwillens vorrangig den dazu berufenen Stiftungsorganen zusteht¹³².

69

1. Zweckänderung und Aufhebung

Satzungsänderungen berühren in mehr oder weniger intensiver Form die Grundlagen der bisherigen Stiftungsverfassung. Das gilt erst recht, wenn eine bloße Satzungsänderung nicht mehr ausreicht, um den geänderten Verhältnissen gerecht zu werden, sondern wenn die Frage einer Zusammenlegung mit anderen Stiftungen, einer Zu-
legung zu einer anderen Stiftung oder gar einer Stiftungsauf-
lösung im Raum steht. § 87 BGB geht deshalb wegen des von einer Zweck-
änderung oder erst recht einer Aufhebung ausgehenden Eingriffs in
den Stiftungsbestand sowie der dadurch nahe gelegten Überprüfung

70

¹³⁰ Eingehend dazu *Achilles*, Zur Aufsicht über kirchliche Stiftungen (o. Fn. 79), S. 197 ff.; vgl. ferner etwa BGHZ 197, 61 (Rn. 28 m.w.N.). – Unbedenklich deshalb allenfalls die in § 25 Abs. 2 StiftG BW, § 20 Abs. 3 StiftG Hessen für überkommene ortskirchliche Stiftungen, Pfründestiftungen oder reine Kultusstiftungen in herabgesetzter Form vorgesehenen Anforderungen in Bezug auf Errichtung und Errichtungsprozedere.

¹³¹ *Rainer Hüttemann / Peter Rawert*, in: Staudinger (o. Fn. 49), § 85, Rn. 4.

¹³² BGHZ 99, 344 (348, 351).

und Neubewertung der ursprünglichen Stiftungsanerkennung ganz selbstverständlich von einer Beurteilungs- und Eingriffszuständigkeit der Stiftungsbehörde aus. Dementsprechend ist auch bei kirchlichen Stiftungen eine (nochmalige) Beteiligung der staatlichen Stiftungsbehörde in der Form vorgesehen, dass sie für den Ausspruch einer Stiftungsaufhebung zuständig bleibt und bei anderen Maßnahmen (Zu- und Zusammenlegungen sowie Zweckänderungen) zumindest ihre Zustimmung erteilen muss¹³³.

- 71 Abgesehen von Berlin, dessen Stiftungsrecht die Kirchen sowie ihre Aufsichts- und Mitwirkungsrechte ignoriert und im Schlussprotokoll zu Art. 10 Abs. 2 S. 2 EvKV Berlin lediglich ein Äußerungsrecht vorsieht, erklären die Stiftungsgesetze der übrigen Bundesländer ihre für diese Fallgestaltungen getroffenen Regelungen, die neben dem in § 87 BGB behandelten aufsichtsbehördlichen Eingriff zugleich die von den Stiftungsorganen ausgehenden satzungsändernden Umgestaltungen betreffen¹³⁴, zwar auch auf kirchliche Stiftungen für anwendbar, sehen aber umfangreiche Beteiligungsrechte der Kirchen vor. Kommt der staatlichen Stiftungsaufsicht eine eigene Eingriffsbefugnis zu oder bedarf eine Maßnahme der Stiftungsorgane der Genehmigung oder Zustimmung durch die staatliche Stiftungsaufsicht, ist dies fast überall an die Herstellung eines Einvernehmens mit der betreffenden Kirche gebunden¹³⁵. Verweigert die Kirche in diesen Fällen ihr stiftungsgesetzlich vorgesehenes Einvernehmen, hat die betreffende Maßnahme zu unterbleiben bzw. ist eine dafür beantrag-

¹³³ § 26 StiftG BW; Art. 22 Abs. 2 StiftG Bay.; § 10 S. 4 StiftG Bbg.; § 16 Abs. 2 Nr. 4 StiftG Bremen; § 7 Abs. 3 StiftG Hmb.; § 20 Abs. 3 S. 3 StiftG Hessen; § 11 Abs. 2 StiftG MV; § 20 Abs. 2 S. 1 u. 4 StiftG Nds.; § 14 Abs. 6 StiftG NRW; § 12 Abs. 2 StiftG RP; § 14 Abs. 3 StiftG Sachsen; § 18 Abs. 2 StiftG SH; § 16 Abs. 2 S. 3, Abs. 4 StiftG Thür. – Zur Unzulässigkeit von Zweckumwandlungen kirchlicher Stiftungen des Privatrechts allein durch die kirchliche Stiftungsaufsicht *Axel Frhr. v. Campenhausen / Hendrik Munsonius*, „Wagnitz-Cuny-Stipendium“ in Zerbst, in: Göttinger Gutachten III, 2009, S. 232 (251 ff.).

¹³⁴ §§ 14, 21, 23 StiftG BW; Art. 8 StiftG Bay.; § 10 StiftG Bbg.; §§ 8 f. StiftG Bremen; § 7 StiftG Hmb.; § 9 StiftG Hessen; §§ 2, 9 StiftG MV; § 8 StiftG Nds.; § 5 StiftG NRW; § 8 StiftG RP; §§ 7 f. StiftG Saarl.; §§ 9 f. StiftG Sachsen; § 9 StiftG LSA; § 6 StiftG SH; §§ 9, 11 StiftG Thür.

¹³⁵ § 26 Abs. 1 StiftG BW; Art. 22 Abs. 2 StiftG Bay.; § 16 Abs. 2 Nr. 4 StiftG Bremen; § 7 Abs. 3 StiftG Hmb.; § 20 Abs. 2 StiftG Hessen; § 11 Abs. 2 StiftG MV; § 20 Abs. 2 StiftG Nds.; § 14 Abs. 5 S. 4, Abs. 6 StiftG NRW; § 19 Abs. 3 StiftG Saarl.; § 14 Abs. 2 u. 3 StiftG Sachsen; § 12 Abs. 1 StiftG LSA; § 18 Abs. 2 StiftG SH; § 16 Abs. 2 S. 3 StiftG Thür. – Noch weiter gehend sogar § 12 Abs. 2 StiftG RP sowie für (bestimmte) öffentlich-rechtliche Stiftungen § 26 Abs. 1 S. 1 StiftG BW, Art. 22 Abs. 3 S. 3 StiftG Bay.; § 20 Abs. 3 S. 3 StiftG Hessen; § 16 Abs. 4 StiftG Thür.

te Genehmigung zu versagen.¹³⁶ Ist die Herstellung des Einvernehmens dagegen im Stiftungsgesetz nicht oder nur eingeschränkt geregelt worden¹³⁷, ist zu unterscheiden:

Geht es unterhalb der Schwelle einer nach § 87 Abs. 1 BGB möglichen hoheitlichen Stiftungsauflösung um Grundlagengeschäfte, die für die Aufgabenerfüllung im kirchlichen Funktionsganzen oder die organisatorische Zuordnung der Stiftung zur Kirche Bedeutung haben können, ist – gleich von wem diese Änderungen ausgehen – eine Zustimmung der betroffenen Kirche unerlässlich, da in diesem Fall auch die ursprüngliche Anerkennung der Stiftung und damit deren kirchliche Zugehörigkeit wieder zur Disposition steht. Anders kann es im Falle einer sonst nicht mehr zu beseitigenden Unmöglichkeit der Stiftungszweckerfüllung bei einer durch die staatliche Stiftungsaufsicht als ultima ratio in Aussicht genommenen Stiftungsaufhebung gem. § 87 BGB aussehen. Allerdings ist auch in diesem Fall der betroffenen Kirche wegen des damit verbundenen organisationsrechtlichen Eingriffs in den durch Art. 137 Abs. 3, Art. 138 Abs. 2 WRV geschützten Selbstordnungs- und Vermögensbereich zumindest Gelegenheit zur Beurteilung einer weiteren Stiftungszweckerfüllung und deren (Un-)Möglichkeit sowie zur Einbringung ihrer Bewertung in den Entscheidungsprozess zu geben. Soweit es hierbei in erster Linie um inhaltliche Fragen der fortbestehenden Möglichkeit einer Stiftungszweckerfüllung geht, wird ein kirchlicherseits geäußertes Selbstverständnis angesichts der mit diesen Fragen zumeist untrennbar verbundenen religiösen und/oder kirchenorganisatorischen Beurteilungsdimension die staatliche Stiftungsaufsicht in aller Regel binden. Dagegen kann bei Fragen, die schwerpunktmäßig die fortdauernde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Stiftung und davon ausgehende Gefährdungen für die Sicherheit des weltlichen Rechtsverkehrs betreffen, ein staatlicher Beurteilungsspielraum weiter gezogen sein, zumal das verbleibende Stiftungsvermögen den Kirchen in diesem Fall auch wieder für eine vergleichbare Zweckverwendung zufiele¹³⁸.

72

¹³⁶ Eine einseitige Durchsetzungsmöglichkeit der staatlichen Stiftungsaufsicht besteht bei einem stiftungsgesetzlich festgelegten Einvernehmenserfordernis nicht; etwaige Differenzen zwischen der staatlichen und der kirchlichen Stiftungsaufsicht sind in diesen Fällen vielmehr auf dem zumeist kirchenvertraglich in Freundschaftsklauseln geregelten Weg beizulegen.

¹³⁷ § 5 StiftG Berlin.

¹³⁸ Zum Vermögensanfall bei Auflösung einer kirchlichen Stiftung *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.192.

2. Einfache Satzungsänderungen

- 73** Bis auf eine Ausnahme¹³⁹ binden die staatlichen Stiftungsgesetze bei kirchlichen Stiftungen die betroffenen Kirchen in die Genehmigung von einfachen Satzungsänderungen, welche die ursprüngliche Gestaltung der Stiftung nicht wesentlich verändern, in irgendeiner Form ein. Einige Stiftungsgesetze sehen dafür die Herstellung eines Einvernehmens mit der jeweiligen Kirche vor.¹⁴⁰ Die Mehrzahl der Länder siedelt die Genehmigungskompetenz sogar ganz bei der kirchlichen Stiftungsaufsicht an¹⁴¹, übernimmt eine mit Zustimmung der Kirche beschlossene Satzungsänderung ohne weitere Sachprüfung¹⁴² oder stellt den Kirchen anheim, für eine im staatlichen Recht nicht genehmigungspflichtige Änderung nach eigenem Gutdünken zu verfahren¹⁴³.

VI. Stiftungsverwaltung

- 74** Die Stiftungsgesetze der Länder enthalten überwiegend Bestimmungen zum Stiftungsvermögen und dessen Verwaltung.¹⁴⁴ Teilweise sind kirchliche Stiftungen hiervon aber ausgenommen, sofern die Kirchen eigene Vorschriften erlassen haben¹⁴⁵, was vereinzelt auch als selbstverständlich vorausgesetzt wird¹⁴⁶. Auch dort, wo die im staatlichen Stiftungsrecht enthaltenen Bestimmungen zum Stiftungsver-

¹³⁹ § 5 Abs. 1 StiftG Berlin.

¹⁴⁰ § 7 Abs. 3 S. 1 StiftG Hmb.; § 19 Abs. 3 StiftG Saarl.; § 18 Abs. 2 StiftG SH; § 16 Abs. 2 S. 3 StiftG Thür. (privatrechtliche Stiftungen).

¹⁴¹ Art. 22 Abs. 3 S. 3 StiftG Bay.; § 4 Abs. 3, § 10 S. 4 StiftG Bbg.; § 16 Abs. 2 Nr. 4 StiftG Bremen; § 20 Abs. 4 StiftG Hessen; §§ 9, 11 Abs. 3 StiftG MV; § 20 Abs. 2 S. 4 StiftG Nds.; § 14 Abs. 3 StiftG Sachsen.

¹⁴² § 12 Abs. 2 StiftG RP; § 16 Abs. 4 StiftG Thür. (öffentlich-rechtliche Stiftungen).

¹⁴³ Vgl. § 14 Abs. 6 S. 1 StiftG NRW. – Zu den Besonderheiten bei einer (satzungsändernden) Sitzverlegung eingehend *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.170 f.

¹⁴⁴ §§ 7, 19 S. 1 StiftG BW; Art. 6 f. StiftG Bay.; § 3 StiftG Berlin; §§ 6 f. StiftG Bremen; § 4 StiftG Hmb.; §§ 5 f. StiftG Hessen; § 6 StiftG Nds.; §§ 4 f. StiftG NRW; §§ 7, 10 Abs. 2 StiftG RP; §§ 5 f. StiftG Saarl.; § 4 StiftG Sachsen; § 7 StiftG LSA; § 4 StiftG SH; §§ 8, 13 Abs. 2 StiftG Thür. – Keine Regelungen finden sich im StiftG Bbg. und im StiftG MV.

¹⁴⁵ § 25 Abs. 1 StiftG BW; § 16 Abs. 2 Nr. 3 StiftG Bremen; § 20 Abs. 2 S. 2 StiftG Nds.

¹⁴⁶ Art. 23 Abs. 1 S. 2 StiftG Bay.

mögen und zur Stiftungsverwaltung auf kirchliche Stiftungen anwendbar sein sollen oder keine eigenen kirchlichen Vorschriften existieren, wird den Kirchen bisweilen noch das Recht zugestanden, von einzelnen Anforderungen Ausnahmen zuzulassen¹⁴⁷. Wo solche Berücksichtigungs- oder Ausnahmeklauseln nicht bestehen, beanspruchen die Stiftungsgesetze für ihre Regelungen zur Stiftungsverwaltung aber auch Geltung gegenüber kirchlichen Stiftungen, und zwar einschließlich der von ihnen erfassten Stiftungen des öffentlichen Rechts¹⁴⁸.

Die Kirchen haben ihrerseits in ihren Stiftungsgesetzen/-ordnungen bzw. in ihrem sonst auf kirchliche Stiftungen anwendbaren (partikularen) Vermögensverwaltungsrecht zumeist vergleichbare, in den Standards nicht selten sogar noch strengere Regeln zum Stiftungsvermögen und seiner Verwaltung aufgestellt¹⁴⁹. Trotz einer bisweilen parallelen Geltung kirchlichen und staatlichen Rechts sind Kollisionen aber regelmäßig ausgeschlossen, weil die kirchliche Rechtsordnung das staatliche Recht – wie auch umgekehrt – nicht ignoriert, sondern es rezipiert und wie eigenes Recht jedenfalls als Mindeststandard zur Anwendung bringt¹⁵⁰. Dies hat sich in den kirchlichen Stiftungsgesetzen/-ordnungen vielfach dahin niedergeschlagen, dass zu den Aufgaben einer kirchlichen Stiftungsaufsicht zugleich die Sorge zählt, dass die von ihr beaufsichtigten Stiftungen nicht nur nach Maßgabe des kirchlichen Rechts, sondern auch in Übereinstimmung mit den staatlichen Gesetzen verwaltet werden¹⁵¹.

Die in den Stiftungsgesetzen der Länder getroffenen Regelungen zum Stiftungsvermögen und zur Stiftungsverwaltung gehen in ihrem Kern dahin, dass

- das Stiftungsvermögen einerseits zwecks dauernder und nachhaltiger Verwirklichung des Stiftungszwecks in seinem Bestand mög-

¹⁴⁷ § 20 Abs. 2 S. 3 StiftG Nds.; § 19 Abs. 4 S. 2 StiftG Saarl.

¹⁴⁸ Ausgenommen Sachsen-Anhalt und Sachsen.

¹⁴⁹ Zum Universalkirchenrecht *Hans Heimerl/Helmuth Pree*, Handbuch des Vermögensrechts der katholischen Kirche, 1993, Rn. 5/995 ff.

¹⁵⁰ Vgl. dazu *Dietrich Pirson*, Die Konkurrenz von staatlichem und kirchlichem Stiftungsrecht, in: *Gesammelte Beiträge zum Kirchenrecht und Staatskirchenrecht*, 2008, S. 1037 (1040 ff.); *ders.*, Stiftungsrecht (o. Fn. 33), S. 559 f.

¹⁵¹ So ausdrücklich etwa § 7 Abs. 3 KathStiftO Rottenburg-Stuttgart; Art. 2 Nr. 3, Art. 42 Abs. 3 KathStiftO Bay.; § 9 Abs. 2 KathStiftO Mainz und Limburg; § 9 Abs. 3 EvStiftG Baden; § 10 Abs. 3 EvStiftG Bay.; § 4 EvStiftG EKBO; § 4 EvStiftG Bremen; § 4 EvStiftG Hannover; § 14 Abs. 3 EvStiftG EKM; § 3 EvStiftG Pommern; § 2 Abs. 3 EvStiftG Westfalen; § 8 EvStiftG Ref. Kirche.

lichst ungeschmälert zu erhalten und von anderem Vermögen getrennt zu halten, andererseits aber auch – mit der Möglichkeit von Umschichtungen – sicher und ertragsbringend anzulegen ist,

- Erträge des Stiftungsvermögens ausschließlich für den Stiftungszweck und zur Deckung der notwendigen Verwaltungskosten der Stiftung unter Einschluss der Bildung angemessener Rücklagen verwendet werden dürfen,
- über die ordnungsgemäß aufzuzeichnende Verwaltung des Stiftungsvermögens und die Verwendung der Stiftungserträge in bestimmter Weise periodisch Rechnung zu legen ist,
- die Mitglieder der Stiftungsorgane zu ordnungsgemäßer Verwaltung verpflichtet sind, einen Anspruch auf Erstattung angemessener Auslagen haben und der Stiftung bei Pflichtverletzungen – ggf. mit gewissen Haftungsprivilegierungen – zum Schadensersatz verpflichtet sind.¹⁵²

77 Wesentlich anderes findet sich, nur bisweilen um einiges detaillierter ausgeführt, auch im kirchlichen Stiftungsrecht nicht.¹⁵³

1. Kirchliche Stiftungen des bürgerlichen Rechts

78 Als Stiftungsvermögen i. S. v. § 81 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 BGB gelten alle sächlichen Mittel, die der Stiftung mit dem Ziel zugewendet werden, ihr eine dauerhafte Grundlage für die unmittelbare oder mittelbare Verwirklichung des Stiftungszwecks zu verschaffen¹⁵⁴. Hiervon ausgehend ist für die Stiftung des bürgerlichen Rechts das Gebot der Erhaltung und der ordnungsgemäßen Verwaltung des Stiftungsver-

¹⁵² §§ 7, 11 Abs. 3 StiftG BW; Art. 7 f. StiftG Bay.; §§ 3, 8 StiftG Berlin; §§ 6 f. StiftG Bremen; § 4 StiftG Hmb.; §§ 5 f. StiftG Hessen; § 6 StiftG Nds.; § 4 StiftG NRW; § 7 StiftG RP; §§ 5 f. StiftG Saarl.; § 4 StiftG Sachsen; § 7 StiftG LSA; § 4 StiftG SH; § 8 StiftG Thür.

¹⁵³ §§ 4 f. KathStiftO Rottenburg-Stuttgart; § 4 KathStiftO Freiburg i. V. m. § 7 StiftG BW; Art. 39 Abs. 1, 2, Art. 40 KathStiftO Bay.; §§ 10 ff. KathStiftO Erfurt; §§ 8 ff. KathStiftO Magdeburg; §§ 4 ff. KathStiftO Mainz und Limburg; §§ 5 f. KathStiftO Nds.; §§ 3, 5 KathStiftO NRW; §§ 2, 32 Abs. 2, § 34 KVVg Speyer; § 3 KathStiftO Trier; §§ 6 f. EvStiftG Baden; §§ 7 f. EvStiftG Bay.; §§ 5 ff. EvStiftG EKBO; §§ 5 ff. EvStiftG Hessen und Nassau u. EvStiftG Kurhessen-Waldeck; §§ 5 f. EvStiftG Mecklenburg; §§ 11 f. EvStiftG EKM; §§ 9 ff. EvStiftG Anhalt; § 5 EvStiftG Sachsen; § 10 EvStiftG Westfalen; § 4 EvStiftG Ref. Kirche.

¹⁵⁴ Birgit Weitemeyer, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 8. Aufl. 2018, § 81, Rn. 40.

mögens als dem entscheidenden materiellen Substrat einer Stiftungszweckverwirklichung rechtsformprägend; es lässt sich lediglich noch in die Gebote der Trennung des Stiftungsvermögens von anderem Vermögen, seiner sicheren und rentierlichen Anlage und einer möglichst optimalen Mittelverwendung sowie das Verbot ausdifferenzieren, Stiftungsmittel nicht, zumindest nicht unentgeltlich, für stiftungsfremde Aufgaben einzusetzen¹⁵⁵. Dem haben die Landesgesetzgeber mit ihren Anforderungen an das Stiftungsvermögen und seine Verwaltung nichts Neues hinzugefügt, sondern nur die für die Stiftung bürgerlichen Rechts rechtsformtypischen Merkmale des Stiftungsvermögens einschließlich der für den Umgang mit diesem Vermögen maßgeblichen Diligenzmaßstäbe ausführlicher formuliert. Diese in ihrem Kern zivilrechtlichen Vorgaben sind deshalb auch in Bezug auf kirchliche Stiftungen des bürgerlichen Rechts als ein für alle geltendes Gesetz anzusehen¹⁵⁶, so dass es rechtlich nicht zu beanstanden ist, dass einige Landesstiftungsgesetze davon abgesehen haben, kirchliche Stiftungen von den insoweit getroffenen Regelungen auszunehmen¹⁵⁷.

Nicht mehr zum typusprägenden Kernbestand stiftungsrechtlicher Regelungen gehören dagegen das in einigen Stiftungsgesetzen aufgestellte Verlangen nach einer bestimmten periodischen Rechnungslegung, soweit dies über die in § 27 Abs. 3, § 86 S. 1 BGB geregelten Rechenschaftspflichten hinausgeht, sowie ein Anspruch der Stiftungsorgane auf Ersatz angemessener Auslagen und eine strikte Haftung der Stiftungsorgane bei Verletzung der Sorgfaltsanforderungen. Denn derartige Regelungen sind nicht spezifisch auf die Rechtsform der Stiftung und deren unerlässliche Sicherung in Bestand und Wirken bezogen; sie können vielmehr auch von anderen Bindungen abhängen oder von Anforderungen geprägt sein, die den Überwachungsanforderungen und dem Geschäftsführungscharakter der Organ Tätigkeit situationsspezifisch Rechnung tragen. Dies wiederum hängt entscheidend von dem äußeren rechtlichen Rahmen ab, in den die Tätigkeit der Stiftung und das Handeln ihrer Organe eingebettet sind. Deshalb ist es bei kirchlichen Stiftungen angesichts ihrer Zugehörigkeit zum kirchlichen Vermögensbereich eher das kirchliche

79

¹⁵⁵ Ebersbach, Handbuch (o. Fn. 53), S. 115 f.; Dominique Jakob, Schutz der Stiftung. Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen, 2006, S. 62.

¹⁵⁶ Vgl. Achilles, Zur Aufsicht über kirchliche Stiftungen (o. Fn. 79), S. 192; Achilles, Unternehmerische Betätigung von kirchlichen Stiftungen (o. Fn. 44), S. 86.

¹⁵⁷ Achilles, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.175 m. w. N.

Haushaltswirtschaftsrecht, das Art, Umfang und Modalitäten einer Rechnungslegung der an die Kirche gebundenen Stiftungen zu regeln hat. Ebenso ist es primär Sache der Kirchen zu regeln, ob und in welchem Umfang Stiftungsorgane für ihre Tätigkeit, die zugleich Teilhabe und Teilnahme an der Verwirklichung des kirchlichen Verkündigungs- oder Sendungsauftrags ist, entschädigt bzw. bei Pflichtverletzungen jedenfalls im kirchlichen Binnenverhältnis in Regress genommen werden können und / oder sollen¹⁵⁸.

2. Kirchliche Stiftungen des öffentlichen Rechts

80 Soweit die kirchlichen Stiftungen des öffentlichen Rechts in den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Rheinland-Pfalz und Thüringen in den Geltungsbereich der Landesstiftungsgesetze einbezogen worden sind und dadurch gewisse strukturelle Vorgaben zum Stiftungsvermögen und zur Stiftungsverwaltung erhalten haben, ist nicht erkannt worden, dass es bei ihnen mangels unmittelbarer Geltung der §§ 80 ff. BGB nicht um rechtsformbedingte Vorgaben geht. Denn bei Stiftungen des öffentlichen Rechts handelt es sich um organisatorisch mehr oder weniger verselbständigte Aufgabenträger innerhalb der Verwaltungsorganisation ihres Muttergemeinwesens, so dass die rechtlichen Strukturen trotz bestehender Parallelen zur Stiftung des bürgerlichen Rechts aus dem jeweiligen öffentlichen Organisationsrecht des Muttergemeinwesens geschöpft werden¹⁵⁹. Wenn die betreffenden Bundesländer gleichwohl ihre Regelungen zum Stiftungsvermögen und zur Stiftungsverwaltung zumindest subsidiär auf die auf ihrem Gebiet ansässigen kirchlichen Stiftungen des öffentlichen Rechts erstreckt haben, haben sie unversehens (inner-)kirchliches Organisationsrecht gesetzt, für das ihnen – genauso wie für die Regelung von Aufsichtsbefugnissen – bereits die Gesetzgebungskompetenz fehlt¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Zum Ganzen näher *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.176 f.

¹⁵⁹ *Achilles*, Zur Aufsicht über kirchliche Stiftungen (o. Fn. 79), S. 198; *Rainer Hüttemann / Peter Rawert*, in: Staudinger (o. Fn. 49), Vorbem. zu §§ 80 ff., Rn. 307.

¹⁶⁰ Dazu näher *Achilles*, Zur Aufsicht über kirchliche Stiftungen (o. Fn. 79), S. 198 ff.

VII. Stiftungsaufsicht

Die Stiftungsgesetze der Länder verfolgen für die (laufende) Beaufsichtigung kirchlicher Stiftungen keinen einheitlichen Regelungsansatz. Das Berliner Stiftungsgesetz, das die kirchlichen Stiftungen überhaupt nicht erwähnt, befasst sich folgerichtig gar nicht erst mit der Frage des Ob und Wie einer kirchlichen Aufsicht. Hamburg verhält sich ähnlich, lässt es jedoch zu, durch Staatsvertrag die Rechtsaufsicht über kirchliche Stiftungen auf die Kirche zu übertragen¹⁶¹. Schleswig-Holstein beansprucht zwar ein Aufsichtsrecht über kirchliche Stiftungen, bindet die zu treffenden Maßnahmen aber zwingend an ein Einvernehmen mit der jeweiligen Kirche¹⁶².

81

Die ganz überwiegende Zahl der Stiftungsgesetze sieht demgegenüber vor, dass die laufende Aufsicht über kirchliche Stiftungen nicht von der staatlichen Stiftungsaufsicht, sondern allein von den Kirchen geführt wird¹⁶³. Das geschieht zum Teil in der Weise, dass eine kirchliche Aufsichtsführung nach eigenem Recht der Kirchen als selbstverständlich vorausgesetzt wird.¹⁶⁴ Teilweise wird eine staatliche Aufsichtsführung aber auch nur für den Fall zurückgenommen, dass die Kirchen bereit sind, diese Aufsicht selbst zu führen, wobei der Verzicht auf eine Beaufsichtigung an die Voraussetzung geknüpft ist, dass die kirchliche Stiftungsaufsicht einer staatlichen sachlich zumindest gleichwertig ist.¹⁶⁵ Damit korrespondieren bisweilen noch Regelungen, in denen für die Aufsichtsführung inhaltlich auf das einschlägige, bisweilen sogar als selbstverständlich existent vorausgesetzte kirchliche Recht verwiesen wird. Gelegentlich ist aber auch bestimmt, dass es bei einer Anwendbarkeit der in den staatlichen Stiftungsgesetzen enthaltenen Aufsichtsbestimmungen bleiben soll,

82

¹⁶¹ § 5 StiftG Hmb. – Im Verhältnis zur katholischen Kirche ist dies bereits durch Art. 12 Abs. 3 EvKV Hmb. geschehen; dazu vorstehend unter Rn. 11.

¹⁶² § 18 Abs. 2 StiftG SH. – Hinsichtlich der katholischen Kirche ist dieses Beaufsichtigungsrecht allerdings durch Art. 12 Abs. 3 KathKV SH teilweise zurückgenommen worden; dazu vorstehend unter Rn. 12.

¹⁶³ Vereinzelt haben sich die Länder aber auch noch Restbefugnisse an staatlicher Aufsicht vorbehalten, vgl. § 25 Abs. 3 StiftG BW; § 12 Abs. 1, § 16 Abs. 2 Nr. 5 StiftG Bremen betr. Unterrichts- und Prüfungsrechte aus wichtigem Grund.

¹⁶⁴ Art. 22 Abs. 3 S. 1, Art. 23 Abs. 1 StiftG Bay.; § 4 Abs. 3 StiftG Bbg.; § 16 Abs. 2 Nr. 5 StiftG Bremen; § 20 Abs. 4 StiftG Hessen; § 11 Abs. 3 StiftG MV; § 20 Abs. 2 S. 5 StiftG Nds.; § 14 Abs. 5 S. 1–3 StiftG NRW; § 12 Abs. 3 StiftG RP; § 19 Abs. 4 StiftG Saarl.; § 14 Abs. 3 S. 2 StiftG Sachsen.

¹⁶⁵ § 12 Abs. 3 S. 1 StiftG LSA; § 16 Abs. 2 StiftG Thür.

solange die Kirchen in dieser Hinsicht kein eigenes Recht gesetzt oder für anwendbar erklärt haben¹⁶⁶.

1. Staatliche Stiftungsaufsicht

83 Soweit die staatlichen Stiftungsgesetzgeber sich die Möglichkeit offen gehalten haben, die in ihrem Bereich ansässigen kirchlichen Stiftungen des Privatrechts selbst zu beaufsichtigen, unterliegt eine Aufsichtsführung erheblichen Beschränkungen. Die staatliche Stiftungsaufsicht hat dabei nicht nur die durch eine Grundrechtsträgerschaft der Stiftungen geprägten Grenzen zu wahren, die sich in einer Beschränkung der Aufsicht auf die Einhaltung des dabei heranzuziehenden (staatlichen) Rechts äußern. Eine staatliche Stiftungsaufsicht erfährt zusätzliche Schranken dadurch, dass kirchliche Stiftungen über den ihnen beigegebenen Zweck in die Erfüllung des kirchlichen Auftrags eingebunden sind und dadurch mittelbar am kirchlichen Selbstbestimmungsrecht teilhaben, mit dem die staatlicherseits verfolgten Aufsichtsinteressen zusätzlich abgestimmt werden müssen.

84 Dieser Abstimmungsprozess wird dann virulent, wenn es etwa bei der Stiftungszweckverwirklichung und deren Sachgerechtigkeit um Sachverhalte geht, bei denen sich die Frage stellt, was der darin liegende Vollzug des kirchlichen Auftrags im Einzelnen fordert und von welchen Einsichten er jeweils getragen ist. Denn was rechter Vollzug des kirchlichen Auftrags ist, was von diesem gefordert wird oder ihm widerstreitet, welche Abstufungen und Wertigkeiten dabei eingreifen, hängt maßgeblich vom kirchlichen Selbstverständnis ab. An die hieraus folgenden Vorgaben ist eine staatliche Stiftungsaufsicht bei seiner Bewertung grundsätzlich gebunden. Zwar ist es einer staatlichen Stiftungsaufsicht unbenommen, die im Interesse der Rechtseinheit, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit in bestimmten organisatorischen Vorgaben zum Ausdruck gebrachten stiftungsrechtlichen Strukturprinzipien als ein für alle geltendes Gesetz auch im Aufsichtswege durchzusetzen, wenn und soweit ihr die dafür erforderlichen Beurteilungsgrundlagen entweder selbst zugänglich sind oder ihr als Ausdruck eines kirchlichen Selbstverständnisses sichtbar gemacht werden. Allerdings darf sie diesen Rahmen auch nicht überschreiten und insbesondere nicht ein in zulässiger Weise geäußertes

¹⁶⁶ § 25 Abs. 1 StiftG BW.

kirchliches Selbstverständnis durch eigene, dieses Selbstverständnis ersetzende Wertungen überspielen¹⁶⁷.

Dies schlägt sich auch in einer Handhabung des in den staatlichen Stiftungsgesetzen vorgesehenen Aufsichtsinstrumentariums¹⁶⁸ nieder.¹⁶⁹ Denn schon bei der Ausübung von Beanstandungs-, Anordnungs- und Ersatzvornahmerechten lassen sich die Beurteilungssphären häufig nicht mehr genau trennen. Intrikat wird die Lage bei aufsichtsrechtlichen Eingriffen in den Organbestand kirchlicher Stiftungen. Denn hierbei geht es zugleich um Eingriffe in ein Stück innerkirchlicher Willensbildung; im äußersten Fall könnte es sogar zu einer Einsetzung von Personen kommen, die nicht dem kirchlichen Auftrag verpflichtet und der zuständigen kirchlichen Autorität verantwortlich wären, sondern ihre Befugnisse von einer weltlichen Macht wie dem Staat ableiteten.

85

2. Kirchliche Stiftungsaufsicht

Soweit die Kirchen von dem ihnen zukommenden Recht Gebrauch machen, ihre Stiftungen nach eigenem oder rezipiertem staatlichen Recht selbst zu beaufsichtigen¹⁷⁰, sind sie hinsichtlich Art und Umfang einer Aufsichtsführung weitgehend frei, sofern sie einerseits zur Vermeidung des Eingreifens einer staatlichen Stiftungsaufsicht die staatlicherseits erwarteten Mindeststandards wahren und andererseits die auch für sie verbindlichen stiftungsrechtlichen Strukturvorgaben beachten. Das beginnt mit den Maßstäben einer Stiftungsaufsicht, die sich auf eine Rechtsaufsicht beschränken, aber auch darüber hinausgehen kann. Denn die Rechtsstellung kirchlicher Stiftungen ist im kirchlichen Recht wegen ihrer Einbindung in den Verkündigungs- und Sendungsauftrag der Kirchen und die dadurch bedingte überindividuelle Prägung ihres Stiftungszwecks eine deutlich andere als im staatlichen Recht. Das schlägt sich naturgemäß in spezifi-

86

¹⁶⁷ *Achilles*, Zur Aufsicht über kirchliche Stiftungen (o. Fn. 79), S. 193 f.; *Achilles*, Aufsicht (o. Fn. 10), S. 180 ff.

¹⁶⁸ § 9 StiftG Berlin; § 6 StiftG Hmb.

¹⁶⁹ Zum Ganzen näher *Achilles*, Aufsicht (o. Fn. 10), S. 222 ff.; *Achilles*, Zur Aufsicht über kirchliche Stiftungen (o. Fn. 79), S. 196 f.

¹⁷⁰ Teilweise haben sie dabei auch von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, eigene Stiftungsverzeichnisse zur Gewährleistung einer ausreichenden Stiftungspublizität zu führen; vgl. dazu *Achilles*, Kirchliche Stiftungen (o. Fn. 4), Rn. 32.189 ff.

schen Bindungen und Verantwortlichkeiten gegenüber dem kirchlichen Ganzen und einer dadurch bedingten und durch die jeweiligen kirchlichen Strukturprinzipien beeinflussten Unterstellung unter die Leitungsgewalt der zuständigen kirchlichen Autorität bzw. der kirchenleitenden Organe nieder, deren Ausprägung wiederum vom jeweiligen kirchlichen Selbstverständnis abhängt¹⁷¹.

- 87** In den Stiftungsgesetzen der evangelischen (Landes-)Kirchen ist die Stiftungsaufsicht tendenziell eher als Rechtsaufsicht konzipiert¹⁷², während in den Stiftungsordnungen der katholischen Kirche eher eine fachaufsichtliche Konzeption durchscheint¹⁷³. Allerdings liegen die Grenzen zwischen einer Rechts- und einer Fachaufsicht im kirchlichen Recht längst nicht so weit auseinander wie im staatlichen Bereich. Denn eine Rechtsaufsicht kann im kirchlichen Recht weiter greifen als im staatlichen Bereich und insbesondere – wie allenthalben in einer Bindung der kirchlichen Stiftungen an das kirchliche Recht¹⁷⁴ oder in deren spezifischer Zweckbindung¹⁷⁵ und noch stärker in deren (beizubehaltender) Ausformung als Wesens- und Lebensäußerung der jeweiligen Kirche¹⁷⁶ zum Ausdruck gebracht ist – auch gesamtkirchliche Interessen einbeziehen, deren Formulierung der Gesamtkirche und damit den kirchlichen Leitungsorganen bzw. der

¹⁷¹ Näher dazu *Kästner / Couzinet*, Rechtsstatus (o. Fn. 21), 50 f.; *Pirson*, Stiftungsrecht (o. Fn. 33), S. 566 f.; *Achilles*, Zur Aufsicht über kirchliche Stiftungen (o. Fn. 79), S. 207 ff.; *Axel Frhr. v. Campenhausen / Hendrik Munsonius*, Rechtliche Möglichkeiten von Beteiligungen und Ausgründungen durch kirchliche Stiftungen mit diakonischem Stiftungszweck in der Ev. Landeskirche in Württemberg, in: *Göttinger Gutachten III*, 2009, S. 256 (259 f.).

¹⁷² § 10 EvStiftG Bay.; § 11 EvStiftG EKBO; § 4 EvStiftG Bremen; § 14 EvStiftG EKM; § 13 Abs. 1 EvStiftG Anhalt; § 3 EvStiftG Pommern; § 2 EvStiftG EKir und Westfalen; § 8 EvStiftG Ref. Kirche; § 11 Abs. 4, § 12 KathStiftO Magdeburg für Stiftungen des Privatrechts; ähnlich auch § 7 Abs. 1 KathStiftO Nds.

¹⁷³ So ausdrücklich Art. 42 Abs. 4 KathStiftO Bay.; § 14 Abs. 4 KathStiftO Erfurt; ähnlich § 11 Abs. 5, § 13 KathStiftO Magdeburg für Stiftungen des öffentlichen Rechts.

¹⁷⁴ § 9 Abs. 3 EvStiftG Baden; § 10 Abs. 3 EvStiftG Bay.; § 14 Abs. 3 EvStiftG EKM; § 3 EvStiftG Pommern; § 2 Abs. 3 EvStiftG Westfalen; § 8 EvStiftG Ref. Kirche.

¹⁷⁵ § 6 Abs. 1 KathStiftO NRW; § 5 Abs. 1 KathStiftO Trier.

¹⁷⁶ § 7 Abs. 4 KathStiftO Rottenburg-Stuttgart; § 9 Abs. 2 KathStiftO Mainz und Limburg; § 8 Abs. 2 EvStiftG Hessen und Nassau und EvStiftG Kurhessen-Waldeck; § 8 Abs. 3 EvStiftG Mecklenburg.

zuständigen kirchlichen Autorität obliegt¹⁷⁷. Zudem enthält das kirchliche Recht – vor allem auf katholischer Seite – nicht selten Genehmigungsvorbehalte¹⁷⁸, bei deren Wahrnehmung die kirchlichen Aufsichtsbehörden eigene Zweckmäßigkeitserwägungen einfließen lassen oder Handlungen der Stiftungsverwaltung auf ihre Sachgerechtigkeit, zumindest aber auf ihre Vertretbarkeit im gesamtkirchlichen Rahmen und damit auf eine Wahrung der gesamtkirchlichen Ordnung nachprüfen können¹⁷⁹.

Allerdings sind die Kirchen bei den ihnen zugeordneten Stiftungen des Privatrechts in der Wahl der jeweiligen Aufsichtsmaßstäbe nicht völlig frei. Sie haben vielmehr auch hierbei die aus §§ 80 ff. BGB folgenden allgemeinen stiftungsrechtlichen Strukturprinzipien zu beachten. Das betrifft namentlich die Bindung an die Stiftungsverfassung und den darin artikulierten Stifterwillen, dessen Aktualisierung primär den Stiftungsorganen zusteht. Denn die Existenz dieser Stiftungen gründet sich nicht auf einen unter dem Vorbehalt späterer Revision stehenden kircheneigenen Organisationsakt, sondern auf ein in der weltlichen Privatrechtssphäre wurzelndes Stiftungsgeschäft, das ungeachtet der hierauf bezogenen kirchlichen Anerkennung nur unter den Voraussetzungen des § 87 BGB abweichender Disposition unterliegt. Vorbehaltlich einer Einräumung weitergehender Rechte in Stiftungsgeschäft oder Stiftungsverfassung kann ein von den Kirchen gesetztes oder praktiziertes Stiftungsrecht deshalb nicht die durch die Rechtsformwahl zwingend vorgegebenen Strukturgesetzmäßigkeiten beiseiteschieben, zu denen im Zusammenhang mit der Bindung an den Stifterwillen auch die unverfügbare Eigenorganisation der Stiftung mit einer zumindest im Grundsatz dort angesiedelten autonomen Willensbildung der Stiftungsorgane über die laufende Zweck-

88

¹⁷⁷ Achilles, Zur Aufsicht über kirchliche Stiftungen (o. Fn. 79), S. 209; v. Campenhausen / Munsonius, Rechtliche Möglichkeiten (o. Fn. 171), S. 256 (260).

¹⁷⁸ § 13 KathStiftO Rottenburg-Stuttgart; Art. 44 KathStiftO Bay.; § 15 KathStiftO Erfurt; § 13 Abs. 1 KathStiftO Magdeburg; § 12 KathStiftO Mainz, Limburg und Nds.; § 7 KathStiftO NRW und Trier; §§ 16, 32 Abs. 2, § 34 KVVG Speyer; § 19 EvStiftG Bay.; § 17 EvStiftG EKM; § 3 EvStiftG EKlR; § 4 EvStiftG Westfalen.

¹⁷⁹ Dazu Hendrik Munsonius, Kriterien kirchenaufsichtlicher Genehmigungen, in: ZevKR 52 (2007), 666 (669 f.); Ansgar Hense, Möglichkeiten und Grenzen des Abbaus von Genehmigungsvorbehalten im Vermögensrecht der katholischen Kirche – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Nordrhein-Westfalen, in: KuR 2007, 168 (191 ff.); Achilles, Unternehmerische Betätigung von kirchlichen Stiftungen (o. Fn. 44), S. 88 f.

verwirklichung der Stiftung einschließlich der Organbesetzung selbst zählt¹⁸⁰.

- 89 Das stiftungsrechtliche Instrumentarium der Kirchen stimmt in Bestand und Handhabung weitgehend mit demjenigen des weltlichen Stiftungsrechts überein.¹⁸¹ In einzelnen Fällen ist es sogar rezipiert worden.¹⁸² Hinsichtlich einer Durchsetzbarkeit von Aufsichtsmaßnahmen der kirchlichen Stiftungsaufsicht verfügen die Kirchen zwar weder über die Möglichkeit, physischen Zwang einzusetzen, noch ist der Staat ohne dahingehende Vereinbarung zur Amtshilfe verpflichtet¹⁸³. Die kirchlichen Aufsichtsmaßnahmen sind jedoch weitgehend auf einen Selbstvollzug angelegt, greifen also im Falle ihrer Vollziehbarkeit in die Vertretungsbefugnis der Stiftungsorgane ein und begrenzen oder beseitigen diese (privat-)rechtsgestaltend auch mit unmittelbarer weltlicher Wirksamkeit¹⁸⁴.

VIII. Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Stiftungsaufsicht und Haftungsfragen

1. Rechtsschutz

- 90 Maßnahmen der staatlichen Stiftungsaufsicht, die kirchliche Stiftungen betreffen, können gerichtlich auf dem staatlichen Verwaltungsrechtsweg mit den dafür vorgesehenen Klagearten angegriffen werden. Dabei kann auch die betreffende Kirche neben der Stiftung

¹⁸⁰ *Achilles*, Unternehmerische Betätigung von kirchlichen Stiftungen (o. Fn. 44), S. 88; *Wilhelm-Albrecht Achilles*, Besetzungsrechte bei Stiftungen, in: Non Profit Law Yearbook 2010/2011, hg. von Rainer Hüttemann/Peter Rawert/Karsten Schmidt/Birgit Weitemeyer, 1. Aufl. 2011, S. 49 (53 ff., 61). – Insoweit deuten die veröffentlichten Vorgänge in der Stiftung Liebenau darauf hin, dass man hier bereits in einem zumindest kritischen Bereich angelangt zu sein scheint (vgl. Stiftung Liebenau – eine Lebens- und Wesensäußerung von Kirche. Heutige Positionen eines kirchlich-karitativen Aufgabenträgers, 2013, S. 29 ff., abrufbar unter: <<https://mediathek.stiftung-liebenau.de/die-stiftung-liebenau-eine-lebens-und-wesensausserung-von-kirche/56239352/30>>).

¹⁸¹ Eingehend dazu *Schulte*, Kirchliches Stiftungsrecht (o. Fn. 33), Teil D, Rn. 92 ff.

¹⁸² Z. B. § 4 KathStiftO Freiburg; § 5 EvStiftG Hannover; § 4 Abs. 2 VO über die Stiftungsaufsicht Württemberg.

¹⁸³ *Achilles*, Rechtsschutz (o. Fn. 113), S. 158.

¹⁸⁴ *Achilles*, Rechtsschutz (o. Fn. 113), S. 158 f.; vgl. auch BGHZ 197, 61 (Rn. 26).

klagebefugt sein, wenn und soweit sie geltend machen kann, durch Maßnahmen der staatlichen Stiftungsaufsicht in ihrem Selbstbestimmungsrecht verletzt zu sein; zumindest ist sie in einem Verwaltungsstreitverfahren zwischen kirchlicher Stiftung und staatlicher Stiftungsaufsicht beizuladen¹⁸⁵.

Gegen kirchliche Aufsichtsmaßnahmen steht den rechtlich Betroffenen mittlerweile in aller Regel eine – bisweilen sogar in den kirchlichen Stiftungsgesetzen/-ordnungen eigens angesprochene – innerkirchliche Rechtsschutzmöglichkeit offen.¹⁸⁶ Soweit es um Maßnahmen geht, bei denen die staatliche Stiftungsaufsicht auf ein Einvernehmen mit den Kirchen angewiesen ist, genügt es, allein die staatliche oder die kirchliche Seite des Aufsichtsaktes anzugreifen, um ihn insgesamt zu Fall zu bringen. Wird dagegen der Erlass eines mitwirkungsbedürftigen Aufsichtsaktes begehrt, ist die staatliche Gerichtsbarkeit gehindert, eine fehlende kirchliche Mitwirkung selbst zu ersetzen; in diesem Fall muss das staatliche Verwaltungsgericht das Verfahren ggf. aussetzen, um eine Klärung der kirchlichen Mitwirkungspflicht in einem kirchengerichtlichen Verfahren zu ermöglichen¹⁸⁷.

In Bezug auf Rechtsakte der kirchlichen Stiftungsaufsicht lassen sich die Zuständigkeiten einer staatlichen und kirchlichen Gerichtsbarkeit allerdings nicht immer klar voneinander scheiden. Richtigerweise wird man in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁸⁸ annehmen können, dass eine Justizgewährungspflicht des Staates – wenn auch mit einem möglicherweise eingeschränkten Maß an Justiziabilität – bereits dann eingreift, wenn es bei einem innerkirchlich begründeten Rechtsverhältnis um die Anwendung der für alle geltenden allgemeinen Gesetze geht. Allerdings kann eine nach autonomem Recht der Kirche getroffene Aufsichtsmaßnahme durch staatliche Gerichte nicht auf ihre Rechtmäßigkeit, sondern nur auf ihre Wirksamkeit für den Bereich der weltlichen Rechtsordnung überprüft werden. Denn eine Beurteilung der (lediglich) im innerkirchlichen Bereich eingetretenen Rechtswirkungen oder Rechtsfolgen ist nicht Gegenstand einer staatlichen Justizgewährungspflicht. Im Übrigen gilt, dass bestandskräftig gewordene

¹⁸⁵ Zusammenfassend *Achilles*, Rechtsschutz (o. Fn. 113), S. 149 ff.

¹⁸⁶ Zu Einzelheiten *Achilles*, Rechtsschutz (o. Fn. 113), S. 152 ff.

¹⁸⁷ Dazu näher *Achilles*, Rechtsschutz (o. Fn. 113), S. 157 f.

¹⁸⁸ BGHZ 154, 306 (309 ff.); ebenso etwa BVerwGE 153, 282 (Rn. 13, 18); unzutreffend dagegen Nds. OVG, B. v. 16.12.2010 – 8 ME 276/10, juris, Rn. 36 ff.

Entscheidungen kirchlicher Aufsichtsbehörden oder Gerichte in aller Regel mit Tatbestandswirkung hinzunehmen sind. Zudem haben die staatlichen Gerichte regelmäßig eine Wartepflicht, wenn und soweit in der gleichen Frage eine effektive innerkirchliche Rechtsschutzmöglichkeit besteht, damit zunächst einmal dort eine Klärung der Angelegenheit herbeigeführt werden kann.¹⁸⁹

2. Amtshaftung

93 Es ist anerkannt, dass eine fehlerhafte Aufsichtsführung der staatlichen Stiftungsaufsicht Amtshaftungsansprüche nach Art. 34 GG, § 839 BGB auslösen kann. Für die Haftung einer kirchlichen Stiftungsaufsicht gilt nach mittlerweile durchgesetzter Auffassung Entsprechendes.¹⁹⁰ Haftungsbegründende Pflichtverletzungen können dabei nicht nur in Nachlässigkeiten und Versäumnissen bei der Aufsichtsführung liegen, sondern auch darin, dass eine kirchliche Aufsicht die Grenze stiftungsrechtlich zulässiger Ein- und Mitwirkungsrechte überschreitet, indem sie etwa eine den Stiftungsorganen bei Leitung und Verwaltung der Stiftung zustehende autonome Willensbildung über die laufende Zweckverwirklichung der Stiftung unvertretbar einengt und der Stiftung infolge einer dadurch verursachten Fehlentscheidung Schaden zufügt¹⁹¹. Allerdings unterliegen die staatlichen Gerichte bei Beurteilung einer Pflichtwidrigkeit von Aufsichtsmaßnahmen Beschränkungen, soweit es um Sachverhalte geht, die eine kirchenspezifische Prägung aufweisen und bei deren Bewertung deshalb dem kirchlichen Selbstverständnis darüber, ob eine bestimmte Maßnahme nach Inhalt, Notwendigkeit, Eigenart oder Form durch den kirchlichen Auftrag gefordert oder zumindest nahegelegt war, eine besondere Bedeutung im Rahmen der Abwägung mit möglicherweise gegenläufigen stiftungsprägenden Merkmalen zukommt¹⁹².

¹⁸⁹ Vgl. BVerwGE 153, 282 (Rn. 20); 149, 139 (Rn. 27). Zum Ganzen ausführlich *Achilles*, Rechtsschutz (o. Fn. 113), S. 155 ff.

¹⁹⁰ Vgl. BGHZ 154, 54 (57 f.) m. w. N.

¹⁹¹ Vgl. *Achilles*, Unternehmerische Betätigung von kirchlichen Stiftungen (o. Fn. 44), S. 88.

¹⁹² Vgl. BGHZ 154, 306 (312 f.); BVerwGE 153, 282 (Rn. 20, 26). Zu Einzelheiten *Achilles*, Rechtsschutz (o. Fn. 113), S. 159 ff.

§ 72

Die Kirchensteuer und das Besteuerungsrecht anderer Religionsgemeinschaften

Von Felix Hammer

I. Kirchensteuer als Steuer und kirchliches Finanzierungsinstrument	1
II. Geschichtliche Entwicklung der Kirchenfinanzierung	2–5
1. Antike, Mittelalter und frühe Neuzeit	2–3
2. Die Wurzeln der Kirchensteuer im 19. Jahrhundert	4
3. Die Kirchensteuer als zentrales Kirchenfinanzierungsinstrument im 20. Jahrhundert	5
III. Kirchenfinanzierungsinstrumente in ausländischen Staaten	6–8
IV. Bedeutung der Kirchensteuer für die Finanzierung kirchlicher Arbeit	9–10
V. Rechtsgrundlagen der Kirchensteuererhebung	11–22
1. Verfassung, Kirchenverträge und Konkordate	11–12
2. Kirchensteuergesetze der Länder	13
3. Steuergesetze des Bundes	14
4. Codex Iuris Canonici und evangelische Kirchenverfassungen	15–17
5. Kirchensteuerordnungen	18
6. Kirchensteuerbeschlüsse	19
7. Weitere kirchensteuerrechtliche Regelungen: Kirchensteuervertretungen u. a. m.	20–21
8. Abgrenzung staatlicher und kirchlicher Rechtsetzungsbefugnisse	22
VI. Verfassungsgarantie der Kirchensteuer	23–27
1. Inhalt der Verfassungsgarantie	23–24
2. Beteiligung staatlicher Stellen bei Festsetzung, Erhebung und Durchsetzung der Kirchensteuer	25

3. Steuerberechtigte und steuererhebende Religionsgemeinschaften; Kirchensteuergläubiger	26–27
VII. Kirchenvertragliche Garantien und Grundlagen der Kirchensteuer	28–29
VIII. Europarecht und kirchliches Besteuerungsrecht	30–31
1. Recht der EU	30
2. Europäische Menschenrechtskonvention	31
IX. Kirchensteuerarten	32–35
1. Kircheneinkommensteuer	32
2. [Allgemeines] Kirchgeld	33
3. Besonderes Kirchgeld	34
4. Weitere Kirchensteuerarten	35
X. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Kirchensteuererhebung	36–42
1. Religionsfreiheit als Grenze: Mitgliederbesteuerung, Kirchenaustritt	36
2. Leistungsfähigkeitsprinzip, Existenzminimum, folgerichtige Besteuerung	37–39
3. Rechtsstaatsprinzip, insbesondere Gesetzmäßigkeit der Besteuerung	40
4. Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen	41
5. Weitere verfassungsrechtliche Vorgaben	42
XI. Wichtige Grundsätze des Kirchensteuerrechts	43–66
1. Beginn und Ende der Steuerpflicht; Austritt, Wiedereintritt	43–44
2. Wohnsitz im Gebiet der steuererhebenden Religionsgemeinschaft, Tod des Steuerpflichtigen	45
3. Mitgliedschaftsende und -beginn während des Jahres, Zwölftelungsmethode	46
4. Besteuerung der konfessionsgleichen Ehe, Lebenspartnerschaften	47
5. Glaubens- und konfessionsverschiedene Ehe: Abgrenzung	48–49
6. Besteuerung der glaubensverschiedenen Ehe	50
7. Besteuerung der konfessionsverschiedenen Ehe	51
8. Betriebsstättenprinzip bei der Kirchenlohnsteuer, Clearing	52
9. Kirchensteuer als Annexsteuer; Abhängigkeit von der Maßstabsteuer	53

10. Korrekturen an der Bemessungsgrundlage	54–56
a) Berücksichtigung von Kindern	55
b) Teileinkünfteverfahren bei Kapitalerträgen	56
11. Lohnsteuerabzugsverfahren	57
12. Kirchensteuer bei Pauschalierung der Lohn- und Einkommensteuer	58
13. Kapitalertragsteuer als Quellenabzugsteuer	59
14. Zuschlägsätze der Kirchensteuer, Mindestbetragskirchensteuer, Kirchensteuerkappung	60–61
15. Besonderes Kirchgeld	62
16. (Allgemeines) Kirchgeld	63
17. Durchführung der Besteuerung durch staatliche und kirchliche Stellen	64
18. Billigkeitsmaßnahmen	65
19. Kirchensteuer als Sonderausgabe bei der Einkommenbesteuerung	66
XII. Rechtsschutzfragen	67–68
XIII. Kirchensteuerververtretungen	69
XIV. Zur Kirchlichkeit der Kirchensteuer; Reformvorschläge	70–73
XV. Schlussbetrachtung	74

I. Kirchensteuer als Steuer und kirchliches Finanzierungsinstrument

Der deutschen Kirchensteuer ist eine eigenartige Doppelnatur eigen: Einerseits besitzt sie die Rechtsform einer Steuer. Deutet dies bereits der Begriff an, so schaffen ihre Verfassungsgarantie in Art. 137 Abs. 6 WRV / Art. 140 GG, die ausdrücklich von der Erhebung von Steuern spricht, ihre geschichtliche Entwicklung¹ sowie die Tatsache, dass sie alle Merkmale der Steuerlegaldefinition des § 3 Abs. 1 AO erfüllt², vollends Klarheit. Deshalb muss sie den rechtlichen Anforderungen, die – insbesondere durch die Verfassung – an Steuern gestellt werden, genügen. Andererseits ist sie kirchliches Finanzierungsinstrument – genauer: kirchlicher Mitgliedsbeitrag – und hat damit die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einzuhalten, die das Recht der Kirchen und Religionsgemeinschaften, die sie erheben, aufstellt.³ Denn

¹ Dazu unten, II. 2. und 3.

² *Felix Hammer*, Rechtsfragen der Kirchensteuer, 2002, S. 143 ff.

³ Deshalb schlägt *Ferdinand Kirchhof*, Grundlagen und Legitimation der deutschen Kirchenfinanzierung, in: *EssGespr.* 47 (2013), S. 7 (23 f.) vor, sie als

kraft ihres Selbstbestimmungsrechts (Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV / Art. 140 GG) und ihrer korporativen Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) steht es allein ihnen zu, die Instrumente, die ihnen zur Finanzierung dienen, näher auszugestalten, solange sie nur den Rechtsrahmen einhalten, den der Staat aus Verfassungsgründen der Steuererhebung vorgeben muss.⁴ Vor allem aber haben sie zu entscheiden, ob sie überhaupt Steuern erheben oder ihren Finanzbedarf in anderer Weise decken wollen – denn das Kirchensteuererhebungsrecht ist lediglich ein Angebot des Staates, dem keine Verpflichtung, es anzunehmen, korrespondiert.⁵ Deshalb erheben nur einige Religionsgemeinschaften, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, Kirchensteuern – im Übrigen keineswegs nur solche, die sich kirchlich organisieren. Steuern erheben neben der evangelischen und katholischen nur die Altkatholische Kirche, israelitische / jüdische Gemeinden und Religionsgemeinschaften / Landesverbände⁶ sowie eini-

öffentlich-rechtlichen Mitgliedsbeitrag, als Verbandslast zu qualifizieren. Dies wird zwar ihrer materiellen Natur gerecht, nicht aber ihrer äußeren Rechtsgestalt, die bereits die Verfassung in eindeutiger Weise vorgibt. Man wird daher von einer Doppelnatur auszugehen und zwischen Rechtsform und Inhalt zu unterscheiden haben; wie hier: *Heinrich de Wall*, Der Gleichheitssatz im Kirchensteuerrecht – zum Kammerbeschluss des BVerfG vom 19.8.2002, in: *Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag*, hg. von Stefan Muckel, 2003, S. 945 (948); *Sebastian Müller-Franken*, Kirchenfinanzierung im freiheitlichen Staat des Grundgesetzes, in: *BayVBl.* 2007, S. 33 (34); *Karl-Hermann Kästner*, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, hg. von Wolfgang Kahl / Christian Waldhoff / Christian Walter, Losebl. Stand: 145. Aktualisierung April 2010, Art. 140 GG, Rn. 502 f.; *Stefan Muckel*, in: *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, hg. von Karl Heinrich Friauf / Wolfram Höfling, Losebl. Stand: 34. Erg.-Lfg. 2011, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 105; *Stefan Koriath*, Kirchensteuern als verfassungsrechtliches Problem, in: *Die Privilegien der Kirchen und das Grundgesetz. 4. Berliner Gespräche über das Verhältnis von Staat, Religion und Weltanschauung*, hg. von Rosemarie Will, 2011, S. 13 (14 f.).

⁴ Zu kurz greift *Peter Axer*, Die Kirchensteuer als gemeinsame Angelegenheit von Staat und Kirche, in: *FS Rübner* (o. Fn. 3), S. 13 (18 f.), der pauschal feststellt, dass das vom Staat verliehene Recht zur Steuererhebung vom kirchlichen Selbstbestimmungsrecht (Art. 137 Abs. 3 WRV / Art. 140 GG) nicht erfasst, sondern allein Folge der Beleihung mit Steuerhoheit sei; er übersieht, dass das Besteuerungsrecht sehr wohl inhaltlicher Ausfüllung bedarf, die den Kirchen zusteht und entsprechend genuin kirchlichen Ordnungsvorstellungen erfolgen kann; wie hier *Koriath*, Kirchensteuern (o. Fn. 3), S. 15.

⁵ Dazu *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 193 ff.; *Kästner*, in: *BK* (o. Fn. 3), Art. 140 GG, Rn. 514.

⁶ *Zvi Rappoport*, Steuererhebung durch kleinere Religionsgemeinschaften am Beispiel der Jüdischen Kultusgemeinden, in: *Aktuelle Rechtsfragen der Kirchensteuer*, hg. von Dieter Birk / Dirk Ehlers, 2012, S. 59–63.

ge weitere kleine Gemeinschaften, insbesondere Freireligiöse Gemeinden im südlichen Deutschland⁷. Daher ist der Begriff Kirchensteuer im Grunde irreführend, er hat sich aber allgemein eingebürgert. Bei den jüdischen Gemeinden und Gemeinschaften wird stattdessen von Kultussteuer gesprochen, allerdings handelt es sich hier nicht um einen allgemeineren, sondern um einen alternativen Begriff.

II. Geschichtliche Entwicklung der Kirchenfinanzierung

1. Antike, Mittelalter und frühe Neuzeit

Historisch betrachtet ist die Kirchensteuer ein junges Instrument der Finanzierung kirchlicher Arbeit. Diese erfolgte in früheren Epochen in vollständig anderer Weise. Die Schriften des Neuen Testaments und die frühen christlichen Gemeinden kennen keine verbindliche Anordnung religiöser Abgaben.⁸ Hieraus lässt sich jedoch wenig bezüglich ihrer Zulässigkeit herleiten.⁹ Bekannt sind solche aus dem Alten Testament. So erscheinen Zehntpflichten bei Mose, aber auch Geldabgaben wurden geleistet.¹⁰ Seit der Karolingerzeit existierten in Gestalt der Zehnten Naturalabgabepflichten, daneben aber auch

2

⁷ Zusammenstellung mit Hebesätzen u. a. m. bei *Jens Petersen*, Kirchensteuer kompakt. Strukturierte Darstellung mit Berechnungsbeispielen, 3. Aufl. 2017, S. 299 ff., 307 ff.; amtliche Zusammenstellung z. B.: Hamburg, VO zum Einbehalt u. zur Abführung d. Kirchensteuer als Zuschlag zur Kapitalertragsteuer, v. 27.1.2009 (GVBl. S. 12), geändert durch VO v. 19.5.2009 (GVBl. S. 159), dokumentiert auch im Internet bei: *Jens Petersen*, Kirchensteuergesetze der Länder, Kirchensteuerordnungen und Kirchensteuerbeschlüsse, unter: <<http://steuer-forum-kirche.de/kistg-frame.htm>>.

⁸ *Ulrich Luz*, Die Kirche und ihr Geld im Neuen Testament, in: *Die Finanzen der Kirche*, hg. von Wolfgang Lienemann, 1989, S. 525–554; *Daniel Kosch*, „Es geht um einen Ausgleich“ (2 Kor 8,13), in: *Bibel und Kirche* 62 (2007), S. 30–36; *Benedikt Schwank*, „Das Geld der Wechsler schüttete er aus, ihre Tische stieß er um“ (Joh 2, 15), in: *Erbe und Auftrag* 80 (2004), S. 149 (153 ff.).

⁹ Wenn Jesus (Lk 18, 9–14) feststellt, dass zwar der Zöllner, der demütig Gott um Gnade bittet, nicht aber der Pharisäer, der zweimal wöchentlich fastet und den zehnten Teil seiner Einkünfte dem Tempel gibt, gerechtfertigt sei, bezieht sich das allein auf die Art, in der beide vor Gott treten. In Mt 23, 23 wird dies noch präzisiert: Wichtiger als Zehntleistungen sind Recht, Barmherzigkeit und Glaube, doch soll man das eine tun und das andere nicht lassen. Jesus selbst leistete den Tempelgroschen (Mt 17, 24–27).

¹⁰ *Frank Crüsemann*, Religiöse Abgaben und ihre Kritik im Alten Testament, in: *Finanzen* (o. Fn. 8), S. 485–524; *Stefan Alkier*, Wirtschaftsleben in der Antike, in: *Bibel und Kirche* 62 (2007), S. 2 (4 f.); *Felix Hammer*, Zur Kirchlichkeit der Kirchensteuer, in: *StuW* 2009, S. 120 (123).

Dienstleistungspflichten (die Fronen) zugunsten von Kirche und Klerikern, die sich daneben auch (vor allem mit Hilfe von Dienstboten) selbst land- und forstwirtschaftlich betätigten. Im Mittelalter gelang es kirchlichen Einrichtungen durch Schenkungen (die durch das Ablasswesen kräftig gefördert wurden) und Käufe größere Grundvermögen zu erwerben, die sie mit zunehmendem Aufkommen der Geldwirtschaft im Wege entgeltlicher Nutzungsüberlassung an Dritte (etwa über Pachtverträge) zum Gelderwerb nutzten. Dieser ließ sich durch Darlehenshingabe und Erwerb weiterer vermögenswerter Rechte noch mehr. Vor allem große Klöster besaßen bereits im Mittelalter gewerbliche Anlagen, so zur Eisenverhüttung, Glas- oder Bierproduktion sowie Mühlen und Keltern. Rechtsträger der verschiedenen Vermögensrechte waren nunmehr regelmäßig Stiftungen, die sich bald zu juristischen Personen entwickelten. Eine wichtige Einnahmequelle boten daneben Stolgebühren, die für alle Amtshandlungen erhoben wurden, bei denen der Priester eine Stola trug (Taufen, Hochzeiten, Beerdigungen).

- 3 Die Reformation führte zwar zu einzelnen Veränderungen im kirchlichen Finanzwesen, nicht aber zu einer völligen Umgestaltung. So wurden Klöster, Stifte und viele Priesterpfünden eingezogen, allerdings vor allem, um zugunsten als wirklich kirchlich verstandener Zwecke Verwendung zu finden (Armen- und Schulwesen, Universitäten). Durch die Beendigung des Ablasswesens ging freilich die Spendenbereitschaft erheblich zurück. Um dies auszugleichen, wurden vereinzelt bereits Geldabgabepflichten entwickelt, die mit aller Vorsicht als frühe Vorläufer von Kirchensteuern gelten können.¹¹

2. Die Wurzeln der Kirchensteuer im 19. Jahrhundert

- 4 Grundlegende Veränderungen in der Kirchenfinanzierung ergaben sich seit Beginn des 19. Jahrhunderts. Die vor allem in seinem ersten Jahrzehnt stattfindenden Säkularisationsmaßnahmen¹² ließen zwar

¹¹ Dazu *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 13 ff., zur Reformation S. 8 ff.; zusammenfassend *ders.*, Aspekte der Sachgerechtigkeit der Kirchensteuer, in: DÖV 2008, S. 975 (976 f.)

¹² Zu ihnen und ihren Folgen: *Heiner Marré/Dieter Schümmelfeder/Burkhard Kämper* (Hg.), Säkularisation und Säkularisierung 1803–2003, EssGespr. 38 (2004); *Winfried Müller*, Die Säkularisation im links- und rechtsrheinischen Deutschland 1802/1803, in: Geschichte des kirchlichen Lebens in den deutschsprachigen Ländern seit dem Ende des 18. Jahrhunderts, hg. von Erwin Gatz, Bd. VI: Die Kirchenfinanzen, 2000, S. 49–81; *Vol-*

die örtlichen Kirchenvermögen – im Großen und Ganzen – unangetastet¹³, doch entfiel mit der Einziehung der bisherigen kirchlichen Vermögen die Finanzierungsgrundlage für die Wahrnehmung überlokaler kirchlicher Aufgaben. Da die säkularisierenden Staaten kirchliches Wirken nicht einschränken wollten, wurden Bistümer, Klerikerausbildung und weitere zentrale kirchliche Aufgaben zunächst vor allem mittels Staatsleistungen finanziert.¹⁴ In der Folge führten tiefgreifende Strukturwandlungen jedoch zur Notwendigkeit der Entwicklung neuer Finanzierungsinstrumente: Alte, vor allem Grundvermögen belastende Abgaben wie Zehnten und Gülten, aber auch Kirchenfronen, ebenso die landwirtschaftliche Betätigung der Pfarrer und Stolgebühren wurden zunehmend als unzeitgemäß angesehen und abgelöst oder abgeschafft, infolge der Industrialisierung und des Wachstums der Städte wurden zahlreiche neue Kirchengemeinden gegründet, für die keine Stiftungsvermögen zur Verfügung standen. Sodann wurde der jüdischen Religion immer mehr der Status einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft zuerkannt,¹⁵ freilich ohne sie mit Stiftungen auszustatten. Nachdem weitere Staatsleistungen nicht zur Verfügung gestellt wurden, verlangte dies alles nach einer Finanzierung religiöser Aufgaben durch laufende Abgaben und so wurde – mit erheblichen Unterschieden zwischen den deutschen Ländern sowie den christlichen Kirchen und der jüdischen Religion¹⁶

ker Himmelein u. a. (Hg.), *Alte Klöster neue Herren. Die Säkularisation im deutschen Südwesten 1803*, 3 Bde., 2003; *Josef Kirmeier/Manfred Tremel* (Hg.), *Glanz und Ende der alten Klöster. Säkularisation im bayerischen Oberland 1803*, 1991.

¹³ *Eugen Kleindienst*, Das eigene Finanzaufkommen kirchlicher Rechtsträger nach der Säkularisation, in: *Geschichte* (o. Fn. 12), S. 85 (85 f., 96 ff.).

¹⁴ Vgl. nur die Beiträge von *Winfried Müller*, *Gregor Richter*, *Hans-Georg Aschoff* und *Erwin Gatz*, in: *Geschichte* (o. Fn. 12), S. 108–126 („Staatsleistungen an die Kirche in Bayern“), 127–162 („Staatsleistungen an die Katholische Kirche in Baden-Württemberg unter Berücksichtigung der Entwicklung in Baden, Württemberg und Hohenzollern“), 163–195 („Staatsleistungen an die Katholische Kirche in Preußen, Hannover, Sachsen sowie den Mittel- und Kleinstaaten“), 196–199 („Sonderentwicklungen im Geltungsbereich des französischen Rechtes“); *Gerold Gutmann*, Staatsleistungen für die Kirche. Folgen der Säkularisation in Baden und Württemberg, in: *Alte Klöster* (o. Fn. 12), Bd. 2.2, S. 1209–1221.

¹⁵ Wenn auch in den einzelnen Ländern mit unterschiedlichen Befugnissen: *Renate Penßel*, Der Körperschaftsstatus der jüdischen Religionsgemeinschaften vor dem Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung, in: *ZRG* 130 KA 99 (2013), S. 309 (insbes. 388 ff.).

¹⁶ Das Besteuerungsrecht besaßen vor 1918 die jüdischen Religionsgemeinschaften in allen Ländern: *Penßel*, Körperschaftsstatus (o. Fn. 15), S. 339, auch S. 314, 318, 327 ff., 333, 335, 337 f.

– die Kirchensteuer entwickelt, die zu Beginn des I. Weltkriegs überall in Deutschland in Gebrauch war¹⁷.

3. Die Kirchensteuer als zentrales Kirchenfinanzierungsinstrument im 20. Jahrhundert

- 5 Kamen Kirchensteuern bis ins 20. Jahrhundert hinein nur als subsidiäres Finanzierungsinstrument zum Einsatz, durften sie also nur erhoben werden, um vorhandene Finanzierungslücken zu schließen (dies wurde noch unter der WRV als Prinzip der Kirchensteuererhebung angesehen),¹⁸ wurden sie im Verlauf des 20. Jahrhunderts zum zentralen Finanzierungsinstrument kirchlicher Arbeit in Deutschland¹⁹. Ursachen hierfür bildeten die Geldentwertungen zwischen 1918 und 1923 sowie 1945 und 1948, die die noch vorhandenen Stiftungsvermögen enorm verringerten, sodann die Zerstörungen vieler Kirchen im II. Weltkrieg, die Flüchtlings- und Heimatvertriebenen-zuwanderungen in seinem Gefolge, die die Gründung zahlreicher neuer Kirchengemeinden erforderten, die nicht auf vorhandenen Stiftungen aufbauen konnten.²⁰ Dies und der enorme Zuwachs sowohl der Lohneinkünfte der industriell Beschäftigten als auch der Gewinne der Betriebsinhaber seit der Wirtschaftswunderzeit bewirkten, dass die Kirchen die für ihr Wirken erforderlichen Mittel ganz

¹⁷ *Gerold Gutmann*, Entstehung und Entwicklung der Kirchensteuer in der Diözese Rottenburg, 2007, S. 71 ff.; *Heiner Marre*, Die Kirchenfinanzierung durch Kirchensteuern, in: *Geschichte* (o. Fn. 12), S. 213 (217 ff.); *ders.*, Die Kirchenfinanzierung in Deutschland vom Ausgang des 18. Jahrhunderts bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs, in: ZRG 116 KA 85 (1999), S. 448 (453 ff.); *Stephan Haering*, Entstehung und Entwicklung der Kirchensteuer und des Kirchenbeitrags, in: *Vermögen der Kirche – Vermögende Kirche?*, hg. von Ludger Müller/Wilhelm Rees/Martin Krutzler, 2015, S. 71–88 (72 ff.); *Wolfgang Huber*, Die Kirchensteuer als „wirtschaftliches Grundrecht“, in: *Finanzen* (o. Fn. 8), S. 130 (132 ff.); *Georg Fischer*, Finanzierung der kirchlichen Sendung. Das kanonische Recht und die Kirchenfinanzierungssysteme in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, 2005, S. 178 ff.; *Simon Kempny*, Die Kirchensteuer in der Frankfurter Reichsverfassung, in: KuR 20 (2014), S. 188–195.

¹⁸ *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 42.

¹⁹ *Karl Eugen Schlieff*, Die Neuordnung der Kirchensteuer in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Geschichte* (o. Fn. 12), S. 293–326; *ders.*, Die Entwicklung der Kirchensteuer seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs, in: ZRG 116 KA 85 (1999), S. 465–499.

²⁰ *Schlieff*, Neuordnung (o. Fn. 19), S. 303; *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 59 f.

wesentlich über die Steuererhebung erlangten. Damit einhergehend ging der Kirchensteuer ihr subsidiärer Charakter verloren, sie wurde zur festen Abgabe und die Handlungsmöglichkeiten der Kirchen bestimmten sich anhand des ihnen zur Verfügung stehenden Steueraufkommens. Deshalb sagt der „Loccumner Vertrag“ von 1955²¹ schon ganz selbstverständlich, dass sich die Kirchen für die Bemessung der Lohnkirchensteuer auf einen einheitlichen Zuschlagsatz verständigen werden.

III. Kirchenfinanzierungsinstrumente in ausländischen Staaten

Eine der deutschen Kirchensteuer ähnliche Finanzierung durch öffentlich-rechtliche kirchliche Abgaben kennen nur einige wenige europäische Staaten,²² nämlich Dänemark²³, Finnland²⁴, Schweden

6

²¹ Art. 12 Abs. 3 NdsKV.

²² Zu den vielfältigen Formen: *Karlies Abmeier* (Hg.), *Gott, Geld und Glaubwürdigkeit*, 2016, S. 105–217; *Hartmut Böttcher*, Typen der Kirchenfinanzierung in Europa, in: *ZevKR* 52 (2007), S. 400–424; *Inger Dübeck*, Kirchenfinanzierung der nordischen Länder, in: *ZevKR* 47 (2002), S. 369–393; *Stephan Haering*, Modelle der Kirchenfinanzierung im Überblick, in: *Kirchenfinanzen in der Diskussion. Aktuelle Fragen der Kirchenfinanzierung und der kirchlichen Vermögensverwaltung*, hg. von Arnd Uhle, 2015, S. 11–42; *Felix Hammer*, Kirchenfinanzierung in ausländischen Staaten, in: *Aktuelle Rechtsfragen* (o. Fn. 6), S. 65–84; *Rudolf K. Höfer* (Hg.), *Kirchenfinanzierung in Europa. Modelle und Trends*, 2014; *Eugen Kleindienst / Josef Binder*, Das Finanzwesen der katholischen Kirche in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in: *BayVBl*. 1999, S. 197–207; *Heiner Marré*, Systeme der Kirchenfinanzierung in Europa und in den USA, in: *Bochumer Kirchensteuer-tag. Grundlagen, Gestaltung und Zukunft der Kirchensteuer*, hg. von Roman Seer / Burkhard Kämper, 2004, S. 43–76; *ders. / Josef Jurina*, Die Kirchenfinanzierung in Kirche und Staat der Gegenwart, 4. Aufl. 2006, S. 13–44; *Náboženství a veřejná moc v zemích Evropské unie. Sborník textů z konference / Religion and Public Authority in European Union Countries. Conference Proceedings*, hg. v. Kulturministerium der Tschechischen Republik, 2009; *Wilhelm Rees*, Formen der Kirchenfinanzierung in Europa. Vergleich und Wertung einzelner Systeme, in: *Zugehörigkeit zur Katholischen Kirche. Kanonistische Klärungen zu den pastoralen Initiativen der Österreichischen Bischofskonferenz*, hg. vom Generalsekretariat der Österreichischen Bischofskonferenz (Die österreichischen Bischöfe 10), 2010, S. 18–37; *Arnd Uhle*, Kirchenfinanzierung in der Diskussion, in: *Vermögen der Kirche* (o. Fn. 17), S. 89–130.

²³ *Jørgen Engmark*, The Financing of Churches in Denmark, in: *Náboženství* (o. Fn. 22), S. 97 ff.

²⁴ *Ensio Erä-Esko*, Beskattningsrätt och skattskyldighet för kyrkan i Finland, 2009, <<https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10227/353/195-978-952-232-028-5.pdf>> (mit deutscher Zusammenfassung S. 302–309).

und die meisten Kantone der Schweiz. In Österreich wird ein ihr äußerlich einigermaßen ähnlicher, jedoch zivilrechtlich konstruierter Kirchenbeitrag erhoben. In den anderen Staaten ist die Kirchenfinanzierung durch eine bunte Vielfalt höchst unterschiedlicher Finanzierungsmethoden, von denen zudem meist einige kombiniert werden, gekennzeichnet. Dabei reicht das Spektrum von Staaten, die das Wirken von Kirchen und Religionsgemeinschaften materiell kaum unterstützen, bis hin zu solchen, die unterschiedliche Bereiche ihrer Tätigkeit unmittelbar aus Staatshaushaltsmitteln finanzieren.

- 7 Zur ersten Gruppe gehören nicht nur Systeme strikter Trennung von Staat und Kirche, wie sie Frankreich²⁵ oder die USA²⁶ kennen, sondern auch das Vereinigte Königreich, in dem in England und Schottland noch Staatskirchen bestehen²⁷. Hier müssen sich die Kirchen durch Spenden, Stiftungen, Benefizveranstaltungen, zivilrechtlich begründete Beiträge und (Stol-)Gebühren finanzieren. Freilich werden auch dort einzelne kulturelle und soziale Betätigungen finanziell gefördert, sodann genießen die Kirchen oder Zuwendungen an sie Steuerprivilegien. In England etwa bildet eine wesentliche Grundlage der Kirchenfinanzierung auch umfangreicher Grundbesitz, der der Church of England zur Verfügung steht. Zur zweiten Gruppe zählen etwa Belgien, Griechenland, Norwegen, die Slowakei, aber auch die östlichen Departements Frankreichs²⁸: Hier werden die Gehälter der Geistlichen, teilweise auch noch weitere kirchliche Aufgaben, unmittelbar aus Staatshaushaltsmitteln finanziert.
- 8 Eine abgeschwächte, freiheitlich überformte staatliche Unterstützung bei der Kirchenfinanzierung bildet die sogenannte Steuerzuschlagwahl, die erstmals in Spanien, alsbald auch in Italien, später

²⁵ *Marré / Jurina*, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 22), S. 25 f.; *Laurent Touvet*, Relationship between the French State and Churches, in: *Náboženství* (o. Fn. 22), S. 128 f.

²⁶ *Fischer*, Finanzierung (o. Fn. 17), S. 251 ff., insbes. 310 ff.; *Stefan Muckel / Markus Ogorek*, Staatliche Kirchen- und Religionsförderung in Deutschland und den USA, in: *DÖV* 2003, S. 305 (306 ff.).

²⁷ *Marré / Jurina*, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 22), S. 27.

²⁸ *Norbert Gross*, Frankreich ein kraft Verfassung laizistischer Staat – mit regionalen Ausnahmen, in: *JZ* 2013, S. 881 (881 f.); bis vor wenigen Jahren gehörte auch Luxemburg hierher; dort fand aber eine grundlegende rechtliche Neuordnung statt: *Erny Gillen*, Neue Verhältnisse in Luxemburg zwischen Staat und Religionsgemeinschaften. Zu den neuen Abkommen vom 26. Januar 2015, in: *öarr* 61 (2014), S. 244–284 (mit Dokumentation der Abkommen).

noch in weiteren Staaten (so in Ungarn) zur Anwendung gelangte²⁹ und verschiedentlich als Vorbild für eine Umgestaltung des deutschen Kirchensteuersystems gesehen wird³⁰. Hier haben die Steuerpflichtigen einen oder zwei Zuschlagbeträge (bspw. von 0,7 oder 0,8 %) zur Einkommensteuer für gemeinnützige und mildtätige Zwecke zu entrichten, dürfen dabei aber wählen, ob diese Kirchen und Religionsgemeinschaften und ihren caritativen Organisationen oder nichtreligiösen Zwecken zugutekommen sollen. Da der Zuschlag einen Teil der staatlichen Einkommensteuer bildet, führt er zu staatlichen Leistungen zugunsten von Kirchen und Religionsgemeinschaften. Diese Vielfalt kirchlicher Finanzierungsmethoden ist in ganz erheblichem Maße historisch begründet. Einheitliche Tendenzen lassen sich kaum feststellen mit Ausnahme dessen, dass sich verschiedene Staaten bemühen, die Finanzierung kirchlicher Aufgaben unmittelbar aus Staatshaushaltsmitteln durch andere Instrumente abzulösen.

IV. Bedeutung der Kirchensteuer für die Finanzierung kirchlicher Arbeit

Die Kirchensteuer bildet das zentrale Finanzierungsinstrument für die steuererhebenden Kirchen und Religionsgemeinschaften in Deutschland³¹, die Einnahmen der Landeskirchen und Diözesen aus ihr sind sehr umfangreich³². Einnahmen erzielen sie außerdem³³ etwa

9

²⁹ *Alexander Müller / María Dolores Chica Paloma*, Steuerliche Finanzierung der katholischen Kirche in Spanien, in: KuR 2012, 61–80; *Juan Ferreiro Galguera*, Spanish Model of Church Funding, in: Náboženství (o. Fn. 22), S. 141 (147 f.); *Tiziana Giovanna Costantino*, System of Church-Funding in Italy, ebd., S. 157 (158 ff.); *Jens Petersen*, Die Finanzierung der Kirchen in Europa – insbesondere in Italien und Spanien, in: KuR 1997, S. 157–169.

³⁰ So (mit Modifikationen) *Jörg-Detlef Kühne*, Positive Bekenntnisfreiheit versus Kirchensteuererhebung im Spiegel bundesverfassungsgerichtlicher Wertungsimpulse und ausländischer Alternativmodelle, in: Recht und Macht. Festschrift für Hinrich Rüping zum 65. Geburtstag, hg. von Georg Steinberg, 2008, S. 173 (181 ff.).

³¹ Überblick hierzu *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 78 ff.

³² Aufgrund Erhebung von 2005 nahmen alle Ev. Landeskirchen in Deutschland (die EKD ist nicht Steuergläubigerin) € 3.991 Mio. Kirchensteuern und Gemeindebeiträge ein: gezählt. Evangelische Kirche in Deutschland. Zahlen und Fakten zum kirchl. Leben, 2012, S. 37; im Haushaltsplan der Ev.-luth. Landeskirche Hannovers für d. Haushaltsjahre 2013 und 2014 v. 30. 11. 2012 (KABl. S. 322) sind für 2013 Erträge aus Kirchensteuern in Höhe von € 469,7 Mio. ausgewiesen; im Entwurf des kirchl. Haushalts 2013 der

aus den hergebrachten Staatsleistungen³⁴, aus staatlichen Zuschüssen³⁵, Kollekten, Spenden und letztwilligen Verfügungen³⁶ sowie aus der Vermögensverwaltung (Guthaben, Wertpapiere und Grundstücke/Gebäude)³⁷. Dabei ist der Steueranteil auf der landeskirchlichen/diözesanen Ebene deutlich höher als auf der kirchengemeindlichen, auf der – freilich zweckgebundene – Zuschüsse zu Kindertagesstätten, Sozialstationen, Denkmalerhaltungsmaßnahmen und für andere soziale und kulturelle Zwecke eine größere Rolle spielen.³⁸

Ev.-luth. Landeskirche Bayern (<https://web.archive.org/web/20131123034556/https://www.bayern-evangelisch.de/www/ueber_uns/16974505E19B4DA69FC457155362F55E.php>) sind es € 566,3 Mio.; im Wirtschaftsplan d. Erzbistums Köln für d. Jahr 2013 v. 17.12.2012 (ABl. 2013 S. 58) € 752,5 Mio.; Haushalt 2013 d. Diözese Augsburg (ABl. S. 197) € 277,2 Mio.; dito 2012 (ABl. S. 257) € 258,7 Mio.; Haushaltsplan d. Bistums Trier für d. Rechnungsjahr 2014 v. 17.12.2013 (KABl. 2014 S. 40) € 290,0 Mio.; Haushaltsplan d. Diözese Regensburg 2012 (ABl. S. 62) € 244,6 Mio.; Bistum Essen, Haushaltsplan 2014 v. 18.11.2013 (KABl. S. 138) € 184,6 Mio.; Haushaltsplan 2013 der Diözese Würzburg (Diözesanblatt S. 210) € 145,4 Mio.; Haushaltsplan 2014 d. Diözese Osnabrück v. 10.12.2013 (KABl. S. 309) € 122,8 Mio.; Haushaltsplan im Erzbistum Berlin für d. Jahr 2013 v. 18.2.2013 (ABl. S. 22) € 87,0 Mio.; dito 2012 v. 8.3.2012 (ABl. S. 36) € 86,4 Mio.

³³ Zu den weiteren Einnahmequellen *Marré / Jurina*, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 22), S. 51 ff.

³⁴ Bei allen ev. Kirchen € 232 Mio. = 2,3 % der Einnahmen: gezählt (o. Fn. 32), S. 37; Haushalt Augsburg 2013 € 17,2 Mio. = 5,4 %, 2012 5,3 %; Haushalt Berlin 2013 € 3,9 Mio. = 2,1 %, 2012 € 3,8 Mio. = 2,1 %; Haushalt Trier 2014 € 16,2 Mio. = 4,2 %; Haushalt Würzburg 2013 € 6,9 Mio. = 4,17 % (alle o. Fn. 32).

³⁵ Evangelische Kirchen € 1.777 = 17,9 % der Einnahmen: gezählt (o. Fn. 32), S. 37; Ev.-luth. Landeskirche Hannovers 2013 € 22,3 Mio. = 4,4 %; Ev.-Luth. Landeskirche Bayern € 48,4 Mio. = 6,3 %; Erzbistum Köln 2013 € 139,3 Mio. = 14,1 %; Bistum Trier 2014 € 50,7 Mio. = 13,2 % (alle o. Fn. 32).

³⁶ Bei allen ev. Kirchen umfassen diese 2,7 % der Einnahmen: gezählt (o. Fn. 32), S. 37; Ev.-luth. Landeskirche Bayern € 3,2 Mio. = 0,4 %; Diözese Osnabrück Haushalt 2014 € 4,4 Mio. = 3,0 %; Bistum Trier 2014 € 1,0 Mio. = 0,3 % (alle o. Fn. 32).

³⁷ Ev.-Luth. Landeskirche Bayern Finanzerträge € 48,2 Mio. = 6,2 % der Einnahmen; Bistum Augsburg 2013 Pfründestiftungs- und Vermögenserträge € 15,1 Mio. = 4,9 %; Erzbistum Berlin 2013 Grund- und Kapitalvermögen € 4,5 Mio. = 2,5 %; Bistum Essen 2014 Finanzerträge € 1,8 Mio. = 0,7 %; Erzbistum Köln 2013 Erträge aus Finanzergebnis € 46,5 Mio. = 4,7 %; Bistum Trier 2014 € 18,5 Mio. = 4,8 % (alle o. Fn. 32).

³⁸ Deshalb betrug 2005 der Kirchensteueranteil an den Gesamteinnahmen aller ev. Kirchen in Deutschland (einschließlich Kirchengemeinden) nur 40,1 %; (neben 17,9 % Fördermitteln und Zuschüssen von Dritten, 20,0 % Entgelten für kirchliche Dienstleistungen [Elternbeiträge in Kindereinrichtungen, Pfarrhaus- und andere Mieten etc.] u.a.m.): gezählt (o. Fn. 32), S. 36 f.; zum Ganzen auch *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 80, 83 f.

Aber auch bei den Landeskirchen / Diözesen schwankt der Anteil der Kirchensteuer an der Gesamtheit der Einnahmen deutlich³⁹ und hängt unter anderem davon ab, in welcher Höhe Staatsleistungen vorhanden sind, ob diese an die Diözese oder den Bischöflichen Stuhl geleistet werden, ob selbständige Stiftungen zur Finanzierung kirchlicher Arbeit bestehen und ob zusschussintensive Einrichtungen wie kirchliche Schulen und Hochschulen – wie dies zumeist der Fall ist – in eigene Rechtspersonen ausgegliedert sind⁴⁰.

Die Kirchensteuereinnahmen der Landeskirchen und Diözesen gehen einerseits angesichts geringer werdender Mitgliederzahlen tendenziell zurück, andererseits nehmen sie – wenn auch in geringerem Ausmaß – dadurch zu, dass Frauen, aufgrund stärkerer Erwerbsbeteiligung und einem zunehmenden Anteil an hochqualifizierten Beschäftigungen, höhere Einkommen erzielen als in früheren Jahren, auch sind sie in erheblichem Maße konjunkturabhängig⁴¹, so dass sie in den vergangenen Jahren nach zunächst einem spürbaren Rückgang sodann vielfach wieder – zumeist nur nominell, nicht dagegen inflationsbereinigt – angewachsen sind⁴². Mittelfristig ist jedoch aufgrund der demographischen Entwicklung, eines abnehmenden Anteils der getauften Kinder und anhaltender zahlreicher Kirchengaustritte mit deutlich geringeren Kirchensteuereinnahmen zu rechnen.⁴³

10

³⁹ Ev.-luth. Landeskirche Hannovers 2013 91,9 % der ordentlichen Erträge; Diözese Augsburg 2013 87,6 %; Diözese Würzburg 2013 87,5 %; Diözese Osnabrück 83,3 %; Erzbistum Köln 76,3 %; Diözese Regensburg 2012 74,3 %; Bistum Essen 72,6 %; Bistum Trier 75,5 %; Ev.-luth. Landeskirche Bayern 73,2 % (alle o. Fn. 32).

⁴⁰ Beim Erzbistum Berlin, bei dem die Schulen in eigener Trägerschaft und die Hochschule für Sozialwesen unmittelbar über dieses abgerechnet werden, betrug daher der Kirchensteueranteil 2013 nur 47,7 % und 2012 48,8 % aller Einnahmen: Haushaltspläne 2013 und 2012 (o. Fn. 32).

⁴¹ Hierzu *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 25 ff.; *Elmar Niclas*, Zur Entwicklung der Kirchensteuer, in: Aktuelle Rechtsfragen (o. Fn. 6), S. 49–53; *Georg Immel*, Entwicklung der evangelischen Kirchensteuer, ebd., S. 55–58.

⁴² *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 31 f.; Haushalt Landeskirche Hannover 2014 € 472,0 Mio. gegenüber 2013 € 469,7 Mio.; Augsburg 2013 € 277,2 Mio. gegenüber 2012 € 258,7 Mio.; Berlin 2013 € 87,0 Mio. gegenüber 2012 € 86,4 Mio.; Trier 2014 € 290,0 Mio. gegenüber 2013 € 262,3 Mio. (alle o. Fn. 32).

⁴³ *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 25 ff.; zum Ganzen auch *ders.*, Die mitgliedschaftliche Finanzierung der kirchlichen Arbeit in Deutschland durch die Kirchensteuer, in: Kirchenfinanzen (o. Fn. 22), S. 82–126 (113 ff.).

V. Rechtsgrundlagen der Kirchensteuererhebung

1. Verfassung, Kirchenverträge und Konkordate

- 11** Das Kirchensteuerrecht bildet eine sehr umfangreiche und weitverzweigte Rechtsmaterie, die in vielen, ganz unterschiedlichen staatlichen wie kirchlichen Normengattungen wurzelt. Garantien des Steuererhebungsrechts der Religionsgemeinschaften, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, finden sich im staatlichen Verfassungsrecht⁴⁴, und zwar nicht nur im Grundgesetz (Art. 140 i.V.m. Art. 137 Abs. 6 WRV), sondern auch in vielen Landesverfassungen, teils ausdrücklich⁴⁵, teils auch im Wege einer Inkorporation des Art. 140 GG⁴⁶ oder der Staatskirchenartikel der WRV und damit des Art. 137 Abs. 6 WRV⁴⁷. Mag ihnen neben der grundgesetzlichen Regelung nur wenig eigenständige Bedeutung zukommen,⁴⁸ würden sie diese jedoch erlangen, wenn die grundgesetzliche Garantie infolge Verfassungsänderung entfielen. Daneben existieren noch kirchenvertragliche Garantien des Kirchensteuererhebungsrechts. Sie finden sich – seit dem Bayernkonkordat und den Verträgen Bayerns mit den evangelischen Landeskirchen von 1924⁴⁹ – in nahezu allen umfassenden Konkordaten und Kirchenverträgen mit dem Heiligen Stuhl⁵⁰ und mit evangelischen Landeskirchen⁵¹, manchmal auch in Vertrags-

⁴⁴ *Felix Hammer*, Verfassungs- und Kirchenvertragsgrundlagen der Kirchenfinanzierung und des Kirchenvermögens in Deutschland, in: Gott, Geld und Glaubwürdigkeit (o. Fn. 22), S. 245–255 (248 f.); *Marcel Krumm*, Einführung in die Verfassungsrechtsfragen der Kirchensteuer, in: AL 12 (2015), S. 12–19 (13 f.).

⁴⁵ Art. 143 Abs. 3 BayVerf. (vgl. dort auch Art. 145 Abs. 2); Art. 36 Abs. 4 Verf. Bbg.; Art. 51 Abs. 3 HessVerf.; Art. 43 Abs. 3 Verf. RP; Art. 37 Abs. 3 Verf. Saarl.

⁴⁶ Art. 5 Verf. BW; Art. 22 Verf. NRW; Art. 40 ThürVerf.

⁴⁷ Art. 9 Abs. 1 Verf. MV; Art. 109 Abs. 4 Verf. Sachsen; Art. 32 Abs. 5 Verf. LSA.

⁴⁸ Einzelheiten bei *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 121 ff.

⁴⁹ Art. 10 § 5 BayK; Art. 20 BayKV; Art. 13 EvKV Pfalz.

⁵⁰ Art. IV Abs. 4 BadK; Art. 13 RK mit Schlußprotokoll; Art. 14 NdsK; Art. 21 f. KathKV Sachsen mit Schlußprotokoll; Art. 25 f. KathKV Thür. mit Schlußprotokoll; Art. 18 KathKV MV; Art. 19 KathKV LSA mit Schlußprotokoll; Art. 17 f. KathKV Bbg. mit Schlußprotokoll; Art. 19 f. KathKV Bremen; Art. 16 KathKV Hmb.; Art. 16 KathKV SH.

⁵¹ So etwa: Art. II Abs. 5 BadKV; Art. 12 f. NdsKV; Art. 14 f., Zusatzvereinbarung §§ 1, 12–15 EvKV SH; Art. 17 f. EvKV Hessen; Art. 14 f. EvKV LSA mit Schlußprotokoll; Art. 17 EvKV MV; Art. 14 f. EvKV Thür.; Art. 13 f. EvKV Hmb.; Art. 22 f. EvKV BW.

werken, die lediglich Einzelaspekte regeln⁵², ebenso in einigen – freilich nicht in allen⁵³ – Verträgen mit jüdischen Gemeinden oder Landesverbänden jüdischer Gemeinden⁵⁴.

Die Regelungen der seit 1955 geschlossenen Verträge sind wesentlich ausführlicher als diejenigen der Verfassungen und erfassen – häufig auf zwei Artikel oder manchmal zudem Normen des Schlussprotokolls verteilt – verschiedene Aspekte des Kirchensteuerrechts, wie die Verwaltung und Vollstreckung der Kirchensteuern durch staatliche Finanzbehörden oder die Kommunen gegen eine Verwaltungskostenvergütung, das Erfordernis staatlicher Genehmigung für kirchliche Steuerordnungen und -beschlüsse, die Anwendung einheitlicher Zuschlag- oder Steuersätze durch die beteiligten Kirchen sowie ein Recht kirchlicher Stellen, die sich zur Wahrung des Steuergeheimnisses verpflichten, auf Auskunfterteilung in Kirchensteuerangelegenheiten.

12

2. Kirchensteuergesetze der Länder

Steuererhebung durch die Kirchen ist nur unter Einsatz staatlicher Hoheitsgewalt durchführbar.⁵⁵ Aufgrund des Rechtsstaatsprinzips und weil die Steuererhebung in Grundrechte der Steuerpflichtigen eingreift, muss der Staat sicherstellen, dass diese nur in Übereinstimmung mit den Vorgaben und Wertungen der Verfassung erfolgen kann. Sonst dürfte den Kirchen staatliche Hoheitsgewalt nicht zur Verfügung gestellt werden.⁵⁶ In der Rechtspraxis geschieht dies da-

13

⁵² Vertrag zur Ergänzung d. Vertrags d. Landes Hessen m. d. Kath. Bistümern in Hessen v. 29. 3. 1974 (GVBl. I S. 388), Art. 6, 7 mit Schlußprotokoll; Vertrag zw. d. Land RP u. d. Erzbistum Köln sowie den Bistümern Limburg, Mainz, Speyer u. Trier über Fragen d. Rechtsstellung u. Vermögensverwaltung d. Kath. Kirche v. 18. 9. 1975 (GVBl. S. 398), Art. 6, 7 mit Schlußprotokoll. Sie wurden jedenfalls mit Zustimmung des Hl. Stuhls abgeschlossen.

⁵³ Keine Regelung etwa in JüdV NRW; JüdV BW.

⁵⁴ Art. 13 f. JüdV Bbg.; Art. 10 JüdV Hmb.; Art. 12 JüdV RP.

⁵⁵ BVerfG 19, 206 (217 f.); 19, 288 (289); differenzierend *F. Kirchhof*, Grundlagen (o. Fn. 3), S. 26 ff., der i. d. R. keine Übertragung von Hoheitsgewalt auf die Kirchen, sondern (außer bei der kirchlichen Steuerrechtsetzung) Tätigwerden des Staates für die Kirchen annimmt.

⁵⁶ *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 3), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 117; *Kästner*, in: BK (o. Fn. 3), Art. 140 GG, Rn. 504; *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 140 ff., 294 f., 390 f.; *Michael Droege*, Die delegierte Steuerhoheit – Das System der Kirchensteuer im offenen Steuerstaat, in: Aktuelle Rechtsfragen (o. Fn. 6), S. 23 (38 ff.).

durch, dass die Kirchensteuergesetze der Länder⁵⁷ die wesentlichen Voraussetzungen und Modalitäten der Besteuerung festlegen. Auf ihrer Grundlage regelt dann das kirchliche Kirchensteuerrecht – mit staatlicher Genehmigung – weitere Einzelheiten. Indem aber die Kirchensteuergesetze das Fundament und den Rechtsrahmen der kirchlichen Besteuerung zur Verfügung stellen, bilden sie das Kernstück des staatlichen Kirchensteuerrechts. Sie enthalten Bestimmungen über die verschiedenen Steuerarten, deren sich die Kirchen bedienen dürfen, Beginn und Ende der Steuerpflicht, Erlass und Genehmigung kirchlicher Steuervorschriften, die Einziehung und Verwaltung der Kirchensteuer durch staatliche Finanzbehörden, Kirchensteuerabzug vom Arbeitslohn und Kapitalertrag und weitere für die Kirchensteuererhebung grundlegende Fragen. Die Gesetzgebungskompetenz für Kirchensteuergesetze steht nach Art. 137 Abs. 6 und 8 WRV den Ländern zu,⁵⁸ ihre Regelungen werden näher präzisiert und ausgeführt durch Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften⁵⁹.

3. Steuergesetze des Bundes

- 14** Ganz erhebliche Bedeutung für die Kirchensteuererhebung entfalten auch verschiedene Steuergesetze des Bundes, indem die Kirchensteuergesetze der Länder sie für diese für anwendbar erklären. Hier sind insbesondere die Abgabenordnung zu nennen, die von den Kirchensteuergesetzen aber nicht insgesamt, sondern in der Regel mit Ausnahme vor allem ihrer Straf- und Bußgeldvorschriften für anwendbar erklärt wird, weiterhin die Normen für die Maßstabsteuern, die die Entstehung der Steuerschuld regeln (insbesondere aus dem EStG zur Veranlagung und Erhebung der Einkommensteuer und zum Lohnsteuererhebungsverfahren)⁶⁰ und schließlich der – mittlerweile sehr umfangreiche und komplexe – § 51a EStG, dem im Wesentlichen

⁵⁷ Die geltenden Kirchensteuergesetze finden sich gesammelt und dokumentiert bei *Petersen*, Kirchensteuergesetze (o. Fn. 7).

⁵⁸ Dazu *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 228 ff.

⁵⁹ Gesammelt ebenfalls bei *Petersen*, Kirchensteuergesetze (o. Fn. 7); bspw.: Gleich lautende Erlasse d. obersten Finanzbehörden d. Länder betr. Kirchensteuer bei Pauschalierung d. Lohnsteuer v. 23.10.2012 (BStBl. I S. 1083).

⁶⁰ *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 230 ff., 427 ff., 479 f.; in Niedersachsen finden wesentliche Teile des Straf- und Bußgeldrechts der AO auch für Kirchensteuern Anwendung; die Verkürzung von Kirchensteuer dürfte in den übrigen Ländern nach § 263 StGB strafbar sein: letztlich offen gelassen von BGH, KirchE 51, 187 (189 f.) = HFR 2008, S. 1075.

die Funktion zukommt, eine Mustervorschrift für die Kirchensteuergesetzgebung der Länder zu bilden⁶¹. Fast ausschließlich bundesrechtlichen Vorschriften folgt der gerichtliche Rechtsschutz in Kirchensteuerstreitigkeiten, für den in einigen Ländern die VwGO gilt (weil er von den Verwaltungsgerichten gewährt wird), in anderen die FGO (weil hier die Finanzgerichte zuständig sind).⁶²

4. Codex Iuris Canonici und evangelische Kirchenverfassungen

Da der freiheitliche, säkulare Staat Kirchen und Religionsgemeinschaften nicht vorschreiben darf, wie sie sich zu finanzieren haben, bildet das staatliche Kirchensteuerrecht lediglich ein Angebot, das zugleich den Rahmen für eine Kirchensteuererhebung festlegt. Um dieses Angebot anzunehmen und zur Grundlage einer konkreten Steuererhebung zu machen, bedarf es kirchlicher Normen, die Erhebung, Verwaltung und Verwendung der Kirchensteuern durch die jeweilige Kirche anordnen und näher ausgestalten. Zudem müssen diese – sollen sie auch nach kirchlichem Recht legitime Abgaben bilden – dort eine ausreichende Rechtsgrundlage besitzen. Grundlegende Regelungen, die einer Kirchensteuererhebung zumindest nicht entgegenstehen dürfen, bilden im Bereich der katholischen Kirche der CIC, im Bereich der evangelischen (Landes-)Kirchen die jeweiligen Kirchenverfassungen.

Obwohl öffentlich-rechtliche Abgaben, die der deutschen Kirchensteuer vergleichbar sind, nur in wenigen europäischen Ländern bekannt sind und der CIC auf weltweite Geltung angelegt ist, enthält er Regelungen zu Kirchensteuern. C. 1263 erlaubt den Bischöfen an sich nur, öffentlichen juristischen Personen eine maßvolle, ihren Einkünften entsprechende Steuer aufzuerlegen. Die übrigen natürlichen und juristischen Personen dürfen nur im Fall großen Notstands zu außerordentlichen und maßvollen Abgaben herangezogen werden, unbeschadet freilich der partikularen Gesetze und Gewohnheiten, die ihnen weitergehende Rechte einräumen. Diese – als *clausula teutonica* bezeichnete – Bestimmung ermöglicht also die Erhebung von Kir-

⁶¹ Zu ihm eingehend *Jens Petersen*, in: Einkommensteuergesetz. Kommentar, hg. von Paul Kirchhof/Hartmut Söhn/Rudolf Mellinghoff, Losebl., § 51a, 262. Aktualisierung, Oktober 2015; *ders.*, Die Anknüpfung der Kirchensteuer an die Einkommensteuer durch § 51a EStG, in: Kirchensteuertag (o. Fn. 22), S. 101–163.

⁶² Zu Einzelheiten s. unten, XII.

chensteuern in Deutschland, weil sie hier auf lange währenden Rechtstraditionen beruhen.⁶³ Wichtiger noch als Rechtsgrundlage der Kirchensteuer ist c. 3 CIC, der anordnet, dass die Canones des CIC die vom Apostolischen Stuhl mit Nationen oder anderen politischen Gemeinschaften eingegangenen Vereinbarungen weder ganz noch teilweise aufheben. Sie sollen vielmehr ohne die geringste Einschränkung fortgelten. Nachdem fast alle Konkordate mit deutschen Staaten seit 1924 Vorschriften zur Kirchensteuer enthalten, ist deren Fortbestand vor allem auch durch c. 3 CIC garantiert. Damit findet für die katholische Kirche die Kirchensteuer eine ausreichende Grundlage im CIC und in den vom Heiligen Stuhl abgeschlossenen Konkordaten und Kirchenverträgen. Auf der Ebene der Deutschen Bischofskonferenz, die ansonsten im Kirchensteuerrecht keine Rechtsetzungskompetenz besitzt, existiert nur eine Partikularnorm, die die im CIC vorgesehenen Beitragspflichten der Gläubigen hinsichtlich der Erfordernisse der Kirche im Wesentlichen dahingehend konkretisiert, dass diese durch die Kirchensteuer zu erfüllen sind, und für diese feststellt, dass in Anbetracht der bestehenden vertrags- und staatskirchenrechtlichen Regelungen der Erlass einer eigenen Ordnung nach c. 1262 CIC derzeit nicht erforderlich sei.⁶⁴

- 17 Ein wesentliches Rechtsfundament der Kirchensteuererhebung im evangelischen Kirchenrecht bieten die Kirchensteuerartikel der Verfassungen zahlreicher Landeskirchen, die aber im Einzelnen sehr unterschiedlich ausgestaltet sind. Manche setzen die Existenz von Kirchensteuern voraus und bestätigen diese dadurch, dass sie Einzelaspekte regeln.⁶⁵ Andere Verfassungen sehen ausdrücklich ein Recht der Landeskirche und teilweise auch von Kirchenkreisen und Kirchengemeinden vor, Kirchensteuern und sonstige Abgaben zu erhe-

⁶³ Alexander Hollerbach, Kirchensteuer und Kirchenbeitrag, in: HKKR², S. 1078 (1080 f.); Marré/Jurina, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 22), S. 9 f.; Fischer, Finanzierung (o. Fn. 17), S. 88 ff., 246; Matthias Pulte, Kirchenrechtliche Vorgaben für Kirchenfinanzierung und kirchliche Vermögensverwaltung, in: Kirchenfinanzen (o. Fn. 22), S. 127–152 (131 ff.).

⁶⁴ Partikularnorm Nr. 17 zu c. 1262 CIC Kirchensteuer (Beitragspflicht der Gläubigen hinsichtlich der Erfordernisse der Kirche), rekonstruiert mit Dekret d. Bischofskongregation v. 16. 5. 1995 u. 12. 9. 1995 (KABl. Rottenburg-Stuttgart S. 613).

⁶⁵ So Art. 102 Abs. 2 und Art. 103 Grundordnung der Ev. Landeskirche in Baden v. 28. 4. 2007 (GVBl. S. 81), die nur die Zuständigkeiten für die Feststellung der Arten und der Hebesätze der Kirchensteuern und deren Form regeln, ähnlich Art. 22 Abs. 2 Nr. 5 Kirchl. Gesetz, betr. d. Verf. d. Ev. Landeskirche in Württemberg v. 24. 6. 1920 (ABl. 19 S. 199).

ben⁶⁶, statuieren eine Pflicht der Gemeindeglieder, durch freiwillige Opfer und pflichtgemäße Abgaben den Dienst der Gemeinde mitzutragen⁶⁷, oder stellen fest, dass die Landeskirche bzw. die Kirchenkreise und Kirchengemeinden von den Kirchenmitgliedern Steuern und sonstige Abgaben erheben⁶⁸, oder dass der kirchliche Finanzbedarf durch Kirchensteuern und sonstige Einnahmen gedeckt werde⁶⁹. So unterschiedlich diese Normen im Einzelnen ausgestaltet sind und unabhängig davon, ob sie ein kirchliches Besteuerungsrecht ausdrücklich begründen wollen oder von seiner Existenz ausgehen, enthalten sie doch die klare Aussage, dass dieses als zentrales kirchliches Finanzierungsinstrument dem Willen der Verfassungen entspricht. Damit findet die Kirchensteuer nicht nur in den Bestimmungen der Kirchenverträge, sondern vor allem auch in denjenigen der Kirchenverfassungen eine feste Grundlage.

5. Kirchensteuerordnungen

Die kirchengesetzliche Grundlage für die Festsetzung, Erhebung und Durchsetzung der Kirchensteuern bilden die Kirchensteuerordnungen⁷⁰ und Kirchensteuerbeschlüsse, die von den Landeskirchen, den Diözesen und den steuererhebenden jüdischen Gemeinden und Gemeinschaften erlassen werden. Die Aufteilung in zwei verschiedene Normkomplexe ist ein historisches Relikt aus der Zeit, als Kirchensteuern noch eine subsidiäre Abgabe bildeten, weil damals der Steuersatz für jede Etatperiode neu zu bestimmen war, entspricht aber weithin noch geltendem Recht, indem viele Kirchensteuergesetze verlangen, dass die Höhe der Kirchensteuern aufgrund zeitlich

18

⁶⁶ Bereits Art. 3 Verf. der ev.-luth. Kirche in Bayern rechts d. Rheins v. 10./16. 9. 1920 (ABl. Nr. 28); weiterhin Art. 21 Abs. 1 Verf. d. Ev.-luth. Landeskirche Hannovers zuletzt geändert durch KG v. 13. 6. 2017 (KABl. S. 51).

⁶⁷ Art. 17 Abs. 2 S. 2 Kirchenordnung d. Ev. Kirche v. Westfalen i. d. F. d. B. v. 14. 1. 1999 (KABl. S. 1).

⁶⁸ Art. 122 Abs. 2 Verf. d. Ev.-Luth. Kirche in Norddeutschland (Nordkirche) v. 7. 1. 2012 (KABl. S. 2), ergänzt durch diverse weitere Bestimmungen zur Kirchensteuer in Art. 122–124.

⁶⁹ Art. 86 Abs. 1 Verf. d. Ev. Kirche in Mitteldeutschland v. 5. 7. 2008 (ABl. EKM S. 183); ähnlich Art. 82 Abs. 1 Verf. d. Ev.-Luth. Kirche in Bayern in d. Neufassung v. 6. 2. 1999 (KABl. 2000 S. 10).

⁷⁰ Der ev. Landeskirchen, der kath. Diözesen, der jüdischen Gemeinden und Religionsgemeinschaften, der Altkatholischen Kirche und von Freireligiösen Gemeinden dokumentiert bei *Petersen*, Kirchensteuergesetze (o. Fn. 7).

befristeter Normen festzusetzen ist.⁷¹ In der Gegenwart, in der stets die gleichen Steuersätze zur Anwendung kommen, wäre es nur folgerichtig, auch sie in den Kirchensteuerordnungen zu regeln. Weil die Kirchensteuergesetze – entsprechend ihrem Wesen als Angebot an die Kirchen und Religionsgemeinschaften, auf ihrer Grundlage Steuern erheben zu dürfen – an verschiedenen Stellen offene Normierungen enthalten, bedürfen sie der Konkretisierung durch kirchliches Recht, die ganz wesentlich in den Kirchensteuerordnungen erfolgt. Sie regeln etwa, welche der in den Kirchensteuergesetzen zur Verfügung gestellten Kirchensteuerarten zum Einsatz kommen sollen. Weil sie auf der Grundlage der Kirchensteuergesetze aufbauen, haben sie deren Direktiven und Rahmen strikt einzuhalten. Angesichts der Offenheit der Kirchensteuergesetze und weil es sich bei Kirchensteuerordnungen (und Kirchensteuerbeschlüssen) ebenfalls um Gesetzesrecht handelt (wenn auch um kirchliches⁷²), ist dem Grundsatz der Gesetz- oder Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung Genüge getan, wenn alle wesentlichen Umstände der Besteuerung in einem dieser drei Normenkomplexe geregelt sind, die sich damit ergänzen.⁷³ Weil die Kirchensteuerordnungen die kirchliche Besteuerung und damit die Ausübung hoheitlicher Gewalt näher ausgestalten, bedürfen sie staatlicher Genehmigung, weil nach Art. 20 Abs. 1 GG alle Staatsgewalt vom Volke ausgehen und damit demokratisch verantworteter Kontrolle unterliegen muss.⁷⁴

6. Kirchensteuerbeschlüsse

- 19 Im Gegensatz zu den Kirchensteuerordnungen, die sie ergänzen, ergehen Kirchensteuerbeschlüsse⁷⁵ hergebrachter Weise zeitlich befristet⁷⁶ und enthalten zumeist nur Bestimmungen über die anzu-

⁷¹ *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 137 ff.

⁷² Weswegen sie nicht der Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG unterliegen: BVerwG, *KirchE* 39, 2 (4).

⁷³ BVerfGE 73, 388 (400); *Rainer Rausch*, 14. Dezember 1965 – 50 Jahre Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur Kirchensteuer, in: *KuR* 22 (2016), S. 69–88 (76); *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 252, 390 f.

⁷⁴ *Hammer*, ebd., S. 149 f., 192, 252, 407 ff.

⁷⁵ Wie die Kirchensteuerordnungen (o. Fn. 70) bei *Petersen*, Kirchensteuergesetze (o. Fn. 7).

⁷⁶ Etwa: Diözesankirchensteuerbeschluss für d. Haushaltsjahr 2013 für d. Diözese Speyer (rheinland-pfälzischer Teil) v. 14. 12. 2012 (OVb 2013 S. 406). Ausnahmen bilden: Diözesan-Kirchensteuerbeschluss bis auf Weiteres für d. Bistum Trier, rheinland-pfälzischer Gebietsteil sowie saarl. Gebietsteil,

wendenden Kirchensteuer(zuschlag)sätze und -tarife (einschließlich der Werte für das Kirchgeld in glaubensverschiedener Ehe, sofern ein solches erhoben wird). Manchmal finden sich weitere Regelungen, so zu Kappung und Teilerlass der Kirchensteuer bei außerordentlichen Einkünften⁷⁷.

7. Weitere kirchensteuerrechtliche Regelungen: Kirchensteuervertretungen u. a. m.

Manchmal existieren weitere Normen, die systematisch eigentlich Teil der Kirchensteuerordnung oder des Kirchensteuerbeschlusses sind, aber eine eigenständige Regelung gefunden haben.⁷⁸ Außerdem beschränken sich die kirchlichen Kirchensteuervorschriften keineswegs auf die Entstehung und Erhebung der Steuern, sondern regeln verschiedene weitere Zusammenhänge. So ist die Verteilung des Steueraufkommens zwischen Kirchengemeinden und Landeskirchen oder Diözesen, unter Umständen auch noch Kirchenkreisen etc. zu ordnen.⁷⁹ In Bayern, wo die Kirchensteuerverwaltung (außer bei der

20

v. 14.12.2012 sowie staatl. Anerkennungen (KABl. 2013 S. 89, 90). Mischformen, die nur ein Steuerjahr erfassen, aber festlegen, dass die festgesetzten Steuern weiter erhoben werden, falls kein neuer Beschluss gefasst und staatlich anerkannt wird, sind mittlerweile nicht selten, so Diözese Mainz, Kirchensteuerbeschluss rheinland-pfälzischer Anteil u. hessischer Anteil v. 15.12.2012 (KABl. 2013 S. 13, 14); manchmal wird dies in der staatl. Anerkennung eigens bestätigt, so die Genehmigung v. 25.10.2011 z. Kirchensteuerbeschluss d. Erzdiözese Paderborn für ihren hessischen Teil v. 30.9.2011 (KABl. 2012 S. 27).

⁷⁷ So § 3 Diözese Speyer (o. Fn. 76).

⁷⁸ Bspw.: Richtlinie über den Erlass von Kirchensteuer im Bistum Dresden-Meißen v. 12.12.2017 (KABl. S. 267); Erzdiözese Paderborn, Regelung über die Festsetzung v. Kirchensteuerhöchstbeträgen v. 23.3.2012 (KABl. S. 59, betr. Kirchensteuerkappung); dito Gewährung eines Teilerlasses bei Vorliegen von außerordentlichen Einkünften (Hessen/Nds.) v. 4.12./22.11.2013 (KABl. 2014 S. 9); diözesanrechtliche Vorgaben für örtliche Kirchgeldsatzungen treffen: Diözese Eichstätt, Erhebung eines gestaffelten Kirchgeldes: Änderung d. Staffelung v. 2.2.2012 (Pastoralblatt S. 114); Diözese Würzburg, Kirchgeld: neue Einkommensgrenzen v. 7.12.2011 (Diözesanblatt 2012 S. 412).

⁷⁹ Bspw.: Ev. Landeskirche in Württemberg: Grundsätze z. Festlegung u. Verteilung d. Anteils d. Kirchengemeinden am Aufkommen d. einheitlichen Kirchensteuer (Verteilungsgrundsätze) v. 11.3.1995 (ABl. 56 S. 369), zuletzt geändert d. B. v. 20.7.2005 (ABl. S. 333); KG über d. Aufteilung d. Kirchensteuer in d. Ev. Landeskirche Anhalts, v. 19.11.1990 (ABl. 1991 S. 8), geändert d. G. v. 25.11.1997 (ABl. 1998 S. 9); Ordnung über d. Zuweisung v. Kirchensteuermitteln an d. kath. Kirchengemeinden u. deren Einrichtungen im nordrhein-

Lohn- und Kapitalertragsteuer) kirchlichen Stellen obliegt, sind Vorschriften über Aufgaben, Zuständigkeit, Organisation, Zusammensetzung und weitere Fragen der Kirchensteuerbehörden erforderlich.⁸⁰

- 21 Die Kirchensteuergesetze Baden-Württembergs und Bayerns⁸¹ verlangen bis heute, dass bei den steuererhebenden Kirchen Kirchensteuervertretungen bestehen, die die Haushaltspläne und die Ordnungsgemäßheit ihrer Einhaltung, ebenso diejenige der Verwendung kirchlicher Finanzmittel kontrollieren und bei der Kirchensteuerrechtsetzung mitwirken⁸², bekannt sind sie jedoch auch sonst in Deutschland, sie sind dort aber nicht mehr staatsgesetzlich vorgeschrieben. Historisch haben sie ihre Wurzeln im staatlichen Recht des späten 19. Jahrhunderts, insbesondere in den preußischen Kirchenvorständen von 1875; Kirchensteuervertretungen ordneten aber auch andere Gesetze an, die die Möglichkeit zur Kirchensteuererhebung schufen⁸³. Bei den evangelischen Landeskirchen lag und liegt die

westfälischen Teil d. Bistums Münster v. 30.11.2012 (KABl. S. 337); Satzung über d. Verteilung d. einheitlichen Kirchensteuer aus d. Lohn- u. Einkommensteuer in d. Diözese Rottenburg-Stuttgart v. 14.10.1996 (KABl. S. 198), zuletzt geändert 25.11.2008 (KABl. S. 399).

⁸⁰ Satzung für d. gemeinschaftlichen kirchl. Steuerverbände in d. bay. (Erz-)Diözesen (= DStVS) i. d. F.v. 1.1.2018 (ABl. Regensburg S. 95); Wahlordnung für d. Steuerausschüsse d. gemeinschaftlichen kirchl. Steuerverbände in d. bay. (Erz-)Diözesen (= DStVWO) i. d. F.v. 1.1.2018 (ABl. Regensburg S. 107); Satzung für d. gemeindlichen kirchl. Steuerverbände in d. bay. (Erz-)Diözesen (= GStVS) i. d. F.v. 1.1.2018 (ABl. Regensburg S. 80); Wahlordnung für d. Kirchenverwaltungen d. gemeindlichen kirchl. Steuerverbände in d. bay. (Erz-)Diözesen (= GStVWO) i. d. F.v. 1.1.2018 (ABl. Regensburg S. 90).

⁸¹ § 2 Abs. 2 Nr. 1 u. 2, § 9 Abs. 1, § 10 Abs. 1, § 13 KiStG BW; Art. 5 KiStG Bay.

⁸² Zu diesen *Marré / Jurina*, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 22), S. 83 ff.; *Heiner Marré*, Elemente des Kirchensteuerrechts in Deutschland, in: Die Kirche und ihr Geld. Kirchensteuer, hg. von dems. / Ludger Krösmann / Lothar Roos, 1995, S. 27 (40 ff.); *ders.*, Das kirchliche Besteuerungsrecht, in: HSKR², Bd. 1, S. 1101 (1144 ff.); *Josef Jurina*, Die Kirchensteuerräte der deutschen Diözesen, in: Recht in Kirche und Staat. Joseph Listl zum 75. Geburtstag, hg. von Wilhelm Rees, 2004, S. 683–704; *Josef Binder / Dirk-Hermann Voß*, Der Steuerausschuss des Bistums Augsburg – Organ diözesaner Vermögensverwaltung nach Bayerischem Partikular- und Staatskirchenrecht sowie universalkirchlichem Recht, in: KuR 2008, S. 184–206.

⁸³ *Jurina*, Kirchensteuerräte (o. Fn. 82), S. 684 ff.; *ders.*, Die konstituierende Sitzung der ersten Kirchensteuervertretung der Erzdiözese Freiburg am 6. November 1900, in: Freiburger Diözesan-Archiv, 123. Bd. (2003), S. 71–97; *Paul Kirchhof*, Der Auftrag der Kirchen und ihre Finanzierung, in: Lebendige Seelsorge 2002, S. 172 (172 ff.); *Marré*, Besteuerungsrecht (o. Fn. 82), S. 1145.

Zuständigkeit hierfür bei den Synoden, weil sie zentrales Gesetzgebungsorgan sind und ihnen die Beschlussfassung über den Haushaltsplan obliegt⁸⁴ oder Regelungen des kirchlichen Steuer- und Beitragsrechts eines Kirchengesetzes bedürfen⁸⁵, auf örtlicher Ebene bei Kirchengemeinderäten, Kirchenvorständen oder Presbyterien⁸⁶. In den katholischen Diözesen, die sich zunächst nur widerstrebend den staatlichen Anordnungen beugten, erhielten diese Gremien im Gefolge des II. Vatikanischen Konzils (1962–65) und der Gemeinsamen Synode der Bistümer in der Bundesrepublik Deutschland (1971–75) neue Gestalt und neues Gewicht,⁸⁷ es sind dies die Kirchensteuerräte, Diözesansteuerausschüsse und in der Diözese Rottenburg-Stuttgart der Diözesanrat⁸⁸. Sie bestehen neben geborenen und berufenen meist mehrheitlich aus gewählten Mitgliedern.⁸⁹ Ihre Aufgaben, Arbeitsweise, Zusammensetzung und das Wahlrecht ihrer gewählten Mitglieder bedarf kirchenrechtlicher Regelung, diese findet sich in einer Vielzahl von Normen⁹⁰.

⁸⁴ *Heinrich de Wall / Stefan Muckel*, Kirchenrecht, 4. Aufl. 2014, S. 341 f.; vgl. auch *Marré / Jurina*, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 22), S. 83; ausdrückliche Regelung bspw. in Art. 102 insbes. Abs. 2 GO Baden (o. Fn. 65); für die Kirchensteuerbeschlüsse finden sich ausdrückliche Zuweisungen in den Kirchensteuerordnungen – KiStO (o. Fn. 70), so: §§ 5 f. KiStO d. Ev. Landeskirche in Württemberg v. 17.9.1991 (ABl. S. 81), zuletzt geändert durch G. v. 13.9.1994 (ABl. S. 272); § 2 Abs. 3 KG d. Konföderation ev. Kirchen in Nds. über d. Erhebung v. Kirchensteuern in d. ev. Landeskirchen (Gemeinsame KiStO); § 2 Abs. 4 KiStO für d. Ev. Kirche v. Kurhessen-Waldeck; § 3 Abs. 1 KiStO d. ev. Landeskirche Sachsen.

⁸⁵ Art. 102 Abs. 2 GO Baden (o. Fn. 65); Art. 72 Abs. 1 Nr. 5 Verf. Ev.-Luth. Kirche Bayern (o. Fn. 69); § 22 Abs. 2 Nr. 5 KVerf. Württemberg (o. Fn. 65).

⁸⁶ Etwa Art. 103 S. 2 GO Baden (o. Fn. 65); in den Kirchensteuerordnungen (o. Fn. 70, 84) bspw. § 7 KiStO Württemberg; § 2 Abs. 3 Gemeinsame KiStO Nds.; § 7 Abs. 1 KiStO Kurhessen-Waldeck; § 3 Abs. 2 KiStO Sachsen; *Marré*, Elemente (o. Fn. 82), S. 40.

⁸⁷ *Marré*, Besteuerungsrecht (o. Fn. 82), S. 1145 f.

⁸⁸ § 6 KiStO d. Diözese Rottenburg-Stuttgart i. d. F.v. 1.1.1973 (KABl. S. 233), zuletzt geändert 12.3.1986 (KABl. S. 449); § 1 Nr. 4 Satzung für d. Diözesanrat i. d. F.v. 29.9.2018 (KABl. 2019 S. 263).

⁸⁹ *Hollerbach*, Kirchensteuer (o. Fn. 63), S. 1083 f.; *Marré / Jurina*, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 22), S. 83 ff.; *Marré*, Elemente (o. Fn. 82), S. 40 ff.; ein Beispiel bildet: Besetzung d. Kirchensteuerrates d. Röm.-Kath. Kirche im Oldenburgischen Teil d. Diözese Münster (KABl. 2012 S. 110).

⁹⁰ Bspw. Satzung d. Kirchensteuerrates d. Erzdiözese Köln i. d. F.d.B.v. 21.1.2010 (ABl. S. 76) / Wahlordnung für d. Kirchensteuerrat d. Erzdiözese Köln i. d. F.d.B.v. 21.1.2010 (ABl. S. 78); Wahlordnung für d. Kirchensteuerrat d. Diözese Essen i. d. F.d.B.v. 5.9.2014 (KABl. S. 154); zur Diözese Rottenburg-Stuttgart s.o. Fn. 88.

8. Abgrenzung staatlicher und kirchlicher Rechtsetzungsbefugnisse

22 Dass die Kirchensteuer zu den *res mixtae*, den gemeinsamen Angelegenheiten von Kirche und Staat, zählt,⁹¹ kann nicht bedeuten, dass beiden hier undifferenziert oder gar gemeinsam Regelungsbefugnisse zukommen könnten. Vielmehr sind diese im Einzelnen scharf getrennt, beiden Seiten steht für verschiedene Aspekte, dann aber allein, das Recht zu, Vorschriften zu erlassen.⁹² Diese müssen sich freilich ergänzen, damit das Kirchensteuerrecht ein funktionsfähiges Ganzes bilden kann – und in eben diesem Sinne ist das Kirchensteuerrecht eine *res mixta*.⁹³ Als Konsequenz dessen sind Kirchensteuervorschriften nur dann recht- und verfassungsmäßig zustande gekommen, wenn sie vom zutreffenden Gesetzgeber erlassen wurden und keinen Übergriff in die Rechte der jeweils anderen Seite bilden. Dabei ist der staatliche Gesetzgeber stets dann zur Regelung berufen, wenn es um die Frage der Voraussetzungen, Art, Weise und Grenzen der Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt geht, deren Einsatz für die Steuererhebung unabdingbar ist (insbesondere um die Beachtung der Grundrechte und des Rechtsstaatsprinzips), und um deren gerichtliche Kontrolle⁹⁴, dagegen hat der kirchliche Gesetzgeber tätig zu werden, wenn die staatlichen Rahmenvorgaben inhaltlich näher auszugestalten sind und darüber zu entscheiden ist, welche Steuerarten oder Steuerzuschlagsätze⁹⁵ eine Religionsgemeinschaft nutzen möchte, wenn Fragen besonderer kirchlicher Billigkeitsmaßnahmen zu beantworten sind. Diese Dinge können – in Ausfüllung ihres Selbstbestimmungsrechts (Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV/Art. 140 GG), aber auch ihrer korporativen Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) – nur die Kirchen und Religionsgemeinschaften entscheiden. Dabei muss sich der Staat jedoch auch insoweit ein Genehmigungsrecht für kirchliche Steuervorschriften vorbehalten, um jederzeit sicherstellen zu können, dass diese nicht gegen verfassungsrechtliche Vorgaben

⁹¹ Marré, Besteuerungsrecht (o. Fn. 82), S. 1110 f. (m. w. N.); Axer, Kirchensteuer (o. Fn. 4), insbes. S. 17 ff.; Josef Jurina, Die Kirchensteuer als gemeinsame Angelegenheit von Staat und Kirche, in: Kirchensteuertag (o. Fn. 22), S. 27 (insbes. 29 f., 39).

⁹² Hammer, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 227 f., 232 ff., 241 ff.

⁹³ Axer, Kirchensteuer (o. Fn. 4), S. 17; Rausch, 14. Dezember (o. Fn. 73), S. 73.

⁹⁴ Hammer, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 247 f.

⁹⁵ Dazu etwa BFHE 176, 382 = ZevKR 40 (1995), S. 358, m. Anm. Christian Meyer = JZ 1996, S. 569 (570 f.), m. Anm. Felix Hammer (573 f.).

verstoßen⁹⁶, etwa indem sie das Existenzminimum der Steuerpflichtigen besteuern⁹⁷ oder eine Besteuerung mit erdrosselnder Wirkung ermöglichen⁹⁸. Dabei ist er aber strikt auf eine Missbrauchskontrolle beschränkt, eine Einmischung in materiell-inhaltliche Aspekte, vor allem wenn sie eine pastoral-geistliche Dimension besitzen, ist ihm als säkularem, religiös neutralem Staat von vornherein verwehrt⁹⁹.

VI. Verfassungsgarantie der Kirchensteuer

1. Inhalt der Verfassungsgarantie

Art. 137 Abs. 6 WRV / Art. 140 GG, der eine allen anderen Regelungen gleichwertige Komponente der Verfassung bildet¹⁰⁰, beschränkt das Steuererhebungsrecht folgerichtig auf Religionsgemeinschaften, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind¹⁰¹. Da bürgerliche Steuerlisten im Sinne der Norm nicht mehr existieren, sind ihnen stattdessen staatliche Steuerdaten zur Verfügung zu stellen, die geeignet sind, die Kirchensteuererhebung durchzuführen.¹⁰² Zwar ermöglicht Art. 137 Abs. 6 WRV nur eine Steuererhebung nach näherer Maßgabe des Landesrechts, doch überlässt er die Ausgestaltung nicht dem gesetzgeberischen Belieben der Länder, sondern gibt diesen – jedenfalls – drei Grundsätze vor, die sie zu respektieren haben: 1. hat

23

⁹⁶ Dazu eingehend *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 407 ff.

⁹⁷ Zu dieser allgemeinen Grenze jedenfalls der auf das Einkommen zugreifenden Besteuerung: BVerfGE 87, 153 = BStBl. II 1993, S. 413; BVerfG, in: HFR 1997, S. 693.

⁹⁸ *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 305, 337, 409.

⁹⁹ Dazu (m. w. N.) *Felix Hammer*, Religionsfreiheit und freiheitliches Staatskirchenrecht unter der säkularen Verfassungsordnung des Bonner Grundgesetzes, in: Religionsfreiheit Gastfreundschaft Toleranz, hg. von Christoph Böttigheimer / Florian Bruckmann, 2009, S. 82–107 (85 ff.).

¹⁰⁰ BVerfGE 19, 206 (219) = KirchE 7, 338.

¹⁰¹ *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 3), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 109 f.; *Kästner*, in: BK (o. Fn. 3), Art. 140 GG, Rn. 528 f.; *Droege*, Steuerhoheit (o. Fn. 56), S. 30 f.

¹⁰² *Burkhard Kämper*, § 192 Kirchensteuer, in: Leitgedanken des Rechts. Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, hg. von Hanno Kube u. a., Bd. 2, 2013, S. 2103 (2108); *Kästner*, in: BK (o. Fn. 3), Art. 140 GG, Rn. 516. Diese Datenweitergabe (gem. § 31 AO) bildet keine Verletzung des Steuergeheimnisses: FG Düsseldorf, in: EFG 2007, S. 656; bei Zusammenveranlagung hat das Finanzamt auch die Einkünfte eines nichtkirchenangehörigen Ehegatten mitzuteilen, wenn diese für die Festsetzung von Kirchensteuer Bedeutung besitzen: FG München, KirchE 50, 295 (298 f.).

das Besteuerungsrecht ergiebig zu sein und darf nicht leerlaufen (weil sonst die Norm sinnlos wäre), 2. muss die Abgabe den Charakter einer Steuer besitzen und 3. müssen die Kirchen die Möglichkeit haben, sich an die staatliche Steuererhebung anzulehnen (wegen der Wendung „aufgrund der bürgerlichen Steuerlisten“).¹⁰³ Art. 137 Abs. 6 WRV begründet eine Pflicht des Staates, in Rechtsetzung und Vollzug die Möglichkeit geordneter Erhebung und Verwaltung der Kirchensteuern sicherzustellen; als unmittelbar in der Verfassung wurzelnde Wertentscheidung kann das Steuererhebungsrecht die Religionsfreiheit der Steuerpflichtigen einschränken, wenn dies für die Durchführung einer geordneten Besteuerung erforderlich ist und aufgrund einer Abwägung der beteiligten Interessen angemessen erscheint.¹⁰⁴

- 24** Eine Pflicht des Staates, sein Steuersystem so zu gestalten, dass Kirchensteuern auf seiner Grundlage möglichst einfach und unaufwändig erhoben werden können, existiert nicht¹⁰⁵, eine Grenze ist erst erreicht, wenn für die Kirchen schädliche Steuerrechtsgestaltungen gewählt werden, obwohl ebenso gute andere zur Verfügung stünden, oder diese gar die Kirchensteuererhebung erschweren sollen. Auch ein Mitgestaltungsanspruch der Kirchen an der Gesetzgebung über die Maßstabsteuern der Kirchensteuer¹⁰⁶ kann schon deswegen nicht der Verfassung zu entnehmen sein, weil er gegen das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG verstieße, dagegen kommen ihnen als Betroffenen der Gesetzgebung Anhörungs- und Äußerungsrechte im Gesetzgebungsverfahren bzw. in dessen Vorfeld zu¹⁰⁷. Auch wenn

¹⁰³ *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 219 ff. (insbes. 220); vgl. auch *Muckel*, in: *Berliner Kommentar* (o. Fn. 3), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 104.

¹⁰⁴ BVerfG, KirchE 52, 1 (5) = DVBl. 2008, S. 1184; vgl. auch EGMR, in: NVwZ 2011, S. 1503 = DÖV 2011, S. 408 = KirchE 57, 118 – Wasmuth; BayVerfGH, in: DÖV 2011, S. 282; FG München, in: EFG 2003, S. 637 (Tz. 13); VGH BW, KirchE 55, 266 = AfKR 179 (2010), S. 219 (223 ff.), restriktiver BVerwG, in: ZevKR 58 (2013), S. 91 (Tz. 20 f., 35); vgl. auch OVG RP, in: KuR 2017, S. 89 (Ls.).

¹⁰⁵ *Kästner*, in: BK (o. Fn. 3), Art. 140 GG, Rn. 517; *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 222 f.; a.A. *Paul Kirchhof*, Die Kirchensteuer im System des deutschen Steuerrechts, in: *Kirchensteuer. Notwendigkeit und Problematik*, hg. von Friedrich Fahr, 1996, S. 53 (69 f.).

¹⁰⁶ So aber *Marré*, Besteuerungsrecht (o. Fn. 82), S. 1132; *ders.*, Elemente (o. Fn. 82), S. 37; unklar *P. Kirchhof*, Kirchensteuer (o. Fn. 105), S. 68 f.

¹⁰⁷ *Kästner*, in: BK (o. Fn. 3), Art. 140 GG, Rn. 518; *Jörg Giloy*, Alternative Bemessungsgrundlagen für die Kirchensteuer vom Einkommen, in: *Kirchensteuertag* (o. Fn. 22), S. 165 (166); *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 224 f., 232 f.

Art. 137 Abs. 6 WRV keine ausdrückliche Beschränkung des Steuererhebungsrechts auf Kirchenmitglieder enthält¹⁰⁸, ergibt sich eine solche doch aus dem Verfassungskontext, insbesondere aus der (negativen) Religionsfreiheit bei natürlichen und aus Art. 2 Abs. 1 GG bei juristischen Personen sowie aus der Regelung des Art. 137 Abs. 1 WRV / Art. 140 GG¹⁰⁹. Soweit die Kirchensteuer eine Förderung der dadurch begünstigten Religionsgemeinschaften bewirkt, steht dies mit der Verfassung in Einklang.¹¹⁰ Sie wäre nur dann ausgeschlossen, wenn sich der Staat durch sie mit einzelnen Bekenntnissen identifizierte, sie privilegierte oder wenn sich sonst staatskirchliche Rechtsformen herausbildeten.¹¹¹ Das Kirchensteuererhebungsrecht steht jedoch allen Bekenntnissen offen, die die in Art. 137 Abs. 6 WRV und in den Kirchensteuergesetzen normierten Voraussetzungen erfüllen, und ermöglicht ausschließlich eine Besteuerung von Mitgliedern, die sich durch Austritt der Zahlungspflicht entledigen können, wenn sie den Glauben der besteuernenden Gemeinschaft nicht mehr teilen¹¹², so dass eine Privilegierung einzelner Bekenntnisse zweifelsfrei nicht gegeben ist.

2. Beteiligung staatlicher Stellen bei Festsetzung, Erhebung und Durchsetzung der Kirchensteuer

Die Beteiligung staatlicher Finanzbehörden (und bei Ortskirchensteuern der Gemeinden) an der Festsetzung, Verwaltung und Durchsetzung der Kirchensteuer, wofür der Staat pauschalen Kostenersatz in Höhe von 2–4 % des Kirchensteueraufkommens fordert, begegnet

25

¹⁰⁸ Zu den historischen Gründen *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 48 f.

¹⁰⁹ BVerfGE 19, 206 = KirchE 7, 338; BVerfGE 19, 226 = KirchE 7, 310; BVerfGE 19, 242 = KirchE 7, 319; BVerfGE 19, 268 = KirchE 7, 352; BVerfGE 19, 282 = KirchE 7, 363; BVerfGE 44, 37; BVerfGE 44, 59 = DÖV 1977, S. 444 m. Anm. Joseph Listl; *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 204 f., 251–254, 261–267, 322 f.; *Krumm*, Einführung (o. Fn. 44), S. 15 f.

¹¹⁰ *Müller-Franken*, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 3), 36; *Droege*, Steuerhoheit (o. Fn. 56), S. 37 f.; *Hanno Kube*, Staatliche Religionsförderung durch Steuer- und Abgabenrecht, in: Grund und Grenzen staatlicher Religionsförderung unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses von Staat und Katholischer Kirche in Deutschland, hg. von Matthias Pulte / Ansgar Hense, 2014, S. 143–163 (158).

¹¹¹ BVerfGE 123, 148 = KirchE 53, 290 (310 f.); LVerfG LSA, in: DÖV 2013, S. 278 u. NVwZ-RR 2013, S. 393; OVG Bbg., KirchE 47, 174 (193 ff.) = LKV 2006, S. 39.

¹¹² S. dazu unten X. 1. sowie *Michael Germann / Wolfgang Rübner*, → § 30.

keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Sieht Art. 137 Abs. 6 WRV / Art. 140 GG vor, dass der Staat den Kirchen Hoheitsgewalt zum Zwecke der Besteuerung überlässt, darf er ihnen auch seine Finanzverwaltung zur Verfügung stellen, die dann diese Hoheitsgewalt selbst ausübt – dies bewegt sich in dem von der Norm vorgegebenen Rahmen¹¹³. Der Grundsatz der Trennung von Staat und Kirche steht dem nicht entgegen. Das Grundgesetz hat diesen durch seine staatskirchenrechtliche Gesamtregelung näher ausgestaltet. Hinsichtlich der Kirchensteuer sieht dabei Art. 137 Abs. 6 WRV / Art. 140 GG ein Zusammenwirken des Staates mit den Kirchen vor, das – wegen Art. 137 Abs. 1 WRV / Art. 140 GG – lediglich keine staatskirchlichen Rechtsformen annehmen darf, was aber bei der Verwaltung der Kirchensteuer durch die staatliche Finanzverwaltung nicht der Fall ist.¹¹⁴ Die Bediensteten der Finanzverwaltung können sich nicht unter Berufung auf ihre Glaubens- und Gewissensfreiheit weigern, am Kirchensteuereinzug mitzuwirken: Ihre Tätigkeit erfordert weder ein Bekenntnis noch eine positive Einstellung zu Religiösem; soweit ihre dienstliche Tätigkeit den Kirchen Vorteile bringt, erfüllen sie eine öffentliche Aufgabe und können sich als Amtswalter gar nicht auf Grundrechte berufen.¹¹⁵

3. Steuerberechtigte und steuererhebende Religionsgemeinschaften; Kirchensteuergläubiger

- 26** Steuerberechtigt sind alle Religionsgemeinschaften, die die in Art. 137 Abs. 6 WRV genannte einzige Voraussetzung erfüllen, dass sie den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts innehaben, wobei für eine Steuererhebung noch hinzukommen muss, dass sie über ein Kirchensteuerrecht verfügen, das die teilweise offenen Vorgaben des staatlichen Kirchensteuerrechts so ausfüllt, dass Kirchensteuern gegenüber ihren Mitgliedern festgesetzt und erforderlichen-

¹¹³ Dazu *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 216 f.; *ders.*, Die mitgliederschafliche Finanzierung (o. Fn. 43), S. 89 ff.; *Korioth*, Kirchensteuern (o. Fn. 3), S. 22 ff.; *P. Kirchhof*, Kirchensteuer (o. Fn. 105), S. 67 f.; *Krumm*, Einführung (o. Fn. 44), S. 16 f.; *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 191 f., 221 f.

¹¹⁴ *Kästner*, in: BK (o. Fn. 3), Art. 140 GG, Rn. 551; *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 3), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 115; *Hermann Weber*, Kirchenfinanzierung im religionsneutralen Staat, in: NVwZ 2002, S. 1443 (1446 f.).

¹¹⁵ *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 308 f.

falls auch durchgesetzt werden können.¹¹⁶ Dies bildet keine verfassungswidrige Einschränkung des Art. 137 Abs. 6 WRV, weil es jede Religionsgemeinschaft selbst in der Hand hat, ein entsprechendes Kirchensteuerrecht zu schaffen. Vor allem aufgrund ihres religiösen / theologischen Selbstverständnisses erheben jedoch die meisten kleineren öffentlich-rechtlich korporierten Religionsgemeinschaften keine Steuern.¹¹⁷ Die Zahl der steuererhebenden Kirchen und Religionsgemeinschaften ist daher nicht groß: Zu ihnen zählen die evangelischen Landeskirchen, die katholischen (Erz-)Diözesen, die Altkatholische Kirche, israelitische / jüdische Gemeinden und Religionsgemeinschaften / Landesverbände¹¹⁸, sowie einige weitere kleine Gemeinschaften, insbesondere Freireligiöse Gemeinden im südlichen Deutschland¹¹⁹.

Kirchensteuergläubiger sind – anders als der Wortlaut des Art. 137 Abs. 6 WRV nahelegen würde – nicht die Religionsgesellschaften insgesamt, sondern einzelne öffentlich-rechtliche Körperschaften innerhalb dieser.¹²⁰ Dies können sowohl die Gemeinden (Ortskirchensteuer) als auch die Landeskirchen und die Diözesen (Landeskirchensteuer / Diözesankirchensteuer) oder die regionalen israelitischen Religionsgemeinschaften sein, wobei lokale und regionale kirchliche Körperschaften auch nebeneinander Steuergläubiger sein können. Verschiedentlich existieren auch Besonderheiten: In der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Norddeutschland (Nordkirche) sind statt der Landeskirche die Kirchenkreise Steuergläubiger¹²¹, in der Evangelischen Landeskirche in Württemberg und der Diözese Rottenburg-Stuttgart wird als Zuschlag zur Einkommensteuer eine einheitliche Kirchensteuer bestehend aus Landeskirchensteuer / Diözesansteuer und Ortskirchensteuer erhoben¹²², mit der Folge, dass hier Landeskirche / Diözese und jeweils zuständige Kirchengemeinde Gesamtgläu-

27

¹¹⁶ VG Frankfurt/M., KirchE 46, 290 (296 f.); s. weiterhin o. Fn. 95.

¹¹⁷ *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 3), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 109.

¹¹⁸ So die Israelitische Religionsgemeinschaft Baden, die Israelitische Religionsgemeinschaft Württembergs und der Landesverband der Jüdischen Gemeinden in Hessen: § 5 Abs. 2 Nr. 5, 6, 13 Kirchensteuergesetzdurchführungsverordnung NRW v. 16. 12. 2008 (GVBl. S. 874).

¹¹⁹ Zusammenstellung bei *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 299 ff., 307 ff.

¹²⁰ *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 3), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 110; *Kästner*, in: BK (o. Fn. 3), Art. 140 GG, Rn. 529.

¹²¹ Art. 122 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 1, Art. 123 Verf. Nordkirche (o. Fn. 68).

¹²² § 4 Abs. 1 KiStO Württemberg (o. Fn. 84); § 4 Abs. 1 KiStO Rottenburg-Stuttgart (o. Fn. 88).

biger der Steuer sind. Für die Kircheneinkommensteuer sind zumeist die Landeskirchen und Diözesen Steuergläubiger. Wer Steuergläubiger sein kann, bestimmen die Kirchensteuergesetze, wem diese Rolle tatsächlich zukommt, ergibt sich zumeist aus den Kirchensteuerordnungen, sonst aus den Kirchensteuerbeschlüssen.

VII. Kirchenvertragliche Garantien und Grundlagen der Kirchensteuer

- 28 Die Normen in Kirchenverträgen und Konkordaten¹²³, die den vertragschließenden Kirchen und Religionsgemeinschaften ihr Steuererhebungsrecht zusichern und – in den seit 1955 abgeschlossenen Verträgen – wichtige Merkmale dieses Rechts fixieren¹²⁴, besitzen zum einen ergänzende Bedeutung neben den Verfassungsgarantien und erlangen in dieser Funktion vor allem Relevanz, wenn Art 137 Abs. 6 WRV/Art. 140 GG aufgehoben oder verändert werden sollte. Eine Abschaffung der Kirchensteuer würde zusätzlich entweder eine einvernehmliche Aufhebung oder einen Bruch dieser Verträge erfordern, der im Rechtsstaat schwer denkbar ist. Zum anderen enthalten sie vertragliche Absicherungen wichtiger Elemente des Kirchensteuerrechts, die von der Verfassungsgarantie nicht umfasst sind (etwa die Verwaltung und Vollstreckung der Kirchensteuer durch die Finanzämter). Schließlich finden sich hier auch Pflichten der Kirchen wie die Leistung der Verwaltungskostenvergütung für die Tätigkeit der Finanzbehörden, die Wahrung des Steuergeheimnisses oder die Anwendung einheitlicher Steuersätze.

¹²³ Zum vorhandenen Bestand an Regelungen und deren Inhalt s. oben, V. 1.

¹²⁴ Zu diesen *Christian Hermes*, Konkordate im vereinigten Deutschland, 2009, S. 579 ff.; *Hans Ulrich Anke*, Die Neubestimmung des Staat-Kirche-Verhältnisses in den neuen Ländern durch Staatskirchenverträge, 2000, S. 78 ff., 230, 273 f., 312, 366 ff., 392 ff.; *ders.*, „Praktizierbar im Alltag, einklagbar im Konfliktfall“. Die finanziellen Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften in den Kirchenverträgen des Freistaates Sachsen, in: 20 Jahre Staatskirchenverträge in Sachsen, hg. von Arnd Uhle, 2016, S. 109–162 (123–132); *Fischer*, Finanzierung (o. Fn. 17), S. 196 ff., 216 f.; *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 127 f., 136, 235 ff.; *ders.*, Zur Kirchlichkeit (o. Fn. 10), 124; *Michael Frisch/Uwe Kai Jacobs*, Evangelischer Kirchenvertrag Baden-Württemberg, in: ZevKR 54 (2009), S. 290 (311, 320 f.); *Holger Kremser*, Der Vertrag zwischen dem Heiligen Stuhl und dem Land Mecklenburg-Vorpommern vom 15. 9. 1997, in: LKV 1998, S. 300 (302).

Man wird den von wechselseitigem Konsens getragenen Vertragsbestimmungen nicht nur eine Pflicht der Länder entnehmen dürfen, den Kirchen und jüdischen Gemeinden das Instrument der Kirchensteuer zum Zweck ihrer Finanzierung zur Verfügung zu stellen, sondern auch eine Pflicht der Vertragspartner, dieses nachhaltig einzusetzen, um so ihr pastorales, soziales und kulturelles Wirken, das regelmäßig über den Bereich der jeweiligen Kirche oder Religionsgemeinschaft hinausstrahlt, zu finanzieren und zu ermöglichen und damit dem Staat eigene Mittel zu ersparen, die er sonst etwa für Denkmalerhaltung oder caritative / diakonische Aktivitäten aufwenden müsste. Damit haben die Kirchen in ihrem Recht und dessen Anwendung die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die Kirchensteuer als effizientes Instrument ihrer Finanzierung durch ihre Mitglieder erhalten bleibt und eingesetzt wird.

29

VIII. Europarecht und kirchliches Besteuerungsrecht

1. Recht der EU

Aus dem Recht der EU ist für die deutsche Kirchensteuer Art. 17 Abs. 1 AEUV¹²⁵ von grundlegender Bedeutung, der feststellt, dass die Union den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, achtet und ihn nicht beeinträchtigt. Dadurch, dass die Kirchensteuer in Art. 137 Abs. 6 WRV / Art. 140 GG, in zahlreichen Länderverfassungen, in Konkordaten, Kirchenverträgen und Kirchensteuergesetzen gewährleistet wird, bildet das Recht der Steuererhebung einen wesentlichen Bestandteil des Rechtsstatus, den die Kirchen in Deutschland innehaben. Damit sind die Voraussetzungen des Art. 17 Abs. 1 AEUV erfüllt, so dass das Recht der EU die deutsche Kirchensteuer nicht beeinträchtigen darf.¹²⁶ Bei Rechtsetzungsvorhaben etwa im Bereich des Datenschutzes sind also Vorkehrungen dahingehend zu treffen, dass kirchlichen Stellen weiterhin staatliche Daten übermittelt werden dürfen, die diese als Grundlage einer Besteuerung durch Landeskirchen, Diözesen oder Kirchengemeinden

30

¹²⁵ Art. 17 Abs. 2 AEUV gewährt weltanschaulichen Gemeinschaften denselben Schutz.

¹²⁶ Geltendes EU-Recht steht ihr nicht entgegen: FG München, KirchE 50, 187 (189 ff.) = EFG 2008, S. 404; eingehend: *Sebastian Müller-Franken*, Staatliche Religionsförderung und Europarecht, in: *Grund und Grenzen* (o. Fn. 110), S. 185–214 (198 ff.).

benötigen. Dasselbe gilt für alle Bereiche, in denen neue Regelungen das Kirchensteuererhebungsrecht einschränken würden, weil damit zugleich eine Beeinträchtigung des Rechtsstatus der betroffenen Kirchen und Religionsgemeinschaften verbunden wäre. Eingriffe durch EU-Recht sind dabei nicht von vornherein ausgeschlossen, sie müssen jedoch so gestaltet sein, dass die Kirchensteuer in gleichwertiger Weise weiterhin erhoben werden kann.

2. Europäische Menschenrechtskonvention

31 Nachdem das Kirchensteuererhebungsrecht nicht Bestandteil der korporativen Religionsfreiheit ist, lassen sich aus der EMRK keine Garantien für seinen Fortbestand ableiten, wohl aber ist die in Art. 9 Abs. 1 EMRK garantierte – positive und negative – Religionsfreiheit in der Lage, ihm Grenzen zu ziehen. Doch stellte der EGMR in einem Verfahren zur Zulässigkeit der Eintragung der Religionszugehörigkeit in die Lohnsteuerkarte fest, dass insoweit zwar ein Eingriff vorliege in die Schutzbereiche der Glaubensfreiheit (Art. 9 Abs. 1 EMRK), die auch das Recht umfasse, die Glaubenszugehörigkeit zu verschweigen, und des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 Abs. 1 EMRK), dieser aber gerechtfertigt sei, weil er gesetzlich vorgesehen sei, einen legitimen Zweck verfolge, indem er das Recht der Kirchen und Religionsgemeinschaften auf Erhebung der Kirchensteuer gewährleiste, und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspreche.¹²⁷ Da der EGMR eigens hervorhob, dass bezüglich der Art und Weise der Kirchenfinanzierung in den verschiedenen Mitgliedstaaten des Europarats kein einheitlicher Ansatz bestehe, diese vielmehr eng mit deren Geschichte und Tradition verbunden sei, sah er in diesem Umstand offenbar ein wichtiges Moment der Rechtfertigung des deutschen Kirchensteuersystems und dieses für mit der EMRK vereinbar an. Diese Linie setzte der EGMR in vier (zur Entscheidung verbundenen) Verfahren zur Konventionswidrigkeit des Besonderen Kirchgeldes in glaubensverschiedener Ehe fort, die er mit verschiedenen Begründungen verneinte, wobei er ausdrücklich feststellte, dass der Besteuerungseingriff ein legitimes Ziel i. S. v. Art. 9 Abs. 2 EMRK verfolge, weil er die Rechte der Kirchen

¹²⁷ EGMR, in: NVwZ 2011, S. 1503 = KirchE 57, 118, dazu: *Hans Michael Heinig*, Grundlegende Rechtsfragen des gegenwärtigen Kirchensteuereinzugs, in: Aktuelle Rechtsfragen (o. Fn. 6), S. 113 (121 ff.); *Felix Hammer*, Neue Gerichtsentscheidungen zu Verfassungsfragen des Kirchensteuerrechts, in: KuR 2011, S. 108 (108 f.).

und Religionsgemeinschaften garantiere, welche nach deutschem Recht zur Kirchensteuererhebung berechtigt sind.¹²⁸

IX. Kirchensteuerarten

1. Kircheneinkommensteuer

Kircheneinkommensteuer wird als Zuschlag zur Einkommensteuer in allen ihren Erhebungsformen (veranlagte Einkommensteuer, Lohnsteuer, Kapitalertragsteuer) erhoben; der Hebesatz beträgt in Bayern und Baden-Württemberg 8 %, in den übrigen Ländern 9 % der Einkommensteuerschuld; über sie wird weit mehr als 90 % des Kirchensteueraufkommens generiert¹²⁹. Wird die Kirchensteuer von staatlichen Stellen verwaltet, erfolgt die Erhebung zusammen mit der Einkommensteuer, beide Steuern werden regelmäßig in einer gemeinsamen Urkunde festgesetzt, rechtlich handelt es sich dabei jedoch um zwei (bei konfessionsverschiedenen Ehegatten drei¹³⁰) getrennte Bescheide.¹³¹ Trotz der engen Anlehnung besteht jedoch keine Verpflichtung, alle Regelungen des EStG in das Kirchensteuerrecht zu übernehmen,¹³² die Bemessungsgrundlage für die Kirchensteuer kann aufgrund einer Berücksichtigung weiterer Sachverhalte durch Abzug oder Hinzurechnung aus ihnen resultierender Beträge abweichend bestimmt werden¹³³.

32

2. [Allgemeines] Kirchgeld

[Allgemeines] Kirchgeld wird von den christlichen Kirchen lediglich als örtliche Kirchensteuer ohne Anlehnung an eine staatliche

33

¹²⁸ EGMR, in: NJW 2018, S. 3295 = öarr 2018, S. 418 (Ls. u. Anm. *Herbert Kalb*) – Klein and Others v. Germany, insbes. Tz. 89; Einzelheiten zum Besonderen Kirchgeld unten, IX. 3., XI. 15.

¹²⁹ *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 40 ff. (insbes. 40 / Fn. 4).

¹³⁰ BFH, KirchE 32, 229 = JZ 1996, S. 571, m. Anm. Felix Hammer.

¹³¹ *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 427, 454 ff., Einkommensteuer- und Kirchensteuer-Bescheid stehen im Verhältnis von Grundlagen- und Folgebescheid: FG BW, in: EFG 1992, S. 245.

¹³² BVerwG, KirchE 52, 117 (120 f.) = DVBl. 2008, S. 1506.

¹³³ Vgl. dazu u. XI. 10.

Maßstabsteuer mit einheitlichem Satz (als Kopfsteuer)¹³⁴ oder gestaffelt nach dem Einkommen aufgrund eines sehr grob gerasterten Tarifs erhoben¹³⁵. Zumeist sind Kirchgeldzahlungen auf die Einkommensteuerschuld anzurechnen. Es bildet eine echte, allerdings Minimal-Steuer¹³⁶ (für die die Kirchensteuergesetze zumeist keine nähere materielle Ausgestaltung vornehmen) und eine eigenständige kirchliche Steuerart. Daneben werden gelegentlich unechte Kirchgelder, die historisch in echten gründen, als freiwillige Zuwendungen erhoben.

3. Besonderes Kirchgeld

- 34** Ebenfalls eine eigenständige kirchliche Steuerart, die nicht als Zuschlag oder auf der Grundlage anderer Steuern erhoben wird, ist das Besondere oder Kirchgeld in glaubensverschiedener Ehe¹³⁷, das – bei Zusammenveranlagung – zur Anwendung kommt, wenn der Ehegatte, der den überwiegenden Teil der Einkünfte erwirtschaftet, keiner steuererhebenden Religionsgemeinschaft angehört¹³⁸. Auch wenn

¹³⁴ Bspw. Bistum Limburg, Allgemeine Genehmigungen von Ortskirchensteuer für d. Jahr 2013 v. 12. 12. 2012 (ABl. 2013 S. 577 u. 578).

¹³⁵ *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 48 f.; *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 473 ff.

¹³⁶ 2012 Diözese Würzburg jährliche Kirchgeldsätze € 2,50 bis € 15 (Diözesanblatt 2012 S. 412), Diözese Eichstätt € 10 bis € 30 (Pastoralblatt 2012 S. 114); Bistum Limburg 2013 (o. Fn. 134): festes Kirchgeld bis € 6, gestaffeltes € 3 bis € 30 jährlich allgemein genehmigt.

¹³⁷ *Joachim Lang*, Kirchgeld bei glaubensverschiedener Ehe und Lohnsteuerpauschalierung, in: Aktuelle Rechtsfragen (o. Fn. 6), S. 169 ff.; *Jens Petersen*, Besonderes Kirchgeld in glaubensverschiedener Ehe, in: ZevKR 56 (2011), S. 188–194; *ders.*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 49 ff., 115 ff., 176 f., 257 f.; *Rausch*, 14. Dezember (o. Fn. 73), S. 83 ff.; *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 376 ff., 473 ff., 477 f. Es wird von den meisten ev. Landeskirchen, jedoch nur von einigen kath. Diözesen erhoben.

¹³⁸ BFHE 211, 90 = KirchE 47, 393 (401); FG Nürnberg, KirchE 53, 397 (402). Dies gilt auch, wenn das Kirchensteuerrecht den Terminus „kirchensteuerberechtigt“ verwendet, weil es nicht Bezug nimmt auf das generelle Recht, Steuern erheben zu dürfen, sondern auf die (insbes. nach der Rechtsordnung einer Religionsgemeinschaft) konkret bestehende Möglichkeit zur Steuererhebung: FG Hamburg, in: EFG 2016, S. 312 (Tz. 63 ff.), m. Anm. Christoph Hardt; HessVGH, in: DÖV 2016, S. 1007 (Ls.) = KuR 2016, S. 279 (Ls.); VG Berlin, U. v. 27.7.2017 – VG 27 K 551.16. Nach Art. 22 KiStG Bay. wird es demgegenüber nicht erhoben, wenn der Ehegatte des Umlagepflichtigen einer Kirche, Religions- oder weltanschaulichen Gemeinschaft angehört, die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist.

diese dem kirchenangehörigen Ehegatten für seine Lebensführung zur Verfügung stehen, sind sie einer Kirchensteuererhebung aufgrund ihrer Mitgliederbeschränkung nicht zugänglich. Das Besondere Kirchgeld hat daher einen ganz eigenen Besteuerungsgegenstand entwickelt: Es greift auf den Lebensführungsaufwand des kirchenangehörigen Ehegatten, nämlich die Fähigkeit, Geld, das ihm zur Verfügung steht, um es über den lebensnotwendigen Bedarf hinaus ausgeben zu können, als Leistungsfähigkeitsmerkmal zu¹³⁹. Auch wenn es sich am gemeinsam zu versteuernden Einkommen orientiert, legt es dieses lediglich mittelbar und unter angemessener Berücksichtigung dessen, dass nur ein Teil der Einkünfte für den Lebensführungsaufwand des Ehegatten zur Verfügung steht, der Besteuerung zugrunde; daher liegt kein Verstoß gegen das Verbot der Nichtmitgliederbesteuerung vor. Es wird aufgrund eines grob gerasterten Stufentarifs erhoben; soweit aufgrund eigener Einkünfte Kirchen(einkommen)steuer zu entrichten ist, wird diese auf das Besondere Kirchgeld angerechnet. Aus Gleichbehandlungsgründen¹⁴⁰ ist es auch auf eingetragene Lebenspartnerschaften anzuwenden.

4. Weitere Kirchensteuerarten

Die Kirchensteuergesetze sehen noch eine ganze Reihe weiterer Kirchensteuerarten vor, die teils in der Praxis nur eine unbedeutende Rolle spielen¹⁴¹, teils von den steuererhebenden Religionsgemeinschaften nicht zur Grundlage ihrer Kirchensteuererhebung gemacht wurden, oder sogar, weil rechtliche Voraussetzungen für ihre Erhebung fehlen, nicht einsatzfähig sind¹⁴².

35

¹³⁹ BFHE 211, 90 = KirchE 47, 393 (399 ff.); BFH, KirchE 40, 39 (40 f.); FG Nürnberg, KirchE 53, 397 (401 ff.); VG Cottbus, in: DÖV 2017, S. 475 (Ls.) = BeckRS 2017, 101394 (Tz. 37 ff.).

¹⁴⁰ BVerfG, in: JZ 2013, S. 833 m. Anm. Christian Hillgruber; BVerfG, in: NJW 2012, S. 2719 = DÖV 2012, S. 814; vgl. u. XI. 15.

¹⁴¹ So die Kirchengrundsteuer; zu ihr: *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 46 ff.; *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 425 f., 472 f.

¹⁴² Die Kirchenvermögensteuer, die mangels Maßstabsteuer derzeit nicht erhoben werden kann: *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 48; *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 424, 472.

X. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Kirchensteuererhebung

1. Religionsfreiheit als Grenze: Mitgliederbesteuerung, Kirchenaustritt

36 Das Grundrecht der Glaubens- und Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG), besonders in Kombination mit der Verfassungsentscheidung, dass keine Staatskirche besteht (Art. 137 Abs. 1 WRV / Art. 140 GG), verbietet es, Kirchen Besteuerungsrechte über Personen zuzugestehen, die ihrem Glauben nicht zugehören. Damit dürfen nur Mitglieder der jeweiligen Kirche ihrer Kirchensteuer unterworfen werden.¹⁴³ Dies gilt im Übrigen auch gegenüber juristischen Personen, die sich zwar – soweit sie nicht Untergliederungen einer Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft sind – nicht auf Art. 4 GG berufen können, die aber in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt sind, wenn sie zu Kirchensteuern herangezogen werden.¹⁴⁴ Welche Voraussetzungen für eine Mitgliedschaft natürlicher Personen in einer Kirche oder Religionsgemeinschaft erforderlich sind und in welcher Weise sie beendet werden kann, ist hier nicht Gegenstand der Darstellung,¹⁴⁵ sondern allein die kirchensteuerlichen Folgen der (Nicht-)Mitgliedschaft. Wegen Art. 4 GG muss der Kirchenaustritt auch für die Kirchensteuererhebung umgehend wirksam werden. Da das Steuererhebungsrecht den Kirchen durch Art. 137 Abs. 6 WRV / Art. 140 GG garantiert ist, vermag es jedoch der Religionsfreiheit der Steuerpflichtigen wiederum Grenzen zu setzen und muss mit ihr in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden.¹⁴⁶ Daher ist es zulässig, um einen unangemessenen Verwaltungsaufwand bei den Kirchen zu vermeiden, für eine kurze Übergangszeit die Kirchensteuer

¹⁴³ BVerfGE 19, 206 = KirchE 7, 338; BVerfGE 19, 226 = KirchE 7, 310; BVerfGE 19, 242 = KirchE 7, 319; BFH, KirchE 32, 229 = JZ 1996, S. 571, m. Anm. Felix Hammer; *Droege*, Steuerhoheit (o. Fn. 56), S. 34 ff.; *Weber*, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 114), S. 1448 f.; vgl. dazu auch *Paul Kirchhof*, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des deutschen Kirchensteuersystems, in: Kirchensteuertag (o. Fn. 22), S. 11 (18 f.).

¹⁴⁴ BVerfGE 19, 206 = KirchE 7, 338; anders ist die Rechtslage in der Schweiz: *Raimund Süess / Christian R. Tappenbeck / René Pahud de Mortanges*, Die Kirchensteuern juristischer Personen in der Schweiz. Eine Dokumentation, 2013; *Ulrich Cavelti*, Die Kirchensteuerpflicht juristischer Personen. Neue Erkenntnisse aufgrund des NFP 58 „FAKIR“ (Finanzanalyse Kirchen)?, in: Schweizerisches Jahrbuch für Kirchenrecht (SJKR), Bd. 18 (2013), 2014, S. 11–42.

¹⁴⁵ S. dazu *Michael Germann / Wolfgang Rüfner*, → § 30.

¹⁴⁶ BVerfG, KirchE 52, 1 (Tz. 32) = DVBl. 2008, S. 1184.

weiter zu erheben. Dabei ist eine Heranziehung bis zum Ablauf des auf die Austrittserklärung folgenden Kalendermonats mit dem GG noch vereinbar¹⁴⁷, generell bis zum Ende des laufenden Steuerjahres darf sie jedoch nicht erfolgen¹⁴⁸; viele Kirchensteuergesetze sehen sie bis zum Ende des Austrittsmonats vor. Auch ist zur Beendigung der Steuerpflicht (aus Gründen der Rechtssicherheit und der geordneten Verwaltung der Kirchensteuer) ein Kirchenaustritt erforderlich, der den staatsgesetzlich vorgeschriebenen formalen Anforderungen genügt¹⁴⁹, darüber hinaus besteht kein Recht zur Steuerverweigerung aus Gewissensgründen¹⁵⁰. Für die Steuererhebung kann im säkularen, ganz auf das Weltliche beschränkten Staat allein auf das formale Bestehen der Mitgliedschaft abgestellt werden; ob eine bestimmte Intensität des Glaubens oder ein Wille vorliegt, einer Gemeinschaft anzugehören, ist ebenso irrelevant¹⁵¹ wie die Frage, ob der Steuerpflichtige seine mitgliedschaftlichen Rechte ausüben darf oder – etwa durch eine Exkommunikation – hieran gehindert ist¹⁵².

2. Leistungsfähigkeitsprinzip, Existenzminimum, folgerichtige Besteuerung

Die Kirchensteuer unterliegt wie alle Steuern dem Grundsatz der Gegenleistungsfreiheit oder Voraussetzungslosigkeit, sie wird also unabhängig von den Vorteilen, die der Steuerpflichtige aus seiner

37

¹⁴⁷ BVerfGE 44, 59 = DÖV 1977, S. 444, m. Anm. Joseph Listl.

¹⁴⁸ BVerfGE 44, 37 = BStBl. II 1977, S. 451.

¹⁴⁹ BVerfG, KirchE 52, 1 (Tz. 24 ff.) = DVBl. 2008, S. 1184; BayVGh, KirchE 63, 379 = BayVBl. 2015, S. 134 (Tz. 13 f.); BVerwG, in: ZevKR 58 (2013), S. 91, und VGh BW, KirchE 55, 266 = VBlBW 2010, S. 434 (435 ff.) – Fall Zapp, dazu *Martin Löhnig/Mareike Preisner*, Verhältnis von Kirchenaustritt zur Kirchensteuerpflicht, in: NVwZ 2013, S. 39–42; *Stefan Muckel*, Bloßer „Körperschaftsaustritt“ (nur) formal möglich – Anm. zu BVerwG, Urteil vom 26.9.2012, in: KuR 2012, S. 209–213; *ders.*, Nochmals: Verhältnis von Kirchenaustritt und Kirchensteuerpflicht, in: NVwZ 2013, S. 260–263; *Hammer*, Neue Gerichtsentscheidungen (o. Fn. 127), S. 111 f.

¹⁵⁰ BVerfG, KirchE 49, 355 (357) = HFR 2007, S. 900; FG Hamburg, KirchE 47, 17 (20 f.); *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 3), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 118.

¹⁵¹ BayVerfGH, in: Beck'sches Nachschlagewerk der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs (BFH-N), Nr. 2 zu KiSt (Bayern) = DÖV 1968, S. 353.

¹⁵² BFHE 146, 315 = BStBl. II 1986, S. 569; FG Hamburg, in: EFG 1996, S. 498; FG Köln, KirchE 32, 232.

Kirchenmitgliedschaft hat oder erwirbt, erhoben¹⁵³. Damit kann andererseits – im Gegensatz zu Gebühren oder Beiträgen – die Steuerhöhe nicht an Vorteile anknüpfen, die der Zahlungspflichtige aus kirchlichen Leistungen erlangt hat oder erlangen kann. Angesichts dessen kann als Bemessungsmaßstab, aus dem sich sachgerecht die Steuerhöhe herleiten lässt, wie bei anderen Steuern nur das Leistungsfähigkeitsprinzip in Betracht kommen.¹⁵⁴ Im Gegensatz zur WRV, die in Art. 134 das Leistungsfähigkeitsprinzip ausdrücklich als Besteuerungsmaxime statuierte, fehlt im GG zwar eine entsprechende Normierung; zumindest bei direkten Steuern sieht es aber das BVerfG als Bestandteil des Gebotes sachgerechter Besteuerung an, wie sie Art. 3 Abs. 1 GG fordert, und stellt dazuhin ausdrücklich fest, dass dieser für den staatlichen Steuergesetzgeber Verbindlichkeit beanspruchende Maßstab ebenso Leitlinie für den kirchlichen Steuergesetzgeber sei, wenn er sich dafür entscheide, die Kirchensteuer in Anbindung an die Einkommensteuer zu erheben¹⁵⁵.

- 38** Damit ist das Leistungsfähigkeitsprinzip für den – staatlichen wie kirchlichen – Gesetzgeber des Kirchensteuerrechts unmittelbar verbindliche Direktive, und zwar in seinen beiden Spielarten der horizontalen (gleich leistungsfähige Steuerpflichtige dürfen nicht unterschiedlich besteuert werden)¹⁵⁶ wie auch der vertikalen (unterschiedlich leistungsfähige Steuerpflichtige müssen sachgerecht unterschiedlich besteuert werden) Steuergerechtigkeit. Dabei ist die Übernahme der Einkommensteuerprogression auch auf die Kirchen-

¹⁵³ § 3 Abs. 1 AO; ausdrücklich für die Kirchensteuer: BFH, KirchE 49, 357 (358); BFH, KirchE 51, 309 (311) = BFH/NV 2008, S. 1697; *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 146 ff.

¹⁵⁴ *P. Kirchhof*, Kirchensteuer (o. Fn. 105), S. 70 ff.; *ders.*, Grundlagen (o. Fn. 143), S. 16 ff.; *Rudolf Titzack*, Gleichheitssatz und Kirchensteuerrecht, in: NordÖR 2000, S. 280 (282); *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 344 ff.; *ders.*, Sachgerechtigkeit (o. Fn. 11), S. 981 f.; keine Bindung an die Leistungsfähigkeit sieht *F. Kirchhof*, Grundlagen (o. Fn. 3), S. 25 f., weil er die Kirchensteuer als Verbandslast qualifiziert.

¹⁵⁵ BVerfG, in: NVwZ 2002, S. 1496 m. Anm. Matthias Gehm = KirchE 41, 62 (Tz. 75, 81).

¹⁵⁶ Unzulässig ist es insbesondere, wenn im Gebiet einer Kirche unterschiedliche Steuersätze zur Anwendung kommen: BVerfG, in: NVwZ 2002, S. 1496 = KirchE 41, 62; BVerwG, in: NVwZ 2001, S. 926; OVG SH, in: NordÖR 2000, S. 358; OVG SH, KirchE 47, 472 (478 ff.). Ein Gebot zu steuerlicher Belastungsgleichheit bei verschiedenen steuererhebenden Körperschaften besteht jedoch nicht: BVerwG, in: DÖV 2012, S. 894 (Tz. 5); BVerfG, in: NVwZ-RR 2005, S. 297; vgl. auch OVG RP, in: KuR 2017, S. 89 (Ls.); dies gilt auch für eine unterschiedliche Handhabung von Billigkeitsmaßnahmen: BFHE 226, 90 = KirchE 54, 9; FG Köln, in: EFG 2008, S. 1769 (1771 f.).

steuererhebung sachgerecht.¹⁵⁷ Ob nun das Gebot steuerlicher Verschonung des Existenzminimums Teil dieser Besteuerungsmaxime ist, oder ob es im sozialen Rechtsstaat eine eigenständige Grenze der Besteuerung bildet, so ist doch jedenfalls strikt zu beachten, dass den Steuerpflichtigen nach Erfüllung ihrer Steuerschuld von ihrem Erworbenen so viel verbleiben muss, dass sie abhängig von den allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnissen und dem in der Rechtsgemeinschaft anerkannten Mindestbedarf ihren notwendigen Lebensunterhalt und (wegen Art. 6 Abs. 1 GG) den ihrer Familie bestreiten können¹⁵⁸. Dies gilt auch, wenn der Staat seine Hoheitsgewalt den Kirchen zur Steuererhebung zur Verfügung stellt. Damit dürfen Kirchensteuern niemals in das Existenzminimum eingreifen. Daher sind Mindestkirchensteuern, die gelegentlich in Form von Kirchgeldern erhoben werden¹⁵⁹, ebenso Mindestbetragskirchensteuern¹⁶⁰ verfassungsrechtlich bedenklich. Da es sich aber um Minimalbeträge handelt, greift hier der Grundsatz des „minima non curat praetor“ ein.¹⁶¹

Das BVerfG leitet aus Art. 3 Abs. 1 GG ein allgemeines Gebot folgerichtiger tatbestandlicher Ausgestaltung steuerlicher Belastungsgrundentscheidungen ab, das zwar nichtfiskalische Förderungs- und Lenkungsziele nicht verhindert, sie müssen aber von erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidungen getragen sein¹⁶², zudem bedürfen Abweichungen von der Folgerichtigkeit eines besonderen sachlichen Rechtfertigungsgrundes¹⁶³. Auch steht dem Gesetzgeber im Steuerrecht grundsätzlich die Befugnis zur Vereinfachung und Typisierung zu, doch muss dies alles im rechten Verhältnis zu der damit notwendig verbundenen Ungleichheit der steuerlichen Belastung stehen; die Spielräume nehmen in dem Maße ab, in dem die verfassungsrechtlichen Vorgaben außerhalb des Art. 3 Abs. 1 GG dichter werden¹⁶⁴. Auch diese Grundsätze müssen für die Kirchensteuer Geltung beanspruchen, bei der damit nur sehr begrenzte Abweichungen von den Prinzipien der Folgerichtigkeit und der Besteuerung nach der Leis-

39

¹⁵⁷ BVerwG, KirchE 43, 277 = ZevKR 49 (2004), S. 531 m. Anm. Christian Meyer.

¹⁵⁸ BVerfGE 87, 153; BVerfG, in: HFR 1997, S. 693; *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 345, 384 ff.

¹⁵⁹ Zu diesen *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 48 f.

¹⁶⁰ S. zu diesen u. XI. 14.

¹⁶¹ *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 361, 477.

¹⁶² So ausdrücklich BVerfG, in: NJW 2002, S. 1103 (1105).

¹⁶³ BVerfG, in: NJW 2012, S. 2719 = DÖV 2012, S. 814 (Tz. 41).

¹⁶⁴ BVerfG, in: JZ 2013, S. 833, m. Anm. Christian Hillgruber (Tz. 86, 88).

tungsfähigkeit möglich sind, zudem ist eine sachgerechte Abwägung erforderlich, welchem Belang angesichts aller betroffenen Verfassungswerte in concreto der Vorrang zuzukommen hat.

3. Rechtsstaatsprinzip, insbesondere Gesetzmäßigkeit der Besteuerung

40 Der Grundsatz der Gesetz- oder Tatbestandsmäßigkeit der Steuer¹⁶⁵ ergibt sich zwar aus § 3 Abs. 1 AO, er ist aber eigentlich kein Wesensmerkmal der Steuer, sondern eine fundamentale Rechtmäßigkeitsvoraussetzung, die aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) folgt. Wie jegliche staatliche Hoheitsausübung ist auch die Besteuerung umfassend dem Rechtsstaatsprinzip unterworfen. Weil sie ohne die Überlassung von Staatsgewalt nicht möglich ist, gilt dies auch für die Kirchensteuererhebung. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Besteuerung besagt, dass alle wesentlichen Umstände der Besteuerung, nicht allein die steuerbegründenden, sondern sämtliche für ihre Durchführung bedeutsamen (etwa auch die Voraussetzungen für Billigkeitsmaßnahmen) unmittelbar gesetzlich festgelegt sein müssen. Bei der Kirchensteuer ergibt sich dabei die Besonderheit, dass hierfür nicht allein staatliche Gesetze in Betracht kommen, vielmehr können sie auch durch kirchengesetzliche Normen geregelt sein, beide Rechtsordnungen dürfen sich insoweit ergänzen.¹⁶⁶ Notwendig ist freilich, dass die staatlichen Gesetze die wesentlichen Bedingungen festlegen, unter denen es den Kirchen erlaubt ist, Steuern zu erheben, im Übrigen kann durch Genehmigungsvorbehalte sichergestellt sein, dass die Kirchen die Erfordernisse des Rechtsstaats erfüllen.¹⁶⁷ Im Rechtsstaatsprinzip wurzelt alsdann das Übermaßverbot, das die Höhe zulässiger Steuerbelastungen begrenzt.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Hammer, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 148 ff.

¹⁶⁶ BFH, KirchE 40, 39 (40); BFH, in: ZevKR 49 (2004), S. 541 f.

¹⁶⁷ Hammer, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 149 f.

¹⁶⁸ OVG NRW, in: DÖV 2014, S. 43 (zur Grundsteuer).

4. Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen

Die Gesetzgebungskompetenz für das (staatliche) Kirchensteuerrecht liegt allein bei den Ländern. Dies ergibt sich aus Art. 137 Abs. 6 WRV, der die kirchliche Steuererhebung „nach Maßgabe der landesrechtlichen Bestimmungen“ vorsieht; ergänzend – soweit dafür überhaupt noch Raum bleibt – ordnet auch Art. 137 Abs. 8 WRV eine Landesgesetzgebungskompetenz an.¹⁶⁹ Damit obliegt auch die Ausführung des Kirchensteuerrechts der Landesverwaltung. Dabei geht Art. 137 Abs. 6 WRV, indem er den Religionsgesellschaften ein Steuererhebungsrecht einräumt, in seiner ursprünglichen Intention jedoch von einer Steuerverwaltung durch diese aus.¹⁷⁰ Hiernach trifft die Landesverwaltung vor allem, insbesondere durch diverse Genehmigungserfordernisse, die Aufgabe der Überwachung der Kirchensteuererhebung daraufhin, ob das Rechtsstaatsprinzip und die Grundrechte der Steuerpflichtigen gewahrt werden.¹⁷¹ Freilich sehen alle Kirchensteuergesetze und zahlreiche Kirchenverträge die Möglichkeit vor, dass die Verwaltung der Kirchensteuer – gegen eine pauschale Verwaltungskostenvergütung¹⁷² und unter näher geregelten Voraussetzungen – den Landesfinanzbehörden und gelegentlich – bei Ortskirchensteuern – den Gemeinden übertragen werden kann¹⁷³. Diese Übertragung ist verfassungsrechtlich unbedenklich¹⁷⁴ und vor allem bei der Einkommensteuer erfolgt. Der Rechtsgrund für die Zuständigkeit der Landesfinanzbehörden liegt hier aber im Übertragungsakt, nicht in einer Verfassungsregelung. Lediglich in Bayern besteht eine eigene kirchliche Steuerverwaltung, doch wird auch dort die Lohn- und Kapitalertragsteuer durch die Finanzämter eingezogen.¹⁷⁵

41

¹⁶⁹ Zu weiteren Einzelheiten *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 228 ff.

¹⁷⁰ *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 3), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 114; *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 215.

¹⁷¹ *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 149 f., 188, 192, 234, 248 ff., 252, 407 ff.

¹⁷² Länderunterschiedlich in Höhe von 2–4 % des Kirchensteueraufkommens, der staatliche Aufwand wird dadurch vollauf gedeckt: *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 216; *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 192, 414, 478.

¹⁷³ *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 215 ff., 253 ff.; Gemeinden: bspw. §§ 11, 16 KiStG BW.

¹⁷⁴ S. dazu oben, VI. 2.

¹⁷⁵ *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 216.

5. Weitere verfassungsrechtliche Vorgaben

- 42** Weil die Steuererhebung durch die Kirchen nur unter Einsatz staatlicher Hoheitsgewalt erfolgen kann und der Staat ihnen diese nur zur Verfügung stellen darf, wenn sie auch die für den Staat geltenden Verfassungsschranken jeglicher Besteuerung beachten¹⁷⁶, sind sie ebenfalls den weiteren für diese geltenden verfassungsrechtlichen Vorgaben unterworfen, so etwa der Wahrung des Steuergeheimnisses als Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und dem aus Art. 6 Abs. 1 GG folgenden Gebot des Schutzes von Ehe und Familie. Dabei ist jedoch stets zu beachten, dass kirchliche Freiheit im Allgemeinen durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV / Art. 140 GG und das kirchliche Besteuerungsrecht im Speziellen durch Art. 137 Abs. 6 WRV / Art. 140 GG geschützt sind, so dass erforderlichenfalls ein angemessener Ausgleich zwischen den Rechten der Kirchen und denjenigen der Steuerpflichtigen herzustellen ist.¹⁷⁷

XI. Wichtige Grundsätze des Kirchensteuerrechts

1. Beginn und Ende der Steuerpflicht; Austritt, Wiedereintritt

- 43** Da Kirchensteuer nur von Kirchenmitgliedern erhoben werden darf, ist für Beginn und Ende der Steuerpflicht entscheidend, wann die die Kirchenmitgliedschaft¹⁷⁸ und die weiteren steuerbegründenden Merkmale¹⁷⁹ auslösenden und beendenden Umstände erfüllt sind. Mitgliedschaftbegründend ist bei den christlichen Kirchen die Tau-

¹⁷⁶ S. dazu die N. o. Fn. 56.

¹⁷⁷ *Kästner*, in: BK (o. Fn. 3), Art. 140 GG, Rn. 504; BVerfG, KirchE 52, 1 (Tz. 32) = DVBl. 2008, S. 1184.

¹⁷⁸ Zu Einzelheiten s. *Michael Germann / Wolfgang Rüfner*, → § 30; s. auch oben X. 1. sowie *Moris Lehner*, Voraussetzungen der steuerpflichtbegründenden Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft, in: *Nationale und internationale Unternehmensbesteuerung in der Rechtsordnung*. Festschrift für Dietmar Gosch, hg. von Jürgen Lüdicke / Rudolf Mellinghoff / Thomas Rödder, 2016, S. 249–259; *Felix Hammer*, Kirchenmitgliedschaft und Kirchensteuerpflicht, in: *Kirchensteuertag* (o. Fn. 22), S. 77–100.

¹⁷⁹ Insbesondere der Wohnsitz im Gebiet der steuererhebenden Kirche, s. dazu nachfolgend 2.

fe¹⁸⁰. Bei den jüdischen Gemeinden sind die Regelungen in der Satzung der Gemeinde ausschlaggebend, meist sieht sie insoweit die Abstammung von einer jüdischen Mutter und das Bekenntnis zum Judentum vor; die Rechtsprechung fordert, um eine Vereinnahmung von Außenstehenden zu verhindern, stets ein solches Bekenntnis¹⁸¹. Mitgliedschaftsbeendend im staatskirchenrechtlichen Sinne ist das Vorliegen aller gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen des Kirchenaustritts. Dieser muss dann sofort wirksam werden¹⁸². Da es aber einen unangemessenen Verwaltungsaufwand erforderte, müsste die Kirchensteuer taggenau abgerechnet werden, darf sie aus Vereinfachungsgründen für eine kurze Frist nacherhoben werden. Sonst müssten auch Überzahlungen mit hohem Aufwand rückabgewickelt werden. Unproblematisch ist insoweit das Monatsende, aber auch das Ende des auf den Austritt folgenden Monats ist noch zulässig,¹⁸³ eine Regelung, die eine Heranziehung zur Kirchensteuer über drei Monate, höchstens aber bis zum Ende des laufenden Steuerjahres vorsieht, dagegen nicht¹⁸⁴. Auch darf ein Kirchenmitglied, das Anfang Dezember seinen Austritt erklärt hat, nicht mehr für den folgenden Januar zur Kirchensteuer herangezogen werden.¹⁸⁵

Eine Kirchensteuerpflichten begründende Konversion setzt voraus, dass sich eine Person, selbst oder durch ihren gesetzlichen Vertreter, durch eine nach außen erkenn- und zurechenbare Willensäußerung zur neuen Kirche oder Religionsgemeinschaft bekennt; ohne dies dürfen niemandem Kirchensteuern auferlegt werden.¹⁸⁶ Sieht eine Kirche nach ihrem Recht ein formalisiertes Konversionsverfahren

44

¹⁸⁰ BFH, in: BStBl. II 1995, S. 475 = ZevKR 40 (1995), S. 354, m. Anm. Christian Meyer; FG Hamburg, KirchE 51, 280 = EFG 2009, S. 285; BFH, in: BStBl. II 1986, S. 569; FG München, in: EFG 2015, S. 759 = KirchE 64, 560. Dies verstößt nicht gegen die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit und die negative Vereinigungsfreiheit: BVerfGE 30, 415; BVerwG, in: ZevKR 36 (1991), S. 403 = KirchE 29, 90; die Anknüpfung der Kirchensteuerpflicht an die Kindertaufe ist verfassungsrechtlich unbedenklich: OVG Berlin-Bbg., KirchE 55, 412 (413) = NVwZ-RR 2010, S. 909.

¹⁸¹ BFH, KirchE 45, 76 = HFR 2004, S. 677; BFH, in: BStBl. II 1994, S. 253 = KirchE 31, 420; FG Köln, KirchE 40, 93 = EFG 2002, S. 859; FG München, KirchE 49, 363 = EFG 2007, S. 1806; FG Köln, in: EFG 1998, S. 230.

¹⁸² BVerfGE 44, 37 = BStBl. II 1977, S. 451; BVerfGE 55, 32 = KirchE 18, 293.

¹⁸³ BVerfGE 44, 59 (67 ff.).

¹⁸⁴ BVerfGE 44, 37 (58).

¹⁸⁵ BFH, in: BStBl. II 1984, S. 458 = BFHE 140, 489.

¹⁸⁶ BFH, KirchE 47, 302 (304 f.) = HFR 2006, S. 180; VG Osnabrück, KirchE 48, 114 (118 f.) = AfKR 175 (2006), S. 261.

vor, ist für die Steuerpflicht allein entscheidend, ob dessen Anforderungen eingehalten wurden.¹⁸⁷ Für den Fall eines Übertritts von einer steuererhebenden Kirche zu einer anderen¹⁸⁸ bestimmen manche Kirchensteuergesetze, dass die neue Steuerpflicht nicht vor dem Ende der vorigen beginnt¹⁸⁹. Fehlen derartige Normen, ist aufgrund verfassungskonformer Gesetzesanwendung ein entsprechendes ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal anzunehmen, weil sonst eine durch Sachgründe nicht gerechtfertigte und damit willkürliche (Art. 3 Abs. 1 GG) Doppelbelastung der Steuerpflichtigen einträte: Die Vereinfachungswirkung der Nacherhebungsmöglichkeit ginge einseitig zulasten der Steuerpflichtigen. Bestehen Kirchenübertrittsvereinbarungen, die die genannten Anforderungen wahren, kommt diesen wegen der Garantie kirchlicher Selbstbestimmung (Art. 137 Abs. 3 WRV / Art. 140 GG) Vorrang vor staatlicher Regelung zu. Im Falle eines Wiedereintritts nach vorhergehendem Austritt¹⁹⁰ lebt die Kirchensteuerpflicht mit dessen Wirksamwerden nach kirchlichem Recht wieder auf¹⁹¹.

2. Wohnsitz im Gebiet der steuererhebenden Religionsgemeinschaft, Tod des Steuerpflichtigen

- 45 Da Gläubiger der Kirchensteuer Landeskirchen, Diözesen oder Gemeinden sind und die Kirchensteuergesetze die Kirchensteuer auf eine territoriale Grundlage gestellt haben, ist für eine Steuererhebung erforderlich, dass ein Wohnsitz oder ein gewöhnlicher Aufenthalt im Gebiet der steuererhebenden kirchlichen Körperschaft besteht.¹⁹² Diese Begriffe knüpfen an die melderechtlichen an, sind mit diesen aber nicht identisch; ein Steuerpflichtiger kann mehrere Wohnsitze haben, es genügt, wenn er sich *auch* im Gebiet der steuer-

¹⁸⁷ VG Osnabrück, KirchE 48, 114 (118) = AfKR 175 (2006), S. 261.

¹⁸⁸ Zu ihm und den Wirksamkeitsvoraussetzungen *Michael Germann / Wolfgang Rüfner*, → § 30.

¹⁸⁹ § 4 Abs. 2 KiStG Bremen; § 2 Abs. 2 KiStG Hmb.; § 5 Abs. 1 KiStG Hessen; § 3 Abs. 3 KiStG Nds.; § 4 Abs. 2 KiStG RP; § 5 Abs. 1, 2 Nr. 4 KiStG Sachsen.

¹⁹⁰ Einzelheiten zu diesem s. *Michael Germann / Wolfgang Rüfner*, → § 30.

¹⁹¹ Dazu FG BW, in: EFG 1994, S. 168 = KirchE 31, 386; OVG Lüneburg, KirchE 23, 260.

¹⁹² *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 250 f., 443 ff.; *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 89 ff.

erhebenden Religionsgemeinschaft aufhält¹⁹³. Bestehen mehrere Wohnsitze innerhalb eines Landes, enthalten einige Kirchensteuergesetze Konkurrenzregelungen.¹⁹⁴ Bei mehreren Wohnsitzen innerhalb des Bundesgebietes ist dies nicht möglich, weil der Geltungsbereich der Kirchensteuergesetze an den Landesgrenzen endet. Man wird hier den entsprechenden Normen (aufgrund ihres erkennbaren Sinns und Zwecks) ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal entnehmen müssen, dass keine Kirchensteuerpflicht begründet wird, wenn ein Wohnsitz in einem anderen Bundesland besteht, an dem sich der Steuerpflichtige vorwiegend aufhält.¹⁹⁵ Ein Wegzug in ein anderes Kirchengebiet führt zum Ende der jeweiligen Steuerpflicht, bei Wegzug ins Ausland entsteht keine neue Steuerpflicht an anderer Stelle¹⁹⁶; die Steuerpflicht lebt bei erneuter Wohnsitznahme im Bundesgebiet wieder auf und zwar auch, wenn sich der Steuerpflichtige im Ausland einer anderen Religionsgemeinschaft angeschlossen hat, ohne im Inland förmlich aus der Kirche ausgetreten zu sein¹⁹⁷. Da die Kirchensteuer eine Personalsteuer ist, endet die Steuerpflicht mit dem Tod des Steuerpflichtigen; auch hier und beim Wegzug darf die Kirchensteuer aus Vereinfachungsgründen für eine kurze Frist (Monatsende) nacherhoben werden¹⁹⁸.

3. Mitgliedschaftsende und -beginn während des Jahres, Zwölftelungsmethode

Erfolgt ein Kirchenaustritt während des laufenden Jahres, sind für die Berechnung der Kircheneinkommensteuer nicht entscheidend die Einkünfte, die bis zu diesem Zeitpunkt erzielt wurden, sondern diejenigen des gesamten Jahres, die dann aber durch zwölf geteilt und

46

¹⁹³ Ein Zweitwohnsitz im Inland genügt trotz Hauptwohnsitz im Ausland: VG Frankfurt/M., KirchE 46, 290 (298 f.); VG Berlin, 23.10.2015 – VG 27 K 80.15.

¹⁹⁴ § 3 Abs. 2 S. 2 KiStG BW; Art. 26 Nr. 2 KiStG Bay. i.V.m. § 4 VO zur Ausführung des KiStG vom 15.3.1967 (GVBl. S. 320); § 2 Abs. 2 KiStG Berlin; § 4 Abs. 4 KiStG Bremen; § 2 Abs. 8 KiStG Nds.

¹⁹⁵ Über § 19 Abs. 1 S. 2 AO als lediglich negative Tatbestandseinschränkung: *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 445 f.

¹⁹⁶ *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 90 f., 94 ff.

¹⁹⁷ FG Nürnberg, KirchE 46, 209 (213 f.).

¹⁹⁸ *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 105, 180; *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 439 f.; missverständlich daher bspw. § 2 Abs. 3 Nr. 1 KiStG Bbg., § 5 Abs. 2 Nr. 1 KiStG Hessen wonach die Kirchensteuerpflicht bei Tod mit Ablauf des Sterbemonats endet.

mit der Zahl der Mitgliedschaftsmonate (bzw. wenn eine Steuererhebung bis zum Ende des dem Kirchenaustritt folgenden Monats erfolgt, zuzüglich dieses Monats) multipliziert werden.¹⁹⁹ Diese sogenannte Zwölftelungsmethode ist verfassungsgemäß²⁰⁰, weil sie einerseits eine sachgerechte Vereinfachung bildet²⁰¹ und andererseits den Jahressteuercharakter der Einkommen- und Kircheneinkommensteuer zur Geltung bringt²⁰². Sie führt auch dann nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung des Steuerpflichtigen, wenn zeitlich nach der Erklärung des Austritts noch hohe Abfindungen oder Veräußerungsgewinne anfallen²⁰³, weil diese in der Regel über lange Zeit verdient wurden²⁰⁴ und weil auch Abfindungen und Gewinne, die vor der Austrittserklärung anfielen, der Zwölftelung unterliegen. Damit ist – liegen nicht ganz besondere Umstände vor – auch für Billigkeitsmaßnahmen kein Raum.²⁰⁵ Da es sich nur um einen Berechnungsmodus der Kirchensteuerschuld handelt, der aus allgemeinen Rechtsprinzipien folgt, genügt es, wenn sich die Regelung in einer Kirchensteuer-Durchführungsverordnung findet²⁰⁶. Umgekehrt ist bei einem Beginn der Steuerpflicht aufgrund Wiedereintritts oder Taufe während des Jahres ebenfalls die Zwölftelungsmethode anzuwenden.²⁰⁷

¹⁹⁹ Rechtsgrundlage bspw. folgende Kirchensteuergesetze: § 7 Abs. 1 S. 4 KiStG BW; § 2 Abs. 5 S. 1 KiStG Berlin; § 6 Abs. 6 KiStG Bremen; § 5 Abs. 3 KiStG Hessen; § 5 Abs. 2 S. 1 KiStG NRW; § 5 Abs. 2 S. 1 KiStG Saarl.; § 2 Abs. 4 S. 1 KiStG Sachsen; § 2 Abs. 3 S. 1 KiStG LSA; § 2 Abs. 3 S. 1 KiStG Thür.

²⁰⁰ BFH, in: BStBl. II 1998, S. 126; BVerwGE 79, 62; FG Köln, KirchE 47, 29 (32 f.) = EFG 2005, S. 898; FG München, KirchE 39, 11 (12); HessVGH, in: DÖV 2013, S. 239; Kästner, in: BK (o. Fn. 3), Art. 140 GG, Rn. 536; Hammer, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 371 ff.

²⁰¹ BayVerfGHE n. F. 41, 97.

²⁰² FG München, KirchE 39, 11 (12).

²⁰³ FG BW, in: EFG 1989, S. 368.

²⁰⁴ FG Köln, KirchE 47, 29 (32 f.) = EFG 2005, S. 898.

²⁰⁵ HessVGH, in: DÖV 2013, S. 239 = KuR 2013, S. 137; FG BW, in: EFG 1995, S. 138 = KirchE 32, 337; FG BW, in: EFG 1989, S. 368; enger wohl: BayVerfGHE n. F. 41, 97: Kommt es zu ungewöhnlichen Härten im Einzelfall, kann u. U. nur eine davon abweichende Billigkeitsentscheidung verfassungskonform sein.

²⁰⁶ So früher § 3 Abs. 1 Kirchensteuer-Durchführungsverordnung Nds. (am 16. 12. 2014 aufgehoben: Nds. GVBl. S. 465).

²⁰⁷ Die Normen zur Zwölftelungsmethode (o. Fn. 199), setzen allein voraus, dass die Steuerpflicht nicht während des ganzen Kalenderjahres bestand.

4. Besteuerung der konfessionsgleichen Ehe, Lebenspartnerschaften

Infolge des Wesens der Kirchensteuer als Zuschlagsteuer zur Einkommensteuer ergeben sich bei der Besteuerung konfessionsgleicher Ehen keine Rechtsprobleme: Werden die Ehegatten nach §§ 26, 26b EStG zusammen zur Einkommensteuer veranlagt, wirkt sich das unmittelbar auch auf die Kirchensteuer aus, werden sie nach §§ 26, 26a EStG getrennt veranlagt, ist es nur konsequent, wenn dem auch die Kirchensteuer folgt. Die Feststellung des BVerfG, dass die einkommensteuerliche Verschiedenbehandlung von eingetragenen Lebenspartnerschaften und Ehen gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt²⁰⁸, gilt uneingeschränkt auch für die an die Einkommensteuer angelehnte Kirchensteuer: Weil die Kirchensteuer unter Einsatz staatlicher Hoheitsgewalt erhoben und durchgesetzt wird, könnten selbst kirchliche Gründe, die eine Verschiedenbehandlung – ebenso von Ehen zwischen gleich- und verschiedengeschlechtlichen Partnern – ermöglichen oder gar fordern würden, nicht durchdringen – der Staat würde verfassungswidrig handeln, würde er den Kirchen unter Missachtung der BVerfG-Entscheidung hierfür Hoheitsgewalt zur Verfügung stellen.

47

5. Glaubens- und konfessionsverschiedene Ehe: Abgrenzung

Glaubens- und konfessionsverschiedene Ehen/Lebenspartnerschaften liegen vor, wenn die Ehegatten/Partner nicht derselben steuererhebenden Religionsgemeinschaft angehören. In beiden Fällen muss bei der Kirchensteuererhebung gegenüber den Ehegatten auf ihre unterschiedliche Religionszugehörigkeit Rücksicht genommen werden. Die Abgrenzung beider Formen wird von den Kirchensteuergesetzen nicht einheitlich vorgenommen. Manche Kirchensteuergesetze nehmen eine konfessionsverschiedene Ehe an, wenn beide Ehegatten – verschiedenen – steuererhebenden Religionsgemeinschaften angehören und eine glaubensverschiedene Ehe, wenn dies nur bei einem Ehegatten der Fall ist. Andere Kirchensteuergesetze treffen die Abgrenzung danach, ob beide Ehegatten Mitglied steuerberechtigter Religionsgemeinschaften sind oder nur einer von ihnen. Im Gegen-

48

²⁰⁸ BVerfG, in: JZ 2013, S. 833 m. Anm. Christian Hillgruber; vgl. auch schon BVerfG, in: NJW 2012, S. 2719 = DÖV 2012, S. 814; eine Gleichbehandlung mit nichtehelichen, verschiedengeschlechtlichen Lebenspartnerschaften fordert Art. 3 Abs. 1 GG dagegen nicht: BFHE 257, 424 = BStBl. II 2017, S. 903.

satz zum Begriff der steuererhebenden Kirche ist derjenige der steuerberechtigten Kirche unklar: Nach Art. 137 Abs. 6 WRV / Art. 140 GG sind alle Religionsgemeinschaften, die den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts besitzen, berechtigt, Steuern zu erheben – dies würde nahelegen, die Steuerberechtigung in diesem Sinne zu verstehen. Andererseits ist für eine Steuererhebung zusätzlich erforderlich, dass eine Religionsgemeinschaft das entsprechende staatliche Angebot annimmt, indem sie ein eigenes Kirchensteuerrecht schafft, das also unabdingbare Voraussetzung für die Ausübung der Steuerberechtigung ist. Eine weitere Wortlautüberlegung führt ebenfalls nicht weiter: Die Gleichsetzung der Begriffe der Körperschaft des öffentlichen Rechts und der steuerberechtigten Kirche erscheint in den Gesetzen ebenso befremdlich wie die der steuerberechtigten und der steuererhebenden Kirche.

- 49 Zur Lösung können allenfalls Umstände außerhalb der entsprechenden Gesetzestatbestände beitragen. So findet sich im hamburgischen Kirchensteuerrecht eine Legaldefinition der steuerberechtigten Kirchen, die sie mit steuererhebenden Kirchen gleichsetzt.²⁰⁹ Und der BFH stellte fest, dass wegen des Verbots der Nichtmitgliederbesteuerung der sogenannte Halbteilungsgrundsatz, nach dem bei konfessionsverschiedenen Ehen keine spezifizierte Kirchensteuerschuld der beiden Ehegatten errechnet wird²¹⁰, nur Anwendung finden könne, wenn beide Religionsgemeinschaften von ihrem Besteuerungsrecht tatsächlich Gebrauch machen²¹¹. Verschiedene Gerichte²¹² gehen davon aus, wenn das Kirchensteuerrecht den Terminus „kirchensteuerberechtigt“ verwende, nehme es nicht Bezug auf das generelle Recht, Steuern erheben zu dürfen, sondern auf die – vor allem auch nach der Rechtsordnung der entsprechenden Religionsgemeinschaft – konkret bestehende Möglichkeit zur Steuererhebung, nur dann sei Steuerberechtigung tatsächlich gegeben. Dem ist deshalb zu folgen, weil der Sinn und Zweck dieser Regelungen nur darin bestehen kann, Ehen, in denen beide Ehegatten (verschiedenen) steuererhebenden Religionsgemeinschaften angehören (und damit beide der Kirchensteuer unterliegen), von Ehen abzugrenzen, in denen das gerade nicht der Fall ist, so dass es sachgerecht ist, hier steuerberech-

²⁰⁹ § 1 Abs. 1 u. 2 KiStG Hmb. i.V.m. VO über die Erstreckung d. Rechts zur Erhebung v. Kirchensteuern auf Religionsgemeinschaften; dazu FG Hamburg, in: EFG 1996, S. 492.

²¹⁰ Nachdem die Kirchensteuerschuld der Ehegatten hälftig geteilt wird; Einzelheiten dazu nachfolgend unter 7.

²¹¹ BFH, in: BFH/NV 1993, S. 320 = KirchE 30, 389.

²¹² S. die Nachweise in Fn. 138.

tigt mit steuererhebend gleichzusetzen, womit eine glaubensverschiedene Ehe dann vorliegt, wenn ein Ehegatte keiner Religionsgemeinschaft angehört, die Steuern erhebt.

6. Besteuerung der glaubensverschiedenen Ehe

Bei glaubensverschiedenen Ehen / Lebenspartnerschaften²¹³ darf auch bei Zusammenveranlagung nach §§ 26, 26b EStG stets nur das Einkommen des kirchenangehörigen Ehegatten / Partners der Kirchensteuererhebung zugrunde gelegt werden. Doch darf nicht einfach auf seiner Grundlage anhand der Einkommensteuergrundtabelle eine hypothetische Einkommen- und eine daraus resultierende Kirchensteuer errechnet werden, weil sonst die Wertung, dass die Ehe bei Zusammenveranlagung als Gemeinschaft des Erwerbs und Verbrauchs zu besteuern ist, missachtet würde. Vielmehr darf nur der Anteil an der nach der Splittingtabelle ermittelten gemeinsamen Einkommensteuer, der auf den kirchenangehörigen Ehegatten entfällt, als Basis der Kirchensteuer Verwendung finden.²¹⁴ Dieser kann auf zweierlei Art ermittelt werden: Die Einkommensteuerschuld der Ehegatten kann nach dem Verhältnis ihrer Einkünfte²¹⁵ aufgeteilt werden (was aber dem Prinzip progressiver Besteuerung nicht gerecht wird)²¹⁶ oder es kann für beide Ehegatten eine hypothetische, vereinfachte²¹⁷ Einzelveranlagung durchgeführt und dann die tatsächliche Einkommensteuerschuld nach dem Verhältnis der hiernach ermittelten hypothetischen Steuerschulden zwischen den Ehegatten

50

²¹³ Petersen, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 77 ff., 94, 111 ff., 161, 176 ff.; Hammer, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 322 ff., 376 ff., 449 ff.

²¹⁴ Nds. OVG, KirchE 54, 282 (285 f.) = NdsVBl. 2010, S. 47: Die Verpflichtungen der Ehegatten aus §§ 1360, 1360a BGB werden damit sachgerecht steuerrechtlich berücksichtigt.

²¹⁵ Thür. FG, KirchE 53, 169 (172 ff.) = EFG 2009, S. 1250. Dass die Einkünfte i. S. d. § 1 Abs. 2 EStG (und nicht das zu versteuernde Einkommen i. S. d. § 1 Abs. 5 EStG) herangezogen werden, ist als sachgerechte Vereinfachung unbedenklich, da nur der Anteil an der gemeinsamen Einkommensteuerschuld zu ermitteln ist.

²¹⁶ So Art. 9 Abs. 2 Nr. 2 i. V. m. Art. 9 Abs. 1 Nr. 2 KiStG Bay.

²¹⁷ Dem Gesetzgeber steht ein weiter Spielraum zur Verfügung, durch geeignete Vereinfachungen die Steuerberechnung zu erleichtern; sie dürfen nur nicht darauf ausgerichtet sein, Einkommensanteile des kirchenfremden Ehegatten in die Berechnung einzubeziehen; so Nds. OVG, KirchE 54, 282 (284 ff.) = NdsVBl. 2010, S. 47; Thür. FG, KirchE 53, 169 (172 ff.) = EFG 2009, S. 1250 (beide mit im Einzelnen verfehlter Begründung).

aufgeteilt werden²¹⁸. Bezieht der kirchenangehörige Ehegatte keine oder nur geringe Einkünfte, kann bei ihm sogenanntes Besonderes Kirchgeld festgesetzt werden.²¹⁹ Dieses bildet eine eigenständige Kirchensteuerart; seine Grundsätze dürfen nicht auf die Erhebung von Kircheneinkommensteuer in glaubensverschiedener Ehe übertragen werden²²⁰.

7. Besteuerung der konfessionsverschiedenen Ehe

51 Die meisten Kirchensteuergesetze folgen bei der Besteuerung von konfessionsverschiedenen Ehegatten/Lebenspartnern, wenn diese nach §§ 26, 26b EStG zur Einkommensteuer zusammen veranlagt werden, dem sogenannten Halbteilungsgrundsatz: Die für die gemeinsame Einkommensteuerschuld der Ehegatten errechnete Kirchensteuer wird zwischen den Kirchen, denen sie angehören, hälftig geteilt. Angesichts dessen, dass Kirchensteuer nur von Kirchenmitgliedern erhoben werden darf und der Anteil der Ehegatten am Familieneinkommen sehr unterschiedlich sein kann, mag dies prima facie bedenklich erscheinen. Das BVerfG hat dennoch festgestellt, dass das Grundgesetz es nicht gebiete, den in konfessionsverschiedener Ehe lebenden Ehegatten, die für die Einkommensteuer die Zusammenveranlagung gewählt haben, die Möglichkeit einzuräumen, für die Kirchensteuer die getrennte Veranlagung zu erhalten.²²¹ Dies findet in dem – vom BVerfG allerdings später erst entwickelten – Gedanken der Ehe als Gemeinschaft des Erwerbs, des Wirtschaftens und des Verbrauchs seine Begründung: Tragen beide Ehegatten in unterschiedlicher, aber gleichwertiger Weise zu den materiellen Grundlagen der Familie bei, ist es folgerichtig, beiden das Familieneinkommen gleichermaßen zuzurechnen und hierauf den Halbteilungsgrundsatz zu gründen.²²² Inkonsequent ist es dann freilich, zwischen der konfessions- und glaubensverschiedenen Ehe (bei der der

²¹⁸ So § 19 Abs. 4 KiStG BW; § 4 Abs. 3 KiStG Berlin; § 5 Abs. 3 KiStG Bbg.; § 6 Abs. 5 Nr. 2 KiStG Bremen; § 5 Abs. 2, 3 KiStG Hmb.; § 7 Abs. 1 KiStG RP; § 5 Abs. 2 KiStG Thür.; nach beiden Berechnungsmethoden erfolgen noch Korrekturen bei Kapitaleinkünften.

²¹⁹ Zu Einzelheiten (auch zur Anrechnung von Kircheneinkommensteuer) s. IX. 3 sowie XI. 15.

²²⁰ BFH, in: KuR 2013, S. 311.

²²¹ BVerfGE 20, 40 = BStBl. I 1966, S. 694 = KirchE 8, 67; ebenso FG Köln, in: EFG 1993, S. 401 = KirchE 30, 401; FG München, in: EFG 1996, S. 1179.

²²² BFH, in: BStBl. II 1995, S. 547 = BFHE 177, 303 = ZevKR 1996, S. 89.

Halbteilungsgrundsatz keine Anwendung finden darf) zu unterscheiden. Richtig wäre es also, die Grundsätze der konfessionsverschiedenen auch auf die glaubensverschiedene Ehe zu übertragen. Haben die Ehegatten jedoch getrennte Veranlagung gewählt (§§ 26, 26a EStG), ist es auch in der konfessionsverschiedenen Ehe verfassungswidrig, die Steuerpflicht des einen Ehegatten an Besteuerungsmerkmale zu knüpfen, die nur in der Person des anderen Ehegatten gegeben sind, und den Halbteilungsgrundsatz zur Anwendung zu bringen.²²³

8. Betriebsstättenprinzip bei der Kirchenlohnsteuer, Clearing

Bei Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit erfolgt die Erhebung der Einkommensteuer in Gestalt der Lohnsteuer unmittelbar durch Abzug vom Arbeitslohn; der Arbeitgeber hat die Lohnsteuer für Rechnung des Arbeitnehmers bei jeder Lohngewährung von dieser einzubehalten (§ 38 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 EStG) und an das Betriebsstättenfinanzamt abzuführen (§ 41a Abs. 1 S. 1 EStG). Dasselbe gilt für die Kirchensteuer, die nach allen deutschen Kirchensteuergesetzen als Zuschlag zur Lohnsteuer erhoben werden kann.²²⁴ Da Betriebsstätte die Stelle des Arbeitgebers ist, an der der für die Durchführung des Lohnsteuerabzugs maßgebende Arbeitslohn ermittelt wird (§ 41 Abs. 2 S. 1 EStG), ist nicht entscheidend, wo die Arbeitsleistung erbracht wird, sondern wo sich die Lohnbuchhaltung befindet, die für viele Betriebe an einem Ort konzentriert sein kann. Die Erhebung der Lohnkirchensteuer kann bislang nur so erfolgen, dass diese beim Betriebsstättenfinanzamt abgeführt wird, das sie an die kirchliche Körperschaft weiterleitet, der nach dem Religionsmerkmal früher auf der Lohnsteuerkarte oder jetzt in den elektronischen Lohnsteuerabzugsmerkmalen (§ 39e EStG) und dem Ort der Betriebsstätte die Steuerzahlung zuzuordnen ist. Tatsächlicher Gläubiger der Kirchensteuer ist aber nicht diese kirchliche Körperschaft, sondern aufgrund der Mitgliederbezogenheit der Kirchensteuer diejenige, in deren Gebiet der Steuerpflichtige seinen Wohnsitz hat. Durch die Steueridentifikationsnummer wird sich in naher Zukunft auch jede Lohnsteuerzahlung dergestalt einem Steuerpflichtigen

52

²²³ BFH, in: BStBl. II 1969, S. 632 = BFHE 96, 209 = KirchE 10, 349.

²²⁴ *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 40 ff., 101 f., 112, 203 f., 207 ff.; *Kästner*, in: BK (o. Fn. 3), Art. 140 GG, Rn. 552 ff.; *Muckel*, in: *Berliner Kommentar* (o. Fn. 3), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 116; *Marré / Jurina*, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 22), S. 74 f.; *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 309 ff., 422 f., 469 f.

zuordnen lassen, dass die gleichzeitig einbehaltene Lohnkirchensteuer unmittelbar an die kirchliche Körperschaft ausbezahlt werden kann, die Gläubigerin der Kirchensteuer ist. Bis dies möglich ist, ist ein Ausgleich zwischen den kirchlichen Körperschaften, die aufgrund des Betriebsstättenprinzips Lohnkirchensteuerzahlungen erhalten haben, die ihnen nicht zustehen, und denjenigen, die tatsächlich deren Gläubiger sind, herbeizuführen.²²⁵ Dieser insgesamt und im Einzelnen sehr komplizierte Vorgang wird als Clearing bezeichnet.

9. Kirchensteuer als Annexsteuer; Abhängigkeit von der Maßstabsteuer

- 53** Soweit die Kirchensteuer als Annexsteuer zur Einkommensteuer erhoben wird, wirken sich alle Möglichkeiten des staatlichen Steuerrechts, über Betriebsausgaben / Werbungskosten (Abschreibungen), Sonderausgaben oder außergewöhnliche Belastungen die Einkommensteuerschuld zu verringern, auch wenn sie staatlichen Lenkungs Zwecken dienen und kirchlichen Gerechtigkeitsvorstellungen widersprechen, unmittelbar auf die Höhe der Kirchensteuerschuld aus.²²⁶ Soweit rechtstechnisch Möglichkeiten bestehen, eigenständige Korrekturen an der Bemessungsgrundlage der Kirchensteuer, etwa durch Hinzurechnungen zur Einkommensteuerschuld, vorzunehmen, kommen diese in der Rechtspraxis nur ausnahmsweise in Betracht, weil sie die Steuererhebung deutlich erschweren. Dennoch dürfte das Annexsteuersystem für die Kirchen in der Summe eine sachgerechte Problemlösung bieten: Müssten sie eine eigene Bemessungsgrundlage, die der unterschiedlichen Leistungsfähigkeit der Steuerpflichtigen in differenzierter Weise gerecht wird, und einen eigenen Steuertarif entwickeln, wären sie angesichts ihrer begrenzten Verwaltungskräfte mit dieser Aufgabe zweifellos überfordert und würden hier nur Unvollkommenes und Fehlerhaftes leisten können. Andererseits ist die Einkommensteuer zum einen ganz wesentlich durch das Leistungsfähigkeitsprinzip, zum anderen durch die Steuerpolitik des demokratischen, freiheitlichen und sozialen Rechtsstaats, mit dem die Kirchen sehr vieles verbindet, geprägt. Damit dürfte sie als Grundlage der Kirchensteuer dem Steuergerechtigkeitsverständnis der Kirchen kaum wesentlich widersprechen, so dass tiefgreifende

²²⁵ Petersen, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 203 f.; Marré / Jurina, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 22), S. 75; Hammer, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 85 ff., 444.

²²⁶ Weber, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 114), S. 1450.

Bedenken gegen das Annexsteuersystem nicht berechtigt erscheinen.²²⁷

10. Korrekturen an der Bemessungsgrundlage

Korrekturen an der Bemessungsgrundlage der Kirchensteuer müssen ausnahmsweise dann erfolgen, wenn bei der Einkommensteuer Faktoren wirksam werden, die das Steuergerechtigkeitskonzept der Kirchensteuer schwerwiegend beeinträchtigen. **54**

a) Berücksichtigung von Kindern

Die durch Kinder bedingte Minderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Steuerpflichtigen berücksichtigt das Einkommensteuerrecht nur teilweise durch die Gewährung von Kinderfreibeträgen, vor allem und zumeist geschieht dies durch die Gewährung von Kindergeld. Da die Kirchen kein Kindergeld leisten, muss für die Kirchensteuer stets ein Kinderfreibetrag vorgesehen und insoweit eine Korrektur an ihrer Bemessungsgrundlage Einkommensteuerschuld vorgenommen werden. Dies geschieht durch § 51a Abs. 2 S. 1 und 3, Abs. 2a EStG, die Kinderfreibeträge sowohl bei der veranlagten Einkommensteuer als auch bei der Lohnsteuer allein zum Zweck der Kirchensteuerberechnung in Abzug bringen und so zu einer sachgerecht verminderten Bemessungsgrundlage führen.²²⁸ **55**

b) Teileinkünfteverfahren bei Kapitalerträgen

Nach § 3 Nr. 40 EStG bleiben die dort genannten Einkünfte teilweise einkommensteuerfrei, weil es sich um an die Anteilseigner ausgekehrte Gewinnanteile aus Beteiligungen oder Gewinne aus der Veräußerung bestimmter Anteile an Kapitalgesellschaften handelt, **56**

²²⁷ P. Kirchhof, Auftrag (o. Fn. 83), S. 177; Marré, Elemente (o. Fn. 82), S. 36 ff.; Hammer, Sachgerechtigkeit (o. Fn. 11), S. 982; ders., Kirchensteuer, in: EvStL⁴, 2006, Sp. 1224 (1229); sehr kritisch jedoch F. Kirchhof, Grundlagen (o. Fn. 3), S. 32 f.; Weber, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 114), S. 1450.

²²⁸ Petersen, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 41, 43, 80, 119 f., 140 ff., 179; ders., in: EStG (o. Fn. 61), Tz. A 9 ff., 66 ff., 86, 123, 147, C 4 ff., 66 ff.; ders., Anknüpfung (o. Fn. 61), S. 125 ff.; Hammer, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 464 ff.

die steuerlich bereits durch die Körperschaftsteuer vorbelastet sind. Würden sie in vollem Umfang der Einkommensteuer unterworfen, erfolgte eine Besteuerung einmal bei der Kapitalgesellschaft, die entsprechende Gewinne erzielt, und einmal beim Anteilseigner, bei dem sie anfallen. Die völlige Freistellung eines Teils dieser Einkünfte von der Einkommensteuer hat denselben Effekt, wie wenn für die gesamten Einkünfte eine Anrechnungsmöglichkeit der gezahlten Körperschaftsteuer bei der Einkommensteuer bestünde und vermeidet damit eine Doppelbelastung. Dies betrifft jedoch nur die Konkurrenz staatlicher Steuern. Bei der Kirchensteuer fehlt es an einer solchen, da sie auf Körperschaftsteuer nicht erhoben wird. Bei ihr würde das Teileinkünfteverfahren zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Privilegierung und damit zu einem Verstoß gegen das Gebot folgerichtiger Steuererhebung bei den von ihm erfassten Einkünften führen, weil sie nur teilweise der Kirchensteuer unterworfen wären. Um diesen Effekt zu vermeiden, bestimmt § 51a Abs. 2 S. 2 EStG, dessen Regelungen die Kirchensteuergesetze der Länder übernehmen, dass für Zwecke der Kirchensteuererhebung die Beträge, die bei der Einkommensteuer abgezogen werden, hinzuzurechnen sind, und auf der Grundlage einer so gebildeten fiktiven Einkommensteuerschuld die Kirchensteuer festzusetzen ist.²²⁹ Dieses Verfahren kann zu Problemen führen, weil in Einzelfällen beim Steuerpflichtigen keine Einkommen-, wohl aber Kirchensteuer festzusetzen ist, wobei zudem Verlustvorträge aus Vorjahren unberücksichtigt bleiben. Dies ist jedoch deswegen rechtlich unbedenklich, weil es sich hier um ein vereinfachendes Verfahren, das eine vollständige Schattenveranlagung vermeidet, und um ganz atypische Fälle handelt, außerdem führt es – zumeist – nicht zu einem endgültigen Wegfall des Verlustverrechnungspotentials, weil dieses in den folgenden Veranlagungszeiträumen zur Minderung der Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer verwendet werden kann und so auch die Kirchensteuer reduziert²³⁰.

²²⁹ Zum Ganzen: *Hermann Weber*, Kirchensteuer bei Einkünften aus Kapitalvermögen – Abgeltungssteuer/Halbeinkünfteverfahren, in: Aktuelle Rechtsfragen (o. Fn. 6), S. 149 (154 ff.); *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 113 ff., 142 ff., 187, 200 f.; *ders.*, in: EStG (o. Fn. 61), Tz. A 12, 72, 123, 136, 147, C 11 ff.; *ders.*, Anknüpfung (o. Fn. 61), S. 131 ff.; *Stefan Homburg*, Das Halbeinkünfteverfahren und die Kirchensteuer, in: FR 2008, S. 153–159; BFHE 225, 566 = KirchE 54, 1 (4 ff.); BVerwG, KirchE 52, 117 (122 f.) = DVBl. 2008, S. 1506; FG Düsseldorf, in: EFG 2012, S. 2150 (Tz. 34).

²³⁰ Dazu ausführlich BFHE 225, 566 = BStBl. II 2010, S. 1061 = KirchE 54, 1 (4 ff.); BVerwG, KirchE 52, 117 (119 ff.) = DVBl. 2008, S. 1506; FG Düsseldorf, in: EFG 2012, S. 2150 (Tz. 35 ff.): Vereinfachungszweck legitimiert das

11. Lohnsteuerabzugsverfahren

Erfolgt die Kirchensteuererhebung als Zuschlag zur Lohnsteuer,²³¹ werden die Arbeitgeber für die Einbehaltung der Lohnkirchensteuer und deren Abführung ans Finanzamt in Dienst genommen; die Arbeitnehmer müssen dulden, dass der Arbeitgeber von ihrer Religionszugehörigkeit Kenntnis erlangt. Jedoch verletzt weder die Heranziehung des Arbeitgebers zu Berechnung, Einbehaltung und Abführung der Lohnkirchensteuer²³² noch die Dokumentation der Religionszugehörigkeit auf der Lohnsteuerkarte und im Rahmen der elektronischen Lohnsteuerabzugsmerkmale (§ 39e EStG)²³³ oder der Steueridentifikationsnummer²³⁴ und deren Bekanntgabe an die Arbeitgeber Verfassungsrecht, insbesondere das Recht auf negative Religionsfreiheit. Beim Religionsmerkmal folgt dies daraus, dass es sich um eine – verhältnismäßige – Einschränkung des Grundrechts der Religionsfreiheit handelt, die erforderlich ist, um das Recht der Kirchen auf eine geordnete Steuererhebung, das seinerseits Verfassungsrang besitzt, zu verwirklichen. Die Indienstnahme der Arbeitgeber erfolgt gar nicht durch die Kirchen als Steuergläubiger, sondern durch den Staat: Durch Kirchensteuergesetze und Kirchenverträge wurde die Verwaltung auch der Kirchenlohnsteuer – entgeltlich – auf die staat-

57

Verfahren selbst, wenn Verlustverrechnung endgültig ausgeschlossen ist; zur Frage der Kappung VG Lüneburg, KirchE 50, 179 (186 f.).

²³¹ Vgl. dazu o. XI. 8.

²³² BVerfGE 44, 103; BVerfG, in: DÖV 1977, S. 448; BayVerfGH, KirchE 9, 245 = BayVerfGHE n. F. 20, 171; BayVerfGH, in: BayVerfGHE n. F. 21, 1; FG München, KirchE 27, 218; *Marré / Jurina*, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 22), S. 74; *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 3), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 116; *Rausch*, 14. Dezember (o. Fn. 73), S. 86; *Hans Ulrich Anke / Diana Zacharias*, Das Kirchenlohnsteuereinzugsverfahren aus der Sicht des Verfassungsrechts, in: DÖV 2003, S. 140 (143 ff.); kritisch *Weber*, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 114), S. 1447 f.; ablehnend *Johannes Wasmuth*, Verfassungsrechtliche Problematik des Kirchensteuereinzugs, in: Aktuelle Rechtsfragen (o. Fn. 6), S. 91 (108 ff.); *ders.*, Zur Problematik des Kirchenlohnsteuerabzugsverfahrens, in: Privilegien (o. Fn. 3), S. 33 (41 ff.); erhebliche Bedenken sieht *Korioth*, Kirchensteuern (o. Fn. 3), S. 25 ff.

²³³ EGMR, in: NVwZ 2011, S. 1503 = KirchE 57, 118; BayVerfGH, in: DÖV 2011, S. 282; dazu: *Hammer*, Neue Gerichtsentscheidungen (o. Fn. 127), S. 108 f.; BVerfGE 49, 375 = KirchE 17, 93; *Kämper*, Kirchensteuer (o. Fn. 102), S. 2110; *Anke / Zacharias*, Kirchenlohnsteuereinzugsverfahren (o. Fn. 232), S. 145 ff.; ablehnend *Weber*, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 114), S. 1448; *Wasmuth*, Problematik (o. Fn. 232), S. 109 ff.; *ders.*, Zur Problematik (o. Fn. 232), S. 41 ff.; *Korioth*, Kirchensteuern (o. Fn. 3), S. 25 ff.

²³⁴ BFHE 235, 151; BFH, in: HFR 2012 S. 439; BFH, v. 20.12.2011 – II S 28/10, Tz. 92, 100.

liche Finanzverwaltung übertragen. Erfüllt diese ihre hieraus resultierenden Pflichten dadurch, dass sie sich der Hilfe Dritter bedient, bestehen zwei vollständig getrennte Rechtsverhältnisse: einerseits zwischen der Kirche als Steuergläubigerin und dem Land, das die Einziehung der Steuer übernommen hat, andererseits zwischen diesem und den Arbeitgebern. Selbst wenn es unbillig erschiene, dass die Arbeitgeber ihre Leistung entschädigungslos erbringen müssen, ändert dies nichts daran, dass die Kirchen ihren Partner, den Staat, für seine Leistung honoriert haben²³⁵.

12. Kirchensteuer bei Pauschalierung der Lohn- und Einkommensteuer

- 58** Die Pauschalierung der Lohnsteuer nach §§ 40–40b EStG und der Einkommensteuer nach §§ 37a und 37b EStG bildet eine vereinfachte Form des Lohnsteuer- bzw. Einkommensteuererhebungsverfahrens. Weil lediglich Erhebungsformen dieser Steuern vorliegen, ist eine geeignete Maßstabsteuer für die Kirchensteuer gegeben.²³⁶ Bei der Pauschalierung der Lohnsteuer gelten besondere Zuschlagsätze, wenn der Arbeitgeber aus Vereinfachungsgründen darauf verzichtet, Nachweise für die Nichtzugehörigkeit von Arbeitnehmern zu kirchensteuererhebenden Religionsgemeinschaften zu erbringen; sie orientieren sich am Anteil der Kirchenmitglieder an der Gesamtzahl der Steuerpflichtigen. Erbringt er diese Nachweise, ist im Übrigen der normale Zuschlagsatz anzuwenden.²³⁷

²³⁵ Vgl. dazu *Weber*, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 114), S. 1448.

²³⁶ Dazu *Christian Meyer*, Die Rechtsprechung zur Kirchensteuererhebung in Fällen der Lohnsteuerpauschalierung, in: *Dem Staate, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist*, Festschrift für Joseph Listl, hg. von Josef Isensee u. a., 1999, S. 699 (706 ff.); *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 163 ff., 210; *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 315 ff., 379 ff., 423, 470 f.; BFHE 176, 382 = ZevKR 40 (1995), S. 358, m. Anm. Christian Meyer = JZ 1996, S. 569, m. Anm. Felix Hammer; *Lang*, Kirchgeld (o. Fn. 137), S. 176 ff.; *ders./Norbert Lemaire*, Zulässigkeit pauschaler Lohnkirchensteuer: Zum Gerichtsbescheid des Bundesfinanzhofs vom 21.12.1993, in: *StuW* 1994, S. 257–271; *Dieter Birk / Christian Jahndorf*, Erhebung pauschaler Lohnkirchensteuer bei nicht kirchenangehörigen Arbeitnehmern. Zum Urteil des Bundesfinanzhofs vom 7.12.1994, in: *BB* 1995, S. 1443–1446.

²³⁷ Einzelheiten bei *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 163 ff.

13. Kapitalertragsteuer als Quellenabzugsteuer

Die Kapitalertragsteuer ist wie die Lohnsteuer eine Erhebungsform der Einkommensteuer und daher grundsätzlich geeignete Maßstabsteuer für die Kirchensteuer. Da sie als abgeltende Quellenabzugsteuer erhoben wird, ist es nicht mehr möglich, die entsprechenden Einkünfte aus Kapitalvermögen über die Veranlagung zur Einkommensteuer zu erfassen und der Kirchensteuer zu unterwerfen, auch sollten die Vorteile der Abgeltungsteuer auf die Kirchensteuer erstreckt werden. Ein Kirchensteuererhebungsverfahren bei der Kapitalertragsteuer muss sicherstellen, sowohl dass nur Kirchenmitglieder in Anspruch genommen werden, als auch dass die Spezifika des Quellenabzugsverfahrens beachtet werden, schließlich muss der Datenschutz gewahrt werden. Diesen Anforderungen wurde durch Neuregelungen in § 51a Abs. 2c und 2e EStG genügt. Danach hat der Steuerabzugsverpflichtete (etwa eine Bank) unter Angabe der Steueridentifikationsnummer einmal jährlich beim Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) anzufragen, ob Kirchensteuerpflicht besteht, und ggf. neben der Kapitalertragsteuer auch die Kirchensteuer einzubehalten und abzuführen. Der Steuerschuldner kann dies durch einen Sperrvermerk beim BZSt verhindern, hat dann aber eine Steuererklärung zum Zweck der Veranlagung zur Kirchensteuer zu fertigen. Um dies sicherzustellen und Vollzugsdefizite zu verhindern, ergeht eine Mitteilung des BZSt an das Wohnsitzfinanzamt, die alle gesetzten Sperrvermerke umfasst.²³⁸

59

²³⁸ Ausführlich dazu *Jens Petersen*, Die Einbindung der Erhebung der Kirchensteuer als Zuschlag zur Kapitalertragsteuer in die Philosophie der Abgeltungsteuer, in: *npoR* 2012, S. 108 ff.; 2013, S. 125 ff.; *ders.*, in: *EStG* (o. Fn. 61), Tz. A 13, 39 f., 77 f., 83, 123, 136, 149, C 1 ff., 81 ff.; *ders.*, Die mitgliederschafliche Finanzierung (o. Fn. 43), S. 97 ff.; *Till Hünermund*, Kirchensteuer und Kapitalertragsteuer. Die Auswirkungen des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 im System der Kirchensteuererhebung, 2016, S. 67–92; *Stephan Meyering/Johanna Serocka*, Abgeltungsteuer nach dem BeitrRLUMsG. Automatisiertes Verfahren für den Kirchensteuerabzug, in: *DStR* 2012, S. 1378 ff.; zur Entwicklung des Verfahrens *Weber*, Kapitalvermögen (o. Fn. 229), S. 157 ff.

14. Zuschlagsätze der Kirchensteuer, Mindestbetragskirchensteuer, Kirchensteuerkappung

- 60** Die Zuschlagsätze der Kirchensteuer zur Einkommensteuer werden – um Steuereinzug und -verwaltung durch die staatlichen Finanzbehörden zu erleichtern – von den steuererhebenden Religionsgemeinschaften fast durchweg landeseinheitlich identisch festgesetzt; in Baden-Württemberg und Bayern betragen sie 8 %, in den anderen Ländern 9 % der Einkommensteuerschuld;²³⁹ besondere Sätze gelten bei Pauschalierung der Lohnsteuer²⁴⁰. Die Sätze müssen für das Gesamtgebiet einer Kirche (auch länderübergreifend) identisch sein, sonst liegt ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz und den Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit vor;²⁴¹ eine Ausnahme wird gelten müssen, wenn besondere Gründe vorliegen, die eine Ungleichbehandlung sachlich rechtfertigen. Nach einigen Kirchensteuergesetzen ist noch die Erhebung von Mindestbetragskirchensteuern möglich;²⁴² Besteht eine – geringe – Einkommen- / Lohnsteuerschuld, wird die Kirchensteuer mit einem Mindestbetrag erhoben, der den eigentlich anzuwendenden Zuschlagsatz überschreitet. Im Grunde stellt dies eine Durchbrechung des Leistungsfähigkeitsprinzips dar, doch handelt es sich um derart geringe Beträge, dass der Rechtsgrundsatz „*minima non curat praetor*“ Anwendung finden kann.²⁴³
- 61** Vielfach ist eine sogenannte Kappung der Kirchensteuer vorgesehen: Zumeist auf Antrag, gelegentlich auch ohne einen solchen²⁴⁴, wird die Kirchensteuer auf einen bestimmten Prozentsatz (zwischen

²³⁹ *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 43 f. Eine Ausnahme bildet die kath. Kirchengemeinde Wimpfen in BW, die zur Diözese Mainz gehört, bei ihr sind es 9 %.

²⁴⁰ Dazu o., XI. 12.

²⁴¹ BVerfG, in: NVwZ 2002, S. 1496 m. Anm. Matthias Gehm = KirchE 41, 62 (Tz. 81 ff.); BVerwG, in: NVwZ 2001, S. 926; OVG SH, in: NordÖR 2000, S. 358; *Titzck*, Gleichheitssatz (o. Fn. 154), S. 280 ff.; *Matthias Gehm / Rudolf Titzck*, Kirchensteuer und Grundrechte, in: *Steuer & Studium* 2003, S. 82 (86); sehr kritisch zur o.g. Entscheidung des BVerfG *de Wall*, Gleichheitssatz (o. Fn. 3), S. 953 ff.

²⁴² Zu diesen *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 76, 153 ff., 258; *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 360 ff., 386; *Rainer Rausch*, Zur Höhe der Kirchensteuer: Mindestbesteuerung, Kappungsgrenzen, in: *Aktuelle Rechtsfragen* (o. Fn. 6), S. 179 (189).

²⁴³ *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 361.

²⁴⁴ So Kirchensteuerbeschluss d. Oldenburgischen Teiles d. Diözese Münster für d. Haushaltsjahr 2013 v. 24. 11. 2012 (KABl. 2013 S. 58), Nr. 1. a).

2,75 % und 4 %) des zu versteuernden Einkommens begrenzt²⁴⁵. Der Begriff ist irreführend: Die Kirchensteuerschuld wird nicht ab einem bestimmten Betrag „gekappt“, vielmehr wird lediglich der Steuersatz ab der Kappungsgrenze von einem progressiven in einen proportionalen überführt. Ein Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip liegt deshalb nicht vor, weil höhere Einkünfte auch hier zu einer höheren Steuerschuld führen, es wird lediglich verhindert, dass die Kirchensteuer weiterhin an der Einkommensteuerprogression teilhat. Die Kappung darf als Instrument zur Kirchenbindung eingesetzt werden, daher ist es rechtmäßig, sie – sofern sie auf Antrag gewährt wird – auf in der Kirche verbliebene Steuerpflichtige zu begrenzen und sie nach erfolgtem Kirchenaustritt zu versagen.²⁴⁶

15. Besonderes Kirchgeld

Das Besondere Kirchgeld²⁴⁷ wird aufgrund grob gerasterter Stufentarife erhoben, die jeweils eine ganze Bandbreite von Einkünften zu einer Aufwandsstufe zusammenfassen und eine Höchststufe vorsehen. Die Rechtsprechung hat seine Verfassungsmäßigkeit festgestellt,²⁴⁸ ebenso seine Vereinbarkeit mit der EMRK,²⁴⁹ freilich bleiben Fragen hinsichtlich der Geeignetheit des groben Stufentarifs und vor

62

²⁴⁵ Rausch, Höhe (o. Fn. 242), S. 183 ff.; Weber, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 114), S. 1451; Markus Kapischke, Kappung der Kirchensteuer nach Kirchenaustritt – Rechtsgrundlagen und Problemstellung, in: DB 2004, S. 510–513.

²⁴⁶ BVerwG, KirchE 43, 277 = ZevKR 49 (2004), S. 531 m. Anm. Christian Meyer; Muckel, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 3), Art. 140 GG/Art. 137 WRV, Rn. 108.

²⁴⁷ Zu Rechtsnatur und Steuergegenstand o., IX. 3.

²⁴⁸ BVerfG, KirchE 56, 346 = NJW 2011, S. 365; BFH, KirchE 55, 40 (Bayern); BFH, KirchE 47, 393 (399 ff.) = BStBl. II 2006, S. 274 (NRW); BFH, KirchE 40, 39 (40 f.) (BW); BFH, in: BFH/NV 2012, S. 452; Thür. FG, in: ThürVBl. 2016, S. 170, m. Anm. Bernhard Frye; FG Hamburg, in: EFG 2016, S. 312, m. Anm. Christoph Hardt; FG Nürnberg, KirchE 53, 397 (401 ff.); FG BW, KirchE 45, 168; FG Bremen, KirchE 45, 20; VG Cottbus, in: DÖV 2017, S. 475 (Ls.) = BeckRS 2017, 101394 (Tz. 37 ff.). Die Entscheidungen BVerfGE 135, 126 = NVwZ 2014, S. 1084; BVerwG, in: NVwZ 2018, S. 661 = DÖV 2018, S. 415 (Ls.) zur Rechtmäßigkeit von Stufentarifen bei der Zweitwohnungsteuer sind hier wohl nicht entsprechend anwendbar. Die Einführung von Besonderem Kirchgeld durch einen während eines Veranlagungszeitraums wirksam werdenden Kirchensteuerbeschluss ist als unechte Rückwirkung bzw. tatbestandliche Rückanknüpfung zulässig: BFHE 211, 90 = KirchE 47, 393 (396 ff.); Nds. OVG, KirchE 51, 312 = NVwZ 2009, S. 538 (Ls.).

²⁴⁹ EGMR, in: NJW 2018, S. 3295 (o. Fn. 128).

allem der Höchstbegrenzung: Auch enorm viel Geld lässt sich ausgeben und zur Steigerung des Lebensführungsaufwands einsetzen.²⁵⁰ Aus Gleichbehandlungsgrundsätzen müssen eingetragene Lebenspartnerschaften wie Ehen behandelt werden,²⁵¹ die Normen zum Besonderen Kirchgeld sind daher entsprechend anzuwenden. Soweit nach landesrechtlicher Regelung auf das Besondere Kirchgeld Beträge anzurechnen sind, die der andere Ehegatte an eine öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaft entrichtet, die keine Kirchensteuern erhebt,²⁵² ist das systemwidrig: Diese Zahlungen sind zwar geeignet, die Bemessungsgrundlage des Kirchgeldes zu verringern, nicht aber die Kirchgeldschuld.

16. (Allgemeines) Kirchgeld

- 63** Bei Allgemeinen Kirchgeldern, die als Kopfsteuer oder mit einem Mindestbetrag auch bei sehr geringen Einkommen erhoben werden, bestehen angesichts des Leistungsfähigkeitsprinzips rechtliche Bedenken; da es sich aber nur um Minimalbeträge handelt, die zudem die mitgliedschaftliche Verantwortung der Gläubigen für ihre Kirche unterstreichen sollen, sind diese letztlich nicht durchschlagend.²⁵³ Wie bei allen Kirchensteuern handelt es sich um mitgliederbezogene Personalsteuern, weswegen ein auf der Basis der Grundsteuer erhobenes Kirchgeld nicht auf Mieter umgelegt werden kann.²⁵⁴

²⁵⁰ Anders jedoch die st. Rspr.: BFHE 211, 90 = KirchE 47, 393 (400); BFH, KirchE 40, 39 (40); FG Nürnberg, KirchE 53, 397 (402); sie verkennt jedoch, dass es nicht darauf ankommt, dass das Geld ausgegeben *wird*, sondern, dass es ausgegeben *werden kann*.

²⁵¹ S. dazu nur BVerfG, in: JZ 2013, S. 833; BVerfG, in: DÖV 2012, S. 814, wobei hier eine nicht zu rechtfertigende Schlechterstellung der Ehe in Frage steht, wenn es dort nicht erhoben wird, s. FG Sachsen, in: EFG 2019, S. 1134, m. Anm. Michael Hennigfeld (Vorlage an BVerfG, 2 BvL 6/19).

²⁵² So § 4 Abs. 4 S. 3 KiStG NRW; dies gilt auch für freiwillige Beiträge: BFHE 217, 377 = KirchE 49, 358 (360 ff.); FG Düsseldorf, in: EFG 2006, S. 1455.

²⁵³ S. dazu o., X. 2.

²⁵⁴ LG Landau, in: NJW-Spezial 2012, S. 675 = BeckRS 2012, S. 18633.

17. Durchführung der Besteuerung durch staatliche und kirchliche Stellen

Auch wenn der Wortlaut des Art. 137 Abs. 6 WRV davon ausgeht, dass die Kirchen die Besteuerung selbst durchführen, bestehen gegen eine Übertragung der Steuerverwaltung auf staatliche Stellen keine verfassungsrechtlichen Bedenken.²⁵⁵ Daher sehen die Kirchensteuergesetze diese Möglichkeit vor, die über Kirchenverträge und sonstige Vereinbarungen der Kirchensteuergläubiger mit den Ländern gegen Kostenersatz in Höhe von 2–4 % des Kirchensteueraufkommens in der Regel wahrgenommen wird. Lediglich in Bayern wird die veranlagte Kircheneinkommensteuer von kirchlichen Steuerämtern verwaltet, die Lohn- und Kapitalertragsteuer wird aber auch hier von den staatlichen Finanzämtern eingezogen. Bei der Kirchengrundsteuer und örtlichen Kirchensteuern können an die Stelle der Finanzämter die Gemeinden treten.²⁵⁶ Über Billigkeitsmaßnahmen, die speziell die Kirchensteuer betreffen, haben kirchliche Stellen zu entscheiden.

64

18. Billigkeitsmaßnahmen

Billigkeitsmaßnahmen können für die Kirchensteuer in zweierlei Weise Relevanz gewinnen: Erfassen sie die Maßstabsteuer, die die Grundlage für die Kirchensteuererhebung bildet, wird diese also (teilweise) erlassen, gestundet u.s.w., wirkt sich dies auch auf die Kirchensteuer aus, die dem Schicksal der Maßstabsteuer folgt. Daneben können Billigkeitsmaßnahmen aber auch – allein – die Kirchensteuer betreffen. Da Kirchensteuergläubiger die Religionsgemeinschaften sind, sind sie oder die von ihnen beauftragte Stelle für deren Gewährung zuständig. Aufgrund der Verweisung der Kirchensteuergesetze auf die AO ergeben sich die Voraussetzungen für Billigkeitsmaßnahmen aus ihren entsprechenden Normen, die zwischen persönlicher und sachlicher Unbilligkeit unterscheiden. Letztere liegt vor, wenn die steuerlichen Folgen eines Sachverhalts zwar formal dem Gesetz entsprechen, im Einzelfall aber eine systemwidrige Überbesteuerung vorliegt und der Sinn des Steuergesetzes dahin geht, den

65

²⁵⁵ S. dazu o., VI. 2.

²⁵⁶ *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 473, 478.

Steuerpflichtigen in dieser Form nicht belasten zu wollen.²⁵⁷ Ergeben sich also keine ungewöhnlichen Besonderheiten gegenüber dem vom Gesetz Gewollten, liegt keine sachliche Unbilligkeit vor.²⁵⁸ Über die Gewährung von Billigkeitsmaßnahmen ist nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, wobei Hinweise lediglich empfehlenden Charakters einer Kirchenleitung an Gemeinden für sich genommen keine ermessensbindende Wirkung entfalten.²⁵⁹

19. Kirchensteuer als Sonderausgabe bei der Einkommenbesteuerung

66

Nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 EStG dürfen gezahlte Kirchensteuern – unbegrenzt – als Sonderausgaben bei der Ermittlung der Einkommensteuerschuld in Abzug gebracht werden.²⁶⁰ Dies ist verfassungsrechtlich deshalb geboten, weil die Kirchensteuer eine indisponible Aufwendung der Steuerpflichtigen bildet: Die religiöse Überzeugung bedingt die Kirchenmitgliedschaft und diese wiederum die Kirchensteuerpflicht,²⁶¹ wobei die Kirchensteuer jeweils in dem Jahr, in dem

²⁵⁷ BFHE 226, 90 = KirchE 54, 9 (11 ff.); FG Köln, in: EFG 2008, S. 1769 (1770).

²⁵⁸ Daher abgelehnt bei Anlehnung der Kirchensteuer an progressiven Einkommensteuer-Tarif: BVerwG, KirchE 43, 277 = ZevKR 49 (2004), S. 531 m. Anm. Christian Meyer; bei auf Veräußerungsgewinne entfallender Kirchensteuer: BFHE 226, 90 = KirchE 54, 9; bei auf Kirchensteuer-Erstattungsüberhang beruhender Steuernachzahlung BFH, in: HFR 2013, S. 972; bei Anwendung der Zwölfteilungsmethode auch bei außerordentlichen Einkünften: HessVGH, in: DÖV 2013, S. 239.

²⁵⁹ BFHE 226, 90 = KirchE 54, 9 (14); FG Köln, in: EFG 2008, S. 1769 (1771).

²⁶⁰ Jens Petersen, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 167 ff.; ders., Kirchensteuer als Sonderausgabenabzug i. S. d. § 10 I Nr. 5 EStG, in: KuR 1997, S. 29–36; Hammer, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 396 ff., 482 ff.; Michael von Arps-Aubert, Praxisprobleme bei der Ermittlung der als Sonderausgaben abzugsfähigen Kirchensteuern, in: DStR 2011, S. 1548–1551. Eine Ausnahme gilt nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 EStG, wenn die Kirchensteuer als Zuschlag zur Kapitalertragsteuer oder auf die nach dem gesonderten Tarif des § 32d Abs. 1 EStG ermittelte Einkommensteuer gezahlt wurde. Begleichen Erben Kirchensteuerschulden des Erblassers, belastet das ihr Vermögen, daher können diese Beträge als Sonderausgabe geltend gemacht werden: BFH, in: DStR 2016, S. 2695 = KuR 2016, S. 280 (Ls.); FG Hessen, in: EFG 2014, S. 128 (129) = DStR Entscheidungsdienst (DStRE) 2014, S. 838.

²⁶¹ Kästner, in: BK (o. Fn. 3), Art. 140 GG, Rn. 556; Hammer, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 396 ff.; Wolfgang Schön, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Sonderausgabenabzugs von Kirchensteuerzahlungen (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 EStG), in: DStZ 1997, S. 385–393. Deshalb fallen vergleichbare europäische Kirchenabgaben ebenfalls unter die Norm: Rundschreiben des BMF

sie gezahlt und der Steuerpflichtige durch sie endgültig wirtschaftlich belastet wurde, einkommensteuerlich zu berücksichtigen ist²⁶². Praxisprobleme ergaben sich bis 2011 vor allem, wenn es später zu Kirchensteuererstattungen kam. Diese waren aus Praktikabilitätsgründen möglichst mit in diesem Jahr geleisteten Zahlungen zu verrechnen;²⁶³ waren dort aber keine entsprechenden Zahlungen angefallen oder überstieg die Erstattung die Zahlung (sogenannter Erstattungsüberhang), war auch für die Kirchensteuerzahlung in dem Jahr, für das die Erstattung erfolgte, ein Abzug vorzunehmen²⁶⁴. Dabei handelte es sich um ein rückwirkendes Ereignis (§ 175 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AO), mit der Folge, dass auch bereits bestandskräftige Einkommensteuerbescheide zu ändern waren.²⁶⁵ Da dies dem Willen des Gesetzes entsprach, war auch für einen Billigkeitserlass aus sachlichen Gründen kein Raum.²⁶⁶ Seit dem 1.1.2012 ist jedoch nach § 10 Abs. 4b S. 3 EStG ein verbleibender Erstattungsüberhang bei der Kirchensteuer nicht mehr mit der Kirchensteuer des Zahlungsjahres zu verrechnen, sondern dem Gesamtbetrag der Einkünfte des Erstattungsjahres hinzuzurechnen.²⁶⁷

v. 16.11.2010 an die obersten Finanzbehörden d. Länder, IV C 4 – S 2221/07/0004:001 (BStBl. 2010 I S. 1311), betr. steuerliche Behandlung v. Kirchensteuer nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 EStG an Religionsgemeinschaften, die in anderen EU-/EWR-Staaten ansässig sind.

²⁶² BFHE 207, 28 = KirchE 46, 9 (10); BFH, KirchE 46, 98 (99 f.); BFH, KirchE 47, 80 (82); BFH, KirchE 50, 200 (201); BFH, KirchE 52, 284 (288 f.); bei Kirchgeld besteht Nachweispflicht für Festsetzung und Zahlung: FG München, KirchE 49, 312 (313); zum Zahlungszeitpunkt bei Kirchensteuer als Abgeltungsteuer: FG Berlin-Bbg., in: EFG 2013, S. 1028.

²⁶³ BFHE 222, 215 = KirchE 52, 125 (126); BFH, KirchE 47, 80 (82); BFH, KirchE 46, 9 (10 f.).

²⁶⁴ BFHE 207, 28 = KirchE 46, 9 (10 f.); BFH, KirchE 52, 284 (288 f.); BFH, KirchE 54, 467 (470); im Jahr der Erstattung entstehen keine Einnahmen in Gestalt negativer Sonderausgaben: BFH, KirchE 53, 81 (83 f.).

²⁶⁵ BFHE 222, 215 = KirchE 52, 125 (126 ff.); BFHE 207, 28 = KirchE 46, 9 (10); BFH, KirchE 46, 98 (99 f.); BFH, KirchE 47, 80 (81 ff.); BFH, KirchE 52, 284 (288); BFH, KirchE 53, 81 (83); BFH, KirchE 54, 467 (470); BFH, in: KuR 2013, S. 139.

²⁶⁶ BFH, in: HFR 2013, S. 972, Tz. 16 ff.

²⁶⁷ Geändert durch Steuervereinfachungsgesetz 2011 v. 1.11.2011 (BGBl I S. 2131); dazu BFH, in: BFH/NV 2013, S. 926 = KuR 2013, S. 138.

XII. Rechtsschutzfragen

67 Nachdem Kirchensteuer nur unter Einsatz staatlicher Hoheitsgewalt erhoben werden kann, erfüllen alle Maßnahmen ihrer Fest- und Durchsetzung, aber auch Billigkeitsmaßnahmen und deren Verweigerung die Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 4 GG, so dass in Streitfällen der Rechtsweg vor staatliche Gerichte eröffnet sein muss.²⁶⁸ Zuständig sind – aufgrund unterschiedlicher landesrechtlicher Regelungen²⁶⁹ – teils die Verwaltungsgerichte²⁷⁰, teils die Finanzgerichte²⁷¹, vereinzelt gibt es sogar eine doppelte Zuständigkeit, abhängig davon, ob eine Maßnahme einer staatlichen oder kirchlichen Stelle angegriffen werden soll²⁷². Für die Anfechtung von Kirchenlohnsteuer-Anmeldungen sind überall die Finanzgerichte zuständig.²⁷³ Auch beim außergerichtlichen Rechtsbehelfsverfahren bestehen Unterschiede: Gelegentlich haben hier kirchliche Stellen über Rechtsbehelfe gegen Verwaltungsakte staatlicher Stellen, denen die Verwaltung der Kirchensteuer übertragen ist, zu entscheiden.²⁷⁴ Ansonsten ist das Rechtsbehelfsverfahren vor kirchlichen Behörden durchzuführen, wenn Entscheidungen kirchlicher Stellen angegriffen werden sollen, und vor staatlichen, wenn Entscheidungen staatlicher Stellen in Frage stehen. Bei innerkirchlichen Rechtssetzungsakten zur Kirchensteuer handelt es sich weder um Bundes-, noch um revisibles

²⁶⁸ Hartmut Reim, Rechtsschutzfragen, in: Aktuelle Rechtsfragen (o. Fn. 6), S. 137–143; Christian Meyer, Das geltende Kirchensteuerrecht im Bereich der Evangelischen Kirche in Deutschland, in: Finanzen (o. Fn. 8), S. 173 (195 f.); Petersen, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 199 ff., 142, 147 f.; Muckel, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 3), Art. 140 GG/Art. 137 WRV, Rn. 118; Hammer, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 488 ff.; VG Frankfurt/M., KirchE 46, 290 (295 f.); Steuerbescheide kirchlicher Steuerämter sind Akte der öffentlichen Gewalt i. S. des § 90 Abs. 1 BVerfGG: BVerfGE 19, 288 = KirchE 7, 367.

²⁶⁹ Übersicht bei Petersen, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 201; Hammer, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 497 f.

²⁷⁰ Berlin: FG Berlin-Bbg., KirchE 49, 177 (178 f.) = EFG 2007, S. 1349; Bbg., Hessen, Nds., RP, LSA, SH.

²⁷¹ Bayern, Hmb., MV, NRW, Saarl., Sachsen, Thür.

²⁷² BW und Bremen: Bei Verwaltung der Kirchensteuer durch kirchliche Behörde Verwaltungsrechtsweg, sonst Finanzrechtsweg: Reim, Rechtsschutzfragen (o. Fn. 268), S. 141; BFH, in: BStBl. II 1998, S. 126.

²⁷³ Reim, Rechtsschutzfragen (o. Fn. 268), S. 141.

²⁷⁴ Berlin, Bremen, Nds., NRW, SH; Übersicht bei Petersen, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 201; Hammer, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 502; Reim, Rechtsschutzfragen (o. Fn. 268), S. 140 f.; Meyer, Kirchensteuerrecht (o. Fn. 268), S. 195; für Berlin: FG Berlin-Bbg., in: EFG 2007, S. 1349 = KirchE 49, 177 (179).

Landesrecht, so dass eine revisionsgerichtliche Überprüfung nicht erfolgen kann.²⁷⁵

Wird die Kirchensteuer als Annexsteuer zur Einkommensteuer erhoben und in einer Urkunde zusammen mit dieser festgesetzt, liegen dennoch zwei rechtlich selbständige Steuerbescheide vor, von denen der Einkommensteuerbescheid den Grundlagen- und der Kirchensteuerbescheid den Folgebescheid bildet.²⁷⁶ Mit Rechtsmitteln gegen den Kirchensteuerbescheid können keine Regelungen des Einkommensteuerbescheids angegriffen werden, insoweit ist ein (fristgerecht erhobenes) eigenes Rechtsmittel erforderlich. Gelegentlich kann die Frage Schwierigkeiten bereiten, welchem der beiden Bescheide eine Regelung zuzurechnen ist: Ist sie nur für die Festsetzung der Kirchensteuer, nicht aber für diejenige der Einkommensteuer von Belang, ist sie Teil des Kirchensteuerbescheides und mit diesem anzugreifen²⁷⁷. Wird auf ein Rechtsmittel gegen den Einkommensteuerbescheid hin dieser geändert, ist auch der Kirchensteuerbescheid zu ändern, der nicht eigens angegriffen werden muss.²⁷⁸

68

XIII. Kirchensteuervertretungen

Kirchensteuervertretungen sollen den Steuerpflichtigen eine Kontrollmöglichkeit über die Verwaltung und Verwendung der von ihnen aufbrachten Steuermittel ermöglichen.²⁷⁹ Ihr Grundgedanke entstammt nicht dem kirchlichen, sondern dem staatlichen Recht: Als im 19. Jahrhundert die Kirchensteuer in größerem Maße von den deutschen Staaten eingeführt wurde, sahen deren Gesetze – nach dem Vorbild des staatlichen Konstitutionalismus – im Kirchensteuerrecht Vertretungen der Steuerpflichtigen vor, die bei der Etataufstellung und -kontrolle sowie bei der Besteuerung maßgeblich mitzuwirken

69

²⁷⁵ BFH, KirchE 51, 309 (311).

²⁷⁶ BFHE 221, 288 = KirchE 50, 360 (363 f.); VG Cottbus, in: DÖV 2017, S. 475 (Ls.) = BeckRS 2017, 101394 (Tz. 25 ff.); *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 428 ff.

²⁷⁷ So etwa bei Hinzurechnungen nach dem Teileinkünfteverfahren oder bei der Berücksichtigung von Kinderfreibeträgen, die für die Höhe der Einkommensteuer belanglos sind: *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 142, 147 f.; BFHE 221, 288 = KirchE 50, 360 (363 ff.).

²⁷⁸ *Reim*, Rechtsschutzfragen (o. Fn. 268), S. 139 f.; *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 428 f.

²⁷⁹ Zu den Rechtsgrundlagen s.o. V. 7 (N. zu weiterführender Lit.: o. Fn. 82 ff.).

hatten.²⁸⁰ Spätestens seit der rechtlichen Verselbständigung von Staat und Kirche 1919 durch die Weimarer Verfassung sind die ihre Aufgaben und Arbeitsweise betreffenden Regelungen dem kirchlichen Recht zuzuordnen. Weder aufgrund ihrer historischen Herkunft noch infolge ihrer Einbindung ins Kirchenrecht sind sie geeignet, ein demokratisches Element (jedenfalls im eigentlichen Sinne) in dieses zu implementieren²⁸¹: Der Staat des 19. Jahrhunderts war (konstitutionelle) Monarchie, nicht Demokratie, und die Kirche ist Christokratie, nicht Demokratie.²⁸² In Wahrheit handelt es sich um ein genossenschaftliches Element, wie es in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts (*Otto von Gierke*) eine große Rolle gespielt hat.²⁸³ Es sichert den Steuerpflichtigen, die die materiellen Lasten der Kirche zu tragen haben, das Recht zu, über das von ihnen stammende Geld wirkungsvoll mitzuentcheiden. In den evangelischen Kirchen sind die Synoden die Kirchensteuervertretungen, in den katholischen Bistümern sind sie unterschiedlich konstruiert und tragen auch verschiedene Namen.

XIV. Zur Kirchlichkeit der Kirchensteuer; Reformvorschläge

70 Kirchenrechtlich ruht die Kirchensteuer auf festen Fundamenten. Nach katholischem Kirchenrecht erlaubt c. 1263 CIC ihre Erhebung, wenn entsprechende partikulare Gesetze und Gewohnheiten bestehen, was in Deutschland und der Schweiz der Fall ist. C. 222 § 1 verpflichtet die Gläubigen, für die Erfordernisse der Kirche Beiträge zu leisten, damit ihr die für ihr Wirken erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, c. 1260 gibt der Kirche das Recht, von den Gläubigen zu fordern, was für die ihr eigenen Zwecke notwendig ist, c. 1261 § 2 hält den Diözesanbischof an, die Gläubigen an die in c. 222 § 1 genannte Verpflichtung zu erinnern und in geeigneter Weise auf ihre Erfüllung zu drängen, und c. 1262 fordert, dass die Gläubigen der Kirche durch erbetene Unterstützung Hilfe gewähren sollen, und zwar gemäß den von der Bischofskonferenz erlassenen Normen. Sie

²⁸⁰ Zu ihrer Geschichte s. d. N. o. Fn. 83.

²⁸¹ So etwas ungenau freilich *P. Kirchhof*, Auftrag (o. Fn. 83), S. 172 f.

²⁸² *Martin Heckel*, Zur zeitlichen Begrenzung des Bischofsamtes, in: ZevKR 27 (1982), S. 134 = *ders.*, Gesammelte Schriften, Staat, Kirche, Recht, Geschichte, Bd. II, 1989, S. 934 (941 f.).

²⁸³ *Joachim Münch*, Genossenschaft, Genossenschaftsrecht, in: EvStL⁴, Sp. 721 (722).

ordnen in Deutschland an, dass die Unterstützung durch die Kirchensteuer zu leisten ist.²⁸⁴ Sodann enthält c. 3 CIC eine Vorrangbestimmung für konkordatäre Vorschriften. Eine große Zahl von Konkordaten, Kirchenverträgen und Verträgen zwischen Bistümern und deutschen Ländern seit dem Bayernkonkordat von 1924 enthält Vorschriften zur Kirchensteuer.²⁸⁵ Die Kirchensteuer steht mithin in Einklang mit universalem Kirchenrecht.²⁸⁶ Hinzu kommen noch die Kirchensteuerordnungen und -beschlüsse sowie das Recht der Kirchensteuervertretungen, so dass insgesamt ein umfangreiches Kirchensteuerrecht besteht. Auch im evangelischen Kirchenrecht ist sie tief verwurzelt: Mit Kirchenverfassungen und Kirchenverträgen, Kirchensteuerordnungen und -beschlüssen sowie dem Recht zur Verteilung des Steueraufkommens verfügt die Kirchensteuer über eine ausdifferenzierte und verlässliche Rechtsgrundlage.²⁸⁷ Bei den jüdischen Gemeinden besteht ebenfalls seit dem mittleren 19. Jahrhundert ein ausdifferenziertes Kirchensteuerrecht.²⁸⁸

Die Kirchensteuer ist aber auch eine *legitime Form* der Kirchenfinanzierung: Zwar mag der verpflichtende oder Zwangscharakter der Kirchensteuer im Neuen Testament keine Grundlage finden, wohl aber sind Pflichtabgaben im Alten Testament sehr wohl bekannt.²⁸⁹ Beruht die Finanzierung von Kirchen und Religionsgemeinschaften auf freiwilligen Zuwendungen (Spenden und Stiftungen), hat dies stets eine Abhängigkeit von finanzkräftigen Gebern zur Folge,²⁹⁰ auch besteht die Gefahr, dass zur Förderung der Spendenbereitschaft zweifelhafte Mittel eingesetzt werden (berüchtigt etwa das Ablasswesen der Vorreformationszeit). Gebühren oder ähnliche Abgaben ver-

71

²⁸⁴ Partikularnorm Nr. 17 zu c. 1262 CIC Kirchensteuer; zu ihr o. V. 4. (o. Fn. 64); *Stephan Haering*, Die kanonische Beitragspflicht der Gläubigen und die deutsche Kirchensteuer, in: *Kirche und Staat. Geschichte und Gegenwart eines spannungsreichen Verhältnisses*, hg. von Josef Rist/Christof Breitsameter, 2015, S. 167–179 (169 f.).

²⁸⁵ Einzelheiten und Nachweise o. V. 1., 4., VII.

²⁸⁶ *Hollerbach*, Kirchensteuer (o. Fn. 63), S. 1080 f., 1086 f.; *Marré/Jurina*, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 22), S. 9 f.; *Fischer*, Finanzierung (o. Fn. 17), S. 244 ff.; *Karl Kardinal Lehmann*, Vom ABC der Kirchensteuer. Eine kleine Einführung, in: *Planen im Sparen*, hg. von Barbara Nichtweiß, 2011, S. 7 (7 f.); *Hammer*, Zur Kirchlichkeit (o. Fn. 10), S. 123 f.

²⁸⁷ *Meyer*, Kirchensteuerrecht (o. Fn. 268), S. 177 ff.; *Marré/Jurina*, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 22), S. 10 f.; zu den Vorschriften o. V. 1., 4., 7., VII.

²⁸⁸ *Hammer*, Rechtsfragen (o. Fn. 2), S. 37 ff.

²⁸⁹ Dazu mit N. o. II. 1.

²⁹⁰ *Müller-Franken*, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 3), S. 38; *P. Kirchhof*, Auftrag (o. Fn. 83), S. 176.

anlassen zwar die Kirchen, sich um ihre Gläubigen zu bemühen, doch können sie dazu führen, dass ärmere Schichten auf kirchliche Leistungen verzichten müssen, auch muss ein System von Leistung und Gegenleistung kirchlichem Selbstverständnis zutiefst fremd sein. Einer verpflichtenden Abgabe andererseits ist ein hoher Gerechtigkeitswert eigen: Entscheidend ist bei ihr die Leistungsfähigkeit, nicht die Leistungswilligkeit – sie verhindert, dass die Last der Kirchenfinanzierung gutwillige Arme statt hartherziger Reicher tragen und dass sich die Kirchen ihren Unterstützern andienen müssen. Zudem garantiert sie den Religionskörperschaften ein hohes Maß an Haushalts- und Planungssicherheit und gewährt ihnen die Möglichkeit, mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln Gutes tun und ihre Aufgaben sicher erfüllen zu können.²⁹¹

72 Nachweisen lässt sich auch nicht, dass der Wunsch, Steuern zu sparen, für viele Kirchaustritte bestimmend wäre: Meist spielen andere Motive (insbesondere die Entfremdung von der Kirche) eine wesentlich wichtigere Rolle.²⁹² Die gelegentlich empfohlene Umstellung des deutschen Kirchensteuer- auf ein Steuerzuschlagwahlsystem nach spanisch-italienischem Vorbild²⁹³ würde jedenfalls eine Grundgesetzänderung voraussetzen, wobei fraglich erscheint, ob dieses überhaupt in das Abgabensystem, wie es unserer Verfassungsordnung entspricht, eingepasst werden könnte, weil hier der Steuerzuschlag zunächst vom Staat zu vereinnahmen und sodann eine Ausgabe erforderlich wäre, die parlamentarischer Mitwirkung und Kontrolle entzogen wäre. Auch erscheint angesichts der Vielzahl der in Deutschland vorhandenen Religionen und Weltanschauungsgemeinschaften eine einigermaßen übersichtliche Liste möglicher Zuwendungsempfänger nicht erreichbar.

73 An wünschenswerten Reformen des deutschen Kirchensteuerrechts wäre zum einen eine Harmonisierung der verschiedenen Kirchensteuergesetze zu nennen. Zwar mag eine föderale Vielfalt ihren eigenen Reiz haben, aber gerade im Abgabenrecht bedeuten – nicht nur

²⁹¹ Zum Ganzen: *Lehmann*, ABC (o. Fn. 286), S. 11 f.; *Marré / Jurina*, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 22), S. 79 ff.; *Hollerbach*, Kirchensteuer (o. Fn. 63), S. 1091 f.; *P. Kirchhof*, Auftrag (o. Fn. 83), S. 175 ff.; *ders.*, Grundlagen (o. Fn. 143), S. 13 ff.; *Müller-Franken*, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 3), S. 36 ff.; *Petersen*, Kirchensteuer (o. Fn. 7), S. 227 ff.; *Hammer*, Zur Kirchlichkeit (o. Fn. 10), S. 122 f., 126 f.; *ders.*, Sachgerechtigkeit (o. Fn. 11), S. 980 ff.

²⁹² Dazu eingehend: *Stefan Ihli*, Kirchaustritt als Mittel der Kirchensteuervermeidung? Ein Klischee im Spiegel der Demoskopie, in: KuR 2011, S. 175–198.

²⁹³ Etwa *Kühne*, Bekenntnisfreiheit (o. Fn. 30), S. 181 ff.

bei Umzügen innerhalb des Bundesgebiets und zur Gewinnung von Rechtssicherheit – einheitliche Konstruktionen und Formulierungen bei den verschiedenen steuerrechtlichen Regelungen einen erheblichen Fortschritt. Zum anderen könnte das Kirchensteuerrecht – entsprechend den Vorstellungen der Kirchen zum Schutz von Kindern und Familien – dieses Ziel dadurch stärker verfolgen, dass es – insbesondere bei Alleinerziehenden, die auf finanzielle Maßnahmen zugunsten von Kindern besonders angewiesen sind – für Kinder Abzüge bei der Steuerschuld vorsähe.²⁹⁴ Eine – teilweise – Beschränkung dieser Vergünstigung auf getaufte Kinder ließe sich damit rechtfertigen, dass das Steuerrecht auch Lenkungszwecke verfolgen darf. Weitere Reformen erscheinen denkbar, müssten aber darauf Bedacht nehmen, dass zum einen die grundsätzliche Orientierung der Kirchensteuer am Leistungsfähigkeitsprinzip nicht beschädigt wird, und zum anderen die Berechnung der Steuer durch die Finanzverwaltung auf der Grundlage der Einkommenbesteuerung nicht erheblich erschwert wird, weil sonst die bewährte Verwaltung der Kirchensteuer durch die staatliche Finanzverwaltung gefährdet werden könnte.

XV. Schlussbetrachtung

Die Kirchensteuer hat sich als das zentrale Finanzierungsinstrument der Kirchen in Deutschland in einer weit mehr als hundertjährigen Entwicklung herausgebildet, aber auch bewährt. Sie ruht sowohl kirchen- als auch staatskirchenrechtlich auf festen Fundamenten, das Kirchensteuerrecht bildet mittlerweile ein weitverzweigtes Rechtsgebiet. Mag sie als Pflichtabgabe immer wieder Kritik herausfordern,²⁹⁵ gewährleistet sie doch, dass die Lasten der Kirche von den Gläubigen entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit, nicht ihrer Opferbereitschaft zu tragen sind. Aufgrund der Kirchensteuer verfügen die deutschen Landeskirchen und Diözesen – im weltweiten Vergleich – über sehr reiche Einnahmen. Von Reichtum der Kirche zu sprechen, ist dennoch verfehlt, weil die Landeskirchen und Diözesen die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel nutzen, um auf dem pastoralen, dem sozialen (diakonischen / caritativen) und dem kulturellen Sektor zu-

74

²⁹⁴ Da die Kirchensteuer mit einem festen Zuschlagsatz erhoben wird, ist es bedeutungslos, ob zugunsten von Kindern Korrekturen an der Bemessungsgrundlage oder der Steuerschuld vorgenommen werden.

²⁹⁵ Dazu *Kämper*, Kirchensteuer (o. Fn. 102), S. 2112 f.; *Karl Eugen Schlieff*, Zukunft kirchlicher Finanzen unter veränderten gesellschaftlichen Bedingungen, in: FS Rübner (o. Fn. 3), S. 809 (810 ff.).

gunsten ihrer Gläubigen wie auch der gesamten Gesellschaft intensiv zu wirken und Kirchen und soziale Projekte in ärmeren Ländern zu unterstützen.²⁹⁶ Mögen gelegentlich kirchliche Stellen der Versuchung zur Geldverschwendung erliegen, bildet dies doch die Ausnahme, zumal Kirchensteuervertretungen als Kontrollinstanz zur Verfügung stehen. Weil die Kirchensteuer nur unter Inanspruchnahme staatlicher Hoheitsgewalt erhoben und durchgesetzt werden kann, sind bei der Besteuerung die Grundrechte der Steuerpflichtigen und das Rechtsstaatsprinzip zu beachten und Rechtsschutz durch die staatlichen Gerichte zu gewähren, was zu einem hohen Maß an Rechtssicherheit führt. Damit kann zusammenfassend festgestellt werden, dass die Kirchensteuer ein geeignetes und bewahrenswertes Instrument zur Finanzierung kirchlicher Arbeit bildet.

²⁹⁶ Vgl. nur *P. Kirchhof*, Auftrag (o. Fn. 83), S. 175 f.; *ders.*, Kirchensteuer (o. Fn. 105), S. 53 ff.

§ 73

Staatsleistungen an die Kirchen und andere Religionsgemeinschaften

Von Werner Heun †

I. Staatsleistungen im staatskirchenrechtlichen System der Finanzierung der Religionsgemeinschaften	1–12
1. Staatliche Förderung unter dem Grundgesetz – ein Überblick	1–9
2. Staatsleistungen im Rechtsvergleich	10–12
II. Historische Fundierung und Legitimation	13–28
1. Staatsleistungen als Säkularisationsfolgen	14–19
2. Normative Grundlagen	20–24
a) Verfassungsnormen	20
b) Vertragliche Regelungen in den alten Bundesländern	21–22
c) Vertragliche Regelungen in den neuen Bundesländern	23–24
3. Legitimation der Staatsleistungen	25–28
III. Staatsleistungen als Rechtsinstitut	29–52
1. Begriff	29–33
2. Typen	34–41
3. Erfordernis eines Rechtstitels	42–47
a) Rechtspflicht	42–43
b) Gesetz	44–45
c) Besondere Rechtstitel	46–47
4. Beteiligte	48–52
a) Leistungsträger	48–50
b) Leistungsempfänger	51–52
IV. Rechtswirkungen des Art. 138 Abs. 1 WRV	53–76
1. Ablösungsverpflichtung	53–68
a) Objektive Verpflichtung	53–55

b) Gegenstand und Umfang der Ablösungspflicht	56–60
c) Formen und Modalitäten der Ablösung	61–62
d) Zuständigkeit und Verfahren der Landesgesetzgebung	63–64
e) Grundsätze des Bundes	65–68
2. Bestandsschutz	69–75
3. Neubegründungsverbot	76
V. Neuere Entwicklungen und Ausblick	77–79

I. Staatsleistungen im staatskirchenrechtlichen System der Finanzierung der Religionsgemeinschaften

1. Staatliche Förderung unter dem Grundgesetz – ein Überblick

- 1 Staatsleistungen lassen an den modernen Leistungsstaat denken, der verfassungsrechtlich im Sozialstaatsprinzip Ausdruck gefunden hat. Indes greift das Grundgesetz diesen Begriff lediglich in einem ganz spezifischen, eng gefassten Sinn und noch dazu nur durch seinen Verweis auf Art. 138 Abs. 1 WRV in Art. 140 GG auf, was *Josef Isensee* in seinem Beitrag in der Voraufgabe eingangs als eine der „Merkwürdigkeiten des Grundgesetzes“ apostrophiert.¹ Staatsleistungen sind danach nur dauerhafte beziehungsweise wiederkehrende vermögenswerte Zuwendungen des Staates an die Kirchen, die auf besonderen Rechtstiteln beruhen, eine Kompensation für frühere Säkularisationen darstellen und der Finanzierung des allgemeinen kirchlichen Aufwandes dienen. Staatsleistungen an die Kirchen und andere Religionsgemeinschaften lassen sich freilich auch in einem weiteren Sinn verstehen, als alle Leistungen des Staates an die Kirchen, zu denen nicht nur diejenigen des Art. 138 Abs. 1 WRV zu zählen sind. Erst aus dem Zusammenhang mit diesen anderen Zahlungen des Staates wird ihre Bedeutung für Staat und Religionsgemeinschaften erkennbar.
- 2 Der Staat trägt zur Finanzierung der Religionsgemeinschaften und insbesondere der Kirchen durch mehrere, in Form und Umfang sowie Rechtsgrund sehr unterschiedliche Leistungen bei. Die Einnahmen der Kirchen, an denen der Staat in irgendeiner Weise beteiligt ist,

Der Beitrag wurde am 7.6.2013 abgeschlossen. Spätere Nachweise sind durch die Herausgeber ergänzt worden.

¹ *Josef Isensee*, Staatsleistungen an die Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: HSKR², Bd. I, 1994, S. 1009 (1009).

setzen sich im Wesentlichen aus den drei Blöcken Kirchensteuer, staatliche Finanzierungsleistungen für die sozialen und gesellschaftlichen Tätigkeiten, insbesondere Diakonie und Caritas sowie Staatsleistungen im Sinne des Art. 138 Abs. 1 WRV zusammen. In dieser Reihenfolge kommt auch ihre quantitative Bedeutung für die Kirchen zum Ausdruck. Daneben tritt aber noch eine Reihe weiterer staatlicher Finanzierungsleistungen,² die quantitativ geringer ins Gewicht fallen.

Die Haupteinnahmequelle der Kirchen³ mit über der Hälfte aller Einnahmen bilden heute zunächst die Kirchensteuern, die der Sache nach Mitgliedsbeiträge der Kirchenmitglieder sind und in der Form staatlicher Steuern erhoben werden.⁴ Sie gelten allgemein als „öffentlich-rechtliche Zwangsabgaben, die zur Finanzierung kirchlicher Zwecke von Kirchenmitgliedern erhoben werden“.⁵ Der Staat ist nur insoweit involviert, als er die Erhebung durchführt, dafür aber auch mit bis zu 4 Prozent des Steueraufkommens finanziell kompensiert wird. Die staatliche Erhebung stellt durchaus eine – verfassungsrechtlich zulässige⁶ – Förderung der Kirchen dar, auch wenn sie für den Staat im Ergebnis keine finanzielle Einbuße beinhaltet.

Die zweitwichtigste Einnahmequelle und zugleich quantitativ die umfangreichsten Zuwendungen des Staates sind die Finanzleistungen für die sozial-karitative Tätigkeit der Religionsgemeinschaften. Die Religionsgemeinschaften agieren hier als freie Träger der Wohlfahrtspflege in sozialstaatlicher Verantwortung.⁷ Öffentliche Förderung erhalten Diakonie und Caritas durch Zuwendungen und Subventionen sowie die Kostenerstattung und Leistungsvergütung, wobei die Ausgestaltung im Einzelnen auch von der heterogenen Landesgesetzgebung abhängt.⁸ Kirchliche Krankenhäuser, Schulen und Kindergärten und andere Sozialeinrichtungen werden auf diese Weise maßgebend vom Staat finanziert. Diese staatlichen Leistungen

² Vgl. *Michael Droege*, Staatsleistungen an Religionsgemeinschaften im säkularen Kultur- und Sozialstaat, 2004, S. 89–96; *Ute Mager*, → § 68.

³ Zur Kirchenfinanzierung insgesamt s. *Carsten Frerk*, Finanzen und Vermögen der Kirchen in Deutschland, 2002.

⁴ *Felix Hammer*, → § 72.

⁵ *Theodor Maunz*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz – Kommentar, Losebl., Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Stand 1973, Rn. 42; in der Sache vgl. im Einzelnen *Felix Hammer*, Rechtsfragen der Kirchensteuer, 2002, S. 140–152.

⁶ BVerfGE 44, 103 (104).

⁷ *Peter Unruh*, → § 49.

⁸ *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 106–109.

sind allerdings keine spezifische Förderung der Religionsgemeinschaften, vielmehr beruhen sie auf den allgemeinen sozialstaatlichen Aufgaben des Staates und kommen kirchlichen und nichtreligiösen, gemeinnützigen wie kommerziellen Trägern unter den gleichen Voraussetzungen und Bedingungen zu. Die Religionsgemeinschaften bilden hier einen Teil der freien Wohlfahrtspflege und können daher Gleichbehandlung mit allen anderen Trägern beanspruchen. Eine Reduzierung dieser Leistungen durch den Staat ist denkbar, aber politisch unwahrscheinlich und zudem nur diskriminierungsfrei zulässig.

- 5 Den dritten Komplex bilden die auch begrifflich so bezeichneten Staatsleistungen im Sinne des Art. 138 Abs. 1 WRV, die auf besonderen Rechtstiteln beruhen und auch spezifisch den Kirchen zugewiesen sind. Insgesamt ist der absolute Betrag mit etwa 460 Mio. € beträchtlich, relativ mit etwa 3–4 Prozent der Einnahmen aber eher gering.⁹ War im 19. Jahrhundert die Kirchensteuer subsidiär zu den Staatsleistungen, gilt heute genau das Gegenteil.¹⁰ Die Staatsleistungen in den verschiedenen Bundesländern differieren deutlich, am höchsten sind sie wohl in Baden-Württemberg.¹¹
- 6 Der Kreis der staatlichen Leistungen reicht aber noch weiter und umfasst auch direkte Leistungen und Kostenfreistellungen bei gemeinsamen Angelegenheiten von Staat und Kirchen. Dazu gehören beispielsweise die Kosten für den Religionsunterricht an öffentlichen Schulen sowie für theologische Fakultäten an staatlichen Universitäten und für die Militär- und Anstaltsseelsorge. Es handelt sich insoweit zwar um staatliche Veranstaltungen und Einrichtungen, die jedoch mittelbar den jeweiligen Religionsgemeinschaften Möglichkeiten der Vermittlung ihrer Auffassungen und Überzeugungen eröffnen und sie von der Finanzierung eigener Aufgaben entlasten.¹²
- 7 Ein anderer Bereich, den der Staat finanziell in erheblichem Maß unterstützt, ist das allgemeine Bildungswesen und die Denkmalpfle-

⁹ Vgl. die Berechnungen bei *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 97 f.; vgl. ferner *ders.*, Vom Beruf unserer Zeit für ein Neues Loccum, in: NdsVBl. 2012, S. 1 (1); *Felix Bernard*, Anmerkungen zu den Staatsleistungen an die Katholische Kirche in Niedersachsen, in: NdsVBl. 2012, S. 128 (129).

¹⁰ *Dietrich Bauer*, Finanzwissenschaftliche Rechtfertigungen der Kirchenfinanzen, in: Die Finanzen der Kirchen, hg. von Wolfgang Lienemann, 1989, S. 355 (371).

¹¹ *Bauer*, Rechtfertigungen (o. Fn. 10), S. 371 f.; vgl. auch die Angaben bei *Heinrich de Wall*, Die Fortwirkung der Säkularisation im heutigen Staatskirchenrecht, in: EssGespr. 38 (2004), S. 53 (75).

¹² Kostenschätzungen bei *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 98–102.

ge. Ähnlich wie bei der karitativen Tätigkeit erhalten die Religionsgemeinschaften die Förderung hier wie alle anderen Träger auch; es gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Kirchen sind allerdings angesichts des umfangreichen Kulturguts, vor allem sakraler Bauwerke, in besonderem Maß Empfänger entsprechender Zuschüsse, ebenso wie sie maßgebende Träger von privaten Schulen und Hochschulen einschließlich von Fachhochschulen sind.¹³

Die Liste staatlicher Leistungen wäre unvollständig ohne die missverständlich so genannten negativen Staatsleistungen, unter denen Steuervergünstigungen und Gebührenbefreiungen und -ermäßigungen (wie z. B. nach der Kostenordnung) verstanden werden.¹⁴ Im Steuerrecht findet sich eine Vielzahl derartiger unmittelbar oder mittelbar begünstigender Steuertatbestände für die Religionsgemeinschaften, die sich einer Systematisierung weitgehend entziehen, aber tief in der Tradition verankert sind.¹⁵ Zahlreiche Steuer- und Gebührenbefreiungen zugunsten der Kirchen werden überwiegend als Bestandteil der historisch gewährleisteten staatlichen Förderung und deshalb auch als Element der in Art. 138 Abs. 1 WRV geschützten Staatsleistungen angesehen.¹⁶ Teilweise partizipieren die Religionsgemeinschaften aber auch nur an den Steuervergünstigungen für gemeinnützige Zwecke oder profitieren von den Steuervergünstigungen für Leistungen Dritter an die Kirchen, wie etwa durch die Abzugsfähigkeit der Kirchensteuer oder von Spenden im Rahmen der Einkommensteuer.¹⁷

Die knappe Übersicht über die verschiedenen Formen finanzieller Förderung der Kirchen und Religionsgemeinschaften lässt ein vielschichtiges und vielfältiges Spektrum von Staatsleistungen erkennen. Die Staatsleistungen im engen Sinn des Art. 138 Abs. 1 WRV bilden

¹³ Übersicht *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 102–106.

¹⁴ Vgl. *Peter Weides*, Die Religionsgemeinschaften im Steuerrecht, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, hg. von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zu Köln, 1988, S. 885–919; *Michael Droege*, → § 74; *Peter Axer*, Die Steuervergünstigungen für die Kirche im Staat des Grundgesetzes, in: AfKR 156 (1987), S. 460–485.

¹⁵ *Eugen Mack*, Die kirchliche Steuerfreiheit in Deutschland seit der Dekretalengesetzgebung, 1916, S. 17–54, 57–258.

¹⁶ Vgl. hier nur BVerfGE 19, 1 (13 f.), das aber andererseits auch die konkrete Gerichtsgebühr davon ausgenommen hat; dazu noch im einzelnen unten Rn. 41.

¹⁷ § 10 Abs. 1 Nr. 4 EStG; dazu *Wolfgang Schön*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Sonderausgabenabzugs von Kirchensteuerzahlungen (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 EStG), in: DStZ 1997, S. 385–393.

lediglich einen Ausschnitt. Freilich sind diese Staatsleistungen nicht ganz trennscharf von den anderen Förderformen abzugrenzen, vielmehr ergeben sich auch erhebliche Überschneidungen. So werden die Steuervergünstigungen – wie soeben dargelegt – zumindest partiell dem Bestandsschutz des Art. 138 Abs. 1 WRV unterworfen. Die sakralen Bauwerke werden teilweise aufgrund von Baulasten, die Staatsleistungen gemäß Art. 138 Abs. 1 WRV begründen, finanziert, teilweise auch im Rahmen des Denkmalschutzes vom Staat finanziell in ihrer Erhaltung unterstützt. Die Besoldung der Geistlichen kann im Rahmen der *res mixtae*, aber auch im Wege der Staatsleistungen erfolgen. Finanziell und rechtlich sind die Staatsleistungen daher in den Kontext der gesamten Staat-Kirche-Beziehungen einzuordnen.

2. Staatsleistungen im Rechtsvergleich

- 10 Kirchen und Religionsgemeinschaften können sich entweder aus eigenen Mitteln, vornehmlich Beiträgen ihrer Mitglieder und Spenden, finanzieren oder durch den Staat, also durch Staatsleistungen in einem weiten Sinne, alimentiert werden.¹⁸ Abgesehen davon, dass es kein System der Kirchenfinanzierung gibt, das allein auf einer der beiden Grundformen beruht, sondern alle Systeme letztlich Mischformen darstellen,¹⁹ sind die Gewichte doch sehr unterschiedlich verteilt.
- 11 Die heutige Kirchenfinanzierung ist wie der gesamte Bereich der Staat-Kirche-Beziehungen stark historisch geprägt. Ausgangspunkt ist in allen westlichen Verfassungsstaaten eine enge Verbindung zwischen Staat und Kirchen auch in finanzieller Hinsicht, aus der die Kirchen seit dem 18. Jahrhundert in unterschiedlichem Maß gelöst wurden. Enge rechtliche Verbindung und finanzielle Autonomie schließen sich dabei nicht aus. Der Status als Staatskirche zieht nicht notwendig die Staatsfinanzierung nach sich. In England – nicht in Wales und Schottland – ist die Anglikanische Kirche rechtlich Staatskirche, erhält aber fast keine Staatsleistungen, war allerdings auch fast keinen Säkularisationen ausgesetzt und verfügt daher über

¹⁸ Vgl. *Heiner Marré*, Die Systeme der Kirchenfinanzierung in den Ländern der Europäischen Union und in den USA, in: *ZevKR* 42 (1997), S. 338–352; *ders.*, Die Kirchenfinanzierung in Kirche und Staat der Gegenwart, 4. Aufl. 2006, S. 20–44; genereller Überblick über 75 Staaten bei *Werner Pradel*, Kirche ohne Kirchenbeitrag, 1981.

¹⁹ *Marré*, Systeme (o. Fn. 18), S. 339.

umfangreiches Vermögen.²⁰ Die weitgehende Unterwerfung der Kirche unter den Staat in der Tradition des griechisch-orthodoxen Cäsaropapismus ist in Griechenland mit einer nahezu vollständigen Staatsfinanzierung verbunden.²¹ Eine umfassende staatliche Finanzierung kann zudem auch das Ergebnis eines Kompromisses zwischen Kirchen und Trennungsbefürwortern sein, wenn die prinzipielle Separation von Staat und Kirche im Gegenzug zu einer staatlichen Alimentierung durchgesetzt wird. So ordnet Art. 181 Verf. Belgien²² die staatliche Übernahme der Gehälter und Pensionen der Bediensteten der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften an. Darüber hinaus stellt der Staat Unterkünfte bereit, trägt überwiegend die Theologischen Fakultäten, unterstützt Bau und Reparatur der Kirchengebäude und kommt für Defizite kirchlicher Vermögensverwaltung auf.²³ Selbst das laizistische Trennungssystem Frankreichs hat einige Staatsleistungen beibehalten. Nach der Enteignung des kirchlichen Vermögens in der Französischen Revolution hatte *Napoleon I.* mit dem Konkordat von 1801 eine kirchenfreundlichere Politik eingeschlagen. Der Staat übernahm schon in der Revolution als Kompensation die Besoldung der Geistlichen und danach auch die Erhaltung der kirchlichen Gebäude. Das Trennungsgesetz von 1905 schaffte die staatliche Alimentierung der Geistlichen mit dem Verbot der Kirchenfinanzierung ab,²⁴ die Erhaltung der 1905 bestehenden sakralen Bauwerke hat der Staat in seiner Eigenschaft als Eigentümer jedoch beibehalten und lässt den Religionsgemeinschaften auch sonst in begrenztem Umfang Staatsleistungen zukommen.²⁵ In ganz anderer Form, aber prinzipiell durchaus vergleichbar, gewährt der Staat auch in dem vom Grundsatz des *wall of separation* geprägten System der Trennung von Kirche und Staat in den USA den Kirchen be-

²⁰ *David McClean*, Staat und Kirche im Vereinigten Königreich, in: Staat und Kirche in der Europäischen Union, hg. von Gerhard Robbers, 1995, S. 333 (347 f.).

²¹ *Charalambos Papastathis*, Staat und Kirche in Griechenland, in: Staat und Kirche in der Europäischen Union (o. Fn. 20), S. 79 (92 f.); *Marré*, Kirchenfinanzierung (o. Fn. 18), S. 22 f.

²² Art. 181 Verf. Belgien von 1994 ersetzt Art. 117 Verf. Belgien von 1831.

²³ *Rik Torfs*, Staat und Kirche in Belgien, in: Staat und Kirche in der Europäischen Union (o. Fn. 20), S. 15 (32 f.); ähnlich das System in Luxemburg.

²⁴ Trennungsgesetz von 1905; vgl. dazu *Axel Frhr. von Campenhausen*, Staat und Kirche in Frankreich, 1962, S. 3–50.

²⁵ *Brigitte Basdevant-Gaudemet*, Staat und Kirche in Frankreich, in: Staat und Kirche in der Europäischen Union (o. Fn. 20), S. 127 (148–151); *Werner Heun*, Die Religionsfreiheit in Frankreich, in: ZevKR 49 (2004), S. 273 (280 f.).

grenzte Staatsleistungen.²⁶ In den Niederlanden ist dagegen im Zuge einer Verfassungsrevision 1983 die vollständige Ablösung der früheren Staatsleistungen gelungen,²⁷ ohne dass andere, begrenzte Finanzzuweisungen dadurch ausgeschlossen sind.²⁸

- 12 Der Rechtsvergleich beleuchtet die unterschiedlichen Muster und Begründungszusammenhänge auch für das deutsche Kirchenfinanzierungssystem im Allgemeinen und die Staatsleistungen im Besonderen. Drei Beobachtungen und Determinanten lassen sich festhalten. Erstens sind Staatsleistungen ein verbreitetes, geradezu typisches Phänomen der Finanzbeziehungen zwischen Kirche und Staat. Zweitens dienen Staatsleistungen regelmäßig als Kompensation für Säkularisation und Entzug kirchlicher Vermögenswerte und entfallen insbesondere dort, wo die Kirche weiterhin über eigenes Vermögen in erheblichem Umfang verfügt. Drittens sind finanzielles Gewicht und Bedeutung der Staatsleistungen von der Grundfinanzierung durch Mitgliedsbeiträge der Religionsgemeinschaften abhängig. Außer in cäsaropapistischen Systemen ersetzen Staatsleistungen nicht eine eigenständige Kirchenfinanzierung, sondern ergänzen die kirchliche Finanzausstattung lediglich.

II. Historische Fundierung und Legitimation

- 13 Kaum ein Rechtsinstitut wurzelt so sehr in Vorgängen der Vergangenheit und in der Tradition wie die Staatsleistungen gemäß Art. 138 Abs. 1 WRV. Partiiell und rein äußerlich ist das schon an der Übernahme einer Norm der Weimarer Reichsverfassung durch das Grundgesetz festzumachen. Zugleich wirft die Vergangenheitsprägung einen Schatten auf die aktuelle Legitimation der Staatsleistungen im heutigen religiösen und weltanschaulichen Pluralismus.

²⁶ Vgl. näher Werner Heun, Trennung von Kirche und Staat in den USA, in: Festschrift für Martin Heckel zum siebzigsten Geburtstag, hg. von Karl-Hermann Kästner / Knut W. Nörr / Klaus Schlaich, 1999, S. 341–357; Stefan Muckel / Markus Ogorek, Staatliche Kirchen- und Religionsförderung in Deutschland und den USA, in: DÖV 2003, S. 305 (306–313).

²⁷ Sophie C. van Bijsterveld, Staat und Kirche in den Niederlanden, in: Staat und Kirche in der Europäischen Union (o. Fn. 20), S. 229 (232).

²⁸ Bijsterveld, ebd., S. 244 f.

1. Staatsleistungen als Säkularisationsfolgen

Schon die Formulierung des von Art. 140 GG inkorporierten Art. 138 Abs. 1 WRV macht den retrospektiven²⁹ und historischen Bezug der normierten Staatsleistungen deutlich, wenn von den auf Gesetz, Vertrag oder besonderen Rechtstiteln beruhenden Staatsleistungen die Rede ist. Die nach Wortlaut und in der Sache höchst heterogenen Rechtstitel, die der Weimarer Verfassungsgeber vorfand, haben indes im Ganzen eine gemeinsame Legitimationsgrundlage. Sie sind ein Ausgleich für in der Vergangenheit erlittene Rechts- und Vermögensverluste, die als Säkularisationen firmieren.³⁰ Sie werden daher allgemein nicht als Zuwendung oder Subvention qualifiziert, sondern eher den staatlichen Ersatzleistungen zugeordnet.³¹ Um Staatshaftung im eigentlichen Sinn handelt es sich indes nicht. Im Gegensatz zu den anderen staatlichen Zuwendungen werden sie nicht als Gegenleistung für kirchliche Leistungen gewährt.³² Weder die Säkularisation noch die Staatsleistungen passen aufgrund ihrer komplexen Zusammenhänge in die Schemata und das Prokrustesbett des modernen Verwaltungsrechts.

14

Die kompensierungsbedürftigen Säkularisationen reichen bis in die Reformationszeit zurück, als evangelische Landesherrn sich Klöster und Kirchenvermögen aneigneten.³³ Säkularisationen konnten zum einen als ein derartiger reiner (privatrechtlicher) Vermögensentzug, zum anderen auch in Gestalt einer (hoheitlichen) Entziehung der weltlichen Herrschaftsrechte unter Auflösung und Einverleibung des vormals geistlichen Territoriums erfolgen, wobei die beiden Formen der Vermögenssäkularisation und der Herrschaftssäkularisation, wie

15

²⁹ Droege, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 156.

³⁰ Isensee, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1010 f.; Droege, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 156–168; Dirk Ehlers, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 2, der von Säkularisierung spricht; dagegen verworren Carsten Frerk, Staatsleistungen, in: Die Privilegien der Kirche und das Grundgesetz, hg. von Rosemarie Will, 2011, S. 61 (61–70).

³¹ Isensee, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1010; Droege, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 156.

³² Bauer, Rechtfertigungen (o. Fn. 10), S. 372.

³³ Vgl. exemplarisch die Entwicklung in Baden-Württemberg: Hansjoachim Peter, Zur geschichtlichen Grundlegung der Staatsleistungen an die evangelische und katholische Kirche unter besonderer Berücksichtigung der badisch-württembergischen Gebiete, Diss. jur. Heidelberg 1971, S. 13–113; vgl. ferner K. Mayer / Th. Wurm, Die Staatsleistungen für die evangelische Kirche in Württemberg, 1925.

im Reichsdeputationshauptschluss von 1803, miteinander kombiniert werden und auch ineinander übergehen können.³⁴ Die Säkularisationen entzogen den Kirchen die finanziellen Grundlagen ihrer Tätigkeit und ihres Personals, so dass angesichts der vielfältigen Funktionen der Kirchen in Staat und Gesellschaft der „christliche Staat“ im 19. Jahrhundert ein ureigenes Interesse an einer finanziellen Versorgung der Kirchen haben musste. Die Verpflichtung zu bestimmten Finanzierungsleistungen kann indes auch auf der bloßen Rechtsnachfolge in bestimmte Besitztümer beruhen.³⁵ Die Staatsleistungen sind vor diesem Hintergrund allein Zuwendungen, die den kirchlichen Unterhalt, vor allem den Aufwand für den Kultus, bestreiten sollen. Diese Motivation und Funktion lässt im Übrigen auch die vielfach hervorgehobene scharfe antithetische Gegensätzlichkeit von Subventionen und Staatsleistungen³⁶ als fragwürdig erscheinen.

- 16 Die Staatsleistungen sind eine Folge des Übergangs von der Einheit zur völligen Trennung von Staat und Kirche. Im landesherrlichen Kirchenregiment nach der Reformation waren die evangelischen Kirchen und ihre Verwaltung Bestandteil des Staates, das Konsistorium staatliche Behörde. Dementsprechend waren der Unterhalt der Geistlichen und des sonstigen Kirchenpersonals³⁷ ebenso wie Erhaltung und Finanzierung kirchlicher Gebäude eine staatliche Aufgabe. In den katholischen geistlichen Territorien stellt sich die Frage einer Aufspaltung kirchlicher und staatlicher Finanzierung ohnehin nicht. Die geistlichen Institutionen (Bischof, Domkapitel, Kirchenverwaltung) waren zugleich Herrschaftsträger. Die staatliche Finanzierung kirchlicher Aufgaben konnte sich als juristische Frage erst stellen, nachdem Kirche und Staat sich bis zu einem gewissen Grad ausdiffe-

³⁴ Zur Differenzierung *Felix Hammer*, Säkularisation, in: *EvStL*⁴, Sp. 2069 (2069); *Klaus Dieter Hömig*, Der Reichsdeputationshauptschluss vom 25. Februar 1803 und seine Bedeutung für Staat und Kirche, 1969, S. 1; *Ernst-Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 1: Reform und Restauration 1789 bis 1830, 1957, S. 43.

³⁵ Vgl. *de Wall*, Fortwirkungen (o. Fn. 11), S. 65.

³⁶ So insbes. *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1010, 1020 f.; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 156; *Michael Germann*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), GG – Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 121.3.; dazu noch unten Rn. 32 f.

³⁷ Zudem muss man sich vor Augen halten, dass erst im 19. Jahrhundert die Finanzierung der Geistlichen von Pfründen auf eine – egalitäre – Besoldung umgestellt wurde, s. *Oliver Janz*, Von der Pfründe zum Pfarrgehalt: Zur Entwicklung der Pfarrbesoldung im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert, in: *Finanzen* (o. Fn. 10), S. 682–711; vgl. auch *Ansgar Hense*, Statement beim Pressegespräch am 22.9.2010 in Fulda, Pressemitteilung der Deutschen Bischofskonferenz vom 22.9.2010/150, S. 13 f.

renziert und auch juristisch verselbständigt hatten. Erst als Träger eigener Aufgaben konnten die Kirchen auch eigenständige Finanzierungsbedürfnisse gegenüber dem Staat geltend machen.³⁸ Solange die Kirchen kraft eigener Herrschaftsgewalt und durch eigenes Vermögen freilich ihre Aufgaben umfänglich zu finanzieren in der Lage waren, bedurfte es staatlicher Finanzierung zudem noch in keiner Weise. Der Entzug der geistlichen Territorialgewalt und des kirchlichen Vermögens durch Säkularisation beraubte die Kirchen dieser Grundlage.³⁹ Der Staat, der sich Territorium und Vermögen aneignete, fühlte sich im Zeitalter weiterhin bestehender enger Verbindungen bis hin zum Summepiskopat verpflichtet, für den Unterhalt und die finanzielle Ausstattung der Kirchen jedenfalls kompensatorisch so weit zu sorgen, wie die verbliebenen kirchlichen Einnahmen nicht ausreichten.⁴⁰

Bereits die Rechtsgrundlagen der Säkularisationen nach 1800 erkennen diesen Zusammenhang an. Die klassische rechtliche Formulierung der Kompensation von Säkularisationen durch die Begründung von Unterhaltsverpflichtungen findet sich in § 35 des Reichsdeputationshauptschlusses vom 25.2.1803. Auf der einen Seite werden „[a]lle Güter der fundierten Stifter, Abteyen und Klöster“ „der freien und vollen Disposition der respectiven Landesherrn“ überlassen. Sie dienen zwar in dieser Hinsicht „zur Erleichterung ihrer [der Landesherrn] Finanzen“, sollen auf der anderen Seite aber auch „zum Behuf des Aufwandes für Gottesdienst, Unterrichts- und andere gemeinnützige Anstalten“ verwendet werden und stehen strikter noch „unter dem bestimmten Vorbehalte der festen und bleibenden Ausstattung der Domkirchen, welche werden beibehalten werden, und der Pensionen für die aufgehobene Geistlichkeit“.⁴¹ Auch in der Gesetzgebung der Länder wird die Säkularisationskompensation

17

³⁸ Isensee, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1011.

³⁹ Der Einwand, die Kirchen hätten dies Vermögen unrechtmäßig bzw. rechtsstaatswidrig erlangt und könnten deshalb keine Ansprüche mehr erheben (Gerhard Czermak, Die Ablösung historischer Staatsleistungen an die Kirchen, in: DÖV 2004, S. 110 [115]) ist auch historisch abstrus.

⁴⁰ Vgl. für diesen Zusammenhang Johannes Baptist Sägmüller, Der Rechtsanspruch der katholischen Kirche in Deutschland auf finanzielle Leistungen seitens des Staates, 1913; Josef Schmitt, Staat und Kirche – Bürgerlich-rechtliche Beziehungen infolge von Säkularisation, 1919; ders., Die Ablösung der Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften, 1921, S. 61–106; Axel Frhr. von Campenhausen / Heinrich de Wall, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 23–26.

⁴¹ Text bei Karl Zeumer, Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Reichsverfassung, Teil 2, 2. Aufl. 1913, S. 509 (521).

ausdrücklich bekräftigt. Im preußischen „Edikt über die Einziehung sämtlicher geistlicher Güter in der Monarchie“ vom 30. Oktober 1810 kündigt der preußische König in § 4 an: „Wir werden für hinreichende Belohnung der obersten geistlichen Behörden und mit dem Rathe derselben für reichliche Dotirung der Pfarreien, Schulen, milden Stiftungen und selbst derjenigen Klöster sorgen, welche sich mit der Erziehung der Jugend und der Krankenpflege beschäftigen und welche durch obige Vorschriften entweder an ihren bisherigen Einnahmen leiden oder deren durchaus neue Fundirung nötig erscheinen dürfte.“⁴² Die zeitgenössische juristische Literatur erkennt diesen Rechtsgedanken ebenfalls an. Bei *Robert von Mohl* übernahm die Regierung Württembergs „natürlich durch die Säkularisation die Verpflichtung für diejenigen Bedürfnisse der katholischen Kirche in Württemberg zu sorgen, welche nicht durch eigene örtliche Stiftungen und sonstige Einnahmen gedeckt waren“.⁴³

- 18 Neben der Begründung einer juristischen Verpflichtung wird der Unterhalt und die angemessene Finanzausstattung von konservativ-katholischer Seite auch politisch-moralisch eingefordert. *Joseph Görres* formuliert nachdrücklich: die Kirche „fordert nur das Ihre, [...] in Geld und Gut nur den kleinsten Theil dessen, was man ihr genommen, und was man ihr wiederzugeben, schon durch die Gesetze gemeiner Rechtlichkeit und Ehre verbunden, überdem noch durch feierliches Versprechen ihr angelobt.“⁴⁴
- 19 Insbesondere die katholische Kirchenrechtslehre hat daraus die Konsequenz gezogen, dass sich unmittelbar aus § 35 des Reichsdeputationshauptschlusses als Folge der Säkularisation eine umfassende, objektive Rechtspflicht des Staates zur Kompensation ergab.⁴⁵ Die entsprechende Leistungspflicht wird teilweise bis heute im Schrift-

⁴² Abgedruckt in: *Ernst-Rudolf Huber / Wolfgang Huber* (Hg.), Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert. Dokumente zur Geschichte des deutschen Staatskirchenrechts, Bd. I: Staat und Kirche vom Ausgang des alten Reichs bis zum Vorabend der bürgerlichen Revolution, 1990, S. 58.

⁴³ *Robert von Mohl*, Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, Bd. 2: Das Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1840, S. 505; vgl. auch *Mayer / Wurm*, Staatsleistungen (o. Fn. 33), S. 5, die eine „staatliche Rechtspflicht zur Fürsorge für die Kirche“ annehmen.

⁴⁴ *Joseph von Görres*, Athanasius, 2. Aufl. 1838, S. 51 f.

⁴⁵ Vgl. z.B. *Sägmüller*, Rechtsanspruch (o. Fn. 40), S. 36, 112 f.; *Schmitt*, Staat (o. Fn. 40), S. 32–53; *ders.*, Ablösung (o. Fn. 40), S. 65–88; *Joseph Kress*, Ist der bayerische Staat zu den Leistungen an die Seelsorgegeistlichkeit rechtlich verpflichtet?, 1930, S. 73–220; vgl. zum Ganzen *Peter Oberthür*, Die Säkularisation im Urteil der deutschen Kirchenrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, 1979, S. 144–152, 228–237.

tum⁴⁶, mit im Ergebnis kaum haltbaren Argumenten⁴⁷, bejaht. Aus dem Haftungsübergang bei Gesamtrechtsnachfolge lassen sich lediglich konkrete, auf dem jeweiligen Vermögensgegenstand lastende Pflichten ableiten. Die Vorbehalte des § 35 hatten sich entweder durch Zeitablauf oder durch Konkordate erledigt und die kirchlichen Zwecke waren schon nach dem Wortlaut nicht verbindlich, die Dispositionsbefugnis der Landesherrn vielmehr unbeschränkt. Die Säkularisation ist deshalb Legitimationsgrund, nicht Rechtsgrund. Darüber hinaus bildet der Kompensationsgedanke das typische, wenngleich nicht einzig mögliche Motiv und ist daher auch nicht konstitutiv für die Staatsleistungen.⁴⁸ So hat der König von Sachsen Bau- und Unterhaltslasten für die Katholische Hofkirche ohne vorausliegende Säkularisation übernommen.⁴⁹

2. Normative Grundlagen

a) Verfassungsnormen

Aufgrund der Inkorporation durch Art. 140 GG ist Art. 138 Abs. 1 WRV bis heute die Zentralnorm für das Recht der Staatsleistungen. Daneben tritt aber eine Reihe von landesverfassungsrechtlichen und

20

⁴⁶ So etwa *Ulrich Scheuner*, Der Bestand staatlicher und kommunaler Leistungspflichten an die Kirchen, in: Festgabe für Heinrich Flatten zum 65. Geburtstag, dargebracht von seinen Freunden und Schülern, hg. von Heribert Heinemann/Horst Herrmann/Paul Mikat, 1973, S. 381 (383); *v. Campenhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 40), S. 25; s. auch *Hömig*, Reichsdeputationshauptschluss (o. Fn. 34), S. 113–124; *de Wall*, Fortwirkung (o. Fn. 11), S. 64–69, verneint aber jetzt jedenfalls eine „unmittelbare Rechtswirkung“.

⁴⁷ Verneinend daher *Johannes Niedner*, Die Ausgaben des preußischen Staates für die evangelische Landeskirche der älteren Provinzen, 1904, S. 153–176; *Ernst-Rudolf Huber*, Die Garantie der kirchlichen Vermögensrechte in der Weimarer Verfassung, 1927, S. 64–77; *Thomas Dieter Wehdeking*, Die Kirchengutsgarantien und die Bestimmungen über Leistungen der öffentlichen Hand an die Religionsgemeinschaften im Verfassungsrecht des Bundes und der Länder, 1971, S. 46; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 166–168; s. auch RGZ 101, 1 (12).

⁴⁸ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1012; vgl. auch *Heinrich de Wall*, Staatsleistungen – ewige Rente, in: Privilegien (o. Fn. 30), S. 49 (51): kein einschränkendes Tatbestandsmerkmal.

⁴⁹ Verfügung des Königs von Sachsen vom 28.7.1819 und Mandat vom 16.2.1827; vgl. ferner Art. 19 Verf. Sachsen 1831; Hinweis von *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1012; im Sächsischen Staatsarchiv waren die Verfügungen leider nicht auffindbar.

vertraglichen Regelungen. Die Verfassungen der Länder erwähnen die Staatsleistungen teilweise gar nicht,⁵⁰ einige inkorporieren Art. 138 Abs. 1 WRV direkt⁵¹ oder über den Verweis auf Art. 140 GG⁵². Einige Verfassungen modifizieren oder konkretisieren die Norm, indem sie Leistungen der Gemeinden ausdrücklich gleichstellen⁵³ oder obligatorische oder fakultative Ablösungsgebote zu begründen versuchen⁵⁴. Einige Landesverfassungen garantieren die Staatsleistungen.⁵⁵ Wesentliche Änderungen werden dadurch wegen des Vorrangs des Bundesrechts nicht bewirkt.⁵⁶ Die Gestaltungswirkung für die kommunalen Leistungen hängt dabei im Wesentlichen von der Interpretation des Art. 138 Abs. 1 WRV ab.⁵⁷

b) Vertragliche Regelungen in den alten Bundesländern

- 21** Die vertraglichen Regelungen beeinflussen die konkrete Ausgestaltung der Staatsleistungen sehr viel stärker als die landesverfassungsrechtlichen Normen.⁵⁸ Dabei dienen sie vor allem durch Pauschalisierung der Vereinfachung, sichern die Staatsleistungen aber auch dauerhaft ab. Jährliche Geldzahlungen der Länder an die Kirchen wurden bereits in der Weimarer Republik vielfach vereinbart,⁵⁹ der Loccumer Vertrag vom 26. 4. 1955 zwischen dem Land Niedersachsen und den evangelischen Landeskirchen in Niedersachsen griff diese Tradition wegweisend wieder auf. Die jährlichen Zahlungen „als Dotation für kirchenregimentliche Zwecke und als Zuschüsse für Zwecke der Pfarrbesoldung und -versorgung“ wurden durch eine

⁵⁰ Berlin, Bremen, Hamburg, Niedersachsen, Schleswig-Holstein.

⁵¹ Art. 9 Verf. MV; Art. 32 Abs. 5 Verf. LSA.

⁵² Art. 40 ThürVerf.

⁵³ Art. 145 Abs. 1 BayVerf.; Art. 37 Abs. 2 Verf. Bbg.; Art. 21 Verf. NRW; Art. 45 Verf. RP; Art. 39 Verf. Saarl.

⁵⁴ Obligatorisch: Art. 52 HessVerf.; vertragsgesetzlich fakultativ Art. 37 Abs. 2 Verf. Bbg.; Art. 21 Verf. NRW; Art. 7 Abs. 2 Verf. BW.

⁵⁵ Art. 7 Abs. 1 Verf. BW; Art. 145 Abs. 1 BayVerf.; Art. 45 Verf. RP; Art. 39 Verf. Saarl.; Art. 112 Verf. Sachsen.

⁵⁶ Vgl. *Wehdeking*, Kirchengutsgarantien (o. Fn. 47), S. 137–164, 204–230; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 169 f.

⁵⁷ Dazu unten Rn. 49 f.

⁵⁸ Vgl. näher *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 170–177 m. w. N.

⁵⁹ Vgl. z. B. Art. 5 EvKV Preußen vom 11. 5. 1931; Art. 4 KathKV Preußen vom 14. 6. 1929; Art. 21 ff. BayKV vom 15. 11. 1924; alle abgedruckt in: *Joseph Listl* (Hg.), *Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland*, 2 Bde. 1987.

Bindung an die Besoldungsentwicklung der Landesbeamten zugleich dynamisiert.⁶⁰ Diesem Vorbild folgten zahlreiche Staatskirchenverträge.⁶¹

Vereinzelt wurden auch förmliche Ablösungsvereinbarungen – ebenfalls bereits seit der Weimarer Zeit – geschlossen.⁶² Sie betreffen weitgehend die Aufhebung kirchlicher Baulasten durch Übereignung der landeseigenen Kirchengebäude und eine einmalige Geldzahlung.⁶³ Alle Ablösungsvereinbarungen sind freilich verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt, da Art. 138 Abs. 1 S. 2 WRV das Erfordernis einer vorherigen Aufstellung bundesrechtlicher Ablösungsgrundsätze vorsieht, an denen es bisher fehlt, so dass selbst einvernehmliche Ablösungen nicht verfassungsfest sind. Häufig wird daher dieser Vorbehalt in den Staatskirchenverträgen ausdrücklich erklärt⁶⁴ und damit die Rechtsunsicherheit für die Zukunft nicht beseitigt, sondern perpetuiert.

22

c) Vertragliche Regelungen in den neuen Bundesländern

Die Lage in den neuen Bundesländern nach der Wiedervereinigung stellt sich insofern anders dar, als dort der Fortbestand der Staatsleistungen während der Zeit der Deutschen Demokratischen Republik als zweifelhaft angesehen werden konnte.⁶⁵ Zwar hatten die ur-

23

⁶⁰ Art. 16 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 2 Zusatzvereinbarung (abgedr. bei Listl [o. Fn. 59], Bd. II, S. 109–119); vgl. dazu auch *Ulrich Scheuner*, Die staatskirchenrechtliche Tragweite des Loccumer Vertrages, in: ders., Schriften zum Staatskirchenrecht, 1973, S. 301 (329).

⁶¹ Vgl. etwa Art. 18 EvKV SH; Art. 5 EvKV Hessen.

⁶² Art. 17 NdsKV (Loccumer Vertrag).

⁶³ So vor allem Art. II Vertrag zwischen dem Land Hessen und den Bistümern Fulda, Limburg und Mainz sowie dem Erzbistum Paderborn vom 9.3.1963; in: Listl (o. Fn. 59), Bd. I, S. 744 (746); Hessische Rahmenvereinbarung zur Ablösung der Kirchenbaulasten vom 17.12.2003; generell zur vertraglichen Aufhebung von kirchlichen Baulasten *Thomas Lindner*, Baulasten an kirchlichen Gebäuden, 1995, S. 225–227; *Michael Droege*, → § 64, Rn. 20 f., 23, 28 f.

⁶⁴ So etwa Art. 5 Abs. 3 EvKV Preußen, Art. 4 Abs. 3 KathKV Preußen.

⁶⁵ Vgl. einerseits *Ralph Weber*, Wegfall der Geschäftsgrundlage für die aus städtischen Patronaten resultierenden Baulastverpflichtungen an kirchlichen Gebäuden in den neuen Bundesländern, in: LKV 2001, S. 49 (51–54); andererseits *Johannes Deppenbrock*, Fortgeltung der Staatskirchenverträge in den neuen Bundesländern unter besonderer Berücksichtigung der Verträge mit den evangelischen Landeskirchen, in: ZevKR 38 (1993), S. 413–429.

sprüngliche DDR-Verfassung in Art. 45 Abs. 1 und die Länderverfassungen die Staatsleistungen noch anerkannt,⁶⁶ die Auflösung der Länder und die DDR-Verfassung von 1968, die keine Regelung über Staatsleistungen enthielt, bedeuteten jedoch einen Kontinuitätsbruch, auch wenn die DDR noch einseitig, wenngleich eher willkürlich und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht Zahlungen leistete.⁶⁷ Einen „Rest von Rechtsverpflichtung“,⁶⁸ deren Inhalt und Qualität reichlich unklar sind, wird man daraus nur begrenzt entnehmen können.⁶⁹ Angesichts dieser Unklarheit fanden Länder und Kirchen in den 1990er Jahren zu einem tragbaren Kompromiss, der die Mitte zwischen einer Fortschreibung der überkommenen Reichsmarkverbindlichkeiten und der Berücksichtigung des starken Rückgangs der Mitglieder gesucht hat. Wie im Westen wurde der jährliche Pauschbetrag in Anlehnung an die Beamtenbesoldung dynamisiert, wobei der Wittenberger Vertrag zwischen den evangelischen Landeskirchen und dem Land Sachsen-Anhalt eine Leitfunktion erfüllte.⁷⁰ Zugleich wurden die alten Leistungspflichten einvernehmlich aufgehoben.⁷¹

- 24 Völlig sind die Unsicherheiten damit nicht beseitigt. Die Beteiligten konnten und wollten nicht das Ablösungsgebot des Art. 138 Abs. 1 WRV erfüllen. Die Auswirkungen der Verträge auf die zukünftige Ablösung sind jedoch nicht ganz klar. Die Verträge und die Literatur gehen zwar davon aus, dass die vereinbarten Pauschalbeträge

⁶⁶ Vgl. *Werner Weber*, Die Ablösung der Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften, 1948, S. 13–15.

⁶⁷ Vgl. *Claudio Fuchs*, Staatskirchenrecht der neuen Bundesländer, 1999, S. 156 f.; *Alexander Hollerbach*, Kirche und Staat in der Deutschen Demokratischen Republik (§ 114), in: HKKR¹, S. 1072 (1080); *Hermann Weber*, Neue Staatskirchenverträge mit der katholischen Kirche, in: Festschrift für Martin Heckel (o. Fn. 26), S. 463 (477); *Hans-Martin Harder*, Zur wirtschaftlichen Neuorientierung der östlichen evangelischen Kirche nach der „Wende“, in: *Praktische Theologie* 34 (1995), S. 267 (275).

⁶⁸ *Hartmut Johnsen*, Die Evangelischen Staatskirchenverträge in den neuen Bundesländern – ihr Zustandekommen und ihre praktische Anwendung, in: *ZevKR* 43 (1998), S. 182 (198).

⁶⁹ So aber z.B. *Fuchs*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 67), S. 157 f.; *Johnsen*, Staatskirchenverträge (o. Fn. 68), S. 198; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 175.

⁷⁰ *Hermann Weber*, Der Wittenberger Vertrag – Ein Loccum für die Neuen Bundesländer?, in: *NVwZ* 1994, S. 759 (766).

⁷¹ Vgl. Art. 14 EvKV MV; *Fuchs*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 67), S. 158; *H. Weber*, Staatskirchenverträge (o. Fn. 67), S. 478; *Axel Frhr. v. Campenhausen*, Vier neue Staatskirchenverträge in vier neuen Ländern, in: *NVwZ* 1995, S. 757 (758).

einer zukünftigen Ablösung zugrunde zu legen sind,⁷² zugleich werden aber der pauschalisierenden Novation Grenzen gezogen.⁷³ Die Einbeziehung von durch Art. 138 Abs. 1 WRV nicht erfassten Verbindlichkeiten in die Pauschalsumme⁷⁴ wird ebenso für bedenklich gehalten, wie der Tatbestand, dass die Altverbindlichkeiten nicht hinreichend geklärt werden.⁷⁵ Angesichts der Tatsache, dass die Verträge rechtliche und faktische Unklarheiten wie in einem Prozessvergleich zu bereinigen versucht haben, wird man diesen Bedenken im Ergebnis indes keine durchschlagende Kraft beimessen können. Im Fall vertraglich vereinbarter Kirchenbaulasten hat das Bundesverwaltungsgericht allerdings einen Übergang der Verpflichtung auf Gemeinden, die 1990 neu errichtet wurden, verneint⁷⁶, während die Gültigkeit der Baulastverträge mit Gemeinden in den alten Bundesländern nahezu gleichzeitig bestätigt wurde.⁷⁷ Unabhängig davon, ob diese Kirchenbaulasten aber von Art. 138 Abs. 1 oder Abs. 2 WRV erfasst werden, ist die betreffende Interpretation des Einigungsvertrages und die Spaltung der Rechtslage zwischen Ost und West in höchstem Maße zweifelhaft.⁷⁸

⁷² So explizit extra Art. 13 Abs. 7 EvKV Thür.; s. ferner *Hans Ulrich Anke*, Die Neubestimmung des Staat-Kirche-Verhältnisses in den neuen Ländern durch Staatskirchenverträge, 2000, S. 300; *Fuchs*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 67), S. 160 f.

⁷³ Vgl. *Anke*, Neubestimmung (o. Fn. 72), S. 299 f.; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 176 f.

⁷⁴ *Anke*, Neubestimmung (o. Fn. 72), S. 303 f.

⁷⁵ *Ludwig Renck*, Anmerkungen zum Vertrag zwischen dem Lande Thüringen und den Evangelischen Kirchen, in: ThürVBl. 1999, S. 6 (10–12); *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 177.

⁷⁶ BVerwGE 132, 358.

⁷⁷ BVerwGE, in: NVwZ-RR 2009, S. 590.

⁷⁸ Einhellige Kritik daher von *Christian Traulsen*, Neueste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu kommunalen Kirchenbaulastverträgen, in: NVwZ 2009, S. 1019–1022; *Michael Droege*, Verlust der Rechtseinheit durch Wiedervereinigung. Kommunale Baulasten in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: ZevKR 54 (2009), S. 488–497; *Stefan Muckel*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Heinrich Friauf/Wolfram Höfling, Losebl., Stand 2011, Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 28; *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 36), Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 125; sowie *Michael Droege*, → § 64, Rn. 33–35.

3. Legitimation der Staatsleistungen

- 25 Der Gedanke der Kompensation der Säkularisation kirchlichen Vermögens durch staatliche Dotationen ist der Ursprung und zugleich die nachwirkende Legitimation der Staatsleistungen. Diese Rechtfertigung birgt jedoch Gefahren für den Fortbestand der Staatsleistungen. Sie drohen aus zwei unterschiedlichen Richtungen. Zum einen kann der Staat sich mit zunehmendem Abstand von der Bindung und inneren Verpflichtung zu lösen versuchen und die Staatsleistungen als Instrument politischer Lenkung und zur Erzwingung politischen Wohlverhaltens missbrauchen.⁷⁹ Die Temporalien Sperre durch Preußen im Kulturkampf⁸⁰ veranschaulicht diese Gefahr einer Umwidmung der Kompensation zum „Beugemittel“. Aktuell ist diese freilich im Gegensatz zur folgenden Gefahr nicht.
- 26 Zum anderen verlieren die Legitimationsgrundlagen der Staatsleistungen mit zunehmendem zeitlichen Abstand zum Säkularisationsereignis an Unterstützung im politischen Spektrum ebenso wie in der wissenschaftlichen und politischen Öffentlichkeit. Sowohl von Seiten des klassischen laizistischen Liberalismus⁸¹ als auch der politischen Linken⁸² werden die Staatsleistungen gern als „Relikt aus vordemokratischen Zeiten“⁸³ zur alsbaldigen Ablösung und Abschaffung

⁷⁹ So vor allem *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1014.

⁸⁰ Gesetz betreffend die Einstellung der Leistungen aus Staatsmitteln für die römisch-katholischen Bischöfe und Geistlichen von 22.4.1875, abgedr. in: *Ernst-Rudolf Huber / Wolfgang Huber* (Hg.), Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert. Dokumente zur Geschichte des deutschen Staatskirchenrechts, Bd. 2: Staat und Kirche im Zeitalter des Hochkonstitutionalismus und des Kulturkampfes: 1848–1890, 1976, S. 656; vgl. dazu *Ernst-Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 4, Struktur und Krisen des Kaiserreichs, 1969, S. 697–699, 734–736.

⁸¹ Bezeichnend hierfür das allerdings alsbald in der Versenkung verschwundene F.D.P.-Kirchenpapier, das auch ein Auslaufen der Staatsleistungen forderte (Freie Kirche im freien Staat, in: liberal 1973, S. 694 [697], auch in: Trennung von Staat und Kirche? Dokumente und Argumente, hg. von Peter Rath, 1974, S. 14 [16]).

⁸² Vgl. den Entwurf der Linken, BT-Drs. 17/8791; dazu die Plenardebatte in: BT v. 28.2.2013, Stenographischer Bericht S. 28005–11 und 28175–78.

⁸³ So der erfolglose Antrag des Abg. Dr. *Wolfgang Ullmann* (Bündnis 90 / Die Grünen), Art. 140 GG nicht zuletzt wegen der Staatsleistungen abzuschaffen (18. Sitzung v. 4.3.1993 der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat, Stenographischer Bericht S. 9 f.; Kommissions-Drs. 37, in: BT-Drs. 12/6000, S. 106–108, 149); in diese Richtung ebenfalls *Ulrich K. Preuß*, in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Reihe Alternativkommentare, hg. von Ekkehart Stein / Erhard

empfohlen. In dieser Forderung bündelt sich die Kritik an einer Privilegierung der großen Kirchen unter Ausschluss der kleinen Religionsgemeinschaften,⁸⁴ an einer Versteinerung überkommener Rechts- und Machtpositionen und an jeglicher Verflechtung von Kirche und Staat; zudem wird die Tradition der Staatsleistungen als unzeitgemäß verurteilt. Die Hoffnung auf Einsparung staatlicher Mittel tritt hinzu. Diese Kritik geht freilich weitgehend ins Leere.

Erstens werden nicht selten die tatsächlichen Staatsleistungen übertrieben. Zweitens geht die Behauptung, die Staatsleistungen seien durch die Zahlungen seit 1919 bereits abgegolten,⁸⁵ an Ausgangslage und Verfassungsregelung vorbei. Der Entzug – nicht die bloße „Schädigung“ – des Eigentums⁸⁶ der Kirchen bedarf eines Ausgleichs, der auch dauerhaft die Finanzierung der kirchlichen Tätigkeit sichert.⁸⁷ Der Staat löst bisher nämlich deshalb nicht ab, weil er lieber laufend finanziert als eine Ablösung zahlt, die ein Äquivalent für die Dauerleistungen darstellt. Eine Ablösung müsste einen Kapitalstock bilden, der eine ausreichende Finanzierungsgrundlage bildet, um den Aufwand der Kirche entsprechend den laufenden Zahlungen dauerhaft finanzieren zu können. Das Gleichheitsargument⁸⁸ greift nicht, da den anderen Religionsgemeinschaften das Vermögen nicht entzogen wurde. Die Ablösung würde schließlich auch die Trennung von Kirche und Staat nicht mehr wesentlich steigern, da die Staatsleistungen schon weitgehend pauschaliert sind. Letztlich beruht die Entscheidung, die Staatsleistungen nicht abzulösen, auf dem Willen des demokratischen Gesetzgebers, dessen Entscheidung angesichts der finanziellen Äquivalenz von Ablösung und Fortleistung der Pauschalzahlungen eigenständiges Gewicht zukommt.⁸⁹

Verfehlt ist es indes, die Staatsleistungen als einen „pluralistischen Verteilungsmodus“ zu rechtfertigen.⁹⁰ Die Verteilung sozialer Leis-

Denninger / Wolfgang Hoffmann-Riem / Hans-Peter Schneider, 2. Aufl. 1989, Art. 140, Rn. 60 ff.

⁸⁴ So jetzt auf dem 68. DJT 2010, Bd. II/2, S. O 124 f. *Kirsten Wiese* und S. O 125 ff. *Christian Sailer*.

⁸⁵ *Wiese* (o. Fn. 84), S. O 125; *Sailer* (o. Fn. 84), S. O 126; *Wolfgang Weiß*, Gleichheit oder Privilegien? – Zur Stellung öffentlich-rechtlicher Religionsgemeinschaften, in: *KritV* 83 (2000), S. 104 (135).

⁸⁶ „Die Enteignungen [des Reichsdeportationshauptschlusses – sic!] schädeten dem kirchlichen Eigentum“, so *Sailer* (o. Fn. 84), S. O 126.

⁸⁷ Vgl. *Wolfgang Huber*, 68. DJT 2010 (o. Fn. 84), S. O 129.

⁸⁸ Vgl. *Weiß*, Gleichheit (o. Fn. 85), S. 132–135.

⁸⁹ Vgl. *Christoph Möllers*, 68. DJT 2010 (o. Fn. 84), S. O 129 f. (O 130).

⁹⁰ So aber *Christian Waldhoff*, 68. DJT 2010 (o. Fn. 84), S. O 127.

tungen⁹¹ und die steuerliche Begünstigung gemeinnütziger Tätigkeit⁹² sind gerade kein Fall des Art. 138 Abs. 1 WRV, sondern betreffen anders als die Staatsleistungen sämtliche pluralistischen Träger der entsprechenden Aufgabenbereiche. Auch aus einer Schutzpflicht, die in Art. 4 GG verankert wird, lässt sich nicht ernsthaft ein „zusätzlicher Legitimationsaspekt“ für die säkularisationsbedingten Staatsleistungen ableiten.⁹³

III. Staatsleistungen als Rechtsinstitut

1. Begriff

29 Art. 138 Abs. 1 WRV regelt die Staatsleistungen als Gegenstand der Ablösung. Daraus resultiert die Begriffsbestimmung als vermögenswerte Zuwendung des Staates, da die Ablösung eine vermögensrechtliche Auseinandersetzung beinhaltet.⁹⁴ Immaterielle Vorteile fallen daher aus dem Begriff der Staatsleistungen heraus.⁹⁵ Die mit dem Korporationsstatus verbundenen Privilegien wie Dienstherrenfähigkeit und Vollstreckungsschutz zählen folglich nicht zu den Staatsleistungen.⁹⁶ Dagegen ist es unschädlich für die Qualifikation als Staatsleistung, wenn der Staat an Leistungen Dritter anknüpft, wes-

⁹¹ Waldhoff, ebd.; insoweit zutreffende Gegenkritik Sailer, ebd., S. O 128.

⁹² Kritik an der Abzugsfähigkeit der Kirchensteuer in diesem Zusammenhang von Sailer, ebd., S. O 125; zutreffend dagegen Paul Kirchhof, ebd., O 128 f.

⁹³ Vgl. aber Carsten Pagels, Schutz- und förderpflichtrechtliche Aspekte der Religionsfreiheit, 1999, S. 159–226; in diese Richtung auch Hans-Michael Heinig, Langlebiger als gedacht, Zeitzeichen 2011, S. 51 (53): Staatsleistungen seien funktional Subventionen zur Grundrechtsausübung.

⁹⁴ StGH, RGZ 128, Anh. S. 16 (29); *Deutsches Evangelisches Kirchenbundesamt*, Denkschrift über den Umfang der Staatsleistungen der deutschen Länder an die evangelischen Kirchen bis zur Ablösung, 1928, S. 13; *Ernst-Rudolf Huber*, Die Garantie der kirchlichen Vermögenswerte in der Weimarer Verfassung, 1927, S. 61; *Volker Zündorf*, Die Ablösung der Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften unter dem Grundgesetz, Diss. jur. Münster 1967, S. 34–36; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1018; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 178; *Martin Morlok*, in: Grundgesetz – Kommentar, hg. von Horst Dreier, 2. Aufl. 2008, Bd. III, Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 15.

⁹⁵ *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 178; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1018.

⁹⁶ Vgl. *Hans Jochen Brauns*, Staatsleistungen an die Kirchen und ihre Ablösung, 1970, S. 99 f.

wegen Steuervergünstigungen für Spenden und Kirchensteuern Art. 138 Abs. 1 WRV unterfallen können.⁹⁷

Die vermögensrechtliche Ablösung wurzelt im Trennungsgedanken. Zugleich bringt Art. 138 Abs. 1 WRV den Kompromiss zwischen einer sofortigen Einstellung der Leistungsbeziehungen und einer dauerhaften Aufrechterhaltung zum Ausdruck, indem der status quo für eine Übergangszeit beibehalten werden und die Trennung nicht kompensationslos erfolgen soll. Staatsleistungen müssen daher in den vorrevolutionären, vor Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung bestehenden Beziehungen von Kirche und Staat gründen.⁹⁸ Ausschließlich privatrechtliche, also auch strikt fiskalische Zuwendungen scheiden aus,⁹⁹ während verwaltungsprivatrechtliche Zuwendungen wegen des öffentlich-rechtlichen Einschlags Staatsleistungen sein können.¹⁰⁰ Aufwendungen aufgrund privatrechtlicher Patronate, die von hoheitlichen Baulastverpflichtungen zu unterscheiden sind, werden von der Garantie auch wegen der Entstehungsgeschichte nicht erfasst.¹⁰¹

Staatsleistungen sind auf Dauer angelegte Leistungsverpflichtungen. Befristete Verpflichtungen und einmalige Leistungen, die sich durch Erfüllung erledigen, wie eine Pflicht zur Realdotation durch Übereignung eines Grundstücks, fallen nicht unter den Begriff der Staatsleistungen.¹⁰² Nur dauerhafte, wiederkehrende Leistungen bewirken eine vermögensrechtliche Verbindung von Staat und Kirche, die die Verfassungsnorm auflösen will. Auch administrative Dienstleistungen, die der Staat im Rahmen des landesherrlichen Kirchenre-

⁹⁷ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1026; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 178; a. A. *Zündorf*, Ablösung (o. Fn. 94), S. 35; *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 30), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 3; *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 78), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 6; s. noch unten Rn. 39–41.

⁹⁸ *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 178 f.; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1018.

⁹⁹ *Huber*, Garantie (o. Fn. 94), S. 62 f.; *D. Berner*, Die Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften, in: RuPrVBl. 51 (1930), S. 83–89; Denkschrift (o. Fn. 94), S. 16; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 181.

¹⁰⁰ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1018.

¹⁰¹ *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 181 f.; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1018; zum Patronatswesen s. *Andreas Thier*, → § 63.

¹⁰² RGZ 113, 349 (352); StGH, RGZ 118, Anh. S. 1 (15); Denkschrift (o. Fn. 94), S. 14; *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 50; *Huber*, Garantie (o. Fn. 94), S. 59, 83 f.; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1019; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 191; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 94), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 15.

giments erbracht hat, können Staatsleistungen darstellen.¹⁰³ Allerdings können dem durch Art. 137 Abs. 3 WRV gewährten Selbstbestimmungsrecht unterfallende Elemente der früheren Kirchenhoheit sinngemäß ebenso wenig abgelöst werden wie die weiterhin ausdrücklich durch die Verfassung garantierten staatlichen Förderinstrumente wie Theologische Fakultäten, Militär- und Anstaltsseelsorge, Kirchensteuer und staatlicher Religionsunterricht.¹⁰⁴ Außerdem dienen die Staatsleistungen generell der Erfüllung der Aufgaben und dem Unterhalt des Personals der Religionsgemeinschaften bzw. allgemein ihrer Bedarfsdeckung.¹⁰⁵

32 Die Staatsleistungen werden teilweise scharf von der Subvention abgegrenzt oder ihr sogar antipodisch gegenübergestellt.¹⁰⁶ Zweifellos stellen die Staatsleistungen eine eigenständige Kategorie der staatlichen Zuwendungen dar und unterscheiden sich von den allgemeinen staatlichen Leistungen im Bereich der Wohlfahrtspflege,¹⁰⁷ der Privatschulen, der Bildung oder der Denkmalpflege. Doch wird die Differenz auch überspitzt.

33 Die Differenzierung setzt an zwei Merkmalen an. Staatsleistungen setzen zum einen eine dauerhafte Rechtspflicht des Staates voraus, während Subventionen häufig im Ermessen des Staates stehen und zeitlich begrenzt vergeben werden.¹⁰⁸ Der Unterschied ist freilich allenfalls graduell. Subventionen neigen nicht nur zur Verfestigung,¹⁰⁹ sondern werden oftmals auch in der Form eines gesetzlichen Rechtsanspruchs gewährt. Die Staatsleistung ist lediglich im Gegensatz zu Subventionen auch verfassungsrechtlich garantiert. Zum anderen wird als der „eigentliche Unterschied“ vorgebracht, dass die Staatsleistung sich aus einer in der Vergangenheit liegenden Rechtsgrundlage rechtfertigt, die Subvention dagegen aus einem „künftig zu verwirklichenden öffentlichen Interesse“, also der staatliche Len-

¹⁰³ RGZ 113, 349 (402 f.); *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1019.

¹⁰⁴ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1019.

¹⁰⁵ *Karl-Hermann Kästner*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Rudolf Dolzer/Klaus Vogel, Losebl., Art. 140 GG (Drittbearbeitung 2010), Rn. 583.

¹⁰⁶ So v.a. *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1020 f.; ganz pauschal auch *Scheuner*, Bestand (o. Fn. 46), S. 391: inhaltlich und rechtlich anders.

¹⁰⁷ Dazu etwa insbes. *Roland Wegener*, Staat und Verbände im Sozialbereich Wohlfahrtspflege, 1978, S. 279–289.

¹⁰⁸ So v.a. *Brauns*, Staatsleistungen (o. Fn. 96), S. 101 f.; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1020 sieht darin lediglich einen „akzidentiellen Unterschied“.

¹⁰⁹ So *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1020.

kungszweck das spezifische Konstitutionsmerkmal der Subvention ist.¹¹⁰ Daran ist sicher richtig, dass die Staatsleistung als Kompensation und Entschädigung für den ursprünglichen Vermögensentzug, die Subvention der Erfüllung aktueller Staatsaufgaben dient. Nur ist die Begründung der Staatsleistungen schon historisch kaum denkbar ohne die Vorstellung, dass die Kirche im damals noch „christlichen Staat“ für das Gemeinwesen wichtige Aufgaben erfüllt. Und auch die (vorläufige) Weitergewährung und der Ablösungsauftrag von 1919, wie dessen Übernahme 1949, sind mit dem Gedanken verknüpft, dass die Kirchen eine wichtige Funktion im öffentlichen Leben erfüllen. In den revolutionären Situationen der Säkularisationen seit der Reformation wie der Umbrüche 1919 und 1949 wären auch kompensationslose Enteignungen möglich gewesen. So sind die Staatsleistungen zwar als rechtlicher Anspruch ausgestaltet, aber die staatlichen Erwartungen an die Empfänger sind zugleich subtiler Hintergrund der konkreten Gestalt. So darf die Staatsleistung zwar tatsächlich nicht in eine freie Subvention umgewandelt werden,¹¹¹ aber nur weil Art. 138 Abs. 1 WRV dies verbietet, nicht weil eine kategoriale Unmöglichkeit anzunehmen wäre.

2. Typen

Die heutigen Staatsleistungen sind historisch gewachsen und bieten infolge der Unterschiedlichkeit der Entstehungsbedingungen und der föderalistischen Vielfalt ein höchst disparates Bild, das sich einer einheitlichen konsistenten Systematisierung entzieht.¹¹² Freilich lassen sich die Staatsleistungen unter verschiedenen Aspekten ordnen.¹¹³

34

¹¹⁰ *Isensee*, ebd., S. 1020; *Stefan Mückl*, Kirchliche Organisation, in: HStR³, Bd. VII, 2009, § 160, Rn. 49; *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 36), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 121.3.

¹¹¹ So *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1021.

¹¹² *Isensee*, ebd., S. 1027 spricht plastisch von „geschichtlichem Wildwuchs“.

¹¹³ Systematisierungen ebd., S. 1022 ff.; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 189–201; aus dem älteren Schrifttum *Denkschrift* (o. Fn. 94), S. 30 ff.; *Artur Breitfeld*, Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung zwischen Kirche und Staat in Preussen auf Grundlage der Reichsverfassung, 1929, S. 60–68, 69–336; *Niedner*, Ausgaben (o. Fn. 47), S. 4–20, 251–310; *Johannes Duske*, Dotationspflicht des Preussischen Staates für die allgemeine Verwaltung der Evangelischen Kirche der altpreußischen Union, 1929, S. 81–117.

- 35 a.) Ein erster Ansatzpunkt sind die Verwendungszwecke, die jedenfalls prinzipiell und konstitutiv religionsgemeinschaftlicher Art sein müssen.¹¹⁴ Im Einzelnen fallen darunter
- Leistungen für den persönlichen und sachlichen Bedarf der allgemeinen kirchlichen Verwaltung
 - Leistungen für Ausbildung, Besoldung und Versorgung der Geistlichen und der anderen Kirchenbeamten
 - Leistungen für sonstige kirchliche Bedürfnisse, z.B. Zuschüsse zum Gesamtbedarf einzelner Kirchengemeinden und Stiftungen oder sogar einer ganzen Landeskirche.
- 36 b.) Die Staatsleistungen können in den Formen des öffentlichen Rechts oder auch des (Verwaltungs-)Privatrechts gewährt werden.¹¹⁵
- 37 c.) Die Leistungspflichten können durch Natural- oder Geldleistungen erfüllt werden,¹¹⁶ wobei die Naturalleistungen in Sach- oder in Dienstleistungen bestehen können.¹¹⁷ Die bunte Vielfalt früherer Naturalleistungen wie die Lieferung von Holz und Getreide oder die Bereitstellung von Messwein, Kerzen oder sonstigen Gegenständen des gottesdienstlichen Bedarfs wird in der Praxis durch zeitgemäßere Geldleistungen ersetzt.¹¹⁸ Allenfalls werden noch Gebäude zur Nutzung überlassen. Öffentlich-rechtliche Baulastverpflichtungen werden dagegen nicht in natura, sondern durch Übernahme der Finanzierung erfüllt.¹¹⁹

¹¹⁴ RGZ 111, 134 (137); *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 189.

¹¹⁵ *Schmitt*, Ablösung (o. Fn. 40), S. 37; *Huber*, Garantie (o. Fn. 94), S. 61; *Hermann Müssener*, Die finanziellen Ansprüche der katholischen Kirche an den preußischen Staat auf Grund der Bulle „De salute animarum“ vom 16. Juli 1821, 1926, S. 57 f.; *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 48; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1022.

¹¹⁶ RGZ 111, 134 (137); 113, 349 (398 f.); *Denkschrift* (o. Fn. 94), S. 37–48; *Berner*, Staatsleistungen (o. Fn. 99), S. 84; *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 53–56; *Hans Glade*, Die verfassungsrechtliche Grundlage für die Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften, Diss. jur. Göttingen 1932, S. 37–44; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 190 f.

¹¹⁷ *Glade*, Grundlage (o. Fn. 116), S. 39–44; *Denkschrift* (o. Fn. 94), S. 39–44; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1022 f.

¹¹⁸ *Glade*, Grundlage (o. Fn. 116), S. 39 f.; *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 54; vgl. auch *Helmuth Pree*, Rechnisse – ein sterbendes Rechtsinstitut, in: *Dem Staate, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist: Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag*, hg. von Josef Isensee/Wilhelm Rees/Wolfgang Rübner, 1999, S. 623 (627).

¹¹⁹ *Nikolaus Wiesenberger*, Kirchenbaulasten politischer Gemeinden und Wohnheitsrecht, 1981, S. 31–33; *Werner J. Schmit*, Zur Rechtslage der

d.) Typologisch lassen sich die Staatsleistungen schließlich nach der Art der Leistungsbemessung unterscheiden. Während die Betragsleistung nach Gegenstand, Umfang und Fälligkeit unabhängig von Bedarfs Gesichtspunkten absolut festliegt, wird die Bedarfsleistung nach dem wechselnden Bedarf des Leistungsempfängers bestimmt.¹²⁰ Darin spiegelt sich partiell noch die alte Differenzierung zwischen Alimentation und Dotation.¹²¹ Kirchenbaulasten sind regelmäßig als Bedarfsleistungen ausgestaltet.¹²² Sie begründen die Pflicht, ein kirchliches Gebäude zu errichten, zu unterhalten und zu ändern, gegebenenfalls auch, es wiederherzustellen. Inhalt und Umfang der Kirchenbaulast sind dynamisch zu verstehen. Die Baulast umfasst gerade auch die Anpassung an neue Bedürfnisse.¹²³ Umbaumaßnahmen und eine Erweiterung bei zunehmender Gemeinde¹²⁴ sind davon ebenso gedeckt, wie die Modernisierung von Wohnungen zur Anpassung an geänderte Ansprüche.¹²⁵ Freilich gilt das auch umgekehrt. Bei abnehmendem oder endgültigem Wegfall des Bedarfs mindert sich oder endet die Baulast. Nach dem Krieg aktualisierte sich die generell aus der Baulast resultierende Verpflichtung zur Wiederherstellung der kirchlichen, vor allem der sakralen Gebäude.¹²⁶ Die Pflicht beschränkte sich nicht auf die äußere Gestalt des Baus, sondern umfasste auch das notwendige Zubehör (Altar, Kir-

staatlichen Kirchenbaulasten, AfK 152 (1983), S. 503 (510 f.); sowie *Michael Droege*, → § 64, Rn. 10.

¹²⁰ StGH, in: Lammers/Simons (Hg.), Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund Artikel 13 Absatz 2 der Reichsverfassung, Bd. IV, 1932, S. 243; *Glade*, Grundlage (o. Fn. 116), S. 56–59; *Denkschrift* (o. Fn. 94), S. 48–59; *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 56–60; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1023.

¹²¹ *Duske*, Dotationspflicht (o. Fn. 113), S. 71–73.

¹²² *Schmit*, Rechtslage (o. Fn. 119), S. 511 f.; zur Kirchenbaulast *Michael Droege*, → § 64; s. auch *Hartmut Böttcher*, Art und Rechtsgrund kommunaler Kirchenbaulasten, in: Rechtsstaat, Kirche, Sinnverantwortung: Festschrift für Klaus Obermayer zum 70. Geburtstag, hg. von Richard Bartlspurger / Dirk Ehlers / Werner Hofmann / Dietrich Pierson, 1986, S. 155–164.

¹²³ Vgl. schon PrOVGE 53, 226 (229); *Schmit*, Rechtslage (o. Fn. 119), S. 512.

¹²⁴ *Schmit*, Rechtslage (o. Fn. 119), S. 512.

¹²⁵ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1024.

¹²⁶ *HessVGH*, KirchE 5, 341 (350 f.) m. w. N.; *Helmuth Ridder*, Staatliche Wiederaufbaupflichten gegenüber den Domkapiteln und bischöflichen Stühlen in ehemals preußischem Gebiet, in: AöR 80 (1955/56), S. 127–157; *Rudolf Smend*, Verpflichtung des Landes Nordrhein-Westfalen zum Wiederaufbau des kriegszerstörten Evangelischen Predigerseminars in Soest, in: ders., Kirchenrechtliche Gutachten in den Jahren 1946–1969, 1972, S. 282–289, bes. 288.

chengestühl), wobei prinzipiell sogar die Herstellung des ursprünglichen Zustands verlangt werden konnte.¹²⁷

39 e.) Eine brisante und bis heute nicht abschließend geklärte Streitfrage ist, ob der Begriff der Staatsleistungen in Art. 138 Abs. 1 WRV lediglich positive oder auch so genannte negative Staatsleistungen umfasst,¹²⁸ worunter staatliche Steuer- und Abgabebefreiungen, also der Vermögensvorteil durch staatlichen Einnahmenverzicht, verstanden wird.¹²⁹ Die Rechtsprechung und herrschende Literatur erkennt schon seit der Weimarer Zeit derartige Befreiungen als Staatsleistungen prinzipiell, wenngleich nicht in jedem Einzelfall, an.¹³⁰ Die Begründungsansätze sind dabei von unterschiedlicher Überzeugungskraft.

40 Vor allem in der Literatur wird vielfach auf den bürgerlich-rechtlichen Begriff der Leistung, die gemäß § 241 BGB in einem Tun oder Unterlassen bestehen kann, zurückgegriffen.¹³¹ Abgesehen davon, dass der unreflektierte Verweis auf zivilrechtliche Vorschriften im Öffentlichen Recht und besonders im Verfassungsrecht ohnehin fragwürdig ist, lässt sich die Gleichstellung der negativen Staatsleistung mit einer Unterlassung schon deswegen angreifen, weil die Abgabebefreiungen kein Unterlassen, sondern positives staatliches Handeln darstellen.¹³² Das Privileg ist eine Leistung, die Unterlassung bloße Rechtsfolge.

¹²⁷ Vgl. *Helmut Lecheler*, Der Gegenstand der staatlichen Baulast nach dem gemeinem Recht, in: Festschrift für Klaus Obermayer (o. Fn. 122), S. 217 (223–226); *Siegfried Zängl*, Staatliche Baulast an Kultusgebäuden in Rechtskreisen des gemeinen Rechts, in: BayVBl. 1988, S. 609, 649–654 (649–653).

¹²⁸ Vgl. hierzu allgemein bejahend *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1024 ff.; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 194–201 m.w.N.; *Mückl*, Organisation (o. Fn. 110), Rn. 54; ablehnend vor allem *Brauns*, Staatsleistungen (o. Fn. 96), S. 41–50.

¹²⁹ Allgemein zu Steuervergünstigungen für die Kirchen, die aber nicht notwendig zugleich Staatsleistungen darstellen, *Axer*, Steuervergünstigungen (o. Fn. 14), S. 460–485; *Weides*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 14), S. 890–915.

¹³⁰ Grundlegend RGZ 111, 134–146; RG, in: Lammers / Simons (o. Fn. 120), Bd. I, 1929, S. 538–546; RG, ebd., Bd. IV, 1932, S. 297–303; RG, ebd., S. 306–322; dem folgend insbes. BVerfGE 19, 1 (13–16) und ferner z.B. BVerwG, in: NVwZ 1996, S. 786 f. und 787; OVG Lüneburg, KirchE 30, 443 (444 f.); BFHE 184, 237 (240 f.).

¹³¹ Etwa *Duske*, Dotationspflicht (o. Fn. 113), S. 11; *Glade*, Grundlage (o. Fn. 116), S. 45; *Denkschrift* (o. Fn. 94), S. 37.

¹³² Vgl. Thür. OVG, in: RuPrVBl. 54 (1933), S. 853; *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 51; *Zündorf*, Ablösung (o. Fn. 94), S. 48; *Brauns*, Staatsleistungen (o. Fn. 96), S. 44; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 197.

Das Reichsgericht hat sich demgegenüber vorrangig auf eine teleologische Auslegung des Art. 138 Abs. 1 WRV gestützt.¹³³ Dabei ist die funktionale Äquivalenz von positiver Leistung und Steuerverschonung¹³⁴ zwar zutreffend, aber allenfalls sekundär von Bedeutung.¹³⁵ Zu Recht setzt jedoch nach der Judikatur die Anerkennung einer Steuerverschonung als Staatsleistung voraus, dass sie „einen wesentlichen Teil derjenigen Unterstützung bildete, die der Staat zur Bestreitung ihrer Bedürfnisse gewährte, und dass er, wenn sie nicht bestanden hätte, statt ihrer entsprechende Leistungen an die Kirche hätte machen müssen“.¹³⁶ Man kann daraus eine doppelte Anforderung entnehmen. Die Steuer- und Abgabebefreiung muss eine Alimentationsfunktion erfüllen, die zumindest Nebenzweck sein muss.¹³⁷ Die Feststellung bedarf einer konkreten, individuellen Prüfung.¹³⁸ Außerdem muss die Steuerverschonung eine Kompensation für Säkularisationsverluste intendieren.¹³⁹ Rechtsprechung und Literatur gehen dabei von einer grundsätzlichen Vermutung aus, dass eine vor 1919 bestehende Exemption von Steuern oder Abgaben¹⁴⁰ auch „organischer Bestandteil der finanziellen Beziehungen“ zwischen Staat und Kirche war und damit als negative Staatsleistung qualifiziert werden kann.¹⁴¹ Das gilt jedoch nicht für Kosten- und Gebührenbefreiungen, bei denen die Erfüllung der Alimentations- und Kompensationsfunktion auch wenig einleuchtet.¹⁴² In der Litera-

¹³³ RGZ 111, 134; ebenso etwa *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1025.

¹³⁴ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1025, stellt darauf wesentlich ab.

¹³⁵ Kritisch *Brauns*, Staatsleistungen (o. Fn. 96), S. 47; etwas unklar *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 200.

¹³⁶ RGZ 111, 134 (144); s. auch BVerfGE 19, 1 (13, 16).

¹³⁷ Vgl. BVerfGE 19, 1 (13, 16); *Alexander Hollerbach*, Anmerkung, JZ 1965, S. 612 (614); *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1025 f.

¹³⁸ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1026.

¹³⁹ Vgl. *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 201.

¹⁴⁰ Die Befreiung von der Körperschaftsteuer (§ 4 Abs. 5 KStG) fällt nicht unter Art. 138 Abs. 1 WRV, weil das erste KStG erst 1920 erlassen wurde, s. dazu *Gerrit Nils*, Hoheitsbetriebe von Kirchen und Religionsgemeinschaften, 2005, S. 69–81.

¹⁴¹ RG, in: Lammers/Simons (o. Fn. 120), Bd. I, 1929, S. 538–546; RG, ebd., Bd. IV, 1932, S. 306–322; *Weides*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 14), S. 916; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1026; s. a. BFHE 159, 207 (208); 230, 94 (101 f.); BVerfG, B. vom 24. 4. 2015 – 2 BvR 287/11.

¹⁴² BVerfGE 19, 1 (13–16); BVerfG, in: NVwZ 2001, S. 318; BVerwG, Kirche 16, 140 (141–143); *Weides*, Religionsgemeinschaft (o. Fn. 14), S. 916; Ausdehnung dagegen bei *Hollerbach*, Anmerkung (o. Fn. 137, S. 615; *Stefan Magen*, in: Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, hg. von Dieter Umbach/Thomas Clemens, 2002, Bd. III, Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 125.

tur ist die herrschende Auffassung vor allem mit historisch-genetischen Argumenten angegriffen worden,¹⁴³ die sich aber zu Recht nicht durchgesetzt haben. Aus dem Begriff der Staatsleistungen selbst lässt sich jedenfalls kaum ein definitiver Ausschluss von Abgabebefreiungen ableiten, und die Entstehungsgeschichte gibt dafür ebenfalls nichts her.¹⁴⁴

3. Erfordernis eines Rechtstitels

a) Rechtspflicht

42 Staatsleistungen unterfallen nur dann dem Bestandsschutz und Ablösungsauftrag, wenn sie auf einem Rechtstitel beruhen, der eine Rechtspflicht des Staates begründet. Es ist jedoch nicht erforderlich, dass der objektiv-rechtlichen Leistungspflicht des Staates bereits unabhängig von Art. 138 Abs. 1 WRV ein subjektiv-rechtlicher, klagbarer Anspruch des kirchlichen Leistungsempfängers korrespondiert.¹⁴⁵ Unbeachtlich ist zudem, aus welchen Motiven, sei es die Annahme einer rechtlichen Verpflichtung, sei es Billigkeit oder reine Großzügigkeit, der Staat die Rechtspflicht begründet hat.¹⁴⁶ Nur das Ergebnis, nicht der Grund, ist relevant.

43 Die Formulierung des Art. 138 Abs. 1 WRV verlangt, dass die Staatsleistungen auf „Gesetz, Vertrag oder besonderem Rechtstitel“ beruhen. Der Verfassungsgeber rekurrierte damit auf einen vor- und frühkonstitutionellen Sprachgebrauch, der zwischen dem Gesetz als „allgemeinem“ Rechtstitel und den „besonderen“ Rechtstiteln diffe-

¹⁴³ Vgl. insbes. *Breitfeld*, Auseinandersetzung (o. Fn. 113), S. 38 f.; *Brauns*, Staatsleistungen (o. Fn. 96), S. 50–59.

¹⁴⁴ Vgl. *Glade*, Grundlage (o. Fn. 116), S. 45 f.; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 198–200.

¹⁴⁵ RGZ 111, 134 (144 f.) 113, 349 (365); Denkschrift (o. Fn. 94), S. 13 f., 21; *Friedrich Giese*, Die Hessischen Staatsleistungen zugunsten der Evangelischen Landeskirchen, in: *VerwArch.* 39 (1934), S. 189 (198–202); *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 72; *Glade*, Grundlage (o. Fn. 116), S. 20 f.; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1026; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 201 f. m. w. N.; a. A. *Preuß*, in: *Alternativkommentar* (o. Fn. 83), Art. 140, Rn. 60.

¹⁴⁶ RGZ 111, 134 (145); 113, 349 (365); *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1027.

renziert.¹⁴⁷ Die Trias ist daher eigentlich ein gegensätzliches Paar, der Vertrag also ein Unterfall, keine gleichrangige Kategorie neben den besonderen Rechtstiteln.¹⁴⁸ Die Abgrenzung der einzelnen Rechtstitel ist allerdings ohne praktische Relevanz, da von der Verfassung an die Unterscheidung keine unterschiedlichen Rechtsfolgen geknüpft werden. Die Zuordnung einer landesherrlichen Dotationszusage oder einer konkordatären Leistungsverpflichtung zur einen oder anderen Kategorie bleibt daher „eine akademische Frage“.¹⁴⁹

b) Gesetz

Der Ausdruck Gesetz in Art. 138 Abs. 1 WRV bezieht sich auf den doppelten Gesetzesbegriff *Labands* und meint das Gesetz im materiellen Sinn, die allgemein-verbindliche außenwirksame Rechtsnorm.¹⁵⁰ Die Stufe in der Normenhierarchie und die Form des Zustandekommens ist bedeutungslos. Das Gesetz kann somit ein förmliches Parlamentsgesetz, eine Rechtsverordnung oder eine Satzung, staatlich gesetztes Recht ebenso wie Gewohnheitsrecht sein.¹⁵¹ Eine Verwaltungsvorschrift reicht aber nicht aus. Angesichts des Bezugs auf die Zeit vor 1919 kommt es auch nicht auf die staatsrechtliche Ordnung an, die demokratisch, monarchisch oder feudal, konstitutionell oder vorkonstitutionell sein kann. Auch königliche Kabinettsordres stellen ein Gesetz in diesem Sinn dar.¹⁵² Voraussetzung ist

44

¹⁴⁷ J. Heckel, Rezension [über: *Breitfeld*, Auseinandersetzung (o. Fn. 113)], in: ZRG 50 KA 19 (1930), S. 858 (861 f.); ferner *Berner*, Staatsleistungen (o. Fn. 99), S. 85; *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 64 f.

¹⁴⁸ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1027; vgl. auch *Zündorf*, Ablösung (o. Fn. 94), S. 22 f. m. w. N.

¹⁴⁹ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1027.

¹⁵⁰ RGZ 113, 349 (352); *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Aufl. 1933, Art. 138 WRV, Anm. 1; Denkschrift (o. Fn. 94), S. 20; *Berner*, Staatsleistungen (o. Fn. 99), S. 85 f.; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 202 m. w. N.

¹⁵¹ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1027; zum Gewohnheitsrecht näher *Günter Holstein*, Über die Rechtsgrundlage der Staatsleistungen an die evangelischen Landeskirchen Deutschlands, in: AöR 18 (1930), S. 161 (170–175).

¹⁵² *Glade*, Grundlage (o. Fn. 116), S. 21; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1027; vgl. näher zu den Kabinettsordres *Niedner*, Ausgaben (o. Fn. 47), S. 178–198.

jedoch, dass die Norm dem Staat zuzurechnen ist, Kirchengesetze scheiden demzufolge aus.¹⁵³

- 45 Entsprechend dem überkommenen doppelten Gesetzesbegriff stellt auch der Haushaltsplan kein materielles Gesetz dar.¹⁵⁴ Das Budget begründet keine außenwirksamen Rechtspflichten, sondern entfaltet Bindungswirkung nur im staatsinternen Bereich zwischen Legislative und Exekutive. Infolge des Jährlichkeitsprinzips begründen Etatsansätze auch grundsätzlich nicht die für Staatsleistungen notwendige Dauerbeziehung.¹⁵⁵ Allerdings kann die wiederholte Bewilligung einer Leistung durch das Budget entweder zur Bildung von Gewohnheitsrecht führen, das den Anforderungen an einen Rechtstitel entspricht,¹⁵⁶ oder eine Vermutung für einen Rechtstitel begründen.¹⁵⁷ Klassisches Beispiel für gesetzliche Rechtstitel sind die Pfarrerbesehdungs- und -versorgungsgesetze seit Ende des 19. Jahrhunderts.¹⁵⁸

c) Besondere Rechtstitel

- 46 Besondere Rechtstitel begründen unabhängig vom Gesetz Rechte und Pflichten,¹⁵⁹ so dass der Staat zur Leistung an den Begünstigten verpflichtet ist.¹⁶⁰ Die nahezu unüberschaubare Vielfalt der Formen ist Ausdruck der historischen und territorialen Mannigfaltigkeit der

¹⁵³ RGZ 113, 349 (351, 396); *Theophil Lang*, Welche Leistungen des Badischen Staates an die Vereinigte evangelisch-protestantische Landeskirche Badens genießen den Schutz der Art. 138, 173 der Reichsverfassung, 1931, S. 25; *Berner*, Staatsleistungen (o. Fn. 99), S. 86; *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 67 f. m. w. N.

¹⁵⁴ RGZ 113, 349 (351); *Glade*, Grundlage (o. Fn. 116), S. 20; allgemein *Werner Heun*, Staatshaushalt und Staatsleitung, 1989, S. 151–165; richtigerweise kann das Haushaltsgesetz dadurch Außenwirkung entfalten, nur der Haushaltsplan nicht.

¹⁵⁵ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1028.

¹⁵⁶ *Duske*, Dotationspflicht (o. Fn. 113), S. 17; *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 68; *Zündorf*, Ablösung (o. Fn. 94), S. 27; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 203 f.

¹⁵⁷ So *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1028.

¹⁵⁸ *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 204 m. w. N.

¹⁵⁹ *PrOVGE* 38, 168 (169); *Glade*, Grundlage (o. Fn. 116), S. 28; *Zündorf*, Ablösung (o. Fn. 94), S. 28 f.

¹⁶⁰ *Duske*, Dotationspflicht (o. Fn. 113), S. 12; *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 74.

deutschen Verfassungsgeschichte.¹⁶¹ Denkbar sind Privilegien, landesherrliche Erlasse, Dekrete, Anerkennnisse, Verfügungen, gerichtliche Entscheidungen, Stiftungen, Universalsukzession, Inkorporation sowie auch das rechtsbegründende Herkommen nach gemeinem Recht, beständiger Übung oder Unvordenklichkeit (Ersitzung, Verjährung).¹⁶² Allein die tatsächliche Übung als solche stellt allerdings keine ausreichende Grundlage dar.¹⁶³ Das „Herkommen“ ist in der Weimarer Nationalversammlung bewusst nicht unter die besonderen Rechtstitel aufgenommen worden.¹⁶⁴ Eine bloße Rechtsgemeinschaft zwischen Staat und Kirche reicht ebenfalls nicht aus.¹⁶⁵ Eine im Jahr 1919 bestehende, nachweisbare langwährende stetige Leistungsgewährung erlaubt indes die Vermutung zugunsten eines besonderen Rechtstitels,¹⁶⁶ auch wenn der Grundsatz in dubio pro ecclesia¹⁶⁷ eine überpointierte Pauschalpräsumtion ist.

Unter den besonderen Rechtstiteln ist der Vertrag, der auch gesondert von Art. 138 Abs. 1 WRV hervorgehoben wird, praktisch am bedeutsamsten. Das Spektrum reicht von den klassischen Konkordaten und Staat-Kirche-Verträgen über Zirkumskriptionsbullen bis zu kommunalen Vergleichen, schließt selbst „unscheinbare Abmachungen zwischen Staat und Kirche, auch formlos und privatrechtlich geschlossene“ ein, sofern sie Staatsleistungen regeln.¹⁶⁸ Verträge bilden vor allem die Grundlage für Staatsleistungen an die Katholische

47

¹⁶¹ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1029.

¹⁶² Vgl. die Zusammenstellungen bei *Axel Frhr. von Campenhausen*, in: Hermann von Mangoldt (Begr.)/Friedrich Klein/Christian Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., Bd. 14, 1991, Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 6; *Wehdeking*, Kirchengutsgarantien (o. Fn. 47), S. 118 f.; *Berner*, Staatsleistungen (o. Fn. 99), S. 87 f.; *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 74–85.

¹⁶³ RGZ 113, 349 (352); Denkschrift (o. Fn. 94), S. 26–30; *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 70 f.

¹⁶⁴ *Carl Israel*, Geschichte des Reichskirchenrechts, 1922, S. 48, 59 f.; *Berner*, Staatsleistungen (o. Fn. 99), S. 86 f.; *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 70 f.

¹⁶⁵ *Giese*, Staatsleistungen (o. Fn. 145), S. 196–198; *Otto Koellreutter*, Die Beiträge des Staates zu den kirchlichen Verwaltungskosten, in: AöR 15 (1928), 1 (23).

¹⁶⁶ Im Sinne einer Beweislastregel *Berner*, Staatsleistungen (o. Fn. 99), S. 89.

¹⁶⁷ So *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1028.

¹⁶⁸ *Campenhausen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 162), Art. 140 GG/Art. 138 Abs. 1 WRV, Rn. 6; vgl. auch *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 75–79; *Duske*, Dotationspflicht (o. Fn. 113), S. 23 f.

Kirche,¹⁶⁹ während die evangelischen Kirchen hauptsächlich auf gesetzlichen Rechtstiteln gegründete Staatsleistungen erhalten.¹⁷⁰

4. Beteiligte

a) Leistungsträger

48 Schon begrifflich setzen Staatsleistungen den Staat als Leistungsverpflichteten voraus. Betroffen ist der Staat als Hoheitsträger, so dass rein in der privatrechtlichen Sphäre liegende Leistungsverpflichtungen keine Staatsleistungen sein können.¹⁷¹ Sofern der Staat wie ein Privater in den Formen des Privatrechts handelt und Leistungen erbringt, werden sie nicht von der Garantie des Art. 138 Abs. 1 WRV erfasst.¹⁷² Der Staat im Sinne des Art. 138 Abs. 1 WRV sind in erster Linie die Länder.¹⁷³ Leistungsverpflichtungen des Reiches existierten zum Zeitpunkt des Erlasses der Weimarer Reichsverfassung noch nicht, so dass sie auch nicht Art. 138 Abs. 1 WRV unterfallen konnten.¹⁷⁴ Kompetenzverschiebungen seit 1919 im Verhältnis zwischen Bund und Ländern können jedoch bewirken, dass der Bund heute zu Staatsleistungen verpflichtet ist, die früher von den Ländern zu erbringen waren.¹⁷⁵ Das ist vor allem im Bereich der negativen Staatsleistungen der Fall, da die Steuergesetzgebungskompetenzen als Grundlage von Steuerbefreiungen heute fast ausschließlich dem Bund zustehen oder jedenfalls von ihm wahrgenommen werden.¹⁷⁶ Art. 138 Abs. 1 WRV regelt das Außenverhältnis zwischen Staat und Religionsgemeinschaften mit der Folge, dass Zuständig-

¹⁶⁹ Droege, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 205 f. mit Hinweisen auf prototypische Regelungen; Schmitt, Ablösung (o. Fn. 40), S. 6–17.

¹⁷⁰ Glade, Grundlage (o. Fn. 116), S. 25; Hans Liermann, Deutsches evangelisches Kirchenrecht 1933, S. 130–139.

¹⁷¹ Huber, Garantie (o. Fn. 94), S. 62; W. Weber, Ablösung (o. Fn. 66), S. 46; Droege, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 181 m. w. N.

¹⁷² S. o. Rn. 30.

¹⁷³ v. Campenhausen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 162), Art. 140 GG/Art. 138 Abs. 1 WRV, Rn. 1.

¹⁷⁴ Glade, Grundlage (o. Fn. 116), S. 10; Droege, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 182; das BVerwG, in: NVwZ 1996, S. 787, schließt dies sogar theoretisch aus.

¹⁷⁵ Isensee, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1030; Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 30), Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 3; BVerwG, in: NVwZ 1996, S. 787.

¹⁷⁶ Vgl. Werner Heun, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz – Kommentar, 2. Aufl., Bd III, 2008, Art. 105, Rn. 8.

keitsänderungen lediglich das Binnenverhältnis zwischen den verschiedenen Ebenen des Staates betreffen und nicht auf die Leistungsverpflichtung des Staates gegenüber den Kirchen durchschlagen.¹⁷⁷ Deswegen ist auch die Form der Finanzierung unerheblich. Die unterschiedliche Finanzierung aus allgemeinen Haushaltsmitteln, juristisch verselbständigten Fonds, wie dem niedersächsischen Klosterfonds oder Sondervermögen, spielt für die Garantie des Art. 138 Abs. 1 WRV keine Rolle, ist insoweit äquivalent.¹⁷⁸

Der Begriff der Staatsleistungen wirft schließlich die umstrittene Frage auf, ob auch die Kommunen und Kommunalverbände Teil des Staates im Sinne des Art. 138 Abs. 1 WRV sind und daher auch die Leistungen der Gemeinden unter die Garantie des Art. 138 Abs. 1 WRV fallen. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und die Weimarer Staatsrechtslehre gingen einhellig davon aus, dass kommunale Leistungen an die Kirchen keine Staatsleistungen im Sinne des Art. 138 Abs. 1 WRV seien.¹⁷⁹ Dem schloss sich auch das Bundesverwaltungsgericht an.¹⁸⁰ In neuerer Zeit wird dagegen vielfach – jedoch keineswegs einhellig¹⁸¹ – eine grundsätzliche Kehrtwendung vorgenommen und werden kommunale Leistungen dem Bestandsschutz und dem Ablösungsauftrag unterstellt. Der Auslegungswandel wird vor allem mit der Aufhebung des ursprünglichen Gegensatzes von Gemeinde und Staat und ihrer Integration in den Staat als Element bloß mittelbarer Staatsverwaltung sowie dem Gedanken des Bestandsschutzes begründet.¹⁸² Trotz zutreffender Einsichten ist diese Auffassung jedoch durchgreifenden Einwänden ausgesetzt.

49

¹⁷⁷ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1030.

¹⁷⁸ *Schmitt*, Ablösung (o. Fn. 40), S. 36; *Berner*, Staatsleistungen (o. Fn. 99), S. 84; *Duske*, Dotationspflicht (o. Fn. 113), S. 9 f.; a. A. *Breitfeld*, Auseinandersetzung (o. Fn. 113), S. 36, 342.

¹⁷⁹ RGZ 111, 134 (146); 113, 349 (397); 125, 186 (189); RFH (GrS), in: JW 1934, S. 2579–2583 (2580–2582); *Anschütz*, Verfassung des Deutschen Reichs (o. Fn. 150), Art. 138 WRV, Anm. 4 a. E.; *Huber*, Garantie (o. Fn. 94), S. 62; Denkschrift (o. Fn. 94), S. 15; *Josef Ebers*, Staat und Kirche im neuen Deutschland, 1930, S. 250; *Glade*, Grundlage (o. Fn. 116), S. 10–14.

¹⁸⁰ BVerwGE 28, 179 (183); 38, 76 (79); ebenso die Literatur *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 46; *Wehdeking*, Kirchengutsgarantien (o. Fn. 47), S. 112; *Konrad Hesse*, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts seit 1945, in: JöR 10 (1961), S. 3 (59).

¹⁸¹ Die forsche Behauptung, der Streit sei beigelegt, so *Ferdinand Kirchhof*, Grundlagen und Legitimation der deutschen Kirchenfinanzierung, in: EssGespr. 47 (2013), S. 1 (14 f.), beruht auf schlichter Unkenntnis der Literatur.

¹⁸² Vor allem *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1031–1033; ferner

50

Sicher ist die heutige Einordnung der Kommunen in den Staatsaufbau nicht mehr von der früheren Vorstellung gesellschaftlicher Selbstverwaltung im Gegensatz zum monarchischen Staat geprägt. Die Kommunen sind im heutigen Verständnis integraler Bestandteil des demokratischen Verfassungsstaates, Teil der öffentlichen Gewalt und uneingeschränkt an die Grundrechte gebunden.¹⁸³ Auch ist ein Bedeutungswandel der Vorschriften der inkorporierten Weimarer Reichsverfassung nicht per se ausgeschlossen. Auch für diese Normen gilt der Gedanke *Smends*, wonach gleichlautende Vorschriften durch einen neuen Kontext einen geänderten Sinn erhalten können.¹⁸⁴ Nur folgt daraus nichts für die vorliegende Frage. Erstens spricht die Entstehungsgeschichte des Art. 140 GG eher gegen eine erweiternde Auslegung des Art. 138 Abs. 1 WRV, da Bestrebungen zur ausdrücklichen Einbeziehung der Kommunen gerade scheiterten.¹⁸⁵ Zwar lassen sich sowohl der mit dem Ablösungsauftrag verbundene Gedanke der Entflechtung von Staat und Kirche wie die Intention des (vorläufigen) Bestandsschutzes¹⁸⁶ ohne Weiteres auf die kommunalen Leistungen übertragen, aber neben der sektoralen Begrenzung auf durch spezifische Rechtstitel¹⁸⁷ begründete und 1919 bestehende Staatsleistungen darf auch der ansonsten durchgängig betonte Gedanke der Kompen-

Hanns-Rudolf Lipphardt, Negative Staatsleistungen und Ablösungsvorbehalt, in: DVBl. 1975, S. 410 (414 f.); *Christoph Link*, Rechtsprobleme kommunaler Kultusbaukosten, in: ÖAKR 39 (1990), 205 (208 f.); *v. Campenhausen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 162), Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 5; *Axer*, Steuervergünstigungen (o. Fn. 14), S. 469; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 94), Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 18; *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 78), Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 14; *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 36), Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 121.6; *Thomas Lindner*, Verfassungsrechtliche Aspekte kommunaler Kirchenbaukosten, in: Bürgerliche Freiheit und christliche Verantwortung: Festschrift für Christoph Link zum siebzigsten Geburtstag, hg. von Heinrich de Wall/Michael Germann, 2003, S. 317 (323 f.); a. A. aber *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 185–188; *Magen*, in: Mitarbeiterkommentar (o. Fn. 142), Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 126; *Czermak*, Ablösung (o. Fn. 39), 112; *Ludwig Renck*, Kommunale Kirchenbaukostenverträge und Wegfall der cura religionis, in: DÖV 2001, S. 103 (105).

¹⁸³ Vgl. BVerfGE 73, 118 (191); 83, 37 (53–55); *Ulrich Scheuner*, Zur Neubestimmung der kommunalen Selbstverwaltung (1973), in: ders., Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften, 1978, S. 567–604.

¹⁸⁴ *Rudolf Smend*, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz (1951), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, S. 411 (411).

¹⁸⁵ *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 185 f.

¹⁸⁶ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1032; s. a. *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 36), Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 121.6.

¹⁸⁷ Vgl. *Wiesenberger*, Kirchenbaukosten (o. Fn. 119), S. 164–166; *Lindner*, Baukosten (o. Fn. 53), S. 198 f.; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 187.

sation für Säkularisationen nicht übersehen werden. Die Säkularisationen sind den Ländern und nicht den Kommunen, soweit sie keine eigenständigen Staaten bildeten, zuzurechnen und diese traf und trifft daher die Ausgleichsverpflichtung. Abgesehen davon, dass kommunale Leistungen ohnehin kaum zu den Kircheneinnahmen beitragen und daher auch die praktische Relevanz dieser Frage mit Ausnahme der Baulasten¹⁸⁸ eher bescheiden ist, wird man die speziellen Leistungen der Kommunen schwerlich in den Zusammenhang einer Säkularisationskompensation bringen können. Auch das widerspricht einer Ausweitung des Staatsleistungsbegriffs auf die Kommunen. Das schließt eine Einbeziehung einzelner Staatsleistungen infolge einer Kompetenzverschiebung durch Kommunalisierung nicht aus.¹⁸⁹ Weiterhin schützt Art. 138 Abs. 1 WRV den historischen Bestand der Staatsleistungen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Weimarer Reichsverfassung. Wenn damals allgemein kommunale Leistungen nicht umfasst waren, lässt sich das nicht nachträglich korrigieren.

b) Leistungsempfänger

Art. 138 Abs. 1 WRV bezeichnet als Destinatäre der Staatsleistungen abstrakt die „Religionsgesellschaften“.¹⁹⁰ Trotz dieser Neutralitätsgerechten Formulierung erhalten realiter lediglich die altrechtlichen Religionsgemeinschaften Zuwendungen. Unter diesen wiederum sind nur die beiden Großkirchen Empfänger erheblicher Leistungen, da sie von den Säkularisationen hauptsächlich betroffen waren. Daneben erhalten Staatsleistungen auch die Altkatholische und die Altlutherische Kirche, die Israelitische Synagogengemeinschaft, Freireligiöse Landesgemeinden und Deutsche Freigemeinden, gebietsweise auch die Methodistenkirche.¹⁹¹

Der Begriff der Religionsgemeinschaft ist allerdings insofern weit zu verstehen, als nicht nur der Gesamtverband, sondern auch alle ihre Gliedkörperschaften, Untergliederungen (Stiftungen, Anstalten)

¹⁸⁸ Wenn man mit dem BVerwG die Baulasten Art. 138 Abs. 2 und nicht Art. 138 Abs. 1 WRV unterwirft, ist die Frage ohnehin praktisch obsolet.

¹⁸⁹ Droege, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 188.

¹⁹⁰ Zur Definition der Religionsgesellschaft vgl. hier nur *Anschutz*, Verfassung des Deutschen Reichs (o. Fn. 150), Art. 137 WRV, Anm. 2; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 94), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 26 m. w. N.

¹⁹¹ v. *Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 40), S. 281 f.

oder funktional zugeordneten Teile (Versorgungskassen) sowie sogar einzelne Amtswalter, wie Pfarrer, Empfänger der durch Art. 138 Abs. 1 WRV garantierten Staatsleistungen sein können.¹⁹²

IV. Rechtswirkungen des Art. 138 Abs. 1 WRV

1. Ablösungsverpflichtung

a) Objektive Verpflichtung

53 Das an die Landesgesetzgebung adressierte Ablösungsgebot ist zwingendes Verfassungsrecht.¹⁹³ In diesem Punkt hat sich die SPD in der Nationalversammlung gegenüber dem Modell bloß fakultativer Ablösung durchgesetzt.¹⁹⁴ Der Ablösungsauftrag des Art. 138 Abs. 1 WRV stellt objektiv geltendes Verfassungsrecht dar. Primärer Adressat sind die Gesetzgeber in den Ländern, der Auflösungsbefehl ist freilich aufschiebend bedingt durch den Erlass der Bundesgrundsätze. Somit wird auch der Bundesgesetzgeber objektiv zum Tätigwerden verpflichtet. Das Gebot schreibt dafür jedoch keinen Zeitpunkt oder eine Frist vor, vielmehr liegt es im freien Entscheidungsspielraum des Bundes, die Initiative zur Gesetzgebung zu ergreifen. Deshalb ist es prinzipiell verfehlt, die Entscheidung des Bundes als „fortwährenden Verfassungsverstoß“ zu qualifizieren.¹⁹⁵ Die Länder können die Erfüllung des Gesetzgebungsauftrags nicht rechtlich und

¹⁹² RGZ 111, 134 (145); StGH, in: RGZ 128, Anh. S. 16 (29); RGZ 129, 72 (77 f.); Denkschrift (o. Fn. 94), S. 17 f.; W. Weber, Ablösung (o. Fn. 66), S. 49 f.; Isensee, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1033 f.; a. A. Breitfeld, Auseinandersetzung (o. Fn. 113), S. 37.

¹⁹³ Huber, Garantie (o. Fn. 94), S. 58; Droege, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 207; Heinrich Amadeus Wolff, Die Struktur des Grundsatzgesetzes zur Ablösung der Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften (Art. 138 Abs. 1 S. 2 WRV / Art. 140 GG), in: Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel: Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag, hg. von Michael Brenner / Peter M. Huber / Markus Möstl, 2004, S. 839 (840).

¹⁹⁴ Ludwig Richter, Kirche und Schule in den Beratungen der Weimarer Nationalversammlung, 1996, S. 359.

¹⁹⁵ Bodo Pieroth, in: Hans D. Jarass / Bodo Pieroth (Hg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl. 2012, Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 1; ebenso Czermak, Ablösung (o. Fn. 39), S. 113; Droege, Beruf (o. Fn. 9), S. 3 spricht vorsichtiger von der „Missachtung eines Verfassungsauftrages“; dem Verdikt widerspricht zu Recht Stefan Koriath, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz – Kommentar, Losebl., Stand 2003, Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 3.

gerichtlich erzwingen. Auch die Religionsgemeinschaften haben keine rechtliche Möglichkeit, den Ablösungsauftrag rechtlich durchzusetzen. Insoweit vermittelt Art. 138 Abs. 1 WRV weder den Ländern noch den Religionsgemeinschaften eine subjektiv-rechtliche Rechtsposition. Die Religionsgemeinschaften sind durch den Bestandsschutz hinreichend abgesichert. Die Länder dagegen, sofern sie ablösungswillig sind, genießen keinen rechtlichen Schutz.¹⁹⁶ Angesichts der weitgehenden Äquivalenz von Ablösung und Bestandsschutz der Staatsleistungen sind allerdings die Länder insoweit nicht besonders schutzwürdig. Insofern bleibt letztlich die Nichterfüllung sanktionslos.

Der Verfassungsauftrag gilt allerdings trotz jahrzehntelanger Nichterfüllung fort.¹⁹⁷ Es hat sich kein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht gebildet. Für die Zeit vor 1949 ergibt sich das schon aus der Erneuerung des Art. 138 Abs. 1 WRV durch das Grundgesetz. Für die Zeit nach 1949 kann in der vielfachen Aktualisierung durch Konkordate und Kirchenverträge ebenso wie in den Regelungen durch die Landesverfassungen eine Bestätigung der überkommenen Rechtslage erblickt werden.

Die bisherige Nichterfüllung des Ablösungsauftrags beruht auf einem Bündel von rechtlichen und politischen Faktoren. Die eigentümliche Konstruktion der Norm mit ihrer Kombination der Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Ländern und dem vorläufigen Bestandsschutz minimiert jeden rechtlichen Anreiz zum Tätigwerden. Staat und Religionsgemeinschaften können sehr gut mit diesem Provisorium leben.¹⁹⁸ Insofern fehlt jedes wirkmächtige politische Interesse an einer umfassenden Ablösung. In der Rechtspraxis sind die

54

55

¹⁹⁶ A. A.: für einen Anspruch der Länder darauf, dass der Bund seine Pflicht zum Erlass eines Grundsatzgesetzes nach Art. 138 Abs. 1 S. 2 WRV erfüllt, *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 30), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 5; *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 532; für die Möglichkeit der Länder, die Verfassungswidrigkeit des Unterlassens im Bund-Länder-Streit verfassungsgerichtlich feststellen zu lassen, *Jochen Rozek*, Der unerfüllte Verfassungsauftrag – Die Ablösung der Staatsleistungen an die Kirchen, in: Entwicklungstendenzen des Staatskirchen- und Religionsverfassungsrechts, hg. von Thomas Holzner/Hannes Ludyga, 2013, S. 421 (429–431).

¹⁹⁷ *Wehdeking*, Kirchengutsgarantien (o. Fn. 47), S. 220–230; *Brauns*, Staatsleistungen (o. Fn. 96), S. 137; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1043.

¹⁹⁸ *Ansgar Hense*, Akzeptanz von Staatsleistungen im Wandel – die Diskussionen um die Notwendigkeit und Möglichkeit einer Ablösung, in: Geld, Gott und Glaubwürdigkeit, hg. von Karlies Abmeier, 2016, S. 257–273.

wesentlichen Vereinfachungen und Bereinigungen erreicht worden, ohne dass es einer wirklichen Ablösung bedurft hätte. Angesichts der darüber hinausgehenden vielfältigen Kooperation und Verflechtung von Staat und Religionsgemeinschaften geht auch die Intention endgültiger Entflechtung ohnehin vorläufig ins Leere.

b) Gegenstand und Umfang der Ablösungspflicht

56 Ablösung heißt die einseitige Aufhebung des Leistungsgrundes gegen Entschädigung.¹⁹⁹ Der Ablösungsauftrag bezieht sich auf die Staatsleistungen, die bei Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung, also am 14. August 1919, wirksam gewesen sind und bis heute fortbestehen. Das ergibt sich aus der Voraussetzung, dass die Staatsleistungen auf „Gesetz, Vertrag oder besonderen Rechtstiteln“ beruhen mussten²⁰⁰ und aus dem Zusammenhang mit der in das Grundgesetz allerdings nicht inkorporierten Vorschrift des Art. 173 WRV, die von „bisherigen“ Staatsleistungen sprach.²⁰¹ Auch der Sinn der Norm, der auf die Entflechtung bestehender Vermögensbeziehungen gerichtet ist, begrenzt das maßgebende Datum auf den 14. August 1919.²⁰² Darüber hinaus kommt es nicht darauf an, ob die Leistung zu diesem Zeitpunkt tatsächlich erbracht, sondern ob sie rechtlich verbindlich geschuldet wurde.²⁰³ „Streng genommen sind also Gegenstand des Verfassungsauftrages nicht die Staatsleistungen als solche, sondern die Rechtstitel, die ihnen zugrunde lagen.“²⁰⁴ Nach Inkrafttreten der Weimarer Verfassung neu begründete Leistungen werden nicht erfasst.²⁰⁵ Auf den Zeitpunkt der Inkorporation durch das Grundgesetz²⁰⁶ ist ebenso wenig abzustellen, wie auf denjenigen des

¹⁹⁹ *Anschütz*, Verfassung des Deutschen Reichs (o. Fn. 150), Art. 138 WRV, Anm. 3; *Wehdeking*, Kirchengutsgarantien (o. Fn. 47), S. 120; *Ehlers*, in: *Sachs* (o. Fn. 30), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 4.

²⁰⁰ *Huber*, Garantie (o. Fn. 94), S. 97 f.; *Glade*, Grundlage (o. Fn. 116), S. 48; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 192 f.

²⁰¹ RGZ 117, 27 (29–33); *Anschütz*, Verfassung des Deutschen Reichs (o. Fn. 150), Art. 138 WRV, Anm. 3.

²⁰² *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 193.

²⁰³ RGZ 117, 27 (30) 129, 72 (79); *Schmitt*, Ablösung (o. Fn. 40), S. 93 f.; *Huber*, Garantie (o. Fn. 94), S. 95; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 193 f.; a. A. *Breitfeld*, Auseinandersetzung (o. Fn. 113), S. 49.

²⁰⁴ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1034.

²⁰⁵ *Wehdeking*, Kirchengutsgarantien (o. Fn. 47), S. 116.

²⁰⁶ So aber *Maunz*, in: *Maunz / Dürig* (o. Fn. 5), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 7.

Inkrafttretens des Ablösungsgesetzes.²⁰⁷ Es bleiben daher drei Gruppen ausgeschlossen: vor dem Stichtag erloschene oder aufgehobene,²⁰⁸ nach dem Stichtag beendete²⁰⁹ oder danach begründete Staatsleistungen an die Religionsgemeinschaften.

Eigentümliches rechtliches Charakteristikum der Ablösung ist ihre Doppelnatur: Ihr ist begrifflich immanent die Aufhebung des bestehenden Leistungsverhältnisses und zugleich die Begründung der Ausgleichspflicht.²¹⁰ Der entscheidende Unterschied zur Enteignung, Konfiskation oder Sozialisierung, die sich im Entzugsakt erschöpfen,²¹¹ ist diese Zweistufigkeit, die ein gesondertes Junktim mit der Entschädigung entbehrlich macht. Soweit besteht Einigkeit, Streit aber über den Umfang der gebotenen Entschädigung.

Die seit Weimar vorherrschende Auffassung sieht das Wesen der Ablösung darin, dass die Ausgleichsleistung dem Prinzip der vollen Leistungs-Äquivalenz entsprechen muss,²¹² die Ablösung „Hingabe einer Leistung an Erfüllungs-Statt“²¹³ ist. Die Ablösung bewirke keine Rechtsminderung, keine Schmälierung der wirtschaftlichen Grundlage, sei gegenüber den kirchlichen Vermögensinteressen neutral, dürfe sie nicht schädigen²¹⁴ und keine „verkappte“ oder offene „neue Säkularisation“ sein.²¹⁵ Demgegenüber sieht eine neuere Ansicht eine angemessene Entschädigung ohne notwendige Leistungs-

²⁰⁷ So *Carl Israel*, Reich – Staat – Kirche, 1926, S. 26; *Josef Schmitt*, Ablösung der Staatsleistungen, in: AfKR 115 (1935), S. 1 (45); 341 (344–365); *Berner*, Staatsleistungen (o. Fn. 99), S. 85.

²⁰⁸ Vgl. für die Aufhebung nach der Novemberrevolution, aber vor dem 14. 8. 1919 RGZ 117, 27 (29–33); *Anschütz*, Verfassung des Deutschen Reichs (o. Fn. 150), Art. 138 WRV, Anm. 5.

²⁰⁹ Zum Sonderfall der Aufhebung zwischen 1945 und 1949 *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 9–15; *Zündorf*, Ablösung (o. Fn. 94), S. 131–137.

²¹⁰ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1035; *Alexander Hollerbach*, Der verfassungsrechtliche Schutz kirchlicher Organisation, in: HStR¹, Bd. VI, 1989, § 139, S. 557, Rn. 59; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 208.

²¹¹ Dazu *Joachim Wieland*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz – Kommentar, 2. Aufl., Bd. I, 2004, Art. 14, Rn. 77–81; nicht maßgebend ist die Rechtsübertragung, so noch *Huber*, Garantie (o. Fn. 94), S. 59.

²¹² Denkschrift (o. Fn. 94), S. 10; *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 38 m. w. N.; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1035; *Glade*, Grundlagen (o. Fn. 116), S. 61; *Kästner*, in: Bonner Kommentar (o. Fn. 105), Art. 140 GG, Rn. 600.

²¹³ *Huber*, Garantie (o. Fn. 94), S. 60.

²¹⁴ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1035.

²¹⁵ *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 39; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1035.

äquivalenz als ausreichend an²¹⁶ und begreift Art. 138 Abs. 1 WRV als „Sozialentwährung“ und Parallele zu Art. 15 GG.²¹⁷ Ihre Rigorosität desavouiert beide Gegenpole, beide Auffassungen sind Einwänden ausgesetzt.

- 59 Entgegen der anderslautenden Behauptung²¹⁸ bestand kein Konsens in der Nationalversammlung, dass die Kirche keinerlei Vermögenseinbuße erleiden durfte.²¹⁹ Es sollte nur überhaupt eine Entschädigung gewährt werden und die Lebensfähigkeit der Kirchen nicht gefährdet werden, die aber zugleich durch das Besteuerungsrecht gesichert werden sollte.²²⁰ Auch ist in der Weimarer Zeit vielfach von einer angemessenen Entschädigung die Rede,²²¹ die nicht mit voller Entschädigung gleichgesetzt werden kann.²²² Die Vereinbarung „vollen Ersatzes“ im späteren Bayerischen Konkordat²²³ widerlegt dies nicht, zumal das Reichskonkordat wiederum nur „einen angemessenen Ausgleich“ vorsieht.²²⁴ Etwas anderes ist auch kaum realistisch. Die Ablösung hat eine Entflechtung und Vereinfachung zum Ziel, die sich nur durch Pauschalierung, Typisierung und nicht in vollem Umfang äquivalente Leistungen des Staates erreichen lässt, zumal sich hier vielfach offene Bewertungsfragen stellen. Das bedingt notwendigerweise gewisse Abstriche. Auch wird man, wie die Staatskirchenverträge der neuen Bundesländer zeigen, sinnvollerweise nicht ohne Berücksichtigung der Entwicklung der Kirche und ihrer Mitgliederzahlen zum Zeitpunkt der Ablösung über diese Fragen entscheiden können. Grundlegend veränderte Verhältnisse können sogar zum Er-

²¹⁶ Preuß, Alternativkommentar (o. Fn. 83), Art. 140 GG, Rn. 61; Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 30), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 4; Pieroth, in: Jarass / Pieroth (o. Fn. 195), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 1; Droege, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 210–220; auch Hollerbach, Schutz (o. Fn. 210), Rn. 59, spricht von „angemessener Entschädigung“; s. auch Morlok, in: Dreier (o. Fn. 94), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 23; Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 195), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 11.

²¹⁷ V. a. Preuß, in: Alternativkommentar (o. Fn. 83), Art. 140, Fn. 61; Droege, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 211–216.

²¹⁸ Isensee, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1035.

²¹⁹ Droege, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 218 m. N.

²²⁰ Droege, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 219.

²²¹ Vgl. RG, in: Lammers / Simons (o. Fn. 120), Bd. IV, 1932, S. 297 ff. (302); Friedrich Giese, Verfassung des Deutschen Reiches, 7. Aufl. 1926, Art. 138 WRV, Anm. 2; Israel, Reich (o. Fn. 207), S. 25.

²²² W. Weber, Ablösung (o. Fn. 66), S. 39; Isensee, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1035.

²²³ Art. 10 § 1 Abs. 2 BayK vom 29. 3. 1924, in: Listl (o. Fn. 59), Bd. I, S. 298.

²²⁴ Art. 18 Abs. 3 RK, in: Listl (Fn. 59), Bd. I, S. 45.

löschen der Leistungspflicht führen.²²⁵ Schließlich war das Rechtsinstitut der Ablösung seit den Preußischen und anderen zeitgleichen Reformen (Ablösung feudaler Lasten, Gewerbefreiheit) dem Verfassungsgeber 1919 vertraut. Die dort gewährten Entschädigungen entsprachen aber keineswegs dem Prinzip der Leistungsäquivalenz.²²⁶

Demgegenüber ist allerdings die Heranziehung der Rechtsfigur einer Sozialentwährung gleichfalls problematisch. Bei *Lorenz von Stein* umfasst der Begriff letztlich alle Formen des Zugriffs auf „wohlerworbenes Privatrecht“ gegen Entschädigung, der infolge der allgemeinen gesellschaftlichen Entwicklung notwendig erscheint²²⁷ und entbehrt damit in vorliegendem Zusammenhang der aussagekräftigen Kontur, weil die Entschädigungsfrage offenbleibt. Der Begriff der Sozialentwährung, der durch *Helmut Ridder* wiederbelebt wurde, verbindet damit die Gemeenschädlichkeit der entzogenen Rechtspositionen, an die eine geringere Entschädigung geknüpft wird.²²⁸ Davon kann jedoch bei den Staatsleistungen nicht die Rede sein. Sinn ist allein die Entflechtung. Auch reicht der Verweis auf die Abwägung nach Art. 14 Abs. 3 GG in Art. 15 GG für sich genommen nicht aus.²²⁹ So offen ist die Abwägung der Interessen im Rahmen des Art. 138 Abs. 1 WRV eben nicht. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass Art. 138 Abs. 1 WRV, wenn auch nur bis zur endgültigen Ablösung, Bestandsschutz gewährt. Die Bestandsschutzregelung deutet jedenfalls darauf hin, dass der Gesetzgeber auch bei der Entschädigung nicht frei sein sollte, zumal das Erfordernis der vorherigen Verabschiedung einheitlicher Grundsätze durch das Reich bzw. den Bund ebenfalls eine engere Bindung des Gesetzgebers bei der Ablösung unterstellt. Insoweit ist der Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers bei der Bemessung des Ausgleichs enger als bei Enteignungen oder Sozialisierungen, aber genauso wenig auf Null im Sinne ausnahmslos voller Entschädigung reduziert. Das lässt Raum für groß-

60

²²⁵ *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 78), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 24.

²²⁶ Eingehend *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 211–215.

²²⁷ *Lorenz v. Stein*, Die Verwaltungslehre, Siebenter Teil, Innere Verwaltungslehre, Drittes Hauptgebiet. Die wirtschaftliche Verwaltung. Erster Theil. Die Entwährung, 1868, S. 67 f.

²²⁸ *Helmut K. J. Ridder*, Enteignung und Sozialisierung, in: VVDStRL 10 (1952), S. 124 (138–142).

²²⁹ Vgl. aber *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 216–218; s. aber auch *Ridder*, Enteignung (o. Fn. 228), S. 144.

zügige Pauschalierungen und die Berücksichtigung der Lage der Kirchen²³⁰ sowie in engen Grenzen auch anderer öffentlicher Interessen.

c) Formen und Modalitäten der Ablösung

- 61 Der Landesgesetzgeber und der Bundesgesetzgeber sind bei der Bestimmung der Ablösungsgrundsätze frei in der Wahl der Rechtsformen der Ablösung. Die Verfassung enthält keine Festlegung auf bestimmte Rechtsformen. Vertragliche Ablösungsregelungen sind zwar vielleicht angesichts der Komplexität der Auseinandersetzung besonders geeignet, aber nicht definitiv und verbindlich vorgegeben.²³¹ Die Ablösung kann ebenso allein durch Gesetz oder einen sonstigen Rechtsakt erfolgen. Auch in finanzieller Hinsicht schreibt die Verfassung nichts verbindlich vor. Kapitalisierung von Naturalleistungen, Pauschalisierung von Zuwendungen, Übereignung von Grundstücken, Wertpapieren oder Sachwerten, Zusammenfassung der Destinatäre, also insbesondere die Konzentration von Empfangszuständigkeit beim Gesamtverband, sind zulässige Optionen.²³²
- 62 Kontrovers ist allein die Zulässigkeit einer Ablösung durch Zahlung einer dauerhaften, „ewigen“ Rente. Die Ablehnung einer solchen wiederkehrenden Leistungsverpflichtung wird mit dem Normzweck des Art. 138 Abs. 1 WRV begründet, weil die beabsichtigte Entflechtung von Staat und Kirche nicht bewirkt werde.²³³ Demge-

²³⁰ Vgl. jetzt auch *Heinig*, Langlebiger (o. Fn. 93), S. 53, der eine Berücksichtigung der Mitgliederentwicklung für denkbar hält.

²³¹ *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 41; *Zündorf*, Ablösung (o. Fn. 94), S. 16–20; *Glade*, Grundlage (o. Fn. 116), S. 63; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 220 f.; für ein Vertragsformgebot dagegen *Hans Liermann*, Das evangelische Konkordat, in: AöR 13 (1927), S. 381 (396 f.); vgl. auch *Ernst-Rudolf Huber*, Anmerkung zu Breitfeld, in: AöR 18 (1933), S. 147 (149).

²³² Zulässig, aber wenig sinnvoll ist der Vorschlag von *F. Kirchhof*, Grundlagen (o. Fn. 181), S. 16 f., die Ablösung durch eine Befreiung von Landessteuern vorzunehmen.

²³³ *Huber*, Garantie (o. Fn. 94), S. 59 f.; *Israel*, Reich (o. Fn. 207), S. 28; *Brauns*, Staatsleistungen (o. Fn. 96), S. 64–78; *Preuß*, in: Alternativkommentar (o. Fn. 83), Art. 140, Rn. 62; eingehend *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 221–224; ferner *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 36), Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 123.3; *Kästner*, in: Bonner Kommentar (o. Fn. 105), Art. 140 GG, Rn. 601; *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 78), Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 17; *Magen*, in: Mitarbeiterkommentar (o. Fn. 142), Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 127; *Hense*, Statement (o. Fn. 37), S. 20; vorsichtiger *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 195), Art. 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 11: Dauerrente sei „fraglich“.

genüber sieht die Gegenansicht darin einen „normativen Rigorismus, der sich über die Vollzugsbedingungen der Ablösungsdirektive hinwegsetzen will“ und von vornherein deren Verwirklichung verhindern, weil eine Abfindung *uno actu* die finanzielle Leistungsfähigkeit der Länder völlig überfordere.²³⁴ Im Sinne der Praktikabilität hält allerdings auch die rigorosere Auffassung eine Ablösung durch wiederkehrende Geldleistungen für zulässig, soweit diese Rente nur befristet ist, also nicht „ewig“ gewährt wird.²³⁵ Trotzdem bleibt das Argument der Umsetzbarkeit damit nicht ganz ausgeräumt. Indes hat der Verfassungsgeber mit dem Institut der Ablösung einen Rechtsbegriff gewählt, der auf eine endgültige Bereinigung und Trennung der Verflechtung zwischen Staat und Kirche zielt.²³⁶ Ansonsten könnte man die durch die Staatskirchenverträge vereinbarten Novationen durch Pauschalierung und Zentralisierung bereits als endgültige Ablösung verstehen.²³⁷ Dagegen sprechen schon die betreffenden kirchenvertraglichen Vorbehalte. Diese Praxis kann auch nicht die Verfassungsregeln modifiziert haben.²³⁸ Freilich wurde diese Praxis durch den Ablösungsauftrag auch nicht untersagt. Vielmehr bleibt es bei dem vorläufigen Bestandsschutz, der Vereinfachungen und die Umwandlung bisheriger Staatsleistungen in – vorläufig – ewige Geldrenten erlaubt. Der Preis ist allerdings das weitere Hinausschieben einer endgültigen Ablösung *ad calendas graecas*.

d) Zuständigkeit und Verfahren der Landesgesetzgebung

Der Ablösungsauftrag und seine Durchführung ist an die Länder, genauer die Landesgesetzgebung gerichtet. Die Länder sind die richtigen Adressaten, weil sie historisch die Profiteure der Säkularisation

63

²³⁴ Zitat *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1036 f.; ferner *Berner*, Staatsleistungen (o. Fn. 99), S. 88; *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 41; *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 40), S. 287.

²³⁵ *Preuß*, in: Alternativkommentar (o. Fn. 83), Art. 140, Rn. 62; *Bernd Jeand'Heur / Stefan Koriath*, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, Rn. 350; *Hollerbach*, Schutz (o. Fn. 210), § 139, Rn. 59; *Ehlers*, in: *Sachs* (o. Fn. 30), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 4; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 224.

²³⁶ Vgl. auch *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 222 f.

²³⁷ Vgl. allerdings *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1036, der den Loccumer Vertrag als Vorbild empfiehlt.

²³⁸ Vgl. *Hollerbach*, Schutz (o. Fn. 210), § 139, Rn. 59; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 224; Gegenauffassung *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 6, 42.

waren und kompensatorisch die Staatsleistungen gewährt haben. Die Beauftragung der Legislative rechtfertigt sich aus dem allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes, da die Ablösung ein rechtsgestaltender Eingriff ist.²³⁹ Eine vertragliche Vereinbarung kann entweder durch Gesetz ratifiziert werden – und erhält damit selbst Gesetzeskraft – oder durch eine entsprechende Ermächtigung im Gesetz legitimiert werden. In diesem Fall gelten die allgemeinen Regeln des Vorbehalts des Gesetzes, dass konkretisierende Regelungen in der Form einer Rechtsverordnung, eines Verwaltungsaktes oder eines Vertrags durch eine hinreichend bestimmte Ermächtigung im Gesetz gedeckt sind. Wie die Enteignung kann die Ablösung durch Gesetz (Legalablösung) oder Einzelakt (Administrativablösung) erfolgen.²⁴⁰

- 64** Die Kompetenz der Länder erstreckt sich nur auf ihre eigenen Pflichten und diejenigen der ihrer Hoheitsgewalt unterworfenen Verwaltungsobjekte wie insbesondere die kommunalen Gebietskörperschaften. Auch ist der finanzielle Aufwand von den Hoheitsträgern zu tragen, deren Leistungspflichten abgelöst werden. Die Übernahme von Staatsleistungen untergeordneter Hoheitsträger im Außen- wie im Innenverhältnis ist unbedenklich, freilich kann die Landesgesetzgebung im Zweifel Aufwendungsersatz sichern.²⁴¹ Leistungen des Bundes können nicht durch Landesgesetzgebung abgelöst werden.²⁴² Da der Bund über keine explizite Gesetzgebungskompetenz verfügt, muss eine entsprechende Befugnis kraft Natur der Sache angenommen werden.²⁴³

e) Grundsätze des Bundes

- 65** Die Landesgesetzgebung ist in der Frage der Ablösung nicht frei. Art. 138 Abs. 1 S. 2 WRV sieht vielmehr vor, dass das Reich hierfür Grundsätze aufstellt. Dieser „Kompetenzverteilung liegt eine klare Zeitfolge zugrunde“, da die Grundsätze ihr Ziel verfehlten, wenn die

²³⁹ Vgl. auch *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1037 f.

²⁴⁰ *W. Weber*, Ablösung (o. Fn. 66), S. 45; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1038; dagegen *Huber*, Garantie (o. Fn. 94), S. 60: allein Legalablösung.

²⁴¹ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1038.

²⁴² So aber unhaltbar *Zündorf*, Ablösung (o. Fn. 94), S. 43–45; dagegen *Denkschrift* (o. Fn. 94), S. 15.

²⁴³ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1038.

Ablösungsgesetze der Länder zuvor ergehen würden.²⁴⁴ Die Norm weist dem Zentralstaat die Grundentscheidung über die Ablösung zu. Die Sperre für die Ablösungsgesetzgebung der Länder vor einem Tätigwerden des Bundes bzw. des Reiches ist eigentlich eine systematisch-logische Konsequenz der Regelung, fand aber in der Weimarer Verfassung in Art. 173 sogar eine explizite Bestätigung, die das Grundgesetz nicht übernommen hat. Schon in der Weimarer Zeit galt Art. 173 WRV jedoch als bloß deklaratorisch, die Sperre wurde schon unmittelbar aus Art. 138 Abs. 1 WRV abgeleitet.²⁴⁵ Die fehlende Übernahme in das Grundgesetz rechtfertigt eine Ablehnung der Sperrwirkung daher nicht.²⁴⁶ Tragfähigkeit und Reichweite der vorläufigen Sperre werden unter zwei Gesichtspunkten problematisiert und erörtert. Zum einen werden aus der Einordnung in einen bestimmten Typus der Gesetzgebungskompetenz weitreichende Schlussfolgerungen abgeleitet. So wurde Art. 138 Abs. 1 WRV als Fall der Rahmengesetzgebung nach Art. 75 GG a. F. interpretiert, mit der Folge, dass der Bund einerseits an das besondere Regelungsbedürfnis des Art. 72 Abs. 2 GG gebunden gewesen wäre und andererseits die Länder auch vor einem Bundesgesetz gem. Art. 72 Abs. 1 GG frei hätten legislieren können.²⁴⁷ Dieser Auslegung ist heute wegen der Abschaffung der Rahmengesetzgebungskompetenz von vornherein schon die textliche Grundlage entzogen, sie verkehrte den Sinngehalt des Art. 138 Abs. 1 WRV aber auch in einem „interpretatorischen Gewaltakt“ nahezu in sein Gegenteil.²⁴⁸ Anders als die Rahmengesetzgebung können die Grundsätze nach Art. 138 Abs. 1 WRV keine unmittelbare Außenwirkung entfalten,²⁴⁹ sie sind keine subsidiäre, sondern eine primäre, keine konkurrierende, sondern ausschließliche

²⁴⁴ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1039.

²⁴⁵ StGH, RGZ 128, Anh. S. 16 (35), der terminologisch von „authentischer Interpretation“ spricht; *Breitfeld*, Auseinandersetzung (o. Fn. 113), S. 18; zur Entstehungsgeschichte *Israel*, Geschichte (o. Fn. 164), S. 47 f.; anders *Huber*, Garantie (o. Fn. 94), S. 94–96.

²⁴⁶ *Zündorf*, Ablösung (o. Fn. 94), S. 61 ff.; *Wehdeking*, Kirchengutsgarantien (o. Fn. 47), S. 125 f.; v. *Campenhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 40), S. 205; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1039 f.; a. A. *Wolff*, Struktur (o. Fn. 193), S. 847–851.

²⁴⁷ *Werner Weber*, Mitwirkung des Bundes beim Abschluss von Länderkonkordaten, in: DÖV 1965, S. 44; *Preuß*, in: Alternativkommentar (o. Fn. 83), Art. 140 GG, Rn. 65; im Ergebnis auch *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 232–238.

²⁴⁸ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1040.

²⁴⁹ Richtig *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 237; der Gedanke des self-executing (so *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1040) trifft hier eher nicht.

Kompetenz, sie suspendieren die Länderkompetenz nicht, sondern lassen sie überhaupt erst aufleben.²⁵⁰ Wenn überhaupt, lässt sich Art. 138 Abs. 1 WRV als ein Fall der ohnehin heterogenen „Grundsatzgesetzgebungskompetenzen“ verstehen,²⁵¹ zumal auch die Weimarer Verfassung eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz in Art. 10, 11 WRV kannte, die damals eine Form konkurrierender Gesetzgebungskompetenz darstellte²⁵² und dementsprechend keine Sperrwirkung entfaltete. Art. 138 Abs. 1 WRV lag und liegt dazu jedoch quer. In der Weimarer Republik war die Sperrwirkung der Gesetzgebungskompetenz des Reiches explizit normiert. Die heutige Grundsatzgesetzgebung zeichnet sich vor allem auch durch die eigenartige Form der Selbstbindung in Art. 109 Abs. 4 GG aus, die Art. 138 Abs. 1 WRV wiederum abgeht.²⁵³ Deshalb lassen sich aus dem Versuch der Einordnung in eine der Kompetenztypen keine validen Schlussfolgerungen ziehen, Art. 138 Abs. 1 WRV lässt sich „in keine Kompetenzschablone pressen“.²⁵⁴ Maßgebend sind allein Inhalt und Intention der Vorschrift selbst.

66 Hierbei ist neben dem Wortlaut und dem systematischen Zusammenhang das Telos der Regelung maßgebend. Die Intention des Art. 138 Abs. 1 WRV ist es, dem Bund die Festlegung der allgemeinen Grundsätze zu übertragen, da dieser fast keine eigenen Finanzinteressen mit der Ablösung verbindet und folglich als neutraler Schiedsrichter und „ehrlicher Makler“ fungieren kann.²⁵⁵ Die Länder können nicht unter dem alleinigen Diktat ihrer Finanzinteressen als Entscheider in eigener Sache²⁵⁶ agieren, der Bund kann auf diese Weise durch Mindestvoraussetzungen für eine gewisse Gleichheit und Einheitlichkeit des Verfahrens und der inhaltlichen Maßstäbe sorgen, sogar ein Element der Gewaltenteilung zum Schutz der Kirchen mag

²⁵⁰ So *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1041.

²⁵¹ Vgl. *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 235; vgl. auch *Hans-Werner Rengeling*, Gesetzgebungszuständigkeiten, in: HStR³, Bd. VI, 2008, § 135, Rn. 326 f.; *Wolff*, Struktur (o. Fn. 193), S. 841–843.

²⁵² *Gerhard Lassar*, Die verfassungsrechtliche Ordnung der Zuständigkeiten (§ 27), in: HDStR, Bd. I, S. 301 (306 f.); *Hugo Preuß*, Reich und Länder, Bruchstücke eines Kommentars zur Verfassung des deutschen Reiches, 1928, S. 129–132.

²⁵³ A. A. *Wolff*, Struktur (o. Fn. 193), S. 846.

²⁵⁴ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1041; ähnlich *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 94), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 25.

²⁵⁵ Eingehend *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 238–241.

²⁵⁶ Schief die Formulierung des „Richters in eigener Sache“, so *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1040.

darin erblickt werden.²⁵⁷ All das würde durch ein Vorpreschen noch dazu einzelner Länder konterkariert. Die vorläufige Sperrwirkung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist insoweit vor allem sachlich begründet.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist verfassungsrechtlich nicht an die Zustimmung der Länder oder auch des Bundesrates²⁵⁸ gebunden. Völkervertragsrechtlich ist der Bund in Art. 18 Abs. 1 RK die Verpflichtung eingegangen, dass er mit dem Heiligen Stuhl vor Erlass des Gesetzes über die Ablösungsgrundsätze ein „freundschaftliches Einvernehmen“ herstellt.²⁵⁹ Aufgrund des Paritätsgebotes gilt das gleiche gegenüber den anderen Religionsgemeinschaften im Sinne einer Meistbegünstigungsklausel.²⁶⁰ Die Verpflichtung zum Einvernehmen erstreckt sich dagegen nicht auf die Ablösungsgesetzgebung der Länder, allenfalls können die Religionsgemeinschaften aus allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien einen Anspruch auf rechtliches Gehör geltend machen.²⁶¹ Allerdings haben einzelne Länder eigenständig eine kirchenvertragsrechtliche Verpflichtung übernommen²⁶² oder eine Ablösung durch Vereinbarung in ihrer Verfassung verankert.²⁶³

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die Länder nicht im Einvernehmen mit den Religionsgemeinschaften, also im Wege der Vereinbarung, Staatsleistungen ablösen können. Schon zur Zeit der Weimarer Republik galten Ablösungen im Konsens teilweise als zulässig,²⁶⁴ da Art. 138 Abs. 1 WRV eine Schutznorm zugunsten der Re-

²⁵⁷ *Isensee*, ebd., S. 1040.

²⁵⁸ Auch das ist ein Unterschied zu den Formen der Grundsatzgesetzgebung in Art. 91a, 109 Abs. 4 GG.

²⁵⁹ Listl (o. Fn. 59), Bd. I, S. 44 f.; dazu *Paul Mikat*, Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: *Bettermann / Nipperdey / Scheuner* (Hg.), *Die Grundrechte* Bd. IV, 1. Halbbd. 1960, S. 111 (227); *Jeand'Heur / Koriath*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 235), Rn. 350.

²⁶⁰ Vgl. *Hollerbach*, Schutz (o. Fn. 210), Rn. 56; *Jeand'Heur / Koriath*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 235), Rn. 350.

²⁶¹ Weiter gehend *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1042; Art. 103 Abs. 1 GG gilt jedenfalls nicht.

²⁶² Art. 18 Abs. 2 S. 2 EvKV SH; EvKV Hessen Schlussprot. zu Art. 5 Abs. 5; Schlussprot. zu Art. 6 Abs. 3 EvKV RP. Eine Zustimmung der Kirchen kann auch das Bundesgesetz vorschreiben.

²⁶³ Art. 37 Abs. 2 Verf. Bbg.

²⁶⁴ RGZ 113, 349 (350); RG, in: *Lammers / Simons* (o. Fn. 120), Bd. IV, 1932, S. 306 (321); *Ebers*, Staat und Kirche (o. Fn. 179), S. 250; *Israel*, Reich (o. Fn. 207), S. 30.

ligionsgemeinschaften darstellte.²⁶⁵ Die Staatspraxis unter dem Grundgesetz hat durch Vertrag vielfach Regelungen über die Staatsleistungen getroffen, die teilweise als Ablösung verstanden werden.²⁶⁶ Vereinzelt wird sogar eine Bindung des Bundes an diese Kirchenverträge bejaht.²⁶⁷ Demgegenüber wird allerdings konstatiert, die Vereinbarungen dürften die endgültige Entscheidung über die Ablösung nicht vorwegnehmen oder ersetzen.²⁶⁸ Diese These wiederum widerspricht allerdings der Qualifizierung als Ablösung. Dogmatisch handelt es sich bei allen derartigen Vereinbarungen lediglich um Pauschalierungen, Vereinfachungen und Novationen, die eine endgültige Ablösung unberührt lassen.²⁶⁹ Das schon in Weimar gegen vertragliche Vorwegablösungen erhobene Argument, dass Art. 138 Abs. 1 WRV nicht lediglich Schutznorm, sondern eine Sicherung indisponibler öffentlicher Interessen ist,²⁷⁰ verbietet eine vorzeitige Ablösung ebenso wie der Normzweck des Art. 138 Abs. 1 WRV, eine an einheitlichen Grundsätzen orientierte Ablösung zu sichern. Das schließt entsprechende Vereinbarungen über die Gewährung von Staatsleistungen durch pauschalisierende Novationen nicht aus, sondern ermöglicht bis zur endgültigen Ablösung eine flexible, anpassungsfähige Evolution des Systems der Staatsleistungen.²⁷¹ Durch diese Vereinbarungen darf die spätere Ablösung aber weder vorweggenommen noch behindert werden.²⁷² Noch weniger wird durch eine vertragliche Novation eine Bindung an das Paritätsgebot ausgelöst.²⁷³

²⁶⁵ *Ludwig Gebhard*, Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 1932, Art. 138 Anm. 5; *Ebers*, Staat und Kirche (o. Fn. 179), S. 250.

²⁶⁶ Vgl. z.B. Art. 16 f. NdsKV, Art. 15 f. NdsK, Art. 5–7 EvKV Hessen, Art. 13 Abs. 1, 3 EvKV LSA.

²⁶⁷ *v. Campenhausen*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 162), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 9.

²⁶⁸ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1050; s. auch *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 243 f.

²⁶⁹ *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 243 f.

²⁷⁰ *Huber*, Garantie (o. Fn. 94), S. 99 f.; für uneingeschränkten Vorrang des Reichsrechts insoweit *Anschütz*, Verfassung des Deutschen Reichs (o. Fn. 150), Art. 138 WRV, Anm. 3 f.

²⁷¹ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1050; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 244.

²⁷² *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1050; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 243 f.

²⁷³ So aber *Magen*, in: Mitarbeiterkommentar (o. Fn. 142), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 129.

2. Bestandsschutz

Das Ablösungsgebot setzt logisch die Garantie des Fortbestands der Staatsleistungen bis zum Zeitpunkt der Verwirklichung der Anordnung voraus. Der Trennungsauftrag mutiert angesichts der Unwilligkeit zur Ablösung zur status-quo Garantie.²⁷⁴ Praktisch liegt hierin heute die eigentliche Funktion des Art. 138 Abs. 1 WRV, die nicht etwa wegen Zweckverfehlung aufgegeben werden muss.²⁷⁵

Die Bestandsschutzwirkung des Art. 138 Abs. 1 WRV weist mehrere Aspekte auf. Der Bestandsschutz wirkt zeitlich bis zur Ablösung. Eine andere Form der Beseitigung der Staatsleistungen als die Ablösung wird versperrt.²⁷⁶ Die früheren Staatsleistungen, die ursprünglich durchaus auch aufgrund lediglich objektiv-rechtlicher Verpflichtungen erbracht wurden, erstarken zu subjektiv-öffentlichen Rechten der bisherigen Empfänger,²⁷⁷ die dementsprechend die Leistung auch gerichtlich durchsetzen können. Die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Form bleibt unberührt und bestimmt ggf. den Rechtsweg.²⁷⁸ Überkommene gesetzliche Widerrufsvorbehalte, wie etwa in den Gesetzen über die Landeszuschüsse zur Pfarrerbesoldung, können nicht ausgeübt werden.²⁷⁹ Erst recht können Auflagen, Bedingungen oder anderes nicht als Steuerungsinstrument zur Erzwingung eines bestimmten Verhaltens herangezogen werden.²⁸⁰ Die Subjektivierung der Ansprüche ist Teil der konstitutionellen Wirkung des Art. 138 Abs. 1 WRV.²⁸¹

Die Garantie des status quo bezieht sich auf die betreffenden Leistungsverpflichtungen zum Zeitpunkt ihres Bestehens am 14. August

²⁷⁴ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1048: „Status-quo-Garantie auf Widerruf“; *Mückl*, Organisation (o. Fn. 110), Rn. 51: „de facto Status-quo-Garantie“.

²⁷⁵ So aber *Heinrich Amadeus Wolff*, Ablösung der Staatsleistungen an die Kirche, in: ZRP 2003, 12 (13 f.).

²⁷⁶ RGZ 113, 349 (350); StGH, RGZ 118, Anh. S. 1 (7); RGZ 129, 72 (79); RG, in: Lammers/Simons (o. Fn. 120), Bd. IV, 1932, S. 306 (321); *Huber*, Garantie (o. Fn. 94), S. 95.

²⁷⁷ *Huber*, Garantie (o. Fn. 94), S. 94; *Zündorf*, Ablösung (o. Fn. 94), S. 110; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 226 f.

²⁷⁸ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1048 f.; s. auch *Huber*, Garantie (o. Fn. 94), S. 61.

²⁷⁹ RGZ 129, 72 (79).

²⁸⁰ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1049.

²⁸¹ *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 227.

1919. Sie sind nicht nur vor dem enteignenden Zugriff des Gesetzgebers geschützt, sondern auch gegenüber Wertminderungen.

72 Art. 138 Abs. 1 WRV begründet eine dauerhafte Wertgarantie,²⁸² so dass die Staatsleistungen bereits in der Weimarer Republik in die Aufwertungsrechtsprechung des Reichsgerichts einbezogen wurden²⁸³ und grundsätzlich ein Inflationsausgleich beansprucht werden kann.²⁸⁴

73 Der Bestand der Staatsleistungen bei Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung ist zugleich auch die Grenze des Bestandsschutzes, inhaltliche oder rechtliche Erweiterungen sind nicht erfasst.²⁸⁵ Die Sicherung erstreckt sich allein auf die 1919 vorhandenen Vermögenswerte.²⁸⁶

74 Schließlich garantiert Art 138 Abs. 1 WRV selbstverständlich die Staatsleistungen gegenüber allen anderen denkbaren verfassungsrechtlichen Einwendungen aus den Grundsätzen der Neutralität und Parität²⁸⁷ und versperrt jede Berufung auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage, jedenfalls solange der Bedarf weiterbesteht.²⁸⁸ Durch die Ablösung hat der Staat es gerade selbst in der Hand, eine definitive Trennung der Vermögensbeziehungen herbeizuführen.

75 Im Übrigen überschneidet sich der Bestandschutz des Art. 138 Abs. 1 WRV partiell sowohl mit der Kirchengutsgarantie des Art. 138 Abs. 2 WRV als auch mit dem Eigentumsgrundrecht des Art. 14 GG. Staatsleistungen, die auf einem subjektiven Recht des Empfängers beruhen und der Finanzierung von Kultur-, Unterrichts- oder Wohltätigkeitszwecken dienen, sind auch von Art. 138 Abs. 2 WRV geschützt. Diese Norm ist jedoch subsidiär, da sie nicht vor Ablösung

²⁸² *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1043.

²⁸³ StGH, RGZ 118, Anh. S. 1 (8 f.); StGH, in: Lammers/Simons (o. Fn. 120), Bd. IV, 1932, S. 243 (256 f.); StGH, ebd., S. 71 (86); RG, in: JW 1927, 1253 (1254); StGH, RGZ 128, Anh. S. 16 (35 ff.); *Huber*, Garantie (o. Fn. 94), S. 72 f., 100 f.; *Ebers*, Staat und Kirche (o. Fn. 179), S. 246–249; Denkschrift (o. Fn. 94), S. 66–70.

²⁸⁴ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1049; *Mikat*, Kirchen (o. Fn. 259), S. 227.

²⁸⁵ *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 228 f.; das schließt auch konkrete Einreden und Einwendungen oder Gestaltungs- und Widerrufsrechte, die an bestimmte Gründe gebunden sind, ein, s. a. BVerwGE 87, 115 (132); BVerfGE 99, 100 (127 f.).

²⁸⁶ BVerwGE 87, 115 (132).

²⁸⁷ Eingehend *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1044–1046.

²⁸⁸ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1046–1048; vgl. auch *de Wall*, Staatsleistungen (o. Fn. 48), S. 56.

schützt und keine absolute Garantie enthält, denn die Kirchenguts-garantie kann durch den Gesetzgeber eingeschränkt werden.²⁸⁹ Art. 138 Abs. 1 WRV ist sowohl im Hinblick auf Inhalt und Schranke wie den Entzug eine Spezialregelung gegenüber Art. 14 GG. Das Eigentumsgrundrecht wird aber relevant als beschwerdefähiges Grundrecht im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde, da die Garantien des Art. 140 GG allesamt nicht zur Verfassungsbeschwerde berechtigen.²⁹⁰ Art. 14 GG eröffnet damit die Möglichkeit der Überprüfung von Minderungen der Staatsleistungen durch das Bundesverfassungsgericht am Maßstab des Art. 138 Abs. 1 WRV.²⁹¹

3. Neubegründungsverbot

Art. 138 Abs. 1 WRV verfolgt mit seiner Kombination einer Ablösungsverpflichtung und einer akzessorischen, vorläufigen Bestands-garantie auch die Intention, langfristig eine endgültige Trennung der Vermögensbeziehungen zwischen Staat und Kirchen zu erreichen. Dieser Normzweck verbietet nach einer Auffassung in bestimmten Umfang auch eine Neubegründung von Staatsleistungen.²⁹² Art. 138 Abs. 1 WRV fungiert danach als „Institutsliquidation“²⁹³. Allerdings werden dadurch weder allgemeine kultur- und sozialstaatliche Fördermaßnahmen noch aufgabenbezogene Subventionierungen der Religionsgemeinschaften ausgeschlossen.²⁹⁴ Demgegenüber verneint die ganz überwiegende Auffassung seit der Weimarer Zeit eine Insti-

76

²⁸⁹ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1051; vgl. ferner *Huber*, Garantie (o. Fn. 94), S. 56–58; *Wehdeking*, Kirchengutsgarantien (o. Fn. 47), S. 126–132.

²⁹⁰ BVerfGE 19, 129 (135).

²⁹¹ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1051 f.; allgemein *Klaus Schlaich / Stefan Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl. 2015, Rn. 224.

²⁹² Eingehend *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 244–256.

²⁹³ *Brauns*, Staatsleistungen (o. Fn. 96), S. 82–104; *Preuß*, in: Alternativkommentar (o. Fn. 83), Art. 140 GG, Rn. 62 f.; *Hermann Weber*, Die rechtliche Stellung der christlichen Kirchen im modernen demokratischen Staat, in: ZevKR 36 (1991), S. 253 (263); *ders.*, Verfassungsunmittelbare Gewährleistung der Gerichtsgebührenfreiheit der Kirchen?, in: JuS 1997, S. 113 (116); im Ergebnis auch *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 94), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 22.

²⁹⁴ *Brauns*, Staatsleistungen (o. Fn. 96), S. 101–104; *Preuß*, in: Alternativkommentar (o. Fn. 83), Art. 140 GG, Rn. 63; *H. Weber*, Stellung (o. Fn. 293), S. 262; ganz pauschal *Erwin Fischer*, Trennung von Staat und Kirche, 3. Aufl. 1984, S. 240 f.

tutsliquidation durch Art. 138 Abs. 1 WRV.²⁹⁵ Die Abschaffung der Staatsleistungen als Einrichtung hätte wie in anderen Fällen der Institutsliquidation ausdrücklich in der Verfassung verankert werden müssen.²⁹⁶ Mit dem Neubegründungsverbot sei die Norm überfordert, als reine Übergangsvorschrift gebe die Norm „keine Auskunft darüber, ob das Gemeinwesen künftig noch gleichartige Verbindlichkeiten eingehe“, also „dauerhafte Leistungspflichten“ übernehmen dürfe.²⁹⁷ Dieser Auffassung wird wiederum entgegengehalten, Art. 138 Abs. 1 WRV sei „auch Emanation der Säkularisierung“²⁹⁸ und müsse im Zusammenhang mit dem Trennungsgebot des Art. 137 Abs. 1 WRV gesehen werden²⁹⁹, zumal auch in der Weimarer Nationalversammlung dieses Ziel vor Augen gestanden habe.³⁰⁰ Die Kontroverse erkennt grundlegend die Reichweite der Vorschrift, und insbesondere die herrschende Auffassung verwendet hier einen widersprüchlichen Begriff der Staatsleistungen und setzt sich auch sonst in Widerspruch zur Interpretation des Art. 138 Abs. 1 WRV. Während nämlich die Staatsleistungen zuvor als ausschließlich in den vorkonstitutionellen Staat-Kirche-Beziehungen begründet betrachtet werden und ihre Rechtfertigung in der Säkularisationskompensation gesehen wird, gewinnen die Staatsleistungen hier plötzlich den Sinn allgemeiner Leistungspflichten und Subventionen, von denen sie zuvor noch scharf abgegrenzt wurden. So kann man den Sinn einer Norm auch missverstehen. Das Neubegründungsverbot kann sich nur auf solche Staatsleistungen beziehen, die Art. 138 Abs. 1 WRV zum Gegenstand hat. Das sind Zuwendungen für die allgemeinen kirchlichen Bedarfe, die als Säkularisationskompensation und daher auch ohne jede Bindung an die Gedanken der Neutralität und Parität gewährt werden und insoweit vorkonstitutionell geprägt sind. Derartige Staatsleis-

²⁹⁵ Vgl. nur *Anschütz*, Verfassung des Deutschen Reichs (o. Fn. 150), Art. 138 WRV, Anm. 3; *Huber*, Garantie (o. Fn. 94), S. 5 f., 96 f.; *Glade*, Grundlage (o. Fn. 116), S. 60 f.; *Ebers*, Staat und Kirche (o. Fn. 179), S. 245; für das Grundgesetz *Paul Mikat*, Staat, Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hg. von Ernst Benda / Werner Maihofer / Hans-Jochen Vogel, 2. Aufl. 1994, § 29, S. 1086, Rn. 31; *v. Campenhausen*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 162), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 19; *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1057–1060; *Mückl*, Organisation (o. Fn. 110), Rn. 53; *Korioth*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 195), Art. 140 GG / Art. 138 WRV, Rn. 6; *Felix Hammer*, Ablösung der Staatsleistungen an die Kirche, in: ZRP 2003, S. 298.

²⁹⁶ *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1057.

²⁹⁷ *Isensee*, ebd., S. 1057.

²⁹⁸ *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 2), S. 248.

²⁹⁹ *Droege*, ebd., S. 251–256.

³⁰⁰ *Droege*, ebd., S. 249 f.

tungen können heute nicht neu begründet werden, aber auch nur derartige Staatsleistungen.³⁰¹ Jede andere staatliche Förderung, die in den Normen der Verfassung (z. B. Art. 7 GG) oder allgemeinen staatlichen Aufgaben ihre Rechtfertigung findet, wird durch Art. 138 Abs. 1 WRV gar nicht erfasst. Freilich ist der Staat insoweit an die Grundsätze der Neutralität und Parität gebunden. Dagegen schirmt Art. 138 Abs. 1 WRV gerade gegen diese Grundsätze ab und erlaubt, ja garantiert Zuwendungen, die diesen Anforderungen nicht entsprechen. Derartige neue Staatsleistungen werden nicht nur nicht vom Bestandschutz und der Ablösungspflichtung des Art. 138 Abs. 1 WRV erfasst, die Norm versperrt auch ihre Neubegründung. Es gibt auch keine Veranlassung, heute neue Staatsleistungen zur Finanzierung allgemeiner Kirchenbedarfe als Kompensation für frühere Säkularisationen zu begründen. Der Furor gegen die Institutsliquidation entbehrt jeder sachlichen Grundlage. Der Streit entpuppt sich als Scheinkontroverse,³⁰² da im Ergebnis im Hinblick auf staatliche Zuwendungen auch kein Unterschied erkennbar wird. Selbstverständlich darf der Staat auch dauerhafte Leistungsverpflichtungen gegenüber den Religionsgemeinschaften eingehen, sofern er im Übrigen die Vorgaben der Verfassung einhält. Dazu sagt Art. 138 Abs. 1 WRV nichts. Es ist daher verfehlt, etwa die Finanzierung der Investitionskosten für Krankenhäuser als Ausgleichsleistung auch nur in einen Zusammenhang mit Art. 138 Abs. 1 WRV zu bringen.³⁰³ Selbst die vertraglich vereinbarten Dotationen des Landes Nordrhein-Westfalen an die jüdischen Gemeinden zur Finanzierung ihres allgemeinen Bedarfs³⁰⁴ fallen nicht in den Anwendungsbereich des Art. 138 Abs. 1 WRV.³⁰⁵ Sie dienen dem Ausgleich der Vernichtung der jüdischen Gemeinden durch den nationalsozialistischen Staat und lassen sich auf

³⁰¹ Vgl. auch *Droege*, Beruf (o. Fn. 9), S. 5, wonach die Institutsliquidation sich nur auf solche Staatsleistungen beziehe, „die ihren Grund in der vorsäkularen Einheit von Staat und Kirche haben.“

³⁰² Ähnlich *de Wall*, Fortwirkung (o. Fn. 11), S. 70.

³⁰³ So aber *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1059.

³⁰⁴ Vertrag vom 1. 12. 1992; vgl. dazu *Wolfgang Clement*, Politische Dimension und Praxis in der staatlichen Förderung der Kirche, in: *EssGespr.* 28 (1994), S. 41 (47); vgl. auch *Axel Frhr. v. Campenhausen*, Rechtsprobleme der Grundrechtsförderung jüdischer Gemeinden durch staatliche Leistungen, in: *Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat: Festschrift für Wolfgang Rüfner zum 70. Geburtstag*, hg. von Stefan Muckel, 2003, S. 67–77.

³⁰⁵ So aber *Hermann Weber*, Staatsleistungen an jüdische Religionsgemeinschaften, in: *Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung: Festschrift für Peter Selmer zum 70. Geburtstag*, hg. von Lerke Osterloh / Karsten Schmidt / Hermann Weber, 2004, S. 259–283 (275–279), der sie deshalb mit dem Paritätsgedanken rechtfertigen will.

diesem Hintergrund rechtfertigen,³⁰⁶ nicht aber als Säkularisierungskompensation. Insofern greift auch der Paritätsgedanke ausnahmsweise nicht, ohne dass dies in Art. 138 Abs. 1 WRV begründet ist.³⁰⁷

V. Neuere Entwicklungen und Ausblick

77 Die Entwicklung der Staatsleistungen ist durch lange Phasen gleichbleibender Verhältnisse gekennzeichnet, die nur in großen Abständen durch Schübe der Neujustierung unterbrochen werden. Selbst über diese Umbrüche hinweg überwiegt die Kontinuität. Nach der Revolution 1918/19 und dem Neuanfang von 1949, der weitgehend an die Ergebnisse der Weimarer Reichsverfassung anknüpfte, war die Zeit unter dem Grundgesetz bis 1990 im Wesentlichen durch geringe Bewegung charakterisiert. Die westdeutschen Kirchenverträge konsolidierten und bereinigten die Staatsleistungen zum Teil, das F.D.P.-Papier mit seiner Forderung nach Ablösung entzündete allenfalls ein Strohfeuer.³⁰⁸ Die Wiedervereinigung zwang die Beteiligten angesichts der im Einzelnen nicht ganz eindeutigen Rechtslage und der veränderten Verhältnisse in den neuen Bundesländern zu Kompromissen,³⁰⁹ die freilich die Staatsleistungen als Institut im Grundsatz anerkannten und wie im Westen die konkreten Leistungspflichten konsolidiert haben. Angesichts dieser Bestätigung des bisherigen Rechtsstatus in jüngster Zeit ist der Reformbedarf jedenfalls nicht drängend. Die Initiative der Partei Die Linke im Bundestag für ein Ablösungsgesetz³¹⁰ hat unmittelbar keine Chancen auf politische Durchsetzung. Die Bundestagsdebatte hat allerdings eine gewisse Bereitschaft erkennen lassen, den Ablösungsauftrag, der den wenigsten Parlamentariern bekannt war, ernster als bisher zu nehmen. Auch die Kirchen wären, wenngleich in unterschiedlichem Maß, bereit, eine Ablösung durch einen angemessenen Ausgleich zu akzeptieren. Die genaue Größenordnung, die etwa bei einer Verdoppelung der heutigen Staatsleistungen über einen Zeitraum von 20 Jahren liegen

³⁰⁶ Vgl. auch *Michael Demel*, Gebrochene Normalität. Die staatskirchenrechtliche Stellung der jüdischen Gemeinden in Deutschland, 2011, S. 261–265.

³⁰⁷ So aber *Isensee*, Staatsleistungen (o. Fn. 1), S. 1058 f.

³⁰⁸ Zum F.D.P.-Papier s. o. Fn. 81.

³⁰⁹ Dazu im Einzelnen oben Rn. 23 f.

³¹⁰ BT-Drs. 17/8791.

könnte,³¹¹ wäre zweifellos eine Frage eingehender Verhandlungen. Freilich dürften die Erfolgsaussichten auch davon abhängen, wie hoch die Staatsleistungen in den einzelnen Ländern sind, da insoweit große Unterschiede bestehen. Denkbar ist auch eine Ablösung in einzelnen Ländern, während andere noch länger im alten System verbleiben. Der Staat ist zudem weiter gerade im Sozialbereich maßgebend auf die Kirchen angewiesen, und die Rückführung der Verschuldung erlaubt keine finanziellen Kraftanstrengungen, die mit einer kurzfristigen Ablösung in einigen besonders belasteten Ländern notwendig verbunden wären.

Allenfalls könnte ein Zwang zu Änderungen des status quo vom Europäischen Unionsrecht ausgehen. Die Ansatzpunkte dafür sind jedoch bisher minimal. So fallen die Staatsleistungen nicht in den Anwendungsbereich des Europäischen Wettbewerbsrechts.³¹² Die Kirchen und Religionsgemeinschaften erhalten die Staatsleistungen als solche und sind keine Unternehmen im Sinne des Art. 101 AEUV, da ihre Tätigkeit nicht wirtschaftsrelevant ist. Auch liegt keine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV vor, weil sie eine Kompensation früherer Säkularisationen darstellen und insofern nicht gegenleistungsfrei gewährt werden. Darüber hinaus ergeben sich aktuell keine Einwirkungen des Europäischen Unionsrechts.

Die Staatsleistungen nach Art. 138 Abs. 1 WRV werden daher voraussichtlich in näherer Zukunft als vorläufiges Provisorium noch eine Weile fortbestehen.

³¹¹ § 13 Abs. 2 BewertungsG geht vom 18,6-fachen Jahreswert aus; s. *de Wall*, Fortwirkung (o. Fn. 11), S. 76; *Germann*, in: Epping/Hillgruber (o. Fn. 36), Art 140 GG/Art. 138 WRV, Rn. 123.3. will als „Faustregel“ den Faktor 25 zugrunde legen.

³¹² *Stefan Mückl*, Europäisierung des Staatskirchenrechts, 2005, S. 539.

§ 74

Förderung der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften im Abgabenrecht

Von Michael Droege

A. Kirchen- und Religionsförderung im Steuerrecht	3–41
I. Legitimation der Religionsförderung im Steuerstaat	3–8
1. Steuergerechtigkeit und Steuersubventionen	3–4
2. Verfassungsrechtliche Determinanten der Religionsförderung im Steuerrecht	5–8
II. Besteuerung von Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts	9–31
1. Der Betrieb gewerblicher Art und die Abgrenzung der steuerbaren Sphäre	9–14
2. Ausgestaltung in den Einzelsteuergesetzen	15–31
a) Körperschaftsteuer	15
b) Gewerbesteuer	16
c) Erbschaft-/Schenkungssteuer	17–18
d) Grundsteuer und Grunderwerbsteuer	19–22
e) Umsatzsteuer	23–30
f) Sonstige Steuern, insbesondere kommunale Verbrauch- und Aufwandsteuern	31
III. Kirchen- und Religionsförderung im Gemeinnützigkeitsrecht	32–37
1. Kirche, Religion, Mildtätigkeit als förderungswürdige Zwecke	32–34
2. Sicherstellung der Zweckverfolgung – Ausschließlichkeit, Unmittelbarkeit, Selbstlosigkeit	35–36
3. Sphären der Gemeinnützigkeit	37
IV. Spendenrecht und Kirchensteuerabzug	38–41

B. Kirchen- und Religionsförderung im Gebühren- und Beitragsrecht	42–53
I. Legitimation der Religionsförderung im Gebührenstaat	42–47
II. Befreiungen im Gebühren- und Beitragsrecht	48–53
1. Gerichtskostenrecht	48–50
2. Verwaltungsgebührenrecht	51–52
3. Beitragsrecht	53
C. Religionsförderung und die Folgen der Europäisierung	54–58
I. Das unionsrechtliche Paradigma der Wettbewerbsneutralität und Religionsförderung	54
II. Religionsförderung mit Inlandsbezug und grundfreiheitliche Diskriminierungsverbote	55–58
D. Ausblick – Zukünftige Herausforderungen der Kirchen- und Religionsförderung	59

- 1 In der Förderung der Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften mit den Instrumenten des Abgabenrechts erweist sich der Steuerstaat als offen gegenüber den religionsverfassungsrechtlichen Determinanten der auch öffentlichen Rolle von Religion und Religionsgemeinschaften.¹ Hierbei nimmt die Steuerrechtsordnung das Nebeneinander des institutionellen Arrangements des Art. 137 Abs. 5 WRV i.V.m. Art. 140 GG einerseits und der grundrechtlichen Verankerung der Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1, 2 GG andererseits auf.² Der Steuerstaat fördert Religionsgemeinschaften, indem er ihnen mit dem Status der Körperschaft des öffentlichen Rechts i. S. d. Art. 137 Abs. 5 WRV i.V.m. Art. 140 GG auch die Erhebung nichtsteuerlicher Gegenleistungsabgaben, also von Gebühren und Beiträgen, ermöglicht und ihnen mit dem Besteuerungsrecht des Art. 137 Abs. 6 WRV i.V.m.

¹ Im Überblick: *Peter Axer*, Die Steuervergünstigungen für die Kirchen im Staat des Grundgesetzes, in: AfK 156 (1987), S. 460 ff.; *Hanno Kube*, Staatliche Religionsförderung durch Steuer- und Abgabenrecht, in: *Grund und Grenzen staatlicher Religionsförderung*, hg. von Matthias Pulte / Ansgar Hense, 2014, S. 143 ff.; *Rainer Rausch*, § 19 Besteuerung der Kirchen als juristische Personen, in: *Die Besteuerung der öffentlichen Hand*, hg. von Jürgen W. Hiden / Andreas Jürgens, 2017, S. 2416 ff.; *Peter Weides*, Die Religionsgemeinschaften im Steuerrecht, in: *Festschrift der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, 1988, S. 885 ff.; *Volker Wick*, Die Trennung von Staat und Kirche, 2007, S. 132 ff.

² *Weides*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 1), S. 886 ff.

Art. 140 GG Hoheitsgewalt verleiht.³ Als Körperschaften des öffentlichen Rechts sind die Religionsgemeinschaften – wie die öffentliche Hand überhaupt – nur partiell steuerpflichtig. Darüber hinaus kommen sie als Körperschaften schon seit Beginn der Ausdifferenzierung des modernen Steuerstaats⁴ in den Genuss unterschiedlichster Steuer- und Abgabenbefreiungen.⁵ Schließlich fördert sie das Steuerrecht im Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht – unabhängig vom Körperschaftsstatus – als Organisationen des „Dritten Sektors“, weil und soweit sie unmittelbar und altruistisch gemeinnützige Zwecke verfolgen.⁶ Ihre Vermögensausstattung wird durch die Abzugsfähigkeit von Spenden nach § 10b EStG, § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG, § 9 Nr. 5 GewStG und den Sonderausgabenabzug der gezahlten Kirchensteuer nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 EStG gefördert.

Diese Grundstrukturen der Förderung von Religionsgemeinschaften im Abgabenrecht sollen nachfolgend in der durch die Abgabenformen bestimmten Unterscheidung von Steuern und nichtsteuerlichen Abgaben nachgezeichnet werden. Auf die quantitative Erfassung der Steuer- und Abgabenbefreiungen wird verzichtet. Dass das Abgabenrecht ein gewichtiges Instrument der Förderung von Religionsgemeinschaften ist, erschließt sich aber schon dann, wenn man sich den Umfang staatlichen Steuerverzichts allein durch die Abzugsfähigkeit der gezahlten Kirchensteuer nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 EStG mit über drei Milliarden Euro im Jahr vor Augen führt.⁷ Ab-

2

³ Zu letzterem *Felix Hammer*, → § 72. Siehe auch: *Michael Droege*, Die delegierte Steuerhoheit – Das System der Kirchensteuer im offenen Steuerstaat, in: Aktuelle Rechtsfragen der Kirchensteuer, hg. von Dieter Birk / Dirk Ehlers, 2012, S. 23 ff.

⁴ Siehe nur die umfassende Erhebung bei: *Eugen Mack*, Die kirchliche Steuerfreiheit in Deutschland seit der Dekretalengesetzgebung, 1916.

⁵ Im Überblick noch immer informativ: *Weides*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 1), S. 890 ff. Vgl. auch: *Tobias Clasen*, Steuervergünstigungen von Religionsgemeinschaften, 2014.

⁶ Zum Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht im Überblick: *Johannes Buchna / Carina Leichinger / Andreas Seeger / Wilhelm Brox*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht, 11. Aufl. 2015; *Michael Droege*, Gemeinnützigkeit im offenen Steuerstaat, 2010; *Rainer Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 4. Aufl. 2018; *Stephan Schauhoff* (Hg.), Handbuch der Gemeinnützigkeit, 3. Aufl. 2010; *Rolf Wallenhorst / Raymond Halaczinsky*, Die Besteuerung gemeinnütziger und öffentlich-rechtlicher Körperschaften, 7. Aufl. 2017; s. ferner die Beiträge in: *Monika Jachmann* (Hg.), Gemeinnützigkeit, DStJG (Veröffentlichungen der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V.), Bd. 26, 2003.

⁷ So weist der 26. Subventionsbericht der Bundesregierung für das Jahr 2018 hier 3,88 Mrd. EUR aus – BMF, Bericht der Bundesregierung über die

schließlich wird sich der Beitrag den Konsequenzen der strukturellen Europäisierung des Steuerrechts für die Förderung von Religionsgemeinschaften zuwenden.

A. Kirchen- und Religionsförderung im Steuerrecht

I. Legitimation der Religionsförderung im Steuerstaat

1. Steuergerechtigkeit und Steuersubventionen

- 3 Die steuerliche Förderung von Religionsgemeinschaften hat sich im religionsverfassungsrechtlichen und steuerverfassungsrechtlichen Kontext zu bewähren. Religionsverfassungsrechtlich wird mitunter die Zulässigkeit steuerlicher Förderung unter Hinweis auf den Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates grundsätzlich infrage gestellt.⁸ Überwiegend wird freilich auch in Bezug auf die steuerrechtliche Förderung von Religion und Religionsgemeinschaften auf die Interpretation des Neutralitätsgrundsatzes als Prinzip wohlwollender oder zugewandter Neutralität abgehoben,⁹ die dem säkularen Verfassungsstaat weite Spielräume zur legitimen Förderung der Religion und Weltanschauung seiner Bürger belässt.¹⁰ Hier findet sich die steuerliche Förderung eingebettet in den Rahmen des staatlichen Kulturauftrages, der seinerseits in grundrechtlicher Fundierung die Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1, 2 GG in ihrer objektiv-rechtlichen Dimension im Sinne positiver Religionspflege aktivieren kann.¹¹ Schließlich ist die selektive staatliche

Entwicklung der Finanzhilfen des Bundes und der Steuervergünstigungen für die Jahre 2015 bis 2018, Anlage 3, Nr. 5, S. 93.

⁸ *Gerhard Czermak*, Religions- und Weltanschauungsrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 364 ff. m.w.N.; *Frank Holzke*, Die „Neutralität“ des Staates in Fragen der Religion und Weltanschauung, in: NVwZ 2002, S. 903 (905 ff.).

⁹ Näher: *Michael Droege*, Staatsleistungen an Religionsgemeinschaften im säkularen Kultur- und Sozialstaat, 2004, S. 376 ff. Siehe ferner *Christian Walter*, → § 18.

¹⁰ VerfG LSA, in: NVwZ-RR 2013, S. 393 (394); VerfG Bbg., in: NVwZ-RR 2012, S. 577 (581); VG Berlin, in: LKV 2000, S. 262 (264); *Thomas Lindner*, Verfassungsrechtliche Aspekte kommunaler Kirchenbaulasten, in: Bürgerliche Freiheit und christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link zum siebzigsten Geburtstag, hg. von Heinrich de Wall u. a., 2003, S. 317 (319); *Klaus Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 244 ff.

¹¹ Dazu: *Axer*, Steuervergünstigungen (o. Fn. 1), S. 485; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 9), S. 323 ff. m.w.N.; *Schlaich*, Neutralität (o. Fn. 10),

Förderung von Religionsgemeinschaften – insbesondere im Falle der persönlichen Steuerbefreiungen,¹² die mit dem Körperschaftsstatus von Religionsgemeinschaften einhergehen, – vor dem Hintergrund paritätischer und gleichheitskonformer Förderung i. S. d. Art. 3 Abs. 1 GG anspruchsvoll.¹³ Einerseits ist das Steuerrecht ein Referenzgebiet der religionsverfassungsrechtlichen Strukturrentscheidungen und der Auseinandersetzungen um eben diese. Andererseits hat sich die religionsverfassungsrechtlich fundierte Förderung von Religionsgemeinschaften am Maßstab der leitenden Prinzipien und Grundentscheidungen der Steuerrechtsordnung messen zu lassen. Als Leitmarken der Steuergerechtigkeit¹⁴ fungieren hier im Bereich der Ertragsteuern die Ausrichtung der Steuer am Leistungsfähigkeitsprinzip¹⁵ und das Prinzip der Wettbewerbsneutralität des Steuerrechts.¹⁶ Verfassungsrechtlich finden sie ihre vorrangige Verankerung in der bereichsspezifischen Entfaltung des Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG im Sinne folgerichtiger Umsetzung der das Steuerrecht prägenden Belastungsgrundentscheidungen.¹⁷ Steuerverfassungsrechtlich ist damit

S. 215 ff.; *Josef Isensee*, Gemeinwohl und Bürgersinn im Steuerstaat des Grundgesetzes, in: Das akzeptierte Grundgesetz. Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag, hg. von Hartmut Maurer u. a., 1990, S. 33 (63 f.); *Wilhelm Kewenig*, Das Grundgesetz und die staatliche Förderung der Religionsgemeinschaften, in: EssGespr. 6 (1972), S. 9 ff.; *Stefan Muckel/Markus Ogorek*, Staatliche Kirchen- und Religionsförderung in Deutschland und den USA, in: DÖV 2003, S. 305 ff.; *Dietrich Pirson*, Die Förderung der Kirchen als Aufgabe des säkularen Staats, in: EssGespr. 28 (1993), S. 83 ff.; *Weides*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 1), S. 887 ff., 917 ff.

¹² Zur Rechtsfigur der persönlichen Steuerbefreiung nur: *Roman Seer*, in: Klaus Tipke (Begr.)/Joachim Lang (Hg.), Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 6, Rn. 35.

¹³ Dazu: *Weides*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 1), S. 888 ff.

¹⁴ Dazu: *Michael Droege*, Steuergerechtigkeit, in: Rechtswissenschaft 2013, S. 374 ff.; *Klaus Tipke*, Steuergerechtigkeit in Theorie und Praxis, 1981; *ders.*, Steuergerechtigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Folgerichtigkeitsgebots, in: StuW 2007, S. 201 ff.; *ders.*, Steuergerechtigkeit, in: Leitgedanken des Rechts. Festschrift für Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, hg. von Hanno Kube u. a., 2013, § 146, S. 1583 ff.

¹⁵ Zum Leistungsfähigkeitsprinzip: *Dieter Birk*, Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, 1983; *André Meyer*, Steuerliches Leistungsfähigkeitsprinzip und zivilrechtliches Ausgleichssystem, 2013, S. 103 ff. jeweils m. w. N.

¹⁶ Zur Wettbewerbsneutralität nur: *Georg Jochum*, Die Steuervergünstigung, 2006, S. 375 ff.

¹⁷ BVerfG, in: DSStR 2010, S. 1563 (1565); BVerfGE 122, 210 (230 f.); 117, 1 (30); 116, 164 (180); 110, 412 (433); 107, 27 (46); 105, 73 (125). Aus der Literatur: *Klaus Tipke*, Steuerrecht – Chaos, Konglomerat oder System?, in:

Grundfrage der steuerlichen Förderung von Religionsgemeinschaften, ob sie die genannten Belastungsgrundscheidungen durchbricht oder bestätigt.¹⁸

- 4 Qualifiziert man die direkten Steuerbefreiungen für Religionsgemeinschaften und den Spendenabzug steuersystematisch als steuerlich überbrachte Subventionen,¹⁹ also den entsprechenden Normenbestand als Sozialzweck- bzw. Lenkungsnormen,²⁰ dann trifft sie die verbreitete Skepsis gegenüber Steuersubventionen überhaupt,²¹ die freilich die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung nicht gehindert hat, Steuersubventionen grundsätzlich anzuerkennen.²² Begreift man hingegen die steuerliche Förderung von Religionsgemeinschaften als Reaktion des Staates auf deren Beiträge zum Gemeinwohl, dann können letztere als Surrogat zur Gemeinwohlfinanzierung durch die Steuer begriffen werden und ihre steuerliche Förderung als konsequente Umsetzung der Grundregeln der Belastungsgerechtigkeit qualifiziert werden.²³ Auch dann lässt sich eine verfas-

StuW 1971, S. 2 (5 ff.); *ders.*, Steuergerechtigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Folgerichtigkeitsgebots (o. Fn. 14), S. 204 ff.

¹⁸ Hierzu ausführlich am Beispiel der steuerlichen Gemeinnützigkeit überhaupt: *Droege*, Gemeinnützigkeit (o. Fn. 6), S. 347 ff.

¹⁹ Ausführlich: *Droege*, ebd., S. 363 ff.; s. ferner *Hans Peter Ipsen*, Verwaltung durch Subventionen, in: VVDStRL 25 (1967), S. 257 ff.; *Paul Kirchhof*, Steuersubventionen, in: Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung. Festschrift für Peter Selmer zum 70. Geburtstag, hg. von Lerke Osterloh / Karsten Schmidt / Hermann Weber, 2004, S. 745 ff.

²⁰ Grundlegend: *Klaus Vogel*, Die Abschichtung von Rechtsfolgen im Steuerrecht, in: StuW 1977, S. 97 ff. Siehe m.w.N. auch: *Joachim Lang*, in: Tipke / Lang (o. Fn. 12), § 4, Rn. 19 ff.; *Klaus Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. 1, 2. Aufl. 2000, S. 73 ff.

²¹ Dazu: *Karl Heinrich Friauf*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung durch Steuergesetze, 1966, S. 33 ff.; *Wolfgang Schön*, Leitideen des Steuerrechts, in: StuW 2013, S. 289 (296 f.). *Peter Selmer*, Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht, 1971; *ders.* / *Carsten Brodersen*, Die Verfolgung ökonomischer, ökologischer und anderer öffentlicher Zwecke durch Instrumente des Abgabenrechts, in: DVBl. 2000, S. 1153 (1157). Siehe auch: *Jörn Axel Kämmerer*, Subventionen, in: HStR³, Bd. V, 2007, § 124, Rn. 2; *Paul Kirchhof*, Die Steuern, a.a.O., § 118, Rn. 46 ff. Anders: *Heinrich Weber-Grellet*, Lenkungssteuern im Rechtssystem, in: NJW 2001, S. 3657 (3664).

²² BVerfGE 110, 274 ff.; 117, 1 ff.

²³ *Peter Fischer*, Überlegungen zur Fortentwicklung des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts, in: FR 2008, S. 752 (756). Ähnlich: *Josef Isensee*, Gemeinnützigkeit und Europäisches Gemeinschaftsrecht, in: DStJG 26 (o. Fn. 6), S. 93 (102). *Droege*, Gemeinnützigkeit (o. Fn. 6), S. 352; *ders.*, Grundprinzipien und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Gemeinnützigkeitsrechts, in: Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht, hg. von Stefan Winhel-

sungsrechtliche Pflicht des Steuergesetzgebers zur Aufrechterhaltung des steuerlichen Status quo nicht begründen. In beiden Fällen gilt es indes, die religionsverfassungsrechtlichen Determinanten der freiheitsermöglichenden Förderung von Religion und Religionsgemeinschaften in die Architektur der steuerrechtlichen Belastungsregime und ihrer Leitprinzipien zu implementieren. Dies ist umso dringlicher, als sich das Prinzip der Wettbewerbsneutralität der Besteuerung in jüngster Zeit infolge der europarechtlichen Einflüsse auf die direkte Besteuerung als deutliches Korrektiv persönlicher Steuerbefreiungen der öffentlichen Hand erwiesen hat und damit ein hohes Potenzial dafür besitzt, die traditionell der steuerlichen Behandlung der öffentlichen Hand entsprechende steuerliche Förderung der Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts nachhaltig zu erschüttern.²⁴ Erste Anzeichen hierfür mehrten sich insbesondere in der umsatzsteuerlichen Behandlung von Ausgliederungsprozessen durch Religionsgemeinschaften.²⁵

ler/Stefan Geibel/Monika Jachmann-Michel, 2017, Kap. 1, Rn. 2. Dazu schon: *Paul Kirchhof*, Gemeinnützigkeit – Erfüllung staatsähnlicher Aufgaben durch selbstlose Einkommensverwendung, in: *DStJG* 26 (o. Fn. 6), S. 1 (5); *Roman Seer*, Gemeinwohlzwecke und steuerliche Entlastung, in: *DStJG* 26 (o. Fn. 6), S. 11 (24).

²⁴ Zum Paradigma der Wettbewerbsneutralität insoweit nur *Michael Droege*, Zur Besteuerung der öffentlichen Hand, 2018, S. 29 ff. m. w. N.; *ders.*, Öffentlich-rechtlicher Körperschaftsstatus und Umsatzsteuerrecht, in: *ZevKR* 63 (2018), S. 57 ff.

²⁵ Dazu: *BFH*, in: *BStBl.* II 2009, S. 397; *Horst Eversberg/Uwe Baldauf*, Der gemeinnützige Betrieb gewerblicher Art als steuerbegünstigter wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb (Zweckbetrieb) einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, in: *DStZ* 2011, S. 597 ff.; *Gert Müller-Gatermann*, Die Besteuerung der Kommunen, in: *FR* 2009, S. 314 ff.; *Karin Heger*, Die Besteuerung der öffentlichen Hand – ein Überblick über die Rechtsprechung des *BFH*, in: *FR* 2009, S. 301 ff.; *Rainer Hüttemann*, Die Besteuerung der öffentlichen Hand, in: *FR* 2009, S. 308 ff.; *Hanno Kube*, Umsatzsteuerpflicht bei Zuwendungen an kirchliche Werke? – Praktische Handlungsempfehlungen und rechtlicher Entwicklungsbedarf, in: *ZevKR* 56 (2011), S. 27 ff.; *Joaquim Englisch*, Umsatzsteuerpflicht kirchlicher Betätigungen, in: Aktuelle Rechtsfragen der Kirchensteuer (o. Fn. 3), S. 193 ff.; *Thomas Küffner/Michael Rust*, Kirchen im Fokus der Umsatzsteuer – muss das sein?, in: *DStR* 2014, S. 2533 ff.

2. Verfassungsrechtliche Determinanten der Religionsförderung im Steuerrecht

- 5 Religionsverfassungsrechtliche Determinanten binden die Grenzziehungen des steuerbaren Bereiches überhaupt. Der Steueranspruch des Staates findet eine notwendige Grenze in der Nichtsteuerbarkeit desjenigen, das der Mensch zur Erhaltung seiner Existenz bedarf. Das sozialstaatliche Geben kann das steuerstaatliche Nehmen nicht ersetzen. Die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung leitet aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 GG i.V.m. der Garantie der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG die Steuerfreiheit des Existenzminimums ab.²⁶ Der existenznotwendige Aufwand steht nicht zur Disposition des Steuerpflichtigen und erhöht damit auch nicht seine steuerbegründende Leistungsfähigkeit.²⁷ Vor dem Hintergrund des relativen Menschenwürdekerns der Einzelgrundrechte²⁸ ist es naheliegend, Aufwand in Ausübung der Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1, 2 GG als in diesem Sinne indisponiblen Aufwand zu charakterisieren und als notwendige Steuerfreiheit eines soziokulturellen Existenzminimums auszuweisen.²⁹ Auch der Abzug der gezahlten Kirchensteuer nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 EStG soll deswegen dem Zugriff des Steuergesetzgebers entzogen sein.³⁰ Freilich begründen die Grundrechte Autonomieräume der Grundrechtsträger und öffnen damit gerade Räume der privaten Vermögensverwendung, die grundsätzlich im Rahmen der Erfassung steuerlicher Leistungsfähigkeit relevant sind. In einer grundrechtsfreundlichen und freiheitsschonenden Gestaltung der Steuerrechtsordnung³¹ ist der Steuergesetzgeber verfassungsrechtlich legitimiert, diese Vermögensverwendungen wegen ihrer Verwurzelung in den Grundrechten steuerfrei zu stellen,

²⁶ BVerfGE 124, 282 (288); 92, 60 (85).

²⁷ BVerfGE 7, 153 (169); 99, 246 (259); *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung (o. Fn. 20), S. 420 f.

²⁸ Zu diesem *Josef Isensee*, Würde des Menschen (§ 87), in: HGR, Bd. IV, 2011, Rn. 107 f.

²⁹ Zum sozio-kulturellen Existenzminimum *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 9), S. 87; *Jörg Giloy*, Das Existenzminimum im Einkommensteuerrecht, in: DStZ 1979, S. 123 ff.; *Wolfgang Schön*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Sonderausgabenabzugs von Kirchensteuerzahlungen (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 EStG), in: DStZ 1997, S. 385 (387 ff.); *Johanna Hey*, in: *Tipke / Lang* (o. Fn. 12), § 8, Rn. 712; *Wolfgang Traxel*, Als Sonderausgaben absetzbare „gezahlte Kirchensteuer“, in: DStZ 1994, S. 74 (75).

³⁰ *Gerhard Hammer*, Steuer- und Gebührenbefreiung der Kirchen (§ 36), in: HSKR², Bd. I, S. 1065 (1082).

³¹ Dazu *Kirchhof*, Gemeinnützigkeit (o. Fn. 23), S. 3 ff.

in die Dogmatik des Existenzminimums sollten sie indessen nicht eingespist werden.³²

Die Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1, 2 GG gewinnt vielmehr gerade im Steuerrecht eine tragende Bedeutung, um die weit reichenden Steuerbefreiungen der Religionsgemeinschaften als Akte der Grundrechtsförderung zu legitimieren.³³ Auch die bundesverfassungsrechtliche Rechtsprechung entnimmt dem Grundrecht der Religionsfreiheit – neben dem Verbot staatlicher Ignoranz gegenüber den christlichen Beiträgen kultureller Tradition – das staatsgerichtete Gebot „im positiven Sinn, Raum für die aktive Betätigung der Glaubensüberzeugung und die Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit auf weltanschaulich-religiösem Gebiet zu sichern“.³⁴ Weil sich aus dieser Grundrechtsdimension allerdings regelmäßig keine subjektiven öffentlichen Rechte der Religionsgemeinschaften auf spezifische Fördermaßnahmen werden ableiten lassen,³⁵ verbleibt ihre steuerliche Behandlung weitgehend in der Verantwortung des Steuergesetzgebers. In ihrer Wahrnehmung bleibt er dabei insbesondere an die sowohl religionsverfassungsrechtlichen als auch steuerverfassungsrechtlichen Grundsätze der gleichheitskonformen bzw. paritätischen Ausgestaltung gebunden.³⁶ Auf der anderen Seite lässt sich der Religionsfreiheit aber auch kein Verbot der abgabenrechtlichen Förderung von Religion und Religionsgemeinschaften entnehmen. Die sich hier in der Rechtsprechung findende Figur der so genannten negativen Finanzierungsfreiheit³⁷ ist eine Grenze der Hoheitsrechtsdelegation an Religionsgemeinschaften und sichert insoweit die Mitgliedschaftsakzessorietät der Kirchensteuer,³⁸ ist aber auf sonstige steuerliche Fördermaßnahmen nicht übertragbar.

Weite Bereiche der historisch überkommenen persönlichen und sachlichen Steuerbefreiungen zu Gunsten der Religionsgemeinschaften könnten dann in ihrem Bestand verfassungsrechtlich garantiert sein, wenn es sich bei ihnen um Staatsleistungen im Sinne des Art. 138 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG handelte und sie deshalb an

³² Gegen eine solche Fundierung auch *Schön*, Sonderausgabenabzug (o. Fn. 29), S. 388 f.

³³ *Heiner Marré*, Kirchenfinanzierung in Kirche und Staat der Gegenwart, 4. Aufl. 2005, S. 33 f.

³⁴ BVerfGE 125, 39 (78).

³⁵ Dazu: *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 9), S. 372 f., 484 m. w. N.

³⁶ Ausführlich zu den Fördermaßstäben: *Droege*, ebd., S. 367 ff.

³⁷ Dazu: BVerfGE 19, 206 (216 f.); 19, 227 (237); 30, 415 (421 ff.).

³⁸ Hierzu: *Droege*, Das System der Kirchensteuer (o. Fn. 3), S. 34.

der aus der Norm abzuleitenden Bestandsgarantie unter dem Vorbehalt der Ablösung teilhätten. Die Einbeziehung von Steuer- und Abgabebefreiungen als so genannte „negative“ Staatsleistungen ist umstritten.³⁹ Schon die reichsgerichtliche Rechtsprechung hat anlässlich der Aufhebung grunderwerbsteuerlicher Befreiungsnormen in den Ländern Mitte der 1920er Jahre den Staatsleistungsbegriff auf Steuerbefreiungen erstreckt.⁴⁰ Das Reichsgericht rechtfertigte die Einbeziehung der Steuerbefreiungen in die Gewährleistungen des Art. 173 Abs. 1 WRV und des Art. 138 Abs. 1 WRV hauptsächlich durch teleologische Erwägungen.⁴¹ Es stellte eine Steuerbefreiung ihrem Wesen nach einer Staatsleistung gleich, soweit sie einen „organischen Bestandteil der bisherigen zwischen Staat und Kirche bestehenden vermögensrechtlichen Beziehungen“ bilde bzw. der Staat, wenn er sie nicht gewährt hätte, entsprechende – positive – Leistungen an die Kirche hätte machen müssen.⁴² Auch das Bundesverfassungsgericht hatte zu klären, ob Art. 138 Abs. 1 WRV als Rechtfertigungsgesichtspunkt bei einer ansonsten unter dem Blickwinkel des Art. 3 Abs. 1 GG problematischen, inparitätischen Gerichtsgebührenfreiheit zugunsten einzelner Religionsgemeinschaften in Betracht kommen kann. Bei Rezeption der reichsgerichtlichen Dogmatik und Anerkennung der Einbeziehung von „negativen Staatsleistungen“ in die Reichweite des Art. 138 Abs. 1 WRV im Grundsatz hat das Gericht der im konkreten Sachverhalt in Frage stehenden Gerichtsgebührenfreiheit nach § 8 Abs. 1 Nr. 4 Preußisches Gerichtskostenge-

³⁹ Instruktiv: *Axer*, Steuervergünstigungen (o. Fn. 1), S. 464 ff.; *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 9), S. 194 ff.; *Werner Heun*, → § 73, Rn. 8, 39–41; *Weides*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 1), S. 915 f.

⁴⁰ RGZ 111, 134. Aus der Lit. nur: *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Aufl. 1933, Art. 138, Anm. 2; *Artur Breitfeld*, Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung zwischen Kirche und Staat in Preussen auf Grundlage der Reichsverfassung, 1929, S. 38 ff.; *Ernst Rudolf Huber*, Die Garantie der kirchlichen Vermögenswerte in der Weimarer Verfassung, 1927, S. 61 ff.

⁴¹ Hierzu und zum Folgenden RGZ 111, 134 ff. sowie RG, B. v. 10.10.1927, in: *Heinrich Lammers / Walter Simons* (Hg.), Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund Art. 13 Abs. 2 der Reichsverfassung, Bd. 1, 1929, S. 538 (540 ff.); RGZ 129, 72 (78); RG, B. v. 13.7.1931, in: *Lammers / Simons*, a. a. O., Bd. 4, 1932, S. 306 (308).

⁴² Vgl. RGZ 111, 134 (144); RG, B. v. 10.10.1927, in: *Lammers / Simons*, Bd. 1 (o. Fn. 41), S. 540; RG, B. v. 13.7.1931, ebd., Bd. 4, S. 308. Dazu auch: RFH (GrS), Gutachten v. 25. 6. 1934, in: JW 1934, S. 2579 (2780).

setz (preuß. GKG)⁴³ die Qualifikation als negative Staatsleistung versagt.⁴⁴

Soweit der in Art. 138 Abs. 1 WRV tragend verankerte Gedanke der Abwicklung der vermögensrechtlichen Säkularisationsfolgen reicht, sind auch Steuer- und Abgabenbefreiungen in den Staatsleistungsbegriff des Art. 138 Abs. 1 WRV einzubeziehen.⁴⁵ Dies setzt freilich voraus, dass die auch heute bestehenden Steuerbefreiungen durch den historischen Steuergesetzgeber mit entsprechender Motivation vor dem 11. August 1919 rechtsbegründend eingeführt worden sind. Weil insbesondere die persönlichen Steuerbefreiungen im Ertragsteuerrecht heute schon tatbestandlich entsprechende Distinktionen nicht mehr aufweisen und weit über die Befreiung von Religionsgemeinschaften hinaus Steuerrechtssubjekte erfassen, dürfte ein entsprechender Nachweis anhand einer konkreten Steuerbefreiung aufwändig sein und nicht immer gelingen. Schließlich sind die gegenwärtigen Strukturen der Steuerrechtsordnung relativ junge Normbestände, die sich insbesondere in ihrer dogmatischen Durchdringung erst zu Beginn des 20. Jahrhunderts ausgebildet haben. Im Kontext des Art. 138 Abs. 1 WRV könnte der Befreiung von Landessteuern noch eine gewichtige Rolle im Rahmen des verfassungserwarteten Ablösungsverfahrens zukommen, ist doch die Steuerexemption auch ein leistungsfähiges Ablösungsmittel.⁴⁶

8

II. Besteuerung von Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts

1. Der Betrieb gewerblicher Art und die Abgrenzung der steuerbaren Sphäre

Im Rahmen der Ertragsteuern und der Umsatzsteuer liegt die spezifische Förderung der Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts in ihrer Gleichstellung mit dem Staat und damit in ihrer steuerlichen Behandlung gleich der öffentlichen

9

⁴³ G. v. 28. 10. 1922 (GS S. 363).

⁴⁴ BVerfGE 19, 1 (13).

⁴⁵ Ausführlich: *Drooge*, Staatsleistungen (o. Fn. 9), S. 197 ff. A. A. *Hans-Jochen Brauns*, Staatsleistungen an die Kirchen und ihre Ablösung, 1970, S. 41 ff.

⁴⁶ Dazu: *Ferdinand Kirchhof*, Grundlagen und Legitimation der deutschen Kirchenfinanzierung, in: *EssGespr.* 47 (2013), S. 7 (16 f.).

Hand.⁴⁷ Auch Religionsgemeinschaften sind daher im Körperschaftsteuerrecht nicht unbeschränkt, sondern nach Maßgabe des § 1 Abs. 1 Nr. 6 i.V.m. § 4 KStG nur partiell steuerpflichtig, soweit sie einen Betrieb gewerblicher Art unterhalten. Anderes gilt nach Maßgabe des § 2b UStG im Umsatzsteuerrecht, wo an die Stelle einer aufgabenbezogenen Abgrenzung der Sphäre der Steuerbarkeit eine funktionale Bereichsscheidung am Maßstab der Wettbewerbsneutralität getreten ist.

- 10** Anknüpfungspunkt der steuerbaren Sphäre im Ertragsteuerrecht ist unverändert das Unterhalten eines Betriebes gewerblicher Art. Dieser wird in § 4 KStG näher bestimmt. Ähnlich dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb im Sinne des § 14 AO⁴⁸ muss es sich bei ihm um eine nachhaltige wirtschaftliche Tätigkeit handeln, die sich zudem innerhalb der Gesamtbetätigung der juristischen Person wirtschaftlich heraushebt.⁴⁹ Die Absicht, Gewinne zu erzielen, ist hingegen für das Vorliegen eines Betriebes gewerblicher Art nicht erforderlich.⁵⁰ Keine Betriebe gewerblicher Art sind nach § 4 Abs. 5 KStG Hoheitsbetriebe, also solche Betriebe, die überwiegend der Ausübung der öffentlichen Gewalt dienen. Auch die bloße Verwaltung von Vermögen, also die Anlage von Kapitalvermögen oder die Vermietung von Grundstücken, stellt im Ausgangspunkt – vorbehaltlich der Regelung zu den Verpachtungsbetrieben nach § 4 Abs. 4 KStG⁵¹ – keinen Betrieb gewerblicher Art dar.⁵²
- 11** Rechtsprechung und Verwaltung bestimmen die Hoheitlichkeit eines Betriebes noch immer anhand eines letztlich aufgabenbezogenen, materiellen Kriteriums.⁵³ Für sie ist nämlich maßgeblich dafür, dass

⁴⁷ Weides, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 1), S. 887 ff.; Rausch, Besteuerung der Kirchen (o. Fn. 1), Rn. 3 ff. Siehe zu letzterer auch: Droege, Zur Besteuerung der öffentlichen Hand (o. Fn. 24).

⁴⁸ Dazu: *Eva-Maria Gersch*, in: Franz Klein / Gerd Orlopp (Begr.), Abgabenordnung. Kommentar, 13. Aufl. 2016, § 14, Rn. 1 ff.; *Ulrich Koenig*, in: Abgabenordnung, hg. von Armin Pahlke / Ulrich Koenig, 2. Aufl. 2009, § 14, Rn. 1 ff.

⁴⁹ Dazu nur: *Wallenhorst*, in: Besteuerung (o. Fn. 6), Kap. H, Rn. 1 ff.

⁵⁰ *Gerd Erhard*, in: Walter Blümich (Begr.), EStG, KStG, GewStG: Kommentar, Losebl. Stand Juni 2018, Bd. IV, § 4 KStG, Rn. 26 ff.; *Markus Märten*, in: Dietmar Gosch (Hg.), Körperschaftssteuer. Kommentar, 3. Aufl. 2015, § 4, Rn. 35 ff.

⁵¹ Dazu: *Uwe Baldauf*, Verpachtungsbetriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, in: DStZ 2010, S. 523 ff.

⁵² Nur: *Hüttemann*, Besteuerung der öffentlichen Hand (o. Fn. 25), S. 59 ff.

⁵³ BFH, in: BStBl. II 2009, S. 1022; BMF, Schreiben v. 11.12.2009, in: BStBl. I 2009, S. 1597. Dazu: *Heger*, Die Besteuerung der öffentlichen Hand

eine Tätigkeit als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des § 4 Abs. 5 KStG zu qualifizieren ist, dass der juristischen Person eine Tätigkeit „*eigentümlich und vorbehalten*“ ist.⁵⁴ Diese Formel basiert auf der Prämisse, dass der öffentlichen Hand bestimmte Aufgaben zugewiesen sind, „die in keinerlei Beziehung zum privatwirtschaftlichen Verkehr stehen, sondern vielmehr in das ‚Eigenleben‘ der juristischen Person des öffentlichen Rechts fallen“.⁵⁵ Nach der Rechtsprechung ist die Ausübung öffentlicher Gewalt folgerichtig indiziert, wenn die zu erfüllende Aufgabe der juristischen Person durch Gesetz, Verordnung oder Gewohnheitsrecht ausdrücklich zugewiesen wird oder ein besonderer öffentlich-rechtlicher Annahmewang besteht.⁵⁶

Diese Kriterien sind ersichtlich auf die Abgrenzung der steuerbaren Sphäre staatlicher und kommunaler Körperschaften bezogen und auf religionsgemeinschaftliche Hoheitsbetriebe nur bedingt übertragbar. Im Rahmen des § 4 KStG wird man den Bereich des Religionsgemeinschaften Eigentümlichen und des ihnen Vorbehaltenen letztlich nur unter Rückgriff auf den sachlichen Gewährleistungsgehalt der Religionsfreiheit des Art. 4 GG und der Gewährleistungsgehalte des Körperschaftsstatus nach Art. 137 Abs. 5 WRV i.V.m. Art. 140 GG bestimmen können. Kirchliche Hoheitsbetriebe werden damit sicher primär im Bereich der Kulturfreiheit im engeren Sinne anzusiedeln sein.⁵⁷ Typische Tätigkeitsfelder lassen sich insoweit in entsprechender Anwendung der Konkretisierungen kirchlicher Zwecke im Sinne des § 54 Abs. 2 AO bestimmen.⁵⁸ Nicht alles, was Wahrnehmung des kirchlichen Auftrages in der Welt ist, wird damit jenseits der steuerbaren Sphäre anzusiedeln sein, dies gilt insbeson-

12

(o. Fn. 25), S. 301 ff.; Norbert Meier / Thomas Semelka, in: Carl Hermann / Gerhard Heuer / Arndt Raupach (Hg.), Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz. Kommentar, Losebl. Stand Dezember 2015, Bd. IX, § 4 KStG, Rn. 71 ff. m. w. N.

⁵⁴ BFH, in: BStBl. II 2005, S. 501 m. w. N., st. Rspr., etwa: BFH, in: BStBl. III 1952, S. 41. Erstmals: RFH, in: RStBl. 1938, S. 15. Dazu auch: Stefanie Beinert / Anna Kostic, Steuerrecht, in: Handbuch Kommunale Unternehmen, hg. von Michael Uechtritz / Hans-Joachim Reck, 3. Aufl. 2012, § 11, Rn. 18 ff.; Märten, in: Gosch (o. Fn. 50), § 4, Rn. 108 ff.; Rainer Hüttemann, Grundfragen der partiellen Steuerpflicht, in: Zwischen Markt und Staat. Gedenkschrift für Rainer Walz, hg. von Helmut Kohl u. a., 2008, S. 269 (277); ders., Die Besteuerung der öffentlichen Hand (o. Fn. 25), S. 77 ff.

⁵⁵ Roman Seer / Sina Klemke, Abgrenzung des Betriebes gewerblicher Art vom Hoheitsbetrieb, in: BB 2010, S. 2016 ff.

⁵⁶ BFH, in: BStBl. II 1961, S. 298; in: BStBl. II 2005, S. 501; in: BStBl. II 2009, S. 248.

⁵⁷ Wolfgang Schön, Kirchliche Hoheitsbetriebe, in: DStZ 1999, S. 701 ff.

⁵⁸ Schön, ebd., S. 702 f.; Weides, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 1), S. 892.

dere für die sich zunehmend säkularisierende soziale und karitative Betätigung der Religionsgemeinschaften. Auch im prinzipiell steuerbaren Bereich können sich Körperschaften des öffentlichen Rechts mit ihren Betrieben gewerblicher Art allerdings auf die zahlreichen Steuerbefreiungen wegen Gemeinnützigkeit, so namentlich in Gestalt des § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG berufen.⁵⁹

- 13 Diese traditionelle Bestimmung des steuerfreien Hoheitsbereiches zum grundsätzlich steuerbaren und – vorbehaltlich etwaiger Steuerbefreiungen – steuerpflichtigen Bereich hat unter den Bedingungen weitergehender Liberalisierung und Marktöffnung ehemals hoheitlicher Bereiche, insbesondere der Daseinsvorsorge, zunehmend seine Trennschärfe eingebüßt.⁶⁰ An die Stelle der materiellen Sphärenabgrenzung ist die Wettbewerbsneutralität getreten.⁶¹ Wegbereitend ist hier insbesondere das harmonisierte Umsatzsteuerrecht und die Rechtsprechung des EuGH. Wirtschaftliche Betätigungen der öffentlichen Hand im Rahmen ihrer Betriebe gewerblicher Art werden auf Grundlage des Art. 13 Abs. 1 der Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie (MwStSystRL)⁶² auch in jenen Tätigkeitsfeldern, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt einhergehen, dann nicht steuerbefreit, wenn mit dieser Steuerbefreiung eine größere Wettbewerbsverzerrung verbunden ist.⁶³ Bei der Beurteilung dieser Wettbewerbsrelevanz einer Steuerbefreiung stellt die Rechtsprechung des EuGH dabei weder auf die Bedingungen des lokalen Marktes noch auf eine ak-

⁵⁹ S. zur umstrittenen Frage, ob es eine Gemeinnützigkeit der öffentlichen Hand gibt, die luzide Wiedergabe des Meinungsstandes bei *Roman Seer / Christian Wolsztynski*, Steuerrechtliche Gemeinnützigkeit der öffentlichen Hand, 2002, S. 52 f. Gegen eine Gemeinnützigkeitsfähigkeit: *Josef Isensee*, Gemeinwohl und Bürgersinn (o. Fn. 11), S. 57 f.; *Rainer Hüttemann*, Wirtschaftliche Betätigung und steuerliche Gemeinnützigkeit, 1991, S. 71; *ders.* nunmehr allerdings a.A.: Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht (o. Fn. 6), § 4, Rn. 64; ebenfalls eine Gemeinnützigkeitsfähigkeit der öffentlichen Hand annehmend: *Johanna Hey*, Die Steuerbegünstigung der gemeinnützigen Tätigkeit der öffentlichen Hand, in: *StuW* 2000, S. 467 (468).

⁶⁰ Dazu: *Michael Droege*, Die Besteuerung interkommunaler Zusammenarbeit – Zwischen Wettbewerbsneutralität und Gemeinwohlbindung, in: *VBfBW* 2011, S. 41 ff.; *ders.*, Umsatzbesteuerung kommunaler Beistandsleistungen, in: *LKRZ* 2013, S. 96 ff.

⁶¹ *Droege*, Besteuerung der öffentlichen Hand (o. Fn. 24), S. 29 ff. m. w. N. Zur Vermögenbindung und Sphärentrennung: *Gersch*, in: *Klein / Orlopp* (o. Fn. 48), § 55; Rn. 25; *Koenig*, in: *Abgabenordnung* (o. Fn. 48), § 55, Rn. 27; *Thomas von Holt*, in: *Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht* (o. Fn. 23), § 55 AO, Rn. 51 ff.

⁶² R 2006/112/EG v. 28. 11. 2006, ABl. L 347/1.

⁶³ Etwa: EuGH, U. v. 16. 9. 2008, Rs. C-288/07, Slg. 2008, I-7203 – *Isle of Wight*.

tuelle Wettbewerbsbeeinträchtigung ab, sondern lässt auch die Beeinträchtigung des potentiellen Wettbewerbers genügen.⁶⁴ In Adaption der unionsrechtlichen Vorgaben hat insbesondere die jüngere Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes⁶⁵ die überkommenen Strukturen der Besteuerung der öffentlichen Hand und ihren Gleichlauf im Ertrag- und Umsatzsteuerrecht erschüttert.⁶⁶ Rechtsprechung im Bereich der Religionsgemeinschaften gibt es jenseits des Umsatzsteuerrechts bislang nicht. Der strukturelle Gleichlauf ihrer steuerlichen Behandlung mit der öffentlichen Hand könnte aber die Sphärenabgrenzung zukünftig stärker unter die Ägide des religionsblinden Wettbewerbsprinzips stellen.

Ein gewichtiger Schritt hierzu lässt sich im harmonisierten Umsatzsteuerrecht feststellen. Hier hat der Gesetzgeber den traditionellen Gleichlauf der Sphäre partieller Steuerpflicht im Ertrag- und Umsatzsteuerrecht aufgegeben und die Sphäre der partiellen Umsatzsteuerpflicht konzeptionell umgestaltet.⁶⁷ § 2b UStG regelt in einem komplexen Wechselspiel von Ausnahmen und Gegenausnahmen die Unternehmerstellung juristischer Personen des öffentlichen Rechts. Im Grundsatz stellt § 2b UStG hierzu darauf ab, ob jene Tätigkeiten ausüben, die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen. Von dieser Sphäre der nichtunternehmerischen Tätigkeiten macht § 2b Abs. 1 S. 2 UStG dann eine Rückausnahme, sofern eine Behandlung der juristischen Person des öffentlichen Rechts als Nichtunternehmer zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde. Letzteres Tatbestandsmerkmal wird in den folgenden Absätzen der Norm weiter konkretisiert.⁶⁸ Mit der Neuregelung strebte der Gesetzgeber die Anpassung des deutschen Umsatzsteuerrechts an die Vorgaben der MwStSystRL an,⁶⁹ die dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität der Besteuerung tendenziell größeren Raum ein-

14

⁶⁴ EuGH, ebd., Rn. 53, 76 f.

⁶⁵ Etwa: BFH, in: DStR 2010, S. 2234; in: DStR 2010, S. 1280; in: DStR 2012, S. 348; in: DStR 2012, S. 352.

⁶⁶ Vgl. auch: *Beinert / Kostic*, Steuerrecht (o. Fn. 54), § 11, Rn. 253 ff., 270 ff.

⁶⁷ Art. 12 des Steueränderungsgesetzes v. 02. 11. 2015 (BGBl I, S. 1834). Vgl. dazu: *Thomas Küffner / Michael Rust*, § 9 Umsatzsteuerrecht, in: *Besteuerung der Öffentlichen Hand* (o. Fn. 1), S. 1472 ff.

⁶⁸ Näher: *Küffner / Rust*, ebd., S. 1473, 1484 ff.; *Rainer Hüttemann*, Neuregelung der Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand – alles wird gut?, in: *Umsatzsteuer-Rundschau* 2017, S. 129 (131 f.); *Dieter Dziadkowski*, § 2b UStG und die „größeren Wettbewerbsverzerrungen“, in: *Umsatzsteuer-Rundschau* 2017, S. 416 (418 f.).

⁶⁹ BT-Drs. 18/6094, S. 91 f.

räumen⁷⁰. Obwohl die Richtlinienwidrigkeit des bisherigen Rechts in den letzten Jahren insbesondere durch die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes offenkundig geworden war,⁷¹ hat der Gesetzgeber in § 27 Abs. 2 UStG eine großzügige Übergangsfrist gewährt⁷². Bis zum 31. Dezember 2016 konnte in die Fortgeltung der alten Rechtslage für vor dem 1. Januar 2021 ausgeführte Leistungen optiert werden.⁷³ Auch für kirchliche Einrichtungen und ihre Träger birgt die Neuregelung ihrer umsatzsteuerlichen Behandlung einen erheblichen Anpassungsbedarf⁷⁴.

2. Ausgestaltung in den Einzelsteuergesetzen

a) Körperschaftsteuer

- 15** Ertragsteuerlich sind Religionsgemeinschaften damit mit ihren Betrieben gewerblicher Art nach Maßgabe des § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG partiell steuerpflichtig.⁷⁵ Soweit ein Betrieb gewerblicher Art steuerbar ist, kann er allerdings gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG steuerbefreit sein, weil er einen steuerbegünstigten Zweck im Sinne der §§ 51 ff. AO verfolgt. Auch Betriebe gewerblicher Art von Religionsgemeinschaften können in einen Querverbund nach Maßgabe der § 4 Abs. 6, § 8 Abs. 7–9 KStG einbezogen und ihre Ergebnisse insoweit saldiert werden, womit im Regelfall eine erhebliche steuerliche Entlastung einhergeht.⁷⁶ Die unbeschränkte Steuerpflicht erstreckt sich nach

⁷⁰ Vgl. dazu: *Dziadkowski*, § 2b UStG (o. Fn. 68), S. 418 f.; *Küffner / Rust*, Umsatzsteuerrecht (o. Fn. 67), Rn. 241 ff.

⁷¹ Grundlegend BFH, U. v. 17.3.2010 – XI R 17/08, BFHE 230, 466; BFH, U. v. 15.4.2010 – V R 10/09, BFHE 229, 416; BFH, U. v. 10.11.2011 – V R 41/10, BFHE 235, 554.

⁷² Näher: BMF, Schreiben v. 19.4.2016, in: BStBl. I 2016, S. 481. Dazu *Wolfgang Schulte*, Verschärfung der Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand – Folgen für die kirchlichen Körperschaften des öffentlichen Rechts, in: KuR 2016, S. 89 (90 ff.); *Dziadkowski*, § 2b UStG (o. Fn. 68), S. 418.

⁷³ Vgl. BMF, Schreiben v. 19.4.2016, in: BStBl. I 2016, S. 481.

⁷⁴ Hierzu auch: *Droege*, Körperschaftsstatus und Umsatzsteuerrecht (o. Fn. 24), S. 57 ff.

⁷⁵ *Martin Klein*, in: Hermann / Heuer / Raupach (o. Fn. 53), Bd. IX, § 1 KStG, Rn. 65; *Jutta Rengers*, in: Blümich (o. Fn. 50), § 1 KStG, Rn. 122; *Lars Hummel*, in: Gosch (o. Fn. 50), § 1, Rn. 99.

⁷⁶ Zum Querverbund etwa: *Tim Bracksiek*, Der steuerliche Querverbund kommunaler Wirtschaftseinheiten, 2012; *ders.*, Die Neuregelung des steuerlichen Querverbundes durch das JStG 2009, in: FR 2009, S. 15 ff. Sowie BMF, Schreiben v. 12.11.2009, in: BStBl. I 2009, S. 1303.

Maßgabe des § 1 Abs. 2 KStG auf sämtliche Einkünfte und damit auch auf Kapitalerträge im Sinne des § 20 EStG i.V.m. § 43 EStG, die insoweit der Abgeltungssteuer unterliegen.⁷⁷

b) Gewerbesteuer

Religionsgemeinschaften unterliegen als juristische Person des öffentlichen Rechts der Gewerbesteuer, soweit sie ein Unternehmen betreiben, das als stehender Gewerbebetrieb anzusehen ist.⁷⁸ Der Typusbegriff des Gewerbebetriebes wird nach Maßgabe des § 1 Abs. 1 S. 2 GewStG als Gewerbebetrieb und damit letztlich unter Adaption der einkommensteuerrechtlichen Qualifikationstatbestände des § 15 EStG definiert.⁷⁹ Er setzt also eine selbstständige nachhaltige Betätigung voraus, die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt. Zudem darf es sich nicht um Land- und Forstwirtschaft, um die Ausübung eines freien Berufes oder sonstige selbstständige Arbeit bzw. Vermögensverwaltung handeln. Lagert die Körperschaft unternehmerische Tätigkeiten auf die in § 2 Abs. 2 GewStG genannten juristischen Personen des Privatrechts aus, handelt es sich bei dieser stets um einen Gewerbebetrieb. Auch Gewerbebetriebe kommen in den Genuss der Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit nach Maßgabe des § 3 Nr. 6 GewStG. Ihre Steuerfreiheit ist allerdings auch hier den allgemeinen Strukturen des Gemeinnützigkeitsrechts folgend beschränkt und entfällt, soweit ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb im Sinne des § 3 Nr. 6 S. 2 GewStG i.V.m. § 63 AO

16

⁷⁷ Zu Einzelfragen der Abgeltungssteuer s. BMF, Schreiben v. 22.12.2009, in: BStBl. I 2010, S. 94 ff., ergänzt durch BMF, Schreiben v. 16.11.2010, in: BStBl. I 2010, S. 1305 ff.; zur Abgeltungswirkung allgemein s. *Klaus Lindberg*, in: Blümich (o. Fn. 50), § 43 EStG, Rn. 126 ff.; zu den Problemen der Verfassungsmäßigkeit der Abgeltungssteuer: z.B. *Eckart Ratschow*, in: Blümich (o. Fn. 50), § 20 EStG, Rn. 25 ff.; *Jens Intemann*, in: Hermann/Heuer/Raupach (o. Fn. 53), Bd. VI, § 20 EStG, Rn. 8.

⁷⁸ Siehe § 2 Abs. 1 Gewerbesteuer-Durchführungsverordnung; *Dietmar Gosch*, in: Blümich (o. Fn. 50), § 5 GewStG, Rn. 60; *Heinrich Montag*, in: Tipke/Lang (o. Fn. 12), § 12, Rn. 10.

⁷⁹ *Klaus-Dieter Driën*, in: Blümich (o. Fn. 50), § 2 GewStG, Rn. 76 ff.; *Georg Renner*, in: Achim Bergemann/Jörg Wingler (Hg.), Kommentar Gewerbesteuer – GewStG, 2012, § 2, Rn. 5 ff.; *Montag*, in: Tipke/Lang (o. Fn. 78), § 12, Rn. 4.

unterhalten wird.⁸⁰ Im Rahmen karitativer Betätigung wird regelmäßig eine Steuerbefreiung nach Maßgabe des § 3 Nr. 20 GewStG, also die Steuerfreiheit von Krankenhäusern, Altenheimen, Altenwohnheimen, Pflegeheimen etc. in Betracht kommen.⁸¹ Auch insoweit verweist das Gewerbesteuerrecht auf die allgemeinen Regelungen zur Steuerfreiheit von Zweckbetrieben in diesem Bereich nach Maßgabe des § 67 AO und die dortigen Regelungen zur Mildtätigkeit nach § 53 AO.⁸²

c) Erbschaft-/Schenkungssteuer

17 Zuwendungen an inländische Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts und inländische jüdische Kultusgemeinden sind nach Maßgabe des § 13 Abs. 1 Nr. 16 lit. a ErbStG steuerfrei. Auch dies ist eine persönliche Steuerbefreiung,⁸³ die der Gesetzgeber den öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften gewährt. Ihnen gleichgestellt werden die jüdischen Kultusgemeinden, die insoweit keinen Körperschaftsstatus aufweisen müssen. Dennoch ist diese Steuerbefreiungsnorm als Ausnahmetatbestand in subjektiver Hinsicht hierüber hinaus eng auszulegen. Aus der letztlich wegen der Erfahrung aus dem nationalsozialistischen Unrechtsregime herrührenden Gleichstellung jüdischer Kultusgemeinden mit Körperschaften lässt sich auch gleichheitsrechtlich unter Hinweis auf Art. 3 Abs. 1 GG keine Erweiterung auf sonstige Religionsgemeinschaften, die nicht körperschaftlich organisiert sind, ableiten.⁸⁴

18 Die persönliche Steuerbefreiung erfasst alle Organe und Einrichtungen, die notwendige Bestandteile der Religionsgemeinschaften und zugleich selbständige Träger des den Zwecken der Religionsge-

⁸⁰ *Degenhard Freiherr von Twickel*, in: Blümich (o. Fn. 50), § 3 GewStG, Rn. 43 ff.; *Klaus Bührer / Richard Markel*, in: Bergemann / Wingler (o. Fn. 79), § 3, Rn. 19.

⁸¹ *Bührer / Markel*, ebd., § 3, Rn. 137; *von Twickel*, in: Blümich (o. Fn. 80), § 3 GewStG, Rn. 104 ff.

⁸² *Bührer / Markel*, in: Bergemann / Wingler (o. Fn. 80), § 3, Rn. 138 ff.; *von Twickel*, in: Blümich (o. Fn. 80), § 3 GewStG, Rn. 104.

⁸³ *Jens Peter Meincke*, in: Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz. Kommentar, hg. von dems., 17. Aufl. 2018, § 13, Rn. 69; *Marc Jülicher*, in: Max Troll (Begr.), Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz. Kommentar, Losebl. Stand Mai 2018, § 13 ErbStG, Rn. 185.

⁸⁴ Zur entsprechenden grundsteuerrechtlichen Bewertung: Nds. FG, in: EFG 2007, S. 1980; FG Köln, in: EFG 2007, S. 181 ff.

meinschaft dienenden Vermögens sind.⁸⁵ Von den Religionsgemeinschaften zu unterscheidende geistliche Gesellschaften wie etwa Orden, Kongregationen, Bruderschaften, Klöster und Stifte kommen damit nicht in den Genuss der Befreiung.⁸⁶ Soweit sie – wie auch die nicht körperschaftlich organisierten Religionsgemeinschaften – indes kirchliche Zwecke im Sinne des § 54 AO bzw. religiöse Zwecke im Sinne des § 52 AO verfolgen, kommt insoweit ihre Befreiung als gemeinnützige oder kirchliche Institution nach Maßgabe des § 13 Abs. 1 Nr. 16 lit. b ErbStG in Betracht.⁸⁷

d) Grundsteuer und Grunderwerbsteuer

Angesichts des noch erheblichen Grundvermögens der katholischen und evangelischen Kirchen ist ihre steuerliche Behandlung im Rahmen der Grundsteuer und der Grunderwerbssteuer von praktisch eminenter Bedeutung. Die Reichweite der Grundsteuerpflicht von Religionsgemeinschaften, die körperschaftlich organisiert sind, ist gesetzestechisch unübersichtlich in § 3 GrStG geregelt.⁸⁸ Nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GrStG ist der Grundbesitz derjenigen „Religionsgesellschaft, die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, einem ihrer Orden, einer ihrer religiösen Genossenschaften oder einem ihrer Verbände für Zwecke der religiösen Unterweisung, der Wissenschaft, des Unterrichts, der Erziehung oder für Zwecke der eigenen Verwaltung benutzt wird,“ von der Grundsteuer befreit.⁸⁹ Nach Satz 2 der Norm sind jüdische Kultusgemeinden wiederum gleichgestellt. Als grundsätzlich restriktiv auszulegende Steuerbefreiungsnormen ist § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GrStG über die genannten Gemeinschaften hinaus nicht erweiternd auf sonstige Religionsgemeinschaften auszulegen. Insbesondere islamische Verbände und Vereine kommen, soweit sie den Körperschaftsstatus noch nicht erlangt haben, damit regelmäßig nicht in den Genuss der Grundsteuerfrei-

19

⁸⁵ Siehe auch BFH, in: BStBl. II 1951, S. 73 (80).

⁸⁶ *Meincke*, in: ErbStG (o. Fn. 83), § 13, Rn. 69 ff.; *Jülicher*, in: Troll (o. Fn. 83), § 13 ErbStG, Rn. 184 f.

⁸⁷ *Meincke*, in: ErbStG (o. Fn. 83), § 13, Rn. 70 ff.; *Jülicher*, in: Troll (o. Fn. 83), § 13 ErbStG, Rn. 184 ff.

⁸⁸ Zur Kritik auch *Weides*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 1), S. 896; *Dirk Eisele*, in: Max Troll/Dirk Eisele, Grundsteuergesetz, 11. Aufl. 2014, § 3, Rn. 54.

⁸⁹ *Eisele*, ebd., § 3, Rn. 54; *Seer*, in: Tipke/Lang (o. Fn. 12), § 16, Rn. 19.

heit.⁹⁰ Die Rechtsprechung verweist insoweit zurecht darauf, dass aus der Perspektive des Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG einerseits in Gestalt des Körperschaftsstatus und der Anknüpfung an diesen ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vorläge und andererseits für die Einbeziehung der jüdischen Kultusgemeinden ebenfalls wegen ihrer ursprünglichen historischen Verfasstheit als Körperschaften des öffentlichen Rechts ein eben solcher streitet.⁹¹

20 Zudem kommt eine sachliche Grundsteuerbefreiung nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GrStG in Betracht, soweit der Grundbesitz zu gemeinnützigen Zwecken im Sinne der §§ 51 ff. AO genutzt wird. Soweit für steuerbegünstigte Zwecke genutzter Grundbesitz als Wohnung oder land- und forstwirtschaftlich genutzt wird, nehmen die §§ 5 und 6 GrStG die Steuerbefreiung insoweit zurück. Diese Ausnahme gilt ihrerseits nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 GrStG nicht für die Dienstwohnung der Geistlichen und Kirchendiener derjenigen Religionsgemeinschaften, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind sowie der jüdischen Kultusgemeinden. Diese bleiben im Genuss der Steuerbefreiung. Nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 Nr. 6 GrStG wird zudem Grundbesitz der Religionsgemeinschaften steuerbefreit, der zu einem nach Kirchenrecht gesonderten Vermögen, insbesondere zu einem Stellenfonds gehört, dessen Erträge ausschließlich für die Besoldung und Versorgung der genannten Personengruppe dienen. Das Grundsteuerrecht nimmt insoweit Bezug auf die spezifischen Zuordnungsentscheidungen des kirchlichen Vermögensrechts. Schließlich knüpfen die Steuerbefreiungen des § 4 GrStG auch an die Widmung kirchlichen Grundvermögens an, wenn § 4 Nr. 1 GrStG den Grundbesitz von der Grundsteuer befreit, der dem Gottesdienst gewidmet ist, oder es sich bei ihm nach Maßgabe der Nr. 2 um einen Bestattungsplatz handelt.⁹²

21 Die Zuordnungsentscheidungen des kirchlichen Vermögensrechts bestimmen auch die verkehrssteuerrechtliche Behandlung der Religionsgemeinschaften im Grunderwerbssteuerrecht maßgeblich mit.⁹³ Nach Maßgabe des § 4 Nr. 1 GrEStG wird von der Besteuerung der

⁹⁰ Dazu FG Köln, in: EFG 2007, S. 1981 ff.; FG Düsseldorf, in: EFG 2007, S. 1463 ff.

⁹¹ Siehe nur FG Düsseldorf, in: EFG 2007, S. 1463 ff.

⁹² Siehe Grundsteuer-Richtlinien 1978, Abschnitt 17, in: BStBl. I 1978, S. 553; *Eisele*, in: Troll / Eisele (o. Fn. 88), § 4, Rn. 2 ff.; *Weides*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 1), S. 896.

⁹³ Zur Qualifikation als Verkehrssteuer: *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung (o. Fn. 20), S. 507 ff.

Erwerb eines Grundstücks durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts ausgenommen, „wenn das Grundstück aus Anlaß des Übergangs von öffentlich-rechtlichen Aufgaben oder aus Anlaß von Grenzänderungen von der einen auf die andere juristische Person übergeht und nicht überwiegend einem Betrieb gewerblicher Art dient“. Somit werden im Kern nicht marktgängige Erwerbe, die sich innerhalb der Vermögenssphäre der juristischen Personen des öffentlichen Rechts halten, von der Besteuerung ausgenommen. Ein Übergang von Aufgaben in diesem Sinne liegt nur vor, wenn die übernehmende juristische Person des öffentlichen Rechts eben die Funktionen wahrnimmt, welche bisher die übergebende juristische Person des öffentlichen Rechts wahrgenommen hatte.⁹⁴ Weil das Grunderwerbssteuerrecht hier mit dem Betrieb gewerblicher Art den körperschaftsteuerlichen Begriff adaptiert, zählen Hoheitsbetriebe nicht zu diesen.⁹⁵ Auf die Interpretation dieser Befreiung aufgrund der Funktionsidentität wirkt insbesondere die Garantie des selbstständigen Ordners und Verwaltens der eigenen Angelegenheiten im Sinne des Art. 137 Abs. 3 WRV i. V. m. Art. 140 GG ein.⁹⁶ Ein Funktionsübergang kommt insoweit nur bei der Wahrnehmung der eigenen Angelegenheiten in Betracht. Bei einem Grundbesitzübergang zwischen konfessionsverschiedenen oder glaubensverschiedenen Religionsgemeinschaften scheidet die Steuerbefreiung deshalb aus.⁹⁷ Steuerbefreit sind allerdings grundsätzlich Grenzänderungen mit entsprechendem Funktionsübergang bei Neugliederungen von Religionsgemeinschaften, namentlich Änderungen des Zuschnitts von Kirchengemeinden oder gar die Fusion von Landeskirchen.

Unberührt von der Steuerbefreiung bleiben allerdings die an einen steuerbaren Vorgang im Sinne des § 1 GrEStG geknüpften Anzeigepflichten nach §§ 18–20 GrEStG. Änderungen der Zuordnung kirchlichen Grundbesitzes im Zuge von Gemeindefusionen oder -änderungen werfen insbesondere die Frage auf, ob sie nach Maßgabe des § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG – ungeachtet ihrer möglichen Befreiung – über-

22

⁹⁴ *Herrmann-Ulrich Viskorf*, in: Ernst Paul Boruttau (Begr.), Grunderwerbssteuergesetz, 18. Aufl. 2016, § 4, Rn. 14.

⁹⁵ *Viskorf*, ebd., § 4, Rn. 14.

⁹⁶ Siehe etwa: *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz – Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 137 WRV, Rn. 43 ff.; *Ute Mager*, in: Ingo von Münch / Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 140, Rn. 30 ff.; *Peter Unruh*, in: Hermann von Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber / Andreas Voßkuhle, Bd. 3, Art. 137 WRV, Rn. 26 ff.

⁹⁷ Siehe hierzu nur: BFH, in: BStBl. II 2012, S. 148.

haupt steuerbar sind. In der Frage, ob ein Eigentümerwechsel außerhalb des Grundbuchs vorliegt, gilt es die Zuordnungsstrukturen des kirchlichen Vermögensrechts strikt von der Frage ihrer bürgerlich-rechtlichen bzw. sachenrechtlichen Entfaltung zu trennen⁹⁸ und zu prüfen, ob nicht eine verfassungsrechtlich auch dem Steuerstaat entzogene genuine Frage religionsgemeinschaftlicher Organisationshoheit im vermögensrechtlichen Bereich i.S.d. Art. 137 Abs. 3 WRV vorliegt.

e) Umsatzsteuer

- 23** Das wohl dynamischste Rechtsgebiet in Bezug auf die partielle Steuerpflicht der körperschaftlich verfassten Religionsgemeinschaften ist mit deutlichem Abstand das Umsatzsteuerrecht. Hier ist die unionsrechtliche Imprägnierung vergleichsweise am dichtesten, hier ist der Steuerbefreiungen tendenziell einschränkende Einfluss des Prinzips der Wettbewerbsneutralität der Besteuerung am größten.⁹⁹
- 24** Religionsgemeinschaften sind als Körperschaften des öffentlichen Rechts juristische Personen und damit nach Maßgabe des § 2 Abs. 1 UStG abstrakt fähig, Unternehmer im Sinne dieser Norm zu sein.¹⁰⁰ Entsprechendes gilt für kirchliche Einrichtungen, die privatrechtlich organisiert und mit eigener Rechtsfähigkeit ausgestattet sind. Fehlt es an einer rechtlichen Verselbstständigung, dann sind steuerrechtlich die Trägerkörperschaften Unternehmer.¹⁰¹ Das deutsche Recht folgt dabei noch immer der Anknüpfung an die Rechtssubjektivität, wohingegen das Unionsrecht in Art. 13 MwStSystRL auch hier einem

⁹⁸ Zu dieser Unterscheidung: *Michael Germann*, Die kirchliche Vermögensverantwortung nach evangelischem Kirchenrecht, in: *EssGespr.* 47 (2012), S. 57 (69 ff.).

⁹⁹ Zur Umsatzsteuerpflicht aus der Literatur nur: *Englisch*, Umsatzsteuerpflicht kirchlicher Betätigungen (o. Fn. 25), S. 193 ff.; *Otto-Gerd Lippross*, Umsatzsteuerliche Folgen der Auslagerung kirchlicher Aufgaben auf eine kirchlich finanzierte Vereinigung, in: *DStR* 2009, S. 781 ff.; *Kube*, Umsatzsteuerpflicht (o. Fn. 25), S. 27 ff.

¹⁰⁰ BMF, Schreiben v. 16.12.2016, *BStBl. I* 2016, S. 1451; *Christian Korn*, in: *Johann Bunjes / Reinhold Geist* (Begr.), *Umsatzsteuergesetz. Kommentar*, 17. Aufl. 2018, § 2b, Rn. 16; *Küffner / Rust*, *Umsatzsteuerrecht* (o. Fn. 67), Rn. 225.

¹⁰¹ *Englisch*, Umsatzsteuerpflicht kirchlicher Betätigungen (o. Fn. 25), S. 194. Auch: *BFH*, in: *BStBl. II* 1988, S. 932 ff.

eher funktionalen Begriff der Einrichtung verpflichtet ist.¹⁰² Die Unternehmereigenschaft kirchlicher juristischer Personen des öffentlichen Rechts i. S. d. § 2b UStG hat eine Debatte darüber ausgelöst, welche ihrer Betätigungen als Tätigkeiten, die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen, zu fassen sind, wann also kirchliche öffentliche Gewalt ausgeübt wird.¹⁰³ Voraussetzung der Umsatzsteuerbarkeit und dieser Frage vorgelagert ist stets, dass sie Leistungen gegen Entgelt im Sinne des § 1 Abs. 1 UStG erbringen. Der Leistungsbegriff ist nach Maßgabe des Art. 9 MwStSystRL richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass eine nachhaltig ausgeübte wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen muss. Nachhaltig sind insbesondere nicht nur gelegentliche Geschäfte, wie sie etwa in der Veräußerung entwidmeten Kirchenvermögens vorliegen können.¹⁰⁴ Der Leistungsbegriff zeichnet sich durch eine hinreichend enge Konnexität von Leistung und Entgelt aus, die insbesondere bei Leistungsbeziehungen im Binnenbereich von Körperschaften gegenüber ihren Mitgliedern¹⁰⁵ die Abgrenzung von globalen Subventionen und Zuschüssen erfordert.¹⁰⁶ Der Bundesfinanzhof hatte im Jahr 2008 hier über die Finanzierung einer ausgegliederten juristischen Person aus Haushaltsmitteln einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, genauer gesagt eines Mediendienstleisters aus einer evangelischen Landeskir-

¹⁰² EuGH, U. v. 29.10.2015, Rs. C-174/14 – Saudacor, in: Umsatzsteuer-Rundschau 2015, S. 901. Dazu grundlegend *Thomas Wiesch*, Die umsatzsteuerliche Behandlung der öffentlichen Hand, 2016, S. 208 ff.

¹⁰³ Etwa: *Felix Hammer*, Kriterien öffentlich-rechtlichen Handelns kirchlicher juristischer Personen des Öffentlichen Rechts, in: KuR 2016, S. 37 ff.; *Martin Weber*, Nichtunternehmerisches Handeln der Kirchen im Lichte des § 2b UStG, in: MwStR 2016, S. 818 ff.

¹⁰⁴ Zu den hier möglichen Grenzen der Steuerpflicht: *Englisch*, Umsatzsteuerpflicht kirchlicher Betätigungen (o. Fn. 25), S. 198 ff. Zu den sog. Hilfs-geschäften auch: BMF, Schreiben v. 16.12.2016, in: BStBl. I 2016, S. 1451 ff., Rn. 19 ff.

¹⁰⁵ Dazu: EuGH, U. v. 21.3.2002, Rs. C-174/00, Slg. 2002, I-3293 – Kennemer Golf & Country Club; vgl. auch EuGH, U. v. 29.10.2009, Rs. C-246/08, Slg. 2009, I-10605 – Kommission/Finnland; BFH, in: BStBl. II 2004, S. 675 (676); in: BFH/NV 2009, S. 324 (325); in: BFH/NV 2001, S. 458 (459).

¹⁰⁶ Vgl. Abschnitt 10.2 Abs. 1 UStAE; dazu *Joachim Englisch*, Leistungen rechtlich verselbständigter kirchlicher Werke im kirchlichen Binnenbereich, in: DStR 2011, S. 1692 ff.; *Kube*, Umsatzsteuerpflicht (o. Fn. 25), S. 27 ff.; *Lippross*, Umsatzsteuerliche Folgen (o. Fn. 99), S. 781 ff.; Siehe dazu auch: *ders.*, Umsatzsteuer, 24. Aufl. 2017, Abschnitt 5.2.4.2.; *Christian Korn*, in: *Bunjes/Geist* (o. Fn. 100), 17. Aufl. 2018, § 10, Rn. 60 ff.; *Holger Stadie*, in: *Umsatzsteuergesetz. Kommentar*, hg. von *dems.*, 3. Aufl. 2015, § 1, Rn. 40 ff. m. w. N.

che, zu entscheiden und hat hier eine umsatzsteuerbare und im Ergebnis umsatzsteuerpflichtige Leistungsbeziehung gesehen.¹⁰⁷

25 Das Umsatzsteuerrecht kann in dieser Interpretation der Ausgliederung von einzelnen religionsgemeinschaftlichen Aufgabenfeldern deutliche Hindernisse bereiten. Auch hier kann allerdings zur Begrenzung der potentiellen Umsatzsteuerpflicht einerseits sicher auf die gegenüber der öffentlichen Hand im Übrigen bestehenden religionsverfassungsrechtlich abgesicherten Besonderheiten von Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts hingewiesen werden. Auslagerungsentscheidungen sind regelmäßig Ausfluss ihrer in Art. 137 Abs. 3 WRV i.V.m. Art. 140 GG abgesicherten Organisationshoheit¹⁰⁸ und als Akte der innerreligionsgemeinschaftlichen Aufgabenwahrnehmung prinzipiell der Wettbewerbsrelevanz entzogen, was für eine Engführung der umsatzsteuerbaren Sphäre sprechen könnte.¹⁰⁹ Auf der anderen Seite erweist sich das religionsgemeinschaftliche Selbstbestimmungsrecht als solches gegenüber dem richtlinienrechtlich determinierten Umsatzsteuerrecht als mitgliedstaatliches Verfassungsrecht nur begrenzt berücksichtigungsfähig. Allenfalls ist es nach Maßgabe der Querschnittsnorm des Art. 17 AEUV für die primärrechtskonforme Interpretation der MwStSystRL maßgeblich. Zudem kann auch auf den Schutz der religionsgemeinschaftlichen Organisationsautonomie in der unionsgrundrechtlich gewährleisteten Religionsfreiheit aus Art. 10 Abs. 1 S. 2 EU-GRC sowie aus Art. 9 EMRK verwiesen werden.¹¹⁰

26 Die Unternehmereigenschaft von kirchlichen Einrichtungen knüpft § 2b UStG allein an die Zuordnung der jeweiligen Betätigung zur öffentlichen Gewalt an.¹¹¹ Maßgeblich ist hier nicht nur unionsrechtlich, sondern auch nach Auffassung des Gesetzgebers etwa die materiale Qualifikation der Tätigkeit. Als Tätigkeiten, die einer juristischen Person des öffentlichen Rechts im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen, kommen vielmehr nur solche in Betracht, bei denen die juristische Person des öffentlichen Rechts im Rahmen einer öf-

¹⁰⁷ BFH, in: BStBl. II 2009, S. 397 ff.

¹⁰⁸ Zur Organisationshoheit im Rahmen des Art. 137 Abs. 3 WRV siehe etwa: *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 96), Art. 137 WRV, Rn. 44 ff.; *Mager*, in: von Münch/Kunig (o. Fn. 96), Art. 140, Rn. 30 ff.; *Unruh*, in: Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 96), Art. 137 WRV, Rn. 26 ff.

¹⁰⁹ Dazu *Kube*, Umsatzsteuerpflicht (o. Fn. 25), S. 40 f.

¹¹⁰ Dazu überzeugend *Englisch*, Umsatzsteuerpflicht kirchlicher Betätigungen (o. Fn. 25), S. 216 m. w. N.

¹¹¹ Zum Nachfolgenden auch schon: *Droege*, Körperschaftsstatus und Umsatzsteuerrecht (o. Fn. 24), S. 64 f.

fentlich-rechtlichen Sonderregelung tätig wird.¹¹² Man könnte sagen, dass der überkommene Bereich des Hoheitsbetriebes, der sich durch das der öffentlichen Hand Eigentümliche und Vorbehaltene auszeichnet hat,¹¹³ abgelöst wird durch das der öffentlichen Hand eigentümliche und vorbehaltene Sonderrechtsregime. Die Abgrenzung folgt damit den etablierten dogmatischen Figuren der Abgrenzung insbesondere des Privatrechts vom öffentlichen Recht.¹¹⁴ Der Gesetzesbegründung ist in Bezug auf kirchliche juristische Person des öffentlichen Rechts zu entnehmen, dass auch „besondere kirchenrechtliche Regelungen“ als Sonderrechtsregime anzusehen sind.¹¹⁵ Ausdrücklich werden Betätigungen in Durchführung eines Staatskirchenvertrages bzw. Konkordates als der öffentlichen Gewalt zugehörig qualifiziert.¹¹⁶ Tätigkeiten, die unter den gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen, die für private Wirtschaftsteilnehmer gelten, ausgeübt werden, sind danach keine hoheitliche Aufgabenwahrnehmung.¹¹⁷

Die Suche nach Kriterien öffentlich-rechtlichen Handelns kirchlicher juristischer Personen des öffentlichen Rechts kann deshalb nur am Körperschaftsstatus anknüpfen und von diesem ausgehend versuchen, Fallgruppen kirchlicher Sonderrechtsbetätigungen zu bilden.¹¹⁸ Die körperschaftliche Struktur der Religionsgemeinschaften erlaubt

27

¹¹² Zur Begründung s. EuGH, U. v. 17.10.1989, verbundene Rs. 231/87 und 129/88 – Comune di Carpaneto Piacentino u. a. Dazu: *Hüttemann*, Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand (o. Fn. 68), S. 130; *Roland Ismer / Stefanie Baur-Rückert*, Die Besteuerung der öffentlichen Hand im Spannungsfeld zwischen unionaler Rationalität und mitgliedstaatlicher Freiheit, in: *MwStR* 2016, S. 740 (743).

¹¹³ Etwa RFH, U. v. 9.7.1937 – V D 1/37, in: *RStBl.* 1937, S. 1306 (1307) und U. v. 2.7.1938 – GrS D 5/38, in: *RStBl.* 1938, S. 743.

¹¹⁴ Zu dieser bspw. *Hartmut Maurer / Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 3, Rn. 7 ff. In diesem Zusammenhang etwa: *Hüttemann*, Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand (o. Fn. 68), S. 130 ff.; *Weber*, Nichtunternehmerisches Handeln der Kirchen (o. Fn. 103), S. 819; *Küffner / Rust*, Kirchen im Fokus der Umsatzsteuer (o. Fn. 25), S. 2536.

¹¹⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, in: *BT-Drs.* 18/4902 und *BT-Drs.* 18/6094, S. 91.

¹¹⁶ *BMF*, Schreiben v. 16.12.2016, in: *BStBl.* I 2016, S. 1451, Rn. 10.

¹¹⁷ Siehe: *BFH*, U. v. 5.2.2004, in: *BStBl.* II 2004, S. 795; *BFH*, U. v. 20.8.2009, in: *BStBl.* II 2010, S. 863 und *EuGH*, Slg. 2006, I-4999 – Feuerbestattungsverein Halle. Aus der Lit. nur: *Englisch*, Umsatzsteuerpflicht kirchlicher Betätigungen (o. Fn. 25), S. 204 ff.

¹¹⁸ *Weber*, Nichtunternehmerisches Handeln der Kirchen (o. Fn. 103), S. 818; *Droege*, Körperschaftsstatus und Umsatzsteuerrecht (o. Fn. 24), S. 66 f.

– wie eingangs hervorgehoben – die Gleichsetzung ihrer Betätigung mit der Ausübung öffentlicher Gewalt.¹¹⁹ Hiervon ausgehend ist die Vermutung begründet, dass Betätigungen der Körperschaften jedenfalls dann als öffentliche Gewalt auf Grundlage eines Sonderrechtsregimes zu qualifizieren sind, wenn sie delegierte Hoheitsbefugnisse, die mit der Verleihung des Körperschaftsstatus einhergehen, ausüben.¹²⁰ Betroffen sind damit also Bereiche der Kirchensteuer und ihrer Verwaltung, der Ausübung kirchlicher Personalhoheit, kirchliche Gerichtsbarkeit und insbesondere auch kirchliche Binnenrechtsetzung. Materiell dürfte schließlich eine Vermutung dafürsprechen, dass Religionsgemeinschaften auch den Kernbereich ihres Aufgabenfeldes im Sinne der Wahrnehmung des kirchlichen Auftrages in der Welt auf Grundlage und in Ausübung öffentlicher Gewalt organisieren.¹²¹ Hierin liegt bei funktionaler Betrachtung der wesentliche institutionelle und grundrechtsstützende Gehalt des Körperschaftsstatus.¹²² Darüber hinaus gewährt das religionsgemeinschaftliche Selbstbestimmungsrecht in Gestalt der Ordnung und Regelung der eigenen Angelegenheiten¹²³ aber auch die Freiheit, die Handlungsform, in der der kirchliche Auftrag in der Welt wahrgenommen wird, frei zu bestimmen. Dies gilt auch in Bezug auf horizontale und vertikale Kooperationen, also die Ordnung der Zusammenarbeit kirchlicher Einrichtungen zur Erfüllung einzelner Aufgaben.¹²⁴ Beispiele bilden die Felder der Kooperation im Bereich der Datenverarbeitung oder aber auch die Zusammenarbeit in der Nutzung sonstiger kirchlicher Infrastruktur. Überdies kann sich kirchliche Vermögensverantwortung nicht nur in Gestalt öffentlicher Gewalt auf kirchenrechtlicher Grundlage äußern, sondern es steht den kirchlichen Vermögensträgern natürlich frei, ihre Vermögensverantwortung in den

¹¹⁹ Weber, Nichtunternehmerisches Handeln der Kirchen (o. Fn. 103), S. 818; vgl. auch Ismer / Baur-Rückert, Besteuerung der öffentlichen Hand (o. Fn. 112), S. 743.

¹²⁰ Ismer / Baur-Rückert, ebd.; Hammer, Kriterien öffentlich-rechtlichen Handelns (o. Fn. 103), S. 40 ff.

¹²¹ Hammer, ebd., S. 38 ff.

¹²² BVerfGE 102, 370, Tz. 78.

¹²³ BVerfGE 102, 370, Tz. 78; BVerwG, in: NVwZ 2009, S. 390, Tz. 12; BVerwG, in: NVwZ 2008, S. 1357. Dazu Stefan Koriath, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Losebl. Stand April 2018, Art. 137 WRV, Rn. 17 ff.; Axel Freiherr von Campenhausen / Heinrich de Wall, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 100 ff.; Hammer, Kriterien öffentlich-rechtlichen Handelns (o. Fn. 103), S. 40.

¹²⁴ Weber, Nichtunternehmerisches Handeln der Kirchen (o. Fn. 103), S. 820 ff.; Thomas Küffner / Michael Rust, Reform der Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand, in: DStR 2016, S. 1633 (1642).

Rechtsformen des Privatrechts bürgerliche Geltung zu verleihen.¹²⁵ Soweit diese privatrechtlichen Betätigungen nicht ausnahmsweise funktional in die Ausübung öffentlicher Gewalt eingegliedert sind, folgt ihre umsatzsteuerliche Behandlung den allgemeinen Grundsätzen der Besteuerung privater Unternehmer. Im kirchlichen Bereich sind danach auch Aufgaben, die der Glaubensverkündigung dienen oder einen engen Bezug zu ihr haben, dann grundsätzlich umsatzsteuerbar, wenn sie auf privatrechtlicher Grundlage gegen Entgelt vorgenommen werden, man denke etwa an entgeltliche Exerzitien, Fortbildungsveranstaltungen u. s. w.

Die Zuordnung von Betätigungen zur öffentlichen Gewalt hat ihre Nichtumsatzsteuerbarkeit allerdings nur dann zur Folge, wenn durch sie nicht größere Wettbewerbsverzerrungen begründet werden. Anders als in der überkommenen Abgrenzung des Hoheitsbetriebes steht damit prinzipiell der gesamte Hoheitsbereich auch kirchlicher juristischer Personen des öffentlichen Rechts unter einem Wettbewerbsvorbehalt und unter dem Vorbehalt der Besteuerung.¹²⁶ Die in traditioneller Diktion den Kirchen „eigentümlichen und vorbehaltenen“ Bereiche, etwa von Verkündigung und Seelsorge, sind damit steuerlich gerade nicht mehr „nicht relevant“.¹²⁷ Die Finanzverwaltung hat zutreffend darauf hingewiesen, dass insoweit auf die Marktrelevanz der Betätigung einer juristischen Person abzustellen ist.¹²⁸ Eine Marktrelevanz soll in erster Linie anhand der Art der erbrachten Leistung festzustellen sein. Zwei Leistungen sind dann gleichartig und stehen in einem Wettbewerbsverhältnis, wenn sie aus der Sicht des Durchschnittsverbrauchers dieselben Bedürfnisse befriedigen.¹²⁹ Für die Beurteilung der Vergleichbarkeit von Leistungen sind auch die Auswirkungen der rechtlichen Rahmenbedingungen ihrer Erbringung zu berücksichtigen.¹³⁰ Der Gesetzgeber hat die Sphäre der Umsatzsteuerbarkeit in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der größeren Wettbewerbsverzerrungen auch quantitativ näher bestimmt. Nach Maßgabe des § 2b Abs. 2 Nr. 1 UStG liegen diese nicht vor, wenn der von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts im

28

¹²⁵ Michael Droege, Vermögensverwaltungsrecht (§ 27), in: HEKR, Rn. 36 ff.; Germann, Kirchliche Vermögensverantwortung (o. Fn. 98), S. 69 ff.

¹²⁶ Droege, Körperschaftsstatus und Umsatzsteuerrecht (o. Fn. 24), S. 67.

¹²⁷ So aber Rausch, Besteuerung der Kirchen (o. Fn. 1), Rn. 20.

¹²⁸ BMF, Schreiben v. 16. 12. 2016, in: BStBl. I 2016, S. 1451, Rn. 23 ff.

¹²⁹ BMF, ebd., Rn. 24.

¹³⁰ BMF, ebd., Rn. 26. Mit zahlreichen Beispielen aus dem kirchl. Kontext: Weber, Nichtunternehmerisches Handeln der Kirchen (o. Fn. 103), S. 825 ff.

Kalenderjahr aus gleichartigen Tätigkeiten erzielte Umsatz voraussichtlich 17.500 € nicht übersteigen wird. Unionsrechtlich ist der Begriff der größeren Wettbewerbsverzerrung zwar autonom zu interpretieren, nimmt aber an der Eigenschaft allen Richtlinienrechts teil, auch insofern der mitgliedstaatlichen Umsetzung und Konkretisierung zugänglich zu sein.¹³¹ Ausgeschlossen ist eine größere Wettbewerbsverzerrung schließlich dann, wenn nach Maßgabe des § 2b Abs. 2 Nr. 2 UStG entsprechende Leistungen eines Privaten ohne Optionsrecht steuerbefreit sind.¹³²

- 29** Für das weite Feld der innerkirchlichen Kooperationsbeziehungen und der Auslagerung kirchlicher Aufgaben auf andere kirchliche Verwaltungsträger ist § 2b Abs. 3 UStG maßgeblich. § 2b UStG verneint das Vorliegen einer größeren Wettbewerbsbeeinträchtigung bei bestimmten Tätigkeiten, die gegenüber einer anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts erbracht werden.¹³³ Gemäß § 2b Abs. 3 S. 1 UStG liegen größere Wettbewerbsverzerrungen insbesondere nicht vor, sofern eine Leistung an eine andere juristische Person des öffentlichen Rechts ausgeführt wird, wenn die Leistungen aufgrund gesetzlicher Bestimmungen nur von juristischen Personen des öffentlichen Rechts erbracht werden dürfen (Nr. 1) oder die Zusammenarbeit durch gemeinsame spezifische öffentliche Interessen bestimmt wird (Nr. 2).¹³⁴ Dies soll gemäß § 2b Abs. 3 Nr. 2 S. 2 lit. a–d UStG regelmäßig der Fall sein, wenn – kumulativ¹³⁵ – die Leistungen auf langfristigen öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen beruhen, sie dem Erhalt der öffentlichen Infrastruktur und der Wahrnehmung einer allen Beteiligten obliegenden öffentlichen Aufgabe dienen, sie ausschließlich gegen Kostenerstattung erbracht werden und der Leistende gleichartige Leistungen im Wesentlichen an andere juristische

¹³¹ EuGH, U. v. 16.9.2008 (o. Fn. 63); siehe bereits EuGH, U. v. 17.10.1989 (o. Fn. 112).

¹³² Der Gesetzgeber greift hier die Möglichkeit des Art. 13 Abs. 2 MwSt-SystRL auf. Vgl. auch BMF, Schreiben v. 16.12.2016, in: BStBl. I 2016, S. 1451, Rn. 38 ff.

¹³³ Dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, in: BT-Drs. 18/4902 und BT-Drs. 18/6094, S. 91 f.

¹³⁴ Zur Frage der Unionsrechtskonformität der Norm hier einerseits und verneinend: *Hüttemann*, Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand (o. Fn. 68), S. 136; *Holger Stadie*, in: Günter Rau/Erich Dürnwächter (Hg.), Kommentar zum Umsatzsteuergesetz, Stand Juli 2018, § 2b, Rn. 346, unter Hinweis auf EuGH, U. v. 29.10.2015 (o. Fn. 102), S. 901, und andererseits *Droege*, Körperschaftsstatus und Umsatzsteuerrecht (o. Fn. 24), S. 74 f.

¹³⁵ BMF, Schreiben v. 16.12.2016, in: BStBl. I 2016, S. 1451, Rn. 45.

Personen des öffentlichen Rechts erbringt. § 2b Abs. 3 Nr. 1 UStG bewegt sich auf bekannten, unionsrechtlich angelegten Pfaden mangelnder Wettbewerbsrelevanz bei „schon gegenständlich marktfernen“ Tätigkeiten.¹³⁶ Neuland hat der Gesetzgeber dagegen mit dem Ausschluss von größeren Wettbewerbsverzerrungen nach § 2b Abs. 3 Nr. 2 UStG für den Fall betreten, dass eine Leistung an eine andere juristische Person ausgeführt wird, wenn die Zusammenarbeit „durch gemeinsame spezifische öffentliche Interessen“ bestimmt wird. Wann dies regelmäßig der Fall ist, regelt § 2b Abs. 3 Nr. 2 S. 2 UStG nämlich unter Rückgriff auf Kriterien, die ursprünglich von der Rechtsprechung des EuGH im Kontext der Vergabefreiheit von Verträgen im Rahmen einer Verwaltungskooperation (sog. *In-State-Ausnahme*)¹³⁷ entwickelt wurden¹³⁸ und die nunmehr vom Unionsrechtssetzer in Gestalt des Art. 12 RL 2014/24/EU, die Vorgaben der Rechtsprechung erweiternd, kodifiziert wurden.¹³⁹ Die Kooperationsbeziehungen zwischen kirchlichen juristischen Personen des öffentlichen Rechts werden sich häufig als durch gemeinsame spezifische Interessen bestimmt darstellen. Hier greift die Auftragsbindung

¹³⁶ Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, in: BT-Drs. 18/6094, S. 91.

¹³⁷ Zum Begriff: *Jan Ziekow / Thorsten Siegel*, Public Public Partnerships und Vergaberecht: Vergaberechtliche Sonderbehandlung der „In-State-Geschäfte“?, in: *VerwArch* 96 (2005), S. 119 (126).

¹³⁸ Nur EuGH, U. v. 9. 6. 2009, Rs. C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg; zuletzt: EuGH, U. v. 19. 12. 2012, Rs. C-159/11 – Lecce; EuGH, U. v. 13. 6. 2013, Rs. C-386/11 – Piepenbrock. Aus der Literatur zur Entscheidung in der Rs. Stadtreinigung Hamburg nur: *Carsten Jennert*, Das Urteil „Parking Brixen“: Übernahme des Betriebsrisikos als rechtssicheres Abgrenzungsmerkmal für die Dienstleistungskonzession?, in: *NZBau* 2005, S. 623–626; *Christoph Just*, Von Halle über Brixen und Brabant nach Hamburg – Zu den Grenzen der vergabefreien Inhousegeschäfte, 10 Jahre nach „Teckal“, in: *EuZW* 2009, S. 879; *Christoph von Donat / Julia Lipinsky*, „Stadtreinigung Hamburg“ – ein Sieg für die interkommunale Kooperation, in: *KommJur* 2009, S. 361; *Holger Schröder*, Die Direktvergabe im straßengebundenen ÖPNV – Selbsterbringung und interne Betreiberschaft, in: *NVwZ* 2010, S. 862; *Stephan Tomerius*, Zu den Ausschreibungspflichten bei der interkommunalen Kooperation – Neues vom EuGH, in: *LKV* 2009, S. 395. Siehe auch: *Dirk Ehlers*, B. Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben, in: *Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen*, hg. von Gabriele Wurzel / Alexander Schraml / Ralph Becker, 3. Aufl. 2015, Rn. 44 ff.

¹³⁹ Vgl. auch: *Ferdinand Wollenschläger*, § 6 Wettbewerbliche Vorgaben für öffentliche Unternehmen, in: *Öffentliches Wettbewerbsrecht*, hg. von Gregor Kirchhof / Stefan Magen / Stefan Korte, 2014, Rn. 53; *Bernhard Wegener*, in: *Vergaberecht*, hg. von Herrmann Pünder / Martin Schekenberg, 2. Aufl. 2015, § 99 GWB, Rn. 31 m. w. N.

kirchlichen Handelns.¹⁴⁰ Im Kontext des Tatbestandsmerkmals des Erhalts der öffentlichen Infrastruktur hebt die Finanzverwaltung so auch ausdrücklich auf Infrastrukturen der Verkündigung und Seelsorge sowie die hierfür genutzten öffentlichen Sachen ab.¹⁴¹ Insoweit dürfte die Reichweite der Kirchengutsgarantie des Art. 138 Abs. 2 WRV i. V. m. Art. 140 GG¹⁴² heranzuziehen sein. Auszugestalten sind sie auf möglichst langfristigen öffentlich-rechtlichen bzw. hier kirchenrechtlichen Vereinbarungen.¹⁴³ Sicherzustellen ist bei der Entgeltgestaltung, dass die Grenze der Kostenerstattung nicht überschritten wird.¹⁴⁴ Und schließlich ist die Kooperation markt- bzw. konkurrenzfern auszugestalten in der Weise, dass in der Kooperation erbrachte Leistungen nicht auch an Private bzw. nur im Wesentlichen an juristische Personen des öffentlichen Rechts erbracht werden.¹⁴⁵ Die Norm öffnet hier erhebliche Freiräume der „kirchlich institutionalisierten Kooperation“¹⁴⁶.

- 30 Im Rahmen der Umsatzsteuerbarkeit sind für religionsgemeinschaftliche Aktivitäten auch zahlreiche tätigkeitsbezogene Umsatzsteuerbefreiungen relevant.¹⁴⁷ Leistungen im Zusammenhang mit dem Betrieb von Einrichtungen zur Pflege von körperlich, geistig oder seelisch hilfsbedürftigen Menschen sind steuerfrei nach § 4 Nr. 16 UStG.¹⁴⁸ § 4 Nr. 18 UStG befreit die Leistungen der kirchlichen Wohlfahrtsverbände, insbesondere des diakonischen Werkes der evangelischen Kirche und des Caritasverbandes.¹⁴⁹ Für kirchliche Akademien ist die Steuerfreiheit von Vorträgen, Kursen und anderen Veranstaltungen belehrender Art nach Maßgabe des § 4 Nr. 22 lit. a

¹⁴⁰ Droege, Vermögensverwaltungsrecht (o. Fn. 125), Rn. 51.

¹⁴¹ BMF, Schreiben v. 16.12.2016, in: BStBl. I 2016, S. 1451, Rn. 48.

¹⁴² Zu jener: Stefan Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 123), Art. 138 WRV, Rn. 16 ff.; v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 123), S. 269 ff.

¹⁴³ Regeldauer: 5 Jahre. Vgl. BMF, Schreiben v. 16.12.2016, in: BStBl. I 2016, S. 1451, Rn. 47.

¹⁴⁴ BMF, ebd., Rn. 51.

¹⁴⁵ BMF, ebd., Rn. 54.

¹⁴⁶ Rausch, Besteuerung der Kirchen (o. Fn. 1), Rn. 82 ff., 94 ff. mit einigen Beispielen.

¹⁴⁷ Hierzu im Überblick nur: Rausch, ebd., Rn. 124 ff.

¹⁴⁸ Christian Sterzinger, in: Das große Umsatzsteuer-Handbuch, hg. von Wolfgang Birkenfeld / Christoph Wäger, Losebl. Stand August 2018, § 98, Rn. 116 ff.; Stadie, in: UStG (o. Fn. 106), § 4 Nr. 16, Rn. 1 ff.

¹⁴⁹ Sterzinger, in: Umsatzsteuer-Handbuch (o. Fn. 148), § 98, Rn. 40 ff.; Stadie, in: UStG (o. Fn. 106), § 4 Nr. 18, Rn. 1 ff.

UStG einschlägig.¹⁵⁰ Die Vermietung und Verpachtung von kirchlichen Immobilien schließlich ist grundsätzlich nach § 4 Nr. 12 UStG steuerbefreit.¹⁵¹ Steuerfrei sind zudem medizinische Behandlungen und damit verbundene Umsätze im kirchlichen Krankenhäusern nach Maßgabe des § 4 Nr. 14 lit. b UStG.¹⁵² Soweit es sich um Leistungen von Körperschaften handelt, die ausschließlich unmittelbar kirchliche Zwecke im Sinne des § 54 AO verfolgen, kommt der ermäßigte Steuersatz in § 12 Abs. 2 Nr. 8 lit. a UStG zur Anwendung, soweit diese Leistungen nicht im Rahmen wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe erbracht werden.¹⁵³ Zudem ist der Rückgriff der MwStSystRL und damit auch auf das weite Feld der gemeinwohldienlichen Tätigkeiten im Sinne des Art. 132 MwStSystRL möglich.¹⁵⁴ Gerade im Bereich der innerkirchlichen Kooperation könnte hier die Figur der „cost-sharing-group“ nach Art. 132 Abs. 1 lit. f MwStSystRL die Umsatzsteuerfreiheit von Leistungen einer zentralen Verwaltungseinheit an dezentrale Einheiten wie Kirchengemeinden begründen.¹⁵⁵ Zwar erstreckt sich die Befreiung nur auf Dienstleistungen gegen Kostenerstattung¹⁵⁶ an die Mitglieder des „cost-sharing“-Zusammenschlusses¹⁵⁷, die unmittelbar nicht umsatzsteuerbaren oder steuerbefreiten Tätigkeiten dieser dienen, und wird zudem unter einem Wettbewerbsvorbehalt gestellt;¹⁵⁸ diesen interpretiert der EuGH in seiner Rechtsprechung aber großzügiger als den Wettbewerbsvorbehalt im Kontext des Art. 13 MwStSystRL.¹⁵⁹

¹⁵⁰ Näher: *Englisch*, Umsatzsteuerpflicht kirchlicher Betätigungen (o. Fn. 25), S. 209. Siehe auch: BFH, U. v. 27. 4. 2006, BStBl. II 2007, S. 16.

¹⁵¹ *Stadie*, in: UStG (o. Fn. 106), § 4 Nr. 12, Rn. 1 ff.

¹⁵² *Stadie*, ebd., § 4 Nr. 12, Rn. 1 ff.

¹⁵³ *Stadie*, ebd., § 12, Rn. 63 ff.

¹⁵⁴ Zur unmittelbaren Anwendbarkeit nur: EuGH, Schlussanträge v. 1. 3. 2017, C-326/15 – DNB Banka AS, in: Mehrwertsteuerrecht 2017, S. 375, Rn. 15 ff.

¹⁵⁵ Für den Hinweis auf Art. 132 Abs. 1 lit. f. danke ich Herrn Kanzler Prof. Dr. Felix Hammer, Diözese Rottenburg-Stuttgart herzlich. Hierzu auch: *Küffner / Rust*, Umsatzsteuerrecht (o. Fn. 67), Rn. 369 ff.

¹⁵⁶ Zuletzt: EuGH, Schlussanträge v. 1. 3. 2017 (o. Fn. 154); siehe auch zu einem vergleichbaren Fall: EuGH, U. v. 4. 5. 2017, Rs. C-274/15 – Luxemburg.

¹⁵⁷ Hierzu: EuGH, U. v. 11. 12. 2008, Rs. C-407/07 – Stichting Centraal.

¹⁵⁸ *Martin Schmitz / Christian Möser*, Zusammenarbeit der öffentlichen Hand in Cost-Sharing-Groups, in: Mehrwertsteuerrecht 2015, S. 480 (481 ff.); *Christian Lohse*, in: Rau / Dürnwächter (o. Fn. 134), Art. 132 MwStSystRL.

¹⁵⁹ Nur: EuGH, U. v. 20. 11. 2003, Rs. C-8/01 – Taksatorring. Vgl. auch: *Martin Schmitz / Christian Möser*, Zusammenarbeit der öffentlichen Hand (o. Fn. 128), S. 485 ff. m. w. N.

*f) Sonstige Steuern, insbesondere kommunale
Verbrauch- und Aufwandsteuern*

- 31** Tätigkeitsspezifische Befreiungen zugunsten gemeinnütziger Körperschaften gewähren auch § 57 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 lit. c des Energiesteuergesetzes, § 3 Nr. 5, 5a des Kraftfahrzeugsteuergesetzes¹⁶⁰ und § 18 Nr. 2 lit. a des Rennwett- und Lotteriegesetzes.¹⁶¹ Zudem finden sich in den Vergnügungsteuergesetzen einiger Bundesländer und in den diese ausfüllenden Vergnügungssteuersatzungen der Kommunen persönliche Steuerbefreiungen bzw. Steuerbefreiungen für Veranstaltungen, die gemeinnützigen Zwecken dienen.¹⁶²

III. Kirchen- und Religionsförderung im Gemeinnützigkeitsrecht

1. Kirche, Religion, Mildtätigkeit als förderungswürdige Zwecke

- 32** Religionsgemeinschaften kommen als Körperschaften des öffentlichen Rechts zudem in den Genuss zahlreicher allgemeiner Steuerbefreiungen wegen Gemeinnützigkeit, die gemeinnützigen Körperschaften im Sinne der §§ 51 ff. AO gewährt werden. Steuerbefreiungen wegen Gemeinnützigkeit finden sich etwa in § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG, § 3 Nr. 6, 20 GewStG, § 4 Nr. 18, 16, 22 UStG, § 12 Abs. 2 Nr. 8 UStG, § 13 Abs. 1 Nr. 16 lit. b, Nr. 17 ErbStG und § 3 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GrStG. Das geltende Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht zeichnet

¹⁶⁰ Zu den Befreiungstatbeständen für Einsatzfahrzeuge der Feuerwehren und Rettungsdienste nach § 3 Nr. 5 KraftStG sowie für humanitäre Hilfsgütertransporte ins Ausland nach § 3 Nr. 5a KraftStG im Einzelnen: *Ralf Rasche*, Besondere Verkehrssteuern, in: Handbuch der Gemeinnützigkeit (o. Fn. 6), § 12, Rn. 30 ff.

¹⁶¹ Näher dazu: *Wallenhorst / Halaczinsky*, in: Besteuerung (o. Fn. 6), Kap. P.

¹⁶² Z. B.: Befreiung von der Vergnügungssteuer: § 3 Nr. 1 der Vergnügungssteuersatzung der Stadt Worms v. 15.12.2011, veröff. im Amtsblatt Nr. 51 der Stadt Worms v. 23.12.2011; § 2 Nr. 2, 3 der Vergnügungssteuersatzung der Stadt Düsseldorf v. 21.11.2005, veröff. im Amtsblatt Nr. 47 der Stadt Düsseldorf v. 26.11.2005; § 2 Nr. 2, 3 der Vergnügungssteuersatzung der Stadt Oberhausen v. 12.7.2010, veröff. im Amtsblatt für die Stadt Oberhausen Nr. 15/2010 v. 2.8.2010, S. 169 ff.; § 2 Nr. 3, 4 der Vergnügungssteuersatzung der Stadt Lüneburg v. 12.12.1985 i. d. F. v. 27.1.2012, veröff. im Amtsblatt für den Landkreis Lüneburg v. 2.2.2012, S. 16 ff.

sich durch vier wesentliche Strukturen aus:¹⁶³ Zum Ersten ist es auf transpersonale Ziele ausgerichtet, ist also Zweckverwirklichungsrecht. Zum Zweiten arbeitet es mit der Erwartung altruistischer Motivation, fügt also dem externen Handlungsziel die Selbstlosigkeit als ein gleichsam internes Tatbestandsmerkmal hinzu. Zum Dritten steht die Qualifikation eines Zweckes als gemeinnützig in scharfer Entgegensetzung zu wirtschaftlichen Zwecken, namentlich zum Gewinnstreben.¹⁶⁴ Regelmäßig gehen die gemeinnützigen Körperschaften ihrer Vergünstigungen verlustig, soweit sie wirtschaftliche Geschäftsbetriebe unterhalten, es sei denn, diese dienen als Zweckbetriebe wiederum dazu, die satzungsgemäßen Zwecke der steuerbegünstigten Körperschaft zu verwirklichen (§ 65 AO).¹⁶⁵ Zum Vierten schließlich ist das Gemeinnützigkeitsrecht rechtsformfixiert. Durch die Anknüpfung an das Körperschaftsteuergesetz steht gemeinnützigen Akteuren nur ein abgeschlossener Kreis an Rechtsformen zur Verfügung (§ 51 Abs. 1 S. 2 AO i.V.m. § 1 Abs. 1 KStG); regelmäßig sind sie als Verein, Stiftung, GmbH und seltener als Aktiengesellschaft verfasst. Es steht damit auch und gerade kirchlich gebundenen Organisationen, die selbst nicht als Körperschaften verfasst sind, sondern eigene Rechtspersönlichkeit (zumindest im steuerrechtlichen Sinne) aufweisen, offen. Im Gemeinnützigkeitsrecht honoriert der Steuerstaat altruistisches Engagement für das Gemeinwohl. Es legitimiert sich als steuerrechtliche Förderung bürgerschaftlichen Engagements, religiöse Organisationen und Religionsgemeinschaften werden steuerrechtlich insoweit als Akteure der Zivilgesellschaft erfasst.

Aus dem weiten Kanon möglicher gemeinnütziger Zwecke im Sinne der § 52 Abs. 2, §§ 53 und 54 AO sollen die wichtigsten Kernbestimmungen für Religionsgemeinschaften und ihre Umfeldorganisationen hervorgehoben werden. Unmittelbar verfassungsgeleitet ist

33

¹⁶³ Siehe auch die Darstellung von *Rainer Hüttemann*, Grundprinzipien des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts, in: *DStJG* 26 (o. Fn. 6), S. 49 ff.; *Droege*, Gemeinnützigkeit (o. Fn. 6), S. 112 ff.; *Joachim Lang*, Gemeinnützigkeitsabhängige Steuervergünstigungen, in: *StuW* 1987, S. 221 (231).

¹⁶⁴ Bundesverband deutscher Stiftungen, Projektgruppe „Reform des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts, Stiftungsinfo 01-2006; vgl. auch *Lang*, Gemeinnützigkeitsabhängige Steuervergünstigungen (o. Fn. 163), S. 235.

¹⁶⁵ Umfassend: *Christoph Franz*, Grundlagen der Besteuerung gemeinnütziger Körperschaften bei wirtschaftlicher Betätigung, 1991; *Rainer Hüttemann*, Wirtschaftliche Betätigung und steuerliche Gemeinnützigkeit, 1991; *Ulrich Herbert*, Der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb des gemeinnützigen Vereins, 1988. Siehe auch: *Thomas Fritz*, Aufnahme, Strukturwandel und Beendigung wirtschaftlicher Tätigkeiten von gemeinnützigen Körperschaften, 2003.

der Begriff der Förderung der Religion nach Maßgabe des § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AO, der alle Erscheinungsformen des Transzendenten erfasst. Religion beinhaltet die Frage nach Gott, nach Deutung der Welt, nach Lebenssinn und Wert, nach Normen sittlichen Handelns.¹⁶⁶ Insoweit ist maßgeblich auf das Verständnis der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften abzustellen.¹⁶⁷ Im Rahmen des § 52 AO können kirchliche Umfeldorganisationen und Religionsgemeinschaften daneben unterschiedlichste säkulare Gemeinwohlziele verfolgen; kirchliche Hochschulen dienen so der Förderung von Wissenschaft und Forschung, Einrichtungen der Caritas und Diakonie dienen der Förderung des Gesundheitswesens, der Jugend und Altenhilfe, kirchliche Museen können die Förderung von Kunst und Kultur bezwecken, Stiftungen wiederum die Förderung des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege, während kirchliche Träger der Völkerverständigung im Sinne des § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 13 AO dienen können; kirchliche (Konflikt-)Beratungsstellen können der Förderung des Schutzes von Ehe und Familie im Sinne des § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 19 AO dienen.¹⁶⁸

- 34** Kirchliche Caritas und Diakonie verfolgen in der Regel mildtätige Zwecke im Sinne des § 53 AO und liegen damit in einem Kernbereich selbstloser Gemeinwohlförderung.¹⁶⁹ Religionsgemeinschaften können aber nicht nur externe Gemeinwohlziele verfolgen, ihre Tätigkeit selbst ist ein Gemeinwohlbelang, den der Steuergesetzgeber fördert. Das institutionelle Arrangement des Religionsverfassungsrechts findet einfachgesetzlich im Steuerrecht so in Gestalt des § 54 AO und der Förderung kirchlicher Zwecke seine Entsprechung. Nach § 54 AO verfolgt eine Körperschaft kirchliche Zwecke, wenn ihre Tätigkeit darauf gerichtet ist, eine Religionsgemeinschaft, die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, selbstlos zu fördern.¹⁷⁰ Hiernach sind privatrechtliche Körperschaften, die die Tätigkeiten der Kirchen fördern, selbst wegen Verfolgung kirchlicher Zwecke steuerbefreit. § 54 AO stellt damit auf einen bestimmten Organisationszusammenhang zu einer Körperschaft ab.¹⁷¹ § 54 Abs. 2 AO enthält eine nicht abschlie-

¹⁶⁶ BFH, in: BStBl. II 2000, S. 533.

¹⁶⁷ Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht (o. Fn. 6), Rz. 3.91.

¹⁶⁸ Zu all diesen Zwecken im Überblick Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht (o. Fn. 6), Rz. 3.79.

¹⁶⁹ Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht (o. Fn. 6), Rz. 3.157 m. w. N.

¹⁷⁰ Hüttemann, ebd., Rz. 3.177.

¹⁷¹ Unabhängige Sachverständigenkommission, Gutachten, S. 102; Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht (o. Fn. 6), Rz. 3.177 m. w. N.

ßende Aufzählung von Fördermaßnahmen, die als Verfolgung kirchlicher Zwecke anzusehen sind. Hierzu zählen etwa die Errichtung, Ausschmückung und Unterhaltung von Gotteshäusern und kirchlichen Gemeindehäusern, die Abhaltung von Gottesdiensten, die Ausbildung von Geistlichen, die Erteilung von Religionsunterricht, die Beerdigung und die Pflege des Andenkens der Toten, ferner die Verwaltung des Kirchenvermögens, die Besoldung der Geistlichen, Kirchenbeamten und Kirchendiener, die Alters- und Behindertenversorgung für diese Personen und die Versorgung ihrer Witwen und Waisen.¹⁷² Schon diese Aufzählung verweist auf eine unmittelbare Förderung der Religionsgemeinschaften als Körperschaften. Damit reichen bloße Mittelbeschaffungsbetriebe, wie zum Beispiel die Durchführung von Kirchenbesichtigungen oder Kirchturbesteigungen¹⁷³ bzw. der Verkauf von Messwein¹⁷⁴ zur Annahme eines kirchlichen Zwecks im Sinne des § 54 AO nicht aus.¹⁷⁵

2. Sicherstellung der Zweckverfolgung – Ausschließlichkeit, Unmittelbarkeit, Selbstlosigkeit

Mit der Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit sind erhebliche Anforderungen an die tatsächliche Geschäftsführung der gemeinnützigen Körperschaften und an die Bindung ihres Vermögens verbunden. Das Selbstlosigkeitsgebot verlangt nach § 55 Abs. 1 AO, dass die Körperschaft „nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke“ verfolgt. Dies setzt insbesondere voraus, dass die zur gemeinnützigen Zweckverfolgung bestimmten Mittel zeitnah verwandt werden (siehe § 55 Abs. 1 Nr. 1–5, Abs. 2, 3 AO).¹⁷⁶ Der Grundsatz der Ausschließlichkeit wiederum erfordert, dass eine Körperschaft nur ihre steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke verfolgt.¹⁷⁷ Der Gemeinnüt-

35

¹⁷² Diese und weitere Beispiele bei: *Andreas Musil*, in: Walter Hübschmann / Ernst Hepp / Armin Spitaler (Hg.), *Abgabenordnung. Finanzgerichtsordnung. Kommentar*, Losebl. Stand Mai 2017, § 54, Rn. 29 ff.

¹⁷³ RFH, in: RStBl. 1938, S. 1189; RFH, in: RStBl. 1939, S. 910.

¹⁷⁴ Oberster Finanzhof, 12. 2. 1946, in: FR 1946, S. 6 ff.

¹⁷⁵ Siehe zur Abgrenzung auch: *Gersch*, in: Klein / Orlopp (o. Fn. 48), § 54, Rn. 4; *Schön*, *Kirchliche Hoheitsbetriebe* (o. Fn. 57), S. 701 ff.

¹⁷⁶ Zur Selbstlosigkeit nur: *Droege*, *Gemeinnützigkeit* (o. Fn. 6), S. 198 ff.; *Johanna Hey*, in: Tipke / Lang (o. Fn. 12), § 20, Rn. 5; *Lang*, *Gemeinnützigkeitsabhängige Steuervergünstigungen* (o. Fn. 163), S. 235.

¹⁷⁷ Zur Ausschließlichkeit und ihren Durchbrechungen in § 58 AO: *Hüttemann*, *Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht* (o. Fn. 6), Rz. 4.18 ff.; *Gersch*, in: Klein / Orlopp (o. Fn. 48), § 58, Rn. 1 ff. m. w. N.

zigkeitsstatus ist insoweit ein totaler Rechtsstatus, weswegen die notwendig auch egoistischen natürlichen Personen von ihm ausgeschlossen sind und auf das Spendenrecht verwiesen werden.¹⁷⁸ Das Unmittelbarkeitsprinzip hingegen ist nur dann erfüllt, wenn die steuerbegünstigte Körperschaft ihre Zwecke selbst verwirklicht, was insbesondere der Einschaltung von Hilfspersonen im Rahmen des § 57 AO und Ausgliederungsprozessen gemeinnützigkeitsrechtliche Grenzen setzt.¹⁷⁹ Schließlich werden diese materiellen Gebote flankiert durch den Grundsatz der gegenwartsnahen Zweckverfolgung, der in § 55 Abs. 1 Nr. 5 S. 1 AO seinen Ausdruck gefunden hat.

- 36** Diese materiellen Kriterien des Gemeinnützigkeitsrechts werden ergänzt durch das formelle Kriterium der satzungsmäßigen Vermögensbindung nach Maßgabe des § 60 AO.¹⁸⁰ Die Zuerkennung des Gemeinnützigkeitsstatus, an den auch die Spendenempfangsberechtigung geknüpft ist, erfolgt in einem ausdrücklichen förmlichen Verfahren der Prüfung der satzungsmäßigen Voraussetzungen nach Maßgabe des § 60a AO.¹⁸¹

3. Sphären der Gemeinnützigkeit

- 37** Als wesentliches Strukturmerkmal des Gemeinnützigkeitsrechts ist der Gegensatz zur wirtschaftlichen Betätigung anzuführen. Die scharfe Grenzziehung zwischen der Verfolgung gemeinnütziger

¹⁷⁸ Zum Ausschluss natürlicher Personen: Droege, Gemeinnützigkeit (o. Fn. 6), S. 202 ff.

¹⁷⁹ Droege, ebd., S. 187 ff.; Gersch, in: Klein/Orlopp (o. Fn. 48), § 57, Rn. 1 ff. m. w. N.; Koenig, in: Abgabenordnung (o. Fn. 48), § 57, Rn. 2; Klaus Tipke, in: ders./Heinrich Wilhelm Kruse (Hg.), Abgabenordnung. Finanzgerichtsordnung. Kommentar, Losebl. Stand August 2018, § 57, Rn. 1 ff.

¹⁸⁰ Ergänzung bzw. Konkretisierung der formellen Voraussetzungen durch das Kriterium der satzungsmäßigen Vermögensbindung in § 61 AO, vgl. u. a. BFH, in: BStBl. 1979, S. 482; in: BStBl. 1997, S. 794; in: BStBl. 2004, S. 798; in: BFH/NV 1992, S. 695; Gersch, in: Klein/Orlopp (o. Fn. 48), § 60, Rn. 1; Koenig, in: Abgabenordnung (o. Fn. 48), § 60, Rn. 2.

¹⁸¹ Siehe zum Anerkennungsverfahren und dem Ehrenamtsstärkungsgesetz: Stephan Schauhoff/Christian Kirchhain, Steuer- und zivilrechtliche Neuerungen für gemeinnützige Körperschaften und deren Förderer, in: FR 2013, S. 301 ff.; Robert Schütz/Julia Runte, Das Ehrenamtstärkungsgesetz – neue Impulse für den Non-Profit-Bereich?, in: DStR 2013, S. 1261 ff.; Elke Volland, Auswirkungen des Ehrenamtsstärkungsgesetzes auf Stiftungen und (andere) gemeinnützige Organisationen, in: Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge 2013, S. 320 ff.; Klaus Zimmermann, Die Entwicklung des Stiftungsrechts 2013, in: NJW 2013, S. 3557 ff.

Zwecke und wirtschaftlicher Zwecke basiert auf dem Gedanken der Wettbewerbsneutralität der Besteuerung.¹⁸² Die Dogmatik und der Gesetzgeber bemühen zur Abgrenzung ein Sphärenmodell.¹⁸³ Im Kern der als gemeinnützig anerkannten Tätigkeit liegt die Betätigung innerhalb der Idealsphäre. Diese wird umschlossen von dem Bereich der steuerungsneutralen reinen Vermögensverwaltung. Betreibt die gemeinnützige Körperschaft jenseits der Vermögensverwaltung wirtschaftliche Betriebe, so unterliegen diese dann keiner Besteuerung, wenn es sich um Zweckbetriebe handelt. Letztere sind in den §§ 65–68 AO nicht immer widerspruchsfrei ausgestaltet und nur unter den engen Voraussetzungen des § 65 Nr. 1–3 AO anzuerkennen. Ein Zweckbetrieb setzt voraus, dass der Betrieb in seiner Gesamtrichtung dazu dient, den steuerbegünstigten Zweck zu verwirklichen, dass der Zweck nur durch einen solchen Betrieb erreicht werden kann und dass er zu nicht begünstigten Betrieben derselben oder ähnlicher Art nicht in größerem Umfang in Wettbewerb tritt. Auch hier trägt der Gesetzgeber dem Gedanken der Wettbewerbsneutralität besonders Rechnung¹⁸⁴ und ebnet mit der Mitbewerber schützenden Norm des § 65 Abs. 1 Nr. 3 AO den Weg zur Konkurrentenklage.¹⁸⁵ In der letzten Schale des Sphärenmodells ist der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb angesiedelt. Hier verliert die gemeinnützige Körperschaft für die dem Geschäftsbetrieb zuzuordnenden Besteuerungsgrundlagen die Steuervergünstigung (§ 64 Abs. 1 AO) und ist insoweit partiell steuerpflichtig.

¹⁸² Zur Abgrenzung etwa: *Hüttemann*, Grundprinzipien des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts (o. Fn. 163), S. 68 ff.; *Seer/Wolsztynski*, Steuerrechtliche Gemeinnützigkeit der öffentlichen Hand (o. Fn. 59), S. 87 f.

¹⁸³ Dazu: *Hey*, in: *Tipke/Lang* (o. Fn. 176), § 20, Rn. 6 f.; *Klaus Neuhoff*, Drei, vier oder fünf steuerliche Sphären, insbesondere bei Stiftungen?, in: *DStZ* 2005, S. 191 ff.; *Stefan Winheller*, Aktuelle Entwicklungen im Gemeinnützigkeitsrecht 2004, in: *DStZ* 2005, S. 177 ff.; *Schauhoff*, in: *Handbuch der Gemeinnützigkeit* (o. Fn. 6), § 6, Rn. 18 ff.

¹⁸⁴ Zur Debatte um den Zweckbetrieb nur: *Peter Fischer*, Gemeinwohl, Daseinsvorsorge und bürgerschaftliches Engagement, in: *Gedächtnisschrift für Christoph Trzaskalik*, hg. von *Klaus Tipke/Hartmut Söhn*, 2005, S. 49 ff.

¹⁸⁵ Zur Konkurrentenklage siehe etwa: *BFH*, in: *BStBl. II* 1998, S. 63. Auch: *BFH*, in: *BStBl. II* 2004, S. 1034; *BFH*, in: *BStBl. II* 2007, S. 243; *BFH*, in: *BStBl. II* 2009, S. 126. *Droege*, Gemeinnützigkeit (o. Fn. 6), S. 253 ff.; *Theodor Enders*, Die Konkurrentenklage im Steuerrecht, 1993; *Ingo van Lishaut*, Die Konkurrentenklage im Steuerrecht, 1993; *Roman Seer*, Verständigungen im Steuerverfahren, 1996, S. 273 ff.; *Joachim Englisch*, Negative Konkurrentenklage, in: *StuW* 2008, S. 43 ff.; *Brigitte Knobbe-Keuk*, Konkurrentenklage im Steuerrecht, in: *BB* 1982, S. 385 ff.

IV. Spendenrecht und Kirchensteuerabzug

- 38 Eine mittelbare Förderung gemeinnütziger Körperschaften stellt zudem der Steuerfreibetrag für nebenberufliche Tätigkeiten nach Maßgabe des § 3 Nr. 26 lit. a EStG und der so genannte Übungsleiterfreibetrag des § 3 Nr. 26 EStG dar, der die jährlichen Einnahmen aus nebenberuflichen Tätigkeiten zur Höhe von 2.400 € im Jahr steuerfrei stellt.¹⁸⁶
- 39 Zudem wird die Vermögensausstattung der Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts und gemeinnützige Körperschaften durch das Spendenrecht gefördert.¹⁸⁷ Wie die Steuerbefreiungen, die altruistisches Verhalten zum Wohl der Allgemeinheit steuerlich belohnen, so honoriert das Spendenrecht freiwillige Zuwendungen zu gemeinnützigen Zwecken und damit altruistische Vermögensopfer.¹⁸⁸ In der derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung¹⁸⁹ lässt § 10b EStG den Abzug von Zuwendungen – legaldefiniert als Spenden und Mitgliedsbeiträge – „zur Förderung steuerbegünstigter Zwecke im Sinne der §§ 52–54 der Abgabenordnung an eine inländische juristische Person des öffentlichen Rechts oder an eine inländische öffentliche Dienststelle oder an eine nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 des Körperschaftsteuergesetzes steuerbefreite Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse“ zu. Sowohl § 10b EStG als auch die Befreiungsnormen in den §§ 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG, 9 Nr. 5 GewStG verweisen auf den Kanon gemeinnütziger Zwecke in § 52 AO.¹⁹⁰ Der Steuerabzug ist nach § 10b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG auf einen

¹⁸⁶ *Winfried Bergkemper*, in: Hermann/Heuer/Raupach (o. Fn. 53), Bd. I, Stand September 2017, § 3 Nr. 26, Rn. 1 ff.; *Hans-Jochem von Beckerath*, in: Einkommensteuergesetz. Kommentar, hg. von Paul Kirchhof, 17. Aufl. 2018, § 3, Rn. 49 ff.; *Christian Levedag*, in: Ludwig Schmidt (Begr.), Kommentar EStG, hg. von Heinrich Weber-Grellet, 37. Aufl. 2018, § 3, Rn. 91 ff.; siehe auch: *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht (o. Fn. 6), Rz. 9.18 ff., 9.33 ff.

¹⁸⁷ Dazu *Droege*, Gemeinnützigkeit (o. Fn. 6), S. 93 f., 96 ff.

¹⁸⁸ *Kirchhof*, in: EStG (o. Fn. 186), § 10b, Rn. 1, 4 ff.

¹⁸⁹ Zur historischen Entwicklung des Spendenrechts im Überblick: *Stephan Geserich*, in: Einkommensteuergesetz. Kommentar, hg. von Paul Kirchhof/Hartmut Sohn/Rudolf Mellinghoff, Losebl. Stand: 2018, § 10b, Rn. A 120–214; *Egmont Kulosa*, in: Hermann/Heuer/Raupach (o. Fn. 53), Bd. IV, § 10b EStG, Rn. 2 f.

¹⁹⁰ *Michael Droege*, Eine halbherzige Reform: Die Neugestaltung des Spenden- und Gemeinnützigkeitsrechts durch das Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements, in: Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE) 66 (2008), S. 56 (58 f.).

Höchstbetrag von 20 Prozent des Gesamtbetrages der Einkünfte und – alternativ für unternehmerisch tätige Steuerpflichtige nach § 10b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG – auf vier Promille der Summe der gesamten Umsätze und der im Kalenderjahr aufgewendeten Löhne und Gehälter beschränkt.¹⁹¹ Die den Abzug begrenzende Wirkung der Höchstbeträge wird indes erheblich dadurch abgemildert, dass § 10b Abs. 1a EStG Zuwendungen für unbeschränkt vortragsfähig erklärt.¹⁹² Dem Modell des § 10b EStG folgen § 9 Abs. 1 Nr. 2 KStG und § 9 Nr. 5 GewStG.¹⁹³

Die Gegenleistungsunabhängigkeit und Uneigennützigkeit der Spende ist der Punkt, an dem es zum Schwur kommt, wenn es darum geht, Vermögensverschiebungen, die im Rahmen von Mitgliedschaftsverhältnissen stattfinden, spendenrechtlich zu würdigen. Vorbehaltlich der Ausnahmen in § 10b Abs. 1 S. 2 EStG, § 9 Abs. 1 S. 8 KStG, § 9 Nr. 5 S. 2 GewStG sind Mitgliedsbeiträge dabei grundsätzlich wie die Spende als Zuwendung abzugsfähig.¹⁹⁴ Insoweit liefert das Spendenrecht mit dem Sonderausgabenabzug der Mitgliedsbeiträge an nicht körperschaftlich organisierte Religionsgemeinschaften ein funktionales Äquivalent zum Abzug der gezahlten Kirchensteuer nach Maßgabe des § 10 Abs. 1 Nr. 4 EStG.

Auch der Abzug der gezahlten Kirchensteuer als Sonderausgabe nach Maßgabe des § 10 Abs. 1 Nr. 4 EStG ist eine steuerliche Vergünstigung, die letztlich den Religionsgemeinschaften zugute kommt und die der Disposition des Gesetzgebers entzogen sein soll.¹⁹⁵ Zur Begründung wird zum einen auf das soziokulturelle Existenzminimum Bezug genommen,¹⁹⁶ und zum anderen werden die Aufwendun-

¹⁹¹ Zum Ganzen schon: *Droege*, Eine halbherzige Reform (o. Fn. 190), S. 60 f. m. w. N.; siehe auch: *Andreas Richter / Anna Katharina Eichler*, Änderungen des Spendenrechts aufgrund des Gesetzes zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements, in: FR 2007, S. 1037 ff.

¹⁹² Dazu: Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/5200, S. 16. Aus der Lit.: *Richter / Eichler*, Änderungen des Spendenrechts (o. Fn. 191), S. 1039.

¹⁹³ Im letzteren Fall ist Maßstab für den Höchstbetrag konsequenterweise nicht das Einkommen, sondern der um die Zurechnungen nach § 8 Nr. 9 GewStG erhöhte Gewinn aus Gewerbebetrieb i. S. d. § 7 GewStG.

¹⁹⁴ Zum Abzug von Beiträgen umfassend: *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht (o. Fn. 6), Rz. 8.70 ff.

¹⁹⁵ Umfassend dazu: *Schön*, Sonderausgabenabzug (o. Fn. 29), S. 387 ff.

¹⁹⁶ *Ferdinand Kirchhof*, Verwerfungen der Kirchenzuschlagssteuern, in: Festschrift für Martin Heckel zum 70. Geburtstag, hg. von Karl-Hermann Kästner / Knut Wolfgang Nörr / Klaus Schlaich, 1999, S. 373 (381); *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung (o. Fn. 20), Bd. II, S. 702. Zur Kritik s. o. (Fn. 29).

gen für die Kirchensteuer als indisponibler Aufwand qualifiziert,¹⁹⁷ der zwangsläufig die einkommensteuerliche Leistungsfähigkeit mindert.¹⁹⁸ Unabhängig von der Frage seiner verfassungsrechtlichen Gebotenheit hat der Sonderabzug der gezahlten Kirchensteuer in seinen Auswirkungen auf die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer als Maßstabssteuer der Kirchensteuer die frapierende Konsequenz, dass sich die Kirchensteuer teilweise selbst wieder aufhebt, das Kirchenmitglied also weniger Kirchensteuer zahlen muss, weil es zuvor Steuer gezahlt hat.¹⁹⁹

B. Kirchen- und Religionsförderung im Gebühren- und Beitragsrecht

I. Legitimation der Religionsförderung im Gebührenstaat

- 42** Die abgabenrechtliche Förderung von Religionsgemeinschaften und Religion ist nicht auf das Instrument der Steuer beschränkt, sondern erfasst auch sonstige Abgaben, insbesondere die Gegenleistungsabgaben.²⁰⁰ Religionsgemeinschaften kommen nämlich in

¹⁹⁷ Obgleich die Entstehung der Steuerpflicht ja an den freiwilligen Akt der Kirchenmitgliedschaft anknüpfe, ergäbe sich die Unvermeidbarkeit der Ausgabe für die Kirchensteuer aus der Überlegung des steuermindernden Anfalls von Kosten, die mit der Ausübung der durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 6 WRV eine Sonderstellung einnehmenden Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG verbunden sind. So: *Schön*, Sonderausgabenabzug (o. Fn. 29), S. 390 ff. Vgl. auch: *Azer*, Steuervergünstigungen (o. Fn. 1), S. 484.

¹⁹⁸ *Paul Kirchhof*, Die Einkommensteuer als Maßstab für die Kirchensteuer, in: *DStZ* 1986, S. 25 (32); *ders.*, Die Kirchensteuer im System des deutschen Staatsrechts, in: *Kirchensteuer – Notwendigkeit und Problematik*, hg. von Friedrich Fahr, 1999, S. 53 (75 f.); *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 96), Art. 137 WRV, Rn. 261; *Schön*, Sonderausgabenabzug (o. Fn. 29), S. 391; *Alexander Hollerbach*, Der verfassungsrechtliche Schutz kirchlicher Organisation, in: *HStR*³, Bd. VI, 2008, § 139, Rn. 50; *Jens Petersen*, Die Finanzierung der Kirchen in Europa – insbesondere in Italien und Spanien, in: *KuR* 1997, S. 33 (43 ff.). Kritisch zur Annahme der „Unvermeidbarkeit“: *Hartmut Söhn*, Sonderausgaben und Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit, in: *StuW* 1985, S. 395 (405).

¹⁹⁹ *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 9), S. 82 ff.

²⁰⁰ Zur Typologie nichtsteuerlicher Abgaben zuletzt: *Michael Droege*, Legitimation und Grenzen nichtsteuerlicher Abgaben, in: *Die Verwaltung* 46 (2013), S. 313 ff. Siehe ferner: *Paul Kirchhof*, Nichtsteuerliche Abgaben, in: *HStR*³, Bd. V, 2007, § 119, insbesondere Rn. 109 ff. zu den sonstigen Abgaben.

den Genuss unterschiedlicher Gebühren- und Beitragsbefreiungen.²⁰¹ Deren Legitimation im religionsverfassungsrechtlichen und steuerverfassungsrechtlichen Kontext folgt größtenteils den für Steuerbefreiungen maßgeblichen Rechtsrahmen, weist aber darüber hinaus einige Besonderheiten und Abweichungen auf.

Gebühren sind als „Verwaltungspreis“²⁰² öffentlich-rechtliche Geldleistungen, die aus Anlass individuell zurechenbarer öffentlicher Leistungen dem Gebührenschuldner auferlegt werden und dazu bestimmt sind, in Anknüpfung an diese Leistung deren Kosten ganz oder teilweise zu decken.²⁰³ Beiträge sind einerseits Entgelt für die Möglichkeit der Inanspruchnahme staatlicher Leistungen und andererseits Verbandlasten, d.h. als Mitgliedsbeiträge öffentlich-rechtlicher Zwangsverbände.²⁰⁴ Gebühren- und Beitragsbefreiungen zu

43

²⁰¹ Siehe zu Gebührenbefreiungen im Gerichtskostenrecht etwa: *Alexander Hollerbach*, Anm. zu BVerfGE 19, 1 ff., in: JZ 1965, S. 612 ff.; *Ferdinand O. Kopp / Wolf-Rüdiger Schenke* (Hg.), *Verwaltungsgerichtsordnung – Kommentar*, 24. Aufl. 2018, § 163, Rn. 2; *Rainer Pietzner / Wolfgang Bier*, in: *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, hg. von Friedrich Schoch / Jens-Peter Schneider / Wolfgang Bier, Losebl. Stand Mai 2018, § 163, Rn. 2; *Franz Ruland*, *Gebührenfreiheit der Kirchen im sozialgerichtlichen Verfahren*, in: SGb 1982, S. 354 f.; *Jürgen Schmidt-Räntsch*, *Gerichtskostenfreiheit für Kirchen beim Bundesgerichtshof*, in: *Zeitschrift für Immobilienrecht* 2006, S. 260 ff.; *Friedrich E. Schnapp*, *Gebührenfreiheit der Kirchen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren in den ehemals preußischen Ländern*, in: ZevKR 14 (1968/69), S. 361 ff.; *Hermann Weber*, *Verfassungsunmittelbare Gewährleistung der Gerichtsgebührenfreiheit der Kirchen? – BVerwG, NVwZ 1996, 786 und 787*, in: JuS 1997, S. 113 ff.; zu Befreiungen im Beitragsrecht: *Klaus-Jürgen Kortmann*, *Beitragserlaß und -ermäßigung für kirchliche Friedhöfe*, in: KStZ 1982, S. 206 ff.; *ders. / Heinz Bartels*, *Die Heranziehung von Kirchengrundstücken zu Straßen- und Kanalbaubeiträgen*, in: KStZ 1984, S. 22 ff.; *Erich Sczepanski*, *Sachliche Unbilligkeit von Erschließungsbeiträgen im weitesten Sinn bei kirchlichen Grundstücken*, in: KStZ 1985, S. 163 ff.; *Eberhard Sperling*, *Beitragserlaß und -ermäßigung für kirchliche Einrichtungen, die der Allgemeinheit dienen*, in: KStZ 1983, S. 67 ff. Zum Ganzen auch: *Hans Heimerl / Helmuth Pree*, *Handbuch des Vermögensrechts der katholischen Kirche unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse in Bayern und Österreich*, 1993, S. 205 f.

²⁰² *Walter Leisner*, *Verwaltungspreis – Verwaltungssteuer*, in: *Gedächtnisschrift Hans Peters*, hg. von Hermann Conrad, 1967, S. 730 ff.

²⁰³ Siehe BVerfGE 50, 217 (225 f.); 93, 319 (345); 97, 332 (345); 108, 1 (13); 110, 370 (388); 113, 128 (148); BVerfG, in: LKV 2013, S. 29 und die vom BVerfG in BVerfGE 50, 217 (226) ausdrücklich in Bezug genommenen Ausführungen bei *Dieter Wilke*, *Gebührenrecht und Grundgesetz*, 1973, S. 82 ff.

²⁰⁴ Zu dieser Differenzierung und ihren Folgen *Theo Ubber*, *Der Beitrag als Institut der Finanzverfassung*, 1993, S. 305 ff.; *Christian Waldhoff*, *Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes*, in: HStR³, Bd. V, 2007, § 116, Rn. 88 ff. Siehe zur Rechtsqualität der Verbandslast auch bereits *Fritz Fleiner*, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 8. Aufl. 1928, S. 419,

Gunsten von Religionsgemeinschaften müssen sich steuerverfassungsrechtlich als Durchbrechung der diese Abgabentypen prägenden Belastungsgrundsatzentscheidung rechtfertigen.

- 44 An die Stelle des Leistungsfähigkeitsprinzips tritt bei der Vorteilsabschöpfungsabgabe regelmäßig das Äquivalenzprinzip mit seinen gesetzlichen Ausprägungen.²⁰⁵ Das Äquivalenzprinzip ist der anerkannte Grundsatz des Gebühren- und Beitragsrechts.²⁰⁶ Es nutzt die diesen Vorzugslasten eigene Gegenleistungsabhängigkeit als Maßstab der Inanspruchnahme der Abgabepflichtigen, ist „dem Begriff der Gebühr immanent“²⁰⁷ und verlangt, dass Gebühren nicht völlig unabhängig von den tatsächlichen Kosten der gebührenpflichtigen Staatsleistung festgesetzt werden dürfen.²⁰⁸ Für die Gebührenbemessung wird eine unterscheidungskräftige Legitimation in Form zulässiger Gebührenzwecke verlangt.²⁰⁹ Diese muss der Gesetzgeber in

429; sowie *Josef Isensee*, Äquivalenz, Kostenausgleich, Verbandssolidarität im Abgabenrecht, in: *Verfassungsrecht und Völkerrecht. Gedächtnisschrift für Wilhelm Karl Geck*, hg. von Wilfried Fiedler/Georg Ress, 1989, S. 355 (373 ff.).

²⁰⁵ Dazu: *Arndt Schmehl*, Das Äquivalenzprinzip im Recht der Staatsfinanzierung, 2004.

²⁰⁶ Siehe zur Geltung des Äquivalenzprinzips im Beitragsrecht BVerfGE 9, 291 (297); 14, 312 (317); 42, 223 (228); BVerwGE 22, 299 (305); 26, 305 (309) und im Gebührenrecht BVerfGE 20, 257 (269); 50, 217 (226); 83, 363 (392); 91, 207 (223); BVerwGE 80, 36 (39); 118, 123 (125 ff.); 135, 352 (353 f., 362) sowie aus dem Schrifttum *Werner Heun*, in: *Dreier* (o. Fn. 96), Art. 105, Rn. 21; *Monika Jachmann-Michel / Max Vogel*, in: *v. Mangoldt / Klein / Starck* (o. Fn. 96), Art. 105, Rn. 13, jeweils m. w. N.

²⁰⁷ BVerfGE 20, 257 (270). Hieraus schließt etwa *Karl Heinrich Friauf*, Die Finanzverfassung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 2, hg. von Christian Starck, 1976, S. 300 (311 f.) auf dessen Verfassungsrang. Anders hingegen: *Ferdinand Kirchhof*, Die Höhe der Gebühr, 1981, S. 81; *Angelika Nußberger*, in: *Michael Sachs* (Hg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 8. Aufl. 2018, Art. 3, Rn. 172. Ausdrücklich offen gelassen in BVerfGE 50, 217 (233).

²⁰⁸ BVerfGE 50, 217 (227); 85, 337 (346); 97, 332 (345); BVerfG, in: *NJW* 2004, S. 3321 (3321). Wenn das BVerwG das Äquivalenzprinzip als gesetzlichen Gebührenmaßstab ansieht und verfassungsrechtlich im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ansiedelt – so die st. Rspr., siehe etwa BVerwGE 26, 305 (309); 79, 90 (91); 109, 97 (111); 118, 123 (125); 118, 128 (135); aufgenommen in BVerfGE 83, 363 (392) –, so besteht in den Konsequenzen kein nennenswerter Unterschied. Ebenso *Stefan Habermann*, Gebühren für Gefahrenabwehr, 2011, S. 334; *Petra Helbig*, Soziale Staffelung von Gebühren, in: *Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat*, hg. von Ute Sacksofsky / Joachim Wieland, 2000, S. 85 (89); *Joachim Wieland*, Die Konzessionsabgaben, 1991, S. 308 f.

²⁰⁹ BVerfGE 108, 1 (17).

merkwürdiger Parallelität zu den Anforderungen an Durchbrechungen der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit²¹⁰ hinreichend tatbestandlich vorzeichnen.²¹¹ Als legitime Gebührenzwecke werden die Grundsätze der Kostendeckung und der Vorteilsabschöpfung anerkannt.²¹²

Gebühren- und Beitragsbefreiungen zu Gunsten von Religionsgemeinschaften lösen steuerverfassungsrechtlich vor allem in bereichsspezifischer Entfaltung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG einen Rechtfertigungsbedarf aus. Hier sind seine bereichsspezifischen Konkretisierungen weitgehend mit den Anforderungen an eine gleichheitskonforme Ausgestaltung des Steuerrechts parallelisiert. An die Stelle der Steuergerechtigkeit²¹³ tritt die „Abgabengerechtigkeit“²¹⁴ und damit die Belastungsgleichheit. Die Rechtfertigung gelingt wie im Falle der Steuerbefreiungen insoweit vor allem durch die grundrechtliche Fundierung der Religionsförderung in der objektivrechtlichen Dimension der Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1, 2 GG und ihrer institutionellen Unterfütterung im Körperschaftsstatus.²¹⁵

Den Abgabengesetzgeber trifft damit von Verfassungen wegen keine Pflicht, Gebühren-, Kosten- und Beitragsbefreiungen zu Gunsten von Religionsgemeinschaften aufrechtzuerhalten oder sie zu erweitern. Eine Bestandsgarantie der bestehenden Befreiungsvorschriften lässt sich – anders als im Falle der Steuerbefreiungen – auch nicht der Absicherung von Staatsleistungen nach Art. 138 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG entnehmen.²¹⁶ Die Rechtsprechung des Bundesverfas-

²¹⁰ Dazu BVerfGE 93, 121 (148); 99, 280 (296); 105, 73 (112 f.); 110, 274 (293); 117, 1 (32).

²¹¹ BVerfGE 108, 1 (20). Ebenso BVerwG, B. v. 12. 7. 2005 – 6 B 22/05, juris, Rn. 5; BayVG, U. v. 13. 7. 2012 – 7 N 11.2996, juris, Rn. 33; OVG Berlin, U. v. 22. 6. 2005 – 2 B 7.05, juris, Rn. 41.

²¹² BVerfGE 50, 217 (226); 93, 319 (344); 97, 332 (345); 108, 1 (18).

²¹³ S. hierzu bereits die Nachweise o. Fn. 14.

²¹⁴ Siehe zu diesem Begriff: BVerfGE 97, 332 (346); BVerwGE 42, 222 (227 f.); 104, 60 (63); 105, 144 (150); 133, 165 (179 f.); 134, 1 (17); 137, 325 (338); 139, 42 (68 f.).

²¹⁵ Dieses „öffentlich-rechtliche Kleid“ und die mit diesem einhergehenden Vergünstigungen sollen es den Religionsgemeinschaften nach der Diktion des BVerfG in BVerfGE 102, 370 (388) erleichtern, „ihre Organisation und ihr Wirken nach den Grundsätzen ihres religiösen Selbstverständnisses zu gestalten und die hierfür erforderlichen Ressourcen, etwa in Form finanzieller Mittel, zu erlangen“. Dazu auch: *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 9), S. 348 f.

²¹⁶ Anders: VG Düsseldorf, KirchE 10, 251 (255 f.); v. *Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 123), S. 284 in Fn. 22; *Hollerbach*, Anm. (o.

sungsgerichts hat hier am Beispiel des § 8 Abs. 1 Nr. 4 preuß. GKG zurecht darauf abgestellt, dass sich Gebühren- und Abgabebefreiungen wegen ihrer Unstetigkeit und ihres Bezuges zu konkreten staatlichen Gegenleistungen nicht als dauerhafte Elemente der Alimentation von Religionsgemeinschaften und damit als Kompensation für Säkularisationsverluste darstellen.²¹⁷ Schließlich hat es auch Gerichtskostenbefreiungen auf Bundesebene ungeachtet dessen schon deshalb nicht in den Gewährleistungsbereich des Art. 138 Abs. 1 WRV einbezogen, weil ursprüngliche Staatsleistungen des Reiches und Grundpflichten nicht von der Ablösungsvorschrift erfasst waren.²¹⁸ Die Befreiungen der Religionsgemeinschaften von nicht steuerlichen Abgaben sind damit keine negativen Staatsleistungen im Sinne des Art. 138 Abs. 1 WRV i. V. m. Art. 140 GG.

47 Für ihren Fortbestand konstitutiv sind damit die staatskirchenvertraglichen Garantien der bestehenden Befreiungsnormen auf Länderebene.²¹⁹ Auch die Staatskirchenverträge der dritten Generation,²²⁰ die in den so genannten neuen Ländern geschlossen worden sind, haben entsprechende Abreden zum Fortbestand landesrechtli-

Fn. 201), S. 614; *Heinrich Korte / Bernd Rebe*, Verfassung und Verwaltung des Landes Niedersachsen, 2. Aufl. 1986, S. 728 f.; *Schnapp*, Gebührenfreiheit der Kirchen (o. Fn. 201), S. 363. Offen gelassen vom Nds. OVG, in: NVwZ 1987, S. 704 (705).

²¹⁷ BVerfGE 19, 1 (14 f.). Siehe auch: BFH, in: BStBl. II 1998, S. 121; BVerwG, in: NVwZ 1996, S. 786 f. Dazu auch: *Droege*, Staatsleistungen (o. Fn. 9), S. 194 ff.

²¹⁸ BVerfG, in: NVwZ 2001, S. 318.

²¹⁹ Siehe das abschließende Protokoll über Besprechungen zwischen Vertretern des Bischöflichen Ordinariats Berlin und des Senats von Berlin über die Regelung gemeinsam interessierender Fragen v. 2.7.1970, Abschnitt VII, abgedr. bei *Joseph Listl* (Hg.), Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland, 1987, Bd. 1, S. 635; das abschließende Protokoll über Besprechungen zwischen Vertretern des Evangelischen Konsistoriums in Berlin (West) der Evangelischen Kirche in Berlin-Brandenburg und des Senats von Berlin über die Regelung gemeinsam interessierender Fragen v. 2.7.1970, Abschnitt VII, abgedr. bei *Listl*, a. a. O., Bd. 1, S. 686 f.; § 15 der Anlage des Konkordats zwischen dem Heiligen Stuhle und dem Lande Niedersachsen nebst Anlage v. 26.2.1964, abgedr. bei *Listl*, a. a. O., Bd. 2, S. 28; Art. 15 des Vertrages des Landes Niedersachsen mit den Evangelischen Landeskirchen in Niedersachsen v. 19.3.1955, abgedr. bei *Listl*, a. a. O., Bd. 2, S. 115; Art. 17 des Vertrages zwischen dem Land Schleswig-Holstein und den evangelischen Landeskirchen in Schleswig-Holstein v. 23.4.1957, abgedr. bei *Listl*, a. a. O., Bd. 2, S. 672.

²²⁰ *Michael Germann*, Die Staatskirchenverträge der Neuen Bundesländer. Eine dritte Generation im Vertragsstaatskirchenrecht, in: Das Recht der Staatskirchenverträge, hg. von Stefan Mückl, 2007, S. 91 ff. mit zahlreichen Nachweisen zu den Rahmenbedingungen der Verträge in Fn. 1.

cher Abgabenbefreiungen aufgenommen.²²¹ Neben der Bindung der Landesabgabengesetzgeber können vertragliche Abreden zudem die Gebührenfreiheit dann konstitutiv begründen, wenn sie die zu Gunsten der öffentlichen Hand bzw. des Landes bestehende Abgabenfreiheit vertraglich auf Religionsgemeinschaften erstrecken und damit die strenge Gesetzesbindung im Abgabenrecht lockern.²²²

II. Befreiungen im Gebühren- und Beitragsrecht

1. Gerichtskostenrecht

Im Gerichtskostenrecht des Bundes sind Kirchen und Religionsgemeinschaften grundsätzlich nicht von der Zahlung der Kosten befreit.²²³ § 2 Abs. 3 S. 2 GKG lässt zwar landesrechtliche Bestimmun-

48

²²¹ Siehe Art. 17 EvKV Bbg. v. 8.11.1996, abgedr. bei *Guido Burger* (Hg.), Staatskirchenrecht in den neuen Bundesländern, 2000, S. 30 f.; Art. 16 EvKV MV v. 20.1.1994, abgedr. bei *Burger*, a.a.O., S. 46; Art. 21 KathKV MV v. 15.9.1997, abgedr. bei *Burger*, a.a.O., S. 61; Art. 19 EvKV Sachsen v. 24.3.1994, abgedr. bei *Burger*, a.a.O., S. 74; Art. 25 KathKV Sachsen v. 2.7.1996, abgedr. bei *Burger*, a.a.O., S. 91; Art. 17 EvKV LSA v. 15.9.1993, abgedr. bei *Burger*, a.a.O., S. 116; Art. 21 KathKV LSA v. 15.1.1998, abgedr. bei *Burger*, a.a.O., S. 139; Art. 17 EvKV Thür. v. 15.3.1994, abgedr. bei *Burger*, a.a.O., S. 165; Art. 24 KathKV Thür. v. 11.6.1997, abgedr. bei *Burger*, a.a.O., S. 180.

²²² Siehe die Regierungsbegründung zum Vertrag zwischen dem Saarl. und den Bistümern Speyer und Trier über Fragen der Rechtsstellung der Bistümer Speyer und Trier und ihrer Vermögensverwaltung nebst Schlußprotokoll v. 10.2.1977. S. zu Art. 9, abgedr. bei *Listl*, Konkordate und Kirchenverträge (o. Fn. 219), Bd. 2, S. 604, die Regierungsbegründung zu dem Vertrag zwischen dem Land Rheinland-Pfalz und dem Erzbistum Köln sowie den Bistümern Limburg, Mainz, Speyer und Trier über Fragen der Rechtsstellung und Vermögensverwaltung der Katholischen Kirche nebst Schlußprotokoll v. 18.9.1975 sowie die Regierungsbegründung zu dem Vertrag des Landes Rheinland-Pfalz mit den Evangelischen Landeskirchen in Rheinland-Pfalz nebst Schlußprotokoll und Schriftwechsel v. 31.3.1962, beide abgedr. in *Listl*, a.a.O., Bd. 2, S. 473 (Zu Art. 9 – Katholische Kirche), 514 f. (Zu Art. 26 – Evangelische Kirche) und ferner die Regierungsbegründung zum Vertrag zwischen dem Land Hessen einerseits und den Bistümern Fulda, Limburg und Mainz sowie dem Erzbistum Paderborn andererseits zur Ergänzung des Vertrages des Landes Hessen mit den Katholischen Bistümern in Hessen v. 9.3.1963 nebst Schlußprotokoll v. 29.3.1974, Zu Art. 9, abgedr. bei *Listl*, a.a.O., Bd. 1, S. 780. Siehe dazu auch: *Hammer*, Steuer- und Gebührenbefreiung (o. Fn. 30), S. 1098.

²²³ Dazu: BVerfG, in: NVwZ 2001, S. 318; Nds. OVG, in: NVwZ 1987, S. 704; in: NVwZ 1993, S. 704. S. ferner die entsprechenden Nachweise o. Fn. 201.

gen zu sachlichen oder persönlichen Befreiungen von Kosten in Verfahren vor den ordentlichen Gerichten und den Gerichten der Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit unberührt. Für die Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Notariate übernimmt § 2 Abs. 2 GNotKG²²⁴ diese Regelung. Zu beachten ist, dass sich die von einem Landesgesetz gewährte Kostenfreiheit auf das Gebiet des jeweiligen Landes beschränkt und damit nicht in Verfahren vor Gerichten des Bundes gilt.²²⁵ Vor dem Bundesgerichtshof gilt die Verordnung betreffend die Gebührenfreiheit in dem Verfahren vor dem Reichsgericht²²⁶ fort.²²⁷ Sie setzt lediglich das Bestehen eines in rechtsfähiger Form errichteten Trägers von Kirchengut im Sinne des Art. 138 Abs. 2 WRV voraus, wozu auch rechtsfähige Moscheevereine zu zählen sind.²²⁸ Schließlich gelten nach Maßgabe des § 2 Abs. 4 GKG die Vorschriften des Bundes- oder des nach § 2 Abs. 3 S. 2 GKG grundsätzlich beachtlichen Landesrechts über eine persönliche Kostenfreiheit vor den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit und den Gerichten für Arbeitssachen nicht. Insoweit kommen nur Vorschriften zur Anwendung, die eine sachliche Kostenfreiheit gewähren (wie etwa § 188 S. 2 VwGO).²²⁹

- 49 In den hiernach in den bundesrechtlich präformierten Verfahren nur begrenzt wirkmächtigen Kostengesetzen der Länder finden sich zahlreiche Gebührenbefreiungen zu Gunsten von Religionsgemeinschaften.²³⁰ Persönliche Gebührenbefreiungen bestehen unter anderem in Baden-Württemberg,²³¹ Berlin,²³² Brandenburg,²³³ Bremen,²³⁴

²²⁴ Gerichts- und Notarkostengesetz vom 23. 7. 2013 (BGBl. I S. 2586).

²²⁵ BGH, in: NJW-RR 1998, S. 1222; *Schmidt-Räntsch*, Gerichtskostenfreiheit (o. Fn. 201), S. 360 f.; *Walter Zimmermann*, in: Gerichtskostengesetz. Gesetz über Gerichtskosten in Familiensachen. Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz und weitere kostenrechtliche Vorschriften. Kommentar, hg. von Karl Josef Binz / Josef Dörndorfer / Rainer Petzold / Walter Zimmermann, 3. Aufl. 2014, § 2 GKG, Rn. 20.

²²⁶ RGBl. 1884 I S. 1.

²²⁷ BGH, in: NJW-RR 2007, S. 644 (644); *Schmidt-Räntsch*, Gerichtskostenfreiheit (o. Fn. 201), S. 361; *Zimmermann*, in: Gerichtskostengesetz (o. Fn. 225), § 2 GKG, Rn. 20.

²²⁸ BGH, in: NJW-RR 2007, S. 644 (644 f.).

²²⁹ *Zimmermann*, in: Gerichtskostengesetz (o. Fn. 225), § 2 GKG, Rn. 22.

²³⁰ Der Bestand der Befreiungstatbestände lässt sich leicht erschließen anhand der Aufstellung in *Friedrich Lappe / Werner Korintenberg*, Kostenordnung. Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Kommentar, 18. Aufl. 2010, Anhang C.

²³¹ § 7 Abs. 1 Nr. 1 Landesjustizkostengesetz i. d. F. vom 15. 1. 1993 (GBl. S. 109, 244), zuletzt geändert durch G. vom 29. 11. 2016 (GBl. S. 605, 609).

Hamburg,²³⁵ Mecklenburg-Vorpommern,²³⁶ Niedersachsen,²³⁷ Nordrhein-Westfalen,²³⁸ Saarland,²³⁹ Sachsen-Anhalt,²⁴⁰ Schleswig-Holstein²⁴¹ und Thüringen.²⁴² Die Befreiungen sind dabei grundsätzlich nicht auf Strafsachen und Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten anwendbar.²⁴³

Neben den an den Körperschaftsstatus anknüpfenden persönlichen Gebührenbefreiungen bestehen in der Mehrzahl der Bundesländer sachliche Befreiungsnormen zu Gunsten von Körperschaften, die gemeinnützigen oder mildtätigen Zwecken im Sinne der §§ 51 ff. AO dienen.²⁴⁴

50

²³² § 1 Abs. 1 Nr. 1 des G. über Gebührenbefreiung, Stundung und Erlaß von Kosten im Bereich der Gerichtsbarkeiten vom 24.11.1970 (GVBl. S. 1934), zuletzt geändert durch G. vom 17.3.2014 (GVBl. S. 70).

²³³ § 6 Abs. 1 Nr. 1 Justizkostengesetz vom 03.6.1994 (GVBl. I S. 172), zuletzt geändert durch G. vom 29.6.2018 (GVBl. I S. 27).

²³⁴ § 8 Abs. 1 Nr. 2 Justizkostengesetz i. d. F. vom 4.8.1992 (GBl. S. 257), zuletzt geändert durch G. vom 26.9.2017 (GBl. I S. 394).

²³⁵ § 11 Abs. 1 Nr. 1 Landesjustizkostengesetz i. d. F. vom 18.10.1957 (GBl. I/34a), zuletzt geändert durch G. vom 3.9.2014 (GVBl. S. 148).

²³⁶ § 7 Abs. 1 Nr. 1 Landesjustizkostengesetz i. d. F. vom 07.10.1993 (GVBl. S. 843), zuletzt geändert durch G. vom 11.11.2015 (GVBl. S. 462).

²³⁷ § 108 Abs. 1 Nr. 1 des G. über Gebührenbefreiung, Stundung und Erlaß von Kosten in der Gerichtsbarkeit vom 16.12.2014 (GVBl. S. 436), zuletzt geändert durch G. vom 6.4.2017 (GVBl. S. 98).

²³⁸ § 1 Abs. 1 Nr. 1 des G. über Gebührenbefreiung, Stundung und Erlaß von Kosten im Bereich der Rechtspflege i. d. F. vom 21.10.1969 (GVBl. S. 725), zuletzt geändert durch G. vom 28.10.2008 (GVBl. S. 646).

²³⁹ § 4 Abs. 1 Nr. 1 Landesjustizkostengesetz i. d. F. vom 30.6.1971 (ABl. S. 473), zuletzt geändert durch G. vom 18.11.2010 (ABl. I S. 1409).

²⁴⁰ § 7 Abs. 1 Nr. 1 Justizkostengesetz i. d. F. vom 23.8.1993 (GVBl. S. 449), zuletzt geändert durch G. vom 5.12.2014 (GVBl. S. 512).

²⁴¹ § 1 Abs. 1 des G. über Gebührenfreiheit, Stundung und Erlaß von Kosten im Bereich der Gerichtsbarkeiten vom 23.12.1969 (GVBl. 1970 S. 4), zuletzt geändert durch G. vom 17.4.2018 (GVBl. S. 231).

²⁴² § 6 Abs. 1 Nr. 1 Justizkostengesetz i. d. F. vom 28.10.2013 (GVBl. S. 295), zuletzt geändert durch G. vom 2.7.2016 (GVBl. S. 2226).

²⁴³ *Hammer*, Steuer- und Gebührenbefreiung (o. Fn. 30), S. 1088.

²⁴⁴ Z. B. § 1 Abs. 2 Gerichtsgebührenbefreiungsgesetz, GVBl. 1970 S. 1934; Justizgebührenbefreiungsgesetz Berlin; § 6 Abs. 2 Justizkostengesetz Bbg.; § 8 Abs. 1 Nr. 4 Brem. Justizkostengesetz; § 11 Abs. 2 Hmb. Justizkostengesetz; § 108 Abs. 2 Nds. Justizgesetz; § 1 Abs. 2 Gerichtsgebührenbefreiungsgesetz NRW.

2. Verwaltungsgebührenrecht

51 Ein entsprechendes Übergewicht des Normmaterials auf Landesebene findet sich auch im Bereich der Befreiung von Religionsgemeinschaften im Verwaltungsgebührenrecht. Auf Bundesebene enthält § 91 Abs. 1 Nr. 3 GNotKG eine nach dem Gegenstandswert gestaffelte Gebührenermäßigung für Religionsgemeinschaften, die als Körperschaften des öffentlichen Rechts verfasst sind, soweit die gebührenbegründende Angelegenheit nicht deren wirtschaftliche Unternehmen betrifft. Nach Maßgabe des § 91 Abs. 3 GNotKG kommen auch gemeinnützige Körperschaften in den Genuss der Gebührenermäßigung. Auch hier sind freilich nach Maßgabe des § 91 Abs. 3 Nr. 3 GNotKG wirtschaftliche Geschäftsbetriebe ausgenommen.

52 Der landesrechtliche Normbestand ähnelt strukturell demjenigen der Gerichtsgebührenbefreiung; auf die Darstellung der Unterschiede im Einzelnen und den landesrechtlichen Variationen soll hier verzichtet werden, um die übergreifenden Strukturen der Rolle von Religionsgemeinschaften im Verwaltungsgebührenrecht nachzuzeichnen. In den meisten Ländern bestehen an den Körperschaftsstatus anknüpfende persönliche Gebührenbefreiungen zu Gunsten der Kirchen und Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts, so in Baden-Württemberg,²⁴⁵ Berlin,²⁴⁶ Brandenburg,²⁴⁷ Mecklenburg-Vorpommern,²⁴⁸ Niedersachsen,²⁴⁹ Nordrhein-Westfalen,²⁵⁰ Rheinland-Pfalz,²⁵¹ Sachsen,²⁵² Schleswig-Holstein²⁵³ und Thüringen.²⁵⁴ Teilweise

²⁴⁵ § 10 Abs. 3 Gebührengesetz i.d.F. vom 14.12.2004, zuletzt geändert durch G. vom 19.12.2013 (GBl. S. 491, 492).

²⁴⁶ § 2 Abs. 1 Nr. 3 Verwaltungsgebührenordnung i.d.F. vom 24.11.2009 (GVBl. S. 707, 894), zuletzt geändert durch VO vom 16.7.2013 (GVBl. S. 352).

²⁴⁷ § 8 Abs. 1 Nr. 7 Gebührengesetz vom 7.7.2009 (GVBl. I/09, [Nr. 11], S. 246), zuletzt geändert durch G. vom 16.5.2013 (GVBl. I/13, [Nr. 18]).

²⁴⁸ § 8 Abs. 1 Nr. 6 Verwaltungskostengesetz i.d.F. vom 4.10.1991 (GVBl. S. 366), zuletzt geändert durch G. vom 2.12.2009 (GVBl. S. 666, 671).

²⁴⁹ § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Verwaltungskostengesetz i.d.F. vom 25.4.2007 (GVBl. 2007 S. 172), zuletzt geändert durch G. vom 31.10.2013 (GVBl. S. 254).

²⁵⁰ § 8 Abs. 1 Nr. 5 Gebührengesetz i.d.F. vom 23.8.1999 (GVBl. S. 524), zuletzt geändert durch G. vom 1.10.2013 (GVBl. S. 566).

²⁵¹ § 8 Abs. 1 Nr. 5 Landesgebührengesetz i.d.F. vom 3.12.1974 (GVBl. S. 578), zuletzt geändert durch G. vom 27.10.2009 (GVBl. S. 364).

²⁵² § 4 Abs. 1 Nr. 6 Verwaltungskostengesetz i.d.F. vom 17.9.2003 (GVBl. S. 698), zuletzt geändert durch G. vom 27.1.2012 (GVBl. S. 130, 144).

²⁵³ § 8 Abs. 1 Nr. 7 Verwaltungskostengesetz i.d.F. vom 17.1.1974 (GVBl. S. 37), zuletzt geändert durch VO vom 4.4.2013 (GVBl. S. 143).

werden allerdings Geschäftsbetriebe²⁵⁵ oder bestimmte Amtshandlungen²⁵⁶ von der Gebührenfreiheit wieder ausgenommen. Prototypisch ist auch die mancherorts bestehende Engführung der Befreiungstatbestände auf Amtshandlungen, die der Erfüllung kirchlicher, gemeinnütziger oder mildtätiger Aufgaben unmittelbar dienen.²⁵⁷ Soweit also kirchliche Einrichtungen nicht überwiegend spezifisch kirchliche Aufgaben, sondern solche allgemeiner Art wahrnehmen, kommt eine Befreiung von Verwaltungsgebühren nicht in Betracht. Richtschnur ist hier letztlich die Reichweite des § 54 AO.²⁵⁸ Neben diesen Gebührenbefreiungen enthält auch das Verwaltungskostenrecht Befreiungsnormen für gemeinnützige Körperschaften i. S. d. §§ 51 ff. AO.²⁵⁹ Die Befreiungsnormen folgen dabei grundsätzlich dem Sphärenmodell des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts und nehmen wiederholt wirtschaftliche Geschäftsbetriebe aus.

3. Beitragsrecht

Nur eine geringe Rolle im Rahmen der Förderung von Religionsgemeinschaften spielen Beiträge. Dies liegt daran, dass Rechtsprechung und Literatur die verbreiteten Straßenanlieger- und Erschließungsbeiträge auch auf Grundstücke im Eigentum von Religionsgemeinschaften erstrecken, selbst wenn diese als öffentliche Sachen zu gottesdienstlichen Zwecken gewidmet sind.²⁶⁰ Das Bundesbaurecht kennt in der Tat keine diesbezüglichen Befreiungsnormen, so dass lediglich im Einzelfall auf die allgemeinen Normen zum Er-

53

²⁵⁴ § 3 Abs. 1 Nr. 4 Verwaltungskostengesetz i. d. F. vom 23.11.2005 (GVBl. S. 325), zuletzt geändert durch G. vom 21.12.2011 (GVBl. S. 531, 534).

²⁵⁵ § 8 Abs. 1 Nr. 5 a. E. Landesgebührengesetz RP; § 4 Abs. 2 Nr. 2 Sächs. Verwaltungskostengesetz.

²⁵⁶ § 8 Abs. 2 Nr. 6 Gebührengesetz Bbg.

²⁵⁷ § 2 Abs. 1 Nr. 3 Verwaltungsgebührenordnung Berlin; § 8 Abs. 1 Nr. 5 a. E. Gebührengesetz NRW.

²⁵⁸ Siehe zu § 8 Abs. 1 Nr. 5 Gebührengesetz NRW: OVG NRW, in: NVwZ-RR 2004, S. 396; OVG NRW, in: NWVBl. 2007, S. 232 f. Siehe aus der Literatur nur: *Dieter Bollmann*, In welchem Umfang sind Kirchen in Nordrhein-Westfalen von der Zahlung von Baugenehmigungsgebühren befreit?, in: KStZ 1973, S. 69 ff.

²⁵⁹ § 2 Abs. 1 Nr. 4 Verwaltungsgebührenordnung Berlin; § 8 Abs. 1 Nr. 5 Verwaltungskostengesetz MV; § 8 Abs. 1 Nr. 6 Verwaltungskostengesetz SH.

²⁶⁰ BVerwG, in: Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (VerwRspr.) 31 (1980), S. 686 (690 f.); OVG NRW, in: KStZ 1979, S. 73 ff.; *Kortmann / Bartels*, Die Heranziehung von Kirchengrundstücken (o. Fn. 201), S. 22 ff.

lass der Beitragsschuld nach Maßgabe des § 135 Abs. 5 BauGB²⁶¹ wegen unbilliger Härte verwiesen werden muss. Eine analoge Anwendung dieser Norm im Kontext der Beitragslasten auf kommunal-abgabenrechtlicher Grundlage ist systematisch ausgeschlossen.²⁶² Hier greifen allenfalls die abgabenspezifischen Erlassvorschriften nach Maßgabe der §§ 163, 227 AO.²⁶³ Prinzipiell kann der Abgabengesetzgeber allerdings auch gegenüber Kirchen und Religionsgemeinschaften von der Abschöpfung des potentiellen Nutzens im Wege der Beitragserhebung absehen. Ein praktisch hoch relevantes Beispiel hierfür ist die Befreiung vom Rundfunkbeitrag für Betriebsstätten von Religionsgemeinschaften, die gottesdienstlichen Zwecken gewidmet sind, nach Maßgabe des § 5 Abs. 5 Nr. 1 Rundfunkbeitragsstaatsvertrag.²⁶⁴

C. Religionsförderung und die Folgen der Europäisierung

I. Das unionsrechtliche Paradigma der Wettbewerbsneutralität und Religionsförderung

54 Durch keinen Prozess ist die Steuerrechtsordnung und mit ihr der Steuerstaat so sehr verändert worden wie durch die Einbettung in den europäischen Steuerrechtsraum. Steuerstaatlichkeit heißt zu Beginn des 21. Jahrhunderts in Europa notwendig offene Staatlichkeit. Die mitgliedstaatlichen Steuerrechtsordnungen werden durch ein europäisches Steuerrecht überformt und ihre Kerngehalte strukturell europäisiert.²⁶⁵ So unterliegt auch die Förderung von Religionsgemeinschaften im Abgabenrecht weitreichenden Einwirkungen des Europarechts. Dies betrifft zum einen die schon geschilderten Verlagerungen der steuerbaren Sphäre im Rahmen der partiellen

²⁶¹ Dazu *Olaf Reidt*, in: Ulrich Battis/Michael Krautzberger/Rolf-Peter Löhr, Baugesetzbuch – Kommentar, 13. Aufl. 2016, § 135, Rn. 19 ff.

²⁶² Anders: *Kortmann*, Beitragserlaß (o. Fn. 201), S. 208; *Sperling*, Beitragserlaß (o. Fn. 201), S. 69.

²⁶³ Dazu: *Reinhart Rüsken*, in: Klein/Orlopp (o. Fn. 48), § 163, Rn. 1 ff. und § 227, Rn. 1 ff.

²⁶⁴ Dazu *Axel Schneider/Klaus Siekmann*, in: Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, hg. von Reinhart Binder/Thomas Vesting, 4. Aufl. 2018, § 5 Rundfunkbeitragsstaatsvertrag, Rn. 51 f.

²⁶⁵ Hierzu auch: *Michael Droege*, Europäisches Steuerverwaltungsrecht, in: *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, hg. von Jörg Phillip Terhechte, 2011, § 28, Rn. 12 ff., 16 ff.

Steuerpflicht religionsgemeinschaftlicher Betriebe gewerblicher Art unter dem Paradigma der Wettbewerbsneutralität.²⁶⁶ Der latente Konflikt zwischen Gemeinwohlförderung und Wettbewerbsneutralität bricht zum anderen typischerweise dann auf, wenn sich die Verfolgung gemeinnütziger Zwecke gerade in Leistungen am Markt äußert, also im nach §§ 65 ff. AO steuerbefreiten Zweckbetrieb. Der Abstimmlung dient dabei insbesondere die Wettbewerbsklausel des § 65 Nr. 3 AO, wonach der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb zu nicht begünstigten Betrieben derselben oder ähnlicher Art nicht in größerem Umfang in Wettbewerb treten dürfe, als es bei Erfüllung der steuerbegünstigten Zwecke unvermeidbar sei. Das verfassungsrechtlich grundierte und von der ständigen Rechtsprechung auch so erkannte Abwägungsprogramm zwischen der Wettbewerbsneutralität und der Gemeinwohlförderung²⁶⁷ wird hier zunehmend im Sinne der Prävalenz der Wettbewerbsneutralität durchgeführt.²⁶⁸ In ihrer selektiven Begünstigungswirkung können darüber hinaus auch abgabenrechtliche Verschonungssubventionen dem unionalen Beihilferegime unterfallen.²⁶⁹

²⁶⁶ Siehe dazu oben II. 2. e., Umsatzsteuer.

²⁶⁷ BFH, in: BStBl. II 2010, S. 1006.

²⁶⁸ BFH, in: BFH/NV 2013, S. 89. Siehe beispielhaft schon: BFH, in: BStBl. II 2011, S. 303. Die Frage nach dem „Ende des Zweckbetriebs“ stellt gar *Thomas Dehesselles*, Das Ende des Zweckbetriebs? Zivil- und steuerrechtliche Miscellanea, zugleich Besprechung von FG Hessen vom 26. 4. 2012 und KG Berlin vom 18. 1. 2011, in: DStR 2012, S. 2309 ff.; *Rainer Hüttemann*, Aktuelle Entwicklungen bei der Besteuerung gemeinnütziger Stiftungen, in: Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis 2012, S. 5 ff.

²⁶⁹ Zuletzt: EuGH, U. v. 27. 6. 2017, Rs. C-74/16 – Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania / Ayuntamiento de Getafe, in: BeckRS 2017, 114378. Vgl. auch: *Droege*, Zur Besteuerung der öffentlichen Hand (o. Fn. 24), S. 116 ff. m. w. N.; *ders.*, Beihilfen der öffentlichen Hand, in: Gesamtes Gemeinnützigkeitsrecht (o. Fn. 23), Kap. 18, Rn. 18; *Christopher Patt*, Finanzziele Zuwendungen an Religionsgemeinschaften sowie deren Untergliederungen und EG-Beihilferecht, in: EuR 2006, S. 577 (582 ff.); zu den Auswirkungen des Beihilferechts auf das steuerliche Gemeinnützigkeitsrecht überhaupt: *Hanno Kube*, Die Zukunft des Gemeinnützigkeitsrechts in der europäischen Marktordnung, in: iStR 2005, S. 469 (469 ff.); *Droege*, Gemeinnützigkeit (o. Fn. 6), S. 512 ff.; *Marcus Helios / Thorsten Müller*, Vereinbarkeit des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts mit dem EG-Vertrag, in: BB 2004, S. 2332 ff.; *Marcel Vachek*, Das Religionsrecht der EU im Spannungsfeld zwischen mitgliedstaatlichen Kompetenzreservaten und Art. 9 EMRK, 2000, S. 364 ff.

II. Religionsförderung mit Inlandsbezug und grundfreiheitliche Diskriminierungsverbote

55 Die Förderung von Religion und Religionsgemeinschaften unterliegt auch jenseits des harmonisierten Umsatzsteuerrechts und damit im Bereich der direkten Steuern einem ausgeprägten Prozess der strukturellen Europäisierung der Steuerrechtsordnung. Zwar fehlt es in diesem Bereich aufgrund des Kompetenzgefüges zwischen Mitgliedstaaten und Union an steuerlichen Sekundärrechtsakten, wie im Steuerrecht typisch wird diese sekundärrechtliche Lücke durch europäisches Richtersteuerrecht geschlossen. Die Rechtsprechung des EuGH hat insbesondere zu einer strukturellen Europäisierung des Gemeinnützigkeitsrechts geführt und es umfassend den grundfreiheitlichen Diskriminierungs- und Beschränkungsverböten unterstellt.²⁷⁰ Der Gerichtshof eröffnet in seiner ständigen Rechtsprechung den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten mit dem Argument, dass die direkten Steuern zwar in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fielen, diese jedoch ihre Befugnisse unter Wahrung des Unionsrechts ausüben müssten.²⁷¹

56 Der deutsche Steuergesetzgeber reagierte auf die Rechtsprechung des EuGH durch eine nur formal weitgehende Öffnung des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts für ausländische, im Unionsrechtsraum ansässige gemeinnützige Organisationen. So hat er in § 51 Abs. 2 AO einen strukturellen Inlandsbezug für die Verfolgung gemeinnütziger Zwecke im Ausland etabliert, wonach entweder inländische natürliche Personen gefördert werden müssen oder aber die entsprechende Tätigkeit zum Ansehen der Bundesrepublik Deutschland im Ausland beitragen müsse. § 10b EStG überträgt diese Anforderungen auf ausländische, im Unionsrechtsraum ansässige Spendenempfänger, bei denen zudem festzustellen ist, dass sie steuerbefreit wären, wenn sie inländische Einkünfte erzielen würden. Die steuerliche Anerkennung der Auslandsspende erfasst überdies nur im EWR und Unionsraum ansässige gemeinnützige Körperschaften. Hierzu zählt nach Auffassung der Finanzrechtsprechung nicht der Heilige Stuhl, so dass Spenden an den Papst nicht direkt, sondern

²⁷⁰ Leitentscheidungen sind: EuGH, U. v. 14.9.2006, Rs. C-386/04, Slg. 2006, I-8203 – Staufer; U. v. 18.12.2007, Rs. C-281/06, Slg. 2007, I-12231 – Jundt; U. v. 27.1.2009, Rs. C-318/07, Slg. 2009, I-8203 – Persche; U. v. 16.6.2011, Rs. C-10/10, Slg. 2011, I-5416 – Kommission / Österreich; U. v. 10.2.2011, Rs. C-25/10, Slg. 2011, I-499 – Missionswerk Werner Heukelbach.

²⁷¹ Zuletzt etwa: EuGH, U. v. 16.6.2011 (o. Fn. 270), Rn. 23.

über den nach § 58 AO offenstehenden Umweg der Mittelweitergabe durch eine inländische Körperschaft steuerlich wirksam werden können.²⁷²

Auch im Rahmen dieser Gleichwertigkeitsprüfung entstehen erhebliche Verifikationsprobleme, deren Lösung die Finanzverwaltung ganz auf den inländischen Spender verlagert hat.²⁷³ Überdies zeigt sie sich ablehnend gegenüber dem Vorschlag, diese Verifikationsprobleme jedenfalls zu entschärfen, indem man im Ausland ansässigen Spendenempfangsorganisationen gestattet, einen Antrag auf Feststellung der satzungsmäßigen Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit nach Maßgabe des neuen § 60a AO zu stellen.²⁷⁴ Zwar erkennt der EuGH im Rahmen der Rechtfertigung einer Grundfreiheitsbeeinträchtigung grundsätzlich die Sicherstellung effektiver Steueraus-
sicht als möglichen Rechtfertigungsgrund an.²⁷⁵ Er verweist die Mitgliedstaaten in diesem Zusammenhang regelmäßig auf die Instrumente der Amtshilferichtlinie, belässt ihnen allerdings auch das Recht, vom Steuerpflichtigen stichhaltige Belege verlangen zu können.²⁷⁶ Weil diese Verifikationslast von Finanzrechtsprechung²⁷⁷ und Finanzverwaltung²⁷⁸ auch auf die formalen Voraussetzungen der Steuerbefreiungen wegen Gemeinnützigkeit erstreckt werden, scheitert derzeit insbesondere die ertragsteuerliche Anerkennung der Aus-

57

²⁷² FG Köln, U. v. 15.1.2014 – 13 K 3735/10, juris.

²⁷³ BMF, Schreiben v. 16.5.2011, in: BStBl. I 2011, S. 559.

²⁷⁴ Vgl. dazu Anwendungserlass zur Abgabenordnung (AEAO) Ziff. 3 zu § 60a AO i. d. F. gemäß BMF, Schreiben v. 31.1.2014, Neubekanntmachung der AEAO, IV A 3 – S 0062/14/10002, BStBl. I 2014, S. 290. Anders: Jutta Förster, Immer Ärger mit den Nachweisen – Verfahrensprobleme bei grenzüberschreitenden Spenden, in: DStR 2013, S. 1516 (1518 ff.); Schauhoff/Kirchhain, Steuer- und zivilrechtliche Neuerungen (o. Fn. 181), S. 305; Schütz/Runte, Das Ehrenamtstärkungsgesetz (o. Fn. 181), S. 1261.

²⁷⁵ EuGH, U. v. 14.9.2006, Rs. C-386/04, Slg. 2006, I-8203, Rn. 46 ff. – Stauffer; EuGH, U. v. 27.1.2009, Rs. C-318/07, Slg. 2009, I-359, Rn. 52 ff. – Persche.

²⁷⁶ EuGH, U. v. 14.9.2006, Rs. C-386/04, Slg. 2006, I-8203, Rn. 49 f. – Stauffer; EuGH, U. v. 27.1.2009, Rs. C-318/07, Slg. 2009, I-359, Rn. 53 ff., 56, 60 f. – Persche.

²⁷⁷ Etwa: FG Düsseldorf, U. v. 14.1.2013 – 11 K 2439/10 E, in: EFG 2013, S. 678. Revision eingelegt: BFH – X R 7/13. Dazu aus der Literatur etwa: Peter Fischer, Spenden an Stiftungen im EU-Ausland, in: jurisPR-Steuerrecht 18/2013, Anm. 1; Marcus Helios/Charlotte Strehlke, Aktuelle europarechtliche Aspekte des grenzüberschreitenden Spendenabzugs, in: npoR 2013, S. 209 ff.

²⁷⁸ BMF, Schreiben v. 16.5.2011, in: BStBl. I 2011, S. 559.

landsspende, was auch Spenden an ausländische Religionsgemeinschaften deutliche Grenzen setzt.

- 58 Während das Kirchensteuerrecht noch immer an den Status einer inländischen Körperschaft des öffentlichen Rechts anknüpft und damit einen grundfreiheitsrechtlich problematischen strukturellen Inlandsbezug aufweist,²⁷⁹ hat die Finanzverwaltung diesen im Rahmen des Sonderausgabenabzuges der gezahlten Kirchensteuern verabschiedet und wendet § 10 Abs. 1 Nr. 4 EStG auch im Falle von Religionsgemeinschaften an, die in anderen EU- und EWR-Staaten ansässig sind. Freilich wird die Öffnung beschränkt auf Kirchensteuern und betrifft damit nur die evangelisch-lutherische Staatskirche in Dänemark und die evangelisch-lutherische und orthodoxe Staatskirche in Finnland.²⁸⁰ Die Verwaltungsauffassung stellt die notwendige Parallele zum Zuwendungsabzug von Mitgliedsbeiträgen an ausländische Religionsgemeinschaften her.²⁸¹

D. Ausblick – Zukünftige Herausforderungen der Kirchen- und Religionsförderung

- 59 Das Steuer- und Abgabenrecht ist ein vitales und zukunftsfähiges Instrument der Förderung von Religion und Religionsgemeinschaften. Seine verfassungsrechtlichen Fundamente sind belastbar vor allem in der Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1, 2 GG und der dortigen Verankerung des staatlichen Kulturauftrages. Die Steuer- und Abgabenbefreiungen zu Gunsten der Kirchen und Religionsgemeinschaften sind Ausdruck der Offenheit des Steuerstaates gegenüber privater Gemeinwohlförderung und verfassungsrechtlich legitim. Allerdings sind die an den Körperschaftsstatus anknüpfenden persönlichen Abgabenbefreiungen trotz ihrer verfassungsrechtlichen Grundierung – wie die Kirchenfinanzierung überhaupt – durch die schwindende Akzeptanz der Bevölkerung in ihrer Geltung bedroht.²⁸² Die weitgehende

²⁷⁹ Droege, Das System der Kirchensteuer (o. Fn. 3), S. 45.

²⁸⁰ BMF, Schreiben v. 16. 11. 2010, in: BStBl. I 2010, S. 1311.

²⁸¹ Zu den Zweifeln, ob sie im Hinblick auf Steuerzahlungen im spanischen oder italienischen Kultussteuersystem mit zugunsten von Religionsgemeinschaften ausgeübten Wahlrecht weit genug geht: Droege, Das System der Kirchensteuer (o. Fn. 3), S. 46.

²⁸² So zur Kirchenfinanzierung und ihren verfassungsrechtlichen Fundamenten: F. Kirchhof, Legitimation der deutschen Kirchenfinanzierung (o. Fn. 46), S. 33.

Parallelität der partiellen Steuerpflicht der Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts zur Besteuerung der öffentlichen Hand birgt zudem die in jüngster Vergangenheit immer deutlicher zu Tage tretende Gefahr, dass unter der Ägide des Prinzips der Wettbewerbsneutralität der von der Besteuerung ausgenommene Hoheitsbereich auch der Religionsgemeinschaften immer weiter zurückgedrängt wird. Dies gilt insbesondere im Umsatzsteuerrecht. Entsprechende Akzentverschiebungen drohen auch bei der Förderung von Religion und Religionsgemeinschaften im Rahmen des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts. Insbesondere im Bereich der Steuerfreiheit der Zweckbetriebe gilt es hier, zukünftig die Besonderheiten der Wahrnehmung des religionsgemeinschaftlichen Auftrages in der Welt zu verdeutlichen. Die Wettbewerbsneutralität der Besteuerung ist ein wesentlicher Abwägungsgesichtspunkt in der Konturierung der Sphäre partieller Steuerpflicht auch der Religionsgemeinschaften, er ist aber nicht notwendig das Abwägungsergebnis. Hier gilt es, die grundrechtlichen Determinanten der Religionsförderung in die steuerrechtliche Dogmatik einzuspeisen. Die Förderung von Religion und Religionsgemeinschaften ist in den sachlichen Steuerbefreiungen des Gemeinnützigkeitsrechts als zeitgemäße und zukunfts offene Förderung bürgerschaftlichen Engagements im offenen Steuerstaat verfassungsrechtlich legitimiert. Mit großen dogmatischen Herausforderungen ist allerdings die strukturelle Europäisierung der Steuerrechtsordnung und damit auch der abgabenrechtlichen Religionsförderung verbunden. Umso mehr wird es in Zukunft darum gehen, gerade unter den Bedingungen der europarechtlichen Durchdringung des Steuer- und Abgabenrechts die Legitimität der Förderung von Religion und Religionsgemeinschaften auf unionsrechtlicher Ebene zu verdeutlichen. Entscheidend dürfte die Aktivierung des Schutzes der individuellen und korporativen Religionsfreiheit und des religionsgemeinschaftlichen Selbstverständnisses im Rahmen der Unionsgrundrechte sein. Über die Zukunftsfähigkeit und Leistungsfähigkeit des Abgabenrechts als Instrument der Förderung von Religion und Religionsgemeinschaften entscheidet schon mittelfristig das Unionsrecht.

XIII.

Die Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften im staatlichen Rechtsschutzsystem

§ 75

Der Schutz von Religion und Kirchen im Strafrecht

Von Henning Radtke

A. Einführung	1–7
I. Schutz von Religion durch Strafrecht und im Strafrecht	1–6
1. Schutz durch Strafrecht	1–4
2. Schutz im Strafrecht	5–6
II. Unmittelbarer und mittelbarer Schutz von Religion und Kirche durch Strafrecht	7
B. Unmittelbarer Schutz von Religion und Kirche durch Strafrecht	8–43
I. Die Religionsdelikte	8–11
1. Zuordnung	8
2. Historische Entwicklung	9–11
II. Die Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB)	12–34
1. Allgemeines	12
2. Rechtsgut und Deliktscharakter	13–19
a) Öffentlicher Friede als Schutzgut	14–15
b) Kritik des Friedensschutzmodells und konkurrierende Deutungen des Schutzguts	16–18
c) Deliktscharakter	19
3. Deliktsstruktur	20
4. „Tatobjekte“	21–27
a) Bekenntnis (§ 166 Abs. 1 StGB)	21–22
b) Kirchen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen (§ 166 Abs. 2 StGB)	23
c) „Einrichtungen“ und „Gebräuche“ von Kirchen, Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsvereinigungen	24–27

5. Tathandlung	28–32
a) „Beschimpfen“ und Meinungs- bzw. Kunstfreiheit der „Beschimpfenden“	28
b) Inhaltsbestimmung	29
c) Auslegungsmaßstab	30
d) Beispiele	31
e) „Ausdrucksformen“ des Beschimpfens	32
6. „Taterfolg“	33
7. Subjektiver Tatbestand	34
III. Störung der Religionsausübung (§ 167 StGB)	35–42
1. Allgemeines, Rechtsgut und Deliktsstruktur	35
2. Tatobjekte	36–39
3. Tathandlungen	40–41
4. Subjektiver Tatbestand	42
IV. Rechtfertigungsfragen	43
C. Mittelbarer Schutz von Religion und Kirche durch Strafrecht	44–48
I. Allgemeines	44
II. Schutz der Existenz religiöser Gruppen	45
III. Schutz der Ehre von Religionsgemeinschaften	46–47
IV. Schutz von Räumlichkeiten und Objekten, die der Religionsausübung dienen	48
D. Schutz von Religion und Kirche im Strafrecht	49–54
I. Strafrechtliche Verbote oder Gebote versus Glaubensüberzeugung	50
II. Die „Ausstrahlungswirkung“ der Glaubensfreiheit	51–52
III. Rechtfertigende oder entschuldigende Wirkung der Glaubensfreiheit?	53–54

A. Einführung

I. Schutz von Religion durch Strafrecht und im Strafrecht

1. Schutz durch Strafrecht

Schutz von Religion bzw. Religionen und Kirchen im Strafrecht¹ meint vor allem deren *Schutz durch Strafrecht*. Strafrecht ist dabei

1

¹ Literatur: *Canadar Arslan*, Meinungs- und Kunstfreiheit gegen die Religionsfreiheit: wie viel Schutz für religiöse Empfindlichkeiten, 2015; *Bernhard von Becker*, „Gegen Grosz und Genossen“ – Der Gotteslästerungsprozess gegen George Grosz, in: NJW 2005, S. 559 ff.; *Klaus Burghard*, Die Religionsdelikte der §§ 166, 167 StGB und ihre Novellierung durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 30. Juni 1969, Diss. jur. Köln 1971; *Gerhard Czermak / Eric Hilgendorf*, Religions- und Weltanschauungsrecht, 2008; *Horst Dreier*, Religion und Verfassungsstaat im Kampf der Kulturen, in: *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, hg. von Horst Dreier / Eric Hilgendorf, 2008, S. 11 ff.; *Christoph Enders*, Zwischen Kritik und Beschimpfung – Das Verhältnis der Meinungs- und Kunstfreiheit zum Schutz von Glauben und religiöser Empfindung im Wandel der Zeiten und Gesetzgebung, in: KuR 2007, S. 40 ff.; *Thomas Fischer*, Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung, Diss. jur. Würzburg 1986; *ders.*, Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören, in: NSTZ 1988, S. 159 ff.; *Tatjana Hörnle*, Strafrechtliche Verbotsnormen zum Schutz von kulturellen Identitäten, in: *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, a. a. O., S. 315 ff.; *dies.*, Strafe als Reaktion auf grob anstößiges Verhalten am Beispiel von Bekenntnisbeschimpfungen und Holocaust-Leugnen, in: *Straftheorie und Strafrechtsichtigkeit*, hg. von Henning Rosenau / Sangyun Kim, 2010, S. 215 ff.; *dies.*, Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft, Gutachten C, in: *Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages*, 2014, Bd. 1; *dies.*, Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB): Aufheben oder Ausweiten?, in: JZ 2015, S. 293 ff.; *Josef Isensee*, Nachwort – Blasphemie im Koordinatensystem des säkularen Staates, in: *Religionsbeschimpfung. Der rechtliche Schutz des Heiligen*, hg. von dems., 2007, S. 105 ff.; *Sebastian Koch*, Die strafbare Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen, 2009; *Klaus Lüderssen*, Ein neuer § 166 StGB?, in: *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, hg. von Andreas Donatsch / Marc Forster / Christian Schwarzenegger, 2002, S. 631 ff.; *Benedikt Naarmann*, Der Schutz von Religionen und Religionsgemeinschaften in Deutschland, England, Indien und Pakistan, 2015; *Michael Pawlik*, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, in: *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, hg. von Michael Hettinger u. a., 2007, S. 411 ff.; *ders.*, Der strafrechtliche Schutz des Heiligen, in: *Religionsbeschimpfung*, a. a. O., S. 31 ff.; *Andrea Radtke / Henning Radtke*, „Kirchenasyl“ und die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Kirchenvorstandes, in: ZevKR 42 (1997), S. 23 ff.; *Barbara Rox*, Schutz religiöser Gefühle im freiheitlichen Verfassungsstaat?, 2012; *Armin Steinbach*, Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften gemäß § 166 StGB – eine Würdigung des Karikatu-

auf das materielle Strafrecht beschränkt. Die Darstellung des Schutzes von Religion und Kirchen im Strafverfahrensrecht, etwa durch die Einräumung von Zeugnisverweigerungsrechten zugunsten von Geistlichen (vgl. § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO), ist Gegenstand eines eigenständigen Kapitels.² Schutz durch materielles Strafrecht erfolgt mittels Statuierung von mit Strafsanktionen bewehrten Verhaltensverboten oder – seltener – Verhaltensgeboten (vgl. § 323c StGB sowie § 13 Abs. 1 StGB).³ Mit der Aufstellung derartiger Strafnormen bezweckt der Gesetzgeber regelmäßig den Schutz bestimmter Rechtsgüter.⁴ Dient eine Verhaltensnorm⁵ dem Schutz eines benennbaren Rechtsguts, ist sie grundsätzlich verfassungsrechtlich legitim.⁶ Die mit der Verhaltensnorm verknüpfte Sanktionsnorm ist es jedenfalls dann, wenn sich die Strafbewehrung (auch) unter Berücksichtigung der ultima ratio des Einsatzes von Strafrecht als Mittel der Verhaltenssteuerung (Strafrecht als subsidiärer Rechtsgüterschutz)⁷ als

renstreits nach deutschem Strafrecht, in: JR 2006, S. 495 ff.; *Ron Steinke*, „Gotteslästerung“ im säkularen Staat, in: KJ 2008, S. 451 ff.; *Detlef Sternberg-Lieben*, Die Sinnhaftigkeit eines gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriffs – exemplifiziert am Beispiel der Beschimpfung religiöser Bekenntnisse, in: Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, hg. von Carl-Friedrich Stuckenberg/Klaus Ferdinand Gärditz, 2015, S. 31 ff.; *Stephan Stübinger*, Der Tatbestand der Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) als Herausforderung der Rechtsgutslehre, in: Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, hg. von Peter-Alexis Albrecht/Stefan Kirsch/Ulfrid Neumann/Stefan Sinner, 2015, S. 573 ff.; *Christoph A. Stumpf*, Bekenntnisschutz im deutschen Strafrecht, in: GA 2004, S. 104 ff.; *Christian Waldhoff*, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität, Gutachten D, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, 2010, Bd. 1; *Jörg Winter*, Zum strafrechtlichen Schutz der Religion im weltanschaulich neutralen Staat, in: KuR 2008, S. 58 ff.; *Martin J. Worms*, Die Bekenntnisbeschimpfung im Sinne von § 166 Abs. 1 StGB und die Lehre vom Rechtsgut, 1984; *Heinz Zipf*, Die Delikte gegen den öffentlichen Frieden im religiös-weltanschaulichen Bereich (§§ 166, 167 n. F. StGB), in: NJW 1969, S. 1944 ff.

² Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses, *Henning Radtke*, → § 76.

³ Näher *Henning Radtke*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, hg. von Wolfgang Joecks/Klaus Mießbach, Bd. 2, 3. Aufl. 2016, Vor § 38, Rn. 1.

⁴ Zur strafrechtlichen Rechtsgutslehre siehe zusammenfassend *Claus Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2, Rn. 5 ff.

⁵ Etwa „Du sollst nicht einen anderen töten“ als den §§ 211–216, § 222 StGB zugrundeliegende Verhaltensnorm.

⁶ Zur verfassungsrechtlichen Legitimität von Verhaltensnormen ausführlicher etwa *Georg Freund*, in: Über allem: Menschlichkeit. Festschrift für Dieter Rössner, hg. von Britta Bannenberg u. a., 2015, S. 579 (582 ff.).

⁷ Zur Subsidiarität des Strafrechts als Mittel des Rechtsgüterschutzes BVerfGE 57, 250 (270); 73, 206 (253); siehe aber auch *Johannes Kaspar*, Ver-

verhältnismäßiger Eingriff des Staates in die Freiheitsrechte der Rechtsunterworfenen erweist. Das Bundesverfassungsgericht sieht den an sich dem Gesetzgeber eingeräumten Entscheidungsspielraum, strafbewehrte Verhaltensnormen aufzustellen, dadurch begrenzt, dass die entsprechende Strafvorschrift entweder dem Schutz anderer Individuen oder dem Schutz der Allgemeinheit dienen muss.⁸

Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben lassen die Schwierigkeiten des Schutzes von Religion und Kirchen durch materielles Strafrecht erahnen. Hängt die verfassungsrechtliche Legitimität von Strafnormen in dem vorstehend dargestellten Sinn von einem auf Schutz des Einzelnen oder der Allgemeinheit gerichteten Zweck ab, muss für jede einzelne Strafnorm eine derartige Schutzrichtung nachvollziehbar benannt werden können. Bei Straftatbeständen zum Schutz von Individualinteressen oder -gütern (Leben, Gesundheit, Eigentum, Willens- und/oder Fortbewegungsfreiheit etc.) wird dem stets entsprochen, wenn der Tatbestand einen Träger oder Inhaber des Guts als Tatobjekt statuiert und der Taterfolg in der Verletzung des Individualguts besteht („Wer einen anderen Menschen tötet, [...]“). Verlangt der Tatbestand lediglich die konkrete Gefährdung eines Rechtsguts als tatbestandlichen Erfolg, steht die verfassungsrechtliche Legitimität wegen des über den konkreten Gefährderfolg herbeigeführten starken Rechtsgutsbezugs⁹ ebenfalls außer Frage. Als problematischer erweist sich dagegen die Berechtigung des Gesetzgebers, Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, die entweder lediglich einen schwachen Bezug zum geschützten (Individual-)Rechtsgut aufweisen oder Güter und Interessen der Allgemeinheit schützen, bei denen es sich nicht um Tatbestände zum Schutz des Bestandes des Staates selbst handelt.

Die Beantwortung der Frage nach der verfassungsrechtlichen Legitimität von Straftatbeständen ist angesichts der religiös-welt-

hältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 628 ff.

⁸ BVerfGE 120, 224 (239).

⁹ Konkrete Gefahr ist ein Zustand, in dem die Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer Rechtsgutsverletzung besteht und in dem es lediglich noch vom Zufall abhängt, ob das (tatbestandlich) geschützte Rechtsgut verletzt wird; von einer Zufallsabhängigkeit kann lediglich dann nicht gesprochen werden, wenn Umstände die Rechtsgutsverletzung verhindern, auf deren Eingreifen der Täter normativ berechtigt vertrauen durfte (sog. normative Gefährderfolgstheorie; vgl. *Roxin*, Strafrecht AT 1 [o. Fn. 4], § 11, Rn. 151 f.; *Henning Radtke*, in: Münchener Kommentar zum StGB [o. Fn. 3], Bd. 5, 2. Aufl. 2014, Vor §§ 306 ff., Rn. 7 m. w. N.).

anschaulichen Neutralität des Verfassungsstaates des Grundgesetzes¹⁰ bezüglich solcher Straftatbestände besonders dringlich, die – auf welche Weise auch immer – den Schutz von Weltanschauungen, Religion(en) und Kirchen gewährleisten sollen.¹¹ Religion und Kirche(n) können kaum per se als durch Strafrecht legitim zu schützende Güter oder Interessen verstanden werden. Vielmehr geht es für den Gesetzgeber darum, einzelne Interessen von Religion und Kirche zu benennen, die in verfassungsrechtlich berechtigter Weise durch die Aufstellung strafbewehrter Verhaltensnormen mit ausreichend starkem Rechtsgutsbezug gegen Beeinträchtigungen geschützt werden dürfen. Die Gewährleistung der Religionsfreiheit in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG lässt sich nicht schlechthin als legitimierenden Grund für die Aufstellung strafbewehrter Verhaltensnormen heranziehen. Denn begründet die Zwecksetzung einer Strafnorm auf den Schutz eines Guts, hier der Religionsfreiheit, verfassungsrechtlich die Zulässigkeit des Eingriffs in die Rechte desjenigen, der die Strafnorm verwirklicht, bedarf es eines über die Norm selbst hergestellten Bezugs des tatbestandlichen Verhaltens zum tatbestandlich geschützten (Rechts-)Gut. Nicht jedwedes religionsbezogene Agieren lässt sich aber als Beeinträchtigung der Religionsfreiheit anderer deuten.¹² Selbst wenn die Gewährleistung der Religionsfreiheit sich nicht in der überkommenen Abwehrfunktion der Grundrechte erschöpft, sondern auch eine Ausprägung als Schutzpflicht dergestalt beinhaltet, sowohl den einzelnen Gläubigen als auch die Religionsgemeinschaft insgesamt vor Beeinträchtigungen der Religionsausübungsfreiheit durch Dritte (etwa Angehörige anderer Religionen) zu bewahren,¹³

¹⁰ Siehe nur BVerfGE 102, 370 (393 f.).

¹¹ Zur einschlägigen Diskussion aus neuerer Zeit siehe nur *Hörnle*, in: JZ 2015 (o. Fn. 1), S. 293 (294 ff.); *Pawlik*, in: FS Küper (o. Fn. 1), S. 411 ff.; *Sternberg-Lieben*, in: FS Paeffgen (o. Fn. 1), S. 31 ff., 41 ff.; *Stübinger*, in: FS Kargl (o. Fn. 1), S. 573 ff. – jeweils zu § 166 StGB, siehe dazu auch zusammenfassend, *Karlhans Dippel*, in: Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 12. Aufl., hg. von Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissing-van Saan/Klaus Tiedemann, Bd. 6, 2010, § 166, Rn. 6–12.

¹² Insoweit zutreffend bezüglich § 166 StGB etwa *Hörnle*, Gutachten C für den 70. DJT (o. Fn. 1), C 40; *Josef Isensee*, Meinungsfreiheit im Streit mit der Religion – „Gotteslästerung“ heute, in: AfP 2013, S. 189 (195); *Sternberg-Lieben*, in: FS Paeffgen (o. Fn. 1), S. 41.

¹³ Vgl. BVerfGE 93, 1 (6); 102, 370 (393); *Winfried Hassemer*, Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen? in: Die Rechtsgutstheorie, hg. von Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers, 2003, S. 57 (59 und 62); *Juliane Kokott*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 4, Rn. 68; *Christian Starck*, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber/

wird diese Pflicht nicht vorrangig durch die Schaffung von Straftatbeständen erfüllt. Angesichts des lediglich subsidiären Rechtsgüterschutzes durch Strafrecht¹⁴ lässt sich dem Grundgesetz kein auf Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gestütztes, an den Gesetzgeber adressiertes Gebot entnehmen, Strafvorschriften zum Schutz der Religionsfreiheit oder noch weiter der Religion als solcher zu schaffen (Bestrafungsgebot als Ausprägung des Untermaßverbots).¹⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat ein derartiges Bestrafungsgebot – jenseits des verfassungsunmittelbaren Gebots aus Art. 26 Abs. 1 GG – bislang lediglich hinsichtlich des Schutzes des ungeborenen Lebens formuliert.¹⁶ Eine Ausdehnung darüber hinaus wird kaum in Betracht kommen.¹⁷

Ungeachtet des Fehlens einer verfassungsrechtlich fundierten Pflicht, Straftatbestände zum Schutz jedenfalls der Religionsfreiheit zu statuieren, ist umgekehrt auf eine personal gedeutete strafrechtliche Rechtsgutslehre¹⁸ gestützten Versuchen, allein den Schutz von Individualrechten oder –gütern bezweckenden strafbewehrten Verhaltensnormen Verfassungsgemäßheit zuzusprechen, eine Absage zu erteilen. Auch Straftatbestände zum Schutz von Allgemeininteressen, zu denen auch den öffentlichen Frieden schützende Straftatbestände wie etwa die Volksverhetzung (§ 130 StGB) und die Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) gehören, sind grundsätzlich verfassungsrechtlich legitim.¹⁹ Gerade in einer kulturell, aber auch religiös zu-

4

Andreas Voßkuhle, Bd. 1, Art. 4, Rn. 12 und 20; siehe auch *Dippel*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), Vor § 166, Rn. 17 m. w. N.

¹⁴ *Radtko*, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 3), Vor § 38, Rn. 3 m. w. N.; *Roxin*, Strafrecht AT 1 (o. Fn. 4), § 2, Rn. 1.

¹⁵ Allg. zu – nur ausnahmsweise in Frage kommenden – Bestrafungsgeboten siehe *Radtko*, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 3), Vor § 38, Rn. 7 m. w. N.

¹⁶ BVerfGE 39, 1 (45); bereits abschwächend BVerfGE 88, 203 (280 ff.).

¹⁷ Vgl. *Roxin*, Strafrecht AT 1 (o. Fn. 4), § 2, Rn. 36 f.; siehe auch *Matthias Jahn*, Schutzpflichtenlehre revisited: Der Beitrag des Verfassungsrechts zur Legitimation eines Straftatbestandes der Wettbewerbsverfälschung im Sport, in: FS Rössner (o. Fn. 6), S. 599 (621 f.); näher zu Bestrafungsgeboten als Ausfluss von staatlichen Schutzpflichten *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit (o. Fn. 7), S. 62 ff. und 78 ff.

¹⁸ Grundlegend etwa *Ulfrid Neumann*, „Alternativen: keine“. – Zur neuen Kritik an der personalen Rechtsgutslehre, in: Personale Rechtsgutslehre und Opferorientierung im Strafrecht, hg. von dems./Cornelius Prittwitz, 2004, S. 85 ff.

¹⁹ Vgl. *Pawlik*, in: FS Küper (o. Fn. 1), S. 411; siehe auch *Wilhelm Schluckebier*, Referat, in: Verhandlungen des 70. DJT (o. Fn. 1), Bd. 2/1, L 13 (18 f.).

nehmend plural geprägten Gesellschaft wie der der Bundesrepublik Deutschland²⁰ kann derartigen Friedensschutzdelikten eine „wertprägende Funktion“ zukommen.²¹ Straftatbestände zum Schutz des öffentlichen Friedens sind im Grundsatz verfassungsrechtlich legitim und können sich als verhältnismäßige Einschränkungen von Freiheitsrechten des Einzelnen (etwa der Meinungsäußerungsfreiheit) erweisen.²²

2. Schutz im Strafrecht

- 5 Schutz von Religion und Kirche *im Strafrecht* lässt sich über deren Schutz durch Strafrecht hinaus auch darauf beziehen, welche Bedeutung der Inanspruchnahme der Religionsausübungsfreiheit durch den einzelnen Gläubigen für die Bewertung eines Verhaltens zukommen kann, das sich als straftatbestandsmäßig erweist. Die Frage stellt sich regelmäßig in Konstellationen, in denen die Verwirklichung straftatbestandsmäßigen Verhaltens allein oder zumindest mit durch das Befolgen von Glaubenssätzen der eigenen Religion motiviert ist. Als Beispiel sei auf die Gewährung von Kirchenasyl durch die Mitglieder des Kirchenvorstandes einer Gemeinde an vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer verwiesen (ggf. straftatbestandsmäßig gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 1b AufenthG).²³ Konstellationen, in denen die Ausrichtung und Gestaltung des eigenen Lebens anhand der religiösen Überzeugungen mit einem Verstoß gegen Verhaltensverbote oder -gebote staatlichen Rechts einhergeht, können vielgestaltig sein. Zwar trifft für die Mehrheit der deutschen Bevölkerung die Einschätzung stetig nachlassender Kirchenbindung zu.²⁴ Infolge aktueller Zuwanderung sowie einer religiösen „Rückbesinnung“ in Teilen der Nachfolgenerationen früherer Zuwanderergruppen behält die Frage der strafrechtlichen Einordnung von an den religiösen Überzeugungen oder Lebensregeln der Religion²⁵ ausgerichteten, aber

²⁰ Zu den Bevölkerungsanteilen mit Religionszugehörigkeit siehe Naarmann, Schutz von Religionen (o. Fn. 1), S. 32.

²¹ Überzeugend Schluckebier, in: Verhandlungen des 70. DJT (o. Fn. 19), L 19 f.

²² BVerfGE 124, 300 (331 ff.) – bezüglich der Volksverhetzung gemäß § 130 StGB.

²³ Dazu etwa A. Radtke / H. Radtke, „Kirchenasyl“ (o. Fn. 1), S. 21 ff.

²⁴ Waldhoff, Gutachten D für den 68. DJT (o. Fn. 1), D 16 ff.; Hörnle, Gutachten C für den 70. DJT (o. Fn. 1), C 10; jeweils m. w. N.

²⁵ Schluckebier, in: Verhandlungen des 70. DJT (o. Fn. 19), L 15 weist zu-

straftatbestandsmäßigen Verhaltensweisen dennoch praktische Bedeutung.²⁶

Schutz von Religion und Kirche im Strafrecht in dem vorstehend beschriebenen Sinn ist kaum weniger verfassungsrechtlich überlagert als der Schutz durch Strafrecht. Verhält sich ein Einzelner deshalb straftatbestandsmäßig, weil er mit dem Vollzug des inkriminierten Verhaltens Geboten seines Glaubens oder Lebensregeln seiner Religion folgt, wird regelmäßig der Schutzbereich der Religionsausübungsfreiheit betroffen sein.²⁷ Das strafbewehrte Verhaltensverbot und dessen Anwendung im Einzelfall greifen damit in das Grundrecht ein. Da umgekehrt das strafbare Verhalten mit einem Eingriff in Individualrechtsgüter anderer oder in Güter der Allgemeinheit einhergeht, kann allein der Umstand, dass der straftatbestandsmäßig Handelnde seine Religionsausübungsfreiheit in Anspruch nimmt, nicht gleichsam automatisch zu einem Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit – sei es durch Rechtfertigung, Entschuldigung oder sonstige Gründe – führen.²⁸ Ob und unter welchen tatsächlichen wie rechtlichen Voraussetzungen eine Inanspruchnahme der Religionsfreiheit Auswirkungen auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit haben kann, wird kontrovers beurteilt und bedarf näherer Erörterung (unten D.).

6

II. Unmittelbarer und mittelbarer Schutz von Religion und Kirche durch Strafrecht

Vor dem zu A. I. 1. grob skizzierten Hintergrund verfassungsrechtlicher Anforderungen an die Statuierung von Straftatbeständen einerseits und der gebotenen Berücksichtigung der strafrechtlichen Rechtsgutslehre andererseits hat *Albin Eser* in der Voraufgabe zu

7

treffend darauf hin, dass sich die Frage nicht nur bei Befolgung „imperativer Glaubenssätze“ stellt.

²⁶ Vgl. nur *Hörnle*, Gutachten C für den 70. DJT (o. Fn. 1), C 63 ff.

²⁷ Näher *Karl-Hermann Kästner*, Individuelle Gewissensbindung und normative Ordnung, in: *ZevKR* 37 (1992), S. 127 (132); *A. Radtke/H. Radtke*, „Kirchenasyl“ (o. Fn. 1), S. 23 ff.; bezüglich der Gewissensfreiheit etwa *Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* (o. Fn. 13), Art. 4, Rn. 6; *Kokott*, in: *Sachs* (o. Fn. 13), Art. 4, Rn. 49.

²⁸ *Radtke*, Überlegungen zum Verhältnis von „zivilem Ungehorsam“ zur „Gewissenstat“, in: *GA* 2000, S. 19 (33); siehe aber auch abweichend *Heiner Christian Schmidt*, Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe, 2008, S. 188 ff. m. w. N.

Recht zwischen Strafvorschriften unterschieden, die unmittelbar den Schutz von Religion und Kirchen intendieren, sowie solchen, die dies lediglich mittelbar bezwecken.²⁹ Als Straftatbestände mit unmittelbarer Schutzwirkung bzw. -richtung zugunsten von Religion und Kirche sollen solche gelten, bei denen der tatbestandlich erfasste Angriff ohne Vermittlung durch einen Angriff auf gegenständliche Tatobjekte³⁰ das geschützte Rechtsgut beeinträchtigt oder er zumindest dazu geeignet ist (näher unten B.). Als Strafvorschriften mit mittelbarer Schutzfunktion zugunsten von Religion und Kirche werden hier solche erfasst, bei denen ein tatbestandlicher Bezug zu beiden besteht, der sich entweder bereits als (wenigstens teilweise) unrechtsbegründend, unrechtssteigernd oder zumindest die Strafzumessungsschuld steigernd erweist (näher unten C.). Beispiele für mittelbar Religion und Kirche schützende Strafvorschriften sind etwa § 306a Abs. 1 Nr. 2 StGB, der die (schwere) Brandstiftung an einer Kirche oder einem anderen der Religionsausübung dienenden Gebäude erfasst sowie das den für Diebstahl gemäß § 242 StGB eröffneten Strafraumen erhöhende Regelbeispiel aus § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StGB. Dieses erfordert einen Diebstahl einer Sache, die dem Gottesdienst gewidmet ist oder der religiösen Verehrung dient, aus einer Kirche oder einem anderen der Religionsausübung dienenden Gebäude oder Raum (häufig sog. Kirchendiebstahl).³¹ Zu den Straftatbeständen mit mittelbarer Schutzwirkung zugunsten der Religion ist aber auch etwa der Völkermordtatbestand (§ 6 Völkerstrafgesetzbuch – VStGB) zu zählen, soweit sich die in § 6 Abs. 1 VStGB erfassten tatbestandlichen Handlungen auf eine „religiöse Gruppe“³² im Sinne der genannten Vorschrift beziehen.

²⁹ *Albin Eser*, Schutz von Religion und Kirchen im Strafrecht und im Verfassensrecht (§ 71), in: HSKR², Bd. 2, S. 1019 (1019–1023).

³⁰ Tatobjekte sind diejenigen im Straftatbestand genannten Objekte, an denen sich die tatbestandliche Handlung vollzieht; sie fallen häufig mit einem Rechtsgutsobjekt zusammen (Beispiel: Der andere Mensch ist sowohl Tatobjekt der Körperverletzungsdelikte der §§ 223 ff. StGB als auch Träger des geschützten Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit und damit auch Rechtsgutsträger); zwangsläufig ist dies aber nicht (bei § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB ist das Tatobjekt eine einem Menschen zur Wohnung dienende Räumlichkeit; geschützte Rechtsgüter sind aber Leben und Gesundheit anderer Menschen; dazu ausführlich *Henning Radtke*, Die Dogmatik der Brandstiftungsdelikte, 1998, S. 161 ff. und passim).

³¹ Zum Verständnis des Regelbeispiels knapp zusammenfassend *Thomas Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 65. Aufl. 2018, § 243, Rn. 19.

³² Dazu näher *Claus Krefß*, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 3), Bd. 8, 3. Aufl. 2018, VStGB § 6, Rn. 42–44; *Gerhard Werle / Florian Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 823 ff.

B. Unmittelbarer Schutz von Religion und Kirche durch Strafrecht

I. Die Religionsdelikte

1. Zuordnung

Straftatbestände, die im hier angenommenen Sinne unmittelbar dem Schutz von Religion und Kirchen dienen, sind die Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften gemäß § 166 StGB sowie die Störung der Religionsausübung gemäß § 167 StGB. Die Störung der Bestattungsfeier (§ 167a StGB) sowie die Störung der Totenruhe (§ 168 StGB) weisen zwar ebenfalls Bezüge zu Religion und Kirche auf, bezwecken jedoch vorrangig die Wahrung des Pietätsgefühls.³³ Als Delikte zum Schutz von Religion und Kirche (Religionsdelikte) lassen sie sich daher nicht verstehen.

8

2. Historische Entwicklung

In rechtshistorischer Perspektive zeigen sich deutliche Veränderungen in Art und Umfang der Religionsdelikte im deutschen Strafrecht.³⁴ Die weit mehr als ein Jahrtausend als Religionsdelikt beherrschende Gotteslästerung (Blasphemie)³⁵ geriet spätestens seit dem 19. Jahrhundert unter Legitimitätsdruck; eindrucksvoll die Bewertung durch *Anselm von Feuerbach*:

9

³³ Vgl. *Fischer*, StGB (o. Fn. 31), § 167a, Rn. 1 sowie § 168, Rn. 2 m. N. zur Kontroverse um das Rechtsgut der Störung der Totenruhe; ausführlicher und in der Sache überzeugend *Dippel*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 167a, Rn. 3–6 und § 168, Rn. 2.

³⁴ Überblickte etwa bei *Koch*, Die strafbare Beschimpfung von Bekenntnissen (o. Fn. 1), S. 21–38; *Naarmann*, Schutz von Religionen (o. Fn. 1), S. 32–37; *Dippel*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), Vor § 166, Rn. 18–21; jeweils m. w. N.; *Stübinger*, in: FS Kargl (o. Fn. 1), S. 575–577.

³⁵ *Naarmann*, Schutz von Religionen (o. Fn. 1), S. 32 f.; zum Begriff der Blasphemie *Dippel*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), Vor § 166, Rn. 18, Fn. 105.

„Dass die Gottheit injuriert werde, ist unmöglich; dass sie wegen Ehrenbeleidigungen sich an Menschen räche, undenkbar; dass sie durch Strafe ihre Beleidiger versöhnt werden müsse, Thorheit.“³⁶

- 10 Mit dem Aufkommen der Vorstellung, strafwürdiges Verhalten setze eine Rechtsverletzung voraus, und der Fortentwicklung dieses Gedankens zur Rechtsgutslehre³⁷ ließ sich die Bestrafung der Gotteslästerung nicht mehr vereinbaren, obwohl die Blasphemie bis dahin als das abscheulichste und schwerste Verbrechen galt, welches mit schwersten Strafen sanktioniert wurde.³⁸ Die Bestrafung der Lästerung Gottes wurde abgelöst durch Strafbestimmungen, die stattdessen an die Beeinträchtigung der religiösen Empfindungen von Gläubigen anknüpften; einige partikularstaatliche Strafgesetzbücher des 19. Jahrhunderts beschränkten das straftatbestandsmäßige Verhalten gar auf Beeinträchtigungen des religiösen Friedens durch Tätlichkeiten oder Verbalangriffe.³⁹ Die zeitweilige „Rückkehr“ des Reichsstrafgesetzbuchs von 1871 zur Strafbarkeit der Gotteslästerung neben derjenigen wegen öffentlicher Beschimpfung der christlichen Kirchen oder anderer öffentlich-rechtlich verfasster Religionsgesellschaften (vgl. § 166 RStGB) ändert nichts daran, dass die Gotteslästerung entgegen dem überkommenen Verständnis dieser Straftat auf ein Delikt zurückgeführt wurde, das mit einer Friedensstörung einhergeht. § 166 RStGB, ebenso wie seine Vorgängerregelung im Preußischen StGB von 1851, verknüpften die Lästerung (Beleidigung) Gottes mit dem Hervorrufen eines Ärgernisses.⁴⁰ Selbst wenn noch bis in das 20. Jahrhundert hinein an der Vorstellung der Beleidigungsfähigkeit von Gott selbst festgehalten worden sein mag,⁴¹ erfolgte die Ausgestaltung des Kerntatbestandes der Religionsdelikte dergestalt, dass die Strafbarkeit auch an das Verursachen eines Är-

³⁶ *Anselm von Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847, § 303, S. 488 f.

³⁷ Siehe zur Entwicklung der strafrechtlichen Rechtsgutslehre etwa *Knut Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 39 ff.; *Roland Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 127 ff.; spezifisch zur Bedeutung der Rechtsgutslehre für die Religionsdelikte *Stübinger*, in: FS Kargl (o. Fn. 1), S. 575 ff.

³⁸ *Naarmann*, Schutz von Religionen (o. Fn. 1), S. 33; *Dippel*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), Vor § 166, Rn. 18; jeweils m. w. N.

³⁹ Vgl. *Naarmann*, Schutz von Religionen (o. Fn. 1), S. 34; siehe auch *Pawlik*, Der strafrechtliche Schutz des Heiligen (o. Fn. 1), S. 31 (35 f.).

⁴⁰ „[...] dadurch, daß er öffentlich in beschimpfenden Äußerungen, Gott lästert, ein Ärgernis gibt [...]“ (§ 166 RStGB).

⁴¹ Dazu *Dippel*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), Vor § 166, Rn. 19 a. E. m. w. N.

gernisses und damit an eine Beeinträchtigung der religiösen Empfindungen von betroffenen (sich betroffen fühlenden) Religionsangehörigen geknüpft ist.

In der Phase der grundlegenden Reform des deutschen Strafrechts in den 1960er und 1970er Jahren plädierten Teile der Strafrechtswissenschaft für eine Abschaffung der Religionsdelikte. Insbesondere der von einem Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer vorgelegte Alternativentwurf zum StGB, Besonderer Teil (AE-StGB BT) schlug unter Verweis auf die schwierige Rechtsgutsbestimmung und den Gedanken des nur subsidiären Rechtsgüterschutzes durch Strafrecht die Abschaffung des § 166 StGB vor.⁴² Stattdessen sollten lediglich die Religionsausübung konkret beeinträchtigende Verhaltensweisen – wie etwa die Störung eines Gottesdienstes durch Eindringen in ein Kirchengebäude (oder einen sonstigen umschlossenen Raum) – aufgrund allgemeiner Straftatbestände (z.B. Hausfriedensbruch) erfasst werden.⁴³ Das Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts aus dem Jahr 1969⁴⁴ hat jedoch an einem eigenständigen Religionsdelikt mit § 166 StGB als Bekenntnisbeschimpfung festgehalten, den Tatbestand aber durch die Berücksichtigung der Weltanschauungsvereinigungen und das weltanschauliche Bekenntnis erheblich verändert.⁴⁵ Auch nach der Reform ist die rechtspolitisch und die rechtswissenschaftlich geführte Diskussion über die Berechtigung von Religionsdelikten im StGB und – für den Fall des Festhaltens an solchen – ihre konkrete Ausgestaltung nie gänzlich versiegt. In der 13., 14. und 16. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages wurden von unterschiedlichen Seiten und mit unterschiedlichen Zielrichtungen Gesetzgebungsinitiativen mit dem Ziel der Änderung der Religionsdelikte unternommen.⁴⁶ Die für eine Abschaffung insbesondere von § 166 StGB erhobenen Stimmen stützen ihre Forderung regelmäßig auf eine unzureichende verfassungsrechtliche Legitimität der Strafvorschrift, die ihrerseits ihre Ursache in den Schwierigkeiten hat, ein Schutzgut bzw. einen Schutzzweck tragfähig begründen zu können.⁴⁷ Hörnle hatte sich als

11

⁴² Jürgen Baumann u.a. (Hg.), Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, 1968, S. 77 ff.

⁴³ Baumann u.a. (Hg.), ebd., S. 81 f.

⁴⁴ BGBl. I S. 645.

⁴⁵ Ausführlich Burghard, Religionsdelikte (o. Fn. 1), S. 1 ff.

⁴⁶ Näher Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), Vor § 166, Rn. 37 und 38 m. w. N.

⁴⁷ Etwa Thomas Fischer, Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören, in: NSTZ 1988, S. 159 (165); Hassemer, Religionsdelikte in der säkularisierten

Gutachterin der Strafrechtlichen Abteilung des 70. DJT 2014 in ihrem Gutachten für eine Aufhebung des § 166 StGB ausgesprochen.⁴⁸ Der Vorschlag wurde allerdings mit deutlicher Mehrheit abgelehnt.⁴⁹ Ob damit die Kontroverse über den Verbleib von Religionsdelikten (i. e. S.) im Strafgesetzbuch zu einem vorläufigen Abschluss gekommen ist, bleibt abzuwarten. Die Erfahrungen des insoweit einschlägigen Diskurses der vergangenen fünf Jahrzehnte lassen allerdings eher seine Fortsetzung erwarten.

II. Die Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB)

1. Allgemeines

- 12 Die Bekenntnisbeschimpfung des § 166 StGB bildet den Kerntatbestand der Religionsdelikte des geltenden Strafrechts, auch wenn die Einbeziehung der „weltanschaulichen Bekenntnisse“ in Abs. 1 sowie diejenige der „Weltanschauungsvereinigungen“ in Abs. 2 zu einer Veränderung des Charakters der Strafvorschrift als Religionsdelikt im eigentlichen Sinne geführt hat. Die praktische Bedeutung der Vorschrift ist in der Vergangenheit gering gewesen; in den letzten Jahren erfolgten regelmäßig nur wenige Verurteilungen pro Jahr.⁵⁰ Daraus lässt sich aber nicht tragfähig die Forderung nach Abschaffung des Tatbestandes ableiten. Selbst wenn angesichts der rechtstatistischen Befunde von „symbolischem Strafrecht“ auszugehen wäre, folgt daraus nicht ohne weiteres das Fehlen von verfassungsrechtlicher Legitimität der Vorschrift oder auch nur die Tragfähigkeit ei-

Rechtsordnung, in: Christentum, Säkularisation und modernes Recht, hg. von Luigi Lombardi Vallauri / Gerhard Dilcher, 1981, S. 1309 (1325); Hörnle, Gutachten C für den 70. DJT (o. Fn. 1), C 37 ff. m. w. N.; dies., in: JZ 2015 (o. Fn. 11), S. 297; Barbara Rox, Vom Wert der freien Rede – Zur Strafwürdigkeit der Blasphemie, in: JZ 2013, S. 30 (34).

⁴⁸ Hörnle, Gutachten C für den 70. DJT (o. Fn. 1), C 37 ff.; siehe aber auch Schluckebier, in: Verhandlungen des 70. DJT (o. Fn. 19), L 18–20.

⁴⁹ Verhandlungen des 70. DJT (o. Fn. 1), Bd. 2/2, L 185.

⁵⁰ Siehe *Statistisches Bundesamt* (Hg.), Fachserie 10 Reihe 3, 2012 und 2013, Tab. 2.3.; siehe auch Eric Hilgendorf, in: Helmut Satzger / Wilhelm Schluckebier / Gunter Widmaier, Strafgesetzbuch. Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 166, Rn. 3; Fallbeispiele zur Anwendung von § 166 StGB durch Strafgerichte und Verwaltungsgerichte bei Naarmann, Schutz von Religionen (o. Fn. 1), S. 49–56.

ner rechtspolitischen Forderung nach Abschaffung.⁵¹ Gerade in einer durch zunehmende religiöse Pluralität geprägten Gesellschaft kommt einem Straftatbestand wie § 166 StGB mit dem Merkmal der Eignung zur Friedensstörung Bedeutung bei der Bewältigung der Aufgabe zu, Bedingungen für das friedliche Zusammenleben von Menschen unterschiedlicher religiöser Überzeugungen und sonstiger Anschauungen zu schaffen und zu gewährleisten.⁵²

2. Rechtsgut und Deliktscharakter

Das von § 166 StGB tatbestandlich geschützte Rechtsgut wird äußerst kontrovers diskutiert.⁵³ Gegenstand der Kontroverse ist nicht nur die Bestimmung des Rechtsguts, sondern gleichsam vorgelagert, ob ein solches benannt werden kann, das die in der Strafbarkeit der Bekenntnisbeschimpfung enthaltenen Verhaltensverbote verfassungsrechtlich legitimieren kann.

13

a) Öffentlicher Friede als Schutzgut

Durch die im Tatbestand enthaltene Eignungsklausel nahegelegt, sieht die ganz überwiegend vertretene Auffassung in der Strafrechtswissenschaft sowie die Rechtsprechung den öffentlichen Frieden als tatbestandlich geschütztes Rechtsgut.⁵⁴ Öffentlicher Friede ist der vom Vertrauen der Bevölkerung getragene Zustand allgemeiner

14

⁵¹ Zur Bedeutung des Schlagworts vom „symbolischen Strafrecht“ siehe Radtke, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 3), Vor § 38, Rn. 6 m. w. N.

⁵² Siehe nur Schluckebier, in: Verhandlungen des 70. DJT (o. Fn. 19), L 19.

⁵³ Fischer, StGB (o. Fn. 31), § 166, Rn. 2 und 2a; Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 6–12, Tatjana Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 3), Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 166, Rn. 1 f.; Naarmann, Schutz von Religionen (o. Fn. 1), S. 38 ff.; Stübinger, in: FS Kargl (o. Fn. 1), S. 577 ff.

⁵⁴ Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 6–8; Nikolaus Bosch / Ulrike Schittenhelm, in: Adolf Schönke / Horst Schröder (Begr.), Strafgesetzbuch. Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor § 166, Rn. 2; Hilgendorf, in: Satzger / Schluckebier / Widmaier (o. Fn. 50), § 166, Rn. 4; jeweils m. w. N.; aus der Rspr. etwa OLG Celle, in: NJW 1986, S. 1275 (1276); OLG Karlsruhe, in: NStZ 1986, S. 363 (364); siehe auch BVerwG, in: NJW 1999, S. 304.

Rechtssicherheit.⁵⁵ Es handelt sich dabei nicht um einen ontologischen oder sozialpsychologisch auszudeutenden Begriff, der für den konkreten Fall auf der Ebene der Eignung der Beschimpfung zur Friedensstörung empirisch aufzuklären wäre.⁵⁶ Mit dem öffentlichen Frieden als Rechtsgut wird – wie in anderen Friedensschutzdelikten (etwa § 130 StGB) auch – vielmehr ein Zustand beschrieben, dessen es bedarf, um die Möglichkeit der Entfaltung der jedem Einzelnen zustehenden Freiheitsrechte in Abgrenzung zu den Freiheitsrechten anderer zu eröffnen. Bezogen auf die Bekenntnisbeschimpfung bezweckt diese über die Gewährleistung öffentlichen Friedens als tatbestandlich geschütztem Rechtsgut das Maß wechselseitiger Toleranz, dessen es gerade in der religiös pluralistischen Gesellschaft bedarf, um jedem Einzelnen zu ermöglichen, nach seinem Glauben oder seiner Weltanschauung zu leben, ohne deswegen Anfeindungen ausgesetzt zu sein.⁵⁷ Insoweit gewährleistet § 166 StGB die Religionsausübungsfreiheit selbst.⁵⁸ Das Abstellen auf den öffentlichen Frieden als straffatbestandlich geschütztes Rechtsgut hat durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Bestärkung erfahren. In seinem Beschluss vom 4.11.2009 („Wunsiedel-Entscheidung“)⁵⁹ hat das Gericht in Bezug auf den rechtsgutsbezogen parallelen Tatbestand der Volksverhetzung gemäß § 130 StGB die Gewährleistung des öffentlichen Friedens durch Statuierung eines strafbewehrten Verhaltensverbots als grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig anerkannt.⁶⁰ Die Entscheidung enthält allerdings auch Konkretisierungen der Schutzrichtung bzw. Schutzwirkung von Friedensschutzdelikten vom Typus der §§ 130, 166 StGB. Ziel sei

„der Schutz vor Äußerungen, die ihrem Inhalt nach erkennbar auf rechts-
gutsgefährdende Handlungen hin ausgelegt sind, das heißt den Übergang
zu Aggression oder Rechtsbruch markieren. Die Wahrung des öffentlichen

⁵⁵ BGH, in: NStZ-RR 2011, S. 273 (274); BGH, in: NStZ-RR 2011, S. 109; näher auch *Stübinger*, in: FS Kargl (o. Fn. 1), S. 580.

⁵⁶ Für den insoweit parallel zu betrachtenden Begriff des Rechtsfriedens *Henning Radtke* in: ders./Olaf Hohmann (Hg.), Strafprozessordnung. Kommentar, 2011, Einl., Rn. 4 m. w. N.

⁵⁷ Zutreffend *Dippel*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 8; siehe auch BVerwG, in: NJW 1999, S. 304.

⁵⁸ *Dippel*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 8 a. E. unter Berufung auf *Joachim Renzikowski*, Toleranz und die Grenzen des Strafrechts, in: Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, hg. von Eva Graul / Gerhard Wolf, 2002, S. 179 (188).

⁵⁹ BVerfGE 124, 300 ff.

⁶⁰ BVerfGE 124, 300 (331 ff.); *Schluckebier*, in: Verhandlungen des 70. DJT (o. Fn. 19), L 20.

Friedens bezieht sich insoweit auf die Außenwirkungen von Meinungsäußerungen etwa durch Appelle oder Emotionalisierungen, die bei den Angesprochenen Handlungsbereitschaft auslösen oder Hemmschwellen herabsetzen oder Dritte unmittelbar einschüchtern [...]. Es geht um einen vorgelagerten Rechtsgüterschutz, der an sich abzeichnende Gefahren anknüpft, die sich in der Wirklichkeit konkretisieren.“⁶¹

Das Schutzgut des öffentlichen Friedens in der Deutung des Bundesverfassungsgerichts ist damit die Gewährleistung von Friedlichkeit öffentlicher Auseinandersetzungen.⁶² Die hier vertretene Deutung des Schutzzwecks als Gewährleistung notwendiger Bedingungen der Ausübung der Religions- und Weltanschauungsfreiheit auch und gerade im Wirken nach Außen, etwa dem für andere wahrnehmbaren Leben nach religiösen Regeln, ist damit vereinbar.

15

b) Kritik des Friedensschutzmodells und konkurrierende Deutungen des Schutzguts

Angriffe auf das vorstehend skizzierte Schutzkonzept über den öffentlichen Frieden knüpfen meist an der – selbst wiederum kontrovers bewerteten – strafrechtlichen Rechtsgutslehre an und stellen häufig die Eignung des öffentlichen Friedens, Rechtsgut sein zu können, in Frage.⁶³ Hörnle hält den öffentlichen Frieden als zu schützendes Rechtsgut weder unter dem – in der „Wunsiedel-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts anklingenden – Aspekt der Vorbeugung von konkret friedensstörenden Reaktionen auf Beschimpfungen eines Bekenntnisses⁶⁴ noch unter dem stärker auf die Rechte des einzelnen Gläubigen abstellenden Aspekt der Beeinträchtigung des Anspruchs (gegenüber Dritten) auf Anerkennung und Identität (*Pawlik*)⁶⁵ für begründbar.⁶⁶ Auch die vom Bundesverfassungsgericht in den Blick genommene Konkretisierung des Friedensschutzes hin-

16

⁶¹ BVerfGE 124, 300 (335); zustimmend zum Gedanken des vorgelagerten Rechtsgüterschutzes *Sternberg-Lieben*, in: FS Paefgen (o. Fn. 1), S. 45 f.

⁶² BVerfGE 124, 300 (335).

⁶³ Etwa *Fischer*, Öffentlicher Frieden und Gedankenäußerung (o. Fn. 1), S. 635 ff.; *ders.*, Das Verhältnis der Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) zur Volksverhetzung (§ 130 StGB), in: GA 1989, S. 445 (456 ff.); siehe auch *Hassemer*, Christentum (o. Fn. 47), S. 1309 ff.

⁶⁴ Hörnle, Gutachten C für den 70. DJT (o. Fn. 1), C 38.

⁶⁵ *Pawlik*, in: FS Küper (o. Fn. 1), S. 421 ff.; in der Sache mit diesem weitgehend übereinstimmend *Waldhoff*, Gutachten D für den 68. DJT (o. Fn. 1), D 163; *Stübinger*, in: FS Kargl (o. Fn. 1), S. 584 f.

⁶⁶ Hörnle, Gutachten C für den 70. DJT (o. Fn. 1), C 40 f.

sichtlich der Reaktionen anderer auf Religion oder Weltanschauung beschimpfende Äußerungen wird als letztlich nicht tragfähig erachtet. Von Seiten der Angehörigen christlicher Religionen seien in Deutschland keine Gewalttätigkeiten nach Beschimpfungen zu erwarten. In Bezug auf andere Religionsgemeinschaften im Inland stelle sich die Frage der Zurechnung (etwa) gewalttätiger Reaktionen Dritter auf beschimpfende Äußerungen.⁶⁷

17 Die Kritik berücksichtigt jedoch nicht ausreichend, dass die Gewährleistung der Religionsausübungsfreiheit in ihrem Wirken nach Außen ein Klima der wechselseitigen Toleranz von Gläubigen unterschiedlicher Glaubensrichtungen untereinander sowie im Verhältnis von Gläubigen und Nichtgläubigen voraussetzt.⁶⁸ Die Pflicht zur Toleranz erschöpft sich nicht darin, moralische Pflicht zu sein. Jedenfalls unter den vom Bundesverfassungsgericht beschriebenen Voraussetzungen erweisen sich unter Verstoß gegen Toleranzpflichten erfolgende Verhaltensweisen als generell das Schutzgut beeinträchtigend, weil das erfasste Verhalten die Religionsausübungsfreiheit ernstlich zu beeinträchtigen vermag.

18 In jüngerer Zeit vorgestellte Konzeptionen zielen darauf ab, das von § 166 StGB tatbestandlich geschützte Rechtsgut auf die Individualinteressen der Angehörigen von Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaften zu beziehen. So schlägt etwa *Pawlik* vor, die Bekenntnisbeschimpfung als „beleidigungsähnliches Delikt“ zu verstehen, durch dessen Begehung berechnete Ansprüche der Träger beschimpfter Bekenntnisse, als ernstzunehmende Mitbürger anerkannt zu werden, in Frage gestellt werden.⁶⁹ Das entfernt sich angesichts der ausdrücklich auf den öffentlichen Frieden bezogenen Eignungsklausel in § 166 StGB sowie der Entstehungsgeschichte der Vorschrift in ihrer aktuellen Fassung recht weit von den im Gesetz selbst angelegten tatbestandlichen Strukturen. Ungeachtet dessen lassen sich die aus diesem Rechtsgutsverständnis abgeleiteten Anforderungen an das straftatbestandsmäßige Verhalten auch im Rahmen einer vom Schutzzweck „öffentlicher Frieden“ herkommenden Deutung des § 166 StGB fruchtbar machen. Soweit – gestützt auf die

⁶⁷ *Hörnle*, ebd., C 38 f.

⁶⁸ *Bosch / Schittenhelm*, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 54), Vor § 166, Rn. 2; vgl. auch *Schluckebier*, in: Verhandlungen des 70. DJT (o. Fn. 19), L 19.

⁶⁹ *Pawlik*, in: FS Küper (o. Fn. 1), S. 421 ff.; in der Sache mit diesem weitgehend übereinstimmend *Waldhoff*, Gutachten D für den 68. DJT (o. Fn. 1), D 163; *Stübinger*, FS Kargl (o. Fn. 1), S. 584 f.; siehe auch bereits *Worms*, Bekenntnisbeschimpfung (o. Fn. 1), S. 132 ff.

Beeinträchtigung des Achtungsanspruchs des Gläubigen – verlangt wird, die Beschimpfung des religiösen Bekenntnisses könne erst dann als „Unrecht zu qualifizieren“ sein, wenn als Voraussetzung der Diffamierung der Persönlichkeit „das prägende Weltbild gleichsam in den Schmutz gezogen und damit als ungleichwertig dargestellt wird“, ⁷⁰ kann es sich regelmäßig um derart beschimpfende Äußerungen handeln, denen ein friedensstörendes Potential im Sinne der Deutung des öffentlichen Friedens durch die „Wunsiedel-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts zukommt.

c) Deliktscharakter

§ 166 StGB ist bei rechtsgutsbezogener Betrachtung ⁷¹ ein abstraktes Gefährdungsdelikt. ⁷² Daran ändert weder die Eignungsklausel noch die Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Legitimität von Straftatbeständen zum Schutz des öffentlichen Friedens durch das Bundesverfassungsgericht (oben B. II. 2. a.) etwas. Rechtsguts- und tatbestandsbezogen bedarf es gerade keiner Verletzung des geschützten Rechtsguts; dieses braucht auch nicht in einen Zustand konkreter Gefahr geraten zu sein. Letzteres wäre bei einem abstrakten kollektiven Rechtsgut ohnehin mit Mitteln des Prozessrechts praktisch kaum feststellbar.

19

3. Deliktsstruktur

Die Bekenntnisbeschimpfung in ihrer geltenden Fassung enthält zwei Tatbestände, deren Anwendungsbereiche als teilkongruent bewertet werden. ⁷³ Die Tathandlung stellt sich jeweils als „beschimpfen“ dar, so dass es sich insgesamt um ein sog. Äußerungsdelikt handelt. In den Fällen des § 166 Abs. 1 StGB bezieht sich die Tathand-

20

⁷⁰ *Stübinger*, in: FS Kargl (o. Fn. 1), S. 584.

⁷¹ Zur Unterscheidung von rechtsguts- und tatobjektsbezogenen Klassifizierungen von Straftatbeständen siehe *Radtke*, Dogmatik der Brandstiftungsdelikte (o. Fn. 30), S. 23 ff.

⁷² *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 1; *Dippel*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 4; *Fischer*, StGB (o. Fn. 31), § 166, Rn. 14.

⁷³ *Fischer*, ebd., § 166, Rn. 3, *Dippel*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 1.

lung auf das religiöse oder weltanschauliche Bekenntnis als solches; Abs. 2 erfasst dagegen „beschimpfende“ Äußerungen, die sich auf Kirchen, Religions- oder Weltanschauungsgesellschaften sowie deren Einrichtungen und Gebräuche beziehen.

4. „Tatobjekte“

a) Bekenntnis (§ 166 Abs. 1 StGB)

- 21 „*Bekenntnis*“ – insoweit unabhängig davon, ob religiös oder weltanschaulich – wird üblicherweise verstanden als umfassender Weltentwurf, der sich auf die grundlegende Beziehung des einzelnen Menschen zur Umwelt und die „richtige“ Lebensführung bezieht, dem sich der Bekenntnisträger verpflichtet fühlt und von dem er gleichsam durchdrungen ist.⁷⁴ Kennzeichnend für das Bekenntnis ist die Überzeugung des Einzelnen davon, die das Bekenntnis ausmachenden Inhalte seien gültig und für ihn verpflichtend, so dass er sein Leben an ihnen ausrichtet.⁷⁵ „*Religiös*“ ist das Bekenntnis, wenn es auf transzendenten, mit menschlichen Erkenntnisquellen nicht nachweisbaren Vorstellungen beruht;⁷⁶ charakteristisch ist also der Glaube an ein göttliches Wesen, an dessen Geboten der einzelne Gläubige sein Handeln ausrichtet.⁷⁷ Dem „*weltanschaulichen*“ Bekenntnis fehlt gerade die Transzendenz. Die Zuordnung von Vorstellungen zum weltanschaulichen Bekenntnis kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten, wenn die Komplexität des „Erklärungssystems“ für die Beziehungen von Menschen und das Verhältnis des Menschen zu Gesellschaft und Natur⁷⁸ in Frage steht. „Darwinismus“⁷⁹

⁷⁴ Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 6; in der Sache ebenso Fischer, StGB (o. Fn. 31), § 166, Rn. 4; Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 15; Bosch / Schittenhelm, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 54), § 166, Rn. 4; Hilgendorf, in: Satzger / Schluckebier / Widmaier (o. Fn. 50), § 166, Rn. 6; siehe auch BVerwGE 90, 112 (115); ausführlicher Czermak / Hilgendorf, Religions- und Weltanschauungsrecht (o. Fn. 1), S. 172 ff.

⁷⁵ Naarmann, Schutz von Religionen (o. Fn. 1), S. 42.

⁷⁶ Kokott, in: Sachs (o. Fn. 13), Art. 4, Rn. 19; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 7; Hilgendorf, in: Satzger / Schluckebier / Widmaier (o. Fn. 50), § 166, Rn. 8; siehe auch Naarmann, Schutz von Religionen (o. Fn. 1), S. 42.

⁷⁷ Naarmann, ebd., S. 42; vgl. auch Fischer, StGB (o. Fn. 31), § 166, Rn. 4.

⁷⁸ Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 8.

⁷⁹ Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 22 m. w. N.

und „Anthroposophie“⁸⁰ werden als gesicherte Beispiele weltanschaulicher Bekenntnisse genannt; die Zuordnung des „Marxismus“ dazu wird kontrovers beurteilt;⁸¹ Gleiches gilt für die Scientology-Lehre⁸² – insbesondere wegen der dort stark prägenden geschäftlichen und allgemein finanziellen Interessen.⁸³

Quantitative Anforderungen an die Anzahl derjenigen, die das „Bekenntnis“ teilen, werden nicht gestellt; auch das „Bekenntnis“ eines einzelnen soll tatbestandlich erfasst sein.⁸⁴ Qualitativ kommt es darauf an, ob die genannten Anforderungen an ein „Bekenntnis“ vorliegen. Ob solche „Bekenntnisse“ in den Anwendungsbereich von § 166 Abs. 1 StGB einbezogen sind, deren Glaubens- oder Weltanschauungsinhalte etwa fundamentalistisch oder anderweitig offensichtlich verwerflich sind, wird ebenfalls kontrovers beurteilt.⁸⁵ Die Frage kann nicht ohne Berücksichtigung des für die Beurteilung des Vorliegens eines „Bekenntnisses“ relevanten Maßstabs beantwortet werden. Im Hinblick auf die Gewährleistung aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG kann zwar die Selbsteinschätzung der „Bekennenden“ nicht völlig ausgeblendet werden; umgekehrt kann aber die Bewertung als „Bekenntnis“ nicht allein auf subjektive Einschätzungen gegründet werden.⁸⁶ Dementsprechend ist von den für die Anwendung von § 166 StGB zuständigen staatlichen Stellen anhand objektiver Anhaltspunkte (z.B. Glaubensschriften etc.) zu prüfen, ob die Voraussetzungen eines „Bekenntnisses“ gegeben sind. Geht es um ein religiöses Bekenntnis, darf dementsprechend ungeachtet der Selbsteinschät-

22

⁸⁰ *Heinz Schöch*, Scientology ante portas?, in: Grundfragen staatlichen Strafans. Festschrift für Heinz Müller-Dietz, hg. von Guido Britz u.a., 2001, S. 803 (806); *Dippel*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 22; *Bosch / Schittenhelm*, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 54), § 166, Rn. 6.

⁸¹ Siehe etwa *Schöch*, in: FS Müller-Dietz (o. Fn. 80), S. 806; *Starck*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 13), Art. 4, Rn. 33; *Dippel*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 22; *Hilgendorf*, in: Satzger / Schluckebier / Widmaier (o. Fn. 50), § 166, Rn. 8 einerseits, *Fischer*, StGB (o. Fn. 31), § 166, Rn. 4 andererseits.

⁸² Dazu einerseits BAG, in: NJW 1996, S. 143 (146 ff.); *Schöch*, in: FS Müller-Dietz (o. Fn. 80), S. 820; *Dippel*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 88; *Kokott*, in: Sachs (o. Fn. 13), Art. 4, Rn. 21 m. w. N. sowie andererseits *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 9; siehe auch BVerfG, in: NJW 2002, S. 3458 (3459).

⁸³ Näher *Schöch*, in: FS Müller-Dietz (o. Fn. 80), S. 803 ff.

⁸⁴ Vgl. dazu *Fischer*, StGB (o. Fn. 31), § 166, Rn. 4.

⁸⁵ *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 9; *Hilgendorf*, in: Satzger / Schluckebier / Widmaier (o. Fn. 50), § 166, Rn. 8; siehe aber auch *Fischer*, StGB (o. Fn. 31), § 166, Rn. 7.

⁸⁶ BVerfGE 83, 341 (353).

zung der Betroffenen bewertet werden, ob es sich bei dem (behaupteten) religiösen Bezug lediglich um einen Vorwand handelt.⁸⁷ Ist dies nicht der Fall, können die Inhalte des „Bekenntnisses“ nicht ohne weiteres als Grund herangezogen werden, um dieses aus dem Kreis geschützter „Tatobjekte“ auszunehmen. Richtet sich die Tathandlung gegen ein „Bekenntnis“ einer fundamentalistisch ausgerichteten Gruppe, wird allerdings fraglich sein, ob die Beschimpfung zur Störung des öffentlichen Friedens geeignet ist.

*b) Kirchen, Religionsgesellschaften und
Weltanschauungsvereinigungen (§ 166 Abs. 2 StGB)*

- 23** Zu den „Kirchen“ gehören außer den öffentlich-rechtlich verfassten christlichen Kirchen auch diejenigen christlichen Kirchen ohne einen solchen Status, wie etwa die altkatholische, die anglikanische oder die griechisch-orthodoxe Kirche.⁸⁸ „Religionsgesellschaft“ ist jeder Zusammenschluss von Anhängern einer Glaubensgemeinschaft zur Ausübung der dem gemeinsamen Bekenntnis dienenden Aufgaben.⁸⁹ Für die Anforderungen an das Vorliegen der Voraussetzungen einer „Religionsgesellschaft“ gelten die Erwägungen zum „Bekenntnis“ entsprechend. Eine bestimmte Anzahl von Mitgliedern der Gesellschaft wird nicht verlangt werden können.⁹⁰ Erforderlich sind allerdings deren Übereinstimmung in den Kernfragen ihres Glaubens und die Anlage der Gesellschaft auf eine längerfristige Bindung.⁹¹ Ist die Ausübung des gemeinsamen religiösen Bekenntnisses nicht lediglich Vorwand, wird die Eigenschaft Religionsgesellschaft nicht dadurch in Frage gestellt werden können, dass der Inhalt der Religion mit der verfassungsrechtlichen Ordnung des Grundgesetzes nicht in Einklang steht; letzteres wird allerdings kontrovers beurteilt.⁹² Keine

⁸⁷ Kokott, in: Sachs (o. Fn. 13), Art. 4, Rn. 20 m.w.N.; vgl. auch BVerfGE 105, 279 (293).

⁸⁸ Siehe nur Hilgendorf, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (o. Fn. 50), § 166, Rn. 10 m.w.N.

⁸⁹ Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 10; Bosch/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder (o. Fn. 54), § 166, Rn. 15.

⁹⁰ Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 100; Bosch/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder (o. Fn. 54), § 166, Rn. 15.

⁹¹ Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 10 m.w.N.

⁹² Hörnle, ebd., § 166, Rn. 10 einerseits; Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 69 andererseits.

„Religionsgesellschaft“ sind solche Vereinigungen innerhalb von oder mit Verbindung zu Religionsgesellschaften, die – wenn auch regelmäßig aus religiöser Motivation – karitative oder soziale Aufgaben erfüllen (allgemeine Meinung). Caritas und Diakonie gehören daher nicht zu den Religionsgesellschaften i. S. v. § 166 Abs. 1 StGB. „Weltanschauungsvereinigung“ ist jede Vereinigung zur Pflege einer gemeinsamen Weltanschauung.⁹³ Maßgeblich ist die Ausrichtung auf Weltanschauung; Zusammenschlüsse zur Verfolgung lediglich karitativer oder sonstiger sozialer Zwecke genügen nicht. Bezüglich quantitativer an die Größe der Vereinigung und qualitativ an die Inhalte der Weltanschauung zu stellender Anforderungen gilt das zu den Religionsgesellschaften Gesagte entsprechend.

*c) „Einrichtungen“ und „Gebräuche“ von Kirchen,
Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsvereinigungen*

Mit „Einrichtungen“ von Kirchen, Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsvereinigungen bezeichnet das Gesetz nach insoweit allgemeiner Auffassung nicht etwas gegenständlich Materielles, sondern im Sinne einer der zahlreichen Bedeutungen des Wortes als Gepflogenheit oder Gewohnheit⁹⁴ in der Vereinigung bestehende und geübte Zeremonien oder Strukturen.⁹⁵ Offenbar vor dem Hintergrund des Eignungsmerkmals in § 166 StGB sollen lediglich solche „Einrichtungen“ tatbestandlich erfasst sein, die für die jeweilige Vereinigung (nach ihrer Religion oder Weltanschauung) von großer Bedeutung sind.⁹⁶ Methodisch ließe sich dieses im Ansatz zu Recht für erforderlich gehaltene restriktive Verständnis auch über die Anforderungen an die Eignung zur Friedensstörung selbst erreichen. Die Schaffung oder Bestätigung der „Einrichtung“ durch die „Verant-

24

⁹³ Fischer, StGB (o. Fn. 31), § 166, Rn. 7; Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 90; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 11; Hilgendorf, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (o. Fn. 50), § 166, Rn. 11.

⁹⁴ So die Bedeutung des Wortes „Einrichtung“ nach dem Duden.

⁹⁵ Vgl. Fischer, StGB (o. Fn. 31), § 166, Rn. 8; Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 93; Bosch / Schittenhelm, in: Schönke/Schröder (o. Fn. 54), § 166, Rn. 17/18; Hilgendorf, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (o. Fn. 50), § 166, Rn. 12.

⁹⁶ Bosch / Schittenhelm, in: Schönke/Schröder (o. Fn. 54), § 166, Rn. 17/18, zustimmend etwa Hilgendorf, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (o. Fn. 50), § 166, Rn. 12.

wortlichen“ der jeweiligen Vereinigung wird für erforderlich gehalten.⁹⁷

- 25 Beispiele für „Einrichtungen“:⁹⁸ Abendmahl und Taufe;⁹⁹ Beichte;¹⁰⁰ Konfirmation;¹⁰¹ das jüdische Laubhüttenfest;¹⁰² das Vaterunser;¹⁰³ keine „Einrichtungen“ sind – da der Begriff nicht auf Gegenständliches bezogen ist – eine Monstranz¹⁰⁴ oder die Kanzel einer Kirche.¹⁰⁵
- 26 Als „*Gebräuche*“ werden nicht notwendig von Seiten der Verantwortlichen institutionalisierte, aber von Mitgliedern der Vereinigung etc. allgemein anerkannte tatsächliche Praktiken bei der Ausübung der Religion oder Weltanschauung verstanden.¹⁰⁶ Der Unterschied zu den „Einrichtungen“ liegt wohl im Fehlen der Schaffung oder Bestätigung durch die jeweiligen Verantwortlichen der Vereinigung; gänzlich überschneidungsfrei werden „Einrichtungen“ und „*Gebräuche*“ aber kaum angewendet werden können.¹⁰⁷
- 27 Beispiele für „*Gebräuche*“: Bekreuzigung,¹⁰⁸ Erteilung des Segens,¹⁰⁹ Reliquienverehrung,¹¹⁰ auch das Tragen von Kopfbedeckungen aus religiösen Gründen.¹¹¹

⁹⁷ Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 12 m. w. N.

⁹⁸ Ausführliche N. für „Einrichtungen“ bei Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 95.

⁹⁹ RGSt 5, 354.

¹⁰⁰ RGSt 33, 222.

¹⁰¹ RGSt 5, 188.

¹⁰² RGSt 47, 142.

¹⁰³ Hanseatisches OLG Hamburg, in: GA 1962, S. 345.

¹⁰⁴ BayObLGSt 54, 114.

¹⁰⁵ RGSt 26, 39.

¹⁰⁶ Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 97; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 13; Bosch / Schittenhelm, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 54), § 166, Rn. 19; jeweils m. w. N.

¹⁰⁷ Vgl. Czermak / Hilgendorf, Religions- und Weltanschauungsrecht (o. Fn. 1), Rn. 463 bezüglich der Einordnung des Kopftuchs im Islam als „Einrichtung“ oder „Gebrauch“.

¹⁰⁸ LG Frankfurt, in: NJW 1982, S. 658.

¹⁰⁹ Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 98.

¹¹⁰ RGSt 24, 12 (16).

¹¹¹ Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 14.

5. Tathandlung

a) „Beschimpfen“ und Meinungs- bzw. Kunstfreiheit der „Beschimpfenden“

Bei den Äußerungsdelikten § 166 Abs. 1 und 2 StGB besteht die Tathandlung jeweils in dem „Beschimpfen“ der tatbestandlich geschützten Tatobjekte, also des religiösen Bekenntnisses, der Einrichtung einer Kirche u. s. w. Da es sich um Äußerungsdelikte handelt, ist bei der Auslegung der Straftatbestände der Bekenntnisbeschimpfung regelmäßig die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG), bei entsprechender Ausdrucksform die Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG zu berücksichtigen.¹¹² Der Bedeutung der genannten Freiheitsrechte der (möglicherweise) „Beschimpfenden“ kann dabei entweder auf der Ebene der Auslegung der Straftatbestandsmerkmale, der Eignungsklausel oder über die Rechtfertigungsgründe (etwa § 193 StGB oder durch verfassungsunmittelbare Rechtfertigung¹¹³) Rechnung getragen werden. Im Hinblick auf die Schrankenregelung der Meinungsfreiheit in Art. 5 Abs. 2 GG – § 166 StGB ist ein allgemeines Gesetz im Sinne der Schranke – ist es geboten, die Straftatbestände der Bekenntnisbeschimpfung als Grundrechtsschranke restriktiv auszulegen.¹¹⁴ Fällt die gegebenenfalls beschimpfende Äußerung in den Schutzbereich der lediglich mit verfassungsunmittelbaren Schranken versehenen Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG,¹¹⁵ gilt dies erst recht. Äußerungen mit Bezug auf die von § 166 Abs. 1 und 2 StGB erfassten Schutzobjekte können daher erst dann als straftatbestandliche „Beschimpfung“ verstanden werden, wenn sie nach Art und Schwere der Äußerung eine erhebliche Beeinträchtigung des tatbestandlich geschützten Rechtsguts des „öffentlichen Friedens“ erwarten lassen. Das entspricht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu § 130 StGB in der „Wunsiedel-Entscheidung“ lediglich solche Äußerungen

28

¹¹² Siehe insoweit Hörnle, ebd., § 166, Rn. 15 und 16; Hilgendorf, in: Satzger / Schluckebier / Widmaier (o. Fn. 50), § 166, Rn. 16.

¹¹³ Dazu Schmidt, Verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe (o. Fn. 28), S. 167 ff., 188 ff.

¹¹⁴ Vgl. BVerfGE 45, 130 (143); 45, 198 (232); 124, 300 (331 f. m. w. N.); Dippe, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 29; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 5; Hilgendorf, in: Satzger / Schluckebier / Widmaier (o. Fn. 50), § 166, Rn. 16.

¹¹⁵ BVerfGE 28, 243 (261); 83, 130 (139); Herbert Bethge, in: Sachs (o. Fn. 13), Art. 5, Rn. 198 m. w. N.

straftatbestandlich zu erfassen, die „ihrem Inhalt nach erkennbar auf rechtsgutsgefährdende Handlungen hin angelegt sind“.¹¹⁶

b) Inhaltsbestimmung

- 29 „*Beschimpfen*“ wird verstanden als eine durch Form oder Inhalt besonders verletzende, in einer Tatsachenbehauptung oder einem Werturteil liegende rohe Äußerung der Missachtung.¹¹⁷ In entsprechender Weise versteht der Bundesgerichtshof das Merkmal des „Beschimpfens“ in § 90a Abs. 1 Nr. 1 StGB: „beschimpfen“ in diesem Sinne sei eine nach Form oder Inhalt besonders verletzende Mißachtungskundgabe, wobei das besonders Verletzende entweder äußerlich in der Rohheit des Ausdrucks oder inhaltlich im Vorwurf eines schimpflichen Verhaltens liegen könne. Dabei könne das Beschimpfen in einzelnen Formulierungen, aber auch im Gesamtzusammenhang liegen. Harte Kritik, sei sie auch offenkundig unberechtigt, unsachlich oder uneinsichtig, stelle noch kein Beschimpfen dar.¹¹⁸ Nach diesen Maßgaben handelt es sich bei der bloßen Ablehnung eines Bekenntnisses oder der Verneinung von Glaubensinhalten nicht um ein tatbestandsmäßiges Beschimpfen.¹¹⁹ Der Verstoß gegen Glaubenssätze eines Bekenntnisses (etwa Zeigen von Mohammed-Bildern entgegen einem religiös begründeten Bilderverbot) ist kein „Beschimpfen“.¹²⁰ Auch provozierende, ironische oder alberne Kritik an einem Bekenntnis, einer Religionsgesellschaft oder an tatbestandlich erfassten „Einrichtungen“ oder „Gebräuchen“ genügt zur Verwirklichung des Tatbestandes nicht.¹²¹ Werden in Bezug auf ein geschütztes Tatob-

¹¹⁶ BVerfGE 124, 300 (335).

¹¹⁷ Vgl. Naarmann, Schutz von Religionen (o. Fn. 1), S. 44; Fischer, StGB (o. Fn. 31), § 166, Rn. 12; Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 26; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 15; Hilgendorf, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (o. Fn. 50), § 166, Rn. 16.

¹¹⁸ BGH, in: NStZ 2000, S. 643 f.

¹¹⁹ Pawlik, Der strafrechtliche Schutz des Heiligen (o. Fn. 1), S. 51; Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 27; Bosch / Schittenhelm, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 54), § 166, Rn. 9.

¹²⁰ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, in: NJW 2012, S. 3116 f.; Steinbach, Beschimpfung von Religionsgesellschaften (o. Fn. 1), S. 496 f.

¹²¹ Vgl. EGMR, in: NVwZ 2007, S. 314 (315 f.); OLG Celle, in: NJW 1986, S. 1275 (1276); OLG Karlsruhe, in: NStZ 1986, S. 363 (365); Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 27; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 15; Bosch / Schittenhelm, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 54), § 166, Rn. 9.

jekt besonders schimpfliches Verhalten oder besonders schimpfliche Zustände dort behauptet, handelt es sich dagegen regelmäßig um tatbestandsmäßiges Beschimpfen.¹²²

c) Auslegungsmaßstab

Die Tathandlung des Beschimpfens kann sich jeweils auf die Tatobjekte, etwa das Bekenntnis, als Ganzes oder auf wesentliche Teile davon beziehen.¹²³ Sowohl die Beantwortung der Frage, ob gegen die tatbestandlich geschützten „Tatobjekte“ gerichtete Äußerungen etc. nach Art und Schwere als straftatbestandsmäßig anzusehen sind als auch diejenige danach, ob die Äußerungen sich gegen wesentliche Teile der Tatobjekte richten, belässt erkennbar Wertungsspielräume für den Rechtsanwender. Bei den gegen den Inhalt des Bekenntnisses gerichteten Tathandlungen gemäß § 166 Abs. 1 StGB wie bei denjenigen, die gegen „Einrichtungen“ und „Gebräuche“ gerichtet sind (§ 166 Abs. 2 StGB), kann die Tatbestandsmäßigkeit nach den zu B. II. 5. a. und b. dargelegten Kriterien nicht ohne Berücksichtigung des Selbstverständnisses des betroffenen Bekenntnisses, der Religion u. s. w. beurteilt werden.¹²⁴ Allerdings soll es nicht auf die Vorstellungen oder das Empfinden von betroffenen, möglicherweise besonders religiösen Anhängern des Bekenntnisses etc. ankommen, sondern es soll ein objektivierter Maßstab eines auf Toleranz bedachten (gedachten) Beobachters angelegt werden.¹²⁵

30

d) Beispiele

Inhaltsbestimmung wie Auslegungsmaßstab belassen erhebliche Spielräume bei der Bewertung von Äußerungen als Beschimpfung. Das gilt sowohl bezüglich der Auslegung der konkreten Bedeutung des Geäußerten als auch hinsichtlich der Frage, ob es um eine besondere Rohheit im Ausdruck oder um den Vorwurf besonders schimpfli-

31

¹²² Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 15; Hilgendorf, in: Satzger / Schluckebier / Widmaier (o. Fn. 50), § 166, Rn. 16.

¹²³ Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 14; siehe auch Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 92.

¹²⁴ Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 14.

¹²⁵ Etwa OLG Nürnberg, in: NStZ-RR 1999, S. 238 (239); Naarmann, Schutz von Religionen (o. Fn. 20), S. 44; Hilgendorf, in: Satzger / Schluckebier / Widmaier (o. Fn. 50), § 166, Rn. 16.

chen Verhaltens geht. Erhebliche Bewertungsspielräume können sich bei Äußerungen ergeben, deren beschimpfender Charakter daraus abgeleitet werden soll, dass Inhalte eines Bekenntnisses „in den Schmutz gezogen werden“.¹²⁶ Angesichts der Spielräume überrascht die unterschiedliche Bewertung von möglicherweise tatbestandsmäßigem Verhalten nicht. So ist etwa die Beurteilung von Karikaturen, die den Propheten Mohammed mit einer Bombe im Turban zeigen, bereits bezüglich der unter Berücksichtigung der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG erfolgenden Bestimmung des Bedeutungsgehalts der Karikatur kontrovers erfolgt; entsprechend ist auch die Einordnung als Straftat gemäß § 166 StGB unterschiedlich ausgefallen.¹²⁷ In der strafgerichtlichen Rechtsprechung ist die Bezeichnung der christlichen Kirchen als Verbrecherorganisation¹²⁸ ebenso als Beschimpfung gewertet worden wie die Darstellung eines an ein Kreuz genagelten Schweins.¹²⁹

e) „Ausdrucksformen“ des Beschimpfens

32 Das Beschimpfen kann entweder öffentlich oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3 StGB) erfolgen. Sie erfolgt „öffentlich“, wenn sie von unbestimmt vielen, nicht durch persönliche Beziehungen miteinander verbundenen Personen wahrgenommen werden kann.¹³⁰ „Verbreiten“ ist jede Tätigkeit, die darauf abzielt, die Äußerung einem größeren Personenkreis zugänglich zu machen.¹³¹ „Schriften“ i. S. v. von § 11 Abs. 3 StGB sind stoffliche, vor allem durch Bilder oder Buchstaben verkörperte Zeichen, die in erster Linie optisch oder durch den Tastsinn sinnlich wahrgenommen werden können,¹³² darunter fallen Bild- und Tonträger sowie Datenspeicher.¹³³

¹²⁶ Beispiele dazu bei Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 19.

¹²⁷ Einerseits etwa Steinbach, Beschimpfung von Religionsgesellschaften (o. Fn. 1), S. 497; Winter, in: KuR 2007 (o. Fn. 1), S. 68; andererseits Waldhoff, Gutachten D für den 68. DJT (o. Fn. 1), D 165; Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 42; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 16.

¹²⁸ OLG Celle, in: NJW 1986, S. 1275.

¹²⁹ OLG Nürnberg, in: NSTZ-RR 1999, S. 238.

¹³⁰ Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 43 m. w. N.

¹³¹ BGHSt 19, 63 (71).

¹³² Radtke, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 3), § 11, Rn. 169 m. w. N.

¹³³ Näher Radtke, ebd., § 11, Rn. 170–174.

6. „Taterfolg“

Die Beschimpfung muss *geeignet* sein, den öffentlichen Frieden zu stören. Die Eignung bezieht sich auf die konkrete Tathandlung des Beschimpfens und beschreibt keine von der generellen Rechtsgutsgefährlichkeit der Handlung verschiedene, als Tatbestandsmerkmal ausgestaltete Rechtsgutsbeeinträchtigung (abstraktes Gefährdungsdelikt). Prozessual bedarf es daher auch keiner Feststellungen darüber, ob aufgrund der fraglichen Beschimpfung „gesteigerte öffentliche Erregung“ oder „erhöhte Gewaltbereitschaft“ vorhanden ist.¹³⁴ Aus der „Wunsiedel-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts folgt nichts anderes; zwar stellt das Gericht auf die Außenwirkungen von Meinungsäußerungen etwa in Gestalt des Auslösens von Handlungsbereitschaft oder der Herabsetzung von Hemmschwellen ab.¹³⁵ Daraus folgt aber nicht, die Eignung zur Friedenstörung nicht mehr allein auf die generelle Eignung der konkreten Handlung zu beziehen, sondern stattdessen eine konkrete Eignung, die gesondert festgestellt werden müsste, für geboten zu erachten. Die *Eignung* der Beschimpfung zur Störung des öffentlichen Friedens ist dementsprechend danach zu beurteilen, ob die konkrete Beschimpfung nach ihrer Art und ihrem Inhalt sowie den konkreten Umständen des Einzelfalls (einschließlich des Äußerungskontextes) bei wertender Betrachtung die Befürchtung rechtfertigt, dass das Vertrauen der Betroffenen in die Respektierung ihrer religiösen oder weltanschaulichen Überzeugung erheblich beeinträchtigt oder die Intoleranz Dritter gegenüber den Anhängern des Bekenntnisses gefördert werden kann.¹³⁶ Die wertende Betrachtung hat wiederum vom Standpunkt eines objektiven, nicht übermäßig empfindlichen Beobachters aus zu erfolgen.¹³⁷

33

¹³⁴ Vgl. Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 22.

¹³⁵ BVerfGE 124, 300 (335).

¹³⁶ Hilgendorf, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (o. Fn. 50), § 166, Rn. 19 m. w. N.

¹³⁷ OLG Karlsruhe, in: NSTz 1986, S. 363 (365); Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 166, Rn. 63; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 166, Rn. 22 a. E.; jeweils m. w. N.

7. Subjektiver Tatbestand

- 34** Die vorsätzliche Begehung, bedingter Vorsatz genügt, setzt Kenntnis der tatsächlichen Umstände voraus, die den Straftatbestand bilden und den Willen, die beschimpfende Handlung dennoch zu vollziehen. Ist die Beschimpfung bereits an anderer Stelle unbeanstandet verbreitet worden, kann es am Tatbestandsvorsatz fehlen.¹³⁸

III. Störung der Religionsausübung (§ 167 StGB)

1. Allgemeines, Rechtsgut und Deliktsstruktur

- 35** Die Störung der Religionsausübung bildet den zweiten Straftatbestand der Religionsdelikte im engeren Sinne. Im Vergleich zu § 166 StGB richten sich jedenfalls die in § 167 Abs. 1 Nr. 1 StGB unter Strafe gestellten Verhaltensweisen unmittelbar gegen die Freiheit der Religionsausübung (bzw. der Ausübung der Weltanschauung); auch in den Fällen des Abs. 1 Nr. 2 existiert wegen des Ortes der Vornahme der tatbestandlichen Handlung ein starker Bezug zur Religionsausübung. Angesichts dessen wird die Schutzrichtung der Vorschrift auch nicht vollständig einheitlich beurteilt. Wohl mehrheitlich wird der Störung der Religionsausübung eine doppelte Schutzrichtung zugewiesen, zum einen der Schutz des öffentlichen Friedens und zum anderen derjenige der Religionsausübungsfreiheit, wobei erstgenanntem Schutzzweck Vorrang zukommen soll.¹³⁹ Da § 167 StGB aber keine Eignungsklausel enthält und die Fassung der tatbestandlichen Handlung einen starken Bezug zu der Gewährleistung der Religionsausübungsfreiheit (auch des einzelnen Gläubigen) herstellt, lässt sich die Vorschrift ebenso als eine solche allein zum Schutz dieser Freiheit, verstanden auch als strafrechtliches Rechtsgut, deuten. Rechtsgutsbezogen wäre jedenfalls § 167 Abs. 1 Nr. 1 StGB dann Verletzungsdelikt,¹⁴⁰ weil das jeweils konkrete tatbestandliche Verhalten

¹³⁸ *Bosch / Schittenhelm*, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 54), § 166, Rn. 22 m. w. N.

¹³⁹ *Dippel*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 167, Rn. 5; *Hilgendorf*, in: Satzger / Schluckebier / Widmaier (o. Fn. 50), § 167, Rn. 1; jeweils m. w. N.; vgl. auch OLG Celle, in: NJW 1997, S. 1944 sowie *Stephan Stübinger*, in: Strafgesetzbuch (Nomos-Kommentar), hg. von Urs Kindhäuser / Ulfrid Neumann / Hans-Ulrich Paeffgen, 4. Aufl. 2013, § 167, Rn. 1.

¹⁴⁰ *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 167, Rn. 1 a. E.

wegen der erforderlichen „Störung“ eines Gottesdienstes oder einer gottesdienstlichen Handlung stets mit einer Verletzung der Religionsausübungsfreiheit einhergeht. Abstraktes Gefährdungsdelikt¹⁴¹ wäre die Vorschrift nur bei einem ausschließlichen oder vorrangigen Rechtsgut „öffentlicher Frieden“.

2. Tatobjekte

Die Tathandlung gemäß § 167 Abs. 1 Nr. 1 StGB, das Stören, bezieht sich auf einen Gottesdienst bzw. eine gottesdienstliche Handlung; durch Abs. 2 werden entsprechende Feiern einer Weltanschauungsgemeinschaft gleichgestellt. In den Konstellationen nach § 167 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfolgt die Tathandlung, der „beschimpfende Unfug“, an einem dem Gottesdienst gewidmeten Ort.

„Gottesdienst“ i. S. v. § 167 wird verstanden als die Zusammenkunft von Mitgliedern einer Religionsgemeinschaft zur Andacht, zur Anbetung oder Verehrung eines Gottes nach den Regeln oder Ritualen dieser Gemeinschaft.¹⁴² Charakteristisch für den Gottesdienst ist die Zusammenkunft mit dem Zweck der Andacht, Anbetung oder Verehrung; Zusammenkünfte von Mitgliedern einer Kirche oder Religionsgemeinschaft ohne einen solchen Zweck gehören selbst bei religiösem Bezug (etwa der Durchführung von Religionsunterricht) nicht in den Anwendungsbereich des Straftatbestandes.¹⁴³ Ob es sich bei einer Zusammenkunft um einen „Gottesdienst“ handelt, kann durch den Rechtsanwender nicht ohne Berücksichtigung des religiösen Selbstverständnisses der betroffenen Kirche oder Religionsgemeinschaft beurteilt werden. Die Anwesenheit von Gläubigen soll keine konstitutive Voraussetzung eines „Gottesdienstes“ sein; maßgeblich ist die Durchführung der Andacht etc. durch eine von der betroffenen

¹⁴¹ Hilgendorf, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (o. Fn. 50), § 167, Rn. 2 a. E.; Bosch / Schittenhelm, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 54), Vor § 166, Rn. 2.

¹⁴² OLG Celle, in: NJW 1997, S. 1167; Fischer, StGB (o. Fn. 31), § 167, Rn. 2; Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 167, Rn. 9; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 167, Rn. 5; Hilgendorf, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (o. Fn. 50), § 167, Rn. 4; Bosch / Schittenhelm, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 54), § 167, Rn. 4.

¹⁴³ Hilgendorf, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (o. Fn. 50), § 167, Rn. 4; Bosch / Schittenhelm, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 54), § 167, Rn. 4.

Religionsgemeinschaft dazu bestimmte Person.¹⁴⁴ Der Gottesdienst i. S. v. Abs. 1 Nr. 1 ist nicht an einen bestimmten Ort gebunden; auch eine im Freien abgehaltene Andacht kann daher taugliches Tatobjekt sein.¹⁴⁵

38 „*Gottesdienstliche Handlungen*“ meint die Vornahme eines Aktes der Religionsausübung, der – ohne bereits Gottesdienst zu sein – nach dem Ritus bzw. dem Glaubensverständnis der Kirche bzw. Religionsgemeinschaft der religiösen Erbauung der Mitglieder dient.¹⁴⁶ Dazu gehören etwa die Beichte, die Taufe, die Trauung oder die kirchliche Bestattungsfeier. Ob die Vornahme der Handlungen durch einen Geistlichen der Religionsgemeinschaft notwendige Voraussetzung ist, wird kontrovers beurteilt.¹⁴⁷ Die praktische Bedeutung der Kontroverse dürfte gering sein. Denn die Frage, wer Geistlicher ist, wird lediglich nach Maßgabe des Selbstverständnisses der jeweiligen Kirche oder Religionsgemeinschaft beurteilt werden können.¹⁴⁸

39 Ein „*dem Gottesdienst gewidmeter Ort*“ (§ 167 Abs. 1 Nr. 2 StGB) ist jeder Ort, der ausschließlich oder zumindest überwiegend für Zwecke des Gottesdienstes genutzt wird.¹⁴⁹ Trotz des Wortlauts „gewidmet“ kommt es auf die tatsächliche Nutzung an; eines rituellen Widmungsakts bedarf es nicht. Erfasst sind etwa Kirchen, Synagogen, Moscheen etc. sowohl mit den der eigentlichen Ausübung des Kultus dienenden Räumlichkeiten als auch darauf funktional bezogenen Räumen (etwa die Sakristei).¹⁵⁰

¹⁴⁴ Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 167, Rn. 9; Bosch / Schittenhelm, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 54), § 167, Rn. 4; a. A. Eser, Schutz von Religion (o. Fn. 29), S. 1035.

¹⁴⁵ OLG Celle, in: NJW 1997, S. 1167; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 167, Rn. 5 m. w. N.

¹⁴⁶ Vgl. Fischer, StGB (o. Fn. 31), § 167, Rn. 3; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 167, Rn. 6; Bosch / Schittenhelm, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 54), § 167, Rn. 5; Hilgendorf, in: Satzger / Schluckebier / Widmaier (o. Fn. 50), § 167, Rn. 6.

¹⁴⁷ Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 167, Rn. 6 einerseits, Eser, Schutz von Religion (o. Fn. 29), S. 1036 andererseits.

¹⁴⁸ Ausführlich dazu Henning Radtke, → § 76.

¹⁴⁹ Fischer, StGB (o. Fn. 31), § 167, Rn. 7; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 167, Rn. 10.

¹⁵⁰ BGHSt 9, 140 f. (bezüglich Windfang als Kirchenvorraum); Dippel, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 167, Rn. 20.

3. Tathandlungen

Die Tathandlung gemäß § 167 Abs. 1 Nr. 1 StGB besteht in der „*absichtlichen und groben Störung des Gottesdienstes*“. Störung ist die Behinderung des nach dem Ritus der betroffenen Kirchen vorgesehenen Ablaufs des Gottesdienstes. In zeitlicher Hinsicht muss der Gottesdienst bereits begonnen haben.¹⁵¹ Ist dieses der Fall, kann die Störung von außen aber auch durch Teilnehmer des Gottesdienstes erfolgen. Die Möglichkeiten der Störung sind vielfältig. Maßgeblich ist in objektiver Hinsicht die „*grobe Störung*“. Auf der zeitlichen Ebene genügen lediglich kurzzeitige Eingriffe in den Ablauf des Gottesdienstes nicht.¹⁵² Der erforderliche Schweregrad ist jedenfalls bei (verständlichem) Abbruch erreicht. Es genügt aber auch eine hartnäckige, sich mehrfach wiederholende Störung, selbst wenn der Gottesdienst nach Entfernung des Störers fortgesetzt werden kann.¹⁵³ Subjektiv muss der Störer die grobe Störung anstreben („absichtlich“).

40

„*Beschimpfender Unfug*“ i. S. v. § 167 Abs. 1 Nr. 2 StGB sind grob ungehörige Handlungen, durch die der Akteur seine Miss- oder Verachtung ausdrückt.¹⁵⁴ Das kann etwa bei der Vornahme sexueller Handlungen der Fall sein.¹⁵⁵ Die Tathandlung muss nicht während des Abhaltens eines Gottesdienstes stattfinden.¹⁵⁶

41

4. Subjektiver Tatbestand

In Bezug auf das Bewirken einer groben Störung (§ 167 Abs. 1 Nr. 1 StGB) muss der Täter absichtlich handeln; im Übrigen genügt bedingter Vorsatz.

42

¹⁵¹ *Fischer*, StGB (o. Fn. 31), § 167, Rn. 3; *Dippel*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 167, Rn. 10; *Bosch / Schittenhelm*, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 54), § 167, Rn. 5.

¹⁵² *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 167, Rn. 9 m. w. N.

¹⁵³ Vgl. Thür. OLG, in: NJW 2006, S. 1892.

¹⁵⁴ *Fischer*, StGB (o. Fn. 31), § 167, Rn. 8; *Dippel*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), § 167, Rn. 22; *Hilgendorf*, in: Satzger / Schluckebier / Widmaier (o. Fn. 50), § 167, Rn. 11 m. w. N.

¹⁵⁵ BGHSt 9, 140 f.

¹⁵⁶ *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 53), § 167, Rn. 11.

IV. Rechtfertigungsfragen

- 43** Eine Rechtfertigung gemäß § 166 oder § 167 StGB tatbestandsmäßigen Verhaltens kommt grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln in Betracht. Hinsichtlich Taten nach § 166 StGB kann das Verhalten des Täters in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 oder Abs. 3 GG fallen. Das ist bereits auf der Ebene der Auslegung der tatbestandlichen Voraussetzungen zu berücksichtigen (etwa Bedeutungsgehalt einer Satire). Zur Frage, ob die genannten Grundrechte unmittelbar rechtfertigend oder entschuldigend wirken können, gelten die Ausführungen zu D. III. entsprechend.

C. Mittelbarer Schutz von Religion und Kirche durch Strafrecht

I. Allgemeines

- 44** Das Strafrecht enthält außer den vorstehend behandelten eigentlichen Religionsdelikten eine Vielzahl von Straftatbeständen, die insofern eine Schutzwirkung zugunsten von Kirchen und Religionsgemeinschaften aufweisen als entweder deren Rechtsgüter (etwa Eigentum) durch allgemeine Straftatbestände (z. B. § 242 StGB – Diebstahl oder § 303 StGB – Sachbeschädigung) wie die entsprechenden Rechtsgüter jedes anderen Rechtsgutsträgers geschützt werden oder indem einige Delikte einen spezifischen Kirchenbezug aufweisen, der in bestimmten Tatbestandsmerkmalen oder Regelbeispielen zum Ausdruck kommt, deren Verwirklichung regelmäßig mit einem höheren Unrechts- und/oder Schuldgehalt verbunden ist. So schützt etwa § 303 StGB jede im Eigentum einer rechtsfähigen Kirche stehende Sache; § 304 StGB, die gemeinschädliche Sachbeschädigung, stellt aber die Begehung der Tat an Gegenständen der „Verehrung einer im Staat bestehenden Religionsgesellschaft“ unter eine gegenüber dem Grunddelikt höhere Strafdrohung. Beim Eigentumsschutz gegen Diebstahl ist das Stehlen aus Kirchen oder das einer Sache, die dem Gottesdienst gewidmet ist oder der religiösen Verehrung dient, in § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StGB als Regelbeispiel ausgestaltet, dessen Verwirklichung typischerweise zur Anwendung eines gegenüber § 242 StGB erhöhten Strafrahmens führt. Aus der Vielzahl solcher Tatbestände mit mittelbarer Schutzwirkung zugunsten von Kirchen

und Religionsgemeinschaften wird nachfolgend exemplarisch auf einige näher hingewiesen.

II. Schutz der Existenz religiöser Gruppen

§ 6 VStGB schützt neben anderen geschützten Gruppen auch „religiöse Gruppen“ gegen solche im Tatbestand genannten Handlungen (etwa Tötung von Gruppenmitgliedern oder die gewaltsame Überführung eines Kindes von einer Gruppe in eine andere), die mit der Absicht vorgenommen werden, die Gruppe ganz oder teilweise zu zerstören. Im Internationalen Strafrecht enthalten Art. 6 des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (ICC-Statute) sowie die Statuten der beiden Ad-hoc-Gerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien (JStGH/ICTY) und für Ruanda (RStGH/ICTR) die entsprechende Regelung. Grundlage der Strafvorschriften gegen den Völkermord (Genozid/Genocide) im aktuellen nationalen und internationalen Strafrecht ist die UN-Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes vom 9.12.1948. Bei den Verhandlungen zu der Konvention ist über die Aufnahme der „religiösen Gruppe“ als Tatobjekt des Völkermordes besonders kontrovers diskutiert worden, weil die Konstituierung einer Gruppe über das Attribut „religiös“ wegen der Möglichkeit des Wechsels der Religion als nicht ausreichend empfunden wurde.¹⁵⁷ Die Bedenken haben sich aber nicht durchgesetzt. „Religiös“ wird inhaltlich ausgefüllt wie das „religiöse Bekenntnis“ in § 166 StGB; maßgeblich ist der transzendente Bezug des Glaubens an eine außerhalb menschlicher Erkenntnisquellen stehende Gottheit.¹⁵⁸ Auf eine bestimmte Organisationsform der religiösen Gruppe kommt es nicht an; verlangt ist aber ein auf Dauer angelegter Zusammenschluss mit ausreichender Bindewirkung unter den Gruppenmitgliedern.¹⁵⁹

45

III. Schutz der Ehre von Religionsgemeinschaften

Jedes einzelne Mitglied einer Kirche oder Religionsgemeinschaft ist Träger des Rechtsguts Ehre. Nach im Strafrecht weit überwiegend

46

¹⁵⁷ N. bei *Kreß*, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 32), § 6 VStGB, Rn. 42.

¹⁵⁸ *Kreß*, ebd., § 6 VStGB, Rn. 43 m. w. N.

¹⁵⁹ *Werle / Jeßberger*, Völkerstrafrecht (o. Fn. 32), Rn. 776.

vertreter Auffassung kann der einzelne Mensch auch *unter einer Kollektivbezeichnung* in seiner Ehre verletzt werden.¹⁶⁰ Voraussetzung dafür ist, dass die bezeichnete Gruppe von der Allgemeinheit hinreichend in einer solchen Weise abgrenzbar ist, die die zugehörigen Personen ohne weiteres zweifelsfrei bestimmen lässt.¹⁶¹ Bei beleidigenden Äußerungen in Bezug auf „die Protestanten“ oder „die Katholiken“ ist das nicht der Fall.¹⁶²

- 47 Träger des Rechtsguts Ehre können wiederum nach überwiegend vertretener Auffassung im Strafrecht auch *Personengemeinschaften oder Vereinigungen* – außerhalb des in § 194 Abs. 3 und 4 StGB Geregelten – als solche sein.¹⁶³ Als Rechtsgutsträger der Ehre kommen sie in Betracht, wenn sie rechtlich anerkannte gesellschaftliche Aufgaben erfüllen und zur eigenen Willensbildung in der Lage sind.¹⁶⁴ Das ist jedenfalls bei den öffentlich-rechtlich verfassten christlichen Kirchen der Fall; dementsprechend hat der Bundesgerichtshof ein katholisches Bistum als Träger des Rechtsguts Ehre anerkannt.¹⁶⁵

IV. Schutz von Räumlichkeiten und Objekten, die der Religionsausübung dienen

- 48 Wie bereits angesprochen bewirkt das Strafrecht in verschiedenen Vorschriften den Schutz von im Eigentum von Kirchen oder Religionsgemeinschaften stehenden Gegenständen (oben C. I.). Bei den Brandstiftungsdelikten ist die Tatbegehung durch Inbrandsetzen oder durch zu einer wenigstens teilweisen Zerstörung führenden Brandlegung an der Religionsausübung dienenden Gebäuden in § 306a Abs. 1 Nr. 2 StGB als schwere Brandstiftung ein Verbrechenstatbestand. Die recht hohe Strafdrohung des an sich dem Schutz von Leib und Leben vor den Gefahren eines Brandes dienenden Tatbestandes der schweren Brandstiftung (§ 306a StGB) lässt sich – nach

¹⁶⁰ BGHSt 6, 186 (191); 36, 83 (85); ausführlicher *Philipp Regge / Christian Pegel*, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 3), Bd. 4, 3. Aufl. 2017, Vor §§ 185 ff., Rn. 57 ff.

¹⁶¹ BGHSt 36, 83 (85 f.); vgl. auch BVerfGE 93, 266 (301) sowie *Arndt Sinn*, in: Satzger / Schluckebier / Widmaier (o. Fn. 50), Vor §§ 185 ff., Rn. 7 m. w. N.

¹⁶² Vgl. BGHSt 11, 207 (209).

¹⁶³ *Jörg Eisele / Ulrike Schittenhelm*, in: Schönke / Schröder (o. Fn. 54), Vorbem. §§ 185 ff., Rn. 3 und 3a m. w. N.

¹⁶⁴ BGHSt 6, 181 (191).

¹⁶⁵ BGH, in: NJW 2006, S. 601 ff. (VI. Zivilsenat).

allerdings bestrittener – Auffassung für die Fälle des § 306a Abs. 1 Nr. 2 StGB nur legitimieren, wenn als Schutzzweck neben dem Lebens- bzw. Leibesschutz auch auf den Schutz des religiösen Friedens (als Teilaspekt des öffentlichen Friedens) abgestellt wird.¹⁶⁶ Ob es sich um ein der Religionsausübung dienendes Gebäude handelt, ist grundsätzlich anhand des Selbstverständnisses der das Tatobjekt tatsächlich nutzenden Religionsgemeinschaft zu bestimmen.¹⁶⁷ Erfasst sind lediglich solche Gebäude, die für den rituellen Teil der Religionsausübung genutzt werden, nicht solche, die von der Religionsgemeinschaft für soziale oder karitative Zwecke etc. verwendet werden.

D. Schutz von Religion und Kirche im Strafrecht

Die Frage nach dem Schutz von Religion und Kirche im materiellen Strafrecht (jenseits des Schutzes durch Strafrecht) stellt sich vor allem im Hinblick auf die möglichen Wirkungen, die sich aus der Gewährleistung der Religionsfreiheit in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG für die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Täters ergeben können, wenn das straffatbestandsmäßige Verhalten durch religiöse Überzeugungen oder durch die Einhaltung von Regeln des Glaubens veranlasst worden ist.

49

I. Strafrechtliche Verbote oder Gebote versus Glaubensüberzeugung

Das Spektrum der Ansichten, wie die Gewährleistung der Religionsfreiheit (für die Gewissensfreiheit gilt Entsprechendes)¹⁶⁸ auf die strafrechtliche Bewertung durch Befolgung religiöser Gebote oder zumindest Lebensregeln motivierte Verwirklichung von Straftatbe-

50

¹⁶⁶ Radtke, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 9), § 306a, Rn. 21 und 23; siehe aber auch Fischer, StGB (o. Fn. 31), § 306a, Rn. 6 sowie Hagen Wolff, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 11), Bd. 11, 2005, § 306a, Rn. 1.

¹⁶⁷ Radtke, in: Münchener Kommentar zum StGB (o. Fn. 9), § 306a, Rn. 22; Wolff, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 166), § 306a, Rn. 15 a. E. m. w. N.

¹⁶⁸ Zur strafrechtlichen Bedeutung der Gewissenstat ausführlich Radtke, Überlegungen (o. Fn. 28), S. 21 ff. m. w. N. – gegen die Gleichbehandlung von Religionsfreiheit und Gewissensentscheidung insoweit aber Brian Valerius, Kultur und Strafrecht, 2011, S. 163 ff.

ständen einwirkt, ist breit.¹⁶⁹ Es reicht von der Ablehnung jeglicher unmittelbar aus Grundrechten ableitbaren Rechtfertigung – auch wenn das Grundrecht wie Art. 4 Abs. 1 und 2 GG allein verfassungs-immanente Schranken aufweist – bis hin zu einer grundsätzlichen Anerkennung einer solchen grundrechtsunmittelbaren Rechtfertigung;¹⁷⁰ „mittlere“ Lösungen versuchen dem Umstand, dass die Verwirklichung straffatbestandsmäßigen Verhaltens durch die Inanspruchnahme der Religionsfreiheit (oder der Gewissensfreiheit) motiviert ist, im Rahmen einfachgesetzlicher Rechtfertigungsgründe (etwa § 34 oder § 193 StGB) zu berücksichtigen.¹⁷¹ Wird in den einschlägigen Konstellationen eine Rechtfertigung des „Glaubensstäters“ verneint, stellt sich die weitere Frage, ob das objektiv rechtswidrige Verhalten des durch religiöse Überzeugungen motivierten Täters diesem als schuldhaft verwirklicht vorgeworfen werden kann. Über das Eingreifen von Entschuldigungsgründen oder Schuldabschließungsgründen, die ihrerseits aus der Religionsausübungsfreiheit oder dem einfachen Gesetzesrecht resultieren können, wird ebenso kontrovers diskutiert, wie auf der Ebene der Rechtfertigung.

II. Die „Ausstrahlungswirkung“ der Glaubensfreiheit

- 51 Das Bundesverfassungsgericht hat im Kontext einer durch die Einhaltung von Glaubensregeln motivierten Straftat die von ihm sog. Ausstrahlungswirkung der Glaubensfreiheit hinsichtlich der Strafbarkeit eines Ehemannes wegen unterlassener Hilfeleistung (§ 323c StGB = § 330c StGB a. F.) fruchtbar gemacht.¹⁷² Dem Ehemann war im Strafverfahren vorgeworfen worden, nicht auf seine zur Lebens-

¹⁶⁹ Überblick bei *Thomas Rönnau*, in: *Leipziger Kommentar* (o. Fn. 11), Bd. 2, 2006, Vor § 32, Rn. 138–140; siehe auch *Martin Böse*, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze (insbesondere § 34 StGB), in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 113 (2001), S. 40 ff.; *A. Radtke/H. Radtke*, „Kirchenasyl“ (o. Fn. 1), S. 46 ff.; *Radtke*, Überlegungen (o. Fn. 28), S. 33 ff.; *Hörnle*, Gutachten C für den 70. DJT (o. Fn. 1), C 63 ff.; ausführlich *Schmidt*, Verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe (o. Fn. 28), S. 167 ff. (vor allem bezüglich der Gewissensfreiheit); jeweils m. w. N.

¹⁷⁰ Siehe nur die Nachweise bei *Rönnau*, in: *Leipziger Kommentar* (o. Fn. 169), Vor § 32, Rn. 138 und 139.

¹⁷¹ Gegen eine Rechtfertigung der straffatbestandsmäßigen Gewährung von Kirchenasyl *A. Radtke/H. Radtke*, „Kirchenasyl“ (o. Fn. 1), S. 50–52 m. w. N.

¹⁷² BVerfGE 32, 98 ff. („Gesundbeter-Entscheidung“).

rettung auf eine Bluttransfusion angewiesene Ehefrau eingewirkt zu haben, damit diese – entgegen den von beiden geteilten religiösen Überzeugungen – eine solche medizinische Maßnahme akzeptierte.¹⁷³ Seine Verfassungsbeschwerde gegen die Verurteilung zu einer Geldstrafe wegen unterlassener Hilfeleistung war erfolgreich. Das strafgerichtliche Urteil greife in unzulässiger Weise in das Grundrecht des Verurteilten aus Art. 4 Abs. 1 GG ein.¹⁷⁴ Die mit der Strafsache befassten Strafgerichte hätten bei der Auslegung von § 330c StGB (a. F.) die Ausstrahlungswirkung des nur durch verfassungsimmanente Schranken begrenzten Art. 4 Abs. 1 GG nicht hinreichend berücksichtigt.¹⁷⁵ Wird in der konkreten Situation der Täter durch seine Glaubensüberzeugung zu einem (straftatbestandsmäßigen) Tun oder Unterlassen bestimmt, ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts „im Lichte des Art. 4 Abs. 1 GG“ zu fragen, ob „unter den besonderen Umständen des Falles“ die Bestrafung überhaupt noch den ihr allgemein zugeschriebenen Zweck erfüllen kann.¹⁷⁶ Das gegen die staatliche Rechtsordnung gerichtete Verhalten sei zwar nach den in der Gesellschaft allgemein herrschenden Wertvorstellungen zu missbilligen, sei jedoch dem Täter nicht in einer Weise vorwerfbar, die ohne weiteres die Anwendung von Strafrecht, als intensivstem Eingriffsinstrument des Staates, gestatte.¹⁷⁷

Die verfassungsrechtlichen Erwägungen zur „Ausstrahlungswirkung“ der Glaubensfreiheit lassen sich nicht leicht strafrechtsdogmatisch und -systematisch umsetzen. Die Formulierung, die Anwendung von Strafrecht sei nicht ohne weiteres gestattet, ermöglicht letztlich einen Ausschluss der Strafbarkeitsvoraussetzungen auf jeder Ebene des Straftatsystems. Da das Gericht aber offenbar vor allem auf die Vorwerfbarkeit abzielt, dürfte die „Ausstrahlungswirkung“ entweder als (übergesetzlicher) Entschuldigungsgrund zu verstehen sein, wogegen allerdings das Missbilligen nach den Wertvorstellungen der Gesellschaft spricht,¹⁷⁸ oder als bei der Strafartbestimmung und Strafzumessung zu berücksichtigender Umstand. So könnte der Ausstrahlungswirkung der Glaubensfreiheit in dem zugrundeliegenden Fall etwa durch die Anwendung von § 59 StGB

52

¹⁷³ Näher zum Sachverhalt BVerfGE 32, 98 (99–103).

¹⁷⁴ BVerfGE 32, 98 (106).

¹⁷⁵ BVerfGE 32, 98 (109).

¹⁷⁶ BVerfGE 32, 98 (109).

¹⁷⁷ BVerfGE 32, 98 (109).

¹⁷⁸ Zur Bedeutung des strafgerichtlichen Schuldspruchs als sozial-ethischer Tadel BVerfGE 109, 133 (173).

(Verwarnung mit Strafvorbehalt) oder § 60 StGB (Absehen von Strafe) Rechnung getragen werden.

III. Rechtfertigende oder entschuldigende Wirkung der Glaubensfreiheit?

- 53 Die möglichen Wirkungen der Glaubensfreiheit auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Tätern, die sich unter Inanspruchnahme dieser Freiheit straftatbestandsmäßig verhalten haben, werden nach wie vor kontrovers beurteilt.¹⁷⁹ Einigkeit besteht darüber, dass bei Betroffensein des Schutzbereichs des Grundrechts dessen Gewährleistungen bei der Auslegung von Rechtfertigungsgründen des einfachen Rechts (etwa § 193 StGB) berücksichtigt werden müssen.¹⁸⁰ Eine unmittelbare Rechtfertigung straftatbestandsmäßigen Verhaltens aus Grundrechten wird bislang mehrheitlich abgelehnt.¹⁸¹ Richtigerweise wird aber ausnahmsweise eine unmittelbare Rechtfertigung solchen Verhaltens dann in Betracht kommen können, wenn das fragliche Verhalten in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt und die – unter Berücksichtigung der Wechselwirkungstheorie vorzunehmende – Abwägung zwischen dem Grundrecht einerseits und dem durch den Straftatbestand geschützten Gütern andererseits zu einem Vorrang der Glaubensfreiheit führt.¹⁸² Im Hinblick auf die der Glaubensfreiheit gezogenen verfassungsrechtlichen Schranken wird dies typi-

¹⁷⁹ Überblick bei *Rönnau*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 169), Vor § 32, Rn. 138 f.; ausführlich bezüglich der entsprechenden Lage bei der Gewissensfreiheit *Schmidt*, Verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe (o. Fn. 28), S. 167 ff. sowie *Radtke*, Überlegungen (o. Fn. 28), S. 33 ff.

¹⁸⁰ *Rönnau*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 169), Vor § 32, Rn. 139 m. w. N.; zu den Grenzen bezüglich der Einwirkung von Art. 4 GG auf die Anwendung von § 34 StGB bezüglich der straftatbestandsmäßigen Gewährung von Kirchenasyl *A. Radtke / H. Radtke*, „Kirchenasyl“ (o. Fn. 1), S. 50 ff.

¹⁸¹ Siehe etwa *Böse*, Glaubens- und Gewissensfreiheit (o. Fn. 169), S. 42 m. w. N.

¹⁸² Vgl. *Radtke*, Überlegungen (o. Fn. 28), S. 33 f.; *Claus Roxin*, Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, in: Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer, hg. von Arthur Kaufmann / Ernst-Joachim Mestmäcker / Hans F. Zacher, 1988, S. 389 (399 ff.); *Rönnau*, in: Leipziger Kommentar (o. Fn. 169), Vor § 32, Rn. 139; ausführlicher *Schmidt*, Verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe (o. Fn. 28), S. 188 ff. m. w. N.

scherweise lediglich bei der Verwirklichung von Straftatbeständen in Betracht kommen, die kollektive Rechtsgüter schützen.¹⁸³

Soweit der Inanspruchnahme der Glaubensfreiheit keine (unmittelbar) rechtfertigende Wirkung zukommt, kann unter engen Voraussetzungen der Schuldvorwurf gegen den „Glaubenstäter“, etwa über den Aspekt der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens oder den Rechtsgedanken von § 35 Abs. 2 StGB, entfallen.¹⁸⁴

54

¹⁸³ Weitergehend *Schmidt*, Verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe (o. Fn. 28), S. 188, 189.

¹⁸⁴ Näher *Radtke*, Überlegungen (o. Fn. 28), S. 35 f.; *A. Radtke / H. Radtke*, „Kirchenasyl“ (o. Fn. 1), S. 50 ff.; jeweils m. w. N.

§ 76

Der Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses

Von Henning Radtke

A. Einführung	1–6
B. Garantien zugunsten des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses im staatlichen Recht	7–8
C. Instrumente des Schutzes des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses im staatlichen Recht	9–51
I. Allgemeines	9–10
II. Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses durch Zeugnisverweigerungsrechte	11–44
1. Überblick	11–16
2. Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO	17–41
a) „Geistliche“ und Religionsgemeinschaft	19–23
b) Die Person des „Geistlichen“	24–35
c) Umfang des Zeugnisverweigerungsrechts	36–41
3. Zeugnisverweigerungsrecht der Berufshelfer (§ 53a StPO / § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO)	42–44
III. Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses durch sonstige Regelungen des staatlichen Rechts	45–51
1. Beschlagnahmefreiheit (§ 97 StPO)	46
2. Ausschluss von Abhörmaßnahmen in Wohnungen (§ 100d Abs. 5 StPO)	47
3. Allgemeiner Schutz vor Ermittlungsmaßnahmen oder Gefahrabwehrmaßnahmen gegen zeugnisverweigerungsberechtigte Geistliche (§ 160a StPO / § 20u BKAG)	48–49
4. Aussagegenehmigungen (§ 54 StPO)	50
5. Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses im materiellen Strafrecht (§ 139 Abs. 2 StGB)	51

A. Einführung

- 1 Beichtgeheimnis und Seelsorgegeheimnis¹ sind mit dem christlichen Glauben und dem Glaubensverständnis der beiden großen christlichen Kirchen untrennbar verbunden. Seelsorge und insbesondere die Beichte² sind Gespräche mit Gott vor einem menschlichen Zeugen.³ Die Beichte bedarf der Unverbrüchlichkeit des Beichtgeheimnisses, um ihren Sinn, der Vergebung von Sünden durch Gott,

¹ Literatur: *Klaus Bernsmann / Katharina Rausch*, „Notfallseelsorge“ – Zum Schweige- und Zeugnisverweigerungs„recht“ des „Geistlichen“ und seiner „Gehilfen“ (§§ 133 Abs. 2, 53, 53a StPO), in: *KuR* 2004, S. 153 ff.; *Gregor Etzelmüller*, Wie lassen sich der Begriff und die Praxis „Seelsorge“ rechtlich fassen?, in: *KuR* 2011, S. 248 ff.; *Walter Fischedick*, Die Zeugnisverweigerungsrechte von Geistlichen und kirchlichen Mitarbeitern, 2006; *ders.*, Das Beicht- und Seelsorgegeheimnis: Zur Legitimation und Reichweite der Zeugnisverweigerungsrechte für Geistliche, in: *DÖV* 2008, S. 584 ff.; *Uwe Kai Jacobs*, Verschwiegenheit im evangelischen Kirchenrecht, in: *KuR* 2004, S. 125 ff.; *ders.*, Aussagegenehmigungen – Aspekte zu ihrer Erteilung oder Versagung durch kirchliche Dienststellen, in: *KuR* 2005, S. 33 ff.; *Thomas Meckel*, Das Beichtgeheimnis und das Seelsorgegeheimnis im Spiegel der Grundrechte der Christgläubigen, in: *AfkKR* 181 (2012), S. 444 ff.; *Michael A. Ling*, Zum Geistlichenprivileg im Strafrecht, in: *GA* 2001, S. 325 ff.; *ders.*, Geistlicher gem. § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO – eine Standortbestimmung, in: *KuR* 2008, S. 70 ff.; *Henning Radtke*, Beichtgeheimnis und Zeugnisverweigerung, in: *ZevKR* 48 (2003), S. 385 ff.; *ders.*, Der Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses, in: *ZevKR* 52 (2007), S. 617 ff.; *ders.*, Referat, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, 2014, Band 2/1, L 27; *Klaus Rogall*, Irrtümer und Missverständnisse beim strafprozessualen Recht der Zeugnisverweigerung, in: *Festschrift für Ulrich Eisenberg*, hg. von Henning Ernst Müller / Günther M. Sander / Helena Válková, 2009, S. 583 ff.; *Maïke Schnabel-Rudisile*, Seelsorge in der Evangelischen Kirche und ihre strafrechtlichen Rahmenbedingungen, 2019; *Mathias Schmoeckel*, Grenzen des Beichtgeheimnisses. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von weltlichem und kirchlichem Recht, in: *Rechtslage, Rechtserkenntnis, Rechtsdurchsetzung*, *Festschrift für Eberhard Schilken*, hg. von Caroline Meller-Hannich u. a., 2015, S. 105 ff.; *Ulrich Seelemann*, Der Begriff des Geistlichen im Strafprozeßrecht, in: *ZevKR* 49 (2004), S. 639 ff.; *Markus Frhr. von und zu Thannhausen*, Zeugnisverweigerungsrechte für bestimmte kirchliche Berufsgruppen, in: *KuR* 2000, S. 191 ff.; *Heinrich de Wall*, Der Schutz des Seelsorgegeheimnisses und das Seelsorgegeheimnisgesetz der EKD, in: *ZevKR* 56 (2011), S. 4 ff.; *Jörg Winter*, Beichtgeheimnis und seelsorgerliche Verschwiegenheit. Eine Fallbesprechung, in: *KuR* 2000, S. 79 ff.

² Zum Verhältnis von Beichte und Seelsorge aus evangelischer Sicht sowie zu divergierenden Verständnissen: *Etzelmüller*, Notfallseelsorge (o. Fn. 1), S. 250 f.; *Jacobs*, Verschwiegenheit im evangelischen Kirchenrecht (o. Fn. 1), S. 126; siehe auch *Fischedick*, Zeugnisverweigerungsrechte (o. Fn. 1), S. 16–19 sowie *de Wall*, Schutz des Seelsorgegeheimnisses (o. Fn. 1), S. 15 f.

³ *Radtke*, Beichtgeheimnis und Zeugnisverweigerung (o. Fn. 1), S. 387 m. w. N.

wahren zu können.⁴ Auch auf das seelsorgerliche Gespräch jenseits der Beichte wird sich nur der einlassen können, der die Wahrung der Vertraulichkeit des dort Offenbaren erwarten darf. Dementsprechend haben die christlichen Kirchen das Beicht- und Seelsorgegeheimnis kirchenrechtlichen Regelungen unterworfen. Das evangelische Kirchenrecht gibt – außerhalb von an Pfarrerinnen und Pfarrer adressierten Statuierungen im Recht der Landeskirchen bzw. der Vereinigungen der evangelischen Kirchen (etwa § 41 Abs. 1 Pfarrergesetz VELKD – PFG)⁵ – in § 2 Abs. 4 SeelGG⁶ auf der Ebene der EKD vor, jede Person, die sich in einem Seelsorgegespräch einem Seelsorger anvertraue, müsse darauf vertrauen können, dass ohne ihren Willen die Inhalte des Gesprächs Dritten nicht bekannt werden (§ 2 Abs. 4 S. 1 SeelGG). Das Beichtgeheimnis ist „unverbrüchlich“ zu wahren (§ 2 Abs. 4 S. 2 SeelGG).⁷ Im katholischen Kirchenrecht ist das Beichtgeheimnis als „unverletzlich“ ausgestaltet (can. 983 § 1 CIC).⁸ Die Verstöße derjenigen, die kirchenrechtlich zur Wahrung des Beichtgeheimnisses (und des Seelsorgegeheimnisses) verpflichtet sind, gegen das Gebot zu schweigen, können auf der Grundlage des Kirchenrechts sanktioniert werden. Das katholische Kirchenrecht droht für den Fall der Verletzung des Beichtgeheimnisses die Exkommunikation an (can. 1388 CIC);⁹ das gilt jedenfalls für den „direkten Bruch des Beichtsiegels“.¹⁰

Das staatliche Recht nimmt die Bedeutung des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses auf unterschiedlichen Ebenen auf und gewährleistet dieses (näher unten B. und C.). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehören der Schutz der Beichte und der Schutz von „Gesprächen mit Beichtcharakter“ zum verfassungsrechtlichen Menschenwürdegehalt der Freiheit der Religionsaus-

2

⁴ Näher *Etzel Müller*, „Seelsorge“ (o. Fn. 1), S. 251.

⁵ Vgl. *de Wall*, Schutz des Seelsorgegeheimnisses (o. Fn. 1), S. 6; *Radtke*, Beichtgeheimnis und Zeugnisverweigerung (o. Fn. 1), S. 386; näher auch *Jacobs*, Verschwiegenheit (o. Fn. 1), S. 125 f.

⁶ Kirchengesetz zum Schutz des Seelsorgegeheimnisses vom 28.12.2009 (ABl. EKD S. 352); dazu *de Wall*, Schutz des Seelsorgegeheimnisses (o. Fn. 1), S. 14 ff.; *Schnabel-Rudisile*, Seelsorge (o. Fn. 1), S. 294 ff.

⁷ Siehe auch *Jacobs*, Verschwiegenheit (o. Fn. 1), S. 125.

⁸ *Meckel*, Beichtgeheimnis (o. Fn. 1), S. 452; *Schmoeckel*, in: FS Schilken (o. Fn. 1), S. 112; siehe auch *Fischedick*, Zeugnisverweigerungsrechte (o. Fn. 1), S. 18 f.; *Radtke*, Beichtgeheimnis und Zeugnisverweigerung (o. Fn. 1), S. 387.

⁹ *Schmoeckel*, in: FS Schilken (o. Fn. 1), S. 112.

¹⁰ Näher *Meckel*, Beichtgeheimnis (o. Fn. 1), S. 453 f. m. w. N.

übung gemäß Art. 4 Abs. 1 und 2 GG.¹¹ Zahlreiche Vorschriften des einfachen staatlichen Rechts setzen diese verfassungsrechtliche Garantie sowie die von Seiten des Staates in Konkordaten und Staatskirchenverträgen (unten B.) eingegangene Pflicht zum Schutz des Beichtgeheimnisses sowie zur Wahrung der Vertraulichkeit des seelsorgerlichen Gesprächs um. Praktisch bedeutsam sind in diesem Zusammenhang vor allem die Regelungen über die Gewährung des Zeugnisverweigerungsrechts für Geistliche hinsichtlich solcher Informationen, die ihnen im Rahmen der Ausübung von Seelsorge bekannt geworden sind (z. B. § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO), sowie dieses Recht absichernde Vorschriften; etwa mittels Beschlagnahmefreiheit (§ 97 Abs. 1–3 StPO) oder Beweisverboten bei verdeckten strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen (z. B. § 100d Abs. 5 StPO).

- 3 Der Bestand an Regelungen des staatlichen und kirchlichen Rechts zum Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses darf aber nicht den Blick darauf verstellen, dass dieses dennoch Gefahren ausgesetzt ist. Diese haben unterschiedliche Quellen.¹²
- 4 Die Vertraulichkeit der in der Beichte oder während des seelsorgerlichen Gesprächs erlangten Informationen kann durch den Seelsorger selbst verletzt werden. Eine solche Verletzung kann auf einer freiwilligen Offenbarung aber auch auf der Preisgabe aufgrund (vor allem staatlichen) Zwangs beruhen. Dem Erstgenannten sollen gerade die kirchenrechtlichen Regelungen über die Schweigepflicht und deren (kircheninterne) Sanktionierung des Pflichtverstoßes begegnen. Den Bruch der Vertraulichkeit aufgrund staatlichen Zwangs wollen an sich diejenigen Regelungen des staatlichen Rechts verhindern, die – wie vor allem die Einräumung von Zeugnisverweigerungsrechten und begleitenden Vorschriften sowie Verbote heimlicher Ermittlungsmethoden gegen Seelsorger – die Beichte sowie seelsorgerliche Gespräche vom staatlichen Zugriff freistellen. Wie weit dieser Schutz reicht, hängt von der Ausgestaltung des jeweiligen staatlichen Rechts ab. Beispiele aus dem Ausland zeigen, dass eine umfassende Anerkennung und Gewährleistung des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses selbst in rechtsstaatlich verfassten Staaten nicht durchgängig besteht.¹³

¹¹ BVerfGE 109, 279, 322; sehr krit. (zu Unrecht) dazu *Schmoeckel*, in: FS Schilken (o. Fn. 1), S. 111.

¹² Siehe bereits *Radtke*, Beichtgeheimnis und Zeugnisverweigerung (o. Fn. 1), S. 385.

¹³ Siehe das Beispiel bei *Schmoeckel*, in: FS Schilken (o. Fn. 1), S. 105 mit Fn. 1.

5

Die vorhandenen Regelungen des staatlichen Rechts legen tatsächliche Umstände der Beichte insbesondere aber der Ausübung von Seelsorge zugrunde, die sich in den realen Verhältnissen nicht mehr vollumfänglich widerspiegeln. So räumt etwa § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO das Zeugnisverweigerungsrecht auf personaler Ebene ausschließlich „Geistlichen“ ein, sachlich beschränkt es sich auf Informationen, die ihnen in ihrer Eigenschaft als „Seelsorger“ anvertraut oder bekannt geworden sind. Solange Seelsorge allein geweihten Priestern und ordinierten Pfarrern anvertraut war, bereitete die Bestimmung des personalen Anwendungsbereichs der genannten Vorschrift kaum Schwierigkeiten. Da mittlerweile aber eine Vielzahl von überkommenen Bereichen der Seelsorge – aus unterschiedlichen Gründen – durch Personen wahrgenommen wird, die diese Anforderungen gerade nicht erfüllen (etwa im Bereich der Notfallseelsorge, der Telefonseelsorge etc.),¹⁴ stellt sich die Frage nach der Einbeziehung solcher Personen in den Kreis der Weigerungsberechtigten. Die evangelische Kirche hat mit dem 2009 verabschiedeten Kirchengesetz zum Schutz des Seelsorgegeheimnisses (SeelGG)¹⁵ auf diese veränderten Verhältnisse zu reagieren versucht. Je enger der personale Anwendungsbereich der einschlägigen Vorschriften gezogen wird, desto größer ist die Gefahr der erzwungenen Preisgabe des Ob und des Inhalts seelsorgerlicher Gespräche im Rahmen staatlicher Verfahren. Da die Regelungen im staatlichen Recht über die heimliche Informationsbeschaffung – sei es auf gefahrenabwehrrechtlicher oder strafverfahrensrechtlicher Grundlage – meist an den personalen Anwendungsbereich des Zeugnisverweigerungsrechts anknüpfen (vgl. § 100d Abs. 5 StPO „in den Fällen des § 53[...]“), wirken sich die angesprochenen Gefahren auch auf die Reichweite der Zulässigkeit derartiger staatlicher Maßnahmen aus.

6

Eine dritte Gefahrenquelle liegt unabhängig von dem Vorstehenden in heimlichen Ermittlungsmethoden im staatlichen Recht selbst. Gerade in Zeiten einer zunehmenden Bedrohung von Staat und Gesellschaft durch terroristische, häufig vermeintlich islamistisch motivierte Anschläge ist im staatlichen Recht eine Erweiterung der Befugnisse von Sicherheits- und Strafverfolgungsbehörden zu verdeckter Informationsbeschaffung zu verzeichnen.¹⁶ Das kann damit einherge-

¹⁴ Dazu etwa *Ling*, Geistlichenprivileg (o. Fn. 1), S. 325 ff.; *Seelemann*, Begriff des Geistlichen (o. Fn. 1), S. 639 ff.; näher auch *Fischedick*, Zeugnisverweigerungsrechte (o. Fn. 1), S. 69 ff., 85 ff.

¹⁵ Oben Fn. 6.

¹⁶ Vgl. aber *Elmar Remling*, Der Große Lauschangriff und das Beichtgeheimnis, in: *Im Dienste der Sache. Liber amicorum für Joachim Gaertner*,

hen, auch Informationen zumindest zu erheben, die gegenständlich an sich dem Beicht- und Seelsorgegeheimnis unterfallen.

B. Garantien zugunsten des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses im staatlichen Recht

- 7 Das Beicht- und Seelsorgegeheimnis kann nicht ohne den Staat und die staatliche Rechtsordnung gewährleistet werden. Zu einer solchen Gewährleistung hatte sich das Deutsche Reich gegenüber dem Heiligen Stuhl im Konkordat vom 20. 7. 1933 verpflichtet.¹⁷ Art. 9 des Konkordats regelt wörtlich: „Geistliche können von Gerichtsbehörden und anderen Behörden nicht um Auskünfte über Tatsachen angehalten werden, die ihnen in Ausübung der Seelsorge anvertraut worden sind und deshalb unter die Pflicht der seelsorgerlichen Verschwiegenheit fallen.“ Das Reichskonkordat ist als völkerrechtlicher Vertrag wirksam zustande gekommen und während der Zeit des nationalsozialistischen Regimes sowohl völkerrechtlich als auch innerstaatlich in Kraft geblieben.¹⁸ An die vom Deutschen Reich geschlossenen „Staatsverträge“, zu denen die völkerrechtlichen Verträge wie das Konkordat gehören,¹⁹ ist die Bundesrepublik Deutschland gebunden.²⁰ Art. 9 des Konkordats zielt erkennbar in erster Linie auf die Schaffung bzw. Beibehaltung von Zeugnisverweigerungsrechten zugunsten von Geistlichen in staatlichen Verwaltungs- und Gerichtsverfahrens ab. Da die Gesetzgebungskompetenz für das „gerichtliche Verfahren“ gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG der konkurrierenden Gesetzgebung unterfällt, von der der Bund etwa durch das Straf- und die Zivilprozessordnung Gebrauch gemacht hat, kann von einer völkerrechtlich fundierten Pflicht des Bundes zur grundsätzlichen Gewährleistung des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses jedenfalls unmittelbar gegenüber der katholischen Kirche im Bundesrecht ausgegangen werden. Mit den noch näher zu erläuternden Vorschriften

hg. von Ricarda Dill/Stephan Reimers/Christoph Thiele, 2003, S. 569 (573 ff.).

¹⁷ RGBI. II S. 679; siehe auch Gesetz zur Durchführung des Reichskonkordats vom 12. 9. 1933, RGBI. I S. 625.

¹⁸ BVerfGE 6, 309 (334 f.); *Thomas Giegerich*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz – Kommentar, Losebl. Stand August 2019, Art. 123, Rn. 78.

¹⁹ BVerfGE 6, 309 (341).

²⁰ BVerfGE 6, 309 (338); vgl. auch *Giegerich*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 18), Art. 123, Rn. 78.

über Zeugnisverweigerungsrechte von „Geistlichen“ und ergänzenden Regelungen (nachfolgend C.) kommt der Bund dieser Verpflichtung im Grundsatz nach.²¹

Hinsichtlich der evangelischen Kirche finden sich in zahlreichen Staatskirchenverträgen zwischen den Bundesländern und den Landeskirchen Bestimmungen über den Schutz des Seelsorgegeheimnisses.²² So regelt etwa Art. 21 des Vertrages des Freistaates Thüringen mit den evangelischen Kirchen in Thüringen vom 15.3.1994:²³ „Unberührt bleiben die gesetzlichen Bestimmungen, nach denen Geistliche, ihre Gehilfen und Personen, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen, berechtigt sind, das Zeugnis über dasjenige zu verweigern, was ihnen in ihrer Eigenschaft als Seelsorger anvertraut worden ist. Der Freistaat Thüringen wird für die Aufrechterhaltung dieses Schutzes des Seelsorge- und Berufsgeheimnisses eintreten.“ Angesichts der im vorstehenden Absatz angesprochenen Gesetzgebungskompetenz für das gerichtliche Verfahren beschränkt sich die vertragliche Verpflichtung der Bundesländer einerseits auf die entsprechende Ausgestaltung der Landesgesetze und andererseits auf eine Einflussnahme auf die Bundesgesetzgebung über den Bundesrat. Hinsichtlich der Landesgesetzgebung kann es um das Verwaltungsverfahren sowie vor allem um das Gefahrenabwehrrecht gehen. So schließt etwa § 35 Abs. 2 Thür. Polizeiaufgabengesetz (PAG) die Anordnung einer akustischen Wohnraumüberwachung („großer Lauschangriff“) aus, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass durch die Maßnahme Daten erhoben werden würden, die aus einem Vertrauensverhältnis zu Berufsgeheimnisträgern oder deren Berufshelfern i. S. v. §§ 53, 53a StPO stammen. Zu den Berufsgeheimnisträgern gehören gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO „Geistliche“. Eine laufende Maßnahme der akustischen Wohnraumüberwachung ist gemäß § 35 Abs. 6 Nr. 2 Thür. PAG unverzüglich und so lange zu unterbrechen, wie erkennbar wird, dass Inhalte erfasst werden, die einem Geistlichen oder seinem Berufshelfer in der Eigenschaft als Seelsorger anvertraut werden. Der Blick in

8

²¹ Zur Frage der Erstreckung der gegenüber der katholischen Kirche eingegangenen Verpflichtungen auf die evangelischen Kirchen siehe *Eberhard Schmidt*, Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Teil II, 1957, § 53, Rn. 10; *Winter*, Beichtgeheimnis (o. Fn. 1), S. 80; vgl. auch *Klaus Rogall*, in: Systematischer Kommentar zur StPO (SK-StPO), hg. von Jürgen Wolter, 5. Aufl. 2018, § 53, Rn. 67 Fn. 489.

²² Nähere N. bei *Radtke*, Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses (o. Fn. 1), S. 623 Fn. 31.

²³ GVBl. S. 509.

das thüringische Landesrecht zeigt exemplarisch, wie die Bundesländer in Staatskirchenverträgen gegenüber den evangelischen Kirchen eingegangene Verpflichtungen zum Schutz des Seelsorgegeheimnisses erfüllen können.

C. Instrumente des Schutzes des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses im staatlichen Recht

I. Allgemeines

9 Das staatliche Recht kann den Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses in erster Linie durch die Einräumung besonderer Rechtsstellungen zugunsten derjenigen gewährleisten, die nach dem Glaubensverständnis der christlichen Kirchen und dem kirchlichen Recht zur Verschwiegenheit über im Rahmen von Beichte und Seelsorge erlangte Informationen verpflichtet sind. Diese besondere Rechtsstellung findet vor allem in der Einräumung von Zeugnisverweigerungsrechten und – insbesondere im Strafverfahrensrecht – diese ergänzende Beschlagnahmeverbote sowie Erhebungs- und/oder Verwertungsverboten ihren Ausdruck. Davon verschiedene Beschränkungen der grundsätzlich bestehenden Aussagepflicht kommen zusätzlich in Betracht, etwa aufgrund von § 54 StPO.²⁴ Auch die Freistellung Geistlicher von der durch § 138 StGB für den Fall des Verstoßes strafbewehrten Pflicht zur Anzeige bestimmter Straftaten (§ 139 Abs. 2 StGB)²⁵ gehört in das Instrumentarium des staatlichen Rechts zur Beachtung des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses durch Einräumung einer besonderen Rechtsstellung zugunsten der Träger des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses.

10 Unabhängig von der Ansiedlung entsprechender Vorschriften im materiellen Recht oder im Verfahrensrecht stellen sich für das staatliche Recht grundsätzliche Schwierigkeiten bei der Ausgestaltung entsprechender Normen. Jedwede staatliche Norm, die den Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses betrifft, wird im Wortlaut und dessen inhaltlicher Ausfüllung nicht ohne den Rückgriff auf das Glaubensverständnis der Religionsgemeinschaften auskommen. Die

²⁴ Näher *Fischedick*, Zeugnisverweigerungsrechte (o. Fn. 1), S. 122 ff.

²⁵ Ausführlicher *Ritva Westendorf*, Die Pflicht zur Verhinderung geplanter Straftaten durch Anzeige. Eine kritische Betrachtung der §§ 138, 139 StGB im Kontext der Unterlassungsdelikte, 1999, S. 218–225; *Schnabel-Rudisile*, Seelsorge (o. Fn. 1), S. 158–161.

für das einschlägige nationale Recht zentralen Begriffe des „Geistlichen“ und der „Seelsorge“ (etwa in § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO) knüpfen erkennbar an die Glaubensvorstellungen der christlichen Kirchen an.²⁶ Noch deutlicher wird diese Verknüpfung etwa an § 155 Abs. 1 Nr. 1 österreichische StPO, der ein Vernehmungsverbot in Bezug auf Geistliche über das, was ihnen „in der Beichte“ anvertraut worden ist, statuiert. Was „Beichte“ ist, legt nicht das staatliche Recht fest. Vielmehr entstammen Begriff und Inhalt dem Glaubensverständnis des Christentums. Nicht viel anders verhält es sich bei dem Begriff der „Seelsorge“.²⁷ Nimmt das staatliche Recht solche Begriffe auf, um teils den personalen, teils den sachlichen Anwendungsbereich von Regelungen zum Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses zu umgrenzen, steht der staatliche Rechtsanwender vor der Frage, inwieweit die Auslegung des entsprechenden staatlichen Rechts durch das kirchliche Verständnis der verwendeten Begriffe (mit)bestimmt wird.²⁸ Immerhin enthält das Kirchenrecht Anhaltspunkte dafür, wie die christlichen Kirchen selbst die fraglichen Merkmale der Vorschriften verstehen. „Seelsorge“, ein Zentralbegriff in den hier interessierenden Gesetzen des Staats, definiert § 2 Abs. 1 SeelGG der EKD als die *„aus dem christlichen Glauben motivierte und im Bewusstsein der Gegenwart Gottes vollzogene Zuwendung“*. Angesichts der Prägung der Begriffswahl im staatlichen Recht durch christliche Glaubensvorstellungen wird allerdings die Anwendung einer Vorschrift wie § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO auf „Geistliche“ nicht christlicher Glaubensgemeinschaften zum Problem.²⁹ Was ist „Seelsorge“ etwa innerhalb muslimischer Religionsgemeinschaften?

²⁶ Vgl. bereits *Radtke*, Zeugnisverweigerungsrecht von Geistlichen in der pluralen Gesellschaft, in: Staat und Religion. 9. Fakultätstag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karls-Franzens-Universität Graz, hg. von Joseph Marko / Wolfgang Schleifer, 2014, S. 152 f.

²⁷ Über das Verhältnis zur „Beichte“ sowie zu den Schwierigkeiten der Inhaltsbestimmung von Seelsorge (selbst) aus kirchlicher Sicht *Etzel Müller*, „Seelsorge“ (o. Fn. 1), S. 251 f.

²⁸ *Radtke*, Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses (o. Fn. 1), S. 632 ff. sowie knapp zusammenfassend *ders.*, in: Verhandlungen des 70. DJT (o. Fn. 1), L 32–36.

²⁹ Exemplarisch BGH, in: NStZ 2010, S. 646 ff. bzgl. der Anwendung von § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO auf „Geistliche“ der yesidischen (jesidischen) Glaubensgemeinschaft.

II. Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses durch Zeugnisverweigerungsrechte

1. Überblick

- 11** (1) Das bedeutsamste Instrument zur Gewährleistung des kirchlichen Beicht- und Seelsorgegeheimnisses im staatlichen Recht sind Zeugnisverweigerungsrechte zugunsten derjenigen, die kirchenrechtlich zur Wahrung der Vertraulichkeit der im Rahmen von Beichte und Seelsorge erlangten Informationen verpflichtet sind. Zeugnisverweigerungsrechte gewähren dem Begünstigten Dispens von der Pflicht, als Zeuge vor Gericht wahrheitsgemäße Aussagen über Wahrgenommenes zu machen und von der Pflicht zu beeiden, das Ausgesagte sei wahr gewesen.³⁰ Die vorgenannten Pflichten sind einfachgesetzlich – zum Beispiel in der StPO – nicht ausdrücklich geregelt, sondern vorausgesetzt.³¹ Ein Zeugnisverweigerungsrecht für „Geistliche“ als sog. Berufsgeheimnisträger über das, was ihnen im Rahmen der Ausübung zumindest eines Teils ihrer Tätigkeit (Seelsorge) bekannt geworden ist, sehen alle Verfahrensordnungen im nationalen Recht vor. Berufshelfer der begünstigten Berufsgeheimnisträger sind regelmäßig in den Schutz durch das Weigerungsrecht zugunsten des Berufsgeheimnisträgers eingebunden (vgl. § 53a Abs. 1 S. 1 StPO; § 102 Abs. 2 S. 1 AO). Die Zuständigkeit für die Ausübung des Weigerungsrechts des Berufshelfers liegt allerdings nicht bei ihm, sondern bei dem Berufsgeheimnisträger (vgl. § 53a Abs. 1 S. 2 StPO).
- 12** (2) Im Strafverfahren gewährt § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO „Geistlichen“ ein Zeugnisverweigerungsrecht über das, was ihnen in ihrer Eigenschaft als Seelsorger anvertraut oder bekannt geworden ist; § 53a Abs. 1 S. 1 stellt ihnen ihre „Gehilfen“ und diejenigen gleich, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen (dazu näher nachfolgend 2.).
- 13** Für das Besteuerungsverfahren enthalten § 102 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 AO inhaltsgleiche Regelungen. § 84 Abs. 1 FGO verweist für das finanzgerichtliche Verfahren u. a. auf § 102 AO.
- 14** § 383 Abs. 1 Nr. 4 ZPO berechtigt Geistliche in Ansehung desjenigen, was ihnen in Ausübung der Seelsorge anvertraut worden ist, zur

³⁰ § 64 StPO sieht den sog. Nacheid vor. Der Zeuge beschwört erst im Anschluss an seine Aussage, die Wahrheit bekundet zu haben.

³¹ BVerfGE 49, 280, 284; *Bertram Schmitt*, in: Lutz Meyer-Goßner / Bertram Schmitt, Strafprozessordnung, 62. Aufl. 2019, § 48, Rn. 5 m. w. N.

Zeugnisverweigerung.³² Im Verfahren in Familiensachen sowie in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt § 383 Abs. 1 Nr. 4 ZPO entsprechend (§ 29 Abs. 2 FamFG). Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren gilt die genannte Vorschrift aufgrund der Verweisung in § 98 VwGO; ebenso verhält es sich im sozialgerichtlichen Verfahren durch den Verweis in § 118 Abs. 1 SGG.

Anders als bei sonstigen Berufsgeheimnisträgern, die durch § 53 StPO begünstigt werden, stellt § 203 StGB die Verletzung der Vertraulichkeit durch den von § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO erfassten Geistlichen aber nicht unter Strafe.

Die genannten Vorschriften gewähren dem Begünstigten ein Recht, das Zeugnis zu verweigern. Eine durch das staatliche Recht begründete Pflicht, von diesem Recht Gebrauch zu machen, besteht nicht. Im Strafverfahren kann derjenige, der die Beichte abgelegt bzw. das seelsorgerliche Gespräch gesucht hat, den Geistlichen nicht mit der rechtlichen Wirkung des Wegfalls des Weigerungsrechts von der Schweigepflicht befreien (§ 53 Abs. 2 S. 2 StPO).

2. Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO³³

Der Anwendungsbereich von § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO wird durch eine personale und eine sachliche Komponente geprägt. In personaler Hinsicht steht das Weigerungsrecht ausschließlich „Geistlichen“ zu. In sachlicher Hinsicht bezieht sich das Recht lediglich auf solche Informationen, die dem Geistlichen in seiner „*Eigenschaft als Seelsorger anvertraut oder bekannt geworden sind*“. Bei der Auslegung der Vorschrift bestehende Kontroversen betreffen in erster Linie die personale Komponente. Insoweit wird zum einen unterschiedlich beurteilt, ob lediglich „Geistliche“ staatlich anerkannter Religionsgemeinschaften begünstigt sind (nachfolgend a.) und zum anderen ob, „Geistliche“ ausschließlich solche Personen aus der jeweiligen Religionsgemeinschaft sein können, denen der Status eines solchen

³² Schnabel-Rudisile, Seelsorge (o. Fn. 1), S. 146–150.

³³ Trotz moderat unterschiedlichen Wortlauts werden § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO und § 383 Abs. 1 Nr. 4 ZPO als „gleichlautend“ verstanden (etwa Michael Huber, in: Zivilprozessordnung. Kommentar, hg. von Hans-Joachim Musielak / Wolfgang Voit, 16. Aufl. 2019, § 383, Rn. 5 Fn. 20), so dass die nachfolgenden Ausführungen zum Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess auch für den Zivilprozess und die übrigen auf die dortige Regelung verweisenden Verfahrensordnungen gelten.

verliehen ist, d.h. ob allein Kleriker begünstigt werden oder – unter bestimmten Voraussetzungen – auch Laien erfasst werden. Zugespielt formuliert geht der Streit insoweit darum, ob jegliche im Rahmen von Seelsorge erlangten Informationen geschützt werden oder lediglich solche, die im Rahmen von durch Kleriker ausgeübte Seelsorge offenbart oder sonst bekannt geworden sind (nachfolgend b.).³⁴ Die Kontroverse um das Verständnis der personalen Komponente des § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO dürfte zwei zentrale Gründe haben: unterschiedliche Anforderungen an die für die Gewährung und Ausübung von berufsbedingten Zeugnisverweigerungsrechten erforderlichen Zuverlässigkeit der begünstigten Personen³⁵ sowie unterschiedliche Auffassungen über die Auswirkungen der durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV gewährleisteten Ämterautonomie bei der Auslegung des staatlichen Rechts.

- 18 Im Hinblick auf den sachlichen Anwendungsbereich des strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechts ist jedenfalls im Grundsatz geklärt, dass nicht jegliche Tätigkeit von „Geistlichen“ die Ausübung von Seelsorge ist und daher nicht sämtliche im Rahmen der Berufstätigkeit als Geistlicher erlangten oder bekannt gewordenen Informationen unter das Weigerungsrecht aus § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO fallen (nachfolgend c.).

a) „Geistliche“ und Religionsgemeinschaft

- 19 (1) Eine lange nahezu einhellige Auffassung gesteht (bzw. gestand) das Weigerungsrecht aus § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO lediglich „Geistlichen“ öffentlich-rechtlich verfasster Religionsgesellschaften³⁶ (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV) zu.³⁷ Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass durch die Rückbindung an die Voraussetzungen der Verleihung des Status als öffentlich-rechtliche Körperschaft

³⁴ Vgl. Rogall, in: SK-StPO (o. Fn. 21), § 53, Rn. 72; Schmoeckel, in: FS Schilken (o. Fn. 1), S. 108.

³⁵ Dazu grundlegend BVerfGE 33, 367 (379 ff.); siehe auch BVerfGE 38, 312 (324).

³⁶ Der Begriff „Religionsgemeinschaft(en)“ ist synonym; zutreffend Rogall, in: SK-StPO (o. Fn. 21), § 53, Rn. 71 (m. w. N.).

³⁷ Ling, Geistlichenprivileg (o. Fn. 1), S. 326; Alexander Ignor / Camilla Bertheau, in: Ewald Löwe / Werner Rosenberg (Begr.), Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, hg. von Jörg-Peter Becker u. a., 27. Aufl., Bd. 2, 2018, § 53, Rn. 21; Rogall, in: SK-StPO (o. Fn. 21), § 53, Rn. 71; jeweils m. w. N.; siehe auch BGH, U. v. 5. 5. 1953 – 1 StR 194/53.

aus Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV³⁸ i.V.m. Art. 140 GG dem strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrecht von „Geistlichen“ klare Konturen verliehen und dessen missbräuchlicher Inanspruchnahme begegnet werden könne.³⁹

Letzteres knüpft im Ansatz zutreffend an die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts formulierten Voraussetzungen für die (verfassungsunmittelbare) Gewährung von berufsbedingten Zeugnisverweigerungsrechten an.⁴⁰ Mit den Anforderungen an die Verleihung des Körperschaftsstatus⁴¹ werden aufgrund der inneren Verfassung der Religionsgemeinschaft auch Zuverlässigkeitsbedingungen berufsbedingter Zeugnisverweigerungsrechte einhergehen.⁴² Zudem erhöht die Beschränkung der Begünstigung auf Angehörige der öffentlich-rechtlich verfassten Religionsgemeinschaften die Praktikabilität der Handhabung von § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO. Angesichts des Grades deren rechtlicher Verfasstheit können staatliche Rechtsanwender regelmäßig die Voraussetzungen des Weigerungsrechts mit geringerem Aufwand beurteilen, als bei „Geistlichen“ von Religionsgemeinschaften ohne einen solchen Status.⁴³

(2) Mittlerweile wird jedoch von vielen die Beschränkung der Anwendung auf die öffentlich-rechtlich verfassten Religionsgemeinschaften abgelehnt.⁴⁴ Der Bundesgerichtshof hat die Beschränkung – allerdings in nicht tragenden Erwägungen⁴⁵ – ebenfalls verworfen.⁴⁶ Dem ist zuzustimmen.

³⁸ Zu diesen näher *Michael Germann*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), *Grundgesetz – Kommentar*, 2. Aufl. 2013, Art. 140, Rn. 72 f. m. w. N.

³⁹ *Rogall*, in: SK-StPO (o. Fn. 21), § 53, Rn. 71 m. w. N.

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 33, 367 (379 ff.); siehe auch BVerfGE 38, 312 (324).

⁴¹ Für die altkorporierten Religionsgesellschaften gilt ohnehin Art. 137 Abs. 5 S. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG.

⁴² Vgl. BVerfG, in: NJW 2007, S. 1865 (1866).

⁴³ Insoweit bereits *Radtke*, Beichtgeheimnis und Zeugnisverweigerung (o. Fn. 1), S. 394.

⁴⁴ So bereits früher etwa *Günter Haas*, Zeugnisverweigerungsrecht des Geistlichen, in: NJW 1990, S. 3253 f.; *Karl Peters*, Strafprozeß. Ein Lehrbuch, 4. Aufl. 1985, S. 350; *Radtke*, Beichtgeheimnis und Zeugnisverweigerung (o. Fn. 1), S. 394 f.; *Thomas Weigend*, Empfehlen sich gesetzliche Änderungen, um Zeugen und andere nicht beschuldigte Personen im Strafprozeßrecht besser vor Nachteilen zu bewahren?, Gutachten C, in: Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentages, Bd. 1, 1998, C 90; wohl auch *Schnabel-Rudisile*, Seelsorge (o. Fn. 1), S. 135.

⁴⁵ Es mangelte im zugrundeliegenden Fall an der Ausübung von Seelsorge, in deren Rahmen Informationen durch „Geistliche“ der yesidischen Glau-

22 (3) Aus dem Wortlaut lässt sich die Beschränkung auf öffentlich-rechtlich korporierte Religionsgemeinschaften nicht herleiten.⁴⁷ Die verwendeten Begriffe „Geistlicher“ und „Seelsorge“ sind im Grundsatz sprachlich offen und nicht auf eine bestimmte Glaubensrichtung bezogen.⁴⁸ Auch wenn der historische Gesetzgeber bei der Schaffung der Weigerungsrechte sowohl in der Straf- als auch in der Zivilprozessordnung die Vorstellung gehabt haben mag, lediglich Geistliche der beiden „christlichen Hauptkonfessionen“ einzubeziehen,⁴⁹ findet dies im Gesetzeswortlaut keinen hinreichenden Anhalt. Der Begriffsbestimmung des „Geistlichen“ in § 59 Teil II Titel 11 ALR,⁵⁰ auf die *Rogall*⁵¹ hinweist, kommt für die Auslegung von § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO nach dem Wortlaut selbst bei einer sehr weit verstandenen subjektiv-historischen Auslegungszielbestimmung keine Bedeutung zu. Das gilt erst recht angesichts der, wenn auch in einem anderen Zusammenhang stehenden, Regelungen in § 11 Abs. 1 Nr. 1–3 WPflG, die zwischen Geistlichen verschiedener Religionen differenzieren und für evangelische Geistliche an die Ordination, für katholische an den Empfang der Diakonsweihe sowie für solche anderer Bekenntnisse an die funktionale Äquivalenz des Amtes mit dem den ordinierten bzw. geweihten Geistlichen anknüpfen.⁵²

23 Entscheidend gegen eine Beschränkung von § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO auf Geistliche von öffentlich-rechtlich korporierten Religionsgemeinschaften spricht der Schutzzweck des Weigerungsrechts selbst.⁵³ Die-

bensgemeinschaft erlangt worden waren, BGH, in: NStZ 2010, S. 646 (648 f., Rn. 24 ff.).

⁴⁶ BGH, ebd., S. 647, Rn. 10 ff.; im Ergebnis ebenso *Marcus Percic*, in: Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, hg. von Hans Kudlich, 2014, § 53, Rn. 13; *Markus Bader*, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, hg. von Rolf Hannich, 8. Aufl. 2019, § 53, Rn. 11.

⁴⁷ BGH, in: NStZ 2010, S. 646 (647, Rn. 10).

⁴⁸ Vgl. *Radtke*, Beichtgeheimnis und Zeugnisverweigerung (o. Fn. 1), S. 393; *ders.*, in: Verhandlungen des 70. DJT (o. Fn. 1), L 30 f. m. w. N.; anders *Bernsmann / Rausch*, Notfallseelsorge (o. Fn. 1), S. 155: „nur Angehörige des Klerus einer christlichen Kirche“.

⁴⁹ *Richard Eduard John*, Strafprozessordnung für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1884, S. 559 f.; siehe auch *Rogall*, in: FS Eisenberg (o. Fn. 1), S. 593.

⁵⁰ „Diejenigen, welche bei einer christlichen Kirchengesellschaft zum Unterricht in der Religion, zur Besorgung des Gottesdienstes und zur Verwaltung der Sakramente bestellt sind, werden Geistliche genannt.“

⁵¹ *Rogall*, in: FS Eisenberg (o. Fn. 1), S. 593.

⁵² Vgl. auch BGH, in: NStZ 2010, S. 646 (648, Rn. 22); *Radtke*, Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses (o. Fn. 1), S. 636 f.

⁵³ Zutreffend BGH, in: NStZ 2010, S. 646 (647, Rn. 11 ff.); so bereits *Radtke*, Beichtgeheimnis und Zeugnisverweigerung (o. Fn. 1), S. 394 f.; ausführli-

ser wird allerdings kontrovers beurteilt. Einige stellen eher auf den Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Geistlichen und demjenigen, der sich ihm anvertraut ab.⁵⁴ Andere halten (zumindest ergänzend) für maßgeblich, den Geistlichen als Zeugen vor dem Gewissenskonflikt zu bewahren, der sich aus seiner im Glauben wurzelnden Verschwiegenheitspflicht einerseits und der durch das staatliche Recht an sich begründeten Zeugnispflicht andererseits ergibt.⁵⁵ Im hier betrachteten Zusammenhang kommt es auf die referierten Unterschiede aber nicht an. So oder so besteht zwischen dem Schutzzweck bzw. den Schutzzwecken und der rechtlichen Organisationsform der Religionsgemeinschaft kein eine Differenzierung bezüglich des Weigerungsrechts tragender Zusammenhang.⁵⁶ Angesichts dessen steht das Gebot religiös-weltanschaulicher Neutralität des Staates⁵⁷ der Beschränkung auf bestimmte Religionsgemeinschaften entgegen. Denn die für die Verleihung des Status als öffentlich-rechtliche Körperschaft gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV maßgeblichen Voraussetzungen⁵⁸ sind im Hinblick auf die Anforderungen einer zuverlässigen Handhabung des berufsbedingten Zeugnisverweigerungsrechts⁵⁹ jedenfalls keine notwendigen Bedingungen. Allerdings indiziert der Status der öffentlich-rechtlichen Körperschaft die Gewähr eines angemessenen Umgangs mit dem Zeugnisverweigerungsrecht.⁶⁰ Der von *Rogall*⁶¹ zu recht angemahnte Ausschluss des Missbrauchs des Weigerungsrechts durch religiöse Kleinstverbände und Sekten lässt sich auf der Ebene der personalen Anforderungen

cher zum Schutzzweck bzw. den Schutzzwecken *Fischedick*, Zeugnisverweigerungsrechte (o. Fn. 1), S. 33 ff.; *Radtko*, Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses (o. Fn. 1), S. 627 ff.; *Rogall*, in: SK-StPO (o. Fn. 21), § 53, Rn. 5 ff.; jeweils m. w. N.

⁵⁴ Vgl. BVerfGE 109, 279, 332; BGH, in: NSTZ 2010, S. 646 (647, Rn. 12).

⁵⁵ Näher *Radtko*, Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses (o. Fn. 1), S. 626 ff.; vgl. auch *Weigend*, Gutachten (o. Fn. 44), C 81 f.

⁵⁶ *Radtko*, Beichtgeheimnis und Zeugnisverweigerung (o. Fn. 1), S. 394 m. w. N.; *Haas*, Zeugnisverweigerungsrecht (o. Fn. 44), S. 3253; *Peters*, Strafprozeß (o. Fn. 44), S. 350; in der Sache ebenso BGH, in: NSTZ 2010, S. 646 (647, Rn. 11 ff.); anders *Rogall*, in: SK-StPO (o. Fn. 21), § 53, Rn. 71.

⁵⁷ BVerfGE 108, 282 (299 m. w. N.); siehe auch BVerfG, in: NJW 2015, S. 1359 (1364, Rn. 110).

⁵⁸ Grundlegend dazu BVerfGE 102, 370 (384 ff.); siehe auch *Germann*, in: Epping / Hillgruber (o. Fn. 38), Art. 140, Rn. 72 f. m. w. N.

⁵⁹ BVerfGE 33, 367 (383).

⁶⁰ Vgl. BVerfG, in: NJW 2007, S. 1865 (1866, Rn. 12).

⁶¹ *Rogall*, in: SK-StPO (o. Fn. 21), § 53, Rn. 71.

an die Person des „Geistlichen“ und seine Tätigkeit als Seelsorger erreichen.

b) Die Person des „Geistlichen“

- 24** (1) Wird der Anwendungsbereich des § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO nicht auf öffentlich-rechtlich korporierte Religionsgemeinschaften beschränkt, gewinnen die Anforderungen an den personal unter den Begriff „Geistlicher“ zu fassenden Kreis an Bedeutung, um die Handhabung in einer mit dem Gebot der Wahrheitsermittlung im Strafverfahren, das der Schaffung von berufsbedingten Zeugnisverweigerungsrechten (enge) Grenzen setzt,⁶² vereinbaren Weise sicherzustellen. Es stellen sich zumindest folgende Fragen:
- 25** In Bezug auf die öffentlich-rechtlich verfassten Kirchen geht es um die Erfassung von mit Seelsorgeaufgaben betrauten Personen, die nicht Kleriker, also ordinierte bzw. inkardinierte Geistliche, sondern Laien sind.
- 26** In Bezug auf andere Religionsgemeinschaften geht es darum, Kriterien festzulegen, anhand derer die Eigenschaft „Geistlicher“ i. S. v. § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO bestimmt werden kann. Dabei kann sich trotz des Grundsatzes religiöser und weltanschaulicher Neutralität eine Orientierung an den für „Geistliche“ christlicher Kirchen geltenden Maßstäben anbieten (vgl. insoweit § 11 Abs. 1 Nr. 3 WPflG „hauptamtlich tätige Geistliche anderer Bekenntnisse, deren Amt dem eines ordinierten Geistlichen oder eines Geistlichen römisch-katholischen Glaubens, der die Diakonatsweihe empfangen hat, entspricht, [...]“).
- 27** Hinsichtlich beider vorgenannter Aspekte geht es zudem um die möglichen Wirkungen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV) im Rahmen der Auslegung des staatlichen Rechts in Gestalt von § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO.
- 28** (2) Geistliche i. S. v. § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO sind jedenfalls sämtliche Kleriker der öffentlich-rechtlich verfassten Kirchen (allgemeine Auffassung); anders – in schwacher Anknüpfung an § 59 Teil II Titel 11 ALR⁶³ – formuliert: Geistliche sind stets diejenigen, die bei einer als Körperschaft des öffentlichen Rechts verfassten Religions-

⁶² Näher BVerfGE 33, 367 (383).

⁶³ Oben Fn. 50.

gesellschaft zu gottesdienstlichen Verrichtungen bestellt sind.⁶⁴ In den personalen Anwendungsbereich des § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO fielen dann *katholische Priester* und – im Hinblick auf die Diakonatsweihe – auch *Diakone*, auf „evangelischer Seite“ lediglich *ordinierte Pfarrer*, nicht aber *Diakone*, weil bei ihnen der Status des Klerikers fehlt.⁶⁵ Diejenigen, die selbst für die öffentlich-rechtlich verfassten Religionsgemeinschaften an der Beschränkung auf Kleriker festhalten wollen,⁶⁶ berufen sich dafür außer auf die Historie der gesetzlichen Regelungen zum Zeugnisverweigerungsrecht von Geistlichen darauf, dass das Gesetz mit „Geistliche“ einen *Statusbegriff* verwende.⁶⁷ Das stehe einer funktionsbezogenen Auslegung, die allein eine Erstreckung auf Laien ermöglichen würde, entgegen.

(3) Der Bundesgerichtshof hat gerade eine solche *funktionsbezogene Auslegung* des § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO vorgenommen.⁶⁸ In Bezug auf einen nicht zum Priester geweihten katholischen Gemeindefereenten, der hauptamtlich mit der Seelsorge in einer Justizvollzugsanstalt betraut war, ist für die Inhaltsausfüllung des Begriffs „Geistlicher“ i. S. v. § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO die fehlende Weihe als unerheblich bewertet worden.⁶⁹ Maßgeblich sei, ob der fraglichen Person „Aufgaben der Seelsorge zur selbständigen Wahrnehmung übertragen sind“ und zwischen ihr und demjenigen, der sich an den „Geistlichen“ gewandt hat, ein eigenständiges Vertrauensverhältnis begründet worden ist.⁷⁰ Diese Auslegung des Begriffs „Geistlicher“, die in der Literatur überwiegend Zustimmung gefunden hat,⁷¹ aber teils auch auf harsche Kritik gestoßen ist,⁷² war allerdings nicht tragend. Denn der Anstaltsseelsorger hatte die fraglichen Informationen, zu denen er als Zeuge gehört werden sollte, nicht im Rahmen von Seelsorge erlangt.⁷³

29

⁶⁴ Rogall, in: FS Eisenberg (o. Fn. 1), S. 593 m. w. N.; im Ergebnis ebenso Bernsmann / Rausch, Notfallseelsorge (o. Fn. 1), S. 158.

⁶⁵ So Bernsmann / Rausch, ebd., S. 158.

⁶⁶ Rogall, in: FS Eisenberg (o. Fn. 1), S. 593.

⁶⁷ Exemplarisch Rogall, in: FS Eisenberg (o. Fn. 1), S. 592.

⁶⁸ BGHSt 51, 140 (142, Rn. 9); ausführlich dazu Schnabel-Rudisile, Seelsorge (o. Fn. 1), S. 195–199.

⁶⁹ BGHSt 51, 140 (142, Rn. 9).

⁷⁰ BGHSt 51, 140 (142, Rn. 9).

⁷¹ Etwa Heinrich de Wall, Der Schutz des Seelsorgegeheimnisses (nicht nur) im Strafverfahren, NJW 2007, S. 1856 ff.; Bader, in: Karlsruher Kommentar zur StPO (o. Fn. 46), § 53, Rn. 11; Lars Otte, in: Strafprozessordnung. Kommentar, hg. von Henning Radtke / Olaf Hohmann, 2011, § 53, Rn. 12; Percic, in: Münchener Kommentar zur StPO (o. Fn. 46), § 53, Rn. 14 m. w. N.

⁷² Rogall, in: FS Eisenberg (o. Fn. 1), S. 584: „verheerender Eindruck“.

⁷³ BGHSt 51, 140 (142 f., Rn. 11 und 12).

Die vom Bundesgerichtshof vorgenommene Auslegung ist auf die Verfassungsbeschwerde des betroffenen Seelsorgers⁷⁴ hin verfassungsrechtlich unbeanstandet geblieben.⁷⁵

30 Sowohl in der Sache als auch methodisch hat der Bundesgerichtshof damit einen Weg beschritten, der zuvor in der Rechtswissenschaft bereits vorgezeichnet worden war; nämlich den Kreis der begünstigten „Geistlichen“ über die Kleriker hinaus auf solche Personen auszudehnen, denen ohne Ordination oder Inkardination solche seelsorgerlichen Aufgaben übertragen wurden, die den entsprechenden Aufgaben von Klerikern funktional äquivalent sind. Exemplarisch für diese Auslegung von § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO (bzw. den vergleichbaren Vorschriften in den sonstigen Verfahrensordnungen) ist eine von *Ling* entwickelte Begriffsbestimmung: „Geistlicher wäre, wer aufgrund kirchlichen Auftrages hauptamtlich eine seelsorgerliche Tätigkeit ausübt, deren pastorale Verantwortung derjenigen eines katholischen Klerikers oder eines ordinierten evangelischen Amtsträgers gleichkommt.“⁷⁶ Vergleichbare Auslegungsvorschläge zur (begrenzten) Einbeziehung von Laien, denen seelsorgerliche Aufgaben übertragen worden sind, in den personalen Schutzbereich von § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO sind verschiedentlich unterbreitet worden.⁷⁷

31 (4) Im Ergebnis verdient die Ausdehnung von § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO auf nicht Ordinierte oder Geweihte, die Seelsorge wahrnehmen, Zustimmung.⁷⁸ Allerdings bedarf es einer näheren Begründung dafür. Denn für die Auslegung der Vorschrift schlicht auf die funktionale Äquivalenz von seelsorgerlicher Tätigkeit durch Laien mit derjenigen durch Kleriker zuzugreifen, versteht sich vor dem Hintergrund der Historie des Zeugnisverweigerungsrechts Geistlicher nicht von selbst. Vielmehr ist der engeren Auslegung (oben II.) mit dem Abstellen dar-

⁷⁴ Weil er nicht ausgesagt hat, obwohl ihm kein Weigerungsrecht zustand, sind gegen ihn prozessuale Zwangsmittel verhängt worden, gegen deren Anordnung er sich zunächst mit der Beschwerde (§ 304 StPO) und gegen die Entscheidung des BGH als Beschwerdegericht mit der Verfassungsbeschwerde gewendet hatte.

⁷⁵ BVerfG, in: NJW 2007, S. 1865 (1866).

⁷⁶ *Ling*, Geistlichenprivileg (o. Fn. 1), S. 332; ähnlich in der methodischen Herangehensweise *Radtke*, Beichtgeheimnis und Zeugnisverweigerung (o. Fn. 1), S. 395; *ders.*, Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses (o. Fn. 1), S. 644.

⁷⁷ Überblick bei *Radtke*, ebd., S. 641–643 und bei *Rogall*, in: FS Eisenberg (o. Fn. 1), S. 594–597, jeweils m. w. N.

⁷⁸ Siehe bereits *Radtke*, Beichtgeheimnis und Zeugnisverweigerung (o. Fn. 1), S. 395; *ders.*, Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses (o. Fn. 1), S. 644.

auf, den Terminus „Geistliche“ als Statusbegriff zu verstehen, im Ausgangspunkt zu folgen. Nur trägt dies nicht die Folgerungen, die von den Verfechtern des referierten engen Verständnisses daraus gezogen werden. Der Statusbegriff „Geistlicher“ bedarf der Auslegung wie jeder andere Statusbegriff auch. Regelmäßig erfolgt diese durch Zugriff auf rechtliche Regelungen außerhalb des Kontextes, in dem der Statusbegriff verwendet wird. Exemplarisch: Im materiellen Strafrecht wird nach allgemein akzeptiertem Verständnis der in § 266a StGB enthaltene Statusbegriff „Arbeitgeber“ anhand des Zivilrechts und dieses wiederum anhand des Sozialversicherungsrechts ausgelegt.⁷⁹ Anders als im vorstehenden Beispiel enthält das staatliche Recht jedoch außerhalb von § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO keine den Status „Geistliche“ ausfüllende Regelungen. § 11 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WPflG verwenden selbst wiederum lediglich den Begriff „Geistliche“ und bestimmen ihn durch weitere Attribute näher, nämlich die Ordination des Geistlichen evangelischen Bekenntnisses und den Geistlichen römisch-katholischen Bekenntnisses, der die Diakonatsweihe empfangen hat. Die Attribute „Ordination“ und „Empfang der Diakonatsweihe“ verweisen – wie der Begriff „Geistlicher“ selbst – jedoch in die kirchlichen Rechtsverhältnisse.⁸⁰ Was „Ordination“ verlangt und ob eine solche vollzogen worden ist, regelt nicht staatliches, sondern kirchliches Recht. Ähnlich verhält es sich mit dem Statusbegriff „Geistlicher“. Im staatlichen Recht bestehen keine inhaltsausfüllenden Anknüpfungspunkte. Es kann daher nicht ohne weiteres gefolgert werden, § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO meine mit dem Status ausschließlich ordinierte oder inkardinierte Geistliche.

Der Begriff, auch und gerade als Statusbegriff, ist schon mangels eigener Inhaltsausfüllung im staatlichen Recht unter Berücksichtigung des jeweiligen Selbstverständnisses der betroffenen Religionsgemeinschaft zu bestimmen.⁸¹ Dies folgt bereits aus der durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV gewährleisteten Ämterautonomie.⁸² Letztlich wird die damit gebotene Rückbindung an das kirchliche Selbstbestimmungsrecht (hier vor allem in Gestalt der Ämterautonomie) in der Sache auch von der Gegenauffassung (oben II.) zumindest für die öffentlich-rechtlich verfassten christlichen Kir-

32

⁷⁹ Näher *Henning Radtke*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, hg. von Wolfgang Joecks / Klaus Miebach, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 266a, Rn. 12 f. m. w. N.

⁸⁰ *Radtke*, Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses (o. Fn. 1), S. 636.

⁸¹ *Radtke*, ebd., S. 636 ff., *ders.*, in: Verhandlungen des 70. DJT (o. Fn. 1), L. 34 f.

⁸² *Radtke*, ebd.

chen zugrunde gelegt. Denn den Statusbegriff „Geistlicher“ füllt sie inhaltlich durch das Kirchenrecht und durch kirchliche Institutionen vorgenommene Statusakte aus. Nochmals: Was Ordination bedeutet und welches Verfahren dafür maßgeblich ist, bestimmt allein das kirchliche Recht und nicht das staatliche. Dies ist gemeint, wenn an anderen Stellen von der „Definitions-macht“ der Religionsgemeinschaften bezüglich der Voraussetzungen des Zeugnisverweigerungsrechts Geistlicher geschrieben worden ist.⁸³

33 Ungeachtet der Anknüpfung des Status „Geistliche“ i. S. v. § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO an das kirchliche Selbstbestimmungsrecht und die Ämterautonomie unterliegt die daraus resultierende Berücksichtigungspflicht der staatlichen Rechtsanwender bei der Auslegung des staatlichen Rechts Grenzen. Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV) weist als Schranke diejenigen „der für alle geltenden Gesetze“ auf. Zu diesen Schranken gehören die aus dem Grundgesetz selbst resultierenden Anforderungen an die Ausgestaltung von berufsbedingten Zeugnisverweigerungsrechten im Strafprozess.⁸⁴ Diese an den Gesetzgeber adressierten Anforderungen haben auch für die Anwendung von § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO Bedeutung. Die Auslegung dieser Vorschrift kann gerade auch bei Berücksichtigung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, wer von der jeweiligen Religionsgesellschaft als Inhaber des Amtes eines Geistlichen verstanden wird, nicht dazu führen, das Weigerungsrecht in einem Umfang zu gewähren, den der Gesetzgeber nicht ohne Verfassungsverstoß zum Inhalt eines berufsbedingten strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechts machen könnte.⁸⁵

34 (5) Auf der Grundlage des vorstehend Ausgeführten lassen sich „Geistliche“ i. S. v. § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO wie folgt verstehen: *Geistliche sind diejenigen Personen, denen nach der inneren Ordnung der jeweiligen Religionsgesellschaft (kirchliche Ämterautonomie – Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV und Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) die Wahrnehmung von Seelsorge als Amt unter Heraushebung gegenüber den übrigen Religionsangehörigen übertragen ist.*⁸⁶ Eine

⁸³ Radtke, Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses (o. Fn. 1), S. 638 ff.; ders., in: Verhandlungen des 70. DJT (o. Fn. 1), L 33.

⁸⁴ Seeleemann, Begriff des Geistlichen (o. Fn. 1), S. 641 f.; Radtke, Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses (o. Fn. 1), S. 638 ff.; ders., in: Verhandlungen des 70. DJT (o. Fn. 1), L 35.

⁸⁵ Radtke, ebd.

⁸⁶ Radtke, Beichtgeheimnis und Zeugnisverweigerung (o. Fn. 1), S. 395; ders., Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses (o. Fn. 1), S. 644.

solche Begriffsbestimmung sollte einerseits dem Charakter des Statusbegriffs hinreichend Rechnung tragen und andererseits die kirchliche Ämterautonomie in dem verfassungsrechtlich gebotenen Umfang berücksichtigen. Die erforderliche Begrenzung des Zeugnisverweigerungsrechts auf – verkürzt formuliert – zuverlässige Personen wird durch den Verweis auf die innere Ordnung der jeweiligen Religionsgesellschaft und dem Erfordernis der Übertragung als Amt gewährleistet.

Die EKD hat insbesondere mit den §§ 2–5 SeelGG von der ihr durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV eingeräumten „Definitionsmacht“⁸⁷ in einer Weise hinsichtlich der Verleihung des Status „mit Seelsorge Beauftragte“ Gebrauch gemacht, die für die Auslegung des § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO die verfassungsrechtlichen Anforderungen an berufsbedingte Zeugnisverweigerungsrechte⁸⁸ einhält. Für den staatlichen Rechtsanwender lässt sich das Innehaben eines solchen Status durch Laien (vgl. § 3 Abs. 2 SeelGG) in gleicher Weise überprüfen wie derjenige des Klerikers.

35

c) Umfang des Zeugnisverweigerungsrechts

Der Umfang des durch § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO gewährten Zeugnisverweigerungsrechts wird weniger kontrovers beurteilt als der personale Anwendungsbereich. Nach dem Wortlaut bezieht es sich auf solche Informationen, die dem Geistlichen (vorstehend b.) *in seiner Eigenschaft als Seelsorger* anvertraut oder bekannt geworden sind. Da Beichte und Seelsorge nicht auf einen bestimmten Ort (etwa den Beichtstuhl)⁸⁹ beschränkt sind, kommt der Umgrenzung der sachlichen Reichweite des Weigerungsrechts erhebliche Bedeutung zu. Denn Seelsorge kann sich auch in Situationen entwickeln, die ursprünglich nicht auf ihre Inanspruchnahme angelegt waren.⁹⁰ Die funktionale Anknüpfung an die Informationserlangung als Seelsorger ermöglicht, die damit notwendige Begrenzung der gegenständlichen Reichweite des § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO vor allem durch Abgrenzung der Tätigkeiten eines Geistlichen als Seelsorger gegenüber solchen Tätigkeiten,

36

⁸⁷ Zur Bedeutung Radtke, in: Verhandlungen des 70. DJT (o. Fn. 1), L 33.

⁸⁸ BVerfGE 33, 367 (383).

⁸⁹ Vgl. Schmoeckel, in: FS Schilken (o. Fn. 1), S. 109.

⁹⁰ Polemisch, aber mit einem zutreffenden Kern Schmoeckel, ebd., S. 114: „Im protestantischen Bereich kann sich also jedes Gespräch aus einem Small-Talk zu echter Seelsorge entwickeln.“

mit denen er betraut ist oder sein kann, die sich gerade nicht als Seelsorge darstellen (profane Tätigkeiten). Es ist für den sachlichen Anwendungsbereich der Vorschrift damit zwischen der seelsorgerlichen Tätigkeit eines Geistlichen und profaner Tätigkeit zu unterscheiden.

- 37 (1) Die funktionale Anknüpfung in seiner Eigenschaft als Seelsorger schließt solche Informationen aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift aus, die der begünstigte „Geistliche“ lediglich „*bei Gelegenheit der Ausübung von Seelsorge*“ in Erfahrung gebracht hat.⁹¹ Der Bundesgerichtshof hat formuliert, zur Seelsorge und dem zum durch § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO geschützten Bereich gehörten nicht die „Gespräche, Erkenntnisse oder Tätigkeiten des Geistlichen auf dem Gebiet des täglichen Lebens bei Gelegenheit der Ausübung von Seelsorge ohne Bezug zum seelischen Bereich.“⁹² Das Weigerungsrecht kann nicht weiter reichen, als dies für den Schutz des mit der Ausübung von Seelsorge verbundenen Vertrauensverhältnisses zwischen dem Seelsorge Suchenden und dem Seelsorge Gewährenden erforderlich ist. Die Herausnahme der „*bei Gelegenheit der Ausübung von Seelsorge*“ getroffenen Wahrnehmungen aus dem sachlichen Anwendungsbereich des Zeugnisverweigerungsrechts betrifft unter Berücksichtigung des die Gewährung des Schweigerechts tragenden Grundes solche Informationen, die der betreffende Geistliche außerhalb eines seelsorgerlichen Vertrauensverhältnisses aus eigener Wahrnehmung gemacht hat. Maßgeblich für die sachliche Reichweite von § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO ist damit die Inhaltsbestimmung des Begriffs „Seelsorge“ selbst. Der Bundesgerichtshof versteht unter „Seelsorge“ im Sinne des strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechts „die von religiösen Motiven und Zielsetzungen getragene Zuwendung, die der Fürsorge für das seelische Wohl des Beistandsuchenden, der Hilfe im Leben oder Glauben benötigt, dient.“⁹³ Diese Begriffsbestimmung berücksichtigt das kirchliche Selbstbestimmungsrecht hinreichend und stimmt inhaltlich mit der Definition von Seelsorge in § 2 Abs. 1 SeelGG der EKD weitgehend überein.⁹⁴ Zugleich ist die Begriffsbe-

⁹¹ Allgemeine Meinung; siehe nur BGHSt 37, 138 (139); BGHSt 51, 140 (143, Rn. 12); Bader, in: Karlsruher Kommentar zur StPO (o. Fn. 46), § 53, Rn. 12; Percic, in: Münchener Kommentar zur StPO (o. Fn. 46), § 53, Rn. 15 m. w. N.

⁹² BGHSt 51, 140 (143, Rn. 11).

⁹³ BGHSt 51, 140 (143, Rn. 11).

⁹⁴ § 2 Abs. 1 S. 1 und 2 SeelGG: „Seelsorge im Sinne dieses Gesetzes ist aus dem christlichen Glauben motivierte und im Bewusstsein der Gegenwart

stimmung des Bundesgerichtshofs offen genug, um auch auf Seelsorge in nichtchristlichen Religionsgemeinschaften Anwendung finden zu können.

Die Beschränkung von § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO auf in Ausübung seelsorgerlicher Tätigkeit erlangte oder bekanntgewordene Informationen bringt es mit sich, auch innerhalb einer einheitlichen Situation, etwa eines Gesprächs, zwischen seelsorgerlichen und nichtseelsorgerlichen Partien trennen zu können (und zu müssen).⁹⁵ Das ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.⁹⁶

(2) Informationen, von denen ein Geistlicher im Rahmen der Ausführung von *Verwaltungsaufgaben* (auch „*karitative, erzieherische und fürsorgerische Tätigkeit*“) Kenntnis erlangt, werden nach ganz überwiegendem Verständnis nicht von § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO erfasst.⁹⁷ Allerdings besteht die eigentliche Schwierigkeit – unabhängig davon, welche Tätigkeiten wiederum abstrakt-generell⁹⁸ der Seelsorge zugeschlagen werden können (dazu vorstehend Rn. 37 f.) – darin, im Einzelfall zu bestimmen, ob es sich konkret um Wissen handelt, das der „Geistliche“ im Rahmen der Ausübung von Seelsorge erlangt hat oder nicht. Im Grundsatz kommt es auf die Selbsteinschätzung des betroffenen Geistlichen (Gedanke der Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV) an, ob die Informationserlangung im Rahmen der Ausübung von Seelsorge erfolgt ist oder nicht. Insoweit hat die Forderung des Bundesgerichtshofs, bei der Auslegung der sachlichen Reichweite des § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO müsse die „Gewissensentscheidung des Geistlichen berücksichtigt werden“⁹⁹ bzw. diese sei „maßgebend“¹⁰⁰, ihren zutreffenden Kern. Bei fehlender Möglichkeit der

Gottes vollzogene Zuwendung. Sie gilt dem einzelnen Menschen, der Rat, Beistand und Trost in Lebens- und Glaubensfragen in Anspruch nimmt.“

⁹⁵ BGHSt 51, 140 (143, Rn. 12).

⁹⁶ BVerfG, in: NJW 2007, S. 1865 (1866 f. m. w. N.).

⁹⁷ Vgl. BGHSt 37, 138 (140); *Bader*, in: Karlsruher Kommentar zur StPO (o. Fn. 46), § 53, Rn. 12; *Percic*, in: Münchener Kommentar zur StPO (o. Fn. 46), § 53, Rn. 15; *Otte*, in: Radtke/Hohmann, StPO (o. Fn. 71), § 53, Rn. 13; *Stefan Hiebl*, Anmerkung, in: StrafverteidigerForum 1999, S. 86 (87); siehe aber auch *Rogall*, in: SK-StPO (o. Fn. 21), § 53, Rn. 72.

⁹⁸ Zum Streit um die Einbeziehung karitativer Tätigkeit in den Bereich der Seelsorge siehe *Rogall*, in: SK-StPO (o. Fn. 21), § 53, Rn. 72 m. w. N.

⁹⁹ BGHSt 37, 138 (140); pointierter BGH, in: NJW 2007, S. 307 (308) – in Zweifelsfällen sei die Gewissensentscheidung des Geistlichen „maßgebend“.

¹⁰⁰ BGH, in: NJW 2007, S. 307 (308).

Trennung von profaner und seelsorgerlicher Tätigkeit wird das Zeugnisverweigerungsrecht insgesamt zu gewähren sein.¹⁰¹

- 40 (3) Der gegenständliche Bereich des Zeugnisverweigerungsrechts erstreckt sich nicht allein auf die Inhalte des seelsorgerlichen Gesprächs oder der Beichte, sondern umfasst auch den Umstand, dass überhaupt ein seelsorgerliches Gespräch stattgefunden hat.¹⁰² Liegen die personale und die funktionale Komponente des § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO vor, kommt es auf etwaige „örtliche Zuständigkeiten“ des Geistlichen nach der inneren Ordnung seiner Religionsgemeinschaft nicht an.¹⁰³
- 41 (4) Einzelfälle: Bei der Einschaltung eines Geistlichen als Verbindungsmann oder Vermittler durch einen Straftäter während der Begehung der Straftat (etwa einer Geiselnahme) handelt es sich nicht um Seelsorge, wenn der fragliche Straftäter intendiert, die Tat fortsetzen zu können und/oder sich den Strafverfolgungsbehörden entziehen zu können.¹⁰⁴ Diese Einschränkung wird nicht nur dem Telos des Zeugnisverweigerungsrechts gerecht, sondern entspricht auch der von dem Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen des großen Lauschangriffs entwickelten Auffassung, dass Gespräche, die Angaben über begangene Straftaten enthalten, niemals zum unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung gehören¹⁰⁵ und insoweit auch nicht schutzwürdig sind.

3. Zeugnisverweigerungsrecht der Berufshelfer (§ 53a StPO / § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO)

- 42 Um die Umgehung berufsbedingter Zeugnisverweigerungsrechte durch den Zugriff auf Hilfspersonen des weigerungsberechtigten

¹⁰¹ Bader, in: Karlsruher Kommentar zur StPO (o. Fn. 46), § 53, Rn. 12; Ignor / Bertheau, in: Löwe / Rosenberg, StPO (o. Fn. 37), § 53, Rn. 25; Rogall, in: SK-StPO (o. Fn. 21), § 53, Rn. 72.

¹⁰² Bader, in: Karlsruher Kommentar zur StPO (o. Fn. 46), § 53, Rn. 12; Rogall, in: SK-StPO (o. Fn. 21), § 53, Rn. 71.

¹⁰³ BayObLGSt 10, 241 (243); Ignor / Bertheau, in: Löwe / Rosenberg, StPO (o. Fn. 37), § 53, Rn. 19; Rogall, in: SK-StPO (o. Fn. 21), § 53, Rn. 73.

¹⁰⁴ Bader, in: Karlsruher Kommentar zur StPO (o. Fn. 46), § 53, Rn. 12; Schmitt, in: Meyer-Goßner / Schmitt, StPO (o. Fn. 31), § 53, Rn. 12; Ignor / Bertheau, in: Löwe / Rosenberg, StPO (o. Fn. 37), § 53, Rn. 24.

¹⁰⁵ BVerfGE 109, 279 (319).

Berufsgeheimnisträgers zu vermeiden, existieren Weigerungsrechte auch zugunsten der Berufshelfer (und zur Ausbildung Anvertrauten) des Geheimnisträgers.¹⁰⁶ Diesen steht zwar ein eigenes Zeugnisverweigerungsrecht zu, das jedoch aus dem des Berufsgeheimnisträgers abgeleitet ist und im Strafverfahren durch diesen vorrangig ausgeübt werden muss (§ 53a Abs. 1 S. 2 StPO).¹⁰⁷ Weder in § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO noch in § 386 Abs. 1 Nr. 6 ZPO wird der durch die jeweilige Vorschrift begünstigte Personenkreis der Berufshelfer im Einzelnen bestimmt.¹⁰⁸ Unabhängig von Unklarheiten über die Auslegung im Einzelnen besteht im Grundsatz Einigkeit darüber, dass das Weigerungsrecht der Berufshelfer sich (1.) lediglich auf die Unterstützung des primär begünstigten Berufsgeheimnisträgers bei solchen Tätigkeiten beziehen kann, deren Ausübung sein Weigerungsrecht begründet – bezogen auf den Geistliche also nur solche im Rahmen der Ausübung von Seelsorge – und (2.) nur solche Informationen erfasst, die der Berufshelfer im Rahmen der Unterstützung des Berufsgeheimnisträgers und nicht lediglich bei Gelegenheit dieser Unterstützungstätigkeit erfahren hat. Nicht maßgeblich für das Weigerungsrecht des Berufshelfers ist, ob die Unterstützung des Berufsgeheimnisträgers dauerhaft und nur gelegentlich erbracht wird.¹⁰⁹

Von den in der Auslegung des § 53a Abs. 1 StPO kontrovers beurteilten Fragen kommt vor allem der nach der Notwendigkeit einer Weisungsabhängigkeit des Berufshelfers von dem Berufsgeheimnisträger¹¹⁰ für die (möglichen) Berufshelfer von Geistlichen Bedeutung zu.¹¹¹ Wird ein solches Element nicht für erforderlich gehalten, fällt es leichter, mit der bereichsspezifischen Wahrnehmung von Seelsorge (etwa Telefonseelsorge, ggf. auch Notfallseelsorge und Anstaltsseelsorge) Beauftragte als Berufshelfer i. S. v. § 53a Abs. 1 Nr. 1 StPO zu verstehen und ihnen so zumindest ein abgeleitetes Weigerungsrecht

43

¹⁰⁶ Zum Normzweck siehe nur *Otte*, in: Radtke/Hohmann, StPO (o. Fn. 71), § 53a, Rn. 1; ausführlich *Nicola von Harenne*, Das Zeugnisverweigerungsrecht der Berufshelfer gemäß § 53a StPO, 2002; *Michael Tsambikakis*, Zeugnisverweigerungsrechte aus beruflichen Gründen: Studien zu § 53a StPO, 2011.

¹⁰⁷ *Rogall*, in: SK-StPO (o. Fn. 21), § 53a, Rn. 5.

¹⁰⁸ Vgl. *Tsambikakis*, Zeugnisverweigerungsrechte (o. Fn. 106), S. 20 ff.; *Rogall*, in: SK-StPO (o. Fn. 21), § 53a, Rn. 6.

¹⁰⁹ *Rogall*, ebd., § 53a, Rn. 14.

¹¹⁰ Ausführlich *von Harenne*, Zeugnisverweigerungsrecht (o. Fn. 106), S. 40 ff.; siehe auch *Fischedick*, Zeugnisverweigerungsrechte (o. Fn. 1), S. 117.

¹¹¹ Exemplarisch *Rogall*, in: FS Eisenberg (o. Fn. 1), S. 600 ff.; vgl. auch *Fischedick*, Zeugnisverweigerungsrechte (o. Fn. 1), S. 117.

zuzusprechen. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich unter den dargelegten Voraussetzungen jedoch selbst um Geistliche i. S. v. § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO.

- 44 Als Berufshelfer von Geistlichen kommen in Betracht: Pfarrsekretärinnen¹¹² und Pfarrhelfer, Jugendbetreuer,¹¹³ die Sozialarbeiterin eines Anstaltsseelsorgers.¹¹⁴ Vikare unterfallen als Personen, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen, § 53a Abs. 1 StPO; die Befugnis, gottesdienstliche Handlungen vorzunehmen, steht regelmäßig unter der Aufsicht eines ordinierten Geistlichen¹¹⁵. Die mit der Wahrnehmung von speziellen Seelsorgeaufgaben (Telefonseelsorge, Notfallseelsorge etc.) beauftragten Laien sind Geistliche (vorstehend 2.), nicht lediglich Berufshelfer.¹¹⁶

III. Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses durch sonstige Regelungen des staatlichen Rechts

- 45 Über die Zeugnisverweigerungsrechte hinaus gewährleistet das staatliche Recht durch weitere Regelungen – vor allem im Strafprozessrecht aber auch im Gefahrenabwehrrecht – den Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses. Dabei geht es insbesondere darum, die Gewährleistungen aufgrund der Zeugnisverweigerungsrechte nicht durch sonstige Ermittlungsmaßnahmen (außer der von den Weigerungsrechten erfassten Zeugenvernehmung) umgehen zu können. Diese Vorschriften knüpfen ihren sachlichen Anwendungsbereich regelmäßig an das Bestehen eines berufsbedingten Zeugnisverweigerungsrechts (etwa §§ 97, 100d Abs. 5, § 160a StPO). Exemplarisch sei auf folgende Regelungen hingewiesen:

¹¹² *Fischedick*, ebd., S. 118; *Albert Stein*, Das strafprozessuale Schweigerecht von Seelsorgehelfern, in: *ZevKR* 21 (1976), S. 418 (421).

¹¹³ *Rogall*, in: *SK-StPO* (o. Fn. 21), § 53a, Rn. 14.

¹¹⁴ *Karl Peters*, Seelsorge und Anstaltsvollzug, in: *JR* 1975, S. 402 (404).

¹¹⁵ Siehe etwa § 7d Abs. 2 Kirchengesetz über die Ausbildung der Pfarrer in der Evangelischen Kirche der Union (Pfarrerausbildungsgesetz – PfausbG) i. d. F. d. B. vom 15. 2. 1983 (ABl. EKD S. 82), zuletzt geändert am 10. 12. 1997 (ABl. EKD S. 119), aufgehoben am 9. 6. 2002 (ABl. EKD S. 303).

¹¹⁶ So aber *Rogall*, in: *FS Eisenberg* (o. Fn. 1), S. 600 ff.; wie dieser auch *Bernsmann / Rausch*, Notfallseelsorge (o. Fn. 1), S. 154 ff., 160 f.

1. Beschlagnahmefreiheit (§ 97 StPO)

Um zu verhindern, dass das Vertrauensverhältnis zwischen einem im Strafverfahren Beschuldigten und einem von § 53 StPO erfassten Berufsgeheimnisträger betreffende Informationen zum Gegenstand der Beweiserhebung im Strafverfahren gemacht werden, stellt § 97 Abs. 1 und 2 StPO bestimmte, ansonsten als Beweismittel der Beschlagnahme unterliegende Gegenstände von einer solchen frei. Voraussetzungen der Beschlagnahmefreiheit sind, dass es um Beweismittel geht, die im Zusammenhang mit dem berufsbedingten Zeugnisverweigerungsrecht stehen (etwa Aufzeichnungen des Berufsgeheimnisträgers über Gesprächsinhalte) und die sich im Gewahrsam des Berufsgeheimnisträgers befinden.¹¹⁷

46

2. Ausschluss von Abhörmaßnahmen in Wohnungen
(§ 100d Abs. 5 StPO)

Eine akustische Wohnraumüberwachung auf strafprozessualer Grundlage ist gemäß § 100d Abs. 5 StPO unzulässig, wenn dadurch Gespräche mit einem nach § 53 StPO zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsgeheimnisträger betroffen sind. Die Maßnahme darf dann bereits nicht angeordnet werden. Ergibt sich während einer rechtmäßig angeordneten Wohnraumüberwachung, dass etwa ein seelsorgerliches Gespräch mit einem Geistlichen (§ 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO) mitgehört und aufgezeichnet wird, ist die Maßnahme zu unterbrechen¹¹⁸ und bereits Aufgezeichnetes zu löschen (§ 100d Abs. 5 S. 1 i.V.m. Abs. 2 StPO). Bereits gewonnene Informationen aus einem solchen Gespräch sind unverwertbar (§ 100d Abs. 5 S. 3 i.V.m. § 160a Abs. 1 StPO).

47

¹¹⁷ Näher *Radtke*, Beichtgeheimnis und Zeugnisverweigerung (o. Fn. 1), S. 396.

¹¹⁸ Seelsorgerliche Gespräche mit einem Geistlichen gehören in den Kernbereich privater Lebensgestaltung, vgl. BVerfGE 109, 279 (322).

3. Allgemeiner Schutz vor Ermittlungsmaßnahmen oder Gefahrenabwehrmaßnahmen gegen zeugnisverweigerungsberechtigzte Geistliche (§ 160a StPO / § 20u BKAG)

- 48** Neben den vorgenannten Schutzmechanismen, die unberührt bleiben (§ 160a Abs. 5 StPO), normiert der 2007 eingefügte § 160a StPO¹¹⁹ den Schutz von gemäß § 53 StPO zeugnisverweigerungsberechtigten Personen vor Ermittlungsmaßnahmen im Umfang des ihnen zustehenden Weigerungsrechts.¹²⁰ Die Regelung differenziert zwischen verschiedenen von § 53 StPO begünstigten Berufsgeheimnisträgern. Geistliche sind – wie Angeordnete und Strafverteidiger – absolut in dem vorgenannten Umfang vor Ermittlungsmaßnahmen geschützt, die das Vertrauensverhältnis zu einem Beschuldigten im Strafverfahren betreffen (vgl. § 160a Abs. 1 StPO). Der gesamte Kontakt zwischen einem Geistlichen bei Ausübung seelsorgerlicher Tätigkeit und dem Beschuldigten ist von Ermittlungsmaßnahmen freigestellt. Dennoch erlangte Erkenntnisse unterliegen einem Beweisverwertungsverbot; auf eine Abwägung mit (berechtigten) staatlichen Strafverfolgungsinteressen kommt es – anders in den Fällen der von § 160a Abs. 2 StPO erfassten Berufsgeheimnisträger – nicht an. Der dadurch bewirkte Schutz endet erst, wenn gegen den begünstigten Geistlichen der konkrete Verdacht der Tatbeteiligung oder der Begehung von Nachtatdelikten besteht (§ 160a Abs. 4 StPO).
- 49** Für den gefahrenabwehrrechtlichen Bereich innerhalb der Zuständigkeit des Bundeskriminalamtes findet sich eine inhaltlich § 160a StPO weitgehend entsprechende Regelung in § 20u Bundeskriminalamtgesetz (BKAG).

4. Aussagegenehmigungen (§ 54 StPO)

- 50** Aussagegenehmigungen i. S. v. § 54 StPO kommen für den Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses praktisch keine Bedeutung zu. Zwar gehören kirchliche Bedienstete der öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften bei Ausübung bestimmter Tätigkeiten re-

¹¹⁹ Ausführlich dazu etwa *Michael Glaser/Bertolt Gideon*, Dissonante Harmonie – Zu einem zukünftigen „System“ strafprozessualer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, in: GA 2007, S. 415 ff.

¹²⁰ Siehe nur *Joachim Kretschmer*, in: Radtke/Hohmann, StPO (o. Fn. 71), § 160a, Rn. 5; ausführlich *Schnabel-Rudisile*, Seelsorge (o. Fn. 1), S. 255–266.

gelmäßig als „andere Personen des öffentlichen Dienstes“ in den Anwendungsbereich von § 54 StPO.¹²¹ Die Aussagegenehmigung durch die zuständigen kirchlichen Stellen betrifft allerdings lediglich Angaben, die der allgemeinen Amtsverschwiegenheit unterfallen; über das Beicht- und Seelsorgegeheimnis betreffende Aussagen entscheidet der Seelsorger allein und in eigener Verantwortung.¹²²

5. Schutz des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses im materiellen Strafrecht (§ 139 Abs. 2 StGB)

§ 139 Abs. 2 StGB stellt „Geistliche“ von der in § 138 StGB statuierten Pflicht zur Anzeige geplanter Straftaten insoweit frei, als es um Informationen geht, die ihm in seiner Eigenschaft als Seelsorger anvertraut worden sind. Der personale und sachliche Anwendungsbereich von § 139 Abs. 2 StGB, dessen Wirkung als tatbestandsausschließend oder rechtfertigend kontrovers beurteilt wird,¹²³ entspricht dem des § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO. Auf die zu dieser Vorschrift erfolgten Ausführungen wird verwiesen (s. o. II. 2., Rn. 17–41).

51

¹²¹ Rogall, in: SK-StPO (o. Fn. 21), § 54, Rn. 26; ausführlich *Fischedick*, Zeugnisverweigerungsrechte (o. Fn. 1), S. 122–132.

¹²² *Jacobs*, Aussagegenehmigungen (o. Fn. 1), S. 33.

¹²³ *Thomas Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 67. Aufl. 2020, § 139, Rn. 4 m. w. N.

§ 77

Rechtsschutz der Religionsgemeinschaften durch staatliche Gerichte

Von Fabian Wittreck

I. Überblick	1–3
II. Vorgaben des höherrangigen Rechts	4–22
1. Staatlicher Rechtsschutz nach Bereichs- oder Abwägungslehre	4–15
2. Rechtsschutzgarantien	16–20
3. Körperschaftsstatus und Selbstbestimmungsrecht	21–22
III. Rechtsschutz durch die ordentliche und die Fachgerichtsbarkeit	23–57
1. Ordentliche Gerichtsbarkeit	24–31
2. Arbeitsgerichtsbarkeit	32–33
3. Sozialgerichtsbarkeit	34
4. Verwaltungsgerichtsbarkeit	35–53
a) Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz für Religionsgesellschaften als Indikator für die religionsverfassungsrechtliche Großwetterlage	35
b) Grundfragen des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes der Religionsgesellschaften	36–39
c) Grundsatzfragen des Religionsverfassungsrechts vor den Verwaltungsgerichten	40–45
d) Einzelne Rechtsgebiete	46–53
5. Finanzgerichtsbarkeit	54–57
IV. Rechtsschutz durch die Verfassungsgerichtsbarkeit	58–75
1. Bundesverfassungsgericht	59–68
2. Landesverfassungsgerichte	69–75
V. Rechtsschutzmodifikationen durch Konkordate und Kirchenverträge	76

VI. Rechtsschutz durch die inter- und supranationale Gerichtsbarkeit	77–84
1. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	78–82
2. Europäischer Gerichtshof	83–84

I. Überblick

- 1 Nach wie vor gilt die Feststellung *Hermann Webers*, daß der Rechtsschutz, um den Religionsgesellschaften oder -gemeinschaften vor staatlichen (und internationalen, unten V.) Gerichten nachsuchen, weit weniger Aufmerksamkeit für sich beanspruchen kann als der „Rechtsschutz in Kirchensachen“¹, also die Möglichkeit der weltlichen Gerichtsbarkeit, Entscheidungen geistlicher (regelmäßig noch: kirchlicher) Stellen auf ihre Vereinbarkeit mit dem staatlichen Recht hin zu überprüfen². Dabei belegen gerade die jüngsten und intensiv diskutierten Fälle, daß beide Fragen nur zwei Seiten einer Medaille

¹ *Hermann Weber*, Rechtsschutz der Kirchen durch staatliche Gerichte (§ 72), in: HSKR², Bd. II, S. 1047 (1047). – Dementsprechend übersichtlich ist die unmittelbar einschlägige Literatur: Vgl. namentlich *Karl-Hermann Kästner*, Staatliche Justizhoheit und religiöse Freiheit, 1991, S. 32 ff.; *Joachim Wenzel*, „Richtet nicht, auf daß ihr nicht gerichtet werdet“ – Zum Richten in Staat und Kirche, in: ZevKR 49 (2004), S. 559 (569 ff.); *Bernd Grzeszick*, Staatlicher Rechtsschutz und kirchliches Selbstbestimmungsrecht, in: AöR 129 (2004), S. 168 (175 ff.); *Michael Germann*, Staatliche Verwaltungsgerichte vor der Aufgabe der Justizgewährung in religionsgemeinschaftlichen Angelegenheiten, in: ZevKR 51 (2006), S. 589 ff.; *Hartmut Maurer*, Der verfassungsgerichtliche Rechtsschutz der Gemeinden, politischen Parteien und Kirchen, in: Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag, hg. von Rainer Grote u. a., 2007, S. 335 (346 ff.) sowie *Stefan Mückl*, Grundlagen des Staatskirchenrechts (§ 159), in: HStR³, Bd. VII, 2009, Rn. 114 ff. – Zu berücksichtigen sind ferner die Anmerkungen zu BGH, U. v. 11.2.2000 – V ZR 271/99, KirchE 38, 60; *Hartmut Maurer*, in: JZ 2000, S. 1113 ff.; *Achim Nolte*, Durchbruch auf dem Weg zu einem gleichwertigen staatlichen Rechtsschutz in „Kirchensachen“?!, in: NJW 2000, S. 1844 f.; *Karl-Hermann Kästner*, Tendenzwende in der Rechtsprechung zum staatlichen Rechtsschutz in Kirchensachen, in: NVwZ 2000, S. 889 ff. sowie *Axel Frhr. von Campenhausen*, Neues zum staatlichen Rechtsschutz im kirchlichen Bereich, in: ZevKR 45 (2000), S. 622 ff.

² Vgl. dazu *Wolfgang Rüfner*, → § 78; sowie aus der jüngeren Literatur nur *Christian Kirchberg*, Staatlicher Rechtsschutz in Kirchensachen, in: NVwZ-Extra 2013, S. 1 ff.; *Lars Bechler*, Staatliche Justizgewährung in religionsgemeinschaftlichen Angelegenheiten, in: Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, hg. von Yvonne Becker / Friederike Lange, Bd. 3, 2014, S. 297 (298 ff.).

sind³, wechselt doch im Gang eines Verfahrens durch die Instanzen mitunter mehrfach die prozessuale Rolle von Angreifer und Verteidiger: Der vielzitierte „Düsseldorfer Chefarztfall“ läßt sich bis hin zu der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts⁴ als eine Konstellation beschreiben, in der ein einzelner Grundrechtsträger vor den staatlichen Gerichten Rechtsschutz gegen den kirchlichen resp. der Kirche zugerechneten Arbeitgeber nimmt (vor dem Arbeitsgericht als Kläger, danach als Rechtsmittelbeklagter). Die anschließende vielbeachtete und in ihren konkreten Auswirkungen auf die weitere Entwicklung noch durchaus offene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22.10.2014 fällt hingegen unmittelbar in den Fokus des vorliegenden Beitrags⁵, stellt sie doch einen Fall des (verfassungsgerichtlichen) Rechtsschutzes der Kirche bzw. des kirchlichen Trägers vor staatlichen Gerichten dar (vgl. unten IV. 1.). Allerdings ist dabei so gleich festzuhalten, daß nach Überwindung der jeweiligen prozessualen Hürden die materielle Entscheidung keinem anderen Prüfprogramm gefolgt wäre, wenn der Chefarzt das Bundesverfassungsgericht angerufen hätte, nachdem er vor dem Bundesarbeitsgericht unterlegen wäre: So oder so schließen sich an die Feststellung des kirchlichen Selbstverständnisses dessen Prüfung anhand näher konkurrierter Kerngehalte der Verfassungsordnung⁶ sowie die Abwägung

³ Unterstrichen von Wenzel, Richten in Staat und Kirche (o. Fn. 1), S. 570 f. sowie Kästner, Justizhoheit (o. Fn. 1), S. 890.

⁴ BAG, in: NZA 2012, S. 443 = KirchE 58, 153; vgl. dazu Martin Plum, Kündigung eines kirchlichen Arbeitnehmers wegen Wiederverheiratung, in: RdA 2012, S. 373 ff. sowie Joachim Trebeck / Astrid Weber, Kündigungsschutz im kirchlichen Arbeitsverhältnis nach der „Chefarztentscheidung“ (Teil 1 und 2), in: Arbeitsrecht Aktuell 2012, S. 29 ff., 83 ff.

⁵ BVerfGE 137, 273. Vgl. dazu aus der überaus reichhaltigen Besprechungsliteratur (instruktive Auflistung unter juris) im ersten Zugriff nur Claus Dieter Classen, Anmerkung zu BVerfG, B. v. 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, in: JZ 2015, S. 199 ff.; Stephan Rixen, Anmerkung zu BVerfG, B. v. 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, ebd., S. 202 ff.; Felix Hammer, Ein Kompendium des Staatskirchenrechts und des kirchlichen Arbeitsrechts von höchster Stelle. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts im Düsseldorfer Chefarzt-Fall vom 22.10.2014, in: KuR 20 (2014), S. 145 ff.; Georg Neureither, Loyalitätsobliegenheiten kirchlicher Arbeitnehmer – neue Variationen eines alten Themas, in: NVwZ 2015, S. 493 ff.

⁶ BVerfGE 137, 273 (316, Rn. 118): „darf der Staat das so umschriebene glaubensdefinierte Selbstverständnis der Kirche nicht nur nicht unberücksichtigt lassen; er hat es vielmehr seinen Wertungen und Entscheidungen zugrunde zu legen, so lange es nicht in Widerspruch zu grundlegenden verfassungsrechtlichen Gewährleistungen steht (vgl. dazu BVerfGE 70, 138 [168], wo auf die Grundprinzipien der Rechtsordnung abgestellt wurde, wie sie im allgemeinen Willkürverbot [Art. 3 Abs. 1 GG] und in den Begriffen der

des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts gem. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG (modifiziert durch Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG) mit den Grundrechten des Arbeitnehmers an, hier namentlich Art. 6 Abs. 1 GG⁷.

- 2 Obgleich sie am Ende auf eine ähnliche modifizierte Abwägungslösung zustreben⁸, markieren möglicherweise an dieser Stelle die drei Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 25.11.2015 einen Neuansatz, weil die (evangelische) Kirche hier nicht in prozessualer Perspektive als *quivis ex populo* agiert hat, der sich lediglich *ratione materiae* auf genuin religionsverfassungsrechtliche Bestimmungen (in Sonderheit das Selbstbestimmungsrecht gem. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG) beruft. Vielmehr gewähren die Urteile staatlichen Rechtsschutz für die Durchsetzung genuin kirchenrechtlicher Erstattungsansprüche, die von einem Kirchengericht festgesetzt worden sind, und betreffen die Religionsgesellschaften damit in jeder Hinsicht in einer Sonderrolle (vgl. unten III. 4. b).
- 3 Ähnliches gilt für Binnenkonflikte innerhalb von Kirchen und Religionsgemeinschaften, die man in Anlehnung an die Diktion des Kommunalrechts als „geistliche Verfassungsstreitigkeiten“ etikettieren könnte. Hier sind für die staatliche Gerichtsbarkeit dilemmatische Großkonflikte nach Art des notorischen Schismas in der bulgarischen orthodoxen Kirche in Deutschland bislang nicht zu verzeichnen⁹. Auch in den Großkirchen wird angesichts schmerzhafter

„guten Sitten“ [§ 138 Abs. 1 BGB] und des *ordre public* [Art. 6 EGBGB] ihren Niederschlag gefunden haben; vgl. ferner BVerfGE 102, 370 [392 ff.].“

⁷ Näher BVerfGE 137, 273 (317 ff., Rn. 120 ff.).

⁸ BVerwG, U. v. 22.11.2015 – 6 C 21.14, in: NVwZ 2016, S. 453, Ls. 4: „Die von den Kirchengerichten zuerkannten und festgesetzten Ansprüche auf Erstattung der Kosten eines kirchengerichtlichen Verfahrens sind von staatlichen Gerichten anzuerkennen, wenn sie nicht auf einer Verletzung der fundamentalen Verfassungsprinzipien des Art. 79 Abs. 3 GG, des Willkürverbots oder elementarer Verfahrensgarantien beruhen.“ – Weitgehend wortlautgleich die beiden weiteren Entscheidungen gleichen Datums: Aktenzeichen 6 C 18.14 und 6 C 20.14. – Siehe dazu die ersten Anmerkungen von *Stefan Muckel*, in: NVwZ 2016, S. 457 f. sowie *Carsten Tegethoff*, Durchsetzung kirchenrechtlicher Ansprüche im Klageverfahren vor staatlichen Gerichten, in: jurisPR-BVerwG 10/2016, Anm. 4.

⁹ Konkret sahen sich hier Behörden und Gerichte vor die Aufgabe gestellt, nach dem Ende der kommunistischen Diktatur zu entscheiden, welche von zwei rivalisierenden kirchlichen Hierarchien Zugriff auf Ressourcen und staatliche Unterstützung haben sollte; näher *Spas T. Raikin*, The Schism in the Bulgarian Orthodox Church, 1992–1997, in: *Bulgaria in Transition*, hg. von John D. Bell, 1998, S. 207 ff. sowie *Janice Brown*, The Schism in the Bulgarian Orthodox Church, in: *Religion, State and Society* 21 (1993), S. 207 ff.;

Schrumpfungs- und Konzentrationsprozesse die Einschaltung des „weltlichen Arms“ zwar ventiliert¹⁰, aber soweit ersichtlich praktisch nicht ins Werk gesetzt¹¹. Hingegen mußten sich die bundesdeutschen Gerichte in neuerer Zeit mit internen Auseinandersetzungen in kleineren Kirchen der östlichen Tradition¹² sowie zuletzt insbesondere innerhalb jüdischer Kultusgemeinden beschäftigen, in denen Spannungen zwischen Orthodoxen und Reformjuden eskalieren¹³.

dies., The Schism in the Bulgarian Orthodox Church, Part 2: Under the Socialist Government, 1993–97, in: Religion, State and Society 28 (2000), S. 263 ff.; *dies.*, The Schism in the Bulgarian Orthodox Church, Part 3: Under The Second Union of Democratic Forces Government, 1997–2001, in: Religion, State and Society 30 (2002), S. 365 ff.; *dies.*, The Bulgarian Orthodox Church: the continuing schism and the religious, social and political environment, in: Religion, State and Society 32 (2004), S. 209 ff.; speziell zur Frage der staatlichen Einwirkung *Ludmil Duridanov*, Ein „postbyzantinisches“ Schisma – Bulgarien 1992 oder: wie viel hat Politik mit Religion zu tun?, in: Religion, Staat und Konfliktkonstellationen im orthodoxen Ost- und Südost-europa, hg. von Vasilios Makrides, 2005, S. 115 (117 f.).

¹⁰ Siehe (mit klar negativem Ergebnis) *Martin Zumbült*, Der Rechtsschutz für Kirchengemeinden bei Umstrukturierungsmaßnahmen vor staatlichen Gerichten?, in: Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. 20 Jahre Studiengang Lizentiat im Kanonischen Recht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Festschrift für Klaus Lüdicke, hg. von Thomas Schüller / Martin Zumbült, 2014, S. 351 ff.

¹¹ Vgl. allerdings VG Hannover, U. v. 8.2.2006 – 6 A 2792/05, KirchE 48, 99: Streit in einem protestantischen Kirchenkreistag (dazu kritisch *Germann*, Justizgewährung in religionsgemeinschaftlichen Angelegenheiten [o. Fn. 1], S. 591); siehe ferner VG Neustadt (Weinstraße), U. v. 24.2.2011 – 4 K 1213/10.NW, KirchE 57, 170: Kein Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten für eine Klage gegen die Fusion zweier Mennonitengemeinden.

¹² Paradigmatisch der Streit um die St. Salvator-Kirche in München: BayVGh, U. v. 25.10.1995 – 7 B 90.3798, in: NVwZ 1996, S. 1120 (1125) = KirchE 33, 376; BVerwG, B. v. 29.5.1996 – 7 B 43.96, KirchE 34, 189; BayVerfGH, E. v. 29.8.1996 – Vf. 77-VI-96, KirchE 34, 325 sowie BVerfGE 99, 100 (126 = KirchE 36, 436; vgl. ferner KirchE 35, 49); siehe dazu *Ludwig Renck*, Religionsfreiheit, Kirchengut und die St. Salvator-Kirche in München, in: NVwZ 1996, S. 1078 ff.; zuvor *Hans Reis*, Die St. Salvator-Kirche in München aus der Sicht des orthodoxen Kirchenrechts sowie des bayerischen und griechischen Staatskirchenrechts, in: ZevKR 30 (1985), S. 186 ff. – Vgl. aus US-amerikanischer Perspektive *Kenneth Greenawalt*, Hands Off! Civil Court Involvement in Conflicts over Religious Property, in: Columbia Law Review 98 (1998), S. 1843 ff.

¹³ Typisch sind einerseits Auseinandersetzungen über die Verteilung von Staatsleistungen an jüdische Gemeinden, so in Sachsen-Anhalt (BVerwG, U. v. 28.2.2002 – 7 C 7.01, BVerwGE 116, 86 = KirchE 40, 140 (vgl. noch KirchE 62, 396); dazu die Urteilsbesprechung von *Hartmut Maurer*, in: JZ 2002, S. 1104 ff. sowie die Folgeentscheidung OVG LSA, U. v. 11.11.2004 – A 2 S 339/98, KirchE 46, 253), in Rheinland-Pfalz (OVG RP, B. v. 10.2.2010 – 2 K 1700/09, KirchE 55, 68) oder in Brandenburg (LVerfG Bbg., E. v. 24.4.

II. Vorgaben des höherrangigen Rechts

1. Staatlicher Rechtsschutz nach Bereichs- oder Abwägungslehre

- 4 Spricht man „staatlichen Rechtsschutz in Kirchensachen“ und „staatlichen Rechtsschutz für Kirchen“ als zwei Seiten einer Medaille an, so wird deutlich, daß in beiden Fällen letztlich die praktische Konkordanz von Religionsfreiheit und Selbstbestimmungsrecht auf der einen (Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG, Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG) und den verschiedenen geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsschutzgarantien auf der anderen Seite in Rede (oder auf dem Spiel?) steht (Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 92 GG). Folgt man mit anderen Worten der überkommenen Bereichslehre einer fein säuberlichen Scheidung zwischen weltlicher und geistlicher Sphäre¹⁴, so entsteht zwangsläufig ein (Frei-)Raum mit einem Bündel von Sachverhalten, in denen der Staat weder Rechtsschutz gegen die Kirchen bzw. Religionsgemeinschaften ge-

2012 – VfGBbg 47/11, in: NVwZ-RR 2012, S. 577 [siehe unten IV. 2.]). – Andererseits sind Streitigkeiten um die Ämtervergabe zu verzeichnen: OVG LSA, B. v. 24.2.1997 – 2 B S 30/96, KirchE 35, 52 (kein Rechtsschutz gegen einen vermeintlichen Gemeindevorstand); OLG Naumburg, U. v. 11.9.1997 – 7 U 1328/97, KirchE 35, 358 (umgekehrtes Ergebnis in gleicher Sache); VG Neustadt (Weinstraße), U. v. 27.7.1998 – 1 K 2037/98, KirchE 36, 324; U. v. 27.7.1998 – 1 K 1617/98, KirchE 36, 321; Nds. OVG, B. v. 20.10.1998 – 13 O 3662/98, KirchE 36, 452; OLG Frankfurt a.M., B. v. 12.5.1999 – 23 Sch 1/98, KirchE 37, 116; BGH, U. v. 11.2.2000 – V ZR 271/99, KirchE 38, 60; OVG RP, B. v. 15.7.2004 – 6 B 10891/04.OVG, in: ZevKR 51 (2006), S. 596; VGH BW, B. v. 13.10.2005 – 4 S 1542/05, KirchE 47, 381 sowie zuletzt VG München, B. v. 10.7.2008 – M 22 E 08.3289, KirchE 52, 22 (unzulässiger Antrag auf Untersagung der Durchführung einer Vorstandswahl, die nach Auffassung des Klägers gegen das jüdische Religionsgesetz verstößt).

¹⁴ Klassisch formuliert im sog. Gemeindeteilungsbeschluß, BVerfGE 18, 385 (387 f.): „Die Frage, ob eine kirchliche Maßnahme dem innerkirchlichen Bereich zuzurechnen ist oder sich auf vom Staat verliehene Befugnisse gründet oder den staatlichen Bereich berührt, entscheidet sich – soweit nicht eine Vereinbarung zwischen Kirche und Staat erfolgt ist – danach, was materiell, der Natur der Sache oder Zweckbeziehung nach als eigene Angelegenheit der Kirche anzusehen ist. Ist die Kirche nur im Bereich ihrer innerkirchlichen Angelegenheiten tätig geworden, dann liegt kein Akt der öffentlichen Gewalt vor, gegen den der Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde gegeben sein könnte. Die von der Verfassung anerkannte Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der kirchlichen Gewalt würde geschmälert werden, wenn der Staat seinen Gerichten das Recht einräumen würde, innerkirchliche Maßnahmen, die im staatlichen Zuständigkeitsbereich keine unmittelbaren Rechtswirkungen entfalten, auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz zu prüfen.“

währen noch ihnen umgekehrt seine Gerichte zur Durchsetzung ihrer genuin religiösen Anliegen und Ansprüche – etwa gegenüber ihren Mitgliedern, Amtsträgern oder Untergliederungen – zur Verfügung stellen darf¹⁵.

Nachdem das Bundesverfassungsgericht in einem vielbeachteten Kammerbeschuß 2009 nochmals die Bereichslehre für das Dienstrecht bekräftigt hatte¹⁶, hat es nun in der Chefarzentscheidung von 2014 zumindest für das kirchliche Arbeitsrecht ein Prüfprogramm formuliert, das in der Sache weitgehend der Abwägungslehre folgt, diese aber eng an das religiöse Selbstverständnis bindet¹⁷:

„Die staatlichen Gerichte haben auf einer ersten Prüfungsstufe zunächst im Rahmen einer Plausibilitätskontrolle auf der Grundlage des glaubensdefinierten Selbstverständnisses der verfassten Kirche zu überprüfen, ob eine Organisation oder Einrichtung an der Verwirklichung des kirchlichen Grundauftrags teilhat, ob eine bestimmte Loyalitätsobliegenheit Aus-

¹⁵ Unterstrichen von Weber, Rechtsschutz (o. Fn. 1), S. 1048 unter Berufung auf Kästner, Justizhoheit (o. Fn. 1), S. 90 (beide m.w.N.). – Aus der Rechtsprechung OVG NRW, B. v. 28. 3. 2002 – 5 E 286/01, KirchE 40, 225 (keine verwaltungsgerichtliche Vollstreckung eines kirchengerichtlichen Kostenfeststellungsbeschlusses im Wege der Rechtshilfe); VG Freiburg i. Br., B. v. 24. 1. 2006 – 2 K 2061/05, KirchE 48, 22 (keine Rechtshilfe bei der Durchsetzung der Entscheidung des Schiedsgerichts einer Religionsgesellschaft) oder VG Hannover, U. v. 8. 3. 2006 – 6 A 2792/05, KirchE 48, 99 (keine Rechtswegeröffnung für Streitigkeiten innerhalb eines kirchlichen Gremiums).

¹⁶ BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), in: NJW 2009, S. 1195 (1196, Rn. 6) = BVerfGK 14, 485 (487) = KirchE 52, 337 (339): „Wenn staatliche Gerichte in der Sache über kirchliche Angelegenheiten zu entscheiden haben, bestimmen sie in diesen Angelegenheiten mit, und zwar selbst dann, wenn sie sich bemühen, der kirchlichen Eigenständigkeit bei der materiellen Entscheidung gerecht zu werden. Die konkrete Betrachtung der konfligierenden Interessen und Rechte im Einzelfall kann erfahrungsgemäß zu einer allmählichen Steigerung der richterlichen Kontrolldichte führen und birgt so die Gefahr, dass die religiöse Legitimation kirchenrechtlicher Normen verkannt und damit gegen den Grundsatz der Neutralität des Staates in religiösen Dingen verstoßen wird.“ – Vgl. aus der Literatur Michael Germann, Die Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde gegen die Kirche: kein Grund zum Nachdenken über die Justizgewährung in kirchlichen Angelegenheiten, in: ZevKR 54 (2009), S. 108 ff. sowie Hermann Weber, Der Rechtsschutz im kirchlichen Amtsrecht: Unrühmliches Ende einer unrühmlichen Geschichte?, in: NJW 2009, S. 1179 ff. (1179, die Entscheidung müsse „enttäuschen“); aus der Rückschau Bechler, Staatliche Justizgewährung (o. Fn. 2), Bd. 3, S. 300 ff. – Die Besetzung der fraglichen Kammer (Richter Broß, Di Fabio und Landau) hat die Fachwelt zum Spott über die „schwarze Kammer des schwarzen Senats“ provoziert und wirft in der Tat die Frage nach der Weisheit der Delegation von Entscheidungskompetenzen an einen in Sachen politischer Farbenlehre dergestalt einseitig besetzten Spruchkörper auf.

¹⁷ BVerfGE 137, 273 (301 f., Rn. 81).

druck eines kirchlichen Glaubenssatzes ist und welches Gewicht dieser Loyalitätsobliegenheit und einem Verstoß hiergegen nach dem kirchlichen Selbstverständnis zukommt [...]. Auf einer zweiten Prüfungsstufe ist sodann unter dem Gesichtspunkt der Schranken des ‚für alle geltenden Gesetzes‘ eine Gesamtabwägung vorzunehmen, in der die – im Lichte des Selbstbestimmungsrechts der Kirchen verstandenen – kirchlichen Belange und die korporative Religionsfreiheit mit den Grundrechten der betroffenen Arbeitnehmer und deren in den allgemeinen arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen enthaltenen Interessen auszugleichen sind. Die widerstreitenden Rechtspositionen sind dabei jeweils in möglichst hohem Maße zu verwirklichen.“

7 Ob das Gericht damit generell auf die von der ganz herrschenden Meinung in der Literatur geforderte Abwägungslösung¹⁸ eingeschwenkt ist und dieses Prüfprogramm über das Arbeitsrecht hinaus auch für Kirchenbeamte und Geistliche anwendet, läßt sich der Entscheidung naturgemäß nicht entnehmen¹⁹. Das Bundesverwaltungsgericht hat diesen Schwenk kurz zuvor in seiner Entscheidung zum Rechtsschutz für Kirchenbeamte und Geistliche vollzogen und dies wie folgt zusammengefaßt²⁰:

8 „Danach können auch Geistliche oder Beamte einer Religionsgesellschaft, die von ihrer Dienstherrenfähigkeit Gebrauch gemacht hat, staatliche Gerichte anrufen, wenn und soweit sie geltend machen, ein Akt ihrer Religionsgesellschaft habe sie in ihren Rechten verletzt [...]. Das verfassungsrechtlich geschützte Selbstbestimmungsrecht der Religionsgesellschaften gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV schließt nicht bereits den

¹⁸ Siehe nur *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 3. Aufl., Bd. III, 2018, Art. 137 WRV, Rn. 75; *Dirk Ehlers*, in: Michael Sachs (Hg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 8. Aufl. 2018, Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 12 (jeweils m.w.N.); zusammenfassend zuletzt *Bechler*, *Staatliche Justizgewährung* (o. Fn. 2), Bd. 3, S. 300, 302 f., 311 ff.

¹⁹ Prognosen in diese Richtung wohl bei *Christian v. Tiling*, *Blick ins Kirchenarbeitsrecht: Kündigung wegen Loyalitätsverpflichtung*, in: *öAT* 2013, S. 227 (228); *ders.*, *Blick ins Kirchenarbeitsrecht: Grundsatzentscheidungen des Jahres 2014*, in: *öAT* 2015, S. 29 (29 f.); zurückhaltender *Martin Plum*, *Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten im Lichte der Rechtsprechung des EGMR*, in: *NZA* 2011, S. 1194 (1200); *Paul Melot de Beauregard / Maximilian Baur*, *Loyalitätspflichten des Arbeitnehmers im kirchlichen Arbeitsverhältnis – eine Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung*, in: *NZA-RR* 2014, S. 625 (628).

²⁰ BVerwGE 149, 139 (143, Rn. 14 m.w.N.). – Vgl. zur Entscheidung *Christian Kirchberg*, *Rechtsschutz Geistlicher vor staatlichen Gerichten*, in: *NJW* 2014, S. 2763 ff.; *Robert Hotstegs*, *Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerwG, Urteil vom 27.02.2014 (2 C 19.12; DVBl 2014, 993) – Zur Überprüfung von Maßnahmen der im Sinne des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV selbstbestimmten Religionsgemeinschaften durch staatliche Gerichte*, in: *DVBl.* 2014, S. 997 ff. sowie *Johannes Kuntze*, *Mehr als Tendenzen beim Rechtsschutz in Kirchensachen*, in: *ZevKR* 60 (2015), S. 195 ff.

Zugang zu den staatlichen Gerichten aus, sondern bestimmt Umfang und Intensität der Prüfung des Aktes der Religionsgesellschaft durch das staatliche Gericht [...]. Das staatliche Gericht ist dabei auf die Prüfung beschränkt, ob der Kläger durch eine Maßnahme seiner Religionsgesellschaft in einer subjektiven Rechtsposition verletzt ist, die ihm das staatliche Recht verleiht. Dies ist der Fall, wenn kirchliches Recht oder dessen fallbezogene Anwendung gegen eine staatliche Rechtsposition verstößt, die auch von der Religionsgesellschaft zu beachten ist. Die staatlichen Gerichte haben bei dieser Prüfung von demjenigen Verständnis des kirchlichen Rechts auszugehen, das die zuständigen kirchlichen Organe, insbesondere die kirchlichen Gerichte, vertreten.“

Was heißt dies im Umkehrschluß für den Rechtsschutz von Religionsgesellschaften vor den staatlichen Gerichten? Hier ist abzuschichten: Sie können (unproblematisch und dem Grunde nach unstrittig²¹) staatliche Gerichte anrufen, wenn sie wie andere natürliche oder juristische Personen in Rechtspositionen tangiert sind (oder dies plausibel behaupten können), die ihnen das staatliche Recht zuordnet – dies kann namentlich den Schutz von Eigentumspositionen oder von vertraglichen Ansprüchen betreffen²². Im Sinne der verschiedenen Rechtsschutzgarantien agieren die Religionsgesellschaften hier als Jedermann; das Selbstbestimmungsrecht bzw. die religionsverfassungsrechtlichen Rechtspositionen *dürfen* regelmäßig keine Rolle spielen²³ (nur scheinbar anders gelagert sind Fälle, in denen – typischerweise gegenüber der öffentlichen Hand – explizit die Religionsfreiheit geltend gemacht wird; der Fall der Sondernutzung einer Straße für religiöse Feiern oder auch nur einen Werbestand²⁴ belegt, daß die Religionsgesellschaft hier lediglich mit anderen Grundrechtsträgern konkurriert, die den öffentlichen Raum für ein „Happening“ [Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG], eine Versammlung [Art. 8 GG] oder eine Werbeveranstaltung [Art. 12 Abs. 1 GG] in Anspruch nehmen wollen).

Verabschiedet man die Bereichslehre, dann muß der Staat jedoch den Religionsgesellschaften auch dann grundsätzlich Rechtsschutz gewähren, wenn sie im Gewährleistungsbereich des Selbstbestimmungsrechts agieren (namentlich bei Streitigkeiten über die Ämtervergabe und die Besetzung von Organen²⁵). Es wäre inkonsequent, wenn staatliche Gerichtsbarkeit hier in arbeits- und beamtenrechtli-

²¹ Nachweise zu einer punktuell vertretenen und eher befremdlichen Generalauffassung bei Weber, Rechtsschutz (o. Fn. 1), S. 1047 f.

²² Vgl. unten IV.

²³ Prägnant VG Halle (Saale), B. v. 19. 4. 2010 – 3 B 39/10, KirchE 55, 235.

²⁴ Vgl. die reichhaltige Rechtsprechung unten in Fn. 109 f.

²⁵ Vgl. näher unten III. 4. b.

chen „Kirchensachen“ dem Grunde nach Rechtsschutz gewährt und diesen lediglich in Ansehung des Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG modifiziert bzw. präziser einschränkt, im spiegelbildlichen Fall aber an der Praxis der Abweisung von Anträgen mangels Zugriffsmöglichkeit der staatlichen Gerichtsbarkeit festhält²⁶. Wendet man konsequent die Abwägungsmaxime an, so steht auch hier die Frage im Raum, ob die Religionsgesellschaft erstens plausibel behaupten kann, daß eine ihr vom staatlichen Recht zugeordnete Position tangiert ist (dies allerdings als Frage der *Begründetheit* des Rechtsschutzantrags oder speziell im Idiom des Verwaltungsprozeßrechts als solche der Klagebefugnis i. S. v. § 42 Abs. 2 VwGO)²⁷. Der Streit in der Jüdischen Gemeinde in Halle (Saale)²⁸ illustriert, daß dies insbesondere dann der Fall sein wird, wenn das selbstbestimmungsrelevante Problem (namentlich die religionsrechtliche Gültigkeit der Bestellung von Amtsträgern resp. Organen) Vorfrage genuin zivilrechtlicher Fragen wie der Verfügungsbefugnis über Gegenstände des Gemeindeeigentums ist²⁹.

11 Selbst ohne dieses offene Umschlagen eines Sachverhalts in eine „weltliche“ Streitigkeit ist mit der neuesten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts³⁰ Rechtsschutz zweitens jedoch auch dann zu gewähren, wenn die Religionsgesellschaft Entscheidungen, die sie kraft ihres verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrechts getroffen hat, eingedenk des staatlichen Rechtsprechungs- und Vollstreckungsmonopols gegen interne Widerstände (einzelne Untergliederungen, Amtsträger oder Mitglieder) nicht – denkbar weit verstanden – „vollziehen“ kann³¹.

12 Nimmt man diese Grundposition zum Rechtsschutz von Religionsgesellschaften vor staatlichen Gerichten ein, so stellen sich sogleich wenigstens zwei Folgefragen. Zum einen ist zu klären, wie die staatlichen Gerichte die Sachverhalte, die dem Gewährleistungsbereich des Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG unterfallen, hinreichend sachverständig beurteilen können, ohne entweder das Selbst-

²⁶ So aber noch OVG LSA, B. v. 24.2.1997 – B 2 S 30/96, KirchE 35, 52; s. u. III. 4. b.

²⁷ Prägnant *Germann*, Justizgewährung in religionsgemeinschaftlichen Angelegenheiten (o. Fn. 1), S. 594.

²⁸ Siehe unten Fn. 67 (OLG Naumburg) und Fn. 114 (OVG LSA).

²⁹ Vgl. BGH, U. v. 11.2.2000 – V ZR 271/99, KirchE 38, 60.

³⁰ Oben Fn. 8.

³¹ So i.E. jetzt auch *Muckel*, Anmerkungen (o. Fn. 8), S. 457 sowie *Tegethoff*, Durchsetzung kirchenrechtlicher Ansprüche (o. Fn. 8), Anm. D.

bestimmungsrecht bzw. die Religionsfreiheit zu verletzen³² oder sich an der staatlichen Neutralität nach Art. 137 Abs. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG zu versündigen³³. Zum anderen sind die verfassungsrechtlichen Maßstäbe zu klären, an denen sich das Selbstbestimmungsrecht bzw. die unter Berufung auf selbiges getroffene Entscheidung messen lassen muß.

Das erste Problem haben die Gerichte, die in jüngerer Zeit Religionsgesellschaften Rechtsschutz in selbstbestimmungsrelevanten Fragen gewährt haben, überwiegend pragmatisch und selbstbestimmungskonform dahingehend gelöst³⁴, daß sie Entscheidungen von Rechtsprechungsorganen der Religionsgesellschaften abgewartet und zugrundegelegt haben, beispielsweise der Gerichte protestantischer Landeskirchen³⁵ oder des Schieds- und Verwaltungsgerichts beim Zentralrat der Juden in Deutschland³⁶. Diese Form der Subdelegation wirft sogleich die Folgefrage nach ihren Grenzen auf; sie fällt in eins mit der generellen Frage nach dem Maßstab bzw. den Posten, mit denen das Selbstbestimmungsrecht in Fragen des Rechtsschutzes für Religionsgesellschaften abgewogen werden kann.

Hier fällt auf, daß u. a. die eingangs angeführte oder in Bezug genommene Rechtsprechung durchaus unterschiedliche Lösungsansätze anbietet; sie stehen alle vor dem Problem, aus dem Gesamtbestand oder besser -ensemble der verfassungsrechtlichen Bindungen deutscher Staatsgewalt in methodisch nachvollziehbarer Weise ein selbstbestimmungsadäquates Minimum zu „keltern“, das etwa zur

³² Vgl. jetzt BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), B. v. 9.5.2016 – 1 BvR 2202/13, Rn. 72: „Die Fachgerichte müssen zwar feststellen, ob eine Glaubensvorschrift existiert, welche als Allgemeinwohlgrund im Sinne des § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB die Erteilung einer Befreiung erfordert. Dies geht jedoch nicht so weit, dass sie befugt wären, das Gewicht religiöser Verhaltensvorgaben ohne Inanspruchnahme sachverständiger Hilfe aus der laienhaften Bewertung bestimmter Umstände oder Indizien entgegen dem eigenen, hier ergänzend durch sachkundige Stellungnahmen abgestützten und begründeten Selbstverständnis der betroffenen Glaubensgemeinschaft selbst zu bestimmen.“

³³ Dazu *Christian Walter*, → § 18.

³⁴ Vgl. BVerwGE 149, 139 (148 f., Rn. 27): „Dennoch gebührt der innerkirchlichen Gerichtsbarkeit der Vorrang vor der subsidiären Anrufung staatlicher Gerichte. Dies gebietet die verfassungsrechtlich geschuldete Rücksichtnahme auf das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgesellschaften (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV).“ Gleichsinnig *Wenzel*, *Richten in Staat und Kirche* (o. Fn. 1), S. 575.

³⁵ So das BVerwG: U. v. 22.11.2015 – 6 C 21.14, in: NVwZ 2016, S. 453, Ls. 4.

³⁶ So das OLG Naumburg: U. v. 11.9.1997 – 7 U 1328/97, KirchE 35, 358.

Überprüfung von Entscheidungen der Spruchkörper von Religionsgesellschaften herangezogen werden kann³⁷.

- 15 Das Bundesverfassungsgericht hält das kirchliche Selbstverständnis bzw. darauf fußende Entscheidungen für maßgeblich, „so lange es nicht in Widerspruch zu grundlegenden verfassungsrechtlichen Gewährleistungen steht“; diese setzt es mit „Grundprinzipien der Rechtsordnung“ gleich und zählt beispielhaft das allgemeine Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG), die „guten Sitten“ (§ 138 Abs. 1 BGB) und den *ordre public* (Art. 6 EGBGB) auf³⁸. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung zum Rechtsschutz von kirchlichen Beamten und Geistlichen deren Dienstrecht dem Kernbereich des Selbstbestimmungsrechts zugeordnet und dementsprechend „die Kontrolle durch die staatlichen Gerichte darauf beschränkt, ob die angegriffene Maßnahme gegen die in Art. 79 Abs. 3 GG umschriebenen fundamentalen Verfassungsprinzipien verstößt“³⁹. In der konkreten Entscheidung lief dies auf eine Prüfung des Sozialstaatsprinzips i. S. v. Art. 20 Abs. 1 GG hinaus, die angesichts der in den protestantischen Kirchen obwaltenden Neigung zur Übernahme staatlichen Dienstrechts zu dem wenig überraschenden Ergebnis führte, daß die Kirche nicht fürsorglicher sein müsse als der Staat selbst⁴⁰. In dem jüngsten Urteil zur Kostenerstattung hat das Gericht ausgeführt, Entscheidungen kirchlicher Gerichte seien „von staatlichen Gerichten anzuerkennen, wenn sie nicht auf einer Verletzung der fundamentalen Verfassungsprinzipien des Art. 79 Abs. 3 GG, des Willkürverbots oder elementarer Verfahrensgarantien beruhen“⁴¹. Bereits diese kurze Auswahl illustriert, daß die Gerichte weniger einen Grenzzaun als einen vergleichsweise breiten Grenzstreifen ziehen; das Schutzniveau reicht von fast Null im Fall des Sozialstaatsgebots bis hin zu einem Punkt N beim notorisch unscharfen und zum Ausdifferenzieren von (weiteren) Unterprinzipien einladenden Rechtsstaatsprinzip⁴². Ein

³⁷ Näher dazu *Fabian Wittreck*, Verfassungsrechtliche (und unionsrechtliche) Rahmenbedingungen privater Justiz, in: Jahrbuch 59. Bitburger Gespräche (2016), hg. von Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik/Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, 2017, S. 31 ff.

³⁸ BVerfGE 137, 273 (316, Rn. 118).

³⁹ BVerwGE 149, 139 (Ls. 3).

⁴⁰ BVerwGE 149, 139 (151 ff., Rn. 39 ff.).

⁴¹ BVerwG, U. v. 22. 11. 2015 – 6 C 21.14, in: NVwZ 2016, S. 453, Ls. 4; vgl. KirchE 66, 264.

⁴² Statt aller *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., Bd. II, 2015, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 41 ff.

Versuch, hier präziser zu konturieren, setzt zunächst eine Sichtung des weiteren verfassungsrechtlichen Umfeldes voraus.

2. Rechtsschutzgarantien

Nach Art. 92 GG ist die Rechtsprechung (ausschließlich) den Richtern anvertraut. Das hier niedergelegte oder zumindest in Bezug genommene staatliche Rechtsprechungsmonopol (häufig nur unscharf von der sog. Justizhoheit abgegrenzt⁴³) präsentiert sich als Ausschnitt des staatlichen Gewaltmonopols und besagt im Kern, daß allein staatliche Gerichte berufen sind, Rechts- und Streitfragen verbindlich einer Entscheidung zuzuführen, die anschließend wohlgemerkt von staatlichen Stellen notfalls mit Zwang vollzogen werden kann. Durch staatlichen Akt kann diese Befugnis in Gestalt von Schiedsgerichten teilprivatisiert werden; diese entscheiden in einem staatlich gesetzten Rahmen und vorbehaltlich einer (eingeschränkten) Kontrolle durch staatliche Gerichte (vgl. näher §§ 1025 ff. ZPO). Im übrigen schließt das Rechtsprechungsmonopol nichtstaatliche „Gerichte“ oder private Streitschlichtung nicht kategorisch aus (und kann dies eingedenk der Handlungs- bzw. Vertragsfreiheit der Gewaltunterworfenen auch nicht)⁴⁴; es entkleidet ihre Erkenntnisse lediglich jeglicher Sanktionswirkung, die über den sozialen Druck der jeweiligen Bezugsgruppe hinausgeht, und stellt eine wiederum staatliche Überprüfung in Aussicht, falls Betroffene plausibel behaupten können, der private „Spruchkörper“ oder Schlichter habe bei seiner Entscheidung staatlicherseits garantierte Rechtspositionen verletzt. Die Gerichte der Kirchen und – soweit vorhanden⁴⁵ – der übrigen Religions-

16

⁴³ Präzise von *Campanhausen*, Rechtsschutz im kirchlichen Bereich (o. Fn. 1), S. 624. – Maßgeblich *Ulrike Seif* [jetzt *Müßig*], Recht und Justizhoheit. Historische Grundlagen des gesetzlichen Richters in Deutschland, England und Frankreich, 2003; vgl. auch *Fabian Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 38 ff.

⁴⁴ *Norbert Achterberg*, in: BK, Art. 92, Stand Zweitbearbeitung 1981/1985, Rn. 185 ff.; *Wolfram Distler*, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, 2000, S. 47 ff., 179 f.; *Martin Burgi*, Privatisierung (§ 75), in: HStR³, Bd. IV, 2006, Rn. 41; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (o. Fn. 18), Bd. III, Art. 92, Rn. 33 ff., 50 f.

⁴⁵ Eine Gesamtdarstellung fehlt; vgl. zu einzelnen Gemeinschaften *Emmanuel V. Towfigh*, Die rechtliche Verfassung von Religionsgemeinschaften, 2006, S. 97 ff.; *Achim Nolte*, Jüdische Gemeinden in Baden und Basel. Eine rechtsvergleichende Studie über ihr Recht und ihre rechtliche Stellung, 2002, S. 199 ff., sowie *Franziska Hötte*, Religiöse Schiedsgerichtsbarkeit, 2013.

gesellschaften sind dem Grunde nach derartige Privatgerichte; zugleich ist einhellig anerkannt, daß ihre Einrichtung und Spruchfähigkeit vom Selbstbestimmungsrecht nach Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV i. V. m. Art. 140 GG erfaßt wird⁴⁶.

- 17 Kehrseite dieses Ausschlusses zwangsbewehrter privater Streit-schlichtung wie erst recht privater Selbsthilfe ist die Pflicht des Staates, den Rechtsunterworfenen einen hinreichend niedrigschwel-ligen Zugang zur dergestalt monopolisierten Gerichtsbarkeit zu ver-schaffen. Damit korrespondiert der schon vor Geltung des Grundge-setzes anerkannte Justizgewähranspruch⁴⁷, der nunmehr in der Ver-fassung gleich mehrfach „angeseilt“ und durch teils überlappende Zusatzgewährleistungen ergänzt wird⁴⁸. In seiner Entscheidung zur Durchsetzung kirchengerichtlich festgestellter Kosten hat das Bun-desverwaltungsgericht das obwaltende Verständnis dieser verschie-denen grundgesetzlichen Justizgewährleistungen prägnant zusam-mengefaßt⁴⁹:

- 18 „Das Grundgesetz gewährleistet umfassend wirkungsvollen Rechtsschutz durch staatliche Gerichte. Soweit es nicht um Rechtsschutz gegen die öf-fentliche Gewalt im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG geht, folgt dies aus den Grundrechten, insbesondere aus Art. 2 Abs. 1 GG, in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip) und Art. 92 GG. Jedermann kann die staatlichen Gerichte mit der Behauptung anrufen, in einer von der staatlichen Rechtsordnung vermittelten Rechtsposition verletzt zu sein. Neben dem Recht auf Zugang zu einem staatlichen Gericht vermittelt die Rechtsschutzgarantie das Recht auf eine grundsätzlich umfassende tat-sächliche und rechtliche Prüfung des Rechtsschutzbegehrens in einem förmlichen Verfahren und auf den Erlass einer gerichtlichen Entscheidung über dieses Begehren, die jedenfalls die Verfahrensbeteiligten bindet (Ju-stizgewährungsanspruch). Auch muss die staatliche Rechtsordnung

⁴⁶ Nochmals BVerwGE 149, 139 (148 f., Rn. 27): „Dies gebietet die verfas-sungsrechtlich geschuldete Rücksichtnahme auf das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgesellschaften (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV). Dieses Recht schließt die Befugnis ein, innerkirchlich einen Rechtsweg mit dem Ziel zu öffnen, in der Religionsgesellschaft aufgetretene Rechtsstreitigkeiten durch eigene Spruchkörper mit qualifizierten Richtern zu entscheiden.“ Aus der Literatur statt aller *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 18), Bd. III, Art. 137 WRV, Rn. 51.

⁴⁷ Siehe nur *Wittreck*, Verwaltung (o. Fn. 43), S. 203 ff.; *Arnd Uhle*, Rechts-staatliche Prozeßgrundrechte und -grundsätze (§ 129), in: HGR, Bd. V, 2013, Rn. 26 ff.; *Frauße Brosius-Gersdorf*, Dritte Gewalt im Wandel, in: VVDStRL 74 (2015), S. 169 (176 f.); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (o. Fn. 42), Bd. II, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 211 f. (alle m. w. N.).

⁴⁸ Bündig zu Art. 19 Abs. 4 GG *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., Bd. I, 2013, Art. 19 IV, Rn. 84 ff.

⁴⁹ BVerwG, U. v. 22. 11. 2015 – 6 C 21.14, in: NVwZ 2016, S. 453, Rn. 12.

sicherstellen, dass Rechtspositionen, die ein staatliches Gericht unanfechtbar zuerkannt hat, durch staatliche Zwangsmaßnahmen durchgesetzt werden können.“

Menschenrechtlich ergänzt wird dieses Ensemble noch durch Art. 6 EMRK mit wiederum verschiedenen Teilgehalten⁵⁰. 19

In Ansehung des Rechtsschutzes von Religionsgesellschaften sind der Justizgewähranspruch und die ihn flankierenden Garantien durchaus ambivalent. Einerseits ist anerkannt, daß die einschlägigen Rechte auf Religionsgesellschaften anwendbar sind und auch dann anwendbar bleiben, wenn sie als Körperschaften des öffentlichen Rechts verfaßt sind⁵¹. Andererseits begegnet bislang die geschilderte Neigung, den Rechtsschutz durch das Selbstbestimmungsrecht nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV bereits dem Grunde nach zu begrenzen⁵². Faßt man mit der hier vertretenen Auffassung die Frage als Problem der *Begründetheit* eines Rechtsschutzantrags auf und verpflichtet das Gericht zur Prüfung, ob sich das kirchliche Handeln im Garantiebereich des Selbstbestimmungsrechts bewegt und wie nahe es dessen Kerngehalt kommt, so kann Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV gerade *für* die Gewährung von Rechtsschutz sprechen, wenn die Religionsgesellschaft anders etwa in Ausübung ihrer Religionsfreiheit getroffene Organisationsentscheidungen nicht mit bürgerlicher Wirkung umsetzen kann⁵³. 20

3. Körperschaftsstatus und Selbstbestimmungsrecht

Der Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV⁵⁴ modifiziert den Rechtsschutz der Religionsgesellschaften vor staatlichen Gerichten grundsätzlich 21

⁵⁰ Statt aller *Christoph Grabenwarter / Katharina Pabel*, Der Grundsatz des fairen Verfahrens, in: EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, hg. von Oliver Dörr / Rainer Grote / Thilo Marauhn, 2. Aufl. 2013, Kap. 14; vgl. unten VI. 1.

⁵¹ Siehe nur *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (o. Fn. 48), Bd. I, Art. 19 IV, Rn. 83.

⁵² Plädoyer in diese Richtung zuletzt bei *Christian Hillgruber*, Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und die Jurisdiktionsgewalt des Staates, in: Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag, hg. von Stefan Muckel, 2003, S. 297 ff.

⁵³ Luzide *Germann*, Justizgewährung in religionsgemeinschaftlichen Angelegenheiten (o. Fn. 1), S. 593.

⁵⁴ Dazu eingehend *Stefan Magen*, → § 27.

nicht⁵⁵. Zunächst ist unstrittig, daß er weder eine generelle Grundrechtsbindung i.S.v. Art. 1 Abs. 3 GG herbeiführt⁵⁶ noch an der Grundrechtsberechtigung der korporierten Religionsgesellschaft etwas ändert⁵⁷. Die Verleihung staatlicher Hoheitsbefugnisse⁵⁸ führt ebenso unstrittig eine solche (bereichsspezifische) Grundrechtsbindung herbei. Auf den Anspruch auf Rechtsschutz durch die staatliche Gerichtsbarkeit wirkt sich eine derartige Übertragung hingegen nur aus, wenn sie der Religionsgesellschaft sowohl die einseitige Gestaltung der Rechtslage als auch deren zwangsbewehrte Durchsetzung einräumt (einem dennoch eingelegten Rechtsschutzantrag würde hier typischerweise das Rechtsschutzbedürfnis fehlen⁵⁹). Die in der Rechtsprechung vereinzelt angenommene Unmöglichkeit, Rechtsakte, die in Ausübung und Ausgestaltung des Körperschaftsstatus erlassen werden, entweder zu prüfen oder faktisch durchzusetzen⁶⁰, erweist sich demgegenüber als fehlerhaft und verkürzt bzw. verkümmert den Körperschaftsstatus als Möglichkeit der öffentlich-rechtlichen Rechtsgestaltung.

- 22 Gleiches gilt zuletzt für das Selbstbestimmungsrecht i.S.v. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV i.V.m. Art. 140 GG⁶¹. Auch dieses kann verkürzt werden, wenn staatliche Gerichte es heranziehen, um Rechtsschutzanträge der Religionsgesellschaften in „eigenen Angelegenheiten“ umstandslos mangels staatlicher Gerichtsbarkeit abzuweisen.

⁵⁵ Wie hier i. E. *German*, Justizgewährung in religionsgemeinschaftlichen Angelegenheiten (o. Fn. 1), S. 592 f.

⁵⁶ *Bernhard Kempen*, Grundrechtsverpflichtete (§ 54), in: HGR, Bd. II, 2006, Rn. 78 ff.; *Horst Dreier*, in: ders. (o. Fn. 48), Bd. I, Art. 1 III, Rn. 74 ff.; *Hans D. Jarass*, in: ders./Bodo Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 1, Rn. 37.

⁵⁷ *Friedrich E. Schnapp*, Zur Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts (§ 52), in: HGR (o. Fn. 56), Bd. II, Rn. 13; *Dreier*, in: ders. (o. Fn. 56), Bd. I, Art. 19 III, Rn. 63; *Hans D. Jarass*, in: ders./Pieroth (o. Fn. 56), Art. 19, Rn. 29.

⁵⁸ Näher dazu *Hermann Weber*, → § 19, Rn. 31.

⁵⁹ Vgl. zur sog. allgemeinen Leistungsklage von Hoheitsträgern *Klaus Ferdinand Gärditz*, in: Verwaltungsgerichtsordnung mit Nebengesetzen. Kommentar, hg. von dems., 2. Aufl. 2018, § 42, Rn. 47.

⁶⁰ So OVG RP, B. v. 15.7.2004 – 6 B 10891/04.OVG, in: ZevKR 51 (2006), S. 596 (597): „[...] ist der Status einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft Mittel zur Entfaltung der Religionsfreiheit; er soll die Eigenständigkeit und die Unabhängigkeit der Religionsgemeinschaft unterstützen, sie aber nicht bei der Ordnung ihrer inneren Angelegenheiten zu einem Handeln in den Formen und mit den Mitteln des öffentlichen Rechts befähigen“. Drastische Kritik von *German*, Justizgewährung in religionsgemeinschaftlichen Angelegenheiten (o. Fn. 1), S. 592: „wozu [...] denn sonst[?]“.

⁶¹ Dazu eingehend *Stefan Koriath*, → § 16.

Denn namentlich im Falle des internen Streits um die Besetzung von Ämtern oder Organen sowie im Bereich des (weit verstandenen) „Vollzugs“ kirchlicher Maßnahmen stellt die Verweigerung von Rechtsschutz die Religionsgesellschaft rechtlos bzw. degeneriert das Versprechen der Selbstbestimmung zu der Befugnis, in der bürgerlichen Außenwelt praktisch folgenlose Entscheidungen fällen zu dürfen. In positiver Perspektive fordert Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV wenigstens zweierlei: Hat die betreffende Religionsgesellschaft ein Gericht, ein Schiedsgericht oder sonst eine Institution eingerichtet, die zu einer nach religiösem Recht verbindlichen Entscheidung berufen ist, so ist dieser zunächst „Gelegenheit zur Selbstregulierung“⁶² zu geben. Zugleich sind staatliche Gerichte gehalten, durch Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes sicherzustellen, daß während dieser internen Klärung keine der betroffenen Parteien mit Wirkung in der bürgerlichen Sphäre „vollendete Tatsachen“ schaffen kann. Hat das religiöse Gericht o. ä. entschieden, ist diese Entscheidung zweitens der (Hauptsache-)Entscheidung des staatlichen Gerichts maßgeblich zugrunde zu legen, sofern es nicht wie dargelegt gegen fundamentale Verfassungsprinzipien verstößt (oben II. 1. a. E.). Diese wiederum wären – und zwar in möglichst kohärenter Weise für alle Erscheinungsformen „privater“ Gerichtsbarkeit von der Handelsschiedsgerichtsbarkeit über die klassischen Kirchengerichte bis hin zu Erscheinungsformen von (religiöser) „Paralleljustiz“ – von Rechtsprechung und Wissenschaft noch zu präzisieren⁶³.

III. Rechtsschutz durch die ordentliche und die Fachgerichtsbarkeit

Expliziert man die zuletzt festgestellte Grundregel anhand der einzelnen Zweige der deutschen Gerichtsbarkeit, so bildet sich rasch

23

⁶² So treffend *Germann*, Justizgewährung in religionsgemeinschaftlichen Angelegenheiten (o. Fn. 1), S. 595.

⁶³ Näher dazu *Fabian Wittreck*, Dritte Gewalt im Wandel, in: VVDStRL 74 (2015), S. 115 (120 ff.); *ders.*, „Scharia-Polizei“ und „Friedensrichter“ – Amtsanmaßung oder Rechtsanmaßung?, in: Das Zusammenwirken von deutschem und europäischem Öffentlichem Recht. Festschrift für Hans D. Jarass zum 70. Geburtstag, hg. von Martin Kment, 2015, S. 265 ff. sowie *ders.*, Religiöse Paralleljustiz im Rechtsstaat, in: Ordnungen religiöser Pluralität. Wirklichkeit – Wahrnehmung – Gestaltung, hg. von Ulrich Willems/Astrid Reuter/Daniel Gerster, 2016, S. 439 ff. Instruktiv jetzt *Marcus Arning*, Grundrechtsbindung kirchlicher Gerichtsbarkeit, 2017.

ein charakteristisches Muster der je unterschiedlichen Inanspruchnahme heraus; zugleich zeigen sich vereinzelt Sonderprobleme.

1. Ordentliche Gerichtsbarkeit

- 24** Die Inanspruchnahme der ordentlichen Gerichte durch Kirchen bzw. Religionsgemeinschaften präsentiert sich als außerordentlich bunt; die Bandbreite reicht von „kleinen“ Fällen wie der Räumungsklage der Kirchengemeinde auf Freigabe des Pastorats⁶⁴ über die Klage einer Abtei auf Herausgabe von 28 abhandengekommenen Büchern⁶⁵ bis hin zu grundsätzlichen Einlassungen wie der Feststellung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main, es sei unzuständig für die Aufhebung oder auch nur Kontrolle von Schiedssprüchen des Schieds- und Verwaltungsgerichts beim Zentralrat der Juden in Deutschland⁶⁶. Einer anderen Linie folgt hingegen der Bundesgerichtshof, der die Entscheidung des Oberlandesgerichts Naumburg aufrechterhalten hat, das in einem internen Streit der jüdischen Gemeinde in Halle letztlich einem Erkenntnis des Schiedsgerichts beim Zentralrat der Juden in Deutschland zur „weltlichen“ Wirksamkeit verholten hatte⁶⁷; der Senat führt aus⁶⁸:
- 25** „Daß dabei möglicherweise innergemeinschaftliche Regelungen oder Entscheidungen von präjudizieller Bedeutung sind für die Beurteilung des streitgegenständlichen Rechtsverhältnisses, steht dem nicht entgegen. Die staatliche Gerichtsbarkeit kann wegen der Justizgewährungspflicht, die hier aus dem zivilrechtlichen Streitgegenstand folgt, einer Entscheidung nicht ausweichen, auch wenn im Rahmen der Begründetheit innergemeinschaftlichen Vorfragen in besonderer Weise Rechnung zu tragen ist.“
- 26** Die Mehrzahl der Fälle kommt weniger grundsätzlich daher: Das gilt für die Geltendmachung eines presserechtlichen Gegendarstellungsanspruchs durch ein bischöfliches Ordinariat⁶⁹, die Regelung von Eigentumsfragen nach der Wiedervereinigung⁷⁰ oder die gerichtliche Prüfung von Grundbuchfragen als Folgeentscheidung zur Ver-

⁶⁴ AG Bad Bramstedt, U. v. 6. 11. 1997 – 5 C 127/97, KirchE 35, 451.

⁶⁵ OLG Celle, U. v. 19. 6. 2003 – 11 U 297/02, KirchE 43, 317.

⁶⁶ OLG Frankfurt a. M., B. v. 12. 5. 1999 – 23 Sch 1/98, KirchE 37, 116.

⁶⁷ OLG Naumburg, U. v. 11. 9. 1997 – 7 U 1328/97, KirchE 35, 358. – Siehe unten III. 4. b. zur Vorentscheidung des OVG LSA.

⁶⁸ BGH, U. v. 11. 2. 2000 – V ZR 271/99, KirchE 38, 60; vgl. dazu die Anmerkungen (o. Fn. 1).

⁶⁹ OLG Karlsruhe, U. v. 19. 6. 1996 – 14 U 242/95, KirchE 34, 207.

⁷⁰ BGH, U. v. 23. 1. 2004 – V ZR 205/03, KirchE 45, 66.

leihung des Körperschaftsstatus⁷¹. Gegenstand zivilgerichtlicher Entscheidungen waren sowohl die Warnung eines Sektenbeauftragten vor der gewerblichen Tätigkeit einer anderen Religionsgemeinschaft⁷² als auch Äußerungen über Scientology⁷³; ferner mußten die Zivilgerichte dieser Organisation Rechtsschutz gegen die Verweigerung eines Postbank-Girokontos gewähren⁷⁴.

Weiterhin kann ein katholisches (Erz-)Bistum vor den ordentlichen Gerichten das Namensrecht gegen nach kirchlicher Sicht schismatische Gruppierungen geltend machen und ihnen die Selbstbezeichnung als „römisch-katholisch“ untersagen lassen⁷⁵; hingegen blieb die Klage eines Bistums gegen den Verlag „pro fide catholica“ ohne Erfolg⁷⁶. Ähnlich gelagert ist der Streit um die Marke „Franziskaner“⁷⁷. Ökonomisch gewendet kann ein als Körperschaft des öffentlichen Rechts konstituiertes Kloster seinem ehemaligen Kooperationspartner die weitere Verwendung des Klosternamens als Kennzeichen untersagen lassen⁷⁸.

Auch der Körperschaftsstatus von Religionsgesellschaften wird vereinzelt vor den ordentlichen Gerichten verteidigt, etwa in Grundbuchsachen⁷⁹ oder in Fragen des Vereinsregisters⁸⁰. Nah verwandt ist die vom Oberlandesgericht Köln verneinte Frage, ob die Zeugen Jehovas kraft der „Anerkennung“ in der DDR parteifähig i. S. v. § 50

27

28

⁷¹ LG Köln, B. v. 7.4.2011 – 11 T 316/08, KirchE 57, 323: Grundbuchberichtigung zugunsten der Zeugen Jehovas (vgl. unten III. 4. c.).

⁷² OLG München, U. v. 8.2.2002 – 21 U 3532/01, KirchE 40, 109.

⁷³ OLG München, U. v. 12.7.1996 – 21 U 4775/95, KirchE 34, 254.

⁷⁴ LG Stuttgart, U. v. 6.9.1996 – 27 O 343/96, KirchE 34, 348.

⁷⁵ BGHZ 124, 173 – *Pius-Bruderschaft*; vgl. dazu *Gerhard Schricker*, BGH, U. v. 24.11.1993 – XII ZR 51/92, in: Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht 1994, S. 113 f.; *Volker Emmerich*, Zum Namensschutz der großen Kirchen („katholisch“), in: JuS 1994, S. 433 f.

⁷⁶ BGH, U. v. 2.12.2004 – I ZR 92/02, KirchE 46, 360; vgl. dazu *Ludwig Renck*, Die Katholische Kirche und ihr Namensrecht, in: NJW 2005, S. 1470 ff.

⁷⁷ OLG Frankfurt a. M., U. v. 20.6.2002 – 6 U 62/01, KirchE 40, 326.

⁷⁸ OLG München, U. v. 15.2.2007 – 29 U 3166/06, KirchE 49, 100: *Kloster Andechs*.

⁷⁹ Siehe LG Heidelberg, B. v. 3.11.2008 – 6 T 56/08a, KirchE 52, 197; OLG Zweibrücken, B. v. 14.12.2011 – 3 W 126/11, KirchE 58, 443.

⁸⁰ Siehe LG Bielefeld, B. v. 11.10.2010 – 23 T 80/09, KirchE 56, 289: Erlöschen eines Vereins der Zeugen Jehovas nach Verleihung des Körperschaftsstatus (vgl. unten III. 4. c.).

Abs. 1 ZPO sind⁸¹. Einer islamischen Stiftung wurde diese Parteifähigkeit ebenfalls verweigert⁸².

29 Die ordentlichen Gerichte beschäftigen ferner vergaberechtliche Streitigkeiten unter kirchlicher Beteiligung⁸³ sowie die Frage der Vertretungsmacht⁸⁴. Der Verkauf liturgischer Waren an eine Pfarrei ist nach der Preisangabeverordnung vom Ausweis der Umsatzsteuer befreit⁸⁵.

30 Als Stein des Anstoßes erweisen sich auch vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit die Vorschriften zur Befreiung von Gebühren⁸⁶. Der Bundesgerichtshof hat die Anwendung landesrechtlicher Gebührenbefreiungsvorschriften auf die vor ihm ausgetragenen Verfahren verneint und rekuriert statt dessen auf § 1 Nr. 3 der Verordnung betreffend die Gebührenfreiheit in dem Verfahren vor dem Reichsgericht vom 24.12.1883 (RGBl. 1884 I S. 1)⁸⁷. Das Gericht hat diese Befreiung inzwischen dem Grunde nach auch auf Moscheegemeinden übertragen⁸⁸.

31 Vereinzelt tauchen Religionsgesellschaften schließlich auch in strafrechtlichen Sachverhalten als Antragsteller vor den ordentlichen Gerichten auf. Allerdings haben diese etwa der Organisation „Universelles Leben“ die Antragsbefugnis für die Einleitung eines Klagerzwingungsverfahrens gem. §§ 172 ff. StPO mit dem Ziel versagt, Kritiker der „Sekte“ wegen Volksverhetzung zu belangen⁸⁹.

⁸¹ OLG Köln, U. v. 16.9.1997 – 15 U 70/97, KirchE 35, 369.

⁸² OLG Köln, U. v. 30.4.1999 – 6 U 62/98, KirchE 37, 98.

⁸³ OLG Celle, B. v. 25.8.2011 – 13 Verg 5/11, KirchE 58, 109.

⁸⁴ Vgl. dazu OLG Hamm, B. v. 29.9.2010 – I-15 W 615/10, KirchE 56, 284: Vertretung einer kath. Kirchengemeinde.

⁸⁵ OLG Karlsruhe, U. v. 27.3.2008 – 4 U 74/07, KirchE 51, 138.

⁸⁶ Vgl. Weber, Rechtsschutz (o. Fn. 1), S. 1060 f.

⁸⁷ BGH, B. v. 19.3.1998 – VII ZR 116/96, in: Monatsschrift für Deutsches Recht 1998, S. 680; BGH, B. v. 25.1.2011 – II ZR 234/06, KirchE 57, 83.

⁸⁸ BGH, B. v. 13.12.2006 – XII ZR 83/04, KirchE 48, 460 (im konkreten Fall mangels Bedürftigkeit verneint). – Vgl. zu Gebührenbefreiungstatbeständen noch OLG Hamm, B. v. 12.11.1998 – 15 W 39/98, KirchE 36, 507; LG Osnabrück, B. v. 24.11.1998 – 2 T 101/98, KirchE 36, 524; OLG Hamm, B. v. 10.4.2001 – 15 W 416/99, KirchE 39, 113.

⁸⁹ OLG Stuttgart, B. v. 23.1.2002 – 1 Ws 9/02, KirchE 40, 48.

2. Arbeitsgerichtsbarkeit

Aus der Perspektive der Großkirchen ist die Arbeitsgerichtsbarkeit primär ein Ort des passiven Rechtsschutzes, finden sie sich doch als zahlenmäßig bedeutsamste Arbeitgeber nach der öffentlichen Hand regelmäßig im Ausgangspunkt auf der Beklagtenseite und müssen ihr unlängst vom Bundesverfassungsgericht nochmals akzentuiertes religiöses Selbstverständnis und die daraus abgeleiteten besonderen Loyalitätsanforderungen an ihre Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verteidigen⁹⁰. Gleichwohl kommt auch hier ein aktives Einfordern von Rechtsschutz in Betracht⁹¹, wobei regelmäßig weniger Bistümer oder Landeskirchen auftreten, sondern die großen religiös radizierten Träger der Wohlfahrtspflege. Für Furore hat hier zuletzt die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zum „Dritten Weg“ gesorgt⁹², die insbesondere durch das Auseinanderfallen von Tenorierung bzw. Leitsätzen und Begründung Verwirrung oder zumindest eine dissonante Rezeption gestiftet hat⁹³. Ihr liegt im Ausgangspunkt die arbeitsgerichtliche Unterlassungsklage zahlreicher protestantischer Träger der Wohlfahrtspflege sowie zweier Landeskirchen zugrunde⁹⁴.

32

⁹⁰ Vgl. nochmals BVerfGE 137, 273 (289, Rn. 40 ff.). Daß diese „Sonderstellung“ zunehmend auch intern unter Druck gerät, belegt statt aller die Monographie von *Hartmut Krefß*, Die Sonderstellung der Kirchen im Arbeitsrecht – sozialethisch vertretbar?, 2014.

⁹¹ Näher *Weber*, Rechtsschutz (o. Fn. 1), S. 1061 f.

⁹² BAGE 143, 354 = KirchE 60, 256; aus der umfangreichen Besprechungsliteratur (vgl. erneut die instruktive Auflistung bei juris) hier nur *Bernd Grzeszick*, Das Urteil des BAG zum Streikverbot in Kirchen auf dem Prüfstand des Verfassungs- und Europarechts, in: NZA 2013, S. 1377 ff.; *Hans Michael Heinig*, (Kein) Streikrecht im Dritten Weg. Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 20. November 2012 (Az. 1 AZR 179/11) und die Frage nach kirchenrechtlichen Konsequenzen, in: ZevKR 58 (2013), S. 177 ff.; *Reinhard Richardi*, Das BAG zur Streikfreiheit in kirchlichen Einrichtungen, in: RdA 2014, S. 42 ff.; *Jacob Joussen*, Das neue Arbeitsrecht der Evangelischen Kirche in Deutschland, in: ZevKR 59 (2014), S. 50 ff.; *Gregor Thüsing / Jan Thieken*, „Kollektive Koalitionsfreiheit auf Arbeitgeberseite und kirchliches Selbstbestimmungsrecht im Konflikt?“, in: ZAT 2015, S. 45 ff.; *Hermann Weber*, Kirchliches Arbeitsrecht im Wandel?, in: ZRP 2015, S. 156 (157).

⁹³ Das Bundesverfassungsgericht hat eine Beschwerde der nach dem Tenor obsiegenden, ausweislich der Begründung aber beschwerten Gewerkschaft nicht zur Entscheidung angenommen: BVerfG, B. v. 15.7.2015 – 2 BvR 2292/13, in: NJW 2016, S. 229 – *Dritter Weg I* und dazu knapp *Jobst-Hubertus Bauer*, Unzulässigkeit einer gewerkschaftlichen Verfassungsbeschwerde mangels Beschwerdebefugnis, in: Arbeitsrecht Aktuell 2015, S. 461.

⁹⁴ Näher BAGE 143, 354 (354 ff.).

- 33 Zu verzeichnen sind ferner Anträge auf gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Bildung eines Betriebsrates⁹⁵ sowie eine Klage auf Verschaffung von Abrechnungsunterlagen⁹⁶; schließlich ist das Bundesarbeitsgericht der Behauptung der Gemeinschaft „Scientology“ nicht gefolgt, sie stelle eine Religionsgemeinschaft dar⁹⁷.

3. Sozialgerichtsbarkeit

- 34 Mit Anträgen von Religionsgesellschaften werden die Sozialgerichte ausweislich der veröffentlichten Judikate nur selten befaßt; typisch ist vielmehr die Indienstnahme einzelner Mitglieder, die mit Unterstützung ihrer Glaubensgemeinschaften eigene Rechtspositionen durchzusetzen versuchen, die in der Sache aber gemeinschaftsnützig sind oder wären. Prototypisch hierfür steht die Entscheidung des Bundessozialgerichts, die den Unfallversicherungsschutz für eine Helferin beim Pfarrfest verneint hat, um ganz offenbar den Begriff des Ehrenamts (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b SGB VII) nicht zu entgrenzen⁹⁸.

4. Verwaltungsgerichtsbarkeit

a) Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz für Religionsgesellschaften als Indikator für die religionsverfassungsrechtliche Großwetterlage

- 35 Das Auftreten von Kirchen, Religionsgesellschaften oder sonstigen religiös radizierten Gruppen vor den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterliegt erkennbar Konjunkturzyklen. Besonders augenfällig ist dies in baurechtlichen Streitigkeiten: Hier müssen muslimische Moscheevereine anfangs um das „Ob“ eines Minaretts kämpfen⁹⁹ bzw. beschäftigen die Verwaltungsgerichte mit Anträgen

⁹⁵ BAG, B. v. 31.7.2002 – 7 ABR 12/01, KirchE 41, 20; LAG Hamburg, B. v. 15.2.2007 – 7 TaBV 9/06, KirchE 49, 110.

⁹⁶ BAG, U. v. 18.5.1999 – 9 AZR 682/98, KirchE 37, 121.

⁹⁷ BAG, B. v. 22.3.1995 – 5 AZB 21/94, KirchE 33, 92; vgl. dazu nur die Anm. von *Helmut Goerlich*, in: JZ 1999, S. 955 ff.

⁹⁸ BSG, U. v. 10.10.2002 – 2 B U 14/02 R, KirchE 41, 112.

⁹⁹ Vgl. BayVGh, U. v. 29.8.1996 – 26 N 95.2983, KirchE 34, 332; VG Düsseldorf, U. v. 23.8.2007 – 9 K 1672/05, KirchE 50, 108 und zum Problem *Wolfgang Wieshaider*, Von Moscheebau und Muezzinruf: Bau- und Immissionsschutzrecht als Schranken der Religionsausübung, in: Religion und Welt-

zu Gebetsräumen in Randlagen wie Industrie- und Gewerbegebieten¹⁰⁰, rücken dann aber von der Peripherie ins Zentrum¹⁰¹. Baurechtliche Klageanträge christlicher Gemeinden präsentieren sich diffuser¹⁰²; zeitbedingt ist hier neuerdings die Häufung von Streitigkeiten über die Zulassung von Photovoltaikanlagen auf Kirchendächern zu verzeichnen¹⁰³. Wellenförmig verläuft auch die Entwicklung der Rechtsprechung zu amtlichen Warnungen vor Religionsgesellschaften (bzw. Gruppen, die sich für solche halten)¹⁰⁴; die besondere Promi-

anschauung im säkularen Staat, hg. von Andreas Haratsch u. a., 2001, S. 155 (156 ff.).

¹⁰⁰ VG Stuttgart, B. v. 2.11.2007 – B 1 KR 11/07 R, KirchE 50, 299; VG München, U. v. 12.2.2007 – M 8 K 06.3626, KirchE 49, 89; VG Karlsruhe, U. v. 12.5.2009 – 2 K 4011/08, KirchE 53, 316; Nds. OVG, B. v. 7.12.2009 – 1 LA 255/08, KirchE 54, 448; OVG RP, U. v. 2.9.2009 – 8 A 1029/09, KirchE 54, 142. – Daß diese Probleme auch kleinere christliche Gruppen betreffen, belegt der vom Bundesverfassungsgericht entschiedene Streit um die Grabanlage einer westsyrischen (gebräuchlich, aber mißverständlich: syrisch-orthodoxen) Kirchengemeinde in einem Gewerbegebiet: BVerwG, U. v. 18.11.2010 – 4 C 10/09, KirchE 56, 46; VGH BW, U. v. 20.7.2011 – 3 S 465/11, KirchE 58, 32; BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), B. v. 9.5.2016 – 1 BvR 2202/13 (siehe unten IV. 1).

¹⁰¹ Vgl. VG Frankfurt a. M., U. v. 27.8.2001 – 3 E 815/01, KirchE 39, 272; VG München, B. v. 7.6.2005 – M 8 SN 05.1628, KirchE 47, 234; OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 30.3.2007 – 2 N 249.05, KirchE 49, 262; Islam. Kulturhaus im allgemeinen Wohngebiet; VG Berlin, U. v. 18.2.2009 – 19 A 355/04, KirchE 53, 57; Moschee im allgemeinen Wohngebiet. Siehe auch VGH BW, U. v. 29.9.1999 – 3 S 1163/99, KirchE 37, 334; Stellplatznachweis für islamisches Kulturzentrum.

¹⁰² Vgl. VG Osnabrück, B. v. 11.11.1998 – 2 B 65/98, KirchE 36, 495; Glockenturm; VG Berlin, B. v. 8.8.1999 – 19 A 165.99, KirchE 37, 107; Nuntiaturgebäude; OVG RP, U. v. 5.9.2006 – 8 A 10519/06, KirchE 48, 284; Kapelle im Außenbereich; VG Düsseldorf, U. v. 14.2.2008 – 9 K 4675/06, KirchE 51, 36; Kreuz im allgemeinen Wohngebiet; VG München, U. v. 20.12.2011 – M 1 K 11.4648, KirchE 58, 445; Kapelle im Außenbereich.

¹⁰³ Siehe nur VGH BW, U. v. 27.6.2005 – 1 S 1674/04, KirchE 47, 258; VG Ansbach, U. v. 8.4.2009 – AN 3 K 08.009819, KirchE 53, 207; VG Dresden, U. v. 11.9.2010 – 4 K 1827/08, KirchE 56, 186; VGH BW, U. v. 1.9.2011 – 1 S 1070/11, KirchE 58, 126; zuletzt KirchE 62, 2.

¹⁰⁴ Vgl. VG Berlin, B. v. 24.3.1995 – VG 27 A 320/94, KirchE 33, 128; BayVGH, B. v. 4.4.1995 – 7 CE 95.462, KirchE 33, 144; BayVerfGH, E. v. 19.7.1995 – Vf. 144-VI-94, KirchE 33, 261; OVG NRW, B. v. 22.8.1996 – 5 B 3304/94, KirchE 33, 310; B. v. 25.8.1996 – 5 B 167/94, KirchE 33, 313; VGH BW, B. v. 11.3.1996 – 10 S 3490/95, KirchE 34, 90; OVG NRW, B. v. 15.5.1996 – 5 B 168/94, KirchE 34, 177; BayVerfGH, U. v. 7.11.1997 – Vf. 144-VI-94, KirchE 35, 455; VGH BW, B. v. 23.1.1998 – 10 S 1751/97, KirchE 36, 11; VG Berlin, U. v. 9.11.1999 – 27 A 34/98, KirchE 37, 385; OVG NRW, B. v. 16.2.2004 – 5 A 637/02, KirchE 45, 127; BVerwG, B. v. 8.11.2004 – 7 B 19/04, KirchE 46, 237; BayVGH, B. v. 8.4.2010 – 4 C 09.3125, KirchE 55, 216.

nenz, die sich die Organisation „Scientology“ hier phasenweise erarbeitet hat, ist allerdings mittlerweile verblaßt¹⁰⁵. Ähnliches gilt für die Frage ihrer nachrichtendienstlichen Beobachtung¹⁰⁶ oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit gegenüber örtlichen Untergliederungen¹⁰⁷. Rechtsschutz gewähren die Verwaltungsgerichte kleineren Gemeinschaften auch gegen Äußerungen von kirchlichen Sektenbeauftragten¹⁰⁸. Weiterer streitiger Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes ist die Sondernutzung des öffentlichen Raums für religiöse Zwecke¹⁰⁹; erneut ist „Scientology“ hier überproportional involviert¹¹⁰.

*b) Grundfragen des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes
der Religionsgesellschaften*

36 Grundsätzliche Fragen wirft nach wie vor die Abgrenzung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vom Rechtsweg zur ordentlichen Gerichtsbarkeit auf¹¹¹; hier dürfte eine Vermutung

¹⁰⁵ Vgl. OVG NRW, B. v. 31.5.1996 – 5 B 993/95, KirchE 34, 192; BayVGh, B. v. 27.9.1996 – 7 CE 96.2861, KirchE 34, 368; VGh BW, U. v. 15.10.1996 – 10 S 176/96, KirchE 34, 381; OVG Hamburg, U. v. 17.6.2004 – 1 Bf 198/00, KirchE 45, 326; zuletzt OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 9.7.2009 – OVG 5 S 5.09, KirchE 54, 17 (Plakatwarnung eines Bezirksamtes vor einer Scientology-Zentrale).

¹⁰⁶ OVG NRW, U. v. 12.2.2008 – 5 A 130/05, KirchE 51, 16.

¹⁰⁷ Beanstandet von VG Hamburg, U. v. 8.11.1995 – 12 VG 3068/94, KirchE 33, 454; VGh BW, U. v. 12.12.2003 – 1 S 1972/00, KirchE 44, 378; VG Ansbach, U. v. 13.11.2008 – AN 16 K 06.03463, KirchE 52, 262.

¹⁰⁸ BayVGh, U. v. 29.9.2005 – 7 B 03.1369, KirchE 47, 366 – *Universelles Leben I*; BayVGh, U. v. 29.9.2005 – 7 B 04.2927, KirchE 47, 374 – *Christusschule I*; BayVGh, B. v. 24.2.2006 – 7 CE 05.3199, KirchE 48, 92 – *Universelles Leben II*; BVerwG, B. v. 4.4.2006 – 7 B 94.05, KirchE 48, 150 – *Christusschule II*; BayVGh, U. v. 4.4.2008 – 7 B 06.1179, KirchE 51, 154 – *Universelles Leben III*.

¹⁰⁹ Nds. OVG, B. v. 15.3.2004 – 12 LA 410/03, KirchE 45, 174; OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 9.9.2011 – OVG 1 S 153.11, KirchE 58, 191 – Willkommensplakat für den Papst.

¹¹⁰ Nds. OVG, U. v. 13.11.1995 – 12 L 1856/93, KirchE 33, 496; BVerwG, B. v. 4.7.1996 – 11 B 23.96, KirchE 34, 227; B. v. 4.7.1996 – 11 B 24.96, KirchE 34, 231; VGh BW, B. v. 12.7.1996 – 5 S 472/96, KirchE 34, 263; OVG Bremen, U. v. 25.2.1997 – OVG 1 BA 30/96, KirchE 35, 72; VGh BW, U. v. 31.1.2002 – 5 S 3057/99, KirchE 40, 66; BayVGh, B. v. 29.10.2002 – 8 CE 02.2663, KirchE 41, 142; BayVGh, B. v. 2.4.2003 – 8 CE 03.812, 825, KirchE 43, 209; VGh BW, U. v. 16.1.2008 – 5 S 393/06, KirchE 51, 1.

¹¹¹ BayVGh, B. v. 19.3.2004 – 22 C 04.679, KirchE 45, 193 – Verwaltungsrechtsweg eröffnet für Unterlassungsbegehren einer Kirchengemeinde gegen

für das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit sprechen, sofern die korporierte Religionsgesellschaft entweder als Beliehene tätig wird oder von der ihr übertragenen Befugnis Gebrauch macht, die vom Status erfaßten Angelegenheiten öffentlich-rechtlich zu regeln. Geklärt ist hingegen, daß keine Verweisung einer der staatlichen Gerichtsbarkeit nicht unterfallenden Streitigkeit an ein kirchliches Gericht nach §§ 17–17b GVG möglich ist¹¹². Das lange obwaltende Dogma, daß staatliche Gerichte keinen Rechtsschutz von Untergliederungen gegen (gerichtliche) Entscheidungen der eigenen Hierarchie zu gewähren haben¹¹³, gerät – wie eingangs dargelegt (oben I.) – unter Druck. Insbesondere haben die Gerichte die im staatlichen Rechtskreis eintretenden Folgen von Streitigkeiten innerhalb von Religionsgemeinschaften in der jüngeren Rechtsprechung differenziert bewertet. Während die sachsen-anhaltischen Verwaltungsgerichte den Versuch des ehemaligen Vorstandes einer jüdischen Kultusgemeinde, dem „usurpatorischen“ neuen Vorstand Tätigkeiten mit zivilrechtlicher Wirkung zu untersagen, dem innerkirchlichen Bereich zugeordnet und damit staatlichen Rechtsschutz versagt haben¹¹⁴, hat das Oberlandesgericht Naumburg in gleicher Sache – mit vorzugswürdigen Argumenten – für die faktische Vollziehung der Entscheidung der gerichtlichen Instanz der Religionsgemeinschaft votiert, die andernfalls im staatlichen Rechtskreis rechtlos gestellt würde¹¹⁵. Sie unterliege lediglich „im Rahmen einer Inzidentprüfung durch staatliche Gerichte [...] einer Überprüfung anhand elementarer Menschenrechte und grundlegender Staatsgesetze bzw. auf Willkür“¹¹⁶; der Bundesgerichtshof hat das im Kern bestätigt¹¹⁷.

Neuland betritt die eingangs erwähnte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Durchsetzung kirchenrechtlich begründeter

37

Nutzung ihres Grundstücks als Bolzplatz. – Vgl. aus der Literatur nur *Dirk Ehlers*, in: Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider/Wolfgang Bier (Hg.), *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, 2003, § 40, Rn. 472 ff.

¹¹² BayVGh, B. v. 23. 3. 1998 – 3 C 97.2767, KirchE 36, 105.

¹¹³ So VG Neustadt, U. v. 27. 7. 1998 – 1 K 1617/98, KirchE 36, 321: Entscheidung des Schieds- und Verwaltungsgerichts beim Zentralrat der Juden in Deutschland unterfällt nicht in der staatlichen Gerichtsbarkeit; die Entscheidung ist in dieser Form überholt.

¹¹⁴ OVG LSA, B. v. 24. 2. 1997 – B 2 S 30/96, KirchE 35, 52.

¹¹⁵ OLG Naumburg, U. v. 11. 9. 1997 – 7 U 1328/97, KirchE 35, 358.

¹¹⁶ OLG Naumburg, U. v. 11. 9. 1997 – 7 U 1328/97, KirchE 35, 358, Rn. 125 (vgl. auch, Rn. 152 zur Geltung des *ordre public*).

¹¹⁷ BGH, U. v. 11. 2. 2000 – V ZR 271/99, KirchE 38, 60; dazu siehe auch oben in Fn. 1.

Ansprüche bzw. kirchengerichtlicher Entscheidungen¹¹⁸. Noch 2008 hatte das Gericht die klageweise Durchsetzung einer kirchlichen Gebührenforderung gegenüber einem Nichtmitglied abgelehnt¹¹⁹. Hingegen haben die Verwaltungsgerichte schon zuvor vereinzelt Klagen auf Zahlung kirchengerichtlich festgesetzter Gebühren stattgegeben¹²⁰. Durchweg abgelehnt wurden hingegen Begehren auf Rechts- bzw. Amtshilfe bei der Durchsetzung der Entscheidungen von Spruchkörpern der Religionsgesellschaften¹²¹; dazu hat etwa das Obergerverwaltungsgericht Münster ausgeführt¹²²:

38 „Es muss also ein effektiver staatlicher Rechtsschutz sichergestellt sein. Dagegen trifft den Staat keine Garantenstellung für einen wirkungsvollen kirchengerichtlichen Rechtsschutz. Kraft ihres verfassungsrechtlich verbürgten Selbstbestimmungsrechts können die Kirchen zwar für ihre Angelegenheiten eine eigene Gerichtsbarkeit einrichten. Der Staat hat dies zu respektieren und darauf bei seiner eigenen Justizgewährung Rücksicht zu nehmen. [...] Er ist aber nicht verpflichtet, seinerseits den kirchlichen Rechtsschutz zu effektuieren, indem er für die Durchsetzung kirchengerichtlicher Entscheidungen sorgt. Die Justizgewährungspflicht könnte mithin nur Bedeutung erlangen, wenn der Vollstreckungsgläubiger, anstatt aus kirchengerichtlichen Kostenfestsetzungsbeschlüssen vorzugehen, einen materiellrechtlichen Kostenerstattungsanspruch gegen den Vollstreckungsschuldner vor einem staatlichen Gericht einklagte.“

39 Die jüngsten Entscheidungen wenden die letzte Einlassung positiv und eröffnen den Kirchen bzw. den öffentlich-rechtlich verfaßten Religionsgesellschaften den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten

¹¹⁸ BVerwG, U. v. 22. 11. 2015 – 6 C 21.14, in: NVwZ 2016, S. 453. – Vgl. zur evangelischen Kirchengerichtsbarkeit zuletzt *Hinnerk Wißmann*, Die Verwaltungskammer der Evangelischen Kirche von Westfalen, in: ZevKR 61 (2016), S. 1 ff.

¹¹⁹ BVerwG, U. v. 10. 4. 2008 – 7 C 47/07, KirchE 51, 162; vgl. dazu *Matthias Cornils*, Unzulässige Gebührenerhebung einer Kirche gegenüber Dritten, in: ZJS 2008, S. 414 ff.; *Hauke Schäfer*, Öffentlich-rechtliche Gebühren für die kirchenaufsichtliche Genehmigung von Grundstückskauf- und Erbbau-rechtsbestellungsverträgen, in: NVwZ 2008, S. 1319 ff. sowie *Dirk Ehlers*, Grundfragen kirchlicher Gebührenerhebungen, in: ZevKR 54 (2009), S. 186 (187 ff.).

¹²⁰ VG Hannover, U. v. 30. 5. 2008 – 2 A 813/07, KirchE 51, 293.

¹²¹ Vgl. Nds. OVG, U. v. 20. 10. 1998 – 13 O 3662/98, KirchE 36, 452 – Entscheidung des Schieds- und Verwaltungsgerichts beim Zentralrat der Juden in Deutschland; OVG NRW, B. v. 28. 3. 2002 – 5 E 286/01, KirchE 40, 225; VG Freiburg i. Br., B. v. 21. 7. 2005 – 2 K 1296/05, juris; VGH BW, B. v. 13. 10. 2005 – 4 S 1542/05, KirchE 47, 381; VG Freiburg i. Br., B. v. 24. 1. 2006 – 2 K 2061/05, KirchE 48, 22: Streit innerhalb einer jüdischen Religionsgemeinschaft bzw. Entscheidungen des Schiedsgerichts des Zentralrats der Juden in Deutschland. – Eingehend dazu *Dirk Ehlers*, → § 79.

¹²² OVG NRW, B. v. 28. 3. 2002 – 5 E 286/01, KirchE 40, 225 (227).

überhaupt wie den Verwaltungsrechtsweg zur klageweisen Durchsetzung kirchengerichtlicher Entscheidungen¹²³. Das ist nach hier vertretener Auffassung konsequent; es wird abzuwarten sein, ob und in welchem Umfang die Kirchen diese „Offerte“ annehmen.

*c) Grundsatzfragen des Religionsverfassungsrechts
vor den Verwaltungsgerichten*

Schwerpunkte der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung mit grundsätzlicher Natur stellten die Einpassung organisierter islamischer Religion wie organisierter Nicht-Religion in Gestalt von Weltanschauungsgemeinschaften in das deutsche System des Religionsverfassungsrechts dar. In Ansehung des Islam haben die Verwaltungsgerichte seit der einschlägigen Änderung des Vereinsgesetzes 2001 insbesondere die Voraussetzungen und Reichweite von Vereinsverboten zu Lasten religiöser Gruppen sowie deren Rechtsschutz geklärt bzw. entfaltet. Die Voraussetzungen hat das Bundesverwaltungsgericht zuletzt wie folgt zusammengefaßt¹²⁴:

„Ein religiöser Verein kann nur dann als verfassungswidrig beurteilt werden, wenn er sich nicht darauf beschränkt, sich mit religiös begründeten, im Widerspruch zu grundlegenden Verfassungsprinzipien stehenden Lehren als Glaubensinhalt zu befassen und in diesem Sinne für sie zu werben, sondern die konkrete Umsetzung dieser Lehren oder aus ihnen hergeleiteter Verhaltenspflichten in Deutschland propagiert.“

Nach diesen Prämissen hat die Verwaltungsgerichtsbarkeit die behördlichen Verbote des sog. Kalifatsstaates¹²⁵, der Vereinigung „Hizb-ut-Tahrir“¹²⁶, des „Multi-Kultur-Hauses Ulm“¹²⁷ sowie zuletzt von

¹²³ BVerwG, U. v. 22.11.2015 – 6 C 21.14, in: NVwZ 2016, S. 453, Rn. 5: verweist allerdings nur lapidar auf den Verweisungsbeschuß des ursprünglich von der Kirchengemeinde angerufenen Amtsgerichts gem. § 17a Abs. 2 S. 1 GVG. In der Sache ist die Zuordnung zum öffentlichen Recht allerdings zwingend.

¹²⁴ BVerwG, U. v. 14.5.2014 – 6 A 3.13, in: NVwZ 2014, S. 1573 (1573, Ls. 1; näher Rn. 36 ff.) – *DawaFFM*; vgl. dazu knapp *Bertold Huber*, Vereinsverbot wegen salafistischer Bestrebungen – *DawaFFM*, in: NVwZ 2014, S. 1582 f.

¹²⁵ BVerwG, U. v. 27.11.2002 – 6 A 4.02, KirchE 41, 189 – „*Verband der islamischen Vereine und Gemeinden*“ (*Islami Cemaatleri ve Cemiyetleri Birliği* – ICCB); vgl. auch zur Erstreckung auf eine Teilorganisation BVerwG, U. v. 27.11.2002 – 6 A 1.02, KirchE 41, 202 sowie BVerwG, U. v. 3.4.2003 – 6 A 12.02, KirchE 43, 216.

¹²⁶ BVerwG, U. 25.1.2006 – 6 A 6.05, KirchE 48, 45.

¹²⁷ BayVG, U. v. 24.1.2007 – 4 A 06.52, KirchE 49, 55.

„DawaFFM“ und „Internationaler Jugendverein – Dar al Schabab e.V.“ aufrechterhalten¹²⁸. Auf quasi niedrigerer Eingriffsstufe bewegen sich Rechtsschutzanträge religiöser Vereine gegen die Durchsuchung ihrer Räume¹²⁹.

- 43 In umgekehrter Perspektive hat das Bundesverwaltungsgericht bislang über das Ansinnen islamischer Verbände, ihnen den Körperschaftsstatus nach Art. 137 Abs. 5 WRV i.V.m. Art. 140 GG zuzusprechen, noch nicht entschieden¹³⁰. Die damit nicht identische, aber eng verwandte Einstufung als Religionsgemeinschaften i.S.v. Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG hat das Gericht islamischen Verbänden – mit Ausnahme von Berlin¹³¹ – allerdings versagt¹³². An der gleichen Hürde scheiterte auch eine öffentlich-rechtlich verfaßte Weltanschauungsgemeinschaft, die in Nordrhein-Westfalen das Schulfach „Humanistische Lebenskunde“ erzwingen wollte¹³³. Hingegen konnte ein Frei-

¹²⁸ BVerwG, U. v. 14.5.2014 – 6 A 3.13, in: NVwZ 2014, S. 1573.

¹²⁹ OVG Bremen, B. v. 12.10.2011 – 1 S 11/11, KirchE 58, 287.

¹³⁰ Zu den allgemeinen Möglichkeiten der Anerkennung muslimischer Verbände als Körperschaft des öffentlichen Rechts *Stefan Muckel*, Muslimische Gemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts, in: DÖV 1995, S. 311 ff.; *Michael Kloepfer*, Der Islam in Deutschland als Verfassungsfrage, in: DÖV 2006, S. 45 (47 ff.). Für einen Gesamtüberblick über die Voraussetzungen einer Anerkennung als Körperschaft des öffentlichen Rechts – auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerwG zur Verleihung des Körperschaftsstatus an die Zeugen Jehovas – *Michael Quaas*, Begründung und Beendigung des öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus von Religionsgemeinschaften, in: NVwZ 2009, S. 1400 ff.

¹³¹ BVerwG, U. v. 23.2.2000 – 6 C 5/99, KirchE 38, 90; zuvor OVG Berlin, U. v. 4.11.1998 – 7 B 4.98, KirchE 36, 472 (ebenfalls bejahend) sowie VG Berlin, U. v. 19.12.1997 – 3 A 2196.93, KirchE 35, 521 (verneinend). Das Bundesverwaltungsgericht stützt sich im Kern auf Art. 140 GG i.V.m. Art. 141 WRV sowie eine weite Auslegung des Begriffs „Religionsgemeinschaft“ nach Berliner Landesrecht, der nicht mit Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG identisch sein müsse. – Vgl. noch VG Berlin, U. v. 25.10.2001 – 27 A 254/01, KirchE 39, 328 (gleichfalls bejahend).

¹³² BVerwG, U. v. 23.2.2003 – 6 C 2/04, BVerwGE 23, 49 = KirchE 47, 57; vgl. dazu aus der Besprechungsliteratur *Ulf Häussler*, Grundrechte. Islamischer Religionsunterricht, in: JA 2005, S. 850 ff.; *Michael Sachs*, Anm. zu BVerwG U. vom 23.2.2005 – 6 C 2/04. Vorinstanzen: VG Düsseldorf, U. v. 2.11.2001 – 1 K 10519/98, KirchE 39, 343; OVG NRW, U. v. 2.12.2003 – 19 A 997/02, KirchE 44, 307. – Siehe ferner HessVG, U. v. 14.9.2005 – 7 UE 2223/04, KirchE 47, 334.

¹³³ VG Düsseldorf, U. v. 19.1.2011 – 18 K 5288/07, KirchE 57, 67; die Einlassung des Gerichts, die Gleichbehandlungsklausel des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 7 WRV sei auf Art. 7 Abs. 3 GG nicht anwendbar bzw. trete dahinter zurück, dürfte allerdings anfechtbar sein. Seinen Antrag auf Zulassung der Berufung hat der Verband nach Kenntnissnahme der Rechtsauffassung des Gerichts 2014 zurückgezogen.

denkerverband in Berlin die Erteilung von Weltanschauungsunterricht erzwingen¹³⁴. Auch der Versuch islamischer Gruppen, in Berlin den Abschluß eines Staatsvertrages zu erzwingen, blieb ebenso ohne Erfolg¹³⁵ wie das Ansinnen des Humanistischen Verbandes Deutschland, dort als Weltanschauungsgemeinschaft i. S. v. Art. 137 Abs. 5 u. 7 WRV anerkannt zu werden¹³⁶.

Die Entscheidungen, in denen den Zeugen Jehovas der Körperschaftsstatus mangels „Staatsloyalität“ versagt wurde¹³⁷, sind bekanntlich vom Bundesverfassungsgericht aufgehoben worden¹³⁸. Hingegen hatte die Religionsgemeinschaft der Bahá'í vor dem Bundesverwaltungsgericht Erfolg, nachdem ihr die hessischen Behörden den Status unter Hinweis auf eine zu geringe Mitgliederzahl noch versagt hatten¹³⁹. Unter Hinweis auf diese Entscheidung sprach das Verwaltungsgericht Arnsberg zuletzt auch einem Hindu-Tempelverein den Anspruch auf die Verleihung zu¹⁴⁰. Mit gegenläufiger Tendenz hat das Bundesverwaltungsgericht die staatliche Aberkennung des Körperschaftsstatus einer einzelnen Kultusgemeinde der Israelitischen Religionsgemeinschaft Baden nicht beanstandet, nachdem diese durch Organisationsakt ihre Gliedgemeinde ausgeschlossen hatte¹⁴¹.

44

¹³⁴ BVerwG, B. v. 7.8.1996 – 6 B 19.96, KirchE 34, 311.

¹³⁵ VG Berlin, Gerichtsbescheid v. 9.8.2006 – 27 A 55.06, KirchE 48, 243.

¹³⁶ VG Berlin, B. v. 3.6.1999 – 27 A 179.98, KirchE 37, 163 – das Gericht schloß u. a. aus der nötigen staatlichen Unterstützung in Höhe von 90 % des jährlichen Bedarfs auf die fehlende Gewähr der Dauer. Bestätigt von OVG Berlin, U. v. 6.6.2000 – 5 N 35.99, KirchE 38, 95.

¹³⁷ BVerwG, U. v. 26.6.1997 – 7 C 11.96, KirchE 35, 248; vgl. dazu *Gregor Thüsing*, Kirchenautonomie und Staatsloyalität, in: DÖV 1998, S. 25 ff. sowie *Stefan Huster*, Körperschaftsstatus unter Loyalitätsvorbehalt? – BVerwG, NJW 1997, 2396, in: JuS 1998, S. 117 ff. – Anschlußentscheidung: BVerwG, U. v. 17.5.2001 – 7 C 1/01, KirchE 39, 130.

¹³⁸ Vgl. unten IV. 1. Folgeentscheidungen: OVG Berlin, U. v. 24.3.2005 – 5 B 12.01, KirchE 46, 107; BVerwG, B. v. 1.2.2006 – 7 B 80.05, KirchE 48, 64.

¹³⁹ BVerwG, U. v. 28.11.2012 – 6 C 8.12, in: NVwZ 2013, S. 943; vgl. dazu *Martin Löhnig / Mareike Preisner*, Verleihung des Körperschaftsstatus an Religionsgemeinschaften – Bahá'í. Anm. zu BVerwG, U. v. 28.11.2012 – 6 C 8/12, in: NVwZ 2013, S. 943 ff.; zuvor gleichsinnig HessVGH, U. v. 22.9.2011 – 8 A 1978/10, KirchE 58, 231. Eingehend zur Organisation der Gemeinschaft *Towfigh*, Verfassung von Religionsgemeinschaften (o. Fn. 45), S. 41 ff.

¹⁴⁰ VG Arnsberg, U. v. 7.6.2013 – 12 K 2195/12.

¹⁴¹ BVerwG, B. v. 8.1.2009 – 7 B 42/08, in: NVwZ 2009, S. 390; zuvor VGH BW, U. v. 20.6.2008 – 1 S 1940/07, KirchE 51, 326; siehe dazu *Quaas*, Begründung und Beendigung des Körperschaftsstatus (o. Fn. 130), S. 1400 ff. – Die Entscheidung ist insofern prekär, als das Schieds- und Verwaltungsgericht

- 45 Das Bundesverwaltungsgericht hat ferner 1997 festgestellt, daß die Synagogengemeinde *Adass Jisroel* zu Berlin den ihr bereits unter der WRV zuerkannten Körperschaftsstatus mit Inkrafttreten des Einigungsvertrags wiedererhalten hat¹⁴². In Brandenburg scheiterte hingegen eine jüdische Gemeinde zunächst mit dem Antrag, ihren Körperschaftsstatus aus dem preußischen Recht bzw. dem der DDR abzuleiten¹⁴³. Hierher gehört zuletzt – wenn auch der „Fallhöhe“ nach eine Stufe niedriger angesiedelt – die Frage der staatlichen Anerkennung kirchlicher Stiftungen¹⁴⁴.

d) Einzelne Rechtsgebiete

- 46 Es bleibt eine facettenreiche Judikatur, die teils grundsätzliche Fragen anschnidet, teils eher kleinteilig daherkommt. Weiten Raum nehmen – auch abgesehen vom Religionsunterricht (oben 4. c.) – schulrechtliche Streitigkeiten ein¹⁴⁵; hier treten Kirchen oder kirchliche Vereine, aber auch Weltanschauungsgemeinschaften entweder als (verhinderte) Schulträger in Erscheinung¹⁴⁶ oder streiten um staatliche Zuschüsse für ihre Einrichtungen¹⁴⁷. Auch einem islamischen Ver-

des Zentralrats der Juden zwischenzeitlich den Organisationsakt nach Binnenrecht für unwirksam erklärt hatte (vgl. BVerwG, a. a. O., Rn. 3). – Vgl. zum Thema noch VG Halle (Saale), U. v. 22. 11. 2001 – 3 A 1794/97, KirchE 39, 390.

¹⁴² BVerwGE 105, 255 = KirchE 35, 403; vgl. dazu *Hermann Weber*, Körperschaftsstatus bzw. Rechtsfähigkeit von Religionsgemeinschaften kraft Regierungsakts der ehemaligen DDR, in: NJW 1998, S. 197 ff. – Vorinstanz: OVG Berlin, U. v. 22. 2. 1996 – 5 B 93.94, KirchE 34, 49.

¹⁴³ OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 29. 3. 2011 – OVG 5 N 24.08, KirchE 57, 309; zuvor VG Potsdam, U. v. 14. 7. 2008 – 12 K 2660/14, KirchE 52, 25.

¹⁴⁴ VG Dessau, U. v. 18. 4. 1996 – 1 A 149/94, KirchE 34, 159; VG Gießen, U. v. 19. 8. 2010 – 8 K 4293/09.Gl, KirchE 56, 112. – Dazu *Wilhelm-Albrecht Achilles*, → § 71, Rn. 67 f.

¹⁴⁵ Zuletzt Sächs. OVG, B. v. 3. 6. 2010 1 B 467/09, KirchE 55, 323: Keine Anerkennung der Gleichwertigkeit eines kirchlichen Bildungsangebots. – Vgl. dazu näher *Hinnerk Wißmann*, → § 45.

¹⁴⁶ BVerwG, U. v. 18. 12. 1996 – 6 C 6.95, KirchE 34, 490: Katholisches Privatgymnasium; BayVGH, U. v. 3. 4. 2008 – 7 B 07.1292, KirchE 51, 149: korporierte Weltanschauungsgemeinschaft als Träger einer Ersatzschule; OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 8. 9. 2011 – OVG 3 B 24.09, KirchE 58, 165: Religiöser Verein als Träger einer Ersatzschule.

¹⁴⁷ So VGH BW, B. v. 8. 3. 1996 – 9 S 1955/93, KirchE 34, 83 (Schülerbeförderungskosten); VGH BW, B. v. 7. 1. 1997 – 9 S 1904/94, KirchE 35, 29 (dito); OVG LSA, U. v. 19. 8. 1998 – A 2 S 629/97, KirchE 36, 356 (Schülerfahrtkostenenerstattung); VG Leipzig, U. v. 22. 3. 2006 – 4 K 545/05, KirchE 48, 123 (Schülerbeförderungskosten).

ein ist in diesem Kontext die Einrichtung einer privaten Bekenntnisschule mangels dokumentierten Elternwillens versagt worden¹⁴⁸. Prominent ist auch die (erfolgreiche) Klage des Bischofs von Limburg gegen die Einrichtung eines Diplomstudiengangs Katholische Theologie an der Universität Frankfurt¹⁴⁹.

Hinzu kommt die staatliche Förderung von religiösen oder weltanschaulichen Vereinigungen¹⁵⁰; hier dominieren einerseits Anträge jüdischer Gruppen¹⁵¹, andererseits die Versuche von Weltanschauungsgemeinschaften, Gleichbehandlung herzustellen¹⁵². Auch Anträge genuin kirchlicher Träger scheitern diesbezüglich teils am Haushaltsvorbehalt¹⁵³. Als Sonderproblem tauchten hier um die Jahrtausendwende Zuschüsse für Schwangerschaftsberatungsstellen vor den Gerichten auf¹⁵⁴; eng verwandt ist die Frage der (weiteren) Anerkennung (und Förderung) trotz des kirchlicherseits verordneten „Ausstiegs“ aus der sog. Konfliktberatung¹⁵⁵. Als zumindest glimmender

47

¹⁴⁸ VG Stuttgart, U. v. 11. 7. 2003 – 10 K 1794/01, KirchE 44, 44.

¹⁴⁹ BVerwG, 18. 7. 1996 – 6 C 10/94, KirchE 34, 273; vgl. dazu *Helmut Lecheler*, Die Rolle des Staates bei der Sicherung der Wissenschaftsfreiheit in der Theologie, in: NJW 1997, S. 439 ff. sowie *Stefan Muckel*, Die Rechtsstellung der Kirchen bei der Errichtung eines theologischen Studiengangs an einer staatlichen Universität, in: DVBl. 1997, S. 873 ff. – Siehe zur Abgrenzung HessVGH, B. v. 5. 11. 1996 – 6 UE 1884/94, KirchE 34, 409: Keine Aktivlegitimation des *Bistums* nach kath. Kirchenrecht.

¹⁵⁰ Näher zum Thema Staatsleistungen *Werner Heun*, → § 73.

¹⁵¹ Nds. OVG, B. v. 6. 6. 2006 – 11 ME 52/06, KirchE 48, 216: Gesetzestreue Jüdische Landesgemeinde Niedersachsen; VG Köln, U. v. 31. 5. 2007 – 16 K 1141/06, KirchE 49, 369: Jüdische Liberale Gemeinde Köln; VGH BW, B. v. 27. 2. 2007 – 4 S 1402/06, KirchE 49, 164: Jüdische Kultusgemeinden in Baden; zuletzt OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 8. 7. 2011 – OVG 10 N 73.08, KirchE 58, 1: Jüdische Kultusgemeinde in Brandenburg.

¹⁵² Abschläglich VG Berlin, U. v. 3. 6. 1999 – 27 A 58/98, KirchE 37, 151; OVG Berlin, U. 11. 9. 2001 – 8 B 3.00, KirchE 39, 286 (verneint für Zugang zum [vorhandenen] Haushaltstitel „Zuschüsse an sonstige Religionsgemeinschaften“).

¹⁵³ VGH BW, U. v. 10. 4. 2001 – 1 S 245/00, KirchE 39, 116.

¹⁵⁴ HessVGH, U. v. 18. 11. 1997 – 11 UE 315/97, KirchE 35, 485: Erfolgreiche Klage der kath. Caritas.

¹⁵⁵ Verneint: Nds. OVG, B. v. 21. 2. 2002 – 11 MA 3363/01, KirchE 40, 33; OVG Brandenburg, B. v. 8. 11. 2004 – 4 A 637/03.Z, KirchE 46, 248; vgl. noch Nds. OVG, B. v. 2. 4. 2003 – 11 LA 13/03, KirchE 43, 226 sowie Nds. OVG, U. v. 30. 10. 2003 – 11 LC 18/03, KirchE 44, 274. – Bejaht: BVerwG, U. v. 15. 7. 2004 – 3 C 48/03, KirchE 46, 12; U. v. 15. 7. 2004 – 3 C 12/04, KirchE 46, 24.

„Dauerbrenner“ erweisen sich in Sachen Staatsleistungen weiterhin die Kirchenbaulasten¹⁵⁶.

48 Im Planungs-, Umwelt- und Ordnungsrecht haben Verwaltungsgerichte Religionsgesellschaften – sofern sie nach allgemeinen Regeln betroffen bzw. klagebefugt waren – Rechtsschutz sowohl gegen Planfeststellungsbeschlüsse¹⁵⁷ als auch gegen einen bergrechtlichen Abtretungsbeschluß zugunsten eines Kiessandtagebaus gewährt¹⁵⁸; ferner kann auch eine Kirchengemeinde einen Anspruch auf Umweltinformationen geltend machen¹⁵⁹.

49 Intensiv traktiert haben die Verwaltungsgerichte den Status der Kirchen im Feiertagsrecht¹⁶⁰. Während der Angriff auf Tanzverbote an „stillen“ Feiertagen regelmäßig von Dritten ausgeht und die Religionsgesellschaften reflexhaft betrifft¹⁶¹, sind durchaus Anträge gegen entsprechende Befreiungsversuche von staatlicher Seite zu verzeichnen. Recht weitreichend ist hier die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Mecklenburg-Vorpommern, das im Verfahren der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 Abs. 1 VwGO einer „Bäderverkaufsverordnung“ die Antragsbefugnis der öffentlich-rechtlich verfaßten Religionsgemeinschaften bejaht und im Ergebnis die Verordnung wegen Verstoßes gegen Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG i.V.m. Art. 140 GG, Art. 139 WRV für unwirksam erklärt hat¹⁶². Zuvor hatte es bereits die Klagebefugnis der Kirchen für An-

¹⁵⁶ Siehe HessVGH, U. v. 7.12.1995 – 6 UE 1322/93, KirchE 33, 531; VGH BW, U. v. 19.12.1995 – 10 S 191/94, KirchE 33, 582; U. v. 19.12.1995 – 10 S 1140/94, KirchE 33, 590; VGH BW, U. v. 31.7.2007 – 1 S 972/04, KirchE 50, 50; BVerwG, U. v. 11.12.2008 – 7 C 1/08, KirchE 52, 377; BVerwG, U. v. 5.2.2009 – 7 C 11/08, KirchE 53, 38; VG Karlsruhe, U. v. 12.2.2010 – 7 K 1669/07, KirchE 55, 76; VGH BW, B. v. 3.3.2011 – 1 S 1661/10, KirchE 57, 189. – Eingehend dazu *Michael Droge*, → § 64.

¹⁵⁷ Nds. OVG, U. v. 19.2.2007 – 7 KS 135/03, KirchE 49, 128: ausdrücklich trotz des Körperschaftsstatus (vgl. oben II. 3).

¹⁵⁸ I. E. verneint vom VG Halle (Saale), B. v. 19.4.2010 – 3 B 39/10, KirchE 55, 235 (Rn. 37): Kein besonderer Schutz des Eigentums einer Kirchengemeinde aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV.

¹⁵⁹ BVerwG, U. v. 21.2.2008 – 4 C 13/07, KirchE 51, 56.

¹⁶⁰ Dazu *Karl-Hermann Kästner*, → § 40.

¹⁶¹ BayVGH, U. v. 7.4.2009 – 10 BV 08.1494, KirchE 53, 174; BVerwG, B. v. 21.12.2009 – 6 B 35/09, KirchE 54, 494. – Vgl. dazu *Matthias Cornils*, BayVGH, U. v. 7.4.2009 – 10 BV 08.1494 (Verbot einer Musik- und Tanzveranstaltung am Karfreitag), in: *ZJS* 2 (2009), S. 435 ff.

¹⁶² OVG MV, U. v. 7.4.2010 – 4 K 13/09, 4 K 14/09, KirchE 55, 198.

träge gegen auf die Regelung gestützte Ausnahmegenehmigungen angenommen¹⁶³.

Ordnungsrechtlicher Natur sind auch ausländerrechtliche Streitigkeiten: Im aufsehenerregenden Fall der sog. Mun-Sekte hat das Bundesverwaltungsgericht die Klagebefugnis dieser Religionsgemeinschaft, die sich gegen ein Einreiseverbot gegen ihr geistiges Oberhaupt richtet, direkt aus Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG hergeleitet¹⁶⁴.

Das Bundesverwaltungsgericht hat hingegen einem eingetragenen Verein, der sich der Organisation „Scientology“ zugehörig fühlte, im Ergebnis Rechtsschutz gegen die Einstufung seiner Tätigkeit als Gewerbe i. S. v. §§ 1, 14 GewO versagt und ist auch der Argumentation nicht gefolgt, der Verein sei eingedenk seiner Religionsfreiheit von Mitwirkungspflichten i. S. v. § 86 VwGO zu befreien (konkret hier: Vorlage von Finanzunterlagen, die das Ausmaß der gewerblichen Tätigkeit belegen könnten)¹⁶⁵. Ebenfalls ordnungsrechtlicher Natur sind die Rechtsfragen der Errichtung eines kirchlichen Friedhofs¹⁶⁶.

Eher bizarre Züge trägt zuletzt der Versuch der Gemeinschaft „Universelles Leben“, den Großkirchen Deutschlands u. a. unter Berufung auf das postmortale Persönlichkeitsrecht Jesu von Nazareth die Verwendung des Wortes „christlich“ zu untersagen¹⁶⁷. Ähnlich skurril wirkt die Behauptung, Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG berechne eine

¹⁶³ OVG MV, B. v. 22.12.1999 – 2 M 99/99, KirchE 37, 466; OVG MV, B. v. 4.2.2000 – 2 M 5/00, KirchE 38, 51; vgl. dazu *Heinrich de Wall*, Subjektive Rechte aus Staatskirchenverträgen, in: ZevKR 45 (2000), S. 626 ff.; *ders.*, Zum subjektiven Recht der Kirchen auf den Sonntagsschutz, in: NVwZ 2000, S. 857 ff.; vgl. ferner *Peter Unruh*, Die Kirchen und der Sonntagsschutz. Zur Ladenöffnung an kirchlich besonders bedeutsamen Sonntagen, in: ZevKR 52 (2007), S. 1 (6 ff.) sowie jetzt grundlegend *Lutz Friedrich*, Vom Recht zur Bezeichnung, 2020, S. 61 ff.

¹⁶⁴ BVerwGE 114, 356 (360 ff.) und dazu *Ulf Häußler*, Rechtsschutz im Aufenthaltsrecht – Anm. zu BVerwG U. v. 10.7.2001 Az. 1 C 35.00, in: ZAR 2002, S. 71 ff.; vgl. ferner BVerwG, B. v. 4.9.2003 – 16 K 2/02, KirchE 44, 141 sowie OVG RP, U. v. 19.4.2007 – 7 A 1143/06, KirchE 49, 314. In der Sache blieb die Klage allerdings ohne Erfolg; zur Aufhebung durch das Bundesverfassungsgericht unten IV. 1.

¹⁶⁵ BVerwG, in: NVwZ 1995, S. 473 = KirchE 33, 43; vgl. dazu *Peter Selmer*, Betreiben eines Gewerbes durch die Scientology Kirche – Anm. zu BVerwG Beschluß v. 16.2.1995 – 1 B 205/93, in: JuS 1995, S. 843 f. Siehe auch BVerwG, B. v. 3.7.1998 – 1 B 114.97, KirchE 36, 296.

¹⁶⁶ Abgelehnt von BVerwG, B. v. 7.3.1997 – 3 B 173/96, KirchE 35, 93. – Näher dazu *Heidrun Schnell*, → § 61; vgl. noch unten VI. 1. (Fn. 297).

¹⁶⁷ VG Freiburg i. Br., U. v. 10.2.2010 – 2 K 1700/09, KirchE 55, 72; zuletzt VGH BW, B. v. 22.7.2010 – 1 S 610/10, KirchE 56, 79 (kath. Kirche); VG Hannover, U. v. 16.3.2010 – 6 A 4904/09, KirchE 55, 160.

von der gleichen Organisation gegründete GmbH, sich von der Pflicht zur Eigenjagd freizuzeichnen¹⁶⁸. Gleiches dürfte schließlich für das Ansinnen der Religionsgemeinschaft „Leben in Liebe und Licht“ gelten, unter Berufung auf Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG von der Abgabe für den Deutschen Weinfonds freigestellt zu werden¹⁶⁹.

- 53 Auch vor den Verwaltungsgerichten ist zuletzt die Gebührenfreiheit weiterhin ein Thema¹⁷⁰. Diesbezüglich hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, daß gem. § 2 Abs. 3 S. 1 GKG Religionsgesellschaften im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht von Gebühren befreit sind; eine solche Befreiung folge weder aus der Religionsfreiheit noch sei sie als Staatsleistung i. S. v. Art. 138 Abs. 1 WRV garantiert¹⁷¹.

5. Finanzgerichtsbarkeit

- 54 Die Anrufung der Finanzgerichte durch religiöse oder weltanschauliche Akteure dient regelmäßig der Feststellung der Gemeinnützigkeit i. S. v. § 52 Abs. 2 AO oder der Berechtigung, Spendenbestätigungen auszustellen¹⁷². In diesem Sinne hat der Bundesfinanzhof auf die Klage eines Weltanschauungsverbandes Spenden an diesen

¹⁶⁸ BayVGh, B. v. 9.9.2009 – 19 BV 07.97, KirchE 54, 22; bestätigt von BVerwG, B. v. 23.6.2010 – 3 B 90.09, KirchE 55, 415; zuletzt BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), B. v. 8.12.2015 – 1 BvR 2120/10, 1 BvR 2146/10.

¹⁶⁹ Lustvoll zitierend VG Würzburg, U. v. 10.11.2010 – W 6 K 09.149, KirchE 56, 400; vgl. BVerfGE 136, 194.

¹⁷⁰ VGh BW, U. 23.5.2001 – 3 S 815/00, KirchE 39, 146 (bejaht für kirchl. Stiftung); Nds. OVG, B. v. 12.6.2002 – 1 LA 1134/01, KirchE 40, 304 (verneint für kirchl. Stiftung); Sächs. OVG, U. 23.1.2003 – 1 B 35/02, KirchE 43, 46 (verneint für Diakonisches Werk); OVG NRW, B. v. 16.1.2004 – 9 A 4608/02, KirchE 45, 49 (verneint für kirchl. Kindergarten); OVG NRW, U. v. 14.12.2006 – 9 A 2477/04, KirchE 48, 470 (verneint für kirchl. Zusatzversorgungskasse); VG Aachen, U. v. 3.8.2007 – 7 K 155/07, KirchE 50, 70 (verneint für kirchl. Kindergarten); VGh BW, U. v. 11.12.2008 – 2 S 1425/08, KirchE 52, 392 (bejaht für Verband des Diakonischen Werks); Nds. OVG, U. v. 14.8.2009 – 1 LB 143/05, KirchE 54, 76 (verneint für kath. Kongregation).

¹⁷¹ BVerwG, B. v. 14.2.1996 – 11 VR 40.95, KirchE 34, 45; bekräftigt durch B. v. 22.3.1996 – 7 KSt 5.96, KirchE 34, 120; vgl. dazu *Hermann Weber*, Verfassungsunmittelbare Gewährleistung der Gebührenfreiheit der Kirchen? – BVerwG, NVwZ 1996, 786 und 787, in: JuS 1997, S. 113 ff.

¹⁷² Vgl. FG München, U. v. 29.2.1996 – 15 K 4332/93, KirchE 34, 72; sowie FG Hamburg, U. v. 7.9.2004 – VII 16/01, KirchE 46, 87.

als abzugsfähige Sonderausgaben nach § 10b Abs. 1 S. 1 EStG anerkannt¹⁷³.

Ein weiterer Schwerpunkt der einschlägigen Rechtsprechung ist die Auslegung von Befreiungstatbeständen zugunsten von Kirchen und Religionsgemeinschaften. Während das Finanzgericht Düsseldorf die Grundsteuerfreiheit für ein direkt an das Gemeindezentrum der Religionsgemeinschaft angrenzendes unbebautes Wiesengrundstück bejahte¹⁷⁴, lehnte das Finanzgericht Kassel die Grundsteuerbefreiung für ein Kulturzentrum eines jüdischen Vereins ab¹⁷⁵; das Nds. Finanzgericht sah einen islamischen Dachverband ebenfalls als grundsteuerpflichtig an¹⁷⁶. Ferner hat das Finanzgericht Kassel die Grundsteuerbefreiung für die Dienstwohnung eines Dekans verneint¹⁷⁷; zuletzt hat der Bundesfinanzhof die Befreiung von der Grunderwerbsteuer nach § 4 Nr. 1 GrEStG für den Fall abgelehnt, daß eine – an sich begünstigte – Religionsgemeinschaft mit Körperschaftsstatus ein Grundstück von einer konfessionsverschiedenen Gemeinschaft erwirbt¹⁷⁸. Ebenfalls negativ beschieden haben die Finanzgerichte die Forderung nach Gerichtskostenfreiheit der Kirchen vor ihnen selbst¹⁷⁹. Ganz grundsätzlich hat schließlich der Bundesfinanzhof die Beschränkung der Grundsteuerbefreiung auf korporierte Religionsgesellschaften sowie jüdische Kultusgemeinden für verfassungskonform erklärt und die Klage eines muslimischen Verbandes abgewiesen¹⁸⁰.

Zuletzt hat das Finanzgericht Kassel auf die Klage einer öffentlich-rechtlich verfaßten Religionsgemeinschaft hin klargestellt, daß deren Selbstbestimmungsrecht nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV nicht das Recht umfasse, durch autonome Satzung

¹⁷³ BFH, U. v. 23. 9. 1999 – XI R 66/98, KirchE 37, 322.

¹⁷⁴ FG Düsseldorf, U. v. 23. 11. 1999 – 11 K 2087/98 Gr, KirchE 37, 438.

¹⁷⁵ FG Düsseldorf, B. v. 28. 6. 2007 – 11 V 1910/07 A (BG), KirchE 49, 446.

¹⁷⁶ Nds. FG, B. v. 4. 9. 2007 – V 129/07, KirchE 50, 118.

¹⁷⁷ FG Kassel, U. v. 28. 1. 2009 – 3 K 2219/07, KirchE 53, 30.

¹⁷⁸ BFH, U. v. 1. 9. 2011 – II R 16/10, KirchE 58, 123. A. A. noch FG Hamburg, U. v. 5. 11. 2009 – 3 K 71/09, KirchE 54, 324.

¹⁷⁹ Hess. FG, B. v. 23. 4. 1997 – 12 Ko 2966/96, KirchE 35, 138; BFH, B. v. 11. 11. 1997 – VII E 6/97, KirchE 35, 477.

¹⁸⁰ BFH, U. v. 30. 6. 2010 – II R 12/09, KirchE 55, 419; vgl. dazu *Andreas Herlinghaus*, Beschränkung der Grundsteuerbefreiung auf korporierte Religionsgemeinschaften und jüdische Kultusgemeinden verfassungsgemäß, in: BFH-Richter kommentieren für die Praxis (BFH/PR) 2010, S. 494 ff.

zu bestimmen, welche Teile der Bezüge ihrer Geistlichen steuerfrei seien¹⁸¹.

- 57 Zunehmend werden daneben – wiederum eine Relevanzebene tiefer – Fragen der Umsatzsteuer verhandelt. Hier hat der Bundesfinanzhof Dienstleistungen eines Vereins gegenüber einer ihm als Mitglied angehörenden korporierten Religionsgemeinschaft als steuerbar eingestuft, für die der Verein eine „Jahreszuweisung“ aus dem Haushalt der letzteren erhielt¹⁸². Steuerrechtliche Details sind auch in der erfolgreichen Klage eines ordensähnlichen religiösen Vereins zur Behandlung der Unterhaltsleistungen für solche Mitglieder angesprochen, die in seinem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb eingesetzt sind¹⁸³.

IV. Rechtsschutz durch die Verfassungsgerichtsbarkeit

- 58 Fragt man nach genuin verfassungsgerichtlichem Rechtsschutz der Kirchen und Religionsgemeinschaften, so steht die Möglichkeit der Anrufung des Bundesverfassungsgerichts unangefochten im Zentrum der Aufmerksamkeit (1.); allerdings könnte der Grundrechtsschutz durch Landesverfassungsgerichte zukünftig wichtiger werden (2.).

1. Bundesverfassungsgericht

- 59 Aus dem breiten Kompetenzkatalog des Bundesverfassungsgerichts gem. Art. 93 Abs. 1 GG bzw. § 13 BVerfGG kommt realistischerweise nur die Individualverfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a bzw. § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG in Betracht (allenfalls ergänzt um die einstweilige Anordnung gem. § 32 BVerfGG). Die übrigen Verfahren können von Religionsgesellschaften nur mittelbar initiiert werden, indem entweder Gerichte auf entsprechenden Vortrag Gesetze i.S. v. Art. 100 Abs. 1 GG vorlegen oder politische Akteure insbesondere Gebrauch von abstrakter Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG¹⁸⁴) oder Organstreit (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG)

¹⁸¹ Hess. FG, U. v. 11. 4. 2011 – 10 K 1444/08, KirchE 57, 328.

¹⁸² BFH, U. v. 27. 11. 2008 – V R 8/07, KirchE 52, 290 (kirchlicher Medien dienst).

¹⁸³ BFH, U. v. 17. 12. 1997 – I R 58/97, KirchE 35, 516.

¹⁸⁴ Hier ist unverkennbar, daß etwa beide Normenkontrollanträge der Unionsabgeordneten im Deutschen Bundestag gegen die Neuregelung des Abtreibungsrechts (vgl. BVerfGE 39, 1 bzw. 88, 203) jedenfalls nicht gegen den erbitterten Widerstand der katholischen Kirche zustandegekommen sind:

machen; das Geschehen verläßt dann aber den Raum des eigentlichen Rechtsschutzes im engeren Sinne und wechselt zumindest partiell in die politische Arena. In der frühen Nachkriegszeit erwogene Modelle, den Kirchen entweder spezielle Normenkontrollrechte einzuräumen¹⁸⁵ oder sie zu verfassungsrechtlichen Akteuren des Organstreits zu machen¹⁸⁶, haben sich (zu Recht) nicht durchsetzen können.

Als zentral kristallisieren sich danach im Rahmen des geläufigen Prüfungsschemas der Verfassungsbeschwerde¹⁸⁷ die Beschwerdefähigkeit gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG sowie die Beschwerdebefugnis (ebenfalls § 90 Abs. 1 BVerfGG) heraus. Im ersten Fall geht es um die Reichweite der Erstreckung in den kirchlichen Organisationsraum hinein, im zweiten Fall um die Frage, ob und wie die verschiedenen Rechtspositionen nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 ff. WRV „wehrfähig“ gemacht werden.

In Sachen *Beschwerdefähigkeit* zieht das Bundesverfassungsgericht seit jeher den Kreis der potentiellen Träger der Religionsfreiheit weit¹⁸⁸. Gegen Kritik aus der Literatur stellt es dabei ganz überwiegend nicht auf die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen i. S. v. Art. 19 Abs. 3 GG ab¹⁸⁹, sondern leitet auch die sog. korporative Reli-

statt aller *Michael Gante*, Das 20. Jahrhundert (II). Rechtspolitik und Rechtswirklichkeit, in: Geschichte der Abtreibung, hg. von Robert Jütte, 1993, S. 169 (199 ff.).

¹⁸⁵ So etwa *Günther Küchenhoff*, Naturrecht und Christentum, 1948, S. 132 f. (zu dessen NS-Belastung wie möglicher Kontinuität in seinem Werk nach 1945 *Fabian Wittreck*, Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht, 2008, S. 23 m. Fn. 15); zu den Resten in Bremen und Rheinland-Pfalz siehe unten IV. 2.

¹⁸⁶ Vorstöße in diese Richtung bei *Karl Jürgen Nagel*, Die Aktivlegitimation der Religionsgesellschaften öffentlichen Rechts in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, Diss. iur. Göttingen 1953, S. 105 ff.

¹⁸⁷ Siehe statt vieler nur *Klaus Schlaich / Stefan Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl. 2015, Rn. 206 ff.; *Andreas Voßkuhle*, in: Hermann v. Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. III, 7. Aufl. 2018, Art. 93, Rn. 164 ff.

¹⁸⁸ Dies untermauern *Stefan Ruppert*, in: Dieter C. Umbach / Thomas Clemens / Franz-Wilhelm Dollinger (Hg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 90, Rn. 34; *Axel Frhr. v. Campenhausen / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2007, S. 52 f.; *Hans Lechner / Rüdiger Zuck*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 7. Aufl. 2015, § 90, Rn. 53.

¹⁸⁹ Vgl. BVerfGE 19, 129 (132); 99, 100 (118, Rn. 75); 123, 148 (171, Rn. 147); 137, 273 (329 f., Rn. 146); zustimmend *Wolfgang Rübner*, Grundrechtsträger (§ 196), in: HStR³, Bd. IX, 2011, Rn. 75. Kritisch etwa *Josef Isensee*, § 199, Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen, ebd., Rn. 109; *Dreier*, in: ders. (o. Fn. 56), Bd. I, Art. 19 III, Rn. 93 unter Hinweis auf die Ausnahme in BVerfGE 105, 279 (293, Rn. 50) – *Osho*.

gionsfreiheit unmittelbar aus Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG her¹⁹⁰. Deren Träger hat es zuletzt wie folgt umschrieben¹⁹¹:

62 „Dieser Schutz steht nicht nur Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu, sondern auch von diesen selbstständigen oder unselbstständigen Vereinigungen, wenn und soweit sich diese die Pflege des religiösen oder weltanschaulichen Lebens ihrer Mitglieder zum Ziel gesetzt haben. Voraussetzung dafür ist aber, dass der Zweck der Vereinigung gerade auf die Erreichung eines solchen Zieles gerichtet ist und eine hinreichende institutionelle Verbindung zu einer Religionsgemeinschaft besteht (vgl. BVerfGE 24, 236 [246 f.]).“

63 Neben den Bistümern der katholischen Kirche wie den evangelischen Landeskirchen¹⁹² sind danach beteiligungs- bzw. beschwerdefähig nach § 90 Abs. 1 BVerfGG einzelne Kirchengemeinden¹⁹³, privatrechtliche organisierte Religionsgemeinschaften¹⁹⁴ wie Weltanschauungsgemeinschaften¹⁹⁵, „Ausländervereine“ i. S. v. § 14 VereinsG ebenso wie ausländische Vereine i. S. v. § 15 VereinsG¹⁹⁶ sowie zuletzt

¹⁹⁰ BVerfGE 137, 273 (309, Rn. 98): „Art. 4 Abs. 1 und 2 GG [...] beinhaltet notwendigerweise neben der Freiheit des Einzelnen zum privaten und öffentlichen Bekenntnis seiner Religion oder Weltanschauung (vgl. nur BVerfGE 24, 236 [245]; 69, 1 [33 f.]; 108, 282 [297]) auch die Freiheit, sich mit anderen aus gemeinsamem Glauben oder gemeinsamer weltanschaulicher Überzeugung zusammenzuschließen (vgl. BVerfGE 42, 312 [323]; 53, 366 [387]; 83, 341 [355]; 105, 279 [293]).“ – Zustimmend aus der Literatur *Carsten Pagels*, Schutz- und förderpflichtrechtliche Aspekte der Religionsfreiheit, 1999, S. 64. Differenzierend, aber schließlich ebenfalls mit dem Rückgriff auf Art. 19 Abs. 3 GG *Stefan Muckel*, Schutz von Religion und Weltanschauung (§ 96), in: HGR, Bd. IV/1, 2011, Rn. 65 sowie *Michael Germann*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 4, Rn. 29.1.

¹⁹¹ BVerfGE 137, 273 (309, Rn. 99).

¹⁹² Siehe *Gunter Barwig*, Die Geltung der Grundrechte im kirchlichen Bereich, 2004, S. 47 f.; *Peter Unruh*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 187), Art. 137 WRV, Rn. 153 f.; BVerfGE 125, 39 (40).

¹⁹³ Angefangen beim Gemeindeteilungsbeschluss (oben Fn. 14): BVerfGE 18, 385 (385 f.).

¹⁹⁴ BVerfGE 102, 370 (383, Rn. 56) – *Zeugen Jehovas*; vgl. zum Problem *Hermann Weber*, Körperschaftsstatus für die Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas in Deutschland?, in: ZevKR 41 (1996), S. 172 ff.; *Christoph Link*, Zeugen Jehovas und Körperschaftsstatus, in: ZevKR 43 (1998), S. 1 ff.; *Stefan Muckel*, Körperschaftsrechte für die Zeugen Jehovas?, in: JURA 2001, S. 456 ff.; *Michael Sachs*, Körperschaftsstatus von Religionsgemeinschaften – „Zeugen Jehovas“ in: JuS 2001, S. 496 ff.; *Stefan Magen*, Zum Verhältnis von Körperschaftsstatus und Religionsfreiheit, in: NVwZ 2001, S. 888 ff.

¹⁹⁵ BVerfGE 105, 279 (293, Rn. 50) – *Osho*.

¹⁹⁶ BVerfGE 2, 22 (24) – *Verbot des Kalifatsstaates*. Das Gericht stellt dabei die Beschwerdefähigkeit des Ausländervereins ausdrücklich fest, ohne die des ausländischen Vereins explizit zu verneinen.

der kirchliche Träger eines Krankenhauses¹⁹⁷. Sofern sich die Religionsgesellschaften dabei der Privatrechtsform bedienen und – gerade im caritativen Bereich – auch Einnahmen in nicht unerheblichem Umfang erzielen, prüft das Gericht allerdings, ob „die religiöse Dimension nicht in einem Maße gegenüber rein ökonomischen Erwägungen in den Hintergrund [tritt], das geeignet wäre, die Prägung durch das glaubensdefinierte Selbstverständnis in Frage zu stellen“¹⁹⁸. Umgekehrt steht der Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts der Beschwerdefähigkeit nicht entgegen¹⁹⁹.

Gegen wachsende Kritik in der Literatur, die u. a. mit Verweis auf die Weimarer Verfassungstradition die in Art. 136 ff. WRV enthaltenen subjektiven Rechte ungeachtet ihrer fehlenden Erwähnung in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG als verfassungsbeschwerdefähig ausweisen will²⁰⁰, hält das Bundesverfassungsgericht zugleich daran fest, daß die Beschwerdebefugnis nur unter Berufung auf Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG begründet werden kann²⁰¹.

Allerdings hat es namentlich in der Entscheidung zur Berliner Regelung der Adventssonntage²⁰² eine Verknüpfung mit Art. 139 WRV vorgenommen, die im Schrifttum verbreitet auf Widerspruch gestoßen ist²⁰³. Danach hat das Gericht die Beschwerdebefugnis der Kir-

¹⁹⁷ BVerfGE 137, 273 (281 f., 329 ff., Rn. 13, 146 ff.).

¹⁹⁸ BVerfGE 137, 273 (330 f., Rn. 150). – Vgl. zuvor BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), BVerfGK 9, 371 (377, Rn. 17 f.) = KirchE 48, 398 zur Verweigerung der Einreise des Führers der sog. Mun-Sekte.

¹⁹⁹ Siehe BVerfGE 125, 39 (73, Rn. 119); aus der Literatur nur Dreier, in: ders. (o. Fn. 56), Bd. I, Art. 1 III, Rn. 74 ff.

²⁰⁰ Dafür Mückl, Grundlagen des Staatskirchenrechts (o. Fn. 1), Bd. VII, Rn. 116; Martin Morlok, in: Dreier (o. Fn. 48), Bd. I, Art. 4, Rn. 109; Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 18), Art. 140, Rn. 3. Im Ergebnis ablehnend, aber mit Versuchen zur Begründung der Durchsetzbarkeit der staatskirchenrechtlichen Rechte mittels der Verfassungsbeschwerde Martin Borowski, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, 2006, S. 322 (324 ff.).

²⁰¹ Zusammenfassend Axel Frhr. v. Campenhausen, Religionsfreiheit (o. Fn. 1), Rn. 126; Morlok, in: Dreier (o. Fn. 200), Art. 4, Rn. 111; Jarass, in: ders./Pieroth (o. Fn. 56), Art. 140, Rn. 2.

²⁰² BVerfGE 125, 39 = KirchE 54, 402.

²⁰³ Siehe Julian v. Lucius, Sonntag für alle. Rechtsvergleichende Anmerkungen zur verfassungsrechtlichen Rechtsprechung zum gesetzlichen Sonntagsschutz, in: KritV 93 (2010), S. 190 (197 ff.); Hinnerk Wißmann/David Heuer, „Hirten der Verfassung“? – das BVerfG, die Kirchen und der Sonntagsschutz, in: JURA 2011, S. 214 (216 ff.); sowie Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 18), Art. 140 GG/Art. 139 WRV, Rn. 1. Für ein subjektives Recht auf Sonntagsschutz im Vorfeld Wolfgang Mosbacher, Sonntagsschutz und Ladenschluß. Der verfassungsrechtliche Rahmen für den Ladenschluß an Sonn- und Feiertagen und seine subjektiv-rechtliche Dimension, 2007, S. 294 ff.

chen bejaht, weil die „Frage eines etwaigen Überwirkens der objektivrechtlichen Schutzgarantie des Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV auf das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG im Sinne einer Konkretisierung und Stärkung des Grundrechtsschutzes“ noch ungeklärt sei²⁰⁴.

- 66** Auf Verfassungsbeschwerden von Kirchen bzw. Religionsgesellschaften und den ihnen danach zuzuordnenden Trägern gehen vor diesem Hintergrund folgende neuere Entscheidungen zurück²⁰⁵: Nach einer Spaltung innerhalb der griechisch-orthodoxen Kirche scheiterte ein nach mehrheitlichem Verständnis „schismatischer“ Verein mit seiner Beschwerde gegen die Forderung des Freistaates Bayern nach Rückgabe der bislang kostenlos zur Verfügung gestellten St. Salvator-Kirche²⁰⁶. Die Gemeinschaft „Universelles Leben“ drang mit ihrem Vortrag ebenfalls nicht durch, aus Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG folge eine Schutzpflicht des Inhalts, Vorschriften über die Aberkennung des Status der sog. altkorporierten Religionsgesellschaften i. S. v. Art. 137 Abs. 5 S. 1 WRV zu schaffen, sofern diese es an Rechtstreue mangeln ließen, indem sie sog. Sekten „mundtot machten“²⁰⁷. Hierher zählen ferner: der Körperschaftsstatus der Zeugen Jehovas²⁰⁸; die Bestätigung des Vereinsverbots zu Lasten des sog. Kalifatsstaates²⁰⁹ sowie

²⁰⁴ BVerfGE 125, 39 (73 f., Rn. 120). – Aufgenommen und über Art. 9 Abs. 3 GG auf Gewerkschaften erstreckt wird diese Erweiterung von Sächs. OVG, B. v. 1.11.2010 – 3 B 291/10, KirchE 56, 348 sowie BVerwG, U. v. 11.11.2015 – 8 CN 2.14, Rn. 18 und zuletzt OVG NRW, B. v. 18.12.2015 – 4 B 1463/15, Rn. 12 ff.

²⁰⁵ Die Darstellung schließt auch hier an die Zweitaufgabe an; vgl. Weber, Rechtsschutz (o. Fn. 1), S. 1068 ff.

²⁰⁶ BVerfGE 99, 100; siehe dazu oben bei und in Fn. 12 sowie Fridtjof Filmer / Christoph Görisch, Die Reichweite des grundgesetzlichen Kirchengutschutzes. Zur St.-Salvator-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: ZevKR 45 (2000), S. 453 ff.

²⁰⁷ BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), in: NVwZ 2001, S. 908; siehe dazu Ralf Abel, Die Entwicklung der Rechtsprechung zu neueren Glaubens- und Weltanschauungsgemeinschaften, in: NJW 2003, S. 264 (264).

²⁰⁸ BVerfGE 102, 370 – Zeugen Jehovas; vgl. aus der reichhaltigen Besprechungsliteratur (oben Fn. 194) noch Christian Hillgruber, Der Körperschaftsstatus von Religionsgemeinschaften: objektives Grundverhältnis oder subjektives Grundrecht, in: NVwZ 2001, S. 1347 ff. sowie Axel Frhr. v. Campenhausen, Körperschaftsstatus der Kirchen und Religionsgemeinschaften. Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu den Zeugen Jehovas, in: ZevKR 46 (2001), S. 165 ff.

²⁰⁹ BVerfGK 2, 22 = KirchE 44, 247; aus der Literatur Ulf Häußler, Zur Verfassungsmäßigkeit des Verbots einer als Verein organisierten Religionsgemeinschaft, in: ZAR 2003, S. 416 ff. sowie Lothar Michael, Verbote von Religionsgemeinschaften, in: JZ 2002, S. 482 ff.

eines Ablegers der „Muslimbrüder“²¹⁰; der Vergleichsvorschlag zum Brandenburger Unterrichtsmodell „Lebenskunde – Ethik – Religion“, bei dem im Kern die Zuordnung zum Normalmodell des Art. 7 Abs. 3 GG oder zur „Bremer Klausel“ des Art. 141 GG strittig war²¹¹; die Nichtigerklärung der brandenburgischen Regelung zur finanziellen Förderung jüdischer Gemeinden, nach der die Vergabe der Landesmittel in den Händen eines Landesverbandes lag, der über die Verteilung an mit ihm konkurrierende Gemeinden zu entscheiden hatte²¹²; die Aufhebung der Berliner Regelung, die alle Adventssonntage für verkaufsoffen erklärte²¹³, sowie die Feststellung, daß ein gegenüber dem Oberhaupt einer „Sekte“ ausgesprochenes Einreiseverbot die Religionsfreiheit der Gemeinschaft verletze²¹⁴. Ein kirchlicher Träger einer Altenpflegeeinrichtung konnte sich unter Berufung auf das Selbstbestimmungsrecht und weitere Grundrechte hingegen nicht gegen eine landesrechtliche Regelung zur Belegungspflicht seiner wohlgeordnet öffentlich geförderten Einrichtung wehren²¹⁵. Ferner ist

²¹⁰ BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), B. v. 27. 12. 2007 – 1 BvR 853/06, KirchE 50, 449: Unzulässigkeit mangels nachgewiesenen Sitzes in Deutschland.

²¹¹ BVerfGE 104, 305 sowie 106, 210; vgl. dazu *Christoph Link*, Religionsunterricht in Deutschland, in: ZevKR 47 (2002), S. 449 ff.; *Janbernd Oebbecke*, Der Islam und die Reform des Religionsverfassungsrechts, in: ZfP 55 (2008), S. 49 (53); *Ulrich Willems*, Reformbedarf und Reformfähigkeit der Religionspolitik in Deutschland, in: ZfP 55 (2008), S. 64 (80); *Stefan Koriath*, Ethik- oder Religionsunterricht? Eine Bestandsaufnahme aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: ZG 24 (2009), S. 222 ff. sowie zuletzt *Hinnerk Wißmann*, in: BK (o. Fn. 44), Art. 7, Rn. 146 ff.

²¹² BVerfGE 123, 148 = KirchE 53, 290; die Entscheidung beruht auf der Verfassungsbeschwerde der „Gesetzestreuenden Jüdischen Landesgemeinde“. Näher *Kyrill-A. Schwarz*, Die staatliche Finanzierung von Religionsgesellschaften. Zugleich Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 12. 5. 2009 – 2 BvR 890/06, in: KuR 15 (2009), S. 241 ff. sowie *ders.*, Recht und Religion, in: BayVBl. 2014, S. 677 (678 f.). – Vgl. zuvor OVG Brandenburg, U. v. 10. 5. 2005 – 1 A 744/03, KirchE 47, 175.

²¹³ BVerfGE 125, 39; vgl. dazu *v. Lucius*, Sonntag für alle (o. Fn. 203), S. 190 ff.; sowie *Wißmann / Heuer*, Hirten der Verfassung (o. Fn. 203), S. 214 ff.

²¹⁴ BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), BVerfGK 9, 371 – *Mun-Sekte*; vgl. dazu knapp *Thomas Roeser*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrecht auf Asyl und zum Ausländerrecht in den Jahren 2005 und 2006, in: EuGRZ 2007, S. 397 (409 f.). – Vgl. zuvor BVerwG, U. v. 10. 7. 2001 – 1 C 35/00, KirchE 39, 217; OVG RP, U. v. 7. 6. 2002 – 12 A 10349/99, KirchE 40, 299.

²¹⁵ BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), in: DVBl. 2007, S. 1555 (1560 ff., Rn. 85 ff.); siehe dazu nur *Guido Wißmann*, Die Inanspruchnahme des Rechts auf religiöse Selbstbestimmung durch kirchliche Altenpflegeeinrichtungen, in: VerwArch. 101 (2010), S. 584 ff.

die bereits angesprochene Chefarzt-Entscheidung zu verzeichnen²¹⁶. Etwa zeitgleich gab das Gericht der Beschwerde einer jüdischen Kultusgemeinde statt, die einen Neuzugezogenen aufgrund der Angabe „mosaisch“ in der Meldebescheinigung als Mitglied reklamierte, obwohl dieser die Zuordnung zu einer liberaleren Ausrichtung des Judentums vorzog²¹⁷. Die vorletzte Entscheidung geht einmal mehr auf eine Verfassungsbeschwerde der Zeugen Jehovas zurück und hat – mit durchaus ausbaufähiger Begründung – die traditionelle Verleihung des Körperschaftsstatus durch die Bremer Bürgerschaft zu Fall gebracht²¹⁸. Zuletzt hat das Gericht in einem Kammerbeschluß Gerichts- und Behördenentscheidungen aufgehoben, die einer vereinsrechtlich organisierten Glaubensgemeinschaft, die der Erzdiözese der Syrisch-Orthodoxen Kirche von Antiochien angehört, die Errichtung von Priestergräbern unter ihrer in einem Industriegebiet gelegenen Kirche versagten²¹⁹.

²¹⁶ BVerfGE 137, 273; vgl. oben bei und in Fn. 5 sowie die Folgeentscheidung BAGE 166, 1.

²¹⁷ BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), in: NVwZ 2015, S. 517; vgl. dazu *Johannes Kuntze*, Selbstverschuldet Mitglied in einer Religionsgemeinschaft?, in: ZevKR 61 (2016), S. 86 ff. – Das Gericht sah in den strengeren Anforderungen der Verwaltungsgerichte an die Feststellung der Mitgliedschaft eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts in Gestalt des Rechts zur autonomen Ordnung der Mitgliedschaft.

²¹⁸ BVerfG, B. v. 30.6.2015 – 2 BvR 1282/11, in: NVwZ 2015, S. 1434 – *Zeugen Jehovas II* und dazu *Stefan Muckel*, Die Zweitverleihung der Körperschaftsrechte an Religionsgemeinschaften – immer noch umstritten, in: NVwZ 2015, S. 1426 ff.; *Benedikt Beckermann*, Die Verleihung des Körperschaftsstatus an Religionsgemeinschaften als Zuordnungskonflikt zwischen Parlament und Verwaltung. Zugleich eine Anmerkung zu den Auswirkungen des Zweitverleihungsbeschlusses, insbesondere auf das Körperschaftsstatusgesetz NRW, in: DÖV 2016, S. 112 ff.; *Michael Sachs / Christian Jasper*, Die Verleihung des Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts an Religionsgesellschaften. Anmerkungen zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 30.6.2015 (2 BvR 1282/11) zum Körperschaftsstatus der Zeugen Jehovas, in: NWVBl. 2016, S. 1 ff. – Die Entscheidung wirft eine Vielzahl von Fragen auf, von denen hier nur zwei aufgegriffen werden sollen: Zunächst irritiert, daß Art. 31 GG gar nicht, Art. 142 GG nur im Sondervotum erwähnt wird (dort Rn. 2). Und die Ausführungen zur Gewaltenteilung erschöpfen sich im Kern in der Feststellung, daß die übrigen Bundesländer es diesbezüglich anders halten als Bremen – das ist für eine „wesenhafte“ Zuordnung einer konkreten Kompetenz ein bißchen dürrtig.

²¹⁹ BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), B. v. 9.5.2016 – 1 BvR 2202/13 unter mehrfachem Rekurs (Rn. 51, 72, 74) auf den Nomokanon des *Grigūriyūs bar ʿEbrāyā* („Barhebraeus“; † 1286); vgl. zu dieser Quelle wie ihrem normativem Status *Fabian Wittreck*, Interaktion religiöser Rechtsordnungen, 2009, S. 120 f. m. w. N.

Die Verfassungsbeschwerde einer Weltanschauungsgemeinschaft war im Fall „Osho“ gegen pejorative Äußerungen der Bundesregierung gegen diese „Psychosekte“ teilweise erfolgreich²²⁰. Hingegen scheiterte der Versuch des Humanistischen Verbandes Berlin-Brandenburg, in Brandenburg per Verfassungsbeschwerde die Einführung des Faches „Humanistische Lebenskunde“ zu erzwingen, zunächst am richterrechtlichen Konstrukt der sog. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde²²¹.

Schließlich gehören in quasi spiegelbildlicher Perspektive diejenigen Entscheidungen hierher, in denen das Bundesverfassungsgericht kirchlichen Amtsträgern im Ergebnis gerade keinen Rechtsschutz gewährt hat; dazu zählen die gleich mehrfach aufgerufene Rechtssache *Bauder*²²², die *causa Lüdemann*²²³, die bereits angesprochene

²²⁰ BVerfGE 105, 279 = KirchE 40, 336 (der Begriff als solcher wurde wohlgemerkt nicht beanstandet: Rn. 48); siehe dazu nur *Peter M. Huber*, Die Informationsfähigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?, in: JZ 2003, S. 290 ff.; *Herbert Bethge*, Zur verfassungsrechtlichen Legitimation informalen Staatshandelns der Bundesregierung: BVerfG, B. v. 26. 6. 2002 – 1 BvR 558/91 und 1 BvR 1428/91 – „Glykol“, BVerfG, B. v. 26. 6. 2002 – 1 BvR 670/91 – „Osho“, in: JURA 2003, S. 327 ff. sowie *Mario Martini*, Der informierende Staat als Katalysator der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, in: DÖV 2013, S. 573 ff. – Ohne Erfolg blieb hingegen die anschließende Beschwerde eines Vereins derselben Bewegung gegen Äußerungen einer Landesregierung: BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), B. v. 12. 8. 2002 – 1 BvR 1044/93, KirchE 41, 34; siehe ferner (ebenso abschlägig) BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), B. v. 6. 12. 2002 – 1 BvR 1919/95, KirchE 41, 237 – *Transzendente Meditation*.

²²¹ BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), in: LKV 2004, S. 54. – Vgl. zur Subsidiarität statt aller *Birgit Peters / Markus Till*, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, in: JuS 2013, S. 865 ff.

²²² Siehe zunächst BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), in: NVwZ 1999, S. 758 (Abweisung als unzulässig wegen fehlender Erschöpfung des Rechtswegs) sowie im zweiten Anlauf BVerfGE 111, 1 (mit beidemend Sondervotum *Lübbe-Wolff*: 7 ff., Rn. 22 ff.): Annahmeveroraussetzungen nicht gegeben, da selbst bei Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Klägers kein für ihn günstigeres Ergebnis zu erwarten wäre. Dazu *Michael Droege*, Neues zum „Quis judicabit?“ – oder: Ist das Bundesverfassungsgericht (k)ein staatliches Gericht?, in: ZevKR 49 (2004), S. 763 ff. sowie *Helmut Goerlich*, Anmerkung, in: JZ 2004, S. 793 f. – Vgl. zur Fortsetzung vor dem EGMR unten VI. 1.

²²³ BVerfGE 122, 89 = KirchE 52, 173 und dazu *Klaus Ferdinand Gärditz*, Anmerkung – Zur hochschulrechtlichen Stellung akademischer Theologie, in: JZ 2009, S. 515 ff.; *Carsten Bäcker*, Wissenschaft als Amt. Das verfassungsrechtliche Hochschullehrerbeamtenrecht aus Art. 33 Abs. 5 GG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 GG, in: AöR 135 (2010), S. 78 (86 ff.). – Der Beschwerdeführer, Professor für das Neue Testament an einer evangelisch-theologischen Fakultät einer staatlichen Hochschule, hatte sich öffentlich vom Christentum losgesagt und war daraufhin mit anderen Lehraufgaben betraut worden.

Kammerentscheidung, die das Dienst- und Amtsrecht *in toto* der staatlichen Gerichtsbarkeit entzieht²²⁴, sowie eine weitere Kammerentscheidung, die auf der gleichen Linie die Klärung des Status eines verstorbenen Geistlichen auf die Kirchenggerichtsbarkeit verweist²²⁵. Ebenfalls ohne Erfolg blieb die Verfassungsbeschwerde eines Mitgliedes der jüdischen Gemeinde in Wiesbaden, der die fehlerhafte Wahl der Gemeindegremien gerügt hatte²²⁶.

2. Landesverfassungsgerichte

69 Der (Grund-)Rechtsschutz durch Landesverfassungsgerichte ist erst in der jüngeren Vergangenheit verstärkt in den Fokus der rechtswissenschaftlichen Aufmerksamkeit gerückt²²⁷. Hauptgründe dürften die vermehrte Eröffnung der Landesverfassungsbeschwerde in den Verfassungen der neuen Bundesländer bzw. in den nach der

²²⁴ BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), in: NJW 2009, S. 1195; vgl. oben II. (bei und in Fn. 16).

²²⁵ BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), in: NJW 1999, S. 350 = Kirch-E 36, 409; vgl. dazu knapp *Christian Kirchberg*, Staatlicher Rechtsschutz in Kirchensachen, in: NVwZ 1999, S. 734 f.; sowie *Karl-Hermann Kästner*, Vergangenheit und Zukunft der Frage nach rechtsstaatlicher Judikatur in Kirchensachen, in: ZevKR 48 (2003), S. 301 ff.

²²⁶ BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), in: NJW 1999, S. 350 = Kirch-E 36, 406; vgl. auch dazu *Kirchberg*, Staatlicher Rechtsschutz (o. Fn. 225), S. 734 f.

²²⁷ Ältere Übersicht: *Ekkehard Schumann*, Verfassungsbeschwerde (Grundrechtsklage) zu den Landesverfassungsgerichten, in: *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, hg. von Christian Starck/Klaus Stern, Bd. II, 1983, S. 149 ff.; vgl. aus der Debatte seit BVerfGE 96, 345 *Horst Dreier*, Grundrechtsschutz durch Landesverfassungsgerichte, 2000, S. 8 ff.; *Bernd Wermeckes*, Der erweiterte Grundrechtsschutz in den Landesverfassungen, 2000, S. 47 ff.; *Bodo Wolff*, Das Grundgesetz als prinzipialer Entscheidungsmaßstab bei der Landesverfassungsbeschwerde, 2001; *Georg Ott*, Landesgrundrechte in der bundesstaatlichen Ordnung, 2002, S. 153 ff.; *Hans-Peter Schneider*, Die Landesverfassungsbeschwerde. Ein Stiefkind bundesstaatlichen Grundrechtsschutzes?, in: NdsVBl. Sonderheft zum 50-jährigen Bestehen des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs, 2005, S. 26 ff.; *Jörn Ipsen*, Grundfragen der Landesverfassungsbeschwerde, in: *Festschrift für Eberhard Stitz* zum 65. Geburtstag, hg. von Mathias Habersack / Karl Huber / Gerald Spindler, 2014, S. 321 ff.; *Fabian Wittreck*, Schließung einer Rechtsschutzlücke oder Arbeitsbeschaffungsmaßnahme? – Perspektiven der Landesverfassungsbeschwerde in Nordrhein-Westfalen, in: *Rechtsschutz vor dem Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen. Einführung einer Individualverfassungsbeschwerde – Pro und Contra*, hg. von der Präsidentin des Landtags NRW / Präsidentin des Verfassungsgerichtshofs für das Land NRW, 2016, S. 15 ff.

Wiedervereinigung grundlegend überarbeiteten westdeutschen Urkunden²²⁸ sowie die durchaus selbstbewußte und von den Bürgerinnen und Bürgern inzwischen auch rege nachgefragte Rechtsprechung zumindest einzelner Landesverfassungsgerichte sein²²⁹. Für Kirchen und Religionsgemeinschaften ist der landesverfassungsgerichtliche Rechtsschutz perspektivisch deshalb attraktiv²³⁰, weil die Regeln des Religionsverfassungsrechts zahlreicher Bundesländer gegenüber den Art. 4 Abs. 1 u. 2, Art. 7 und 140 GG (i. V. m. Art. 136 ff. WRV) substantielle Mehrgewährleistungen enthalten²³¹, die angesichts der Landeskompetenz für das Kulturrecht²³² (vgl. Art. 137 Abs. 8, Art. 138 Abs. 1 S. 2 WRV sowie im Sinne einer Garantie Art. 23 Abs. 6 S. 1 GG²³³) auch in dem Sinne „werthaltig“ sind, daß sie nicht ohne weiteres durch einfaches Bundesrecht nach Art. 31 GG gebrochen werden²³⁴ (eine weitere Grenze dürfte allerdings die jüngste Kopftuchentscheidung ziehen, wonach landesverfassungsrechtliche Privilegierungen christlicher Symbole oder Inhalte sich nicht gegen die Garantie der individuellen Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG durchsetzen²³⁵). Es kommt die Erwägung hinzu, daß – unterstellt, daß die nach

²²⁸ Statt aller *Klaus Stern*, Der Aufschwung der Landesverfassungsbeschwerde im wiedervereinigten Deutschland, in: *Verfassung als Verantwortung und Verpflichtung. Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs*, hg. vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof, 1997, S. 241 ff.

²²⁹ Dies gilt seit jeher für Bayern, inzwischen aber auch für Berlin, Brandenburg und Sachsen sowie in jüngerer Zeit für Rheinland-Pfalz, Baden-Württemberg (vgl. speziell dazu *Holger Zuck / Rüdiger Zuck*, Die Landesverfassungsbeschwerde in Baden-Württemberg, 2013, Rn. 30 ff. sowie *Thomas Krappel*, Landesverfassungsbeschwerde: Struktur, Dogmatik, Kontext, in: *VBlBW* 2015, S. 137 ff.) und Nordrhein-Westfalen (dazu *Fabian Wittreck*, Verfassungsrecht [§ 1], in: *Landesrecht Nordrhein-Westfalen*, hg. von Sabine Schlacke / Fabian Wittreck, 2. Aufl. 2020, Rn. 12, 65 f., 73).

²³⁰ Ältere Zusammenfassung bei *Axel Frhr. v. Campenhausen*, Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte, in: *Christian Starck / Klaus Stern* (Hg.), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, Bd. III, 1983, S. 403 ff.; siehe ferner *Weber*, Rechtsschutz (o. Fn. 1), S. 1072 ff.

²³¹ Im ersten Zugriff *Martin Morlok*, in: *Dreier* (o. Fn. 18), Bd. III, Art. 140, Rn. 24.

²³² Näher *Fabian Wittreck*, in: *Dreier* (o. Fn. 42), Bd. II, Vorb. zu Art. 70–74, Rn. 40; sowie *ders.*, ebd., Art. 70, Rn. 15.

²³³ Dazu statt aller *Ferdinand Wollenschläger*, in: *Dreier* (o. Fn. 42), Bd. II, Art. 23, Rn. 153.

²³⁴ Näher zu diesem Mechanismus (m. w. N.) *Dreier*, in: *ders.* (o. Fn. 42), Bd. II, Art. 31, Rn. 31 ff.; sowie *ders.*, in: *ders.* (o. Fn. 18), Bd. III, Art. 142, Rn. 46 ff.

²³⁵ Lies BVerfGE 138, 296 (349, Rn. 130): „Die Wahrnehmung des Erziehungsauftrags, wie er in Art. 7 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 3 der Verfassung des

wie vor sehr religionsfreundliche Judikatur des Bundesverfassungsgerichts möglicherweise nicht bruchlos fortgeführt werden wird²³⁶ – zumindest einzelne Landesverfassungsgerichte eingedenk der sich ausdifferenzierenden religiös-konfessionellen Ambiance mehr Verständnis für die Anliegen von Religionsgemeinschaften aufbringen könnten²³⁷.

70 Eröffnung und Reichweite der Landesverfassungsbeschwerde stellen sich im Überblick wie folgt dar: Verfassungsbeschwerden gegen jeden Akt der öffentlichen Gewalt gibt es in Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen;²³⁸ in Bayern²³⁹ ist die Verfassungsbeschwerde neben der Popularklage (dazu gleich in Rn. 72) auf Einzelakte beschränkt. Prüfungsmaßstab sind die Landesgrundrechte²⁴⁰, als die teilweise die

Landes Nordrhein-Westfalen umschrieben ist, rechtfertigt es nicht, Amtsträger einer bestimmten Religionszugehörigkeit bei der Statuierung von Dienstpflichten zu bevorzugen“; aus der reichhaltigen Besprechungsliteratur nur *Uwe Volkmann*, Dimensionen des Kopftuchstreits, in: JURA 2015, S. 1083 ff. – Im Überblick zu vergleichbaren Erziehungszielen in den Landesverfassungen *Frauke Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (o. Fn. 48), Bd. I, Art. 7, Rn. 18; siehe ferner *Wißmann*, in: BK (o. Fn. 211), Art. 7, Rn. 22 f. – Speziell zur der Sache nach inkriminierten Regelung näher *Jörg Ennuschat*, in: Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, hg. von Wolfgang Löwer / Peter J. Tettinger, 2002, Art. 7, Rn. 22 ff.

²³⁶ Zu Entwicklungstendenzen und -optionen siehe *Fabian Wittreck*, Perspektiven der Religionsfreiheit in Deutschland, in: Staat und Religion, hg. von Katharina Ebner/Tosan Kraneis/Martin Minkner u.a., 2014, S. 73 (87 ff.).

²³⁷ M. a. W. ist auf Sicht in Bayern mehr basales Verständnis für religiöse Anliegen zu erwarten als in Berlin; vgl. gegen die erste Intuition allerdings VerfGH Berlin, B. v. 16.8.1995 – VerfGH 1/95, KirchE 33, 307 sowie BayVerfGH, E. v. 15.1.1996 – Vf. 1-VII-95 u. a., KirchE 34, 17: erfolglose Verfassungsbeschwerden gegen die Abschaffung des Buß- und Bettages als allgemeiner Feiertag.

²³⁸ §§ 55 ff. Verfassungsgerichtshofgesetz (VerfGHG) Baden-Württemberg, Art. 84 Abs. 2 Nr. 6 Verf. Berlin, Art. 6 Abs. 2 Verf. Brandenburg, Art. 131 Abs. 1 Verf. Hessen („Grundrechtsklage“), Art. 53 Nr. 6 u. 7 Verf. Mecklenburg-Vorpommern, Art. 75 Nr. 5a Verf. NRW, §§ 53 ff. VerfGHG NRW, Art. 130a Verf. Rheinland-Pfalz, §§ 55 ff. VerfGHG Saarland, Art. 81 Abs. 1 Nr. 4 Verf. Sachsen, Art. 75 Nr. 6, 8 Verf. Sachsen-Anhalt i. V. m. § 2 Nr. 7, 7a, §§ 47 ff. Landesverfassungsgerichtsgesetz (LVerfGG) Sachsen-Anhalt, Art. 80 Abs. 1 Nr. 1 Verf. Thüringen.

²³⁹ Art. 98, 120 Verf. Bayern.

²⁴⁰ Art. 100 ff. Verf. Bayern, Art. 6 ff. Verf. Berlin, Art. 5 ff. Verf. Brandenburg, Art. 1 ff. Verf. Hessen, Art. 6 ff. Verf. Mecklenburg-Vorpommern, Art. 1 ff. Verf. Rheinland-Pfalz, Art. 1 ff. Verf. Saarland, Art. 4, 14 ff. Verf. Sachsen, Art. 4 ff. Verf. Sachsen-Anhalt, Art. 1 ff. Verf. Thüringen.

Grundrechte des Grundgesetzes inkorporiert sind.²⁴¹ Die Landesverfassungsbeschwerde kann in manchen Bundesländern nur alternativ zur Verfassungsbeschwerde nach §§ 90 ff. BVerfGG erhoben werden.²⁴²

In allen Ländern ist entweder in der Rechtsprechung oder in der einschlägigen Kommentarliteratur unstrittig, daß Religionsgemeinschaften beschwerdefähig bzw. antragsberechtigt sind²⁴³; zugleich ist die Zahl der bislang tatsächlich erhobenen Verfassungsbeschwerden vergleichsweise übersichtlich. In Brandenburg etwa führte die Verfassungsbeschwerde eines privatrechtlich organisierten jüdischen Gemeindeverbandes gegen die Verteilung von Landesmitteln nicht zum Erfolg²⁴⁴. Auch die Beschwerde einer baden-württembergischen Kir-

71

²⁴¹ Art. 2 Abs. 1 Verf. Baden-Württemberg; Art. 5 Abs. 3 Verf. Mecklenburg-Vorpommern (zusätzlich); Art. 4 Abs. 1 Verf. NRW.

²⁴² § 55 Abs. 1 VerfGHG Baden-Württemberg, § 49 Abs. 1 VerfGHG Berlin, § 45 Abs. 1 Verfassungsgerichtsgesetz (VerfGG) Brandenburg; § 47 Abs. 3 LVerfGG Sachsen-Anhalt; Subsidiarität: Art. 53 Nr. 7 Verf. Mecklenburg-Vorpommern; vorbehaltlich einer Mehrgewährleistung durch die Landesverfassung: § 43 Abs. 1 Gesetz über den Staatsgerichtshof (StGHG) Hessen; nur hinsichtlich der Ausführung von Bundesrecht, ausgenommen die Durchführung des gerichtlichen Verfahrens und vorbehaltlich einer Mehrgewährleistung durch die Landesverfassung: § 44 Abs. 2 VerfGHG Rheinland-Pfalz.

²⁴³ Zusammenfassend zur älteren Rechtslage *Schumann*, Verfassungsbeschwerde (Grundrechtsklage) (o. Fn. 227), S. 218 f.; siehe ferner *Jörg Menzel*, Landesverfassungsrecht, 2002, S. 532 ff. – Baden-Württemberg: StGH BW, in: NVwZ 2015, S. 896 (897 ff.); *Zuck / Zuck*, Landesverfassungsbeschwerde (o. Fn. 229), Rn. 402 a.E. – Bayern: BayVerfGHE 49, 126 (128 ff.); *Heinrich A. Wolff*, in: Verfassung des Freistaates Bayern, hg. von Josef F. Lindner / Markus Möstl / Heinrich A. Wolff, 2009, Art. 120, Rn. 13 f.; *Judith Müller*, in: Die Verfassung des Freistaates Bayern, hg. von Theodor Meder / Winfried Brechmann, 5. Aufl. 2014, Art. 120, Rn. 7. – Berlin: *Petra Michaelis-Merzbach*, in: Verfassung von Berlin, hg. von Hans-Joachim Driehaus, 3. Aufl. 2009, Art. 84, Rn. 39 (implizit). – Brandenburg: *Hasso Lieber*, in: Verfassung des Landes Brandenburg, hg. von dems. / Steffen J. Iwers / Martina Ernst, 2012, Art. 113, Anm. 4.7 (implizit). – Rheinland-Pfalz: *Jürgen Held*, in: Verfassung für Rheinland-Pfalz, hg. von Christoph Grimm / Peter Caesar, 2001, Art. 130a, Rn. 4. – Sachsen: *Christoph Degenhart*, Einzelne verfassungsgerichtliche Verfahren, in: Handbuch der Verfassung des Freistaates Sachsen, hg. von dems. / Claus Meissner, 1997, § 18, Rn. 38. – Sachsen-Anhalt: *Andreas Reich*, Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt, 2. Aufl. 2004, Art. 75, Anm. 7. – Saarland: *Monika Hermanns*, in: Verfassung des Saarlandes, hg. von Rudolf Wendt / Roland Rixecker, 2009, Art. 97, Rn. 40 (implizit). – Thüringen: *Siegfried Jutzi*, in: Die Verfassung des Freistaats Thüringen, hg. von Joachim Linck / Manfred Baldus / Joachim Lindner u. a., 2013, Art. 80, Rn. 10. – Ohne Befund Hessen.

²⁴⁴ LVerfGE 23, 53 bzw. NVwZ-RR 2012, S. 577; vgl. dazu aus der Besprechungsliteratur *Alexander John*, Bericht über die Arbeit des Verfassungsgerichts des Landes Brandenburg im Jahre 2012, in: LKV 2013, S. 259 (260 ff.); *Jost-Benjamin Schrooten*, Gleichheitssatz und Religionsgemeinschaften. Die

chengemeinde gegen gerichtliche Entscheidungen betreffend eine Kirchenbaulast verfehlte ihr Ziel²⁴⁵; Gleiches gilt zuletzt für den Versuch der „Kirche der ewigen Ruhe“, die in Schleswig-Holstein schlicht nicht vorgesehene Verfassungsbeschwerde zu erheben²⁴⁶.

- 72 Eine Sonderrolle kommt insofern der lediglich in Bayern vorgesehenen Popularklage zu²⁴⁷, die das bundesdeutsche Dogma vom ausschließlich subjektiven Rechtsschutz durchbricht, ohne daß bislang der perhorreszierte Stillstand der Rechtspflege eingetreten wäre²⁴⁸. Nach dem auf Art. 98 Abs. 4 BayVerf. gestützten Art. 55 des Gesetzes über den Bayerischen Verfassungsgerichtshof kann „Jedermann“ die „Verfassungswidrigkeit einer Rechtsvorschrift des bayerischen Landesrechts“ feststellen lassen; er hat dabei lediglich „darzulegen, daß ein durch die Verfassung gewährleistetetes Grundrecht verfassungswidrig eingeschränkt wird“ (Abs. 1). Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat unter weitgehender Zustimmung der Literatur früh entschieden, daß unter „Jedermann“ auch juristische Personen des privaten wie des öffentlichen Rechts sowie sonstige zumindest teilrechtsfähige Personenmehrheiten fallen²⁴⁹, ohne sich bislang explizit

gleichheitsrechtliche Behandlung von Religionsgemeinschaften nach Bestimmungen des Grundgesetzes, der EMRK und der EU-Grundrechte-Charta unter besonderer Berücksichtigung ihrer Organisationsformen, 2015, S. 229 ff.; vgl. noch KirchE 61, 76.

²⁴⁵ StGH BW, in: NVwZ 2015, S. 896; vgl. dazu *Bernhard Rauscher*, Kommunale Kirchenbaulasten im Spannungsfeld zwischen Verfassungsrecht und Anpassungspflicht aufgrund wesentlicher Änderung der Verhältnisse, in: VBfBW 2015, S. 407 ff.

²⁴⁶ LVerfG SH, B. v. 6. 11. 2009 – LVerfG 2/09, KirchE 54, 348.

²⁴⁷ Näher *Hans Domcke*, Die bayerische Popularklage, in: Starck / Stern (o. Fn. 227), Bd. II, S. 231 ff.; eingehend jetzt *Bastian Bohn*, Das Verfassungsprozessrecht der Popularklage. Zugleich eine Untersuchung der Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs der Jahre 1995 bis 2011, 2012 sowie *Bernd Flurschütz*, Die bayerische Popularklage nach Art. 55 BayVfGHG, 2014.

²⁴⁸ Dunkel-raunend noch *Peter Krause*, Popularklage oder Geltendmachung eines grundrechtlichen Abwehranspruchs gegen verfassungswidrige Aufgabenwahrnehmung, in: NVwZ 1985, S. 87 (88 ff.); *Bohn*, Verfassungsprozessrecht der Popularklage (o. Fn. 247), S. 258 ff., S. 313 ff.; *Flurschütz*, Die bayerische Popularklage (o. Fn. 247), S. 266 ff.

²⁴⁹ BayVerfGHE 27, 14 (20: „Hier gebieten Grundrechtsidee und ihre geschichtliche Entwicklung, daß auch juristische Personen des öffentlichen Rechts – ebenso wie der einzelne Bürger – den Schutz des Verfassungsgerichts gegen Maßnahmen des Staates beanspruchen können“); BayVerfGH, U. v. 19. 2. 2015 – Vf. 76-VI-14 (Rn. 13: BGB-Gesellschaft); vgl. *Domcke*, in: Starck / Stern (o. Fn. 247), S. 244 f.; *Bohn*, Verfassungsprozessrecht der Popularklage (o. Fn. 247), S. 86 ff.; *Flurschütz*, Die bayerische Popularklage (o.

zur Antragsberechtigung von Kirchen oder Religionsgemeinschaften einzulassen. Jüngere Versuche, entsprechende kirchliche Positionen im Wege der Popularklage durchzusetzen, stellen die Klage gegen das Stiftungsgesetz²⁵⁰ sowie die Anträge gegen den Ausschluß der katholischen Beratungsstellen von Leistungen nach dem Schwangerenberatungsgesetz dar²⁵¹. In umgekehrter Stoßrichtung hat das Gericht den Antrag einer „Sekte“ abgewiesen, per Popularklage die „Privilegien“ der altkorporierten Körperschaften zu beschneiden²⁵².

Für die in den Ländern nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG durchweg eröffnete konkrete Normenkontrolle gilt das zur Bundesebene Gesagte²⁵³; ein Beispiel für den erfolgreichen (mittelbaren) Rechtsschutz wohlgemerkt einer Weltanschauungsgemeinschaft stellt die Entscheidung des Verfassungsgerichts des Landes Brandenburg dar, das den Ausschluß solcher Gemeinschaften vom (freiwilligen) schulischen Bekenntnisunterricht als mit der Landesverfassung unvereinbar verworfen hat²⁵⁴.

Zwei Landesverfassungen enthalten ferner nach wie vor Bestimmungen, die den Kirchen einen privilegierten Zugang zum verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz einräumen. Das gilt für Bremen, wo nach Art. 140 Abs. 1 S. 1 Verf. Bremen auch „eine öffentlich-rechtliche Körperschaft des Landes Bremen“ dem Staatsgerichtshof „Zweifelsfragen über die Auslegung der Verfassung oder andere staatsrechtliche Fragen“ vorlegen kann. Dieses funktionale Äquivalent zur abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG (i. V. m. § 13

Fn. 247), S. 93 ff., 106 ff. sowie Müller, in: Verfassung des Freistaates Bayern (o. Fn. 243), Art. 98 Satz 4, Rn. 8.

²⁵⁰ BayVerfGHE 49, 153 = KirchE 34, 425 (unzulässig wegen Wiederholung des Antrags); siehe dazu Ludwig Renck, Anmerkung, in: BayVBl. 1997, S. 403 ff.

²⁵¹ BayVerfGHE 59, 1 = KirchE 48, 24; vgl. dazu die Anmerkungen von Reinhard Richardi, Die öffentliche Förderung der Katholischen Schwangerenberatungsstellen in Bayern, in: NJW 2006, S. 1036 ff. sowie von Bernhard Büchner, Förderungsanspruch katholischer Schwangerenberatungsstellen in Bayern, in: NVwZ 2007, S. 1388 ff.

²⁵² BayVerfGH, E. v. 18.11.1998 – Vf. 10-VII-97, BayVerfGHE 51, 155 = KirchE 36, 518.

²⁵³ Oben IV. 1.

²⁵⁴ LVerfG Bbg., U. v. 15.12.2005 – VfGBbg 287/03, LVerfGE 16, 190 = KirchE 47, 523; vgl. dazu die Besprechungen von Norbert Janz, Wertevermittlung in Brandenburg – Humanistische Lebenskunde ad portas, in: LKV 2006, S. 208 ff. sowie Dimitrios Parashu, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Neuen Bundesländern. Eine Zwischenbilanz nach gut 20 Jahren mit einem Blick auf die Rechtsprechung, in: RuP 50 (2014), S. 215 (217 f.).

Nr. 6, §§ 76 ff. BVerfGG) steht nach einhelliger Auffassung auch denjenigen Religionsgemeinschaften offen, die nach der vom Bundesverfassungsgericht gerügten Vorschrift des Art. 61 S. 2 Verf. Bremen²⁵⁵ den Körperschaftsstatus erhalten haben oder ihn schon zuvor innehatten²⁵⁶. Soweit ersichtlich, haben katholische und evangelische Kirche bzw. Kirchengemeinden davon bislang erst einmal in Ansehung des notorischen Unterrichts in „biblischer Geschichte“ (vgl. Art. 32 Abs. 1 u. 2 Verf. Bremen und dazu Art. 141 GG) Gebrauch gemacht²⁵⁷. In der Sache gleichlaufend, wenn auch aus einer gänzlich andersgearteten Motivlage heraus²⁵⁸, garantiert auch Rheinland-Pfalz in Art. 130 Abs. 1 S. 2 Verf. RP den Körperschaften des öffentlichen Rechts die Möglichkeit, den Verfassungsgerichtshof mit dem Antrag anzurufen, entweder ein Gesetz oder eine sonstige Handlung eines Verfassungsorgans für verfassungswidrig zu erklären²⁵⁹. Die

²⁵⁵ Siehe Fn. 218.

²⁵⁶ BremStGHE 1, 125 (134 ff.) – *Unterricht in biblischer Geschichte*; Theodor Spitta, Kommentar zur Bremischen Verfassung von 1947, 1960, Anm. zu Art. 140 (S. 255); Gerhard Ulsamer, Abstrakte Normenkontrolle vor den Landesverfassungsgerichten (einschließlich vorbeugende Normenkontrolle), in: Starck/Stern (o. Fn. 227), Bd. II, S. 64; Alfred Rinken, Staatsgerichtshof, in: Handbuch der Bremischen Verfassung, hg. von Volker Kröning u. a., 1991, S. 484 (502 f. m. Fn. 81); Heinzgeorg Neumann, Verfassung der Freien Hansestadt Bremen, 1996, Art. 140, Rn. 11.

²⁵⁷ Siehe nochmals BremStGHE 1, 125 (1965); zum Problem Bernhard Reimer, Die Begründung der „Bremer Klausel“ (Artikel 141 GG), Diss. iur. Würzburg 1956, S. 18 ff. sowie knapp Frauke Brosius-Gersdorf, in: Dreier (o. Fn. 18), Bd. III, Art. 141 Rn. 4 ff., 12. – Die Verfassungsbeschwerde der Antragsteller hat das Bundesverfassungsgericht verworfen: BVerfGE 30, 112 (119 ff.).

²⁵⁸ Rinken, Staatsgerichtshof (o. Fn. 256), S. 502 m. Fn. 78 führt die Bremer Regelung hauptsächlich auf die traditionelle Bedeutung der verschiedenen Kammern zurück; näher dazu jetzt Andreas Rehder, Die Verfassung der Freien Hansestadt Bremen von 1920. Eine Verfassung zwischen Tradition und Pragmatismus, 2016. – In Rheinland-Pfalz hingegen weicht nicht nur die parteipolitische Ausrichtung der verfassungsgebenden Organe markant von Bremen ab; der maßgebliche Urheber hat sie als eng an der Naturrechtslehre orientierte „katholische Idealverfassung“ konzipiert. Siehe näher Bengt Beutler, Das Staatsbild in den Länderverfassungen nach 1945, 1973, S. 106 ff. (Rheinland-Pfalz) bzw. S. 158 ff. (Bremen); sowie jetzt Fabian Wittreck, Die „Ordnung der Wirtschaft“ in den frühen Landesverfassungen: Weimarer Reminiszenz oder neuscholastisches Naturrecht?, in: Kapitalismuskritik im Christentum. Positionen und Diskurse in der Weimarer Republik und der frühen Bundesrepublik, hg. von Matthias Casper u. a., 2016, S. 300 ff.

²⁵⁹ Davon sind wiederum nach allerdings nicht einhelliger Auffassung auch die Religionsgemeinschaften mit Körperschaftsstatus erfasst: Adolf Süsterhenn/Hans Schäfer, Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz, 1950, Art. 130, Anm. 3.a.cc (S. 452); a.A. Wolfgang Bier, in: Verfassung für Rheinland-Pfalz (o. Fn. 243), Art. 130, Rn. 9; Siegfried Jutzi, in: Verfassung

Norm ist damit weiter als die schiere Normenkontrolle; sie setzt voraus, daß der Antragsteller geltend machen kann, in eigenen Rechten verletzt zu sein.

Zuletzt ist darauf hinzuweisen, daß der verfassungsgerichtliche Rechtsschutz auf Landesebene sich von dem im Bund dahingehend unterscheidet, daß er die Kirchen und Religionsgemeinschaften auch als mögliche (Mit-)Initiatoren von Volksinitiativen oder -begehren anspricht – man denke an den Buß- und Betttag in Schleswig-Holstein²⁶⁰, das Projekt „Pro Reli“ in Berlin²⁶¹ oder gegenwärtig die Initiative zur Aufnahme eines Gottesbezugs in die schleswig-holsteinische Landesverfassung²⁶². Allerdings krankt der verfassungsgerichtliche Rechtsschutz diesbezüglich an einer starken Fragmentierung; nur wenige Bundesländer haben sachgerechte Bestimmungen erlassen, die den Initiativgruppen in allen Phasen des Verfahrens Zugang zu effektivem verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz erlauben (Hervorhebung verdienen hier Hamburg [Art. 65 Abs. 3 Nr. 5 Verf. Hmb.] und Sachsen-Anhalt [Art. 75 Nr. 2 Verf. LSA]), während überwiegend nur die Frage der Zulässigkeit des Begehrens verhandelt wird (wobei wiederum die Klagerolle zwischen Staatsorganen und Initiatoren unterschiedlich verteilt ist)²⁶³. Lange Zeit kam eine ausgeprägte Neigung der Landesverfassungsgerichte hinzu, Instrumente direkter Demokratie im Zweifel so restriktiv wie möglich zu handhaben²⁶⁴.

75

für Rheinland-Pfalz, hg. von Lars Brocker / Michael Droege / Siegfried Jutzi, 2014, Art. 130, Rn. 22.

²⁶⁰ Siehe *Andreas Schimmer*, „Ihre Stimme für den Bußtag, weil Feiertage unbezahlbar sind“ – Der Kampf der Nordelbischen Kirche für die Erhaltung des Buß- und Bettages, in: *Mehr direkte Demokratie wagen*, hg. von Hermann K. Heußner / Otmar Jung, 1. Aufl. 1999, S. 269 ff.

²⁶¹ Monographisch *Otmar Jung*, *Direkte Demokratie in Berlin. Der Fall „Pro Reli“ 2007–2009, 2011* (zur kirchlichen Unterstützung S. 57, 90 ff. u. passim).

²⁶² Vgl. die Selbstdarstellung des Projekts unter <<https://gottesbezug.de>>; kritisch *Tilman Fuß*, *Landesverfassung mit Gottesbezug – kritische Gedanken zur Volksinitiative*, in: *Evangelische Stimmen* 2015, H. 5, S. 10 ff.

²⁶³ Ältere Darstellung bei *Stefan Przygode*, *Die deutsche Rechtsprechung zur unmittelbaren Demokratie*, 1995, S. 103 ff., 175 ff., 189 ff., 237 ff.; siehe ferner *Johannes Rux*, *Direkte Demokratie in Deutschland*, 2008, S. 292 ff., 418 ff.; sowie zuletzt *Fabian Wittreck*, *Direkte Demokratie in den Ländern – Kontingenter Prozeß oder List der Vernunft?*, in: *Jahrbuch für direkte Demokratie* 2012, hg. von Lars P. Feld / Peter M. Huber / Otmar Jung / Hans-Joachim Lauth / Fabian Wittreck, 2013, S. 41 (62 f.).

²⁶⁴ Näher m. v. N. *Fabian Wittreck*, *Direkte Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: *JöR* 53 (2005), S. 111 ff.; knapper *ders.*, *Direkte Demokratie vor Gericht oder: Direkte Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit* –

V. Rechtsschutzmodifikationen durch Konkordate und Kirchenverträge

- 76 Vereinzelt wird das bislang gezeichnete Bild durch vertragliche Regelungen zwischen dem Staat und Religionsgesellschaften modifiziert²⁶⁵, wobei sich ein klarer Trend abzeichnet, in neueren vertraglichen Vereinbarungen von derartigen Klauseln Abstand zu nehmen. Schiedsklauseln i. S. v. § 168 Abs. 1 Nr. 5, § 187 VwGO enthalten Art. 4 Abs. 3 EvKV RP, Art. 12 u. 14 EvKV SH für den Fall eines staatlichen Einspruchs gegen Kirchengesetze zu vermögensrechtlichen bzw. kirchensteuerrechtlichen Angelegenheiten; in ähnlichen Streitigkeiten sehen Art. 10 Abs. 2 NdsKV, Art. 2 Abs. 2 EvKV Preußen sowie Art. 7 Abs. 3 S. 4 EvKV Thür. eine erstinstanzliche Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichts vor, deren Vereinbarkeit mit § 45 VwGO strittig ist²⁶⁶. Schließlich besteht Konsens, daß durch Kirchenvertrag oder Konkordat begründete Rechtspositionen vor den Verfassungsgerichten nicht unmittelbar wehrfähig sind²⁶⁷.

VI. Rechtsschutz durch die inter- und supranationale Gerichtsbarkeit

- 77 Während sich die Voraufgabe der überstaatlichen Gerichtsbarkeit noch im Rahmen eines „Exkurses“ widmen konnte²⁶⁸, haben die zunehmende unionsrechtliche Durchdringung wie Überformung der deutschen Rechtsordnung sowie der Ausbau des europäischen Menschenrechtsschutzes²⁶⁹ den jeweils letztinstanzlich entscheidenden Gerichten auch in Ansehung der Religionsgesellschaften eine Bedeutung verschafft, die ihre Berücksichtigung nur am Rande als nicht

ein gestörtes Verhältnis?, in: Mehr direkte Demokratie wagen, hg. von Hermann K. Heußner / Otmar Jung, 2. Aufl. 2009, S. 397 ff.

²⁶⁵ Der Bericht schließt erneut an *Weber*, Rechtsschutz (o. Fn. 1), S. 1076 an. Vgl. ferner *Stefan Mückel*, → § 10, Rn. 70.

²⁶⁶ Offen *Weber*, Rechtsschutz (o. Fn. 1), S. 1066 (m. w. N.).

²⁶⁷ *Weber*, ebd., S. 1071; *Christian Walter*, Religionsfreiheit in vergleichender und internationaler Perspektive, 2006, S. 604.

²⁶⁸ Vgl. *Weber*, Rechtsschutz (o. Fn. 1), S. 1076 ff.

²⁶⁹ Im ersten Zugriff *Eva Brehms*, The Approach of the European Court of Human Rights to Religion, in: Die Rechtsstellung des Menschen im Völkerrecht, hg. von Thilo Marauhn, 2003, S. 1 ff.; *Walter*, Religionsfreiheit (o. Fn. 267), S. 332 ff., 494 ff.; *Antje v. Ungern-Sternberg*, Religionsfreiheit in Europa, 2008; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 200), Bd. I, Art. 4, Rn. 23 ff., 43 ff.; *Christian Walter*, in: Dörr / Grote / Marauhn (o. Fn. 50), Kap. 17, Rn. 34 ff.; *Bianca Petzhöld*, Die „Auffassungen“ des UN-Menschenrechtsausschusses zum Schutze der Religionsfreiheit, 2015, S. 69 ff.

sachgerecht ausweist²⁷⁰. Als Beleg mögen auch hier einschlägige Entscheidungen genügen, die wie die Rechtssachen *Schüth* oder *Lautsi* Interessen der Religionsgesellschaften intensiv betreffen bzw. beeinträchtigen können²⁷¹. In beiden Fällen ist ferner in Rechnung zu stellen, daß die europaweite Rekrutierung der Richter²⁷² angesichts der höchst unterschiedlichen religionsverfassungsrechtlichen Herkunftssysteme²⁷³ deutschen religiösen Akteuren zumindest gesteigerte Übersetzungs- und Erklärungslasten aufbürdet und zugleich plausiblerweise besorgen läßt, daß die nach wie vor vergleichsweise religionsfreundliche Linie der deutschen Gerichte auf der europäischen Ebene nicht auf vorbehaltlose Zustimmung stoßen muß²⁷⁴.

²⁷⁰ Aus der Literatur *Dieter Krimphove*, Europäisches Religions- und Weltanschauungsrecht, in: EuR 44 (2009), S. 330 ff.; *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 18), Art. 140, Rn. 8; einen guten Überblick zur internationalen Dimension liefern *Till Patrik Holterhus / Nazli Aghazadeh*, Die Grundzüge des Religionsverfassungsrecht. Teil 1: Ordnung von Staat und Religion, in: JuS 2016, S. 19 (20 f.). – Hingegen kann an der Einschätzung der Voraufgabe festgehalten werden, daß weder ein auf Konkordate noch auf den IPbPR gestützter Rechtsschutz für Religionsgesellschaften Aussicht auf Erfolg verspricht: *Weber*, Rechtsschutz (o. Fn. 1), S. 1079 f.

²⁷¹ Siehe einerseits EGMR, U. v. 23.9.2010, Nr. 1620/03 – *Schüth / Deutschland*, in: NZA 2011, S. 279 (279 ff., Rn. 43 ff., 53 ff.) = KirchE 56, 237; vgl. dazu *Jakob Joussen*, Die Folgen des Mormonen- und des Kirchenmusikerfalls für das kirchliche Arbeitsrecht in Deutschland, in: RdA 2011, S. 173 (173 ff.); *Plum*, Kirchliche Loyalitätsobliegenheiten (o. Fn. 19), S. 1194 ff.; *Christian Walter*, Kirchliches Arbeitsrecht vor den Europäischen Gerichten, in: ZevKR 57 (2012), S. 233 (238 ff.) sowie die Beiträge in *Burkhard Kämper / Adelheid Puttler* (Hg.), Straßburg und das kirchliche Arbeitsrecht. Welche Folgen hat die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte für das kirchliche Arbeitsrecht in Deutschland?, 2013. – Andererseits EGMR, U. v. 18.3.2011 – Nr. 30814/06 – *Lautsi u. a. / Italien*, in: NVwZ 2011, S. 737 (737 ff.) = KirchE 57, 230 und dazu die (zustimmenden) Besprechungen von *Christian Walter*, Religiöse Symbole in der öffentlichen Schule – Bemerkungen zum Urteil der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall *Lautsi*, in: EuGRZ 2011, S. 673 (673 ff.); *Jean-Marc Piret*, A Wise Turn to Judicial Restraint, in: Religion and Human Rights 6 (2011), S. 273 ff.; *Jessica Giles*, Case Note *Lautsi v. Italy*, in: Oxford Journal of Law and Religion, Advance Access published January 5, 2012, S. 1–2.

²⁷² Instruktiv *Michal Bobek* (Hg.), Selecting Europe's Judges, 2015.

²⁷³ Gute neuere Überblicks bei *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 200), Bd. I, Art. 4, Rn. 40; *András Sajó / Renáta Úitz*, Freedom of Religion, in: The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, hg. von Michel Rosenfeld / András Sajó, 2012, S. 909 ff.; vgl. auch die Beiträge in *Wilhelm Rees / Maria Roca / Balázs Schanda* (Hg.), Neuere Entwicklungen im Religionsrecht europäischer Staaten, 2013.

²⁷⁴ Näher ausgeführt in *Fabian Wittreck*, Religionsverfassungsrecht als Kompass einer modernen Religionspolitik, in: Freiheit – Gleichheit – Religi-

1. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

78 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ist inzwischen zu einem gewichtigen Akteur auch des Rechtsschutzes für Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften avanciert. Das ist auf seine Interpretation der einschlägigen Bestimmungen der Konvention, aber auch auf die gute prozessuale Zugänglichkeit zurückzuführen, die ihn insofern markant vom Europäischen Gerichtshof (unten 2.) abhebt.

79 Im Zentrum der einschlägigen Rechtsprechung steht Art. 9 EMRK, der die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit gewährleistet²⁷⁵. Da die Menschenrechtskonvention keine Art. 19 Abs. 3 GG entsprechende Bestimmung enthält, hat der Gerichtshof den Schutz der Gewährleistung nach anfänglichem Zögern²⁷⁶ – nicht zuletzt gestützt auf die Formulierung „gemeinsam mit anderen“ – auch auf die Religionsgemeinschaften selbst erstreckt²⁷⁷, wobei das Verhältnis von individueller und korporativer Freiheit durchaus nuanciert bestimmt

on. Orientierungen moderner Religionspolitik, hg. von Daniel Bogner / Marianne Heimbach-Steins, 2012, S. 53 (66).

²⁷⁵ Dazu im ersten Zugriff *Nikolaus Blum*, Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK, 1990; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 200), Bd. I, Art. 4, Rn. 29 ff.; *Stefan Mückl*, Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht in der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: Rees / Roca / Schanda (o. Fn. 273), S. 449 ff.; *Walter*, in: Dörr / Grote / Maruhn (o. Fn. 269), Kap. 17, Rn. 34 ff.; *ders.*, Internationales, europäisches und deutsches Religionsrecht in der Wechselwirkung, in: Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder, hg. von Hans Michael Heinig / Christian Walter, 2015, S. 189 (191 ff.); *Antje von Ungern-Sternberg*, Zwischen Sicherheitsnetz und Wertegemeinschaft. Nationale religionsrechtliche Ordnungen unter dem Einfluss der EMRK, ebd., S. 171 ff.

²⁷⁶ Anfangs hat namentlich die dem Gerichtshof nach der Ursprungsfassung der EMRK vorgeschaltete Menschenrechtskonvention die Auffassung vertreten, nur natürliche Personen könnten sich auf Art. 9 Abs. 1 EMRK berufen: EKMR, E. v. 17. 12. 1968 – Nr. 3798/68 – *Church of X. / Vereinigtes Königreich*; näher *Hans-Tjabert Conring*, Korporative Religionsfreiheit in Europa, 1998, S. 339 ff.; *Robin C.A. White / Clare Ovey*, The European Convention on Human Rights, 5. Aufl. 2010, S. 408 f. sowie knapp *Mückl*, Selbstbestimmungsrecht (o. Fn. 275), S. 450 f.

²⁷⁷ Zusammenfassend m. w. N. BVerfGE 137, 273 (321 f., Rn. 130). Aus der Literatur *Jens Meyer-Ladewig*, EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 3. Aufl. 2011, Art. 9, Rn. 10; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 200), Bd. I, Art. 4, Rn. 35; *Hans D. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kommentar, 3. Aufl. 2016, Art. 10, Rn. 15; *Walter* (o. Fn. 269), Kap. 17, Rn. 104 ff. – Differenzierend noch EGMR, U. v. 16. 12. 1997 – 25528/94 – *Canea Catholic Church / Greece*, Rn. 29 ff.

wird²⁷⁸. Teils führt das Gericht aus, die Religionsgemeinschaft könne Art. 9 Abs. 1 EMRK „namens ihrer Mitglieder“ wahrnehmen²⁷⁹, während andere Entscheidungen stärker die dienende Funktion der Institution unterstreichen; dabei stellt das Gericht neben Art. 9 Abs. 1 EMRK noch auf Art. 11 EMRK (Vereinigungsfreiheit) ab²⁸⁰. Ebenfalls herangezogen bzw. auf Religionsgemeinschaften angewandt werden das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK²⁸¹ sowie das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK)²⁸². In Übereinstimmung mit der ganz überwiegenden Literatur erstreckt das Gericht die Berechtigung auch auf öffentlich-rechtlich verfaßte Religionsgemeinschaften (konkret die Athosklöster)²⁸³.

Nach den letzten Reformen ermöglicht Art. 34 EMRK neben natürlichen Personen auch nichtstaatlichen Organisationen und Personengruppen die unmittelbare Anrufung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, sofern der innerstaatliche Rechtsweg erschöpft

80

²⁷⁸ Walter (o. Fn. 269), Kap. 17, Rn. 105, sieht hier weniger Inkonsistenzen als die jeweilige prozessuale Konstellation am Werk.

²⁷⁹ Etwa EGMR, U. v. 27.6.2000 – Nr. 27147/95 – *Cha'are Shalom Ve Tsedek / Frankreich*, Rn. 72; EGMR, U. v. 13.12.2001 – Nr. 45701/99 – *Mitropolia Basarabiei și Exarhatul Plaiurilor u. a. / Moldavien*, Rn. 101; zuletzt EGMR, U. v. 4.3.2014 – Nr. 7552/09 – *The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints / Vereinigtes Königreich*, in: NVwZ 2015, S. 277 (278, Rn. 23). – Auch die Deutung dieser Wendung changiert: Mückl, Selbstbestimmungsrecht (o. Fn. 275), S. 450 sieht „(wohl) [...] die Konstruktion einer Prozeßstandschaft“; Jarass, GRCh (o. Fn. 277), Art. 10, Rn. 15 m. Fn. 46: „zum Teil klingt allerdings auch der Repräsentationsgedanke an“.

²⁸⁰ So EGMR, U. 26.10.2000 – Nr. 30985/96 – *Hasan and Chaush / Bulgarien*, KirchE 42, 444, Rn. 62 sowie EGMR, U. v. 5.4.2007 – 18147/02 – *Scientology Kirche Moskau / Rußland*, in: NJW 2008, S. 495 (496, Rn. 72): „Das unabhängige Bestehen von Religionsgemeinschaften ist in der Tat unabdingbare Voraussetzung für den Pluralismus in einer demokratischen Gesellschaft und damit Kernstück des von Art. 9 EMRK gewährten Schutzes.“ (= KirchE 49, 267).

²⁸¹ Statt aller EGMR, U. v. 27.6.2000 – Nr. 27147/95 – *Cha'are Shalom Ve Tsedek / Frankreich*, Rn. 87.

²⁸² So EGMR, U. v. 16.12.1997 – Nr. 25528/94 – *Canea Catholic Church / Greece*, Rn. 39 ff.; EGMR, U. v. 31.7.2008 – Nr. 40825/98 – *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas u. a. / Österreich*, in: NVwZ 2009, S. 509 (510, Rn. 63) = KirchE 52, 57.

²⁸³ EGMR, U. v. 9.12.1994 – Nr. 13092/87 – *The Holy Monasteries / Greece*. – Bündig zum historischen Hintergrund Andreas Müller, Berg Athos. Geschichte einer Mönchsrepublik, 2005. – Vgl. auch EGMR, E. v. 10.7.2001 – Nr. 41754/98 – *Johannische Kirche u. a. / Deutschland*, KirchE 39, 212; das Gericht verwirft die Beschwerde zwar als evident unbegründet, stützt sich aber nicht auf den Status der Beschwerdeführerin als Körperschaft des öffentlichen Rechts.

ist (Art. 35 Abs. 1 EMRK) und auch die übrigen Ausschußtatbestände in Art. 35 Abs. 2–4 EMRK nicht einschlägig sind²⁸⁴. Der Gerichtshof spricht dabei nur vereinzelt explizit aus, daß sich Religionsgemeinschaften i. S. v. Art. 34 EMRK an ihn wenden können²⁸⁵. Hinzuweisen ist noch auf die Möglichkeit des Gerichts, gem. Art. 36 Abs. 2 EMRK betroffenen Personen, die nicht Beschwerdeführer sind, Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben; in Ansehung der Kirchen und Religionsgemeinschaften hat das Gericht hier bislang Zurückhaltung obwalten lassen²⁸⁶. Formaliter stellt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte lediglich eine Verletzung der Konvention fest und spricht ggf. eine Verpflichtung zur Entschädigung des Beschwerdeführers aus (vgl. Art. 41 EMRK); in der Sache besteht jedoch weitgehend Konsens, daß aus der Verbindlichkeit der Entscheidungen nach Art. 46 EMRK die Verpflichtung der Staaten folgt, den festgestellten Konventionsverstoß – bis hin zur Änderung einschlägiger Rechtsvorschriften – abzustellen²⁸⁷. Dies unterstreicht der Gerichtshof mit seiner neueren Praxis der Feststellung „systemischer Mängel“²⁸⁸, wo-

²⁸⁴ Näher zur Individualbeschwerde *Stefan Kadelbach*, Rechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Rechtsschutz im öffentlichen Recht, hg. von Dirk Ehlers/Friedrich Schoch, 2009, § 5, Rn. 25, 37 ff.; *Anne Peters/Tilmann Altwicker*, Die Verfahren beim EGMR, in: Enzyklopädie Europarecht, Bd. III, hg. von Stefan Leible/Jörg Philipp Terhechte, 2014, § 13, Rn. 3 ff. (S. 405 ff.); *Petra Follmar-Otto*, Reform des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – eine Dauerbaustelle, in: AnwBl 2014, S. 307 ff.; instruktiv auch *Christoph Möllers*, Grundrechtsschutz: Wäre weniger mehr? – Zu Friktionen im europäischen Mehrebenensystem, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2015, S. 461 ff.

²⁸⁵ So etwa EGMR, U. v. 13.12.2001 – Nr. 45701/99 – *Mitropolia Basarabiei și Exarhatul Plaiurilor u. a. / Moldavien*, Rn. 101 oder EGMR, U. v. 4.3.2014 – Nr. 7552/09 – *The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints / Vereinigtes Königreich*, in: NVwZ 2015, S. 277 (278, Rn. 23).

²⁸⁶ Siehe *Jochen A. Frowein*, in: ders./Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, Art. 36, Rn. 1 ff.; *Erika Szyszczak*, in: The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary, hg. von Steve Peers u. a., 2014, Art. 36, Rn. 1 ff.

²⁸⁷ So *Frowein*, in: ders./Peukert (o. Fn. 286), Art. 46, Rn. 6; *Meyer-Ladewig*, in: ders. (o. Fn. 277), Art. 46, Rn. 3; *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, § 16, Rn. 4.

²⁸⁸ EGMR, E. v. 2.9.2010 – Nr. 46344/06 – *Rumpf/Deutschland*, in: NJW 2010, S. 3355 und dazu *Jens Meyer-Ladewig*, ebd., S. 3358 f.; eingehend zur dabei angewandten Technik des „Piloturteils“ *Marten Breuer*, Zur Fortentwicklung der Piloturteilstechnik durch den EGMR, in: EuGRZ 2012, S. 1 ff. sowie – kritisch – *Markus Fyrnys*, Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights, in: International Judicial Lawmaking. On public authority and democratic legitimation in global governance, hg. von Armin v. Bogdandy/Ingo Venzke, 2012, S. 329 ff.

hingegen das Bundesverfassungsgericht daran festhält, deutsche Gerichte müßten Entscheidungen lediglich „berücksichtigen“²⁸⁹ bzw. die Konvention als „Auslegungshilfe“ heranziehen²⁹⁰. In der jüngsten Entscheidung zum Rechtsschutz für kirchliche Arbeitnehmer hat es nochmals bekräftigt, daß die Grundrechte des Grundgesetzes einer zu engen Orientierung an der Straßburger Rechtsprechung Grenzen setzen müssen²⁹¹.

In der Sache hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seiner Rechtsprechung zum Konventions-Rechtsschutz von Religionsgemeinschaften zwei charakteristische „Herde“ herausgebildet. Er hat zum einen (und dies europaweit) solchen Religionsgemeinschaften Rechtsschutz gewährt, denen seitens des Staates die Anerkennung oder Registrierung versagt wurde²⁹². Zum anderen hat er – mit einem deutlichen Schwerpunkt in den ehemaligen Ostblockstaaten – staatliche Eingriffe in Organisation bzw. Personalauswahl von Religionsgemeinschaften nach internen Streitigkeiten als teils flagrant Verletzung der Konvention gebrandmarkt²⁹³. Hingegen hat noch

81

²⁸⁹ Klassisch BVerfGE 111, 307 (323 ff., Rn. 47 ff.); aus der Literatur (m. w. N.) nur *Wollenschläger*, in: Dreier (o. Fn. 233), Bd. II, Art. 25, Rn. 27 ff.; sowie *Robert Frau*, Der Gesetzgeber zwischen Verfassungsrecht und völkerrechtlichem Vertrag, 2015, S. 54 ff.

²⁹⁰ Nochmals BVerfGE 111, 307 (317, Rn. 32).

²⁹¹ BVerfGE 137, 273 (321, Rn. 129): „Die Möglichkeiten einer konventionsfreundlichen Auslegung enden dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint (vgl. BVerfGE 111, 307 [329]; 128, 326 [371]). Zudem darf sie nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz eingeschränkt wird; das schließt auch die Europäische Menschenrechtskonvention durch Art. 53 EMRK ihrerseits aus (vgl. BVerfGE 111, 307 [317]; 128, 326 [371], jeweils m. w. N.). Dieses Rezeptionshemmnis kann vor allem in – wie hier – mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen relevant werden, in denen das ‚Mehr‘ an Freiheit für einen Grundrechtsträger zugleich ein ‚Weniger‘ für einen anderen bedeutet (vgl. BVerfGE 128, 326 [371]).“

²⁹² Siehe EGMR, U. v. 16.12.1997 – Nr. 25528/94 – *Canea Catholic Church / Greece*, KirchE 42, 319 (Versagung der Rechtsfähigkeit); EGMR, U. v. 13.12.2001 – Nr. 45701/99 – *Mitropolia Basarabiei și Exarhatul Plaiurilor u. a. / Moldavien*, KirchE 42, 565; EGMR, U. v. 5.10.2006 – Nr. 72881/01 – *Moskauer Zweig der Heilsarmee / Rußland*, KirchE 48, 346; EGMR, U. v. 5.4.2007 – Nr. 18147/02 – *Scientology Kirche Moskau / Rußland*, in: NJW 2008, S. 495; EGMR, U. v. 31.7.2008 – Nr. 40825/98 – *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas u. a. / Österreich*, in: NVwZ 2009, S. 509 = KirchE 60, 123; EGMR, U. v. 1.10.2009 – Nr. 76836/01, 32782/03 – *Kimlya u. a. / Rußland*, KirchE 54, 227; EGMR, U. v. 10.6.2010 – Nr. 302/02 – *Zeugen Jehovas u. a. / Rußland*, KirchE 55, 326.

²⁹³ EGMR, U. v. 26.10.2000 – Nr. 30985/96 – *Hasan und Chaush / Bulgarien*, KirchE 42, 444, Rn. 60 ff.; EGMR, U. v. 16.12.2004 – Nr. 39023/97 –

die Kommission die Erwähnung der Sekte „Universelles Leben“ in einem Bericht der Bundesregierung nicht gerügt²⁹⁴; mit gleichem Ergebnis hat das Gericht die Erstreckung einer bereits bestehenden Ausnahmeerlaubnis zum Schächten auf eine kleinere jüdische Vereinigung abgelehnt²⁹⁵ und auch der orthodoxen Gemeinde in München in Sachen St. Salvator nicht geholfen²⁹⁶. Ebenfalls ohne Erfolg blieben die Versuche einer (korporierten) evangelischen Freikirche, den Bau einer Kapelle im Außenbereich zu erzwingen²⁹⁷, sowie einer islamischen Religionsgemeinschaft, eine ihr in der Übergangsphase der deutschen Einheit zugeflossene Spende der ehemaligen SED behalten zu dürfen²⁹⁸. Beanstandet wurden hingegen zumindest Teile der deutschen amtlichen Warnungen vor „Jugendsekten“²⁹⁹. Zuletzt hat der Gerichtshof die britische Besteuerung eines Mormonentempels weder als Verletzung von Art. 9 Abs. 1 EMRK noch als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK eingestuft³⁰⁰, nachdem zuvor noch der französische fiskalische Zugriff auf das Spendenauf-

Oberster Geistlicher Rat der Muslimischen Gemeinschaft / Bulgarien, KirchE 46, 373; EGMR, U. v. 14.6.2007 – Nr. 77703/01 – *Svyato-Mykhaylivska Parafiya / Ukraine*, KirchE 49, 407; EGMR, U. v. 22.1.2009 – Nr. 412/03, 35677/04 – *Hl. Synod der Bulgarisch-Orthodoxen Kirche (Metropolit Inokentiy) / Bulgarien*; EGMR, U. v. 15.9.2009 – Nr. 798/05 – *Mirolubovs / Lettland*, in: NVwZ 2010, S. 1541 = KirchE 54, 165; zuletzt EGMR (GK), U. v. 9.7.2013 – Nr. 2330/09 – *Sindicatul „Pastorul cel Bun“ / Rumänien*, KirchE 62, 11. – Siehe dazu zusammenfassend Mückl, Selbstbestimmungsrecht (o. Fn. 275), S. 452 ff., der dies sehr überzeugend auf das Zusammentreffen eines Fortlebens von orthodoxer Tradition des Staatskirchentums (überspitzt / veraltet: Cäsaropapismus) mit der mit Händen zu greifenden Verstrickung ehemaliger Hierarchien in das kommunistische Herrschaftssystem zurückführt.

²⁹⁴ EKMR, B. v. 27.11.1996 – Nr. 29745/96 – *Universelles Leben / Deutschland*, KirchE 42, 151.

²⁹⁵ EGMR, U. v. 27.6.2000 – Nr. 27147/95 – *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, KirchE 42, 418.

²⁹⁶ EGMR, E. v. 18.9.2007 – Nr. 52336/99 – *Griechische Kirchengemeinde München u. Bayern e. V. / Deutschland*, KirchE 50, 160. – Vgl. oben Fn. 12.

²⁹⁷ EGMR, E. v. 10.7.2001 – Nr. 41754/98 – *Johannische Kirche u. a. / Deutschland*, KirchE 42, 523.

²⁹⁸ EGMR, E. v. 5.12.2002 – Nr. 53871/00 – *Islamische Religionsgemeinschaft e. V. / Deutschland*, KirchE 41, 220.

²⁹⁹ EGMR, E. v. 6.11.2008 – Nr. 58911/00 – *Leela Förderkreis e. V. u. a. / Deutschland*, KirchE 52, 208. Allerdings rügt das Gericht nicht Art. 9 EMRK, sondern Art. 6 Abs. 1 EMRK als verletzt.

³⁰⁰ EGMR, U. v. 4.3.2014 – Nr. 7552/09 – *The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints / Vereinigtes Königreich*, in: NVwZ 2015, 277 (279 f., Rn. 30 ff.).

kommen der Zeugen Jehovas beanstandet worden war³⁰¹. Zusammengefaßt können Religionsgemeinschaften vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte Rechtsschutz für ihre Organisations- und Ämterhoheit sowie Gleichbehandlung und Fairneß im Prozeß einer staatlichen Anerkennung erwarten. Im Detail müssen allerdings auch sie die *margin of appreciation* in Rechnung stellen, die der Gerichtshof den Konventionsstaaten im Umgang mit organisierter Religion zuspricht³⁰². Mittelbar gewährt der Gerichtshof namentlich den Kirchen Rechtsschutz, indem Individualbeschwerden von geistlichen Amtsträgern gegen ihre Amtsenthebung oder Maßregelung als unzulässig eingestuft werden³⁰³.

Ein Sonderproblem wirft zuletzt die Anrufung der Großen Kammer gegen Entscheidungen der Kammern nach Art. 43 Abs. 1 EMRK auf, wie sie im Fall *Lautsi* von der Italienischen Republik mit Erfolg betrieben worden ist³⁰⁴. Ist eine Religionsgesellschaft selbst Beschwerdeführer und somit Partei i. S. d. Norm, so ist sie unzweifelhaft antragsberechtigt³⁰⁵. Ist sie hingegen als Partei des nationalen Ausgangsverfahrens lediglich im Ergebnis beschwert – neben der Sache

82

³⁰¹ EGMR, E. v. 30. 6. 2011 – Nr. 8916/05 – *Association les temoins de Jehovah / Frankreich*, KirchE 57, 453.

³⁰² Näher *Annette Rupp-Swienty*, Die Doktrin von der margin of appreciation in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1999; *Andrew Legg*, The margin of appreciation in international human rights law. Deference and proportionality, 2012, S. 63, 211 ff.; zusammenfassend *Petzhold*, Auffassungen (o. Fn. 269), S. 288 f.

³⁰³ EGMR, U. v. 30. 1. 2001 – Nr. 40224/98 – *Dudová und Duda / Tschechien*; EGMR, U. v. 23. 9. 2008 – Nr. 48907/99 – *Ahtinen / Finnland*, in: NVwZ 2009, S. 897 = KirchE 52, 146; EGMR, U. v. 6. 12. 2011 – Nr. 38254/04 – *Baudler / Deutschland*, in: ZMV 2012, S. 52 = KirchE 58, 409; zur letztgenannten Entscheidung, die ausdrücklich auf BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), in: NJW 2009, S. 1195 rekurriert, näher *Mückel*, Selbstbestimmungsrecht (o. Fn. 275), S. 456 f.; *Bechler*, Staatliche Justizgewährung (o. Fn. 2), Bd. 3, S. 300 ff. sowie *Kirchberg*, Rechtsschutz in Kirchensachen (o. Fn. 2), S. 2 f.

³⁰⁴ Hier hatte zunächst die II. Sektion des EGMR der Beschwerdeführerin Recht gegeben (U. v. 3. 11. 2009 – Nr. 30814/06 – *Lautsi u. a. / Italien*, KirchE 54, 310), bevor die Große Kammer der italienischen Beschwerde stattgab und eine Konventionsverletzung verneinte (o. Fn. 271); im Detail (m. w. N.) *Luis Miguez Macho*, Crucifixes in state-school classrooms and human rights: Should the European Court of Human Rights impose a uniform version of the principle of the secular nature of the state? (A legal reflection on the „Cause Lautsi“), in: Rees / Roca / Schanda (o. Fn. 273), S. 387 (391 ff.).

³⁰⁵ Aus der EMRK-Literatur *Ian Harden*, in: Peers (o. Fn. 286), Art. 43, Rn. 37 ff.; jüngst *Andreas Voßkuhle*, Menschenrechtsschutz durch die Europäischen Verfassungsgerichte, in: RdA 2015, S. 336 (340); sowie *Walter*, Religionsfreiheit (o. Fn. 267), S. 194 ff.

Lautsi wäre wiederum an den Fall *Schüth* zu erinnern³⁰⁶ –, so steht es grundsätzlich im Ermessen des verurteilten Staates, ob er die Interessen der betroffenen Religionsgesellschaft durch die Anrufung der Großen Kammer zu schützen versucht. Sofern – wie regelmäßig in Mehrpersonenkonstellationen – die Entscheidung des Menschenrechtsgerichtshofes faktisch Positionen verkürzt, die in der Bundesrepublik Grundrechtsschutz genießen, ließe sich dem Grunde nach eine Schutzpflicht dahingehend annehmen, diese Grundrechtsposition dadurch zu verteidigen, daß die Große Kammer zu einer abweichenden Gewichtung der betroffenen subjektiven Rechte bewegt wird – die Bundesrepublik hat dies im Fall der vieldiskutierten *Caroline*-Rechtsprechung mit Erfolg vorexerziert³⁰⁷. Allerdings dürfte eine generelle Pflicht der Bundesrepublik zur Einlegung dieses „Rechtsmittels“ ihrer völkerrechtlichen Bindung (Art. 43 Abs. 1 EMRK spricht von „Ausnahmefällen“) ebenso widersprechen wie schlichten Erwägungen der Praktikabilität. Dementsprechend ließe sich namentlich in Ansehung der Religionsgesellschaften eine Pflicht der Bundesrepublik zum „Beispringen“ nur begründen, wenn sie entweder (beispielsweise vertraglich) explizit begründet wird oder im Einzelfall Entscheidungen der Kammer geeignet sind, das geltende bundesdeutsche Religionsverfassungsrecht grundlegend in Frage zu stellen.

2. Europäischer Gerichtshof

83 Der Rechtsschutz für Religionsgemeinschaften vor dem Europäischen Gerichtshof ist in materieller wie prozessualer Perspektive schwach ausgeprägt³⁰⁸. Materialiter enthält zwar Art. 10 Abs. 1 EU-GRC eine an Art. 9 Abs. 1 EMRK angelehnte Gewährleistung der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit, die nach einhelliger Auffassung auch die korporative Dimension des Grundrechts

³⁰⁶ Siehe oben bei und in Fn. 271.

³⁰⁷ Siehe EGMR (Große Kammer), U. v. 7.2.2012 – Nr. 40660/08, 60641/08 – *von Hannover/Deutschland II* und dazu nur *Jürgen v. Gerlach*, Die neuere Entwicklung des Persönlichkeitsrechts, in: *Versicherungsrecht 2012*, S. 278 (282 f.); *Dreier*, in: ders. (o. Fn. 48), Bd. I, Art. 2 I, Rn. 92.

³⁰⁸ Zusammenfassend *Claus Dieter Classen*, Die Verwirklichung des Unionsrechts im Anwendungsbereich des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, in: *ZevKR* 60 (2015), S. 115 (122 ff.).

schützt³⁰⁹; bereits zuvor hatte der Gerichtshof die Religionsfreiheit als ungeschriebenes Grundrecht des Gemeinschaftsrechts anerkannt³¹⁰. Daneben gedenkt das Primärrecht der Union der Religion nur am Rande (namentlich in Art. 17 AEUV, wonach die Union den Status der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften „achtet“ [Abs. 1 bzw. 2] und mit ihnen in einen Dialog tritt [Abs. 3])³¹¹, sowie im Rahmen des Antidiskriminierungsrechts (siehe Art. 10 AEUV³¹² und in der praktisch wichtigen Ausnahmebestimmung des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG)³¹³. Ebenfalls praktisch bedeutsam,

³⁰⁹ So *Hans M. Heinig*, Die Religion, die Kirchen und die europäische Grundrechtscharta. Anmerkungen zu einer Etappe im europäischen Verfassungsprozeß, in: ZevKR 46 (2001), S. 440 (447 ff.); *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 200), Bd. I, Art. 4, Rn. 37; *Christian Waldhoff*, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hg.), EUV/AEUV. Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 10 GRCh, Rn. 7; *Jarass*, GRCh (o. Fn. 277), Art. 10, Rn. 9, 15.

³¹⁰ EuGH, U. v. 27.10.1976 – 130/75, Rn. 1 ff. – *Prais / Rat*, in: DÖV 1977, S. 408 ff. mit Anmerkung von *Hans-Werner Rengeling*; vgl. auch *Ingolf Pernice*, Religionsrechtliche Aspekte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: JZ 1977, S. 777 ff. – Eingehend *Stefan Mückl*, Religions- und Weltanschauungsfreiheit im Europarecht, 2002, S. 16 ff.; knapper *Waldhoff* (o. Fn. 309), Art. 10 GRCh, Rn. 6.

³¹¹ Näher *Patrick R. Schnabel / Katrin Hatzinger*, Der Dialog zwischen der Europäischen Union und den Kirchen nach Art. 17 III AEUV, in: Rees / Roca / Schanda (o. Fn. 273), S. 639 ff.; die Norm gewährleistet nach herrschender Auffassung keine subjektiven Rechte, die den Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaften Klagerechte einräumen würden: *Stefan Muckel*, Die Rechtsstellung der Kirchen und Religionsgemeinschaften nach dem Vertrag über eine Verfassung für Europa, in: DÖV 2005, S. 191 (199); *Christian Waldhoff*, in: Calliess / Ruffert (o. Fn. 309), Art. 17 AEUV, Rn. 17; vgl. auch *Markus Kotzur*, in: EUV/AEUV. Kommentar, hg. von Rudolf Geiger / Daniel-Erasmus Khan / Markus Kotzur, 5. Aufl. 2010, Art. 17 AEUV, Rn. 2 ff. – Offener *Norbert Bernsdorff*, in: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, hg. von Jürgen Meyer, 4. Aufl. 2014, Art. 10, Rn. 13a.

³¹² Konkret dazu bzw. zur Vorgängerbestimmung (Art. 13 EGV) *Hans M. Heinig*, Art. 13 EGV und die korporative Religionsfreiheit nach dem Grundgesetz, in: Religion und Weltanschauung (o. Fn. 99), S. 215 ff. sowie *Matthias Rossi*, in: Calliess / Ruffert (o. Fn. 309), Art. 10 AEUV, Rn. 3 ff.

³¹³ Dazu Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. L 303/16 v. 2.12.2000); *Marlene Schmidt*, in: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, hg. von Dagmar Schiek, 2007, § 9 AGG, Rn. 7 ff.; *Daniela Fink-Jamann*, Das Antidiskriminierungsrecht und seine Folgen für die kirchliche Dienstgemeinschaft. Eine Bestandsaufnahme nach Erlass der Richtlinie 2000/78/EG und ihrer Umsetzung durch das deutsche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) unter besonderer Berücksichtigung der Loyalitätsobliegenheiten im kirchlichen Dienst, 2009, S. 255 ff.; kritisch etwa *Petra Budde*, Kirchenaustritt als Kündigungsgrund? – Diskriminierung durch kirchliche Arbeitgeber vor dem Hintergrund der Antidiskriminierungsricht-

aber kein echter Fall von Rechtsschutz für Religionsgemeinschaften ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu religiöser Verfolgung im Flüchtlingsrecht³¹⁴. Rechtsschutz zugunsten einer Religionsgemeinschaft hat das Gericht bislang erst einmal im Falle der Organisation „Scientology“ auf Vorlage des französischen *Conseil d'État* gewährt – wohlgemerkt berief sich diese auf den freien Kapitalverkehr³¹⁵.

84 In prozessualer Perspektive ist der direkte Zugang zu den verschiedenen Spruchkörpern des Europäischen Gerichtshofs (vgl. Art. 19 EUV bzw. Art. 251, 253, 254 und 257 AEUV)³¹⁶ für Religionsgemeinschaften zwar grundsätzlich möglich, aber praktisch stark erschwert. Nach Art. 263 Abs. 4 AEUV können auch juristische Personen³¹⁷ Nichtigkeitsklage gegen die an sie gerichteten oder sie unmittelbar und individuell betreffenden Handlungen sowie gegen

linie 2000/78/EG, in: AuR 2005, S. 353 (356 f.). Der nationalen Umsetzung dieser Bestimmung dient § 9 AGG, dessen Europarechtskonformität im einzelnen allerdings umstritten ist. Siehe zu § 9 AGG im ersten Zugriff *Jobst-Hubertus Bauer/Steffen Krieger*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl. 2015, § 9, Rn. 1 ff. sowie *Monika Schlachter*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, hg. von Rudi Müller-Glöge / Ulrich Preis / Ingrid Schmidt, 16. Aufl. 2016, § 9 AGG, Rn. 1 ff.

³¹⁴ Siehe EuGH, U. v. 5.9.2012 – C-71/11, C-99/11 – Y+Z / *Bundesrepublik Deutschland*, in: NVwZ 2012, S. 1612; zum Kontext *Fabian Wittreck*, in: Dreier (o. Fn. 48), Bd. I, Art. 16a, Rn. 32 ff.

³¹⁵ EuGH, U. v. 14.3.2000 – C-54/99 – *Association Église de scientologie de Paris, Scientology International Reserves Trust / Premier ministre*, in: iStR 2000, S. 287. In der Entscheidung spielt wohlgemerkt der strittige religiöse Status der Organisation keine Rolle; instruktiv zum Kontext: *Susan J. Palmer*, The new heretics of France. Minority religions, la République, and the government-sponsored „war on sects“, 2011, S. 59 ff.

³¹⁶ Näher zu deren Architektur *Rudolf Streinz*, Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 413 ff. sowie *Markus Kotzur*, Die europäische Gerichtsbarkeit, in: Enzyklopädie Europarecht III (o. Fn. 284), § 5, Rn. 7 ff.

³¹⁷ Soweit ersichtlich, hat der EuGH noch nicht über Nichtigkeitsklagen von Religionsgemeinschaften entschieden. Da die Rechtsprechung als juristische Personen auch solche des öffentlichen Rechts anerkennt (vgl. EuGH, U. v. 8.3.1988 – C 62/87, Slg. 1988, 1573 Rn. 8 – *Exécutif régional wallon* sowie EuGH, B. v. 1.10.1997 – C 180/97, Slg. 1997, I-5245 Rn. 11 f. – *Regione Toscana*), dürften davon selbst solche Religionsgemeinschaften erfaßt sein, die nach deutschem Recht den Status einer Körperschaft des Öffentlichen Rechts innehaben. Ausdrücklich wie hier mit Blick auf die „Kirchen“ *Ulrich Ehricke*, in: EUV/AEUV, hg. von Rudolf Streinz, 2. Aufl. 2012, Art. 263 AEUV, Rn. 42 sowie *Matthias Pechstein*, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, Rn. 361; vgl. aus der Literatur zur Parteifähigkeit juristischer Personen im allgemeinen ferner *Wolfgang Cremer*, in: Calliess/Ruffert (o. Fn. 309), Art. 263 AEUV, Rn. 27; *Steffen Augsberg*, Akteure des Verfahrens, in: Enzyklopädie Europarecht III (o. Fn. 284), § 2, Rn. 21.

Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen, erheben. Allerdings sind mangels spezifisch religionsrechtlicher Kompetenzen der Union derartige direkt an die Religionsgemeinschaften gerichtete Rechtsakte kaum zu erwarten. Es kommt hinzu, daß der Europäische Gerichtshof das Kriterium der unmittelbaren und individuellen Betroffenheit extrem eng auslegt, indem er voraussetzt, daß der Kläger „wie ein Adressat“ betroffen ist (sog. Plaumann-Formel) und gegenüber anderen Betroffenen eine exponierte Stellung einnimmt³¹⁸. Gegen eine die Religionsgemeinschaften belastende Verschärfung etwa der Antidiskriminierungsrichtlinie oder des sonstigen Sekundärrechts, sofern es bislang Ausnahmen zu ihren Gunsten enthält, besteht danach ohnehin nur (eingeschränkter) Rechtsschutz gegen Verordnungen³¹⁹. Hingegen wären die Kirchen im Hinblick auf Richtlinien grundsätzlich auf den Rechtsschutz gegen den nationalen Umsetzungsakt verwiesen³²⁰, der wiederum dahingehend eingeschränkt ist, daß das Bundesverfassungsgericht eingedenk des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nur prüfen kann, ob der deutsche Normgeber etwa bestehende Spielräume genutzt hat, um seiner Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG nachzukommen³²¹. In genuin europarechtlicher Perspektive bleibt danach gegen Richtlinien nur der indirekte Rechtsschutz. Darüber hinaus besteht entweder die (vage) Möglichkeit, politisch auf die Bundesregierung (oder das Europäische Parlament) mit dem Ziel einzuwirken, von dem weniger eng gefaßten Nichtigkeitsklagerecht nach Art. 263 Abs. 3 AEUV Ge-

³¹⁸ Siehe EuGH, U. v. 15.7.1963 – C 25/62, Slg. 1963, 211 (238) – *Plaumann* bzw. EuGH, U. v. 1.4.2004 – C 263/02 P, Slg. 2004, I-3425 Rn. 45 – *Jègo-Quèrè*; aus der Literatur (ganz überwiegend kritisch) *Martin Borowski*, Die Nichtigkeitsklage gemäß Art. 230 Abs. 4 EGV, in: *EuR* 39 (2004), S. 879 (890 ff.); *Dirk Ehlers*, Nichtigkeitsklage, in: *Rechtsschutz im öffentlichen Recht* (o. Fn. 284), § 8, Rn. 25 ff.; *Alexander Thiele*, Die Nichtigkeitsklage, in: *Enzyklopädie Europarecht III* (o. Fn. 284), § 9, Rn. 44 ff.

³¹⁹ Näher zum Rechtsschutz gegen Verordnungen *Sebastian Lenz / Simone Staeglich*, Kein Rechtsschutz gegen EG-Verordnungen? Europäische Rechtschutzdefizite und ihr Ausgleich durch die Feststellungsklage nach § 43 I VwGO, in: *NVwZ* 2004, S. 1421 ff.

³²⁰ *Robin van der Hout*, Individualklagen gegen Richtlinien. Perspektiven des Rechtsschutzes auf Gemeinschaftsebene, 2003, S. 62 f.; *Fink-Jamann*, Antidiskriminierungsrecht (o. Fn. 313), S. 347 ff. – Zu Ausnahmen bei sog. Schein- oder Hybridrichtlinien statt aller *Ehlers*, Nichtigkeitsklage (o. Fn. 318), § 8, Rn. 19 a.E.

³²¹ Vgl. BVerfGE 129, 78 (90 f., Rn. 54 ff.) – *Le Corbusier* sowie aus der Literatur beispielsweise *Christoph Degenhart*, Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht, 31. Aufl. 2015, Rn. 271 f.

brauch zu machen. Oder es bleibt die Aussicht, im Verfahren des nationalen Rechtsschutzes (also etwa im arbeitsgerichtlichen Prozeß) eine Vorlage nach Art. 267 AEUV (Vorabentscheidungsverfahren) anzustoßen³²²; deren unberechtigte Verweigerung wäre wiederum verfassungsrechtlich als Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (Recht auf den gesetzlichen Richter) zu werten und vor dem Bundesverfassungsgericht verfassungsbeschwerdefähig³²³. Davon zu unterscheiden ist die unlängst von *Classen* aufgeworfene Frage, ob kirchliche Gerichte – namentlich in den Bereichen, in denen sie staatlichen Rechtsschutz zumindest faktisch ausschließen – ihrerseits nach Art. 267 AEUV vorlageberechtigt bzw. -verpflichtet sein könnten³²⁴; dies dürfte derzeit am Erfordernis des Bestehens auf der Grundlage eines staatlichen Gesetzes scheitern³²⁵. Die Schadensersatzklage nach Art. 268, 340 AEUV schließlich steht Religionsgemeinschaften zwar theoretisch offen, dürfte aber kaum praxisrelevant sein³²⁶.

³²² Dazu statt aller *Rainer Wernsmann*, Vorabentscheidungsverfahren, in: Rechtsschutz im öffentlichen Recht (o. Fn. 284), § 11 (S. 219 ff.); *Bernhard Wegener*, in: Calliess/Ruffert (o. Fn. 309), Art. 267 AEUV, Rn. 1 ff.; *Ulrich Karpenstein*, Das Vorabentscheidungsverfahren, in: Enzyklopädie Europarecht III (o. Fn. 284), § 8 (S. 203 ff.).

³²³ BVerfGE 73, 339 (366 ff.); 82, 159 (192 ff.); 126, 286 (315 f., Rn. 88 ff.); 129, 78 (106 f., Rn. 64 ff.); 131, 268 (311 f., Rn. 127 ff.); *Rudolf Streinz*, Vollzug europäischen Rechts durch deutsche Organe (§ 218), in: HStR³, Bd. X, 2012, Rn. 79; *Lothar Michael*, Grenzen einer verschärften Vorlagenkontrolle des Art. 267 Abs. 3 AEUV durch das BVerfG. Unionsrechtsfreundliche oder grundrechtsfreundliche Modifizierungen des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, in: JZ 2012, S. 870 ff.; *Martin Kment*, in: Jarass/Pieroth (o. Fn. 56), Art. 101, Rn. 3, 18.

³²⁴ Eingehend m.w.N. *Classen*, Die Verwirklichung des Unionsrechts (o. Fn. 308), S. 125 ff.

³²⁵ Vgl. EuGH, U. v. 14. 6. 2007 – C-246/05, Rn. 16 – *Häupl/Lidl* und dazu *Wernsmann*, Vorabentscheidungsverfahren (o. Fn. 322), § 11, Rn. 14 sowie *Streinz*, Europarecht (o. Fn. 316), Rn. 701 f.

³²⁶ Näher dazu *Dirk Ehlers*, Schadensersatzklage, in: Rechtsschutz im öffentlichen Recht (o. Fn. 284), § 10 (S. 201 ff.) sowie *Ino Augsberg*, Die Schadensersatzklage, in: Enzyklopädie Europarecht III (o. Fn. 284), § 12 (S. 377 ff.); vgl. ferner *Bernd J. Hartmann*, Haftung in der Europäischen Union, in: Staatshaftung in Europa. Nationales und Unionsrecht, hg. von Oliver Dörr, 2014, § 2.

§ 78

Staatlicher Rechtsschutz gegen Kirchen und kirchliches Selbstbestimmungsrecht

Von Wolfgang Rübner

I. Einführung	1–18
1. Staatliche Rechtsschutzgarantie und kirchliches Selbstbestimmungsrecht	2–8
2. Unzulässigkeit staatlichen Rechtsschutzes oder Rücknahme der Kontrolldichte	9–14
3. Kirchliche Gerichte	15
4. Uneingeschränkte Zulässigkeit der staatlichen gerichtlichen Kontrolle?	16–18
II. Weltlich-rechtliche Angelegenheiten	19–24
1. Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr: Vertragliche Ansprüche	20–22
2. Außervertragliche Ansprüche	23–24
III. Innerkirchliche Streitigkeiten	25–43
1. Maßnahmen mit nur innerkirchlicher Wirkung	25–30
2. Mittelbare Wirkung im weltlichen Bereich	31–32
3. Kirchliche Entscheidungen mit Folgen im weltlichen Recht	33–43
a) Durchsetzung kirchlicher Entscheidungen	33–34
b) Außenwirksame kirchliche Entscheidungen	35–37
c) Inzidentkontrolle durch staatliche Gerichte	38–43
IV. Staatlicher Rechtsschutz für Geistliche und Kirchenbeamte	44–85
1. Problemaufriss	44–46
2. Entwicklung der Rechtsprechung	47–61
a) Oberste Bundesgerichte	47–53
b) Bundesverfassungsgericht	54
c) Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	55–61

3. Auffassung der Literatur	62–66
4. Leitlinien der Lösung	67–83
a) Besondere Schwierigkeit	67–70
b) Formale Argumente	71–73
c) Statusfragen und vermögensrechtliche Ansprüche	74–75
d) Einheitliche Entscheidung	76–83
5. Kirchliches Disziplinarrecht	84–85
V. Schlussbemerkung	86–87

I. Einführung

- 1 Ob und inwieweit kirchliche Maßnahmen von staatlichen Gerichten zu kontrollieren sind, ist seit dem Zweiten Weltkrieg sehr kontrovers und bislang ohne allgemein anerkanntes Ergebnis behandelt worden. Zwei grundsätzlich einander entgegenlaufende Tendenzen der neueren Rechtsentwicklung¹ bestimmten die Diskussion.

1. Staatliche Rechtsschutzgarantie und kirchliches Selbstbestimmungsrecht

- 2 Einerseits ist die kirchliche Eigenständigkeit gegenüber der Zeit der Weimarer Reichsverfassung und noch mehr gegenüber der Zeit der Monarchie, aus der viele Bausteine unseres staatskirchenrechtlichen Systems übernommen wurden, erheblich verstärkt worden. Es ist heute nicht mehr umstritten, dass die Kirchen einer Staatsaufsicht – trotz ihrer Qualifizierung als Körperschaften des öffentlichen Rechts – nicht unterliegen. Damit wird staatliche Rechtsprechung in kirchlichen Angelegenheiten fragwürdig, weil jede Kompetenz staatlicher Stellen zur Beurteilung kirchlicher Amtshandlungen, ob inten-

¹ Dazu *Stefan Mückl*, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: HStR³, Bd. VII, 2009, § 159, Rn. 117; *Wolf-Rüdiger Schenke*, Die verfassungsrechtliche Garantie eines Rechtsschutzes kirchlicher Bediensteter, in: Festschrift Hans Joachim Faller, hg. von Wolfgang Zeidler / Theodor Maunz / Gerd Roelcke, 1984, S. 133 ff.; *Stefan Koriath*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz – Kommentar, Losebl., Art. 140/137 WRV, 42. Erg.-Lfg. Februar 2003, Rn. 50; *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, Hbd. 2, 2011, S. 1024 f.

diert oder nicht, als Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt zugleich eine Art von Staatsaufsicht enthält.²

Andererseits wird unter dem Grundgesetz die Rechtsstaatlichkeit schärfer akzentuiert als unter der Weimarer Reichsverfassung. Zum Rechtsstaat im Sinne des Grundgesetzes gehört ein umfassender Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt (Art. 19 Abs. 4) und die Möglichkeit, Rechtsansprüche jeder Art mit Hilfe von (staatlichen) Gerichten durchzusetzen. Die rechtsstaatlichen Prinzipien verlangen eher eine weit ausgedehnte staatliche Gerichtsbarkeit in Kirchensachen. In letzter Konsequenz stehen sie jeder Exemption von der staatlichen Gerichtsbarkeit entgegen.³

Art. 19 Abs. 4 GG spielt in der Problematik nur eine untergeordnete Rolle. Unter öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG ist staatliche und vom Staat abgeleitete Gewalt zu verstehen. Die Kirchen üben (so die übliche Auffassung) öffentliche, aber keine staatliche Gewalt aus.⁴ Nur wenn sie (z.B. bei der Kirchensteuererhebung) übertragene Staatsgewalt ausüben, unterstehen sie der gerichtlichen Kontrolle wie die staatliche öffentliche Gewalt.⁵ Das ist im Prinzip

² Godehard Josef Ebers, Staat und Kirche im neuen Deutschland, 1930, S. 397 ff.; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 925; Günter Winands, Kirchliche Sanktion eines Zölibatsverstoßes und staatliche Gerichtsbarkeit, in: DÖV 1986, S. 98 (100); anders insoweit Karl-Hermann Kästner, in: BK, Art. 140, Drittbearbeitung, 2010, Rn. 57; Karin Oellers-Frahm, Staatliche und religionsautonome Gerichtsbarkeit, in: Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht – Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven, hg. von Rainer Grote/Thilo Marauhn, 2001, S. 471 (482), die – insoweit mit Recht – darauf hinweist, dass der Justizgewährungsanspruch auch zur Entfaltung kirchlicher Freiheit beitrage.

³ Vgl. Werner Weber, Die Gegenwartslage des Staatskirchenrechts, in: VVDStRL 11 (1954), S. 153 (167); Konrad Hesse, Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, 1956, S. 16; Karl-Hermann Kästner, Staatliche Justizhoheit und religiöse Freiheit, 1991, S. 139 f.; BVerfG, in: NJW 2009, S. 1195 = ZevKR 54 (2009), S. 232 ff. = Kirche 52, 337.

⁴ BVerwGE 117, 145 (147) = Kirche 41, 148 = ZevKR 48 (2003), S. 333; BVerwGE 149, 139, Rn. 10 f.; VGH BW, Kirche 60, 462, Rn. 4.

⁵ Mückl, Grundlagen (o. Fn. 1), Rn. 126; Ute Mager, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl. 2012, Bd. 2, Art. 140 GG, Rn. 43; vgl. auch Paul Kirchhof, Die Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts, in: HSKR², Bd. I, 1994, S. 651 (677). Die Kirchen sind dann in einer ähnlichen Lage wie beliehene Unternehmer, obwohl sie das als juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht im rechtstechnischen Sinne sind. Dazu Ulrich Scheuner, Die Nachprüfung kirchlicher Rechtshandlungen durch staatliche Gerichte, in: ZevKR 3 (1953/54), S. 352 (356 f.); Hermann Weber, Die Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts im System des Grundgesetzes, 1966,

nicht streitig, streitig ist allerdings, in welchen Bereichen die Kirchen kraft übertragener staatlicher Gewalt handeln. Wenn dazu auch die öffentlich-rechtliche Gestaltung der Dienstverhältnisse von Kirchenbeamten und Geistlichen gerechnet wird,⁶ wird die staatliche Gerichtsbarkeit um einen wichtigen Bereich und im Grunde um den hauptsächlich streitigen erweitert.

- 5 Bedeutsamer ist die generelle staatliche Rechtsschutzgarantie, die aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt. Der Rechtsschutz für Streitigkeiten der Bürger untereinander oder zwischen Bürgern und Verbänden, als welche die Kirchen in diesem Sinn anzusehen sind, ist älter und in gewisser Weise wichtiger als der Schutz gegen die öffentliche Gewalt.⁷

S. 64 f.; *Wolf-Rüdiger Schenke*, in: BK (o. Fn. 2), Art. 19 Abs. 4, Rn. 180; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 1), Art. 19 Abs. 4 GG, 72. Erg.-Lfg. Juli 2014, Rn. 114; *Stefan Magen*, Der Rechtsschutz in Kirchen-sachen nach dem materiell-rechtlichen Ansatz, in: NVwZ 2002, S. 897 (898).

⁶ So insbesondere *Hermann Weber*, Kontroverse zum Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Amtsrecht, in: NJW 2003, S. 2067 (2069); *ders.*, Der Rechtsschutz im kirchlichen Amtsrecht: Unrühmliches Ende einer unendlichen Geschichte?, in: NJW 2009, S. 1179 (1182); ihm folgend *Magen*, Rechtsschutz (o. Fn. 5), S. 899; *Hans-Werner Laubinger*, Die Geltung der Grundrechte im Verhältnis der evangelischen Pfarrer zu ihrer Kirche, in: Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Festschrift für Klaus Stern, hg. von Michael Sachs/Helmut Siekmann, 2012, S. 445 (474 ff.); *ders.*, Der Rechtsschutz kirchlicher Bediensteter, in: Staat, Verwaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke, hg. von Peter Baumeister/Wolfgang Roth/Josef Ruthig, 2011, S. 975 (1001 f.); in diesem Sinne auch OVG NRW, in: DVBl. 2012, S. 1585 = KirchE 60, 92, Nr. 49 ff.; dagegen BVerwGE 149, 139, Rn. 11 (zur KÖR mit Dienstherrenfähigkeit); *Mager*, in: von Münch/Kunig (o. Fn. 5), Art. 140 GG, Rn. 44 im Anschluss an *Hartmut Maurer*, Kirchenrechtliche Streitigkeiten vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten, in: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Festschrift für Christian-Friedrich Menger, hg. von Hans-Uwe Erichsen/Werner Hoppe/Albert v. Mutius, 1985, S. 285 (296).

⁷ In diesem Sinn *Maurer*, Kirchenrechtliche Streitigkeiten (o. Fn. 6), S. 285; *Kästner*, Staatliche Justizhoheit (o. Fn. 3), S. 109 ff.; *Axel von Campenhausen/Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 311 f.; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 5), Rn. 113; *Siegfried Uibel*, Urteilsanmerkung, in: DVBl. 1981, S. 37; *Peter Unruh*, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle, Bd. 3, Art. 140 GG/137 WRV, Rn. 113; *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 137 WRV, Rn. 75; *Wolfgang Bock*, Das für alle geltende Gesetz und die kirchliche Selbstbestimmung, 1996, S. 31; *Udo Steiner*, Zur Rechtsschutzsituation von Kirchenbediensteten im verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz, in: Festschrift für Reinhard Richardi, hg. von Georg Annuß/Eduard Picker/Hellmut Wißmann, 2007, S. 979 (981 ff.); BVerwGE 149, 139, Rn. 12 f.; BVerwGE 153, 282, Rn. 12 f.

Der Staat, der die Selbständigkeit der Kirchen achten und zugleich den rechtsstaatlich gebotenen Rechtsschutz gewähren muss, kann nicht beiden Grundsätzen gleichermaßen gerecht werden, sondern muss zwischen ihnen abwägen.⁸ Da sich diese Abwägung nicht ohne Wertungen treffen lässt, wird ihm im Grenzbereich ein gewisser Spielraum zugestanden werden müssen, ohne dass nur die eine oder nur die andere Lösung als verfassungsmäßig angesehen werden könnte.⁹

Bei generellen Aussagen zu dem Problem ist Vorsicht angebracht. Eine volle uneingeschränkte, auch inhaltlich uneingeschränkte staatliche Gerichtsbarkeit in kirchlichen Angelegenheiten ist ebenso wenig zu befürworten wie ein genereller Ausschluss. Das zeigen alle Bemühungen zu den einschlägigen Fragen.

In der Kompetenz zur Entscheidung über kirchenrechtliche Fragen liegt die Möglichkeit der Verfügung über das Kirchenrecht selbst.¹⁰ Deshalb muss als Leitlinie gelten, dass die Auslegung kirchlichen Rechts zu den Angelegenheiten gehört, welche die Kirchen als ihre Angelegenheiten selbständig ordnen und verwalten (Art. 137 Abs. 3 WRV).¹¹

⁸ Vgl. zu diesem Dilemma *Hans-Ulrich Evers*, Das Verhältnis der kirchlichen zur staatlichen Gerichtsbarkeit, in: Festschrift für Erich Ruppel, hg. von Heinz Brunotte/Konrad Müller/Rudolf Smend, 1968, S. 329 f.; *Axel von Campenhausen*, Der staatliche Rechtsschutz im kirchlichen Bereich, in: AöR 112 (1987), S. 623 (625).

⁹ Die Frage der staatlichen Gerichtsbarkeit liegt der sekundären Rechtswegfrage voraus. Vgl. *Josef Isensee*, Rechtsschutz gegen Kirchenglocken. Rechtsweg und Rechtsqualifikation bei Nachbarklagen auf Unterlassung kirchlicher Immissionen, in: Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco, hg. von Gerhard Lüke/Georg Ress/Michael R. Will, 1985, S. 301 (306); *Winands*, Kirchliche Sanktion (o. Fn. 2), S. 99; BVerwGE 68, 62 (63) = KirchE 21, 251 (252).

¹⁰ *Maurer*, Kirchenrechtliche Streitigkeiten (o. Fn. 6), S. 290; *Bernd Grzeszick*, Staatlicher Rechtsschutz und kirchliches Selbstbestimmungsrecht, in: AöR 129 (2004), S. 168 (171).

¹¹ *Laubinger*, Rechtsschutz (o. Fn. 6), S. 1004 f.; mit Recht betrachtet *Dominicus M. Meier*, Verwaltungsgerichte für die Kirche in Deutschland?, 2001, S. 439, die Befugnis, eine eigene kirchliche Gerichtsbarkeit einzurichten, als Teil des garantierten eigenen Verwaltens; ebenso *Grzeszick*, Staatlicher Rechtsschutz (o. Fn. 10), S. 173, nach dem die Zuständigkeit der kirchlichen Gerichte grundsätzlich der Reichweite des kirchlichen Rechtsbereichs folgt; anders *Karl-Hermann Kästner*, Vergangenheit und Zukunft der Frage nach rechtsstaatlicher Judikatur in Kirchensachen, in: ZevKR 48 (2003), S. 301 (306), der auf den umfassenden Geltungsanspruch des Kirchenrechts verweist; ähnlich *ders.*, Staatliche Justizhoheit (o. Fn. 3), S. 174 ff. Die Meinungsverschiedenheit besteht jedoch in Wirklichkeit kaum: Staatliche Ge-

2. Unzulässigkeit staatlichen Rechtsschutzes oder Rücknahme der Kontrollrechte

9 Für die Lösung der Probleme bieten sich grundsätzlich zwei Wege an: Der staatliche Rechtsschutz kann zugunsten der kirchlichen Selbstbestimmung ausgeschlossen werden oder die staatlichen Gerichte können Klagen zwar zulassen, sich aber bei Beurteilung kirchlicher Fragen zurückhalten und kirchliche Entscheidungen für ihre Entscheidungen als verbindlich akzeptieren. Beide Wege scheinen verfassungsrechtlich prinzipiell möglich. Auch der Ausschluss des Zugangs zu den staatlichen Gerichten stellt formell die staatliche Souveränität nicht in Frage, sondern folgt aus der Entscheidung der Verfassung für das kirchliche Selbstbestimmungsrecht, also aus Art. 137 Abs. 3 WRV.¹²

10 Der heute für kirchliche Fragen nur noch selten zuständige Bundesgerichtshof und das Bundesverwaltungsgericht neigten lange Zeit mit Billigung des Bundesverfassungsgerichts zum Ausschluss der Kompetenz staatlicher Gerichte. Seit dem Jahre 2000 hat sich jedoch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und 2014 die des Bundesverwaltungsgerichts geändert.¹³ Die obersten Bundesgerichte sprechen sich jetzt für eine umfassende Kompetenz staatlicher Gerichte aus, begrenzen aber die inhaltliche Kontrolle zur Achtung der kirchlichen Eigenständigkeit. Die weitaus herrschende Meinung in der Literatur¹⁴ sah und sieht die Lösung nie darin, die Anrufung

richte müssen, wenn sie sich zu kirchlichen Fragen äußern, kirchliches Recht beachten, allerdings sind sie bei der Anwendung von Kirchenrecht an kirchliche Vorentscheidungen gebunden. Dazu unten III. 3. c.

¹² In diesem Sinne *Ino Augsberg*, *Noli me tangere – Funktionale Aspekte der Religionsfreiheit*, in: *Der Staat* 48 (2009), S. 239 (258 f.).

¹³ Maßgebende Urteile: BGH, U. v. 11.2.2000, in: *NJW* 2000, S. 1555; BGHZ 154, 306 (311 f.) v. 28.3.2003; BVerwGE 149, 139 v. 27.2.2014; auch BVerwGE 153, 282 v. 25.11.2015, ein Urteil, in dem es um die Durchsetzung von Ansprüchen der Kirche ging, das aber wichtige allgemeine Ausführungen enthält. Zu diesem Urteil *Dirk Ehlers*, Die Durchsetzung kirchenrechtlicher Ansprüche vor staatlichen Gerichten, in: *ZevKR* 61 (2017), S. 313 ff.; *Yuri Safoklov*, Rechtsschutzgarantie und Autonomie der Religionsgemeinschaften, in: *DÖV* 2017, S. 99 ff.

¹⁴ In diesem Sinne *Kästner*, Staatliche Justizhoheit (o. Fn. 3), S. 12 ff.; *Martin Heckel*, Die staatliche Gerichtsbarkeit in kirchlichen Angelegenheiten, in: *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche*, hg. von Peter Badura/Rupert Scholz, 1993, S. 213 (215); *Bernd Jeand'Heur/Stefan Korioth*, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, Rn. 365 ff.; *Korioth*, in: *Maunz/Dürig* (o. Fn. 1), Rn. 57; *Unruh*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* (o. Fn. 7), Art. 140 GG/137 WRV, Rn. 113 f.; *Mor-*

staatlicher Gerichte auszuschließen. Niemand plädiert aber, soweit ersichtlich, für eine inhaltlich unbeschränkte Kontrolle kirchlicher Entscheidungen durch staatliche Gerichte.

Die theoretischen Ansätze¹⁵: grundsätzliche Unzulässigkeit oder grundsätzliche Zulässigkeit, aber mit begrenzter Kontrolle, lassen sich jedoch nicht uneingeschränkt durchhalten. Auch die Befürworter der Unzulässigkeit müssen zugeben, dass in vielen Fällen, insbesondere im kirchlichen Arbeitsrecht, der Weg zu den staatlichen Gerichten eröffnet ist, aber diese das kirchliche Selbstbestimmungsrecht durch Hinnahme kirchlicher Vorentscheidungen achten müssen.

Die Unterschiede zwischen den in der Theorie oft überpointierten gegensätzlichen Auffassungen sind daher geringer, als es auf den ersten Blick scheint. Die Endergebnisse beider Auffassungen unterscheiden sich meist nur wenig, denn ob eine Klage gegen die Kirche unzulässig oder mangels materieller Überprüfung der wesentlichen kirchlichen Maßnahme unbegründet ist, macht für den Kläger keinen großen Unterschied.¹⁶ Dies gilt allerdings nur, soweit die staatlichen Gerichte materiell das kirchliche Selbstbestimmungsrecht achten. Staatliche Rechtsprechung ist staatliche Machtausübung, ein Gesichtspunkt, der in der rechtsstaatlichen Euphorie der Nachkriegszeit oft übersehen wurde. Wenn staatliche Gerichte in der Sache über kirchliche Angelegenheiten zu entscheiden haben, bestimmen sie in diesen Angelegenheiten mit, und zwar selbst dann, wenn sie sich be-

lok, in: Dreier (o. Fn. 7), Art. 137 WRV, Rn. 75; *Stern*, Staatsrecht IV/2 (o. Fn. 1), S. 1267; *Dirk Ehlers*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 140 GG/137b WRV, Rn. 14 ff.; *Stefan Muckel*, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, hg. von Heinrich Friauf/Wolfram Höfling, Losebl., Art. 140 GG/Art. 137 WRV, Stand: 34. Erg.-Lfg. VIII/11, Rn. 59; *von Campenhausen/de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 7), S. 313 ff.; *H. Weber*, Kontroverse (o. Fn. 6), S. 2069; *Peter Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 211 ff.; *Steiner*, Rechtsschutzsituation (o. Fn. 7), S. 984 ff. mit besonderem Hinweis auf die Achtung des kirchlichen Selbstverständnisses in der Arbeitsgerichtsbarkeit; *Oellers-Frahm*, Gerichtsbarkeit (o. Fn. 2), S. 474 ff., allerdings nur gegen eine a limine Abweisung, aber mit der Möglichkeit der Abweisung als unzulässig, wenn eine evident innerkirchliche Angelegenheit betroffen ist; *Michael Germann*, Die Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde gegen die Kirche: Kein Grund zum Nachdenken über die Justizgewährung in kirchlichen Angelegenheiten, in: ZevKR 54 (2009), S. 214 (216).

¹⁵ *Mückl*, Grundlagen (o. Fn. 1), Rn. 118, spricht von zwei unterschiedlichen Ebenen, in denen sich die Fragen stellen.

¹⁶ Darauf weist *Mückl*, Grundlagen (o. Fn. 1), Rn. 121, mit Recht hin.

mühen, der kirchlichen Eigenständigkeit bei der materiellen Entscheidung gerecht zu werden.¹⁷

- 13 Wird mit der neueren Rechtsprechung die Anrufung staatlicher Gerichte gegen kirchliche Maßnahmen weitestgehend oder sogar uneingeschränkt zugelassen, bleibt doch materiell die Auslegung des Kirchenrechts Sache der Kirchen, die Auslegung staatlichen Rechts ist dagegen Sache staatlicher Gerichte.¹⁸ Greift die Schranke des für alle geltenden Gesetzes, womit staatliches Recht erheblich wird, gewähren die staatlichen Gerichte insoweit auch materiell Rechtsschutz, indem sie das für alle geltende Gesetz im konkreten Fall anwenden.¹⁹ Ansonsten sind sie an die kirchlichen und kirchenrechtlichen Vorgaben gebunden. Die staatlichen Gerichte haben sich an die kirchlichen Vorgaben zu halten, es sei denn die Kirchen hätten sie zur Auslegung des kirchlichen Rechts ermächtigt.²⁰ Soweit das nicht der Fall ist, bleibt ihnen nur die Kontrolle auf Vereinbarkeit mit den grundlegenden Wertungen der Verfassung.²¹ Das allerdings kann die Auslegung kirchlicher Normen durch staatliche Gerichte nur hindern, wenn es kirchlich verbindliche Auslegungen gibt. Die Situation ist der des kirchlichen Arbeitsrechts ähnlich, wie es schon lange praktiziert wird. Das Bundesverfassungsgericht überlässt den Kirchen die Bestimmung der Loyalitätsobliegenheiten ihrer Bediensteten bis zur Grenze der verbindlichen für alle geltenden Gesetze und verlangt im Zweifel eine Rückfrage bei den Kirchen.²² Ob dieses

¹⁷ Deshalb bedenklich *Kästner*, Staatliche Justizhoheit (o. Fn. 3), S. 239, der sich dagegen wendet, gerichtliche Rechtskontrolle mit materieller Fremdbestimmung gleichzusetzen.

¹⁸ So BGH, in: NJW 2000, S. 1556; BVerwGE 116, 86 (88) = JZ 2002, S. 1102 (1103) m. zust. Anm. *Hartmut Maurer*, S. 1104 ff. = NVwZ 2002, S. 987; BVerwGE 153, 282, Rn. 26; BVerwGE, in: NVwZ-RR 2017, S. 399, Rn. 15; anders *Magen*, Rechtsschutz (o. Fn. 5), S. 899 ff., mit der Begründung, der Staat statte die kirchlichen Normen mit Wirksamkeit aus.

¹⁹ Auf dieser Linie *Grzeszick*, Staatlicher Rechtsschutz (o. Fn. 10), S. 215 f.; *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 14), Art. 140 GG/137b WRV, Rn. 16; auch *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 14), Rn. 218; *Mager*, in: von Münch / Kunig (o. Fn. 5), Art. 140 GG, Rn. 42.

²⁰ So BVerwGE 149, 139, Rn. 14, in einem Fall, der einen evangelischen Pastor im Beamtenverhältnis betraf: „Die staatlichen Gerichte sind nur dann befugt, das autonom gesetzte Recht der Religionsgesellschaft auszulegen und anzuwenden, wenn und soweit die Religionsgesellschaft selbst diese Möglichkeit eröffnet (§ 63 Abs. 3 S. 2 BeamStG i.V.m. § 135 S. 2 BRRG).“ Gegen diese Möglichkeit der Ermächtigung *Ehlers*, Durchsetzung (Fn. 13), S. 318 unter Hinweis auf die Bekenntnisneutralität des Staates.

²¹ BVerwGE 149, 139, Rn. 25; BVerwG, in: NVwZ-RR 2017, S. 399, Rn. 14.

²² BVerfGE 70, 138 (164 ff.).

Rückfrageprinzip verallgemeinert werden könnte und müsste, wäre zu prüfen.

Wenn in der Sache nur über Ansprüche aus kirchlichem Recht zu entscheiden ist, bietet die staatliche Gerichtsbarkeit ohne eigene Entscheidungsgewalt den Klägern keine reale Erweiterung des Rechtsschutzes. Dem staatlichen Gericht bleibt nur eine Verweisung auf kirchliche Entscheidungen, ihre Entscheidungen sind gebunden. Nur bei Verletzung grundlegender Normen des Verfassungsrechts durch die Kirchen besteht die Möglichkeit einer Art Missbrauchskontrolle der staatlichen Gerichte. Diese Missbrauchskontrolle könnte freilich ihrerseits missbraucht werden und zu einer weitreichenden staatlichen Kontrollmöglichkeit führen. Dies gilt insbesondere für das Willkürverbot, das zu den bindenden Prinzipien der staatlichen Rechtsordnung zählt,²³ aber einer wenig berechenbaren Auslegung zugänglich ist.²⁴

14

3. Kirchliche Gerichte

Die Kirchen können kraft ihrer Organisationsgewalt kirchliche Gerichte bilden.²⁵ Diese können zwingend vorgeschriebene staatliche Gerichte nicht endgültig ersetzen.²⁶ Die staatliche Gerichtsbarkeit kann also durch kirchliche Gerichte nicht definitiv ausgeschlossen werden.²⁷ Ein gut ausgebauter kirchlicher Rechtsschutz kann dem Staat aber immerhin die Möglichkeit geben, sich mehr zurückzuzul-

15

²³ BVerwGE 153, 282, Rn. 10, 25.

²⁴ BVerfG, 9.12.2008 (o. Fn. 3), Rn. 6, sieht die Gefahr einer allmählichen Steigerung der Kontrolldichte, welche die kirchliche Eigenständigkeit und die Neutralität des Staates beeinträchtigen könnte. Dazu ausführlicher unten bei Fn. 113.

²⁵ BVerwGE 153, 282, Rn. 16.

²⁶ v. Campenhausen, Staatlicher Rechtsschutz (o. Fn. 8), S. 628; Kästner, Staatliche Justizhoheit (o. Fn. 3), S. 162 ff.; BVerwGE 153, 282, Rn. 20 spricht zwar von der subsidiären Anrufung staatlicher Gerichte, meint aber nicht, dass staatliche Gerichte in einer Sache endgültig ausgeschlossen werden könnten.

²⁷ Heckel, Staatliche Gerichtsbarkeit (o. Fn. 14), S. 213; BGH, in: NJW 2000 (o. Fn. 13), S. 1556 m. w. N. und im Anschluss daran Achim Nolte, Durchbruch auf dem Weg zu einem gleichwertigen staatlichen Rechtsschutz in „Kirchensachen“?!, in: NJW 2000, S. 1844 f.; Michael Germann, in: BeckOK Grundgesetz, hg. von Volker Epping/Christian Hillgruber, 37. Ed. 15. 5. 2018, Art. 140, Rn. 59.

ten.²⁸ Insbesondere kann verlangt werden, dass kirchliche Rechtsschutzmöglichkeiten ausgeschöpft werden, ehe der Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten eröffnet wird.²⁹ Für eine unmittelbar vor dem staatlichen Gericht erhobene Klage fehlt das Rechtsschutzbedürfnis. In diesem Sinne ist der staatliche Rechtsschutz auf Grund des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts subsidiär.³⁰

²⁸ Das BAG hält in Streitigkeiten zwischen einer kirchlichen Mitarbeitervertretung und dem Arbeitgeber die staatliche Gerichtsbarkeit nicht für gegeben, zumindest dann nicht, wenn über solche Streitigkeiten eine Schlichtungsstelle entschieden, die den Mindestanforderungen an ein staatliches Gericht entsprach. Dazu BAGE 51, 238 (243 ff.) = KirchE 24, 72 (74 ff.) = AP Nr. 25 zu Art. 140 GG m. zust. Anm. *Wilhelm Dütz*; BAGE 61, 376 (380 ff.) = AP Nr. 34 zu Art. 140 GG m. zust. Anm. *Albert Stein*; BAG, in: NZA 1993, S. 597; zust. auch *Reinhard Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, 7. Aufl. 2015, § 22; *Heinrich Gehring*, Kirchenarbeitsrecht, in: Das Bürgerliche Gesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar, hg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, 12. Aufl., 68. Lieferung, 1992, § 630 Anh. III, Rn. 209 ff.; schon vorher in diesem Sinne *Hartmut Krüger*, Die Eigenständigkeit der Kirchen im Personalvertretungsrecht, in: Die Personalvertretung (PersV) 1988, S. 42 (48). Dies muss für das gesamte kollektive Arbeitsrecht gelten *Richardi*, a. a. O., § 22, Rn. 5; *Gehring*, a. a. O., § 630 Anh. III, Rn. 207 ff. Das Problem gehört ins kirchliche Arbeitsrecht und ist dort zu behandeln. Vgl. *Gregor Thüsing*, → § 59, Rn. 72–80.

²⁹ In diesem Sinne *Schenke*, Verfassungsrechtliche Garantie (o. Fn. 1), S. 143, der mit Hinweis auf die Vereinsgerichtsbarkeit meint, einer Klage fehle das Rechtsschutzbedürfnis vor Erschöpfung des Rechtsschutzes vor den kirchlichen Gerichten; ihm folgend *v. Campenhausen*, Staatlicher Rechtsschutz (o. Fn. 8), S. 628, der meint, das Rechtsschutzbedürfnis könne fehlen, wenn der Betroffene sein Ziel auf dem kirchlichen Rechtsweg hätte erreichen können, später, S. 638 ff., verweist er auf die Parallele zur Vereinsgerichtsbarkeit; *Magen*, Rechtsschutz (o. Fn. 5), S. 903; *Morlok*, in: Dreier (o. Fn. 7), Art. 137 WRV, Rn. 75; *Jeand'Heur / Koriath*, Grundzüge (o. Fn. 14), Rn. 367; *Kästner*, Vergangenheit (o. Fn. 11), S. 309 f.; *Ehlers*, in: Sachs (o. Fn. 14), Art. 140 GG/137 WRV, Rn. 17; *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 14), Rn. 224; *Hermann Weber*, Kirchlicher Rechtsschutz und staatliche Gerichtsbarkeit, in: ZevKR 49 (2004), S. 385 (398 ff.); *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 14), Art. 140 GG/Art. 137 WRV, Rn. 60; anders *Heckel*, Staatliche Gerichtsbarkeit (o. Fn. 14), S. 225; *Maurer*, Kirchenrechtliche Streitigkeiten (o. Fn. 6), S. 299 f., 304 bei Anm. 81; *Oellers-Frahm*, Gerichtsbarkeit (o. Fn. 2), S. 484. Wegen der geschuldeten Rücksicht auf das kirchliche Selbstverständnis will BVerfG, B. v. 18. 9. 1998 – 2 BvR 1476/94, in: NJW 1999, S. 349 (350) = KirchE 36, 409 (412) eine Klage vor dem staatlichen Gericht jedenfalls erst nach Erschöpfung des kirchlichen Rechtswegs zulassen; dem folgend VG Düsseldorf, KirchE 50, 274 (285 m. w. N.); OVG NRW, in: NWVBl. 2002, S. 149; HessVG, in: DÖV 2003, S. 256; OVG RP, NJW 2004, S. 3731; OVG RP, U. v. 28. 11. 2008 – 2 A 10497/08, in: DVBl. 2009, S. 2415; BVerwGE 149, 139, Rn. 27; BVerwGE 153, 282, Rn. 20.

³⁰ BVerwGE 153, 282, Rn. 20; BVerwG, in: NVwZ-RR 2017, S. 399, Rn. 13; BVerfG, B. v. 4. 3. 2019, in: NJW 2019, S. 1866; BayVG, B. v. 7. 8. 2017 – 3 ZB

4. Uneingeschränkte Zulässigkeit der staatlichen gerichtlichen Kontrolle?

Das Bundesverwaltungsgericht will den Religionsgemeinschaften zwar einen weiten Raum der Selbstbestimmung zugestehen, sieht sie aber durchgängig an das für alle geltende Gesetz, insbesondere an die Grundprinzipien des Grundgesetzes gebunden. Es verlangt stets die Beachtung der in Art. 79 Abs. 3 GG umschriebenen fundamentalen Verfassungsprinzipien. Neben dem Grundsatz der Menschenwürde rechnet es dazu den von ihm umfassten Kerngehalt der nachfolgenden Grundrechte und andere Garantien, die in Art. 20 GG festgehalten sind. Dementsprechend kann „jeder innerkirchliche Akt vor den staatlichen Gerichten mit dem Vorbringen angegriffen werden, er verletze diese elementaren Grundprinzipien des staatlichen Rechts“³¹.

16

Wird diese Aussage wörtlich genommen und wird eine umfassende Bindung an Grundsätze der staatlichen Rechtsordnung angenommen, soweit sie als für alle geltende Gesetze (Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV) die Kirchen binden, werden alle kirchlichen Akte einer staatlichen Rechtskontrolle, mindestens einer Missbrauchskontrolle unterworfen. Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht steht insoweit durchgängig unter einem Vorbehalt der Abwägung.³² Das soll selbst für den In-

17

14.536, juris. Zur Grundrechtsbindung der kirchlichen Gerichtsbarkeit *Marcus Arning*, Grundrechtsbindung der kirchlichen Gerichtsbarkeit, 2017, der am Ende (S. 323) zu dem Ergebnis kommt, dass eine unmittelbare Grundrechtsbindung nicht besteht, die kirchlichen Gerichte aber nur dann eine weitreichende Tatbestandswirkung gegenüber den eventuell nachprüfenden weltlichen Gerichten bewirken, wenn sie die wesentlichen rechtsstaatlichen Anforderungen an das Verfahren und damit die Anforderungen der Prozessgrundrechte erfüllen.

³¹ BVerwGE 149, 139, Rn. 24 mit Bezugnahme auf Literatur. Zu den Problemen, die mit dieser sehr pauschalen Verweisung ungelöst bleiben, *Safoklov*, Rechtsschutzgarantie (o. Fn. 13), S. 104 ff.

³² BVerwGE 153, 282, Rn. 24 m.w.N.; zust. *Muckel* in seiner Anm. in: NVwZ 2016, S. 457; ähnlich BayVGfH, B. v. 16.2.2015, in: NJW 2015, 1625, Rn. 14 (gegen die Vorinstanz); dem folgen *Bettina Nickel / Markus Schulten*, Die Taufe als innerkirchlicher Rechtsakt vor staatlichen Gerichten, in: BayVBl. 2017, S. 116 (119); auf dieser Linie auch *Fabian Wittreck*, Staatliche und geistliche Gerichtsbarkeit, in: JöR 66 (2018), S. 111 (140 ff.) mit starker Betonung der staatlichen Priorität und Kompetenz-Kompetenz; zur Notwendigkeit des Rechtsschutzes aus europarechtlicher Sicht *Claus Dieter Classen*, Die Verwirklichung des Unionsrechts im Anwendungsbereich des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, in: ZevKR 60 (2015), S. 115 (126–128).

nenbereich der Kirchen gelten, denn auch dort besteht eine Bindung an die Grundprinzipien der Rechtsordnung.³³

- 18 Ob diese umfassende Zulässigkeit von Klagen gegen Kirchen ganz uneingeschränkt, z.B. auch für die Sakramentspendung³⁴ gelten soll, wird die weitere Entwicklung der Rechtsprechung zeigen. Festzuhalten ist jedenfalls schon jetzt: Wenn und soweit bislang als unzulässig betrachtete Klagen zugelassen werden, dürfte die materielle Kompetenz der staatlichen Gerichte sich auf die beschriebene Missbrauchskontrolle auf Einhaltung elementarer Prinzipien der Rechtsordnung beschränken. Im Übrigen haben sie das kirchliche Selbstbestimmungsrecht zu achten und insoweit kirchliche Entscheidungen zugrundelegen. Insofern sind Entscheidungen, welche auf der bisherigen Rechtsprechung beruhen, nicht generell überholt.

II. Weltlich-rechtliche Angelegenheiten

- 19 Der Staat hat für die Durchsetzung der Rechtsansprüche seiner Bürger gegenüber jedermann, auch gegenüber den Kirchen, zu sorgen.³⁵ Das gilt jedenfalls für alle Rechtsansprüche, die auf weltlichem Recht beruhen. Für die meisten der Rechtsfragen zwischen Staat und Kirche sind danach unstreitig nicht nur die staatlichen Gerichte kompetent,³⁶ sie haben auch staatliches Recht gleichmäßig – unter Berücksichtigung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts – anzuwenden. Dies gilt für den Rechtsschutz gegen die Kirchen ebenso wie dann, wenn staatliche Gerichte in anderen Verfahren incidenter über kirchliche, auch kirchenrechtliche oder religiöse Fragen zu entscheiden haben.³⁷ Wenn auch die staatliche Kirchenhoheit weggefallen ist, stehen sich doch Staat und Kirche nicht im Sinne einer Dyarchie³⁸ oder wie zwei Völkerrechtssubjekte gegenüber.

³³ So Grzeszick, Staatlicher Rechtsschutz (o. Fn. 10), S. 177.

³⁴ Bejahend Muckel, in: NVwZ 2016, S. 458 in Anm. zu BVerwGE 153, 282.

³⁵ Ulrich Scheuner, Die Religionsfreiheit im Grundgesetz, in: DÖV 1967, S. 585 (591); Axel v. Campenhausen, Staatliche Rechtsschutzpflicht und kirchliche Autonomie, in: ZevKR 17 (1972), S. 127 (135 f.); v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 7), S. 311; Heckel, Staatliche Gerichtsbarkeit (o. Fn. 14), S. 221.

³⁶ Einhellige Auffassung, vgl. Koriath, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 1), Rn. 50.

³⁷ Kästner, Staatliche Justizhoheit (o. Fn. 3), S. 60 ff.

³⁸ Vgl. gegen übertriebene Koordinationstheorien Ulrich Scheuner, Die staatskirchenrechtliche Tragweite des niedersächsischen Kirchenvertrags von Kloster Loccum, in: ZevKR 6 (1957/58), S. 1 (10); Heckel, Staatliche Ge-

1. Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr: Vertragliche Ansprüche

Die Kirchen leben in der Welt und müssen deshalb am allgemeinen Rechtsverkehr teilnehmen. Sie verschaffen sich zum Beispiel durch Hilfsgeschäfte bürgerlichen Rechts die Mittel für ihre Arbeit. Sie beschäftigen Arbeitnehmer und verwalten ihr Vermögen nach allgemeinen Regeln.³⁹ Sie bauen Dienst- und Kirchengebäude und sind insoweit dem Baurecht unterworfen.

Die Kirchen geben und nehmen Recht vor den staatlichen Gerichten und wehren sich nicht gegen die Anwendung des staatlichen Rechts.⁴⁰ Dies wird selbst dann angenommen, wenn Geistliche (ausnahmsweise) im Angestelltenverhältnis beschäftigt werden⁴¹ und muss auch gelten, wenn Geistliche in einem anderen bürgerlich-rechtlichen Rechtsverhältnis tätig sind⁴². Die Geltung des staatlichen Rechts samt den prozessualen Folgen des Rechtsschutzes durch die staatlichen Gerichte ist die „schlichte Folge einer Rechtswahl“⁴³. Die materiell-rechtliche Sonderstellung der Kirchen und die Religions-

richtbarkeit (o. Fn. 14), S. 219, 225, 229 f.; *Mager*, in: von Münch/Kunig (o. Fn. 5), Art. 140 GG, Rn. 40; zusammenfassend zur Koordinationslehre in der Nachkriegszeit und die Gegenbewegungen *Christian Walter*, Religionsverfassungsrecht, 2006, S. 188 ff.

³⁹ Zur Bindung an das Grundbuchrecht vgl. BVerfG, in: NJW 1983, S. 2571 = Kirche 18, 251; zur Bindung an die Vorschriften über die Eigentumsübertragung OLG Hamburg, in: NJW 1983, S. 2572 = Kirche 20, 75.

⁴⁰ *Mückl*, Grundlagen (o. Fn. 1), Rn. 119; *Korioth*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 1), Rn. 52.

⁴¹ BAGE 64, 131 (135 f.), wo allerdings ein Angestelltenverhältnis nicht angenommen wurde; auch BAG, 11. 11. 2008, in: AP Nr 51 zu § 611 BGB Kirchendienst (betr. Offiziere der Heilsarmee, wo ebenfalls kein Arbeitsverhältnis angenommen wurde). Ausführlich zu dem Fragenkreis *Arno Schilberg*, Rechtsschutz bei Pfarrern im Angestelltenverhältnis, in: ZevKR 36 (1991), S. 42 ff.

⁴² So lag der Fall in BGHZ 154, 306, der BGH spricht sich dabei deutlich gegen die damals noch abweichende Rspr. des BVerwG zu öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen aus. *Götz Klostermann*, Pfarrdienst und ergänzende pastorale Dienste in privaten Rechtsformen aufgezeigt am Beispiel der Evangelischen Kirche im Rheinland, in: ZevKR 55 (2010), S. 249 (259), bemerkt mit Recht, die Kirchen begäben sich, wenn sie sich bei der Beschäftigung ihrer Mitarbeitenden auf dem Boden des Privatrechts bewegten, uneingeschränkt in den Bereich der staatlichen Rechtsordnung.

⁴³ So BVerfGE 70, 138 (165) zur Geltung des staatlichen Arbeitsrechts, wenn sich die Kirchen wie jedermann der Privatautonomie zur Begründung von Arbeitsverhältnissen bedienen.

freiheit können jedoch für die Entscheidung von Bedeutung sein,⁴⁴ zum Teil nicht anders als bei solchen Prozessen, an denen nur Privatpersonen beteiligt sind⁴⁵.

- 22 Alle Streitigkeiten, die sich aus von den Kirchen nach staatlichem Recht abgeschlossenen Verträgen ergeben, sind also der staatlichen Gerichtsbarkeit unterworfen. Wer mit der Kirche kontrahiert, unterwirft sich vielleicht deren Vertragsbedingungen, und unter Umständen auch deren autonom gesetztem Recht, aber er begibt sich nicht des staatlichen Rechtsschutzes und darf darauf rechnen, dass seine Angelegenheit grundsätzlich nach staatlichem Recht, u. U. modifiziert durch Vertragsbedingungen oder von ihm als verbindlich anerkanntem Kirchenrecht, beurteilt wird.

2. Außervertragliche Ansprüche

- 23 Für außervertragliche Ansprüche, sei es aus absoluten Rechten oder aus Delikten, gilt Ähnliches.
- 24 Wer Nachbar eines kirchlichen Grundstücks ist, kann sich z. B. gegen Immissionen vor den staatlichen Gerichten wehren.⁴⁶ Auch in nichtvermögensrechtlichen Angelegenheiten, die zwischen Kirche und Staatsbürger streitig werden können, sind die staatlichen Gerichte zur Entscheidung berufen. Man denke etwa an eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts oder der Ehre eines Menschen durch eine kirchliche Behörde,⁴⁷ soweit es nicht um die Beurteilung theologi-

⁴⁴ Vgl. *Josef Jurina*, Der Rechtsstatus der Kirchen und Religionsgemeinschaften im Bereich ihrer eigenen Angelegenheiten, 1972, S. 155 ff.

⁴⁵ Vgl. z. B. die meisten der bei *Joseph Listl*, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. 333–353, angeführten Fälle.

⁴⁶ BVerwGE 68, 62 = KirchE 21, 251 (Läuten von Kirchenglocken); *Hans-Werner Laubinger*, Nachbarschutz gegen kirchliches Glockengeläut, in: *VerwArch* 83 (1992), S. 623 (634).

⁴⁷ Anders RGZ 143, 106, mit der Begründung, der ordentliche Rechtsweg sei unzulässig. Nach dieser Ansicht müsste heute der Verwaltungsrechtsweg offenstehen. LG Frankfurt a. M., U. v. 20.2.2003, in: *NJW-RR* 2003, S. 1436 = KirchE 43, 122 hielt die Klage eines ausgeschlossenen Vereinsmitglieds gegen einen sich einer muslimischen Erneuerungsbewegung zurechnenden e.V. für zulässig, aber unbegründet. Der e.V. sei einer Religionsgemeinschaft gleichzusetzen und es sei allein Angelegenheit der Religionsgemeinschaft, wen sie als Mitglied betrachte, aufnehme oder ausschließe.

scher Lehrmeinungen geht⁴⁸. Weder einer Abwehrklage noch auch einer deliktischen Schadensersatzklage⁴⁹ stehen Hindernisse entgegen.

III. Innerkirchliche Streitigkeiten

1. Maßnahmen mit nur innerkirchlicher Wirkung

Rein innerkirchliche Maßnahmen ohne Wirkungen im weltlichen Recht waren bisher mit Rücksicht auf das kirchliche Selbstbestimmungsrecht staatlicher Einmischung nicht unterworfen und deshalb auch einer Überprüfung durch staatliche Gerichte nicht zugänglich.⁵⁰ 25

Es gibt eine große Anzahl wirklicher oder denkbarer kirchenrechtlicher Ansprüche, von denen das weltliche Recht überhaupt keine Notiz nimmt und nehmen darf, weil sie in der Welt keine Bedeutung haben und regelmäßig keine weltlich-rechtlichen Ansprüche begründen. 26

⁴⁸ Mit Recht hielt BVerwGE 66, 241 (246 f.) = KirchE 20, 208 (213) eine Klage eines evangelischen Pfarrers auf Widerruf der Behauptung, er sei ein Irrlehrer, für unzulässig. Das BVerwG meinte, diese Behauptung habe außerhalb des Bereichs der Kirche keine Folgen. Kritisch dazu *Kästner*, Staatliche Justizhoheit (o. Fn. 3), S. 207 f.; VG Stuttgart, KirchE 13, 270, hielt eine Klage auf Unterlassung der Kanzelabkündigung von Kirchenaustritten für prinzipiell zulässig, da sie Nichtmitglieder betreffe.

⁴⁹ Die Amtsträger der Kirchen sind Beamte im haftungsrechtlichen Sinne, BGH, U. v. 20.2.2003, BGHZ 154, 54 (57 f.); *Hans-Jürgen Papier/Foroud Shirvani*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hg. von Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, 7. Aufl., Bd. 6, 2017, § 839, Rn. 142; *Heinz Wöstmann*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 839, 839a – Unerlaubte Handlungen 4: Amtshaftungsrecht, 2013, § 839, Rn. 751; beide mit dem Vorbehalt, dass kircheninterne Fragen außerhalb der Kompetenz der staatlichen Gerichte liegen. Anders als der BGH will *Dirk Ehlers*, Die Haftung der Religionsgemeinschaften mit öffentlich-rechtlichem Körperschaftsstatus, in: ZevKR 44 (1999), S. 4 (6 ff.), abseits der Ausübung von Staatsgewalt nur annehmen, wenn die Kirchen die Amtshaftung freiwillig einführen, im Übrigen trifft sie zivilrechtliche Haftung; ebenso *ders.*, Anmerkung [zu BGH, 20.2.2003], in: JZ 2004, S. 196 ff.

⁵⁰ BGH, in: NJW 2000, S. 1555 (1556; s.o. Fn. 18) m. w. N.; weitere Nachweise bei *Norbert Kazele*, Ausgewählte Fragen des Staatskirchenrechts, in: VerwArch 96 (2005), Teil III, S. 557 (558 ff.). BVerfG, in: ZevKR 24 (1979), S. 389 = KirchE 17, 209 = NJW 1980, S. 1041, zählt kirchliche Maßnahmen, die im staatlichen Zuständigkeitsbereich keine unmittelbaren Rechtswirkungen entfalten zum innerkirchlichen Bereich (mit Bezugnahme auf BVerfGE 18, 385, 387).

den sollen. So muss und darf sich der Staat zum Beispiel nicht um den Anspruch auf Taufe oder andere Sakramente kümmern.⁵¹ Hier wird der Mensch nur im religiösen Bereich angesprochen; ob er getauft, gefirmt oder zum Abendmahl zugelassen wird, ist für seine rechtliche Stellung in der Welt ohne Bedeutung. Dazu kommt ein weiteres: Wo die Kirche im Gewissen bindet, wäre ein weltlicher Richterspruch, selbst wenn er zwangsweise durchgesetzt würde, wertlos; eine vor dem weltlichen Gericht durchgesetzte und vielleicht erzwungene kirchliche Trauung würde dem Kläger, der sich aus Gewissensgründen nicht mit der Ziviltrauung begnügen will, nichts geben. Ob sich solche Streitigkeiten für eine Entscheidung durch Kirchengerichte eignen, ist eine andere Frage. Rein geistlich-seelsorgerische Fragen werden jedenfalls in den evangelischen Kirchen der Kompetenz kirchlicher Gerichte nicht zugeordnet,⁵² auch die katholischen kirchlichen Gerichte haben hierfür keine Kompetenzen.

27 Aus diesen Gründen scheiden alle rein religiösen innerkirchlichen Angelegenheiten im engeren Sinne aus der Beurteilungskompetenz der staatlichen Gerichte aus.⁵³ Fragen der kirchlichen Lehre⁵⁴, der

⁵¹ Eine andere Frage ist, ob die Kirche gehindert werden kann, ein Kind ohne bürgerlich-rechtliche Einwilligung der Eltern zu taufen. Eine Taufe ohne Einwilligung wäre ein Eingriff in das Elternrecht. Dazu VG Koblenz, KirchE 15, 50. Das VG verneinte die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs, nicht die staatliche Gerichtsbarkeit. Auf die Möglichkeit einer Verletzung weltlich relevanten Rechts weist *Kästner*, Staatliche Justizhoheit (o. Fn. 3), S. 173 mit Recht hin. Normalerweise wird es dabei um einen Streit der Personensorgeberechtigten gehen, der vor dem Zivilgericht auszutragen ist. Ein Anspruch von Personensorgeberechtigten gegen eine Kirche ist denkbar, wenn eine Taufe ohne oder gegen den Willen der Personensorgeberechtigten gespendet werden soll. Ein solcher Übergriff der Kirche könnte sicher vor einem staatlichen Gericht abgewehrt werden.

⁵² Als Beispiele: Nach § 16 Nr. 1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes der EKD unterliegen der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte nicht Entscheidungen im Bereich der kirchlichen Lebensordnung, insbesondere des Dienstes an Wort und Sakrament; § 12 Abs. 1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes der evangelischen Landeskirche in Bayern entzieht der kirchlichen Gerichtsbarkeit die Verwaltung der Sakramente und Gewährung oder Versagung sonstiger geistlicher Amtshandlungen. Ausführlich zu diesem Problemkreis *Renate Penßel*, Gerichtliche Kontrolle von kirchlichen Amtshandlungen/Sakramenten, in: ZevKR 59 (2014), S. 279–312; *Hinnerk Wißmann*, Die Verwaltungskammer der Evangelischen Kirche von Westfalen: Kirchengerichtsbarkeit im Mehrebenensystem, in: ZevKR 61 (2016), S. 1–19.

⁵³ *Stern*, Staatsrecht II (o. Fn. 2), S. 925 f.; *ders.*, Staatsrecht IV/2 (o. Fn. 1), S. 1026; auch *Magen*, Rechtsschutz (o. Fn. 5), S. 901 f., der sich ansonsten für eine weitreichende staatliche Gerichtsbarkeit einsetzt, hält aus diesem Grunde Streitgegenstände, die rein religiöse Fragen betreffen, für unzulässig, auch wenn er – im Prinzip wie die hier vertretene Auffassung – Inzident-

Verkündigung oder der Pastoral, insbesondere der Verwaltung der Sakramente, sind der Beurteilung durch staatliche Gerichte entzogen⁵⁵. Für letztere bleibt von vornherein nur der Bereich, in dem kirchliches Handeln Wirkungen in der Welt zeigt. Eine kirchliche Maßnahme, die keine unmittelbare Wirkung im staatlichen Zuständigkeitsbereich entfaltet, stellt sich als innerkirchliche Angelegenheit dar.⁵⁶ Sie kann nicht vom weltlichen Recht geregelt werden und folglich auch nicht von staatlichen Gerichten beurteilt werden.

Nicht nur Fragen des Kults, der Sakramente und der Gewissensbindung sind staatlicher Beurteilung entzogen. Auch Probleme der innerkirchlichen Organisation, insbesondere Verfassungsstreitigkeiten nach Art der Organstreitigkeiten des staatlichen Verfassungsrechts, begründen keine Rechte und Pflichten Außenstehender, so dass die staatliche Pflicht zur Gewährung von Rechtsschutz zugunsten der kirchlichen Eigenständigkeit zurücktritt.⁵⁷ Das gilt selbst

28

prüfungen für möglich hält; ähnlich *H. Weber*, Kirchlicher Rechtsschutz (o. Fn. 29), S. 396; *Heckel*, Staatliche Gerichtsbarkeit (o. Fn. 14), S. 234 spricht vom rein geistlichen Kernbereich der rein geistlichen Angelegenheiten; ähnlich *Mager*, in: von Münch/Kunig (o. Fn. 5), Art. 140 GG, Rn. 46; *Muckel*, in: Berliner Kommentar (o. Fn. 14), Art. 140 GG / Art. 137 WRV, Rn. 61.

⁵⁴ Lehrbeanstandungsverfahren werden nicht überprüft: *Gehring*, Kirchenarbeitsrecht (o. Fn. 28), § 630 Anh. III, Rn. 205 unter Bezugnahme auf BVerfG, in: ZevKR 24 (1979), S. 389 = KirchE 17, 209 = NJW 1980, S. 1041.

⁵⁵ *Hermann Weber*, Grundprobleme des Staatskirchenrechts, 1970, S. 63 f.; *v. Campenhausen*, Rechtsschutzpflicht (o. Fn. 35), S. 136; *Udo Steiner*, Staatliche und kirchliche Gerichtsbarkeit, in: NVwZ 1989, S. 410; *Kästner*, Staatliche Justizhoheit (o. Fn. 3), S. 115, 172 f., 196 f., 198, 204, 246, 260, der aber diesen innerkirchlichen für die weltliche Rechtsordnung unerheblichen Bereich sehr eng eingrenzt (insbes. S. 126, 204 ff.); für eine solche engere Eingrenzung auch *H. Weber*, Kirchlicher Rechtsschutz (o. Fn. 29), S. 395; *Heckel*, Staatliche Gerichtsbarkeit (o. Fn. 14), S. 220 f.; *Schenke*, in: BK (o. Fn. 5), Art. 19 Abs. 4, Rn. 178 f.

⁵⁶ BVerfG, in: NJW 1983, S. 2571 = KirchE 18, 251 (252 f.) m.w.N.; BVerwGE 66, 241 (247) = KirchE 20, 208 (213).

⁵⁷ Vgl. BVerfGE 18, 385 = KirchE 7, 172; VG Gelsenkirchen, B. v. 2. 11. 1992, KirchE 30, 387 (betr. Kirchenvorstandswahl trotz Anwendung des staatlichen Gesetzes über die Verwaltung des Katholischen Kirchenvermögens v. 24. 7. 1924), bestätigt durch OVG NRW, B. v. 2. 12. 1992 – 5 B 4546/92 (Hinweis in juris); BayVGh, KirchE 23, 183 = DÖV 1985, S. 1070; sehr dezidiert und Grenzen aus den staatlichen Gesetzen nach Art. 137 Abs. 3 WRV verneinend BVerfG, in: NJW 1999, S. 350 = KirchE 36, 406 (408 f.); *H. Weber*, Grundprobleme (o. Fn. 55), S. 63 f.; *Alexander Hollerbach*, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: HStR¹, Bd. VI, 1989, § 138, Rn. 155, aber mit der Einschränkung, dass die Einhaltung der Schranken des für alle geltenden Gesetzes überprüft werden kann; anders *Magen*, Rechtsschutz (o. Fn. 5), S. 899 f., konsequent von seinem Standpunkt aus, dass weltlich wirksames Recht von staatlichen Gerichten zu beurteilen sei. BGH, in: NJW 2000 (o. Fn. 13),

dann, wenn der Streit zwischen rechtlich selbständigen juristischen Personen innerhalb einer Kirche entsteht, sich also z. B. eine Pfarrgemeinde gegen Maßnahmen einer Diözese oder einer Landeskirche wehren will.⁵⁸ Auf Streitigkeiten zwischen selbständigen Kirchen oder auch zwischen Kirchen und kirchennahen Organisationen kann das freilich nicht übertragen werden.⁵⁹

29 Die Frage ist, ob es in diesem Bereich bei der bisherigen Praxis bleiben wird, Klagen also schlechthin unzulässig sind. Eine Verurteilung der Kirche zu einem bestimmten Verhalten erscheint hier ausgeschlossen. Eine Person zu Sakramenten zuzulassen, ein Paar kirchlich zu trauen oder die Kirche in einer bestimmten Weise zu organisieren, liegt nicht in der Macht des Staates. Da kein im weltlichen Recht begründbares Recht besteht, fehlt es zudem an der Klagebefugnis für einen Verwaltungsrechtsstreit.⁶⁰

30 Immerhin sind theoretisch kirchliche Entscheidungen aus Gründen möglich, die Grundprinzipien der Verfassung widersprechen, etwa auf grober Willkür oder auf rassistischen Motiven beruhen. Dann wäre denkbar, dass das staatliche Gericht eine kirchliche Entscheidung aufhebt, u. U. auch ein Bescheidungsurteil erlässt. Praktische Bedeutung dürften diese Erwägungen kaum haben. Fälle, in denen vor weltlichen Gerichten um solche Fragen gestritten wurde,

S. 1556 f. nimmt das kirchliche Schiedsurteil als verbindlich hin, führt aber aus, es verstoße weder gegen fundamentale Rechtsgrundsätze noch sei es willkürlich.

⁵⁸ BVerfGE 18, 385 (386 ff.) (Gemeindeteilung), wo es allerdings nur um die vom BVerfG verneinte Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde ging. Das BVerfG verneint aber (a. a. O., S. 388) jede staatliche Gerichtsbarkeit für die einschlägigen Fragen. Krit. dazu *Peter Häberle*, Kirchliche Gewalt als öffentliche und „mittelbar“ staatliche Gewalt, in: ZevKR 11 (1964/65), S. 394 (400) und *Hollerbach*, Grundlagen (o. Fn. 57), S. 108 f., beide insbesondere gegen die Aussage des BVerfG, die Kirchen seien innerhalb ihres Selbstbestimmungsrechts nicht an das für alle geltende Gesetz gebunden. Gegen den Ausschluss jeder staatsgerichtlichen Kontrolle in Fragen der Verfassung und Organisation der Kirchen *v. Campenhausen*, Staatlicher Rechtsschutz (o. Fn. 8), S. 653, der jedenfalls die Überschreitung des für alle geltenden Gesetzes überprüfen lassen will.

⁵⁹ Auch deshalb gehörte der Fall in BVerwGE 116, 86 vor die staatlichen Gerichte.

⁶⁰ Die Bedenken, die *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 14), Rn. 223, dagegen anführt, treffen nicht zu, wenn nicht wenigstens geltend gemacht wird, ein im weltlichen Recht begründbares Recht sei verletzt. *Jeand'Heur / Koriath*, Grundzüge (o. Fn. 14), Rn. 365 erwägen, den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten in allen Fällen zu öffnen, „in denen sich ein Kläger auf eine Verletzung staatlich geschützte Rechtspositionen beruft.“

sind kaum bekannt geworden. In diesem Bereich kann es darum bei den bisherigen Lösungen bleiben, also bei der Unzulässigkeit von Klagen. Insofern kann es bei einer eng zu fassenden Bereichslehre bleiben.⁶¹

2. Mittelbare Wirkung im weltlichen Bereich

Über einige Grenzfälle kann diskutiert werden. Es gibt kirchliche Entscheidungen, die im Rahmen der Selbstbestimmung liegen, auch an sich zu den *res internae* gehören und keine unmittelbare, aber eine mittelbare Wirkung nach außen haben oder haben können. Gute Beispiele liefert das kirchliche Prüfungswesen: Die Kirchen haben das Recht, für ihr Personal, insbesondere für ihre Geistlichen, besondere Prüfungen abzuhalten.⁶² Entscheidungen über diese Prüfungen sind Teil der kirchlichen Ämtervergabe, die nach bisheriger Rechtsprechung jeder gerichtlichen Erörterung vor staatlichen Gerichten entzogen war.⁶³ Wie sich die Rechtsprechung zu diesen Fragen nach der neueren Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts⁶⁴ stellen wird, bleibt abzuwarten. Die Interessenlage entspricht nicht genau der bei den im vorstehenden Abschnitt behandelten kirchlichen Entscheidungen ohne Außenwirkung. Immerhin sind natürliche Personen mit

31

⁶¹ In diesem Sinne schon früher *Kästner*, Staatliche Justizhoheit (o. Fn. 3), S. 172 f., und zwar nicht nur wegen fehlender Klagebefugnis, obwohl *Kästner* grundsätzlich für eine umfassende Zulässigkeit von Klagen gegen Kirchen eintritt; *H. Weber*, Kontroverse (o. Fn. 6), S. 2069, der meint, dass die „Bereichslehre“ nicht ganz obsolet geworden sei, allerdings sei der Innenbereich, der von jeder staatlichen Ingerenz freizustellen sei, sehr eng, viel enger als bisher einzugrenzen. Insofern ist es auch jetzt noch richtig, von einer Kombination beider Lehren (Bereich und Abwägung) zu sprechen, dazu *Hartmut Maurer*, Das Staatskirchenrecht im Spiegel eines Grundgesetzkommentars, in: ZevKR 56 (2011), S. 182 (185). *Maurer* kritisiert Rechtsschutz nach Maßgabe erfolgter Abwägung und setzt sich für eine Kombination beider Lehren (Bereich und Abwägung) ein.

⁶² Vgl. hierzu *Axel v. Campenhausen*, Rechtsprobleme der theologischen Prüfungen, in: FS Lerche (o. Fn. 14), S. 179 ff.

⁶³ Vgl. BayVGh, in: ZevKR 3 (1953/1954), S. 415 = KirchE 2, 223; dazu *Listl*, Grundrecht (o. Fn. 45), S. 388; OVG Berlin, KirchE 11, 327 (329 ff.) = ZevKR 16 (1971), S. 297 ff.; dazu kritisch *Kästner*, Staatliche Justizhoheit (o. Fn. 3), S. 208, der auf die zu wenig beachtete außerkirchliche Rechtssphäre der Betroffenen hinweist; VG Ansbach, KirchE 21, 257 = BayVBl. 1984, S. 120; VG Stuttgart, KirchE 21, 174 = NVwZ 1985, S. 138 = ZevKR 31 (1986), S. 471 (betr. Anerkennung als Katechetin).

⁶⁴ BVerwGE 149, 139.

eigenen Interessen betroffen.⁶⁵ Zudem sieht der Staat kirchliche Qualifikationen auch für seinen Dienst oft als maßgeblich an, so dass die kirchliche Entscheidung mittelbar Wirkungen⁶⁶ über die Kirche hinaus erlangt. Besonders deutlich sind die Fälle des Entzugs der *Missio canonica*⁶⁷ oder der evangelischen *Vocatio*, welche die Voraussetzung für die Erteilung von Religionsunterricht sind. In der Logik des Bundesverwaltungsgerichts würde es liegen, Klagen (wie bei anderen Prüfungsentscheidungen) zuzulassen, aber die eigentlich theologische Beurteilung der Kirchen hinzunehmen. Eine andere Lösung wäre, die staatsgerichtliche Überprüfung auf die Wahrung elementarer Verfassungsgrundsätze zu beschränken. Auch dann wären, da Fehler in Prüfungsangelegenheiten oft einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip enthalten, die Grenzen nicht leicht zu ziehen.

- 32 Ist die betroffene Person bereits im staatlichen Dienst angestellt, kann die staatliche Entscheidung angegriffen und im Verwaltungsgerichtsprozess oder im arbeitsgerichtlichen Verfahren zwischen Betroffenen und Staat die kirchliche Entscheidung inzident überprüft werden. Das staatliche Gericht ist dabei freilich in der materiellen Überprüfung der kirchlichen Entscheidung beschränkt.

3. Kirchliche Entscheidungen mit Folgen im weltlichen Recht

a) Durchsetzung kirchlicher Entscheidungen

- 33 Die Kirchen haben trotz ihres Selbstbestimmungsrechts grundsätzlich nicht die Möglichkeit, ihre Entscheidungen zwangsweise durchzusetzen. Wenn der abgesetzte Pfarrer das Pfarrhaus nicht räumt, bleibt der Kirche nur die Möglichkeit, gestützt auf das bür-

⁶⁵ Die Lage ist darum ähnlich wie bei Klagen von Geistlichen und Kirchenbeamten gegen ihre Dienstgeber. Dazu u. bei Fn. 144.

⁶⁶ Die mittelbare Wirkung in der Welt war nach bisheriger Rechtsprechung kein ausreichender Grund, die innere Angelegenheit der Kirche als Hauptfrage und eigentlichen Streitgegenstand vor die staatlichen Gerichte zu bringen, dazu VG Aachen, KirchE 12, 503 (506) = DVBl. 1974, S. 57 ff., mit zust. Anm. von *Joseph Listl* (betr. Entzug der *Missio canonica*); zust. *Stern*, Staatsrecht II (o. Fn. 2), S. 925; krit. *Kästner*, Staatliche Justizhoheit (o. Fn. 3), S. 208.

⁶⁷ Innerkirchlicher Akt, der einer arbeitsgerichtlichen Überprüfung nicht zugänglich ist, *Gehring*, Kirchenarbeitsrecht (o. Fn. 28), § 630 Anh. III, Rn. 206 unter Bezugnahme auf BAG, in: AP Nr. 36 = EzA § 611 BGB Nr. 27, S. 9, mit Anm. von *Wilhelm Dütz*.

gerliche Recht auf Räumung zu klagen. Dabei kann die Frage, ob der Pfarrer wirksam abgesetzt ist, zur Inzidentfrage werden.⁶⁸ Gerichtskosten der vor einem kirchlichen Gericht unterlegenen Partei können von der Kirche vor weltlichen Gerichten geltend gemacht werden.⁶⁹

Um ein vergleichbares Problem ging es bei der vielzitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11.2.2000⁷⁰. Eine jüdische Gemeinde klagte gegen einen früheren Vorstandsvorsitzenden, dessen Wahl die Gemeinde nicht anerkannte und der sich nach ihrer Ansicht Kompetenzen anmaßte. Hier musste das staatliche Gericht ebenso Rechtsschutz gewähren wie bei Verletzung des Namensrechts oder des Eigentums einer Kirche.

34

b) Außenwirksame kirchliche Entscheidungen

Überprüft werden können außenwirksame Entscheidungen der Religionsgemeinschaften, insbesondere solche, welche andere Religionsgemeinschaften berühren. Eine Religionsgemeinschaft darf und muss sich gegen andere Religionsgemeinschaften abgrenzen, aber sie darf sie nicht herabsetzen oder beleidigen. Sie darf mit ihren Abgrenzungsentscheidungen nicht in die Rechte anderer Gemeinschaften eingreifen. Ihr Selbstbestimmungsrecht betrifft nur ihren eigenen inneren Bereich, nicht jedoch die rechtliche Einwirkung auf den Bereich anderer Religionsgemeinschaften.⁷¹

35

⁶⁸ Zu diesem Problemkreis *Dirk Ehlers*, Rechtsfragen der Vollstreckung kirchlicher Gerichtsentscheidungen, in: ZevKR 49 (2004), S. 496 ff.

⁶⁹ BVerwGE 153, 282 = NVwZ 2016, S. 453 m. Anm. *Muckel*; auf das Problem der Durchsetzung im Mitarbeitervertretungsrecht weist *Johannes Hempel*, Kirchliches Selbstbestimmungsrecht und substantieller Rechtsschutz im Mitarbeitervertretungsrecht der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD), in: ZevKR 62 (2017), S. 293–312, hin.

⁷⁰ BGH, NJW 2000 (o. Fn. 13), S. 1557. Die Brisanz der Entscheidung – der „Paukenschlag“, so *H. Weber*, Kirchlicher Rechtsschutz (o. Fn. 29), S. 385 f.; *ders.*, Kontroverse (o. Fn. 6), S. 2069; *Axel von Campenhausen*, Neues zum staatlichen Rechtsschutz in kirchlichen Bereich, in: ZevKR 45 (2000), S. 622 spricht von einem Meilenstein auf dem Weg zur staatskirchenrechtlichen Ordnung des Grundgesetzes – lag in einem obiter dictum, in dem sich der BGH gegen seine frühere Rechtsprechung und gegen die Rspr. des BVerwG wandte, die den staatlichen Rechtsweg für Klagen von Kirchenbeamten und Geistlichen abgelehnt hatten. Zutreffend beurteilt *Maurer*, Anm. (o. Fn. 18), die Entscheidung zurückhaltender.

⁷¹ So BVerfGE 123, 148 (182 f.) mit Zitat von *Maurer*, Anm. (o. Fn. 18), S. 1105.

36 Das Bundesverwaltungsgericht hatte in diesem Problemkreis über einen eigenartigen Fall zu entscheiden, dessen Streitgegenstand letztlich durch den unglücklich formulierten Vertrag des Landes Sachsen-Anhalt mit der Jüdischen Gemeinschaft in Sachsen-Anhalt vom 23.3.1994⁷² bestimmt war: Das Land Sachsen-Anhalt zahlte aufgrund des Art. 13 des Vertrages mit der Jüdischen Gemeinschaft in Sachsen-Anhalt vom 23.3.1994 an den Landesverband der jüdischen Gemeinden einen Gesamtzuschuss, an dem auch neue Gemeinden ohne Rücksicht auf ihre Zugehörigkeit zum Landesverband teilhaben sollten. Der beklagte Landesverband erkannte indes die klagende liberale jüdische Gemeinde Halle nicht als der jüdischen Gemeinschaft zugehörig an und verweigerte die Auszahlung von deren Anteil. Das Bundesverwaltungsgericht bejahte zu diesem Verfahren die staatliche Gerichtsbarkeit und meinte, da es um die Auslegung staatlichen Rechts, nämlich um den Inhalt des Staatsvertrags gehe, obliege dem staatlichen Gericht die Beurteilung, ob die Klägerin als jüdische Gemeinde zu betrachten sei.⁷³

37 Diese Entscheidung war nicht revolutionär und stand früheren Entscheidungen, welche die staatliche Kompetenz zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Kirchenbeamten bzw. Geistlichen und ihrer Kirche verneint hatten, nicht entgegen. Das wurde in der Literatur nicht immer richtig gesehen. Ob es glücklich war, staatlichen Instanzen die Entscheidung darüber zuzuschieben, was eine jüdische Religionsgemeinschaft ist, steht auf einem anderen Blatt. Gänzlich vermeidbar sind derartige staatliche Entscheidungen jedoch nicht. Auch Rechtsgeschäfte der Bürger (Verträge, Testamente) werden oft religiöse Bezüge haben, über welche im Streitfall die staatlichen Ge-

⁷² Mit Recht bezeichnet *Maurer* in seiner Anmerkung (o. Fn. 18), S. 1106 im Anschluss an *Michael Germann*, Anm., in: DVBl. 2002, S. 988 (990) die Verteilungsregelung des Staatsvertrages als nicht unproblematisch. BVerfGE 123, 148, hat später eine entsprechende Regelung in Art. 8 Abs. 1 JüdV Bbg., in dem die Verwaltung und Verteilung des Geldes geregelt war, wegen Verstoßes gegen Art. 4 Abs. 1 und 2 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG für nichtig erklärt. Das BVerfG hielt es für unzulässig, den Landesverband mit der Verteilung von Mitteln an Nichtmitglieder zu betrauen.

⁷³ BVerwGE 116, 86 (88 f.); *Maurer* betont in seiner Anmerkung (Fn. 18), S. 1105, dass die Verteilung der Mittel auf nicht verbandsangehörige Gemeinden eine externe Angelegenheit sei. *Germann*, Anm. (o. Fn. 72), S. 990, bejaht zwar die Entscheidungsbefugnis staatlicher Gerichte, meint aber, das BVerwG hätte in der Sache keinen eigenen Begriff des Judentums entwickeln dürfen, sondern die Staatsleistung auf den Vertragspartner begrenzen müssen, jedenfalls auf dessen Selbstverständnis abstellen müssen. Anders insoweit *Axel Vulpius*, Charakter einer Jüdischen Gemeinde, in: LKV 2004, S. 496 f. Zur späteren Entscheidung des BVerfG s. Fn. 72.

richte entscheiden müssen. Es kann z.B. Streit darüber entstehen, ob eine bestimmte Glaubensgemeinschaft dem Christentum, dem Islam oder auch dem Buddhismus zuzurechnen ist.

c) Inzidentkontrolle durch staatliche Gerichte

Bei der Inzidentkontrolle stellt sich die Frage, inwieweit staatliche Gerichte kirchliches Recht und kirchliche Entscheidungen wegen der Eigenständigkeit der Kirchen hinzunehmen haben.⁷⁴ Die Ausscheidung der Ansprüche, die nur im weltlichen Bereich unerhebliche kirchliche Angelegenheiten betreffen und für die daher der Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten – nach der hier vertretenen Auffassung auch nach der Wende der Rechtsprechung⁷⁵ – unzulässig ist, ist häufig vergleichsweise leicht möglich. Größere Schwierigkeiten treten dagegen auf, wenn eine an sich zulässige Klage gegen eine Kirche eine innerkirchliche Vorfrage hat. Das kann selbst in gewöhnlichen Zivilprozessen, an deren Zulässigkeit kein Zweifel besteht, vorkommen, z.B. wenn ein Verleger einen vereinbarten kirchlichen Zuschuss einklagt, aber ein Werk vorlegt, das nach Ansicht der Kirche im Widerspruch zu kirchlichen Lehren steht. Ähnliche Probleme treten im Arbeitsrecht auf, wenn in einem Rechtsstreit Bedenken gegen die theologisch-religiöse Loyalität eines kirchlichen Arbeitnehmers geltend gemacht werden. Schließlich können innerkirchliche Fragen als Vorfragen auch in Prozessen auftreten, an denen die Kirche formal nicht beteiligt ist, z.B. in beamtenrechtlichen Streitigkeiten zwischen Professoren der Theologie oder Religionslehrern und ihrem Dienstherrn.

Hier wird der Staat und damit auch das staatliche Gericht grundsätzlich kirchliche Entscheidungen akzeptieren müssen, da ihm religiös-theologische Beurteilungen nicht zustehen. Freilich werden die Kirchen gewisse Einschränkungen mit Rücksicht auf das für alle geltende Gesetz hinnehmen müssen. Davon bleibt zwar die eigentlich theologische Entscheidung unberührt.⁷⁶ Geprüft werden kann aber,

⁷⁴ Vgl. *Scheuner*, Nachprüfung (o. Fn. 5), S. 358 f.

⁷⁵ Dazu o. bei Fn. 61.

⁷⁶ Dazu BGHZ 22, 383 ff. = KirchE 3, 430 ff.; BVerfGE 70, 138 (168) = KirchE 23, 105 (112) verlangt mit Recht, dass für die Ermittlung, ob ein kirchlicher Arbeitnehmer seine Loyalitätspflichten verletzt hat und welches Gewicht diese Pflichtverletzung hat, bei der kirchlichen Stelle angefragt wird; zu diesem Problemkreis *Wolfgang Rübner*, Individualrechtliche Aspekte

ob eine kirchliche Maßnahme nur scheinbar theologisch begründet ist, in Wirklichkeit aber willkürlich, insbesondere unter Verletzung des elementaren arbeitsrechtlichen Grundsatzes der Gleichheit, gefällt wurde.

40 Leitlinie muss sein, dass die staatlichen Gerichte innerkirchliche Entscheidungen nur auf ihre Wirksamkeit, nicht auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen haben. Eine solche Prüfung wird mit der Prüfung eines Verstoßes gegen das für alle geltende Gesetz identisch sein. Die kirchlichen Entscheidungen sind grundsätzlich zu respektieren, jedenfalls, solange sie nicht willkürlich sind oder gegen fundamentale Rechtsprinzipien verstoßen⁷⁷. Sollte ein solcher Verstoß festgestellt werden, wäre im Zweifel Nichtigkeit der kirchlichen Entscheidung anzunehmen.

41 Ein offensichtlich sachwidriger oder willkürlicher Entzug der *Missio canonica* wäre vom staatlichen Dienstherrn⁷⁸ und auch vom staatlichen Gericht nicht zu beachten, obwohl grundsätzlich der Entzug der *Missio canonica* von den staatlichen Gerichten ohne weitere Überprüfung hinzunehmen ist⁷⁹.

42 Der Rückzug der staatlichen Gerichte auf die Untersuchung, ob die kirchlichen Maßnahmen sich in den Grenzen halten, die wegen der Bindung an das für alle geltende Gesetz gefordert werden müssen, bringt in vielen, nicht in allen Fällen die Lösung. Es kann sich als Inzidentfrage vor den ordentlichen oder den Verwaltungsgerichten das Problem stellen, ob eine kirchliche Maßnahme wirksam, ein kirchliches Gesetz nach den Maßstäben des Kirchenrechts gültig ist. Hier ist den staatlichen Gerichten grundsätzlich Zurückhaltung anzuraten, damit die kirchliche Eigenständigkeit erhalten bleibt.⁸⁰ Sie

des kirchlichen Dienst- und Arbeitsrechts – Die besondere Loyalitätspflicht im kirchlichen Dienst, in: HSKR², Bd. II, 1995, S. 901 ff.

⁷⁷ So BGH, in: NJW 2000 (o. Fn. 13), S. 1556 f.; in diesem Sinne *Unruh*, Religionsverfassungsrecht (o. Fn. 14), Rn. 219, der aber für das Dienstrecht bei vermögensrechtlichen Fragen der staatlichen Gerichtsbarkeit weiteren Raum geben will.

⁷⁸ *Joseph Listl*, Staatliche und kirchliche Gerichtsbarkeit, in: DÖV 1989, S. 409 (413).

⁷⁹ BAG, in: EzA § 611 BGB Nr. 27, S. 9, mit Anm. von *Wilhelm Dütz* (zur Erteilung der *Missio* zust. auf S. 18 f.). Ähnlich LAG Hamm, KirchE 60, 47, betr. Entzug der kanonischen Beauftragung einer Gemeindeassistentin. Der Entzug der kanonischen Beauftragung rechtfertigte danach eine personenbezogene Kündigung. Den Entzug der kanonischen Beauftragung sieht das LAG nur auf Wirksamkeit, nicht auf Rechtmäßigkeit als überprüfbar an.

⁸⁰ Insoweit im Ansatz richtig, aber in den Formulierungen zu weitgehend BGHZ 12, 321 (323 ff.) = KirchE 2, 189 (191 f.) = NJW 1954, S. 1284, mit Anm.

müssen jedoch befugt sein, eine kirchenrechtlich zweifelhafte Vorfrage nach den Maßstäben des Kirchenrechts zu entscheiden, mindestens dann, wenn eine endgültige und verbindliche Entscheidung im Bereich der Kirche mangels eines dafür vorgesehenen Verfahrens nicht möglich ist.⁸¹ Das gilt auch, wenn die Wirksamkeit eines kirchlichen Verwaltungsakts zweifelhaft ist.⁸² Die Kirchen haben es in der Hand, durch eigene Entscheidungen und durch Vorsorge für die erforderlichen Entscheidungen die staatliche Entscheidungsgewalt zurückzudrängen.⁸³

In diesem Sinne entschied der Bundesgerichtshof⁸⁴ in einer nur scheinbar internen Angelegenheit: Eine jüdische Religionsgemeinschaft klagte gegen ihren ehemaligen Vorstand mit dem Antrag, die Einmischung in die Verwaltungstätigkeit zu unterlassen und sich als Vorstandsvorsitzenden zu bezeichnen. Die Entscheidung über diese zulässige Klage setzte eine Entscheidung des staatlichen Gerichts voraus, wer rechtmäßiger Vorstand war. Darüber hatte die Religionsgemeinschaft durch ein Schiedsgericht entschieden. Mit Recht hat der Bundesgerichtshof das Schiedsurteil als prinzipiell bindend und der staatsgerichtlichen Überprüfung unzugänglich betrachtet.

43

IV. Staatlicher Rechtsschutz für Geistliche und Kirchenbeamte

1. Problemaufriss

Die Kirchen können ihre Dienstverhältnisse dem allgemeinen Arbeitsrecht unterstellen, haben aber auch, soweit sie Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, die Möglichkeit, für ihre Geistlichen

44

von *Werner Weber*, wo die Überprüfung kirchlichen Rechts generell abgelehnt wird. Vgl. dazu *Scheuner*, Nachprüfung (o. Fn. 5), S. 357 ff.; *Hesse*, Rechtsschutz (o. Fn. 3), S. 129.

⁸¹ Vgl. *Scheuner*, Nachprüfung (o. Fn. 5), S. 359; *Arno Schilberg*, Rechtsschutz und Arbeitsrecht in der evangelischen Kirche, 1992, S. 63; BGH, in: NJW 2000 (o. Fn. 13), S. 1556; weist darauf hin, dass die staatlichen Gerichte einer Entscheidung nicht ausweichen können. Insofern ist *Kästner*, Vergangenheit (o. Fn. 11), Recht zu geben. S. zu diesem Problem bei der Behandlung des Rechtsschutzes gegen kirchliche Entscheidungen schon o. Rn. 13, auch zur Möglichkeit einer Rückfrage bei den Kirchen.

⁸² Zu diesem Problemkreis *Hesse*, Rechtsschutz (o. Fn. 3), S. 131 ff.

⁸³ Vgl. *v. Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 7), S. 325, die eine kirchliche Arbeitsgerichtsbarkeit zur Klärung der kirchlichen Vorfragen für möglich halten.

⁸⁴ BGH, in: NJW 2000, S. 1555.

und Kirchenbediensteten öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse nach Art der Beamtenverhältnisse zu begründen (§ 121 Nr. 2 BRRG).

45 Die Probleme der kirchlichen Bediensteten öffentlichen Rechts, das heißt der kirchlichen Beamten und der Geistlichen in öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen, haben die Gerichte häufig beschäftigt. Überwiegend handelte es sich um Fälle aus der evangelischen Kirche.⁸⁵ Die katholische Kirche hat in ihrer Verwaltung kaum Kirchenbeamte, in größerer Zahl gibt es sie nur in manchen Ländern im Schulbereich. Zudem wird für sie regelmäßig der Weg zu den staatlichen Gerichten eröffnet. Katholische Geistliche pflegen von Ausnahmen abgesehen nicht vor weltliche Gerichte zu gehen.⁸⁶

46 Die Fragen des Rechtsschutzes für Geistliche und kirchliche Beamte sind der eigentliche Kernpunkt der Diskussion um die staatliche Gerichtsbarkeit in kirchlichen Angelegenheiten. Von wenigen Ausnahmen abgesehen, kamen die einschlägigen Fälle aus diesem Bereich, nur hier bestehen ernsthafte Meinungsverschiedenheiten. Der Zugang zu den staatlichen Gerichten war nur fraglich für die öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse und damit von vorneherein nur für Religionsgemeinschaften, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, und auch für diese nur wenn und soweit sie Beamte haben oder für ihre Geistlichen ein öffentlich-rechtliches (beamtenähnliches) Dienstverhältnis vorsehen. Zwar gilt das Selbstbestimmungsrecht nach Art. 137 Abs. 3 WRV auch für privatrechtlich organisierte Religionsgemeinschaften, diese können jedoch kein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis schaffen, sondern bedienen sich des Privatrechts. Ihrem Selbstbestimmungsrecht bei Auseinandersetzungen mit ihrem Bediensteten war schon immer durch eine materielle Rücknahme der staatlichen richterlichen Kontrolle Rechnung zu tragen.⁸⁷ Grundsätzlich gilt das staatliche Arbeitsrecht, die Anrufung staatlicher Gerichte wurde nie in Frage gestellt.⁸⁸ Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist der Unterschied zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Dienstverhältnissen geringer geworden, wenn auch die volle Regelung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses durch die Kirchen die staatsgerichtliche Nachprüfung stärker beschränkt als die Wahl des staatlichen

⁸⁵ Vgl. *Dieter Scheven*, Ist der kirchliche Dienst öffentlicher Dienst?, in: ZBR 1964, S. 289 (292).

⁸⁶ Vgl. *Listl*, Grundrecht (o. Fn. 45), S. 404.

⁸⁷ Es ist also zu verfahren, wie dies in BGHZ 154, 306 geschehen ist. Dazu u. bei Fn. 99.

⁸⁸ BAGE 64, 131 (135 ff.).

Zivil- bzw. Arbeitsrechts als Grundlage der Beziehungen zwischen Dienstnehmer und Kirche.

2. Entwicklung der Rechtsprechung

a) Oberste Bundesgerichte

Die Kirchen sind nach der älteren Ansicht des Bundesgerichtshofs der staatlichen Hoheitsgewalt grundsätzlich nicht mehr unterworfen und regeln ihre Angelegenheiten selbst in eigener Verantwortung. Der eigenverantwortlichen Regelung überlassen ist insbesondere die kirchliche Organisation samt dem kirchlichen Ämterrecht.⁸⁹ Daraus schloss der Bundesgerichtshof zunächst, dass eine kirchengerichtliche Zuständigkeit für Streitigkeiten zwischen der Kirche und einem Pfarrer die staatlichen Gerichte ausschließe.⁹⁰ Später ging er so weit, mit Rücksicht auf die Koordination von Staat und Kirche eine Inanspruchnahme staatlicher Gerichte für Klagen aus Dienstverhältnissen von Pfarrern nur für zulässig zu erklären, wenn Staat und Kirche damit einverstanden waren. Er sah das Einverständnis des Staates in § 135 S. 2 BRRG, den er im Sinne eines Angebotes an die Kirchen deutete.⁹¹

47

Das Bundesverwaltungsgericht schloss sich dieser früheren Auffassung des Bundesgerichtshofs nach einigem Zögern⁹² an und hielt

48

⁸⁹ BGHZ 34, 372 (373 f.) = KirchE 5, 291 (295 f.) = ZevKR 8 (1961/62), S. 419 = JZ 1961, S. 449, mit krit. Anm. von Konrad Hesse = DVBl. 1961, S. 624, mit Anm. von Hartmut Maurer.

⁹⁰ Vgl. BGHZ 34, 372 (373).

⁹¹ BGHZ 46, 96 (101 ff.) = KirchE 8, 159 (161 f.) = ZevKR 13 (1967/68), S. 187 (190 f.) = JZ 1967, S. 406, mit Anm. von Hartmut Maurer = DVBl. 1967, S. 727. Zur „Angebots-theorie“ schon vorher ders., Anm. zu BGHZ 34, 372, in: DVBl. 1961, S. 626. Die Angebotstheorie setzt, von anderen Bedenken abgesehen, jedenfalls voraus, dass der Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten nicht schon aus verfassungsrechtlichen Gründen eröffnet werden muss, Schenke, Verfassungsrechtliche Garantie (o. Fn. 1), S. 136, der auch einwendet, die ratio des § 135 S. 2 BRRG bestehe ausschließlich darin, den Kirchen die Möglichkeit zu bieten, statt des Rechtswegs zu den ordentlichen Gerichten den Weg zu den Verwaltungsgerichten zu öffnen.

⁹² BVerwGE 25, 226 = KirchE 8, 213 = NJW 1967, S. 1672, mit Anm. von Hermann Weber = DVBl. 1967, S. 729, mit Anm. von Axel v. Campenhausen; BVerwGE 28, 345 = KirchE 9, 306 = ZevKR 14 (1968/69), S. 158 (mit teilweise vorsichtigeren Formulierungen); BVerwGE 30, 226 = KirchE 10, 194 = ZevKR 15 (1970), S. 85. Vielfach sah das BVerwG eine kirchliche Zuweisung als gegeben an, so dass es die Frage dahinstehen lassen konnte.

den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten nur bei kirchlicher Zuweisung⁹³ für zulässig⁹⁴. Dem folgte das Bundesarbeitsgericht, jedenfalls für Kleriker, mit denen kein Arbeitsverhältnis nach dem allgemeinen Arbeitsrecht besteht.⁹⁵

49 Die Instanzgerichte neigten zunächst dazu, die Anrufung staatlicher Gerichte großzügiger zuzulassen als die obersten Bundesgerichte.⁹⁶ Später schienen sie überwiegend der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu folgen.⁹⁷

50 Der Bundesgerichtshof, auf den die Angebotstheorie zurückgeht, hat sich zunächst in einem obiter dictum im Jahre 2000 von seiner früheren Auffassung distanziert.⁹⁸ Einige Zeit später ließ er die Anru-

⁹³ Einen Fall ausdrücklicher kirchlicher Zuweisung behandelt VGH BW, 15.3.2011 – 4 S 684/10, Ls., in: KuR 2011, S. 142; dazu auch BVerwG, KirchE 58, 478, betr. Dienstwohnungsausgleich.

⁹⁴ BVerwGE 66, 241 = KirchE 20, 208 (213) = NJW 1983, S. 2580 = DÖV 1984, S. 585, mit Anm. von *Joseph Listl* (die Entscheidung betrifft auch den vermögensrechtlichen Anspruch; ebenso BVerwG, in: NJW 1983, S. 2582). Die Verfassungsbeschwerde gegen diese beiden Urteile blieb erfolglos: BVerfG, KirchE 21, 132 und 171 = NJW 1983, S. 2569; dazu auch EKMR, in: EuGRZ 1986, S. 648.

⁹⁵ BAGE 64, 131 (135 ff. m. w. N.); Geistliche im Angestelltenverhältnis zur Kirche gibt es selten, vgl. etwa § 23 des Kirchengesetzes zur Erprobung neuer Regelungen im Bereich des kirchlichen Dienst- und Haushaltsrechts (Erprobungsgesetz) der Ev.-Luth. Kirche in Bayern v. 25.4.1986 (ABl. EKD S. 248, 252), dazu die Dienstordnung für Pfarrer im privatrechtlichen Dienstverhältnis v. 6.2.1987 (ABl. EKD S. 160 ff.), insbes. § 40, wo für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis die kirchliche Gerichtsbarkeit für zuständig erklärt wird.

⁹⁶ Vgl. VGH BW, KirchE 10, 225 = NJW 1969, S. 1663, mit Anm. von *Hermann Weber*, wo erkennbar wird, dass zwar die Ämtervergabe, nicht aber deren vermögensrechtliche Folgen der Erörterung der staatlichen Gerichte entzogen werden sollten; VG Berlin, KirchE 10, 307 = ZevKR 16 (1971), S. 204; VG Minden, KirchE 11, 173 = ZevKR 15 (1970), S. 418; OVG Berlin, KirchE 10, 410 = ZevKR 16 (1971), S. 211; OVG Berlin, KirchE 11, 265 = ZevKR 16 (1971), S. 426; OVG Lüneburg, KirchE 7, 33 = DVBl. 1964, S. 1027; OVG NRW, in: NJW 1994, S. 3368 ff.; dahingestellt in OVG NRW, in: ZevKR 1998, S. 406.

⁹⁷ OVG Lüneburg, in: DVBl. 1991, S. 647 (648); auch schon OVG Lüneburg, KirchE 23, 70; VG Mainz, KirchE 31, 27; BayVGH, in: NJW 1999, S. 378; VG Köln, KirchE 55, 401 zur Versagung des Familienzuschlags an einen im Dienst einer ev. Landeskirche stehenden in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Pfarrer, wobei bemerkt wird, ein Verstoß gegen fundamentale Rechtsgrundsätze sei nicht festzustellen.

⁹⁸ BGH, in: NJW 2000 (o. Fn. 13), S. 1555 f. = Lindenmaier-Möhring GG Art. 2 Nr. 73 (8/2000), m. Anm. von *Wolfgang Rübner* = KirchE 38, 60 = ZevKR 45 (2000), S. 650; (dazu schon o. Fn. 13). Dazu *Karl-Hermann Kästner*, Tendenzwende in der Rechtsprechung zum staatlichen Rechtsschutz in

fung des staatlichen Gerichts auf die Klage zweier Offiziere der Heilsarmee, die nicht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis standen, wiederum mit dezidiertem Ablehnung seiner früheren und vom Bundesverwaltungsgericht übernommenen Auffassung ausdrücklich zu.⁹⁹

Obwohl es auf die einschlägigen Streitfragen mangels eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses (für ein solches ist der ordentliche Rechtsweg nicht mehr gegeben) nicht mehr ankam, machte der Bundesgerichtshof sehr deutliche Aussagen: Der Justizgewährungsanspruch gelte für alle Rechtsfragen, deren Beurteilung sich nach staatlichem Recht richte, und zwar auch dann, wenn die Kirche oder Glaubensgemeinschaft – wie hier die Beklagte – die Zuständigkeit der staatlichen Gerichtsbarkeit nicht eigens kirchenrechtlich begründet habe. Sie hänge nicht davon ab, ob der Staat mit einer ihm ausdrücklich oder stillschweigend „angedienten“ Jurisdiktion ausdrücklich „einverstanden“ sei.¹⁰⁰ Der Anrufung staatlicher Gerichte stehe schließlich nicht entgegen, dass die Kläger als Offiziere der Heilsarmee den Geistlichen der Kirchen und anderer Glaubensgemeinschaften vergleichbar seien und Vermögensansprüche aus dem Dienstverhältnis zur Beklagten geltend machten. Der geltend gemachte Gehaltsanspruch nach den für das Dienstverhältnis geltenden innergemeinschaftlichen Regeln sei ebenso ein grundlegendes Rechtselement abhängiger Dienstverhältnisse wie der korrespondierende Anspruch auf Bereitstellung der Arbeitskraft. Beides sei daher auch aus staatlichem Recht ableitbar. Der Bundesgerichtshof wies die Klage jedoch ab, da er die disziplinarrechtliche Beendigung des Dienstverhältnisses durch Entscheidung der Heilsarmee nicht überprüfen könne.

Das Bundesverwaltungsgericht hielt trotz der Entscheidung des Bundesgerichtshofs von 2000 und entgegen einem Urteil des Ober-

Kirkensachen, in: NVwZ 2000, S. 889; auch *ders.*, Vergangenheit (o. Fn. 11), S. 311; *Nolte*, Durchbruch (o. Fn. 27), S. 1844 f.

⁹⁹ BGHZ 154, 306 = ZevKR 48 (2003), S. 336; dazu *H. Weber*, Kontroverse (o. Fn. 6), S. 2069 ff.; *ders.*, Kirchlicher Rechtsschutz (o. Fn. 29), S. 2069 f. Die Heilsarmee ist zwar eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, von einem besonderen Beamtenrecht oder Pfarrerdienstrecht ist aber in der Entscheidung keine Rede. Die Zulässigkeit des Zivilrechtswegs beruhte auf einer bindenden Verweisung vom Arbeitsgericht an das Landgericht. Hätte ein Arbeitsverhältnis bestanden, hätte kraft Rechtswahl staatliches Arbeitsrecht gegolten (dazu o. bei Fn. 43).

¹⁰⁰ So noch BGHZ 46, 96 (101).

verwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz¹⁰¹ zunächst an seiner Auffassung fest¹⁰² und verschärfte sie sogar noch dahin, dass es ausdrücklich erklärte, die Exemtion von der staatlichen Gerichtsbarkeit beziehe sich auch auf die Einhaltung der „fundamentalen Grundsätze der staatlichen Rechtsordnung“ durch die kirchlichen Stellen, die die Entscheidung getroffen h tten¹⁰³.

- 53** Sowohl das OVG Rheinland-Pfalz¹⁰⁴ wie das OVG NRW¹⁰⁵ stellten sich in der Folgezeit entschieden gegen das Bundesverwaltungsgericht. Am 27.2.2014 entschied das Bundesverwaltungsgericht¹⁰⁶ auf die Revision der beklagten Landeskirche gegen das letztgenannte Urteil des OVG NRW und änderte bei dieser Gelegenheit grundlegend seine bisherige Rechtsprechung. Es folgt jetzt grundsätzlich dem Bundesgerichtshof und der herrschenden Lehre, lässt unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung¹⁰⁷ auf Grund des verfassungsrechtlich gewährleisteten staatlichen Justizgew hrungsanspruchs auch in dienstrechtlichen Angelegenheiten der Geistlichen und Kirchenbeamten Klagen grundsätzlich zu,¹⁰⁸ allerdings wegen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts aus Art. 137 Abs. 3 WRV mit einer sehr eingeschränkten Überprüfungsbefugnis der staatlichen Gerichte¹⁰⁹. In der Sache wies das Bundesverwaltungsgericht die Klage ab, während die Vorinstanz ein Bescheidungsurteil erlassen hatte.

¹⁰¹ OVG RP, KirchE 39, 159 (161 ff.).

¹⁰² BVerwGE 117, 145; dazu krit. *H. Weber*, Kontroverse (o. Fn. 6), S. 2069 ff.

¹⁰³ So Nr. 14 der Urteilsgründe in BVerwGE 117, 145 (148).

¹⁰⁴ OVG RP, in: DVBl. 2009, S. 241 = ZevKR 54 (2009), S. 370 = KirchE 52, 298. Die Klageabweisung des VG, welches die staatliche Gerichtsbarkeit verneint hatte, wurde im Ergebnis vom OVG aus materiell-rechtlichen Gründen bestätigt. Die beklagte Landeskirche war nicht beschwert, so dass sie nicht in die Revision gehen konnte.

¹⁰⁵ OVG NRW, in: DVBl. 2012, S. 1585 = KirchE 60, 92, dazu sehr krit. Anm. von *Matthias Friehe*, in: JZ 2014, S. 954 ff.

¹⁰⁶ BVerwGE 149, 139; dazu schon o. Fn. 13.

¹⁰⁷ BVerwGE 149, 139, Rn. 12 ausdrücklich zu BVerwGE 117, 145 (149); von den früheren Richtern war keiner mehr im Senat tätig.

¹⁰⁸ BVerwGE 149, 139, Rn. 12.

¹⁰⁹ BVerwGE 149, 139, Rn. 25 ff.

b) Bundesverfassungsgericht

54

Das Bundesverfassungsgericht hat bislang in keinem Verfahren den Rechtsweg in weiterem Umfang zugelassen als die Fachgerichte. In zwei Senatsentscheidungen vom 27.1.2004 hat es Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen. In einem Fall ging es um die Verfassungsbeschwerde eines in den Wartestand versetzten evangelischen Pfarrers, der erfolglos den kirchlichen Rechtsweg durchlaufen hatte und dessen Klage die Verwaltungsgerichte für unzulässig erklärt hatten.¹¹⁰ Eine nicht veröffentlichte Parallelentscheidung vom gleichen Tage und mit entsprechender Vorgeschichte betraf die Entlassung eines Kandidaten aus dem kirchlichen Vorbereitungsdienst und dessen Nichtzulassung zur zweiten evangelisch-theologischen Dienstprüfung.¹¹¹ Eine Neuorientierung der Rechtsprechung blieb aus, obwohl das Bundesverfassungsgericht mehrfach angekündigt hatte, es gedenke in vier aus den Jahren 1990–1994 stammenden Verfahren über die Frage zu entscheiden, inwieweit Rechtsschutz durch die staatlichen Gerichte zu gewähren ist.¹¹² Mit einem Kammerbeschluss vom 9.12.2008¹¹³ hat das Bundesverfassungsgericht danach die bisherige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bestätigt. Es sah in der Ausübung der Kirchengewalt keine Ausübung staatlicher Gewalt, gegen die eine Verfassungsbeschwerde möglich sei. Zur Rechtswegproblematik führt die Kammer aus: „Wenn staat-

¹¹⁰ BVerfGE 111, 1, dazu abw. Meinung der Richterin *Lübbe-Wolff*, S. 7 ff., die vor allem kritisiert, dass der Senat die Verfassungsbeschwerde hätte annehmen und die grundsätzliche Frage klären müssen. In einer früheren Kammerentscheidung v. 15.3.1999 – 2 BvR 2307/94, in: NVwZ 1999, S. 758 = ZBR 1999, S. 271–272 = KirchE 37, 59, hatte die Kammer die Verfassungsbeschwerde gegen die kirchliche Entscheidung mangels Erschöpfung des Rechtswegs zu den staatlichen Gerichten nicht angenommen.

¹¹¹ BVerfG, B. v. 27.1.2004 – 2 BvR 1978/00, mit auf BVerfGE 111, 1 (7 ff.) verweisendem Sondervotum der Richterin *Lübbe-Wolff*; frühere Kammerentscheidung v. 22.3.1999 – 2 BvR 1490/96 (soweit ersichtlich unveröffentlicht). Zu dieser Entscheidung und zu BVerfGE 111, 1 krit. *Michael Drooge*, Neues zum „Quis judicabit?“ – oder: Ist das Bundesverfassungsgericht (k)ein staatliches Gericht?, in: ZevKR 49 (2004), S. 763 ff., der dem BVerfG (S. 767 ff.) vorwirft, wiederum die Gelegenheit für eine Grundsatzentscheidung nicht genutzt zu haben.

¹¹² Dazu krit. *Christian Kirchberg*, Staatlicher Rechtsschutz in Kirchensachen, in: NVwZ 1999, S. 734 f., der dem BVerfG vorwirft, die Grundsatzfrage nicht gelöst zu haben und dazu die folgenden Beschlüsse nennt: 18.9.1998 – 2 BvR 1476/94; 15.3.1999 – 2 BvR 2307/94; 18.9.1998 – 2 BvR 69/93; 18.9.1998 – 2 BvR 626/90; 18.9.1998 – 2 BvR 2059/93.

¹¹³ BVerfG, in: NJW 2009, S. 1195 = ZevKR 54 (2009), S. 232 ff. = KirchE 52, 337, Rn. 6.

liche Gerichte in der Sache über kirchliche Angelegenheiten zu entscheiden haben, bestimmen sie in diesen Angelegenheiten mit, und zwar selbst dann, wenn sie sich bemühen, der kirchlichen Eigenständigkeit bei der materiellen Entscheidung gerecht zu werden. Die konkrete Betrachtung der konfligierenden Interessen und Rechte im Einzelfall kann erfahrungsgemäß zu einer allmählichen Steigerung der richterlichen Kontrolldichte führen und birgt so die Gefahr, dass die religiöse Legitimation kirchenrechtlicher Normen verkannt und damit gegen den Grundsatz der Neutralität des Staates in religiösen Dingen verstoßen wird. Das aber ist gerade in dem sensiblen Bereich der durch Art. 137 Abs. 3 S. 2 WRV ausdrücklich gewährleisteten kirchlichen Ämterhoheit problematisch¹¹⁴. Dieser Kammerbeschluss postuliert zwar ebenso wenig wie frühere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich, den Geistlichen und Kirchenbeamten den Zugang zum staatlichen Rechtsschutz zu versagen, sie kommt einem solchen Postulat aber an der zitierten Stelle sehr nahe. Es finden sich in dem Kammerbeschluss aber auch hilfsweise Bemerkungen zur Unbegründetheit einer allenfalls zulässigen Verfassungsbeschwerde, in denen eine Bindung an Grundsätze des staatlichen Beamtenrechts verneint wird. In allen übrigen einschlägigen Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht den Ausschluss des Zugangs zu den staatlichen Gerichten nur toleriert, ohne ihn zu fordern.

c) *Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte*

- 55 Der EGMR, der schon früher erkennen ließ, dass er die kirchliche Selbständigkeit in Angelegenheiten der Geistlichen nicht antasten wollte,¹¹⁵ hat in seinen Entscheidungen vom 20.12.2011 in den Ver-

¹¹⁴ Hinweise auf: Rüfner, Individualrechtliche Aspekte (o. Fn. 76), S. 1082; Schmidt-Aßmann, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 5), Rn. 115; Grzeszick, Staatlicher Rechtsschutz (o. Fn. 10), S. 183 f., 204 f.; Kazele, Ausgewählte Fragen (o. Fn. 50), S. 564 ff.

¹¹⁵ EGMR, 23.9.2008 – 48907/99, im Fall der Versetzung eines finnischen Pfarrers, veröffentlicht in deutscher Übersetzung auszugsweise in: NVwZ 2009, S. 897 f., in englischer Sprache KirchE 52, 146 ff. Der EGMR betonte die kirchliche Selbständigkeit in Finnland und stellte fest, dass der Pfarrer keinen Anspruch aus staatlichem Recht habe. Eine Bindung an das Recht der EU hat für die Kirchen kaum Bedeutung, eine Pflicht kirchlicher Gerichte zur Vorlage an den EuGH kommt nicht in Frage, da die kirchlichen Gerichte keine staatlichen Gerichte sind, Christian Waldhoff, Anmerkung zum Beschluss der Zweiten Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfas-

fahren Baudler, Reuter und Müller die deutsche Rechtsprechung nicht beanstandet¹¹⁶.

In der Sache Baudler¹¹⁷ ging es um die Versetzung eines evangelischen Pfarrers in den Wartestand. Der Entscheidung des EGMR gingen zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts voraus: Die erste Beschwerde richtete sich gegen die ablehnende Entscheidung des Landeskirchenausschusses. Das Bundesverfassungsgericht hielt die Verfassungsbeschwerde mangels Erschöpfung des Rechtswegs für unzulässig.¹¹⁸ Daraufhin beschritt Baudler den Verwaltungsrechtsweg, scheiterte aber daran, dass Statusklagen für unzulässig gehalten wurden.¹¹⁹ Die (zweite) Verfassungsbeschwerde wurde vom Senat nicht zur Entscheidung angenommen.¹²⁰ Das Bundesverfassungsgericht meinte, eine grundsätzliche Bedeutung komme der Sache nicht zu, selbst wenn der neueren Auffassung des Bundesgerichtshofs zu folgen wäre, wäre die Verfassungsbeschwerde jedenfalls unbegründet.

Der EGMR hat der Beschwerde wegen Verweigerung des Rechtsschutzes nicht stattgegeben. Er argumentiert ähnlich wie das Bundesverfassungsgericht. Selbst in der Annahme, dass die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch für Statusklagen hätte gelten können, stellte der Gerichtshof im Übrigen fest, dass diese nur den Rechtsweg für eine eingeschränkte gerichtliche Überprüfung eröffnet hätte, weil die vom Selbstverständnis der Kirche getragene Maßnahme nicht auf ihre Rechtmäßigkeit, sondern lediglich auf ihre Wirksamkeit hin hätte überprüft werden können. Die staatlichen Gerichte hätten sich auf die Prüfung der Frage beschränken müssen, ob die streitgegenständlichen Maßnahmen gegen die Grundprinzipien der deutschen Rechtsordnung wie das Willkürverbot oder den Begriff der guten Sitten und des *ordre public* verstoßen. Aus den dem Gerichtshof vorgelegten Unterlagen gehe nicht hervor, dass der Beschwerdeführer vor den innerstaatlichen Gerichten oder vor dem

sungsgerichts vom 5.12. [gemeint: 9.12.] 2008, 2 BvR 717/08, in: Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR) 2009, S. 71 (72 ff.).

¹¹⁶ Entscheidungen v. 20.12.2011: Baudler c. Allemagne (requête n°38254/04); Reuter c. Allemagne (requête n°39775/04); Müller c. Allemagne (requête n°12986/04).

¹¹⁷ EGMR, 6.12.2011 – 38254/04 (Baudler).

¹¹⁸ BVerfG, in: NVwZ 1999, S. 758 = KirchE 37, 59.

¹¹⁹ VGH BW, 12.2.2001, gab der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Berufung nicht statt; Angabe nach EGMR, 6.12.2011 – 38254/04, Rn. 22.

¹²⁰ BVerfGE 111, 1, dazu schon o. Fn. 110.

Gerichtshof behauptet habe, die streitgegenständlichen Maßnahmen würden gegen eines oder mehrere dieser Prinzipien verstoßen.

58 Unter diesen Umständen war der Gerichtshof der Ansicht, es könne nicht behauptet werden, dass das Verfahren des Beschwerdeführers einen Anspruch betroffen hätte, der nach deutschem Recht in vertretbarer Weise für anerkannt erachtet werden könne. Demzufolge sei Art. 6 Abs. 1 der Konvention auf das in Rede stehende Verfahren nicht anwendbar.¹²¹

59 Auch im Fall Reuter waren der Entscheidung des EGMR¹²² zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vorausgegangen. Der Beschwerdeführer, ein evangelischer Pfarrer im Rheinland, wandte sich gegen seine Versetzung in den Ruhestand. Das Bundesverfassungsgericht nahm eine erste Verfassungsbeschwerde, die sich gegen kirchliche Entscheidungen richtete, unter Hinweis auf die Entscheidung im Fall Baudler nicht zur Entscheidung an.¹²³ Der Kläger beschritt dann den Verwaltungsrechtsweg, scheiterte aber dort vor dem OVG NRW, das die Klage für unzulässig, jedenfalls für unbegründet erklärte.¹²⁴ Das Bundesverfassungsgericht¹²⁵ nahm am 10.5.2004 die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers ohne Angabe von Gründen nicht zur Entscheidung an. Der EGMR war der Ansicht, dass die vom Beschwerdeführer angestrebten Verfahren keinen Anspruch betreffen, der nach deutschem Recht in vertretbarer Weise für anerkannt erachtet werden könne. Demzufolge sei Art. 6 Abs. 1 der Konvention im vorliegenden Fall nicht anwendbar.¹²⁶

60 Im Fall Müller, in dem der Bundesgerichtshof den Anspruch der Kläger gegen die Heilsarmee für zulässig, aber unbegründet erklärt hatte¹²⁷ und in dem eine Verfassungsbeschwerde vom Bundesverfassungsgericht ohne Begründung nicht zur Entscheidung angenommen worden war,¹²⁸ argumentierte der EGMR¹²⁹ ähnlich und sah in der

¹²¹ EGMR, 6.12.2011 – 38254/04, Rn. 88.

¹²² EGMR, 6.12.2011 – 39775/04 (Reuter).

¹²³ BVerfG, 6.4.1999 – 2 BvR 1635/96, unveröffentlicht, hier zitiert nach EGMR, 6.12.2011 – 39775/04, Rn. 11 f. (dort mit falscher Angabe 1635/07).

¹²⁴ OVG NRW, 3.7.2003, zitiert nach EGMR, 6.12.2011 – 39775/04, Rn. 30 ff.

¹²⁵ BVerfG, 10.5.2004 – 2 BvR 1327/03, zitiert nach EGMR, 6.12.2011 – 39775/04, Rn. 35.

¹²⁶ EGMR, ebd., Rn. 98.

¹²⁷ BGHZ 154, 306.

¹²⁸ BVerfG, 8.10.2008, zitiert nach EGMR, 6.12.2011 – 12986/04, Rn. 19.

¹²⁹ EGMR, ebd., Rn. 69 ff.

begrenzten Überprüfung der kirchenrechtlichen Maßnahmen keinen Verstoß gegen das rechtsstaatliche Gebot der gerichtlichen Überprüfung staatlich anerkannter Rechtsansprüche.

Der EGMR hat danach die deutsche Rechtsprechung nicht beanstandet, er war aber nicht gezwungen, zu der Frage des Rechtsschutzes für Geistliche und Kirchenbeamte abschließend Stellung zu nehmen. Ob er einen völligen Ausschluss des staatlichen Rechtsschutzes, wie früher und zuletzt verschärft vom Bundesverwaltungsgericht¹³⁰ judiziert, hinnähme, ist nicht klar. Vorgelegt wurden ihm nur Fälle, in denen schon die deutschen Gerichte ausgeführt hatten, auch eine materielle Überprüfung hätte nichts anderes ergeben. Die mit Rücksicht auf das kirchliche Selbstbestimmungsrecht eingeschränkte Überprüfung durch die staatlichen Gerichte – wie sie der neueren Rechtsprechung entspricht – wurde jedenfalls vom EGMR gebilligt.¹³¹

61

3. Auffassung der Literatur

Die Literatur lehnt die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts weit überwiegend ab.¹³² Freilich macht sie für den kirchlichen Bereich gegenüber dem Rechtsschutz, der im staatlichen Beamtenrecht gewährt wird, wichtige Einschränkungen: Der staatliche Beamte kann sich heute – im Gegensatz zu früher, wo ihm nur der Rechtsweg für seine vermögensrechtlichen Ansprüche offen stand – gegen jede staatliche Maßnahme wehren, gleichgültig, ob sie seine Dienstbezüge, seine Versetzung oder seinen Status als Beamter betrifft. Die volle Übertragung dieses Rechtsschutzes auf die Geistlichen würde es den staatlichen Gerichten ermöglichen, den Kirchen unter Umständen Personal aufzudrängen, ein mit dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht in dieser wichtigen Angelegenheit unvereinbares Ergebnis. Es wird deshalb versucht, zwischen Statusklagen und Geltendmachung vermögensrecht-

62

¹³⁰ BVerwGE 117, 145 (148).

¹³¹ Zu arbeitsrechtlichen Fragen der Loyalitätspflichten vgl. *Gregor Thüsing*, → § 59, Rn. 13–20.

¹³² Dazu die o. in Fn. 14 genannten Autoren. Der Rspr. zust. etwa *Hartmut Maurer*, Art. „Gerichtbarkeit, kirchliche“, in: *EvStL*³, Bd. I, Sp. 1083 (1090). Tendenziell auch die in Fn. 114 genannten Autoren *Schmidt-Aßmann*, *Grzeszick* und *Kazele*.

licher Ansprüche¹³³ oder zwischen Dienst- und Amtsrecht¹³⁴ zu unterscheiden.

63 Beide Auffassungen liegen im Ergebnis nicht allzu weit voneinander und laufen darauf hinaus, dass die Kirche in der Besetzung ihrer Ämter frei bleibt, aber notfalls das Gehalt zahlen muss, ohne den obsiegenden Geistlichen oder Kirchenbeamten verwenden zu müssen.¹³⁵

64 Wenn das staatliche Gericht in solchen Fällen die dienstrechtliche Maßnahme prüft, spricht es zwar nicht aus, dass der von einer rechtswidrigen Maßnahme Betroffene weiter verwendet werden muss. Überprüft es nur die vermögensrechtliche Folge einer kirchlichen Maßnahme unter Inanspruchnahme einer Inzidentkontrolle, beurteilt es materiell doch die Maßnahme selbst. Ohne Inzidentkontrolle, die zumeist zugelassen wird,¹³⁶ wäre ein wirksamer Rechts-

¹³³ *Scheuner*, Religionsfreiheit (o. Fn. 35), S. 591; *Siegfried Grundmann*, Das Bundesverfassungsgericht und das Staatskirchenrecht, in: JZ 1966, S. 81 (85); *Alexander Hollerbach*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, in: VVDStRL 26 (1968), S. 57 (72); *ders.*, Grundlagen (o. Fn. 57), Rn. 153, aber mit der Forderung einer auf Verletzung des Willkürverbots und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beschränkten Prüfung; *Axel v. Campenhausen*, Der Rechtsschutz der kirchlichen Bediensteten, in: FS Ruppel (o. Fn. 8), S. 262 (274); *ders.*, Rechtsschutzpflicht (o. Fn. 35), S. 147; *Scheven*, Kirchlicher Dienst (o. Fn. 85), S. 292 f.; *Gerhard Scheffler*, Die Stellung der Kirche im Staat nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 WRV, 1967, S. 283; VG Berlin, KirchE 10, 307 = ZevKR 16 (1971), S. 204, mit zust. Anm. von *Peter v. Tiling*; *Stern*, Staatsrecht II (o. Fn. 2), S. 925 (auch zur Trennung von Amts- und Dienstrecht). Diese Aufteilung sieht *Johann Frank*, Geschichte und neuere Entwicklung des Rechts der kirchlichen Beamten, in: ZevKR 10 (1963/64), S. 264 (289), auch als sinnvoll an; gegen die Trennung *Schenke*, Verfassungsrechtliche Garantie (o. Fn. 1), S. 142, der jedoch S. 141 f. Einschränkungen macht, soweit es um die geistliche Amtsstellung geht.

¹³⁴ So *Hermann Weber*, Der Rechtsschutz im kirchlichen Amtsrecht, in: NJW 1967, S. 1641 (1645 f.); *ders.*, Auslegung und Rechtsgültigkeit der Versetzungsbefugnis nach § 71 I c Pfarrergesetz der VELKD. Gleichzeitig ein Beitrag zum Rechtsschutz im kirchlichen Amtsrecht, in: ZevKR 15 (1970), S. 20 (56); *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 5), Rn. 115; auch *Schenke*, in: BK (Fn. 5), Art. 19 Abs. 4, Rn. 184 ff.; ähnlich, wenn auch eingeschränkt auf die verfassungsgerichtliche Kontrolle *Horst Sacker*, Die Grundrechtsbindung der kirchlichen Gewalt, in: DVBl. 1969, S. 5 (8); *Kästner*, Staatliche Justizhoheit (o. Fn. 3), S. 136, will die Unterscheidung zwar nicht für die Zulässigkeit, aber für die inhaltliche Überprüfung und damit für die Begründetheit fruchtbar machen.

¹³⁵ Vgl. *H. Weber*, Auslegung (o. Fn. 134), S. 58; *ders.*, Anm. (o. Fn. 96), S. 1363 ff.

¹³⁶ Insoweit sind die Befürchtungen *H. Webers*, Auslegung (o. Fn. 134), S. 57, nicht begründet. Allerdings werden die Gründe, welche nach den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts (Wirksamkeit auch rechts-

schutz nicht möglich,¹³⁷ denn Prozesse, in denen nur über die Höhe eines Gehalts oder Ruhegehalts gestritten wird,¹³⁸ gehören zumindest nicht zu den wichtigsten. Die nach der herrschenden Lehre zulässigen vermögensrechtlichen Klagen werden daher oft verkappte Statusklagen sein.¹³⁹ Das staatliche Gericht prüft also auf die Gehaltsklage eines entlassenen Pfarrers auch die Rechtmäßigkeit der Entlassung nach.

Bei der Überprüfung der Entlassung als Inzidentfrage ist freilich der kirchlichen Eigenständigkeit materiellrechtlich Rechnung zu tragen.¹⁴⁰ Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, die Entlassung sei rechtswidrig, so gibt es der Gehaltsklage statt. Der Kirche wird dadurch kein Personal aufgedrängt, denn es bleibt ihr unbenommen, dem Kläger das Gehalt zu zahlen, ohne ihm sein Amt wiederzugeben. Die Ämtervergabe selbst steht als ein Zentralbereich der kirchlichen Eigenständigkeit außerhalb der Jurisdiktion staatlicher Gerichte.

Im Grundsatz übernimmt die neue Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts diese Gedanken und sieht, dass die Ämtervergabe zum Kern des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts¹⁴¹ gehört. Wie es sich zu einem Antrag auf Einstellung oder Weiterbeschäftigung als Pfarrer oder Kirchenbeamter stellen würde, ist in der bisher einzigen

widriger Verwaltungsakte) der Inzidentkontrolle entgegenstehen, dabei nicht berücksichtigt. Dagegen *Winands*, Kirchliche Sanktion (o. Fn. 2), S. 101, im Anschluss an OVG RP, in: DÖV 1986, S. 115.

¹³⁷ Darauf weist *Maurer*, Anm. (o. Fn. 91), S. 409, mit Recht hin.

¹³⁸ Dass das Verfassungs- und Verwaltungsgericht der VELKD in seiner Entscheidung v. 12. 11. 1969, in: DVBl. 1971, S. 117, mit abl. Anm. von *Eduard Wufka*, in einer derartigen Sache eine nicht-vermögensrechtliche Streitigkeit sah, war allerdings verfehlt. Vermögensrechtliche Streitigkeiten sind nicht nur Zahlungsklagen. Auf die Klageart kommt es nicht an, wie *Wufka*, a. a. O., S. 121, mit Recht bemerkt.

¹³⁹ Die Statusklage als solche ist demnach nach h. L. unzulässig. Vgl. in diesem Sinne BVerwGE 95, 379 (381 f.); OVG Berlin, KirchE 10, 410 = ZevKR 16 (1971), S. 211; anders OVG Lüneburg, in: DVBl. 1964, S. 1027. Dagegen muss eine verkappte Statusklage zugelassen werden. Insofern liegt VGH BW, in: NJW 1969, S. 1363 (1365), nicht aber OVG Berlin, KirchE 11, 265 = ZevKR 16 (1971), S. 426, auf der Linie der h. M. Dazu v. *Campenhausen*, Rechtsschutzpflicht (o. Fn. 35), S. 147 f.; v. *Campenhausen / de Wall*, Staatskirchenrecht (o. Fn. 7), S. 322 f.

¹⁴⁰ v. *Campenhausen*, Rechtsschutzpflicht (o. Fn. 35), S. 147 f.; *Schenke*, in: BK (Fn. 5), Art. 19 Abs. 4, Rn. 185. Von der Auffassung aus, dass Klagen generell zulässig sind, aber die kirchliche Eigenständigkeit materiellrechtlich zu berücksichtigen ist, ist die kirchliche Entscheidung der Statusfrage hinzunehmen, *Unruh*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck (o. Fn. 7), Art. 140 GG/137 WRV, Rn. 120.

¹⁴¹ BVerwGE 149, 139, Rn. 17.

einschlägigen Entscheidung noch ungeklärt.¹⁴² Die Vorinstanz hatte insoweit ein Bescheidungsurteil erlassen,¹⁴³ das Bundesverwaltungsgericht hielt jedoch die Klage für unbegründet.

4. Leitlinien der Lösung

a) Besondere Schwierigkeit

- 67** Die Schwierigkeit, das kirchliche Selbstbestimmungsrecht zu achten und ausreichenden Rechtsschutz zu gewähren, sind im Bereich des kirchlichen Dienstes wie sonst nirgends fokussiert: Zum einen handelt es sich um Angelegenheiten, in denen das kirchliche Selbstbestimmungsrecht besonders wichtig ist und deshalb in der Verfassung als Spezialfall des Selbstbestimmungsrechts ausdrücklich genannt ist (Art. 137 Abs. 3 S. 2 WRV). Die Vergabe kirchlicher, zumal geistlicher Ämter verträgt keine staatliche Ingerenz. Wird aber mit der älteren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der staatliche Rechtsschutz ausgeschlossen, sind Geistliche und Kirchenbeamte ganz auf ihre Kirche und auf deren (im Einzelnen unterschiedlichen) Rechtsschutz verwiesen.
- 68** Eine allseits befriedigende Lösung des Problems ist unmöglich. Nirgendwo sonst erweist sich der Ausgleich zwischen den widerstrebenden Prinzipien des Rechtsschutzes und der kirchlichen Eigenständigkeit als so schwierig, an keiner anderen Stelle erscheint ihre gleichzeitige Verwirklichung so dringlich. Die freie Vergabe der kirchlichen Ämter gehört zu den grundlegenden Elementen der kirchlichen Eigenständigkeit. Jeder Eingriff des Staates in sie trifft die Kirchen an einer sehr empfindlichen Stelle. Andererseits ist der staatliche Rechtsschutz wenigstens für vermögensrechtliche Ansprüche ein unverzichtbarer Bestandteil des Rechtsstaats.
- 69** Bei Streitigkeiten zwischen den Kirchen und ihren Geistlichen bzw. Kirchenbeamten handelt es sich nicht um rein kircheninterne Angelegenheiten in dem Sinne, dass kein außenstehendes Rechtssubjekt betroffen wäre (wie bei der Kirchenorganisation) und auch nicht um Angelegenheiten, in denen weltlich-rechtliche Ansprüche nicht

¹⁴² Die Ausführungen von *Kästner*, Staatliche Justizhoheit (o. Fn. 3), S. 262 ff., der in seinen Grundauffassungen der neuen Entscheidung des BVerwG sehr nahe kommt, verweisen auf Abwägungen im Einzelfall.

¹⁴³ OVG NRW, in: DVBl. 2012, S. 1585 = KirchE 60, 92, Nr. 49 ff., Rn. 76 ff.

berührt wären (wie bei der Sakramentenspendung). Vielmehr stehen sich verschiedene Rechtssubjekte mit je eigenen Rechten gegenüber, allerdings regelmäßig nur mit Rechten aus kirchlichem Recht. Weltlich-rechtlich unerheblich sind die Ansprüche der Geistlichen und Kirchenbeamten nicht. Die Argumentation, rein innerkirchliche Fragen gehörten nicht vor die staatlichen Gerichte stößt also an Grenzen: Die betroffenen Personen dienen zwar der Kirche, sie sind aber auch selbständige Subjekte im weltlichen Recht.¹⁴⁴

Maßgeblich könnte daher die Bindung der Kirchen an das für alle geltende Gesetz werden. Wird sie bejaht, müsste mindestens insoweit Rechtsschutz gewährt werden.

70

b) Formale Argumente

Aus § 135 S. 2 BRRG lassen sich keine zwingenden Argumente gewinnen. Das Beamtenrechtsrahmengesetz wurde zu einem Zeitpunkt erlassen, als der Verwaltungsrechtsweg noch nicht wie heute durch § 40 VwGO für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zulässig war. Insbesondere die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten waren nach der deutschen Tradition im ordentlichen Rechtsweg geltend zu machen. § 135 S. 2 BRRG muss deshalb nicht im Sinne eines Angebots staatlichen Rechtsschutzes gedeutet werden. Er hätte auch einen Sinn, wenn er den Kirchen, für deren Beamte das Beamtenrechtsrahmengesetz und damit dessen § 126 grundsätzlich nicht gelten, lediglich die Möglichkeit eröffnen wollte, statt des bisher üblichen ordentlichen Rechtswegs den Verwaltungsrechtsweg zu wählen.¹⁴⁵

71

¹⁴⁴ Darauf weist OVG NRW, 18.9.2012 (o. Fn. 6) hin: „Dass dienstrechtliche Maßnahmen, die den Status eines Pfarrers oder Kirchenbeamten betreffen, den innerkirchlichen Bereich nicht überschreiten sollen, leuchtet ebenfalls nicht ein. Maßnahmen wie die Versetzung eines Pfarrers in den Ruhestand oder die – hier streitgegenständliche – Berufung in ein Kirchenbeamtenverhältnis auf Zeit sind zwar einerseits dem Selbstbestimmungsrecht und der Ämterautonomie unterfallende Angelegenheiten der Kirchen; sie treffen den Betroffenen aber zugleich unmittelbar in seiner bürgerlichen Rechtsstellung“ (mit Hinweis auf: *Germann*, Nichtannahme [o. Fn. 14], S. 214, 219; *Weber*, Anmerkung, in: NJW 1980, S. 1042; *Kästner*, Vergangenheit [o. Fn. 11], S. 301 f.; OVG NRW, in: NJW 1994, S. 3368 [3369 f.]; BVerfGE 42, 313 [334]); in diesem Sinne auch *Oellers-Frahm*, Gerichtsbarkeit (o. Fn. 2), S. 475.

¹⁴⁵ Vgl. *Otto v. Harling*, Der Rechtsschutz im kirchlichen Amtsrecht, in: NJW 1967, S. 2299 f.; ihm folgend *v. Campenhausen*, Rechtsschutzpflicht (o. Fn. 35), S. 134; ähnlich *Paul Mikat*, Kirchliche Streitsachen vor den Verwal-

72 Eher formal ist auch das Argument, mit der Gestattung öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse habe der Staat Hoheitsgewalt übertragen, daraus folge dann der staatliche Rechtsschutz schon aus Art. 19 Abs. 4 GG ähnlich wie bei Fragen der Kirchensteuer.¹⁴⁶ Aus dem beamtenähnlichen Dienstverhältnis der Geistlichen oder dem kirchenbeamtenrechtlichen Verhältnis der Kirchenbeamten folgt dann die Zulässigkeit staatlicher Jurisdiktion.

73 Daran ist richtig, dass in der Zulassung öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse eine wichtige Privilegierung der Körperschaften des öffentlichen Rechts liegt. Das ist aber nicht gleichbedeutend mit Übertragung von staatlicher Hoheitsgewalt.¹⁴⁷ Anderenfalls müsste das gesamte öffentlich-rechtliche Handeln der Kirchen als Ausübung von Hoheitsgewalt betrachtet und schon deshalb der staatlichen Jurisdiktion unterworfen werden. Öffentlich-rechtliche Gestaltung ist aber nicht mit Ausübung übertragener Staatsgewalt gleichzusetzen. Das Recht der Geistlichen und Kirchenbeamten beruht auf kirchlichem, nicht auf staatlichem Recht. Diese Erkenntnis erschließt sich katholischem Denken eher als evangelischem: In der katholischen Kirche ist das Recht der Geistlichen weltkirchlich im CIC geregelt, nur Einzelfragen sind örtlichen (diözesanen) Rechts. Die evangelischen Kirchen haben mehr noch als die katholische Kirche das staat-

tungsgerichten, in: Staatsbürger und Staatsgewalt. Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, hg. von Helmut R. Külz / Richard Naumann, Bd. 2, 1963, S. 315 (318 f.); vgl. dagegen *Maurer*, Anm. (o. Fn. 137), S. 409, der aus dem Vergleich mit § 174 Deutsches Beamtenengesetz von 1937 zu einem anderen Ergebnis kommt.

¹⁴⁶ Nachweise für diese Auffassung o. Fn. 6.

¹⁴⁷ BVerfG, in: NJW 2009, S. 1195 = ZevKR 54 (2009), S. 232 ff. = Kirch-E 52, 337 unter Nr. 7. Anders *H. Weber*, Auslegung (o. Fn. 134), S. 57; *ders.*, Weltlich wirksame Rechtsprechung der Kirchengerichte? Zum Verhältnis von staatlicher und kirchlicher Gerichtsbarkeit, in: DVBl. 1970, S. 250 (252 f.); *ders.* Kontroverse (o. Fn. 6), S. 2068; *ders.*, Rechtsschutz im kirchlichen Amtsrecht (o. Fn. 6), S. 1182; *Schenke*, Verfassungsrechtliche Garantie (o. Fn. 1), S. 138 ff.; *ders.*, in: BK (Fn. 5), Art. 19 Abs. 4, Rn. 182; *Laubinger*, Geltung (o. Fn. 6), S. 472 ff.; *Martin Pabst*, Zum Rechtsschutz im kirchlichen Amtsrecht, in: ZevKR 17 (1972), S. 116 (123); *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz / Dürig (o. Fn. 5), Rn. 115 (öffentliche Gewalt als speziell vom Staat delegierte Gewalt). *Germann*, Nichtannahme (o. Fn. 14), S. 214 f.: das BVerfG hätte sich mit der Aussage begnügen können, kirchliche Entscheidungen seien keine Akte der öffentlichen Gewalt, die unmittelbar mit der Verfassungsbeschwerde angefochten werden könnten.

liche Beamtenrecht übernommen,¹⁴⁸ so dass der Gedanke, man nutze übertragene Staatsgewalt, etwas näher liegen könnte.

c) Statusfragen und vermögensrechtliche Ansprüche

Die Pflicht des Staates, seinen Bürgern Rechtsschutz zu gewähren, die auch ohne Art. 19 Abs. 4 GG für alle Rechtsansprüche besteht,¹⁴⁹ spricht dafür, auch den Kirchenbeamten und Geistlichen den Zugang zu den staatlichen Gerichten nicht zu verwehren. An sich gehören zumindest deren vermögensrechtliche Ansprüche zu den im weltlichen Bereich erheblichen Rechten, wenn auch nicht zu den Rechten aus dem weltlichen Recht. Von dieser Basis aus argumentiert die Literatur gegen die bisherige Rechtsprechung. Sie wehrt sich dagegen, dass das Prinzip des lückenlosen staatlichen Rechtsschutzes um der kirchlichen Eigenständigkeit willen so weit zurückgedrängt wird wie in der derzeitigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts. Der Staat könne nicht dulden, dass derjenige, der sich in kirchliche Dienste begeben, den Rechtsschutz verliere.¹⁵⁰

Der Ausweg, den die herrschende Lehre in der Literatur gefunden hat, kein Rechtsschutz in Statussachen, aber Schutz der vermögensrechtlichen Ansprüche unter Inkaufnahme der Inzidentkontrolle,

¹⁴⁸ Zutreffend bemerkt *Dietrich Pirson*, Kirchliches Recht in der weltlichen Rechtsordnung, in: FS für Ruppel (o. Fn. 8), S. 276 (306), das Dienstrecht der katholischen Kirche enthalte weniger Entlehnungen aus dem staatlichen Bereich als das evangelische. *Bock*, Gesetz (o. Fn. 7), S. 20 ff., weist darauf hin, dass kirchliches (evangelisches, mit dem er sich allein beschäftigt) Pfarrerdienst- und Beamtenrecht dem staatlichen Beamtenrecht nachgebildet seien, sich aber das Pfarrerdienstverhältnis vom Beamtenverhältnis deutlich unterscheide. Dies ist im katholischen Recht noch deutlicher.

¹⁴⁹ *H. Weber*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 5), S. 118 ff.; *ders.*, Weltlich wirksame Rechtsprechung (o. Fn. 147), S. 252 f. Er bemerkt mit Recht, dass zwischen der Garantie des Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG und der Garantie des Rechtsschutzes für zivilrechtliche Ansprüche nur graduelle Unterschiede bestehen.

¹⁵⁰ *Scheuner*, Nachprüfung (o. Fn. 5), S. 357 ff.; *ders.*, Religionsfreiheit (o. Fn. 35), S. 591; *v. Campenhausen*, Rechtsschutz (o. Fn. 133), S. 274 f.; *ders.*, Rechtsschutzpflicht (o. Fn. 35), S. 133 ff.; *Grundmann*, Bundesverfassungsgericht (o. Fn. 133), S. 85; *Hollerbach*, Kirchen (o. Fn. 133), S. 72; *Pirson*, Kirchliches Recht (o. Fn. 148), S. 308; *Jurina*, Rechtsstatus (o. Fn. 44), S. 144 ff.; weitere Nachweise bei *Listl*, Grundrecht (o. Fn. 45), S. 417 ff.

befriedigt nur scheinbar.¹⁵¹ Soweit kirchliche Gerichte für die Statusfragen als Hauptfragen zuständig sind, kann es zu divergierenden Entscheidungen kommen, die für alle Beteiligten unerquicklich sind und einen Rechtsfrieden auf die Dauer verhindern. Die inzidente Kontrolle der Statusfragen birgt die Gefahr in sich, dass die staatlichen Gerichte sich tief in die inneren Angelegenheiten der Kirchen einmischen, und zwar ohne dass sie – da ihnen die Beurteilung theologischer Fragen verwehrt ist – die eigentlich brisanten Fälle in vollem Umfang untersuchen können. Zu Ende gedacht sind Lösungen, die auf Inzidentkontrolle der Statusentscheidungen beruhen, ohnehin nicht: Ist der zugrunde liegende kirchliche Verwaltungsakt über den Status wirksam, ist er grundsätzlich für die staatlichen Gerichte nicht überprüfbar. Zumeist müsste daher die Gehaltsklage als unbegründet abgewiesen werden, wenn der Gehaltsanspruch vom Status abhängt. Gesteht man den Gerichten die Prüfung der statusrechtlichen Vorfragen nicht zu,¹⁵² so beschränkt sich der Rechtsschutz auf Nebensächlichkeiten wie die Höhe des Gehalts.

d) *Einheitliche Entscheidung*

- 76 Es spricht deshalb einiges dafür, Amts- und Dienstverhältnis,¹⁵³ Statusfrage und vermögensrechtlichen Anspruch nicht auseinanderzureißen,¹⁵⁴ sondern einer einheitlichen Gerichtsbarkeit zu überantworten¹⁵⁵. Aus der Verfassung ist eine eindeutige Entscheidung des delikaten Problems nicht zu entnehmen, da ihre antagonistischen Prinzipien nicht gleichzeitig uneingeschränkt verwirklicht werden können. Der Verfassungspraxis wird so ein Spielraum gewährt, innerhalb dessen verschiedene Lösungen denkbar sind, um beiden Prinzipien so weit wie möglich gerecht zu werden. Eine uneingeschränkte Überprüfung aller kirchlichen Personalentscheidungen würde dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht widersprechen, eine saubere Trennung der Sphären erscheint aber kaum möglich.

¹⁵¹ Mit Recht sagt *Oellers-Frahm*, Gerichtsbarkeit (o. Fn. 2), S. 489, diese Lösungsversuche hätten nicht zu einer befriedigenden Lösung führen können.

¹⁵² Das erwägt *Listl*, Grundrecht (o. Fn. 45), S. 417.

¹⁵³ BVerwGE 66, 241 (246) = KirchE 20, 208 (213).

¹⁵⁴ Dagegen *Kazele*, Ausgewählte Fragen (o. Fn. 50), S. 565.

¹⁵⁵ Vgl. *Listl*, Grundrecht (o. Fn. 45), S. 419.

Der Rückzug des Staates aus der Rechtsprechung über die Rechtsverhältnisse kirchlicher Amtsträger hat bisher nicht zu Schwierigkeiten geführt.¹⁵⁶ Die Kirchen waren selbst bemüht, durch kirchliche Gerichte und geeignete innerkirchliche Verfahren die Einhaltung der materiell-rechtlichen Prinzipien zu sichern, die der Staat als Sozialstaat für jedes Beschäftigungsverhältnis verlangen muss, auch wenn er eine vom allgemeinen Arbeitsrecht abweichende Gestaltung zulässt.¹⁵⁷ Insofern kann unter den heute gegebenen Umständen die Praxis des Bundesverfassungsgerichts und die bisherige des Bundesverwaltungsgerichts nicht für verfassungswidrig erklärt werden. Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts, die den Rechtsschutz erweiterte, ist auch nicht verfassungswidrig, wenn sie genügende Rücksicht auf die kirchliche Eigenständigkeit nimmt.¹⁵⁸ Sie wäre sogar von der Verfassung gefordert, wenn sich erweisen sollte, dass die kirchlichen Instanzen ihrer Aufgabe, den Geistlichen eine effektive Sicherung der sozialstaatlich unverzichtbaren Rechte zu gewähren, nicht mehr gerecht würden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Bindung an das für alle geltende Gesetz auch den Bereich des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts umfasst.

77

Das Bundesverwaltungsgericht bemüht sich in seiner Entscheidung vom 27.2.2014¹⁵⁹, die Kontrolle durch staatliche Gerichte inhaltlich zu begrenzen, um das kirchliche Selbstbestimmungsrecht zu wahren. Es schließt sich der inzwischen wohl allgemein anerkannten Auffassung an, dass sich die Bindung an das für alle geltende Gesetz auch auf den Regelungsbereich von Art. 137 Abs. 3 S. 2 WRV (Verleihung kirchlicher Ämter) erstreckt. Dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht will es durch Güterabwägung Rechnung tragen. Es rechnet neben der Verkündigung der Glaubensinhalte auch die Auswahl der zur Verkündigung berufenen Personen zum Kern des Selbstbestimmungsrechts, verlangt aber auch in diesem Bereich die Beachtung der in Art. 79 Abs. 3 GG umschriebenen fundamentalen Verfassungsprinzipien. Neben dem Grundsatz der Menschenwürde zählt es dazu den von ihm umfassten Kerngehalt der nachfolgenden Grundrechte und andere Garantien, die in Art. 20 GG festgehalten sind.

78

¹⁵⁶ Maurer, Kirchenrechtliche Streitigkeiten (o. Fn. 6), S. 297; v. Campenhausen, Staatlicher Rechtsschutz (o. Fn. 8), S. 635.

¹⁵⁷ Vgl. Listl, Grundrecht (o. Fn. 45), S. 418 ff.

¹⁵⁸ Im Sinne einer solchen Offenheit der Verfassung Evers, Verhältnis (o. Fn. 8), S. 346.

¹⁵⁹ BVerwGE 149, 139, Rn. 15 ff.

Dementsprechend kann „jeder innerkirchliche Akt vor den staatlichen Gerichten mit dem Vorbringen angegriffen werden, er verletze diese elementaren Grundprinzipien des staatlichen Rechts“¹⁶⁰.

79 Die Frage ist, welche Regeln der für alle geltenden Gesetze danach die Kirchen in ihrem Personalwesen binden. In der Gestaltung ihrer öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse sind die Kirchen frei, wenn sie das vom Staat vorgeschriebene und im Sozialstaat unverzichtbare Minimum an sozialer Sicherung nicht unterschreiten. Insoweit sind insbesondere die Vorschriften über die Befreiung von der Sozialversicherung zu beachten, welche eine beamtenähnliche Sicherung voraussetzen. Im Übrigen wird nicht der Anschluss an bestimmte Modelle des Beamtenrechts verlangt,¹⁶¹ sondern nur die Einhaltung elementarer rechtsstaatlicher Grundsätze, wie sie im demokratischen Rechts- und Sozialstaat selbstverständlich sein müssen.

80 Im Übrigen erkennt das Bundesverwaltungsgericht das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen hinsichtlich der Rechtssetzung und der Rechtsanwendung an. Überprüft wird nur die Nichtanwendung bzw. Falschanwendung staatlichen Rechts: „Das staatliche Gericht ist dabei auf die Prüfung beschränkt, ob der Kläger durch eine Maßnahme seiner Religionsgesellschaft in einer subjektiven Rechtsposition verletzt ist, die ihm das staatliche Recht verleiht. Dies ist der Fall, wenn kirchliches Recht oder dessen fallbezogene Anwendung gegen eine staatliche Rechtsposition verstößt, die auch von der Religionsgesellschaft zu beachten ist. Die staatlichen Gerichte haben bei dieser Prüfung von demjenigen Verständnis des kirchlichen Rechts auszugehen, das die zuständigen kirchlichen Organe, insbesondere die kirchlichen Gerichte, vertreten.“¹⁶² Die Aufgabe der staatlichen Gerichte läuft so auf eine Missbrauchskontrolle hinaus. Damit ist gewährleistet, dass die Bindung an das für alle geltende Gesetz im Ernstfall vom Staat realisierbar ist und nicht leer läuft.¹⁶³ Wie das Bundesverwaltungsgericht in seiner früheren Rechtsprechung den Kirchen freigestellt hatte, den Weg zu den staatlichen Gerichten in weiterem Umfang zu öffnen, so lässt es jetzt zu, dass die Religionsge-

¹⁶⁰ BVerwGE 149, 139, Rn. 24 mit Bezugnahme auf Literatur.

¹⁶¹ BVerwGE 149, 139, Rn. 38. Danach ist Maßstab nicht Art. 33 Abs. 5 GG.

¹⁶² BVerwGE 149, 139, Rn. 14.

¹⁶³ Die Konsequenz des Leerlaufs nahm BVerwGE 117, 145 (148), Nr. 14 der Urteilsgründe anscheinend in Kauf; dazu krit. *H. Weber*, Kontroverse (o. Fn. 6), S. 2068.

sellschaft gestattet, das autonom gesetzte Recht der Religionsgesellschaft auszulegen und anzuwenden.¹⁶⁴

Die Kirchen können mit der neuen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts leben und müssen um ihr Selbstbestimmungsrecht nicht fürchten, solange die Grenzen staatsgerichtlicher Überprüfung eingehalten werden, wie sie das Gericht herausgearbeitet hat.¹⁶⁵ Freilich gefährdet bereits die Zulassung der Klage, wie das Bundesverfassungsgericht zutreffend erkannt hat,¹⁶⁶ die kirchliche Eigenständigkeit und die staatliche Neutralität. Die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte zu den Loyalitätspflichten kirchlicher Arbeitnehmer bietet dafür Beispiele.¹⁶⁷ Es liegt an den staatlichen Gerichten, der Aufmerksamkeit der Kirchen und schließlich am Bundesverfassungsgericht, dafür zu sorgen, dass die kirchliche Eigenständigkeit gewahrt wird. Das Bundesverfassungsgericht kann allerdings gegen eine etwaige Verletzung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts nur dann von den Kirchen angerufen werden, wenn diese in einem Prozess unterlegen sind. Sie und die Wissenschaft haben die Aufgabe, sich kritisch gegen erkennbare Tendenzen zu einer übermäßigen Ausdehnung richterlicher Kontrolle zu wehren, die auch in Urteilen erkennbar werden können, welche ihnen im Endergebnis Recht geben.

Es gibt Entscheidungen, die schon in die Richtung der neuen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wiesen: So prüfte das Bundesverfassungsgericht in seinem jüngsten einschlägigen Be-

¹⁶⁴ Dazu o. Fn. 20.

¹⁶⁵ Die Lösung, welche das Bundesverwaltungsgericht gefunden hat, liegt nicht weit von der, die *Hollerbach*, Grundlagen (o. Fn. 57), Rn. 149, schon vor Jahren vorgeschlagen hat, allerdings unter dem Aspekt der Zulässigkeit. *Hollerbach* wollte ausnahmsweise staatlichen Rechtsschutz gewähren, wenn ein schwerer Verstoß gegen rechtsstaatliche Grundsätze, insbesondere ein grober Gleichheitsverstoß, plausibel vorgetragen wird.

¹⁶⁶ BVerfG, in: NJW 2009, S. 1195 = ZevKR 54 (2009), S. 232 ff. = Kirch-E 52, 337, Rn. 6, wo die Möglichkeit einer Steigerung der Intensität richterlicher Kontrolle gesehen wird.

¹⁶⁷ Vgl. etwa BAG, 8. 9. 2011 – 2 AZR 543/10, in: NJW 2012, S. 1099.

schluss vom 9. 12. 2008¹⁶⁸ hilfsweise einen Verstoß gegen das Willkürverbot. Ähnliches gilt für die Senatsentscheidungen vom 27. 1. 2004¹⁶⁹.

- 83** Zwischen Geistlichen (Seelsorgern) und Kirchenbeamten wurde in Rechtsprechung und Literatur bisher kaum differenziert.¹⁷⁰ Dabei wurde übersehen, dass das Prinzip der kirchlichen Eigenständigkeit durch eine staatliche Rechtsprechung über die Rechtsverhältnisse der Kirchenbeamten weniger tangiert wird als durch eine Beurteilung der Ansprüche von Seelsorgern. Das beweist nicht zuletzt die Praxis der katholischen Kirche, welche zwar für ihre Geistlichen immer eine ausschließlich kirchliche Zuständigkeit gefordert hat, aber für ihre Laien im Kirchendienst von der nach der früheren Rechtsprechung gebotenen Möglichkeit, sie als Beamte der staatlichen Jurisdiktion zu entziehen, kaum Gebrauch machte. Die neue Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erlaubt es, dem besonderen Schutz des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts bei der Verleihung geistlicher und anderer leitender Ämter Rechnung zu tragen, den gewöhnlichen Kirchenbeamten aber einen weitergehenden Rechtsschutz zu gewähren.

5. Kirchliches Disziplinarrecht

- 84** Keine Einmischung durch staatliche Gerichte verträgt das kirchliche Disziplinarrecht.¹⁷¹ Dass die Kirchen gegen ihre Bediensteten

¹⁶⁸ Dazu o. Fn. 3. *Steiner*, Rechtsschutzsituation (o. Fn. 7), S. 979 bemerkt mit Recht, die vom BGH vorgenommene Wirksamkeitsprüfung laufe auf eine Art Willkürkontrolle hinaus, das BVerfG ziehe in BVerfGE 111, 1 (6) die Prüfungskriterien des BGH bereits hypothetisch heran.

¹⁶⁹ BVerfGE 111, 1 (5 f.) mit Kritik im Sondervotum *Lübbe-Wolff*, S. 7 (8 ff.) gerade zu diesem Punkt; dazu Parallelentscheidung vom selben Tage – 2 BvR 1978/00.

¹⁷⁰ Für eine solche Differenzierung *Maurer*, Anm. (Fn. 137), S. 409; dagegen *Listl*, Grundrecht (o. Fn. 45), S. 419. Zu den Unterschieden zwischen katholischem und evangelischem Dienstrecht s. o. bei Fn. 148.

¹⁷¹ Zur Unzulässigkeit von Verfassungsbeschwerden gegen die Urteile kirchlicher Disziplinargerichte BVerfG, KirchE 22, 64 = DÖV 1984, S. 974 (innerkirchliche Maßnahme, die nicht dem Begriff der öffentlichen Gewalt unterfällt); ähnlich schon BVerfG, 6. 4. 1979 (o. Fn. 50), zu einem ev. Lehrbeurkundungsverfahren und BVerfG, 28. 11. 1978 – 2 BvR 316/78, KirchE 17, 120 = DÖV 1970, S. 516, zur disziplinarischen Beendigung eines Dienstverhältnisses in der ev. Kirche. Allgemein zum Disziplinarrecht *Hartmut Maurer*, Die Aufgabe disziplinarischen Handelns in der Kirche, in: NVwZ 1993, S. 609 ff.; HessVGH, in: NJW 1999, S. 377, ließ den Rechtsweg zu den staatlichen Disziplinargerichten auf Anrufung eines kath. Kirchenbeamten, der

disziplinarisch vorgehen können, beruht zwar auf einer besonderen Gewährung des Staates, die mit der Gestattung beamtenrechtlicher oder beamtenrechtsähnlicher Dienstverhältnisse verbunden ist. Damit werden aber nicht spezifisch hoheitliche Rechte übertragen, so dass die Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt eintreten müsste.¹⁷² Disziplinarisches Vorgehen bedeutet gegenüber dem allgemeinen Arbeitsrecht kaum eine Verstärkung, sondern eher eine Schmälerung der Rechte des Arbeitgebers, dem eine schlichte Auflösung des Beschäftigungsverhältnisses verwehrt ist.

Zudem würde eine Kontrolle der kirchlichen Disziplinarmaßnahmen die kirchliche Autonomie auf einem entscheidenden Gebiet über Gebühr beschränken. Gerade bei den Disziplinarangelegenheiten geht es sehr oft um Fragen der kirchlichen Lehre oder des sittlichen Verhaltens eines Geistlichen, das von weltlichen Gerichten kaum zutreffend beurteilt werden kann.¹⁷³ Dennoch wird, folgt man den neuen Prinzipien des Bundesverwaltungsgerichts,¹⁷⁴ auch im kirchlichen Disziplinarrecht eine Missbrauchskontrolle auf Einhaltung grundlegender Verfassungsprinzipien zugelassen werden müssen.

85

V. Schlussbemerkung

Die Frage des staatlichen Rechtsschutzes im kirchlichen Bereich ist nach wie vor ein wichtiges Thema. Die Kontroversen haben aber an Schärfe verloren. In der Praxis konzentrieren sich die Probleme

86

sich gegen seine vorläufige Dienstenthebung wenden wollte, nicht zu. Zur staatlichen Hilfe in Disziplinarsachen *v. Campenhausen*, Staatlicher Rechtsschutz (o. Fn. 8), S. 632 in Fn. 39.

¹⁷² VGH BW, KirchE 60, 462, Rn. 4: „Die Disziplinalgewalt der Kirchen aber ist nicht vom Staat verliehen, sondern eine auf ursprünglicher Gewalt der Kirchen beruhende innerkirchliche Angelegenheit und damit staatlichen Eingriffen entzogen, denn das Disziplinarrecht der Kirche wurzelt als Teil ihres Amtsrechts in ihrem geistlichen Wesen und bildet deshalb einen Kernpunkt ihres Selbstbestimmungsrechts.“ Anders von seiner Auffassung zum kirchlichen Dienstrecht aus konsequent *H. Weber*, Religionsgemeinschaften (o. Fn. 5), S. 118 ff.

¹⁷³ Vgl. *Evers*, Verhältnis (o. Fn. 8), S. 346 f. Vgl. zu den Besonderheiten des kirchlichen Disziplinarwesens *Erich Ruppel*, Fragen des kirchlichen Disziplinarwesens im Lichte der Zwei-Reiche-Lehre, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend, hg. von Konrad Hesse/Siegfried Reicke/Ulrich Scheuner, 1962, S. 349 ff.

¹⁷⁴ BVerwGE 149, 139. Die in den Fn. 171 und 172 zitierten Entscheidungen beruhen noch auf der älteren Rspr., welche im innerkirchlichen Bereich bereits die Zulässigkeit ausschloss.

fast ausschließlich auf das Recht der Geistlichen und Kirchenbeamten. Die rechtsdogmatischen Positionen haben sich im Laufe der letzten Jahre angenähert. Die Rechtsprechung hält sich nach wie vor stark zurück.¹⁷⁵ Den Kirchen ist es jedoch möglich, die staatliche Gerichtsbarkeit zu erweitern, allerdings jetzt nicht mehr durch Zulassung der Anrufung staatlicher Gerichte, sondern durch Zulassung erweiterter Kontrolle.¹⁷⁶

- 87** Insofern gelten frühere Grundsätze *mutatis mutandis* weiter. Die evangelischen Kirchen haben von der Zulassung staatlicher Gerichtsbarkeit bisher vielfach Gebrauch gemacht, freilich nicht so weitgehend, dass sie die Besetzung kirchlicher Ämter der Kontrolle staatlicher Gerichte unterworfen hätten. Die katholische Kirche ließ bei ihren (außerhalb der Schulbeamten wenigen) Beamten den staatlichen Rechtsweg regelmäßig zu, will sich aber für eventuelle Streitigkeiten mit Geistlichen keiner weltlichen Gerichtsbarkeit unterwerfen.

¹⁷⁵ Dies wird vor allem in BVerwGE 149, 139, deutlich.

¹⁷⁶ Dazu o. Rn. 13 mit Fn. 20.

§ 79

Rechts- und Amtshilfe

Von Dirk Ehlers

A. Der Begriff der Rechts- und Amtshilfe	2–9
B. Die Geltung der allgemeinen staatlichen Vorschriften über die Rechts- und Amtshilfe im Verhältnis von Staat und Kirche	10–18
I. Die Rechtslage im Falle der Wahrnehmung kirchlicher Aufgaben	10–13
II. Die Rechtslage im Falle der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben	14–18
C. Spezialgesetzliche und staatskirchenvertragliche Bestimmungen über die Rechts- und Amtshilfe zwischen Staat und Kirche	19–37
I. Rechtshilfebestimmungen	20–24
II. Amtshilfebestimmungen	25–32
1. Ausdrückliche Amtshilferegeln	25
2. Vollstreckungshilferegeln	26–32
a) Vollstreckung kirchlicher Disziplinarentscheidungen	27
b) Vollstreckung kirchlicher Gebühren	28–31
c) Vollstreckung der Kirchensteuern	32
III. Der Befugnischarakter der Rechts- und Amtshilfenvorschriften	33–34
IV. Die Durchführung und Kosten der Rechts- und Amtshilfe	35–37
D. Der Anspruch auf sowie die Verpflichtung oder Berechtigung zur Leistung von Rechts- oder Amtshilfe in den nicht geregelten Fällen	38–43
I. Der Anspruch auf Rechts- und Amtshilfe	38–42
II. Die Verpflichtung oder Berechtigung zur Leistung von Rechts- oder Amtshilfe	43

E. Die Rechts- und Amtshilfe innerhalb der Kirche und zwischen den Kirchen	44–46
I. Katholische Kirche	45
II. Evangelische Kirche	46

- 1 Zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben können *Staat* und *Kirchen* – darunter werden im Folgenden alle Religionsgemeinschaften unabhängig von Rechtsform, Größe und Alter verstanden – auf die *Hilfe* des anderen *angewiesen* sein. Zum Beispiel dürfen die Kirchen aus rechtlichen Gründen bestimmte Handlungen nicht selbst vornehmen. So ist der Staat Inhaber des Gewaltmonopols und daher vorbehaltlich einer ausnahmsweisen anderweitigen Regelung im staatlichen Recht allein zur zwangsweisen Durchsetzung von Rechtspositionen befugt.¹ Auch der Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts räumt den Kirchen eine solche Befugnis nicht ein.² Zum einen überträgt Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV den korporierten Religionsgemeinschaften nicht die Ausübung von Staatsgewalt, sondern gibt ihnen nur die Möglichkeit, ihre eigenen Angelegenheiten mit den Mitteln des öffentlichen Rechts zu regeln und sich hierbei der dem öffentlichen Recht innewohnenden Regelungstechniken zu bedienen. Zum anderen wäre die Bestimmung für die Übertragung staatlicher Zwangsgewalt auch nicht präzise genug.³ Daher haben die Kirchen aus eigenem Recht keine Möglichkeit, Geldforderungen zu vollstrecken, Zwang gegen Personen anzuwenden, die nicht bereit sind, vor einem Kirchengericht zu erscheinen, oder kirchliche Gerichtsentscheidungen zu vollstrecken⁴. Auch kann die Aufgabenwahrnehmung auf tatsächliche Hindernisse stoßen, etwa wenn den Kirchen die erforderlichen Dienstkräfte oder Einrichtungen fehlen. Ferner benötigen die Kirchen zur Durchführung ihrer Aufgaben häufig die Kenntnis von Tatsachen, die ihr unbekannt sind und die sie selbst nicht

¹ BVerfGE 74, 257 (261 f.); BVerwGE 153, 282, Rn. 14; OVG NRW – 5 A 1384/12, Rn. 42, 71; Detlef Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975, S. 56 f.; Dirk Ehlers, Grundfragen kirchlicher Gebührenerhebungen, in: ZevKR 54 (2009), S. 186 (197).

² Vgl. auch Markus Kapischke, Anm. (zu VG Weimar, in: ThürVBl. 2003, S. 90), in: ThürVBl. 2003, S. 91 (92).

³ Dirk Ehlers, Vollstreckung kirchlicher Gerichtsentscheidungen, in: ZevKR 49 (2004), S. 496 (506).

⁴ Vgl. BVerwGE 153, 282, Rn. 19; OVG NRW, in: ZevKR 48 (2003), S. 342 ff.

oder nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand ermitteln können. In solchen und ähnlichen Fällen kann vielfach der Staat weiterhelfen, weil er über die erforderlichen Mittel respektive Kenntnisse verfügt. Die *Kirchen* werden dann regelmäßig an einer entsprechenden Rechts- oder Amtshilfe des Staates interessiert sein. Der umgekehrte Fall einer vom *Staat* gewünschten Unterstützung durch die Kirchen ist jedenfalls heute⁵ seltener. Er liegt etwa vor, wenn der Staat eine Kirche bittet, ihm Bescheinigungen zum Zwecke der Verwendung für staatliche Amtshandlungen auszustellen.⁶

A. Der Begriff der Rechts- und Amtshilfe

Unter *Amtshilfe* wird die von einer Behörde auf Ersuchen einer anderen Behörde geleistete ergänzende Hilfe verstanden.⁷ *Rechtshilfe* liegt vor, wenn die Unterstützung durch die Vornahme richterlicher Tätigkeiten in Ausübung einer rechtsprechenden, von der Gerichtsverwaltung abzugrenzenden Tätigkeit, gewährt wird.⁸ Zur rechtsprechenden Tätigkeit gehört auch die Vernehmung und Vereidigung von Zeugen und Sachverständigen gerade durch Richter. Nichtrichterliche Unterstützungshandlungen vor Gerichten stellen sich nach

2

⁵ Zur kirchlichen „Amtshilfe“ bei der Judenverfolgung im Dritten Reich vgl. *Manfred Gailus* (Hg.), *Die Kirche und die Judenverfolgung im „Dritten Reich“*, 2008.

⁶ Zur kirchlichen Amtshilfe für staatliche Stellen vgl. *Axel Frhr. v. Campenhausen / Christoph Thiele*, Göttinger Gutachten II. Kirchenrechtliche Gutachten aus dem Jahre 1990–2000, 2002, S. 353 ff.

⁷ Vgl. § 4 Abs. 1 VwVfG des Bundes. Die Amtshilfebestimmungen der Landesverwaltungsverfahrensgesetze enthalten teils als Folgesätze, teils über die Verweisung auf das Gesetz des Bundes inhaltsgleiche Regelungen, so dass die Bezugnahme auf das VwVfG des Bundes im Folgenden gleichermaßen für das Verwaltungsverfahren der Länder gilt. Zur Frage, ob § 4 Abs. 1 VwVfG eine Definition oder nur eine Umschreibung der Amtshilfe enthält, vgl. *Bernhard Schlink*, *Die Amtshilfe*, 1982, S. 216 ff.; zur Unvollständigkeit der Begriffsbestimmung *Ulrich Ramsauer*, in: Ferdinand O. Kopp / Ulrich Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 20. Aufl. 2019, § 4, Rn. 10.

⁸ Str. – wie hier z. B. *Thomas v. Danwitz*, in: Hermann v. Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, 7. Aufl. 2018, hg. von Peter M. Huber / Andreas Voßkuhle, Bd. 2, Art. 35, Rn. 8; *Utz Schliesky*, in: Joachim Knack / Hans-Günter Henneke (Hg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 11. Aufl. 2020, vor § 4, Rn. 23; *Heribert Schmitz*, in: Paul Stelkens / Hans Joachim Bonk (Begr.) / Michael Sachs (Hg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl. 2018, § 4, Rn. 38. Zur abw. Begriffsbestimmung der Rechtshilfe i. S. v. § 2 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG vgl. *Schmitz*, ebd., § 2, Rn. 83.

dieser Abgrenzung als Amtshilfe dar.⁹ Auch Gerichte werden insoweit als Behörden im Sinne der Amtshilfevorschriften tätig. Nicht entscheidend ist, wem die Hilfe zugute kommt (d.h. einem Gericht oder einer Behörde). Im Einzelnen bedeutet dies folgendes:

- 3 Da nur *Gerichte* und *Behörden* Berechtigte und Verpflichtete einer Rechts- und Amtshilfe sein können und es sich hierbei nach staatlichem Recht stets um öffentlich-rechtliche Untergliederungen handelt,¹⁰ kommt eine Rechts- und Amtshilfe von vornherein nur zwischen öffentlich-rechtlichen Organisationseinheiten in Betracht. Damit scheidet eine Rechts- und Amtshilfe zwischen Staat und privatrechtlichen Religionsgemeinschaften bzw. privatrechtlich verfassten Verbänden und Einrichtungen öffentlich-rechtlicher Religionsgemeinschaften aus.
- 4 Vielfach wird aus dem Begriff der Amtshilfe weiter gefolgert, dass sich die Hilfe auch auf ein *öffentlich-rechtliches Handeln* beziehen muss.¹¹ Ob dieser Argumentation für den innerstaatlichen Bereich zu folgen ist, mag hier dahinstehen.¹² Da sich das privatrechtliche Handeln korporierter Religionsgemeinschaften grundsätzlich nicht von dem privatrechtlich organisierter Religionsgemeinschaften unter-

⁹ Vgl. auch *Josef Ruthig*, in: Ferdinand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke (Hg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, 25. Aufl. 2019, § 14, Rn. 1; *Klaus F. Gärditz*, in: ders. (Hg.), *Verwaltungsgerichtsordnung mit Nebengesetzen*, 2. Aufl. 2018, § 14, Rn. 2. Teilweise wird nicht auf die richterliche Tätigkeit, sondern den Richter und/oder das Gericht abgestellt, vgl. z.B. *Bodo Piero*th, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth (Hg.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 15. Aufl. 2018, Art. 35, Rn. 3; ferner zum Meinungsstand *Klaus Wessel*, *Verfassungs- und verfahrensrechtliche Probleme der Amtshilfe im Bundesstaat*, 1983, S. 31 ff.; *Herbert Mayer*, in: Otto Rudolf Kissel/Herbert Mayer, *Gerichtsverfassungsgesetz*, 9. Aufl. 2018, § 156, Rn. 3.

¹⁰ Für eine Einbeziehung der privatrechtlich organisierten Verwaltungseinheiten, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen, v. *Danwitz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 8), Art. 35, Rn. 13; *Bernd Grzeszick*, in: Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Losebl., Stand 2019, Art. 35, Rn. 7 (2006); *Piero*th, in: Jarass/Pieroth (o. Fn. 9), Art. 35, Rn. 3; a.A. z.B. *Wilfried Erbguth/Matthias Schubert*, in: Michael Sachs (Hg.), *Grundgesetz Kommentar*, 8. Aufl. 2018, Art. 35, Rn. 8; *Manfred Gubelt*, in: Ingo v. Münch/Philip Kunig (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 6. Aufl. Bd. 1, 2012, Art. 35, Rn. 3.

¹¹ Vgl. z.B. *Rudolf Richard Moll*, *Das Problem der Amtshilfe*, in: DVBl. 1954, S. 697 f.; *Ferdinand O. Kopp*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 5. Aufl. 1991, § 4, Rn. 5.

¹² Krit. *Dirk Ehlers*, *Verwaltung in Privatrechtsform*, 1984, S. 229, Fn. 323 m. w. N.; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, *VwVfG* (o. Fn. 7), § 4, Rn. 5; *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *VwVfG* (o. Fn. 8), § 4, Rn. 14 (jedenfalls analoge Anwendung).

scheidet und ein Privatrechtshandeln in der Regel nicht in gleicher Weise wie ein öffentlich-rechtliches unterstützungswürdig ist, wird man jedenfalls im Verhältnis von Staat und Kirchen eine Rechts- und Amtshilfe nur annehmen können, wenn die Unterstützung in Form des öffentlichen Rechts erfolgt und den Gerichten oder den öffentlich-rechtlich tätig werdenden Behörden zugute kommen soll.

Rechts- und Amtshilfe muss *auf Ersuchen* geleistet werden. Damit scheidet eine sogenannte Spontanhilfe bei (wirklicher oder vermeintlicher) Gefahr im Verzug ebenso wie eine aufgedrängte Hilfe aus.¹³ Auch stellt sich die Abrufung von Daten im Online-Verfahren ohne Überprüfungsmöglichkeit der speichernden Stelle nicht als Rechts- oder Amtshilfe dar.¹⁴

Das Erfordernis der *ergänzenden Hilfe* besagt dreierlei. Zum einen muss es sich bei der Rechts- und Amtshilfe um eine Unterstützung im Einzelfall handeln. Daher kann die auf längere Zeit oder Dauer angelegte Hilfe nicht der Rechts- und Amtshilfe zugerechnet werden.¹⁵ Des Weiteren ist die Erledigung ganzer Aufgabenbereiche ausgeschlossen. Vielmehr ist die Hilfe notwendig auf bestimmte Teilaspekte beschränkt. Schließlich liegt eine ergänzende Hilfe nur vor, wenn die Vornahme der Handlung an sich einem anderen obliegt. Die Hilfeleistung darf also keine eigene Aufgabe der ersuchten Stelle sein¹⁶, sondern muss im fremden Interesse erfolgen.¹⁷ Beide Eingrenzungen haben im Staatskirchenrecht große Bedeutung.

¹³ Vgl. BVerfG (K), in: NVwZ 2011, S. 1254 (1255); BGHZ 34, 184 (187); *Hartmut Bauer*, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 35, Rn. 19; *Stefan Magen*, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens (Hg.), Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 35, Rn. 14; *Berthold Kastner*, in: Michael Fehling/Berthold Kastner/Rainer Störmer (Hg.), Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2016, § 4 VwVfG, Rn. 26. A. A. *Schlink*, Amtshilfe (o. Fn. 7), S. 220 f.; *Josef Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: HStR³, Bd. VI, 2008, § 126, Rn. 230.

¹⁴ A. A. *Wessel*, Amtshilfe (o. Fn. 9), S. 52 ff. Wie hier *Hans Meyer*, in: ders./Hermann Borge-Maciejewski, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 1982, § 4, Rn. 19; *Magen*, in: Umbach/Clemens (o. Fn. 13), Art. 35, Rn. 14.

¹⁵ I. E. allgemeine Auffassung. Vgl. zu den Teilaspekten BVerfGE 63, 1 (32); BVerfG (K), in: NVwZ 2011, S. 1254 (1255); *Siegfried Hoffmann/Christian Hug*, in: Klaus Obermayer/Michael Funke-Kaiser (Hg.), Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 5. Aufl. 2018, § 4, Rn. 23; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG (o. Fn. 7), § 4, Rn. 12 f.

¹⁶ So auch ausdrücklich § 4 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG. Vgl. auch BVerwG, in: BeckRS 2014, 52604; *Hermann Pünder*, in: Dirk Ehlers/Hermann Pünder (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 14, Rn. 56; vgl. ferner SächsOVG, in: LKV 2014, S. 34 (35 – Keine Amtshilfe bei Erledigung auch eigener Aufgaben).

7 So werden Staat und Kirchen bei der Wahrnehmung der sogenannten *gemeinsamen Angelegenheiten* in der Regel nicht im Wege der ergänzenden Hilfe tätig. Zu den gemeinsamen Angelegenheiten von Staat und Kirchen sind solche Aufgaben zu zählen, bei denen ein Zusammenwirken gerade mit dem anderen Teil rechtlich notwendig ist, um die von beiden Seiten verfolgten Zwecke durchsetzen zu können.¹⁸ Diese Voraussetzung ist etwa gegeben, wenn sich eine Kirche in staatlichen Einrichtungen religiös betätigen will, wie bei der Mitwirkung an der Erteilung des Religionsunterrichts in öffentlichen Schulen (Art. 7 Abs. 3 GG), der Bestimmung der Lehre an den Theologischen Fakultäten staatlicher Universitäten¹⁹ oder der Anstaltsseelsorge (Art. 140 GG i.V.m. Art. 141 WRV). Staat und Kirchen sind dann in vielfältiger Weise zur gegenseitigen Unterstützung verpflichtet. Beispielsweise hat der Staat die äußeren Bedingungen für ein religiöses Tätigwerden zu schaffen, während die Kirchen ihre Angelegenheiten so wahrnehmen müssen, dass die rechtlich geschützten Interessen des Staates gewahrt werden. Doch nehmen sowohl der Staat als auch die Kirchen lediglich eigene Aufgaben und nicht Aufgaben des anderen Teils wahr.²⁰ Zudem ist die Zusammenarbeit auf Dauer angelegt. Eine Amtshilfe kommt daher nur in Betracht, wenn ein Partner ausnahmsweise auf Ersuchen des anderen tätig wird.

8 Ähnlich ist die Rechtslage, wenn der Staat die kirchliche Tätigkeit gezielt fördern will, wie bei der Übermittlung personenbezogener Daten auf der Grundlage der staatlichen Melde- oder Datenschutzgesetze²¹. Jedenfalls bei der *meldebehördlichen Informationshilfe* handelt es sich üblicherweise um eine ständige, vom Einzelfall abgehobene Unterstützung. Darüber hinaus ist die Hilfe des Staates spezialgesetzlich geregelt worden, so dass die Hilfeleistung eine eigene Aufgabe des Staates ist und für die Anwendung der Amtshilferegelungen kein Raum bleibt.²²

¹⁷ Vgl. *Schmitz*, in: Stelkens / Bonk / Sachs, VwVfG (o. Fn. 8), § 4, Rn. 27.

¹⁸ *Dirk Ehlers*, Die gemeinsamen Angelegenheiten von Staat und Kirche, in: ZevKR 32 (1987), S. 158 (173).

¹⁹ Vgl. dazu *Axel Frhr. v. Campenhausen / Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. 2006, S. 219 ff.

²⁰ Ausführlich dazu *Ehlers*, Gemeinsame Angelegenheiten (o. Fn. 18), S. 179 ff.

²¹ Vgl. zum Bundesrecht die § 42 BMG, zum Landesrecht z.B. § 5 Meldegesetz NRW, § 9 Abs. 6 DSG NRW; Art. 21 Abs. 1 KathKV Bbg.

²² Zur Frage, ob ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf meldebehördliche Informationshilfe besteht (der dann in das Meldegesetz hineingelesen werden müsste), vgl. *Klaus G. Meyer-Teschendorf*, Die Weitergabe von Mel-

Wie diese Ausklammerungen zeigen, stellt die Figur der Rechts- und Amtshilfe keinen allgemeinen Ordnungsrahmen für die Gestaltung der Beziehungen zwischen Staat und Kirchen zur Verfügung. Es handelt sich vielmehr um ein „*Institut des Einzel- und Ausnahmefalls*“²³. Die praktische Bedeutung ist demgemäß eher gering. Soweit sich staatliche Gerichte überhaupt mit der Rechts- und Amtshilfe zwischen Staat und Kirchen befassen, geschieht dies – soweit ersichtlich – nur am Rande.²⁴

9

B. Die Geltung der allgemeinen staatlichen Vorschriften über die Rechts- und Amtshilfe im Verhältnis von Staat und Kirche

I. Die Rechtslage im Falle der Wahrnehmung kirchlicher Aufgaben

Nach Art. 35 Abs. 1 GG leisten sich die Behörden des Bundes und der Länder gegenseitig Rechts- und Amtshilfe. Damit ist nur ein Rechtsgrundsatz positiviert worden,²⁵ welcher der näheren gesetzlichen Ausformung fähig und weithin auch bedürftig ist.²⁶ Dies ist für

10

dedaten an die Kirchen. Verfassungskräftiger Anspruch der Kirchen auf meldebehördliche Informationshilfe?, in: EssGespr. 15 (1981), S. 9 (17 ff.); *Wolfgang Schatzschneider*, Legitimation und Grenzen staatlich-kirchlicher Kooperation im Meldewesen, in: NJW 1983, S. 2554 ff.; *Thomas Hoeren*, Kirchen und Datenschutz, 1986, S. 86 ff. Liegen die Voraussetzungen einer Datenübermittlung i. S. d. § 42 BMG nicht vor, kann eine Melderegisterauskunft (vgl. §§ 44 ff. BMG) in Betracht kommen. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein Kirchengericht einen Konfessionsfremden als Zeugen laden möchte und deshalb die Meldebehörde um Mitteilung der Anschrift bittet. Es handelt sich aber auch dann nicht um Amtshilfe, sondern um eine Auskunftserteilung, wie sie allen Bürgern und gesellschaftlichen Einrichtungen gewährt wird.

²³ *Bernhard Schlink*, Datenschutz und Amtshilfe, in: NVwZ 1986, S. 249 (251); vgl. auch BVerfG (K), in: NVwZ 2011, S. 1254 (1255 – punktueller Zusammenwirken mit Ausnahmecharakter).

²⁴ Vgl. etwa OVG NRW, in: ZevKR 48 (2003), S. 342 (343); OVG NRW – 5 A 1384/12, Rn. 81.

²⁵ Vgl. *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1980, § 41 IV (S. 789).

²⁶ Art. 35 Abs. 1 GG löst nur ein Problem des Bundesstaates, besagt also nichts über die Hilfeleistung innerhalb des Bundes oder eines einzelnen Landes, str.: wie hier *Schlink*, Datenschutz (o. Fn. 23), S. 250; *Klaus G. Meyer-Teschendorf*, Das Rechts- und Amtshilfegebot des Art. 35 Abs. 1 GG: Antwort auf ein Föderalismusproblem, in: DÖV 1988, S. 901 ff.; *Bauer*, in: Dreier, GG (o. Fn. 13), Art. 35, Rn. 13; *Piero*, in: Jarass/Piero (o. Fn. 9), Art. 35, Rn. 1; a. A. *Isensee*, Föderalismus (o. Fn. 13), Rn. 231; *Erbguth/Schubert*, in: Sachs (o. Fn. 10), Art. 35, Rn. 5.

die *Amtshilfe* vor allem in den §§ 4 ff. der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder sowie in den Bestimmungen der §§ 111 ff. AO und §§ 3 ff. SGB X geschehen.²⁷ Die *Rechtshilfe* hat ihre Regelung vornehmlich in den §§ 156 ff. GVG, § 14 VwGO, § 5 SGG, § 13 FGO, § 13 ArbGG, § 27 BVerfGG erfahren.²⁸ Alle diese Vorschriften gelten indessen prinzipiell nicht für die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Kirchen.²⁹

11 Zwar ist sowohl der Begriff des Gerichts als auch derjenige der Behörde im Rechts- und Amtshilferecht weit auszulegen. Zum Beispiel werden neben den Behörden der staatsunmittelbaren Verwaltung auch solche der bundes- und landeseigenen Körperschaften des öffentlichen Rechts erfasst. In jedem Falle muss es sich aber um *staatliche Einrichtungen* handeln. Der Rechts- und Amtshilfeverband im Sinne der genannten Bestimmungen soll die Einheit der Staatsgewalt realisieren.³⁰ Ebenso wie die privatrechtlich verfassten sind auch die öffentlich-rechtlich organisierten Religionsgemeinschaften jedoch in keiner Weise in den Staat inkorporiert.³¹ Sie leiten ihre religiösen Aufgaben, Befugnisse und Zuständigkeiten nicht vom Staat ab,³² sondern stehen dem Staat als Grundrechtsträger³³ gegenüber. Der Körperschaftsstatus rechtfertigt es nicht, die Kirchen als Untergliederungen des Staates zu qualifizieren.

12 Demgemäß sind die kirchlichen Gerichte und Behörden nicht Stellen des „Bundes und der Länder“ im Sinne des Art. 35 Abs. 1 GG.³⁴

²⁷ Zur grenzüberschreitenden Amtshilfe vgl. z.B. das Gesetz für die Durchführung der gegenseitigen Amtshilfe in Steuersachen zw. den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (BGBl. 2013 I S. 1809).

²⁸ Zur internationalen Rechtshilfe in Strafsachen vgl. etwa das Gesetz zur internationalen Rechtshilfe in Strafsachen (BGBl. 1994 I S. 1537).

²⁹ OVG NRW, in: ZevKR 48 (2003), S. 342 (343); *Magen*, in: Umbach/Clemens (o. Fn. 13), Art. 35, Rn. 9; *Piero*, in: Jarass/Piero (o. Fn. 9), Art. 35, Rn. 3.

³⁰ Vgl. z. B. BVerfGE 7, 183 (190); VerfGH NRW, in: DÖV 1961, S. 183 (184); *Erbguth/Schubert*, in: Sachs (o. Fn. 10), Art. 35, Rn. 5; *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG (o. Fn. 8), § 4, Rn. 5.

³¹ Vgl. BVerfGE 18, 385 (386); 30, 415 (428); 42, 312 (321 ff.); 55, 207 (230); 66, 1 (19 ff.); 102, 370 (388).

³² BVerfGE 42, 312 (321 f.).

³³ Vgl. etwa *Herbert Bethge*, Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen nach Art. 19 Abs. 3 Grundgesetz, 1985, S. 78 ff.; näher dazu *Hermann Weber*, → § 19.

³⁴ BVerwG, in: DÖV 1972, S. 720 (721); *Martin Dreher*, Die Amtshilfe, 1959, S. 84; *Wolfgang Riefner*, Rechts- und Amtshilfe, in: HSKR¹, Bd. II, 1974, S. 839 (842); *Meyer-Teschendorf*, Weitergabe (o. Fn. 22), S. 24 ff. Vgl. auch die Nachweise in Fn. 29.

Auch die allgemeinen einfachgesetzlichen Bestimmungen über die Rechts- und Amtshilfe erfassen gerade nicht die Kirchen. So gilt das *Verwaltungsverfahrensgesetz* nach § 2 Abs. 1³⁵ nicht für die Tätigkeit der Kirchen, der Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften sowie ihrer Verbände und Einrichtungen. Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Ansicht³⁶ bezieht sich die Freistellungsregelung des § 2 Abs. 1 VwVfG nicht nur auf den innerkirchlichen Bereich, was zur Folge hätte, dass alle kirchlichen Maßnahmen, die diesen „Bereich überschreiten oder in den staatlichen Bereich hineinreichen“, abgesehen von der Gesetzgebung und Rechtsprechung, als Verwaltungstätigkeit im Sinne der Verwaltungsverfahrensgesetze angesehen werden müssten.³⁷ Zunächst unterscheidet § 2 Abs. 1 VwVfG nicht zwischen inneren und äußeren Angelegenheiten der Kirchen. Sodann wirken sich fast alle kirchlichen Maßnahmen auch auf die gesellschaftliche und staatliche Sphäre aus,³⁸ so dass sich innerkirchliche und sonstige Handlungen kaum abgrenzen lassen.³⁹ Ferner nehmen die Kirchen sowohl dann, wenn sie autonomes, von der Rechtsordnung anerkanntes Recht setzen⁴⁰ oder anwenden, als auch, wenn sie sich der staatlichen Rechtsordnung zwecks Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr bedienen, eigene Angelegenheiten wahr. Auch der Körperschaftsstatus soll die Kirchen nur privi-

³⁵ Die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder enthalten entweder inhaltsgleiche Regelungen oder verweisen ihrerseits auf das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes.

³⁶ *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG (o. Fn. 8), § 2, Rn. 38 f. (der gleichwohl die Auffassung vertritt, dass zu den Kirchen kein Amtshilfeverhältnis besteht, ebd., § 4, Rn. 3); *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG (o. Fn. 7), § 2, Rn. 8; *Jan Ziekow*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Aufl. 2019, § 2, Rn. 8; wohl auch *Kastner*, in: Fehling/Kastner/Störmer, VwVfG (o. Fn. 13), § 2, Rn. 7. Ähnlich *Curt Lutz Lässig*, in: Klaus Finkelnburg/Curt Lutz Lässig (Hg.), Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 1979, § 2, Rn. 13. A. A. *Schliesky*, in: Knack/Henneke, VwVfG (o. Fn. 8), § 2, Rn. 20.

³⁷ Die angegebenen Literaturstimmen wollen die Anwendung der Verwaltungsverfahrensgesetze gerade nicht einseitig auf die Beleihungsfälle beschränken. So unterscheidet *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG (o. Fn. 8), § 2, Rn. 40, ausdrücklich zw. der Beleihung der Kirchen mit staatl. Befugnissen einerseits und den sonstigen Maßnahmen, die den innerkirchlichen Bereich überschreiten oder in den staatl. Bereich hineinreichen, andererseits. Für alle aufgeführten Handlungsweisen soll das staatl. Verwaltungsverfahrensgesetz gelten.

³⁸ Vgl. BVerfGE 42, 312 (334 f.).

³⁹ Krit. zum Bereichsdenken im Staatskirchenrecht *Dirk Ehlers*, Der staatliche Rechtsschutz in kirchlichen Angelegenheiten, in: JuS 1989, S. 364 (368 f.).

⁴⁰ BVerwGE 153, 282, Rn. 13.

legieren, sie aber nicht an die für staatliche Behörden geltenden Regelungen binden.⁴¹ Es kann deshalb keine Rede davon sein, dass die Kirchen außerhalb des innerkirchlichen Sektors als Träger mittelbarer Staatsverwaltung tätig werden⁴², wofür auch die gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen fehlen würden. Schließlich widerspräche die Erstreckung des Geltungsbereichs der Verwaltungsverfahrensgesetze auf die Kirchen in dem angenommenen Umfang auch dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen. Die Verwaltungsverfahrensgesetze stellen kein „für alle“ geltendes Gesetz im Sinne des Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV dar, weil sie speziell das Handeln staatlicher Behörden steuern sollen.⁴³

- 13 Verschiedentlich wird angenommen, dass die §§ 4 ff. VwVfG jedenfalls *teilweise* auf die Zusammenarbeit staatlicher und kirchlicher Behörden *Anwendung* finden können.⁴⁴ Begründet wird dies damit, dass § 4 VwVfG nicht die Anwendbarkeit des Gesetzes für beide beteiligten Stellen voraussetze, eine Teilanwendung auf die staatliche Behörde also möglich sei. So habe die staatliche Behörde das Amtshilfeersuchen einer kirchlichen Behörde, das diese nach Staatskirchenrecht zulässigerweise gestellt habe, gemäß den §§ 5 ff. VwVfG zu behandeln. Stelle umgekehrt eine staatliche Behörde ein Amtshilfeersuchen an die kirchliche Stelle, eine kirchenrechtlich zulässige Maßnahme vorzunehmen, gelte für das Ersuchen das Verwaltungsverfahrensgesetz, während sich die Durchführung nach dem Recht der Kirche richte. Dieser Auffassung kann im Ergebnis ebenfalls nicht gefolgt werden. Zwar greift in den angesprochenen Fällen die Ausnahmevorschrift des § 2 Abs. 1 VwVfG nicht ein, weil Gegenstand dieser die Reglementierung staatlichen, nicht kirchlichen Verhaltens ist. Jedoch normieren die §§ 4 ff. VwVfG nur die Amtshilfe zwischen Behörden. Dies bedeutet, dass die behördlichen Organe beider Parteien Behördencharakter haben müssen. Nach den Verwaltungsverfahrensgesetzen sind Behörden Stellen, die Aufgaben der öffentlichen (d. h. staatlichen) Verwaltung wahrnehmen.⁴⁵ Dies trifft auf die kirch-

⁴¹ Vgl. etwa BVerfGE 30, 415 (428), wonach der Körperschaftsstatus „die Eigenständigkeit der Kirche vom Staat sowie ihre originäre Kirchengewalt bekräftigen“ soll.

⁴² So i. E. aber Schmitz, in: Stelkens / Bonk / Sachs, VwVfG (o. Fn. 8), § 2, Rn. 40.

⁴³ I. E. ebenso Carl Hermann Ule / Hans-Werner Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 3. Aufl. 1986, S. 39.

⁴⁴ Meyer, in: ders. / Borgs-Maciejewski, VwVfG (o. Fn. 14), § 4, Rn. 9.

⁴⁵ Vgl. § 1 Abs. 4 VwVfG des Bundes sowie die entsprechenden inhaltsgleichen Bestimmungen der Länder.

lichen Behörden gerade nicht zu, weil diese bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben mit kirchlichen und nicht mit staatlichen Angelegenheiten befasst sind.⁴⁶

II. Die Rechtslage im Falle der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben

Anders ist die Rechtslage, wenn den Kirchen Aufgaben und öffentlich-rechtliche Befugnisse des Staates übertragen worden sind, die sie im eigenen Namen zur Erfüllung staatlicher Zwecke wahrzunehmen haben. Insoweit liegt eine Institutionen- oder Organleihe vor, welche die Kirchen partiell in den Staatsorganismus integriert. Diese werden dann im Auftrag und gegebenenfalls nach Weisung des Staates als dessen verlängerter Arm tätig. Ob man in diesem Vorgang eine *Beleihung* sehen⁴⁷ oder unter Beleihung nur die Übertragung von Staatskompetenzen auf natürliche Personen oder juristische Personen des Privatrechts (und damit nicht auf die korporierten Religionsgemeinschaften) verstehen will,⁴⁸ ist von rein terminologischer Bedeutung.⁴⁹ In der Sache gelten für die Kirchen in solchen Fällen dieselben Regeln wie für die Beliehenen. Da diese als Träger von Staatsgewalt Behördenfunktionen ausüben,⁵⁰ finden die allgemein geltenden Vorschriften der Amtshilfe auf sie Anwendung.⁵¹ Dies gilt insbe-

14

⁴⁶ I. E. wie hier *Schlink*, Amtshilfe (o. Fn. 7), S. 207, Fn. 13.

⁴⁷ So z. B. *Klaus Obermayer*, Die Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften und die Verwaltungsverfahrensgesetze, in: DVBl. 1977, S. 437 (439); *Schmitz*, in: Stelkens / Bonk / Sachs, VwVfG (o. Fn. 8), § 4, Rn. 3.

⁴⁸ So die üblichen Definitionen. Vgl. *Winfried Kluth*, in: Hans J. Wolff / Otto Bachof / Rolf Stober (Hg.), Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 67, Rn. 21; *Winfried Kluth*, in: Dirk Ehlers / Michael Fehling / Hermann Pünder (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 12, Rn. 33; *Martin Burgi*, in: Ehlers / Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht (o. Fn. 16), § 10, Rn. 24. Zur Einbeziehung privatrechtlich organisierter Verwaltungsträger vgl. *Birgit Schmidt am Busch*, Die Beleihung: ein Rechtsinstitut im Wandel, in: DÖV 2007, S. 533 (537).

⁴⁹ Nach h. M. – vgl. z. B. *Dirk Ehlers*, in: ders. / Pünder (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht (o. Fn. 16), § 1, Rn. 19; *Burgi*, ebd. (o. Fn. 48), § 10, Rn. 23; *Kluth*, in: Ehlers / Fehling / Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht (o. Fn. 48), § 12, Rn. 33 – reicht es nicht aus, wenn nur Staatsaufgaben, nicht aber Befugnisse übertragen werden. A. A. etwa *Udo Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, S. 46 ff.

⁵⁰ Vgl. *Burgi*, in: Ehlers / Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht (o. Fn. 48), § 10, Rn. 29; *Ramsauer*, in: Kopp / Ramsauer, VwVfG (o. Fn. 7), § 1, Rn. 63.

⁵¹ Ebenso *Rüfner*, Rechts- und Amtshilfe (o. Fn. 34), S. 842; *Meyer-Teschendorf*, Weitergabe (o. Fn. 22), S. 28 f.; *Schmitz*, in: Stelkens / Bonk / Sachs, VwVfG (o. Fn. 8), § 4, Rn. 3. Gegen eine Einbeziehung der Beliehenen

sondere auch für die §§ 4 ff. VwVfG, weil die Ausnahmeklausel des § 2 Abs. 1 VwVfG diesen Fall nicht erfasst.⁵²

15 Keine hinreichende Klärung hat bisher die Frage gefunden, *in welchen Fällen* die Kirchen *als Beliehene* oder wie Beliehene staatliche Aufgaben wahrnehmen. In Rechtsprechung und Literatur wird insoweit insbesondere einerseits auf die „hoheitliche“ Anlage und Verwaltung kirchlicher Friedhöfe⁵³, andererseits auf die Erhebung der Kirchensteuer⁵⁴ hingewiesen. Beides ist bedenklich.

16 Entgegen der herrschenden Meinung ist die *Verwaltung kirchlicher Friedhöfe* keine staatliche Angelegenheit, die auf die Kirche übertragen worden ist. Die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und Kirchengesetze bestätigen das überkommene Recht der öffentlich-rechtlich organisierten Religionsgemeinschaften, in eigener Trägerschaft Friedhöfe anzulegen, zu unterhalten und zu erweitern. Die zu beachtenden zahlreichen Normen und Genehmigungserfordernisse des staatlichen Rechts schränken die kirchlichen Gestaltungsmöglichkeiten ein, verwandeln die kirchlichen Aufgaben aber nicht in staatliche. Die Anlage und Verwaltung kirchlicher Friedhöfe ist somit eine eigene Angelegenheit der Kirche.⁵⁵

in den Amtshilfeverbund *Dreher*, Amtshilfe (o. Fn. 34), S. 84 ff. Für die Rechtshilfe gilt das für die Amtshilfe Gesagte entsprechend.

⁵² *Funke-Kaiser*, in: Obermayer / Funke-Kaiser, VwVfG (o. Fn. 15), § 2, Rn. 15; *Schliesky*, in: Knack / Henneke, VwVfG (o. Fn. 8), § 2, Rn. 22. A. A. *Borgs-Maciejewski*, in: Meyer / Borgs-Maciejewski, VwVfG (o. Fn. 14), § 2, Rn. 4; *Axel Frhr. v. Campenhausen / Joachim E. Christoph*, Amtliche Beglaubigungen der öffentlich-rechtlich korporierten Kirchen im weltlichen Recht, in: DVBl. 1987, S. 984 (1986 mit Fn. 22).

⁵³ Vgl. BVerwGE 25, 364 (366); 68, 62 (64); *Hartmut Maurer*, Kirchenrechtliche Streitigkeiten vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten, in: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. FS für Christian-Friedrich Menger, hg. von Hans-Uwe Erichsen / Werner Hoppe / Albert v. Mutius, 1985, S. 285 (288); *Bernhard Schlink*, Neuere Entwicklungen im Recht der kirchlichen öffentlichen Sachen und der res sacrae, in: NVwZ 1987, S. 633 ff.; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz, Losebl., Stand 2019, Art. 19 IV, Rn. 114 (2014), Stand: 2018; *Karl-Hermann Kästner*, in: Wolfgang Kahl / Christian Waldhoff / Christian Walter (Hg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Losebl., Art. 140, Rn. 372 (Drittbearbeitung 2010); *Christian Traulsen*, Rechtsstaatlichkeit und Kirchenordnung, 2013, S. 185 f., mit Hinweis auf die Vollstreckung (die jedoch von der Anlage und Verwaltung zu trennen ist) sowie der „Hoheitsgewalt“ gegenüber Nichtmitgliedern (welche indessen im Körperschaftsstatus mitenthalten ist).

⁵⁴ Grundlegend dazu bereits BVerfGE 19, 206 (217).

⁵⁵ *Ehlers*, Gemeinsame Angelegenheiten (o. Fn. 18), S. 175 ff.; *ders.*, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2020, Art. 140 GG / 137 WRV, Rn. 8; *Eberhard Sperling*, Neue Akzente im Recht der kirchlichen

Dagegen hat der Staat mit der Verleihung des kirchlichen Steuerrechts durch die Kirchensteuergesetze der Länder nach Maßgabe des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 6 WRV staatliche Befugnisse auf die Kirche übertragen. Zwar ist es Sache der Kirche, zu bestimmen, ob und in welcher Höhe sie ihre Mitglieder zu Geldleistungen heranziehen will. Mit dem Recht zur *Erhebung der Kirchensteuer* ist aber zugleich die Möglichkeit einer zwangsweisen Beitreibung der Gelder verbunden.⁵⁶ Insoweit gesteht der Staat der Kirche originär staatliche Befugnisse zu. Eine Beleihung mit Staatsgewalt im üblichen Sinne liegt gleichwohl nicht vor, weil die Übertragung des Steuerrechts nicht (primär) staatlichen, sondern kirchlichen Zwecken dient.⁵⁷ Mag die mit der Verleihung des Kirchensteuerrechts verbundene Religionsförderung auch eine legitime staatliche Aufgabe sein,⁵⁸ bleibt die Erhebung der Steuer aus der Sicht des Staates doch fremdnützig und dient nicht der (unmittelbaren) Erfüllung von Staatsaufgaben. Dementsprechend werden die kirchlichen Steuerbehörden nicht als Glieder des Staates, sondern als kirchliche Instanzen öffentlich-rechtlich tätig. Dies bedeutet aber, dass die allgemeinen staatlichen Vorschriften über die Amtshilfe diesen Fall nicht erfassen.⁵⁹ Soweit die Kirchensteuer durch den Staat verwaltet wird, scheidet die auf die Er-

Friedhöfe, in: ZevKR 33 (1988), S. 35 (37 ff.); v. Campenhausen/de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 19), S. 185 ff.; Peter Unruh, Religionsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 166; ders., in: v. Mangoldt/Klein/Starck (o. Fn. 8), Bd. 3, Art. 137 Abs. 3 WRV, Rn. 69.

⁵⁶ BVerfGE 19, 206 (217). Nach *Ferdinand Kirchhof*, Grundlagen und Legitimation der Kirchenfinanzierung, in: EssGespr. 47 (2013), S. 7 (23 ff.) soll die Kirchensteuer keine Steuer im Rechtssinne, sondern nur ein öffentlich-rechtlicher Mitgliedsbeitrag sein.

⁵⁷ BVerfGE 102, 370 (390 f.); *Meyer-Teschendorf*, Weitergabe (o. Fn. 22), S. 29.

⁵⁸ Allgemein zur Zulässigkeit einer Förderung der Religionsgemeinschaften statt vieler *Dirk Ehlers*, Staatskirchenrecht, in: Hanno Kube/Rudolf Mellin/hoff/Gerd Morgenthaler/Ulrich Palm/Thomas Puhl/Christian Seiler (Hg.), Leitgedanken des Rechts. Paul Kirchhoff zum 70. Geburtstag, 2013, § 130, Rn. 7.

⁵⁹ A. A. *Rüfner*, Rechts- und Amtshilfe (o. Fn. 34), S. 843; *Meyer-Teschendorf*, Weitergabe (o. Fn. 22), S. 29 f.; vgl. auch *Hartmut Söhn*, in: Walter Hübschmann/Ernst Hepp/Armin Spitaler (Hg.), Abgabenordnung, Finanzordnung, Losebl., Stand 2019, § 111 AO, Rn. 81 (2016), wonach die kirchlichen Behörden Behörden i.S.d. Amtshilfebestimmung des § 111 AO sein sollen, wenn sie im weltlichen Bereich tätig werden. Zur Frage, ob die Vorschriften analog oder ihrem Rechtsgedanken nach angewendet werden können, vgl. unten D.

hebung der Kirchensteuer bezogene Informationshilfe auch aus anderen Gründen aus der Amtshilfe aus.⁶⁰

- 18 Um einen Fall der Übertragung von Staatsgewalt auf die Kirchen zum Zwecke der Erfüllung staatlicher Zwecke dürfte es sich dagegen zum Beispiel handeln, wenn den *Ersatzschulen* in kirchlicher Trägerschaft die Befugnis verliehen worden ist, Abschlusszeugnisse mit Wirkung für das staatliche Berechtigungswesen zu erteilen.⁶¹ Insofern gelten daher die allgemeinen Amtshilferegeln. Entsprechendes dürfte für die staatlich anerkannten *Hochschulen in kirchlicher Trägerschaft* gelten, falls Berechtigungen für den staatlichen Rechtskreis ausgestellt werden.⁶²

C. Spezialgesetzliche und staatskirchenvertragliche Bestimmungen über die Rechts- und Amtshilfe zwischen Staat und Kirche

- 19 Das geltende Recht kennt eine Reihe gesetzlicher und staatskirchenvertraglicher Bestimmungen, die den *Staat* verpflichten, der Kirche Rechts- und Amtshilfe zu leisten. Eine Rechts- oder Amtshilfe der *Kirche* zugunsten des Staates ist dagegen – soweit ersichtlich – nicht vorgesehen.⁶³

I. Rechtshilfebestimmungen

- 20 Die bestehenden Spezialregelungen über die staatliche Rechtshilfe beziehen sich ausschließlich auf die evangelischen Landeskirchen. Sie lassen sich inhaltlich in vier Gruppen einteilen:
- 21 Schwerpunktmäßig betreffen die Rechtshilfebestimmungen das *kirchliche Disziplinarverfahren*. So sind in bestimmten, ehemals preußischen Gebieten, in dem ehemaligen Land Lippe sowie in Baden-Württemberg, Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Rhein-

⁶⁰ Vgl. Rn. 32, 38.

⁶¹ Vgl. dazu BVerfGE 27, 195 (203 f.); Friedrich Müller, Das Recht der freien Schulen nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1982, S. 67 ff. (S. 279 ff). Vgl. auch Hermann Avenarius / Felix Hanschmann (Hg.), Schulrecht, 9. Aufl. 2019, S. 312.

⁶² Vgl. näher dazu Traulsen, Kirchenordnung (o. Fn. 53), S. 186 f.

⁶³ Zu einem Sonderfall in Hessen vgl. unten Rn. 23.

land-Pfalz, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen die kirchlichen Disziplinarbehörden⁶⁴, Kirchengerichte⁶⁵ oder Kirchengerichte und Disziplinargerichte⁶⁶ bzw. Disziplinarbehörden⁶⁷ berechtigt, Zeugen und Sachverständige zu vereidigen.⁶⁸ Gleichzeitig werden staatliche Amtsgerichte mit Ausnahme derjenigen in Thüringen verpflichtet, einem Rechtshilfeersuchen der zuständigen kirchlichen Stelle stattzugeben.⁶⁹ Dies bedeutet, dass das Amtsgericht die Zeugen und Sachverständigen auf Verlangen der kirchlichen Stellen vernehmen und gegebenenfalls auch vereidigen muss. Eine Mitwirkung des Staates in Verfahren wegen Verletzung der Lehrverpflichtung wird ausdrücklich ausgeschlossen.⁷⁰

Die Regelungen in Berlin, Hamburg, Hessen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein gehen insofern weiter, als sie den Kirchengerichten nicht nur in Disziplinarangelegenheiten, sondern – von dem Verfahren wegen Verletzung der Lehrverpflichtung abgesehen – *allgemein* das Recht auf Eidabnahme und diesbezügliche Rechtshilfe der staatlichen Amtsgerichte zugestanden haben. So ordnet etwa *Art. 24 des Evangelischen Kirchenvertrages in Sachsen* (EvKV Sachsen) an, dass in Verfahren vor den kirchlichen Gerichten – und in förmlichen Disziplinarverfahren gegen Geistliche und Kirchenbeamte – mit Ausnahme der Lehrbeanstandungsverfahren die Amtsgerichte verpflichtet sind, Rechtshilfe zu leisten.⁷¹

22

⁶⁴ Vgl. Art. 14 Nr. 1 des preußischen Staatsgesetzes, betr. die Kirchenverfassungen der evangelischen Landeskirchen v. 8. 4. 1924 (GS S. 221; zur Weitergeltung vgl. Fn. 84), wonach die Verwaltungsgerichte und Disziplinarkammern der Kirchen berechtigt sind, Zeuginnen bzw. Zeugen und Sachverständige zu vereidigen.

⁶⁵ Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes v. 28. 5. 1958 zum EvKV Lippe (GVBl. NRW S. 205); Art. 24 Abs. 1 Nr. 1 EvKV SH; Art. 21 Abs. 1 Nr. 1 EvKV Hmb.

⁶⁶ Art. 28 Nr. 1 EvKV Berlin; Art. 24 Abs. 1 Nr. 1 EvKV LSA; Art. 25 EvKV Thür. Vgl. auch Art. 27 Abs. 1 S. 2 EvKV BW.

⁶⁷ Art. 12 Abs. 1 Nr. 1 EvKV Hessen nebst Schlussprot.; Art. 19 Abs. 1 Nr. 1 NdsKV i. V. m. Art. 13 EvKVerG Nds.; Art. 13 Abs. 1 Buchst. a EvKV RP nebst Schlussprot. und Schriftwechsel.

⁶⁸ Es handelt sich um die Abnahme eines Eides im staatl. Sinne, so dass auch die §§ 153 ff. StGB anwendbar sind.

⁶⁹ Vgl. z. B. Art. 19 Abs. 1 Nr. 2 NdsKV. Sachsen erkennt nur die Rechtshilfeverpflichtung der Amtsgerichte an, jedoch nicht das Vereidigungsrecht kirchlicher Gerichte oder Behörden (vgl. Art. 24 EvKV Sachsen).

⁷⁰ Vgl. etwa Art. 16 des preußischen Staatsgesetzes v. 8. 4. 1924 (o. Fn. 64). Keine ausdrückliche Ausklammerung der Lehrbeanstandungsverfahren enthält – soweit ersichtlich – nur der EvKV Berlin.

⁷¹ Vgl. dazu *Ehlers*, Vollstreckung kirchlicher Gerichtsentscheidungen (o. Fn. 3), S. 515.

23 Zu erwähnen ist ferner die singuläre Regelung des *Art. 9 Abs. 2 des Hessischen Kirchenvertrages* (EvKV Hessen). Sie bezieht sich auf das Recht der hessischen Landesregierung, gegen die Berufung einer Person in das Amt des leitenden Geistlichen einer Kirche in bestimmten Fällen politische Bedenken zu äußern (mit der Folge, dass die Kirche diese Person nicht berufen darf). Bei etwaigen Meinungsverschiedenheiten soll die Feststellung bestrittener Tatsachen auf Antrag einer von Staat und Kirche gemeinsam zu bestellenden Kommission übertragen werden, die zu Beweiserhebungen und Rechtshilfeersuchen nach den für Verwaltungsgerichte geltenden Vorschriften befugt ist. Dies bedeutet, dass die Kommission Rechtshilfeersuchen an die staatlichen Verwaltungsgerichte richten darf. Da das politische Beauftragungsrecht der Landesregierung wegen der damit verbundenen unzulässigen Einmischung in kirchliche Angelegenheiten einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht standhält,⁷² dürfte es dem Staat verboten sein, von dem in Art. 9 Abs. 2 EvKV Hessen vorgesehenen Verfahren Gebrauch zu machen.

24 Nach *Art. 27 Abs. 1 S. 1 des Evangelischen Kirchenvertrages Baden-Württemberg* (EvKV BW) sollen die Amtsgerichte über die zuvor genannten Regelungen hinausgehend schließlich nicht nur Rechts- sondern auch (Amts- und) Vollstreckungshilfe leisten.⁷³ Doch ist zweifelhaft, was darunter verstanden werden soll. Der nachfolgende Text der Bestimmung, wonach diese Gerichte berechtigt sind, Zeuginnen beziehungsweise Zeugen und Sachverständige zu vereidigen, spricht eher dafür, dass nur an diese Fallgestaltung gedacht ist (so dass sich die Normierung ungeachtet des Wortlautes von den erwähnten anderen staatskirchenrechtlichen Vorschriften nicht unterscheidet). Hierauf deutet auch die Bezugnahme des Art. 27 Abs. 5 EvKV BW auf die staatlichen Vorschriften über die Vollstreckungshilfe hin. Eine allgemeine staatliche Vollstreckungsklausel für ein inländisches Verfahren gibt es nicht.⁷⁴ Eine solche kann Art. 27 Abs. 1 EvKV BW auch deshalb nicht entnommen werden, weil in keiner Weise vorgezeichnet wird, wie die Vollstreckungshilfe geleistet werden soll. Dies aber würde der im Rechtsstaatsprinzip⁷⁵ wurzelnde und damit von

⁷² Str., vgl. Dirk Ehlers, Staatskirchenverträge, in: Rosemarie Will (Hg.), Die Privilegien der Kirchen und das Grundgesetz, 2011, S. 84 f.; ders., in: Sachs (o. Fn. 55), Art. 140 GG / 137 WRV, Rn. 9 m. w. N.

⁷³ Zur Rechtslage in Sachsen (Art. 24 EvKV Sachsen) vgl. Ehlers, Vollstreckung kirchlicher Gerichtsentscheidungen (o. Fn. 3), S. 515.

⁷⁴ Vgl. Hans-Jürgen Ahrens, in: Bernd Wieczorek / Rolf A. Schütze (Hg.), Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Bd. 6, 4. Aufl. 2014, § 363, Rn. 30.

⁷⁵ BVerfGE 7, 89 (92 f.); 20, 323 (331); 52, 131 (144 f.).

Verfassungen wegen vorgegebene Bestimmtheitsgrundsatz⁷⁶ voraussetzen. Somit ist auch für Baden-Württemberg davon auszugehen, dass die Verwaltungsgerichte und Disziplinarkammern der Kirchen zwar berechtigt sind, sich die Erkenntnismöglichkeiten des staatlichen Gerichts durch Vernehmung und Vereidigung von Zeugen und Sachverständigen zu Nutze zu machen, es damit aber auch sein Bewenden hat. Eine Vollstreckung bereits getroffener kirchenrechtlicher Entscheidungen würde im Übrigen nicht den Kirchengerichten geleistet (wie in Art. 27 Abs. 1 EvKV BW vorgesehen), sondern den Vollstreckungsgläubigern. Nach alledem sind die Kirchen, wenn sie beispielsweise kirchengerichtliche Kostenfestsetzungsbeschlüsse vollstrecken wollen, gezwungen, sich durch Klage oder gegebenenfalls durch Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes einen Vollstreckungstitel bei den staatlichen Gerichten zu besorgen und diesen nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften (mittels einer Vollstreckungsklausel und einer Zustellung) vollstrecken zu lassen.⁷⁷ Hierbei werden die kirchengerichtlichen Entscheidungen allerdings oftmals indizielle Wirkung (oder Tatbestandswirkung) entfalten.⁷⁸

II. Amtshilfebestimmungen

1. Ausdrückliche Amtshilferegelnungen

Vorschriften, die dem Staat eine ausdrücklich als Amtshilfe gekennzeichnete Unterstützungspflicht zugunsten der Kirche auferle-

25

⁷⁶ BVerfGE 57, 296 (327); 83, 130 (142); 102, 1 (34).

⁷⁷ BVerwGE 153, 282, Rn. 11 ff.; OVG NRW, in: ZevKR 48 (2003), S. 342 f. Näher zum Ganzen Ehlers, Vollstreckung kirchlicher Gerichtsentscheidungen (o. Fn. 3), S. 496 ff. Dirk Ehlers, Die Durchsetzung kirchenrechtlicher Ansprüche vor staatlichen Gerichten, in: ZevKR 61 (2016), S. 313 ff. Vgl. auch Dietrich W. Dehnen, Staatliche Vollstreckung und kirchliche Kostenfestsetzungsbeschlüsse, in: KuR 2002, S. 189 ff. Für ein aus Art. 35 GG sowie der staatl. Justizgewährungspflicht abgeleitetes Recht der Kirchen auf staatl. Rechts- oder Amtshilfe dagegen Christoph Thiele, in: Ricarda Dill/Stephan Reimers/Christoph Thiele (Hg.), Im Dienste der Sache, Liber amicorum für Joachim Gärtner, 2003, S. 673 ff.; Christoph Thiele, Anm., in: ZevKR 48 (2003), S. 344 ff.

⁷⁸ Vgl. auch BVerwGE 153, 282 ff., wonach die von den Kirchengerichten zuerkannten und festgesetzten Ansprüche (im konkreten Fall auf Erstattung der Kosten eines kirchengerichtlichen Verfahrens) von den staatl. Gerichten anzuerkennen sind, wenn sie nicht auf einer Verletzung der fundamentalen Verfassungsprinzipien des Art. 79 Abs. 3 GG, des Willkürverbots oder elementarer Verfassungsgarantien beruhen.

gen, finden sich im geltenden Recht nur vereinzelt.⁷⁹ Nach Art. 27 Abs. 2 EvKV BW können in Disziplinarverfahren auf Antrag des zuständigen Evangelischen Oberkirchenrats die unteren Verwaltungsbehörden durch das zuständige Ministerium verpflichtet werden, der zuständigen kirchlichen Behörde Amtshilfe zu leisten. Ähnlich bestimmt § 52 Abs. 1 des *Württembergischen Gesetzes über die Kirchen*⁸⁰, dass das Kultusministerium auf Antrag der Oberkirchenbehörde das Oberamt (heute Landratsamt) beauftragen kann, einzelne Beweise zu erheben, wenn zur Durchführung einer dienstlichen Untersuchung gegen einen Geistlichen oder kirchlichen Beamten die staatliche Mitwirkung erforderlich ist. Wie sich aus Absatz 2 der Bestimmung ergibt, schließt dies das Recht zur Vernehmung und Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen ein. Sieht man davon ab, dass staatlicher Adressat der Rechtssätze eine Verwaltungsbehörde und nicht ein Gericht ist, entspricht die Amtshilferegelung im Wesentlichen den oben erwähnten Rechtshilfebestimmungen. Ausdrücklich ausgeschlossen ist auch in Württemberg eine staatliche Mitwirkung in Untersuchungen wegen der Verletzung der Lehrverpflichtung.⁸¹

2. Vollstreckungshilferegelungen

26 Streittig ist, ob sich die Vollzugs- bzw. Vollstreckungshilfe des Staates als besondere Form der Amtshilfe oder als eigengeartetes Rechtsinstitut darstellt.⁸² Die Frage kann hier dahingestellt bleiben. Sofern man die Vollstreckungshilfe als *eigenes Institut* ansieht, finden jedenfalls die Grundsätze der Amtshilfe weithin entsprechend Anwendung,⁸³ so dass hier die Vollstreckungshilfe mit einbezogen werden muss. Im Staatskirchenrecht spielt die Vollstreckungshilfe bei der

⁷⁹ Teilweise wird eine uneinheitliche Terminologie verwendet. So bestimmt etwa Art. 23 Abs. 4 EvKV Berlin, dass Friedhofsgebühren auf Antrag des kirchlichen Friedhofsträgers in Amtshilfe durch die zust. staatl. Behörde eingezogen werden. Der Sache nach handelt es sich hierbei um eine Vollstreckungshilfe (in Gestalt der Amtshilfe).

⁸⁰ Gesetz vom 3. 3. 1924 (Regierungsblatt S. 93).

⁸¹ § 52 Abs. 1 S. 2 des Württembergischen Gesetzes über die Kirchen.

⁸² Vgl. zum Meinungsstand statt vieler *Schlink*, Amtshilfe (o. Fn. 7), S. 211 f.; *Schmitz*, in: Stelkens / Bonk / Sachs, VwVfG (o. Fn. 8), § 4, Rn. 18, 42.

⁸³ So ausdrücklich die Vollzugshilferegelungen der Polizeigesetze. Vgl. § 25 Abs. 2 S. 2 des Musterentwurfs eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder sowie zum geltenden Recht *Friedrich Schoch*, in: ders. (Hg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 16. Aufl. 2018, 1. Kap., Rn. 114 m. Fn. 357.

Vollstreckung von kirchlichen Disziplinarentscheidungen, von kirchlichen Gebühren und der Kirchensteuer eine Rolle.

a) Vollstreckung kirchlicher Disziplinarentscheidungen

Gemäß Art. 15 Abs. 1 des weiter geltenden⁸⁴ preußischen Staatsgesetzes, betreffend die Kirchenverfassung der evangelischen Landeskirchen, vom 8. 4. 1924⁸⁵ findet eine Vollstreckung kirchlicher Disziplinarentscheidungen staatlicherseits nur dann statt, wenn sie von der Staatsbehörde⁸⁶ für vollstreckbar erklärt werden.⁸⁷ Geldstrafen dürfen nur vollstreckt werden in der Höhe, wie sie bei den Staatsbeamten zulässig ist.⁸⁸ Zuständigkeit und Verfahren bestimmen sich nach den allgemeinen Vorschriften über die Verwaltungsvollstreckung. Ähnliche Regelungen enthalten Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes zum Lippischen Kirchenvertrag vom 6. 3. 1958 (EvKV Lippe) und § 51 des Württembergischen Gesetzes über die Kirchen.

27

b) Vollstreckung kirchlicher Gebühren

Komplizierter geraten sind die Bestimmungen, die sich auf die Beitreibung kirchlicher Gebühren beziehen. Für Baden-Württemberg bestimmt § 50 Abs. 1 des Württembergischen Gesetzes über die Kirchen, dass öffentlich-rechtliche Gebühren für bestimmte Amtshand-

28

⁸⁴ Vgl. Klaus Schlaich, in: Dieter Grimm/Hans-Jürgen Papier (Hg.), Nordrhein-Westfälisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1986, S. 704 (716); a. A. offenbar Jörg Müller-Volbehr, Das Staatskirchenrecht als Gegenstand der einfachen Gesetzgebung in Bund und Ländern, in: HSKR², Bd. 1, 1994, S. 289 (290 f. m. Fn. 4).

⁸⁵ Vgl. Fn. 64.

⁸⁶ Da Art. 14 des Staatsgesetzes ausdrücklich zw. Behörden und Gerichten differenziert, ist es nicht angängig, unter dem Begriff der „Staatsbehörde“ auch die staatl. Gerichte zu subsumieren.

⁸⁷ Offen bleibt, ob die Abgabe der Vollstreckbarkeitserklärung im Ermessen des Staates steht. Da Anhaltspunkte für eine weitergehende Bindung (Verpflichtung zu Abgabe der Erklärung) fehlen, ist die Frage zu bejahen. Hierfür sprechen auch verfassungsrechtliche Gründe, weil die Grundrechte einer Vollstreckungshilfe entgegensehen können (vgl. allgemein dazu D. II). Kann eine Vollstreckungshilfe der staatl. Verwaltungsbehörde nicht erlangt werden, bleibt es den Kirchen unbenommen, den Rechtsschutz der staatl. Gerichte in Anspruch zu nehmen.

⁸⁸ Art. 15 Abs. 2 des Gesetzes.

lungen der Kirchen nach den gesetzlichen Vorschriften über öffentlich-rechtliche Ansprüche geltend gemacht und vollstreckt werden. Ob die Bestimmung den Staat zu einer Vollstreckungshilfe verpflichtet, ist zweifelhaft. So regeln die §§ 51 ff. des *Württembergischen Gesetzes über die Kirchen* in minutiöser Weise die staatlichen Hilfeleistungen (einschließlich der Zuständigkeit), während § 50 Abs. 1 des *Württembergischen Gesetzes über die Kirchen* den Staat jedenfalls nicht ausdrücklich anspricht. Auch schreibt § 51 Abs. 2 des *Württembergischen Gesetzes über die Kirchen* für einen ähnlichen Fall nur eine entsprechende Anwendung der staatlichen Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung vor. Schließlich wäre es befremdlich, wenn bereits die Geltendmachung der Gebühren dem Staat obliegen sollte. Jedenfalls darf der Staat nur solche Gebühren und Forderungen der Kirchen durchsetzen, die entstanden sind. Dies festzulegen ist Sache des Kirchenrechts. Ferner bedürfte es zumindest eines Antrags der Kirchen. Geht man deshalb davon aus, dass § 50 Abs. 1 des *Württembergischen Gesetzes über die Kirchen* nur die kirchlichen (und nicht zwangsläufig die staatlichen) Behörden zu einer Geltendmachung und Vollstreckung kirchlicher Gebühren nach den Vorschriften über öffentlich-rechtliche Ansprüche ermächtigt, dürfte sich der Vorschrift aber gleichwohl im Wege der Auslegung entnehmen lassen, dass eine freiwillige Amts- oder Vollstreckungshilfe des Staates zugunsten der Kirchen als zulässig angesehen wird, wenn die kirchlichen Behörden nicht über die für die Durchführung einer Vollstreckung notwendigen tatsächlichen Mittel verfügen.⁸⁹

- 29 Generalklauselartig formuliert ist die Vollstreckungshilfe in Art. 27 Abs. 3 des *Vertrages des Landes Baden-Württemberg mit der Evangelischen Landeskirche in Baden und der Evangelischen Landeskirche in Württemberg* (EvKV BW), Art. 11 Abs. 2 des *Vertrages zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg und der Nordelbischen Evangelisch-Lutherischen Kirche* (EvKV Hmb.), und Art. 13 Abs. 3 des *Vertrages des Landes Niedersachsen mit den evangelischen Landeskirchen in Niedersachsen* (NdsKV). Nach diesen Vorschriften wird die Vollstreckung der kirchlichen Gebühren (in Hamburg der rückständigen Gebühren) auf Antrag der Kirchen den Landesbehörden (oder gegebenenfalls bei Zustimmung den Kommunen) übertragen. Vorausgesetzt wird hierbei, dass eine Verwaltungsvollstreckung zulässig ist. In

⁸⁹ Haben die Kirchen Eingriffsbefugnisse (auch im Hinblick auf eine eigene Vollstreckung), sind geringere Anforderungen an die gesetzliche Zulassung staatl. Hilfeleistungen zu stellen als in den Fällen erstmaliger Machtentfaltung durch den Staat.

Hamburg hat die kirchliche Körperschaft, zu deren Gunsten vollstreckt wird, der Stadt die Kosten der Verwaltungsvollstreckung zu erstatten, die durch Zahlung des oder der Pflichtigen nicht gedeckt sind.

Soweit im Übrigen einschlägige Regelungen des Staatskirchenrechts bestehen, betreffen sie nur die *Friedhofsgebühren*.⁹⁰ Eine diesbezügliche Vollstreckungshilfe des Staates gibt es in den ehemals preußischen Gebieten, in denen das preußische Staatsgesetz vom 8.4.1924, betreffend die Kirchenverfassung der evangelischen Landeskirchen, weiter gilt⁹¹, ferner – jedenfalls – in Berlin⁹², Brandenburg⁹³, Niedersachsen⁹⁴, Rheinland-Pfalz⁹⁵, Sachsen⁹⁶, Sachsen-Anhalt⁹⁷, Schleswig-Holstein⁹⁸ und Thüringen⁹⁹. 30

Im Einzelnen sind die Vorschriften *unterschiedlich* gefasst worden. So bedürfen die Gebührenordnungen in Berlin, Brandenburg und Schleswig-Holstein keiner staatlichen Genehmigung, während in anderen Ländern wie in Rheinland-Pfalz¹⁰⁰, Sachsen-Anhalt¹⁰¹ und Thüringen¹⁰² eine solche *Genehmigung* vorgeschrieben ist. Unklar bleibt der Genehmigungsmaßstab. Da die Festlegung der Entgelte für die Nutzung kirchlicher Einrichtungen eine eigene Angelegenheit der Kirchen ist und sich das staatliche Genehmigungserfordernis nur unter dem Gesichtspunkt der Missbrauchskontrolle (eines an sich dem Staat vorbehaltenen öffentlich-rechtlichen Handelns) rechtfertigen lässt, kann es sich nur um eine Rechts- und nicht um eine Zweckmäßigkeitsskontrolle handeln. Zu prüfen ist, ob zwingendes 31

⁹⁰ Zur Unterscheidung von Gebühren für die Benutzung und Unterhaltung der Friedhofsanlagen im Gegensatz zu den – nicht erfassten – Gebühren für die kirchlichen Beisetzungsfeierlichkeiten, kirchlichen Amtshandlungen und Fremdleistungen anderer Unternehmen vgl. Schlussprot. zu Art. 22 Abs. 3 EvKV Sachsen.

⁹¹ Vgl. Art. 6 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 Nr. 3 des Gesetzes v. 8.4.1924 (o. Fn. 64).

⁹² Art. 23 Abs. 4 EvKV Berlin.

⁹³ Art. 20 Abs. 4 EvKV Bbg.

⁹⁴ § 17 Bestattungsgesetz Nds.

⁹⁵ Art. 27 Abs. 4 EvKV RP.

⁹⁶ Art. 22 Abs. 3 EvKV Sachsen; Schlussprot. zu Art. 18 Abs. 2 KathKV Sachsen.

⁹⁷ Art. 21 Abs. 2 EvKV LSA; Schlussprot. zu Art. 16 KathKV LSA.

⁹⁸ Art. 22 Abs. 3 EvKV SH; Art. 15 Abs. 3 KathKV SH.

⁹⁹ Art. 22 Abs. 3 EvKV Thür.; Art. 17 Abs. 3 KathKV Thür.

¹⁰⁰ Art. 27 Abs. 3 EvKV RP.

¹⁰¹ Art. 21 Abs. 2 S. 1 EvKV LSA.

¹⁰² Art. 22 Abs. 3 S. 1 EvKV Thür.

staatliches Recht eingehalten wurde. Die Bemessungsmaßstäbe sind einerseits den §§ 315, 242 BGB, andererseits denjenigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu entnehmen, die nicht allein auf die Disziplinierung der Staatsgewalt zugeschnitten sind, sondern als *ordre public* (allgemeine Rechtsgedanken) für den Fall einseitig verbindlicher Anordnungsbefugnisse anzusehen sind.¹⁰³ Unterschiedlich geregelt worden ist auch insoweit die Kostenbeteiligung der Kirchen. Zumeist wurde eine solche Beteiligung nicht vorgesehen.¹⁰⁴

c) Vollstreckung der Kirchensteuern

- 32** Die Verwaltung der Kirchensteuer ist an sich eine Angelegenheit der Kirche. Um eine effektive Erhebung der Steuer zu sichern und den Verwaltungsaufwand zu minimieren, bieten indessen die Kirchensteuergesetze und Staatskirchenverträge den Kirchen die Verwaltung der Kirchensteuer durch die *staatlichen Finanzämter* an.¹⁰⁵ Von wenigen Ausnahmen abgesehen¹⁰⁶, haben die Kirchen dieses Angebot angenommen. Da die verfassungsrechtlich nicht garantierte¹⁰⁷, aber als zulässig angesehene¹⁰⁸ Unterstützung des Staates nicht auf eine Einzelfallhilfe, sondern auf Dauer angelegt ist, kann von einer Vollstreckungs- oder gar Amtshilfe im üblichen Sinne nicht mehr gesprochen werden. Dementsprechend regeln die Gesetze und Staatskirchenverträge nur die Vollstreckung der von den Finanzämtern verwalteten Kirchensteuern (nicht die Vollstreckungshilfe).¹⁰⁹ Wird

¹⁰³ Vgl. Ehlers, in: Sachs, GG (o. Fn. 55), Art. 140 GG / 137 WRV, Rn. 27.

¹⁰⁴ Anders z.B. Art. 20 Abs. 4 S. 2 EvKV Bbg.

¹⁰⁵ Näher dazu *Felix Hammer*, → § 72, Rn. 25. Vgl. auch *Stefan Lorenz*, in: Dieter Birk / Dirk Ehlers (Hg.), Aktuelle Rechtsfragen der Kirchensteuer, 2012, S. 127 ff.

¹⁰⁶ Vgl. z.B. Art. 17 KiStG Bay.

¹⁰⁷ Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 55), Art. 140 GG / 137 WRV, Rn. 36.

¹⁰⁸ Vgl. BVerfGE 19, 226 (240); 44, 103 (104); BVerfG (K), in: NVwZ 2001, S. 909. Zur Vereinbarkeit mit der Europäischen Menschenrechtskonvention vgl. EGMR, Beschwerde Nr. 12884/03, 17.2.2011 – Wasmuth; krit. *Johannes Wasmuth*, in: Birk / Ehlers, Aktuelle Rechtsfragen (o. Fn. 105), S. 91 ff.

¹⁰⁹ Vgl. z.B. Art. 15 Abs. 4 EvKV Bbg.; Art. 14 Abs. 1 EvKV Hmb.; Art. 16 Abs. 3 KathKV Hmb.; Art. 17 Abs. 6 EvKV MV; Art. 18 Abs. 6 KathKV MV; Art. 17 Abs. 4 EvKV Sachsen; Schlussprot. zu Art. 22 KathKV Sachsen zu den Einzelheiten der Zusammenarbeit von Staat und Kirche. Bspw. werden die Landesfinanzbehörden verpflichtet, den Kirchen im Rahmen des geltenden Rechts die erforderlichen Auskünfte zu geben, wobei die zust. Stelle das Steuergeheimnis zu wahren hat. Vgl. z.B. Art. 23 Abs. 3 EvKV BW.

die Kirchensteuer noch von den Kirchen verwaltet, haben die Kirchen das Recht, die Steuer durch die Finanzämter oder kommunalen Behörden vollstrecken zu lassen.¹¹⁰

III. Der Befugnischarakter der Rechts- und Amtshilfevorschriften

Die speziellen Rechts- und Amtshilfevorschriften des Staatskirchenrechts unterscheiden sich grundsätzlich von den Bestimmungen der §§ 4 ff. VwVfG. Während diese der ersuchten Behörde keine Befugnisse vermitteln¹¹¹, regeln jene nicht nur die Rechte und Pflichten zwischen Staat und Kirche, sondern zugleich auch die Staat-Bürger-Beziehungen. Sie geben dem Staat die Rechtsmacht, auch in Grundrechte der Bürger einzugreifen. So beeinträchtigen staatliche Vollstreckungsakte die Grundrechte. Es wäre sinnlos, den Staat zu einer Vollstreckungshilfe zu verpflichten, ihm aber die dazu benötigten Mittel vorzuenthalten. Die einschlägigen Bestimmungen müssen daher als *Befugnisnormen* verstanden werden. Soweit die Rechts- und Amtshilfe in Staatskirchenverträgen geregelt worden ist, ergibt sich die Bürgerverbindlichkeit aus dem Umstand, dass die staatlichen Parlamente den Vertragsbestimmungen durch staatliches Parlamentsgesetz zugestimmt haben.¹¹²

Unter Umständen müssen die Befugnisnormen aus verfassungsrechtlichen Gründen *einengend interpretiert* werden. Das Problem stellt sich etwa im Falle der Rechtshilfe. Ersucht ein Kirchengericht das staatliche Amtsgericht auf der Grundlage der oben erwähnten Vorschriften darum, Zeugen und Sachverständige im Wege der Rechtshilfe zu vernehmen und zu vereidigen, ist das Amtsgericht nach dem Wortlaut der Bestimmungen berechtigt und verpflichtet, alle benannten Personen zu laden und gegen nicht erschienene oder nicht aussagebereite Personen die ihm zur Verfügung stehenden

¹¹⁰ Vgl. etwa § 10 KiStG NRW.

¹¹¹ Vgl. *Schlink*, Amtshilfe (o. Fn. 7), S. 155 f.; *ders.*, Datenschutz (o. Fn. 23), S. 251. Vgl. auch *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (o. Fn. 9), Art. 35, Rn. 2. Unklar BVerfGE 27, 344 (352), das einerseits die Amts- und Rechtshilfe als formell bezeichnet, andererseits einen Grundrechtseingriff am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsprinzips prüft, statt vorrangig nach der Ermächtigungsgrundlage zu fragen.

¹¹² Zur Notwendigkeit vgl. *Bernd Jeand'Heur/Stefan Koriath* (Hg.), Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, Rn. 273; *Dirk Ehlers*, Problemstellung des Vertragsstaatskirchenrechts, in: ZevKR 46 (2001), S. 286 (297 f.); *Kästner*, in: BK (o. Fn. 53), Art. 140, Rn. 92 (2010).

Zwangsmittel zu verhängen: also ein Ordnungsgeld festzusetzen respektive die Vorführung oder Haft anzuordnen.¹¹³ Ein solches Verfahren kann jedoch die durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG sowie Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 4 WRV geschützte negative Religionsfreiheit tangieren. Zwar gelten die genannten Grundrechte nicht absolut, sondern finden ihre Grenzen zumindest in den kollidierenden Grundrechten Dritter und anderer mit Verfassungsrang ausgestatteten „Rechtswerten“.¹¹⁴ Zu solchen Rechtswerten gehören auch das Selbstbestimmungsrecht und die Körperschaftsrechte der Kirche. Es ist aber schon zweifelhaft, ob dies auch auf den speziellen Rechtssatz des Art. 136 Abs. 4 WRV zutrifft. Jedenfalls dürfte auch bei Abwägung der verschiedenen Rechtsgüter die Ausübung staatlichen Zwangs im Wege der staatlichen Rechtshilfe zugunsten der Kirchengerichte unzulässig sein – unabhängig davon, ob der Zwang Kirchenmitglieder oder Nichtmitglieder betrifft. Dementsprechend müssen die Befugnisnormen in solchen Fällen teleologisch reduziert werden.¹¹⁵

IV. Die Durchführung und Kosten der Rechts- und Amtshilfe

- 35 Die Durchführung der Rechts- und Amtshilfe richtet sich zunächst nach den *Spezialregelungen*. Sehen diese etwa vor, dass nur staatlich genehmigte Kirchengebühren vom Staat zu vollstrecken sind, darf eine Vollstreckungshilfe ohne vorherige staatliche Genehmigung nicht geleistet werden. Fehlt es an einschlägigen Durchführungsbestimmungen, wird man den in § 7 der *Verwaltungsverfahrensgesetze* positivierten allgemeinen Rechtsgedanken auch im Staatskirchenrecht zur Anwendung kommen lassen müssen. Dies bedeutet, dass

¹¹³ Vgl. auch Axel Frhr. v. Campenhausen, Münchener Gutachten, 1983, S. 132. Ob die Amtsgerichte hierbei die Vorschriften der Zivilprozessordnung oder der Strafprozessordnung anzuwenden haben, kann dahinstehen, weil sich die in Betracht kommenden Vorschriften entsprechen (vgl. einerseits die §§ 380, 390, 409 ZPO, andererseits die §§ 51, 70, 77 StPO – jeweils i.V.m. Art. 5 ff. Einführungsgesetz zum StGB).

¹¹⁴ Vgl. BVerfGE 28, 243 (260 f.); 41, 29 (50 f.); 41, 88 (107); 44, 37 (94 f., 53); 52, 223 (247); 91, 1 (21); 108, 282 (297).

¹¹⁵ Weitergehend Klaus Obermayer, in: Rudolf Dolzer/Klaus Vogel (Hg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Losebl., Art. 140 GG, Rn. 95 (Zweitbearbeitung 1971), der alle Vertragsbestimmungen für verfassungswidrig hält, welche die kirchlichen Disziplinarbehörden ermächtigen, Zeugen und Sachverständige zu vereidigen sowie die Rechtshilfe staatl. Gerichte in Anspruch zu nehmen.

sich die Zulässigkeit der Maßnahmen, die durch die Rechts- oder Amtshilfe verwirklicht werden sollen, nach dem für die ersuchende Stelle geltenden Recht richtet, während sich die Durchführung der Maßnahme nach dem für die ersuchte Stelle geltenden Recht bestimmt. Haben etwa die staatlichen Gerichte Rechtshilfe zu leisten, dürfen sie nicht nachprüfen, ob das Rechtshilfeersuchen im Einklang mit dem Kirchenrecht steht und zweckmäßig ist. Wohl aber befinden sie allein und eigenverantwortlich zum Beispiel darüber, ob sie für die Vornahme der Handlung örtlich zuständig sind oder ob ein Zeugnisverweigerungsrecht nach staatlichem Recht besteht. Die ersuchte Stelle darf nicht Hilfe leisten, wenn sie hierzu aus rechtlichen Gründen nicht in der Lage ist.¹¹⁶ Der Rechtsschutz richtet sich nach Art dieser Kompetenzverteilung.

Sinngemäß anwendbar dürfte im Staatskirchenrecht auch die Bestimmung des § 5 Abs. 3 Nr. 1 VwVfG sein. Kommen mehrere staatliche Stellen für die Hilfe in Betracht, braucht die ersuchte Stelle keine Hilfe zu leisten, wenn eine andere Stelle die Hilfe wesentlich einfacher oder mit wesentlich geringerem Aufwand leisten kann. Dagegen ist für eine entsprechende Heranziehung des § 5 Abs. 3 Nr. 2 und 3 VwVfG regelmäßig kein Raum. Ist die Rechts- oder Amtshilfe spezialgesetzlich angeordnet worden, darf die ersuchte Stelle ihre Hilfe nicht deshalb verweigern, weil sie diese nur mit unverhältnismäßig großem Aufwand leisten könnte oder die Hilfeleistung die Erfüllung ihrer eigenen Aufgaben ernstlich gefährden würde.

Über die *Kosten* der Rechts- oder Amtshilfe gibt es nur vereinzelte Regelungen.¹¹⁷ Äußern sich die Gesetze und Staatskirchenverträge nicht zur Kostenfrage, heißt dies noch nicht zwangsläufig, dass die Rechts- und Amtshilfe kostenlos ist. Vielmehr könnten die Regeln des § 8 VwVfG entsprechend heranzuziehen sein. Die Vorschrift gibt einen allgemeinen Rechtsgedanken wieder,¹¹⁸ der unter Umständen über den innerstaatlichen Bereich hinaus ebenfalls im Staatskirchen-Verhältnis Geltung beansprucht. Ob dies der Fall ist, hängt vom Sinngehalt der jeweiligen Regelung über die Rechts- oder Amtshilfe ab. Im Zweifelsfall ist davon auszugehen, dass der Staat keine Kosten erheben darf.

¹¹⁶ Vgl. auch § 5 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG.

¹¹⁷ Vgl. die Ausführungen zu C. II. 2. b.

¹¹⁸ Krit. zur Kostenregelung des § 8 VwVfG aber Wessel, Amtshilfe (o. Fn. 9), S. 178 ff., bes. S. 182 f.

D. Der Anspruch auf sowie die Verpflichtung oder Berechtigung zur Leistung von Rechts- oder Amtshilfe in den nicht geregelten Fällen

I. Der Anspruch auf Rechts- und Amtshilfe

38 Nach heute kaum mehr bestrittener Auffassung ist der Staat zur *positiven Kultur- und Religionspflege* berechtigt und unter Umständen auch verpflichtet, sofern niemand aus religiösen Gründen bevorzugt oder benachteiligt wird.¹¹⁹ So gebieten die Grundrechtsbestimmungen dem Staat nicht nur, ungerechtfertigte Grundrechtseingriffe zu beseitigen, sie übertragen ihm auch die Aufgabe, notfalls die Voraussetzungen für die Realisierung der Grundrechte in der Rechtswirklichkeit zu schaffen.¹²⁰ Freiheit bedeutet heute nicht mehr allein Freiheit vom Staat, sondern auch Freiheit im Staat und durch den Staat.¹²¹ Dies muss in gleicher Weise für den religiösen Bereich gelten. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verpflichten den Staat auch in positivem Sinn, den Raum für die aktive Betätigung der Glaubensfreiheit und die Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit auf weltanschaulich-religiösem Gebiet zu sichern.¹²² Demgemäß hat man nicht zu Unrecht von einer „Sinnverantwortung“¹²³ des Staats und einer staatlichen Verantwortung für die „geistliche Daseinsvorsorge“¹²⁴ gesprochen. Zudem dürfte sich aus dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften und aus dem Körperschaftsstatus ein Gebot kirchenfreundlichen Verhaltens¹²⁵ bzw. der Rücksichtnahme auf die Kirchen¹²⁶ herleiten lassen. Gleichwohl ergibt sich aus solchen Ma-

¹¹⁹ Vgl. z.B. v. Campenhausen / de Wall, Staatskirchenrecht (o. Fn. 19), S. 66; Ehlers, in: Sachs (o. Fn. 55), Art. 140 GG, Rn. 9, Art. 140 GG / 137 WRV, Rn. 2; Martin Morlok, in: Dreier, GG (o. Fn. 13), Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 4, Rn. 165 ff.; näher dazu Ute Mager, → § 68. Gegen Förderungspflichten des Staates Hermann Weber, Gelöste und ungelöste Probleme des Staatskirchenrechts, in: NJW 1983, S. 2541 (2544).

¹²⁰ Vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 290 ff.

¹²¹ Martin Heckel, Zur Zukunftsfähigkeit des deutschen „Staatskirchenrechts“ oder „Religionsverfassungsrechts“?, in: AöR 134 (2009), S. 309 (360).

¹²² BVerfGE 41, 29 (49); 93, 1 (16); 108, 282 (300).

¹²³ Klaus Obermayer, Staat und Religion, 1977, S. 16 ff.

¹²⁴ Paul Mikat, Zur rechtlichen Bedeutung religiöser Interessen (1973), in: Josef Listl (Hg.), Religionsrechtliche Schriften. Abhandlungen zum Staatskirchenrecht und Eherecht, 1. Hbd., 1974, S. 303 (316 f.).

¹²⁵ Vgl. Meyer-Teschendorf, Weitergabe (o. Fn. 22), S. 43 ff.

¹²⁶ Ehlers, Gemeinsame Angelegenheiten (o. Fn. 18), S. 183.

ximen *kein Anspruch* der Kirchen auf eine bestimmte Rechts- oder Amtshilfe.¹²⁷ Abgesehen davon, dass auch Bürger keinen Anspruch auf Amtshilfeleistungen haben¹²⁸, kommt den staatlichen Organen zum einen ein weiter Einschätzungsspielraum hinsichtlich der Frage zu, ob eine Förderungsnotwendigkeit gegeben ist und welche Maßnahmen zu treffen sind. Zum anderen hätte eine Förderpflicht der hier abgeleiteten Art nur objektiv-rechtlichen Charakter, würde also jedenfalls, wenn es sich nicht um Schutzpflichten (i. S. eines Schutzes vor rechtswidrigen Eingriffen Dritter¹²⁹) geht, gerade nicht mit einem subjektiven Recht der Kirchen korrespondieren.¹³⁰

Im Schrifttum wird die Ansicht vertreten, dass den Kirchen aber dann ein *Anspruch* auf Amtshilfe des Staates zugestanden werden müsse, wenn der Staat den Kirchen Hoheitsbefugnisse zur Erfüllung eigener nicht-staatlicher Zwecke übertragen habe.¹³¹ Es erscheine widersprüchlich, wenn der Staat bestimmte Aufgaben und Ziele (der Kirchen) durch Verleihung von Hoheitsgewalt privilegiere, aber dennoch davon absehe, die Ausübung dieser Hoheitsgewalt durch die Kirchen mit der ergänzenden Amtshilfe zu unterstützen.¹³² Bei Zugrundelegung dieser Auffassung hat die Kirche beispielsweise bei der Erhebung der Kirchensteuer auch dann ein Recht auf Amts- oder Vollstreckungshilfe des Staates, wenn eine solche Hilfe gesetzlich oder staatskirchenvertraglich nicht vorgesehen ist.

Diese Auffassung geht indessen in mehrfacher Hinsicht *zu weit*. Zunächst kann ein Rechts- oder Amtshilfeanspruch der Kirche im Falle des Fehlens ausdrücklicher Regelungen erst in Betracht gezogen werden, wenn die öffentlich-rechtliche Wahrnehmung der kirchlichen Befugnisse sonst unzumutbar erschwert oder verhindert werden würde, die Kirche also in besonderem Maße auf die Amtshilfe des Staates angewiesen ist. Vor allem aber setzt ein Anspruch auf Amts-

¹²⁷ I. E. ebenso *Meyer-Teschendorf*, Weitergabe (o. Fn. 22), S. 43; *Hoeren*, Kirchen und Datenschutz (o. Fn. 22), S. 91 f.

¹²⁸ BVerwGE 127, 1, Rn. 94; *Pieroth*, in: Jarass / Pieroth (o. Fn. 9), Art. 35, Rn. 2.

¹²⁹ Vgl. dazu *Dreier*, in: ders., GG (o. Fn. 13), Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vorb. vor Art. 1, Rn. 101 ff.

¹³⁰ Zur Unzulässigkeit einer Umpolung der Grundrechte von Abwehrrechten in originäre Teilhaberrechte vgl. *Hesse*, Verfassungsrecht (o. Fn. 120), Rn. 289.

¹³¹ *Meyer-Teschendorf*, Weitergabe (o. Fn. 22), S. 29, 57. Ähnlich *Rüfner*, Rechts- und Amtshilfe (o. Fn. 34), S. 843, der allerdings nur von einer Pflicht des Staates zur Rechts- und Amtshilfe spricht.

¹³² *Rüfner*, ebd., S. 843.

oder Vollstreckungshilfe voraus, dass der Staat berechtigt ist, eine solche Hilfe zu leisten. Soll der Staat eine Maßnahme treffen, die in *Grundrechte* eingreift und liegt eine wirksame Einwilligung des Grundrechtsinhabers nicht vor, bedarf der Eingriff nach dem Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Fehlt diese, darf der Staat nicht unterstützend zugunsten der Kirchen tätig werden.¹³³

41 Deshalb ist es dem Staat zum Beispiel verboten, in den gesetzlich nicht geregelten Fällen ohne Einwilligung der Grundrechtsinhaber *personenbezogene Daten* zu übermitteln.¹³⁴ Eine solche Übermittlung würde das durch Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte informationelle Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen verletzen.¹³⁵ Aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 6 WRV ergibt sich zwar eine Verpflichtung des Staates zur Informationshilfe. Da die bürgerlichen Steuerlisten seit langem weggefallen sind, muss der Staat andere Unterlagen und Informationen bereitstellen,¹³⁶ die zur Realisierung des Besteuerungsrechts benötigt werden.¹³⁷ Der Informationspflicht des Staates entspricht auch ein subjektives Recht der Kirche. Verpflichtungsadressat ist jedoch nur der Gesetzgeber,¹³⁸ der dieser Pflicht in den Kirchensteuergesetzen, den Zustimmungsgesetzen zu den Staatskirchenverträgen sowie den Meldegesetzen nachgekommen ist. Für eine gesetzlich nicht geregelte Übermittlung personenbezogener Daten bleibt somit kein Raum. Nach alledem wird sich ein subjektives Recht der Kirche auf staatliche Rechts- oder Amtshilfe jenseits der gesetzlichen und staatskirchenvertraglichen Bestimmungen nur in sehr seltenen Ausnahmefällen begründen lassen.

42 Für die umgekehrte Konstellation einer kirchlichen *Rechts- oder Amtshilfe zugunsten des Staates* gelten noch strengere Maßstäbe. Zwar sind die Kirchen nicht an die Grundrechte gebunden. Ohne gesetzliche oder vertragliche Grundlage hat der Staat aber keinen

¹³³ Wie hier *Bernhard Schlink*, Staat und Kirche, Amtshilfe. II. Amtshilfe zwischen Staat und Kirche, in: *EvStL*³, 1987, Bd. I, Sp. 56.

¹³⁴ Zur Geltung des Gesetzesvorbehalts vgl. *Dieter Lehner*, Der Vorbehalt des Gesetzes für die Übermittlung von Informationen im Wege der Amtshilfe, 1996.

¹³⁵ Vgl. BVerfGE 65, 1 (38 ff.); 130, 1 (35).

¹³⁶ Vgl. *Ehlers*, in: *Sachs* (o. Fn. 55), Art. 140 GG/137 WRV, Rn. 32.

¹³⁷ Zu Recht spricht *Schatzschneider*, Legitimation (o. Fn. 22), S. 2555, davon, dass ohne eine solche Datenhilfe das Recht der Steuererhebung zu einem *nudum jus* reduziert wird.

¹³⁸ Bereits der Wortlaut des Art. 137 Abs. 6 WRV stellt auf das Recht der Steuererhebung „nach Maßgabe der landesrechtlichen Bestimmungen“ ab.

Anspruch auf die Hilfe anderer. Demgemäß kann auch ein Rechnungshof oder parlamentarischer Untersuchungsausschuss¹³⁹ die Kirche nicht unter Hinweis auf den Amtshilfegedanken zur Herausgabe von Akten zwingen.

II. Die Verpflichtung oder Berechtigung zur Leistung von Rechts- oder Amtshilfe

Besteht kein Anspruch auf Rechts- und Amtshilfe, schließt dies eine objektivrechtliche Verpflichtung zur Hilfeleistung noch nicht aus. Auch können Staat und Kirche zur freiwilligen Hilfe berechtigt sein. Doch müssen in jedem Falle die zuvor genannten Restriktionen beachtet werden. Insbesondere steht die *Grundrechtsbindung* vielfach einer „gesetzesfreien“ staatlichen Rechts- und Amtshilfe entgegen. So darf der Staat in den gesetzlich nicht geregelten Fällen zum Beispiel nicht gegen den Willen der Betroffenen Zeugen vernehmen, Ehescheidungsunterlagen übersenden, Einsicht in personenbezogene Akten gewähren oder Friedhofsgebühren vollstrecken. Auch wenn die erbetene Hilfe des Staates grundrechtsneutral ist, wird eine Pflicht des Staates zur Hilfestellung aus den erwähnten Gründen nur selten angenommen werden können. Wohl aber ist der Staat wegen der Entbehrlichkeit einer ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage in derartigen Situationen berechtigt, die Arbeit der Kirchen zu unterstützen (z.B. durch die Zurverfügungstellung von Räumen). Da die Kirchen nicht der Grundrechtsbindung unterliegen, ist eine freiwillige Hilfe der Kirchen für den Staat aus staatskirchenrechtlicher Sicht unbedenklich. Ob die Kirche eine solche Unterstützung mit ihrem Auftrag vereinbaren kann, entscheidet sie selbst.

43

E. Die Rechts- und Amtshilfe innerhalb der Kirche und zwischen den Kirchen

Neben der Rechts- und Amtshilfe zwischen Staat und Kirche gibt es jedenfalls in der *Katholischen* und *Evangelischen Kirche* auch eine innerkirchliche Rechts- und Amtshilfe sowie eine solche zwischen – den öffentlich-rechtlich organisierten – Diözesen und Landeskirchen.

44

¹³⁹ Vgl. auch *Christoph Link / Heinrich de Wall*, Parlamentarisches Untersuchungsrecht und Kirchenrecht, in: JZ 1992, S. 1152 (1156 f.).

I. Katholische Kirche

45 Für den Bereich der Katholischen Kirche bestimmt c. 1418 CIC, dass jedes Gericht das Recht hat, ein anderes Gericht um Rechtshilfe zur Prozessdurchführung und zur Mitteilung von gerichtlichen Akten zu ersuchen. Dies schließt etwa die Vernehmung von Parteien und Zeugen sowie die Zustellung gerichtlicher Entscheidungen ein. Auch ein untergeordnetes Gericht dürfte ein übergeordnetes um Rechtshilfe ersuchen dürfen. Nicht zulässig ist die Übertragung der richterlichen Entscheidungsvollmacht.¹⁴⁰ Vorschriften über die Amtshilfe gibt es im Codex Iuris Canonici nicht. Gleichwohl wird die Amtshilfe als ein „selbstverständlicher Ausdruck der kirchlichen Einheit“¹⁴¹ verstanden und auch praktiziert. Die für alle geltenden datenschutzrechtlichen Anforderungen des staatlichen Rechts für den gesellschaftlichen Raum müssen auch insoweit beachtet werden. Weitere Vorschriften finden sich auf der Ebene der Ortskirchen. So bestimmt § 13 der von der Deutschen Bischofskonferenz erlassenen *Kirchlichen Arbeitsgerichtsordnung* (KAGO)¹⁴², dass sich die kirchlichen Gerichte für Arbeitssachen einander Rechtshilfe leisten, wobei die Vorschriften des staatlichen Gerichtsverfassungsgesetzes über Rechtshilfe entsprechende Anwendung finden. Ferner sind alle kirchlichen Dienststellen und Einrichtungen den kirchlichen Gerichten für Arbeitssachen auf Anforderung zur Amtshilfe verpflichtet. § 53 KAGO regelt die Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidung. Unter anderem kann das Gericht den kirchlichen Vorgesetzten um Vollstreckungshilfe ersuchen (§ 53 Abs. 2 KAGO) und das Gericht auf Antrag gegen einen säumigen Beteiligten eine Geldbuße bis zu 2500 Euro verhängen und anordnen (§ 53 Abs. 3 KAGO). Die Vollstreckung der Geldforderung setzt jedoch voraus, dass sich die Diözese einen Titel bei einem staatlichen Gericht verschafft. Mangels einer Anspruchsgrundlage dürfte die innerkirchliche Rechts- und Amtshilfe kostenlos sein.

¹⁴⁰ Vgl. zum Ganzen Winfried Aymans / Klaus Mörsdorf / Ludger Müller (Hg.), Kanonisches Recht. Lehrbuch aufgrund des Codex Iuris Canonici, Bd. IV, 2013, S. 293 f.

¹⁴¹ Rüfner, Rechts- und Amtshilfe (o. Fn. 34), S. 840.

¹⁴² In der Fassung des Beschlusses der Vollversammlung der Deutschen Bischofskonferenz vom 25.2.2010, KABl. der Diözese Rottenburg-Stuttgart 2010 S. 202.

II. Evangelische Kirche

Ergiebiger ist die Rechtsquellenlage der Evangelischen Kirche. Dies trifft vor allem auf das Recht der Evangelischen Kirche in Deutschland und der gliedkirchlichen Zusammenschlüsse zu, weil insoweit eine die Landeskirchen übergreifende Rechts- und Amtshilfe geboten ist. Ausführliche Regelungen enthält § 8 des Kirchengerichtsgesetzes der *Evangelischen Kirche in Deutschland* vom 6.11.2003¹⁴³, wonach die Kirchengerichte, die Dienststellen der Evangelischen Kirche in Deutschland, ihrer Gliedkirchen und deren gliedkirchlichen Zusammenschlüsse und die Einrichtungen der Diakonie, für deren Bereich die Zuständigkeit der Kirchengerichte der Evangelischen Kirche in Deutschland zur Rechts- und Amtshilfe verpflichtet sind. Weitere Regelungen finden sich in § 6 des Disziplinargesetzes vom 28.10.2009¹⁴⁴ und § 13 des Kirchengesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 10.11.2010¹⁴⁵ der Evangelischen Kirche in Deutschland. Zum anderen ist als pars pro toto auf die Rechts- und Amtshilfebestimmungen des § 7 der Rechtsverordnung zur Ausführung des Kirchengesetzes über die Errichtung eines Verfassungs- und Verwaltungsgerichtes der *Vereinigten Evangelisch-Lutherischen Kirche Deutschlands* vom 17.11.2006¹⁴⁶ zu verweisen. Ein Beispiel für die Rechts- und Amtshilfe innerhalb einer *Landeskirche* findet sich in § 14 des Kirchengesetzes über die kirchliche Gerichtsbarkeit der *Evangelisch-Lutherischen Kirche in Norddeutschland* vom 9.10.2013¹⁴⁷. Fehlt eine ausdrückliche Regelung, dürfte *innerhalb der Landeskirche* nichts anderes als in der Katholischen Kirche gelten, jedes Gericht und jede Behörde – innerhalb der Schranken des für alle geltenden staatlichen Rechts – also zur Rechts- bzw. Amtshilfe verpflichtet sein. Geht es um die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den kirchlichen Zusammenschlüssen, wird man den im früheren § 4 Abs. 2 der Rechnungsprüfungsordnung für die Evangelische Kirche in Deutschland vom 4.10.1963¹⁴⁸ zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken verallgemeinern können, wonach sich die verschiedenen kirchlichen Stellen

46

¹⁴³ ABl. EKD S. 408.

¹⁴⁴ ABl. EKD S. 316.

¹⁴⁵ ABl. EKD S. 330.

¹⁴⁶ ABl. VELKD, Bd. VII, S. 340.

¹⁴⁷ KABl. S. 386.

¹⁴⁸ ABl. EKD S. 618.

unterstützen, sofern sie zur Hilfe „ohne Aufgabe ihrer Unabhängigkeit und Selbständigkeit in der Lage und bereit sind“.

Register

Die fettgedruckten Zahlen bezeichnen die Paragraphennummer des Beitrags, die einfach gedruckten Zahlen bezeichnen die Randnummern.

- ‘Abd al-Malik **6** 12
‘Abd ar-Rāziq, Alī **6** 28
Abendmahl **30** 47
– strafrechtlicher Schutz **75** 25
– Zulassung **30** 92, 98
Abgabenbefreiung **68** 15; **73** 8, 39–41; **74** 42–53; **77** 30, 53, 55;
→ Körperschaftsteuer:
Befreiung
Abgabenordnung **72** 14
Abgabenrecht **17** 28; **53** 56; **68** 15, 23; **74** 1–59
– Gesetzgebungskompetenz **9** 24
Ablass **72** 2 f., 71
Ablaß, Bruno **8** 39
Abordnung **58** 25
Abravanel, Don Isaak **5** 1
Abstammung
– Elternschaft **42** 21–25
– im Mitgliedschaftsrecht **16** 24; **24** 13 f.; **30** 136; **72** 43
– im Selbstverständnis jüdischer Gemeinden **24** 4; **30** 17
Abu Zaid, Nasr Hamid **6** 37
Abwägungslehre
→ Wechselwirkungslehre
ACK-Klausel **23** 49
Adass Jisroel **24** 19; **77** 45
Adenauer, Konrad **15** 6, 7; **37** 7, 8
Adhan → Muezzinruf
Administratur, Apostolische **30** 34
Adoption **42** 25, 75, 81, 83, 90
Adventisten → Siebenten-Tags-Adventisten
Adventssonntag (BVerfGE 125, 39) **14** 100; **40** 2, 15, 19, 22, 27 f., 36 f.; **77** 65 f.
Ahmad, Mirza Ghulam **25** 48
Ahmadiyya Muslim Jamaat **25** 47–50, 71
Akademien, kirchliche
→ Erwachsenenbildung
Akkreditierung
– kirchliche Hochschulen **47** 38–42
– Theologische Fakultäten **46** 56, 58
al-Aschmawi, Muhammad Sa‘id **6** 33
al-Dschuwaini **6** 10
Aleviten **25** 6
– Alevitische Gemeinde Deutschland **10** 16–18; **25** 51–54; **70** 16 f.
– Cem-Häuser **65** 13
– Hochschulrecht **46** 61, 63
– Religionsunterricht **43** 41, 60; **44** 2 f., 67
– Schulen **43** 78
Alexander Jannai (Jannäus) (König von Juda) **5** 24
Alexander III. (Papst) **63** 6
Alimentation → Besoldung
– Arbeitsrecht **59** 11
– Dienstrecht **27** 47; **58** 12, 33

- Patronat **63** 1, 6, 16, 31
- Recht der katholischen Kirche **70** 32, 35
- Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (1948) **12** 6; **42** 7, 9; **43** 4–6, 8
- Allgemeine Geschäftsbedingungen **59** 38–42, 45 f.
- Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
 - Preußisches Allgemeines Landrecht
- Allgemeines Persönlichkeitsrecht **8** 54; **14** 81; **33** 1, 2, 32 f.; **43** 32; **48** 31 f.; **52** 33, 36, 46;
 - Totenruhe
- al-Mawardi **6** 15
- al-Na'im, Abdullahi **6** 36
- al-Qaradawi, Yusuf **6** 32
- Altar **60** 2, 13; **66** 18
- Ältestenkreis **70** 110
- Althaus, Paul **4** 45
- Althusius, Johannes **4** 23
- Altkatholische Kirche **23** 16, 54, 56; **58** 70; **72** 26
 - Kirchensteuer **72** 1, 26
 - Vereinbarung des Freistaat Bayern mit der Alt-katholischen Kirche **10** 15
- altkorporierte Religionsgemeinschaften
 - Körperschaftsstatus, öffentlich-rechtlicher: altkorporierte Religionsgemeinschaften
- Alt-lutheraner **23** 12 f.;
 - Selbständige Evangelisch-Lutherische Kirche (SELK)
- Alt-reformierte Kirche
 - Evangelisch-alt-reformierte Kirche in Niedersachsen (EAK)
- Ambrosius von Mailand **3** 19
- Amerika, Vereinigte Staaten
 - USA
- Amsterdam, Erklärung Nr. 11 zum Schlussprotokoll des Vertrages von **8** 17; **16** 56, 58
- Amt, kirchliches
 - Ämterautonomie;
 - Alimentation; → Ehrenamt;
 - Kleriker
- an kirchlichen Hochschulen **47** 8
- Ausbildung **47** 22
- Begriff (kath.) **58** 64
- Besetzung durch den Bischof (kath.) **20** 46
- Besetzung nach Patronatsrecht **63** 19
- Dienstgemeinschaft **57** 17
- Eigenkirchenwesen **1** 43
- Eingriffe im Kulturkampf **1** 94
- evangelisches Amtsverständnis **70** 93, 113
- Landesherrliches Kirchenregiment **4** 19
- Lehrverfahren **58** 62
- Militärbischof **54** 25, 45
- Militärggeistliche **54** 45
- Militärgeneralvikar **54** 30
- Parlamente im Frühkonstitutionalismus **1** 61
- Patronatsrecht **63** 1
- Polizeipfarrer **55** 13
- Rechtsschutz **77** 68; **78** 68
- Richteramt (ev.) **21** 67
- Teildienstverhältnisse **58** 28
- und Diakonie **51** 6, 10
- und Seelsorge **56** 2
- Vereinsmitgliedschaft kraft Amts (kath.) **28** 30
- Voraussetzung für das Zeugnisverweigerungsrecht „Geistlicher“ **76** 34
- Ämterautonomie **8** 57; **11** 19; **12** 35; **16** 4, 21, 31 f.; **47** 22; **49** 71; **57** 1–3, 5; **58** 1–4; **63** 14, 19; **76** 17, 32–35; **77** 81; **78** 31, 47, 54, 62–70, 78
- Amtsgeheimnis
 - Berufsgeheimnis
- Aussagegenehmigung **76** 50
- Militärseelsorge **54** 34, 68

- Amtshaftung
- Sektenbeauftragte **27** 52
 - Stiftungsaufsicht **71** 93
- Amtshandlungen, kirchliche **21** 16; **32** 45; **34** 20, 22, 24; **56** 2;
→ Stölgebühren
- Amtshilfe **77** 37; **79** 1–46;
→ Rechtshilfe
- Beitreibung von Gebühren **61** 45
 - Durchsetzung von Entscheidungen religionsgemeinschaftlicher Spruchkörper **77** 37
 - Stiftungsaufsicht **71** 89
 - Trennung und Kooperation zwischen Staat und Religionsgemeinschaften **7** 93
- Amtsverhältnis, geistliches **19** 48
- Anastasius (Kaiser) **3** 21
- Anfallklausel **57** 55
- Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften → Gemeinsame Angelegenheiten;
→ Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften: eigene Angelegenheiten
- Anglikanische Kirche **23** 2
- Abspaltungen **23** 17, 20, 23, 39
 - Finanzierung **68** 40; **73** 11
 - Ökumene **21** 32, 70; **23** 48; **36** 24, 37
 - strafrechtlicher Schutz **75** 23
- Anhörung von Religionsgemeinschaften **7** 87; → Demokratie: religiöse Beiträge; → Europäische Union: Dialog mit Religionsgemeinschaften (Art. 17 Abs. 3 AEUV)
- annus discretionis
→ Religionsmündigkeit
- Anschütz, Gerhard **9** 37; **15** 2;
16 9, 15, 16, 35, 36; **26** 4, 10;
44 39
- Anstaltsgebrauch → Sachenrecht, öffentliches
- Anstaltsseelsorge **14** 102; **26** 19;
27 15; **35** 75, 94; **56** 1–61; **68** 18;
73 6, 31; **79** 7; → Friedhof;
→ Gefängnisseelsorge;
→ Krankenhausseelsorge;
→ Militärseelsorge;
→ Polizeiseelsorge
- Amtsverhältnis **56** 48 f.
 - Anwendungsbereich **55** 5;
56 13, 32–34, 59–61
 - Aufsicht **55** 9
 - Finanzierung **55** 8; **56** 31
 - Frankreich **7** 20
 - Personal **54** 31–33; **55** 2, 8;
56 25, 29
 - Trennung und Kooperation zwischen Staat und Religionsgemeinschaften **7** 93
 - Zulassungsanspruch **54** 50–53;
55 4 f.; **56** 9, 12, 23–25, 28, 30
- Antemensium **22** 23 f.
- Antidiskriminierungsrecht **8** 17;
9 13, 17 f., 42; **11** 25 f., 39, 46;
14 63, 65, 75, 101; **27** 67; **30** 122,
123; **53** 48; **57** 57–78, 81, 84–90;
77 83 f.; → Gleichheit
- Anwendungsvorrang
→ Europäische Union, Recht der
- Apostasie
- islamisches Recht **6** 22; **30** 104
 - katholisches Kirchenrecht **30** 56
- Apostolische Bewegung **23** 34,
39 f.
- Apostolische Exarchie der ukrainischen griechisch-katholischen Kirche **20** 17, 43; **30** 35,
43
- Apostolische Konstitution
- Errichtung von Diözesen **20** 19–22, 24
 - „Ex Corde Ecclesiae“ (1990) **47** 14 f.
 - „Pastor Bonus“ (1988) **66** 33
 - „Sapientia Christiana“ (1979) **46** 30, 38; **47** 13, 15, 67

- „*Spirituali militum curae*“ (1989) **20** 26; **54** 19
- „*Veritatis Gaudium*“ (2017) **46** 30, 38
- Apostolischer Nuntius **9** 7; **10** 58; **12** 53; **20** 4; **37** 33, 51; → Heiliger Stuhl
- Apostolischer Stuhl → Heiliger Stuhl
- Aqiva (Rabbi) **5** 7
- Aquin → Thomas von Aquin
- Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen **23** 9, 48–50; **57** 17
- Arbeitsgerichte
 - in der evangelischen Kirche **21** 66; **59** 77–80
 - in der katholischen Kirche **20** 34, 52; **59** 75 f.; **79** 45
- Arbeitshilfen **50** 32–35, 58–60
- Arbeitskampf → Streik
- Arbeitsrecht **7** 80; **14** 100; **16** 25, 41; **19** 38; **30** 94, 123, 167; **35** 77, 91; **38** 18, 45; **51** 28; **57** 1–143; **58** 2–4, 68; **59** 1–80; **70** 75; **78** 46
- § 118 Abs. 2 BetrVG **9** 13; **16** 32; **21** 66; **28** 10; **35** 112; **38** 23, 49; **51** 30; **59** 5, 51, 66; → Dienstgemeinschaft; → Dienstrecht, öffentlich-rechtliches; → Dritter Weg; → Grundordnung des kirchlichen Dienstes; → Koalitionsfreiheit; → Leiharbeit; → Loyalitätspflichten, arbeitsrechtliche; → Tendenzbetrieb
- Gesetzgebungskompetenz **9** 21
- Gewissensfreiheit **15** 13
- Kindertageseinrichtungen **53** 48
- kirchliche Hochschulen **47** 58–60
- kirchliche Krankenhäuser **52** 21, 26 f., 29, 70
- Ordensgemeinschaften **29** 16–23, 49 f.
- Sonn- und Feiertage **22** 25 f.; **40** 5, 9–11, 16, 26, 28, 45, 48, 57
- Staatskirchenverträge **10** 29
- Arbeitsrechtliche Kommission **59** 11, 19, 26, 32–35, 49; → Dritter Weg
- Arbeitsruhe **40** 8–13, 30 f.
- Archivwesen, kirchliches **20** 50; **21** 47; **34** 1–26; **54** 30; → Gebührenrecht der Religionsgemeinschaften
- Archivgesetze (ev.) **34** 15–18
- Archivordnung (kath.) **34** 14
- Arndt, Adolf **15** 7
- Arnoldshainer Konferenz **21** 31
- Asyl → Kirchenasyl
- Aufklärung **1** 24–29, 34, 54, 67, 88, 99; **2** 1, 3, 7, 14, 18, 23, 58, 62; **3** 29 f.; **4** 25, 27; **8** 2–4, 19 f., 23 f., 31; **18** 6; **30** 4; **31** 14; **48** 1 f., 6; **56** 7
- Aufnahme in eine Religionsgemeinschaft → Übertritt zu einer Religionsgemeinschaft
- bürgerliche Wirksamkeit **30** 144 f.
- Aufsicht → Staatsaufsicht; → Stiftung, kirchliche: Stiftungsaufsicht
- Caritas **50** 72 f.
- in der evangelischen Kirche **21** 8, 21, 28
- Vermögensaufsicht **70** 123
- Augsburger Bekenntnis → Confessio Augustana
- Augsburger Religionsfrieden (1555) **1** 18; **4** 19, 24; **7** 5; **8** 44; **14** 9; **18** 4 f.; **21** 3; **30** 3; → ius emigrandi; → ius reformandi
- Augustinus **3** 19, 20, 27
- Auslandszuzug → Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft: Zuzug aus dem Ausland
- Austritt aus einer Religionsgemeinschaft **1** 94; **2** 19 f., 25 f., 32; **14** 40, 57; **16** 24; **18** 15; **30** 50, 149, 150–169; **38** 79; **42** 83 f., 100; **72** 46, 72; → Apostasie; → Häresie; → Körperschaftsstatus, öffentlich-rechtlicher: Verhältnis zur Rechtspersönlichkeit nach dem

- Recht der Religionsgemeinschaft; → Schisma
- Arbeitsrecht **57** 59, 94, 102, 111, 118–123
- Art. 9 EMRK **11** 19; **12** 29
- Austrittserklärung **30** 153
- bürgerliche Wirksamkeit **30** 11, 148
- Datenverarbeitung nach Austritt **30** 125, 169
- DDR **2** 29; **30** 5
- evangelische Kirche **30** 86–88, 92
- finanzielle Folgen **72** 10
- Geschichte **30** 5;
→ Kulturkampf: Kirchengaustrittsrecht
- Gesetzgebungskompetenz **9** 20
- jüdische Gemeinde **30** 22
- katholische Kirche **30** 49–51
- Kirchengaustrittsgesetze **9** 11, 20, 48; **16** 46; **30** 152; **35** 68
- Kosten **30** 154
- modifizierte Austrittserklärung **16** 24; **30** 11, 160–163
- Personenstands- und Meldewesen **32** 9, 12, 21, 43
- privatrechtliche Religionsgemeinschaft **26** 25; **30** 151, 165
- Religionsmündigkeit **42** 100
- Statistik **2** 19–31; **20** 7
- Stichtag **72** 43
- Vertretung des Kindes durch die Eltern **42** 84
- zur Vermeidung der Kirchensteuer **30** 59, 161
- Autonomie
→ Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften
- Awqaf **49** 2
- Azan → Muezzinruf
- Bäderregelung **40** 43; **77** 49
- Badisches Bauedikt (1808) **64** 16
- Baecker, Dirk **35** 122
- Bahá'í (BVerfGE 83, 341) **26** 31; **28** 29; **30** 12; **77** 44
- Baptisten **23** 20
 - Dienstrecht **58** 70
- Bar Mizwa **30** 20
- Barmer Theologische Erklärung **4** 48–50, 65; **35** 30, 47 f., 76, 80; **36** 2
- Barth, Karl **4** 50, 51
- Baulast → Kirchenbaulast
- Baumgarten, Otto **4** 40
- Bäumlin, Richard **15** 12
- Baurecht **38** 57; **49** 66; **65** 7–39; **78** 20; → Minarett; → Moschee
 - Bauordnungsrecht **14** 80; **65** 36–39, 37
 - Bauplanungsrecht **9** 13; **26** 19; **65** 16–35; **68** 16; **77** 66, 81
- Beamte → Dienstrecht, öffentlich-rechtliches; → Grundsätze des Berufsbeamtentums; → Kirchenbeamte
 - beamtenähnliche Beschäftigte **57** 36, 38 f.
 - Grundsätze des Berufsbeamtentums **58** 9 f.
- Beauftragte der Kirchen **35** 38; **37** 37; **44** 59;
→ Bevollmächtigte der Kirchen
 - für Weltanschauungen **27** 52; **35** 117; **77** 26, 35
 - Kulturbbeauftragter der EKD **35** 38
- Bedford-Strohm, Heinrich **4** 63
- Beerdigung → Bestattung
- Befristung
 - Arbeitsverhältnis **59** 26
 - öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis **58** 27, 29, 60
- Begräbnis → Bestattung
- Beichte, strafrechtlicher Schutz **75** 25, 38
- Beichtgeheimnis **11** 32; **56** 46; **76** 1–51; → Seelsorgegeheimnis;
→ Zeugnisverweigerungsrecht
- Beihilfenrecht, europäisches **38** 33; **49** 115–130; **68** 31–36; **73** 78; **74** 54

- Beirat für Islamische Studien /
Islamische Theologie **46** 67–69,
72
- Beiträge → Abgabebefreiung;
→ Beitragsrecht der Religions-
gemeinschaften; → Gebühren
- Begriff **74** 43
- Beitragsrecht der Religions-
gemeinschaften
→ Elternbeiträge für Kinder-
tageseinrichtungen;
→ Mitgliedschaft in einer Reli-
gionsgemeinschaft: Mitglieds-
beitrag
- Recht zur Erhebung **74** 1
 - Studienbeiträge **47** 71
 - Verhältnis zur Kirchensteuer
27 44; **72** 37, 71; **79** 17
- Bekennende Kirche **21** 37; **35** 76;
→ Barmer Theologische Erklä-
rung; → Kirchenkampf
- Bekenntnis **1** 26; **23** 10; **42** 75–79,
83 f.
- Beschimpfung **75** 12–34
 - evangelisch **4** 59; **21** 5, 12;
30 71, 78; → Confessio
Augustana
 - jüdisch **24** 17 f.
 - muslimisch **25** 8; **30** 100
 - Rechtsbegriff **7** 46
- Bekenntnisfreiheit **8** 61; **14** 1, 38–
42; **32** 3; **44** 77
- Art. 9 EMRK **11** 15–17; **12** 28–
30, 38–43; → Kleidung, religi-
öse; → Symbole, religiöse
 - negative **30** 105
- Bekenntnisfreiheit, negative
(Art. 136 Abs. 3 WRV) **7** 75;
9 15; **14** 33, 69; **30** 7, 158; **32** 4, 9,
22; **35** 92; **44** 74, 81
- Fragerecht (Art. 136 Abs. 3 S. 2
WRV) **9** 35; **30** 105; **32** 5, 23–25
- Bekenntnisschule **27** 9; **29** 7, 16;
35 72, 75; **43** 14, 21, 37, 53; **44** 5;
45 1–38; **48** 10; **65** 22; **68** 21;
70 12; **77** 46
- Dienstverhältnisse **58** 21
 - islamische **43** 64, 78; **45** 25
 - öffentliche **43** 12, 24, 39, 43,
50 f., 61–64, 79; **44** 36; **45** 1, 4–6,
8–12, 17–22, 25, 37
 - Religionszugehörigkeit **30** 117
- Bekenntnisunterricht
→ Religionsunterricht
- Belange, kirchliche → Baurecht;
→ Denkmalschutz; gottes-
dienstliche Belange;
→ Immissionsschutz
- Beleidigung → Strafrecht: straf-
rechtlicher Schutz der Religion
- Kollektivbeleidigung **75** 46
- Beleihrung **19** 14, 31, 33, 44 f.;
27 32; **32** 17; **78** 4; **79** 14–18, 39
- Friedhof **61** 66 f.
 - Hochschule **47** 66, 73
 - Schule **45** 29
- Belgien
- Finanzierung von Religions-
gemeinschaften **72** 7
 - Trennung von Staat und Kirche
73 11
- Bellarmin, Robert **3** 27, 28
- Benedikt XVI. (Papst) **3** 1, 43;
50 14, 22
- Benefizien **70** 46, 50
- Benutzungszwang **56** 61
- Bereichsausnahme **7** 33; **11** 23, 28;
16 57; **33** 11, 15; **38** 85
- Bereichsscheidungslehre **7** 78;
9 47; **16** 38 f., 43; **19** 24–26, 30,
31, 46; **58** 45; **77** 4 f.
- Bergisches Edikt (1711) **64** 16
- Bergsträßer, Ludwig **8** 46
- Berliner Kongress (1878) **12** 5
- Bernays, Edward L. **35** 27
- Berufsbeamtentum → Grundsätze
des Berufsbeamtentums
- Berufsethischer Unterricht **55** 1,
6, 15, 17; → Lebenskundlicher
Unterricht
- Berufsfreiheit **27** 36; **52** 14;
57 120 f.
- Erziehungsarbeit **53** 17
 - kirchliche Erwachsenenbildung
und Akademien **48** 37

- Krankenhauswesen **52** 21, 23, 36–38, 44 f.
- Sonn- und Feiertage **40** 26, 28
- Berufsgeheimnis
 - Amtsgeheimnis;
 - Beichtgeheimnis;
 - Seelsorgegeheimnis;
 - Zeugnisverweigerungsrecht
- Beschimpfung von Religion **35** 3, 19, 133–136; **38** 51, 53, 56
- Beschneidung **8** 58; **24** 13; **26** 20; **30** 18; **31** 67; **42** 3, 35–39, 49, 75, 77, 108; **52** 24
- Besoldung **58** 7, 12, 15, 25, 27–29, 32–37, 61, 63–65;
 - Alimentation
- Staatsleistungen **73** 9, 16, 21, 23, 31, 35
- Bestattung **61** 3–19; → Friedhof
 - anonyme Beisetzung **61** 8 f.
 - Anspruch **30** 46
 - außerhalb von Friedhöfen **61** 27
 - Bestattungsfeier **61** 15
 - Bestattungskosten **61** 12
 - Bestattungskultur **61** 5, 15
 - Bestattungspflicht **61** 11–14
 - Bestattungsrecht **61** 23
 - Feuerbestattung **61** 7
 - Gesundheitsschutz **61** 34
 - Kirchenrecht **61** 15
 - muslimisch **10** 31; **25** 5
 - neue Bestattungsformen **61** 51
 - Rechtsschutz **61** 12
 - strafrechtlicher Schutz **61** 15, 60; **75** 8, 38
 - Tuchbestattung **61** 6
- Bet Din → Gerichtsbarkeit der Religionsgemeinschaften: jüdische Gemeinschaft; → Rabbinatsgericht
- Beteiligung → Anhörung von Religionsgemeinschaften
- Bethmann-Hollweg, Moritz August v. **51** 7
- Betreuungsplatz **53** 31, 41
- Betreuungsrecht
 - Entscheidung über die Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft **30** 129, 156
 - Ordensangehörige **29** 55–57
- Betriebsübergang **59** 47–49
- Beurlaubung aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis **58** 25
- Beutelsbacher Konsens **48** 3, 12
- Bevollmächtigte der Kirchen
 - Beauftragte der Kirchen;
 - Evangelische Kirche in Deutschland (EKD): Bevollmächtigter des Rates der EKD bei der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union; → Evangelische Kirche in Deutschland (EKD): Büro Brüssel;
 - Katholisches Büro;
 - Länderbüros;
 - Verbindungsstellen zwischen Staat und Religionsgemeinschaften
- Bevollmächtigter für die evangelische Seelsorge in der Bundeswehr in den neuen Bundesländern **54** 23
- Bevollmächtigung → Idschaza; → Missio canonica; → Vokation
- Beyerle, Konrad **4** 38
- Bilderverbot, religiöses **75** 29
- Bildung → Erziehungsauftrag, staatlicher; → Erziehungsrecht
- Bildung, Recht auf **43** 32
- Bildungs- und Erziehungsplan **53** 40
- Bildungsurlaub **48** 14, 30, 36, 48, 56–59, 63
- Bildungsziele **43** 6, 23, 29 f., 38, 42, 47, 49–53, 55–60, 62, 74, 85
- Billigkeitsmaßnahmen **72** 19, 22, 40, 46, 61, 64 f.
- Binnenkommunikation
 - Religionsausübung: durch Kommunikation
- Binnenmarkt, freier **49** 102 f.

- Binnenmarktbezug der Tätigkeit von Religionsgemeinschaften **33** 50; **49** 122; **68** 31
- Bischof (ev.) **21** 26 f.;
→ Militärbischof
- Bischof (kath.) **29** 18–23; **44** 70; **58** 53; **59** 9, 11; **70** 80–83;
→ Militärbischof;
→ Polizeibischof
- Bischöflicher Stuhl **70** 47–50
 - Diözesanbischof **20** 43–47, 63
 - Leitungsgewalt **1** 8; **20** 45; **50** 66–88; **54** 26; **59** 55–57, 60; **70** 28 f., 53–57; **71** 5, 15
 - Wahl **20** 47
 - Weihbischof **20** 45
- Bischof (orth.) → Metropole
- Bischofskollegium **20** 1, 46
- Bischofskonferenz (kath.) **50** 70; **70** 29; → Commissio Episcopatum Communitatis Europensis (COMECE); → Consiglio Conferenze Episcopali Europee (CCEE)
- DBK **4** 62; **20** 3, 29–32; **37** 11, 13–17, 30, 33, 37
 - Freisinger/Bayerische **20** 35
 - Rechtsfähigkeit **70** 42
- Bischofskonferenz (orth.) **22** 4–6
- Bismarck, Otto v. **2** 12, 14; **34** 21; **35** 68; **49** 6
- Bistum → Diözese
- Bistumsverträge **10** 10, 40, 50 f., 58
- Blasphemie **35** 133; **38** 53; **75** 9–11
- Bluntschli, Johann Kaspar **18** 7
- Bluttransfusion → Zeugen Jehovas
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang **2** 4; **8** 29; **15** 4, 12, 13; **18** 23, 24; **35** 49, 139; **44** 1; **46** 76
- Böckenförde-Diktum **8** 29; **14** 20; **18** 23 f.; **27** 6, 8; **35** 49, 139
- Bocklet, Paul **37** 10
- Bodin, Jean **1** 14
- Böhler, Wilhelm **37** 7, 8, 10
- Böhmer, Justus Henning **4** 25; **13** 9
- Bologna-Prozess **46** 1, 13, 56–59; **47** 53
- Bona spiritualia **70** 34
- Bona temporalia **70** 33 f., 41
- Bonaparte, Napoleon
→ Napoleon I.
- Bonifaz VIII. (Papst) **3** 26
- Bosniaken → Islamische Gemeinschaft der Bosniaken in Deutschland
- Bremer Klausel **8** 67; **44** 6, 8, 11, 28, 90–102
- Brentano, Heinrich v. **8** 51, 52
- Brockhaus, Carl und Rudolf **23** 17
- Brokdorf (BVerfGE 69, 315) **35** 22
- Brüderbewegung **23** 17–19
- Bruderschaft der Freien Evangeliums Christen Gemeinden **23** 35
- Brüder-Unität **23** 22
- Brunotte, Heinz **36** 9
- Buddhismus **35** 58; **38** 9
- Bund Evangelisch-Freikirchlicher Gemeinden (BEFG) **23** 17, 20
- Bund evangelisch-reformierter Kirchen Deutschlands **23** 15
- Bund Freier evangelischer Gemeinden in Deutschland (BFEG) **23** 21
- Bund Freikirchlicher Pfingstgemeinden **23** 34
- Bundesakte (1815) **1** 62; **14** 12; **18** 7
- Bundespolizei → Polizeiseelsorge
- Bundesverfassungsgericht **7** 45, 58; **77** 59–68;
→ Adventssonntag (BVerfGE 125, 39);
→ Bahá'í (BVerfGE 83, 341);
→ Brokdorf (BVerfGE 69, 315);
→ Chefarzt (BVerfGE 137, 273);
→ Eid (BVerfGE 33, 23);
→ Gemeindeteilung (BVerfGE 18, 385);
→ Gesundheitsbeter (BVerfGE 32, 98);
→ Goch (BVerfGE 46, 73);

- Kirchenbausteuer (BVerfGE 19, 206);
- Konkordatsurteil (BVerfGE 6, 309);
- Kopftuch-Entscheidungen: BVerfG;
- Kreuz in der Schule (BVerfGE 93, 1);
- Lüdemann (BVerfGE 122, 89);
- Lumpensammler, Aktion „Rumpelkammer“ (BVerfGE 24, 236);
- Rommelfanger (BVerfGE 70, 138);
- Schächten (BVerfGE 104, 337);
- St. Marien (BVerfGE 53, 366);
- St. Salvator (BVerfGE 99, 100);
- Tabak (BVerfGE 12, 1);
- Wunsiedel (BVerfGE 124, 300);
- Zeugen Jehovas: BVerfGE 102, 370
- Bundeswehr → Lebenskundlicher Unterricht; → Militärseelsorge
- Zentrale Ansprechstelle für Soldatinnen und Soldaten anderer Glaubensrichtungen (ZASaG) **54** 67 f.
- bürgerliche Wirksamkeit
 - Aufnahme in eine Religionsgemeinschaft; → Austritt aus einer Religionsgemeinschaft;
 - Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft; → Übertritt zu einer Religionsgemeinschaft;
 - Vereinigungsfreiheit, religiöse
- bürgerliche Wirkung
 - Austritt aus einer Religionsgemeinschaft **30** 148, 150
 - Dienstrecht **58** 46
 - Ehe **31** 19, 30
 - Mitgliedschaft **14** 57; **23** 7; **30** 9, 11, 12–15, 77, 105, 126–128, 133–136, 145–147, 159, 162, 164, 166, 168, 170
 - Organisationsrecht **77** 20
 - Vermögensrecht **70** 92
- Burka → Vollverschleierung
- Burkini **43** 70
- Buß- und Betttag **40** 18, 20, 54, 57, 60; **77** 69, 75
- Calixt (Bischof) **31** 6
- Calvin, Jean **4** 16
- Caritas **2** 14, 22, 42; **7** 88; **35** 99; **37** 19; **49** 3–5; **50** 5–88; **66** 2; **67** 37; **68** 32; **70** 32, 35; **71** 3, 24, 58; **73** 2, 4; → Karitativ-diakonisches Wirken; → Zuordnung kirchlicher Einrichtungen
- Arbeitsrecht **59** 11, 21, 26, 53, 59
- Deutscher Caritasverband **50** 89–95
- Frankreich **7** 19
- Kindertageseinrichtungen **53** 1, 29
- Krankenhaus **52** 4
- Selbstbestimmungsrecht **16** 10–12
- Verbände **20** 40; **28** 3, 14; **37** 6, 31, 49; **38** 8; **49** 5, 20, 42; **50** 5 f., 12, 38 f., 41, 45, 69; **53** 7, 29; **68** 23
- Verein **28** 32
- Caritas in veritate (2009)
 - Enzyklika
- Casanova, José **2** 56, 59
- Cathedra **70** 49
- Cemhaus/Cemevi **25** 6; **65** 6;
 - Gebäude, religiöse
- Centesimus annus (1991)
 - Enzyklika
- Central-Ausschuss → Innere Mission
- Centralverband → Innere Mission
- Charta der Vereinten Nationen (1945) **4** 60; **12** 6
- Charta der Villa Vigoni (1994) **66** 33
- Chefarzt (BVerfGE 137, 273) **16** 25, 41; **57** 28, 81–83, 117, 121; **59** 3; **77** 1, 5–7, 32, 66

- Chefarzt (EuGH, U. vom
11. 9. 2018 – C-68/17) **57** 88, 89,
102
- China **7** 24
- Chomeini **6** 50
- Christengemeinschaft **23** 44, 54
- Christkatholische Kirche
→ Altkatholische Kirche
- Christliche Wissenschaft **23** 44
- Christlicher Staat **4** 29, 44, 52;
18 11; **73** 15, 33
- clausula rebus sic stantibus
→ Geschäftsgrundlage, Wegfall
- clausula teutonica **72** 16
- Codex Iuris Canonici
- Amtshilfe **79** 45
 - Archivrecht **34** 12
 - Deutsche Bischofskonferenz
20 29
 - Gerichte **20** 52
 - Kirchensteuer **72** 15 f.
 - Mitarbeitervertretung **59** 55
 - Ordensrecht **20** 72
 - Patronatsrecht **63** 16 f.
 - Religionsunterricht **44** 20
 - Sammlungswesen **39** 51 f.
 - Stiftungsrecht **71** 13
 - Vereinsrecht **28** 32
 - Wissenschaftsfreiheit **47** 19
- Commissio Episcopatum
Communitatis Europensis
(COMECE) **9** 7; **20** 32; **36** 36 f.;
37 6, 51–53
- communio plena / non plena **23** 9;
30 25
- Confessio Augustana **4** 4, 8, 12;
30 74
- Congregatio de Propaganda fidei /
pro Gentium Evangelizatione
35 29
- Consiglio Conferenze Episcopali
Europee (CCEE) **20** 32; **37** 6
- Corpus Christianum **30** 2
- Corpus Iuris Canonici **1** 82; **63** 7
- cuius regio, eius religio **4** 19; **14** 9;
18 4 f.
- cura religionis **1** 31 f., 34; **4** 19;
46 33, 43; **63** 8; **64** 1, 25; **69** 3
- Dachverband
- als Zusammenschluss juristi-
scher Personen **25** 14; **26** 10
 - Begriff **25** 14
 - Bund der Deutschen Katholi-
schen Jugend **20** 40
 - Evangelische Kirche **12** 57
 - Freikirchen **23** 34, 36
 - jüdische Dachverbände **24** 16,
42
 - jüdische Landesverbände
24 19–28
 - kirchliche Akademien **48** 24
 - Körperschaftsstatus **27** 56
 - muslimische Dachverbände
25 10, 13–71; **35** 54 f.; **38** 74;
54 64
 - Orthodoxe Kirche **22** 4
 - Religionsgemeinschaft **26** 11;
30 110
 - Religionsunterricht **44** 105
 - Steuerbefreiung **77** 55
 - Theologie an Hochschulen
46 67–69
- Dänemark → Apostolische
Exarchie der ukrainischen
griechisch-katholischen Kirche
- Kirchensteuer **68** 39, 40, 42;
72 6; **74** 58
 - Orthodoxe Kirche **22** 15, 18
- Datenschutz **9** 15, 50; **21** 28; **32** 41;
33 1–52; **79** 8, 41;
→ Amtsgeheimnis;
→ Beichtgeheimnis;
→ Berufsgeheimnis;
→ Seelsorgegeheimnis
- Anstaltsseelsorge **56** 27
 - Archivwesen **34** 10, 24
 - Kirchensteuer **72** 30
 - Meldewesen **32** 13, 16, 31, 35,
39
 - nicht-öffentliche Stelle **33** 22 f.
 - öffentliche Stelle **32** 20, 34;
33 20 f., 23

- Religionszugehörigkeit **30** 124 f.
- Datenschutzrecht, europäisches **11** 46, 47; **33** 3, 6–8, 40, 50
 - Art. 16 AEUV **11** 32; **33** 43
 - Art. 17 AEUV **33** 39
 - Art. 8 EU-GRC **11** 32; **33** 43
 - Datenschutzrichtlinie (EU) **33** 6, 20
 - EU-DSGVO **11** 33; **30** 124; **33** 8, 39–43
- Datenschutzrecht, kirchliches **21** 43; **29** 24; **32** 45; **33** 17–19, 32–38; **57** 130, 135–143
- Datenschutzrecht, staatliches **33** 1–8, 36; **57** 130–143
- Datenübermittlung zwischen Staat und Kirche **33** 10, 36–38, 45–47; → Kirchensteuer: Auskunftsanspruch der Religionsgemeinschaften; → Meldewesen: Datenübermittlungsanspruch der Religionsgemeinschaften
- DDR **36** 7, 10 f.; **48** 23; **49** 9
 - Baulasten **64** 33 f.
 - Diakonie **51** 19
 - Entwicklung von Religion und Kirche **2** 23, 29–31, 58, 61
 - evangelische Kirche **21** 36
 - Hochschulen **47** 6
 - jüdische Gemeinden **24** 8
 - katholische Kirche **20** 6
 - Militärseelsorge **54** 11
 - Patronat **63** 15, 22
 - Polizeiseelsorge **55** 2
 - Religionspolitik **7** 7, 11, 54
 - res sacrae **60** 23
 - Sammlungswesen **39** 10 f.
 - Schule **45** 13, 16
 - Staatsleistungen **73** 23
 - Verhältnis von Staat und Kirche **4** 54 f., 58
- Dekalog **4** 13, 19
- Dekan
 - evangelisch → Superintendent
 - katholisch **20** 59–62
- Dekanatsbezirk → Kirchenkreis (ev.)
- Delbrück, Clemens von **8** 36
- Delors, Jacques **36** 28
- Demokratie
 - Befugnis des Gesetzgebers **9** 42, 49; **10** 44; **11** 10; **12** 37, 40 f.; **15** 7; **16** 3; **18** 30 f.; **40** 14; **63** 24; **72** 24
 - Denkschrift der EKD **4** 1, 65
 - evangelische politische Ethik **4** 2, 22, 51–53, 56, 67 f.; **36** 37
 - islamische Positionen **6** 28–32, 37 f., 49–51, 53; **25** 17, 27, 30, 33, 37, 66
 - jüdische Staatslehre **5** 21
 - katholische Staatslehre **3** 1, 32; **37** 2 f.
 - Legitimation des Staatskirchenrechts **7** 31, 33, 52; **8** 5; **11** 11; **14** 76; **16** 59; **40** 3; **73** 26 f.
 - religiöse Beiträge **7** 87; **37** 28–27; **48** 13, 21
 - Verfassung der evangelischen Kirche **21** 11
 - Verfassung der Religionsgemeinschaften **7** 55; **16** 21, 33; **38** 77 f.; **72** 69
 - Voraussetzungen **7** 32; **8** 24, 29, 33 f.; **12** 28, 44; **14** 18, 103; **23** 42; **35** 22, 119, 122, 136; **38** 13; **41** 34; **43** 30, 62, 85; **44** 1, 106
- Denkmalschutz **7** 88; **21** 28; **49** 66; **66** 1–37
 - Abgabenrecht **74** 33
- Denkmalschutz
 - Europarecht **66** 11
- Denkmalschutz
 - Friedhof **61** 22
 - Gesetzgebungskompetenz **9** 20
 - gottesdienstliche Belange **66** 17 f., 24 f., 27–29
 - Staatsleistungen **73** 7, 9
- Denkschrift **4** 1, 62, 77; **35** 12
- Deus caritas est (2005)
 - Enzyklika

- Deutsche Christen **4** 47; **35** 76;
51 12
- Deutsche Demokratische Republik → DDR
- Deutsche Evangelische Kirche (DEK) **4** 47; **21** 37; **34** 5; **35** 30;
51 12 f.; **58** 51
- Deutsche Ordensobernkonzferenz **20** 74 f.
- Devaheimskandal (1931) **51** 12
- Diakon (ev.) **21** 10
- Diakonie **2** 42; **4** 81; **7** 88; **21** 48;
35 99; **48** 17; **49** 3–5, 20; **51** 1–33; **52** 4; **53** 1, 29; **66** 2; **68** 32;
71 3, 17, 24, 58; **73** 2, 4;
→ Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung;
→ Innere Mission; → Karitativ-diakonisches Wirken
- Arbeitsrecht **57** 16; **59** 35, 53, 63–65
 - Diakonische Werke **21** 49; **28** 3, 15, 34; **38** 7; **49** 3, 5, 20, 42;
51 14–24, 26, 30–33; **53** 7, 29;
68 23; → Zuordnung kirchlicher Einrichtungen
 - Europäische Union **36** 35
 - Freikirchen **23** 59
 - Selbstbestimmungsrecht **16** 10–12
- Diaspora
- Islam **35** 54
 - Judentum **5** 21
 - Orthodoxe Kirche **22** 4, 6, 17
- Dibelius, Otto **4** 42; **36** 6, 12
- Dienstgemeinschaft **14** 56; **28** 14;
30 123; **38** 49; **57** 7–32, 107, 110;
59 2, 4, 9, 11, 16, 23, 66
- Dienstrecht, öffentlich-rechtliches **9** 17; **19** 21, 42, 47–49; **27** 29, 47 f.; **57** 3–5, 27; **58** 1–71;
→ Kirchenbeamte; → Pfarrer
- Gesetzgebungskompetenz **9** 21
 - Ordensgemeinschaften **29** 16, 60
 - Polizeiseelsorge **55** 10
 - Rechtsschutz **58** 42–47; **77** 5, 7 f., 15, 68; **78** 4, 44–87
- Dienstvereinbarung **59** 44, 49, 71
- Dignitatis humanae (Konzilserklärung, 1965) **3** 36, 39–43; **8** 25
- Diözesanbischof → Bischof (kath.)
- Diözesan-Finanzkommission → Vermögensverwaltungsrat
- Diözesankurie **20** 48–52
- Diözesanökonom **70** 54, 57 f.
- Diözesanrat **20** 38
- Diözesansteuerausschuss **72** 21
- Diözesansteuerrat **30** 45
- Diözesanverein → Verein, religiöser
- Diözesanvermögensrat → Vermögensverwaltungsrat
- Diözesanverwaltungsrat → Vermögensverwaltungsrat
- Diözesanzirkumskription → Zirkumskription der katholischen Bistümer
- Diözese **20** 2; **30** 30, 34; **67** 33;
→ Verband der Diözesen Deutschlands (VDD)
- Diplomtheologie (BVerwGE 101, 309) **46** 43, 49; **77** 46
- Diskriminierungsverbot → Antidiskriminierungsrecht
- bei Begründung der Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft **30** 10
- Disziplinarrecht **21** 65; **30** 51, 98;
58 12, 26, 38 f., 61; **78** 84 f.;
79 20–22, 25, 27;
→ Lehrbeurteilung
- DITB **10** 16–18; **25** 12, 14–22, 20, 42 f.; **35** 54 f.; **38** 74; **54** 65; **67** 39
- Diuturnum illud u. a. (1881–1890) → Enzyklika
- Domkapitel **20** 54 f.; **70** 61
- Donum vitae **28** 15
- Dotationen → Staatsleistungen
- Drei-Stände-Lehre **4** 22
- Dritter Weg **16** 25, 27; **20** 52;
51 28; **57** 29–32; **59** 5–49, 20, 30–49; **77** 32; → Koalitionsfreiheit

- Drittsenderechte → Rundfunk:
Drittsenderechte
- Drittwirkung der Grundrechte
15 9 f.; **17** 6; **19** 34–37, 39; **30** 11;
33 28, 32; **38** 18; **42** 41; **53** 18;
56 34; **68** 25
- Dschihad **6** 15, 22, 27;
→ Islamismus
- Duldung **14** 10–13; → Toleranz
- Durchsuchung **77** 42
- Düringer, Adelbert **8** 36
- Düsseldorfer Vertrag
→ Konkordate: Nordrhein-
Westfalen (1984)
- Eberhard, Fritz **8** 46, 47
- Ecclesiae Sanctae (1966) → Motu
proprio
- Ehe **31** 1–88;
→ Voraustrauungsverbot
- Abstandsgebot **31** 82
 - Aufhebung / Nichtigkeitserklärung
31 72–75
 - Ehebegriffe **31** 45
 - Ehregister **32** 2, 9
 - Eheschließungsfreiheit **31** 22–
24, 42, 54, 76, 82
 - evangelisches Kirchenrecht
31 3, 20, 37 f., 41, 43, 45, 58,
60 f., 77
 - fakultative Zivilehe **31** 15, 53 f.
 - Geschlechtsverschiedenheit
31 17 f., 22, 45, 85
 - Gesetzgebungsauftrag **31** 23–
25
 - glaubensverschiedene **32** 36;
72 19, 34, 48, 50
 - islamisches Recht **31** 3
 - ius divinum **31** 10, 30, 41
 - jüdisches Recht **31** 3
 - katholisches Kirchenrecht **1** 92;
30 48, 58; **31** 3, 19, 30, 37 f., 41,
43, 45, 56 f., 61, 72–75, 77–79
 - Kirchensteuer **72** 47
 - kirchliche Trauung oder
Segnung gleichgeschlechtlicher
Paare **31** 83
 - kirchliche Trauung religions-
oder konfessionsverschiedener
Paare **31** 62
 - konfessionsverschiedene **1** 92;
32 36; **72** 32, 48 f., 51
 - obligatorische Zivilehe **1** 94;
31 15 f., 51–53, 55; **35** 68
 - orthodoxes Kirchenrecht **31** 3,
19, 30, 37 f., 41, 43, 45, 61, 77
 - Scheidung **31** 2 f., 5–7, 9, 13, 16,
25, 38, 42 f., 45, 61, 76–80, 84;
42 71, 81, 88
 - sozialpolitische Funktion **31** 23
 - Verbot der Kinderehe **31** 59
 - verweltlichter Ehebegriff **31** 22
 - Zivilehe **31** 22 f., 26
 - Zivilehe und kirchliche Ehe
1 77, 92; **7** 88
- Ehlers, Hermann **4** 53
- Ehrenamt
- Bildungsurlaub **48** 56
 - Caritas und Diakonie **50** 2, 5 f.,
10, 39, 44, 93; **51** 25; **52** 74
 - Fähigkeit zur Bekleidung von
Ämtern **30** 66, 94
 - Haftung **21** 17; **67** 10
 - kirchliche Richter **21** 67
 - religiöse Kleidung **41** 27
 - Seelsorge **56** 36
 - statt Dienst- oder Arbeitsver-
hältnis **58** 2, 70
 - Unfallversicherung **77** 34
 - Vermögensverwaltung **70** 93,
113
- Eid
- religiöser **7** 90
 - Zeugen und Sachverständige
79 20–22, 24 f., 34
- Eid (BVerfGE 33, 23) **14** 36, 56, 64
- Eigenbetrieb von
Kindertageseinrichtungen **53** 6
- eigene Angelegenheiten
→ Selbstbestimmungsrecht der
Religionsgemeinschaften:
eigene Angelegenheiten
- Eigenkirche **1** 43; **63** 4 f.

Eigentum

- öffentliches Sachenrecht **27** 49;
60 7, 19, 28–31; **61** 33, 35, 53;
62 11–13

- Rechtsschutz **78** 34

Eigentum von Religionsgemein-
schaften → Enteignung

- Abgabenrecht **74** 53
- Denkmalschutzrecht **66** 8, 14,
22, 26
- evangelisches Kirchenrecht
70 87, 92
- Friedhof **61** 33, 35, 53
- Grundrecht **19** 7
- in der Sowjetischen Besat-
zungszone **22** 7
- katholisches Kirchenrecht
70 33, 85
- nach dem französischen Tren-
nungsgesetz **7** 19 f.
- Rechtsschutz **77** 9 f., 26
- staatskirchenvertragliche
Garantie **10** 22
- strafrechtlicher Schutz **75** 44,
48
- verfassungsrechtliche Garantie
7 75, 81; **20** 79; **28** 9; **29** 5; **49** 37,
62, 64, 72; **69** 2 f., 6–9, 16–18, 22;
70 10; **73** 75;
→ Kirchengutsgarantie

Einigungsvertrag **7** 7, 31; **8** 76;
39 11, 16; **44** 94; **64** 34 f.; **73** 24;
77 45Einkommensteuer **29** 39–44, 51;
72 55 f.; **74** 39–41; **77** 56

- Ehe **72** 47
- Einkommensteuerbescheid
72 68
- Kirchengemeinkommensteuer
72 32
- Kirchensteuer **72** 14
- Progression **72** 61

Einrichtung, kirchliche

- Selbstbestimmungsrecht der
Religionsgemeinschaften:
kirchliche Einrichtungen
- strafrechtlicher Schutz **75** 24

Eintritt in eine Religionsgemein-
schaft → Mitgliedschaft in
einer ReligionsgemeinschaftEisenstadt, Shmuel N. **2** 57, 58El-Affendi, Abdelwahab **6** 33Elert, Werner **4** 45Elsass-Lothringen **7** 21; **68** 42;
72 7Eltern → Erziehungsrecht, elterli-
chesElternbeiträge für Kindertages-
einrichtungen **9** 26; **53** 42, 57;
→ Gebührenrecht der
Religionsgemeinschaften– Gesetzgebungskompetenz **9** 23– Rechtsform **53** 50Elternrecht → Erziehungsrecht,
elterliches– auf konfessionelle Gestaltung
der Schule **43** 13; **44** 5

England, Church of

→ Anglikanische Kirche;

→ Staatskirche: England

Enteignung **60** 27; **66** 22; **69** 22, 24Entkirchlichung **2** 8, 13, 15 f., 18–
20, 24–26; **4** 55; **35** 83Entwicklungshilfe **28** 3; **35** 11Entwidmung **60** 26 f.; **62** 12;
69 21 f., 25; → WidmungEnzyklika **3** 6; **35** 12– „Caritas in veritate“ (2009)
3 14– „Centesimus annus“ (1991)
59 8– „Deus caritas est“ (2005) **3** 14– „Diuturnum illud“ u. a. (1881–
1890) **3** 32– „Evangelii gaudium“ (2013)
3 43– „Lumen fidei“ (2013) **37** 2– „Quanta cura“ (1864) **3** 30Eparchie **22** 3, 18; → Ukrainische
Orthodoxe Eparchie von West-
europaEpiskopalismus **1** 21; **4** 24; **7** 5;
63 8Erbakan, Necmettin **25** 27

- Erbschaft- und Schenkungsteuer **26** 19; **49** 97; **68** 14; **74** 17 f.
- Ergänzungsschulen → Schulen in freier Trägerschaft
- Erhaltungspflicht
- Denkmalschutz **66** 24, 26
- Ernennung
- beamtenähnliche Beschäftigte **57** 39
 - Kirchenbeamte **58** 53
 - öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis **57** 3, 36
- Ersatzhochschulen **47** 23, 40; → Hochschulen, kirchliche
- Ersatzschulen → Schulen in freier Trägerschaft
- Erstattungsanspruch, öffentlich-rechtlicher **64** 10
- Erwachsenenbildung **2** 44; **7** 88; **9** 20; **35** 10; **48** 1–66
- Erzbischof **20** 8
- Erzbistum **20** 8–16
- Erziehung, religiöse
- Erziehungsrecht;
 - Erziehungsrecht, elterliches
- Erziehungsauftrag, kirchlicher **42** 51
- Kindertageseinrichtungen **53** 2, 22, 43
- Erziehungsauftrag, staatlicher **14** 80; **42** 46 f., 52, 55, 59, 61; **43** 1–87
- Bekenntnisschulen **45** 18, 27 f.
 - Kindertageseinrichtungen **53** 19, 26
 - Religionsunterricht **44** 1, 34, 56, 84, 87
 - Schule **45** 10
- Erziehungsrecht
- Religionsunterricht **44** 12, 29 f., 77 f.
 - Schule **43** 5, 7, 11–14, 18, 20, 33, 45, 47 f., 53, 70 f.
 - Völkerrecht **43** 5, 7, 11–14
- Erziehungsrecht, elterliches **14** 29; **31** 66–70, 87; **42** 1–108; **49** 90; **53** 14–16, 19; → Gesetz über die religiöse Kindererziehung; → Personensorge
- Austritt aus einer Religionsgemeinschaft **30** 155
 - EMRK **18** 44; **53** 20
 - Europarecht **11** 8; **43** 18
 - Grundrechtsvorsorge des Staates **53** 15, 26
 - IPbPR **12** 23
 - Landesverfassungen **53** 22
 - Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft **30** 128
 - Mitwirkungsrecht **53** 44
 - nach kirchlichem Recht **31** 66–69, 87
 - Religionsmündigkeit und gesetzliche Vertretung **30** 155
 - Schule **45** 10, 14, 27
- Erziehungsrecht, religiöses
- Erziehungsrecht, elterliches
- Erziehungsziele → Bildungsziele
- Establishment Clause → USA
- Ethikrat **4** 81; **35** 15
- Ethikunterricht **30** 116; **42** 60; **44** 9, 58, 82–84, 86–89, 97, 99 f.; → Lebensgestaltung – Ethik – Religionskunde (LER)
- Eurodiaconia **49** 20
- Europäische Menschenrechtskonvention (1950) **7** 22, 27 f.; **11** 3–5, 8, 11–14; **42** 9; **43** 10, 16 f.; **77** 19; → Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; → margin of appreciation; → Religionsfreiheit: Art. 9 EMRK
- Europäische Union
- Evangelische Kirche in Deutschland (EKD): Büro Brüssel; → Katholisches Büro in Berlin: Europäische Union
 - Dialog mit Religionsgemeinschaften (Art. 17 Abs. 3 AEUV) **7** 87; **9** 8; **11** 6, 30; **36** 28; **37** 47–49, 51–53; **77** 83
 - Kompetenzen **8** 17; **9** 18, 25; **16** 56, 59
 - Rechtsetzung **9** 2, 7 f., 18

- Europäische Union, Recht der
→ Amsterdam, Erklärung
Nr. 11 zum Schlussprotokoll
des Vertrages von; → Beihilfen-
recht, europäisches; → Binnen-
marktbezug der Tätigkeit von
Religionsgemeinschaften;
→ Datenschutzrecht, euro-
päisches; → Grundrechte-
Charta der Europäischen
Union (2007)
- Abgabenrecht **72** 30; **74** 13 f.,
23–30, 54–59
 - Antidiskriminierungsrecht
→ Antidiskriminierungsrecht
 - Anwendungsvorrang **7** 33; **9** 46
 - Arbeitsrecht **11** 39–44; **16** 25,
58 f.; **57** 57–76, 84–89
 - Denkmalschutz **66** 11
 - elterliches Erziehungsrecht
43 18
 - Erwachsenenbildung **48** 34 f.,
37–40
 - Förderung von Religions-
gemeinschaften **68** 31–38
 - Grundfreiheiten **48** 37
 - Kinderrechte **53** 21
 - Massenmedien **38** 32 f., 35, 39–
41, 83–86, 106
 - Rechtsschutz **11** 44–46
 - Schule **11** 36 f.
 - Staatskirchenrecht **11** 1–47
 - Staatskirchenverträge **10** 74
 - Staatsleistungen **73** 78
 - Status von Religionsgemein-
schaften (Art. 17 Abs. 1 AEUV)
7 29, 33; **11** 24, 27–29, 41, 47;
16 6, 56–58; **33** 15 f., 39, 42 f.,
45 f., 50 f.; **35** 102; **36** 28, 30;
37 43–45; **49** 100, 114, 128;
57 75, 86 f.; **58** 20; **68** 33; **72** 30;
74 25; **77** 83
 - Wettbewerbsrecht **38** 33;
49 115–130; **73** 78
- Europäischer Gerichtshof für
Menschenrechte **9** 45; **11** 4 f.,
10 f., 13 f., 47; **12** 27; **18** 41; **42** 9;
57 24, 28, 90, 113–117; **77** 78–82
- Europarat **9** 2, 7; **36** 37
- Europarecht → Europäische Men-
schenrechtskonvention (1950);
→ Europäische Union, Recht
der
- European Ecumenical Commis-
sion for Church and Society
(EECC) **36** 24
- Evangelii gaudium (2013)
→ Enzyklika
- Evangelisch-altreformierte Kirche
in Niedersachsen (EAK) **23** 14
- Evangelische Kirche → Kirche,
evangelische
- Evangelische Kirche der Union
(EKU) **21** 31
- Evangelische Kirche in Deutsch-
land (EKD) **4** 55, 62; **21** 5, 34–
61; **51** 14; **59** 28; **67** 33, 39;
70 90, 99, 102
- Bevollmächtigter des Rates der
EKD bei der Bundesrepublik
Deutschland und der Euro-
päischen Union **21** 53; **36** 12–
44; **37** 32
 - Büro Brüssel **4** 83; **21** 53;
36 24–41; **37** 32, 49
 - Kirchenamt **21** 61
 - Kirchenkonferenz **21** 57 f.
 - Rat **21** 55, 59 f.; **36** 6
 - Synode **21** 55 f.
- Evangelischer Pressedienst (epd)
35 41
- Evangelisches Werk für Diakonie
und Entwicklung **51** 20–24, 32
- Evangelisch-methodistische
Kirche **23** 23–26; **58** 70; **71** 47
- Ökumene **21** 32, 69 f.
 - Staatsleistungen **73** 51
 - Vertrag des Landes Nieder-
sachsen mit der Evangelisch-
methodistischen Kirche in
Nordwestdeutschland **10** 15
- Ex Corde Ecclesiae (1990)
→ Apostolische Konstitution
- Exarchat → Griechisch-Ortho-
doxe Metropole von Deutsch-
land und Exarchat von Zen-
traleuropa

- Exarchie → Apostolische
Exarchie der ukrainischen
griechisch-katholischen Kirche
- Exemption
- Abgabenrecht **73** 41; **74** 8
 - Beihilfenrecht **49** 128
 - Datenschutzrecht **33** 20, 28 f.;
57 135, 139 f., 143
 - EU-DSGVO **33** 11–16, 39–41,
48, 52
 - Justizgewährung **7** 80; **58** 43;
78 3, 52
 - Religionsfreiheit **14** 81
 - Selbstbestimmungsrecht **7** 80;
11 23; **16** 33; **28** 10; **32** 20
 - Wettbewerbsrecht **49** 126
- Exhumierung **61** 19
- Exilarch (Judentum) **5** 21
- Existenzminimum **49** 54; **74** 5, 41
- Kirchensteuer **72** 22, 38
 - religiöses **14** 101
- Exkommunikation **30** 56–59, 61 f.,
65, 67; **72** 36; **76** 1
- Feiertage → Buß- und Bettag;
→ Sonn- und Feiertage
- jüdische **40** 24, 42, 56
 - muslimische **10** 31; **40** 24
 - orthodoxe **22** 25–27
 - religiöse **9** 29; **35** 128; **40** 11,
17 f., 20 f., 22 f., 24, 51, 54, 56–
58, 59 f.
 - stille Tage **40** 59 f.; **77** 49
 - weltliche **9** 29; **40** 46, 53
- Fernsehen → Rundfunk
- Feuerbach, Anselm von **75** 9
- Filaly-Ansary, Abdou **6** 28
- Finanzausgleich **70** 96, 111
- Finanzbehörden, staatliche **68** 13;
72 12 f., 25, 28, 32, 41, 57, 64;
79 32
- Finanzierungsfreiheit, negative
14 32; **30** 113; **64** 26; **74** 6;
→ Kirchensteuer: Kirchensteu-
erpflicht
- Finnland → Apostolische
Exarchie der ukrainischen
griechisch-katholischen Kirche
- Kirchensteuer **68** 42; **72** 6;
74 58
- Förderung, staatliche **7** 88; **68** 1–
44; **77** 47, 66
- Europäische Union **36** 25, 32 f.
 - Kinder- und Jugendhilfe **53** 35
 - Kindertageseinrichtungen
53 13, 39 f., 49–56
 - kirchliche Erwachsenenbildung
und Akademien **48** 13, 16, 27,
37, 39, 42, 44 f., 48, 50–52, 62–66
 - Krankenhäuser **52** 39–41, 56–
64, 73; → Vielfaltsgebot: Kran-
kenhauswesen
 - nach Mitgliederzahl **30** 112
- Formelkompromiss **7** 6, 34; **27** 5
- Fortbildung
→ Erwachsenenbildung
- Forum Freikirchlicher Pfingst-
gemeinden **23** 34
- forum internum
- Gewissensfreiheit gemäß Art. 4
Abs. 1 GG **15** 14, 20
 - kein Schutz vor Blasphemie
38 53
 - Religionsfreiheit gemäß Art. 4
Abs. 1 GG **14** 38
 - Religionsfreiheit gemäß Art. 9
EMRK **11** 9, 15; **12** 28, 38
 - Schutz vor Diskriminierung
17 16
 - Spinoza **14** 5
- Francke, August Hermann **2** 7
- Frankreich **2** 1, 7, 18, 62; **7** 10, 17–
22; **11** 1; **12** 46; **68** 39; → Elsass-
Lothringen; → Laizismus:
Frankreich;
→ Trennungsgesetz, französi-
sches
- Anstaltsseelsorge **56** 5, 19
 - Burkaverbot **11** 34
 - Finanzierung von Religions-
gemeinschaften **39** 1; **68** 41, 42;
72 7; **73** 11

- Französische Revolution **1** 54, 106; **2** 14; **3** 30; **4** 27; **8** 29
- Kopftuch **7** 22
- Kulturkampf **35** 67
- Laizität **18** 38 f., 46
- Militärseelsorge **7** 20
- Religionsunterricht
 - Religionsunterricht: Frankreich
- Zivilehe **31** 15 f., 52
- Franziskus (Papst) **3** 43; **37** 2
- Freikirchen → Pfingstbewegung, Pfingstgemeinden; → Vereinigung Evangelischer Freikirchen
- Begriff **23** 6, 11
- Diakonie **21** 49; **23** 59; **51** 20 f., 25, 31
- Dienstgemeinschaft **57** 17
- Dienstrecht **58** 70
- Gemeinschaftswerk evangelischer Publizistik **38** 7
- Hochschulen **23** 60; **47** 3, 78
- katholisch **23** 11;
 - Altkatholische Kirche
- klassische **23** 11, 17–32
- konfessionelle **23** 11, 12–16
- Religionsgesellschaften nach der WRV **8** 31, 44
- Religionsunterricht **23** 55
- Rundfunk **23** 57 f.; **38** 70, 72
- Schulen **45** 15
- Seelsorge **54** 51
- Statistik **2** 45; **23** 3
- Freireligiöse Bewegungen und Gemeinden **23** 46;
 - Weltanschauungsgemeinschaften
- Kirchensteuer **72** 1, 26
- Nationalsozialismus **2** 18
- Staatskirchenvertragsrecht **10** 15; **39** 23
- Staatsleistungen **73** 51
- Vertrag des Landes Niedersachsen mit der „Freireligiösen Landesgemeinschaft Niedersachsen“ **10** 15
- Weltanschauungsunterricht **23** 54
- Freundschaftsklauseln **9** 8, 49; **10** 46 f., 60, 66, 70; **16** 48; **37** 36; **46** 40; **48** 37; **71** 71
- Frieden
 - öffentlicher **75** 4, 12, 14–18, 33, 35
 - Staatsaufgabe **11** 16; **18** 16; **68** 25
- Friedhof **1** 50; **16** 28; **19** 21, 31; **49** 61; **60** 2, 6, 8, 13; **61** 20–51; **62** 1; **68** 26; **74** 20; **79** 15 f., 30;
 - Bestattung;
 - Gebührenrecht der Religionsgemeinschaften;
 - Gewerbe auf Friedhöfen;
 - Grab
- Außerdienststellung **61** 34
- Belegung **32** 17
- Finanzierung **61** 30, 42
- Friedhofskultur **61** 22, 55
- Friedhofszwang **61** 26
- Gesetzgebungskompetenz **9** 20
- Monopolfriedhof **61** 24, 30, 40, 44
- Ordnungswidrigkeit **61** 60
- Privatfriedhof **61** 25, 67
- Rechtsschutz **61** 41, 50; **77** 51, 66
- Religionsausübung **56** 61; **61** 17
- Religionszugehörigkeit **30** 121; **61** 16
- Satzung **61** 36, 40, 55
- Satzungshoheit der Kommune **61** 25
- Selbstbestimmungsrecht **61** 40
- strafrechtlicher Schutz **61** 59
- Träger **61** 23, 30
- Umfriedung **61** 31
- Weihe (orth.) **22** 23
- Zulassungsanspruch **61** 17
- Friedrich Wilhelm III. (König von Preußen) **4** 28
- Friedrich (II.) der Große (König von Preußen) **46** 4
- Friedrich II. (Kaiser) **1** 31

- Friedwald **61** 9, 25, 67
 Frings, Josef **37** 7; **44** 6
 Frondienst **72** 4
 Fürsorge, öffentliche **7** 88; **9** 21;
 49 6 f., 10, 29–31, 57, 85, 87–93,
 96, 126; **52** 3, 5
 Fürsorgepflicht im öffentlich-
 rechtlichen Dienstverhältnis
 58 12, 25
 Gauck, Joachim **4** 53
 Gaudium et spes
 → Pastoralkonstitution
 Gebäude, öffentliche
 → Gebetsräume in öffentlichen
 Gebäuden; → Kreuze in öffent-
 lichen Gebäuden
 Gebäude, religiöse **7** 88; **35** 1, 14;
 41 16; **60** 2, 8, 13, 15, 34; **62** 1;
 64 1–3; **65** 1–4, 7–15, 17–39;
 67 39; **70** 36;
 → Denkmalschutz;
 → Kirchenbaulast;
 → Kirchenfabrik
 – Denkmalschutz **66** 1, 7, 15, 27,
 31
 – Eigentum **62** 13
 – strafrechtlicher Schutz **75** 7, 39,
 44, 48
 Gebetbuch **67** 14
 Gebetsräume in öffentlichen
 Gebäuden **41** 12
 Gebietsabtei **30** 34
 Gebietsprälat **30** 34
 Gebühren → Abgabenerbefreiung;
 → Gebührenrecht der
 Religionsgemeinschaften
 – Austrittserklärung **30** 154
 – Begriff **74** 43
 Gebührenrecht der Religions-
 gemeinschaften
 → Elternbeiträge für
 Kindertageseinrichtungen;
 → Stolgebühren
 – Äquivalenzprinzip **61** 43
 – Archivgebühren **34** 17, 24
 – Bindungen bei der Erhebung
 9 50; **19** 43; **53** 57; **61** 43 f.;
 79 31
 – Dissidentenzuschlag **53** 57
 – Friedhofsgebühren **9** 50; **19** 43;
 61 42–45; **79** 25, 30
 – Gebührengerechtigkeit **53** 57;
 61 44
 – Gebührenordnung **21** 18; **34** 17;
 79 31
 – kirchenaufsichtliche Geneh-
 migung **70** 124
 – Kostenüberschreitungsverbot
 61 44
 – Recht zur Erhebung **53** 42;
 61 42; **74** 1
 – Staffelfung nach Leistungs-
 fähigkeit **53** 57
 – Studiengebühren **47** 71
 – Verhältnis zur Kirchensteuer
 72 37, 71
 – Vollstreckung **53** 42, 57; **61** 45;
 77 37 f.; **79** 25 f., 28–31, 35, 43
 Geburtenregister **32** 2, 7–9, 12
 Gedankenfreiheit (Art. 9 EMRK)
 11 7
 Gefängnispfarrer **56** 46
 Gefängnisseelsorge **10** 18; **11** 38;
 56 9
 Gegendarstellungsanspruch
 38 20 f., 42, 55, 81
 Geheimarchiv **34** 4, 13
 Geistliche **58** 50; **76** 19–35; **78** 21;
 → Dienstrecht, öffentlich-
 rechtliches; → Kleriker;
 → Zeugnisverweigerungsrecht
 – Dienstverhältnis **58** 16
 – politische Betätigung **58** 31
 Gelasius (Papst) **1** 2, 3; **3** 21, 22
 Gemeinde → Pfarrei
 – Beteiligtenfähigkeit im Ver-
 fassungsbeschwerdeverfahren
 77 63
 – evangelische **21** 15–18, 75;
 70 88, 90, 93, 107, 109–117, 119
 – jüdische **24** 7–11, 19–27; **30** 21;
 35 52
 – Kirchenbaulast **64** 5, 15
 – muslimische **25** 3, 5–11, 14, 65,
 69; **30** 101, 110; **77** 30, 35
 – Organisationsgewalt **27** 41

- Wohlfahrtspflege **49** 20
- Gemeindekirchenrat
 - Kirchenvorstand: evangelische Kirche
- Gemeindeteilung (BVerfGE 18, 385) **7** 45, 78; **8** 59; **9** 47; **16** 6, 16, 21, 38; **19** 24; **77** 4, 63; **78** 28
- Gemeindeversammlung **70** 117
- Gemeinnützigkeit **26** 19; **48** 37; **49** 73, 97 f.; **68** 14 f., 34; **74** 1, 12, 16, 18, 20, 31–40, 50–52, 54–57, 59; **77** 54
- Caritas **50** 21
- Kindertageseinrichtungen **53** 56
- Krankenhäuser **52** 6, 27, 71 f., 72
- Ordensangehörigen-Verein **29** 53
- Gemeinsame Angelegenheiten **1** 47; **10** 20, 26; **13** 13; **16** 47; **68** 17–19; **73** 6, 9; **79** 7
- Anstaltsseelsorge **56** 14
- Datenschutz **33** 22
- Friedhof **61** 2, 17
- Hochschulplanung **47** 25
- Kirchensteuer **72** 22
- muslimische Religionsgemeinschaften **10** 31
- Polizeiseelsorge **55** 14
- Religionsunterricht **44** 41, 43, 58, 65
- Theologische Fakultäten **46** 3–6, 32 f.
- Gemeinschaft Evangelischer Kirchen in Europa (GEKE) **21** 69; **23** 9
- Gemeinschaftsschule **10** 47; **42** 59; **43** 38, 42, 65 f.; **44** 5, 37; **45** 1, 6, 9 f., 13, 17, 37; **46** 81, 83
- Generalvikariat **20** 45, 48 f.; **70** 82
- Genfer Konvention **54** 21
- Gerichtbarkeit der Religionsgemeinschaften **11** 46; **16** 21, 31; **26** 26; **58** 42; **70** 77; **71** 91 f.; **77** 16 f., 38; **78** 15, 26; **79** 1
- Arbeitsrecht **59** 72–80; → Arbeitsgerichte
- evangelische Kirche **21** 62–67; **59** 78–80
- jüdische Gemeinschaft **5** 10 f., 17; **24** 35–39, 43, 46
- katholische Kirche **20** 34, 51–53; **31** 43, 75; **59** 23
- Zeugen und Sachverständige **79** 20–22
- Gerichtsvikar → Offizial / Offizialat
- Gerondi, Nisim **5** 1, 14
- Gerstenmaier, Eugen **4** 53; **51** 14
- Gesangbuch und Urheberrecht **67** 10, 14
- Geschäftsgrundlage, Wegfall **69** 27; **73** 74
- Kirchenbaulasten **64** 30 f.
- Patronate **63** 25
- Staatskirchenverträge **9** 49
- Theologische Fakultäten **46** 26
- Gesellschaft des apostolischen Lebens **29** 8
- gesellschaftliche Grundlagen des Staatskirchenrecht **2** 1–62; **23** 3
- Gesetz
 - Rechtsquelle **9** 1–50
 - Rechtstitel für Staatsleistungen **73** 44 f.
- Gesetz über die religiöse Kindererziehung (RKEG) **9** 19; **42** 5 f., 34, 41 f., 45, 63–106; **44** 12, 79; **53** 16
- Gesetzgebungsverfahren
 - Anhörung von Religionsgemeinschaften
- Gesundbeter (BVerfGE 32, 98) **2** 2; **14** 36; **15** 13, 15; **19** 19; **21** 21; **23** 23; **38** 38; **75** 51
- Gewerbe auf Friedhöfen **61** 38, 61 f., 63, 64; → Grab: Grabmale ohne Kinderarbeit
- Gewerberecht **77** 51
- Gewerbesteuer **49** 97; **74** 16, 39 f.
- gewerbliche Schutzrechte **67** 1–44
- Gewerkschaft → Dritter Weg
- Gewerkschaften
 - Koalitionsfreiheit; → Streik
- Arbeitskampf **59** 8, 14

- christliche **2** 14; **35** 91
- Dialog **36** 39; **37** 26
- Einbindung in das Verfahren des Dritten Wegs **59** 17–20, 27, 32, 34
- Erwachsenenbildung **48** 5, 48
- Fremdbestimmung der Dienstgemeinschaft **57** 30
- Rechte gegenüber Religionsgemeinschaften **8** 76
- Rundfunkgremien **38** 73
- Schwund **2** 27
- Tarifautonomie **59** 15
- Gewissensfreiheit **12** 22; **14** 1, 35, 48 f.; **15** 1–29; **17** 16; **38** 18; **52** 24
- Abgrenzung zur Religionsfreiheit **15** 2–4, 11, 16, 29
- Art. 10 EU-GRC **15** 28
- Art. 9 EMRK **11** 7; **15** 28
- Begriff **1** 87–90
- frühkonstitutionelle Verfassungen **1** 64 f.
- Grundrechtsvorsorge des Staates **15** 22, 25
- Preußische Verfassung (1850) **1** 102
- Schranken **15** 14, 23
- Gewohnheitsrecht **13** 1–17
- Gesetz im materiellen Sinn **73** 44 f.
- im evangelischen Kirchenrecht **13** 9
- im Judentum **5** 9
- im katholischen Kirchenrecht **13** 8
- im staatlichen Recht **9** 1
- Kirchenbaulast **64** 12, 17, 36 f.
- Kirchengutsgarantie **69** 11
- res sacrae **60** 23 f., 50 f.
- Gierke, Otto von **4** 23; **72** 69
- Glaube (Rechtsbegriff) **7** 46
- Glaubensfreiheit **1** 89 f.; **14** 1, 5, 38–42; **17** 16; **38** 53; → Religionsfreiheit
- Art. 9 EMRK **11** 15; **12** 28, 38
- Glaubenswerbung → Mission
- Gleichberechtigung der Geschlechter **11** 37; **17** 25; **18** 28 f.; **43** 29, 75 f.; **44** 62
- Islam **6** 31, 35 f.
- Judentum **30** 20
- Gleichheit
 - Antidiskriminierungsrecht;
 - Parität
- allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) **14** 78; **17** 3, 7; **18** 13; **45** 35; **48** 37; **68** 21–23, 30; **74** 3, 17, 19, 45
- Anspruch auf gleichen Respekt **18** 33
- Art. 14 EMRK **11** 8; **77** 79, 81
- besonderer Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 3 GG) **8** 12; **9** 13, 42; **14** 54; **18** 13; **19** 49; **35** 92; **44** 74; **45** 21
- der Religionen **18** 28 f.
- Gleichbehandlung im Hinblick auf die Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft **30** 105
- Grundrecht **19** 7
- Kirchenbaulasten in Ost und West **64** 33
- korporative **7** 77
- Privilegierungsverbot **7** 77
- religiöse **7** 75, 76 f.; **14** 1; **17** 1–28; **18** 48
- staatsbürgerliche (Art. 33 Abs. 2 GG) **8** 12; **9** 42; **17** 1, 27; **18** 13; **35** 92; **41** 33; **44** 74; **47** 62
- Teilhabe an staatlichen Leistungen **53** 13, 54; **73** 4, 7
- Unterschiede im Bundesstaat **55** 6
- Gliedkirche der EKD
 - Landeskirche
- Gliedkirchliche Zusammen-schlüsse in der EKD **70** 90, 101 f.
- Glocken
 - Läuten **14** 80; **26** 19; **35** 1; **41** 10, 16 f.; **60** 16, 21, 34; **64** 6; **65** 1, 3 f., 8, 40–46, 44
 - Orthodoxe Kirche **22** 24
 - Patronatsbaulast **63** 31

- Sachenrecht **60** 2, 13, 21
- Simultangebrauch **62** 1
- GmbH **29** 14; **47** 45; **50** 31, 48–52;
52 71; **53** 8; **70** 44
- Goch (BVerfGE 46, 73) **8** 57; **9** 13;
16 10; **28** 10, 12; **49** 40; **51** 3, 30;
57 44 f.; **59** 6
- Gogarten, Friedrich **4** 45
- Gollwitzer, Helmut **4** 56
- Görres, Joseph **73** 18
- Gottesbezug in der Verfassung
4 84; **7** 90; **13** 11; **43** 26, 30, 55–
59, 74, 84; **54** 43; **77** 75
- Gottesdienst **2** 34, 38; **12** 16, 28;
14 35, 55; **35** 8 f., 90, 105;
42 100; **56** 38; **62** 8; **65** 21 f., 37;
67 10; **70** 32, 35; **74** 20;
→ Schulgottesdienst
- Anstaltsseelsorge **54** 15 f., 35,
50; **56** 26
- Gefängnisseelsorge **56** 54–58
- Massenmedien **38** 7, 12, 43, 87,
89–92, 95, 106
- Recht und Pflicht der Katho-
liken zur Teilnahme **30** 46 f.
- Sonn- und Feiertagsschutz **40** 7,
11, 55, 57 f.
- strafrechtlicher Schutz **75** 8,
11, 27, 35–41, 37, 40
- Gotteslästerung → Blasphemie
- Grab → Friedhof; → Totenruhe
- Gestaltung **61** 54, 55–57
- Grabmale ohne Kinderarbeit
61 38
- Grabnutzung **61** 52–54
- Grabstein **61** 62
- Patron **63** 31
- Ruhefrist **61** 29, 34, 39, 53
- Verkehrssicherungspflicht
61 48 f.
- Graduierungsrecht **46** 52; **47** 13,
16, 43, 54–57, 66, 77
- Gratian **1** 44; **13** 8; **31** 10
- Gravissimum Educationis (Kon-
zilserklärung, 1965) **47** 12
- Gregor VII. (Papst) **1** 101; **2** 4;
3 24, 26
- Gregor XVI. (Papst) **3** 30
- Griechenland → Orthodoxe Kir-
che
- Finanzierung der Kirche **68** 40;
72 7; **73** 11
- Staatskirche **7** 14; **12** 46; **68** 39
- Griechisch-katholische Kirche
→ Apostolische Exarchie der
ukrainischen griechisch-katho-
lischen Kirche
- Griechisch-Orthodoxe Metropole
von Deutschland und Exarchat
von Zentraleuropa **22** 3, 15 f.
- Gröber, Adolf **8** 36
- Großkanzler (Magnus
Cancellarius) **47** 67
- Grotewohl, Otto **36** 11
- Grotius, Hugo **1** 30
- Grüber, Heinrich **36** 10, 11
- Grundgesetz → Verfassung
- Grundordnung des kirchlichen
Dienstes **28** 14; **29** 17, 22 f.;
50 75 f.; **57** 51, 79, 95–105, 110;
59 21–23, 27, 58, 75
- Grundrechte → Drittwirkung der
Grundrechte
- Ausstrahlungswirkung **75** 51 f.
- Grundrechtsdogmatik **7** 39, 58
- Grundrechte, innerkirchliche
4 69; **19** 3
- Grundrechte-Charta der Euro-
päischen Union (2007) **4** 84;
11 4 f., 11; **42** 8 f.; **43** 17; **48** 35;
53 21
- Grundrechtsberechtigung von
Religionsgemeinschaften **14** 30;
19 1–18; **27** 3, 32; **35** 103 f.,
114 f.; **50** 16; **77** 21
- Grundrechtsbindung der Religi-
onsgemeinschaften **16** 32; **19** 1–
4, 19–49; **27** 32; **33** 32 f.; **49** 61;
53 18; **58** 13; **77** 21
- Grundsätze des Berufsbeamten-
tums **58** 22
- Grundschule → Schule
- Grundschule, konfessionelle
→ Bekenntnisschulen

- Grundsteuer, Grunderwerbsteuer **74** 19–22; **77** 55
- Güstrower Vertrag
→ Kirchenverträge, evangelische: Mecklenburg-Vorpommern (1994)
- Gute Sitten → ordre public
- Habermas, Jürgen **14** 20; **35** 22, 28
- Halacha **5** 5, 9, 11 f., 14, 18 f., 22; **24** 13, 42, 43; **30** 16
- Halbteilungsgrundsatz **72** 49, 51
- Hamburger Modell **44** 66 f.
- Hand- und Spanndienste **64** 10, 15
- Häresie **30** 56; **35** 121
- Haußmann, Conrad **8** 42
- Heckel, Johannes **69** 4;
→ Heckelsche Formel
- Heckel, Martin **4** 32; **8** 25; **12** 49; **18** 24; **44** 1
- Heckelsche Formel **8** 42; **16** 36 f., 42
- Heiliger Stuhl **9** 7, 17; **50** 70 f.; **74** 56; → Apostolischer Nuntius; → Papst; → Römische Kurie; → Vatikanstadt
- internationale Beziehungen **12** 53–56
 - Rechtsfähigkeit **70** 42
 - Staatskirchenverträge **9** 49; **10** 40, 48, 50 f., 56, 58, 71, 74
 - Völkerrechtssubjektivität **10** 40; **12** 1, 51 f.
- Heiliger Synod **22** 14
- Heilsarmee **23** 28
- Heimstatt aller Bürger, Staat als **7** 83; **8** 26, 28; **18** 13
- Heinemann, Gustav **4** 53
- Herder, Johann Gottfried **8** 30
- Herkommen **62** 5; **64** 12, 17, 30, 36 f.; **73** 46
- Herntrich, Volkmar **51** 33
- Herrnhuter Brüdergemeine
→ Brüder-Unität
- Herzog, Roman **4** 53
- Hesse, Konrad **8** 33; **16** 45; **18** 21, 22, 24; **28** 27
- Heuss, Theodor **4** 53; **8** 46, 47, 49, 50; **44** 26
- Hildesheimer, Esriel **24** 54
- Hilfswerk
- BEK DDR **51** 19
 - EKD **51** 14 f.
- Hirsch, Emanuel **4** 45
- Hobbes, Thomas **14** 5
- Hochschule für Jüdische Studien **24** 5, 51; **46** 18; **47** 3, 47, 55
- Hochschulen, kirchliche **11** 19; **16** 21; **20** 40; **23** 60; **29** 16; **47** 1–81; **49** 19; **73** 7; **74** 33; **79** 18;
→ Lehrbeanstandung;
→ Privathochschulen
- Berufung der Hochschullehrer **47** 17, 24, 50
 - Dienstrecht der Hochschullehrer **47** 58–62
 - Dienstverhältnisse **58** 21
 - Ersatzhochschule **47** 66
 - Islamprofessuren **46** 65, 73 f.
 - Musikhochschulen **47** 4, 16
 - Ordenshochschulen **47** 5, 8, 16, 27, 47
 - Schulvertrag **47** 63, 75
- Hochschulfähigkeit **47** 22
- Hochzeit → Ehe
- Hodscha **25** 21
- Hollerbach, Alexander **3** 39; **18** 24
- Holstein, Günther **16** 36, 42
- Höpker-Aschoff, Hermann **8** 46, 51
- Huber, Wolfgang **4** 63; **35** 81, 131
- Humanistische Weltanschauungsgemeinschaften → Freireligiöse Bewegungen und Gemeinden;
→ Weltanschauungsgemeinschaften
- Humboldt, Wilhelm von **14** 7; **48** 1
- Hus, Jan **23** 22
- Hussain, Aftab **6** 46
- Hypertrophie der Religionsfreiheit? **7** 67; **14** 49; **17** 20

- Ibn Kathir **6** 17
 Ibn Taimiya **6** 16
 Identifikationsangebot **7** 90
 Identifikationsverbot
 → Nichtidentifikation, Grundsatz der
 Identität der Mitgliedstaaten der EU (Art. 4 Abs. 2 EUV) **7** 33; **8** 17; **11** 29; **16** 56; **37** 47
 Identität der Verfassung **7** 33; **16** 59; **40** 12
 Idschaza **44** 59, 73
 Imam
 – Ausbildung **25** 26, 36; **46** 74
 – Auswahl **25** 63
 Imamat, Verhältnis zur Herrschaft **6** 13–16, 51
 Immissionsschutz **26** 19; **49** 66; **65** 40–50; → Glocken: Läuten; → Muezzinruf
 Indult **70** 66
 informationelle Selbstbestimmung, Recht auf
 → Selbstbestimmungsrecht, informationelles
 Inkardination **58** 65
 Inkorporation der Weimarer Kirchenartikel **7** 6, 34, 37; **8** 13 f., 26, 46–52, 54 f., 63, 76; **9** 36 f.; **14** 64, 69 f., 77, 93, 95
 Innere Mission **2** 22; **49** 5; **51** 5–19, 26; → Diakonie
 Innozenz III. (Papst) **3** 26
 Institut des geweihten Lebens **29** 8
 Institutentheorie **70** 41, 90
 institutioneller Überhang
 → Überhang, institutioneller
 Integration **43** 23, 49, 51, 59 f., 64 f., 70, 78 f., 85
 Internationaler Lutherischer Rat **12** 57
 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (1966) **12** 6–24; **42** 7; **43** 4 f., 8
 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (1966) **42** 7; **43** 4–8
 Internet **35** 9, 24; **38** 1, 5, 7–10, 15 f., 24 f., 27, 37–42
 Intima Ecclesiae natura (2012)
 → Motu proprio
 Investiturstreit **1** 42, 101; **2** 4; **3** 25; **63** 5
 Irland **11** 2
 Islam **14** 56; **35** 53–56; **38** 6, 10, 64;
 → Bekenntnis: muslimisch;
 → Ehe: islamisches Recht;
 → Muslimische Religionsgemeinschaften
 – Deutsche Islam Konferenz **25** 15, 22, 25, 34, 41, 46, 50, 54, 57, 61 f.; **54** 62
 – Feiertage → Feiertage: muslimische
 – Staat und Religion **6** 1–54; **7** 13
 – Wohlfahrtspflege **25** 5, 15, 30, 36, 55; **49** 20; **68** 23
 – Zakat **49** 2
 Islamische Gemeinschaft der Bosniaken in Deutschland **25** 55–57
 Islamische Gemeinschaft der schiitischen Gemeinden in Deutschland **25** 58–61
 Islamische Gemeinschaft in Deutschland **25** 15, 35, 39–41
 Islamische Gemeinschaft Milli Görüş **25** 15, 23, 25–28
 Islamische Studien
 → Theologische Fakultäten: islamische
 Islamismus **6** 30, 31, 33, 38, 43 f.; **25** 28, 35; → Dschihad
 Islamrat für die Bundesrepublik Deutschland **25** 14, 23–25, 34, 42, 57; **35** 54 f.
 Islamunterricht
 → Religionsunterricht: muslimisch
 Israel **5** 21
 Italien → Steuerzuschlagwahl
 ius circa sacra, ius in sacra **1** 17, 29 f., 69, 73, 82 f., 95; **4** 24; **8** 19; **14** 14; **16** 5; → Kirchenhoheit, staatliche
 ius emigrandi **14** 9; **30** 3

- ius in sacra → ius circa sacra, ius in sacra
 Ius Publicum Ecclesiasticum **3** 6, 29
 ius reformandi **1** 32, 37; **14** 9; **30** 3
- Jannäus → Alexander Jannai
 Jedermann-Formel **8** 60; **16** 39, 45
 Jehovas Zeugen
 → Zeugen Jehovas
 Jesuiten **35** 68
 Johannes Paul II. (Papst) **3** 43; **20** 24, 26; **59** 8; **66** 33
 Johannes XXIII. (Papst) **3** 34
 Johannische Kirche **23** 44
 Johanniter **67** 37
 Joseph II. (Kaiser) **31** 14
 Judentum → Ehe: jüdisches Recht; → Jüdische Religionsgemeinschaften; → Zentralrat der Juden in Deutschland
 – Feiertage → Feiertage: jüdische
 – Konfessionen **30** 19
 – Medienarbeit **38** 9
 – Öffentlichkeitsarbeit **35** 51 f.
 – Reformjudentum **30** 20
 – Verhältnis von Staat und Religion **5** 1–25
 – Volk Israel **30** 17
 – Wohlfahrtspflege **24** 5, 48–50; **49** 20; **53** 1; **68** 23;
 → Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland
 – Zedaka **49** 2
 jüdische Gemeinden
 → Gemeinde: jüdische
 Jüdische Religionsgemeinschaften **17** 7; **68** 15 f.; **72** 26 f.; **74** 17, 19 f.; **77** 3, 47, 66, 68, 71; **78** 34, 36 f., 43; → Staatsverträge mit jüdischen Religionsgemeinschaften; → Zentralrat der Juden in Deutschland
 – Körperschaftsstatus **72** 4; **77** 44 f.
 – Kultussteuer **72** 1, 26, 70
 – Organisation **24** 1–54
 – Rundfunk **38** 67, 69, 71
 – Zuschüsse → Staatsverträge mit jüdischen Religionsgemeinschaften: Staatsleistungen, Zuschüsse
 Jugendhilfe → Kinder- und Jugendhilfe
 Jugendhilfeausschuss **53** 35
 Jugendreligionen **26** 12
 Jugendschutz **21** 46; **35** 15, 98; **38** 42, 58–60; **57** 126; **68** 16
 Jugendverbände (kath.) **28** 3
 Jugendwerke (ev.) **28** 34; **35** 76
 Juristische Personen (Art. 19 Abs. 3 GG) **19** 8–10
 Jüsten, Karl **37** 10
 Justinian (Kaiser) **31** 7
 Justizgewährung → Rechtsschutz der Religionsgemeinschaften; → Rechtsschutz in Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften
 Justiziabilität kirchlicher / kirchengerichtlicher Entscheidungen → Rechtsschutz in Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften
- Kaas, Ludwig **4** 38
 Kadivar, Mohsen **6** 51
 Kahl, Wilhelm **4** 38, 40, 43; **8** 36, 39; **13** 9
 Kalif / Kalifat **6** 10–16, 26, 28 f., 31; **25** 49
 Kalifatstaat **26** 35; **28** 24; **77** 42, 66
 Kalinna, Hermann E. J. **36** 13, 22
 Kalisch, Sven **46** 70
 Kamali, Mohammad Hashim **6** 46
 Kanonisation weltlicher Gesetze **50** 26
 kanonische Gemeinschaft, Akt über die (2007) **22** 8
 kanonisches Recht
 → Kirchenrecht: katholisches
 Kant, Immanuel **2** 11
 Kanzelparagraph **35** 68

- Kapitalertragsteuer **72** 20, 41, 59, 64; → Einkommensteuer
- Kappung → Kirchensteuer: Kappung
- Karitativ-diakonisches Wirken **1** 49; **14** 31, 43, 46, 55; **27** 9; **36** 21; **39** 13 f.; **43** 69; **45** 26; **49** 1–131; **52** 26; **57** 40, 48; **65** 15, 22; **68** 23; **74** 12, 16, 30, 33 f.; **76** 39; → Caritas; → Diakonie
- Karl der Große **1** 5
- Kassation **34** 11, 18
- Kasualien → Amtshandlungen, kirchliche
- Katechumenat **30** 27; **48** 9
- katholisch
- Bezeichnung **28** 14, 32, 33
 - Namensrecht **67** 38, 41–44
- Katholische Kirche → Kirche, katholische
- Katholisches Büro in Berlin **20** 31; **37** 6–33, 37, 40–50
- Europäische Union **37** 39–53
- Katzenstein, Simon **8** 36, 39
- Kaufmann, Theophil **8** 51
- Ketteler, Emmanuel von **48** 6
- Khan, Muqtedar **6** 33
- Khorchide, Mouhanad **46** 70, 71
- Kind → Erziehungsrecht; → Erziehungsrecht, elterliches; → Gesetz über die religiöse Kindererziehung; → Kinder- und Jugendhilfe; → Kinderrechte; → Kindeswohl; → Religionsmündigkeit
- Kirchensteuer **72** 55, 73
 - nach katholischem Kirchenrecht **42** 105
 - Selbstbestimmungsrecht **42** 18, 32, 35, 74; **44** 79–81; **53** 16
- Kinder- und Jugendhilfe **42** 5 f., 46, 107; **43** 35, 69; **49** 14, 88–91; **53** 23–25, 29, 33, 54; **74** 33
- Kinderarbeit → Grab: Grabmale ohne Kinderarbeit
- Kinderbetreuung **53** 1, 15; → Betreuungsplatz
- Anspruch **53** 41
- Kindererziehung, religiöse
- Erziehungsrecht, elterliches;
 - Gesetz über die religiöse Kindererziehung
- Kinderrechte
- Europarecht **53** 21
 - Landesverfassungen **53** 22
 - Übereinkommen über die Rechte des Kindes (1989) **42** 7; **43** 4–6, 8; **53** 20
- Kinderrechtskonvention (UN)
- Kinderrechte: Übereinkommen über die Rechte des Kindes
- Kindertageseinrichtungen **7** 88; **27** 9; **49** 91, 99; **53** 1–57; **57** 48; **65** 22, 28; **68** 26; **73** 4; → Elternbeiträge für Kindertageseinrichtungen
- Gesetzgebungskompetenz **9** 20, 26
 - Kosten **53** 30
 - Religionszugehörigkeit **30** 121
 - Träger **53** 4–10
 - Wahlrecht **53** 30
 - Zulassungsanspruch **53** 36
- Kindeswohl **42** 16 f., 27–29, 33, 36, 43 f., 82, 84, 89, 91–94, 106–108; **43** 18, 45; **45** 2 f., 28; **53** 14, 37 f.
- Kirche, evangelische
- Mitgliedschaft **21** 39
 - Organisation **21** 1–76
 - Rechtsetzung **21** 40–43, 55
 - Staat-Kirche-Verhältnis **4** 1–85
- Kirche, katholische
- Körperschaftsstatus **30** 29
 - Mitgliedschaft **30** 25–69
 - Organisation **20** 1–80
 - Rechtsfähigkeit **70** 42
 - Staat-Kirche-Verhältnis **3** 1–47
- Kirche, orthodoxe → Orthodoxe Kirche
- Kirche des Nazareners **23** 27

- Kirche Jesu Christi der Heiligen
der Letzten Tage **23** 45; **67** 39
- Kirchen, kleine **23** 1–62
- Kirchenasyl **15** 15; **65** 2
- Straftat **75** 5, 50, 53
- Kirchenaustritt → Austritt aus
einer Religionsgemeinschaft
- Kirchenbaulast **7** 20, 94; **13** 17;
62 9; **64** 1–37; **69** 17, 29; **71** 24;
73 9, 19, 37 f., 50
- Ablösung **73** 22
 - Baulasttitel **64** 12–18, 27, 37
 - Baulastwert **64** 28
 - kommunale **68** 9; **69** 27
 - Patronat **63** 1 f., 7, 11, 16, 20–22,
26–28, 31 f.
 - Rechtsnachfolge **64** 32–36
 - Rechtsschutz **77** 71
- Kirchenbausteuer (BVerfGE 19,
206) **18** 13, 15
- Kirchenbeamte **19** 21, 49; **27** 47 f.;
57 3 f., 16; **58** 50 f., 53–57, 61–
67; **70** 107; → Dienstrecht,
öffentlich-rechtliches;
→ Körperschaftsstatus, öffent-
lich-rechtlicher: Dienstherren-
fähigkeit
- Hochschullehrer **47** 58–62
- Kirchenbegriff **30** 23
- evangelisch **30** 70–74
 - im staatlichen Recht **8** 3; **23** 5;
75 23
 - katholisch **30** 25 f.
- Kirchenbezirk → Kirchenkreis
(ev.)
- Kirchenbücher **1** 51; **30** 169; **32** 1;
34 13, 19–25
- Kircheneintritt → Mitgliedschaft
in einer Religionsgemeinschaft
- Kirchenfabrik **63** 1; **70** 45;
→ Kirchenstiftung
- Kirchenfron **72** 4
- Kirchengebäude → Gebäude,
religiöse
- Kirchengebrauch **67** 14
- Kirchengemeinde → Gemeinde
- Kirchengemeinderat
→ Kirchenvorstand: evangeli-
sche Kirche
- Kirchengemeindeverband **20** 68;
70 44
- Kirchengemeinschaft **21** 39; **23** 9
- Kirchengerichte
→ Gerichtsbarkeit der Religi-
onsgemeinschaften
- Kirchengutsgarantie **43** 21; **49** 62–
66, 72; **60** 43, 43–49, 46 f., 51;
62 6 f.; **64** 19, 22, 25–27, 33, 35,
37; **66** 16, 20, 22; **68** 9; **69** 1–32;
70 9–13; **73** 75
- kirchliche Stiftungen **71** 7
 - Ordensgemeinschaften **29** 5
 - Patronat **63** 2, 18, 20 f., 23
 - Religionsbezug **69** 7–9, 18–24,
31 f.; **70** 12 f.
 - Schranken **9** 35; **49** 66; **60** 43
 - Staatskirchenverträge **10** 20–
22, 45
 - Verhältnis zu Art. 14 GG **49** 62;
69 3, 6–9, 18; **70** 10
- Kirchenhoheit, staatliche **8** 19;
14 14; **16** 5; **27** 5; **63** 11
- Kirchenkampf **4** 48; **35** 30, 75 f.;
39 6; **51** 11–13, 26
- Kirchenklauseln **57** 125
- Kirchenkreis (ev.) **21** 19–21, 75;
70 90, 107
- Körperschaftsstatus **70** 118–
122
 - Vermögen **70** 109 f., 112
- Kirchenleitung
- evangelisch **21** 10–12, 22–27;
30 94; **70** 93, 105–108, 110, 112,
112–115, 116
 - katholisch **30** 44; **70** 56;
→ Bischof (kath.): Leitungsgewalt; → Papst
- Kirchenmitgliedschaft
→ Mitgliedschaft in einer Reli-
gionsgemeinschaft
- Kirchenmusik → Musik
- Kirchenprovinz → Erzbistum;
→ Metropole

- Kirchenrecht **1** 1; **4** 18; **8** 7; **9** 50;
16 29 f.; **19** 29; **27** 30, 35, 39;
50 26–31, 64, 67; **58** 46, 52;
59 65; **77** 8; **78** 8, 13, 22, 42;
79 28; → bürgerliche Wirksamkeit; → Vollstreckung: Durchsetzung kirchenrechtlicher Ansprüche
- Ansprüche zwischen Religionsgemeinschaft und Mitglied **30** 106, 114
 - Berechtigung und Verpflichtung **30** 28, 44, 92
 - Direktionskraft **50** 24 f.
 - evangelisches **14** 90; **21** 8 f.; **59** 28; **63** 8; **70** 86, 88 f., 106; → Gewohnheitsrecht: im evangelischen Kirchenrecht
 - katholisches **1** 82; **3** 28; **70** 27–30; → Gewohnheitsrecht: im katholischen Kirchenrecht
- Kirchensteuer **1** 79 f.; **9** 15; **14** 36; **19** 21, 44; **23** 6, 51; **26** 24; **27** 3, 22, 24, 28 f., 32, 44–46; **51** 10; **52** 67; **54** 38; **58** 7; **64** 26; **68** 27; **70** 111, 120; **72** 1–74; **73** 2 f., 31; **79** 15, 39; → Austritt aus einer Religionsgemeinschaft
- Annexsteuer **72** 53, 68
 - Aufkommen **72** 10
 - Auskunftsanspruch der Religionsgemeinschaften **72** 12; → Datenübermittlung zwischen Staat und Kirche
 - Austritt aus der Religionsgemeinschaft **30** 52–54
 - Datenverarbeitung **30** 124
 - Durchsetzung **30** 47
 - Gesetzgebungskompetenz **9** 20, 26; **72** 13, 22
 - Gleichheit **30** 54
 - Grundrechte **72** 13, 39, 42, 74
 - Kappung **72** 19, 61
 - Kirchenbehörden **72** 20, 21
 - Kircheneinkommensteuer **9** 33; **72** 46
 - Kirchengrundsteuer **72** 35, 63
 - Kirchensteuerbescheid **72** 68
 - Kirchensteuerbeschluss **72** 12, 18 f.
 - Kirchensteuereinzug **72** 41
 - Kirchensteuergesetze der Länder **72** 13, 23
 - Kirchensteuerordnung **72** 12, 18
 - Kirchensteuerpflicht **30** 47, 95 f., 113, 164 f.; **72** 24, 36, 43, 45
 - Kirchensteuerrecht **72** 41
 - Kirchensteuersatz **72** 33
 - Kirchensteuerverband **30** 99
 - Kirchenvermögensteuer **72** 35
 - kleinere Religionsgemeinschaften **72** 26
 - Meldewesen **9** 15; **32** 21, 24, 27 f., 31, 35–40, 42 f.
 - nach Übertritt **30** 50
 - nach Wiederaufnahme **30** 68
 - Steuerprogression **72** 38, 50, 61
 - Steuersatz **72** 12, 18, 22, 28, 32 f., 58, 60
 - Telos **7** 62
 - Trennung und Kooperation zwischen Staat und Religionsgemeinschaften **7** 93
 - Vergütung für die Kosten der staatlichen Verwaltung **68** 13, 33; **72** 12, 25, 28, 41, 64
 - Vollstreckung **72** 12
 - Wohnsitz **72** 45
 - Zuordnung zur Diözese (kath.) **30** 34
- Kirchensteuer- und Wirtschaftsrat **70** 60
- Kirchensteuerrat **20** 50; **50** 88; **70** 62; **72** 21
- Kirchensteuerververtretungen **20** 50; **72** 21, 69, 74
- Kirchenstiftung **20** 67; **61** 23; **64** 5, 7 f., 13–15; **70** 70
- Kirchenstuhlrecht **63** 1, 16
- Kirchentag **2** 28; **21** 48; **35** 11; **48** 7; **68** 22
- Wittenberg 1848 **21** 36; **49** 5; **51** 5; **52** 4

- Kirchenübertritt → Übertritt zu einer Religionsgemeinschaft
- Kirchenverfassung **4 28**
- Kirchenverträge, evangelische **8 9**;
46 37; **49 78**; → Militärseelsorgevertrag, Evangelischer;
 → Vertragsstaatskirchenrecht
- Baden (1932) **4 42**; **10 7, 12**;
46 45
 - Baden-Württemberg (2007) **9 8**;
10 12; **39 23**; **49 82**; **79 24 f.**, **29**
 - Bayern (1924) **4 42**; **10 7**; **46 45**,
77; **72 11**
 - Berlin (2006) **10 12**; **39 23**;
61 35; **71 10, 71**
 - Brandenburg (1996) **10 11**;
39 23; **49 81**
 - Bremen (2001) **10 12**; **39 23**
 - Hamburg (2005) **10 12**; **39 23**;
49 82; **65 6**; **71 11, 36**; **79 29**
 - Hessen (1960) **10 8**; **39 23**;
46 45; **79 23**
 - Mecklenburg-Vorpommern
 (1994) **7 94**; **10 11**; **39 23**; **49 81**
 - Niedersachsen (1955) **4 77**;
8 16; **10 8**; **16 21**; **21 30**; **35 32 f.**,
79–81; **36 42**; **39 7, 20 f.**, **23**;
46 45; **49 80**; **66 23**; **72 5**; **73 21**;
79 29
 - Nordrhein-Westfalen mit der
 Evangelischen Kirche im
 Rheinland und der Evangelischen
 Kirche von Westfalen
 (1957) **10 9**
 - Nordrhein-Westfalen mit der
 Evangelischen Kirche im
 Rheinland, der Evangelischen
 Kirche von Westfalen und der
 Lippischen Landeskirche
 (1984) **46 3, 45**
 - Nordrhein-Westfalen mit der
 Lippischen Landeskirche
 (1958) **10 9**; **39 23**; **47 30**; **79 27**
 - Pfalz (1924) **10 7**
 - Preußen (1931) **4 42**; **10 7, 11, 12**
 - Religionsunterricht **44 17, 66**
 - Rheinland-Pfalz (1962) **10 8**;
39 23, 39
 - Sachsen (1994) **10 11**; **39 23**;
49 81; **79 22**
 - Sachsen-Anhalt (1993) **10 11**;
39 23; **49 81**; **73 23**
 - Schleswig-Holstein (1957) **10 8**;
39 23
 - Thüringen (1994) **10 11**; **39 23**;
49 81; **76 8**
- Kirchenverträge, katholische
 → Konkordate
- Kirchenverwaltung (ev.)
 → Landeskirchenamt
- Kirchenverwaltung (kath.) **70 65**,
68, 70, 72
- Kirchenvorstand
 → Kirchensteuerververtretungen
- evangelische Kirche **21 11**,
17 f.; **70 93, 110, 115 f.**
 - katholische Kirche **20 66**;
70 65, 67, 82;
 → Diözesansteuerrat
 - Patronatsrecht **63 1**
- Kirchenzucht **30 92**
- Kirchgeld **70 111**; **72 38**;
 → Kirchensteuer
- allgemeines **72 33, 63**
 - besonderes **72 19, 34, 50, 62**
- Kirchhof → Friedhof
- Kirchstuhlrecht **63 31**
- Kleidung, religiöse **14 55 f.**, **80 f.**;
17 27; **29 35**; **41 9, 24–38**;
42 57 f.; → Kopftuch;
 → Vollverschleierung
- Europarecht **11 34**
 - Schule **43 70, 72–77**
 - Strafrecht **75 27**
 - Verbot **11 37, 39**
- Kleriker **58 53, 64–66**;
 → Geistliche
- Koalitionsfreiheit **11 40**; **19 20, 36**,
39; **51 30**; **59 13–15, 18**;
 → Dritter Weg;
 → Gewerkschaften
- Köhler, Horst **4 53**
- Kollegialismus **1 24–28**; **4 25**; **7 5**;
16 5; **63 8**

- Kollekte **70** 111;
→ Sammlungswesen
- Kolping-Urteil **29** 22
- Kolpingverein **48** 6, 8
- Kommissariat der deutschen Bischöfe → Katholisches Büro in Berlin
- Kommissariate der Bischöfe in den Ländern → Länderbüros: katholische
- Kommission der europäischen Bischofskonferenzen
→ Commissio Episcopatum Communitatis Europensis (COMECE)
- Kommission der Orthodoxen Kirche in Deutschland (KoKiD) **22** 4
- Kommissionen zur Ordnung des Arbeitsvertragsrechts im kirchlichen Bereich (KODA) **59** 23–26, 75
- Ordnungen **29** 17
- Kommunale Selbstverwaltung
→ Selbstverwaltung, kommunale
- Konferenz Europäischer Kirchen (KEK) **9** 7; **21** 51, 70; **36** 37
- Konfessionelle Evangelisch-Lutherische Konferenz **12** 57
- Konfessionsschule
→ Bekenntnisschule
- Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen **21** 30
- Konföderation Evangelischer Kirchen in Niedersachsen **70** 101 f.
- Königsgesetz **5** 1, 22–25
- Konkordate **1** 60; **3** 45; **8** 9; **9** 17; **12** 55; **20** 9, 23, 79; **37** 33; **49** 78;
→ Reichskonkordat;
→ Vertragsstaatskirchenrecht
- Baden (1932) **10** 7; **20** 21; **29** 7, 13; **39** 22; **46** 45, 80; **47** 26
 - Bayern (1817) **10** 7; **20** 20
 - Bayern (1924) **10** 7; **20** 21, 47; **29** 7, 13; **39** 22; **46** 45, 77, 80; **47** 28; **72** 11, 70; **73** 59
 - Brandenburg (2003) **10** 11; **39** 24, 27
 - Bremen (2003) **10** 12; **39** 24
 - Essener Kirchenvertrag (1956) **20** 22; **47** 27
 - Hamburg (2005) **10** 12; **39** 24; **65** 6, 22, 26; **71** 11, 36, 81
 - Hessen (1963) **39** 24
 - Kirchensteuer **72** 16
 - Mecklenburg-Vorpommern (1997) **10** 11; **39** 24; **49** 81
 - Niedersachsen (1965) **10** 10; **37** 36; **39** 24; **45** 13; **47** 27; **49** 80
 - Nordrhein-Westfalen (1984) **46** 3, 45
 - Österreich (1855) **10** 66
 - Preußen (1929) **10** 7, 11; **20** 21; **39** 22; **47** 26 f.
 - Religionsunterricht **44** 16
 - Sachsen (1996) **10** 11; **29** 7; **39** 24; **43** 43; **49** 81
 - Sachsen-Anhalt (1998) **10** 11; **29** 7; **39** 24; **49** 81
 - Schleswig-Holstein (2009) **10** 12; **39** 24; **49** 82; **71** 12, 45, 81
 - Thüringen (1997) **10** 11; **29** 7; **39** 24, 39; **49** 81
- Konkordatslehrstühle **7** 93; **46** 77–84
- Konkordatsstreit **8** 50; **10** 8, 32
- Konkordatsurteil (BVerfGE 6, 309) **9** 19; **43** 43; **44** 15; **45** 13; **54** 14
- Konkursfähigkeit **70** 19–23
- Konsistorium (ev.) **1** 83; **4** 20, 28, 32; **21** 8; **34** 5; **58** 50; **70** 107;
→ Landeskirchenamt
- Konstantin (Kaiser) **3** 18; **31** 7
- Konstitution → Lumen Gentium;
→ Sacrosanctum Concilium
- Konsultorenkollegium **70** 80, 83;
→ Domkapitel
- Konvergenz staatskirchenrechtlicher Modelle **7** 25–30; **12** 46

- Konversion **11** 7; **30** 2; **31** 64;
42 84, 93; → Übertritt zu einer
 Religionsgemeinschaft
- Art. 18 AEMR / Art. 18 IPbpR **12** 13
 - Art. 9 EMRK **12** 29
 - Kirchensteuer **72** 44
 - nach evangelischem Kirchenrecht **30** 78
- Konzil, Vatikanisches
 → Vatikanisches Konzil
- Konzil von Trient (1545–1563)
1 36; **31** 12; **34** 20; **63** 7; **64** 13
- Konzilserklärung → Dignitatis
 humanae; → Gravissimum
 Educationis
- Kooperation von Staat und
 Religionsgemeinschaften **2** 62;
7 47, 91–95; **8** 56; **12** 46; **13** 12;
27 15; **55** 14; → Verbindungs-
 stellen zwischen Staat und
 Religionsgemeinschaften
- Bau- und Immissionsschutz **65** 25
 - Militärseelsorge **54** 22
 - Polizeiseelsorge **55** 6 f.
 - Schule **43** 46, 69; **45** 10
 - Staatskirchenverträge **10** 25–
 28, 34, 36 f., 53
- Kooperationsgebot **49** 7–131;
50 17
- Koordinationslehre
 → Koordinationstheorie
- Koordinationsrat der Muslime
25 14 f., 25, 34, 41–46; **35** 55;
46 68
- Koordinationstheorie **7** 54, 56, 60,
78; **8** 53; **9** 3; **10** 34; **16** 42 f.;
18 21; **27** 6; **35** 81, 114; **78** 47
- Koordinierung, offene (EU) **48** 40;
49 109
- Koordinierung von Staat und
 Religion **7** 96
- Kopftuch **14** 58; **18** 28 f.; **35** 26;
41 11, 27 f., 38; **42** 58; **43** 77;
45 14; **57** 117; **77** 69
- Frankreich **7** 22
 - Völkerrecht **43** 5
- Kopftuch-Entscheidungen
- BVerfG **43** 73–76, 84
 - BVerfGE 108, 282 **18** 17 f.
 - BVerfGE 138, 296 **18** 18, 29
 - EGMR **12** 31; **43** 15, 76
- Koran **6** 33, 35–37, 44
- Körperschafts Austritt
 → Körperschaftsstatus, öffent-
 lich-rechtlicher: Verhältnis zur
 Rechtspersönlichkeit nach dem
 Recht der Religionsgemein-
 schaft
- Körperschaftsstatus, öffentlich-
 rechtlicher **7** 55; **8** 32, 39–41,
44, 52, 61; **13** 14; **14** 24, 30; **18** 8;
19 11–14; **27** 1–73; **35** 129; **60** 4,
21, 23, 48; **62** 12; **68** 13–16;
69 13–15; **71** 47; **74** 1, 12, 45;
79 3, 38; → Austritt aus einer
 Religionsgemeinschaft;
 → Beitragsrecht der Religions-
 gemeinschaften; → Gebühren-
 recht der Religionsgemein-
 schaften; → Kirchensteuer;
 → Organisationsgewalt;
 → Privilegienbündel
- Abgrenzung zur mittelbaren
 Staatsverwaltung **33** 21 f.;
35 116 f.; **60** 39; **79** 11–13
 - altkorporierte Religions-
 gemeinschaften **23** 4; **27** 28, 54,
 71, 73; **58** 5 f.
 - Art. 9 EMRK **12** 49; **27** 67
 - Behörde (PStG) **32** 14–17
 - Beleihung **19** 31
 - Benutzungsordnung **53** 42
 - Besteuerungsrecht
 → Kirchensteuer
 - Bischöflicher Stuhl (kath.)
70 47
 - Datenschutz **33** 21–23
 - Dienstherrnenfähigkeit **9** 50;
19 27 f., 44, 47; **27** 22, 28, 32,
 36 f., 47 f.; **50** 36; **57** 3, 36; **58** 5–
 9, 15, 19 f., 71; **73** 29; **78** 4, 44,
 46, 73
 - Erwachsenenbildung und Aka-
 demien **48** 17
 - Evangelische Kirche **21** 6

- Friedhofsrecht **61** 24
- Gebietskörperschaft **30** 79
- Gewähr der Dauer **30** 111
- Handlungsform **7** 75
- Hochschulen **47** 64
- Hoheitsgewalt **9** 50; **18** 15;
19 21 f., 27–30, 41–44; **27** 3, 24–
26, 29 f., 32, 35, 40 f., 45 f., 48 f.,
59; **32** 34; **33** 22, 28; **38** 57; **78** 4;
79 1
- Jüdische Religionsgemein-
schaften **24** 1 f., 6 f., 19, 22–26,
41
- Katholische Kirche **20** 41, 67,
79
- Kirchensteuer **72** 23, 26
- kleinere christliche Kirchen
23 4, 51
- Krankenhäuser **52** 71
- Meldewesen **32** 20
- Mitgliederzahl **30** 111
- Mitgliedschaftsrecht **30** 13
- muslimische Religionsgemein-
schaften **25** 32, 50, 54, 59, 71;
30 102
- Öffentlichkeitsanspruch /
–auftrag der Religionsgemein-
schaften **35** 113–117
- Ordensgemeinschaften **29** 12 f.
- Parochialrecht **30** 137
- Rechtsschutz **77** 20 f., 28, 36,
63, 74, 79
- Religionsunterricht **44** 43–46
- Staatskirchenverträge **10** 24;
27 53
- Telos **7** 62, 82
- Trennung und Kooperation
zwischen Staat und Religions-
gemeinschaften **7** 93
- Verhältnis zum Selbstbestim-
mungsrecht **19** 27, 29 f., 45;
27 32, 39; **57** 6
- Verhältnis zur Rechtspersön-
lichkeit nach dem Recht der
Religionsgemeinschaft **30** 14,
63, 99, 161–163
- Verhältnis zur Religionsfreiheit
19 15–17
- Verleihung **9** 43; **14** 102; **18** 31;
27 28, 54, 62–68
- Verleihungsvoraussetzungen
7 77; **19** 39 f.; **23** 4; **27** 14, 25, 33,
55–63; **68** 28; **77** 43 f.
- Widmungsbefugnis **19** 44;
27 22, 28, 32, 37, 49; **60** 40–42
- Zeugnisverweigerungsrecht
76 19–25
- Zweitverleihung **18** 31; **23** 42;
27 68 f.; **77** 66
- Körperschaftsteuer **74** 9–15, 39 f.
- Befreiung **29** 53; **49** 97; **73** 41
- Korporationslehre **1** 67
- Korrelatentheorie **4** 43; **7** 55; **8** 42
- Krankenhäuser **7** 88; **29** 16; **36** 21;
49 13, 95 f., 99; **50** 5; **52** 1–78;
57 48; **65** 24; **70** 12; **73** 4; **74** 30;
77 63
- Gesetzgebungskompetenz **9** 21,
23
- Religionszugehörigkeit **30** 121
- Krankenhauspfarrer **56** 36
- Krankenhausseelsorge **52** 13, 46;
56 13, 33, 36–40; **68** 18
- jüdisch **56** 39
- muslimisch **56** 39
- Kreuz → Kreuze in öffentlichen
Gebäuden
- Kreuz in der Schule (BVerfGE 93,
1) **14** 58; **18** 14, 16, 25, 33, 46;
41 8; **42** 59, 61; **43** 67; **45** 14
- Kreuze **67** 25, 39
- Kreuze in öffentlichen Gebäuden
14 58; **41** 8, 10, 13, 21 f.; **45** 14;
68 26; → Kreuz in der Schule
(BVerfGE 93, 1);
→ Schwurkreuz
- EGMR **11** 37; **12** 31; **18** 44–46;
43 15, 67
- Kriegsdienstverweigerung
→ Gewissensfreiheit;
→ Parlamentarischer Rat;
→ Strafrecht: Kriegsdienstver-
weigerung; → Zeugen Jehovas:
Dienstpflichtverweigerung
- Art. 9 EMRK **11** 15

- Kriegsgräber **61** 1
- Krüger, Herbert **18** 22, 23
- Kruzifix → Kreuze in öffentlichen Gebäuden
- Kulturdäquanzformel **12** 21; **14** 36; **17** 20; **26** 6
- Kulturkampf **1** 67, 93–98; **2** 9, 12, 14; **4** 34; **7** 10, 18; **8** 22; **13** 12; **16** 45; **31** 16, 52; **35** 67–70; **46** 5 f., 24; **62** 3; **73** 25
- Eherecht **7** 88
 - Frankreich **35** 67
 - Kirchengaustrittsrecht **1** 94, 98; **30** 5; **35** 68
- Kulturstaat **14** 25; **46** 23, 33; **64** 26; **66** 3 f., 10 f., 17, 20 f., 26, 31, 36 f.; **68** 22, 30, 44; **74** 3, 59
- Kultursteuer
→ Steuerzuschlagwahl
- Kulturverfassungsrecht **18** 24; **40** 12, 22; **44** 1
- Kulturvorbehalt **18** 28
- Kultusbaulasten
→ Kirchenbaulast
- Kultusfreiheit **14** 1, 38, 40, 46 f.
- Kultussteuer **72** 1;
→ Kirchensteuer
- Kultusverein nach dem französischen Trennungsgesetz **7** 19
- Kündigung **57** 59, 78, 83, 98–123; **59** 53
- Kunst **35** 14
- Kunst, Hermann **36** 9, 12
- Kunstfreiheit **66** 15, 17, 19, 27–30
- Religionsbeschimpfung **75** 28, 31, 43
- Kuratorium **47** 68
- Kurie **54** 30
- Laband, Paul **73** 44
- Ladenöffnung **40** 2 f., 15, 26, 36, 47–50
- Laienapostolat **20** 36–39, 54, 60, 66; **21** 10; **35** 50; **70** 55, 68;
→ Priestertum aller Gläubigen
- Laizismus **7** 59, 67; **11** 1; **12** 46; **25** 31
- Frankreich **1** 106 f.; **7** 10, 17 f., 22; **18** 38–40, 46 f.; **68** 41; **73** 11
 - Türkei **6** 4; **7** 24; **25** 20 f., 27
- Laktanz **49** 4
- Länderbüros
- evangelische **36** 42–44
 - katholische **37** 6, 30, 34–38
- Landesherrliches Kirchenregiment **1** 19–28, 83–85, 100, 102; **4** 17–21, 24–28, 31 f., 36 f.; **8** 19, 40; **14** 9 f., 14 f.; **15** 2; **18** 4 f., 10; **21** 2–4; **27** 5; **30** 3; **49** 5; **58** 50 f.; **63** 8 f., 11, 13; **73** 16, 31
- Landeskirche **21** 22–29, 75; **67** 33; **70** 88, 90, 99; **79** 46
- Namensrecht **67** 39
 - unierte **26** 9
 - Vermögensverwaltung **70** 103–108
 - Zusammenschlüsse **21** 4, 29–35
- Landeskirchenamt **21** 22, 28;
→ Konsistorium (ev.)
- Landeskirchenrat
→ Konsistorium (ev.);
→ Landeskirchenamt
- Landesverfassung **8** 16; **16** 50 f.; **17** 1; **19** 2; **33** 1; **40** 29–31; **47** 22; **49** 67–77, 131; **66** 9;
→ Verfassungsbeschwerde: Landesverfassungsgericht
- Anstaltsseelsorge **55** 4 f.; **56** 15
 - Beschimpfung von Religion **35** 134
 - elterliches Erziehungsrecht **42** 5, 13, 28; **43** 45
 - Grundrechte (Art. 142 GG) **53** 22
 - Kirchengutsgarantie **69** 2
 - kirchliche Erwachsenenbildung und Akademien **48** 25, 33, 48
 - Öffentlichkeitsanspruch / -auftrag der Religionsgemeinschaften **35** 32, 79, 95
 - Religionsfreiheit **14** 26

- Religionsmündigkeit **42** 101–104; **44** 12, 80
- Religionsunterricht **44** 9–11, 30, 35, 65; → Bremer Klausel
- Schule **43** 28–39, 36–39, 45, 47, 52, 55–59, 62, 66, 74, 80, 84, 86; **45** 13
- Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften **70** 14
- Staatskirchenrecht **7** 92; **8** 66–73, 75; **23** 5
- Staatskirchenverträge **46** 26
- Staatsleistungen **73** 20
- Theologische Fakultäten **46** 21
- Vorrang des Bundesrechts **7** 31
- Lasalle, Ferdinand **35** 67
- Lastenpatronat
 - Kirchenbaulast: Patronat
- Laterankonzil, Viertes (1215) **63** 5
- Laufbahn **58** 12
- Lebensführung
 - Arbeitsverhältnis **57** 14, 78, 86, 92–94, 96, 112
 - Kirchenmitglieder **30** 98
 - öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis **27** 48; **58** 27, 30, 33, 55, 59, 65
 - Religionslehrer **44** 15
- Lebensgemeinschaft
 - eheliche **31** 63–65
 - nichteheliche **31** 83; **42** 89
- Lebensgestaltung – Ethik – Religionskunde (LER) **10** 11; **44** 101 f.; **77** 66
- Lebenskundlicher Unterricht **54** 17, 24, 29, 34, 36, 60
- Lebensordnung **30** 71
- Lebenspartnerschaft, eingetragene **31** 82 f.
 - Arbeitsrecht **57** 94, 102–105, 111, 122
 - Lebenspartnerschaftsregister **32** 2
- Lebenszeitprinzip **58** 12, 26
- Lehramt **30** 71; **35** 59, 110; **44** 71
- Lehrbeanstandung **21** 62; **47** 61; **58** 62; **78** 27; **79** 25
 - kirchliche Hochschulen **47** 61
 - Theologische Fakultäten **46** 37, 40–42, 50
 - Zeugen und Sachverständige **79** 20–22
- Lehrerbildung **24** 51; **43** 80; **46** 12, 16 f., 22, 24, 35, 37, 43, 59, 66, 81, 83; **47** 32
- Lehrerlaubnis → Idschaza; → Missio canonica; → Vokation
- Leiharbeit **51** 28; **57** 18–23
- Leistungsfähigkeit (im Kirchensteuerrecht) **72** 37, 60, 73
- Lemon-Test **18** 36
- Leo der Große (Papst) **3** 21
- Leo XIII. (Papst) **1** 97; **3** 31, 32
- LER → Lebensgestaltung – Ethik – Religionskunde
- Leuenberger Konkordie **9** 7; **21** 39, 69; **23** 9; **30** 74
- Liermann, Hans **51** 16
- Lietzmann, Hans **3** 17
- Lilje, Hanns **36** 5, 9
- Lippischer Kirchenvertrag
 - Kirchenverträge, evangelische: Nordrhein-Westfalen mit der Lippischen Landeskirche (1958)
- Lobby → Anhörung von Religionsgemeinschaften
- Loccumer Vertrag
 - Kirchenverträge, evangelische: Niedersachsen (1955)
- Locke, John **14** 7
- Lohnsteuer **72** 41, 55, 64;
 - Einkommensteuer
 - Abzugsverfahren **72** 57
 - Betriebsstättenprinzip **72** 52
 - Clearing **72** 52
 - Pauschalierung **72** 58
- Lohnsteuerabzugsmerkmale **32** 21, 24, 42; **72** 52, 57
- Lohnsteuerkarte **72** 31, 52, 57
- Lothar II. (fränkischer König) **31** 9

- Loyalitätspflichten, arbeitsrechtliche **16** 25, 41; **19** 49; **26** 19; **30** 167; **35** 111; **48** 26; **51** 29; **57** 14, 22, 28, 72–123; **59** 16, 26; **78** 81; → Chefarzt (BVerfGE 137, 273)
- Europarecht **11** 41, 47; **16** 25, 58
 - Rechtsprechung **57** 73
- Loyalitätsrichtlinie der EKD **57** 16 f., 55, 72, 79, 91–94; **59** 29
- Lüdemann (BVerfGE 122, 89) **46** 1 f., 7, 20, 24 f., 35–37; **77** 68
- Lüdemann, Gerd **46** 70
- Luhmann, Niklas **2** 3; **15** 11, 12, 21, 29; **35** 122
- Lumen fidei (2013) → Enzyklika
- Lumen Gentium (Dogmatische Konstitution über die Kirche, 1964) **1** 8; **3** 36; **30** 25; **49** 3
- Lumpensammler, Aktion „Rumpelkammer“ (BVerfGE 24, 236) **14** 36, 43; **19** 6; **28** 9; **36** 21; **39** 13 f.; **49** 47, 50; **51** 1; **52** 17, 22
- Luther, Martin **1** 87; **4** 8, 10, 11, 14, 22; **31** 13
- Lutherischer Weltbund **12** 57; **21** 33, 72
- Luxemburg – Finanzierung von Religionsgemeinschaften **72** 7
- Machiavelli, Niccolo **1** 13
- Mahdi **6** 50 f.
- Maimonides, Moses **5** 1
- Malteser **67** 37
- Mandatssteuer
→ Steuerzuschlagwahl
- Mangoldt, Hermann v. **14** 70
- Mantelbegriff **7** 47, 51; **60** 40
- Marahrens, August **51** 13
- margin of appreciation **7** 27; **9** 45; **11** 11, 47; **16** 53; **58** 20; **77** 81
- Markenrecht **35** 100; **67** 1, 16–30; **77** 27
- Markgräflisch-Brandenburgische Konsistorialordnung (1594) **64** 16
- Marokko → Zentralrat der Marokkaner in Deutschland
- Marsilius von Padua **1** 10
- Martin, David **2** 3, 62
- Marxismus **75** 21
- Massenmedien **35** 11, 85, 120; **38** 1–109; **57** 48; → Internet; → Presse; → Rundfunk; → Werbung
- Masud, Muhammad Khalid **6** 36
- Matrikelbücher → Kirchenbücher
- Maududi, Abul A'la **6** 31, 43
- Mausbach, Joseph **4** 38; **8** 36; **40** 39
- Maxima vigilanta **34** 12
- Mayer, Otto **60** 8, 29; **65** 9
- Medien → Massenmedien
- Gesetzgebungskompetenz **9** 20
- Medina, Charta von **6** 8
- Meerfeld, Johannes **8** 36
- Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie **68** 34, 38; **74** 13, 24 f.; → Umsatzsteuer
- Meinungsfreiheit **35** 103 f., 106, 129; **38** 20, 52 f., 93
- Art. 10 EMRK **35** 102; **38** 17
 - Art. 6 EUV i. V. m. Art. 11 EU-GRC **35** 102
 - Öffentlichkeitsanspruch / -auftrag der Religionsgemeinschaften **35** 90
 - Religionsbeschimpfung **75** 28, 43
- Mekka **6** 7; **25** 5
- Melanchthon, Philipp **4** 8
- Meldewesen **29** 58; **32** 19–45; **79** 8
- Datenübermittlungsanspruch der Religionsgemeinschaften **32** 20, 27–45; **79** 41
 - Gesetzgebungskompetenz **9** 21, 26
 - Meldepflicht **30** 96
 - Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft **24** 13; **30** 147; **32** 21–26, 28, 35–42; **77** 66

- Trennung und Kooperation zwischen Staat und Religionsgemeinschaften **7** 93
- Menno → Simons, Menno
- Mennoniten **23** 29 f., 54
- Mensalvermögen **70** 50
- Menschenrechte **4** 60, 69–71; **6** 37, 49; **12** 25; **14** 13, 29;
 - Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (1948);
 - Charta der Vereinten Nationen (1945); → Europäische Menschenrechtskonvention (1950); → Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; → Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (1966)
- Menschenwürde **4** 2, 60, 68, 71 f.; **8** 54; **14** 101, 103; **42** 16; **43** 29 f.; **74** 5; → Totenruhe
- Datenschutz **33** 2, 32–35
- Feiertage **40** 12
- Krankenhaus **52** 33
- Residuum der Religionsfreiheit **7** 32
- Seelsorgegeheimnis **76** 2
- Menzel, Walter **8** 51
- Merkel, Adolf **3** 28
- Messbücher (orth.) **22** 24
- Methodistische Kirche
 - Evangelisch-methodistische Kirche
- Metropolie **22** 3, 15–20; **30** 36
- Metropolit → Erzbischof
- Metropolitanrat **22** 18–20
- Metz, Johann Baptist **50** 15
- Midrash **5** 8
- Mikwe **30** 18
- Milad Karimi, Ahmad **46** 71
- Militärbischof **20** 18, 26–28; **54** 20, 22, 25–30, 37, 45
- Militärbundesrabbiner **54** 58
- Militärgemeinde **54** 7, 37, 61
- Militärpfarrer **54** 22, 31–36, 45
- Militärrabbiner **54** 58–60
- Militärseelsorge **20** 18, 26–28; **21** 52; **48** 17; **54** 1–69; **56** 9, 49; **68** 18; **73** 6, 31
- Aufsicht **54** 24, 57, 59 f.
- Frankreich **7** 20
- islamisch **54** 49
- jüdisch **54** 46, 49, 55–61
- muslimisch **54** 46, 62–68
- Zulassungsanspruch der Religionsgemeinschaften (Art. 141 WRV) **54** 15, 40
- Militärseelsorgevertrag, Evangelischer **10** 4, 9, 49; **21** 52; **54** 10–14, 16; **56** 49
- Militärseelsorgevertrag, Jüdischer
 - Staatsverträge mit jüdischen Religionsgemeinschaften:
 - Vertrag zur Regelung der jüdischen Militärseelsorge (2019)
- Minarett **65** 47–49; **77** 35
- Mindestbesteuerung **72** 38, 60, 63
- Mindestlohn **57** 124; **58** 34; **59** 8
- Mishna **5** 1, 23 f.
- Missio canonica **30** 118; **44** 59, 69 f., 72, 74; **47** 59, 74; **78** 31, 41
- Mission **14** 55; **35** 10, 29, 35, 43 f., 53, 57, 62, 105, 138; **38** 2; **53** 43; **71** 24
- Missionsfreiheit **42** 49
 - Art. 9 EMRK **11** 15; **12** 29
- Missionswerke (ev.) **28** 3, 34
- Mitarbeiterrichtlinie der EKD
 - Loyalitätsrichtlinie der EKD
- Mitarbeitervertretungsordnung (MAVO) **29** 17; **59** 58 f., 61 f.
- Mitbestimmung, betriebliche **57** 18, 127–129; **59** 4, 6, 50–80
- Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft **14** 57; **16** 24; **17** 17; **23** 7; **26** 24 f.; **27** 37; **30** 1–170; **34** 24; **35** 35; **44** 42; **72** 43;
 - Austritt aus einer Religionsgemeinschaft
- Arbeitsrecht **57** 17, 28, 58–73, 85 f.; → Austritt aus einer Religionsgemeinschaft: Arbeitsrecht

- Aufnahmeanspruch **30** 10
- bürgerliche Wirksamkeit **30** 9
- Evangelische Kirche **21** 39; **30** 70–99
- Freiwilligkeit
→ Religionsfreiheit, negative:
Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft
- Jüdische Religionsgemeinschaften **24** 12–18; **30** 16–22, 136; → Parochialprinzip
- Katholische Kirche **42** 105
- Kirchenmitgliedschaftsgesetz der EKD **30** 75
- Mitgliedsbeitrag **1** 79; **23** 6; **27** 22, 44, 46; **30** 108, 113 f.; **68** 13, 27, 33, 42; **72** 1; **73** 3, 12; **74** 39 f., 58
- muslimische Religionsgemeinschaften **25** 1, 8 f., 69
- Personenstands- und Melwesen **32** 2–12, 21–26, 28, 35–42; **77** 66
- Selbstbestimmungsrecht **30** 145
- Statistik **2** 26, 45–47
- Wohnsitzwechsel **27** 42 f.
- Zuzug aus dem Ausland **27** 43
- Mitgliedschaftsakzessorietät der Kirchensteuer **72** 24, 34, 36, 43, 49; **74** 6
- Möbelwagenkonversion **24** 17; **30** 42, 82
- Mohammed → Muhammad
- Karikatur **75** 29, 31
- Mohel **26** 20
- Mohl, Robert von **73** 17
- Mormonen → Kirche Jesu Christi der Heiligen der Letzten Tage
- Moschee **10** 31; **25** 36; **35** 14, 55 f.; **65** 6; **77** 35; → Gebäude, religiöse; → Minarett
- Frankreich **7** 20
- Moscheegemeinde → Muslimische Religionsgemeinschaften
- Moscheeverein → Gemeinde: muslimische
- Motu proprio
 - „Ecclesiae Sanctae“ (1966) **63** 17
 - „Intima Ecclesiae natura“ (2012) **28** 14; **50** 22, 25, 43, 55, 57 f., 60, 64–66, 95
 - „Omnium in mentem“ (2009) **30** 48
- Muezzinruf **14** 80; **26** 19; **41** 10, 17; **65** 1, 3, 40, 47–49
- Muhammad **6** 7, 9, 10, 13, 28, 40
- Mülheimer Verband Freikirchlich-Evangelischer Gemeinden **23** 36
- Musik **35** 14
 - Urheberrecht **21** 43; **67** 3, 10 f.
- Musikhochschule **47** 4, 16, 43
- Musikschule **48** 55
- Muslimische Religionsgemeinschaften **26** 9; **28** 17; **38** 10, 64, 89, 97–99; **44** 104–106; **46** 67; **52** 20; **68** 15 f., 28; **70** 17 f.; **74** 19; **77** 43; → Aleviten; → Dachverband: muslimische Dachverbände; → DITIB; → Gemeinde: muslimische; → Islamrat für die Bundesrepublik Deutschland; → Schura; → Staatsverträge mit muslimischen Religionsgemeinschaften; → Verband der Islamischen Kulturzentren; → Zentralrat der Muslime in Deutschland
- Austritt **30** 104
- Dachverband **30** 102, 110; **44** 105
- Mitgliedschaft **30** 1, 100–104, 108
- Organisation **25** 1–71
- Rundfunk **38** 66–69, 71, 74 f.
- Mustergestellungsvertrag **29** 38
- Nachbesteuerung **72** 36
- Nachversicherung **58** 29, 34, 37
- Nahrungsgebote **56** 45
- Namensrecht **29** 58; **35** 100; **67** 1, 31–44; **77** 27
- Napoleon I. **1** 106; **73** 11

- Nasser, Gamal Abdel **6** 44
- Nationalsozialismus **2** 19; **4** 48;
7 11, 54, 55; **22** 7; **24** 2, 48;
35 68, 75 f.; **39** 6; **45** 11; **49** 8;
51 12 f.
- Naturrecht **1** 23; **4** 13; **31** 10, 14
- Naumann, Friedrich **4** 38, 40; **8** 36,
44
- Nell-Breuning, Oswald v. **57** 13
- Neuapostolische Kirche (NAK)
23 39, 54
- Neutralität **4** 76; **7** 83, 89; **8** 6, 23–
28, 53 f.; **11** 10, 37; **14** 18–20,
50 f., 79, 100; **15** 29; **16** 17;
17 20 f.; **18** 1–48; **19** 24; **26** 6 f.,
9, 16 f.; **27** 9; **32** 35; **35** 19, 33,
105, 107, 137; **38** 66, 87, 94, 96;
39 13; **40** 13, 21 f., 58; **42** 58 f.,
92, 94; **46** 35, 38, 43, 47, 50 f., 67;
47 25; **54** 40, 46; **56** 30 f.; **57** 54,
90; **64** 25; **66** 13, 25; **68** 2;
69 14 f., 32; **74** 3; **76** 23, 26; **77** 5,
12; **78** 54, 81
- Art. 9 EMRK **12** 41 f., 48 f.
 - distanzierende **7** 84 f.
 - Kirchensteuer **72** 24
 - Kleidung **41** 25, 28
 - Mitgliedschaft in einer Religi-
onsgemeinschaft **30** 105–107
 - offene **7** 85
 - öffentlich-rechtlicher Körper-
schaftsstatus **27** 3, 14, 34, 42,
53, 61
 - Religionsunterricht **44** 22, 31 f.,
62 f., 83 f.
 - Schule **42** 47; **43** 25–27, 48, 57,
72, 83 f., 86; **45** 18
 - Symbole **41** 12, 15
- Nichtidentifikation, Grundsatz
der **1** 112; **7** 89 f.; **15** 22; **17** 7;
18 4, 11, 22, 25, 48; **26** 14;
35 105; **41** 12, 14, 15; **42** 59, 61,
62; **54** 40, 46; **56** 49
- Niederlande **73** 11
- Niemöller, Martin **4** 51
- Nihil obstat **31** 57; **46** 38 f., 77–79,
82; **47** 59, 74
- Nolli, Gianbattista **65** 1
- Normaljahr (1624) **1** 87; **14** 10
- Normenkontrolle **77** 59, 73 f.
- Norwegen **7** 14, 28
- Finanzierung von Religions-
gemeinschaften **72** 7
- Noviziat **29** 27–29, 36, 66–68, 73–
75, 80–82
- Nutzungsaufgabe **66** 31
- Oberkirchenrat
→ Landeskirchenamt
- Observanz **62** 5; **64** 12, 17, 36 f.
- Öffentlichkeitsauftrag und
–anspruch **2** 28; **3** 47; **4** 77–83;
7 87; **8** 33 f., 56; **10** 37; **13** 11;
20 37 f.; **21** 24, 27, 45 f., 60 f.;
27 6, 9; **32** 25; **33** 28; **35** 1–141;
36 1–3, 10, 18–21, 31; **37** 1, 5, 14,
19 f., 25–29; **38** 43, 93; **40** 21;
65 1 f.; **69** 4; → Anhörung von
Religionsgemeinschaften;
→ Massenmedien;
→ Verkündigungsauftrag
- Offizial / Offizialat **20** 45, 48, 51
- Oktoberrevolution (1917/1918)
7 10
- Ökumene **4** 58; **21** 18, 27, 32, 50 f.,
68–73; **23** 9, 49; **28** 16; **37** 32;
49 3; **50** 55 f.; **51** 20; **62** 4; **71** 3,
61
- Ökumenischer Rat der Kirchen
12 57; **21** 51, 71
- Omnium in mentem (2009)
→ Motu proprio
- Optimierungsgebot **65** 23–26
- Opus Dei (Personalprälatur) **20** 73
- Ordensgemeinschaften **20** 70–79,
74 f.; **21** 48; **29** 1–82; **50** 8, 30,
36 f., 41 f., 70 f., 78, 85 f.; **52** 2, 4,
10; **58** 15; **59** 57, 59 f.; **70** 42;
74 18 f.
- Ordenshochschulen
→ Hochschulen, kirchliche:
Ordenshochschulen
- Ordinariat → Diözesankurie
- Ordination **21** 10, 21, 27; **58** 58;
76 32
- ordre public
- als Schranke des Art. 9 EMRK
12 46

- als Schranke des Selbstbestimmungsrechts **16** 41; **57** 71, 81, 93; **59** 3; **77** 15; **78** 57; **79** 31
- Organisationsgewalt **14** 31; **16** 21; **18** 42; **21** 6, 15, 66; **23** 51; **26** 3, 31; **27** 22, 28 f., 36, 41, 72; **28** 27–31; **33** 27, 36; **35** 110; **44** 43; **52** 25, 27–29; **57** 40, 44; **58** 5; **71** 23, 67 f., 72, 80; **74** 21 f., 25; **77** 81
- Organstreit **77** 59
- Orthodoxe Kirche → Ehe: orthodoxes Kirchenrecht; → St. Salvator (BVerfGE 99, 100)
 - Finnland **74** 58
 - Griechenland **73** 11 f.
 - Ökumene **21** 70; **23** 2, 48; **36** 24, 37
 - Organisation **22** 1–27
 - Religionsunterricht **44** 2 f.; **68** 17
 - Russland **7** 24
 - Seelsorge **54** 51, 55
 - Statistik **2** 45; **23** 3
 - strafrechtlicher Schutz **75** 23
 - Theologie an staatlichen Hochschulen **46** 18
 - Vereinbarung des Freistaat Bayern mit der Russisch-Orthodoxen Kirche **10** 15
 - Vereinbarung des Landes Nordrhein-Westfalen mit der Griechisch-Orthodoxen Kirche **10** 15
- Orthodoxes Judentum **24** 3, 8, 9, 27 f., 42, 43 f., 54; **30** 19 f.; **46** 18; **77** 3; → Adass Jisroel
- Ortskirchensteuer **72** 25, 27, 41
- Österreich **59** 12
 - Kirchenbeitrag **72** 6
- Ostkirchen, unierte **20** 43
- otto per mille
 - Steuerzuschlagwahl
- Otto I. (Kaiser) **1** 6
- Outsourcing **9** 24; **28** 16; **57** 49; **59** 47–49; **74** 4, 24 f., 35;
 - Betriebsübergang
- Papst **12** 1, 52; **20** 1, 4, 19 f.; **70** 27, 52; → Heiliger Stuhl
- Päpstliche Kommission für die Kulturgüter der Kirche **34** 4, 12
- Pariser Frieden (1856) **12** 4
- Parität **9** 14; **14** 9, 12, 15, 20; **17** 2; **18** 1, 4 f., 7, 24, 28 f., 32; **23** 4, 51, 52; **27** 14, 34, 53; **38** 66, 97, 108; **40** 22, 58; **46** 66; **60** 48; **62** 9; **63** 20; **64** 25; **65** 49; **69** 14 f.; **73** 67 f.; **74** 3, 6; **79** 38;
 - Gleichheit
- Anstaltsseelsorge **54** 53; **56** 31
- Art. 9 EMRK **12** 49
- gestufte **8** 45, 54; **13** 14; **68** 28
- Gewissensfreiheit **1** 62–66
- Staatskirchenverträge **10** 53 f.
- Völkerrecht **12** 51
- Parlamentarischer Rat
 - Kompromiss **7** 6; **8** 46
 - Kriegsdienstverweigerungsrecht **15** 5
 - Militär- und Anstaltsseelsorge **54** 44; **56** 9
 - Religionsfreiheit **9** 36–38; **14** 66–70, 80, 95; **15** 3
 - Religionsunterricht **44** 6, 26, 37, 92
 - Sonn- und Feiertagsschutz **40** 25
 - Staatsleistungen **64** 24; **68** 9
 - Status der Kirchen **8** 23; **27** 6
 - Verfassungsgebung **7** 31
- Parochialprinzip **27** 22, 28, 42 f.
 - Auslandszuzug **30** 140
 - evangelische Kirche **21** 6; **30** 79, 80–84, 142
 - jüdische Gemeinden **24** 14–18; **30** 21, 143
 - katholische Kirche **30** 34, 41 f., 141
 - Kenntnis der Rechtsfolgen **30** 140
 - Kirchensteuerrecht **72** 52
 - Preußisches Allgemeines Landrecht **30** 4
 - Teilkirche (kath.) **30** 141

- votum negativum **30** 21, 142
- votum positivum **30** 137, 139
- Pastor Bonus → Apostolische Konstitution
- Pastor Bonus (1988)
 - Apostolische Konstitution
- Pastoralkonstitution **35** 12
- „Gaudium et spes“ (1965) **3** 36–38; **35** 50; **37** 2 f.; → Vatikanisches Konzil, Zweites
- Pastoralrat **20** 54, 57; **70** 64
- Patenamt
 - evangelisch **30** 94
 - katholisch **30** 46, 66
- Patientendaten **56** 37 f.
- Patientenrechte **52** 24, 30–34, 42, 46
- Patientenverfügung **52** 34
- Patriarch (Judentum) **5** 21
- Patriarchat (orthodoxe Kirche) **22** 3 f., 7–9, 11–14, 15 f., 17 f.
- Patronat **1** 44 f.; **34** 3; **63** 1–32; **64** 1, 6, 15–17; **69** 17; **73** 30
- Patronatsbaulast
 - Kirchenbaulast: Patronat
- Patrozinium **22** 23
- Paulskirchenverfassung (1848) **1** 102; **4** 31; **7** 5; **8** 21; **14** 14, 87; **15** 2; **18** 7; **35** 71
- Personalprälat **30** 36; → Opus Dei
- Personensorge
 - Erziehungsrecht, elterliches
- Beschneidung **42** 39, 108
- Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft **30** 128
- Religionsunterricht **44** 12
- religiöse Erziehung **42** 70–98; **49** 90
- Taufe **30** 77, 135
- Personenstandswesen **1** 51; **29** 58; **32** 1–18; **34** 21, 24
- Ehe **1** 77; **31** 39, 55–58, 84
- Persönlichkeitsrecht, Allgemeines
 - Allgemeines Persönlichkeitsrecht
- Pertinenz **64** 11
- Pfarrei **20** 59, 63–10; **30** 30; **50** 36–40; **70** 42, 44 f., 63 f., 68 f., 72 f., 81 f.
- Pfarrer → Dienstrecht, öffentlich-rechtliches;
 - Gefängnispfarrer;
 - Krankenhauspfarrer;
 - Militärpfarrer;
 - Polizeipfarrer
- Dienstgemeinschaft **57** 16
- Dienstverhältnis **58** 4, 16, 21
- Pfarrer (ev.) **21** 10; 16–18, 26; **63** 9 f.; **70** 113
- Ausbildung **21** 28; **46** 5, 31, 45, 57
- Dienstverhältnis **58** 51, 57–63
- Pfarrer (kath.) **20** 65; **70** 64–69
- Dienstverhältnis **58** 8
- Pfarrerwahlrecht **63** 10
- Pfarrgemeinde → Gemeinde
- Pfarrgemeinderat **20** 66;
 - Kirchenverwaltung (kath.)
- Pfarrverband / Pfarreiengemeinschaft **20** 65, 67
- Pfingstbewegung, Pfingstgemeinden **23** 33–35
- Pfründe **1** 68, 106; **20** 67, 69; **70** 46, 65, 68, 71
- Philosophieunterricht
 - Ethikunterricht
- Pietätsschutz **75** 8
- Pietismus **23** 23
- Pius VI. (Papst) **3** 30
- Pius VIII. (Papst) **2** 13
- Pius IX. (Papst) **1** 97; **3** 30; **35** 67
- Pius XI. (Papst) **35** 70
- Pius XII. (Papst) **3** 32, 34
- Placet regium **1** 36, 73 f.
- Plastination **61** 11
- Plaumann-Formel **77** 84
- Plausibilität → Selbstverständnis
 - gerichtliche Kontrollrichte **16** 26; **57** 81; **69** 32; **77** 6
 - Gewissen **15** 19

- Inanspruchnahme einer An-
gelegenheit als eigene durch
eine Religionsgemeinschaft
16 17
- Religionsfreiheit **14 50**
- religiöse Gründe **7 46; 30 107;**
65 8, 24; 70 5
- Selbstverständnis als Religi-
onsgemeinschaft **26 17**
- Pluralismus
 - Bedeutung für das Staatskir-
chenrecht **2 62; 7 25, 40–42,**
46 f., 68; 8 63 f.; 12 28, 32, 41,
44; 14 18–20, 47, 74, 75; 17 21;
18 28; 27 7
 - evangelische politische Ethik
4 51 f., 54, 56, 63, 73–79, 85
 - gesellschaftliche Entwicklung
2 1, 20, 26, 40
 - katholische Soziallehre **3 39,**
43; 36 6
 - Konkurrenz der Religionen
35 84–86
 - Neutralität des Staates **8 28**
 - Öffentlichkeit **35 121, 128**
 - Rundfunk **35 98; 38 102–104**
 - Schule **43 1, 51, 85–87**
 - Staatsverständnis **1 111**
 - Wahrheit **35 126**
- Pluralität der Konfessionen
 - heute **23 1–9; → Mitgliedschaft**
in einer Religionsgemeinschaft:
Statistik
 - nach der Reformation **2 1; 4 26;**
14 10; 30 4
- Politische Klausel **10 29; 16 21,**
49; 54 45; 79 23
- Polizei → Berufsethischer Unter-
richt
- Polizeibischof **55 3, 12**
- Polizeipfarrer **55 3, 12 f., 17**
- Polizeiseelsorge **55 1–17; 56 59,**
59 f.
- Bundespolizei **55 3, 17**
- Polytheismusverbot **6 33**
- Popularklage **77 72**
- Postulat **29 29, 36, 66–68, 73–75,**
80–82
- Potestas → Aufsicht; → Bischof
(kath.): Leitungsgewalt
potestas directiva / indirectiva
35 50
- Präambel
 - EU-GRC **4 84**
 - Grundgesetz und Landes-
verfassungen → Gottesbezug in
der Verfassung
- Prädikant **21 10**
- Präfektur, Apostolische **30 34**
- Praktische Konkordanz **7 37; 9 47;**
17 26; 46 37;
→ Wechselwirkungslehre
- Prekarium **62 15**
- Presbyterium → Kirchenvorstand:
evangelische Kirche
- Presse **35 9, 13, 24, 41, 52, 56, 57;**
38 13, 16, 17–23;
→ Gegendarstellungsanspruch
 - Auskunftsanspruch **38 57**
 - evangelische **21 46; 38 7**
 - jüdische **38 9**
 - katholische **38 8**
 - muslimische **38 10**
 - Pressefreiheit **35 90, 103 f., 129;**
38 17–19, 43
- Preuß, Hugo **8 37, 44**
- Preußische Verfassung (1920)
63 14
- Preußische Verfassungsänderun-
gen im Kulturkampf (1875)
35 68
- Preußische Verfassungsurkunde
(1850) **8 22, 32; 14 14; 63 13**
- Preußisches Allgemeines Land-
recht **1 57, 67, 89; 7 5; 8 19;**
14 12, 14; 15 2; 31 14; 60 6 f.;
62 3, 9; 64 15–17
 - Kirchenmitgliedschaft **30 4**
 - Militärseelsorge **54 6**
 - Patronat **63 11, 29**
- Priesterausbildung **46 30, 45, 57;**
47 33 f., 53, 58, 77;
→ Priesterseminar
- Priesterbruderschaft St. Pius X.
67 43
- Priesterrat **20 54, 56; 70 61**

- Priesterseminar **20** 58; **47** 6, 16, 26, 46
- Priestertum aller Gläubigen
- Diakonie **51** 11
 - Dienstgemeinschaft **57** 16
 - Kirchenleitung **70** 93
 - Status **30** 76
 - Verkündigungsauftrag **21** 10
- Primas **22** 4
- Privathochschulen **47** 7, 35
- Privatsache → Religion: Privatsache
- Privatschulen → Schulen in freier Trägerschaft
- Privatschulfreiheit **30** 117; **42** 47; **43** 7, 14, 18, 37, 41, 53, 78 f.; **44** 35; **45** 23–25, 27, 34
- Privilegien **7** 43
- Freiheit statt Privilegien **27** 1, 19
- Privilegienbündel **7** 55; **12** 49; **26** 19; **27** 53; **65** 21–26; **68** 15 f.; **73** 29
- Privilegienvorwurf **7** 70; **8** 23, 51; **12** 50; **77** 72
- Pro Fide Catholica **67** 43 f.
- Profanisierung **60** 26; **66** 31
- Profess **29** 27, 30–33, 46, 60, 66, 68, 70
- Professor → Hochschullehrer
- Propst → Superintendent
- Propstei → Kirchenkreis (ev.)
- Proselyt **30** 18
- Puchta, Georg Friedrich **13** 3, 9
- Pufendorf, Samuel v. **1** 26, 34; **4** 25
- Quäker → Religiöse Gesellschaft der Freunde
- Quanta cura (1864) → Enzyklika
- Quarck, Max **8** 36
- Quaritsch, Helmut **18** 22, 23
- Qutb, Sayyid **6** 43
- Rabbinatsgericht **24** 46; **30** 18, 21
- Rabbiner **5** 4–20; **24** 5, 10 f., 43–47, 51–54; **46** 18;
→ Militärabbiner
- Ausbildung **24** 52–55
 - Dienstverhältnis **58** 21
 - Ernennung **24** 10
- Rade, Martin **4** 40
- Radio → Rundfunk
- Rahmenordnung **7** 47, 51
- Ranke, Hansjürg **36** 12, 16
- Rau, Johannes **4** 53
- Rawls, John **14** 20
- Rechnungsprüfung, staatliche **70** 24–26
- Rechtfertigungsbotschaft **21** 1
- Rechtsfähigkeit **70** 43 f.;
→ Hochschulen, kirchliche;
→ Religionsgemeinschaft:
Rechtsfähigkeit; → Verein, religiöser
- kirchliche Hochschulen **47** 48
 - nach evangelischem Kirchenrecht **30** 76, 88
- Rechtshilfe **77** 37; **79** 1–46;
→ Amtshilfe
- Durchsetzung von Entscheidungen religionsgemeinschaftlicher Spruchkörper **77** 37
- Rechtsnachfolge in Kirchenbaulasten **73** 24
- Rechtsschutz der Religionsgemeinschaften **7** 56; **19** 7; **27** 66; **69** 31; **77** 1–84; **78** 19–24
- Rechtsschutz in Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften **7** 60, 80; **8** 59; **19** 42; **21** 62; **26** 26; **30** 106; **44** 69; **47** 73–75; **53** 45; **58** 42–47; **59** 72; **70** 77; **71** 92; **77** 1, 3, 4–8; **78** 1–87
- Rechtsvergleich im Staatskirchenrecht **7** 12, 30
- Rechtsweg → Rechtsschutz in Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften
- Anspruch auf Verleihung des öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus **27** 66

- Benutzungsverhältnis in Kindertageseinrichtungen **53** 45–47
- Glockengeläut **65** 46
- Kirchengerichte **21** 62
- Kirchengutsgarantie **69** 28–30
- kirchliche Stiftungen **71** 62
- Muezzinruf **65** 50
- Nutzung kirchlicher Sachen **60** 16
- Simultangebrauch **62** 10
- Staatsleistungen **73** 70
- Reformation **1** 18; **4** 5, 8; **14** 3, 9; **18** 4; **31** 13; **46** 9; **72** 3
- Reformierter Bund **21** 39
- Reformierter Ökumenischer Rat
→ Weltgemeinschaft Reformierter Kirchen
- Reformierter Weltbund
→ Weltgemeinschaft Reformierter Kirchen
- Reichsdeputationshauptschluss (1803) **8** 20; **60** 44; **63** 12; **64** 6; **73** 15, 17, 19
- Reichskonkordat **8** 16, 50; **9** 19; **10** 4, 7, 11; **20** 22, 26, 79; **29** 7, 13, 34; **31** 56; **35** 75; **46** 27; **47** 26, 29; **49** 79; **50** 29; **55** 5; **70** 47; **73** 59, 67; → Konkordatsurteil (BVerfGE 6, 309)
- Anstaltsseelsorge **56** 16
- Beicht- und Seelsorgegeheimnis **76** 7
- Militärseelsorge **54** 8, 14, 45
- Politische Klausel **16** 21
- Religionsunterricht **44** 15; **45** 11
- Schule **43** 43
- Rekonziliation
→ Wiederaufnahme in eine Religionsgemeinschaft: in die katholische Kirche
- Religion
 - Ambivalenz **14** 21–24
 - gesellschaftliche Bedeutung **2** 50–56; **27** 7 f.
 - im Rundfunk **38** 80
 - in der Ideengeschichte der Religionsfreiheit **14** 1–7
 - Privatsache **1** 103; **2** 17; **4** 78; **7** 86; **8** 23, 36; **12** 16; **35** 31, 138
 - Rechtsbegriff **7** 46; **8** 1–3; **11** 7; **14** 52, 54; **26** 6 f., 17; **75** 21
- Religionsanstalten **26** 10
- Religionsausübung
 - als Zweck des Sonn- und Feiertagsschutzes **40** 11, 34, 36–40, 58
 - Anstaltsseelsorge **56** 26
 - Art. 9 EMRK **11** 15; **12** 28–30, 38–43
 - Bestattung **61** 15
 - durch Kommunikation **35** 5; **38** 2
 - exercitium religionis **14** 1 f., 47
 - Gegenstand der Religionsausübungsfreiheit **14** 34 f., 38–54; **26** 3; **39** 13 f.; **49** 47; **51** 1, 3; **52** 17
 - Menschenwürdegehalt **9** 26; **76** 2
 - Muezzinruf **65** 48
 - Rechtsbegriff **7** 46
 - Schutz der sächlichen Grundlagen **27** 49; **60** 34, 49, 51; **66** 1 f.
 - Strafbarkeit **75** 5 f., 49–54
 - strafrechtlicher Schutz **75** 8, 24, 35–43
 - Zweck der Kirchenbaulast **64** 9
- Religionsbeschimpfung
→ Beschimpfung von Religion
- Religionsfreiheit **14** 1–103;
 - Bekenntnisfreiheit;
 - Glaubensfreiheit;
 - Missionsfreiheit;
 - Religionsausübung
- Abgrenzung zu Art. 5 GG **35** 106
- Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (1948) **12** 6; **43** 5
- Art. 10 EU-GRC **7** 29; **8** 17; **9** 35; **11** 24; **14** 26; **35** 102; **43** 18

- Art. 18 IPbpR **9** 35; **12** 7–24; **43** 5
- Art. 9 EMRK **9** 35; **11** 6–20, 39; **12** 26–50; **14** 26; **16** 53; **18** 41–44, 48; **35** 101; **42** 7; **57** 86, 90; **72** 31
- Bedeutung für das Staatskirchenrecht **7** 26, 37 f., 61–63, 70; **8** 52, 63, 65; **18** 24;
 - Staatskirchenrecht: Telos;
 - Staatskirchenrecht: Verhältnis zur Religionsfreiheit
- Bestattungs- und Friedhofswesen **61** 35
- evangelische politische Ethik **4** 73
- gesellschaftliche Wirkung **2** 17
- Grundrechtsvorsorge des Staates **8** 6, 25–28; **9** 11–15, 18, 35; **14** 24; **56** 5, 11 f., 22, 24, 27, 50; **65** 4 f.; **68** 18, 26, 38
- Hypertrophie? → Hypertrophie der Religionsfreiheit?
- im säkularen Verfassungsstaat **8** 23–28
- individuelle
 - Religionsfreiheit, individuelle
- Journalisten **38** 18
- karitativ-diakonisches Wirken **49** 46–49, 131; **51** 1
- katholische Lehre **35** 126;
 - Dignitatis humanae
- kirchliche Krankenhäuser **52** 16 f.
- korporative
 - Religionsfreiheit, korporative
- Krankenhäuser **52** 21–24, 36–38, 42
- Leistungsdimension **68** 24–30
- Medienarbeit **38** 43 f., 48, 91, 93 f., 109
- Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft **30** 127, 133
- Neutralitätsprinzip **18** 14, 16
- Öffentlichkeitsanspruch / -auftrag der Religionsgemeinschaften **35** 90; **65** 45
- öffentlich-rechtlicher Körperschaftsstatus **27** 1–3, 16, 18 f., 22, 28, 36, 38, 41, 48 f., 61, 65, 72 f.
- Ordensgemeinschaften **29** 6
- positive Religionspflege **74** 3
- Preußische Verfassung 1850 **1** 102
- Rechtsschutz → Rechtsschutz der Religionsgemeinschaften
- religiöse Gleichbehandlung **17** 1, 10
- Schranken **7** 80; **8** 11; **9** 32, 35; **11** 16 f., 20; **14** 49, 60–82; **31** 33; **35** 106; **39** 15; **41** 18
- Schutz des materiellen Substrats **69** 5
- Schutzbereich **52** 22
- Schutzpflichten des Staates **9** 11; **11** 12, 16, 38; **12** 45; **14** 28, 100; **35** 135; **38** 50–54; **40** 36 f.; **46** 20; **49** 62; **64** 26; **75** 3; **77** 66; **79** 38
- Sonn- und Feiertagsschutz **40** 11, 24–26, 56
- Staatskirchenverträge **10** 20–22
- steuerliche Berücksichtigung **74** 5 f.; **77** 52
- Strafrechtlicher Schutz der Religion **75** 3
- Symbole **41** 16 f.
- Teilhabeanspruch **14** 101
- Telos **7** 74
- Verfassungsbeschwerde **69** 30
- Weimarer Reichsverfassung **14** 15
- Religionsfreiheit, individuelle
 - Anstaltsseelsorge **54** 15 f., 50, 52 f.
 - Arbeitnehmer **57** 120 f.
 - Art. 9 EMRK **11** 15–17; **12** 28–31, 44
 - Dienstnehmer **58** 7
 - Erziehungsarbeit **53** 17
 - Gefangene **56** 24
 - Kinder **42** 99
 - Kleidung **41** 29 f.

- Kommunikation **35** 136
- Mitglieder einer öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaft **27** 24
- Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft **30** 7
- Nutzer einer öffentlichen Einrichtung **56** 34 f.
- Patienten **52** 46
- Preußisches Allgemeines Landrecht **14** 12
- Religionslehrer **44** 74
- Religionsunterricht **42** 52; **44** 12, 29 f., 79
- religiöse Erziehung **42** 49
- Schule **42** 54–58, 61; **43** 7, 20, 45 f., 48, 67 f., 70 f., 74 f., 84; **45** 14
- Schutzpflichtdimension **14** 100
- Seelsorge **55** 4 f.; **56** 21 f.
- Sonn- und Feiertagsschutz **40** 34
- sozialstaatliche Leistungen **49** 60
- Religionsfreiheit, korporative **7** 75; **14** 30; **19** 5–8, 23, 46; **26** 1; **77** 61–63; → Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften: Verhältnis zur Religionsfreiheit; → Vereinigungsfreiheit, religiöse
 - Art. 10 EU-GRC **77** 83
 - Art. 9 EMRK **11** 18–20; **12** 32–36, 44; **77** 79, 81
 - Begriff der Religionsgemeinschaft **26** 4
 - Einreise des Oberhauptes einer Religionsgemeinschaft **77** 50
 - Finanzierung **72** 1, 22
 - Förderung **74** 12, 45, 59
 - kirchliche Einrichtungen **53** 13
 - kirchliche Hochschulen **47** 48
 - kirchliches Eherecht **31** 21, 27, 32
 - Kommunikation der Religionsgemeinschaften **35** 105
 - Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft **30** 8
 - Nutzung von Gebäuden **66** 2, 13, 27–31
 - öffentlich-rechtliche Körperschaften **27** 32
 - Schranken **9** 35; **14** 60
 - Schule **43** 21
 - Schutz der sächlichen Grundlagen **60** 34 f., 49, 51
 - Selbstbestimmungsrecht **16** 1, 8
 - Sonn- und Feiertagsschutz **40** 34
 - Steuerpflicht **74** 12
 - Verhältnis zur individuellen Religionsfreiheit **7** 79
 - Zweck der Kooperation von Staat und Religionsgemeinschaften **7** 91
- Religionsfreiheit, negative **14** 57 f.; → Austritt aus einer Religionsgemeinschaft; → Finanzierungsfreiheit, negative; → Konversion; → Kreuze in öffentlichen Gebäuden
 - Anstaltsseelsorge **56** 25, 27
 - Antike **14** 2
 - Art. 9 EMRK **11** 16; **12** 31
 - Austritt aus einer Religionsgemeinschaft **30** 5
 - Drittwirkung **30** 11, 150
 - Glockengeläut **65** 45
 - Kinder **42** 100
 - Kirchensteuer **72** 36
 - Kirchensteuerverfahren **72** 31
 - Kleidung **41** 33
 - Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft **24** 13; **26** 25; **27** 10, 22, 42 f.
 - Polizeiseelsorge **55** 6
 - Religionsunterricht **44** 7
 - religiöse Gleichheit **17** 16 f.
 - Schule **43** 56, 67, 72 f., 75
 - sozialstaatliche Leistungen **49** 60 f.

- Symbole **41** 18
- Vernehmung und Vereidigung durch ein kirchliches Gericht **79** 34
- Völkerrecht **43** 5
- Religionsgemeinschaft
 - Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft
 - Anerkennung **40** 52
 - Art. 138 Abs. 1 WRV **73** 51 f.
 - Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG **44** 40–51, 62, 73, 104–106
 - Begriff **8** 31; **11** 28; **16** 9; **25** 70; **26** 2–17; **30** 108–110; **44** 39; **58** 1
 - muslimische → Muslimische Religionsgemeinschaften
 - öffentlich-rechtliche → Körperschaftsstatus, öffentlich-rechtlicher
 - Organisation **35** 59
 - privatrechtliche → Religionsgemeinschaften, privatrechtliche
 - Rechtsfähigkeit **7** 75; **11** 19; **12** 48; **26** 27–29, 32, 33; **27** 28
 - Rechtsformen **26** 27–29
 - Rechtsstatus **26** 1–35
 - Verbot **26** 34 f.
- Religionsgemeinschaften, privatrechtliche
 - Auflösung **26** 32
 - Austritt → Austritt aus einer Religionsgemeinschaft: privatrechtliche Religionsgemeinschaft
 - Beteiligtenfähigkeit im Verfassungsbeschwerdeverfahren **77** 63
 - Datenschutz **33** 19, 25, 31, 35, 38
 - Entzug der Rechtsfähigkeit **26** 32
 - Gestaltungsbefugnisse **27** 20
 - Kirchengutgarantie **69** 13–15
 - Kostenbefreiung **74** 48
 - Mitgliedschaft nach Vereinsrecht **30** 12, 131 f.
 - muslimische Religionsgemeinschaften **25** 19, 32, 54, 70
 - Organisationsformen **26** 29 f.
 - Personenstands- und Melwesen **32** 3, 18, 21, 30–32
 - Rechts- und Amtshilfe **79** 3
 - Rechtsetzung **9** 50
 - Rechtsform des eingetragenen Vereins **28** 1
 - res sacrae **60** 4, 48 f., 51
 - staatliche Justizgewährung **78** 46
 - steuerlicher Sonderausgabenabzug der Mitgliedsbeiträge **74** 40
 - Vereinsrecht **26** 25, 29, 31–35
 - Verlust der Rechtsfähigkeit **26** 33
- Religionsgesellschaft
 - Religionsgemeinschaft
 - Begriff **7** 57
 - Preußisches Allgemeines Landrecht **30** 4
 - strafrechtlich **75** 23
- Religionskunde **43** 52, 60; **44** 58, 87; → Lebensgestaltung – Ethik – Religionskunde (LER)
- Religionslehrer **30** 118; **44** 7, 15, 20 f., 56, 64, 68–76; **46** 74; → Idschaza; → Missio canonica; → Vokation
- Religionsmündigkeit **30** 72, 77; **31** 69; **42** 51, 64 f., 69, 99–106; **43** 20; **44** 12, 29, 79 f.; **53** 16; → Erziehungsrecht, elterliches
- Religionspartei im Preußischen Allgemeinen Landrecht **30** 4
- Religionsprivileg **25** 65; **26** 34 f.; **28** 23
- Religionsrecht
 - Religionsverfassungsrecht (Begriff)
- Religionssoziologie
 - gesellschaftliche Grundlagen des Staatskirchenrecht
- Religionsunterricht **44** 1–107
 - Abgrenzung von Amtshilfe **79** 7

- Abgrenzung von Staatsleistungen **73** 31
- Abmeldung **42** 85, 93, 100–104; **43** 13; **44** 12, 54, 80 f., 85, 88; **45** 22, 33
- Anmeldung **30** 116
- Art. 18 IPbpr **12** 23
- außerschulischer **42** 3; **44** 11, 32, 98 f., 102
- Austritt aus der Religionsgemeinschaft **30** 52
- Bekenntnisschulen **43** 63; **44** 35 f.; **45** 22, 33
- Berechtigte **23** 4; **44** 2
- Bildungs- und Erziehungsziele **43** 60
- Finanzierung durch den Staat **68** 17, 33; **73** 6
- Frankreich **7** 18, 21
- Freiheitsfunktion **7** 62, 75; **8** 12; **14** 102
- Freiwilligkeit der Teilnahme **43** 13; **44** 7, 54, 77–81, 88
- Grundrechtsförderung **14** 24
- Grundsätze der Religionsgemeinschaften **7** 46; **23** 7
- Integration in die öffentliche Schule **43** 24, 50, 53
- islamisch → Religionsunterricht: muslimisch
- kleinere christliche Kirchen **23** 53–55
- Landesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung **77** 73–75
- muslimisch **25** 12, 24, 32, 36, 45, 52, 59 f., 70; **26** 14; **30** 116; **44** 73, 103–107; **46** 60, 66 f., 74; **77** 43; → Theologische Fakultäten: islamische
- Neutralität des Staates **7** 88; **42** 62
- Öffentlichkeitsauftrag **35** 90
- ordentliches Lehrfach **30** 115
- Religionsgemeinschaft **26** 13 f., 19; **30** 110
- Religionszugehörigkeit **30** 115, 116
- Subjektiver Anspruch auf Einrichtung **44** 25–30
- Trennung und Kooperation zwischen Staat und Religionsgemeinschaften **7** 93
- Unabhängigkeit von öffentlich-rechtlichen Körperschaftsrechten **27** 15
- verfassungsrechtliche Grundlage für Theologische Fakultäten **46** 22
- Vertragsstaatskirchenrecht **43** 41
- Völkerrecht **43** 5, 12 f.
- Wandel **7** 51
- Weimarer Kompromiss **4** 38; **35** 72; **44** 4 f., 37
- zuständige kirchliche Behörde **21** 28
- Religionsverfassungsrecht (Begriff) **1** 1; **7** 70 f.; **8** 8, 62–65
- Religionswechsel → Konversion
- Religionswissenschaft **46** 2
- Religiöse Gesellschaft der Freunde (Quäker) **23** 31
- Religiöse Kindererziehung → Erziehungsrecht, elterliches; → Gesetz über die religiöse Kindererziehung
- Religiöser Verein → Verein, religiöser
- Reliquien
 - Orthodoxe Kirche **22** 23
 - strafrechtlicher Schutz **75** 27
- Rendantur **70** 73
- res circa sacra **60** 10
- res mixtae → Gemeinsame Angelegenheiten
- res sacrae **13** 17; **22** 22–24; **60** 1–51; **62** 1, 11; **69** 21 f., 25; **70** 12, 36; → Glocken; → Messbücher (orth.); → Reliquien; → Sachenrecht, öffentliches; → Widmung
- Richter, Gerhard **35** 14
- Rida, Raschid **6** 30
- Ridder, Helmut **73** 60
- Rituale Romanum **34** 20

- Rituskirche **30** 33, 35, 41
- Römische Kurie **12** 51; → Heiliger Stuhl
- Römische Rota **20** 51
- Rommelfanger (BVerfGE 70, 138) **16** 25, 41; **52** 19; **57** 14, 71, 81, 107, 112, 119
- Rothe, Richard **4** 30
- Rotkreuz-Abkommen → Genfer Konvention
- Rousseau, Jean-Jacques **14** 6
- Rumpelkammer → Lumpensammler, Aktion „Rumpelkammer“ (BVerfGE 24, 236)
- Rundfunk **38** 61–109
- Adressaten kirchlicher Medienarbeit **35** 9
 - Befreiung vom Rundfunkbeitrag **74** 53
 - Drittsenderechte **23** 7, 52; **35** 34, 96; **38** 11, 65, 80, 88–99, 107 f.
 - Drittsenderechte **35** 98
 - Gremien **23** 52, 57 f.; **24** 6; **35** 15, 34, 96, 98, 107; **38** 29, 36, 61, 70–79, 100, 104; **68** 16
 - Massenmedium **35** 24
 - Medienbeauftragter der EKD **21** 46; **23** 58
 - Neutralität des Staates **7** 88
 - Rundfunkfreiheit **27** 46; **35** 90, 103 f., 129; **38** 13 f., 24–26, 61, 100
 - Wort zum Sonntag **35** 1, 7
- Russland **7** 10, 24
- Sachen, öffentliche / kirchliche → res sacrae
- Sachenrecht, öffentliches **60** 4 f., 8, 11–33, 38, 42; **62** 11, 14
- sacra potestas → Bischof (kath.): Leitungsgewalt
- Sacrosanctum Concilium (Konstitution, 1963) **66** 33
- Sadaqat **49** 2
- Sakralbauten → Gebäude, religiöse
- Sakramente **78** 26 f.
- Säkularinstitut **20** 80
- Säkularisation **1** 54, 78 f.; **4** 26; **34** 3; **64** 1, 6, 37; **69** 3; **72** 4; **73** 1, 12, 14–19, 25 f., 41
- Säkularisierung **2** 3, 8, 12 f., 19, 22, 57–60; **4** 61 f., 82, 85; **6** 28–30, 48; **8** 23; **35** 83; **48** 9
- Säkularität des Staates → Neutralität
- Sammlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) **39** 12
- Sammlungswesen **14** 35; **39** 1–56
- Sapientia Christiana (1979) → Apostolische Konstitution
- Sargzwang **61** 6
- Satire **75** 29, 43
- Savigny, Friedrich Carl v. **13** 3
- Schabestari, Mohammed **6** 51
- Schächten **11** 35; **14** 81; **17** 21; **26** 13 f., 19; **77** 81
- Schächten (BVerfGE 104, 337) **49** 37
- Scharia **6** 9 f., 15–23, 21, 32, 34, 36, 40, 44–46, 49, 52, 54; **25** 27; **30** 104
- Schavan, Annette **46** 64
- Scheidung → Ehe: Scheidung
- Schenkungssteuer → Erbschaft- und Schenkungssteuer
- Scheuner, Ulrich **15** 6, 8; **16** 60
- Scheurl, Adolf v. **13** 9
- Schiiten → Bekenntnis: muslimisch; → Islamische Gemeinschaft der schiitischen Gemeinden in Deutschland; → Sunniten und Schiiten
- Schirmacher, Horst **51** 13
- Schisma **30** 56, 59, 65
- abendländisches **1** 11
 - zwischen Sunniten und Schiiten **6** 10
- Schlaich, Klaus **18** 24; **35** 85; **39** 13
- Schleiermacher, Friedrich Daniel Ernst **1** 100; **4** 27, 44; **46** 5, 9; **56** 7
- Schlichtung **29** 47; **59** 9, 32, 34, 74, 77

- Schmid, Carlo **8** 51
 Schmidt-Rimpler, Walter **59** 41
 Schottland **7** 14
- Finanzierung von Religionsgemeinschaften **72** 7
- Schulaufsicht (Art. 7 Abs. 1 GG)
43 22 f., 29, 46 f.; **44** 7, 54, 61–65, 76, 84
- Schule → Erziehungsauftrag, staatlicher; → Erziehungsrecht, elterliches; → Gemeinschaftsschule; → Kopftuch; → Kreuze in öffentlichen Gebäuden; → Religionsunterricht; → Schulen in freier Trägerschaft
- bekenntnisfreie **7** 36; **43** 24; **44** 6, 37; **45** 17, 37
 - Ersatzschule **45** 29
 - Europarecht **11** 36 f.
 - Frankreich **7** 18
 - Gesetzgebungskompetenz **9** 20
 - konfessionelle → Bekenntnisschulen
 - Kulturkampf → Kulturkampf
 - Neutralität des Staates **7** 88; **43** 27
 - private → Schulen in freier Trägerschaft
 - Religion in der Schule **43** 1, 46, 50, 74, 81–87; → Schulgebet; → Schulgottesdienst
 - Schulfrieden **14** 80; **41** 34; **42** 54, 56–58; **43** 73, 81 f.
 - Schulpflicht **42** 55; **44** 42; **45** 10, 28, 34, 36
 - Sonn- und Feiertage **22** 25–27; **40** 57
 - Sport- und Schwimmunterricht **42** 55; **43** 70
 - Trennung und Kooperation von Staat und Religionsgemeinschaften **7** 93
 - Urheberrecht **67** 14 f.
- Schulen in freier Trägerschaft
43 22 f., 64; **45** 1, 7, 15 f.; **49** 17, 19; → Privatschulfreiheit
- Art. 18 IPbPR **12** 23
 - Ergänzungsschulen **45** 23
 - Ersatzschulen **19** 31; **45** 23 f., 28–34; **73** 7; **79** 18
 - Finanzierung **45** 34 f.; **73** 4
 - konfessionelle → Bekenntnisschulen
 - Religionsunterricht **44** 75
- Schulgebet **14** 57; **42** 56; **43** 68, 81 f.; **44** 74; **45** 14; **68** 26
- Schulgottesdienst **14** 57; **43** 42, 50, 68; **44** 36
- Schura **6** 14, 29 f.; **10** 16–18; **25** 11 f.
- Schutzfristen → Sperrfristen
- Schwangerenberatung **49** 15; **77** 47, 72
- Schwangerschaftsabbruch **52** 13, 24
- Schweden **7** 14, 28
- Kirchensteuer **68** 42; **72** 6
- Schweigepflicht
- Beichtgeheimnis;
 - Berufsgeheimnis;
 - Seelsorgegeheimnis
- Schweigerecht (Art. 136 Abs. 3 S. 1 WRV) **9** 15; **32** 4, 22; **35** 92; **44** 81
- Schweiz **7** 14, 28
- Kirchensteuer **72** 6
- Schwurkreuz **41** 12, 22
- Scientology **14** 56; **26** 12; **75** 21; **77** 33, 35, 51, 83
- Seckendorff, Veit Ludwig v. **1** 31, 34
- Seeböhm, Hans-Christoph **8** 46
- seelische Erhebung **40** 2, 8–13, 21, 30, 55
- Seelsorge **14** 55; **27** 9; **35** 35, 62; **36** 12 f.; **37** 22; **49** 61; **65** 21 f.; **68** 33; **70** 112;
- Anstaltsseelsorge;
 - Gefängnisseelsorge;
 - Krankenhausseelsorge;
 - Militärseelsorge;
 - Polizeiseelsorge;
 - Telefonseelsorge
- Anspruch **30** 46
 - christlich **56** 1 f.

- katholisch **56** 20
- muslimisch **56** 1
- muslimische Religionsgemeinschaften **25** 70; **76** 10, 37
- nachgehende **30** 97, 169
- Personal **55** 17
- Seelsorgegeheimnis **11** 32; **56** 3, 4, 20, 43, 46; **76** 1–51;
→ Zeugnisverweigerungsrecht
- Segnung (orth.) **22** 22–24
- Sekte → Warnung vor Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften durch staatliche Stellen
- Begriff **23** 41
- Kinder **42** 91
- Klageerzwingung gegen Sektenkritiker **77** 31
- Zeugnisverweigerungsrecht **76** 23
- Sektenbeauftragte → Beauftragte der Kirchen: für Weltanschauungen
- Selbständige Evangelisch-Lutherische Kirche (SELK) **23** 12; **58** 70
- Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften **16** 1–60;
→ Ämterautonomie;
→ bürgerliche Wirksamkeit;
→ Organisationsgewalt;
→ Rechtsschutz der Religionsgemeinschaften;
→ Rechtsschutz in Angelegenheiten der Religionsgemeinschaften
- Abwehrdimension **68** 24
- Arbeitsrecht **57** 1, 3–6, 13 f., 33 f., 57, 62–71, 78, 80–83, 106 f., 117, 120 f., 124–129; **59** 1, 3–6, 11, 16, 18, 36 f.
- Art. 10 EU-GRC **16** 54 f.; **74** 25
- Art. 17 AEUV **16** 6, 56 f.; **33** 43
- Art. 9 EMRK **11** 19 f.; **16** 53; **74** 25
- Baufreiheit **65** 4
- Beicht- und Seelsorgegeheimnis **76** 17, 27, 32–35, 37, 39
- Datenschutz **33** 26 f.; **57** 136
- Denkmalschutz **66** 16, 20, 28–30
- Dienstrecht **58** 6, 14
- Ehe **31** 21, 27–31, 63
- eigene Angelegenheiten **7** 46, 78; **8** 43, 59; **16** 13–31; **19** 24; **29** 32, 60, 65; **31** 28 f.; **32** 33, 35, 37; **33** 17, 31 f.; **40** 7, 17; **46** 29; **49** 45 f., 49; **58** 14; **59** 1, 6; **60** 20; **69** 21; **70** 5; **74** 21; **78** 8; **79** 16, 31
- Eingriff **49** 50–52
- Erwachsenenbildung und Akademien **48** 25, 37
- Finanzierung **72** 1, 22
- Freiheitsfunktion **7** 79; **8** 24–28; **14** 84–86; **26** 22; **27** 18–22
- Friedhof **61** 2
- gegenüber Mitgliedern **30** 106
- Gerichtsbarkeit der evangelischen Kirche **21** 62
- historische Entwicklung **1** 81–86
- Karitativ-diakonisches Wirken **49** 131
- Kindertageseinrichtungen **53** 13
- Kirchengut **69** 5
- kirchliche Einrichtungen **11** 19; **16** 10–12; **28** 10–17, 35; **32** 32; **33** 18, 24, 29 f., 34, 37; **38** 45–49; **49** 40; **50** 18, 75; **51** 3 f., 28, 32; **52** 19; **57** 40–43; **71** 2;
→ Zuordnung kirchlicher Einrichtungen
- kirchliche Hochschulen **47** 7, 22–24, 33, 35, 40, 48, 56, 63
- kirchliche Krankenhäuser **52** 25–29
- kirchliche Schulen **43** 21
- Kontrahierungszwang **53** 41
- Landesverfassungen **49** 71
- Mitgliedschaft **30** 8–11
- Nutzung kirchlicher Sachen **60** 15
- Öffentlichkeitsauftrag **35** 110
- öffentlich-rechtlich korporierte Religionsgemeinschaften **27** 3

- Ordensgemeinschaften **29** 4, 13, 16, 21, 23, 32, 60 f., 64, 74
- Parlamentarischer Rat **8** 52
- Paulskirchenverfassung **4** 31
- Rechtsetzungshoheit **8** 7; **9** 50; **16** 29 f.; **19** 44; **33** 17–19, 36, 38; **34** 9; **52** 26; **59** 4, 6, 36 f., 52–54; **63** 19; **77** 56; **78** 80
- Rücksichtnahmeanspruch **79** 38
- Schranken **8** 42 f., 59 f.; **9** 32, 39, 48; **11** 12, 23; **14** 92–98; **16** 32–46; **19** 22, 24–26, 32–40, 46; **28** 27–31; **31** 30 f.; **33** 19–31; **49** 53–61; **57** 106, 124–129; **59** 3 f.; **60** 37 f.; **67** 20; **69** 26; **70** 5, 7 f.; **71** 65, 78; **76** 33; **78** 13, 16–18, 39–42, 78–82, 85
- Schutz der sächlichen Grundlagen **60** 49, 51; **64** 22
- Selbstdarstellungsrecht **38** 54, 82
- Simultangebrauch **62** 7
- Sonn- und Feiertagsschutz **40** 25
- Staatskirchenverträge **10** 20–23, 29; **16** 48 f.
- Stiftungsrecht **71** 10, 49, 54
- Theologische Fakultäten **46** 2, 25, 29, 35, 37, 41, 43, 46–53, 55
- Verfassungsbeschwerde **16** 8; **35** 109
- Verhältnis zu weiteren Freiheitsrechten **49** 37 f.
- Verhältnis zur Religionsfreiheit **8** 55–58, 61; **9** 35; **14** 87–99; **16** 1, 7 f.; **19** 23; **35** 109; **49** 35 f.; **52** 25; **57** 2 f.
- Vermögensschutz **69** 19
- Vermögensverwaltung **60** 36–38; **69** 10; **70** 5
- Verwaltungsverfahrensrecht **79** 12
- Weimarer Kompromiss **4** 38; **8** 38
- Widmung kirchlicher Sachen **60** 24
- Selbstbestimmungsrecht, informationelles **9** 15; **32** 6, 13, 22, 31, 35–41; **33** 1–3, 9 f., 32–35, 36, 43; **34** 10, 15; **57** 135 f.; **79** 41
- Selbstdarstellung, Recht auf **38** 54, 82
- Selbstverständnis **8** 24, 56
 - § 9 AGG **57** 63, 65 f., 70, 77; → Bekenntnis; → Plausibilität
 - als Schutzgut des Staatskirchenrechts **8** 65
 - bauplanungsrechtliche Erfordernisse für Gottesdienst und Seelsorge **65** 24
 - Beurteilungsprärogative **7** 42, 69; **14** 50, 56; **58** 42, 47; **77** 1, 15
 - Dienstgemeinschaft **59** 11, 37
 - eigene Angelegenheiten **16** 17; **28** 14; **33** 17, 27; **49** 47
 - Finanzierung **72** 26
 - Gewissensfreiheit **15** 19, 23
 - Individuum und Institution **27** 10
 - Karitativ-diakonisches Wirken **51** 1
 - Kernbereich der Religionsfreiheit **14** 79
 - kirchlicher Dienst **57** 5, 81, 83, 107; **58** 4 f., 8, 33 f., 69, 71; **59** 4, 6
 - Nähe oder Distanz zum Staat **23** 51
 - öffentliches Wirken **35** 17, 30 f., 42, 130
 - öffentlich-rechtlicher Körperschaftsstatus **27** 18, 30; **38** 69
 - Organisation **27** 36, 41; **28** 27; **52** 28; **57** 44; **58** 1
 - Plausibilität und Konsistenz **30** 107
 - Religion oder Weltanschauung **14** 54
 - Religion und Religionsgemeinschaft **17** 19–22; **26** 7, 16 f.; **38** 6; **39** 13; **74** 33
 - Religionsausübung **14** 40, 44–46; **56** 26
 - Religionsfreiheit und Selbstbestimmungsrecht **14** 88, 91
 - religiöse Vereine **28** 11, 29

- Stiftungszwecke **71** 3 f., 53 f.
- Verhältnis von individuellem und korporativem **30** 107
- Zweck kirchlicher Sachen **60** 2
- Selbstverwaltung, kommunale **48** 50, 60 f.; **49** 58 f.; **64** 26
- Sexualkundeunterricht **42** 47, 55; **43** 14, 71; **44** 84
- Shelomo ben Adret **5** 14–18
- Shimon ben Shatach **5** 24
- Siebenten-Tags-Adventisten **23** 32
- Simons, Menno **23** 29
- Simultankirchen **62** 1–16
- Simultanschule
→ Gemeinschaftsschule
- Sitten, Gute → *ordre public*
- Sittenwidrigkeit **67** 26–28
- Siyasa-Kompetenz **6** 10, 25, 45
- Skandinavien **7** 14, 28; **12** 46; **21** 5
- Apostolische Exarchie für katholische Ukrainer in Deutschland und Skandinavien **20** 17; **30** 35
- Slowakei – Finanzierung von Religionsgemeinschaften **72** 7
- Smend, Rudolf **4** 41; **7** 49; **15** 6; **16** 36, 42; **35** 30, 81; **51** 26; **73** 50
- Societas-perfecta-Lehre **3** 28 f., 32 f., 46; **4** 66; **16** 5
- Soldatengemeinden
→ Militärgemeinde
- Soldatenseelsorge
→ Militärseelsorge
- Sonderausgabenabzug **68** 14; **72** 66; **74** 1 f., 5, 40, 41, 58
- Sondernutzung **77** 9, 35
- Sonderstatusverhältnis
- Schule **42** 56 f.
- Seelsorge **55** 5
- Sonn- und Feiertage **40** 1–60; **68** 25; → Adventssonntag (BVerfGE 125, 39);
→ Ladenöffnung
- Gesetzgebungsauftrag **9** 15
- Gesetzgebungskompetenz **9** 20
- Personalstatute Internationaler Organisationen **9** 17
- Rechtsschutz **40** 35, 40, 43;
→ Subjektive Rechte: Sonn- und Feiertagsschutz
- Schule → Schule: Sonn- und Feiertage
- Staatskirchenverträge **10** 20–22; **40** 41–43
- Sonntag → Adventssonntag (BVerfGE 125, 39)
- Sorgerecht → Erziehungsrecht, elterliches; → Personensorge
- Sorusch, Abdolkarim **6** 51
- Souveränität
- des Heiligen Stuhls **12** 52 f.
- des Staates **1** 14–17, 29 f., 40, 45 f., 69, 91, 99, 110; **3** 29, 32, 33; **4** 22, 66; **14** 5, 7, 71; **18** 22–24
- Islam **6** 31–33, 39
- Israel **5** 25
- Justizgewährung **78** 9
- Kirchenverfassung **21** 11
- Koordinationslehre **7** 56, 78; **10** 34; **27** 6
- Subordinationslehre **16** 43
- Verfassungsgebung **7** 31; **8** 33
- Vertragsbindung **10** 44
- Volkssouveränität **35** 22
- Soziale Netzwerke **38** 15
- Soziallehre, katholische **49** 55; **50** 9 f., 15; **58** 67
- Sozialrecht **35** 99; **49** 6, 10 f., 57, 85–96, 100–113, 126, 131; **50** 17 f., 21; **53** 32 f.; **57** 127–129; **58** 15; **68** 36; **70** 75; **77** 34; **78** 79;
→ Kinder- und Jugendhilfe
- Kindertageseinrichtungen **53** 3, 23–32, 54
- kirchliche Erwachsenenbildung und Akademien **48** 42, 47
- Ordensgemeinschaften **29** 46, 54, 59–82
- Sozialstaat **2** 24; **4** 14, 81; **27** 36; **49** 6, 10, 29 f., 54, 57, 61, 76, 83, 113, 131; **51** 25, 28; **52** 30, 39; **53** 25; **58** 11; **68** 22, 30, 44; **74** 5;

- 77** 15; **78** 77, 79; → Fürsorge, öffentliche
- Sozialstaatsprinzip **40** 12; **50** 17
- Spahn, Peter **8** 36
- Spanien
- Finanzierung von Religionsgemeinschaften **72** 8, 72
 - Kirchensteuer **68** 42
- Spenden **35** 11; **39** 41; **52** 67; **68** 14, 35; **70** 38; **72** 71; **74** 1, 4, 32, 35 f., 39 f., 56 f.; **77** 54, 81; → Sammlungswesen
- Sperrfristen **34** 10, 14, 24
- Spinoza, Baruch de **14** 5
- Spirituali militum curae (1989)
→ Apostolische Konstitution
- Spitzenverband → Dachverband
- St. Marien (BVerfGE 53, 366)
16 40; **49** 48, 53; **51** 28
- St. Salvator (BVerfGE 99, 100)
60 44; **77** 3, 66, 81
- Staatsamt, konfessionsgebundenes **30** 118; **45** 21; **46** 6, 32, 37 f.; **54** 9, 25, 28, 30, 31 f., 34; **56** 49; **68** 18; → Militärbischof;
→ Militärpfarrer;
→ Militärrabbiner;
→ Polizeipfarrer;
→ Religionslehrer;
→ Theologische Fakultäten: konfessionsgebundenes Staatsamt
- Staatsaufsicht **7** 55;
→ Schulaufsicht
- Ersatzvornahme **61** 34
 - Friedhof **61** 50, 51
 - Friedhofsgenehmigung **61** 32
 - Kindertageseinrichtungen **53** 39 f.
 - Kirchensteuer **72** 12, 18, 22, 40
 - kirchliche Hochschulen **47** 66
 - Rechtsschutz **71** 90
 - Stiftungsaufsicht **71** 83–85, 91
- Staatshaftung
- Kirchenbeamte **58** 17
 - kirchliche Beauftragte für Weltanschauungen **35** 117
- Staatskirche **4** 29; **7** 14, 28, 36–39; **10** 33; **11** 1, 20; **12** 46;
- England **7** 14; **11** 1; **12** 46; **23** 23, 31; **68** 39
 - Finanzierung **68** 40; **72** 7; **73** 11
 - Mitgliedschaft **30** 3, 10, 76
 - öffentliches Wirken **35** 65
 - Verbot **7** 10, 75, 95; **8** 32, 40, 56; **18** 10–12, 48; **27** 3; **35** 107; **43** 25; **46** 35; **55** 6; **64** 25 f.; **68** 2, 27; **72** 25; → Trennung von Staat und Kirche
- Staatskirchenrecht
- Begriff → Religionsverfassungsrecht (Begriff)
 - Geschichte **1** 1–112
 - Methode **7** 37–39
 - Telos **7** 38, 62; **44** 1
 - Verhältnis zur Religionsfreiheit **7** 58, 61–69, 75, 96;
→ Religionsfreiheit: Bedeutung für das Staatskirchenrecht
- Staatskirchenverträge **4** 66; **9** 9, 49; **13** 13; **16** 6, 48 f.; **17** 7; **32** 29, 40; **33** 36; **35** 73; **38** 63, 104; **49** 78–83; **56** 35; **66** 36;
→ Kirchenverträge, evangelische; → Konkordate;
→ Vertragsstaatskirchenrecht
- Abgabenrecht **74** 47
 - Anstaltsseelsorge **56** 16 f.
 - Baurecht **65** 6, 25 f.
 - Beicht- und Seelsorgegeheimnis **76** 2, 8
 - Bindungswirkung **8** 9; **65** 6
 - Denkmalschutz **66** 21–24
 - Dienstrecht **58** 18 f.
 - Erwachsenenbildung und Akademien **48** 25
 - Europarecht **10** 74
 - Friedhofsgebühren **61** 42
 - Kirchenbaulasten **64** 18–21, 37
 - Kirchengutsgarantie **69** 2
 - Kirchensteuer **72** 11 f., 28 f., 41, 70; **77** 76
 - kirchliche Hochschulen **47** 26–35

- kirchliche Stiftungen **71** 8–12
- Lehrbeanstandung **46** 40–42
- Öffentlichkeitsanspruch /
–auftrag der Religionsgemein-
schaften **35** 96
- öffentlich-rechtlicher Körper-
schaftsstatus **27** 53
- Patronat **63** 22
- Rechts- und Amtshilfe **79** 33
- Rechtsschutz **77** 76
- Religionsfreiheit **14** 26
- Religionsunterricht **44** 14–18,
65–67
- Sammlungswesen **39** 20–27, 39,
56
- Schule **43** 40–43
- Seelsorge **55** 7–9
- Selbstbestimmungsrecht der
Religionsgemeinschaften **70** 15
- Staatleistungen **73** 47
- Staatsleistungen **73** 21–24, 62,
67 f.
- Theologische Fakultäten **46** 26–
28, 44 f., 47
- Vermögensverwaltung der Reli-
gionsgemeinschaften **70** 67
- Staatsleistungen **1** 78; **7** 75, 94;
11 19; **52** 67; **60** 47; **68** 7–12, 33,
44; **69** 17; **70** 9; **73** 1–79
- Ablösung **9** 15, 19; **64** 28 f.;
68 11; **73** 20, 22–24, 27, 29–31,
53–68, 77; **74** 8
- Europarecht **73** 78
- Höhe **72** 9
- Kirchenbaulasten **64** 6, 19 f.,
23 f., 37; **77** 47
- kommunale **68** 9; **73** 20, 49 f.,
64
- negative **53** 56; **69** 29; **73** 8 f.,
29, 39–41, 48; **74** 7 f., 46
- Säkularisierung **72** 4
- Staatskirchenverträge **9** 29;
10 20, 30, 45, 52
- Verhältnis zu anderen Ein-
nahmequellen **72** 9
- Staatsrechtslehrertagung 1967
7 58; **18** 24

Staatsreligion

- Islam **6** 1, 40–44, 47, 50, 54
- Römisches Reich **3** 18, 19; **30** 2
- völkerrechtliche Bindung an
die Religionsfreiheit **12** 9, 15

Staatsverträge mit alevitischen
Religionsgemeinschaften **43** 41,
78

- Cem-Häuser **65** 6
- Drittsenderechte **38** 108
- Religionsunterricht **44** 67

Staatsverträge mit jüdischen Reli-
gionsgemeinschaften **10** 6, 13 f.,
58; **24** 6, 25; **49** 81; **66** 23; **70** 15

- Kirchensteuer **72** 11
- Religionsunterricht **44** 18, 50
- Schule **43** 41
- Staatsleistungen, Zuschüsse
10 30; **30** 112; **68** 12; **73** 76

Vertrag des Landes Sachsen-
Anhalt mit der Jüdischen
Gemeinschaft in Sachsen-
Anhalt (2006) **77** 66; **78** 36Vertrag zur Regelung der
jüdischen Militärseelsorge
(2019) **10** 4; **54** 55–61Vertrag zwischen der Bundes-
republik Deutschland mit dem
Zentralrat der Juden in
Deutschland (2003) **9** 29; **10** 4,
14, 49Staatsverträge mit muslimischen
Religionsgemeinschaften **10** 6,
16–18, 31, 36, 58; **25** 12, 32;
70 16 f.; **77** 43

- Drittsenderechte **38** 108
- Militärseelsorge **54** 63 f.
- Moscheebau **65** 6
- Religionsunterricht **44** 18, 67
- Rundfunkgremien **38** 70
- Schule **43** 41, 78

Stahl, Friedrich Julius **4** 29 f.; **51** 7
status confessionis **35** 45Statusklage → Dienstrecht,
öffentlich-rechtliches: Rechts-
schutzStein, Lorenz von **73** 60

- Sterbehilfe **52 34**
- Sterberegister **32 2, 4, 9**
- Steuer → Einkommensteuer;
→ Gewerbesteuer; → Grundsteuer, Grunderwerbsteuer;
→ Kapitalertragsteuer;
→ Kirchensteuer
- Gesetzgebungskompetenz **9 24**
- Steuerbefreiung
→ Abgabenbefreiung;
→ Gemeinnützigkeit
- Steuerbescheid **72 68**
- Steuergeheimnis **72 12, 28, 42**
- Steuergleichheit **72 39, 60**
- Steueridentifikationsnummer
72 52, 57, 59
- Steuerlisten (Art. 137 Abs. 6 WRV)
9 15; 32 28; 72 23; 79 41
- Steuerrat → Kirchensteuer: Kirchensteuerrat
- Steuerrecht **49 97–99; 50 21; 76 13**; → Abgabenrecht
- Europarecht **74 54–59**
- Steuerzuschlagwahl **68 42; 72 8, 72**
- Stiftung, kirchliche **71 1–93**;
→ Kirchenfabrik; → Pfründe;
→ Rechtsfähigkeit: kirchliche Stiftungen
- Anerkennung **77 45**
 - Anwendung des BGB **50 46 f.**
 - Bedeutung für die Kirchenfinanzierung **72 4 f., 7**
 - Beteiligungen **50 53 f.**
 - Grundlage für Simultangebrauch **62 5**
 - katholische Kirchenstiftung in Bayern **70 68–70**
 - Kirchengutsgarantie **69 10**
 - Konfessionsklauseln **30 120**
 - Krankenhausfinanzierung **52 67**
 - Pfründenstiftung **1 68, 78; 20 67; 70 71**
 - Rechtsfähigkeit **50 30, 36 f.; 70 42–44; 71 10, 14, 17, 19 f., 68; 77 28**
 - Stiftungsaufsicht **71 81–93**
 - Träger karitativ-diakonischer Einrichtungen **49 21**
 - Träger kirchlicher Hochschulen **47 45**
 - Träger kirchlicher Krankenhäuser **52 71**
 - Vermögensträger **70 44; 72 2**
- Stiftungsrecht
- Gesetzgebungskompetenz **9 20**
 - katholisches **50 22**
- Stolgebühren **72 2, 4, 7**
- Strafrecht
- Ausstrahlungswirkung der Grundrechte **75 51 f.**
 - Beschneidung **8 58**
 - Ermittlungsmaßnahmen
→ Beichtgeheimnis;
→ Seelsorgegeheimnis
 - grundrechtsunmittelbare Rechtfertigung **75 50**
 - Kirchensteuer **72 14**
 - Kriegsdienstverweigerung **15 8**
 - Pressefreiheit **38 18**
 - Sonn- und Feiertagsschutz **40 45**
 - strafrechtlicher Schutz der Religion **9 11; 14 100; 38 51; 60 9; 68 25; 75 1–54; 76 15, 51**;
→ Beschimpfung von Religion;
→ Bestattung; → Friedhof: strafrechtlicher Schutz;
→ Totenruhe
 - Urheberrecht **67 8, 13**
 - Wohlwollensgebot **15 13, 24, 26**
- Strafrecht, jüdisches **5 15**
- Strafrecht, kirchliches **30 47**
- Austritt aus der katholischen Kirche **30 51, 55–67**
 - CIC **3 46**
 - Evangelische Kirche **30 98**
 - Straftaten des Patrons **63 32**
- Strafrecht, koranisches **6 15, 35, 47**
- Strafvollzug
→ Gefängnisseelsorge
- Religionsausübung **56 52–58**

- Straßennutzung
→ Sondernutzung
- Streik **11** 40; **51** 30; **59** 4 f., 7–9, 14–18, 23, 31;
→ Gewerkschaften;
→ Koalitionsfreiheit
- Stutz, Ulrich **7** 72; **63** 4
- Suarez, Francisco **13** 8
- Subjektive Rechte
- Ablösung der Staatsleistungen **73** 53
 - Anstaltsseelsorge **56** 13
 - elterliches Erziehungsrecht **42** 106
 - Gleichheitsanspruch **17** 3
 - Individualbeschwerde für Religionsgemeinschaften nach Art. 34 EMRK **12** 33
 - Kirchenbaulasten **64** 8
 - Kirchengutsgarantie **69** 29
 - öffentlich-rechtlicher Körperschaftsstatus **27** 29
 - Rechts- und Amtshilfe **79** 38–41
 - Religionsunterricht **44** 25–30
 - Sonn- und Feiertagsschutz **40** 32–40; **77** 49
 - Staatskirchenverträge **10** 70–73
 - Staatsleistungen **73** 70, 75
 - steuerliche Förderung **74** 6
- Subsidiaritätsprinzip **49** 55–57, 81, 87; **50** 10 f., 17; **53** 28; **72** 5
- Subvention **73** 15, 32 f.; **74** 4;
→ Förderung, staatliche
- Subventionsverbot nach dem französischen Trennungsgesetz **7** 19 f.
- Sultan **6** 11, 13, 16
- Summepiskopat
→ Landesherrliches Kirchenregiment
- Sunna **6** 35 f., 44
- Sunniten **25** 6; → Bekenntnis: muslimisch
- Sunniten und Schiiten **6** 10; **30** 103
- Superintendent **21** 8, 20; **70** 120
- Süsterhenn, Adolf **8** 46, 47, 49; **9** 38; **14** 66, 68
- Syllabus errorum **3** 29 f.; **35** 67
- Symbole, religiöse **7** 19, 88, 90; **11** 34, 39; **14** 40; **35** 5, 128, 138; **41** 1–38; **42** 57; → Kleidung, religiöse; → Kreuze in öffentlichen Gebäuden
- Synagoge → Gebäude, religiöse
- Synhedrion **5** 24
- Synode (ev.) **1** 84 f.; **4** 28, 32, 57; **21** 11 f., 22, 24 f.; **51** 31; **59** 9, 34; **70** 93, 106, 108, 120
- Synode (kath.) **20** 54
- Tabak (BVerfGE 12, 1) **8** 28; **14** 36; **17** 20; **18** 15; **26** 6
- Talmud **5** 4 f., 8, 13, 17 f., 23–25
- Tarifverträge **59** 7–49
- Taufe → Erziehungsrecht, elterliches; → Sakramente
- annus discretionis **42** 105
 - Baptisten **23** 20
 - Bekenntniszugehörigkeit **30** 78
 - character indelebilis **30** 5, 23, 49, 66, 72, 86, 150
 - Einwilligung **30** 77, 135
 - Erwachsenentaufe **30** 39, 92
 - Evangelische Kirche **30** 70–77, 80
 - Gemeinschaft der Getauften **30** 23–25, 70
 - Justitiabilität **78** 26
 - Katholische Kirche **30** 25–28, 37–41
 - Kinder aus konfessionsverschiedenen Ehen **1** 92
 - Kindertaufe **23** 20; **30** 38, 72, 77, 134; **42** 3, 75–77, 80
 - Kirchenmitgliedschaft **30** 23, 131, 134 f., 146
 - Kirchensteuer **72** 43, 46, 73
 - liturgische Form **30** 13, 90, 131, 134
 - Mennoniten **23** 29
 - Methodisten **23** 25
 - Ökumene **21** 68; **23** 9; **30** 76, 85

- Patenamnt **30** 46
- Personenstandsregister **32** 8, 12
- Priestertum aller Gläubigen **21** 10; **30** 76, 91; **51** 11
- Rechtsfähigkeit nach Kirchenrecht **30** 88
- Selbstbestimmungsrecht der Kirche **19** 24
- Statistik **2** 26, 29; **20** 7
- Stolgebühren **72** 2
- strafrechtlicher Schutz **75** 25, 38
- Taufbuch **30** 66, 169
- Taufregister **34** 20, 24
- Universalität **30** 2, 23 f., 70, 73, 76, 109; **35** 43 f.
- Verkündigungsauftrag **35** 43
- Zuständigkeit **21** 16
- Taylor, Charles **2** 61
- Teilkirche **20** 1 f., 8–25, 41 f.; **70** 27 f., 42, 44 f.; → Diözese
- Telefonseelsorge **49** 18; **76** 5, 43 f.
- Telemedien **38** 39–42
- Temporalien Sperre (Kulturkampf) **73** 25
- Tendenzbetrieb **26** 19; **35** 112; **38** 23, 42; **59** 54
- Tendenzfreiheit **35** 111
- Tenhumberg, Heinrich **37** 10
- Territorialismus **1** 22; **4** 24 f.; **7** 5; **63** 8
- Territorialprinzip → cuius regio, eius religio
- Zuständigkeit der EKD-Gliedkirchen **59** 28
- Tertullian **13** 8
- Theodosius I. (Kaiser) **1** 2
- Theokratie **7** 13
- islamische **6** 50; **25** 27, 40
- jüdische **5** 3, 12, 25
- Karolingische **1** 5
- Theologische Fakultäten **7** 88; **16** 21; **35** 15, 72; **46** 1–84; **68** 19, 33; **73** 6, 31; **79** 7; → Graduierungsrecht; → Lehrbeanstandung
- altkatholische **46** 18
- Hochschullehrer **46** 14, 21, 30, 32, 36–42, 51
- islamische **25** 36, 45, 70; **46** 1, 7, 18, 60–76; **47** 11
- jüdische **46** 18
- kirchliche → Hochschulen, kirchliche
- konfessionsgebundenes Staatsamt **30** 118
- Konfessionsklauseln **30** 119
- nach evangelischem Kirchenrecht **46** 29–31
- nach katholischem Kirchenrecht **46** 29 f.
- orthodoxe **46** 18
- Staatskirchenverträge **10** 29, 47, 52
- Trennung und Kooperation zwischen Staat und Religionsgemeinschaften **7** 93
- Thoma, Richard **15** 6
- Thomas Hobbes **14** 5
- Thomas von Aquin **1** 10, 31; **3** 27
- Thomasius, Christian **4** 25
- Tierschutz **14** 80; → Schächten
- Toleranz → Duldung
- Akademien **48** 22
- Antike **14** 2
- Aufklärung **4** 25; **8** 3, 19; **14** 6 f.
- Bekenntnisschule **45** 18
- Bildungs- und Erziehungsziel **43** 6 f., 52 f., 60, 65
- Bürgerethos **7** 97; **35** 127
- Freiheitsschranke **43** 15
- Gute Sitten **67** 28
- islamisch **6** 8 f., 22, 31 f., 35 f., 41, 49
- katholisch **3** 32, 43
- Krankenhäuser **52** 12
- Lebenskundlicher Unterricht **54** 36
- religiöse Erziehung **42** 91
- Säkularität **8** 3, 23
- Schule **18** 17; **43** 72, 77, 87
- Schutz religiöser Bekenntnisse **75** 14, 17, 30, 33

- staatliche Schutzpflicht **8** 25;
12 41, 45
- Staatskirchentum **4** 25
- tolerante Laizität **18** 39, 46
- Toleranzantrag (zum Recht der religiösen Kindererziehung, 1901) **42** 64
- Völkerrecht **12** 5, 12, 24; **43** 13
- Toleranzedikt (311 n. Chr.) **3** 18
- Tora **5** 3, 5, 7, 10 f., 16–18, 24, 25
- Totenfürsorge **61** 13; → Grab
- Totenruhe **61** 56 f.;
→ Exhumierung; → Umbettung
- Menschenwürde **61** 10
- strafrechtlicher Schutz vor Störung **61** 58; **75** 8
- Totgeburt **61** 14
- Trauung → Ehe
- Trennung von Staat und Kirche **1** 99–107; → Staatskirche: Verbot
- Anstaltsseelsorge **54** 40–46
- evangelische politische Ethik **4** 27–29, 80
- Förderung von Religionsgemeinschaften **68** 2
- freiheitliche **7** 73–96; **31** 49; **35** 107 f.
- Grundlagen in der Zwei-Reiche- /Zwei-Regimente-Lehre **4** 17
- hinkende **7** 72; **31** 49
- kirchliche Ämter **58** 51
- Kooperation und Trennung **7** 91–95
- Modelle **7** 9–28
- Pluralität der Kirchen **23** 1, 5 f.
- Religionsunterricht **44** 5, 22, 31
- Rundfunk **38** 63
- Schule **45** 5
- Selbstbestimmungsrecht **16** 4
- Staatskirchenverträge **10** 29, 33
- Staatsleistungen **68** 7; **73** 16, 30, 62
- strikte **7** 23, 73
- Weimarer Kompromiss **4** 38; **27** 5
- Trennung von Staat und Religion
 - Islam **6** 4, 19 f., 47 f.
 - Judentum **5** 20, 25
 - Modelle **18** 35–40
- Trennungsgesetz, französisches (1905) **1** 106 f.; **7** 10, 17, 19–21; **18** 38; **68** 41; **73** 11
- Treueid **10** 29
- Treuepflicht **58** 12
- Tridentinum → Konzil von Trient (1545–1563)
- Triennium **10** 29; **29** 27; **47** 34
- Troeltsch, Ernst **4** 40 f.
- Türkei **6** 4; **7** 24; **12** 4;
→ Laizismus: Türkei
- Türkische Gemeinde in Deutschland **25** 62
- Türkisch-Islamische Union der Anstalt für Religion → DİTİB
- TV → Rundfunk
- Typenzwang **58** 9 f.
- Überhang, institutioneller **7** 38, 61; **27** 4
- Übertritt zu einer Religionsgemeinschaft → Aufnahme in eine Religionsgemeinschaft
 - bürgerliche Wirksamkeit **30** 144–146
 - nach evangelischem Kirchenrecht **30** 85, 90
 - von der katholischen Kirche zu einer anderen Kirche oder Religionsgemeinschaft **30** 49–51
 - zur katholischen Kirche **30** 40, 68 f.
- Ukrainische griechisch-katholische Kirche → Apostolische Exarchie der ukrainischen griechisch-katholischen Kirche
- Ukrainische Orthodoxe Eparchie von Westeuropa **22** 3
- Ultramontanismus **35** 67
- Umbettung **61** 18 f.
- Umma **30** 100, 109; **49** 2
- Umnutzung **65** 20; **66** 31

- Umsatzsteuer **29** 45, 52; **61** 64;
74 23–30; **77** 29, 57
- Umwidmung **63** 28
- UN-Charta → Charta der Vereinten Nationen (1945)
- Ungarn
- Finanzierung von Religionsgemeinschaften **72** 8
 - Kirchensteuer **68** 42
- Union Evangelischer Kirchen (UEK) **21** 31, 34 f., 44, 47, 58; **70** 101 f.
- Unionsrecht → Europäische Union, Recht der
- Unitarier **23** 44, 54
- Universität → Hochschulen, kirchliche; → Theologische Fakultäten
- UN-Sonderberichterstatter **12** 25
- Urheberrecht **67** 1–15
- Urlaub zur Religionsausübung **54** 54; **55** 14
- USA **1** 104; **7** 16; **18** 35–37; **39** 1; **56** 5; **59** 12; **72** 7; **73** 11; → Wall of Separation
- Utrechter Union **15** 2; **23** 16
- vasa sacra **66** 1, 36
- Vatikan → Heiliger Stuhl
- Vatikanisches Konzil
- Erstes (1870) **1** 93; **2** 14; **10** 66
 - Zweites (1962–1965) **3** 34 f.; **20** 29, 36; **35** 50, 126; **63** 17;
 - Dignitatis humanae;
 - Gravissimum Educationis;
 - Lumen Gentium;
 - Pastoralkonstitution: „Gaudium et spes“;
 - Sacrosanctum Concilium
- Vatikanstadt **12** 51, 54
- Verband der Diözesen Deutschlands (VDD) **20** 33; **37** 11, 18, 30; **38** 8; **70** 44
- Verband der Islamischen Kulturzentren (VIKZ) **10** 16–18; **25** 12, 14, 23, 29–35, 42; **35** 54 f.
- Verbindungsmodell **21** 34 f.
- Verbindungsstellen zwischen Staat und Religionsgemeinschaften **7** 94;
 - Bevollmächtigte der Kirchen
- evangelische Kirche **9** 7; **36** 1–44
 - katholische Kirche **9** 7; **37** 1–53
- Verbot der Staatskirche
 - Staatskirche: Verbot
- Verein, religiöser **28** 1–35;
 - Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften: kirchliche Einrichtungen;
 - Zuordnung kirchlicher Einrichtungen
- Auflösung **28** 8, 30 f., 33
 - Begriff **26** 11; **28** 1, 4
 - Beteiligtenfähigkeit im Verfassungsbeschwerdeverfahren **77** 63
 - Caritas und Diakonie **49** 21; **50** 36
 - Datenschutz **57** 140–143
 - erlaubnispflichtige Mitgliederwerbung **39** 41
 - Erwachsenenbildung **48** 17
 - Frankreich **7** 19
 - Gemeinnützigkeit **74** 32–34
 - Kirchengutsgarantie **69** 13–15
 - Kostenbefreiung **74** 48
 - Markenrecht **67** 21 f.
 - Mitgliedschaft **28** 21, 30, 32
 - nach katholischem Kirchenrecht **28** 14, 32 f., 35; **50** 22, 37, 43–45, 70 f., 76–82; **53** 10; **70** 34
 - nach statlichem und kirchlichem Vereinsrecht **50** 30, 63
 - Namensschutz **67** 34
 - negative Vereinigungsfreiheit **28** 7
 - Ordensgemeinschaften **20** 79
 - Rechtsfähigkeit **28** 6, 8, 32 f.; **70** 42, 44
 - Rechtsformen **26** 30; **28** 6, 18–22
 - Religionsfreiheit **14** 31; **49** 47

- religiöse Vereinigungsfreiheit **8** 55; **35** 91
- Steuerbefreiung **74** 18 f.
- Teilhabe am Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften **14** 96; **16** 10–12; **30** 110; **53** 10
- Träger von Hochschulen **47** 45
- Träger von Kindertageseinrichtungen **53** 7 f.
- Umsatzsteuerpflicht **74** 24
- Verbot **28** 8, 24; **77** 40–42, 66
- Vereinsautonomie **28** 25–31; **50** 63; **51** 31
- Vereinsrechtliche Bindungen **25** 65 f.
- Verträge mit Verwertungsgesellschaften **67** 12
- Vereinigte Evangelisch-Lutherische Kirche Deutschlands (VELKD) **21** 32 f., 34 f., 44, 58; **70** 101 f.
- Vereinigte Staaten von Amerika → USA
- Vereinigung Evangelischer Freikirchen (VEF) **23** 9, 47, 58
- Vereinigungsfreiheit, religiöse **8** 14, 31 f.; **14** 34, 55; **26** 1, 3; **28** 5–7; **35** 91, 129; → Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft
- Anspruch auf Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts **19** 17
- Anspruch auf Rechtsfähigkeit **26** 27
- Art. 9 EMRK **12** 34
- Art. 11 EMRK **77** 79
- bürgerliche Wirksamkeit **27** 19
- Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft **30** 6
- nach katholischem Kirchenrecht **28** 32
- Preußisches Allgemeines Landrecht **8** 55
- Verbot einer Religionsgemeinschaft **26** 34 f.
- Vereinsrecht
 - Religionsgemeinschaften, privatrechtliche: Mitgliedschaft nach Vereinsrecht
 - Gesetzgebungskompetenz **9** 21
- Vereinsverbot → Verein, religiöser: Verbot
- Verfassung
 - als Rechtsquelle des Staatskirchenrechts **8** 1–76
 - Änderung **7** 32
 - Auslegung **7** 36–39, 53; → Völkerrechtsfreundlichkeit
 - Einheit der **7** 37
 - Gottesbezug **7** 90
 - Verfassungswandel **7** 49–54; **13** 6; **14** 72; **31** 45; **40** 3; **60** 50; **68** 9
 - Vorverständnis **7** 40–43
- Verfassungsbeschwerde **14** 81 f.; **77** 59–68; → Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften: Verfassungsbeschwerde
 - Anstaltsseelsorge, Art. 141 WRV **56** 13
 - Art. 140 GG, Vertragsstaatskirchenrecht **10** 73
 - Art. 33 Abs. 3 GG **8** 12
 - Kirchengutsgarantie, Art. 138 Abs. 2 WRV **69** 30
 - kirchliche Krankenhäuser **52** 15
 - Landesverfassungsgericht **77** 69–71
 - öffentlich-rechtlicher Körperschaftsstatus, Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV **19** 18; **27** 54, 66
 - Sonn- und Feiertagsschutz, Art. 139 WRV **40** 40
 - Staatsleistungen, Art. 138 Abs. 1 WRV **73** 75
 - wegen des Handelns einer Religionsgemeinschaft **78** 54
- Verfassungserwartung **7** 65–69
- Verfassungsidentität → Identität der Verfassung

- Verfassungstreue **38** 75, 99;
 → Körperschaftsstatus, öffentlich-rechtlicher: Verleihungsvoraussetzungen
- Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat → Preußische Verfassungsurkunde (1850)
- Vergaberecht **68** 37
- Vergundrechtlichung des Staatskirchenrechts **7** 61–63, 70;
 → Religionsfreiheit: Bedeutung für das Staatskirchenrecht
- Veritatis Gaudium (2017)
 → Apostolische Konstitution
- Verjährung
 – erwerbende **63** 30; **64** 17
 – unvordenkliche **60** 25; **62** 5; **63** 30; **64** 12, 17; **73** 46
- Verkirklichung
 – 19. Jahrhundert **2** 12, 15–17
 – Diakonie **51** 12, 26, 33
 – Religionsgemeinschaften **30** 108–111
- Verkündigungsauftrag
 – Allgemeines Priestertum und ordiniertes Amt (**21** 10)
 – Dienstgemeinschaft **57** 8, 10, 16, 26; **59** 9, 11
 – Kindertageseinrichtungen **53** 2
 – Kirchenbeamte **58** 55
 – kirchliche Krankenhäuser **52** 30, 32, 68, 70, 74, 77 f.
 – Lebensführung **58** 59
 – Loyalitätspflicht **57** 79
 – Medien **38** 2–5, 43
 – Mission **35** 35, 44; → Mission
 – Öffentlichkeitsauftrag **4** 77, 82; **35** 30, 48, 80; **37** 2;
 → Öffentlichkeitsauftrag und -anspruch
 – Selbstbestimmungsrecht **37** 21
 – Volksbildung **48** 6
- Vermögen der Religionsgemeinschaften
 → Kirchengutsgarantie
- Vermögensrat **70** 60
- Vermögenssteuer **49** 97
- Vermögensverwaltung der Religionsgemeinschaften **70** 1–131
 – Aufsicht → Staatsaufsicht
 – evangelische Kirche **21** 13 f., 18, 28
 – katholische Kirche **20** 50, 66 f., 69
 – Kirchenbaulasten **64** 8
 – kirchliche Stiftungen **71** 15 f., 22, 26, 28 f., 49 f., 74–80
 – korporative Religionsfreiheit **14** 90
 – Patronatsrecht **63** 16, 31
 – Sachenrecht **27** 49
 – Sammlungen und Spenden **39** 56
 – Selbstbestimmungsrecht **7** 81; **16** 23; **69** 26
- Vermögensverwaltungsrat **70** 54–58, 60, 62, 64 f., 80, 83
- Versammlungsfreiheit **35** 90, 129
- Versetzung **58** 25
- Versorgung → Besoldung;
 → Nachversicherung
- Vertragsstaatskirchenrecht **7** 47, 94; **10** 1–74; → Anhörung von Religionsgemeinschaften;
 → Staatskirchenverträge;
 → Staatsverträge mit alevitischen Religionsgemeinschaften;
 → Staatsverträge mit jüdischen Religionsgemeinschaften;
 → Staatsverträge mit muslimischen Religionsgemeinschaften
 – kirchliche Hochschulen **47** 26–35, 63, 70
 – kleinere Religionsgemeinschaften **10** 15; **23** 52
 – und Koordinationstheorie **7** 56
 – Verhältnis zu Gesetzesrecht **8** 16
- Verwaltungsakt, kirchlicher **53** 42, 57
 – Vollstreckung **61** 45
- Verwaltungskammer
 → Vermögensverwaltungsrat
- Verwaltungsrat (kath.) **20** 50

- Verwertungsgesellschaften **21** 43;
67 2, 7, 11–13
- Vielfalt, religiöse → Pluralismus;
→ Pluralität der Konfessionen
- Vielfaltsgebot
- Krankenhauswesen **49** 95 f.;
52 14, 41–55
 - Leistungserbringer im Sozialrecht **43** 69; **49** 86–88
 - Rundfunk **38** 26, 28, 31, 35, 80,
102–104
- Virchow, Rudolf **35** 67
- Visitation **1** 38, 71; **21** 8, 21, 27;
50 86 f.
- Vitoria **12** 3
- Vokation **30** 118; **44** 59, 69, 71 f.,
74; **47** 59, 74; **78** 31
- Völkermord **75** 45
- Völkerrecht **12** 1–57
- Denkmalschutz **66** 11
 - elterliches Erziehungsrecht
42 7–9
 - kirchliche Erwachsenenbildung
und Akademien **48** 34, 36
 - Rechtsetzung **9** 2
 - Schule **43** 4–8, 10–16
 - strafrechtlicher Schutz der
Religion **75** 45
 - Verbandszuständigkeit **9** 17
 - Zustimmungsgesetz **9** 6
- Völkerrechtsfreundlichkeit
- Grundgesetz **9** 45; **53** 20
 - Landesverfassung **9** 45
- Volkshochschule **48** 49;
→ Erwachsenenbildung
- Volksinitiative, -begehren,
-entscheid **9** 1; **77** 75
- Volkskirche **4** 44 f.
- Volksschule **43** 80; **45** 4, 11, 12, 25;
→ Bekenntnisschule: öffentliche
- Vollstreckung → Gebührenrecht
der Religionsgemeinschaften;
→ Kirchensteuer;
→ Zwangsvollstreckung
- Durchsetzung kirchenrechtlicher Ansprüche **30** 106; **77** 2,
21; → Vollstreckungshilfe
 - Durchsetzung von Entscheidungen religionsgemeinschaftlicher Spruchkörper
77 11, 17 f., 37–39; **78** 33;
79 1, 24
- Vollstreckungshilfe **79** 24, 26–32
- Vollstreckungsschutz **60** 10
- Vollverschleierung **7** 22; **11** 17, 34;
12 29; **14** 80; **35** 26; **41** 16, 19,
31, 36; **42** 57; **43** 77
- Vorausstrauungsverbot **1** 77; **31** 39,
55–58, 79, 84; → Ehe: obligatorische Zivilehe
- votum negativum **24** 17 f.; **30** 82
- Wächteramt der Kirche **35** 30,
45 f., 106; **53** 14
- Wächtermandat des Staates
(Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) **42** 36,
43–45, 48, 91
- Wadud, Amina **6** 37
- Wahlen in der evangelischen Kirche
- Kirchenleitende Gremien
21 11, 20; **70** 106
 - Kirchenvorstand **21** 17
 - Rat der EKD **21** 59
 - Synode **21** 25, 56; **70** 106
 - Wahlrecht **30** 94
- Wahlen in der katholischen Kirche
→ Kirchensteuerververtretungen
- Diözesanbischof **20** 47
 - Kirchenverwaltung **70** 68
 - Pfarrgemeinderat **20** 66
 - Wahlrecht **30** 44 f.
- Wahlen in der orthodoxen Kirche
22 9, 18, 20
- Wahlrecht der Anspruchsberechtigten im Sozialrecht **49** 60 f.,
90, 94; **53** 30
- Wahrheitsanspruch **35** 18, 67, 126,
137
- wall of separation **7** 16; **18** 35 f.;
73 11

- Warnung vor Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften durch kirchliche Beauftragte → Beauftragte der Kirchen: für Weltanschauungen
- Warnung vor Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften durch staatliche Stellen **77** 35, 67, 81
- Grundrechtseingriff **18** 16
 - Neutralität **8** 28
- Wartestand **58** 25
- Weber, Max **2** 13, 14
- Wechselwirkung
- Art. 4 und 140 GG **7** 37, 75; **52** 25
 - Freiheit und Bindung der Diakonie **51** 33
- Wechselwirkungslehre
- Kirchengutsgarantie und Gesetz **64** 27; **69** 26
 - Religionsfreiheit und Schranken **9** 47; **75** 53
 - Sachenrecht **60** 37
 - Selbstbestimmung und Datenschutz **32** 35–41; **33** 26, 31 f., 43
 - Selbstbestimmung und Denkmalschutz **66** 20, 28–30
 - Selbstbestimmung und Hochschulorganisation **46** 43
 - Selbstbestimmung und Schranken nach Art. 137 Abs. 3 WRV **8** 59 f.; **9** 47; **16** 40 f., 44 f.; **19** 20, 26, 30, 34, 37, 46; **26** 22 f.; **28** 27; **49** 53–61; **70** 6–8; **77** 1, 5–7, 10; **78** 78; **79** 34
 - Selbstbestimmung und Vereinsrecht **29** 61
 - Selbstbestimmung und Wissenschaftsfreiheit **46** 41
- Wehling, Hans-Georg **48** 3
- Wehrbereichsdekan **54** 23
- Wehrpflicht
- Kriegsdienstverweigerung
 - Geistliche **58** 17
- Weihbischof **20** 61
- Weihe **58** 65
- Orthodoxe Kirche **22** 22–24
- Weimarer Kirchenkompromiss **4** 38 f.; **7** 6; **8** 10, 36–39, 76; **18** 8; **35** 71–74
- Weimarer Nationalversammlung **7** 6, 10
- Weimarer Reichsverfassung
- Inkorporation der Weimarer Kirchenartikel
- Weimarer Schulkompromiss **4** 38; **8** 15; **35** 72; **44** 5; **45** 8–10
- Weinfonds **77** 52
- Weiterbildung
- Erwachsenenbildung
- Weizsäcker, Richard von **4** 53
- Weltanschauung
- Ambivalenz **14** 21
 - Gleichbehandlung **17** 16 f.
 - Kindererziehung **42** 72
 - Neutralität des Staates **18** 48
 - Rechtsbegriff **14** 52
 - strafrechtlicher Schutz **75** 21
- Weltanschauungsfreiheit
- Religionsfreiheit
 - Art. 9 EMRK **11** 7; **14** 54
 - Ausübungsfreiheit **14** 54
- Weltanschauungsgemeinschaften **23** 2, 46; → Freireligiöse Bewegungen und Gemeinden
- Anstaltsseelsorge **54** 52; **56** 10
 - Bekenntnisschulen **43** 39
 - Beteiligtenfähigkeit im Verfassungsbeschwerdeverfahren **77** 63
 - Förderung **68** 1, 27 f.
 - Gleichstellung **7** 77; **8** 31, 45; **35** 94; **68** 1
 - Kirchengutsgarantie **69** 13–15
 - Personenstands- und Melwesen **32** 2, 21, 28
 - Rundfunk **38** 69
 - Sonn- und Feiertage **40** 11, 17, 23
 - Staatsleistungen **73** 51; **77** 47
 - strafrechtlicher Schutz **75** 23
- Weltanschauungsunterricht **44** 47–49; **77** 43, 67, 73; → Religionsunterricht

- Weltbild-Verlag **38 46**
- Weltgemeinschaft Reformierter Kirchen **12 57; 21 73**
- Werbung
- Arztwerbung **52 14**
 - Glaubenswerbung → Mission
 - Pressefreiheit **38 17**
 - Religionsgemeinschaften **35 28**
 - religiöse **38 88, 105**
 - Telemedien **38 42**
 - Unterbrechung von Gottesdienstsendungen **38 87, 106**
- Werke (ev.) **28 34, 35; 48 7, 17;**
 → Diakonie: Diakonische Werke; → Hilfswerk;
 → Jugendwerke (ev.);
 → Missionswerke (ev.)
- Werthmann, Lorenz **49 5; 50 89**
- Wessel, Helene **8 46**
- Wessenberg, Ignaz Heinrich v. **48 6**
- Westfälischer Friede (1648) **1 18; 7 5; 8 44; 14 9 f.; 15 2; 18 4 f.; 21 3; 62 3**
- Wettbewerbsrecht → Europäische Union, Recht der: Wettbewerbsrecht
- Wichern, Johann Hinrich **48 6; 49 5, 21; 51 5 f., 33; 52 4**
- Widmung **22 22–24; 60 4, 13 f., 17–25, 28, 30 f., 33, 50; 61 32, 35; 62 7, 12; 64 4; 69 21 f.;**
 → Entwidmung
- Wiederaufnahme in eine Religionsgemeinschaft **2 33; 30 170;** → Aufnahme in eine Religionsgemeinschaft
- in die evangelische Kirche **30 78, 89 f., 92**
 - in die katholische Kirche **30 68 f.**
 - in eine jüdische Gemeinde **30 22**
- Wiedervereinigung Deutschlands
 → Einigungsvertrag
- Bistums-Errichtungen **20 9, 23, 29; 30 34; 37 34**
 - Diakonie **51 19**
 - Eigentumsregelung **77 26**
 - Entkirchlichung **2 32; 8 45, 63; 20 6**
 - Kirchenbaulasten **64 32–36; 73 24**
 - Kirchliche Hochschulen **47 6**
 - Landesverfassungen **8 71–73; 77 69**
 - Patronate **63 22**
 - Religionsunterricht **44 6, 92–94**
 - Rolle der Kirchen **4 55**
 - Sammlungsrecht **39 11, 31**
 - Staatskirchenrecht **7 7; 8 76**
 - Staatskirchenverträge **10 11; 39 22; 40 41; 46 27, 42; 73 23 f.**
 - Staatsleistungen **73 23 f., 77**
- Wiederverheiratung **57 78, 94, 102–105, 111**
- Wiener Kongress (1815) **21 4**
- Wiener Übereinkommen über die Staatennachfolge in Verträge **10 67**
- Wiener Vertragsrechtskonvention **10 59, 61–66**
- Willkürverbot → ordre public
- Wirtschaftsrat **70 59**
- Wissenschaftsfreiheit **46 2, 20, 23, 34, 37 f.; 47 21, 40**
- nach katholischem Kirchenrecht **47 19**
- Wissing, Wilhelm **37 10**
- Wittenberger Vertrag
 → Kirchenverträge, evangelische: Sachsen-Anhalt (1993)
- Wohlfahrtspflege, freie **2 24, 42; 7 88; 14 21; 35 99; 49 6–8, 10 f., 20 f., 30 f., 57, 74–77, 81 f., 85, 87–91, 93–96, 99, 126 f.; 50 17, 19; 51 9, 20, 32; 53 29; 57 48; 65 22; 68 23, 32; 73 4; 77 32, 66;**
 → Islam: Wohlfahrtspflege;
 → Judentum: Wohlfahrtspflege;
 → Kinder- und Jugendhilfe;
 → Krankenhäuser
- Wohlfahrtspflege, staatliche
 → Fürsorge, öffentliche
- Wohlwollensgebot **15 13, 26**
- Wohnsitz → Parochialprinzip

- World Communion of Reformed Churches **12** 57
- Wormser Konkordat (1122) **1** 42; **3** 25
- Wöste, Wilhelm **37** 10
- Wunsiedel (BVerfGE 124, 300) **75** 14–18
- Wurm, Theophil **21** 38; **36** 4; **44** 6
- Zakat **49** 2
- Zapp, Hartmut **30** 63, 163
- Zedaka → Judentum: Wohlfahrts-
pflege
- Zehn Gebote → Dekalog
- Zehnter **1** 52; **63** 4; **72** 2, 4
- Zentralkomitee der deutschen
Katholiken (ZdK) **20** 37; **37** 6,
31
- Zentralrat der Juden in Deutsch-
land **24** 9, 29–42;
→ Staatsverträge mit jüdischen
Religionsgemeinschaften:
Vertrag zur Regelung der jüdi-
schen Militärseelsorge (2019);
→ Staatsverträge mit jüdischen
Religionsgemeinschaften:
Vertrag zwischen der Bundes-
republik Deutschland mit dem
Zentralrat der Juden in
Deutschland (2003)
- Hochschule für Jüdische Stu-
dien **47** 3, 47; → Hochschule
für Jüdische Studien
 - Medien-Selbstkontrolle **38** 59 f.
 - Mitglieder **24** 22, 24 f.
 - Öffentlichkeitsarbeit **35** 52
 - Orthodoxes Judentum **24** 28
 - Schieds- und Verwaltungs-
gericht **24** 35–39; **77** 13, 24
- Zentralrat der Marokkaner in
Deutschland **25** 63 f.
- Zentralrat der Muslime in
Deutschland **25** 14, 34–39, 41 f.,
57; **35** 54 f.
- Zentralwohlfahrtsstelle der Juden
in Deutschland **49** 20; **53** 29;
→ Judentum: Wohlfahrtspflege
- Zeugen Jehovas **23** 42 f.
- Bluttransfusion **52** 24
 - BVerfGE 102, 370 **18** 8; **19** 8, 15,
39 f., 44; **23** 42; **26** 8, 11, 50, 61;
44 43; **58** 13; **60** 40; **77** 44, 66
 - Dienstpflichtverweigerung **15** 8
 - Missionstätigkeit **35** 57
 - Parteifähigkeit kraft Rechts-
status in der DDR **77** 28
 - Verfahren über Körperschafts-
rechte nach Art. 137 Abs. 5 S. 2
WRV **18** 31; **27** 67
- Zeugnisverweigerungsrecht **9** 26,
50; **58** 16; **76** 2, 4 f., 7–49, 11–44
- Zia ul Haq, Mohammed **6** 43
- Zinn, Georg-August **8** 46, 51
- Zinzendorf, Nikolaus Ludwig v.
23 22
- Zirkumskription der katholischen
Bistümer **20** 19–25
- in Gebieten evangelischer
Fürsten **1** 60
 - nach der Wiedervereinigung
Deutschlands **10** 11, 23, 49
 - Staatsleistungen **73** 47
- Zivilehe → Ehe: Zivilehe
- Zivilgesellschaft **14** 24; **35** 49, 107
- Zölibat **9** 13
- Zollseelsorge **55** 16
- Zuordnung kirchlicher Einrich-
tungen **38** 45 f.; **49** 40–44;
53 34; **57** 42–56; **59** 54
- Diakonie **51** 4, 30 f.
 - Hochschulen **47** 7
 - Kindertageseinrichtungen
53 9 f.
 - kirchliche Krankenhäuser
52 15, 17–20
 - kirchliche Stiftungen **71** 2–7,
17, 53–61, 72
 - Ordensgemeinschaften **29** 2, 4
 - Vereine **28** 12–17, 21
 - Zuordnungsgesetz der EKD
71 5 f.
 - Zuordnungsrichtlinie der EKD
28 15; **49** 44; **51** 29; **71** 5 f., 17,
53, 58

Zusammenschlüsse

- Gliedkirchen der EKD
→ Gliedkirchliche Zusammen-
schlüsse in der EKD

- Vereine nach katholischem
Kirchenrecht **28** 32

Zuschlagssätze **72** 19Zuschlagsteuer **68** 42; **72** 47Zwangsvollstreckung
→ Vollstreckung

- Kirchengutsgarantie **60** 51
- Vollstreckungsschutz **60** 10

Zwei-Gewalten-Lehre **3** 21Zwei-Reiche- / Zwei-Regimente-
Lehre **3** 20; **4** 4, 7–18, 49, 66;
21 2Zwei-Schwerter-Lehre **1** 2–4, 8,
12, 29; **3** 23, 26Zweiter Weg **16** 27; **57** 31; **59** 11,
48Zwölf Artikel (1525) **63** 10Zwölftelungsmethode zur jahres-
anteiligen Bemessung der
Kirchensteuer **30** 165; **72** 46

Verzeichnis der Mitarbeiter

- Achilles, Wilhelm-Albrecht*, Dr., Richter am Bundesgerichtshof a.D., Honorarprofessor an der Georg-August-Universität Göttingen. → § 71
- Anapliotis, Anargyros*, Dr. Dr., LL. M., Akademischer Oberrat bei der Ausbildungseinrichtung für Orthodoxe Theologie der Universität München. → § 22
- Anke, Hans Ulrich*, Dr., Präsident des Kirchenamts der Evangelischen Kirche in Deutschland. → § 21
- Axer, Peter*, Dr., Professor für Sozialrecht in Verbindung mit dem Öffentlichen Recht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. → § 60
- Badura, Peter*, Dr., Professor für Öffentliches Recht, Rechts- und Staatsphilosophie an der Ludwig-Maximilians-Universität München (bis 2002). → § 8
- Baldus, Manfred*, Dr., Vorsitzender Richter am Landgericht Köln a.D., Honorarprofessor an der Universität zu Köln. → § 47
- Bock, Wolfgang*, Dr., apl. Professor an der Juristischen Fakultät der Justus Liebig-Universität Gießen. → § 48
- Classen, Claus Dieter*, Dr., Professor für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht an der Universität Greifswald. → § 11, § 38
- Demel, Michael*, Dr., M. A., Richter am Amtsgericht Frankfurt a. M. → § 24
- Droege, Michael*, Dr., Professor für Öffentliches Recht, Verwaltungsrecht, Religionsverfassungs- und Kirchenrecht sowie Steuerrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen. → § 64, § 74
- Ehlers, Dirk*, Dr. Dr. h. c., Professor für Öffentliches Recht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster (bis 2013). → § 9, § 79
- Ennuschat, Jörg*, Dr., Professor für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht an der Ruhr-Universität Bochum. → § 43, § 54
- Frisch, Michael*, Dr., Oberkirchenrat, Leiter des Dezernats Recht im Evangelischen Oberkirchenrat der Evangelischen Landeskirche in Württemberg. → § 62
- Gabriel, Karl*, Dr. Dr. h. c., Professor für Christliche Sozialwissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster (bis 2009). → § 2

- Gaertner, Joachim* (†), Dr., Oberkirchenrat a.D., Stellvertreter des Bevollmächtigten des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland bei der Bundesregierung und der Europäischen Union (bis 2003). → § 36
- Germann, Michael*, Dr., Professor für Öffentliches Recht, Staatskirchenrecht und Kirchenrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. → § 7, § 23, § 30, Hg.
- Gienke, Claus*, Assessor, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Staatskirchenrecht und Kirchenrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. → § 23
- Guntau, Burkhard*, Präsident des Landeskirchenamtes der Evangelisch-lutherischen Landeskirche Hannovers (bis 2013). → § 21
- Haering, Stephan*, Dr., Professor für Kirchenrecht, insbesondere Verwaltungsrecht sowie Kirchliche Rechtsgeschichte an der Ludwig-Maximilians-Universität München. → § 20
- Hammer, Felix*, Dr., Diözesanjustitiar und Kanzler der Diözese Rottenburg-Stuttgart, apl. Professor an der Eberhard Karls Universität Tübingen. → § 66, § 72
- Hatzinger, Katrin*, Oberkirchenrätin, Leiterin der Dienststelle Brüssel des Bevollmächtigten des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland bei der Bundesregierung und der Europäischen Union. → § 36
- Heinig, Hans Michael*, Dr., Professor für Öffentliches Recht, insbesondere Kirchenrecht und Staatskirchenrecht an der Georg-August-Universität Göttingen sowie Leiter des Kirchenrechtlichen Instituts der Evangelischen Kirche in Deutschland. → § 14, § 15
- Heintzen, Markus*, Dr., Professor für Öffentliches Recht, Staats-, Verwaltungs- und Steuerrecht an der Freien Universität Berlin. → § 55
- Hense, Ansgar*, Dr., Direktor des Instituts für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands, apl. Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. → § 3, § 65
- Heun, Werner* (†), Dr. Dr. h. c., Professor sowie Direktor des Instituts für Allgemeine Staatslehre und Politische Wissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen (bis 2017). → § 73
- Hillgruber, Christian*, Dr., Professor für Öffentliches Recht sowie Direktor des Instituts für Kirchenrecht der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. → § 12
- Jestaedt, Matthias*, Dr., Professor für Öffentliches Recht und Rechtstheorie sowie Direktor der Abteilung 3 (Rechtstheorie) des Instituts für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. → § 42
- Joussen, Jacob*, Dr., Professor für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht an der Ruhr-Universität Bochum. → § 57

- Jüsten, Karl*, Prälat Dr., Leiter des Kommissariats der deutschen Bischöfe – Katholisches Büro in Berlin. → § 37
- Kämper, Burkhard*, Dr., Justitiar und stellvertretender Leiter des Katholischen Büros Nordrhein-Westfalen, Honorarprofessor an der Ruhr-Universität Bochum. → § 70
- Kästner, Karl-Hermann*, Dr., Professor für Öffentliches Recht und Kirchenrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen (bis 2014). → § 40, § 69
- Kluth, Winfried*, Dr., Professor für Öffentliches Recht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. → § 52
- Korioth, Stefan*, Dr., Professor für Öffentliches Recht, insbesondere Kirchenrecht sowie Deutsches Staats- und Verwaltungsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. → § 16
- Landau, Peter* (†), Dr. Dr. h. c. mult., Professor für Deutsche Rechtsgeschichte, neuere Privatrechtsgeschichte, Kirchenrecht, Bürgerliches Recht, Rechts- und Staatsphilosophie an der Ludwig-Maximilians-Universität München (bis 2003). → § 13
- Luchterhandt, Otto*, Dr., Professor für Öffentliches Recht und Ostrecht an der Universität Hamburg (bis 2008). → § 39
- Magen, Stefan*, Dr., M. A., Professor für Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Rechtsökonomik an der Ruhr-Universität Bochum. → § 27
- Mager, Ute*, Dr., Professorin für Öffentliches Recht an der Universität Heidelberg. → § 68
- Morlok, Martin*, Dr., Professor für Öffentliches Recht, Rechtstheorie und Rechtssoziologie sowie Direktor des Instituts für Deutsches und Internationales Parteienrecht und Parteienforschung der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf (bis 2018). → § 35
- Muckel, Stefan*, Dr. Dr. h. c., Professor für Öffentliches Recht und Religionsrecht sowie Direktor des Instituts für Religionsrecht der Universität zu Köln. → § 28, Hg.
- Mückl, Stefan*, Dr. Dr., Professor für Kanonisches Recht, insbesondere Verkündigungs- und Staatskirchenrecht, an der Fakultät für Kirchenrecht der Päpstlichen Universität Santa Croce, Rom. → § 10
- Munsonius, Hendrik*, Dr., M. Th., Oberkirchenrat am Kirchenrechtlichen Institut der Evangelischen Kirche in Deutschland. → § 58
- Oebbecke, Janbernd*, Dr., Professor für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre sowie Geschäftsführender Direktor des Kommunalwissenschaftlichen Instituts der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster (bis 2018). → § 41
- Ogorek, Markus*, Dr., LL. M. (Berkeley), Professor für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht sowie Direktor des Instituts für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre der Universität zu Köln. → § 44

- Pabel, Katharina*, Dr., Universitätsprofessorin an der Wirtschaftsuniversität Wien. → § 25
- Penßel, Renate*, Dr., M.A., wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Kirchenrecht, Staats- und Verwaltungsrecht am Hans-Liermann-Institut für Kirchenrecht, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. → § 53
- Pirson, Dietrich*, Dr. Dr., Professor für Öffentliches Recht und Kirchenrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München (bis 1997). → § 1, Hg.
- Radtke, Henning*, Dr., Richter des Bundesverfassungsgerichts, Universitätsprofessor a.D., Honorarprofessor an der Leibniz Universität Hannover. → § 75, § 76
- Reichman, Ronan*, Dr., Professor für Talmud, Codices und Rabbinische Literatur an der Hochschule für Jüdische Studien Heidelberg. → § 5
- Rohe, Mathias*, Dr. Dr. h.c., M.A., Professor für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Direktor des Erlanger Zentrums für Islam und Recht in Europa (EZIRE) der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. → § 6
- Rüfner, Wolfgang*, Dr., Direktor des Instituts für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands (bis 2010), Professor für Öffentliches Recht und Kirchenrecht an der Universität zu Köln (bis 1998). → § 30, § 78, Hg.
- Sailer, Andreas*, Dr., Notar in Wuppertal-Vohwinkel. → § 29
- Schieder, Tobias*, Dr., Rechtsanwalt in Nürnberg. → § 15
- Schilberg, Arno*, Dr., Juristischer Kirchenrat der Lippischen Landeskirche, Honorarprofessor an der Ruhr-Universität Bochum. → § 56
- Schnell, Heidrun* (†), Dr., Oberkirchenrätin im Kirchenamt der Evangelischen Kirche in Deutschland (bis 2020). → § 61
- Schulten, Markus*, Dr., Juristischer Referent am Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands. → § 70
- Schwarz, Kyrill-Alexander*, Dr., Professor für Öffentliches Recht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. → § 17
- Sydow, Gernot*, Dr., M.A., Professor für Öffentliches Recht sowie Co-Direktor des Instituts für internationales und vergleichendes öffentliches Recht der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. → § 50
- Thier, Andreas*, Dr., M.A., Professor für Rechtsgeschichte, Kirchenrecht, Rechtslehre und Privatrecht an der Universität Zürich. → § 63
- Thüsing, Gregor*, Dr., LL.M. (Harvard), Professor für Arbeitsrecht sowie Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der sozialen Sicherheit der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. → § 59
- Tillmanns, Reiner*, Dr., Professor an der Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen. → § 67

- Towfigh, Emanuel V.*, Dr., Professor für Öffentliches Recht, Empirische Rechtsforschung und Rechtsökonomik an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht. → § 26
- Traub, Thomas*, Oberregierungsrat an der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, Akademischer Rat am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Kirchenrecht der Universität zu Köln (bis 2015). → § 28
- Uhle, Arnd*, Dr., Professor für Öffentliches Recht, insbesondere für Staatsrecht, Allgemeine Staatslehre und Verfassungstheorie an der Universität Leipzig. → § 31
- Unruh, Peter*, Dr., Oberkirchenrat, Präsident des Landeskirchenamtes der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Norddeutschland, apl. Professor an der Georg-August-Universität Göttingen. → § 49
- Waldhoff, Christian*, Dr., Professor für Öffentliches Recht und Finanzrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin. → § 46
- de Wall, Heinrich*, Dr., Professor für Kirchenrecht, Staats- und Verwaltungsrecht sowie Leiter des Hans-Liermann-Instituts für Kirchenrecht der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. → § 4
- Walter, Christian*, Dr., Professor für Völkerrecht und Öffentliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. → § 18
- Weber, Hermann*, Dr., Rechtsanwalt in Berlin (bis 2014), Leiter der Frankfurter Abteilung des Verlags C. H. Beck und Schriftleiter der Neuen Juristischen Wochenschrift (bis 2001), Honorarprofessor an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. → § 19
- Wellert, Anne-Ruth*, Dr., Oberlandeskirchenrätin im Landeskirchenamt der Evangelischen Kirche von Kurhessen-Waldeck. → § 34
- Winter, Jörg*, Dr., Oberkirchenrat a. D., Leiter des Rechtsreferats des Evangelischen Oberkirchenrates der Evangelischen Landeskirche in Baden (bis 2007), Honorarprofessor an der Universität Heidelberg. → § 51
- Wißmann, Hinnerk*, Dr., Professor für Öffentliches Recht, Verwaltungswissenschaften, Kultur- und Religionsverfassungsrecht sowie Geschäftsführender Direktor des Kommunalwissenschaftlichen Instituts der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. → § 45
- Wittreck, Fabian*, Dr., Professor für Öffentliches Recht sowie Geschäftsführender Direktor des Instituts für Öffentliches Recht und Politik der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. → § 77
- Ziekow, Arne*, Dr., Oberkonsistorialrat im Konsistorium der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz. → § 32, § 33